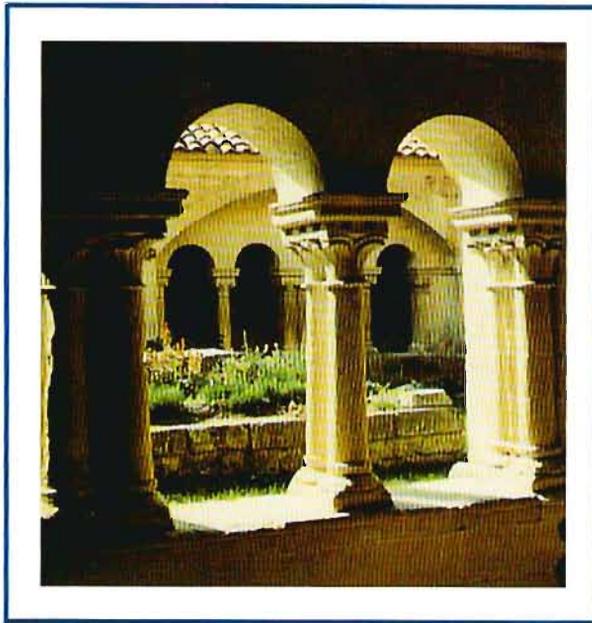


DROIT & REVOLUTION

Harold J. BERMAN



Librairie de l'Université
d'Aix-en-Provence
Editeur

DROIT ET REVOLUTION

Harold J. BERMAN

Traduction française
Raoul AUDOUIN

Titre original

LAW and REVOLUTION

The formation of the Western Legal Tradition

Copyright © 1983, by the President and Fellows of Harvard College

Published by arrangement with Harvard University Press

Cambridge, Massachusetts and London, England.

Traduction française

Par Raoul AUDOIN

La loi du 11 mars 1957 n'autorisant, aux termes des alinéas 2 et 3 de l'article 41, d'une part, que les « copies ou reproductions strictement réservées à l'usage privé du copiste et non destinées à une utilisation collective », et d'autre part, que les analyses et les courtes citations dans un but d'exemple et d'illustration, « toute représentation ou reproduction intégrale ou partielle, faite sans le consentement de l'auteur ou de ses ayants droit ou ayants cause, est illicite » (alinéa premier de l'article 40)

Cette représentation ou reproduction par quelque procédé que se soit constituerait donc une contrefaçon sanctionnée par les articles 425 et suivants du Code pénal.

© LIBRAIRIE DE L'UNIVERSITE D'AIX-EN-PROVENCE – 2002

ISBN : 2-903449-66-X

PREFACES

PREFACES

Préfaces à l'édition française

PREFACE DE CHRISTIAN ATIAS

La *Révolution du droit* est l'une de ces œuvres fortes qui sont d'une constante actualité parce qu'elles nous aident à comprendre ce que nous sommes et ce que nous devenons. Harold Berman est-il un historien, un théoricien du droit, de la culture ou de la civilisation ? Dans *La Révolution du droit*, il est assurément l'un et l'autre. En analysant les événements caractéristiques de la révolution papale et du développement du droit canon, puis de la formation des systèmes juridiques séculiers, féodal, seigneurial, marchand, urbain et royal, il brosse le tableau historique de corps de droit dont il dégage l'esprit et les particularités. La puissance de la synthèse est digne des plus grands historiens ; Berman a su maîtriser des données éparses pour faire la part des constantes provisoires et des variables permanentes. Son sens du mouvement historique fait songer aux travaux mémorables de Pirenne par exemple. L'ampleur des informations collectées, ordonnées, présentées et mises en situation, des faits, des péripéties, des circonstances, n'occulte jamais la ligne directrice de la réflexion.

La tradition juridique occidentale, les étapes révolutionnaires de sa formation, ses crises et sa continuité, en sont l'objet. Un thème aussi vaste et ambitieux n'autorise manifestement pas à se perdre dans l'anecdote. Le talent de Berman est de retenir des faits précis, mais de les traiter comme des indices dont l'examen vient à l'appui d'une démonstration forte et cohérente en chacun des points, la trame se retrouve et jamais ne se perd. C'est dire dans quel embarras il plonge pêle-mêle les théoriciens volontiers oublieux de toutes les données qui ont l'outrecuidance de contredire leurs propositions, comme les analystes qui s'interdisent de tirer une quelconque leçon ou conclusion de leurs savants recensements. Il ne suffit pourtant pas d'évoquer l'équilibre auquel est parvenu *La Révolution du droit*. L'ouvrage a une toute autre portée.

S'il explicite une tradition présente sous ou à travers les révolutions qui ont contribué à sa formation, Harold Berman va beaucoup loin. Il montre par quelle impressionnante série de fausses ruptures et de continuités masquées, ou trompeuses, la culture juridique occidentale, ce « concert indélébile » aurait dit Portalis, est devenue ce qu'elle est. Cette généalogie éclaire la notion complexe de révolution caractérisée par un changement fondamental, brutal et global, par une recherche de légitimi-

mité, puis par une intégration dans le cours de la tradition, une métamorphose plus qu'une rupture. Elle nous alerte sur la crise actuelle du droit, sur sa gravité sans exemple ; la réformation protestante en Allemagne, les révolutions anglaise, américaine, française et russe pourraient n'avoir pas provoqué de bouleversements aussi profonds.

Le droit dont il est ici question n'est pas un ensemble déterminé de règles instituées. Le catalogue étriqué de ces sources du droit devant lesquelles les sociétés seraient prises d'une révérence sans faille, exclusive de toute production indisciplinée d'un autre droit non délibéré, est évidemment récusé. Pour comprendre la tradition juridique, ce corps complexe et vivant, il faut tenir compte de la situation économique, sociale, politique, culturelle ; il faut aussi être sensible au sentiment d'identité des peuples occidentaux. L'être des droits occidentaux a son « temps historique » qui l'anime, le rythme et le compose. *La Révolution du droit* en donne la mesure à partir du XI^e siècle.

Sans doute l'Occident s'attache-t-il à la spécificité du juridique ! Le droit côtoie la morale et la politique notamment ; il tend à s'en distinguer, même si sa « pureté » et sa suprématie sont toujours fragiles et menacées. La tradition juridique occidentale ne subsiste et ne se développe que dans une lutte permanente. Elle doit sans cesse marquer ses ennemis et ses faux amis. En rappelant aux juristes occidentaux ce qui les a faits ce qu'ils sont, Harold Berman les contraint à résister aux préjugés communs, aux fondements trompeurs, aux lignées illégitimes. La science politique moderne ne peut guère se prévaloir d'une filiation grecque rétablie par la Renaissance ; elle doit avouer ses origines moyenâgeuses et papales..., nominalistes aussi.

L'intelligence de la tradition juridique occidentale souffre assurément de ces simplifications abusives présentées comme des évidences, des bases élémentaires et vérifiées : les voici récusées ! Elles devaient l'être pour rétablir la réalité du droit ; elle est faite d'une complexité substantielle. Dans l'ordre juridique, il y a par nature plusieurs autorités, plusieurs juridictions, plusieurs corps de principes, de règles et de solutions, qui se heurtent ou se rencontrent en un incessant dialogue. Le droit ne naît pas seulement de leurs échanges, mais bien de leurs luttes, de leur compétition permanente : le combat de Thomas Becket contre Henri II n'en est qu'un exemple topique parmi bien d'autres, souvent plus proches, et que nous ne voulons pas voir. Dans cette complexité de nature, les révolutions ont leur place. Elles ne peuvent dissimuler, sous d'impressionnants changements, des continuités insoupçonnées ; elles ne sont embarrassantes que pour les idéologues et leurs aveugles thuriféraires. S'il ne les maîtrise certainement pas, le droit prépare, ménage, oriente et guide ses propres changements.

Harold Berman met l'accent, dans l'étude de cette complexité historique, sur le rôle de la formation juridique. L'incorrigible prétention de nos modernes réformateurs d'une Université délibérément vouée au déclin, à la sclérose et à la dénatura-tion, serait-elle atténuée s'ils prenaient le temps de lire et d'apprendre : à leurs er-

PREFACES

reurs, la culture, la vraie, est un antidote efficace. La formation des juristes n'est pas étrangère à la qualité du droit, à la défense du juste. Qui parle de liberté et d'esprit critique ne peut refuser la tradition scolastique, celle de la *disputatio* et des questions disputées. Qui prétend expliquer la formation d'un corps de droit ne peut négliger les institutions et méthodes de son enseignement, les modes de recrutement, de sélection et de consécration des juristes.

La belle traduction de Monsieur Raoul Audouin, comme elle a porté l'œuvre d'Hayek et de quelques autres, laisse toutes ses chances à celle de Berman : les juristes français n'auront plus aucune excuse pour l'ignorer. Son travail n'a pas seulement le mérite de la précision et de la clarté ; il invite à la lecture et fait passer toutes les richesses de la démonstration. Nous lui devons de nous avoir aidés à mieux comprendre ces révolutions à travers lesquelles s'affirme la permanence du droit et la continuité de sa tradition.

Christian Atias

PREFACES

PREFACE DE LEONARD LIGGIO

Pourquoi l'histoire des institutions juridiques européennes a-t-elle attiré une attention grandissante de la part des érudits et chercheurs américains ? L'ample succès de *Law and Revolution* depuis sa publication en 1983 a mis le fait en évidence. L'amélioration continue de la vie matérielle et intellectuelle des Américains et des Européens, en comparaison du reste du monde, a provoqué une recherche générale sur les raisons de ce phénomène. La tradition juridique occidentale est considérée comme sa source principale, depuis que le rôle des systèmes polycentriques européens a été identifié par Jean Baechler dans *Les Origines du Capitalisme*¹.

Les Américains s'étaient intéressés depuis longtemps à l'histoire juridique de l'Europe. *L'Esprit des Loix* de Montesquieu était une source d'inspiration primordiale pour les pères fondateurs. John Adams avait écrit sur le droit canon et, lorsqu'il était ambassadeur en France puis en Angleterre, il publia plusieurs études sur le Droit et les constitutions dans l'Antiquité et au Moyen Age. Thomas Jefferson envoya de Paris à James Madison plusieurs malles de livres sur les constitutions et les systèmes juridiques d'Europe avant la Convention constitutionnelle de 1787. Quand les facultés de Droit furent créées vers la fin du XIX^e siècle, remplaçant la formation des gens de robe dans les "auberges" d'avocats, l'histoire juridique européenne devint une composante de l'enseignement de ces facultés.

Harold Berman reconnaît que, lorsqu'il s'inscrivit en 1938 à la faculté d'Economie Politique de Londres, pour le diplôme d'histoire du Droit, le professeur T.F.T. Plucknett, le doyen des historiens du droit britanniques, lui dit qu'il ne pourrait comprendre un mot de l'histoire du droit en Angleterre s'il ne s'instruisait d'abord à fond du droit du XII^e siècle².

Les colonies américaines se révoltèrent contre les tentatives de la couronne anglaise de « modernisation » du système des lois. Le système judiciaire britannique était autonome ; cette tradition avait été fortement affirmée au début du XVII^e siècle par le Chief Judge, Sir Edward Coke. L'exécution de Charles I^{er} (janvier 1649), l'exil de son fils Jacques II (novembre 1688) et l'avènement des Hanovriens germanophones laissèrent au roi d'Angleterre moins de pouvoir que n'en avait le doge de

¹ Paris : Gallimard, 1971 ; Cf. E. L. Jones, *The European Miracle*, Cambridge : Cambridge University Press, 1981, Nathan Rosenberg & L. E. Birdsell Jr, *How the West Grew Rich*, New York : Basic Books, 1986 et Randall Collins, "The Weberian Revolution of the High Middle Ages". *Weberian Sociological Theory*, Cambridge : Cambridge University Press, 1986

² Cf. Theodore F. T. Plucknett, *A Concise History of the Common Law*, Boston, Mass. : Little, Brown and Company, (1929) 1956, Bruno Leoni, *Freedom and the Law*, Indianapolis, in : Liberty Press, 1991.

Venise. George III essaya de restaurer les pouvoirs de la couronne, ce qui provoqua la révolution américaine.

Harold Berman se réfère aux *Commentaries on the Laws of England* de William Blackstone de 1768, notant les différents droits appliqués par les tribunaux anglais, loi naturelle, loi divine, droit international, *common law* anglaise, équité, droit coutumier local, droit romain, droit ecclésiastique et droit des marchands. Tels étaient les régimes légaux des colonies d'Amérique, dont héritaient les Etats qui se proclamèrent indépendants. Berman ajoute ceci dans sa préface :

« Implicitement dans ce catalogue, il y avait une vue de l'histoire non limitée à la nation ni à l'époque en cours, mais une vision chevauchant les histoires particulières, celles du christianisme, du judaïsme, de la Grèce, de Rome, celles de l'Eglise, de la région, du pays, l'histoire internationale et d'autres encore. Blackstone, quant à lui, était très "anglais" et à bien des égards fort conservateur, mais en reconnaissant la multiplicité des formes de la tradition juridique en Angleterre, il reconnaissait la multiplicité d'aspects de l'histoire même ».

Les civilisations non occidentales avaient été caractérisées par la divinisation du détenteur du pouvoir suprême. C'était un dieu ou, dans les modèles les plus courants, un chef indiscuté et permanent. Des cultures contemporaines de ce genre ont été proposées comme des alternatives à la tradition juridique occidentale, par exemple celles culturellement et historiquement riches, comme le confucianisme, avec un dirigeant incontesté. La doctrine de Confucius a eu une influence en Europe comme modèle du despotisme éclairé et de son successeur le jacobinisme.

L'empire romain devint un despotisme oriental en copiant l'empire perse qui divinisait l'empereur. L'empire romain d'Orient s'incorpora la conception du prince comme gérant de la terre au nom de Dieu. La fin de l'empire romain en Occident amena une pluralité de souverains et leur rendit difficile de prétendre à un droit de succession d'origine divine. Mais avec la résurgence du Saint Empire de la nation germanique, sous les Othons, ainsi que leurs liens avec Byzance, ils réintroduisirent ce concept de l'empereur "vicaire" de Dieu. Le couronnement d'Othon I^{er} comme empereur (962) lui conféra une légitimité opposable aux titulaires des duchés, et favorable à ses prétentions sur un royaume médian de Lotharingie englobant ceux de Bourgogne et de Lombardie. Mais les papes prétendirent à être les arbitres suprêmes de cet empire où les évêchés et les monastères masculins et féminins étaient des centres importants de pouvoir politique.

Berman considère la révolution papale de Grégoire VII comme l'origine de la tradition juridique occidentale et la réforme grégorienne comme un point culminant du mouvement réformateur clunisien. L'abbaye bénédictine de Cluny (fondée en 910) est décrite par Berman comme "la première association transnationale", car les monastères clunisiens, dont le nombre peut avoir dépassé de loin le millier dans le

PREFACES

siècle qui suivit la fondation de l'Ordre, "étaient tous régis par des prieurs sous la juridiction de l'abbé de Cluny". Le mouvement clunisien visait à restaurer parmi les moines la stricte observance de la règle de Saint Benoît, tout en concentrant l'application de la devise du saint fondateur, "Le travail est une prière", sur la copie des livres saints et leur étude, sur la beauté des édifices du culte et la majesté de la liturgie.

L'observation de la règle impliquait la suppression de l'influence politique sur la désignation des abbés et des prieurs, car l'immixtion des pouvoirs temporels comportait des motivations autres que religieuses pour l'entrée au monastère, notamment ses richesses et son influence locale et la non observation des vœux de chasteté. Le concubinage était plus répandu parmi les membres du clergé paroissial. Fréquemment, ils étaient patronnés par leur père ou leur frère et s'intéressaient plus à leurs revenus qu'à leur office. Dans l'économie plus pauvre des pays occidentaux, la tentation était grande pour les clercs de céder à leurs fils des biens de l'église locale. Dans les économies plus prospères des rivages de la Méditerranée orientale, ces biens n'étaient pas accessibles à un tel procédé, c'est pourquoi les églises catholiques byzantines n'avaient pas imposé le célibat à leur clergé paroissial, comme l'avait fait à l'Ouest le rite latin. La moralisation du clergé occidental exigeait l'élimination des pressions politiques sur son recrutement.

La réforme clunisienne ne se bornait pas à cette lutte contre les intrusions politiques dans le domaine ecclésial. Les chevaliers et les seigneurs ravageaient en outre les populations locales. Les propriétés des monastères et des paroisses étaient violées par les guerres privées entre féodaux. L'abbé de Cluny, Odilon, préconisa la trêve de Dieu qui demandait aux chevaliers et seigneurs de suspendre les hostilités, chaque semaine, par respect pour les jours où le Christ avait souffert sa passion, était mort et était ressuscité. Finalement, la guerre fut interdite du mercredi soir au lundi matin, pendant le carême et l'avent, de même que les jours où l'on célébrait la mémoire de certains saints³.

Déjà les prieurs et moines clunisiens avaient organisé les paysans environnants en des associations jurées. A partir du dixième siècle, ces communautés jurées de paysans armés, conduits par des moines, contraignirent les nobles à s'engager à observer la paix de Dieu. Celle-ci les obligeait à s'abstenir de tuer, blesser ou dépouiller paysans, clercs, femmes, marchands et juifs. Berman conclut que « *l'importance du mouvement de paix sur l'avenir fut énorme, spécialement pour la tradition juridique de l'Occident car l'expérience de l'engagement par serment collectif à respecter la paix joua un rôle crucial pour la fondation de villes à la fin du onzième siècle et, par la suite, pour la création de guildes de métiers dans les cités. La paix de Dieu, limitant les exactions des seigneurs, permit aux paysans ou moines et aux*

³ Cf. Theodore F.T. Plucknett, *A Concise History of the Common Law*, Boston, Mass. Little, Brown and Company, (1929) 1956, Bruno Leoni, *Freedom and the Law*, Indianapolis, in : Liberty Press, 1991

marchands d'investir et d'améliorer l'agriculture, les techniques artisanales et le commerce, ce furent de véritables révolutions rurales et urbaines ».

Pour Berman, le *spiritus capitalisticus* du XI^e siècle représente un événement fondamental. Mais l'unique lien entre capitalisme et calvinisme a résulté "d'une vue inexacte de la relation entre doctrine chrétienne et épanouissement du capitalisme commercial, vue fondée sur une distorsion non seulement de la pensée catholique romaine entre la fin du XI^e et le XVI^e siècle mais aussi de la pensée protestante aux XVI^e et XVII^e siècles. L'on suppose à tort que la pensée catholique romaine était foncièrement surnaturaliste et ascétique. En fait, aux XI^e et XII^e siècles, sa théologie a rompu avec la préoccupation dominante de l'autre monde et de l'idéal ascétique qui avaient prévalu antérieurement et qui demeurent prépondérants dans certains aspects de l'orthodoxie orientale". Ces conclusions de Berman viennent de son propre arrière-plan calviniste.

Foires et marchés apparurent autour des monastères les jours de fêtes liturgiques. Ils furent fréquentés par des marchands venus de partout en Europe, et ces marchands élaborèrent leur propre droit commercial pour le règlement de leurs différends. Les tribunaux ordinaires ne siégeaient qu'à de longs intervalles aussi les marchands qui se déplaçaient souvent, parfois journellement, devaient-ils pouvoir faire trancher leurs disputes immédiatement par des arbitres pleinement au courant des pratiques du commerce. En Angleterre, les tribunaux marchands étaient appelés *Pie Powder Cour*, traduction populaire de l'expression en français normand, "Cours des Pieds Poudreux", usitée entre juristes anglais depuis la conquête normande de 1066.

Les monastères clunisiens (et ceux de Lotharingie associés à l'abbaye de Gorze en Lorraine) furent le point de départ et la colonne vertébrale de la révolution grégorienne. Ces monastères étaient la source d'écrits soutenant la papauté contre les empereurs. Ce long conflit vit le premier afflux massif de pamphlets politiques dans l'histoire européenne. Il y avait des clercs dans les deux camps en controverse et ils écrivaient beaucoup. Ces brochures ou *libelli* sont une borne miliare dans l'histoire de la pensée politique. Ils tiraient leur argumentation de l'Ancien et du Nouveau Testament, des pères de l'Eglise, des auteurs classiques et des stoïciens. Les champions politiques ne recevaient que peu d'estime parmi les écrivains ecclésiastiques de cette époque, tels que les cardinaux Pierre Damien, Deusdedit et Hubert de Silva Candida.

Les partisans de Grégoire VII mettaient en valeur une théorie cohérente du gouvernement. Ils soutenaient que l'empereur avait violé son contrat avec le peuple⁴. Selon Manegold de Lauterbach, les gens sont libérés de sa seigneurie et de leur devoir d'obéissance, dès lors qu'il est évident qu'il a le premier rompu le pacte par lequel il avait été intronisé. Manegold fait remarquer que "pour prendre un exemple dans une sphère plus humble, si un homme a engagé quelqu'un, moyennant

⁴ Cf *Monumenta Germaniae Historica · Libella de Lite* (3 volumes).

PREFACES

dans une sphère plus humble, si un homme a engagé quelqu'un, moyennant un salaire décent, pour prendre soin de ses porcs, puis s'aperçoit qu'il n'en fait rien mais les vole, les tue ou les mutile, est-ce que cet homme ne refusera pas de donner le salaire promis en le renvoyant ignominieusement de l'emploi de porcher ? (...) Si d'autre part un dirigeant rompt le pacte par lequel il a été choisi, la raison considère justement qu'il a délié les gouvernés de leur devoir de soumission puisqu'il a le premier rompu le lien de fidélité mutuelle par lequel ils lui étaient unis et lui-même à eux" ⁵.

* * *

Jean de Salisbury (1115-1180) avait été un étudiant d'Abélard. Son *Policraticus* (1159) présentait deux sortes de gouvernants, « *l'un agit en respectant le Droit, l'autre règne par la force, c'est un tyran par qui les lois sont anéanties et les peuples réduits en servitude. Bien que les desseins de Dieu puissent être servis par des ordres mauvais, certaines choses sont tellement détestables que nul commandement ne peut les justifier ou les rendre admissibles (...) Si le prince résiste et s'oppose aux commandements divins, s'il désire me faire participer à sa guerre contre Dieu, alors à pleine voix je dois répondre que Dieu doit être préféré à tout homme sur la terre* ».

Jean de Salisbury déclare que pour servir loyalement le Droit, l'on doit tuer le gouvernant qui ne s'y conforme pas « Tuer un tyran est non seulement légitime, mais bon et juste. Car celui qui se sert de l'épée périra par l'épée. Par conséquent, le Droit admet de recourir aux armes contre celui qui les enlève aux lois, et la force du public se dresse avec fureur contre celui qui prétend annihiler sa puissance légitime. Et s'il y a nombre d'actions qui équivalent à un crime de lèse-majesté, il n'en est pas de plus grave que celle qui porte atteinte au corps même de la justice. La tyrannie est donc non seulement un crime public mais, si la chose était possible, pire que public. Et si devant un crime de lèse-majesté, tout homme est admis à se comporter en procureur, combien davantage cela doit-il être vrai devant le crime de renverser les lois qui doivent s'imposer même à des empereurs ? Assurément, personne ne voudra défendre un ennemi public mais plutôt quiconque ne cherche pas à le faire punir se porte tort à soi-même et au corps entier de la communauté temporelle ».

Jean de Salisbury fut, à partir de 1150, secrétaire de Théobald, archevêque de Canterbury, et à sa mort, en 1161, secrétaire de son successeur, Thomas Becket. Il le suivit dans son exil en France pendant l'opposition de Henri II l'Angevin aux coutumes de l'Eglise. Thomas et Jean retournèrent à Canterbury en 1170 et Jean assista

⁵ Brian Tierney, *The Crisis of Church and State, 1050-1300*, Engelwood Cliffs, N.J. Prentice-Hall, 1964, p 79-80 ; Cf Sir R. W. Carlyle et A. J. Carlyle, *A History of Medieval Political Theory in the West*, 6 volumes, Edinburgh and London · William Blackwood & Sons, 1950, IV, pp. 165-210

PREFACES

au meurtre de Thomas par les chevaliers normands. Jean devint évêque de Chartres en 1176. Les lettres de Jean apportent une compréhension du conflit constitutionnel entre Henri II et Thomas Becket. Le *Policraticus* constitua un lien entre la révolution grégorienne et la *Magna Carta*, la Grande Charte imposée en 1215 au successeur de Henri II, le roi Jean ("Sans Terre") par un nouvel archevêque de Canterbury, Stephen Langton.

Berman remarque à propos de Jean de Salisbury que "Par sa conception d'une loi suprême s'imposant au gouvernant le plus élevé, il était le précurseur de la suprématie judiciaire formulée par Sir Edward Coke ; et sa doctrine selon laquelle, dans la mesure où les hommes rejettent le péché et vivent uniquement par la grâce, ils n'ont pas besoin de gouvernement" anticipait sur des écrivains chrétiens postérieurs. La pensée politique de Saint Thomas d'Aquin adjoignait (en 1266) la *Politique* d'Aristote, récemment traduite de l'arabe (1260), à Jean de Salisbury⁶.

Harold Berman a été le premier historien américain des institutions juridiques européennes. Parvenu à l'âge de la retraite à la faculté de Droit de l'Université de Harvard, Berman a été appelé à la chaire d'histoire juridique de la faculté de Droit de l'Emory University d'Atlanta (Georgie). Berman continue à étudier l'histoire juridique européenne, particulièrement la réforme protestante ainsi que l'histoire des XVII^e et XVIII^e siècles.

Leonard P. LIGGIO

Faculté de Droit et Institut pour les Etudes Humaine
Université George Mason, Fairfax, Virginie

⁶ Cf Holly Hamilton Bleakly, "The Art of Ruling in Aquina's *De Regimine Principum*", *The History of Political Theory Journal* (1999)

PREFACES

PREFACE A L'EDITION AMERICAINE

Ceci est une histoire d'origines, de « racines » (en anglais *roots*), mais aussi de « routes », des chemins par lesquels nous sommes arrivés où nous sommes. Le sceptique peut la lire avec nostalgie, refaisant par la pensée le parcours qui l'a conduit à cette aliénation. Le croyant peut espérer y trouver quelques orientations pour l'avenir « Le passé m'a révélé comment le futur est construit », écrivit Teilhard de Chardin.

Ma propre motivation est quelque chose de plus désespéré. L'on dit que l'homme en train de se noyer peut voir son existence entière se dérouler devant ses yeux en un éclair. Peut-être est-ce son effort inconscient pour trouver dans son expérience des ressources qui lui feront s'extraire de la menace mortelle qui l'enveloppe. C'est ainsi que je me suis senti obligé de considérer la tradition de droit et de légalité, d'ordre et de justice, tout au long d'une perspective partant des origines, afin de trouver une issue à la situation présente. Que nous soyons au terme d'une ère historique, n'est pas démontrable scientifiquement. On le ressent ou on ne le ressent pas. L'on sait d'intuition que les vieilles images, comme dit Archibald Mac Leish dans *La métaphore*, ont perdu leur sens :

Un monde finit lorsque sa métaphore est morte,
 Une ère devient une ère passée, et tout le reste avec elle,
 Lorsque les poètes sensibles, inventent dans leur vanité
 Des emblèmes, pour séduire les âmes, qui énoncent
 Des significations que jamais les hommes ne connaissent
 Mais que les images créées par des hommes peuvent montrer.
 Elle périt lorsque ces images quoique vues
 Ont perdu leur sens.

Parce que notre ère touche à sa fin, nous sommes en mesure d'en discerner les origines, nous savons de quoi nous cherchons le début. Au milieu d'une ère, lorsque sa fin n'est pas en vue, le commencement aussi se dérobe à nos yeux. En fait, l'histoire présente les apparences, disait Maitland, d'un tissu sans couture. Mais maintenant que notre civilisation est toute développée devant nous, il est plus facile d'identifier les phases révolutionnaires du passé. L'histoire cumulative, sans secousse, est caractéristique de l'historiographie du darwinisme à son apogée. L'histoire catastrophique, dominée par le conflit social, a été caractéristique des écrits du XX^e siècle à son début et en son milieu. Maintenant, pour la première fois, nous commençons à voir ensemble non seulement l'évolution et la révolution, mais encore l'interaction des deux comme le thème dominant de l'histoire de l'Occident.

Il est impossible de ne pas percevoir la désintégration sociale, la dislocation des communautés qui se sont produites au XX^e en Europe, en Amérique du Nord et en d'autres parties de la civilisation occidentale. Les liens de race, de religion, de

classe, de voisinage, de métier se sont peu à peu dissous dans des nationalismes abstraits et superficiels. Ce phénomène se rattache étroitement au déclin de l'unité et du sentiment de la communauté de buts de l'ensemble des pays occidentaux.

Toutefois, il y a quelques signes d'édification. Peut-être le plus réconfortant est-il la diffusion de la notion d'interdépendance, tant économique et scientifique que culturelle, à la fois au niveau régional et au plan mondial. Quel rapport tout cela entretient-il avec le Droit ? Quantité de choses ! Les symboles de la communauté, en Occident, les images et métaphores furent, par-dessus tout, religieuses et juridiques. Mais au XX^e siècle, pour la première fois, la religion est devenue largement une affaire privée pendant que la loi devenait une affaire de commodité pratique, le lien entre la métaphore religieuse et la métaphore légale fut rompu. Ni l'une, ni l'autre désormais n'exprima la vision commune de l'avenir et du passé, ni l'une ni l'autre ne suscita une loyauté passionnée.

Il est inutile de se lamenter là-dessus, ce peut être un bien et il s'agit sans doute d'un phénomène inévitable. Quoi qu'il en soit, il marque la fin d'une ère et puisqu'il n'y a pas de retour en arrière, la question se pose, comment aller de l'avant ? Pouvons-nous trouver dans la mémoire collective de notre expérience passée des ressources qui nous aident à surmonter les obstacles qui bloquent notre chemin vers le futur ? Ce que sont ces obstacles peut être appris indirectement de l'histoire que raconte ce livre ; parmi eux il y a l'étroitesse et le cloisonnement, à la fois dans la pensée et dans l'action, à l'égard du Droit même.

Nous avons besoin d'en finir avec la réduction du Droit à un catalogue de procédés techniques en vue de réalisations hétéroclites, avec la séparation entre la loi et l'histoire, avec l'identification de tout le Droit à la législation nationale et celle de toute notre histoire juridique au récit de notre seul droit national, avec les contresens de la juridiction exclusivement politique et analytique (positivisme), d'une juridiction seulement philosophique et morale (théorie de la loi naturelle) ou seulement historique et socio-économique (école historique et théorie sociale du droit). Il nous faut une jurisprudence qui intègre les trois écoles traditionnelles et les dépasse. Elle soulignerait que le Droit n'a pas besoin d'être un objet de culte pour fonctionner mais qu'il requiert aussi l'appel à la raison, à l'émotion, à l'intuition et à la foi. Cela implique un engagement social sans réserves.

Dans les périodes de crise, il faut élargir nos vues. Oliver Wendell Holmes Jr. disait un jour à une classe d'étudiants « Votre tâche de juristes est de percevoir le rapport entre le cas qui vous occupe et la structure entière de l'univers ». Derrière cette formule, il y avait la vision tragique de la vie issue de la guerre de Sécession. Holmes savait que sans un contexte universel, des faits particuliers sont totalement précaires.

L'étroitesse de notre concept du Droit obscurcit notre vision non seulement de la loi mais aussi de l'histoire. Aujourd'hui, les gens entendent le Droit essentiellement

PREFACES

comme la masse législative, administrative et judiciaire des règles, des procédures et des techniques en vigueur dans un pays donné si bien que la vision de l'histoire qui l'accompagne est étroitement limitée aux événements récents de la nation considérée. Et la vision qui l'accompagne peut même n'être en rien historique mais seulement politique ou recouvrir les valeurs du temps qui court.

Par contraste, reportons-nous aux implications historiques et aux conceptions du Droit qui dominaient dans le passé, par exemple en Angleterre au XVIII^e siècle, tels que les décrit Blackstone dans *Commentaries on the Laws of England*, qu'il destinait non seulement aux hommes de loi mais à tous les gens cultivés. Selon lui, les divers genres de droit que voici étaient en vigueur dans le royaume, loi naturelle, loi divine, droit des gens, *common law*, coutumes, droit romain, droit ecclésiastique, loi marchande, droit légiféré, équité. Implicite dans ce catalogue, il y avait une idée de l'histoire non pas limitée à la nation et à son passé récent mais une vision d'histoires se chevauchant, celles du christianisme et du judaïsme, de la Grèce et de Rome, de l'Eglise, de l'histoire locale, nationale, internationale. Une telle vision, en mettant les lecteurs en contact avec des périodes diverses du passé, les libérait de l'asservissement à telle ou telle période ou encore à l'ensemble du passé en un sens abstrait de type kantien. Par le fait même, elle les mettait à même de s'imaginer l'avenir non sous un seul modèle mais là encore comme plusieurs avenir possibles. Blackstone était bien « anglais » et à bien des égards conservateur mais, en reconnaissant la pluralité des traditions juridiques en Angleterre, il reconnaissait la pluralité de l'histoire même.

L'on a souvent remarqué que l'étroitesse des vues sur le Droit le rendait hermétique aux praticiens des autres disciplines, historiens, politologues, sociologues, philosophes, et impossible à étudier efficacement. Si le Droit est traité seulement comme l'application des lois, des procédures et des techniques, il est de peu d'intérêt pour les chercheurs en sciences humaines, ainsi privés de l'une des plus riches sources d'intuition dans leur propre branche. Si nos sciences sociales et humaines sont devenues tellement « behavioristes » et fragmentaires, et si, en particulier, notre historiographie est devenue excessivement nationaliste et cantonnée dans des périodes trop restreintes, une part des causes en réside en ce que notre pensée juridique souffre de ces mêmes travers : elle est devenue, en proportion, étrangère à la culture générale des intellectuels spécialisés et, par conséquent, au public cultivé.

Il est assurément plus facile de déplorer le cloisonnement du savoir que de faire quelque chose pour y remédier. Tout effort pour réintégrer le passé sera vraisemblablement interprété et jugé en fonction des catégories et des concepts contemporains. Présenter l'histoire du Droit en Occident comme la « métaphore » de notre ère, c'est beaucoup demander à des lecteurs habitués à une vue bien différente de l'histoire. Mais faute de réintégrer l'histoire du passé, il y aurait bien peu de chances de jalonner notre chemin et de trouver des orientations pour l'avenir.

Harold J. Berman

*SOMMAIRE***SOMMAIRE**

PREFACES	I
PREFACE DE CHRISTIAN ATIAS	I
PREFACE DE LEONARD LIGGIO	V
PREFACE A L'EDITION AMERICAINE	XI
SOMMAIRE	XV
INTRODUCTION	17
DROIT ET HISTOIRE	26
DROIT ET REVOLUTION	34
LA CRISE DE LA TRADITION JURIDIQUE OCCIDENTALE	49
VERS UNE THEORIE SOCIALE DU DROIT	57
<i>PREMIERE PARTIE</i>	
LA REVOLUTION PAPALE ET LE DROIT CANON	65
L'ARRIERE-PLAN DE LA TRADITION JURIDIQUE OCCIDENTALE : LE DROIT POPULAIRE	65
L'ORIGINE DE LA TRADITION JURIDIQUE OCCIDENTALE DANS LA REVOLUTION PAPALE	99
L'ORIGINE DE LA SCIENCE JURIDIQUE OCCIDENTALE DANS LES UNIVERSITES EUROPEENNES	133
SOURCES THEOLOGIQUES DE LA TRADITION JURIDIQUE OCCIDENTALE	179

LE DROIT CANON, PREMIER SYSTEME JURIDIQUE MODERNE EN OCCIDENT	213
ELEMENTS STRUCTURELS DU SYSTEME DE DROIT CANON	237
THOMAS BECKET CONTRE HENRI II : COMPETITION DE JURIDICTIONS CONCURRENTES	269
<i>DEUXIEME PARTIE</i>	
LA FORMATION DE SYSTEMES JURIDIQUES SECULIERS	287
LE CONCEPT DE DROIT SECULIER	287
LE DROIT FEODAL	309
LE DROIT DU DOMAINE SEIGNEURIAL	331
LE DROIT MARCHAND	349
LE DROIT URBAIN	373
LE DROIT ROYAL : SICILE, ANGLETERRE, NORMANDIE, FRANCE	421
LE DROIT ROYAL : ALLEMAGNE, ESPAGNE, FLANDRES, HONGRIE, DANEMARK	499
CONCLUSION	537
NOTES	573
REMERCIEMENTS	673
INDEX DES NOMS PROPRES	675
TABLE DES MATIERES	681

INTRODUCTION

Ce livre raconte l'histoire suivante : Il y avait une fois une civilisation appelée « occidentale », elle avait élaboré des institutions spécifiques dites « juridiques » (*legal*) avec des valeurs et concepts propres. Ces institutions, valeurs et concepts furent intentionnellement transmis de génération en génération durant des siècles, constituant ainsi une « tradition ». Cette tradition juridique occidentale était issue d'une « révolution ». Par la suite, au cours de nombreux siècles, elle a été périodiquement interrompue et transformée par des révolutions et, au vingtième siècle, cette tradition juridique se trouve dans une crise révolutionnaire plus grave qu'aucune des précédentes : certains pensent que cette crise signifie virtuellement son extinction.

Tout le monde ne souhaite pas écouter cette histoire. Beaucoup trouveront son thème inacceptable car ils le tiennent pour imaginaire. D'aucuns affirment qu'il n'y a jamais eu de tradition légale occidentale. D'autres encore diront que la tradition juridique occidentale est bien vivante, même à la fin du vingtième siècle.

Même parmi ceux qui admettront que l'histoire est vraie et à prendre au sérieux, il y aura de larges différences d'opinion sur le sens des mots « occidental », « juridique », « tradition » et « révolution ». L'un des objectifs pour lesquels cette histoire est racontée consiste à découvrir le sens de ces termes dans un contexte narratif, c'est-à-dire dans leur dimension temporelle. Sous cet angle de vue, tenter de les définir préalablement serait contre-indiqué. Comme l'a dit un jour Friedrich Nietzsche, rien de ce qui a une histoire ne peut être défini. Cependant, l'auteur d'un texte étranger à toute fantaisie a le devoir de formuler dès le début certaines de ses certitudes acquises. En même temps, il peut être utile de commencer par dissiper certaines méprises que je crois commises par ceux qui jugent a priori insoutenable le thème développé.

Ce qui est appelé « l'Occident » dans ce livre est une culture historique particulière, une civilisation que l'on peut caractériser de diverses manières, selon les intentions de celui qui opère la caractérisation. Il était d'usage de l'évoquer comme « l'Occident », en y englobant toutes les cultures issues de l'héritage de l'antiquité grecque et romaine, par contraste avec « l'Orient » qui comprenait principalement l'Islam, l'Inde, et « l'Extrême-Orient ». Depuis la fin de la seconde guerre mondiale, Est et Ouest ont souvent servi à distinguer les pays communistes des pays non communistes. C'est ainsi que dans « les échanges entre Est et Ouest », un chargement de marchandises envoyées de Prague vers Tokyo passait de l'Est à l'Ouest...

Il est une autre distinction que l'on connaît moins actuellement. Il s'agit de la distinction entre les deux parties de l'Eglise qui, dans les débuts de l'ère chrétienne, reproduisaient les parties orientale et occidentale de l'empire romain. Bien qu'il y

eût dès les premiers temps des différences entre les églises orientale et occidentale, c'est seulement en 1054 qu'elles se séparèrent finalement. La rupture coïncida avec l'effort occidental pour faire de l'évêque de Rome l'unique chef de l'Eglise, pour émanciper le clergé envers l'empereur, les rois, les seigneurs féodaux, et donner à l'Eglise en tant qu'entité politique et juridique un caractère nettement différent des pouvoirs séculiers. Ce mouvement, dont le point culminant fut ce que l'on appela la réforme grégorienne et la querelle des investitures (1075-1122), déclencha la formation¹ du premier système juridique occidental moderne, le « nouveau droit canon » (*jus novum*) de l'Eglise catholique romaine, et finalement la constitution de nouveaux systèmes juridiques séculiers, royal, urbain, et autres.

Dans l'expression « tradition juridique occidentale », le dernier terme se réfère aux peuples dont les traditions juridiques ont leurs racines dans ces événements. Aux XI^e et XII^e siècles, c'étaient les peuples de l'Europe occidentale, de l'Angleterre à la Hongrie et du Danemark à la Sicile. Des régions telles que la Russie et la Grèce, qui restèrent dans l'Eglise orthodoxe d'Orient ainsi que des portions étendues de l'Espagne qui étaient musulmanes, en étaient exclues à cette époque. Dans les périodes suivantes, non seulement la Russie et la Grèce ainsi que la totalité de l'Espagne furent occidentalisées mais aussi les deux Amériques du Nord et du Sud et diverses autres régions du monde le furent également.

L'Occident ne se trouve donc pas à l'aide d'une boussole. Des frontières terrestres aident à le situer, mais elles se déplacent de temps en temps. L'Occident est plutôt un concept culturel mais avec une dimension fortement diachronique. Ce n'est pourtant pas une simple idée : c'est une communauté. Il implique à la fois une structure historique et une histoire de structures. Pendant nombre de siècles, on pouvait l'identifier tout simplement comme les peuples de la chrétienté occidentale. D'ailleurs, des XI^e au XVI^e siècles, la communauté de ces peuples se manifestait dans leur commune allégeance à une seule autorité spirituelle, l'Eglise de Rome.

En tant que culture historique et civilisation, l'Occident doit être vu comme distinct non seulement de l'Orient mais encore des cultures « pré-occidentales » vers lesquelles il s'est « retourné » en diverses périodes de « renaissance ». Ces mêmes retours et reviviscences sont caractéristiques de l'Occident. Il ne faut pas les confondre avec les modèles dans lesquels il chercha alors son inspiration. « Israël », la « Grèce » et « Rome » devinrent des ancêtres spirituels de l'Occident non pas primordialement par un processus de survie et de succession mais par un processus d'adoption : l'Occident les a adoptés pour ancêtres. De plus, il les adopta de façon sélective, par aspects partiels à des moments distincts. Cotton Mathers n'était pas hébreu, ni Erasme, grec. Les légistes de l'université de Bologne n'étaient pas des romains.

Des éléments du droit romain, assurément, survivaient dans le droit populaire germanique et, ce qui est plus important, dans le droit ecclésiastique, un peu de la philosophie hellénique aussi, dans l'un et l'autre. La bible hébraïque, évidemment, dans l'Ancien Testament. Mais de telles survivances ont peu compté pour leur in-

INTRODUCTION

fluence sur le droit de l'Occident, sa philosophie et sa théologie. Ce qui a engendré la majeure partie de leur influence, ce furent les redécouvertes, le réexamen et la diffusion des textes anciens. Même dans la mesure où l'on peut dire que la leçon de l'Antiquité a survécu sans interruption, elle était inévitablement transformée. Ce point est spécialement important pour l'intelligence de la redécouverte et de la revitalisation du droit romain. Aucun effort d'imagination ne peut permettre de considérer, par exemple, que dans la libre cité de Pise qui, au XII^e siècle, adopta plusieurs lois romaines que l'on venait de trouver dans des édits de l'empereur Justinien, son système juridique puisse être identifié à celui de l'empire byzantin où régnait Justinien. Les mêmes formules exprimaient des idées très différentes.

Dans cette perspective, l'Occident, ce sont les peuples de l'Europe de l'Ouest « se tournant vers » des textes grecs, romains et hébreux pour s'en inspirer et « les transformant » en des notions qui auraient fort surpris les auteurs de ces textes. Pas davantage, évidemment, l'Islam ne fait partie de l'Occident bien qu'il y ait eu de fortes influences arabes sur la philosophie et la science des occidentaux mais non sur leurs institutions juridiques, spécialement durant la période dont traite la présente étude.

En fait, chacun des ingrédients anciens de la culture occidentale s'est trouvé transformé par son mélange avec les autres. Le surprenant est que de tels éléments antagonistes aient pu être rapprochés en une vision commune du monde. La culture hébraïque ne pouvait tolérer la philosophie grecque ni le droit romain, la culture grecque ne tolérait ni le droit romain ni la théologie juive, la culture romaine ne pouvait supporter la théologie des hébreux et résistait à de larges parts de la philosophie grecque. Pourtant l'Occident à la fin du XI^e siècle et au début du XII^e combina les trois cultures et, par là même, transforma chaque composante.

Encore plus controversée est la distinction entre l'Occident et la culture des Germains et des autres peuples à structure tribale, avant le XI^e siècle. Si l'Occident était un terme géographique, la culture antérieure devrait être incluse. Et même il faudrait commencer, comme le font beaucoup d'études historiques sur l'Europe, à César et sa guerre des Gaules, passer aux invasions de l'empire romain par les peuplades germaniques, à la croissance de la monarchie franque par Charlemagne et Alfred le Grand, avant d'aborder la réforme grégorienne et la querelle des investitures, et ce que l'on appelle communément le haut Moyen-Age, ou la renaissance du XII^e siècle (en fait commencée pendant la deuxième moitié du XI^e siècle). Parler des peuples germaniques d'Europe comme « pré-occidentaux » peut sonner bizarrement aux oreilles de certains. Pourtant il y eut une solution de continuité radicale entre l'Europe antérieure à la période 1050-1150 et l'Europe des années postérieures.

Finalement, il est indispensable de dire, à propos du terme Occident, qu'au moins en cherchant à analyser et expliquer les institutions juridiques, il n'y a pas de distinction tranchée à faire entre les qualificatifs d'occidental et de « moderne » ni, que « moderne » doive être distingué de « contemporain », en employant « moderne » pour la période antérieure aux deux guerres mondiales, et

« contemporain » pour celle depuis 1945. L'un des objets de cette étude est de montrer qu'en Occident, les temps modernes, non seulement quant aux institutions et valeurs juridiques modernes, mais aussi à propos de l'état moderne, de l'église moderne, de la philosophie, de l'université, de la littérature modernes et de bien d'autres choses qui le sont, ces « Temps modernes » ont leur origine dans la période 1050-1150, « mais non avant ».

Le terme « juridique », comme celui d'Occident, a une histoire. « Le Droit », de nos jours, est habituellement défini comme « un corps de règles ». Les règles, à leur tour, sont d'ordinaire considérées comme dérivant de lois et de règlements (en anglais *statutes*), et là où un certain pouvoir légiférant est reconnu aux juges, des décisions de tribunaux (jurisprudence, *precedents*). De ce point de vue, cependant, il ne pourrait y avoir de « droit occidental », puisqu'il n'y a pas pour l'Occident de législation ni de tribunaux. Selon le même critère, l'on ne devrait pas parler de « droit américain », car il y a seulement une législation fédérale des Etats-Unis et des législations pour chacun des cinquante états. Une telle définition du Droit est bien trop étroite pour toute étude englobant les systèmes juridiques de tous les pays de l'Occident au long des diverses périodes de l'histoire, et qui ne s'intéresse pas seulement au droit écrit mais à celui qui est pratiqué dans le concret. Ce droit appliqué englobe les institutions juridiques et leurs procédures, les valeurs qu'elles servent, le langage juridique et les façons de penser juridiquement, tout autant que les normes de légalité. Il englobe ce que les Anglo-Saxons appellent parfois le *legal process*, et qu'en allemand on désigne par l'expression *Rechtsverwirklichung*, la réalisation du droit.

Lon L. Fuller a défini le système juridique comme « l'entreprise de soumettre le comportement humain au gouvernement de règles »². Cette définition souligne opportunément la primauté de l'activité juridique sur les normes de légalité. Cependant, j'irais plus loin en ajoutant à l'objectif de cette « entreprise », outre la confection et l'application de règles de conduite, d'autres modes de gouvernement y compris la procédure électorale, la promulgation de décrets ou ordonnances, la désignation de magistrats et la publication de jugements. D'ailleurs, le Droit a d'autres objectifs que d'assurer le gouvernement, au sens usuel de ce mot. C'est aussi l'entreprise de faciliter les arrangements volontaires par négociation et transaction, l'émission de documents tels que les titres de crédit et titres de propriété ou de créance, et l'exécution d'autres accords de nature juridique. Le Droit en action, ce sont des personnes légiférant, jugeant, administrant et réglant d'autres activités légales. C'est un processus vivant d'attribution de droits et devoirs, et par là dénouant des conflits et ouvrant des canaux de coopération.

Une acception si large de la vie juridique est nécessaire pour pouvoir comparer, dans un cadre commun, les nombreux systèmes juridiques différents qui ont existé en Occident pendant des siècles. Elle est également nécessaire pour explorer les relations croisées de ces systèmes avec d'autres institutions politiques, économiques et sociales, leurs éthiques et leurs concepts.

INTRODUCTION

J'ai pris la liberté de définir le Droit en termes généraux, sans référence aux particularités institutionnelles, éthiques et conceptuelles qui caractérisent la tradition juridique de l'Occident. Mon but, ce faisant, a été de répondre à ceux qui, en définissant le Droit trop étroitement, à savoir comme un corps de règles, entravent la compréhension de l'émergence de cette tradition, de l'impact qu'ont eu sur elle les grandes révolutions de l'histoire occidentale, ainsi que de la nature de la situation présente. La conception du Droit comme une entreprise particulière, dans laquelle les normes légales ne jouent qu'un rôle limité, devient riche de sens dans le contexte du développement proprement historique du droit vécu d'une culture déterminée.

Parler d'une « tradition » juridique en Occident attire l'attention sur deux faits historiques majeurs : 1) à partir de la fin du XI^e et durant tout le XII^e siècle, à part certaines périodes de changements révolutionnaires, les institutions juridiques en Occident se sont développées continuellement à travers générations et siècles, chaque génération travaillant consciemment sur l'acquis des précédentes, et 2) ce processus conscient de développement continu est (ou a été jadis) considéré comme composé de changements mais en même temps de croissance organique. Même les grandes révolutions nationales du passé : la révolution russe de 1917, la révolution française de 1789 et la révolution américaine de 1776, la révolution anglaise de 1640 et la réformation allemande de 1517, ont finalement fait la paix avec la tradition qu'elles, ou certains de leurs meneurs, avaient résolu de détruire.

Le concept de développement organique conscient fut appliqué aux XI^e et XII^e siècles aux institutions d'alors. Dans ce contexte, le terme « institutions » signifie des arrangements structurés destinés à remplir des tâches sociales définies. Les universités, par exemple, sont des institutions pour transmettre l'enseignement supérieur et former les praticiens des professions libérales, les ministères des finances ou de la justice sont des institutions pour administrer respectivement la fiscalité et l'appareil judiciaire, le système juridique est un ensemble structuré de dispositions légales dont l'une des principales finalités est de documenter les diverses branches du pouvoir politique ainsi que la population en général, sur ce qui est permis et ce qui est interdit. En Occident aux XI^e et XII^e siècles, non seulement les universités nouvellement créées, les chambres du trésor, les cours d'appel et les institutions judiciaires mais l'Eglise elle-même, peuvent être ainsi comprises. Il en va de même pour les structures séculières comme les gouvernements des villes libres et des royaumes.

Tous ces organismes étaient conçus comme possédant un caractère évolutif. On attendait d'eux qu'ils s'adaptent à des situations nouvelles, qu'ils se réforment d'eux-mêmes et se développent pendant de longues périodes. Cette croissance était programmée en partie. La construction de bien des cathédrales, par exemple, devait s'étendre sur plusieurs générations, elles avaient littéralement un budget pour un millier d'années. En partie aussi, l'édification était moins planifiée que décidée par étapes. En effet administrateurs et gouvernants révisaient l'ouvrage de leurs prédécesseurs, les disciples s'efforçaient d'améliorer ce qu'avaient fait leurs maîtres, les commentateurs succédaient aux glossateurs. En partie encore la croissance était im-

provisée. Ainsi les architectes combinèrent l'art roman et l'art normand, et de là sortit le gothique initial qui évolua en gothique achevé et ainsi de suite.

Ainsi que l'a noté Robert Nisbet, personne ne « voit » une société « croître » ou « se développer » ou « décliner » ou « mourir »³. Ce sont là des métaphores. Néanmoins, si les gens qui, à un moment donné, vivent dans une société croient qu'elle est concrètement en train de croître, se développer ou décliner et mourir, cette croyance est un fait on ne peut plus réel. Dans la période où commença à se former la tradition juridique occidentale, la conviction augustinienne antérieure, selon laquelle la « cité terrestre » était vouée à se dissoudre sans retour, céda la place à l'idée que les institutions sociales sont capables de naître, de croître et de se reproduire. De plus, on pensait que ce processus impliquait que les générations successives y participaient activement et consciemment. Comme disait Goethe, une tradition ne peut se recevoir en héritage, il faut la gagner...

Le grand historien anglais F.W. Maitland recourut à la métaphore biologique de la croissance pour décrire les changements qui eurent lieu dans le droit anglais quant aux formes d'action en justice à partir du XII^e siècle. Il écrivait :

« Nos formes d'action ne sont pas de simples rubriques, ni de catégories sans vie ; elles ne sont pas le produit d'un procédé de classification qui aurait porté sur des matériaux préexistants. Elles sont des institutions du Droit, ce sont, nous le disons sans aucun scrupule, des choses vivantes. Chacune d'elles vit son existence propre, a ses propres aventures, jouit d'un temps plus ou moins long de vigueur, d'utilité et de popularité, puis sombre peut-être dans la décrépitude et la déréliction du vieil âge. Quelques-unes avortent, certaines sont stériles, d'autres vivent pour voir leur progéniture accéder aux plus hautes situations. La lutte pour la vie est âpre pour elles, et seules survivent les mieux adaptées⁴ ».

C'est ainsi que l'action en dommages et intérêts (*trespass action*) que Maitland qualifiait de « mère féconde de procès », est dite, selon le goût pour les métaphores de celui qui en parle et aussi selon sa conception personnelle de la continuité, avoir « donné naissance à » ou « fait surgir » ou « secrété » les actions en réparation pour atteinte aux personnes, à leur bétail, à leurs biens fonds, etc., soit du fait de l'accusé, soit du fait d'un agent dont il est responsable (*trespass on the case*), encore que dans la dernière hypothèse, le rejeton différerait très substantiellement du géniteur⁵. Des érudits ont dessiné un arbre pour représenter les formes d'action en justice, avec tronc et branches et dates d'origine, comme un arbre généalogique. Est-ce seulement un procédé pédagogique ? Ou peut-être une forme d'animisme ?

Il peut être utile de constater une analogie entre le développement du Droit, ainsi conçu, et celui de la musique. A partir des XI^e et XII^e siècles, la musique monophonique, reflétée principalement par le plain chant grégorien, fut graduellement supplantée par des styles polyphoniques, à deux, trois et finalement quatre voix. Le

INTRODUCTION

contrepoint représenté par le motet au XIII^e siècle évolua vers le style harmonique de l'*ars nova* du XIV^e siècle, représenté par la ballade. Contrepoint et harmonie finirent par se combiner. Le XVI^e siècle vit l'épanouissement des grands chorals des Réformés allemands. Ces derniers, joints au madrigal des Italiens et des Anglais et à d'autres formes encore, fournirent la base de l'opéra qui apparut d'abord en Italie à la fin du XVI^e et au début du XVII^e siècle. Avec le temps, la musique de la Renaissance céda la place au baroque, le baroque au classique, et ainsi de suite. Nul vrai musicien contemporain, si indépendant qu'il se veuille, ne peut se dispenser de connaître cette histoire. Il y eut un temps, pas si éloigné, où un bon juriste était tenu, de façon similaire, de connaître l'histoire du développement des institutions juridiques.

Bien évidemment, tout changement n'est pas à considérer comme une phase de croissance. Certains changements ont vraisemblablement provoqué une amputation. L'on ne peut dire, par exemple, que les ordalies et le combat judiciaire aient engendré le procès par jury ou que l'action civile en dommages et intérêts pour atteinte aux biens-fonds provienne de l'appel pour félonie. Ordalies, jugement de Dieu, appel de félonie étaient de nature tribale ou féodale, le jury et l'action en réparation furent des institutions royales. De plus, les actions les plus anciennes n'ont guère survécu à l'introduction des nouvelles, alors que le concept de croissance organique implique que le parent continue de vivre à côté du rejeton. C'est un concept différent de celui de causalité. Ce ne fut pas l'ordalie mais l'abolition de l'ordalie, qui a donné naissance au jury dans les affaires criminelles.

En même temps, une croissance consciente ne signifie pas nécessairement un effort délibéré en direction de buts idéaux déterminés. Cela veut dire un peu moins que du progrès moral et un peu plus qu'un simple changement ou une simple accumulation. La réforme du Droit a été, assurément, un aspect récurrent de la tradition juridique occidentale dès la période initiale de sa formation. Toutefois, la réforme même apparaît comme implicite dans ce que j'ai appelé le caractère évolutif de la tradition, sa continuité consciente dans le temps.

Les principales caractéristiques de la tradition juridique occidentale peuvent être, à titre préliminaire, résumées comme suit :

1 - Une distinction relativement nette est faite entre les institutions « juridiques » (y compris les procédures telles que la législation et l'adjudication, avec les lois et concepts qu'engendrent ces procédures) et les autres types d'institutions. Bien que le Droit reste fortement influencé par la religion, la politique, la morale et la coutume, il en est analytiquement distinct. La coutume, par exemple, au sens de schémas habituels de comportement, est distincte du droit coutumier au sens de normes de conduite que l'on considère comme juridiquement obligatoires. De même, la politique et la morale peuvent déterminer le Droit, mais on ne les considère pas comme « étant » elles-mêmes le Droit, ce qu'elles sont dans d'autres cultures. En Occident, bien que non seulement là, évidemment, l'on considère que le Droit a un caractère intrinsèque, une autonomie relative et spécifique.

2 - En relation avec cette netteté de distinction est le fait que l'administration des institutions juridiques, dans la tradition occidentale, est confiée à un corps spécial de gens qui pratiquent les activités juridiques sur une base professionnelle plus ou moins exclusive.

3 - Les professionnels, qu'on les appelle légistes (*lawyers*) en pays anglo-saxons ou juristes dans le reste de l'Occident, sont spécialement formés dans une branche distincte de l'enseignement supérieur qui a sa littérature propre et des facultés ou hautes écoles spécialisées.

4 - Ce corps enseignant qui forme les divers spécialistes se trouve dans une relation complexe et dialectique avec les institutions juridiques et judiciaires, du fait que d'une part l'enseignement décrit ces institutions et que d'autre part les institutions distinctes qui sans cela resteraient disparates et inorganisées, deviennent conceptualisées et systématisées et, par là, transformées par ce que l'on en dit dans les traités, les revues et les amphithéâtres. En d'autres termes, le Droit inclut non seulement les institutions légalement formées, les dispositions législatives, les décisions judiciaires et d'autres formes mais aussi ce que les experts (comprenant à l'occasion les législateurs, les juges et d'autres magistrats ou officiels qui s'expriment en tant que tels) disent ou écrivent à propos de ces institutions, dispositions et décisions. Le Droit contient en lui-même une science juridique, une méta-légalité, au moyen desquelles il peut être aussi bien analysé qu'évalué.

Les quatre premières caractéristiques de la tradition juridique occidentale sont présentes dans la tradition du droit romain de la république et de l'empire, depuis le II^e siècle avant J.C. jusqu'au VIII^e siècle après J.C. Elles ne sont pas partagées par plusieurs cultures contemporaines non occidentales et elles ne l'étaient pas non plus dans l'ordre juridique qui prévalait chez les peuples germaniques d'Europe de l'Ouest antérieurement au XI^e siècle. Le droit germanique était « enchâssé » dans la vie politique et religieuse, dans les coutumes et la moralité, comme le sont les normes internes de communautés informelles telles que l'école, le voisinage, l'atelier, le village. Ni dans l'empire carolingien, ni à la même époque dans l'Angleterre anglo-saxonne, l'on ne faisait de distinction tranchée entre les normes de droit et de procédure d'une part et d'autre part les règles et les pratiques religieuses, morales, économiques, politiques. Il existait, évidemment, des lois et parfois des recueils de lois, promulgués par des rois mais il n'y avait pas de professionnels du droit ou du tribunal, pas d'experts juristes, ni d'enseignement du droit, pas de littérature ni de science juridiques. Il est vrai que dans l'Eglise, le droit canon était incorporé dans la théologie. Et à part quelques collections de canons organisées de façon assez rudimentaire et les livres monastiques énumérant les pénitences attachées aux péchés, on ne trouve rien qui puisse être considéré comme une littérature et un droit ecclésiastiques.

5 - Dans la tradition juridique occidentale, le Droit est conçu comme devant être un tout cohérent, un système intégré, un « corps », et l'on pense que ce corps se développe au fil du temps, franchissant générations et siècles. Le concept de Droit

INTRODUCTION

comme *corpus juris* peut être tenu comme implicite dans toute tradition où la loi est vue comme distincte de la moralité et de la coutume. Et l'on suppose couramment que cette conception était non seulement implicite mais explicite dans le droit romain de Justinien ⁶. Cependant, l'expression *corpus juris Romani* n'a pas été utilisée par les romains mais seulement aux XII^e et XIII^e siècles par les canonistes et romanistes qui l'ont extrapolée de l'œuvre de ceux qui, un siècle ou deux auparavant, avaient découvert de vieux textes justiniens et les avaient enseignés dans les universités européennes.

Ce fut au XII^e siècle que la technique scolastique, en conciliant les contradictions et en dérivant les concepts à partir de règles et de cas d'espèce, a pour la première fois permis de coordonner et d'intégrer le droit romain de Justinien.

6 - Le concept de corps ou système juridique ne pouvait tirer sa vitalité que de la croyance au caractère évolutif du Droit, à sa capacité de croissance au fil des générations et des siècles, hypothèse typiquement occidentale. Le corps du Droit ne survit que parce qu'il contient un mécanisme intrinsèque de changement organique.

7 - Il est généralement admis que la croissance du Droit tient à une logique interne. Les changements ne sont pas seulement une adaptation de l'ancien au nouveau mais également un élément d'un programme de changements. Ce développement est sujet à certaines régularités et, au moins avec le recul, reflète une nécessité intrinsèque. Il est présupposé, dans la tradition juridique occidentale, que les changements n'apparaissent pas au hasard mais découlent d'une réinterprétation du passé afin d'affronter le présent et des besoins à venir. Le Droit n'est pas seulement évolutif, il a une histoire, il raconte des événements.

8 - L'historicité du Droit est reliée au concept de sa suprématie par rapport aux pouvoirs politiques. Certains penseurs, mais pas tous ni même pas forcément la majorité, estiment que le développement du corps juridique, à chaque étape et sur le long cours, s'impose à l'Etat lui-même. Bien qu'il ait échoué à la révolution américaine de formuler le mot « constitutionnalisme », il demeure que depuis le douzième siècle, dans tous les pays de l'Occident, même sous les monarchies absolues, il a été affirmé et souvent reconnu qu'à certains égards importants le Droit transcende le politique. Le monarque, argumente-t-on, peut faire la loi mais il ne peut la faire arbitrairement et tant qu'il ne l'a pas formellement refaite, il est tenu de s'y conformer.

9 - Peut-être le caractère le plus fortement distinctif de la tradition juridique occidentale est-il la coexistence et la compétition, à l'intérieur de la même communauté, de diverses juridictions et divers systèmes légaux. C'est précisément cette pluralité de juridictions et de systèmes qui rend la suprématie du Droit à la fois nécessaire et possible.

Ce pluralisme juridique tire son origine de la différenciation introduite entre la société ecclésiastique et les communautés politiques séculières. L'Eglise a affirmé

son indépendance à l'égard du pouvoir temporel, l'exclusivité de sa juridiction en certains domaines et son droit à concurrencer celle de la cité politique dans d'autres domaines. Les laïcs, bien que gouvernés généralement par le droit séculier, étaient soumis à la loi et aux tribunaux ecclésiastiques pour les questions de mariage et de relations familiales, d'héritage, de crimes spirituels, de contrats où la foi était invoquée, ainsi qu'en divers autres domaines. Inversement le clergé, généralement gouverné par le droit canon, était soumis à la loi temporelle et à ses tribunaux quant à certaines catégories d'infractions, certains types de conflits de propriété, et à d'autres causes semblables. Le droit séculier était lui-même divisé en divers secteurs concurrents, selon que la loi émanait du pouvoir royal ou du droit féodal, *manorial*, urbain, commercial. La même personne pouvait être citée devant le tribunal ecclésiastique dans un certain domaine, à celui du roi dans un autre, à celui du suzerain dans un troisième, du seigneur du manoir, de la ville libre, ou des marchands dans d'autres secteurs.

La complexité même d'un « ordre » juridique commun contenant plusieurs « systèmes » légaux et judiciaires contribua à la sophistication de la vie juridique : Quelle était la juridiction compétente ? Quelle loi est-elle applicable ? Comment les conflits de droits peuvent-ils être résolus ? Derrière les problèmes techniques, des considérations politiques et économiques importantes existaient : clergé contre couronne, couronne contre commune, commune contre seigneur, seigneur contre marchand, etc. Le Droit était le terrain où pouvaient se dénouer les conflits politiques et économiques. Mais aussi, ils pouvaient s'y exacerber.

Le pluralisme du droit occidental qui, à la fois, a reflété et renforcé le pluralisme de la vie politique et économique, était ou a été par moments un facteur de développement ou de croissance, dans le domaine juridique aussi bien que dans les domaines politique et économique. C'était ou a été par moments une source de liberté. Un serf pouvait courir à la ville pour que le tribunal communal le protège contre son seigneur. Un vassal pouvait se réfugier au tribunal royal pour être défendu contre son suzerain. Un clerc pouvait s'adresser au tribunal épiscopal à l'encontre du fonctionnaire royal.

10 - Il y a tension entre les idéaux et les réalités, entre les qualités dynamiques et la stabilité, entre la transcendance et l'immanence dans la tradition juridique occidentale. Cette tension a périodiquement entraîné le renversement violent de systèmes légaux par une révolution. Néanmoins, la tradition juridique qui est quelque chose de plus ample et de plus puissant que l'un quelconque des systèmes qu'elle englobe, a survécu à ces révolutions et même en a été renouvelée.

DROIT ET HISTOIRE

Suivre le récit de la formation de la tradition juridique occidentale et le tenir pour exact, c'est rencontrer des théories implicites, du Droit comme de l'histoire, qui ne

INTRODUCTION

sont plus largement acceptées, au moins dans les universités. Les théories qui prévalent en fait posent de sérieux obstacles à une évaluation du récit.

Le concept courant qui voit le Droit comme un corps de règles issu de décisions législatives et judiciaires, reflète la théorie selon laquelle la source maîtresse du Droit est la volonté du législateur (« l'Etat »). Cela est totalement inadéquat comme base de l'étude d'une culture juridique transnationale. Parler de la tradition juridique occidentale, c'est postuler un concept du Droit qui n'est pas un corps de règles mais un processus, une entreprise, où les règles n'ont de sens que dans le contexte d'institutions, de procédures, de valeurs et de façons de penser. Dans cette perspective élargie, les sources du Droit ne se limitent pas à la volonté du législateur mais comportent aussi la raison et la conscience de la communauté avec ses coutumes et ses usages.

Ce n'est pas la théorie aujourd'hui prédominante. Mais ce n'est nullement contraire à l'orthodoxie. En effet jadis, et il n'y a pas si longtemps, l'on disait qu'il y a quatre sources du Droit : législation, jurisprudence, équité et coutume ⁷. Dans la période formatrice de la tradition juridique occidentale, il n'y avait pas, de loin, autant de législation ni de jurisprudence qu'il n'y en eut dans les siècles suivants. Le gros du droit appliqué venait de la coutume que l'on interprétait à la lumière de l'équité (définie comme raison et conscience). Il est nécessaire d'admettre que la coutume et l'équité sont du Droit tout autant que les décisions législatives et judiciaires, si l'on entend comprendre l'histoire de la tradition et sa substance.

Ensuite, il faut tenir compte du fait que le Droit, en Occident, est composé de systèmes intégrés et que, dans chacun de ces derniers, les divers éléments constitutifs tirent en partie leur signification de l'ensemble du système considéré. Puis chaque système est conçu comme évolutif, par conséquent, le sens de chaque élément dérive non seulement de ce que le système fut dans le passé mais aussi de ce qu'il va être dans l'avenir. Il y a là autant de notions qui ne figurent pas dans les certitudes de la « jurisprudence analytique » en vogue, laquelle postule un souverain qui promulgue des ordres en forme de règles et impose des sanctions si ces règles ne sont pas appliquées comme « il l'a voulu ». C'est cela que signifie ce que Max Weber appelait la « rationalité formelle » ou le « formalisme logique » du droit occidental; et cela est tenu pour une description exacte, à la fois par les adversaires du formalisme et par ses partisans.

Weber pensait que s'expliquait par là l'utilité du Droit pour le développement du capitalisme. Une telle conception du Droit constitue un redoutable obstacle à la compréhension de l'histoire de la tradition juridique, laquelle débuta pendant ce que l'on considère généralement comme l'ère féodale et provint de la séparation entre l'Eglise et le pouvoir temporel. Le nouveau système du droit canon, créé à la fin du XI^e siècle et durant le XII^e, représente le premier système juridique moderne de l'Occident mais ce fait est généralement passé sous silence, peut-être justement parce qu'il ne cadre pas avec les théories dominantes sur la nature du Droit.

Si la jurisprudence analytique ou, comme on l'appelle le plus souvent de nos jours, le positivisme juridique est une base théorique inadéquate pour comprendre le développement des institutions juridiques occidentales, y a-t-il une autre ou d'autres théories plus appropriées ? Les principales alternatives présentées par la philosophie du Droit sont la théorie du « droit naturel » et celle de la « jurisprudence historique ». Plus récemment, est apparue l'école dite de la « jurisprudence sociologique ». Chacune a, bien entendu, plusieurs variantes. Chacune, prise à part, se focalise sur un aspect de la réalité. Mais aucune isolément n'offre la base nécessaire à la compréhension de l'histoire occidentale du Droit. L'histoire de la tradition juridique occidentale est pour partie le récit de l'émergence et des heurts de ces diverses écoles de philosophie du Droit. Elles n'expliquent pas l'histoire, c'est l'histoire qui les explique, pourquoi elles apparurent et pourquoi diverses écoles ont prédominé en tel ou tel endroit à telle ou telle époque.

Dans la phase de formation de la tradition juridique occidentale, la théorie de la loi naturelle prévalait. Car on croyait généralement que la loi humaine dérivait ultimement, et devait être ultimement évaluée, par la raison et la conscience. Non seulement selon la philosophie juridique de l'époque mais selon le droit positif, chaque loi déterminée, qu'elle fût édictée ou coutumière, devait se conformer à la loi naturelle, faute de quoi elle manquait de validité légale et pouvait être transgressée. Cette théorie avait un fondement dans la théologie chrétienne aussi bien que dans la philosophie aristotélicienne. Mais elle se fondait aussi sur l'histoire du conflit entre les autorités religieuses et séculières et dans le pluralisme politique.

On peut la comparer avec la théorie qui accompagne la loi aux Etats-Unis où toute loi positive doit se conformer aux stipulations constitutionnelles de *due process*, égale protection, liberté publique et privée etc. sous peine de nullité. Le *due process of law* est en fait une expression anglaise du XIV^e siècle équivalant à « loi naturelle ». Ainsi la doctrine de la loi naturelle est inscrite dans le droit positif des Etats-Unis, ce qui n'empêche pas d'en donner une explication politique (positiviste). Il est assez aisé de montrer que l'Etat ou les pouvoirs existants ou la classe dominante profitent de la clause et « veulent » qu'elle soit appliquée.

De même, la jurisprudence historique, théorie selon laquelle le Droit tire son sens et son autorité de l'histoire passée du peuple qu'il régit, de ses coutumes, du génie de ses institutions, des valeurs qu'il chérit et des « précédents » judiciaires dont il s'inspire, a été insérée dans le « système » juridique britannique depuis la révolution anglaise du XVII^e siècle. Toutefois la « philosophie » juridique anglaise a oscillé entre positivisme et doctrine de la loi naturelle pendant que la jurisprudence historique n'a eu que relativement peu d'adeptes, du moins au XX^e siècle. C'est l'Allemagne qui, au rebours de l'Angleterre, créant son droit national, spécialement au XIX^e siècle, moins à partir de ses propres institutions juridiques historiques que d'un droit « étranger », à savoir le droit romain, a été le berceau de la jurisprudence historique, au nom de laquelle les plus grands juristes allemands ont chanté les louanges du droit allemand comme reflétant l'esprit du peuple germanique.

INTRODUCTION

Ainsi l'histoire juridique de l'Occident a été la pépinière d'une variété d'écoles de philosophie du Droit, dont une partie a été dominante à certains endroits et à certains moments, souvent pour des raisons paradoxales, comme par une réaction idéologique contre les réalités juridiques en place. Les étudiants de l'histoire juridique occidentale devront donc se garder de méconnaître les œillères respectives des écoles particulières. Il serait plus approprié, et plus « occidental », de se servir de chacune comme d'un écran à placer successivement sur l'expérience historique plutôt que d'user de l'histoire comme un rempart protégeant l'une d'elles.

Si cette existence de diverses écoles de théorie juridique rend ardue l'intelligence ou l'adoption d'une histoire de la tradition juridique occidentale, des obstacles bien plus considérables sont dressés par la variété des théories de l'histoire, y compris en matière juridique. Ces théories traitent de questions telles que : si l'histoire a une signification ou suit une direction, si le découpage en périodes est justifié, et dans l'affirmative, sur quelles bases, si l'on peut parler de « lois de l'histoire » ou de causalité historique (par exemple, base économique et superstructure idéologique, ou primauté du pouvoir) ou encore, à un moindre niveau de généralisation, à propos de la relation entre l'histoire d'une nation donnée et l'histoire de l'Occident dans son ensemble ainsi que le sens de concepts tels que médiéval et moderne, féodalisme et capitalisme.

Bien que le récit de l'origine et du début du développement de la tradition juridique occidentale puisse être fait sans tenter de résoudre ces vastes questions historiographiques, il est nécessaire d'examiner brièvement certaines questions théoriques concernant l'histoire en général et celle de l'Occident en particulier afin de dissiper des idées toutes faites assez courantes à leur propos. D'ailleurs, ce survol même éclaire plusieurs de ces questions de façon remarquable.

Les doutes quant à la signification et à l'orientation de l'histoire, avec les questions annexes de périodisation, surgissent inévitablement des circonstances dramatiques où la tradition juridique occidentale a pris naissance. Les acteurs de ce drame ne doutaient nullement d'être en train d'accomplir une destinée historique. Leur confiance en cela ne suffit certes pas à réfuter la position prise par beaucoup aujourd'hui qui estiment que l'histoire ne signifie rien, que les changements surviennent au hasard et que la périodisation est arbitraire. Néanmoins, ceux qui vont si loin dans le scepticisme ne devraient pas avoir davantage d'objections à opposer au récit présenté ici qu'ils en auraient envers des exposés plus traditionnels qui attachent simplement aux mêmes événements et aux mêmes faits moins de sens, moins de direction et une périodisation plus lâche.

Si toute périodisation est arbitraire, alors l'émergence d'institutions juridiques et politiques « modernes » à « la fin du XI^e siècle » n'est pas plus arbitraire que l'analyse habituelle qui prétend que tout ce qui précède le « XVI^e siècle » est « médiéval », et qu'il n'y a pas eu de solution radicale de continuité dans la période de 1050 à 1150 ou 1200. De même les gens qui croient qu'il n'y a pas de séries cohérentes discernables dans le développement historique des institutions occidentales,

ne devraient pas davantage s'inquiéter d'un récit qui voit une interaction entre révolution et évolution sur des générations et des siècles, que des récits qui n'y voient qu'évolution ou que révolution.

Les personnes qui trouvent le plus de difficultés devant le récit présenté ici sont celles qui n'ont jamais considéré directement les problèmes de sens, de direction et de périodisation mais acceptent sans précaution l'historiographie traditionnelle qui fut généralement enseignée depuis le XVI^e siècle. Cette historiographie a simplement adopté l'idée que l'histoire occidentale comprend trois périodes, ancienne, médiévale et moderne. L'histoire ancienne est celle de la Grèce et de Rome. Le déclin de Rome, dû aux invasions barbares, a produit le Moyen-Age qui dura en gros des V^e au XV^e siècles.

Puis commencèrent les temps modernes, certains voudraient dire avec la Renaissance, d'autres avec la Réforme, d'autres encore l'une et l'autre à la fois. Ceux qui en tiennent pour la réforme peuvent faire un récit légèrement différent. Israël y sera inséré dans l'histoire de l'ancien monde. Le Moyen-Age sera défini par la période entre l'église primitive et la rupture entre Luther et Rome. Les protestants, toutefois, feront route commune avec les humanistes en disant que l'art et la pensée de l'Occident se rattachent à la Grèce pendant que ses institutions politiques et juridiques viennent de Rome. Finalement, sous l'influence des Lumières, tous seront d'accord que, bien que la Grèce et Rome et peut-être l'ancien Israël forment l'arrière-plan historique de la civilisation occidentale, l'histoire qui compte réellement est l'histoire propre de chaque nation, spécialement des Etats-Unis, de l'Angleterre, de la France et de l'Allemagne.

Dans cette conception de l'histoire, il entre beaucoup de sens, beaucoup d'orientation et de périodisation. Elle est cependant tout à fait incompatible avec la meilleure recherche historique des cinq dernières décennies. Cette recherche a remonté la fin des « âges de ténèbres », de la période 1450-1500 à la période allant de 1050 à 1100. Désormais, même les historiens les plus conservateurs distinguent nettement le Moyen-Age tardif du haut Moyen-Age. De plus, la continuité jadis postulée entre l'histoire des peuples germaniques du Moyen-Age tardif et l'histoire de l'empire romain, et de Rome et de la Grèce en général, a été largement dévaluée. L'ample revitalisation de la philosophie hellénique et du droit romain, durant la fin du XI^e siècle et la totalité des XII^e et XIII^e siècles, s'est avérée le tournant critique pour l'histoire à la fois de l'Eglise d'Occident et des nations européennes, en conjonction avec l'apparition des villes et plusieurs autres changements sociaux et économiques.

Ici, quelque preuve que l'on en donne, bien des gens éprouveront du doute et de la frustration. Peut-être, se disent-ils en eux-mêmes, « les régularités, les séries analogues d'événements sont probablement nécessaires pour écrire l'histoire, bien qu'elles aillent au-delà des faits, puisque sans elles il n'y aurait pas d'histoire. Mais des discontinuités radicales ne sont pas nécessaires et même ne sont pas naturelles « la nature ne fait pas de sauts ». Mais même si parfois l'histoire de l'Occident a fait

INTRODUCTION

des sauts, comme avec la révolution russe, avec la révolution française et la réforme protestante, il reste que dire qu'une discontinuité radicale s'est produite en plein milieu du Moyen-Age ne semble pas seulement contraire à la nature mais aussi au sens commun. Cela ne cadre pas avec ce que l'on nous a enseigné sur l'âge de la foi. Pourquoi ne pouvons-nous continuer de croire que les différences entre la société européenne de l'an 500 et celle de l'an 1500 résultaient d'une longue suite de petits changements cumulatifs, avec quelques périodes d'accélération mais sans transformation dramatique en une seule génération ou un seul siècle ? Pourquoi ne pas continuer de croire que les cités furent créées (ou rebâties) graduellement au cours de dix ou cinq ou au moins trois siècles, plutôt qu'en quatre-vingt ou quatre-vingt-dix ans ; que le pape devint progressivement juge suprême et législateur dans l'Eglise pendant dix siècles plutôt que d'un seul mouvement en trois générations ; que l'empereur et les rois d'Europe perdirent peu à peu leur fonction sacrée et de thaumaturge, non à la suite d'un conflit ouvert, politique et religieux mais du fait de modifications successives d'attitude ? ».

Une étude des origines de la tradition juridique de l'Occident devrait corriger ce préjugé idéologique sur son caractère progressif. Etant donné que les lois changent plus lentement que la plupart des autres institutions politiques, l'on ne s'attendrait pas d'habitude à un changement rapide et profond du système juridique. Néanmoins, celui qui examine l'un quelconque des régimes juridiques européens, d'abord dans la période de 1000 à 1050, puis dans celle de 1150 à 1200 constate une énorme transformation. Cela est particulièrement net quant aux lois de l'Eglise.

Parler d'un changement révolutionnaire au sein de l'Eglise romaine, c'est évidemment un défi à l'opinion orthodoxe (il ne s'agit pas de l'église d'Orient, mais des fidèles occidentaux) selon laquelle la structure de l'Eglise catholique romaine résulte de l'élaboration graduelle d'éléments qui y étaient présents depuis les tout premiers temps. C'était, en fait, ce que tenaient pour vrai les réformateurs catholiques de la fin du XI^e siècle et du début du XII^e : ils disaient en revenir à une tradition antérieure qui avait été trahie par leurs prédécesseurs immédiats. Ce mythe du retour à des temps plus anciens fait d'ailleurs partie de l'argumentaire de toutes les révolutions européennes. Luther aussi prêchait un retour au christianisme des débuts que les papes avaient déserté. Les puritains de Cromwell réclamaient la restauration des « anciennes libertés anglaises » après cent cinquante ans de despotisme des Tudors. La révolution française évoquait l'antiquité classique et l'état de nature pour combattre le féodalisme et les privilèges de l'aristocratie. Les bolcheviks russes annonçaient un retour à la société sans classes des tribus primitives, avant l'apparition de la propriété.

Une transformation radicale du système des lois est néanmoins un paradoxe puisque l'un des objectifs fondamentaux du Droit est d'assurer stabilité et continuité. De plus, dans toutes les sociétés, la loi tire son autorité de quelque chose qui lui est extérieur et, si un système de lois change rapidement, des questions sont inévitablement posées quant à la légitimité des sources de son autorité. Dans le Droit, les changements soudains à grande échelle, les changements révolutionnaires sont assu-

rément un corps étranger. Lorsqu'il s'en produit, quelque chose doit être fait pour en éviter la répétition. Le droit nouveau doit être fermement établi, il doit être protégé du danger d'une autre discontinuité, des changements supplémentaires doivent donc être progressifs.

Tel a été, du moins, le cours pris par le développement du droit occidental dans le sillage des transformations révolutionnaires massives qui l'ont périodiquement surpris, à commencer par celle de la fin du XI^e siècle et du XII^e. Une dimension historique a été donnée au nouveau système établi par la révolution. En premier lieu ce nouveau système de lois est considéré comme enraciné dans le temps par les événements qui l'ont provoqué. Ensuite, l'on estime que le système a changé non seulement en réponse aux circonstances mais selon un certain projet en voie de concrétisation. Le Droit est perçu en tant que phénomène historique, on pourrait dire qu'il a acquis de l'historicité. Il doit non seulement évoluer mais être perçu évolutif.

Cependant, cette historicité du droit occidental n'a pas empêché l'explosion périodique de révolutions violentes, lesquelles, il est vrai, ont finalement rejoint le lit principal de la tradition, mais l'ont à la fois transformée et lancée dans de nouvelles directions. Il ne faut pas confondre cette historicité du Droit en Occident avec de l'historicisme, au sens d'assujettissement à la « force aveugle » (selon la formule de Nietzsche) du passé. Les adeptes de l'école historique en philosophie du Droit ont pour alliés les théoriciens positivistes et ceux de la loi naturelle, ainsi que les cyniques qui pensent que la loi est seulement la volonté du plus fort. Tous ceux-là se trouvent confrontés à des institutions et à des procédures, des valeurs, des notions et des règles juridiques qui toutes ont, en fait, une dimension historique car elles tirent en partie leur signification de leur histoire propre. Il ne suffit jamais, en quelque système occidental que ce soit, d'interpréter ou expliquer laborieusement l'une d'elles en faisant appel seulement à la logique, à la politique, à la loyauté, elle doit aussi être interprétée et expliquée en partie en évoquant les circonstances qui l'ont fait naître et par le cours des événements qui l'ont influencée au long des jours. La méthode dogmatique, la méthode politique, la méthode de l'équité sont toujours sujettes à se faire compléter par la méthode historique d'interprétation. La pluralité des sources de Droit protège ainsi l'historicité tout en prévenant un historicisme myope.

L'historicisme est aussi démenti par la pluralité et le chevauchement d'histoires particulières qui constituent la civilisation occidentale. Ce n'est pas « le passé » en quelque sens monolithique qui constitue la dimension historique du Droit, mais les passés des diverses communautés où vit chaque personne et les passés des divers systèmes juridiques que ces communautés ont élaborés. C'est seulement lorsque les différents systèmes de toutes ces communautés, locales, régionales, nationales, ethniques, professionnelles, politiques, intellectuelles, spirituelles et autres, sont englobés dans le Droit de l'Etat-nation, que « l'histoire » devient tyrannique.

Tel est, en fait, le plus grand danger inhérent au nationalisme contemporain. Les nations d'Europe qui sont nées de leur constante interaction dans le contexte de la chrétienté occidentale, devinrent de plus en plus détachées les unes des autres au

INTRODUCTION

XIX^e siècle. Avec la première guerre mondiale, elles se divisèrent violemment, détruisant les liens de communauté qui jusqu'alors les avaient unies, encore que de façon lâche. Et dans cette fin du XX^e siècle, nous souffrons encore de l'historiographie nationaliste née au XIX^e siècle, qui a concouru à la désagrégation d'un héritage juridique commun à l'Occident.

L'émergence au XIX^e siècle de l'histoire prétendument scientifique, c'est-à-dire d'une recherche systématique et méticuleuse des faits qui visait à montrer, selon la formule fameuse de Ranke, *wie es eigentlich gewesen ist* (comment cela s'est effectivement passé), coïncida avec le déferlement du nationalisme le plus virulent que l'Europe ait jamais connu. Il était tout simplement acquis que l'histoire ne pouvait être que l'histoire nationale. L'histoire devait être objective mais il lui fallait être l'histoire de la nation. Au XX^e siècle, il y eut quelque changement à cet égard. Les historiens de la société et de l'économie furent parmi les premiers à briser la barrière nationaliste et à traiter de l'Occident dans son ensemble. Après la première guerre mondiale, cette approche fut adoptée par quelques historiens de la vie politique. Même l'histoire du droit européen en vint à être placée dans un cadre transnational encore que celle des Etats-Unis et de l'Angleterre demeurait particulièrement isolée.

Il est à déplorer que presque aucun essai n'ait été fait pour intégrer l'histoire juridique anglaise et américaine dans le panorama des systèmes occidentaux. Cette intégration a été rendue très difficile à cause de l'insularité des historiens des deux pays qui, pour tout compliquer, ont découpé le champ d'étude de leurs disciplines respectives de façon à déconcerter l'étranger qui pourrait se risquer à y faire intrusion. Même pour la période où tous les pays européens, y compris l'Angleterre, faisaient partie de l'Eglise catholique romaine et non seulement vivaient sous le même régime juridique de la loi ecclésiastique, mais avaient d'étroits liens entre eux sur le plan intellectuel, culturel et politique, le droit anglais est traité par beaucoup d'historiens comme s'il ne faisait pas partie de l'histoire européenne.

Ces historiens sont capables de conserver leur orientation nationaliste en se concentrant sur la prétendue *common law*, c'est-à-dire la loi appliquée dans les tribunaux royaux de *Common Pleas and King's Bench*, en passant sous silence les autres corps de droit et autres juridictions qui existaient en Angleterre à la même époque.

Mais même la *common law*, dans ce sens étroit, était semblable sur bien des points au droit royal ou ducal de Sicile, de France, des duchés germaniques et d'autres pays d'Europe. Edmund Burke dit un jour que « les Droits de toutes les nations d'Europe sont dérivés des mêmes sources ». Pour lui, l'Angleterre faisait partie de l'Europe.

Mais au moment où l'histoire du Droit devenait matière à recherches scientifiques, les liens historiques de l'Angleterre avec le continent avaient été coupés. Cela conduisit à une focalisation outrée sur les institutions, les valeurs, les notions et les règles qui distinguent le droit anglais des autres systèmes juridiques occidentaux.

Maintenant que la Grande-Bretagne est entrée dans la Communauté Economique Européenne, il est vraisemblable qu'une révision de l'histoire juridique britannique soit opérée, qui mette en relief les institutions les procédures, les valeurs, les concepts et les règles que le droit anglais partage avec les autres systèmes de lois occidentaux.

En 1888, dans sa leçon inaugurale comme *Dawning Professor* à l'université de Cambridge, Maitland avait soulevé la question « Comment se fait-il que l'histoire du droit anglais ne soit pas écrite ? ». Sa réponse était, d'abord, « parce que l'étude du droit anglais est traditionnellement isolée de toute autre discipline » et deuxièmement « parce que l'histoire implique comparaisons, alors que le légiste anglais ne sait rien et ne désire rien savoir des systèmes autres que le sien et ne peut donc avoir idée de ce qu'est une histoire juridique ». Il ajouta « je suis convaincu que l'une des raisons pour lesquelles si peu de chose a été fait pour notre droit médiéval est notre ignorance complète et traditionnellement consacrée de l'histoire juridique française et allemande. Les juristes anglais ont, depuis six siècles, exagéré le caractère unique de notre histoire juridique. Ce que j'en sais me permet d'affirmer avec confiance qu'il y a des masses de choses dans le droit médiéval qui sont très comparables au nôtre »⁸.

DROIT ET REVOLUTION

La tradition juridique occidentale a été transformée au cours de son histoire par six grandes révolutions. Trois d'entre elles, la russe, la française et l'américaine, furent appelées révolutions par ceux qui y prirent part, bien que la signification du mot « révolution » soit différente dans chaque cas. Une quatrième, l'anglaise, ne fut qualifiée de révolution (*the Glorious Revolution*) que lorsqu'elle toucha à sa fin en 1688-1689. Dans sa phase initiale (1640-1660), elle était appelée « la grande rébellion » par ses adversaires et une « restauration de la liberté » par ses partisans⁹, bien que quelques auteurs contemporains l'aient aussi qualifiée de révolution (ce fut la première fois dans les temps modernes que le terme fut employé pour désigner un bouleversement politique majeur ; son véritable sens, toutefois, est un tour de cadran inversé vers un système de gouvernement antérieur). C'est pourquoi la plupart des historiens d'aujourd'hui disent que la révolution anglaise a consisté en trois « restaurations » successives¹⁰.

En remontant le temps, la cinquième grande révolution fut la réforme protestante (qui en Allemagne revêtit un caractère national) déclenchée par l'attaque de Luther contre la papauté en 1517 et aboutissant en 1555 à l'échec infligé à l'empereur par la ligue protestante puis à l'établissement de la paix religieuse entre les principautés germaniques. La sixième, la révolution pontificale de 1075-1122, qui fait l'objet de la présente étude, avait aussi été qualifiée de réformation en son temps : la *Reformatio* du Pape Grégoire VII, généralement traduite dans les langages modernes par « réforme grégorienne », ce qui contribue à dissimuler son caractère révolutionnaire.

INTRODUCTION

Des objections peuvent être faites à l'application du terme « révolution » à la réformation allemande bien que nombre d'historiens des révolutions, même non marxistes, l'aient ainsi qualifiée. Des objections plus fortes peuvent s'élever contre le caractère de révolution imputée à la réforme grégorienne (et même peut-être le choix de l'appeler réformation). Une explication est donc opportune, concernant l'emploi du mot « révolution ».

L'histoire de l'Occident a été marquée par des périodes récurrentes de tourments prolongés dans lesquelles le système préexistant, en matière politique, juridique, économique, religieuse, culturelle, et d'autres relations sociales, d'institutions, de croyances, de valeurs et d'objectifs, fut renversé et remplacé par un nouvel ensemble. Il n'existe en aucune mesure de symétrie parfaite entre ces périodes de grands changements historiques mais il s'y trouve quand même certains types ou régularités d'événements. Dans chaque révolution on constate :

- un changement fondamental, rapide, violent, prolongé et affectant le système social tout entier,

- une recherche de légitimité dans une loi fondamentale, un passé lointain, une perspective d'apocalypse,

- qu'il lui fallut plus d'une génération pour implanter ses racines,

- que finalement elle engendra un nouveau système de lois, qui incorporait quelques-uns des objectifs majeurs du soulèvement, qui modifiait le cours de la tradition juridique occidentale mais qui en définitive s'y intégra.

Ces bouleversements ne furent ni des rebellions ou coups d'état, ni à l'opposé de longues séries d'arrangements ponctuels insérés dans le système préexistant. Ce furent des refontes intégrales accomplies relativement vite, avec beaucoup d'affrontements et de passion.

Il est approprié d'employer le mot « révolution », tout en sachant les nombreux abus que l'on en a faits ¹¹ pour évoquer ces périodes où s'ouvraient de nouvelles époques, parce que le mot évoque le climat de violence qui est associé aux révolutions des deux derniers siècles, en particulier celles de Russie, de France et d'Amérique. Ici « violence » ne se réfère pas à la contrainte légale imposée par des gouvernements en place avec des moyens policiers ou militaires, mais à la force illégale d'individus et de groupes défiant l'autorité établie. Du point de vue de l'histoire du Droit en Occident, il est spécialement important de tenir compte du fait que périodiquement ce genre de force illégale a été exercé pour renverser un ordre établi, et que finalement ceux qui parvinrent au pouvoir ne renversèrent cet ordre que pour le remplacer par des systèmes nouveaux et durables de gouvernement et de légalité.

Le régime politique et juridique de chaque nation occidentale remonte à un tel processus. Le terme de révolution est employé non seulement pour désigner les événements violents par lesquels un nouveau système est introduit, mais aussi la période entière requise pour qu'il s'enracine. Comme l'a souligné Eugen Rosenstock-Huussy, il faut plus d'une génération pour réaliser une révolution véritable ¹².

Les six grandes révolutions furent des refontes « totales » en ce sens qu'elles ont comporté, outre les nouvelles formes du pouvoir, de nouvelles structures des relations économiques et sociales et des relations entre l'Eglise et l'Etat, de nouvelles structures de légalité ; mais aussi de nouvelles conceptions sur la communauté, de nouvelles perspectives sur l'histoire et de nouveaux panoramas de valeurs et de croyances ¹³. La « réformation du monde » qui était une devise de la révolution papale, eut une contrepartie dans chacune des autres.

Assurément, beaucoup a survécu et, avec le temps, d'autres éléments anciens furent réintroduits mais, dans chaque révolution, l'ensemble au complet, le paradigme, était nouveau. Ainsi, chacune des six révolutions produisit un système de Droit nouveau ou grandement rénové, dans le contexte de ce que l'on concevait comme une transformation complète de la société. De fait, le volume de ce qui fut effectivement incorporé dans le nouveau Droit mesure le succès de l'entreprise révolutionnaire.

Chaque révolution montre l'échec de l'ancien système légal dans la mesure où elle le remplace ou le change profondément. L'un des premiers décrets du gouvernement bolchevik en 1917 déclara que la totalité du système de lois d'avant la révolution était abolie. Désormais, seuls les décrets du nouveau gouvernement devaient être appliqués et leurs lacunes seraient comblées par la « conscience juridique révolutionnaire ». La révolution française aussi commença par annuler le système législatif, administratif et judiciaire de l'ancien régime.

En Amérique, une fois l'indépendance conquise, les démocrates combattirent l'adoption de la loi anglaise par les tribunaux fédéraux et ceux des Etats. En Angleterre, le *Long Parliament* de 1640-41 abolit les tribunaux de la Chambre étoilée, de la haute Commission et des autres *prerogative courts* royales. Cette législation fut restaurée par le parlement de Charles II en 1660, en même temps que la suprématie parlementaire. Une *common law* grandement révisée devint la constitution non écrite de l'Angleterre.

Luther brûla les codes canoniques. Le pape Grégoire VII abrogea les lois impériales et royales par lesquelles l'Eglise avait été gouvernée, lesquelles permettaient que les évêques et les prêtres soient investis de leur fonction par les autorités temporelles, que les fonctions ecclésiastiques soient achetées et vendues et que le clergé soit marié.

Le droit antérieur avait été déficient en un autre sens encore : il s'était en effet montré incapable de répondre à temps aux changements qui survenaient dans la so-

INTRODUCTION

ciété. Si le gouvernement tsariste avait introduit une monarchie constitutionnelle effective et procédé à une réforme agraire ; si les Bourbons avaient supprimé les liens exclusifs du trône avec l'Eglise catholique, aboli les restes de féodalité et consenti à la création d'institutions démocratiques ; si le roi Georges III avait accordé aux colons américains l'égalité des droits avec les sujets britanniques et leur avait permis de se donner des institutions démocratiques ; si les premiers Stuarts avaient accepté la suprématie du parlement ; si le droit canon avait répondu au conciliarisme et aux autres pressions de réforme au XV^e siècle ; si au XI^e siècle, les empereurs et les rois avaient renoncé à leur suprématie sur l'Eglise ; si, en bref, l'inévitable avait été pressenti et que les changements fondamentaux nécessaires eussent été opérés au sein de l'ordre légal préexistant, alors les révolutions auraient vraisemblablement été évitées.

« Changer en temps voulu » est la clef de la longévité pour n'importe quel système juridique qui est confronté à de puissantes exigences de réforme. Dans la signification historique du mot, une révolution est le changement d'orientation violent, rapide qui fait éclater les contraintes du système légal. Il se peut que l'incapacité à prévenir les changements fondamentaux nécessaires, en les incorporant à temps, soit due à une contradiction inhérente à la nature de la tradition juridique occidentale dont l'un des buts est de maintenir l'ordre et un autre celui de faire régner la justice.

L'ordre lui-même est conçu comme comportant une tension intrinsèque entre le besoin d'évoluer et le besoin de stabilité. La justice aussi s'entend en termes dialectiques, impliquant une tension entre les droits de l'individu et le bien-être de la communauté. La réalisation de la justice a été proclamée l'idéal messianique du Droit même, originairement associé (dans la révolution papale) avec le jugement dernier et le royaume de Dieu, puis (dans la révolution allemande) avec la conscience chrétienne, plus tard (dans la révolution anglaise) avec l'esprit public, la loyauté et la tradition ; encore après (dans les révolutions française et américaine) avec l'opinion du peuple, la raison et les droits de l'homme et dernièrement (dans la révolution russe), avec le collectivisme, l'économie planifiée et l'égalité sociale. Ce fut surtout l'idéal messianique de la justice qui s'exprima dans les grandes révolutions. Le renversement du précédent « droit en tant que l'ordre » était légitimé comme le rétablissement d'un plus fondamental « droit en tant que la justice ». C'est la conviction que la loi trahissait sa raison d'être et sa mission, qui a engendré chacune de ces grandes révolutions.

Thomas Kuhn a expliqué les (autres) grandes révolutions en sciences, celles de Copernic, de Newton et d'Einstein, comme issues de crises survenant périodiquement lorsque ceux parmi les phénomènes qui ne peuvent être expliqués par les postulats fondamentaux de la science établie, s'avèrent requérir des postulats nouveaux. Ces postulats de base nouveaux, élaborés afin de montrer comme « naturel » ce que l'on considérait jusque là comme « anomalies », deviennent, dit Kuhn, le noyau d'un nouveau « paradigme » scientifique¹⁴. L'interaction de révolution et d'évolution dans le droit occidental offre un parallélisme frappant à cette interaction de révolution et d'évolution dans la science occidentale.

Dans le droit occidental, comme dans la science occidentale, il est présupposé que des changements dans les circonstances, dans les « données », dans les conditions, se produiront, que ces changements seront assimilés dans le système ou paradigme existant, que s'ils ne peuvent l'être, on en prendra acte comme « anomalies » mais que si trop de changements se montrent inassimilables, un moment viendra où le système lui-même réclamera une refonte drastique. En science, la vérité d'hier peut avoir à céder la place à une nouvelle vérité. En Droit, la justice ancienne devra céder la place à une justice neuve.

Ainsi, les grandes révolutions qui jalonnent l'histoire politique, économique et sociale de l'Occident représentent des explosions survenant lorsque le système juridique s'est montré trop rigide pour assimiler des conditions qui ont changé. Certains auteurs ont comparé ces crises à un « cancer » de la société occidentale, à une fièvre récurrente qui doit suivre son cours¹⁵. Ce n'est là qu'une face du drame et non la plus importante. Il s'y est produit un impressionnant jaillissement d'énergie qui, certes, a beaucoup détruit du passé mais a aussi ouvert un nouvel avenir. Finalement, chacune des grandes révolutions peut être vue avec le recul moins comme une rupture que comme une métamorphose. Chacune a dû composer avec le passé mais chacune a réussi à produire un nouveau type de Droit qui a englobé nombre des objectifs majeurs en vue desquels elles ont combattu.

Le fait d'insister sur la dimension juridique des grandes révolutions (leur rejet de l'ordre préexistant et leur nette contribution à une nouvelle sorte de Droit) n'est pas pour minimiser leurs autres dimensions sociales, politique, économique, religieuse, culturelle etc... Bien au contraire, cela en rehausse la portée. Les changements fondamentaux dans le Droit ont inévitablement été imbriqués avec des changements aussi profonds dans les autres éléments de la vie en société. Plus spécialement dans la révolution papale, à la fin du XI^e siècle et au XII^e, la refonte du Droit a été étroitement liée à tout l'éventail des « changements très profonds et largement répartis » de cette époque (suivant les termes du grand historien socio-économique Marc Bloch) qui « ont affecté tous les schémas entrecroisés de l'activité sociale »¹⁶.

De plus, appeler cette refonte polyvalente « révolution papale » n'en limite pas le champ à des problèmes tels que le combat livré pour que la direction de l'Eglise soit réservée au pape, qu'elle soit affranchie de toute domination laïque. Au contraire, l'appeler révolution inclut dans sa sphère d'influence tous les autres changements inférés par cet ébranlement. La nouvelle conception pontificale de l'Eglise, a dit Joseph R. Strayer, « exigeait presque l'invention du concept d'Etat »¹⁷. La refonte du Droit a été étroitement connectée à la réforme « dans » l'Eglise et « de » l'Eglise qui, elle-même, était étroitement connectée avec une révolution dans l'agriculture et dans le commerce, avec la croissance des villes et des royaumes en tant que collectivités territoriales autonomes, avec la floraison des universités et de la pensée scolastique.

INTRODUCTION

C'étaient là, parmi d'autres, des transformations majeures accompagnant la naissance de l'Occident dans la façon dont il s'est conçu lui-même et a été perçu par les autres tout au long des huit siècles suivants. L'expression « révolution papale » ne doit pas être entendue étroitement, comme doit l'être celle de « révolution puritaine » appliquée à l'histoire anglaise de 1640 à 1660, elle dirige l'attention au-delà d'elle-même. Le laps de temps couvert par l'appellation « révolution papale » ne se limite pas aux années relativement peu nombreuses où elle était à son zénith, pour ainsi dire, à savoir le pontificat de Grégoire VII, pas plus que le temps de la révolution russe ne se limite aux années où Lénine mena les bolcheviks au pouvoir et vainquit leurs adversaires. L'on peut dater la révolution papale de 1075, date à laquelle Grégoire VII proclama la suprématie pontificale sur l'Eglise entière, l'indépendance de celle-ci à l'égard du pouvoir temporel et la supériorité de son autorité. En 1122, un compromis final fut adopté par les autorités pontificales et impériales. Les répercussions, néanmoins, ne s'arrêtèrent pas pour autant; les forces mises en mouvement par ces événements continuèrent à faire sentir leur action pendant des siècles.

Beaucoup d'historiens répugnent à des explications qui impliquent d'aussi longues durées, ils préfèrent imputer la situation qu'ils exposent à des causes qui lui sont contemporaines ou qui la précèdent immédiatement. Cependant, si la question est posée clairement, il est malaisé de nier que les conditions d'un moment donné sont souvent déterminées à un degré significatif par des événements survenus plusieurs siècles plus tôt. Par exemple, si quelqu'un cherche à expliquer la crise des relations inter-raciales aux Etats-Unis pendant la seconde moitié du vingtième siècle, il ne peut se dispenser de se référer à la Déclaration d'Indépendance de 1776, à la solution de la question de l'esclavage dans la constitution des Etats-Unis de 1789 et à la guerre de sécession de 1861-1864. Il n'est pas douteux que la révolution américaine ait suscité des forces qui aboutirent à l'émancipation des esclaves et finalement à la revendication des droits civils.

LE CARACTERE OCCIDENTAL DES REVOLUTIONS NATIONALES

Comme la réformation protestante en Allemagne, les révolutions anglaise, américaine, française et russe ont été évidemment des révolutions nationales. Par contraste, la révolution papale a été transnationale, une révolution à travers l'Europe prenant parti pour le clergé, sous l'impulsion du pape, contre la domination impériale, royale et féodale. Clairement, cette révolution-là peut être qualifiée d'occidentale ou d'européenne, mais convient-il de caractériser de la sorte les révolutions nationales ? Pour répondre, deux points doivent être préalablement éclaircis qui portent sur la signification de la révolution papale.

D'abord, toutes les révolutions à partir du XVI^e siècle, à l'exception de la révolution américaine, furent en partie dirigées contre l'Eglise catholique romaine (ou orthodoxe en Russie) et toutes transférèrent de larges portions du droit canon, de

l'Eglise à leur état national, les sécularisant de ce fait. Par conséquent, lorsqu'on étudie les systèmes de droit, tant ecclésial que laïque qui furent instaurés de la fin du XI^e aux XII^e et XIII^e siècles sous le choc de la révolution papale, il faut garder à l'esprit que des parts de ces systèmes sont à leur tour passées dans le droit séculier de toutes les nations européennes sous l'impact de leurs révolutions nationales. A cet égard, ces révolutions nationales ont eu un caractère transnational.

Deuxièmement, toutes les grandes révolutions nationales de l'Occident furent, par leur nature même, des révolutions occidentales. Chacune d'elles a été préparée dans plusieurs pays. La réforme protestante a été préparée par Wycliffe en Angleterre et Jan Huss en Bohême ainsi que par des mouvements actifs dans tous les autres pays d'Europe, avant d'éclater en Allemagne. Le mouvement puritain en Grande Bretagne était non seulement basé sur les doctrines antérieures du franco-suisse Jean Calvin mais avait des liens étroits avec d'autres calvinistes aux Pays-Bas et ailleurs sur le continent. Les Lumières, au XVIII^e siècle, furent un phénomène trans-européen qui forma la base idéologique non seulement des révolutions américaine et française, mais aussi d'une agitation pour des changements radicaux en Angleterre et ailleurs. La révolution russe naquit du mouvement communiste international fondé par deux allemands, ses racines plongeaient dans la Commune de Paris en 1870.

Autre trait commun, les révolutions nationales eurent des répercussions énormes dans tout l'Occident après qu'elles eurent éclaté. L'effet immédiat de l'explosion fut invariablement une réaction de peur et d'hostilité dans les autres pays, de crainte de l'expansion du virus révolutionnaire, d'hostilité envers la nation qui en était le vecteur. A la longue, après vingt ou trente ans, lorsque la révolution s'était calmée dans son pays d'origine, les autres pays en acceptèrent une version atténuée.

Ainsi, après que la révolution luthérienne se fut éteinte en Allemagne, des monarchies absolues avec de solides structures administratives apparurent en Angleterre, en France et dans d'autres nations. Après que la révolution puritaine ait reculé en Angleterre, des monarchies constitutionnelles et quasi parlementaires émergèrent sur le continent vers la fin des années 1600 et le début des années 1700. Quand les révolutions américaine et française eurent jeté leurs feux, les Anglais élargirent l'électorat pour y inclure les classes moyennes en 1832 et après le paroxysme de la révolution russe, des gouvernements « socialistes » ou de *New Deal* apparurent dans les années 1930 en Europe et aux Etats-Unis.

Ce qui importe davantage est le fait que les institutions juridiques des nations d'Europe conservèrent leurs caractères occidentaux bien qu'à partir du XVI^e siècle, elles soient devenues plus spécifiquement nationales. Ce fut vrai en dépit du fait que les tribunaux laïcs et la législation aient enserré de plus en plus étroitement le droit canon et ses juridictions ; en outre, même l'Eglise catholique romaine s'est progressivement différenciée d'un pays à l'autre. Néanmoins, il restait nombre de points communs reliant les divers systèmes juridiques nationaux ; tous partagent certains modes fondamentaux de catégorisation. Par exemple, tous établissent un équilibre entre les pouvoirs législatif et judiciaire, et dans les jugements, entre la loi écrite et

INTRODUCTION

l'autorité de la chose jugée. Ils distinguent fortement la loi pénale du droit civil. Dans tous ces systèmes, la culpabilité est analysée (comme Abélard le fit le premier) en termes d'acte, d'intention ou de négligence, de causalité, de devoir et de concepts similaires. De même, les obligations civiles sont réparties, explicitement ou implicitement, en loi des contrats, des dommages et de l'enrichissement sans cause (quasi-contrat).

En arrière-plan de ces catégories analytiques et de bien d'autres, il y a une communauté de politique et de valeurs. Dans les années 1930, par exemple; lorsqu'un décret national-socialiste rendit punissable tout acte qui « mérite châtement d'après le sain sentiment populaire » (*das gesundes Volksgefühl*), il fut considéré comme une violation du concept occidental traditionnel de la légalité, et la Cour de Justice Internationale rejeta une disposition analogue de la cité libre de Dantzig, fondée sur le décret allemand, comme contraire à l'Etat de Droit (*Rechtsstaat*).

LA PERSPECTIVE MILLENARISTE

Un élément important commun aux grandes révolutions occidentales fut la vision apocalyptique de leur avenir. Elles étaient davantage qu'un programme politique, davantage même qu'un effort passionné pour changer le monde. Chacune était portée par une foi, un engagement, une eschatologie, un rêve messianique de la fin des temps, une conviction que l'histoire marchait vers un dénouement final.

Pour les révolutions déclenchées par les catholiques, les luthériens, les puritains, l'eschatologie s'exprimait en langage biblique. Les révolutionnaires chrétiens attendaient « un nouveau ciel et une terre nouvelle », la réalisation des mille années de paix sur la terre, entre la seconde venue et le jugement dernier. « Et moi Jean je vis la Cité sainte, la nouvelle Jérusalem, descendant du ciel d'auprès de Dieu... car les choses anciennes sont révolues ». Et celui qui siégeait sur le trône disait « Voici que je fais toutes choses nouvelles » (Apoc. 21:1-5).

Dans le cas des révolutions américaine, française et russe, l'eschatologie était d'ordre profane : une nouvelle et définitive ère de liberté et d'égalité, la fin d'une longue histoire humaine d'oppression, l'aurore d'une société juste.

Dans son livre *The Pursuit of the Millenium*, Norman Cohn a évoqué une sorte différente de millénarisme révolutionnaire, selon son expression. Il attire l'attention sur de nombreux mouvements chiliastiques parmi les « pauvres sans racines » dans l'Europe occidentale du XI^e au XVI^e siècles. Cela comprenait les croisades populaires, les flagellants, l'hérésie du libre esprit, certaines révoltes de paysans et les taborites. Presque tous ces mouvements étaient vaguement organisés, spontanés et anarchistes, ou communistes ou les deux. « Il est caractéristique de cette sorte de mouvements » écrit Cohn « que les buts et les hypothèses sont illimités. Un combat social est vu par les participants non comme un effort en vue d'objectifs spécifiques et

déterminés mais comme... un cataclysme d'où le monde émergera totalement transformé et racheté »¹⁸.

La différence entre ce que Cohn a décrit et le millénarisme des grandes révolutions, celles qui réussirent, de l'Occident, réside dans le fait que pour ces dernières, les finalités et les hypothèses étaient à la fois sans limites et déterminées. Elles étaient millénaristes mais en même temps bien organisées et politiquement raffinées. La façon vivante et pénétrante dont Cohn dépeint les mouvements millénaristes d'une nature particulière l'a conduit, et d'autres avec lui, à les comparer aux mouvements révolutionnaires contemporains, de gauche et de droite¹⁹. Cependant, les racines historiques d'au moins certains de ces derniers mouvements, et en particulier du communisme millénariste des dix-neuvième et vingtième siècles, sont à chercher non pas dans les mouvements de chats sauvages décrit par Cohn mais dans les révolutions réussies, sur les frontières desquelles ils sont apparus.

Les révolutions réussies étaient elles aussi basées sur l'eschatologie chrétienne qui elle-même se fondait sur la vision judaïque de l'histoire comme se mouvant vers un dénouement final, un paroxysme. En opposition avec les autres peuples indo-européens, y compris les Grecs qui pensaient que les choses évoluaient en des cycles perpétuellement récurrents, les Hébreux concevaient le temps comme continu, irréversible et historique, conduisant à une rédemption finale. Ils pensaient quand même que le temps avait des périodes, qu'il n'était pas cyclique mais pouvait être interrompu ou accéléré et qu'il se développe. L'Ancien Testament est un récit non seulement de changement mais de développement, de croissance, un mouvement vers l'ère messianique, mouvement au rythme très inégal avec nombre de reculs mais un mouvement « vers ».

Le christianisme, toutefois, a ajouté un élément important au concept judaïque du temps : celui d'une transformation de l'ancien en nouveau. La bible hébraïque devint Ancien Testament, sa signification transformée par épanouissement dans le Nouveau Testament. Dans l'événement de la résurrection, la mort fut transformée en un nouveau commencement. Les temps n'étaient pas seulement accélérés mais régénérés. Cela inaugurerait une nouvelle structure de l'histoire où se produisait une transformation fondamentale d'une ère en une autre. Cette transformation, pensait-on, ne pouvait avoir lieu qu'une seule fois : la vie, la mort et la résurrection du Christ était la seule interruption majeure dans le cours linéaire du temps depuis la création du monde jusqu'à ce qu'il s'achève définitivement. Ainsi le concept chrétien de la rénovation se fonde sur l'idée de la fin du monde.

De plus, l'on croit que la fin est imminente, qu'elle est « proche ». Norman O. Brown écrit que « *le sens chrétien de l'histoire est le sentiment que l'on vit les jours derniers. Petits enfants, c'est la dernière heure. L'ère chrétienne tout entière se situe dans les derniers jours (...). La prière chrétienne demande la fin du monde, qu'elle puisse arriver vite. Le but est de conduire ce monde-ci à un terme; la seule question est le comment. Une méprise sur ce point pourrait se révéler coûteuse* »²⁰.

INTRODUCTION

Rosenstock-Huessy a montré comment la croyance en une fin du temps, en une fin du monde a influé sur les grandes révolutions de l'Occident. Chacune de ces révolutions a transposé l'expérience de la mort et de la régénération en une conception différente de la nation et des églises ²¹. Lorsque l'eschatologie chrétienne fut repoussée par les Lumières et la théologie libérale, aux XVIII^e et XIX^e siècles, une eschatologie laïque en prit la place. « Aucun peuple », écrit Rosenstock-Huessy, « ne peut vivre sans avoir foi en une victoire définitive sur quelque chose. De sorte que pendant que la théologie s'endormait, la laïcité se reporta à d'autres sources de fins ultimes », à l'eschatologie de Karl Marx d'une part et celle de Friedrich Nietzsche d'autre part ²².

Antérieurement au grand mouvement de réformes du XI^e siècle, l'Eglise, aussi bien à l'Orient qu'à l'Occident, avait enseigné que la fin des temps ne se situait pas en ce monde-ci, le monde matériel, mais dans le monde spirituel, non dans le temps historique mais dans l'éternité. C'était l'un des points par lesquels Saint Augustin opposait la cité terrestre et la cité de Dieu. La cité temporelle était en décadence irrémédiable : ceux qui vivent les derniers jours ne sont plus de ce monde. Pour Augustin le mot *saeculum* signifiait aussi bien le « monde » que le « temps ». Le siècle étant hors d'état de bénéficier de la rédemption, l'on ne pouvait que l'abandonner pour le royaume de l'esprit.

Saint Augustin, comme l'Eglise en général dans les dix premiers siècles, était hostile aux mouvements millénaristes de l'espèce décrite par Cohn, lesquels voulaient transformer les réalités sociales, politiques et économiques, ici et maintenant, en un royaume céleste de l'esprit. La renaissance du chrétien individuel par la foi, aussi bien que la régénération de l'humanité, devaient se comprendre comme concernant seulement l'âme immortelle qui vivait cette renaissance ou régénération uniquement en « mourant à ce monde » principalement par la vie monastique. Dans le même registre, lorsque le christianisme pénétra chez les peuples germaniques de l'Europe de l'Ouest, il leur fut présenté comme une foi en un monde surnaturel, concerné par le sacré et la sainteté, ayant relativement peu de choses à dire sur la structure existante des pouvoirs militaires, politiques et économiques si ce n'est pour en amoindrir l'importance.

Vers la fin du XI^e siècle et au début du XII^e, la régénération fut pour la première fois envisagée comme applicable aussi à la société laïque. Les réformateurs se plaçaient au début et au terme de leurs nouveaux temps séculiers, ils examinaient le passé pour projeter leur imagination vers le futur. Ils se voyaient à un tournant de l'histoire, au début d'un nouvel âge qu'ils pensaient devoir être la phase ultime avant le jugement dernier. C'était une nouvelle césure dans l'ère chrétienne, elle combinait l'idée grecque du retour cyclique avec la conception hébraïque du mouvement linéaire vers une fin prédestinée ainsi qu'avec l'idée chrétienne d'une naissance ou d'une renaissance spirituelle.

Chacune des grandes révolutions, en commençant par la révolution papale de 1075, faisait une distinction tranchée entre ce qui se passait auparavant, « l'ancien » et ce qui allait se passer en son temps et plus tard « le nouveau ». Chacune également plaçait l'ancien et le nouveau historiques dans le cadre d'une création originale ou « état de nature » et d'une finalité ultime, une victoire définitive. Sans la croyance que ce monde, et ces temps-ci, avec les institutions de la société humaine, pouvaient être régénérés et que cette rénovation entraînerait l'accomplissement de la destinée dernière de l'homme, les grandes révolutions de l'histoire de l'Occident n'auraient pu se produire. Plus spécifiquement, une foi dans la capacité de l'homme à régénérer le monde et dans la nécessité pour lui de le faire afin de répondre à son ultime destinée, a fourni la base à la fois d'une attaque consciente contre l'ordre existant, et de l'établissement conscient d'un ordre nouveau. Le sacré était utilisé comme référence au jugement de valeur de l'ordre temporel.

C'est ainsi que les réformateurs du XI^e siècle commencèrent par juger empereurs, princes et seigneurs suivant des principes dérivés de la loi divine et naturelle. Le parti pontifical dénonça l'empereur comme félon vis-à-vis de sa charge de direction de l'Eglise et l'accusa de n'avoir aucun titre à la fonction. C'était le défi de Daniel à Nabuchodonosor « Mane, Tekel, Pharès, tu as été pesé sur la balance, et tu es jugé déficient » (Dan. 5: 25-27). « Liberté de l'Eglise », la devise de la révolution papale était justifiée par la volonté de Dieu. De même dans toutes les grandes périodes révolutionnaires subséquentes, des critères transcendants ont été invoqués contre les structures de pouvoir existantes. Quand Marx (citant Proudhon) disait « la propriété c'est le vol », il parlait dans la tradition millénariste occidentale : tout le système économique et politique était pesé dans la balance de l'*eschaton* des derniers jours et trouvé déficient.

LE DROIT REVOLUTIONNAIRE

La croyance révolutionnaire en une fin des temps, le millénaire final, aide à expliquer non seulement l'abolition du droit ancien mais aussi la concrétisation de la révolution dans un nouveau système de lois. Cela ne pouvait se faire en un tournemain. Aucune des grandes révolutions n'est parvenue à abolir le premier jour, le droit pré-révolutionnaire, et le deuxième jour, à établir un système de lois nouveau et permanent.

Par exemple, les Bolcheviks, en 1917, déclarèrent que l'héritage était aboli, mais, au même moment, ils promulguèrent un décret laissant les domaines valant au maximum 10.000 roubles-or passer aux héritiers conformément aux règles anciennes jusqu'à ce qu'un nouveau dispositif puisse être établi pour gérer les domaines moins importants. Il s'avéra cependant impossible de trouver un moyen pour que l'Etat puisse hériter d'une vache, d'un mobilier ou d'objets d'art, voire de monnaie. Le procédé adopté fut de prélever un impôt très élevé mais cette mesure se trouva plus

tard en conflit avec les efforts pour conserver la stabilité familiale, et l'impôt pouvait aisément être tourné par des dons antérieurs au décès.

Chaque grande révolution dut traverser une période intérimaire où nouvelles lois, décrets, règlements et ordonnances furent édictés en succession rapide et aussi rapidement amendés, annulés ou remplacés. Finalement, néanmoins, chacune des grandes révolutions fit sa paix avec le droit pré-révolutionnaire et en restaura nombre d'éléments, en les incluant dans un nouvel ensemble qui reflétait les objectifs majeurs, les valeurs et les croyances principales pour lesquels ses partisans avaient lutté. Ainsi, les nouveaux systèmes juridiques transformèrent la tradition tout en y restant incorporés.

La réformation luthérienne et la révolution des principautés germaniques qui s'y rallièrent, détruisirent le dualisme catholique romain des droits ecclésial et civil, en désofficialisant l'Eglise. Là où le luthéranisme l'emporta, on en vint à concevoir l'Eglise comme invisible, apolitique et sans juridiction. La souveraineté ne subsista avec un seul droit (au sens politique), que dans les royaumes et les principautés laïcs. C'est juste avant ce moment que Machiavel employa pour la première fois le terme « Etat » dans une nouvelle acception, celle d'un ordre social purement séculier. Les réformateurs luthériens furent en un sens disciples de Machiavel car ils étaient sceptiques quant à la capacité des hommes à créer une loi humaine qui refléterait la loi de l'Eternel, et ils déniaient explicitement à l'Eglise la mission d'élaborer la loi humaine.

Ce scepticisme luthérien rendit possible l'émergence d'une théorie du Droit, le positivisme juridique, qui traite le Droit de l'Etat comme moralement neutre, un moyen et non une fin, un procédé pour exprimer la politique du souverain et en imposer la mise en œuvre. Mais la sécularisation du Droit et la théorie positiviste de la loi ne forment que l'un des aspects de la contribution de la réformation luthérienne à la tradition juridique de l'Occident. L'autre aspect est également important : en affranchissant le Droit de la doctrine théologique et de l'influence directe du clergé, la réformation lui permit de prendre un développement nouveau et brillant. Selon les termes du grand juriste et historien allemand Rudolf Sohm, « La réforme de Luther fut une rénovation non seulement de la foi mais encore du monde, aussi bien le monde de la vie spirituelle que le monde de la loi »²³. La clef du renouveau du Droit en Occident, à partir du XVI^e siècle, fut le concept luthérien du pouvoir de l'individu, par la grâce de Dieu, de modifier la nature et de créer de nouvelles relations sociales par l'exercice de sa volonté. Le concept luthérien de la volonté individuelle devint central pour le développement du régime juridique moderne de la propriété et du contrat.

Assurément, il y avait eu depuis quelques siècles, sur ces points, un droit élaboré et détaillé tant dans l'Eglise que dans les communautés mercantiles. Mais dans le luthéranisme, le point focal était changé. Les règles anciennes furent refondues dans un ensemble nouveau. Nature devint propriété, relations économiques devinrent contrat, conscience devint volonté et intention. Le testament qui, dans la tradition

catholique antérieure, était au premier chef un moyen de sauver les âmes par des dons charitables, devint surtout un moyen de gérer des relations sociales et économiques. Par la simple expression de leur volonté, de leur intention, les testateurs pouvaient disposer de leurs biens après leur décès, et les entrepreneurs pouvaient organiser leurs affaires par contrats. Propriété et droits contractuels ainsi créés étaient tenus pour sacrés et inviolables, aussi longtemps qu'ils ne contrevenaient pas à la conscience. La conscience leur conférait l'intangibilité.

Et ainsi, la sécularisation de l'Etat, au sens restreint de suppression du contrôle ecclésial, s'accompagnait d'une spiritualisation, voire sanctification, de la propriété et du contrat. Par conséquent, il n'est pas vrai que le luthéranisme n'ait placé aucune limite au pouvoir politique des monarchies absolues qui régissaient l'Europe au XVI^e siècle. Le développement du droit positif était censé reposer sur le prince seul mais il était implicitement admis qu'en exerçant sa volonté, il respecterait la conscience individuelle de ses sujets et cela comportait aussi leurs droits de propriété et de contrat. Cette présupposition reposait, précairement il est vrai, sur quatre siècles au cours desquels l'Eglise avait su christianiser le Droit, dans une mesure remarquable étant donné le niveau initial de la vie culturelle des peuples germaniques. Ainsi, un positivisme luthérien qui sépare le Droit de la morale, dénie tout pouvoir législatif à l'Eglise et trouve l'ultime sanction du Droit dans la coercition politique, néanmoins présume l'existence d'une conscience chrétienne dans le peuple et un Etat gouverné par des chrétiens.

Une forme de protestantisme légèrement postérieure, le calvinisme, eut aussi des effets profonds sur le développement du droit occidental, spécialement en Grande-Bretagne et en Amérique. Les puritains accentuèrent la portée du concept luthérien de sacralité de la conscience et aussi, sur le terrain juridique, le caractère inviolable de la volonté individuelle en matière de propriété et de contrat. Mais ils insistaient sur deux éléments qui étaient secondaires dans le luthéranisme, premièrement l'affirmation du devoir, pour les chrétiens en général et pas seulement pour les gouvernants, de réformer le monde ²⁴ et secondement, pour la « congrégation locale », sous son pasteur élu et ses anciens, en tant que siège de la vérité (révélée), une « collégialité de croyants actifs » supérieure à toute autorité politique ²⁵. Les congrégations puritaines, résolues à réformer le monde, étaient prêtes à défier les plus hautes autorités religieuses et gouvernementales en affirmant leur foi et le faisaient en se fondant sur la conscience individuelle, invoquant à l'appui la loi divine, la loi mosaïque de l'Ancien Testament ainsi que les concepts de loi naturelle inclus dans la tradition juridique médiévale.

Comme les premiers martyrs chrétiens avaient fondé l'Eglise par leur désobéissance au pouvoir romain, les puritains du XVII^e siècle, avec des hommes tels que John Hampden, John Lilburne, Walter Udall et William Penn, par leur désobéissance à la loi anglaise, posèrent les fondations en Grande-Bretagne et en Amérique du système juridique de droits civils et de libertés civiques qu'expriment les constitutions des deux pays : liberté de parole et de presse, libre exercice de culte, privi-

INTRODUCTION

lège de non incrimination de soi, indépendance du jury à l'égard des magistrats, droit de ne pas être emprisonné sans mandat et bien d'autres dispositions en fait de droits et libertés²⁶. Le congrégationalisme calviniste a aussi fourni une base religieuse aux idées modernes de contrat social et de gouvernement par le consentement des gouvernés²⁷.

Puritanisme en Angleterre et en Amérique, et sa contrepartie sur le continent européen, le piétisme, furent les derniers grands mouvements au sein de l'Eglise institutionnelle qui aient influé sur le développement du droit occidental dans un quelconque sens fondamental. Aux XVIII^e et XIX^e siècles, l'Eglise catholique romaine et les diverses dénominations luthériennes continuèrent naturellement à exercer des pressions sur les législations dans des directions diverses. Assurément la chrétienté prophétique joua encore un rôle extrêmement important dans la promotion de réformes, par exemple l'abolition de l'esclavage, la protection des travailleurs et la législation de sécurité sociale généralement. Et certainement aussi, en face la religion organisée maintint son appui au statu quo, quel qu'il fût.

Mais le facteur significatif à cet égard, au XIX^e et encore plus au XX^e siècle, a été la réduction très graduelle de la religion traditionnelle au niveau d'une affaire personnelle, privée, sans influence publique sur l'évolution juridique, pendant que d'autres systèmes de convictions, de nouvelles religions profanes (idéologies, « ismes »), se hissaient au niveau de dogmes passionnants, pour lesquels des populations consentaient collectivement non seulement à risquer leur vie mais encore à vivre un genre d'existence inhabituel.

Ce furent les révolutions américaine et française qui ouvrirent la scène aux nouvelles religions séculières, c'est-à-dire à l'injection massive de politique temporelle et de mouvements sociaux dans la psychologie religieuse, avec des apports d'idées jadis exprimées dans le catholicisme et le protestantisme. Au début, une façade d'orthodoxie religieuse fut conservée au moyen d'une philosophie déiste qui, à vrai dire, n'avait guère de la psychologie qui est au cœur de la foi religieuse. Ce qu'il y avait de religieux, en fait, chez les grands penseurs révolutionnaires, des gens comme Rousseau ou Jefferson, n'était pas leur croyance en Dieu mais leur foi en l'homme, en l'individu homme, sa nature, sa raison, ses droits. Les philosophies politiques et sociales qui sortirent des Lumières étaient religieuses en ce qu'elles attribuaient l'importance ultime et la sacralité à l'esprit individuel, et aussi, il faut l'ajouter immédiatement, à la nation. L'âge de l'individualisme et du rationalisme fut aussi celui du nationalisme : l'individu était un citoyen, et l'opinion publique s'avéra n'être pas celle de l'humanité mais l'opinion des Français, l'opinion des Allemands, l'opinion des Américains.

Individualisme, rationalisme, nationalisme, la déité triune de la démocratie, trouva son expression juridique dans l'exaltation du rôle de la législation et la réduction concomitante (sauf aux Etats-Unis) du rôle du pouvoir judiciaire comme générateur de Droit, dans l'affranchissement des actes individuels par rapport aux contrôles pu-

blics, spécialement dans la sphère économique, dans l'exigence de codification des droits civil et pénal, dans l'effort pour rendre prévisibles les conséquences légales des actions individuelles, là encore spécialement en matière économique. Ces « postulats de juristes » (comme les eût appelés Roscoe Pound)²⁸ furent considérés non seulement comme utiles mais justes, et non seulement justes mais implicites dans l'ordre naturel de l'univers. L'on estimait même que la vie tirait sa signification et sa finalité de tels principes de rationalité des lois dont la source historique évidente remonte aux doctrines théologiques de la loi naturelle et de la raison humaine.

La démocratie libérale fut la première des grandes religions séculières dans l'histoire moderne, la première idéologie qui divorça du christianisme traditionnel, tout en lui reprenant à la fois son sens du sacré et certaines de ses valeurs majeures. Mais en devenant une religion profane, la démocratie libérale se trouva vite confrontée à un rival, le socialisme révolutionnaire. Et lorsque après un siècle d'intense agitation à travers l'Europe, le communisme s'empara finalement du pouvoir en Russie, sa doctrine avait revêtu le caractère auguste de la vérité révélée et ses chefs, le charisme de grands prêtres. De plus, le parti communiste avait le caractère secret et le prestige d'austérité d'un ordre monastique. Ce n'est pas par hasard, si pendant les purges qui suivirent la deuxième guerre mondiale, les communistes loyaux d'Europe disaient souvent « hors du parti, point de salut ».

Les postulats légalistes du socialisme, bien qu'ils diffèrent de ceux de la démocratie libérale, dénotent une commune ascendance dans le christianisme. Le « code soviétique de morale du bâtisseur de communisme », que les écoliers soviétiques doivent apprendre par cœur et qui est pris comme base par la politique juridique, contient des principes tels que « travail consciencieux pour le bien de la société, celui qui ne travaille pas, ne mangera pas non plus », « souci de tout un chacun de maintenir et accroître la richesse publique », « collectivisme et assistance mutuelle des camarades », « un pour tous et tous pour un », « honnêteté et loyauté, pureté morale, modestie et décence dans la vie sociale et personnelle », « une attitude sans concession devant l'injustice, le parasitisme, la malhonnêteté, le carriérisme, et la rapacité financière », « une attitude intransigeante envers les ennemis du communisme », « solidarité fraternelle avec les travailleurs de tous pays et toutes les personnes »²⁹

La législation soviétique rappelle de façon frappante le code puritain de la colonie de la baie du Massachusetts, le Corpus des Libertés de 1641, dans la punition des déviations idéologiques, de la paresse, de l'immoralité personnelle³⁰. En addition, le système soviétique attache une grande importance au rôle éducatif du Droit et insiste sur la participation populaire aux procédures légales et au maintien de l'autorité des lois par les tribunaux de camarades et les patrouilles populaires, et en plaçant les individus sous la responsabilité du collectif d'atelier ou de voisinage. D'ailleurs tout cela est fait au nom d'une eschatologie qui prévoit la disparition ultime de la coercition et du Droit lui-même puisque la société communiste est créée pour que chaque personne puisse traiter chacune des autres en « camarade, ami, et frère » (de nou-

veau selon les termes du susdit code moral du bâtisseur de communisme). Il n'est absolument pas contradictoire que, pour parvenir à ce but, l'on utilise des mesures de contrainte rigoureuses et des lois formelles.

LA CRISE DE LA TRADITION JURIDIQUE OCCIDENTALE

L'on ne pourrait prouver scientifiquement que la tradition juridique occidentale, comme la civilisation occidentale dans son ensemble, traverse au cours du XX^e siècle une crise plus grave que jamais précédemment. C'est chose connue, en dernière analyse, par intuition. Je puis seulement attester, pour ainsi dire, que j'éprouve le sentiment que nous sommes au milieu d'une crise sans précédent des valeurs et de la pensée juridiques, pendant laquelle la totalité de nos traditions en la matière est remise en question, non seulement ce que l'on appelle les concepts libéraux des quelque cent ans écoulés, mais la structure même de la légalité que l'Occident a dégagée depuis les XI^e et XII^e siècles.

La crise a ses racines à la fois à l'intérieur de l'expérience de l'Occident et hors d'elle. A l'intérieur, des transformations sociales, économiques et politiques d'une ampleur inégalée ont fait subir une formidable tension aux institutions et aux valeurs juridiques ainsi qu'aux concepts de légalité, dans virtuellement tous les pays occidentaux. Cependant, par le passé, il y eut des périodes de bouleversement révolutionnaire menaçant de détruire des éléments fondamentaux de la tradition juridique occidentale, et cette tradition a quand même survécu. Ce qui est nouveau aujourd'hui, c'est le défi lancé à l'ensemble de la tradition et non plus à certains de ses aspects ou composants. Et cela se manifeste par dessus tout dans la confrontation avec les civilisations et les philosophies étrangères à l'Occident.

Dans le passé, l'homme occidental a sans hésitation transporté avec lui son Droit de par le monde. Le monde aujourd'hui se méfie, plus que jamais, du « légalisme » occidental. L'homme d'Orient ou du Sud offre d'autres orientations possibles. L'Ouest même en est venu à douter de la validité universelle de sa vision traditionnelle de la loi, spécialement dans les cultures autres que la sienne. Le Droit qui jadis paraissait « naturel », ne paraît plus que « occidental ». Et beaucoup commencent à dire qu'il est désuet, périmé, même pour l'Occident.

La crise est parfois envisagée sous une forme un peu moins catastrophique, comme un défi non pas aux principes fondamentaux de légalité tels qu'on les entendit en Occident depuis neuf siècles, mais plutôt à l'application de tels principes aux nouvelles conditions du XX^e siècle, ou tout au moins comme la contestation de certaines variantes « libérales » ou « bourgeoises » de légalité qui ont prévalu depuis les XVIII^e ou XVII^e, voire XVI^e siècles. L'on dit que, dans tous les pays occidentaux, la loi se détourne des postulats individualistes qui ont accompagné le passage d'un ordre politique, économique et social « médiéval » à l'ordre « moderne » pour s'orienter vers une sorte de collectivisme ou une autre forme. Sous cet angle de vue,

la crise du système juridique au XX^e siècle est comparable en portée à ses crises antérieures, comme celle qui eut lieu après la révolution française de 1789 ou après la révolution anglaise de 1640 ou la révolution allemande de 1517. De même que ces révolutions, dit-on, inaugurèrent une ère nouvelle où le droit « bourgeois » ou « capitaliste » remplaça le droit « féodal », et à son tour la révolution russe de 1917 ouvrit une ère dans laquelle le droit « socialiste » est en train de remplacer le droit bourgeois ou capitaliste.

Il est certainement vrai qu'au XX^e siècle tous les pays d'Occident ont virtuellement expérimenté l'introduction de pouvoirs et de contrôles gouvernementaux contagieux dans la plupart des aspects de la vie économique. De nombreux pays ont nationalisé la production industrielle ou instauré une planification étatique intégrale de l'économie nationale. D'autres nations ont adopté une forme de capitalisme d'Etat où la responsabilité immédiate de la production, de la distribution et de l'investissement est aux mains d'entreprises anonymes de très grande échelle, soumises au contrôle direct et indirect d'organismes étatiques.

La déclaration de Lénine, en 1921, concernant l'économie soviétique est de plus en plus applicable dans d'autres pays. « Chez nous, ce qui relève de l'économie est régi par le droit public, non par le droit privé ». Aux Etats-Unis, par exemple, les domaines du droit administratif comme la fiscalité, les relations entre employeurs et salariés, la réglementation des titres en bourse, les logements sociaux, les assurances sociales, la protection de l'environnement et une douzaine d'autres secteurs qui n'existaient guère avant la grande dépression des années trente, sont désormais prépondérants.

De surcroît, ce qui était auparavant tenu comme relevant du droit privé a aussi été transformé au XX^e siècle par la concentration radicale et la bureaucratisation de la vie économique dont le socialisme, sous une forme ou une autre (y compris le capitalisme d'état) est soit une concrétisation soit une résultante. Le droit des contrats, par exemple, traditionnellement considéré dans les régimes juridiques occidentaux comme un corps de règles pour donner effet aux conventions selon l'intention des contractants, dans les limites fixées par des dispositions générales de police, s'est, au XX^e siècle, efforcé de répondre à une situation économique complètement transformée, dans laquelle les termes détaillés de types importants de contrats sont spécifiquement requis par la législation ou bien exposés en forme stéréotypée, à prendre ou à laisser, par des organisations professionnelles de grande taille.

De façon analogue, dans le droit de propriété, des intérêts politiques ou de groupes financiers ont opéré de sorte à priver les propriétaires de biens fonciers ou mobiliers d'une large portion de leurs droits de possession, d'usage et de disposition, autrement dit de ce qui était considéré jadis comme leurs droits, tout en leur imposant des obligations qui s'expliquent en droit administratif plutôt qu'en termes de droit civil. Partout à travers l'Occident, les droits des propriétaires de titres, d'immeubles, d'entreprises privées commerciales ou industrielles sont constamment sujets à de nouvelles réglementations, cependant que le légitime possesseur peut difficilement

planter un arbre ou ajouter un appetis à sa cuisine sans en avoir la permission de l'Etat.

De même encore, le droit à réparation des dommages (*tort law*) qui était traditionnellement conçu comme un corps de règles pour compenser les pertes causées par des tiers, intentionnellement ou par négligence, a été transformé par la rapide expansion de l'obligation d'assurance de responsabilité pour des actes innocents dans les activités économiques et autres (dite *absolute liability*) dont le fondement et donc les limites restent largement incertains. L'on prétend que le droit commun en matière de contrats, c'est-à-dire le corps de principes fondamentaux et de doctrine élaboré au XIX^e siècle pour être appliqué à tous les types de transactions volontaires, est désormais mort et que la responsabilité pour infraction à un contrat relève de la loi sur les dommages et intérêts³¹. D'autres disent que cette dernière, adoptée plus ou moins simultanément, est morte également.

La division du Droit en droit public et droit privé, et la subdivision de ceux-ci dans des cadres cohérents et complets tels que, droit civil, droit criminel, droit administratif etc. était un produit de la pensée juridique du « siècle de Lumières » (le XVIII^e siècle) et fut établi par la révolution française. Il se répandit dans toute l'Europe et atteignit finalement les Etats-Unis. Il ne pouvait survivre au socialisme qui se développa au XX^e siècle soit celui de la planification intégrale des pays communistes soit dans les formes plus restreintes, dites « socialistes » de domination étatique adoptées dans les états non communistes.

Les changements qui ont affecté fondamentalement l'Occident au XX^e siècle ne se limitent pas à ce que l'on appelait traditionnellement droit public et droit privé mais touchent aussi à ce que l'on pourrait appeler le droit social, en y comprenant ce qui concerne la famille et aussi les relations entre races, entre classes, entre sexes et entre générations. Mariage et divorce sont devenus largement une affaire consensuelle tandis que le pouvoir parental sur les enfants a été substantiellement réduit. La famille étant toujours davantage laissée à ses institutions propres, les relations sociales de race, de classe et de sexe ont été davantage assujetties à des restrictions légales pour combattre l'exploitation. Ces changements furent partiellement associés au mouvement socialiste bien qu'ils ne soient qu'indirectement liés à l'emprise étatique sur la vie économique. Quoi qu'il en soit, ces changements, eux aussi, constituent des développements difficilement conciliables avec les catégories traditionnelles du Droit.

Le droit pénal aussi a subi des modifications drastiques dans virtuellement toutes les nations occidentales, du fait de l'intégration et de la collectivisation de l'économie, de l'urbanisation, de la production en masse, de l'industrialisation et d'autres phénomènes corrélatifs. De nouveaux types de délits et de crimes sont apparus : usurpation de biens sociaux dans les grandes entreprises, étatisées ou privées, délits des « cols-blancs », incluant fraude fiscale, escroquerie, ententes illicites, trafic de drogues et violences de rue, et à l'autre extrémité de la gamme, les attentats politiques et idéologiques qui sont devenus plus fréquents que les délits et crimes

« traditionnels » : meurtre, viol, cambriolage, vol et incendie. Ces changements critiques dans la nature et l'incidence de la criminalité ont été accompagnés de changements d'importance comparable dans les théories des criminalistes, dans les sanctions punitives et dans leurs modes d'application.

Ces transformations, et d'autres concomitantes, dans les systèmes juridiques des nations occidentales peuvent être classées comme révolutionnaires, non seulement au sens de changements fondamentaux survenus relativement vite, mais encore dans le sens de réponses à un bouleversement politique, économique et social. En Russie et dans d'autres pays, ce bouleversement a revêtu la forme classique de révolution où une sorte d'ordre politique, économique, social et un système de croyances ont été violemment remplacés par d'autres. Ailleurs les changements ont pris un cours plus paisible d'intégration dans la vie nationale, à travers la technologie et les communications, l'organisation accrue d'unités plus vastes, l'expansion des attributions de l'Etat et de ses contrôles. Partout cependant, il s'est agi de bien davantage qu'une révolution technologique, elle fut aussi politique et idéologique.

L'histoire du droit occidental est à un tournant aussi aigu et crucial que ceux marqués par les révolutions française de 1789, anglaise de 1640 et allemande de 1517. Les deux générations qui ont suivi l'explosion de la révolution russe ont assisté non seulement en Union Soviétique, mais dans tout l'Occident, à un recul substantiel de l'individualisme traditionnel du droit portant principalement sur la propriété et le contrat, sur la limitation de la responsabilité des dommages (privés) dans l'activité d'entreprise, avec une attitude moralisatrice appuyée en matière pénale, et sur d'autres postulats de base. En prolongement, il y eut une orientation vers le collectivisme, étendant le domaine public et le rôle de l'Etat, réglementant la liberté de contrat à son avantage, accentuant la responsabilité des entreprises en matière d'environnement avec une attitude plus utilitaire que morale envers la criminalité et à divers autres égards.

Ces modifications d'orientation constituent un défi sévère aux institutions juridiques traditionnelles et à leurs procédures, leurs idéaux, leurs concepts, leurs normes et façons de penser. Elles menacent l'objectivité des lois, puisqu'elles font de l'Etat un invisible partenaire dans la plupart des conventions entre individus et entités économiques, alors que ce même Etat promulgue ces lois et nomme les magistrats. Cette pression anonyme est accrue dans les pays communistes par l'effet de contrôles rigoureux et de directives non seulement dans la vie économique mais aussi sur les plans politique, culturel et idéologique. Mais dans les pays non communistes aussi, des immixtions analogues ont été intensifiées, bien qu'exercées habituellement par de vastes organisations bureaucratiques plutôt que par l'Etat en tant que tel.

Dans la mesure où l'on peut admettre que la crise actuelle est comparable à celles qui ont atteint dans le passé la tradition juridique occidentale, les ressources de cette tradition tout entière pourraient être mobilisées pour lui faire échec, comme elles l'ont été pour surmonter les précédentes crises révolutionnaires. Mais celle que nous traversons va plus loin. Elle ne menace pas simplement l'individualisme tel

INTRODUCTION

qu'il s'est développé depuis le XVIII^e siècle, ou le libéralisme tel qu'il s'est développé depuis le XVII^e siècle, ou le sécularisme tel qu'il s'est développé depuis le XVI^e siècle. Ce qui est en crise, c'est l'ensemble de la tradition telle qu'elle a existé depuis la fin du XI^e siècle.

Quatre seulement, les quatre premières, des caractéristiques de base de la tradition juridique occidentale demeurent des caractères fondamentaux du Droit en Occident :

1 - le Droit est encore relativement autonome, en ce qu'il reste différencié du politique et de la religion ainsi que d'autres types d'institutions sociales et d'autres disciplines scientifiques ;

2 - il est toujours confié à la vigilance culturelle des professionnels spécialistes : législateurs, juges, avocats, juristes et enseignants ;

3 - les centres d'étude et de formation juridiques continuent à conceptualiser et systématiser ses concepts et institution ;

4 - un tel cadre de doctrine constitue une sorte de « méta-légalisme » par rapport auquel les institutions et normes juridiques sont évaluées et explicitées.

Il est important de souligner la validité conservée par ces quatre caractéristiques, alors que, pendant les premières années du régime soviétique et de nouveau au début des années 1930, de virulentes attaques avaient été lancées, comme dans les révolutions précédentes, contre l'autonomie du Droit, son caractère professionnel et sa qualité de discipline érudite et scientifique. Dans d'autres nations occidentales, il fut proposé de temps à autre durant les décennies vingt et trente, partiellement sous l'influence du marxisme-léninisme, d'éliminer lois et juristes ou du moins de restreindre fortement leur influence comme inutile et nuisible à la société. Dans les années 1960 et au début des années 1970, la révolution chinoise reprit cet étendard avec beaucoup de sérieux : tous les centres d'enseignement du Droit furent fermés et la plupart des juristes disparurent. Ce n'est qu'à la fin de la décennie 1930 pour l'Union Soviétique et de la décennie 1970 pour la République Populaire de Chine, que fut dénoncé le « nihilisme juridique ».

Les six autres caractères attribués à la tradition juridique occidentale ont été sévèrement affaiblis dans la dernière partie du XX^e siècle, particulièrement aux Etats-Unis :

5 - Au XX^e siècle, aussi bien en théorie qu'en pratique, le Droit a été de moins en moins traité comme un tout cohérent, un « corps » (*corpus juris*), mais de plus en plus comme un fourre-tout, une masse morcelée de décisions ad hoc et de règles hétéroclites unies seulement par des « techniques » communes. Ce qui fut jadis une « méta-légalité » fut disloqué et abandonné, remplacé par une sorte de cynisme. Les

catégorisations créées au XIX^e siècle en secteurs homogènes sont de plus en plus considérées comme obsolètes. Des éléments structurels encore plus anciens, tels en Angleterre et en Amérique les formes d'action en justice dans lesquelles la « *common law* » avait été intégrée et dont Maitland disait en 1906 qu'elles « nous gouvernement de leurs tombeaux » sont presque totalement oubliées.

La division faite au XVI^e siècle en droit public et en droit privé a dû céder la place à ce que Roscoe Pound, au milieu des années trente, appela le « nouveau féodalisme ». Mais c'est un féodalisme à qui manque le concept essentiel d'une hiérarchie des sources de Droit, par laquelle une pluralité de juridictions puisse être mise en ordre, et les règles contradictoires harmonisées. En l'absence de nouvelles théories qui donneraient cohérence et compatibilité à la structure de la légalité, un pragmatisme primaire est seul invoqué pour justifier isolément chaque règle et chaque décision judiciaire.

6 - La croyance en une croissance du Droit, en son caractère évolutif au long des générations et des siècles, a aussi été substantiellement affaiblie. C'est une idée largement répandue que le développement apparent du Droit, sa croissance apparente par réinterprétation du passé, représenté par la jurisprudence ou la codification, est purement idéologique. Le Droit est présenté comme n'ayant pas d'histoire propre et l'histoire qu'il affirme présenter est traitée, au mieux comme de la chronologie et au pis comme une illusion.

7 - Les changements du Droit qui ont eu lieu précédemment, tout autant que les changements opérés actuellement, sont considérés non comme les réponses à une logique interne de croissance juridique ni comme la solution de conflits entre science et pratique du Droit, mais comme des réponses à des pressions externes.

8 - L'idée que le Droit transcende la politique et qu'à un moment donné ou du moins dans son évolution historique, le Droit est distinct de l'Etat, semble avoir reculé de plus en plus devant l'idée que la loi est à tout moment essentiellement un instrument de l'Etat, c'est-à-dire un moyen de réaliser ce que veulent ceux qui détiennent l'autorité politique.

9 - La source de la suprématie du Droit, source située dans la pluralité des juridictions légales et des systèmes de lois, est menacée au XX^e siècle par la tendance, commune aux divers pays, à englober toutes les juridictions et tous les systèmes en un seul programme central de législation et de réglementation administrative. Les confessions religieuses ont depuis longtemps cessé d'être un contrepoids juridique effectif aux autorités séculières. Les us et coutumes des commerçants et des autres communautés de professions ou de métiers qui existaient au sein de l'ordre économique et social ont été supplantées par les contrôles législatifs et administratifs.

Le droit international a élargi sa prétention théorique à prévaloir sur les lois nationales mais en pratique le droit national a expressément incorporé la législation supranationale ou au moins l'a rendue inutilisable comme recours à ses propres ci-

INTRODUCTION

toyens. Dans les systèmes fédéraux comme celui des Etats-Unis, la possibilité de se soustraire à une juridiction en recourant à une autre a été fortement restreinte. La conception que Blackstone formula, il y a deux cents ans, et qui nous voyait vivre sous un nombre considérable de systèmes de lois différents, n'a guère d'écho dans la pensée juridique contemporaine.

10 - La croyance selon laquelle la tradition juridique de l'Occident transcende toute révolution, qu'elle est antérieure et qu'elle survit aux grands bouleversements généraux qui ont périodiquement submergé ces nations, est contredite par la croyance diamétralement opposée qui estime le Droit entièrement subordonné à la révolution. Le renversement d'un ensemble d'institutions politiques et son remplacement par un autre, aboutissent à un Droit différent. Même si les formes anciennes sont conservées, elles sont, dit-on, remplies d'un contenu nouveau, elles servent des objectifs nouveaux et ne peuvent être identifiées aux précédentes.

La crise actuelle n'est pas seulement celle d'une philosophie juridique, elle est au cœur même du Droit. Les philosophes ont toujours débattu et vraisemblablement débattront toujours du point de savoir si la loi est fondée sur la raison et la morale ou si elle n'est que la volonté du potentat. Il n'est pas nécessaire de résoudre cette question pour conclure des faits historiques que les systèmes de lois des pays héritiers de la tradition occidentale ont été fondés sur certains postulats ou croyances, donc que les systèmes mêmes ont tenu pour certaine la validité de ces croyances. Aujourd'hui, ces croyances ou postulats, tels que la structure intégrée du Droit, sa permanence évolutive, ses racines religieuses, sa transcendance, sont en voie de disparition rapide non seulement de l'esprit des philosophes, non seulement de celui des législateurs, des magistrats, des légistes, des enseignants et des autres membres des professions juridiques, mais aussi de la mentalité de la grande majorité des citoyens, du peuple dans son ensemble et, de façon encore plus caractéristique, de la lettre même de la loi. La loi est de plus en plus fragmentaire, plus subjective, embrayée davantage sur l'opportunité et moins sur la moralité, soucieuse davantage des conséquences immédiates et moins de la cohérence et de la continuité. Cela veut dire que le sol historique de la tradition juridique occidentale est, en ce vingtième siècle, érodé et balayé comme par un torrent, ce qui menace d'écroulement l'édifice de la tradition même.

Cet effritement est imputable seulement en partie aux révolutions socialistes inaugurées en 1917 par la Russie et qui se sont propagées à travers l'Occident (et d'autres régions du monde), souvent sous des formes atténuées, il est imputable partiellement à plusieurs autres tendances : l'intervention massive de l'Etat dans la vie économique (*Welfare State*), la bureaucratisation de la vie sociale et économique par de gigantesques organismes centralisés (*Corporate State*). Il provient surtout de la crise de la civilisation occidentale elle-même, ouverte en 1914 par la première guerre mondiale. Cela fut davantage qu'une révolution économique et technologique, davantage aussi qu'une révolution politique. Si ce ne l'avait pas été, la société occidentale serait capable d'adapter ses institutions légales pour répondre aux exigences nouvelles de l'époque comme elle avait su le faire par le passé, et elle pour-

rait accommoder sa tradition juridique au socialisme de n'importe quelle variété. Mais la désintégration des assises mêmes de cette tradition ne le permet pas et l'atteinte majeure à ces assises est la perte massive de confiance de l'Occident en lui-même, comme civilisation, comme communauté, et en la tradition juridique qui pendant neuf siècles avait contribué à sa solidité.

Presque tous les pays occidentaux sont contaminés par un cynisme envers le Droit qui mène à un mépris des lois dans toutes les catégories de la population. Les villes sont de moins en moins sûres. La protection sociale vacille sous une charge insoutenable de réglementations. La fraude ou l'évasion fiscales est pratiquée par les riches et les pauvres, et ceux qui sont entre deux. Il n'est guère de profession qui ne soit en contravention avec une règle ou une autre de l'administration. Et le gouvernement lui-même, de la base au sommet, est fautif d'illégalités. Mais l'essentiel n'est pas là, c'est que les seuls individus qui semblent avoir mauvaise conscience devant cet état de choses sont ceux dont les fautes ont été dévoilées.

Mépris des lois et scepticisme envers le Droit ont été stimulés par la révolte contemporaine contre ce que l'on appelle souvent le formalisme qui insiste sur l'application uniforme de règles générales parce que c'est l'élément capital pour le raisonnement juridique et l'idée de justice. D'après Roberto A. Unger, devant le développement de l'Etat-providence et des structures sectorielles (*corporate State*), le formalisme cède du terrain devant l'appel à une discipline administrative du raisonnement juridique et du sens de justice³². La logique juridique ainsi politiquement orientée, écrit Unger, se caractérise par des critères globaux de loyauté et de responsabilité envers la société. Il rapproche cette déviation de la logique juridique de l'ère « libérale » avec un changement de vues sur le langage en général. « Le langage n'est plus crédité d'une fixité des catégories et d'une représentation véridique du monde qui rendaient plausible le formalisme dans le raisonnement juridique et dans la conception de la justice » écrit-il³³. Ainsi décrite, la révolte contre le formalisme juridique semble à la fois inévitable et bénigne. Cependant, qu'est-ce qui empêche une justice discrétionnaire de se faire un instrument d'oppression et même de brutalité barbare, comme ce fut le cas dans l'Allemagne nazie ? Unger soutient que ce danger est à prévenir par le développement d'un vigoureux sentiment de communauté entre les divers groupes que comprend une société. Malheureusement pour cette thèse, le développement d'un tel pluralisme de groupes est lui-même empêché par certaines des considérations invoquées par les critiques du formalisme juridique.

La plupart des communautés plus larges que celles où l'on est face-à-face ne peuvent guère survivre et moins encore inter-agir avec d'autres sans des systèmes complexes de règles, soit coutumières, soit édictées. Dire cela n'est pas nier qu'il y ait eu à la fin du XIX^e siècle et au début du XX^e, dans certains pays, un souci excessif de la cohérence du Droit qui existe encore en certains milieux. La réaction qu'il a suscitée perd néanmoins sa justification lorsqu'elle devient une attaque contre les règles en tant que telles et contre la tradition occidentale qui établissait un équilibre entre loi, précédent, politique et équité, les quatre ensemble. L'attaque de l'un de ces

INTRODUCTION

quatre facteurs tend à affaiblir les autres. Au nom de l'anti-formalisme, la « politique générale » s'est dangereusement rapprochée du simple arbitraire de ceux qui détiennent momentanément le pouvoir.

La « justice sociale » et la « rationalité substantielle » ont viré au pragmatisme, la « loyauté » a perdu ses racines historique et philosophique et flotte au vent de chaque doctrine en vogue. Le langage du Droit est tenu pour nécessairement complexe, ambigu et rhétorique (ce qu'il est effectivement) mais aussi entièrement contingent, contemporain et arbitraire (ce qu'il n'est pas). Ce sont là des symptômes annonciateurs non seulement d'une ère « post-libérale » mais aussi « post-occidentale ».

Le scepticisme (ou cynisme) à l'égard du Droit et l'absence de lois ne seront pas surmontés par l'adhésion à un soi-disant réalisme qui nie l'autonomie, l'homogénéité, la complétude et la continuité évolutive de notre tradition juridique. Ainsi que l'a dit Edmund Burke, ceux qui ne regardent pas en arrière leurs ancêtres, ne regarderont pas en avant leur postérité. Cela ne signifie assurément pas que l'étude du passé sauverait la société : elle se meut inévitablement vers le futur, mais elle ne peut le faire en marchant à reculons, pour ainsi dire, les yeux fixés sur ce qui fut. Oliver Cromwell disait « l'homme ne parvient jamais aussi haut que lorsqu'il ne sait pas où il va ». En un temps de crise, il comprenait l'importance, pour une révolution, du respect de la tradition.

VERS UNE THEORIE SOCIALE DU DROIT

Deux termes qui ont façonné la façon de penser de l'homme moderne à propos du passé, lui rendent malaisée la compréhension de la tradition juridique occidentale. Le premier est « médiéval » (du Moyen Age). Il a été employé au XVI^e siècle pour caractériser d'une part la période allant des débuts du christianisme à la réformation protestante et d'autre part la période entre l'antiquité classique et le « nouvel humanisme » (que trois cents ans plus tard Michelet appela la Renaissance). Le mot médiéval plaisait aussi aux promoteurs et partisans de la contre-réforme catholique parce qu'il suggérait à la fois que le protestantisme était une innovation tandis que le catholicisme romain avait une continuité ininterrompue depuis au moins le temps de Constantin. Finalement, le mot a été trouvé commode par les historiographes nationalistes du dix-neuvième siècle car il semblait définir la période entre le déclin de l'empire romain et la croissance des états nationaux souverains.

Hautement surprenante est, dans ces conditions, la découverte du fait qu'à peu près tous les systèmes juridiques modernes des nations occidentales ont leur origine directe en plein milieu dudit Moyen-Age !

Le deuxième mot à tirer de son mystère est « féodalisme » par lequel on a défini la structure socio-économique du Moyen Age. L'ère médiévale du féodalisme était

opposée à l'ère moderne du capitalisme. Le capitalisme était associé à l'individualisme et au protestantisme, le féodalisme associé au traditionalisme et au catholicisme. Le concept de féodalisme est presque aussi chargé de connotations masquées que celui de Moyen Age. L'adjectif féodal, dérivé du terme concret fief, a eu des significations techniques, politiques, économiques et juridiques depuis le XI^e siècle, mais le terme abstrait féodalisme, se référant au système socio-économique en entier, ne fut forgé qu'au XVIII^e siècle³⁴.

La révolution française se donnait pour objectif l'abolition de la « féodalité » et de la « société féodale ». Un décret du 11 août 1789 proclamait : « l'Assemblée Nationale abolit totalement le régime féodal ». Comme l'a dit Marc Bloch, « comment pourrait-on désormais contester la réalité d'un système dont on a dû payer d'un tel prix la suppression ? »³⁵. L'ironie de Marc Bloch est légitimée par l'attestation postérieure d'un éminent historien marxiste britannique, Christopher Hill. S'en prenant à l'idée que le féodalisme prit fin quand le servage fut aboli, Hill fait observer « si le féodalisme est aboli avec le servage, alors la France de 1788 n'était pas un état féodal, et il n'y a jamais eu une révolution bourgeoise au sens de renversement d'un régime féodal. »³⁶. En d'autres termes, le féodalisme ne pouvait avoir pris fin deux cents ans avant 1789 car, dans ce cas, la révolution française eût été réalisée pour rien.

Et plus grave, la théorie marxiste serait dans l'erreur ! Ainsi, les idéologies du XIX^e siècle, marxisme inclus, se conjuguèrent pour minimiser, nier ou méconnaître les profondes racines des institutions et des valeurs dans l'ère antérieure au protestantisme, à l'humanisme, au nationalisme, à l'individualisme et au capitalisme. Et toutes concouraient aussi à dissimuler la fracture de l'histoire occidentale qui se produisit vers la fin du XI^e siècle et durant le XII^e. Cette périodisation fautive provoqua maintes erreurs dans l'enseignement habituel de l'histoire, quant au passage d'un âge médiéval à un âge moderne, et, de plus, elle a égaré les efforts des théoriciens pour marquer le parcours conduisant de la société « moderne » à une société « nouvelle » (socialiste, post-libérale, post-moderne).

La croyance à un passage de la société occidentale d'un âge de féodalisme à un âge de capitalisme charrie d'ordinaire une conviction implicite, voyant dans l'économie la base d'un ordre social, pendant que le Droit ne serait qu'un aspect de la « superstructure idéologique » utilisée par ceux qui disposent du pouvoir économique, au service de leurs politiques. Mais la tradition juridique occidentale ne saurait être comprise comme simplement un instrument de domination, soit économique, soit politique. Il faut y voir aussi une part importante de la structure fondamentale de la société occidentale. Elle est à la fois un reflet et un facteur du développement économique et politique. Sans un droit constitutionnel, un droit des sociétés, un droit des contrats, un droit de propriété et d'autres secteurs juridiques qui se sont développés en Occident entre les XII^e et XV^e siècles, les changements économiques et politiques entre les XVII^e et XIX^e siècles, que les théoriciens sociologues contemporains ont appelés « capitalistes », n'auraient pu se produire.

INTRODUCTION

De plus, le terme de féodalisme peut servir à laisser dans l'ombre le fait que les institutions et valeurs juridiques occidentales, dans leur période initiale d'élaboration, ont souvent défié le système politique et économique alors prévalent. Il y eut des conflits récurrents entre la loi et l'oppression de la classe féodale, entre le Droit et le pouvoir des magnats urbains ou les intérêts ecclésiastiques ou le pouvoir royal. Les serfs qui s'évadaient vers les faubourgs pouvaient s'y faire affranchir selon la loi communale, au bout d'un an et un jour. Les bourgeois se rebellaient contre leurs échevins en invoquant les principes énoncés dans la chartre de la cité. Les barons réclamaient à leur roi le respect de droits et privilèges coutumiers. Princes et pontifes romains s'affrontaient, chacun prétendant que le pouvoir de l'autre était exercé en violation des lois divines et naturelles, contre l'esprit des lois, voire contre leur lettre. Dans ces luttes et dans bien d'autres, le Droit était invoqué à l'encontre de faits et situations matérielles du moment, il se dressait contre la structure sociale même qui l'avait, pour ainsi dire, enfantée.

De la même façon dans l'histoire de l'Occident, le Droit fut périodiquement invoqué contre les valeurs politiques et morales prévalant dans la société, ces mêmes valeurs dont on peut dire qu'elles l'ont fait naître et auxquelles il est supposé adhérer. L'on fait appel au Droit pour défendre le dissident, l'hérétique alors que l'autorité politique et l'opinion publique elle-même condamnent la dissidence et l'hérésie. Le Droit peut protéger le collectif contre l'individualisme régnant, ou l'individuel contre un collectivisme dominant. Cette loyauté du Droit envers ses propres valeurs ne peut guère s'expliquer à la façon d'une théorie instrumentale qui considère les institutions comme un outil, sans plus, aux mains de la classe dominante ou d'une caste politique.

Le Droit, au moins dans l'histoire occidentale, ne peut être complètement réduit ni aux conditions matérielles de la société qui le secrète ni au système d'idées et de valeurs. Il doit être aussi être perçu, pour partie, comme un facteur indépendant, l'une des causes et non un des résultats seulement de phénomènes sociaux, économiques, politiques, intellectuels, moraux et religieux.

La première tâche d'une théorie sociologique du Droit, aujourd'hui - près d'un siècle et demi après Karl Marx et presque un siècle après Max Weber - est de se soustraire aux concepts trop simplifiés de causalité et de loi. Quoi que les philosophes puissent souhaiter dire à propos d'idéalisme et de matérialisme, d'un point de vue historique, le fait que Hegel se soit trompé en supposant que la perception consciente détermine l'être, n'implique pas que Marx ait eu raison en disant que l'être détermine la perception consciente. En histoire, dans la vie réelle, aucun des deux ne « détermine » l'autre ; d'ordinaire ils vont ensemble, sinon, c'est tantôt l'un, tantôt l'autre qui est d'importance décisive. Une théorie sociologique du Droit devrait souligner l'interaction de l'esprit et de la matière, des idées et de l'expérience, dans sa définition et son analyse du Droit. Elle devrait joindre les trois écoles traditionnelles touchant la jurisprudence : l'école politique (positivisme), l'école moraliste (théorie de la loi naturelle) et l'école historique (jurisprudence historique) en une seule jurisprudence intégrante.

La seconde tâche d'une théorie sociologique du Droit d'aujourd'hui est d'adopter une historiographie appropriée à l'histoire juridique, plutôt que celles principalement dérivées de l'histoire économique ou de l'histoire philosophique ou d'autres.

Une théorie sociologique du Droit doit tenir compte du fait qu'en Occident, les systèmes juridiques ont commencé à s'édifier vers la fin du XI^e siècle et au cours du XII^e et que certains des caractères fondamentaux de ces systèmes ont survécu aux grandes révolutions nationales depuis le XVI^e jusqu'au XX^e siècle. Un autre fait qu'il faut mettre en lumière est que le premier de ces systèmes modernes fut le droit canon de l'Eglise catholique romaine, lequel présentait nombre de caractères communs avec ce que les théoriciens contemporains appellent les systèmes séculiers, rationalistes, matérialistes et individualistes de la société capitaliste libérale.

Le dualisme de juridictions, ecclésiastique et séculière, est un trait distinctif sinon unique de la culture occidentale. Une théorie sociologique du Droit doit certainement offrir une explication de ce fait. Elle doit expliquer en même temps le concept occidental de pluralisme à l'intérieur de la juridiction séculière de groupes sectoriels ayant chacun son propre droit, dans la mesure où ce pluralisme ressemble au dualisme du séculier et de l'ecclésiastique. Il y a là un problème d'historiographie autant que de sociologie puisqu'il implique une interprétation des grandes révolutions de l'histoire occidentale, au fil desquelles les états nationaux se sont arrogé une grande partie de la juridiction ecclésiastique et finalement aussi une large portion de la juridiction des groupes sectoriels pluralistes compris dans l'ordre séculier.

Une telle historiographie conduirait à une théorie sociologique « générale » qui verrait l'histoire occidentale - non plus foncièrement comme une série de transitions du féodalisme au capitalisme et au socialisme - mais plutôt comme une série de transitions entre une pluralité de groupes sectoriels surplombée par une unité ecclésiastique, vers les états nationaux surplombés par une invisible unité religieuse et culturelle ; puis à présent les états nationaux « sans » unité surplombante et cherchant de nouvelles formes d'unité à l'échelle mondiale.

En prenant cette perspective historique, une théorie sociologique du Droit s'intéresserait à voir dans quelle mesure la tradition juridique occidentale a toujours été dans la dépendance, même à l'apogée de l'Etat-nation, de la croyance en un corps de droit existant au delà des plus hautes autorités politiques, jadis appelé loi divine, puis loi naturelle et récemment « Droits de l'Homme » ; et dans quelle mesure cette croyance, à son tour, a toujours reposé sur la vitalité de systèmes autonomes de lois, dans les communautés internes (cités, régions, syndicats) aussi bien que dans des communautés qui enjambent les frontières nationales (réseaux commerciaux et bancaires, agences internationales, confessions religieuses).

En complément, c'est une tâche de la théorie contemporaine d'étudier ce qu'il advient du Droit dans les périodes de changements révolutionnaires, moins pour examiner la substitution accélérée de nouvelles lois aux anciennes que pour exami-

INTRODUCTION

ner les voies par lesquelles des fondations sont (ou ne sont pas) posées en vue d'un ordre stable et juste dans l'avenir, une fois la révolution apaisée.

Finalement, une théorie sociologique du Droit doit déborder l'étude des systèmes juridiques occidentaux et de leurs traditions, pour s'intéresser aux systèmes et traditions non occidentales, à la rencontre entre le droit occidental et les autres, et au développement d'un langage juridique commun pour le monde entier. Car c'est uniquement dans cette direction que s'ouvre la voie pour sortir de la crise de la tradition juridique occidentale à la fin du XX^e siècle.

Première partie

LA REVOLUTION PAPALE

ET

LE DROIT CANON

LA REVOLUTION PAPALE ET LE DROIT CANON

Chapitre premier

L'ARRIERE-PLAN DE LA TRADITION JURIDIQUE OCCIDENTALE : LE DROIT POPULAIRE

Un historien a parfaitement conscience du danger qu'il y a à parler d'origines. En quelque point du passé où l'on commence le récit, il y a eu toujours des débuts antérieurs, ce qui atteste sans doute la continuité de l'histoire entière de l'humanité. Selon les mots bien connus de Maitland, au premier paragraphe du livre écrit par Pollock et lui, leur *History of English Law* : « *Telle est l'unité de toute l'histoire, que quiconque entreprend d'en décrire une partie ressentira que sa première phrase tranche un tissu sans couture. La plus ancienne formulation du droit anglais qui nous soit parvenue contient des mots grecs tels que évêque, prêtre, diacre. Si nous cherchons les origines du droit romain, il nous faut étudier Babylone... Une règle de délimitation doit être posée mais elle est nécessairement arbitraire. La pièce d'étoffe doit être coupée* ».

Malgré cette mise en garde, je suis prêt à soutenir qu'il y a des coutures, que des choses nouvelles apparaissent sous le soleil, et que le point d'où l'on part n'est pas forcément arbitraire. En particulier, c'est une thèse principale du présent ouvrage, qu'il y eut un temps où ce que l'on connaît aujourd'hui sous l'appellation de système juridique, un corps distinct et intégré de Droit, consciemment systématisé, n'existait pas parmi les peuples de l'Europe occidentale, et qu'à la fin du XI^e siècle et au début du XII^e puis par la suite, des systèmes légaux furent créés pour la première fois, tant à l'intérieur de l'Eglise catholique romaine que dans les divers royaumes, communes urbaines et autres unités politiques de l'Occident.

L'expression de « systèmes légaux » est employée ici dans un sens un peu plus étroit et plus spécifique que le droit en général, ou ce que l'on peut appeler un « ordre légal ». Il y avait un ordre légal dans toute société en Occident avant les XI^e et XII^e siècles, en ce sens qu'il y avait des autorités constituées qui appliquaient la loi. En réalité, à aucun moment de leur histoire, les peuples d'Europe occidentale n'ont manqué d'un ordre légal : les plus anciens textes écrits sont des recueils de lois, et Tacite, écrivant aux I^{er} et II^e siècles de l'ère chrétienne, décrit des assemblées en Germanie qui fonctionnaient comme tribunaux. De même l'Eglise, depuis des

temps très reculés, promulguait des lois et avait établi des procédures pour trancher les conflits.

Toutefois, les règles légales et les procédures appliquées dans les divers ordres légaux occidentaux antérieurement aux XI^e et XII^e siècles étaient généralement très peu différenciées d'avec la coutume sociale et les institutions politiques et religieuses. Personne n'avait essayé d'organiser ce qui existait de lois et d'institutions judiciaires en une structure cohérente. Il n'y avait pas de juges professionnels, pas de catégorie sociale de légistes, pas de littérature professionnelle juridique. La loi n'était pas systématisée car elle n'était pas encore extraite de la matrice sociale où elle baignait. Il n'existait pas un corps de principes et de procédures indépendant, intégré et évoluant, clairement différencié des autres procédés d'organisation sociale et consciemment articulé par un ensemble de personnes spécialement entraînées à cette tâche.

Vers la fin du XI^e siècle et au début du XII^e, tout cela changea « avec une merveilleuse soudaineté », disait Maitland. Dans chaque pays de l'Occident furent institués des tribunaux officiels, créés un corps de législation, une profession de juristes, une littérature et une « science du Droit ». La première impulsion donnée à ce mouvement provint de l'assertion de la suprématie pontificale sur la totalité de l'Eglise d'Occident et de l'indépendance de celle-ci à l'égard des pouvoirs séculiers. Ce fut une révolution, déclarée en 1075 par le pape Grégoire VII. Le parti du pape et le parti de l'empereur s'affrontèrent en des guerres sanglantes pendant près de cinquante ans et ce ne fut qu'au bout de presque cent ans, en 1170, que le martyr de Thomas Becket marqua, en Angleterre, la fin du conflit.

Dans les siècles qui suivirent, le droit populaire des peuples européens parut disparaître presque totalement. Des systèmes légaux perfectionnés furent élaborés d'abord pour l'Eglise puis pour les structures de l'ordre civil, droit canon, communal, royal, marchand, féodal, *manorial*. Finalement dans la période entre les XVI^e et XX^e siècles, une série de grandes révolutions, réformation allemande, révolution anglaise, révolution américaine, révolution française et révolution russe, transformèrent la tradition juridique occidentale, laissant de plus en plus loin dans le passé son « arrière-plan » germanique.

Cependant, les concepts juridiques occidentaux - et ce qui compte peut-être davantage, les attitudes occidentales à l'égard du Droit - ne peuvent se comprendre sans qu'on les replace en partie dans ce qui en sortit « tant en accord qu'à l'encontre » de cet arrière-plan historique. Et particulièrement en notre fin du vingtième siècle où l'Occident est moins assuré que jamais de sa tradition, il est important de rappeler ce que cette tradition a originellement remplacé. Si l'on cherche de nouveaux chemins pour dépasser ou conforter le « légalisme » occidental, il faudra certainement les éclairer par la connaissance de l'alternative germanique qui, bien qu'elle ait été rejetée jadis, reste près de la surface de notre mémoire collective.

L'ARRIERE-PLAN DE LA TRADITION JURIDIQUE OCCIDENTALE

De plus, même si les juristes de la nouvelle ère critiquaient les aspects « irrationnels » des vieilles coutumes et soumièrent ces dernières à une révision drastique, le droit germanique ne fut pas totalement rejeté, et les parties écartées ne le furent pas d'un seul coup. La nouvelle jurisprudence ne fut pas créée *ex nihilo*. Ce fut une réaction consciente contre le passé (souvent au nom d'un passé antérieur) mais aussi une rénovation d'institutions et d'idées préexistantes.

Allons plus loin : le droit germanique a fourni ses fondements indispensables à la tradition nouvelle qui l'évinçait. Peut-être l'argument le plus net à l'appui de cette vérité paradoxale se trouve-t-il dans les nouvelles orientations juridiques à l'intérieur de l'Eglise à la fin du XI^e siècle et au début du XII^e. L'Eglise acquérait pour la première fois une identité légale indépendante des empereurs, des rois et des seigneurs féodaux. Il y eut séparation entre l'Eglise et les autorités séculières et séparation entre le droit ecclésiastique et les autres aspects du pouvoir ecclésial. Une hiérarchie de tribunaux ecclésiastiques fut établie, culminant à la curie pontificale. Tout cela était entièrement neuf, de même que l'émergence dans l'Eglise d'un corps de légistes professionnels, d'un enseignement et de traités de droit canon ainsi qu' un corps de lois et de jurisprudence. Mais tout cela n'eût pas été possible si n'avait déjà existé une communauté, le *populus christianus*, qui s'était formée en Europe du V^e au XII^e siècles. Pendant tout ce laps de temps, l'Europe consistait en une multiplicité d'unités tribales, locales et seigneuriales qui en vinrent à partager une foi religieuse et une allégeance militaire communes vis-à-vis de l'empereur et, hors de l'empire, aux rois. L'empereur ou le roi était considéré comme le représentant sacré de la foi par tous les sujets de l'empire ou du royaume. On le disait le vicaire du Christ (le pape ne revendiquait pas alors ce titre mais se tenait pour le vicaire de St Pierre). La communauté préexistante de foi et de loyauté n'était pas seulement une condition préalable à l'apparition d'une identité légale distincte de l'Eglise sous son chef, le pape ; elle était le fondement indispensable de cette identité puisque sans elle il n'y aurait pas eu de réalité sociale à laquelle conférer une identité juridique.

De même le droit coutumier germanique - qui était fondamentalement tribal, local, et féodal (ou proto-féodal), fondé sur la solidarité dans la vengeance (*feud*), sur le « prix du sang » et son rachat (*composition of blood feud*), sur les ordalies, sur le serment judiciaire et sur d'autres procédures, et dont l'ensemble fut dénoncé comme périmé au moment de la révolution papale, était un fondement indispensable pour les systèmes légaux qui le remplacèrent. Là encore, ce fondement nécessaire était le caractère communautaire de la société que le droit coutumier avait servi à maintenir. Le nouveau droit, à l'opposé de l'ancien, était érudit, raffiné et systématisé mais il n'aurait pu émerger dans l'histoire et n'aurait pu subsister ensuite sans la base des communautés germaniques structurées et vigoureusement unies, avec leur insistance sur l'interdépendance, sur la camaraderie, sur la responsabilité mutuelle et sur d'autres valeurs communautaires.

LE DROIT TRIBAL

Les ordres légaux les plus anciennement connus chez les peuples de l'ouest et du nord de l'Europe étaient de caractère essentiellement tribal. Chaque tribu (*stamm*, tronc) avait sa loi propre tels les Francs, les Alamans, les Frisons, les Wisigoths, les Ostrogoths, les Lombards, les Est-Saxons, les Vandales, les Suèves et d'autres peuples qui, à la longue, se combinèrent dans l'empire franc, englobant une bonne partie de ce qui devint l'Allemagne, la France et le nord de l'Italie. Les Angles, les Ouest-Saxons, les Jutes, les Celtes, les Bretons et d'autres devinrent plus tard la Grande-Bretagne. Les Danes, les Norvégiens et d'autres peuples nordiques de Scandinavie et ensuite de Normandie, de Sicile et d'ailleurs et bien d'autres depuis les Pictes et les Scots jusqu'aux Magyars et Slaves en firent partie.

Dans la période du VI^e au X^e siècles, les ordres légaux de ces peuples, bien que largement indépendants les uns des autres, n'en étaient pas moins remarquablement similaires. D'une part l'unité légale de base au sein de la tribu était le foyer, une communauté de camaraderie et de confiance, fondée en partie sur la parenté, et en partie sur des serments de protection et de service mutuels. La violation de la paix du foyer par un étranger ouvrait la voie à riposte sous la forme de guerre privée (*blood feud*), ou de négociations entre familles ou entre clans pour prévenir l'effusion de sang ou en fixer l'indemnisation. D'autre part existaient des unités légales territoriales consistant typiquement en foyers groupés en villages, de villages groupés souvent en centaines (ou comtés), à leur tour groupées de façon très lâche en duchés ou royaumes. Dans les communautés territoriales, l'instrument essentiel de gouvernement était l'assemblée publique des chefs de famille. A côté des communautés de foyers et territoriales, il y avait aussi plusieurs variantes de seigneuries souvent formées de foyers qui se « recommandaient » à un personnage puissant (*feudal bonds*, liens féodaux) ¹.

A la tête des tribus et des communautés locales et féodales, il y avait les autorités royales et ecclésiastiques. Au fil du temps, les unités territoriales étendues, royales et religieuses, régies par ces autorités, prirent de plus en plus d'importance. Les rois continuèrent à être appelés rois d'un peuple : *Rex Francorum* (roi des Francs), *Rex Anglorum* (roi des Angles) jusqu'au XII^e siècle mais des termes semblables furent aussi employés pour se référer à des territoires politiques vaguement déterminés, tels que *Francia* et *Anglia*. Quant à l'Eglise, bien que sujette en dernier ressort des empereurs et des rois dans leurs domaines respectifs, elle était reconnue comme une plus large communauté spirituelle qui, encore que dépourvue d'unité organisationnelle, transcendait toutes les autorités temporelles. Néanmoins, avant la deuxième moitié du XI^e siècle, les autorités royales et ecclésiastiques ne tentèrent pas de modifier de façon quelque peu fondamentale le caractère essentiellement tribal, local et féodal des ordres légaux de l'Europe. Le fait pourra paraître moins étrange si l'on tient compte de l'économie européenne de ces temps-là. Elle était, en effet, presque totalement locale, consistant en agriculture et élevage, avec subsidiairement la chasse. La population était clairsemée, il n'y avait pratiquement pas de villes ayant

plus de quelques milliers d'habitants, le commerce ne jouait qu'un rôle minime et les communications étaient rudimentaires.

Ce qui est étrange, d'un point de vue économique et géopolitique, n'est pas la faiblesse du pouvoir juridique central, royal et ecclésiastique mais la puissance de « l'autorité » tant royale qu'ecclésiastique. Il incombait à l'autorité royale centrale, inspirée par des conseillers ecclésiastiques, de promulguer les collections écrites (que par la suite on appela « codes ») des lois tribales et locales qui ont fourni une grande partie de ce que nous savons aujourd'hui du droit populaire de l'époque. Du fait de la désintégration finale de l'empire romain d'Occident, au V^e siècle, le peu qu'il y avait eu dans les royaumes germaniques du vaste édifice du droit romain diminua encore et, à certains endroits, disparut presque complètement.

En d'autres régions, notamment dans le nord de l'Italie, en Espagne et dans la France méridionale, subsistèrent le souvenir et une partie de la terminologie et des lois romaines. C'était un droit romain simplifié, populaire et corrompu que les auteurs modernes ont dénommé « droit romain vulgaire » pour le distinguer du droit savant des périodes antérieures, classique et post-classique. L'on a décrit le droit romain vulgaire comme « un droit auquel les concepts stricts sont étrangers et qui n'est ni capable ni désireux de se tenir aux critères classiques d'élégance et de rigueur logique de la jurisprudence ancienne »². Même les plus « romanisés » des codes de l'époque, tels ceux des rois wisigoths du VII^e siècle, consistaient simplement en dispositions hétéroclites, groupées sommairement par sujets mais dépourvues tant d'unité conceptuelle que de capacité à évoluer organiquement³. Peut-être la principale importance historique de ces survivances éparses du droit romain a-t-elle été de contribuer à la persistance de l'idée que le Droit doit jouer un rôle dans le maintien de relations politiques et sociales ordonnées⁴.

L'Eglise aussi conserva nombre d'éléments juridiques romains aussi bien que bibliques. Et lorsqu'un chef de tribu germanique se convertissait au christianisme, il promulguait le plus souvent un ensemble de lois dont la substance provenait largement du droit coutumier de son peuple. La plus ancienne des *leges Barbarorum* (lois des Barbares) survivantes, comme les appellent les historiens pour les distinguer des *leges Romanae*, fut la loi des Francs saliens, la *Lex Salica*, promulguée par le roi mérovingien Clovis peu après sa conversion au christianisme en 496⁵. Elle débute par une liste des sanctions pécuniaires que le coupable doit payer au plaignant s'il fait défaut aux citations à comparaître devant le tribunal local. Elle énumère aussi les sanctions en monnaie que l'auteur d'un dommage doit verser aux parties lésées dans diverses sortes de méfaits, notamment l'homicide, les coups et blessures et le vol.

Ce sont là des dispositions typiques de la coutume primitive dont l'un des principaux objectifs était d'amener les parties en conflit à se soumettre à une décision de l'assemblée locale (le tribunal de centaine) au lieu de poursuivre leur querelle par la « vendetta », ou autrement à fournir une base de négociation entre le foyer de la victime et celui de l'agresseur. Parfois cependant, ce résultat minimum n'était pas at-

teint. La partie lésée, dit l'une des lois des Anglo-Saxons, « doit acheter l'épieu ou le porter ». La persistance de la guerre privée s'explique en partie par la grande difficulté qu'il y avait à forcer l'accusé à comparaître ou pour trouver des témoins attestant le jugement ou obligeant à l'exécuter.

La plus ancienne compilation concernant les royaumes anglo-saxons, « les lois d'Ethelbert », date approximativement de l'an 600 de l'ère chrétienne. Ethelbert était roi du Kent, il avait épousé une chrétienne et, suivant la tradition, il avait été converti par un émissaire du pape Grégoire, le moine Augustin, en 597. Les lois d'Ethelbert sont remarquables par le plan extraordinairement détaillé des tarifs établis pour diverses blessures, tant pour la perte d'une jambe, tant pour un œil, tant si la victime était un esclave, tant s'il était homme libre, tant s'il était prêtre. Les quatre incisives du haut valaient chacune six shillings, leurs voisines un seul ; pouce, ongle du pouce, index, majeur, annulaires, auriculaires et leurs ongles respectifs étaient tous spécifiés, et un prix distinct appelé *bot* attaché à chacun. Des distinctions semblables étaient faites pour les oreilles dont l'ouïe était détruite, les oreilles coupées, percées, lacérées. Parmi les os, ceux qui avaient été décharnés ou brisés ou endommagés, les crânes fendus, les épaules luxées, les fractures du menton, du cou, des bras, des cuisses, des côtes et parmi les ecchymoses, celles extérieures aux vêtements ou intérieures, ou qui n'avaient pas noirci ⁶. Si l'acte de l'accusé avait provoqué la mort, le prix à payer à la parenté du défunt était appelé *wer* (ou *wergeld*). Beaucoup de lois germaniques écrites (y compris celle des Francs et celle des Anglo-Saxons) contenaient des niveaux différents du *wergeld* selon diverses catégories de gens.

Quelque peu plus raffiné que les lois d'Ethelbert fut ce qu'on appelle l'édit du chef ou roi des Lombards, Rothari, rédigé en 643, soixante-quinze ans après que les Lombards eurent quitté ce qui est aujourd'hui la Hongrie et la Yougoslavie pour s'établir en Italie du Nord. Des 363 articles de cet édit, 140 fixent des sanctions pénales. Pour le meurtre d'un homme ou femme libres par une personne libre, l'indemnisation est de 1200 *solidi* (shillings) alors que celle du décès d'un serviteur du foyer n'était que de 50 et celle d'un esclave, 20 (le meurtre d'une personne libre par quelqu'un qui ne l'était pas, était « compensé » par la mort du meurtrier). Divers prix étaient prévus pour avoir frappé quelqu'un à la tête, pour lui avoir coupé les cheveux, fracturé des parties spécifiées du crâne, énucléé un œil, coupé le nez, ou l'avoir cassé, avoir boxé l'oreille, fracturé le bras (avec distinction entre fractures simples ou multiples), avoir coupé bras, doigts, orteils. Le petit doigt d'un homme libre valait 16 shillings, s'il était servant quatre, et esclave seulement deux ⁷.

Cette institution de sanctions monétaires payables par la parenté du coupable à la parenté de la victime était un trait caractéristique dans la coutume de tous les peuples européens jusqu'au XII^e siècle et, d'ailleurs, de tous les peuples indo-européens à une phase ou à une autre de leur développement, y compris les peuples de l'Inde, d'Israël, de la Grèce et de Rome. Elle figure aussi actuellement dans les coutumes de plusieurs sociétés primitives ⁸. C'est là, sous divers aspects, un système très sensé. La menace de lourdes sanctions financières contre le coupable et sa parenté est pro-

bablement un facteur plus dissuasif de la malfaisance que la menace de la peine de mort ou de mutilation (qui succéda en Europe aux sanctions monétaires, aux XII^e et XIII^e siècles) et au moins aussi efficace que la sanction moderne d'emprisonnement, et certainement moins coûteux pour le contribuable. De plus, en termes de justice rétributive non seulement le coupable devait souffrir mais aussi la victime était ainsi indemnisée, au rebours de notre pénologie plus « civilisée ».

Toutefois, l'on ne peut expliquer le système de façon satisfaisante sur le plan utilitaire seul, du moins dans la mesure où il s'agit des peuples germaniques. Ce système faisait partie d'une idéologie globale, d'une vision du monde, et cette vision aide à expliquer non seulement ses aspects raisonnables mais aussi ceux qui peuvent le paraître moins, par exemple la différenciation marquée des paiements pour le meurtre de personnes appartenant à des classes différentes, l'énormité du chiffre dans certains cas, la responsabilité solidaire de la parenté sans égard aux membres innocents et la fixité du montant sans égard au coût réel infligé à la victime.

En termes fonctionnels, l'institution de sanctions monétaires pour le forfait, payables au foyer de la victime par le foyer du coupable, doit être évaluée non pas principalement selon la mesure où elle a servi à prévenir, punir et faire réparer les délits mais fondamentalement selon la mesure où elle a servi à prévenir les vendettas entre familles et, en particulier, où elle a facilité la négociation et la médiation entre familles hostiles. Idéologiquement cependant, l'institution du prix du sang et l'institution de la réparation monétaire pour remplacer la guerre privée doivent être expliquées dans les sociétés germaniques par la valeur élevée placée sur « l'honneur » comme moyen de mériter la gloire (*lof*, louange) dans un monde dominé par des déités belliqueuses et par un destin menaçant et arbitraire (*wyrd*). L'honneur, pour l'homme germanique, imposait qu'il se venge. C'est seulement en prenant sa revanche (*getting even*) qu'il pouvait vaincre les forces de ténèbres qui entouraient son existence⁹. Les tarifs fixes et gradués de rétribution fournissaient un repère pour des règlements pour solde de tout compte.

L'on acquérait de la gloire en s'emparant de ce qu'un autre défendait, comme on la perdait lorsque d'autres s'emparaient de ce que l'on défendait. Ainsi, la pénalité (*bot*) était à l'origine punitive plutôt que compensatrice, c'était une contribution de guerre, imposée par un foyer à un autre. Le défi à la réputation était particulièrement grave en cas d'homicide parce que le mort ne pouvait plus recouvrer son honneur perdu. Le devoir en retombait sur sa parenté dont le premier instinct était de recourir à la vengeance. Originellement, la vie ou le membre de l'assaillant, ou de quelqu'un de son foyer, était réclamé (en termes bibliques, « œil pour œil, dent pour dent »), ou si l'auteur du décès n'était pas un humain mais un animal ou un arbre par exemple, son propriétaire devait le livrer aux plaignants (*noxal surrender*). La substitution d'une somme tarifée donnait de la dignité à une solution non violente du conflit sans altérer la raison d'être fondamentale du remède qui était la restitution au foyer ou à la parentèle de la victime de l'honneur dont celle-ci avait été dépouillée.

Ainsi « *bot* » et « *wer* » se rattachaient à « *mund* » (bouche, parole) qui était la promesse de protection du foyer aux personnes et groupes qui s'y associaient, ainsi qu'à « *frith* » qui était la paix interne de la parentèle. La « *mund* » et la « *frith* » royales étaient semblables à celles de n'importe qui, simplement meilleures. Les lois d'Ethelbert, par exemple, fixaient la pénalité pour violation de la protection royale à 50 shillings et celle d'un homme du commun à six shillings ¹⁰. La protection et la paix étaient violées, par exemple, si un tiers couchait avec une servante de la maison ou tuait quelqu'un dans ses murs. En rapports étroits avec ces concepts, trois autres institutions germaniques sont à mentionner, la caution (*bohr*), le gage (*wed*) et la remise d'otage ¹¹. Un membre du clan pouvait se porter caution pour quelqu'un qui acceptait de payer une pénalité mais qui ne pouvait en verser immédiatement la totalité : ou le débiteur pouvait remettre en gage un objet de valeur, ou il pouvait envoyer un otage vivre et travailler dans le foyer ennemi jusqu'à ce que le montant soit entièrement payé. Tous ces procédés légaux traduisaient la solidarité de la parentèle et la substitution d'un tribut à la guerre privée entre familles ou entre clans.

En complément du règlement des querelles par vengeance ou négociation, les peuples germaniques tenaient, depuis les temps les plus anciens, des assemblées délibérantes pour entendre et trancher les disputes mais, dans la plupart des matières à procès, l'autorité de cette juridiction dépendait de l'acceptation des parties. Même si elles comparaissaient volontairement, elles pouvaient ne pas rester jusqu'au bout et même si elles restaient, l'assemblée ne pouvait les contraindre à se soumettre à sa décision. Par là, cette procédure supposait d'abord et aidait à établir un climat de confiance entre les parties, suffisant pour permettre au système de fonctionner. De même que la procédure de négociations entre clans ou entre foyers avec ses procédés de cautions, de gages et d'envois d'otage, supposait et aidait à établir un tel degré de confiance. Cependant, il est clair que tant le procès devant l'assemblée que les négociations entre parties pouvaient conserver un caractère d'intense hostilité. « Les deux groupes se faisaient face, résolus à ne faire aucune concession et à ne pardonner ni oublier quoi que ce soit » (Gordley, *Anglo-Saxon Law*) ¹².

La relation polaire entre la vengeance (*blood feud*) et la pacification (*composition of blood feud*) est un exemple de l'intense dialectique de méfiance et de confiance qui existe à notre époque dans maintes sociétés où les liens de parenté sont prédominants. Claude Lévi-Strauss a écrit que « les observateurs ont souvent été frappés par l'impossibilité, pour les indigènes, de se figurer une relation neutre ou plus exactement, l'absence de relation. Nous avons l'impression, d'ailleurs illusoire, que l'absence de parenté définie donne naissance à un tel état de notre pensée consciente. Mais la supposition que cela puisse être le cas dans la pensée primitive ne résiste pas à l'examen. Chaque relation familiale définit un certain ensemble de droits et devoirs alors que l'absence de relation de parenté définit... l'inimitié ». Lévi-Strauss cite le passage que voici de Marcel Mauss :

« Tout au long d'une période considérable et dans un grand nombre de sociétés, les hommes se rencontrent avec un curieux état d'esprit, avec une

L'ARRIERE-PLAN DE LA TRADITION JURIDIQUE OCCIDENTALE

crainte excessive et une générosité aussi excessive qui ne semblent stupides qu'à nos yeux à nous... Il n'y a ni confiance complète ni méfiance totale. L'on dépose les armes, renonce à la magie et donne sans compter, depuis une hospitalité passagère jusqu'à sa fille en mariage ou tout son bien »¹³.

En Germanie, le syndrome « confiance-méfiance » était étroitement connexe à la croyance sans réserve en une fatalité arbitraire, et cette conviction s'est traduite surtout dans le recours aux ordalies comme méthode majeure de preuve judiciaire. Les deux types principaux d'ordalies sont celle du feu et celle de l'eau, la première pour les personnes de haut rang, l'autre pour les gens du commun.

Originellement, il y avait invocation de divinités du feu et de l'eau, respectivement. Ceux que l'on éprouvait par le feu passaient les yeux bandés ou les pieds nus sur des fers de charrue chauffés au rouge ou portaient dans leurs mains des fers à cheval brûlants et si leurs brûlures guérissaient convenablement, ils étaient mis hors de cause. L'ordalie par l'eau était effectuée dans l'eau froide ou l'eau chaude. Dans l'eau froide, le suspect était jugé coupable si son corps était porté à la surface contrairement à la loi naturelle montrant que l'eau ne l'acceptait pas. Pour l'eau chaude, il était jugé innocent si, ayant trempé ses bras et jambes nus dans une eau presque bouillante, il en sortait sans dommage.

Une autre ordalie plus subtile, employée surtout par le clergé, était celle de la bouchée. Une once de pain ou de fromage était mise en bouche, avec la prière « O Dieu, ferme l'estomac de cet homme s'il a fait un faux serment de sorte qu'il ne puisse avaler ce pain (ou fromage) ». S'il ne pouvait l'avalier ou le vomissait, il était jugé coupable. De tels détecteurs de mensonge primitifs peuvent avoir effectivement été efficaces.

Quoi qu'il en soit, il y eut au XIII^e siècle une résistance considérable à l'abolition des ordalies. L'ordalie fournit un exemple caractéristique, dit Peter Brown, de « mélange du sacré et du profane », « un brouillage de la frontière entre l'objectif et le subjectif dans l'expérience humaine ». Elle reposait sur un rite dramatique et sacré pour montrer le jugement de Dieu mais elle était « miséricordieusement lente » et « laissait une marge de manœuvre et d'évolution d'une situation ». Le résultat était habituellement susceptible d'interprétation selon l'opinion de la communauté. Ainsi de petits groupes face-à-face, très généralement illettrés, pouvaient traiter de problèmes de violence, de tromperie, de sorcellerie d'une façon compatible à la fois avec la croyance au surnaturel et avec les nécessités pratiques de la communauté¹⁴.

Le système du procès par ordalie était combiné avec (parfois remplacé par) celui du procès par serments rituels (*compurgation*, caution morale en faveur d'une partie). D'abord venaient les serments des parties. Par exemple, un plaignant à propos d'un vol de bétail devait dire « Par le Seigneur, devant qui cette relique est sainte, je plaide avec plein droit selon la coutume, sans fraude ni tromperie et sans fourberie, en tant qu'ayant été volé du bétail que je réclame, ce que j'impute à (le défendant) ».

Là-dessus, l'autre partie nierait avec serment que cette réclamation soit fondée, par exemple « Par le Seigneur, ni par conseil ni directement, je ne fus l'incitateur ni l'auteur, quand le bétail (préciser) du plaignant a été indûment emmené » ou bien « que j'ai du bétail qui provient de celui m'appartenant, et par le droit de notre coutume, il m'appartient comme de mon élevage »¹⁵.

Ces serments ouvraient le procès. L'assemblée des anciens décidait alors la partie qui serait autorisée à fournir le serment de preuve. Au jour fixé, les deux parties devraient comparaître et celle désignée ferait serment selon une formule établie. Pour appuyer son serment, néanmoins, elle devait avoir un certain nombre de témoins « compurgateurs » ou jureurs assistants qui diraient la formule appropriée. Le nombre des co-jureurs dépendait de leur *wer* (statut) et de la matière de la plainte. Ils devaient, par exemple, dire « Par le Seigneur, le serment que celui-ci (le plaignant ou le défendant) a fait est véridique et pur de parjure »¹⁶.

Tous les serments préalables, de négation, de conclusion et complémentaires devaient être récités sans faute ni hésitation, pour être valables. Tous étaient mis en forme poétique, avec force allitérations. Par exemple, un serment usité dans les procès touchant la propriété d'une terre signifiait (approximativement) « Ainsi je la tiens comme il la tint, celui qui l'affirma vendable, et je la posséderai et n'y renoncerais en rien, ni jachère ni labour, ni gazon ni terre nue, sillon ni coudée, terrain ni séjour, rocaille ni espace, source ni marais, terre arable ni sableuse, ni mare ni roseaux ». Ce qui donne en vieil anglais :

*« So I hold it as he held it, who hold it as saleable, and I will own it - and never resign it - neither plot nor plough land - nor turf nor toft - nor furrow nor foot length - nor land nor leasow - nor rough ground nor room - nor wold nor fold - land nor strand - wod nor water »*¹⁷.

Le formalisme de la preuve et son caractère théâtral tiennent au fait que le droit était presque entièrement oral. « Aussi longtemps que la loi n'est pas écrite », dit Maitland, « elle doit être mise en scène et mimée. La justice doit revêtir des atours inhabituels ou on ne la remarquera pas ». La remarque de Maitland fait écho à celle de l'historien et linguiste allemand du XIX^e siècle, Jacob Grimm, qui parlait de « l'élément sensuel » du droit germanique, par contraste avec l'élément plus abstrait et conceptuel prévalant dans le langage « plus mûr » de nos systèmes juridiques¹⁸. L'expression en images poétiques des règles légales aidait à les graver dans les mémoires. Parmi les phrases courantes, notons « ni demandé ni acheté », « ce que mes yeux ont vu et que mes oreilles entendu », « fraude et fausseté », « ses demeure et foyer », « bien et à bon droit », « d'ores et déjà ». Le Droit consistait en une multitude de proverbes. Les plus anciennes lois irlandaises étaient des poésies.

Aux qualités dramatiques et poétiques du droit germanique répond la plasticité de sa substance. « Les gens étaient particulièrement enclins à exprimer les dispositions relatives au temps et à l'espace de façon si naïve et imprécise qu'elles résér-

L'ARRIÈRE-PLAN DE LA TRADITION JURIDIQUE OCCIDENTALE

vaient de la place au hasard dans des circonstances particulières. Il était souvent déclaré que quelque chose serait de règle aussi loin qu'un coq marche ou vole, qu'un chat peut sauter ou que l'on peut lancer une pierre ou un marteau ou bien que l'on peut atteindre avec une faucille. Une loi subsistera aussi longtemps que le vent souffle des nuages et que le monde reste en place... ou que tant de terre sera acquise que l'on peut en contourner à cheval ou à dos d'âne en un certain laps de temps, que l'on peut en retourner avec la charrue ou recouvrir de peaux d'animaux... »¹⁹. Cette façon « naïve et inexacte » de s'exprimer convenait bien aux besoins de populations qui n'avaient pas encore une vision scientifique de son dualisme subjectif / objectif.

Pour les peuples d'Europe, à l'ère germanique, l'existence était beaucoup moins compartimentée qu'elle le devint depuis et bien davantage une affaire d'implication totale. C'est pourquoi le langage poétique et symbolique, étroitement associé à l'être entier et à l'inconscient, était plus approprié que le vocabulaire courant, prosaïque et littéral, spécialement lors d'occasions solennelles relatives aux actes juridiques.

Voici quelques exemples du caractère symbolique et cérémonial du droit germanique : le transfert de propriété d'un bien fonds par la remise de rameaux et d'herbe ou la coiffure et le gant, ou toucher la nappe d'autel ou la corde de la cloche, le dépôt de la clef du logis sur le cercueil du défunt par la veuve qui ne veut pas être tenue responsable de ses dettes, l'emploi du bâton de commandement pendant les transactions contractuelles (notamment sa remise au créancier dans un pacte de gage ou de caution), la poignée de mains comme confirmation des accords conclus et les diverses cérémonies dans les prises de possession, comme le geste de s'asseoir en acquérant une terre ou en assumant une fonction²⁰. Autrement dit, les éléments dramatiques, poétiques et mimétiques dans les lois germaniques, haussaient le langage juridique au-dessus du parler ordinaire et mettaient ainsi une distance entre le Droit et la vie courante.

Il est évidemment nécessaire dans toutes les sociétés que le Droit soit distingué de la routine quotidienne par du rituel, de la cérémonie, et par la croyance ainsi reflétée de la puissance de certains mots formulés de façon particulière pour provoquer des effets spéciaux appelés « légaux ». Cette sorte de magie est indispensable pour que la loi soit opérante. Toutefois, chaque âge a sa magie propre, traduisant une conception nouvelle de l'ultime réalité. Le concept germanique postulait au centre de la vie un destin essentiellement arbitraire et la magie judiciaire des Germains reflétait ce concept.

Le procès germanique était une transposition symbolique de la guerre privée où les parties s'assénaient des serments en place de projectiles. L'issue de l'ordalie, comme l'issue de la bataille éludée, était une décision du destin, le *wyrd*. Comme l'a exprimé James Gordley, « L'incessant conflit des foyers s'efforçant d'acquérir la gloire (*lof*) aux dépens les uns des autres, découlait d'un principe cosmologique auquel toutes les forces de la nature participaient »²¹. Finalement la force arbitraire du *wyrd* était décisive. Dans les termes d'un poème anglo-saxon :

« *Le bien contre le mal, la jeunesse contre l'âge ;
la vie contre la mort ; la lumière contre la ténèbre ;
armée contre armée ; ennemi contre ennemi ;
hostile contre hostile, se combattront toujours
l'homme sage, luttant pour une terre
et se vengeant des torts subis,
doit méditer sur la mêlée de ce monde* »²²,

le même mot *dom* (en anglais *doom*) désigne un arrêt du destin (*wyrd*) et le jugement final d'un procès. Beowulf (héros légendaire d'un poème guerrier) constate « souvent le sort sauve l'homme atteint de revers, si son courage est grand »²³. C'est là le côté héroïque de la loi germanique. Il y avait ennemi contre ennemi qui s'étreignent dans un combat mortel pour l'honneur mais chacun prêt à accepter le décret du destin, si amer qu'en soit le contenu.

Mais il y a une autre face, la communauté fraternelle et la confiance mutuelle à l'intérieur de la maisonnée. Cette fraternité entraînait la tribu et le peuple entiers. L'assemblée des anciens jouait ce rôle de foyer commun avec sa paix, *frith* (en allemand moderne *friede*). Elle se réunissait non seulement pour décider des procès mais aussi pour donner des avis, s'informer et discuter amicalement des problèmes. Elle s'efforçait d'établir la justice, *rith* (en anglais *right*, en allemand *recht*). Les hommes sages, les *witan* (ceux qui savent, les témoins) donnaient leur opinion dans un effort pour maintenir unies les maisonnées. La tribu aussi, le peuple cherchaient à se protéger en agissant collectivement contre les malfaiteurs. La « clameur » (*judicial outcry*) était le signal pour que tous se joignent à la poursuite du fauteur de troubles : « dehors, dehors ! ». Un corollaire de cette mobilisation était la mise hors la loi dans les cas les plus graves. Théoriquement au moins, personne ne devait communiquer avec le proscrit et il mourait de faim et de froid.

Le symbolisme de *mund* et *frith*, de protection et de paix, qui caractérisait le foyer et l'assemblée, était aussi celui de la caution, du gage et de l'otage, c'était également celui du serment et de la mise en scène des poignées de mains et d'autres cérémonies de paix. En prêtant serment, l'on se plaçait sous la protection des dieux et plus tard de Dieu. Par là, les adversaires acquéraient le degré de confiance nécessaire pour se soumettre à la « compurgation », aux ordalies ou accepter cautions, gages et envois d'otage. Ils ne pouvaient violer leurs serments sans ébranler les fondations de leur propre foyer et de la vie tribale, elle-même édifiée sur le serment.

L'importance du foyer, de la parentèle, à l'intérieur de la tribu, ne doit pas nous masquer l'importance croissante des liens de seigneurie et « commendation » dans la communauté territoriale. Dès l'époque la plus reculée, il y avait une aristocratie héréditaire et, avec le temps, la seigneurie par le service devint aussi importante que la seigneurie par la naissance. La loyauté envers un seigneur a été un thème constant de la poésie épique, a remarqué H. R. Loyn. Il écrit « Depuis le règne d'Alfred (871-900), et l'on doit ajouter, chez les Francs, depuis au moins le règne de Charlemagne un siècle plus tôt, cette loyauté devint le moteur spirituel essentiel de la cohésion so-

cial. Vous devrez combattre pour votre proche lorsqu'il est attaqué, sauf à l'encontre de votre seigneur, cela nous ne le permettons pas » disait une loi d'Alfred.

Sous ses successeurs, l'homme qui n'avait pas de seigneur fut de plus en plus considéré comme une anomalie. La société était maintenue unie par les liens de fidélité d'homme à seigneur et de seigneur au seigneur qui était en outre un *thegn* (anglais *thane*, équivalent de baron), le servant du roi dans la localité ²⁴. De même que les liens de seigneurie remontaient jusqu'au roi comme seigneur suprême, les liens de communauté territoriale remontaient jusqu'au roi comme chef du pays entier. Mais comme le mentionne Loyn, « Il n'y avait pas de conflit entre le pouvoir de parenté et le pouvoir de seigneurie » et pas davantage entre le pouvoir de parenté et la communauté territoriale ²⁵.

La maisonnée du seigneur était semblable aux foyers compris dans la communauté tribale et la maisonnée du roi comme gouvernant du pays entier, était également semblable aux foyers inclus dans la communauté tribale. Tous étaient englobés dans le paradigme de *wyrd* et *lof*, de *mund* et *frith*, de *bot* et *wer*, de *bohr* et *wed*. car tout reposait sur les serments de protection et de service mutuels. Chacun était un élément de l'ordre social qui résolvait un conflit par les « oppositions binaires » comme dit Levi-Strauss ²⁶, de la vengeance et de l'indemnisation (*feud* et *composition of feud*), de la preuve par ordalie ou par serments judiciaires (*compurgation*).

Autres institutions caractéristiques de cet ordre légal étaient le haro judiciaire lorsqu'un délit était découvert (en latin *clamor*) d'où est dérivé en anglais *claim* (plainte en justice). Le haro, en anglo-saxon, se dit *hcream*, d'où dérive l'anglais *scream* (hurlement). La proscription ou la mise hors la loi impliquait la saisie de tous les biens et le droit pour quiconque de tuer le fugitif, enfin l'indemnisation par remise du facteur de dommage (*noxal surrender*) à la partie lésée : animal, objet inanimé ou esclave.

Les historiens du Droit ont donné à ce type d'institutions le nom de droit archaïque. Dans ses traits principaux, ce système a caractérisé non seulement les peuples germaniques avant la fin du XI^e siècle mais aussi tous les peuples indo-européens, du Kent au Cachemire, à une phase ou une autre de leur développement. Bien entendu, il y avait d'innombrables différences locales et nombre de changements au fil du temps, néanmoins, il y avait un style commun à tous ²⁷.

ELEMENTS DYNAMIQUES DANS LE DROIT GERMANIQUE : CHRISTIANISME ET ROYAUTE

L'assemblée du peuple germanique (*moot*) n'émettait pas seulement en cas de procès des jugements appelés *dooms*, elle émettait des décrets généraux, également appelés *dooms* mais on ne les considérait pas comme de la législation au sens moderne du terme, c'étaient plutôt des affirmations divinement inspirées de la coutume

ancestrale, exprimant la volonté des dieux ou, après l'introduction du christianisme, la volonté de Dieu. Elles avaient une réalité objective. Les sages de l'assemblée n'étaient pas qualifiés de législateurs, mais de porte-paroles de la loi. Celle qu'ils formulaient devait être obéie parce qu'elle était ancienne et elle était ancienne parce que elle était d'essence divine. Le Droit changeait lentement et subrepticement ; des modifications évidentes de l'ordre légal devaient fournir de puissantes justifications. « Même l'amendement d'une loi était conçu comme un jugement, l'explicitation d'un élément, jusqu'alors inaperçu, de ce qui reste le juste, un acte judiciaire du peuple par la bouche des *witan* »²⁸.

Deux facteurs étroitement connexes poussèrent néanmoins vers le changement conscient et manifeste, l'un fut l'influence du christianisme sur les concepts juridiques, l'autre le développement du pouvoir royal en tant qu'institution débordant le local et le tribal et unissant de vastes régions habitées de divers peuples.

On aurait pu penser que la nouvelle religion qui s'étendit de proche en proche à travers l'Europe, entre les V^e et X^e siècles, aurait menacé l'existence même du droit coutumier germanique, basé comme il l'était sur des mythes tribaux de déités en guerre entre elles, sur l'adoration des rivières, des bois et des montagnes, sur des concepts de filiation divine des rois tribaux, sur la loyauté absolue envers les liens de parenté et de seigneurie et sur la croyance surplombante en la fatalité. Le christianisme remplaça les vieux mythes par la révélation d'un créateur unique de l'univers, père de tous les humains et qui apparut jadis sur terre en la personne de son fils, Jésus-Christ. Ceux qui croient en sa divinité en reçoivent l'affranchissement de toute servitude envers les liens terrestres, envers le destin, envers la mort même. Ces nouvelles idées durent paraître aux Germains individuellement fort étranges et abstraites.

Toutefois, le christianisme enseignait une doctrine plus pratique, à savoir que les collines, les vallées, les forêts, les rivières, les rochers, les vents, les orages, le soleil, la lune, les étoiles, les bêtes sauvages, les serpents et les autres phénomènes de la nature étaient créés par Dieu pour servir l'homme et n'étaient pas hantés par des déités supra-naturelles hostiles, comme l'avaient cru les peuples germaniques. Et par conséquent, il était possible aux tribus nomades et belliqueuses de s'établir sans crainte sur un territoire. C'est ce qui fut prêché et vécu aux V^e, VI^e, VII^e et VIII^e siècles, par des milliers de moines qui eux-mêmes s'établirent dans les lieux inhabités, d'abord en ermites puis en communautés monastiques, attirant ainsi des laïcs à se joindre à eux pour cultiver le sol. C'est ainsi que le monachisme chrétien fut l'un des facteurs de l'émergence de la paysannerie européenne. Se répandant au travers de l'Europe à partir de l'Irlande et du Pays de Galles, le mouvement monastique combattit les superstitions qui dominaient les religions germaniques et opposa au calendrier païen basé sur la nature et les quatre saisons, un calendrier chrétien basé sur les événements bibliques et la vie des saints²⁹.

Au surplus, le christianisme était sympathique aux peuples germaniques en raison de son concept de communauté, l'Eglise, qui transcendait parentèle, tribu et territoire. D'un côté le christianisme, au rebours du paganisme germanique qui considérait les rois comme les descendants de dieux, les traitait comme des êtres humains soumis comme tous les autres au châtement de leurs péchés. De l'autre côté les gouvernants germaniques restaient les chefs religieux suprêmes de leurs populations respectives, désignant les évêques et réglant les questions liturgiques et les autres affaires religieuses. En outre, ils purent désormais étendre leurs prétentions à l'allégeance d'autres foyers, tribus et territoires pour les convertir à la vraie foi ou, s'ils l'étaient déjà, les agréger à la véritable Eglise.

En général, les croyances et pratiques chrétiennes attiraient fortement l'homme germanique. Elles lui apportaient, pour la première fois, une attitude positive envers la vie et la mort, un objectif plus vaste dans lequel insérer les tragédies et mystères de son existence. En comparaison du christianisme, les vieux mythes païens paraissaient rudes et insipides. L'on peut sentir la passion dans les mots du roi Alfred, dans sa fameuse « Addition » à sa traduction de Boèce *« Je dis, comme tous les hommes chrétiens, que c'est un projet divin qui gouverne et non pas la fatalité »*. En revanche la cosmologie et l'éthique chrétiennes étaient malaisées à comprendre pour l'homme germanique. A les prendre sérieusement, elles savaient non seulement le vieux système de convictions mais aussi son ordre social tout entier.

Mais alors, si le christianisme menaçait les institutions sociales germaniques, comment parvint-il à convertir des chefs de tribus et des familles régnantes ? Cette question dérive d'une fausse prémisse car le christianisme, au début, ne menaçait pas les institutions sociales germaniques.

Il est important de ne pas assimiler le christianisme germanique avec le christianisme occidental moderne, qu'il soit catholique ou protestant. Il était bien plus proche de l'orthodoxie orientale aussi bien de ce qu'elle était à l'époque que de ce qu'elle est devenue depuis. Le christianisme des Germains ne se souciait guère de réformer les institutions sociales. Il n'était pas non plus orienté vers l'unité ecclésiastique ni le pouvoir ecclésiastique. Son message concernait le royaume du monde à venir, ciel et enfer, et la préparation à cette vie par la prière, l'humilité personnelle et l'obéissance³⁰.

Les idéaux les plus élevés des chrétiens du premier millénaire, tant à l'Est qu'à l'Ouest, étaient symbolisés avant tout par les vies de saintes gens et le monachisme, avec son insistance sur un retrait spirituel par rapport au monde temporel. Mais à part l'érémisme, l'Eglise, en tant qu'organisation, était presque entièrement intégrée à la vie sociale, politique et économique de la société, elle se tenait, non pas en face de l'ordre politique mais à l'intérieur. La religion était unie au politique, à l'économie et au Droit comme ils l'étaient entre eux. Les juridictions ecclésiastiques et séculières étaient mêlées.

L'Eglise enseignait la sainteté et produisait des saints, c'était là quelque chose de nouveau pour les peuples du nord et de l'ouest de l'Europe qui, jusqu'alors, n'avaient glorifié que les héros. Mais l'Eglise ne s'opposait ni à l'héroïsme ni aux héros, elle proposait seulement en alternative un idéal plus élevé. De même, elle ne s'opposait ni à la guerre privée ni aux ordalies, elle disait seulement qu'elles ne pouvaient apporter le salut qui vient de la foi et des bonnes actions. La majorité des évêques et des prêtres furent compromis dans la corruption et la violence caractéristiques de cet époque. C'était inévitable, du fait qu'ils étaient généralement nommés par les dirigeants politiques qui les choisissaient parmi leurs amis et leur parenté. Ainsi le christianisme se germanisait en même temps que les peuples germaniques étaient christianisés ³¹. Il n'est pas moins vrai que les moines, par leurs exemples autant que par leur doctrine, s'efforçaient de répandre dans les peuples germaniques les idéaux chrétiens de sacrifice, de service et d'amour du prochain, et en même temps amélioraient les techniques agricoles. Mais les monastères qui surgirent dans toute l'Europe entre les VI^e et X^e siècles, - au début chacun avec sa propre règle - ne proposaient aucun programme de réformes juridiques. Ils proposaient à la place une vie ascétique de travail et de prière, en vue de la vie dans le monde à venir. Ceci, encore, avait pour effet de dévaluer les institutions légales germaniques sans les remplacer.

En fait, le christianisme appuya les institutions judiciaires germaniques d'ordalie et de *compurgation* en renforçant le concept de divine immanence qui les sous-tendait. Il était admis aussi bien par la religion germanique que par le christianisme qui les remplaça au début, que des pouvoirs surnaturels étaient immanents dans la sphère naturelle et ainsi que le monde accessible aux sens était, comme dit Marc Bloch, « un masque derrière lequel les événements vraiment importants se produisent ». Le *judicium dei*, le jugement de Dieu, était fondé sur la croyance à de tels pouvoirs surnaturels ³², immanents, intrinsèques. C'est seulement lorsque l'Eglise déplaça son insistance vers le caractère transcendant de Dieu qui inspire aux hommes de l'imiter, que les ordalies, les serments judiciaires, les duels et les procès par champions cédèrent la place à une procédure « rationnelle » de découverte de la vérité par les dépositions de témoins.

Ce n'est pas dire, néanmoins, qu'avant le XI^e siècle, le christianisme n'eut aucun effet sur le droit populaire des européens, au contraire, il produisit des changements substantiels. En premier lieu, la conversion au christianisme donna une impulsion à la rédaction écrite des coutumes tribales, comme le montre la loi salique adoptée par Clovis, le premier roi des Francs, ainsi que les lois d'Ethelbert qui, le premier, fut roi chrétien en Angleterre ³³, et quatre siècles plus tard, dans la *Russkaia Pravda* des premiers princes chrétiens de Kiev ³⁴. Pour commencer, le christianisme apporta l'écriture qui permit de fixer la coutume (et spécialement les sommes en monnaie stipulées qui autrement seraient restées incertaines). Cela facilita la négociation des règlements de conflits, cela renforça aussi la juridiction naissante des autorités publiques pour la punition des formes les plus graves de crime. En plus, les écrits sacrés de la Bible suggéraient une façon d'attacher une nouvelle sorte de sacralité aux

coutumes car le fait de les écrire était lui-même un rituel. En second lieu, la forme écrite de la coutume ouvrait une possibilité d'y apporter de subtils changements, voire des changements moins que subtils. Le clergé chrétien qui fournit les rois de conseillers qui avaient l'art d'écrire, devait être protégé. De fait, les moines en particulier, avaient besoin d'une protection particulière ; ils étaient, en effet, en un sens étrangers au système tribal, c'était un peuple sans parentèles (le « clergé séculier », les non-moines, étaient généralement mariés). Ce n'est pas un hasard, si les lois d'Ethelbert commencent par stipuler « le vol d'une propriété de Dieu ou du clergé doit être compensé douze fois ».

D'ailleurs, les changements introduits dans la coutume ne sont pas tous attribuables aux facteurs politiques. A long terme, les facteurs moraux jouèrent probablement un rôle plus important. Les « codes » germaniques contiennent de fortes exhortations en faveur de valeurs légales plus justes et plus humaines. Les lois du roi Alfred, par exemple, énoncent d'abord les dix commandements et une réaffirmation des lois de Moïse, un résumé des actes des Apôtres et des références aux pénitenciers monastiques et aux autres lois de l'Eglise. Même les lois d'Alfred, bien que largement une récapitulation de collections plus anciennes, contiennent des prescriptions frappantes du genre de celle-ci « Que tes jugements soient très égaux, pas un jugement pour le riche et un autre pour le pauvre, pas un jugement pour ton ami et un autre pour ton ennemi »³⁵.

Le christianisme abolit la fiction de l'immutabilité du droit coutumier. Graduellement, entre les VI^e et XI^e siècles, le droit germanique avec ses préjugés dominants de sexe, de clan, de race et d'âge, fut influencé par la doctrine chrétienne sur l'égalité fondamentale de toutes les personnes devant Dieu, homme et femme, esclave et homme libre, pauvre et riche, enfant et adulte. Ces croyances produisirent une amélioration sensible de la position des femmes et des esclaves, et de la protection des pauvres et des isolés. De même le christianisme influa sur la procédure judiciaire par serments car la prestation de serments dut prendre les formes chrétiennes, leur contenu se trouvant ainsi appuyé par la discipline ecclésiastique. Les serments étaient présidés par des prêtres, à l'église, à l'autel ou sur des reliques, avec appel au châtimement divin en cas de fausseté, et des pénitences sacramentelles étaient attachées au faux-serment. Pratiquement, les serments prirent place à côté des ordalies comme mode habituel de procès. L'ordalie devint applicable surtout lorsque le plaideur n'avait pas de parenté pour jurer à son appui (ou pour quelque raison faisait défaut à produire ces jureurs-assistants), mais aussi pour ceux de mauvaise réputation dont les serments ne pouvaient être tenus pour dignes de foi ; et enfin pour certains types de crimes.

Dans les cas ordinaires, la *compurgation* était souvent adoptée, les jureurs étaient tirés principalement de la parentèle, aussi il y restait un fort élément de loyauté implicite dans le fait de « témoigner en faveur ». Mais l'Eglise ajoutait le risque d'offenser Dieu en se parjurant, avec le devoir pour le parjure de s'en confesser à son prêtre et d'en subir la pénitence. En outre, non seulement le faux serment mais toutes les autres obstructions à l'exercice de la justice, étaient considérés comme un

péché passible de sanction disciplinaire. Par exemple, persister dans les actes de vengeance lorsqu'une offre raisonnable de réparation avait été faite, était une offense faite à Dieu, qui devait être avouée en confession et amendée par un jeûne ou par d'autres formes de pénitence.

Le christianisme a aussi accru le rôle de la royauté dans l'évolution du droit coutumier, pendant la période allant jusqu'aux dernières années du XI^e siècle, et plus particulièrement en imputant aux rois la responsabilité de veiller à ce que la justice tribale soit tempérée par la miséricorde et à ce que les pauvres et les déshérités soient protégés contre les riches et les puissants. Les rois francs et anglo-saxons étaient considérés comme délégués par Dieu à la fonction de juge dans les cas extraordinaires. Au cours de leurs déplacements dans le royaume - et ils changeaient souvent de résidence car les moyens de communication étaient rares - ils entendaient les recours en grâce et les affaires impliquant des veuves et orphelins ou des hommes qui n'avaient pas de famille pour les défendre ou pas de seigneur. Mais il jugeait aussi les crimes pour lesquels aucune sanction monétaire ne pouvait suffire. Cela faisait partie de leur juridiction spirituelle en tant que patriarches de leur peuple.

Sur le plan politique, le christianisme transforma le chef de tribu (*dux*) en roi (*rex*). Une fois converti, le roi ne représentait plus seulement les déités de la tribu, il représentait de surcroît une divinité universelle dont l'autorité était reconnue par toutes les tribus ou au moins par plusieurs. Il devint pratiquement un chef d'empire. Le christianisme fut une idéologie unificatrice. Sous sa bannière, Charlemagne qui régna sur les Francs de 768 à 814 et fut couronné empereur en l'an 800, mobilisa les peuples de son empire en une armée unifiée pour guerroyer contre les Arabes, les Saxons, les Danes et les Slaves pendant que de l'autre côté de la Manche, les rois de Mercie, et un siècle plus tard le roi Alfred le Grand, s'assurèrent l'hégémonie sur les diverses peuplades de l'Angleterre (l'heptarchie anglo-saxonne) et finalement refoulèrent les Scandinaves envahisseurs. L'universalité de la monarchie impériale finit par prévaloir, au moins pendant diverses périodes, sur les allégeances tribales, locales et familiales : une universalité fondée non seulement sur la puissance militaire mais aussi sur l'autorité spirituelle du souverain en tant que chef de l'Eglise. Charlemagne convoqua des conciles et édicta des lois ecclésiastiques avant même qu'il ait accepté d'être couronné empereur par l'évêque de Rome. Comme l'a formulé Christopher Dawson, « Charles considérait le pape comme son chapelain et dit carrément à Léon III que c'est l'affaire du roi de gouverner et de défendre l'Eglise, et le devoir du pape de prier pour elle ». De même Alfred était le chef de l'Eglise en Angleterre ³⁶. Comme il est écrit dans les lois d'Ethelred (aux environs de l'an 1000), « *Un roi chrétien est le lieutenant du Christ parmi le peuple chrétien et doit venger avec diligence extrême les offenses faites au Christ* » ³⁷. Dans l'ensemble, à part quelques tensions entre papes et empereurs, le clergé soutint le principe impérial, y compris quant au gouvernement de l'Eglise.

Tant l'autorité royale que l'autorité ecclésiastique furent des facteurs dynamiques dans l'évolution des institutions juridiques. Spécialement à partir du VIII^e siècle, les

rois étendirent leur « paix » c'est-à-dire les règles internes de leur maisonnée, au-delà de leur famille, de leurs conseils, de leurs amis, serviteurs et messagers. Déjà durant les deux siècles précédents, ils avaient fait de vigoureux efforts pour régler et limiter la vendetta du *blood feud* ; ils avaient par exemple exigé des paiements de personnes et de foyers ayant commis certains méfaits, même lorsque la paix du foyer royal n'avait pas été atteinte. Peu à peu, d'autres fautes purent faire l'objet de plaintes devant le roi. La trahison, l'homicide volontaire et l'adultère furent frappés des peines les plus lourdes. Aux VIII^e et IX^e siècles, les empereurs francs, puis aux IX^e et X^e siècles, les rois anglo-saxons aussi, prirent ouvertement la responsabilité de maintenir la paix du roi sur l'ensemble de leur territoire. Suivant le serment rédigé par l'archevêque Dunstan de Canterbury en vue du couronnement du roi Edgar en 973, celui-ci jura que la « vraie paix » serait assurée à tout le « peuple chrétien » de son royaume, que les voleries et « tous les actes illégitimes » seraient réprimés et que « justice et clémence » gouverneraient tous les jugements³⁸. Les empereurs francs avaient depuis quelque temps prêté des serments analogues. Finalement, des moyens de traduire ces promesses dans les faits prirent la forme de nominations d'officiers royaux pour surveiller les assemblées locales et de divers procédés administratifs faisant sentir l'influence royale dans les tribus et les communautés locales. De surcroît, un début de féodalisme, où le roi tenait le rôle de seigneur suprême, vint renforcer cet appareil pacificateur.

Rois et évêques promulguèrent de nouvelles lois et tinrent cour. Les besoins de la bureaucratie tant royale qu'ecclésiastique engendrèrent de nouvelles institutions juridiques, plus affinées que celles de la culture tribale et locale. Par exemple, les délégués royaux convoquèrent des groupes d'enquête (devenus le jury) et interrogèrent les témoins. Edits royaux et décisions ou mandements épiscopaux devinrent une source importante de Droit. Ainsi un droit officiel se développa à côté du droit coutumier³⁹ (Rudolph Sohm les appela *Amtsrecht* et *Volksrecht*, droit des fonctionnaires et droit populaire). Le droit officiel et plusieurs aspects du droit coutumier furent influencés par le droit romain tel qu'il existait dans les territoires qu'envahirent les peuples germaniques. De nombreuses lois romaines furent conservées, par exemple, qu'une transaction immorale ou illégale est nulle et non-avenue, qu'une vente ou un don effectués sous la violence ou la menace doivent être invalidés, qu'un débiteur en retard doit des intérêts sur sa dette. Il y eut, en effet, une récupération et en même temps une vulgarisation du droit romain⁴⁰. Une analogie moderne est fournie par l'adoption au Japon et en Chine d'un type occidental de code juridique à la fin du XIX^e et au début du XX^e siècle, un type occidental qui régissait certaines relations administratives et au sein des classes dominantes mais laissait inchangé l'ordre légal traditionnel pour le peuple dans son ensemble.

Ainsi en Europe, jusqu'à la fin du XI^e siècle, les contours fondamentaux du droit coutumier demeurèrent tribaux et locaux, avec quelques éléments féodaux. Le lien familial continua de fournir les définition et garantie premières du statut légal d'une personne⁴¹. Les rois prirent peu de part à la formation du droit populaire. Il n'y eut virtuellement aucune loi royale sur le contrat ou la propriété ou les rapports de pro-

priétaire foncier à fermier, et seulement quelques-unes sur les crimes et les dommages. Quand les rois parvinrent effectivement à établir un minimum d'administration des localités par des délégués royaux, ces derniers eurent tendance ou bien à se fondre dans les groupes qu'ils étaient censés administrer au nom du roi ou bien à devenir leur propre maître. Les recueils écrits de lois que les rois promulguèrent de loin en loin, formulant des coutumes qui devaient être plus largement connues ou qui avaient besoin d'être plus fermement établies, n'étaient pas de la législation au sens moderne mais plutôt des exhortations à maintenir la paix, à agir justement et à s'abstenir d'actes répréhensibles. Le roi était obligé de prier et solliciter, disait Maitland, car il ne pouvait pas commander et punir. De fait, les lois germaniques contiennent des dispositions déclarant que, lorsque quelqu'un a épuisé tous les recours devant le tribunal local, « il ne devrait pas » chercher remède auprès du roi.

Indubitablement, un facteur de la faiblesse de l'autorité centrale était économique et technologique. Malgré quelque progrès du commerce et une croissance modeste de la population des villes aux VIII^e, IX^e et X^e siècles ainsi qu'au début du XI^e siècle, en dépit de l'amélioration des techniques agricoles, du développement des métiers et d'une avancée générale dans les arts et les connaissances, l'économie restait presque totalement locale et la technologie existante ne permettait pas une communication efficace entre le centre et la périphérie. Ces facteurs économiques et technologiques se combinaient avec des facteurs religieux et politiques sous-jacents. En effet, la légitimité de l'autorité centrale reposait sur le christianisme dont la vision du monde était en conflit aigu avec celle du tribalisme germanique, avec son culte de l'honneur et sa croyance à la fatalité.

Dans le même temps, l'autorité centrale ne disposait pas de la conception d'un rôle indépendant du Droit en tant que moyen de concrétiser les concepts et les valeurs du christianisme et de rationaliser et de régir les processus sociaux, économiques et politiques. Les éléments dynamiques du Droit restaient hétérogènes et faibles, les éléments statiques prédominaient. La loi était conçue principalement comme l'expression de l'esprit inconscient du peuple, un produit de la « conscience commune » (ce sont les termes de Fritz Kern)⁴², plutôt que primordialement une formulation délibérée, issue d'un raisonnement conscient ou d'une volonté arrêtée. Il était, en cela, semblable à l'art, au mythe et au langage lui-même.

LA LOI PENITENTIELLE DANS SA RELATION AU DROIT POPULAIRE

L'on peut gagner une vue plus profonde de la nature de l'ordre légal qui régnait en Europe avant la fin du XI^e siècle, en examinant de plus près le système de pénitences introduit par l'Eglise d'Occident ou pour mieux dire, par les églises. Car malgré le grand prestige de l'évêque de Rome comme *primus inter pares* (le premier parmi des égaux), il n'y avait pas encore à l'Ouest d'Eglise catholique romaine, distincte, structurée, organisée, pas d'entité juridique unifiée mais plutôt une commu-

nauté spirituelle, invisible d'évêchés individuels, de paroisses locales et de monastères, toutes communautés subordonnées à des unités tribales, territoriales et féodales, aussi bien qu'aux rois et à l'empereur.

Le système pénitentiel prit naissance dans les monastères. Chaque communauté monastique avait son propre ordre légal en miniature, sa propre « règle » de travail et de prière, d'administration et de discipline. Chacun était indépendant, soumis seulement au contrôle sans appel de l'évêque du diocèse.

Divers abbés de monastères commencèrent au cours du VI^e siècle à rédiger des recueils de règles, appelés pénitentiels, assignant des pénitences spécifiques aux divers péchés⁴³. Au début, un certain nombre de coups de « discipline » punissait une certaine faute de comportement ; avec le temps, les peines corporelles furent diversifiées et des sanctions incorporelles s'y adjoignirent. La pénitence la plus habituelle fut de jeûner un certain temps, s'y ajoutait l'obligation de faire des aumônes, de bonnes œuvres et de réparer les dommages infligés à autrui. Ainsi le monachisme chrétien, sans dénoncer les méthodes coutumières de solution des disputes et de punition, offrait ses procédures à ceux qui se préoccupaient davantage du salut des âmes que de désarmer la vengeance.

Bientôt, des pénitentiels commencèrent à être rédigés non seulement pour la discipline des religieux mais pour celle aussi du peuple chrétien en général. Au XI^e siècle, des quantités de pénitentiels circulaient dans le clergé des peuples occidentaux. Ils se répandaient (comme le mouvement monastique lui-même) depuis l'Irlande, le Pays de Galles et l'Ecosse vers les royaumes anglo-saxons et l'empire franc, et au-delà vers l'Espagne, la Lombardie, Rome même, et vers le Nord chez les Scandinaves.

Il y en avait de non officiels, compilés par des clercs à titre individuel, et qui ne prétendaient pas imposer de règles mais guider les prêtres dans leur traitement des fidèles qui se confessaient de leurs péchés. Leur caractère varia largement selon les lieux et au fil du temps.

Les sources les plus reculées des pénitentiels occidentaux se situent dans la pratique de l'Eglise des premiers siècles, tant en Orient qu'en Occident, d'exiger de faire amende honorable publique pour les crimes les plus détestables. Dans ces siècles-là, tous les pénitents devaient se présenter à un moment ou des moments de l'année devant l'évêque qui, dans une cérémonie complexe et solennelle, leur infligeait, pour une durée proportionnée à la gravité de leurs péchés, l'obligation de jeûner ou la privation de sacrements.

Par exemple, au IV^e siècle, les lettres canoniques de Basile le Grand énuméraient des pénitences affectées à diverses fautes sexuelles ou maritales telles que le viol, l'adultère, le remariage (digamie) et l'inceste, et celles affectées aux offenses religieuses telles que la magie, l'idolâtrie, la violation de sépulture, puis à ce qui bien

plus tard serait qualifié de crimes séculiers, comme l'homicide par divers procédés, le vol, le parjure, l'avortement et l'infanticide. Le sacrement de pénitence était supposé produire une réconciliation permanente avec Dieu et le prochain d'où il découle que la réconciliation était unique, comme le baptême, aussi fut-elle généralement retardée jusqu'à l'approche de la mort ⁴⁴.

La pratique de la pénitence publique ne survécut qu'occasionnellement en Occident après le V^e siècle. Sous l'influence celtique, elle fut largement remplacée par la pénitence privée qui pouvait être répétée à volonté, avec confession secrète de chaque individu à un prêtre, et l'imposition secrète du devoir d'accomplir des actes de repentance. Les genres de péchés relevés dans les pénitentiels occidentaux étaient dérivés de modèles antérieurs orientaux mais d'autres y furent ajoutés.

Les crimes « séculiers » étaient en même temps des péchés, en fait, les deux termes étaient interchangeable. Les pénitentiels distinguaient souvent entre les péchés majeurs, appelés « capitaux » (*capitalia crimina*) et les péchés mineurs (*peccata minora*). Les crimes ou les péchés capitaux n'étaient pas définis en termes d'actes mais plutôt en termes d'états d'esprit ou de motivations. Il y en avait d'ordinaire sept : orgueil, envie, impureté, colère, amertume (*accidia*, parfois nommée *tristitia seculi*, « tristesse du monde »), gourmandise, avarice ⁴⁵. Selon le cas d'un acte d'un type déterminé, disons, homicide, la pénitence variait selon l'intention de l'acteur au moment où il l'avait commis et selon les circonstances. La pénitence prononcée par le prêtre était laissée à sa discrétion, guidé par le pénitentiel.

Les pénitentiels n'établissaient aucune procédure judiciaire, bien que, par la suite, il arriva qu'ils indiquent le genre de questions que le prêtre devrait poser. La procédure était celle du confessionnal. Les pénitences étaient applicables aux péchés qui étaient avoués à un prêtre. Classiquement, la confession était informelle et privée et le prêtre avait le devoir strict de n'en rien divulguer. Cependant, dans certains pénitentiels (en particulier ceux des Francs des IX^e et X^e siècles qui s'opposaient à la tradition celtique sur ce point), la confession publique fut conservée pour le crime scandaleux ⁴⁶. Mais qu'elle soit publique ou privée, le système pénitentiel reposait en fin de compte sur le consentement personnel du coupable à avouer et accepter la pénitence et, bien entendu, sur la forte pression sociale de la communauté qui appelait à ce consentement.

D'ordinaire les pénitentiels fixaient la pénitence attachée à un péché déterminé, en un nombre de jours, de mois, ou d'années pendant lesquels le pénitent devait jeûner; mais ils proposaient une grande variété d'autres moyens de repentance. Y figuraient des prières et veilles, la lecture de psaumes et des pèlerinages. Cela comportait aussi la réparation des torts causés et l'assistance aux parents. S'il y avait eu des coups, le coupable pouvait être astreint à payer les soins donnés à la victime, à faire son travail à sa place et à lui offrir un dédommagement. La propriété qui avait été volée ou frauduleusement obtenue ou indûment retenue, devait être restitué ⁴⁷. Très tôt on admit qu'il était permis de substituer un type de pénitence à un autre en cas de

nécessité. Par exemple, si une personne était trop malade pour jeûner, elle pouvait être autorisée à y substituer la lecture d'un certain nombre de psaumes. Finalement, la commutation en versements de monnaie fut introduite, à la façon du droit coutumier, et les paiements pouvaient être effectués par des membres du foyer mais seulement dans des cas exceptionnels. Cela conduisait à diverses formes de pénitence par procuration, notamment par un prêtre célébrant une messe chantée au nom du pécheur repentant. La commutation de longues sentences de jeûne et de prière prit parfois des formes bizarres, comme de dormir dans l'eau ou sur des coquilles de noix ou avec un cadavre dans la tombe ou de réciter sept fois un psaume debout avec les bras étendus en forme de croix (ce que l'on nommait « honorable veille en croix »).

Des historiens modernes du droit canon ont reproché à ces procédures de ramener la repentance et le pardon à une « formalité artificielle ». Il convient de reconnaître, cependant, que le système pénitentiel n'avait pas le même sens pendant l'ère germanique que celui qu'on lui attachait par la suite. D'une part les compensations en monnaie et la réparation solidaire du groupe étaient des traits essentiels du droit germanique, d'autre part, avant la fin du XI^e siècle, la discipline pénitentielle n'avait pas pris la rigueur d'un système scientifique de règles et de procédures.

La stricte obligation de confesser ses fautes avant de prendre le sacrement de la communion n'avait pas été établie. Les sacrements en général n'avaient pas encore été légalisés. Le système pénitentiel laissait une ample latitude pour les variations de méthode voire de principes, parmi les divers évêchés et monastères, peut-être même entre paroisses. Par dessus tout, le prêtre n'était pas conçu comme ayant le pouvoir d'absoudre le pécheur des conséquences de son péché. Au mieux, il pouvait prier pour que la pénitence accomplie, Dieu ou Saint Pierre ou un autre saint veuille bien l'absoudre. Ce n'est qu'après la période germanique à la fin du XI^e et au XII^e siècle, lorsque l'Eglise se fut établie en une entité juridique et que le concept légal de représentation eut été pleinement développé, que le prêtre put prononcer les mots « *Ego absolvo te* »⁴⁸.

La conception fondamentale des pénitentiels était que la pénitence est un remède pour l'âme. C'est ainsi que le pénitentiel de Burchard de Worms, vers l'an 1010, s'ouvre sur ces mots « Ce livre est appelé le Correcteur ou le Médecin, parce qu'il contient d'amples corrections pour le corps et de médicaments pour l'âme, et enseigne à chaque prêtre, même non éduqué, comment il pourra venir en aide à chaque personne, clerc ou laïc, pauvre ou riche, garçon, adolescent ou homme mûr, décrépît, en bonne santé ou infirme, de tous âges et de l'un ou l'autre sexe »⁴⁹. L'idée de punition était subordonnée à l'idée de cure, et la cure était vue comme l'établissement d'une juste relation avec Dieu, c'est-à-dire pour la vie tout entière y compris la vie du monde à venir. La punition suprême était l'excommunication qui signifiait la privation du droit de participer aux sacrements de l'Eglise (y compris la communion, le mariage, les funérailles). Cela impliquait l'interruption momentanée de la relation entre le pécheur et Dieu, et avec l'Eglise, jusqu'à ce que par la foi et les œuvres, il se

soit préparé pour la réconciliation. C'était une mesure extrême qui avait le même effet qu'une mise hors la loi parce que la malédiction pesait non seulement sur l'excommunié mais aussi sur quiconque, éventuellement, lui viendrait en aide. Pour la plupart, les sanctions étaient plus subtiles. Il y avait une théorie générale, empruntée aux conceptions médicales de l'époque, que « les contraires sont guéris par leur contraire ». Le devoir du médecin est de « rafraîchir ce qui est brûlant, de réchauffer ce qui est froid, de sécher ce qui est mouillé et d'humecter ce qui est sec »⁵⁰. Cela se reflétait par exemple dans le pénitentiel de Columban prescrivant que « la personne bavarde soit condamnée au silence, le querelleur à la gentillesse, le glouton au jeûne, le paresseux à la vigilance »⁵¹. Pour avoir versé le sang, la renonciation aux armes était normalement requise, pour le luxurieux, l'abstention de rapports conjugués.

Toutefois, une large variété de modalités et de substitutions étaient permises, selon l'offenseur individuel. Comme le déclare dans la préface le pénitentiel attribué à Bède :

« Car tous ne doivent pas être pesés sur la même balance, encore qu'ils soient associés dans une même faute, car il faut discriminer entre chacun, riche et pauvre; homme libre et esclave, petit enfant, garçon, adolescent, homme jeune et, vieil homme, stupide et intelligent, laïc, clerc, moine, évêque, prêtre, diacre, sous-diacre, lecteur, ordonné ou non ordonné, marié ou non marié, pèlerin, vierge, chanoinesse ou nonne, le faible, le malade, le sain. Il faudra faire une distinction selon le caractère des péchés ou des hommes, une personne continente ou incontinente, volontairement ou par accident (...) [selon que le crime a été commis] en public ou dans le secret, avec quel degré de componction [le coupable] fait amende par nécessité ou par intention, l'endroit et les moments [des offenses] »⁵².

« Par cette voie » déclare l'évêque Mortimer « *la casuistique et la théologie morale se sont frayées passage dans le droit canon* »⁵³.

La loi des pénalités, codifiées dans les pénitentiels, fait un vif contraste, sous bien des aspects, avec le droit populaire qui s'était développé avant la christianisation. Ce droit coutumier se souciait avant tout de contrôler la querelle de sang (*blood feud*) alors que la loi pénitentielle de l'Eglise se souciait avant tout du bien des âmes. Le droit coutumier mesurait ses sanctions pour dommages, principalement sur l'étendue du dommage, la loi pénitentielle mesurait ses sanctions pour dommage principalement sur le caractère et le degré de l'offense. Le droit coutumier reposait fondamentalement sur les idées d'honneur et de fatalité, la loi pénitentielle de l'Eglise reposait fondamentalement sur les concepts de repentance et de pardon. Le droit coutumier visait essentiellement à la répression ou à la prévention des conflits violents au sein de la communauté tribale, locale, et de seigneurie. La loi pénitentielle de l'Eglise tendait essentiellement à préserver la santé spirituelle de la communauté des croyants et à préparer les âmes individuelles à la vie éternelle.

Néanmoins, malgré ces contrastes, la loi pénitentielle et le droit populaire appartenait à la même culture. Tous les crimes majeurs séculiers, meurtre, vol et autres, étaient en même temps des péchés dont il fallait se repentir en acceptant des pénitences et toutes les offenses « ecclésiastiques » majeures : péchés sexuels et maritaux, sorcellerie et magie, rupture des vœux par des moines et autres, étaient également des crimes prohibés par le droit populaire et sujets à sanctions séculières. De fait, les autorités « séculières » qui administraient le droit pénal provenaient largement du clergé. L'on ne peut donc parler d'une séparation entre droit séculier et droit ecclésiastique dans cette période-là de l'histoire de l'Occident.

Le droit populaire et la loi pénitentielle couvraient, pour ainsi dire, le même terrain; bien entendu, pas de la même manière. Les écrits de l'époque, du VI^e au début du XI^e siècle, se référaient aux deux approches en parlant de *worldly law* ou *man's law*, loi de ce monde ou loi humaine pour l'une et pour l'autre de *God's law*, loi de Dieu ou divine. Mais ce que nous appelons maintenant l'Etat et l'Eglise étaient également concernés par l'une et l'autre lois. Une bonne illustration de ce fait peut être fournie par une disposition des lois du roi anglo-saxon Ethelred : « Celui qui dorénavant violera en quelque façon que ce soit les justes lois de Dieu ou de l'homme, qu'on le lui fasse expier avec zèle, tant par pénitence religieuse que par correction temporelle »⁵⁴. Ainsi les lois pénitentielles étaient exécutoires de par le roi et déclarées par lui applicables à toute offense, à Dieu comme aux hommes. Une autre illustration peut être trouvée dans l'allocution de l'un des *missi dominici* envoyés par Charlemagne pour contrôler l'administration locale « Nous avons été envoyés ici », commence-t-il, « par notre seigneur l'empereur Charles, en vue de votre salut éternel et nous vous recommandons de vivre vertueusement selon la loi de Dieu et justement selon la loi de ce monde »⁵⁵. Les rois francs et anglo-saxons édictèrent souvent des lois ordonnant que les pénitences ecclésiastiques soient exécutées à l'encontre des auteurs d'infractions aux lois temporelles.

Le droit populaire coutumier, n'ayant que de faibles moyens de contrainte, avait besoin de l'appui de la loi pénitentielle pour conserver sa propre sacralité et spécialement pour maintenir le caractère sacré des serments sur lesquels reposa finalement son système judiciaire. Plus avant dans le même sens, la loi pénitentielle renforça l'insistance de la loi populaire sur le règlement négocié et encouragea fermement l'élément « confiance » dans le syndrome de « confiance-méfiante ». Les pénitentiels adoptèrent le mot germanique signifiant « compensation » (en anglo-saxon *bot*) [en allemand moderne *bot* est le passé du verbe *bieten*, offrir] pour nommer la pénitence. L'on versait cette « offrande » pour une offense faite à Dieu ; parfois elle est appelée *god-bot* par les pénitentiels anglo-saxons et aussi dans le droit anglo-saxon généralement, et parfois simplement *bot*. La forme verbale *gebete* signifiait se repentir, expier, s'amender. Le *bot* imposé par les prêtres pour offense à Dieu avait des éléments de repentance et d'expiation en même temps que de restitution. L'offre d'une somme raisonnable à la victime ou à ses proches était ainsi une proposition de réconciliation qu'elle ou ils étaient tenus de respecter. C'était aussi une offrande que le pécheur était tenu de faire et les autres d'accepter, non par la loi coutumière mais par la loi divine.

Il n'est pas surprenant que le *bot* de droit populaire se trouva imprégné de concepts d'amendement et réconciliation. tirés du *bot* pénitentiel. Aussi tardivement que la seconde décennie du XII^e siècle, un manuel intitulé *Leges Henrici Primi* (lois d'Henri I^{er}) soulignait à plusieurs reprises que le droit anglais préférait la transaction amicale au procès, *amor* ou *amicitia* plutôt que *judicium*. C'était au moment où l'ancien système de droit coutumier se trouvait contesté par les idées nouvelles de légalité. L'auteur inconnu, qui était probablement un ecclésiastique à la cour du roi d'Angleterre, suivait la tradition des pénitentiels lorsqu'il écrivit :

« Toutes les affaires devront... préférablement être réglées par une concorde amicale (pax). Ceux dont la cour locale constatera qu'ils sont en dispute, elle s'efforcera de les mettre d'accord sur une solution amicale, sinon elle devra émettre un jugement qui tiendra lieu d'accord entre eux ». Mais si un serment de réconciliation est demandé (juramentum paccationis), l'offenseur devra jurer... que si l'accusateur se trouvait dans la même position... il accepterait l'offre de compensation ou renoncerait à toute reconnaissance de tort. Si quelqu'un exprime ses regrets à un autre pour son méfait... et par la suite, en vue de conclure avec lui une transaction amicale, lui offre quelque chose en même temps qu'un serment de réconciliation, il est recommandable à celui auquel la proposition est faite, de renoncer à toute l'affaire et de ne formuler aucune allusion à un affront (contumelia) qu'il aurait subi Lorsque l'une des parties aura le choix d'un accord amiable, cette proposition sera aussi irrévocable qu'une décision judiciaire (judicium). Concernant les disputes entre voisins... ils se rencontreront au tribunal des bornages de leurs terrains et la personne qui dépose plainte la première sera entendue en premier. Si une dispute devait être tranchée ailleurs, ils s'adresseront au tribunal de leur seigneur... où un accord amiable les rapprochera (eos amicitia congreget) ou un jugement formel devra se dresser entre eux (sequestret judicium). Si la situation est autre, ils s'adresseront en cas de besoin à leur tribunal de centaine.... Car c'est une règle de droit qu'une personne qui, sans le faire exprès, provoque un accident doit consciencieusement en fournir réparation. Elle devrait néanmoins se voir accorder miséricorde et compassion de la part des proches du défunt, d'autant plus que nous comprenons combien la race humaine est écueurée par la rudesse d'une cruelle infortune et ressent la mélancolie et la désolation navrée de tous »⁵⁶.

Plus d'un siècle avant les *Leges Henrici Primi*, un code d'Ethelred avait stipulé « quand un *thegn* (baron délégué royal) a le choix entre l'amour du prochain et le droit, c'est-à-dire entre la conciliation et le jugement » ; s'il choisit la composition, ce sera aussi obligatoire qu'un jugement⁵⁷. Doris M. Stenton écrit que l'importance de cette déclaration qui réapparaît en latin dans les *Leges Henrici Primi* réside dans le fait que la décision judiciaire « a toute chance de laisser une des parties insatisfaite et d'humeur à semer du trouble ».

Elle poursuit en notant que, dans les archives judiciaires anglo-saxonnes des X^e et XI^e siècles, il est remarquable que souvent une partie qui avait eu plein succès dans les plaidoiries en vient finalement à un compromis laissant son adversaire en possession, pour la durée de sa vie, de la terre objet du procès⁵⁸. Ce que Lady Stenton écrit de la loi anglo-saxonne est confirmé par des rapports des tribunaux francs et d'autres pays européens. Comme le constate Stephen White, aux X^e et XI^e siècles, tant en Angleterre que sur le continent, les procès se terminaient souvent par des compromis formels symbolisés par des échanges de dons qui étaient clairement des témoignages d'amitié et de mutuelle confiance. Il ajoute que de tels accords résultaient souvent des bons offices de médiateurs, parfois évoqués comme « amis et voisins »⁵⁹.

Il ne faudrait pourtant pas s'exagérer l'influence que les pénitentiels ou la loi ecclésiastique concernant la pénitence, auraient eue sur le droit populaire entre les VI^e et X^e siècles. La division chrétienne entre loi de Dieu et loi de ce monde a certainement encouragé et soutenu certaines des tendances plus humaines du droit populaire et spécialement ce que Max Gluckman, se référant aux sociétés primitives de notre temps, a appelé « la paix à l'intérieur de la vengeance »⁶⁰. Mais le christianisme n'a pas, dans ces siècles-là, altéré le droit germanique dans sa structure fondamentale. Il ne pouvait pas le faire, ne serait-ce que parce que l'Eglise en tant qu'institution, hormis les monastères, était totalement intégrée à la société germanique.

Vu dans l'abstrait, le conflit entre la vision du monde chrétienne et celle des germains était on ne peut plus aigu : *caritas* contre honneur, pitié contre destin, un ordre naturel pacifique et harmonieux contre une nature hantée de forces démoniaques, salut éternel contre valeurs temporelles sacralisées, associées au clan parental et à la royauté. Mais le conflit des deux visions du monde n'était pas transposé dans l'activité sociale. Concernant les institutions de la société, le christianisme de ces temps-là adopta, dans sa grande majorité, une attitude essentiellement passive. Même après le développement, sous Charlemagne, du concept du roi gouvernant « l'empire chrétien », les institutions sociales du paganisme continuèrent à prévaloir.

« La royauté », écrit Wallace-Hadrill, « a été transformée en un office dont les droits et devoirs étaient définis par des hommes d'Eglise... Devons-nous dire que désormais la royauté est chrétienne et non plus germanique ? Je pense qu'elle est encore germanique. Guerroyer occupe encore la première place dans la société européenne car la guerre est encore un mode d'existence autant qu'un moyen de survie ou d'expansion »⁶¹. D'une façon analogue, dans le droit pénal, celui de la propriété et même le droit matrimonial, les liens de parentèle continuèrent à prévaloir et à être consolidés par la guerre privée et la composition. L'Eglise prêchait le mariage par consentement des épouses mais beaucoup de parents continuèrent à marier leur progéniture dans l'enfance. L'Eglise désacralisait la nature et faisait un péché de pratiquer la magie et d'être superstitieux mais l'homme germanique persista à croire aux démons et aux puissances logées dans les rochers et les arbres, et à pratiquer magie

et superstitions. Et à vrai dire, l'Eglise finit par assimiler maintes superstitions païennes, surtout dans le Droit, en les habillant de formules et de rituels chrétiens.

Vu dans la perspective qu'on pouvait en avoir en 1100 ou en 1150, le droit populaire des peuples de l'Europe septentrionale et occidentale en l'an mille, apparaît vraiment primitif. En 1000, il n'existait aucune école conduisant aux professions juridiques, il n'y avait pas une catégorie sociale de légistes entraînés à fonctionner comme juges, avocats ou conseillers dans les tribunaux ecclésiastiques, royaux, urbains, seigneuriaux, commerciaux ou autres. Il n'existait pas de concept du Droit en tant que corps de principes, *corpus juris*, dans lequel les coutumes ou lois diverses et contradictoires puissent être harmonisées, pas de manuels de droit et pas de professeurs pour les commenter. Il n'y avait pas de concept du Droit en tant que distinct de la théologie et de la philosophie. A vrai dire, la théologie et la philosophie n'étaient elles-mêmes pas encore conçues comme des disciplines intellectuelles distinctes.

De plus, dans la même perspective, les institutions de législation et de juridiction des peuples européens du Nord et de l'Ouest en l'an mille étaient très rudimentaires. Les rois édictaient certes des lois mais rarement et surtout pour réaffirmer ou réviser des coutumes antérieures. L'autorité législative des papes, métropolitains et évêques se cantonnait, de même, dans la réaffirmation ou révision de règles préexistantes, formulées par les Ecritures, les pères de l'Eglise ou les conciles. On n'imaginait pas que les autorités royales ou ecclésiastiques aient pour mission de développer systématiquement un corps statutaire de lois. Les prétendus codes soit pour la loi de ce monde soit pour la loi de Dieu, étaient des collections incomplètes de coutumes ou de règles spécifiques, en style elliptique et sans définitions de principes ou de concepts. De même en ce qui concerne l'élaboration des décisions judiciaires, il n'y avait pas de tribunaux pourvus de juges professionnels et nulle idée que les causes doivent être tranchées conformément à un système développé de principes généraux. Il y avait évidemment des règles et des procédures établies pour punir les infractions, indemniser les dommages, faire respecter les engagements, répartir le patrimoine au décès et maints autres problèmes relatifs à la justice. Chaque peuple d'Europe avait son propre et complexe « ordre » légal mais aucun n'avait de « système juridique » au sens de structure consciemment agencée et systématisée d'institutions, clairement différenciée des autres institutions de la société et cultivée par un corps de personnes entraînés à cette tâche.

Ce n'est pas seulement par son style mais aussi par son contenu, que le droit populaire européen des débuts paraît primitif d'après les critères de la tradition juridique occidentale telle qu'elle se développa depuis les XI^e et XII^e siècles et il fut expressément tenu pour barbare par les juristes postérieurs. A partir du XII^e siècle, les vieilles procédures « magico-mécaniques » de preuve par ordalies et serments judiciaires furent finalement abolies et remplacées. La responsabilité parentale et les coutumes locales et féodales auto-subsistantes cédèrent la place à des critères plus « rationnels » de droit substantiel et procédural. Les lois de l'Eglise telles que les reflètent les pénitentiels des VI^e au X^e siècles, parurent primitives aux légistes de

L'ARRIERE-PLAN DE LA TRADITION JURIDIQUE OCCIDENTALE

droit canon des XI^e et XII^e siècles, qui les soumièrent à des changements à longue portée.

Cependant, si l'on adopte une perspective différente et plus large, non pas celle de la tradition juridique occidentale telle qu'elle se développa plus tard mais celle des concepts légaux et institutions juridiques des cultures non-occidentales, les caractères négatifs de ce droit populaire ancien sont moins frappants que ses caractères positifs.

Comme dans nombre de cultures non occidentales, le droit de base des peuples européens des VI^e au X^e siècles n'était pas un corps de règles imposé d'en haut, mais une partie intégrale de la conscience auto-ressentie de la communauté, de sa « commune conscience » morale. Les gens eux-mêmes, dans leurs assemblées, légiféraient et rendaient la justice, et, lorsque les rois manifestaient leur autorité sur la loi, c'était principalement pour guider les coutumes et la perception consciente du droit par le peuple, non pour les refaire à neuf. Les liens de parenté, d'unités féodales et de communautés territoriales « étaient le Droit ». Si ces liens étaient violés, la réaction initiale avait été de chercher vengeance, mais la vengeance était supposée céder la place, et la cédait habituellement, à la négociation de sanctions pécuniaires et à la réconciliation. L'énoncé d'un jugement était fréquemment une étape du processus de réconciliation. Et de la sorte, la paix d'abord rompue devait être rétablie par la diplomatie. Par delà la question du juste ou de l'injuste, il y avait la question de réconcilier les factions en guerre. La même chose peut être dite quant aux lois des sociétés contemporaines dites primitives, en Afrique, en Asie, en Amérique du Sud, de même qu'à propos de beaucoup d'anciennes civilisations, passées et présentes.

Avant la professionnalisation et la systématisation du Droit, un champ plus vaste était laissé aux gens pour leurs attitudes et convictions, pour leurs idées inconscientes et leurs démarches de pensée mythique. Cela suscitait des procédures qui reposaient lourdement sur les rituels et symboles et, dans ce sens, étaient hautement techniques mais dans la même mesure la substance du droit était plastique et largement non technique. Droits et devoirs n'étaient pas liés à la lettre de textes légaux mais étaient un reflet des valeurs de la communauté, un droit vivant qui surgissait, selon les mots de Fritz Kern, « des sources créatives du subconscient ». Kern admettait que le droit coutumier de cette période précoce de l'histoire européenne était « vague, confus, malcommode, techniquement maladroit » mais qu'il était en revanche « créatif, sublime et propre à satisfaire les besoins humains »⁶². Ces qualificatifs sont tout autant applicables aux concepts et procédés de bien des cultures illettrées de notre temps en Afrique, Asie et Amérique du Sud mais aussi à d'anciennes civilisations complexes, lettrées, telles qu'en Chine, au Japon et en Inde.

C'est ainsi que bien des caractères du droit coutumier germanique qui, à nos yeux d'Occidentaux, semblent des faiblesses, peuvent représenter des atouts à des yeux non-occidentaux. L'absence de mouvements cherchant à réformer le Droit, d'une machinerie légale raffinée, d'une forte autorité législative au centre d'une vigoureuse autorité judiciaire centrale et d'un corps de Droit indépendant des croyan-

ces et émotions religieuses, ne sont qu'une face de la médaille. L'autre face est la présence d'un sentiment du caractère intégral de la vie, de l'interaction multiple du Droit avec les autres aspects de l'existence, une conscience du fait que les institutions légales et leurs procédures de même que les normes légales et les décisions légales sont toutes intégrées dans l'harmonie de l'univers. Le Droit, comme l'art, le mythe et la religion et le langage même, était pour les peuples d'Europe, dans les premiers stades de leur histoire, non point affaire de créer et appliquer des règles pour définir la culpabilité et fixer un jugement ni un instrument pour séparer les gens les uns des autres sur la base d'un réseau de principes, mais bien plutôt de maintenir ensemble les gens, de les réconcilier. La loi était conçue foncièrement comme un procédé de médiation, un mode de communication plutôt qu'un procédé de fixation de règles et de prises de décision.

A ces égards, le droit coutumier des Germains et des autres Européens avait de nombreux points communs avec certaines philosophies juridiques orientales. Dans la tradition soufite de l'islam, au Moyen-Orient, l'un des contes à propos du mollah Nasrudin le décrit comme magistrat, présidant sa première audience. Le plaignant plaide avec tant de talent que Nasrudin s'exclame « Je crois que vous avez raison ». Le greffier le prie de se modérer car le défendant n'est pas encore entendu. Écoutant ce dernier, Nasrudin est de nouveau si entraîné qu'il s'écrie « Je crois que vous avez raison ». Le greffier ne peut laisser passer la chose « Votre honneur », dit-il, « Ils ne peuvent avoir raison tous les deux »⁶³. « Je crois que vous avez raison » répond Nasrudin. L'un et l'autre ont leurs raisons et pourtant ils ne peuvent avoir raison tous les deux. La réponse n'est pas en demandant « Qui a raison ? » Il faut la trouver en sauvegardant l'honneur de chacun des adversaires et par là, restaurer entre elles la relation correcte.

Dans la tradition de peuples d'Asie qui ont vécu sous la forte influence à la fois de la pensée bouddhiste et de la pensée confucéenne, le rôle ordonnateur de la société n'est pas recherché essentiellement dans l'allocation de droits et devoirs dans un système de normes générales mais dans le maintien de relations équitables entre membres de la famille, entre familles d'une même unité seigneuriale, entre les familles et l'unité seigneuriale, entre unités seigneuriales au sein des unités locales et sous l'empereur. L'harmonie sociale importe davantage que de « donner à chacun son dû ». En effet, « chacun » n'est pas conçu comme un être distinct de sa société ou de l'univers, mais plutôt comme un élément indissociable d'un système de rapports sociaux soumis au principe céleste. Par conséquent, dans les anciennes civilisations de l'Asie, les côtés collectifs, intuitifs de la vie sont mis en relief, pendant que ses côtés intellectuels, analytiques et juridiques sont fusionnés et subordonnés aux premiers

C'était également le cas pour les peuples d'Europe avant la grande explosion de la fin des XI^e siècles et XII^e. Les mythes populaires qui dominaient leur pensée avant (et aussi après) l'introduction du christianisme, ne faisaient pas de distinction nette entre magique et logique et pas davantage entre fatalité et règles de la loi pé-

nale. D'ailleurs le christianisme - une religion orientale - ne faisait pas non plus de division tranchée entre foi et raison.

Mais est-il possible de dire qu'il existe un droit dans une société dont l'ordre social reflète une conception « orientale » de fusion, d'harmonie entre tous les aspects de la vie en société ? Le droit existe-t-il, par exemple, chez les Tiv du nord, au Nigeria, dont le système de pouvoir social repose sur le loyalisme envers le clan et le lignage, sur les représailles de clans et les rituels de réparation visant à écarter des châtiments surnaturels mais qui n'ont aucune institution gouvernementale, pas de tribunaux et pas de mot dans leur langue pour le concept de loi ? ⁶⁵. Ils admettent l'idée que certaines règles sont pour eux obligatoires, que certaines décisions font autorité ainsi que certaines procédures pour formuler ces règles et ces décisions et pour les faire observer. Le fait que chez eux rien ne différencie ces procédures, ces règles et ces décisions de la religion, de la politique, de l'économie et de la vie familiale, et qu'ils ne les appellent pas « loi », implique-t-il que nous autres ne devrions pas faire cette distinction ? Ne pouvons-nous dire que chez les Tiv et dans maintes autres sociétés : « ce que nous appelons Droit » est complètement diffus, totalement imbriqué dans les autres institutions sociales, dans la religion, la politique, l'économie et dans la vie familiale ? A. S. Diamond, qui définit le Droit comme des règles de conduite dont la transgression entraîne régulièrement des sanctions imposées par la communauté suivant des procédures formelles, déclare catégoriquement que « les Tiv n'ont pas de Droit ». Pour Diamond, avec son optique occidentale, « le Droit au sens plein du terme » consiste en « des règles de comportement rendues obligatoires par un organe étatique ». Cette définition écarterait, à la limite, la loi germanique (y compris franque et anglo-saxonne) dont en fait Diamond dit qu'elle est seulement « proche d'un début de Droit » ⁶⁶.

Le paradigme d'un ordre social dans lequel le Droit est largement diffus, implanté dans les institutions et les procédures sociales, religieuses, politiques, économiques, familiales, et la thèse qu'un tel ordre a précédé, historiquement, le développement des systèmes juridiques de la civilisation occidentale, a été avancée il y a plus d'un siècle par Sir Henry Maine. Il a écrit que tant à l'Est qu'à l'Ouest, les codes de l'Inde, de la Grèce et de Rome, « mêlaient sans hésitation les prescriptions religieuses, civiles et simplement morales sans égard à leurs différences de caractères essentiels » et que « la scission du Droit d'avec la moralité et celle de la religion d'avec le Droit, appartiennent aux stades ultérieurs des progrès mentaux » ⁶⁷.

Répondre à ces affirmations, comme le fait Diamond, en disant que les codes anciens ne contiennent que fort peu de « matériaux religieux », qu'ils sont « entièrement temporels » et qu'ils « ne présentent aucune confusion entre Droit et religion » suppose résolue la question de savoir qu'est-ce que le Droit et qu'est-ce que la religion ⁶⁸. Maine soutenait, en effet, que des règles qui, à un observateur moderne, peuvent paraître « entièrement séculières », par exemple, que celui qui tue un homme libre devra payer 100 shillings de *wergeld*, et celui qui tue un noble devra payer 300 shillings de *wergeld*, étaient en fait étroitement liées aux règles religieuses

et morales de la société. Il ne suffit pas de dire qu'une telle règle doit être distinguée des règles légales modernes uniquement du fait de l'absence de gouvernement centralisé ou autre « machinerie légale » spécifique pour la faire appliquer ⁶⁹ (ce qu'a soutenu Dennis Lloyd) ou que le mode de coercition (par ordalie ou compurgation) était religieux mais la règle en elle-même temporelle (comme l'explique Diamond) ⁷⁰. Le point important est que la totalité du système germanique de règles de compensation pécuniaire pour les blessures relevait du paradigme de *wyrd* et *lof*, *wer* et *bot*, *mund*, *frith*, *bohr*, *wed*, relevait du système de « fatalité et honneur » qui fusionnait le Droit avec la religion, la politique, l'économie et les allégeances au clan et au foyer. Diamond réduit lui-même son argumentation à l'absurde quand il prétend que beaucoup de la loi hébraïque de l'Ancien Testament est aussi un « droit temporel » complètement distinct de la religion. Les Hébreux n'ont jamais reconnu une distinction de ce genre et l'auraient dénoncée car, pour eux, chaque mot de la Bible était sacré.

Pour ma part, je soutiens que les coutumes des peuples européens, du VI^e au X^e siècles, étaient intimement pénétrées de religion et de morale mais constituaient quand même un Droit, un ordre légal, une dimension juridique de la vie en société et de plus, qu'il convient d'identifier à cette dimension de vie sociale le sentiment qui anime les membres de toute communauté - même une famille, un voisinage, une école - de gens qui se sentent liés par des droits et devoirs mutuels dérivant d'une autorité qu'ils reconnaissent tous. Dès l'instant qu'un enfant invoque les principes d'égalité, de cohérence, de fidélité à une promesse ou à une règle, par exemple en affirmant qu'il a droit à tel jouet parce que celui-là a appartenu à son frère et parce qu'ils s'en servent chacun à son tour, parce qu'il est « à lui » et que son père l'a dit, il n'est pas déraisonnable de dire que cet enfant fait appel au Droit ou à la loi. Une telle prétention peut bien être contrariée dans certains systèmes d'éducation des enfants, notamment ceux fortement influencés par l'éthique confucéenne mais le simple fait qu'il faille s'y opposer indique qu'il s'agit d'un principe inhérent à la constitution d'un ordre social.

Ce n'est pas qu'une famille ou un village, gouverné par l'éthique de Confucius n'ait pas de loi mais que la dimension sociale de sa vie est entièrement subordonnée au non légal, le *fa* étant subordonné au *li* ⁷¹. Ce n'est pas que les Tiv manquent de Droit, mais que leurs droits et devoirs sont entièrement inclus dans le tissu des institutions et valeurs, notamment religieuses. Et ce qui rattache le droit populaire germanique de l'Europe à ces systèmes légaux non occidentaux, est le fait que la coutume était subordonnée aux fidélités envers la parentèle, envers la seigneurie et la royauté, et comprise dans le drame héroïque de l'honneur dans un monde soumis au destin.

Si l'on peut dire en une seule phrase ce que tous ces divers ordres légaux ont en commun, c'est la sainteté conférée à la coutume, elle est sacrée et ses normes sont sacrées. Comme Sophocle l'a fait dire à Antigone « Ces lois ne sont pas pour maintenant ou pour hier, elles vivent à jamais et personne ne sait quand elles nous ont été

L'ARRIERE-PLAN DE LA TRADITION JURIDIQUE OCCIDENTALE

montrées pour la première fois ». Dans ce type d'ordre légal, la loi n'est pas quelque chose que les autorités centrales font et refont consciemment; il peut intervenir occasionnellement de la législation mais pour le principal, la loi est secrétée par les schémas et normes de conduite, par les habitudes populaires, par les mœurs de la communauté. De plus, dans ces ordres légaux spontanés, la coutume n'est pas sujette à la surveillance consciente, méthodique, rationnelle et permanente de juristes. La coutume est à ce point sacrée, que l'on pourrait ne pas le dire car elle est tout simplement respectée inconditionnellement et hors de toute contestation.

Toutefois, le droit populaire germanique ne cadre pas aisément avec l'archétype ou modèle classique du droit coutumier voire avec quelque autre archétype, y compris ceux du droit archaïque ou du droit primitif, ne serait-ce que pour cette unique raison qu'il fut influencé par le christianisme. La survenance et la diffusion du christianisme à travers l'Europe fut un événement unique que l'on ne peut expliquer par une quelconque théorie sociale générale. En contredisant l'idée que les Germains se faisaient du monde et en scindant la vie humaine en deux royaumes, le christianisme a contesté la sainteté intangible de la coutume touchant les relations de foyer, de seigneurie et de royauté. Il a aussi contesté la sacralité de la nature, de l'eau et du feu dans les ordalies notamment.

C'était cependant seulement le caractère « ultime » de leur sainteté qu'il niait. L'Eglise soutint au contraire le caractère sacré des institutions et des valeurs populaires (y compris les ordalies). Mais en même temps qu'elle les soutenait, elle leur opposait une alternative meilleure, plus élevée, à savoir le royaume de Dieu, la loi divine, la vie du monde à venir. Du fait que la vie était scindée en deux royaumes, l'éternel et le temporel, le second se trouvait de moindre valeur, sans être autrement affecté de façon directe. La scission ne se produisait pas dans la vie de la société mais dans l'âme des hommes. Néanmoins, la vie sociale se trouva « indirectement » affectée dans plusieurs directions. La structure de base du droit populaire demeurerait la même mais plusieurs de ses traits typiques furent fortement imprégnés de croyances chrétiennes.

Si toutes les traces de cette influence chrétienne pouvaient être soustraites du droit populaire germanique, il pourrait bien être classé dans tel ou tel archétype d'ordres légaux qui ont été dessinés par les sociologues. Il cadrerait complètement avec le droit romain au temps des Douze Tables, avec le droit hindou et le droit grec ancien. Il cadrerait moins bien avec le droit primitif. On pourrait le voir comme une version de proto-féodalisme. Il serait sûrement un exemple de droit coutumier.

De tels modèles cependant ne seraient que partiellement applicables aux institutions des Francs, des Anglo-Saxons et des autres peuples européens entre les VI^e et X^e siècles. Ces derniers systèmes ne font pas de place aux pénitentiels, aux lois religieuses édictées par des rois ni au rôle central du clergé dans toutes les phases du gouvernement. Par dessus tout, le christianisme attachait une valeur positive au Droit, en net contraste avec les attitudes envers le droit caractéristique des religions ou philosophies des autres sociétés qui, par la structure générale des institutions,

sont comparables aux peuples christianisés d'Europe. Si toutefois l'on compare la situation de l'Eglise dans la période germano-franque de l'histoire européenne avec celle de la prêtrise mosaïque dans la période tribale de l'histoire d'Israël, on est frappé par l'ambivalence de l'attitude de l'Eglise envers le Droit, et par son appartenance à l'autre-monde. En fait, c'était un aspect essentiel de la foi chrétienne de ce temps-là que de dénier toute valeur à un effort pour réformer de façon fondamentale la loi de ce monde-ci car elle était considérée comme juste et sacrée, elle n'était défailante qu'en comparaison de la loi divine qui seule pouvait épargner au pécheur le feu de l'enfer. C'est cette attitude envers le Droit et envers la relation de l'Eglise au monde temporel qui changea de façon dramatique vers la fin du XI^e siècle et durant le XII^e.

L'Eglise entreprit alors à la fois de se réformer elle-même et de réformer le monde par le Droit. Elle s'établit en une entité légale visible, structurée, indépendante de toute autorité temporelle, impériale, royale, féodale ou communale. Des organismes juridiques autonomes furent créés, d'abord à l'intérieur de la société ecclésiastique puis des diverses unités politiques séculières, en partie pour maintenir la cohésion de chacune d'elles, en partie pour les réformer et en partie pour maintenir entre toutes un équilibre durable. Ces nouveaux développements ne furent cependant réalisables que parce que les fondations en avaient été posées à une époque antérieure. C'est alors qu'une base commune avait été fournie à la constitution de communautés stables. Cette base était le *populus christianus* intégré où il n'y avait ni séparation entre l'Eglise et l'Etat, ni distinction entre le Droit et les autres modes de régulation sociale.

Aux deux points de vue sociologique et historique, l'existence d'une société ainsi intégrée était la condition préalable, indispensable à la constitution ultérieure de systèmes juridiques tant ecclésiastiques que politiques, divers, autonomes, concurrents. A défaut de cette intégration préliminaire, de nouveaux systèmes légaux eussent été purement mécaniques et bureaucratiques et n'auraient pu atteindre leurs buts ultimes de cohésion, de réforme et d'équilibre.

A la fin du XX^e siècle, la préhistoire de la tradition juridique occidentale présente une importance particulière. Pendant les deux dernières générations, la société occidentale a été caractérisée de façon croissante par des divisions fondamentales de race, de classe, entre sexes, entre générations. Les liens de convictions religieuses se sont affaiblis, ceux de parenté et de territoires ont cédé la place à de vagues nationalismes abstraits. Avec l'effritement des communautés stables, l'Occident n'a plus confiance dans le Droit en tant que moyen de protéger les valeurs spirituelles contre les forces corruptrices sociales, économiques et politiques. Il ne peut évidemment être question de retourner au passé et moins qu'à tout autre vers les lointains débuts de la civilisation occidentale. Néanmoins, il importe, en un temps de scepticisme que les sceptiques surtout se demandent par quelle route historique l'homme occidental a pu en arriver à la situation présente et qu'ils prennent conscience de leur propre nostalgie d'un jadis où les gens croyaient réellement que « la paix surpasse le droit et l'amour l'emporte sur la justice ».

Chapitre deux

L'ORIGINE DE LA TRADITION JURIDIQUE OCCIDENTALE DANS LA REVOLUTION PAPALE

Parmi les peuples de l'ouest de l'Europe, antérieurement au XI^e siècle, le Droit n'existait pas encore sous forme d'un système distinct de régulation sociale, ni comme un système distinct de pensée. Chaque peuple avait, assurément, son propre ordre légal, comportant occasionnellement des lois émanant d'une autorité centrale et d'innombrables règles et institutions non écrites, d'ordre temporel ou ecclésiastique. Nombre de termes juridiques et de règles avaient été hérités de la loi romaine antérieure et figuraient dans les canons et décrets de conciles ecclésiastiques locaux, ou dans les décisions individuelles d'évêques, de même que dans quelque législation royale et des fragments de droit coutumier. Il manquait toutefois, aussi bien dans les sphères ecclésiastiques que séculières, une distinction nette du Droit d'avec les autres procédés de contrôle social et d'avec d'autres types de préoccupation intellectuelle. L'ensemble du droit séculier était encore enfoui dans le terreau commun des coutumes tribales, locales et féodales ou dans les habitudes et les règlements des entourages royaux et impériaux. De façon analogue, le droit ecclésiastique était largement diffus dans la vie de l'Eglise, à travers ses structures d'autorité, la théologie, les préceptes moraux, la liturgie ; et ce droit aussi était principalement local ou régional et plus souvent coutumier qu'édicte. Il n'y avait pas de juges ou juristes professionnels ni de tribunaux hiérarchisés.

Il manquait aussi une perception du Droit en tant que « corps » de règles et de concepts. Il n'y avait pas d'enseignement du Droit, pas de grands textes traitant de catégories juridiques fondamentales telles que juridiction, procédure, crime, contrat, propriété et autres thèmes qui à la longue devaient former les éléments structurels des systèmes juridiques occidentaux. Il n'y avait pas de théorie développée sur les sources du Droit, sur les rapports entre la loi humaine ou naturelle, et la loi édictée ou coutumière, ecclésiastique ou séculière ou entre les diverses sortes de loi séculière, féodale, royale, urbaine.

La relative absence de systématisation de la régulation légale et l'état encore sommaire de la science légale étaient étroitement reliés au caractère prédominant de dispersion des communautés tribales, villageoises et féodales, à leur degré relativement élevé d'autosuffisance économique, à la fusion des autorités au sein de chaque

communauté, à la relative faiblesse des pouvoirs exercés sur la vie politique et économique par les autorités centrales, impériale et royales, au caractère essentiellement militaire et religieux de ces autorités et à la comparative solidité des liens informels de communauté de filiation, de sol et de solidarité militaire.

Durant la dernière partie du XI^e siècle, tout le XII^e et le début du XIII^e, un changement fondamental survint dans l'Europe de l'ouest, concernant la nature même du Droit, à la fois comme institution politique et comme concept intellectuel. Le Droit fut tiré de sa gangue sociale. Politiquement, émergèrent pour la première fois de puissantes autorités centrales, tant ecclésiastiques que temporelles dont le pouvoir se faisait sentir vers le bas par le relais de délégués envoyés sur place. Partiellement suscitée par cette évolution, apparut une classe de juristes de métier, y compris des juges permanents et des avocats professionnels. Intellectuellement, l'Europe occidentale connut en même temps la création de ses premières écoles de Droit, la rédaction de ses premiers traités de lois, la mise en ordre méthodique de l'énorme héritage de matériaux juridiques et le développement du concept de Droit comme un corps de principes et de procédures autonome, intégré et évolutif.

La combinaison de ces deux facteurs, l'un politique et l'autre intellectuel, contribua à la naissance des systèmes légaux modernes en Occident, en commençant par le nouveau système de droit canonique de l'Eglise catholique romaine (alors pour la première fois régulièrement dénommé *jus canonicum*). C'est à la même époque qu'on le divisa en « droit ancien » (*jus antiquum*), composé de textes et de canons parus antérieurement et « nouveau droit » (*jus novum*), groupant législation et décisions contemporaines ainsi que les interprétations contemporaines des textes et canons anciens. Sur cet arrière-plan du nouveau droit canon, et souvent en compétition avec lui, les royaumes et les autres centres de pouvoir temporel de l'Europe commencèrent à édifier leurs propres systèmes légaux séculiers.

A la même époque apparurent, dans presque toutes les régions d'Europe, des cités libres ayant leurs propres institutions politiques et légales (les communes), formant un nouveau type de droit urbain. Hors des villes, le droit féodal (de seigneur à vassal) et le droit manorial (de seigneur à paysans) subirent une systématisation, et un nouveau droit mercantile se développa pour répondre aux besoins des marchands engagés dans le commerce entre villes, entre régions, ainsi qu'au niveau international. L'émergence de ces systèmes de droit féodal, de droit manorial, de droit commercial et de droit communal indique clairement que, parallèlement aux facteurs politiques et intellectuels, étaient en jeu des facteurs sociaux et économiques, produisant ce que l'on ne peut pas appeler autrement qu'un développement révolutionnaire des institutions juridiques. Autrement dit, la création de systèmes légaux modernes à la fin du XI^e siècle, au XII^e et au début du XIII^e, ne fut pas seulement la concrétisation des politiques et des théories d'élites centrales mais aussi une réponse aux changements sociaux et économiques « sur le terrain ».

Des facteurs religieux jouèrent aussi. La création de systèmes légaux modernes fut, dans la première phase, une réaction à un changement révolutionnaire à

l'intérieur de l'Eglise et dans la relation de l'Eglise aux autorités temporelles. Et ici, le mot « révolutionnaire » a toutes ses connotations modernes de lutte de classes et de violence. En 1075, après quelque vingt-cinq ans d'agitation et de propagande du parti papal, le pape Grégoire VII déclara la suprématie politique et juridique de la papauté sur la totalité de l'Eglise, et l'indépendance du clergé vis-à-vis des pouvoirs séculiers. Grégoire VII affirma aussi l'autorité ultime du pape en matière temporelle, incluant le pouvoir de déposer empereurs et rois. L'empereur Henri IV de Saxe répliqua par les armes. La guerre civile entre parti papal et parti impérial fit rage sporadiquement à travers l'Europe jusqu'en 1122, lorsqu'un compromis final fut scellé par un concordat signé dans la ville allemande de Worms. En Angleterre et en Normandie, le concordat du Bec-Hellouin en 1107 avait procuré un répit temporaire mais la question ne fut réglée finalement qu'en 1170, après le martyre de l'archevêque Thomas Becket.

Les profonds changements survenus dans la vie de l'Eglise d'Occident et dans les relations entre les autorités ecclésiastiques et séculières durant la deuxième partie du XI^e siècle et la première du XII^e, ont traditionnellement été appelés la réforme d'Hildebrand ou la réforme grégorienne, d'après le nom du moine Hildebrand qui était l'un des chefs du parti papal à partir de 1050 et devint le pape Grégoire VII de 1073 à 1085. Cependant, le mot de « réforme » est un sérieux euphémisme, reflétant d'une part le souci du parti papal lui-même et ensuite des historiens de l'Eglise catholique romaine de minimiser l'ampleur de la scission entre ce qui se passait avant et ce qu'il est advenu après. Le terme latin *reformatio* pourrait suggérer une plus substantielle rupture de continuité en rappelant la réformation protestante du XVI^e siècle.

Une autre appellation usitée pour la même période, à savoir la « querelle des investitures » est moins un *understatement* qu'une parade oblique. En évoquant le violent effort de la papauté pour arracher à l'empereur et aux rois le droit d'investir les évêques en leur remettant les emblèmes de leur fonction, la formule rattache le conflit entre partis papal et impérial au slogan principal des réformateurs pontificaux : « la liberté de l'Eglise ». Mais même ce slogan dramatique ne met pas convenablement en lumière la dimension totale de la transformation révolutionnaire que bien des historiens renommés ont identifiée comme le début des temps modernes¹. Ce qui était impliqué foncièrement, selon les termes de Peter Brown, c'était « la dissociation des deux sphères du sacré et du profane », d'où dérivait une libération d'énergie et de créativité analogue au processus de la fission nucléaire².

EGLISE ET EMPIRE : LA REFORME CLUNISIENNE

Jusqu'à la seconde moitié du XI^e siècle, le clergé de la chrétienté occidentale, évêques, prêtres et moines, était, en règle générale, bien plus assujéti aux empereurs, aux rois et aux seigneurs de haut rang qu'aux papes. Pour une première raison, c'est à eux qu'appartenait la majeure partie des terres de l'Eglise. En tant que pro-

priétaires fonciers laïques, ils ne contrôlaient pas seulement les terres et les revenus concédés aux religieux mais encore désignaient les titulaires, fréquemment choisis parmi leurs proches, des évêchés et autres sièges de fonctions ecclésiastiques situés sur leurs terres. De tels pouvoirs de désignation aux offices ecclésiastiques (bénéfices) étaient souvent très lucratifs car ils comportaient l'obligation de fournir revenus et services procurés par les terres concernées. C'est ainsi qu'un évêché était habituellement un vaste domaine féodal, avec des manoirs pour les vassaux, gérant les activités économiques et assumant les obligations militaires, et des paysans constituant la main-d'œuvre. Un office moindre dans le diocèse, par exemple une cure de village, pouvait être en même temps un bien lucratif, le titulaire ayant droit à une part des récoltes et du revenu des divers types de services.

Outre sa subordination politico-économique, l'Eglise était aussi assujettie, dans sa structure interne, à la direction de laïcs de haut rang. Empereurs et rois convoquaient des conciles et promulguaient les lois ecclésiastiques. En même temps, les évêques et autres dignitaires éminents siégeaient dans les organes gouvernementaux locaux, seigneuriaux et royaux ou impériaux. Le palais épiscopal était souvent le siège principal de l'administration civile. Les évêques étaient des membres importants de la hiérarchie féodale. Le mariage des prêtres, qui était très répandu, leur procurait des liens importants de parenté avec les dirigeants locaux. Empereurs et rois n'investissaient pas les évêques seulement de leur autorité civile et féodale mais aussi de leur autorité ecclésiastique.

Il y avait ainsi une symbiose des milieux religieux et politiques. Une dispute sur la juridiction d'un évêque pouvait aboutir à Rome ou à un synode régional mais elle pouvait arriver aussi à la Cour de justice d'un roi ou de l'empereur. Le système était semblable à celui qui avait prévalu dans l'empire romain d'Orient et que l'on dénonça plus tard en Occident comme « césaropapisme ». Toutefois, il n'est pas littéralement exact de parler des rois et des empereurs d'Europe occidentale entre les VI^e et X^e siècles comme de « laïcs ». C'est ainsi que les qualifia le pape après 1075 mais avant, ils avaient eu indiscutablement des fonctions religieuses. Il est vrai qu'ils ne faisaient pas partie du clergé, c'est-à-dire qu'ils n'étaient pas ordonnés prêtres. Néanmoins, ils étaient des « délégués du Christ », des personnages sacrés tenus pour être les chefs religieux de leur peuple. L'on disait souvent que c'étaient des hommes sanctifiés par leur onction royale et qu'ils avaient des pouvoirs de thaumaturges. L'empereur, en particulier, s'affirmait le guide spirituel suprême de la chrétienté, que nul homme ne pouvait juger mais qui lui-même jugeait tous les hommes et qui serait responsable de tous les hommes au jugement dernier³.

L'empire de Charlemagne ou de Henri IV de Saxe ne doit pas être confondu avec l'empire romain de César Auguste ou de Constantin. Encore que l'illusion d'une continuité avec l'ancienne Rome était entretenue, le terme carolingien « empire (*imperium*) se rapportait non pas à un territoire ni à une fédération de peuples mais plutôt à la nature de l'autorité de l'empereur, laquelle était en fait fort différente de celle des empereurs romains de jadis. A la différence d'Auguste, Charlemagne et ses successeurs ne gouvernaient pas leurs sujets à travers une bureaucratie impériale. Ils

n'avaient pas de capitale comparable à Rome ou Constantinople, à vrai dire en contraste total avec l'empire truffé de cités des Césars, Charlemagne et ses successeurs n'avaient pratiquement aucune ville du tout. Avec sa maisonnée l'empereur était constamment en route d'une localité principale à une autre à travers son vaste domaine, voyageant en France, en Bourgogne, en Italie, en Hongrie, tout autant que dans son pays d'origine entre les royaumes Franc et Germaniques.

Dans une économie presque exclusivement locale, avec une structure politique qui donnait le pouvoir souverain à des chefs de tribus ou de régions, l'empereur avait à la fois la tâche militaire de maintenir une coalition d'armées tribales, qui devait défendre l'empire contre les ennemis du dehors, et la tâche spirituelle de maintenir dans la foi chrétienne des peuples à peine sevrés du paganisme. Il gouvernait en tenant cour de justice. Il était le premier et suprême juge de son peuple. Quand il arrivait à un endroit donné, il entendait les plaintes et rendait la justice, et il était aussi le protecteur des pauvres et des humbles, des veuves et des orphelins. L'empire n'était pas une entité géographique mais une autorité militaire et spirituelle. On ne l'appela empire romain qu'à partir de 1034 et saint empire romain qu'à partir de 1254.

Au X^e siècle et au début du XI^e, se produisit un vigoureux mouvement visant à purger l'Eglise des influences féodales et locales, et de l'inévitable corruption qui les accompagnait. Un rôle initiateur dans ce mouvement fut joué par l'abbaye de Cluny dont le centre directeur était dans la ville française de ce nom. Cluny est d'un intérêt spécial au point de vue juridique parce que ce fut le premier ordre monastique dans lequel tous les monastères, éparpillés dans l'Europe entière, étaient soumis à une direction unique. Avant sa création en 910, chaque monastère bénédictin avait constitué une unité indépendante dirigée par un abbé, ordinairement sous la juridiction de l'évêque local, et vaguement fédérée avec les autres monastères bénédictins.

Les monastères clunisiens dont le nombre peut avoir dépassé le millier à la fin du siècle de la fondation de l'ordre, étaient tous dirigés par un prieur sous la juridiction de l'abbé de Cluny. Pour cette raison, l'on a pu dire que Cluny a été la première société transnationale ⁴. En fin de compte, elle a à cet égard servi de modèle pour l'Eglise catholique romaine dans son ensemble.

L'importance de Cluny en tant que prototype de gouvernement statutaire, transnational, hiérarchisé, n'a d'égale que son importance dans le soutien du premier mouvement européen de pacification. Au moyen de nombreux synodes tenus, vers la fin du X^e siècle, en divers endroits de la France méridionale et centrale, l'idée d'une paix de Dieu reçut l'approbation officielle non seulement du clergé mais aussi de gouvernants laïcs. Les décrets de paix des synodes différaient dans leurs détails mais en général tous interdisaient, sous peine d'excommunication, tout acte d'hostilité ou de vengeance contre les clercs, les pèlerins, les marchands, les juifs, les femmes et les paysans, ainsi que contre les propriétés ecclésiastiques et agricoles.

De plus, ils recouraient souvent à la procédure du serment de fournir appui, c'est-à-dire que l'on demandait aux gens de s'engager collectivement à soutenir la paix. Au concile de Bourges en 1038, par exemple, il fut décrété que tout chrétien adulte de l'archidiocèse ait à prêter ce serment et à entrer dans une milice spéciale pour le maintien de la paix. En complément de la protection des non combattants, le mouvement de pacification qui se répandit dans presque toute l'Europe occidentale décida de prohiber toute activité belliqueuse pendant certains jours. Rédigée par l'abbé de Cluny, Odilon (994-1049), la trêve de Dieu suspendait les hostilités d'abord du samedi midi jusqu'au lundi tôt le matin, puis du mercredi soir au lundi matin de même que pendant le carême, l'aveug et les fêtes de divers saints.

Les efforts de Cluny et de l'Eglise en général en vue d'exempter certaines catégories de personnes de service armé et d'attaques sur elles-mêmes et leurs biens, puis de restreindre la guerre privée à certains moments, ne pouvaient réussir que partiellement en des temps de violence et d'anarchie tels que les X^e et XI^e siècles. Mais l'importance du mouvement de pacification pour l'avenir, et en particulier pour l'avenir de la tradition juridique occidentale, fut énorme car l'expérience du serment collectif en faveur de la paix joua un rôle crucial à partir des dernières années du XI^e siècle dans la fondation de villes, dans la formation de guildes en leur sein et dans la promulgation de lois par les ducs, les rois et les empereurs sous le signe de la paix ducale ou royale et de la « paix de la terre » (*pax terrae, landfriede*).

Par dessus tout, les clunisiens et d'autres congrégations réformatrices s'efforcèrent d'élever le niveau de la vie religieuse en s'en prenant aux usurpations de pouvoirs ecclésiastiques par les féodaux et les gouvernants locaux, qui se manifestaient particulièrement dans le trafic de fonctions religieuses (appelé « simonie ») et dans les pratiques connexes de mariage des clercs et leurs concubinages (appelés « nicolaïsme »), par lesquels évêques et prêtres se trouvaient impliqués dans les politiques des régions et des clans. Pour que ces efforts aboutissent, cependant, il leur fallait l'appui d'un pouvoir central fort. La papauté eût été trop faible pour ce rôle car, à cette époque, les papes étaient sous la coupe des familles nobles de la cité romaine. Les clunisiens s'adressèrent avec succès aux empereurs successeurs de Charlemagne qui régnaient sur un vaste territoire englobant ce qui maintenant est l'Allemagne de l'ouest, la France de l'est, la Suisse et le nord de l'Italie. Les empereurs, de leur côté, étaient heureux d'avoir le renfort des clunisiens et autres réformateurs, grâce à quoi ils arrachèrent aux aristocrates de Rome le pouvoir de choisir les papes.

Contrairement aux idées modernes de séparation de l'Eglise et de l'Etat, en l'an mille on ne concevait pas l'Eglise comme une structure visible, statutaire, légale, dressée en face de l'autorité politique. Tout autrement, l'Eglise (*ecclesia*, en grec l'assemblée) était conçue comme le peuple chrétien (*populus christianus*) que gouvernaient ensemble des autorités séculières et spirituelles (*regnum et sacerdotium*). Bien avant que Charlemagne ne consentît à être couronné par le pape en 800, son fidèle serviteur Alcuin, le savant ecclésiastique anglais, l'avait évoqué comme le chef de l'*imperium christianum* (l'empire chrétien). Et Charlemagne lui-même, en

794, avait convoqué un concile « universel » à Francfort où il avait promulgué d'importantes modifications dans la doctrine théologique et la loi ecclésiastique. Certains historiens déclarent que le pape Léon III fit Charlemagne empereur mais il serait plus proche de la vérité de dire que Charlemagne fit pape Léon III et, en 813, Charlemagne couronna empereur son propre fils sans le concours du clergé⁵.

En fait, les empereurs suivants requéraient du pape lors de son élection qu'il affirme par serment être loyal envers l'empereur. Sur les vingt-cinq papes qui occupèrent ce siège pendant les cent années avant 1059 (où un synode de l'Eglise pour la première fois interdit cette investiture laïque), vingt et un furent directement désignés par les empereurs et cinq furent destitués par eux. D'ailleurs, les empereurs n'étaient pas seuls à contrôler les évêques sur leur territoire. Les autres souverains de la chrétienté faisaient de même. En 1067, Guillaume le Conquérant promulgua un décret fameux où il affirmait que le roi avait le pouvoir de décider si un pape devait ou non être reconnu par l'Eglise de Normandie et d'Angleterre, que le roi faisait le droit ecclésiastique par l'intermédiaire de synodes convoqués par lui, et qu'il avait droit de veto sur les pénalités ecclésiastiques infligées à ses barons et fonctionnaires.

Le contrôle exercé par les empereurs et les rois sur leur Eglise était nécessaire pour l'émanciper des influences corruptrices de la politique seigneuriale, locale et économique. Cependant, cet objectif fondamental de la réforme clunisienne se heurtait à un obstacle insurmontable. Le clergé était, en effet, empêtré à ce point dans la structure économique et politique à tous ses niveaux, qu'on ne pouvait l'en extraire. Sous l'égide des grands empereurs réformateurs des X^e et XI^e siècles, les ordres monastiques avaient pu être assainis, et la papauté renforcée ; mais l'ensemble de l'Eglise ne pouvait être réformée radicalement parce qu'elle n'était pas indépendante. La simonie et le nicolaïsme restèrent des problèmes brûlants.

Le mariage des prêtres (ou nicolaïsme) n'était pas seulement une question morale mais aussi politique et économique. Le mariage introduisait la prêtrise dans la structure clanique et féodale. Il incitait aussi à la transmission héréditaire des fonctions ecclésiastiques. Ce dernier point mettait du moins un frein à en faire le trafic (simonie). Si l'on ne pouvait plus hériter d'une fonction, fallait-il en laisser l'investiture à des laïcs ? Plus fondamentalement, les empereurs et les rois étaient-ils spirituellement en mesure de décider du nombre de désignations supplémentaires aux échelons supérieurs qui seraient nécessaires si les prêtres ne pouvaient léguer leur fonction ? Et quoi des fonctions subalternes qui devaient être pourvues à la requête des seigneurs locaux ?

Il y avait toujours eu une certaine tension associée avec la subordination du clergé, et spécialement de la papauté, à des personnes qui n'étaient pas elles-mêmes ordonnées prêtres, si respectable voire sacrée que fut leur fonction temporelle. A la fin du IV^e siècle, Saint Ambroise, évêque de Milan, avait dit « Les palais appartiennent à l'empereur, les églises à la prêtrise » et il avait excommunié l'empereur Théodose, ne levant la condamnation d'anathème qu'après que l'empereur eut fait pénitence. Un siècle plus tard, le pape Gélase I^{er} avait écrit à l'empereur Anastase : « Il y a

deux pouvoirs, auguste empereur, par lesquels le monde est principalement régi, l'autorité sacrée de la prêtrise et le pouvoir royal... Si les évêques mêmes, reconnaissant que la fonction impériale vous a été conférée par disposition divine, obéissent à vos lois dans toute la mesure où la sphère de l'ordre public est concernée... de quel zèle, je vous le demande, devriez-vous obéir à ceux qui ont été chargés d'administrer les mystères sacrés (en matière de religion) ? »⁶.

C'était la doctrine originelle des « deux glaives » : la prêtrise administrait les mystères sacrés mais les empereurs faisaient les lois, y compris les lois ecclésiastiques. Parmi les Francs, rois et empereurs avaient souvent eu grand besoin de l'appui des papes et avaient reconnu leur supériorité, y compris des évêques en général, en matière de foi. L'idée de l'autonomie ecclésiastique avait des racines profondes également dans les écritures saintes. Néanmoins, les empereurs francs et, aux X^e et XI^e siècles aussi bien les rois français et anglais ainsi que les rois espagnols, norvégiens, danois, polonais, bohémiens, hongrois, avec d'autres, gouvernaient leurs évêques même en matière de doctrine religieuse, tout comme l'avaient fait les empereurs byzantins. Les rois et les empereurs francs remettaient aux évêques l'anneau et la crosse qui symbolisaient leur autorité épiscopale en prononçant ces mots « *Accipe ecclesiam* » (reçois l'Eglise).

Cela plaçait à la fois le glaive séculier et le glaive spirituel dans la même main. La justification en était que les empereurs et les rois étaient des gouvernants sacrés, des représentants du Christ. Il y avait de nombreux évêques, parmi lesquels l'évêque de Rome était le Primat (premier parmi ses pairs), mais il n'y avait qu'un empereur, et dans chaque royaume un seul roi. L'évêque de Rome portait le titre de « vicaire de Saint Pierre ». C'est seulement au XII^e siècle qu'il reçut celui de « vicaire du Christ » (*vicarius*, remplaçant).

C'est alors seulement que l'empereur dut renoncer à ce titre comme représentant du Christ ; le pape prétendait manier les deux glaives, l'un directement, l'autre indirectement. Désormais, il y avait beaucoup de dirigeants temporels, mais un seul pape. La primauté de l'évêque de Rome sur les autres évêques de l'Eglise avait été affirmée, au plus tard au IV^e siècle, peut-être même au III^e, et avait été en certaines occasions mais pas toujours, loin de là, admise par d'autres évêques parmi les plus importants. Mais cette primauté pouvait signifier bien des choses différentes. Aussi longtemps que l'Eglise, en Occident, resta largement décentralisée et sous le contrôle de gouvernants locaux laïques, l'autorité papale demeura inévitablement faible et étroitement liée à l'autorité impériale, également faible. Le conflit occasionnel d'évêques locaux ou d'églises locales pour s'affranchir des seigneurs pouvait ainsi prendre la forme d'un appel à l'autorité impériale ou à l'autorité papale. Ce n'est que rarement que le conflit atteignit de hauts niveaux.

Un exemple frappant fut la grande imposture du milieu du IX^e siècle connue comme celle de la pseudo-Isidore ou des fausses décrétales. C'était une énorme collection de lettres et décrets, faussement attribués à des papes ou à des conciles du IV^e et des siècles suivants. Elle avait pour but de contrer les efforts de l'archevêque

de Reims, appuyé par l'empereur, pour détourner son clergé de recourir au pape pour trancher les différends. Le fait que, dans ce but, l'auteur ait concocté une multitude de documents fournit un éclairage sur la nature de l'autorité épiscopale dans l'Eglise, à son époque et antérieurement.

En fait la pseudo-Isidore n'a pas été composée à Rome et ne fut généralement acceptée par les papes que plus de deux cents ans après quand le parti papal s'en servit pour justifier des objectifs fort étrangers au texte originel. Dans la dernière partie du IX^e siècle, le pape Nicolas I^{er} (856-867) affirma effectivement l'autorité papale non seulement sur les archevêques et les évêques, déclarant que leurs sièges ne pouvaient être pourvus sans son consentement mais aussi sur les empereurs, déclarant que les rois n'avaient pas titre à siéger en jugement sur les prêtres et que les prêtres étaient exempts de la juridiction des rois. Cette fois encore, de telles assertions furent plus importantes pour l'avenir que pour leur époque. Elles ne changeaient rien à la réalité de la sujétion de l'Eglise envers les pouvoirs impérial, royaux et féodaux. En réalité, à la fin du IX^e siècle, durant le X^e et au début du XI^e le prestige de la papauté était au plus bas et ce furent des empereurs qui cherchèrent à le relever.

La primauté de l'évêque de Rome parmi les autres évêques donnait au roi des Germains une raison pour envoyer ses armées au delà des Alpes à peu d'années d'intervalles, pour réaffirmer sa prétention d'être le protecteur de Rome contre les Lombards, contre les Toscans et contre la noblesse romaine. L'autorité spirituelle des empereurs devint de plus en plus anormale au XI^e siècle où la simonie et le nicolaïsme se montrèrent trop enracinés pour être réprimés par eux. En 1046, la subordination des évêques de Rome à l'empereur devint non seulement anormale mais scandaleuse quand Henri III, arrivant à Rome pour célébrer son couronnement, fit en sorte que trois papes rivaux soient déposés et qu'un autre soit élu.

Celui qu'il avait fait élire mourut au bout de quelques mois de pontificat; il en fit élire un autre qui mourut quelques semaines après; l'on disait que tous les deux avaient été empoisonnés par des factions romaines qu'irritait l'immixtion impériale dans les affaires de la ville ⁷. Un troisième intronisé, Léon IX (1049-1053), bien que membre du même clan que Henri III et son ami, rejeta la conception qui faisait de la papauté un évêché de l'empire, et affirma non seulement son indépendance propre mais aussi son pouvoir sur tous les autres évêques et sur le clergé entier, même en dehors de l'empire.

Durant le pontificat de Léon IX, un groupe de ses protégés, conduit par Hildebrand, forma un parti qui proposa et promut l'idée de la suprématie papale sur l'Eglise. Parmi ses techniques figurait une publicité étendue pour le programme papal. Au total, une abondante littérature polémique comptant plusieurs centaines de pamphlets fut mise en circulation par divers groupes de partisans. Un historien a qualifié cette période comme « la première grande campagne de propagande dans l'histoire mondiale » ⁸. Les pamphlets du parti papal appelaient les chrétiens à refu-

ser les sacrements de prêtres vivant en concubinage ou mariés, contestaient la validité des nominations aux fonctions ecclésiastiques obtenues à prix d'argent et exigeaient la « liberté de l'Eglise », c'est-à-dire l'autonomie du clergé sous l'autorité du pape à l'égard de l'empereur, des rois et des seigneurs féodaux. Finalement, en 1059, un concile réuni à Rome par le pape Nicolas II proclama pour la première fois le droit des cardinaux romains d'élire le pape.

LES PRESCRIPTIONS DU PAPE

Ce fut Hildebrand, devenu le Pape Grégoire VII, qui, dans les années 1070 et suivantes, retourna le mouvement réformateur de l'Eglise contre cette même autorité impériale qui avait appuyé la réforme clunisienne durant le X^e siècle et le début du XI^e. Grégoire VII alla beaucoup plus loin que ses prédécesseurs. Il proclama la suprématie légale du pape sur tous les chrétiens et la supériorité légale du clergé, dirigé par le pape, sur toutes les autorités temporelles. Les papes, affirma-t-il, pouvaient déposer les empereurs, et il prononça en fait la déposition de Henri IV. De plus, il décréta que tous les évêques devaient être nommés par le pape et se soumettre en dernier ressort à son autorité seule et non pas aux pouvoirs temporels.

Grégoire VII avait été bien préparé à monter sur le trône papal. Hildebrand avait été la force dominante pendant les pontificats de Nicolas II (1058-1061) et d'Alexandre II (1061-1073). De plus, en 1073, à l'âge de cinquante ans, il était prêt à exercer l'énorme et fière volonté et l'ascendant personnel pour lesquels il était réputé. Pierre Damien (1007-1072) qui avait été son associé dans la lutte pour la suprématie papale depuis 1050, lui écrivit un jour en s'adressant à « mon saint Satan » et poursuivant : « Ta volonté a toujours été pour moi un ordre, mauvais mais légal. Que n'ai-je toujours servi Dieu et Saint Pierre aussi fidèlement que je t'ai servi... »⁹. Un savant contemporain a décrit Grégoire VII comme un homme animé d'un sens subjuguant de sa mission, qui poussait ses idées « avec une sévérité effrayante et une persistance héroïque... sans tenir compte des conséquences pour lui-même et pour autrui et qui avait, au bas mot, le tempérament d'un révolutionnaire »¹⁰.

Devenu pape, Grégoire n'hésita pas à user de tactiques révolutionnaires pour atteindre ses objectifs. En 1075, par exemple, il ordonna à tout chrétien de boycotter les prêtres vivant en concubinage ou mariage et de ne pas accepter leurs offices pour les sacrements ou à d'autres fins. Ainsi les prêtres étaient-ils mis en demeure de choisir entre leurs responsabilités envers femme et enfants et leurs responsabilités envers leurs paroissiens. Ce décret ayant rencontré de l'opposition, il y eut des émeutes dans les églises, ceux qui attaquaient le mariage des prêtres étaient bâtonnés et lapidés. Un pamphlétaire, sous le titre « Apologie contre ceux qui dénoncent les messes de prêtres », écrivait que « le christianisme est foulé aux pieds.... ». « De quoi parle-t-on, jusque dans les pièces où filent et tissent les femmes ou dans l'échoppe des artisans » demandait-il « sinon de la confusion de toutes les lois hu-

maines..., de la soudaine agitation parmi la population, de nouvelles tricheries des serviteurs contre leurs maîtres et de la méfiance des maîtres envers leurs serviteurs, d'abjectes trahisons entre amis et égaux, de conspiration contre les pouvoirs établis par Dieu » « et tout cela appuyé par l'autorité de ceux qui sont appelés les guides de la chrétienté » ¹¹.

Faute d'armée qui lui soit propre, comment la papauté pouvait-elle faire aboutir ses prétentions ? Comment pouvait-elle contrer les armées de ceux qui s'opposeraient à la suprématie papale ? Et à part le problème de faire front à une opposition puissante, comment la papauté pouvait-elle exercer la juridiction universelle qu'elle revendiquait ? Comment allait-elle imposer sa volonté au monde occidental chrétien, sans parler de la chrétienté orientale sur laquelle certaines prétentions de juridiction étaient également formulées ?

Un aspect important des réponses à ces questions est le rôle potentiel du Droit comme source d'autorité et comme moyen de discipline. Durant les dernières décennies du XI^e siècle, le parti papal commença à chercher dans les écrits concernant l'histoire de l'Eglise, les arguments d'autorité appuyant la thèse de la suprématie sur la totalité du clergé et son indépendance, si possible supériorité sur la société temporelle. Le parti papal encouragea des érudits à développer une science du Droit qui procurerait une base de travail pour mettre en œuvre cette politique majeure. Au même moment, le parti impérial se mit aussi à chercher dans les anciens textes des arguments pour défendre ses positions contre l'usurpation pontificale.

Seulement, il n'existait pas de forum légal sur lequel tant la papauté que l'empire auraient pu porter leur débat, si ce n'était l'empereur ou le pape eux-mêmes. Voilà en fait où se situait le principal élément révolutionnaire de la situation. En 1075, le pape Grégoire VII y répondit « en sondant son propre cœur » et en rédigeant un document, le *Dictatus Papae* (ce que dicte le pape), composé de vingt-sept prescriptions laconiques apparemment adressées à nul autre que lui-même et qui inclut celles que voici :

- 1 - Que l'Eglise romaine est fondée par le Seigneur seul.
- 2 - Que l'évêque de Rome est le seul qui de droit soit appelé universel.
- 3 - Que lui seul peut déposer et réinvestir des évêques.
- 4 - Que son légat, même du rang le moins élevé, a la préséance dans un concile sur tous les évêques et peut porter une sentence de déposition contre eux.
- 7 - Qu'à lui seul est permis de faire de nouvelles lois selon les besoins du temps.

- 9 – Qu’au pape seul tous les princes doivent baiser les pieds.
- 10 - Que son nom seul doit être récité dans les églises.
- 11 – Qu’il peut déposer les empereurs.
- 16 - Que nul synode ne doit être dit général sans son ordre.
- 17 - Que nul chapitre ou livre ne soit considéré comme canonique sans son autorisation.
- 18 – Qu’aucun jugement porté par lui ne peut être révisé par qui que ce soit, et que lui seul peut réviser les jugements de tous.
- 21 - Que les affaires les plus importantes, dans chaque église peuvent être référées au siège apostolique.
- 27 – Qu’il peut relever les sujets d’hommes injustes de leur serment d’allégeance ¹².

Ce document était révolutionnaire, bien que Grégoire se soit finalement arrangé pour trouver quelque autorité légale à chacune de ses prescriptions ¹³. En décembre 1075, il fit connaître le contenu de ce que l’on pourrait appeler, de nos jours, le manifeste papal, dans une lettre à l’empereur Henri IV, dans laquelle il requérait la subordination à Rome de l’empereur et des évêques de son empire. Henri répliqua, ainsi que vingt-six de ses évêques, dans des lettres du 24 janvier 1076.

La lettre de l’empereur débutait comme ceci « Henri, roi non par usurpation mais par la divine ordination de Dieu, à Hildebrand, à présent non plus pape mais moine félon ». Elle se terminait par « Toi, donc, damné par cette malédiction et par le jugement de tous nos évêques et le mien propre, descends et abandonne le siège apostolique que tu as usurpé. Qu’un autre monte sur le trône de Saint Pierre. Moi, Henri, roi par la grâce de Dieu, je te dis, avec tous nos évêques : “*Descende, descende*” et sois maudit au long des âges ». La lettre des évêques était de la même veine et se terminait par : « Et puisque tu l’as proclamé publiquement, aucun d’entre nous n’a été pour toi jusqu’à présent un évêque, de même seras-tu dorénavant un pape pour aucun de nous ¹⁴.

En réponse, Grégoire excommunia et déposa Henri qui, en janvier 1077, voyagea comme un humble pénitent pour rencontrer le pape à Canossa où la tradition veut qu’il ait attendu trois jours pour se présenter les pieds nus dans la neige, pour confesser ses péchés et déclarer sa contrition. Ainsi invoqué dans sa qualité spirituelle, le pape donna l’absolution à Henri et retira son excommunication et sa déposition. Cela donna à Henri une chance de réaffirmer son autorité sur les magnats germaniques, tant ecclésiastiques que temporels, qui s’étaient rebellés contre lui.

Le conflit avec le pape, néanmoins, n'était que différé pour peu de temps. En 1078, le pape promulgua un décret où il disait : « *Nous décrétons que nul dans le clergé ne devra recevoir l'investiture d'un évêché, d'une abbaye ou d'une cure, des mains d'un empereur ou d'un roi ou de tout autre personne laïque, homme ou femme. Mais s'il osait le faire, qu'il sache clairement que cette investiture est dénuée de l'autorité apostolique et que lui-même sera soumis à l'excommunication jusqu'à ce que due satisfaction soit rendue* »¹⁵. Le conflit entre pape et empereur rebondit et la querelle des investitures en résulta.

Les premières victimes de ces guerres tombèrent dans le territoire germanique où les ennemis de l'empereur profitèrent de sa controverse avec le pape pour élire un roi rival que Grégoire finit par soutenir. Mais Henri défit son rival en 1080 et descendit vers le sud à travers les Alpes pour assiéger et occuper Rome (1084). Grégoire VII appela à son aide ses alliés, les princes normands du sud de l'Italie, Apulie, Calabre, Capoue et Sicile. Les mercenaires normands repoussèrent de Rome les forces impériales, mais cela fait, ils pillèrent et saccagèrent la ville avec la sauvagerie dont ils étaient coutumiers. Henri continua à affronter des révoltes des princes germaniques et lorsqu'il mourut en 1106, son propre fils était à la tête d'une rébellion contre lui. Ce fils, Henri V, occupa Rome en 1111 et fit prisonnier le pape.

Le problème politique immédiat des guerres d'investiture était celui du pouvoir des empereurs et des rois d'investir les évêques et autres ecclésiastiques en leur remettant les insignes de leurs fonctions, avec la formule « *Accipe ecclesiam* ». En amont de cette question il y avait celle de l'allégeance et de la discipline du religieux une fois élu et investi. Ces problèmes étaient d'importance fondamentale; du fait que l'empire et les royaumes étaient administrés surtout par des ecclésiastiques, ils affectaient la nature même de l'autorité aussi bien celle ecclésiastique que celle royale et impériale.

Cependant, il y avait en jeu quelque chose de plus important que la politique, le salut des âmes. Précédemment, l'empereur (ou roi) avait été appelé le remplaçant ou délégué (vicaire) du Christ et c'était lui qui devrait répondre pour les âmes de tous au jugement dernier. Désormais, le pape, qui se considérait auparavant comme le vicaire de St Pierre, prétendait être le seul vicaire du Christ et porter cette responsabilité des âmes. L'empereur Henri IV avait écrit au pape Grégoire VII que, selon les pères de l'Eglise, l'empereur ne peut être jugé par aucun homme, lui seul était sur terre le « juge de tous les humains ». Car il n'y a qu'un seul empereur alors que l'évêque de Rome n'est que le premier d'entre les évêques. Telle était en fait la doctrine orthodoxe qui avait prévalu pendant des siècles. Grégoire, de son côté, voyait l'empereur comme le premier d'entre les rois, un laïc, dont l'élection comme empereur était sujette à confirmation par le pape et qui pouvait être déposé par le pape pour insubordination¹⁶.

L'argument était posé en termes scolastiques « Le roi est un laïc ou il est un clerc » et comme il n'est pas ordonné, il est visiblement un laïc et comme tel, n'a

aucune fonction dans « l'Eglise ». Cette thèse ne laissait aux empereurs et aux rois aucune base de légitimité car l'idée d'état séculier, c'est-à-dire sans fonction ecclésiastique, n'avait jamais existé, en réalité il était en train de naître. La thèse en outre arrogait au pape des pouvoirs théocratiques car la division des fonctions ecclésiastiques entre fonctions spirituelles et fonctions temporelles n'était pas née, elle était en train de naître.

Finalement, ni les papes ni les empereurs ne purent maintenir leurs prétentions initiales. Selon le concordat de Worms en 1122, l'empereur garantissait que les évêques et les abbés seraient librement élus par l'Eglise seule et renonçait à son droit de les investir par la crosse et l'anneau, qui impliquaient le soin des âmes. Le pape, pour sa part, concédait à l'empereur le droit d'être présent aux élections et, si elles étaient contestées, le droit d'intervenir. De plus, les prélats germaniques ne seraient pas consacrés par l'Eglise jusqu'à ce que l'empereur les ait investis, par le sceptre, de ce qu'on appelait les *regalia* c'est-à-dire les droits féodaux de propriété, de justice et de gouvernement séculier qui impliquaient le devoir réciproque de rendre hommage et de jurer fidélité à l'empereur (hommage et loyauté comportaient que soient rendus les services et redevances dus sur les vastes domaines attachés aux principales charges ecclésiastiques).

Les prélats d'Italie et de Bourgogne, par ailleurs, ne devaient être investis par le sceptre et commencer à rendre hommage et allégeance à l'empereur que six mois après leur consécration par l'Eglise. Le fait que le pouvoir de désignation devait être partagé, tant l'empereur que le pape pouvait exercer son veto, rendait cruciale la question de cérémonie, la question de procédure. En Angleterre et en Normandie, selon l'arrangement convenu au Bec-Hellouin en 1107, le roi Henri I^{er} avait aussi agréé des élections libres, mais en sa présence, et avait renoncé à l'investiture par l'anneau et la crosse. Comme en Allemagne par la suite, il devait recevoir l'hommage et le serment d'allégeance avant et non pas après l'ordination.

Les concordats laissaient le pape en possession d'une autorité sur le clergé extrêmement large et d'une autorité considérable sur la société laïque aussi. Sans son approbation, le clergé ne pouvait être ordonné. Il établissait les fonctions et les pouvoirs des évêques, des prêtres, des diacres et d'autres titulaires d'offices cléricaux. Il pouvait créer de nouveaux évêchés, diviser ou supprimer les anciens, transférer ou déposer les évêques. Son autorisation était nécessaire pour instituer un ordre monastique nouveau ou changer la règle d'un ordre existant. De plus, on l'appelait le « principal dispensateur » de tous les biens d'Eglise que l'on considérait comme le « patrimoine du Christ ». Le pape aussi était souverain en matière de culte et de dogme et il pouvait seul donner l'absolution pour certains crimes (dont l'agression contre un clerc), canoniser les saints et distribuer les indulgences (allègement des sanctions divines après la mort). Aucun de ces pouvoirs n'existait avant 1075.

« Le pape », selon les mots de Gabriel Le Bras « régnait sur l'Eglise entière. Il était le législateur universel, ses pouvoirs limités uniquement par la « loi naturelle » et la « loi divine positive » (c'est-à-dire celle inscrite dans la Bible et les documents

analogues de la Révélation). Il convoquait les conciles généraux, les présidait, et sa ratification était nécessaire pour la mise en application des décisions prises. Il mettait un terme aux controverses sur bien des points, au moyen de décrétales et il était l'interprète de la loi et conférait privilèges et dispenses. Il était aussi le juge suprême et administrateur. Les causes importantes, *maiores causae*, dont la liste ne reçut jamais d'énumération finale, étaient réservées à son jugement ¹⁷.

Grégoire déclara que la curie pontificale était « le tribunal de toute la chrétienté » ¹⁸. Dorénavant, le pape avait juridiction sur les causes soumises à lui par quiconque, il était « juge ordinaire de toutes personnes ». Cela était entièrement nouveau. Sur la société laïque, le pape était souverain en matière de foi et de morale ainsi qu'en diverses institutions civiles telles que le mariage et l'héritage. A certains égards, cette suprématie était absolue ; à d'autres, elle était partagée avec l'autorité temporelle. En d'autres matières encore qui étaient considérées comme soumises à la juridiction séculière, l'autorité papale était souvent invoquée. Avant 1075 la juridiction du pape sur le monde laïque avait été subordonnée à celle des empereurs et rois et généralement n'était pas plus large que celle des autres évêques importants.

La séparation, la concurrence et l'interaction des juridictions spirituelle et séculière a été la principale source de la tradition juridique occidentale.

CARACTERE REVOLUTIONNAIRE DE LA REVOLUTION PAPALE

Le terme « révolution », appliqué aux grandes révolutions de l'histoire européenne, a quatre caractéristiques majeures qui prises ensemble, le distinguent de « réforme » et « d'évolution » d'une part, et des simples rébellions, coups d'état ou contre-révolutions et dictatures d'autre part. Ce sont : la « *totalité* », c'est-à-dire son caractère de transformation générale, atteignant tout le tissu social de nature politique, religieuse, économique, juridique, culturelle, linguistique, artistique, philosophique etc., chaque catégorie se trouvant modifiée ; sa « *rapidité* », c'est-à-dire la vitesse ou soudaineté avec lesquelles des changements drastiques surviennent de jour en jour, d'une année sur l'autre, d'une décennie à la suivante, tant que la révolution suit son cours ; sa « *violence* » qui prend la forme non seulement de lutte de classes et de guerre civile mais aussi de guerres étrangères d'expansion ; et sa « *durée* » couvrant deux ou trois générations, pendant lesquelles les principes sous-jacents de la révolution sont reconfirmés ou réinstaurés, confrontés aux nécessaires compromis avec l'utopisme initial jusqu'à ce que les petits-enfants des pères fondateurs eux-mêmes témoignent de la dévotion envers la cause qu'ont servie leurs grands-parents. Alors seulement l'évolution peut reprendre à son propre rythme, sans redouter de contre-révolution de droite ni de radicalisme d'une nouvelle gauche ¹⁹.

Caractère global de la révolution papale

La recherche d'une cause fondamentale d'un changement historique et la division même de ces causes en causes profondes et causes secondaires, pourraient faire perdre plus ou moins de vue le fait que les grandes révolutions ne se produisent pas sans que se soient rencontrés, au même moment, un grand nombre de facteurs divers. La classification de ces facteurs en catégories politiques, économiques, culturelles et autres n'est qu'une commodité d'exposition. Pour procurer une image véridique, pourtant, l'exposé doit montrer l'interconnexion nécessaire des facteurs. Sinon, l'objectif majeur est manqué, qui est de faire comprendre que les révolutions sont vécues comme des événements globaux.

C'est ainsi que la révolution papale peut être envisagée en termes politiques comme un déplacement massif de pouvoir et d'autorité, à la fois à l'intérieur de l'Eglise, et dans ses relations avec les unités politiques. De plus, ces changements se sont accompagnés de modifications décisives dans les relations entre l'Europe occidentale et les puissances voisines. La révolution papale peut être analysée en termes socio-économiques, à la fois comme une réponse et une impulsion à une énorme expansion de la production et des échanges, et à l'apparition de milliers de bourgs et de villes. Sous l'angle culturel et intellectuel, la révolution papale peut être décrite comme une force motrice dans la création des premières universités européennes, dans le développement de la théologie, de la jurisprudence et de la philosophie, en autant de disciplines systématiques, dans la naissance de nouveaux styles littéraires et artistiques et dans la croissance d'une nouvelle perception consciente de la vie en société.

Ces divers processus politiques, économiques et culturels peuvent être étudiés séparément mais il faut aussi que soient montrés leurs liens entre eux car c'est précisément leur conjonction qui a constitué l'élément révolutionnaire de la situation.

Changements politiques

Les principaux déplacements de pouvoir et d'autorité, à l'intérieur de l'Eglise et dans ses relations avec les dirigeants temporels, ont été décrits dans les pages précédentes. Il est néanmoins nécessaire, ici, de noter brièvement quelques-uns des changements politiques qui eurent lieu à la même époque dans les relations entre l'Europe occidentale et les puissances voisines.

Pendant des siècles, il y avait eu constamment des incursions militaires en Europe, venant du nord et de l'ouest par les Normands, du sud par les Arabes et de l'est par les Slaves et les Magyars. Toute la chrétienté occidentale était « une citadelle assiégée qui ne survivait que parce que son plus grand ennemi, l'islam, avait atteint le bout de ses lignes de communication et que ses ennemis moins importants (Slaves, Hongrois et Vikings) n'étaient organisés que pour des razzias de pillage »²⁰. Ce fut le rôle de l'empereur de recruter des hommes en armes, spécialement des chevaliers, parmi les divers peuples de son empire, pour répondre par la force aux pres-

sions venues de l'extérieur. Il avait aussi des ennemis à l'intérieur, à l'ouest les rois français n'étaient pas toujours amicaux et au sud des Alpes les princes de l'Italie du nord étaient franchement hostiles. Ainsi l'Europe était-elle tournée sur elle-même avec son axe principal courant du nord au sud.

A la fin du XI^e siècle, cependant, le papauté qui, pendant au moins deux décennies, n'avait cessé de presser les gouvernants temporels de libérer Byzance de ses envahisseurs infidèles, réussit enfin à organiser la première croisade (1096-1099). Une seconde croisade fut lancée en 1147 et une troisième en 1189. Ces premières croisades furent les guerres extérieures de la révolution papale. Elles n'augmentèrent pas seulement le pouvoir et l'autorité de la papauté mais ouvrirent un nouvel axe orienté à l'est vers le monde extérieur qui transforma la Méditerranée de barrière défensive naturelle contre les invasions en une route pour l'expansion, cette fois, de l'Europe occidentale par ses armées et son commerce ²¹.

Les croisades eurent une contrepartie dans l'émigration intensive vers les territoires septentrionaux et orientaux de l'Europe (Pays-Bas, Scandinavie, Pologne, Hongrie notamment), migration qui se produisit à la fin du XI^e siècle et durant le XII^e. Là encore la papauté joua un rôle essentiel, en particulier grâce à l'ordre monastique de Cîteaux, fondé en 1098. Les cisterciens, qui étaient d'ardents partisans de la politique pontificale, étaient connus pour leurs expertise agricole, leur talent directorial et leur zèle colonisateur. Ils étaient particulièrement versés dans la fabrication d'instruments nécessaires au défrichage des zones inhabitées.

Changements socio-économiques

Des changements politiques de cette ampleur n'auraient pas été possibles sans des changements comparables dans l'économie et la structure sociale connexe. De tels changements ont bien eu lieu mais il est difficile de déterminer leur relation aux changements politiques. Dans certains cas, ils paraissent avoir été des causes, dans d'autres cas des conditions, dans d'autres des conséquences.

La fin du XI^e siècle et le XII^e furent une période de forte accélération du développement socio-économique de l'Europe occidentale. Comme l'a exprimé A. W. Southern, « Le mobile de l'expansion spontanée que les économistes d'aujourd'hui cherchent anxieusement dans les pays sous-développés, se manifesta en Europe occidentale dans la deuxième moitié du XI^e siècle ²².

De nouvelles avancées technologiques et de nouvelles méthodes de culture contribuèrent à l'amélioration rapide de la productivité agricole et à une expansion corrélative du commerce des surplus agricoles dans les campagnes ²³. Ces facteurs, à leur tour, facilitèrent une augmentation rapide de la population ; bien que les chiffres crédibles soient rares, il est vraisemblable que la population de l'ensemble de l'Europe occidentale se soit accrue d'une moitié, et peut-être ait doublé, dans les cent années entre 1050 et 1150 alors que dans les siècles précédents, dans les condi-

tions d'une agriculture de subsistance et d'invasions militaires, elle était restée virtuellement stationnaire et, par moment, avait diminué. La population croissante s'éparpilla dans des centaines, voire des milliers de cités et de villes qui bourgeonnèrent pour la première fois depuis le déclin de l'Empire romain aux IV^e et V^e siècles.

L'apparition de bourgs et de villes est sans doute le plus frappant des changements socio-économiques des XI^e, XII^e et XIII^e siècles. En l'an 1050, il n'y avait probablement que deux agglomérations à l'ouest de l'Europe, Venise et Londres, qui eussent une population de plus de dix mille âmes, et peut-être une douzaine d'autres ayant plus de deux mille habitants (en 1050, Constantinople, par contraste, en avait des centaines de mille). Presque toutes les agglomérations étaient des villages ou des places fortifiées avec ou sans marché annexe. Le terme de *civitas* (cité) était réservé aux sièges d'évêché. Les cités de la Sicile et du sud de l'Italie étaient encore byzantines ou arabes et non pas occidentales. Rome faisait exception, moins par son étendue qui n'était guère supérieure à celle des autres évêchés que par le nombre élevé de familles nobles qui s'y étaient groupées. Durant les deux siècles suivants, de grands centres urbains commerciaux et manufacturiers firent éclosion dans toute l'Europe occidentale, quelques-uns avec plus de cent mille habitants, des douzaines avec plus de trente mille et des centaines avec plus de dix mille habitants. En 1250, quelque 5 à 10 % de la population (peut-être trois ou quatre millions au total) vivaient dans les cités et villes.

La classe des marchands qui, en 1050, ne comportait qu'un nombre relativement faible de colporteurs itinérants, s'accrut vivement en nombre et changea radicalement en caractère à la fin du XI^e siècle et durant le XII^e, d'abord à la campagne puis dans les cités et les villes. Le commerce lointain terrestre et maritime devint un aspect important de la vie économique et sociale en Europe (comme cela avait été le cas pour la Méditerranée proche-orientale, sans discontinuité pendant plus d'un millénaire). Foires et marchés devinrent d'importantes institutions économiques et sociales. Le crédit, la banque et l'assurance se développèrent, surtout pour le commerce à longue distance. Parallèlement à l'essor du commerce, se développèrent des industries manufacturières, avec une large diffusion du régime des guildes (ou corporations) de métiers. Fréquemment, ces groupements professionnels jouèrent un rôle majeur dans le gouvernement des cités et des villes.

Cette expansion du commerce et la croissance des agglomérations urbaines aux XI^e et XII^e siècles ont amené de nos jours bon nombre d'historiens marquants de l'économie et de la société, parmi lesquels Henri Pirenne, à situer à cette époque-là l'origine du capitalisme occidental. Pourtant la même période est aussi considérée par beaucoup d'autres comme l'apogée du féodalisme. En fait, c'est plus spécialement aux XII^e et XIII^e siècles que devint à peu près universel en Europe le régime d'exploitation agricole (que l'anglais appelle *manorial*, des manoirs) des terres seigneuriales par des fermiers. Auparavant, un pourcentage élevé de paysans vivaient dans des villages, en cultivateurs autonomes de leur parcelle de propriété. C'est aussi à cette époque que les liens de vassalité furent substantiellement transformés par

la substitution de redevances en monnaie aux obligations militaires et autres du système féodal.

Changements culturels et intellectuels

Pendant la seconde partie du XI^e siècle et durant le XII^e, l'Europe connut non seulement ces bouleversements politiques et économiques mais encore une explosion culturelle et intellectuelle. C'est l'époque où furent créées les premières universités, où la méthode scolastique (comme on l'appela plus tard) reçut son premier développement; où la théologie, la jurisprudence et la philosophie se donnèrent une systématisation rigoureuse. Cette période marqua le début de la pensée scientifique moderne ²⁴.

Ce fut aussi la phase de transition entre l'architecture antique et l'art roman, puis le gothique. C'est alors que naquirent les premières grandes églises, à Saint Denis et Notre-Dame de Paris, à Canterbury et Durham. Ce fut aussi à ce moment que le latin, en tant que langage des érudits, fut modernisé et que les langues vernaculaires ainsi que leurs littératures commencèrent à prendre leur forme moderne, où furent écrites les grandes poésies épiques (la Chanson de Roland, le cycle du roi Arthur); le temps des poèmes et du chant courtois des trouvères et troubadours (les écrits de Bernard de Ventadour) ²⁵. Il y eut une remarquable croissance des milieux lettrés laïques et des premières manifestations du sentiment des cultures nationales dans la plupart des pays européens.

Trois autres changements profonds dans la perception consciente de la vie sociale contribuèrent à la transformation de la vie culturelle et intellectuelle de ces peuples et à cette époque 1) la maturation du sens de l'identité collective du clergé, de sa conscience d'être un groupe en vive opposition (pour la première fois) avec la laïcité; 2) l'évolution en un concept dynamique de la responsabilité de l'Eglise (identifiée essentiellement au clergé) dans la réformation du monde (le « siècle » identifié essentiellement au monde profane); et 3), le développement d'un nouveau sens du temps historique, incluant les concepts de modernité et de progrès.

Rapidité et violence de la révolution papale

En cherchant à comprendre pleinement les dimensions des changements qui eurent lieu pendant les XI^e et XII^e siècles, l'on peut perdre de vue le caractère de cataclysme des événements cruciaux de la révolution papale. Ces événements ne peuvent être expliqués, en fin de compte, que par la totalité des transformations intervenues, mais il faut les voir initialement comme les conséquences immédiates d'un effort poursuivant un objectif politique, ce que le parti papal appelait « la liberté de l'Eglise », à savoir l'affranchissement du clergé de la domination impériale, royale et féodale et son unification sous l'autorité du pape. En remplaçant cet objectif politique et les événements qui découlèrent immédiatement de l'effort fourni pour

l'atteindre dans leur contexte de transformation globale, on peut voir que ce qui était en jeu débordait de beaucoup une bagarre pour le pouvoir.

C'était une lutte apocalyptique pour un nouvel ordre des choses, pour « un nouveau ciel et une terre nouvelle ». Mais en même temps, la concrétisation politique de cette lutte où coïncidaient pouvoirs et convictions, le matériel et le spirituel, est l'arrière-plan qui lui donna son rythme et sa passion. Sa rapidité est, évidemment, chose relative. En effet il peut sembler qu'une transformation qui commença au milieu du XI^e siècle et ne se termina que vers la fin du XII^e sinon au début du XIII^e, devrait être tenue pour graduelle. Mais le laps de temps qu'il faut à une révolution pour achever sa course n'est pas forcément la mesure de sa rapidité.

Le concept de changement rapide se rapporte au rythme auquel des changements profonds se produisent de jour en jour, d'une année sur l'autre, d'une décennie à la suivante. Dans un bouleversement de l'ampleur de la révolution papale, la vie s'accélère, les choses arrivent très vite, des changements massifs se produisent en une nuit. D'abord, au début de cette révolution, dans le *Dictatus Papae* de 1075, l'ordre antérieur, politique et légal est déclaré aboli. Les empereurs doivent baiser les pieds au pape. Le pape devrait être « le juge de toute personne » et avoir seul le droit de « faire des lois nouvelles pour répondre aux besoins du temps ». Le fait que bien des traits de la société ancienne aient persisté et refusé de disparaître n'enlève rien à la soudaineté de l'effort déployé pour les abolir, ni au choc émotionnel produit par cet effort. Ensuite, de nouvelles institutions et politiques furent introduites presque aussi vite que les anciennes avaient été abrogées. Le fait qu'il ait fallu un temps très long, plusieurs générations, pour que la révolution ait fermement établi ses objectifs (révisés), n'a pas rendu graduel son processus.

Par exemple, c'était un chapitre important du programme de Grégoire VII, au moins à partir de 1074, que la papauté devrait organiser une croisade pour défendre les chrétiens d'Orient contre les infidèles turcs. Jusqu'à sa mort en 1085, il fit progresser l'idée à travers l'Europe, bien qu'il n'ait pu en tirer un concours suffisant pour réaliser son projet. C'est seulement en 1095 que son successeur et partisan dévoué, Urbain II, parvint à lancer la première croisade. L'on peut dire, par conséquent, qu'il fallut un laps de temps considérable, plus de vingt ans, pour réaliser ce changement qui, à la lettre, retourna l'Europe et la réunit dans une armée collective et une expédition missionnaire vers l'Orient.

Mais dans un autre sens, le passage de l'Europe antérieure aux croisades à l'Europe des croisés se produisit avec une impressionnante rapidité. Dès le premier moment où la croisade fut déclarée l'intention ferme du pape, la réorientation s'enclencha, suscitant continuellement de nouveaux espoirs, de nouvelles craintes, de nouveaux plans, de nouvelles associations. Une fois la première croisade entreprise, le rythme des changements s'accéléra. La mobilisation de chevaliers dans virtuellement toutes les régions de la chrétienté occidentale, leurs voyages par terre et par mer et finalement, les innombrables affrontements armés constituèrent une com-

pression d'événements, en un laps de temps qui vint et passa avec une vitesse extraordinaire.

De plus, ce n'était pas seulement sur le terrain, pour ainsi dire, que la croisade accéléra la marche des événements. C'était tout aussi vrai au plan de la haute politique. Par exemple, la papauté tenta d'utiliser les croisades pour exporter la révolution papale dans la chrétienté orientale. Le pape avait affirmé sa souveraineté sur la totalité du monde chrétien. Le schisme entre les églises orientale et occidentale qui avait atteint son paroxysme en 1054 dans la fameuse controverse théologique sur la clause du *filioque*²⁶ dans le credo (au Saint Esprit... qui procède du Père « et du fils ») prit une forme violente et conquérante. C'est ainsi qu'en 1099, les chevaliers occidentaux entrèrent dans Jérusalem et y fondèrent un nouveau royaume, le royaume de Jérusalem, subordonné au moins en théorie, à la papauté. L'histoire marchait à vive allure, en vérité. Bien qu'il se soit passé cinquante ans avant que la seconde croisade ne soit lancée et encore quarante années entre la seconde et la troisième, ces laps de temps aussi doivent être vus avec l'éclairage d'une agitation continuelle engendrée par leur anticipation et le souvenir de la première. Durant tout le XII^e siècle, régna un sentiment très répandu qu'une croisade pouvait survenir à tout moment.

De même, quant au but principal de la révolution exprimé dans le slogan « la liberté de l'Eglise », cela n'était pas chose qui pût être accomplie du jour au lendemain ; en vérité dans son sens le plus profond elle ne peut jamais l'être définitivement et pourtant, la profondeur même de l'idée, le fait qu'elle présente à la fois une grande simplicité et une vaste complexité, garantissaient que la lutte pour la réaliser durerait d'une part pendant des décennies et des générations, peut-être même des siècles, et d'autre part constitueraient un cataclysme avec des changements drastiques et souvent violents, se succédant rapidement. Car « liberté de l'Eglise » avait des sens différents selon les gens qui employaient l'expression. Pour certains, c'était un état théocratique. Pour d'autres cela voulait dire que l'Eglise doit renoncer à tous ses domaines féodaux, à toutes ses richesses, à tout pouvoir temporel. C'est d'ailleurs ce que proposa le pape Pascal II dans les premières années 1100 mais qui fut repoussé promptement par les cardinaux romains et par les évêques germaniques qui soutenaient l'empereur. Ou bien le sens pouvait être différent de l'un et l'autre de ces extrêmes. Le fait que sa signification ne cessa de varier entre 1075 et 1122 fut l'un des symptômes du caractère révolutionnaire de l'époque.

En dehors des croisades, la violence de la révolution papale prit la forme d'une série de guerres et de rébellions. Le camp papal et le camp impérial firent l'un comme l'autre appel à des armées féodales et des armées de mercenaires. Il y eut de violentes rébellions populaires, spécialement dans les cités épiscopales, contre les autorités existantes ; contre des évêques, par exemple, qui pouvaient avoir été élus par l'empereur ou par le pape et qui soutenaient le parti de celui à qui ils devaient leur évêché. Il est douteux que l'on puisse séparer la rapidité de la révolution de son caractère violent. Cela ne revient pas à dire que si l'on avait su éviter au conflit de tourner à la guerre civile - si par exemple Henri IV avait été dissuadé de résister par les armes à Grégoire VII ou si ce dernier avait été détourné d'appeler à l'aide ses al-

liés normands - les événements auraient perdu leur rythme accéléré. Néanmoins, dans la révolution papale comme dans les grandes révolutions occidentales suivantes, le recours à la violence fut étroitement associé à la hâte avec laquelle les changements ont été promus, et à leur caractère global et fondamental. Ce fut en partie à cause de la rapidité des changements et en partie parce qu'ils remettaient tout en cause à la fois, que l'ordre préexistant ne voulut ni ne put leur faire une place ; c'est ainsi que Marx a pu dire que « la force est la nécessaire accoucheuse » de l'ère nouvelle.

La force, néanmoins, ne donna la victoire finale ni au parti révolutionnaire ni à ses adversaires. La révolution papale prit fin par un compromis entre le nouveau et l'ancien. Si la force a été l'accoucheuse, c'est la loi qui finalement conduisit l'enfant à la maturité. Grégoire VII mourut en exil. Henri IV fut déposé. Le règlement ultime en Germanie, en France, en Angleterre et ailleurs fut atteint par de difficiles négociations où tous les intéressés renoncèrent à leurs buts les plus radicaux. Ce que l'on peut dire en faveur de la force, c'est qu'il fallut l'expérience de la guerre civile européenne pour amener les deux partis à souhaiter la conciliation. L'équilibre fut, en fin de compte, arbitré par le Droit.

La durée de la révolution papale

Le caractère global de la révolution papale, dans la seconde partie du XI^e siècle et durant le XII^e, sa vitesse et sa violence ne suffiraient pas à justifier que l'on y voie la première des grandes révolutions dans l'histoire de l'Occident, si le mouvement révolutionnaire n'avait pas, en outre, duré pendant plusieurs générations.

A première vue, la longue durée d'une révolution peut sembler contredire sa vitesse et sa violence. En fait, cependant, c'est partiellement en raison de la vitesse et de la violence des changements ainsi que de leur globalité, que leurs principes fondamentaux doivent être réaffirmés et réinstaurés par des générations successives. De plus, les objectifs essentiels de la révolution doivent être sauvegardés dans les compromis nécessairement substitués aux buts utopiques du début. De même que c'est la globalité de la transformation qui distingue une révolution d'une réforme et de même que vitesse et violence la distinguent de l'évolution, c'est le caractère trans-générationnel des grandes révolutions de l'histoire occidentale qui les distingue des simples rébellions, des coups d'état et des déviations politiques comme des contre-révolutions et des dictatures militaires.

La révolution papale a été le premier mouvement trans-générationnel à caractère programmatique de l'histoire de l'Occident. Il fallut environ une génération, d'environ 1050 à 1075, pour que le parti papal proclame que le programme était une réalité. Suivirent quarante-sept ans de conflit avant qu'un autre pape puisse passer un accord avec un autre empereur sur l'unique question de l'investiture papale ou impériale, des évêques et des abbés de monastères.

Il fallut plus longtemps encore pour que les juridictions criminelle et civile, respectivement des pouvoirs ecclésiastiques et séculiers, soient définies dans chacun des principaux royaumes de l'Ouest européen. En Angleterre ce fut seulement en 1170, l'année du martyre de Thomas Becket, quatre-vingt-quinze ans après le *Dictatus* de Grégoire VII et soixante-treize ans après que Henri I^{er}, roi d'Angleterre, ait cédé sur la question de l'investiture, et que la couronne renonçait à être le gouvernant suprême du clergé anglais. Des accommodements nombreux furent négociés sur toute une gamme de problèmes impliquant non seulement les relations entre Eglise et Etat mais aussi sur les rapports des communautés à l'intérieur de l'ordre temporel, sur le système des manoirs, sur l'unité seigneur-vassal, sur les guildes de métiers, les villes et cités à charte, les duchés et royaumes et l'empire sécularisé.

Les fils et petits-fils de la révolution incorporèrent les principes de base dans les institutions gouvernementales et juridiques. Alors seulement la révolution papale put être relativement consolidée pour les siècles suivants. A vrai dire, elle ne l'a jamais été totalement car il y eut toujours des disputes de frontières entre les pouvoirs ecclésiastique et temporel.

CAUSES ET CONSEQUENCES SOCIO-PSYCHOLOGIQUES DE LA REVOLUTION PAPALE

Mention a été faite déjà de trois aspects de la prise de conscience de la vie en société qui émergea au cours des XI^e et XII^e siècles :

- 1) un sentiment nouveau d'identité structurée du clergé parmi ses membres ;
- 2) un sens nouveau de leur responsabilité dans la réformation du monde temporel ; et
- 3) une conception nouvelle du temps historique, incluant les idées de modernité et de progrès. Ces trois nouveautés eurent une forte influence sur le développement de la tradition juridique occidentale.

Le premier aspect, celui de la prise de conscience par les membres du clergé de leur identité commune (on l'appellerait aujourd'hui « conscience de classe ») fut essentiel pour la révolution, à la fois comme cause et comme conséquence. Bien entendu, le clergé avait toujours eu un certain sentiment de son identité de groupe, cependant il s'agissait au mieux d'une unité spirituelle, une unité de foi et de vocation mais non une unité politique ou légale. Politiquement et juridiquement, le clergé avant le XI^e siècle était dispersé localement et n'avait que fort peu de rapports avec les autorités ecclésiastiques centrales. Même le sens d'unité spirituelle était fissuré par une division très marquée entre le clergé régulier et le clergé séculier. En effet les clercs « réguliers » étaient les « religieux », moines et nonnes qui étant morts à « ce monde », vivaient leur cléricature dans la cité éternelle tandis que le clergé

« séculier » étaient les prêtres et évêques presque complètement immergés dans la vie politique, économique et sociale des localités où ils officiaient.

Plus qu'aucun autre facteur pris individuellement, la réforme clunisienne a posé les fondations du nouveau sens d'unité politique structurée dans le clergé de la chrétienté occidentale. Le zèle des réformateurs suscita la perception consciente d'une destinée politique commune tant pour le clergé séculier que le clergé régulier. De plus, Cluny fournit un modèle pour unir le clergé en une seule organisation transnationale puisque toutes les maisons clunisiennes étaient sous la juridiction du seul abbé de Cluny. En adoptant les principaux objectifs de la réforme clunisienne comprenant le célibat des prêtres et l'élimination des achats et ventes d'offices ecclésiastiques, le parti papal, dans les années 1050 et 1060, profita du capital moral du mouvement précédent, y compris la conscience de classe que celui-ci avait contribué à créer. A ces objectifs déjà posés, s'ajouta la nouvelle revendication de « liberté de l'Eglise », c'est-à-dire l'indépendance vis-à-vis des pouvoirs du monde « profane » qui était un appel et un encouragement à la conscience de classe du clergé.

De plus, par le fait même de dénier à l'empereur tout droit de contrôle sur l'Eglise, Grégoire VII pulvérisait le vieil idéal carolingien. Le clergé était mis en demeure de choisir entre l'unité politique sous la papauté et la désunion politique parmi les nouvelles églises nationales, désunion qui aurait inévitablement surgi dans les unités politiques de l'Europe si le pape avait perdu la bataille. La querelle des investitures mit la chose en pleine clarté. Finalement cette question fut réglée par des négociations distinctes entre les principaux monarques, chacun représentant son propre domaine séculier, et la papauté représentant le clergé entier de la chrétienté occidentale. La révolution papale elle-même contribua donc à établir la conscience de classe cléricale sur laquelle elle était fondée.

Le clergé fut ainsi la première « classe », sans frontières locales, tribales, féodales ni nationales, qui parvenait à réaliser son unité politique et juridique en Europe. Il y parvint en prouvant qu'il était capable de contrer et de vaincre la seule unité universelle préexistante, celle de l'empereur. L'empereur, lui, n'avait pas le soutien d'un tel organisme transnational. A partir du XII^e siècle et jusqu'au XVI^e, l'unité de la hiérarchie cléricale de l'ouest ne put être interrompue que par quelques puissants monarques. Même les rois normands de Sicile qui, aux XII^e et XIII^e siècles, réussirent à soustraire à l'autorité papale un clergé théoriquement subordonné à Rome, acceptèrent de soumettre au pape toute élection d'évêque qui serait contestée.

Le terme de « classe » a été utilisé ici pour évoquer le clergé, en partie pour souligner que la révolution papale comme les révolutions germanique (protestante), anglaise, française et américaine, puis russe, impliquait l'interaction non seulement d'individus et d'élites mais aussi de larges groupes sociaux qui jouaient un rôle important dans la société. La validité de l'intuition marxiste affirmant qu'une révolution comporte une lutte de classes et l'accession au pouvoir d'une nouvelle classe dirigeante, ne doit pas induire quiconque à faire sienne la définition étriquée du marxisme, ne voyant la classe qu'en termes d'une relation aux moyens de produc-

tion de la richesse économique. Le clergé en Europe occidentale aux XI^e et XII^e siècles jouait, en fait, un rôle important dans la production de richesses économiques, puisque l'Eglise possédait entre le quart et le tiers des terres arables. Evêques et abbés étaient seigneurs de manoirs, avec les mêmes intérêts économiques que les seigneurs laïques. En effet la lutte contre l'investiture laïque était en partie dirigée contre le pouvoir économique des lords et pour le faire passer aux ecclésiastiques. Cependant, ce n'était pas essentiellement l'intérêt économique du clergé qui lui donnait le caractère de classe. C'était en revanche le rôle de producteurs de biens spirituels, comme confesseurs, présidant les cérémonies de mariage, baptisant les enfants, donnant aux mourants les derniers sacrements ; comme prédicateurs aussi et comme enseignants non seulement de la théologie partagée par la société occidentale mais aussi des éléments de ses doctrines et institutions politiques et légales.

Le développement de la conscience de classe du clergé se trouva associé au deuxième aspect de la nouvelle mentalité sociale des XI^e et XII^e siècles, la conscience d'une responsabilité du clergé dans la réformation du monde séculier. D'une part la nouvelle tendance à identifier de prime abord l'Eglise avec son clergé et sa « hiérarchie », amena à faire une distinction tranchée entre le clergé et la laïcité. D'autre part cette distinction s'accompagna de l'idée que le clergé n'était pas seulement « supérieur » aux laïcs mais responsable vis-à-vis d'eux. En d'autres termes, la conscience de classe du clergé était en même temps une conscience sociale au sens moderne de l'expression, une obligation ressentie vis-à-vis de l'avenir de la société.

Cela se refléta dans un net changement dans le sens attaché à l'expression « le siècle ». En latin classique, *saeculum* signifiait un âge, une époque, une génération, ou « les gens de ce temps-là » (comme nous disons « la jeune génération »), cela finit par vouloir dire aussi « un siècle ». Les pères de l'Eglise, aux II^e, III^e et IV^e siècles, employèrent *saeculum* pour évoquer le monde du temps, « temporel » par opposition au royaume éternel de Dieu (le monde de l'espace, *mundus*, était autre chose). Par exemple, dans les écrits de Saint Augustin, comme l'a fait remarquer Peter Brown, « *saeculum* » signifiait le total de l'existence humaine transitoire passée, présente et à venir, depuis la faute de nos premiers parents jusqu'au jugement dernier. Il écrit ceci :

« Pour saint Augustin, ce saeculum est chose profondément sinistre. C'est une existence punitive... elle oscille de haut en bas sans rime ni raison... Il n'y a pas de verbes de mouvement historique dans la Cité de Dieu, rien qui signifie un progrès vers des buts qui pourraient être atteints dans l'histoire. Les chrétiens sont des citoyens d'un pays lointain... ce sont des étrangers enregistrés, existant par tolérance, in hoc maligno saeculo »²⁷.

Contrairement à ce que l'on suppose parfois, Saint Augustin n'identifiait pas la cité de Dieu avec l'Eglise chrétienne comme telle, pas plus qu'il n'identifiait la cité terrestre avec l'empire romain ou avec l'Etat en général. Pour lui, tant l'Eglise que l'empire, vivaient dans un temps mauvais, le « *saeculum* ». Le chrétien, par contre, se caractérisait, encore dans les mots de Peter Brown, par le fait qu'il aspirait ar-

demment « à un pays qui est toujours distant mais rendu toujours présent par la qualité de son amour et de son espérance »²⁸. Ainsi pour Saint Augustin, le véritable chrétien, qu'il soit prêtre ou laïc, vivait dans l'une et l'autre cités, c'est-à-dire à la fois dans la société temporelle et la société céleste²⁹.

La vision négative du siècle que reflètent les écrits de Saint Augustin, et à vrai dire, de la plupart des penseurs chrétiens du premier millénaire de l'histoire de l'Eglise, contribua à une division tranchée entre le clergé régulier et le clergé séculier. Les membres du premier millénaire vivaient plus loin du siècle et plus près de la cité de Dieu. C'est peut-être pourquoi dans la seconde moitié du XI^e siècle et durant le XII^e, le parti papal qui bataillait pour le clergé séculier tout autant que pour le clergé régulier, préféra souvent parler du gouvernement « temporel » des empereurs et des rois et de la loi « temporelle », plutôt que de les qualifier de « séculiers », bien que les deux termes fussent synonymes. Temporel et séculier étaient des termes péjoratifs; ils signifiaient « lié au temps, produit de la décrépitude et de la corruption de l'existence humaine » en particulier sur le plan des institutions politiques ; on les appliqua désormais à tous les laïcs. L'antonyme de temporel ou séculier était « spirituel ». Tous les membres de l'un et l'autre clergés étaient désignés globalement comme *spirituales* « les spirituels ». Dans une lettre célèbre, Grégoire VII écrivait :

« Qui ne sait que les rois et les princes ont pour origine des hommes ignorant Dieu, qui s'élevèrent au-dessus de leurs semblables par l'orgueil, le pillage, la trahison, le meurtre, en bref par toute sorte de crimes, à l'instigation du Démon, le prince de ce monde, des hommes aveuglés par l'avidité et insupportables d'audace ?... Rois et princes de la terre, séduits par une vaine gloire, préfèrent leurs intérêts personnels aux choses de l'esprit, alors que de pieux pontifes, méprisant une gloire illusoire, mettent les choses divines au-dessus des choses de la chair... Les premiers, bien trop voués aux affaires du monde, estiment peu les choses de l'esprit; les seconds, s'attachant avec ferveur aux sujets célestes, méprisent ceux de ce monde »³⁰.

L'autorité impériale, prétendaient ses adversaires, manquait des qualités spirituelles, c'est-à-dire saintes et célestes. L'un des propagandistes du pape Grégoire, interpella l'empereur en ces termes : « Tu dis que ton autorité a été incontestée pendant sept cents ans, et tu y aurais droit par prescription ? Mais pas plus qu'un voleur ne peut valablement transmettre la propriété des biens volés, le diable ne peut transmettre des droits de propriété à un pouvoir injuste »³¹. Et plus loin : « Le dernier dans le royaume du glaive spirituel est plus grand que l'empereur lui-même qui ne manie que le glaive séculier »³².

La révolution papale débuta avec cet effort de la papauté pour réduire le sacré et très-chrétien empereur qui, pendant des siècles, avait tenu le rôle conducteur dans la vie ecclésiale, au statut de simple laïc, inférieur au plus humble des prêtres. Le fait qu'empereurs et rois, étant laïcs, ne détenaient que le glaive temporel, autrement dit

n'étaient responsables que des affaires de ce monde, les plaçait en subordination vis-à-vis de ceux qui, détenant le glaive spirituel, portaient la responsabilité des affaires des âmes et se concentraient avec ardeur sur les sujets célestes, car la laïcité était inférieure au clergé en matière de foi et de morale, et le temporel avait moins de valeur que le spirituel.

Néanmoins, Grégoire VII et ses partisans ne mirent jamais en doute que le gouvernement temporel - bien que subordonné à l'Eglise en matière spirituelle et même, quoique indirectement, en matière temporelle - représentât l'autorité divine, que le pouvoir du souverain séculier fût établi par Dieu, que la loi séculière découlât d'abord de la raison et de la conscience et qu'elle dût être obéie. En dépit de sa rude dénonciation des dirigeants séculiers, Grégoire était plein d'espoir pour l'avenir de la société séculière, sous la tutelle du pape. Sur ce dernier point, lui et ses successeurs étaient diamétralement en opposition avec Saint Augustin.

A vrai dire, la revendication papale la plus radicale, à savoir que tout autant que le glaive spirituel, le temporel appartient en dernier ressort à l'Eglise qui le confère au gouvernant séculier, cette prétention contient un paradoxe. Dans les termes employés par John of Salisbury (au XII^e siècle), le roi « est un ministre du pouvoir presbytéral, exerçant le versant des offices sacrés qui semble indigne des mains de la prêtrise »³³. Indigne, mais sacré néanmoins. La distinction même entre le spirituel et le séculier que l'Eglise invoquait ardemment lorsqu'elle réclamait sa liberté mais qu'elle viola souvent en cherchant à étendre son pouvoir, fournissait des objections à la tentative papale d'affirmer sa juridiction sur la conduite pécheresse imputée aux gouvernants séculiers poursuivant des politiques temporelles.

Finalement, des compromis furent dégagés au cours du conflit entre les papalistes et leurs adversaires. Ce fut de ce conflit et de ces compromis que naquit la science politique occidentale, en particulier ses premières théories sur l'Etat et le droit séculier. Comme l'a écrit K. J. Leyser, « Les idées politiques au sens classique appaurent seulement dans les polémiques des XI^e et XII^e siècles, de manière incohérente, par éclairs. Il n'y eut à cette époque aucune théorie sur l'Etat séculier comme tel mais par l'effet de la grande crise, elle était toute prête à naître »³⁴.

Les significations nouvelles de la société temporelle dérivèrent des débats entre partisans des autorités séculière et spirituelle, respectivement. Ceux qui niaient catégoriquement la distinction papale entre le séculier et le spirituel et qui insistaient sur le maintien du caractère sacré du pouvoir impérial ou royal, furent généralement défaits. Mais les frontières concrètes entre les deux domaines, l'attribution spécifique des fonctions, furent élaborées par conciliation et compromis entre les forces opposées. Par la nature même du problème, elles ne pouvaient être définies abstraitement.

En étroite relation avec d'une part la perception par le clergé de son identité structurelle et d'autre part sa conscience d'une mission de réformer le monde, un troisième aspect de la prise de conscience de la société par elle-même apparut aux

X^e et XII^e siècles, à savoir un nouveau sens du temps historique, incluant les concepts de modernité et progrès. Cela encore fut à la fois une cause et une conséquence de la révolution papale. Le nouveau sens du temps était implicite dans les évolutions du *saeculum* et la conscience nouvelle d'une mission réformatrice. Une vision relativement statique de la société politique fut remplacée par une approche plus dynamique, il y eut un souci nouveau de l'avenir des institutions. Mais il y avait aussi une réévaluation fondamentale de l'histoire, une nouvelle orientation vers le passé autant que vers l'avenir, un nouveau sens de la relation entre l'avenir et le passé.

La distinction entre temps « anciens » et temps « nouveaux » que l'on avait faite sporadiquement dans les siècles précédents, devint fréquente dans la littérature du parti papal. Au XII^e siècle apparurent les premiers historiens européens qui virent l'Occident en marche, sortant du passé par étapes vers un avenir nouveau. Des hommes tels que Hugues de St Victor, Otto de Freising, Anselme de Havelberg, Joachim de Fiore, concevaient l'histoire comme ayant passé de stade en stade et culminant en leur temps, que quelques uns appelèrent « temps modernes » ou « modernité ». Joachim de Fiore et ses disciples considéraient qu'une ère du Saint Esprit allait bientôt remplacer celle du Fils qui touchait à son terme. Otto de Freising écrivait que l'histoire temporelle était entrée dans l'histoire sacrée et s'y combinait intimement ³⁵.

Comme la révolution anglaise du XVII^e siècle, la révolution papale prétendit ne pas être une révolution mais une restauration. Grégoire VII, comme Cromwell, déclarait qu'il n'était pas en train d'innover mais de rétablir d'anciennes franchises qui avaient été abrogées dans les siècles immédiatement antérieurs. Comme les puritains anglais et leurs successeurs se trouvaient des précédents dans le droit coutumier des XIII^e et XIV^e siècles, omettant largement plus d'un siècle d'absolutisme des Tudors et des Stuarts, les réformistes grégoriens trouvaient leurs précédents dans les premiers siècles de l'Eglise, passant sous silence les écrits patristiques de l'ère pré-carolingienne et de l'Occident carolingien. L'éclairage idéologique insistait sur la tradition mais la tradition ne pouvait être restaurée qu'en supprimant le passé récent pour revenir à un passé plus ancien. Les écrits des canonistes et des théologiens des IX^e et X^e siècles étaient simplement ignorés. De plus, les écrits patristiques étaient interprétés de façon à s'accorder au programme du parti papal, et quand certains de ces textes allaient à l'encontre du programme, on les écartait. Confrontés à une coutume embarrassante, les réformistes grégoriens en appelaient à la vérité, citant l'aphorisme de Tertullien et de St Cyprien : « Le Christ a dit : Je suis la Vérité, il n'a pas dit : Je suis la tradition ». Grégoire VII opposa cette citation à l'Empereur Henri IV. Thomas Becket l'opposa au roi d'Angleterre, Henri II. Elle avait un impact particulier en des temps où presque tout le droit régissant était coutumier.

Ce fut la marque commune des grandes révolutions occidentales que de recouvrir leur image du radicalement neuf avec les images d'un passé éloigné. Tantôt l'image d'anciennes autorités légales (comme dans le cas de la révolution papale), tantôt celle d'un texte religieux vénéré (la Bible, pour la réformation allemande) ou d'une

civilisation antique (la Grèce antique pour la révolution française) ou d'une société préhistorique sans classes (pour la révolution soviétique). Dans tous ces grands bouleversements, l'idée d'une restauration, d'un retour et, en ce sens, une révolution à un certain point de départ, était liée à un concept dynamique de l'avenir.

Il n'est que trop facile de critiquer l'historiographie des révolutions, comme politiquement partielle et même purement idéologique. C'est là imposer aux révolutionnaires les critères d'objectivité posés par la science historique contemporaine, elle-même un produit de son temps et affectée par ses préjugés. De plus, il est important de reconnaître que les révolutionnaires avaient parfaitement conscience de réinterpréter le passé et d'adapter les souvenirs historiques aux circonstances nouvelles. Ce qui est significatif, c'est qu'aux moments cruciaux de l'histoire occidentale, la projection d'un passé lointain a été jugée nécessaire pour éclairer l'image de l'avenir proposé. En somme, le passé et le futur ont été mobilisés ensemble pour combattre les maux du présent.

L'AVENEMENT DE L'ETAT MODERNE

La révolution papale a donné naissance à l'état moderne occidental dont, paradoxalement, le premier exemplaire fut l'Eglise elle-même.

Comme l'a dit Maitland il y a un siècle, il est impossible de confectionner une définition acceptable de l'Etat qui ne se référerait pas à l'église médiévale. Il entendait par là l'Eglise après Grégoire VII, puisque avant son pontificat, l'Eglise avait été englobée dans la société temporelle et ne disposait pas des concepts de souveraineté et d'indépendance législative qui sont essentiels pour la structure étatique moderne. Après Grégoire VII, au contraire, l'Eglise s'assimila la plupart des caractéristiques propres à l'état moderne. Elle revendiqua le statut d'autorité publique indépendante et hiérarchisée. Son chef, le pape, avait le droit de légiférer et en fait les successeurs de Grégoire VII promulguèrent un flux continu de nouvelles lois, tantôt sous leur propre autorité, tantôt avec l'assistance de conciles généraux convoqués par eux.

L'Eglise assurait l'application de ses dispositions par une administration hiérarchisée, à travers laquelle le pape gouvernait comme un souverain moderne le fait, par ses représentants. De plus l'Eglise interprétait ses lois et les faisait exécuter par une hiérarchie judiciaire culminant à Rome dans la curie pontificale. Ainsi l'Eglise exerçait-elle les pouvoirs législatif, administratif et judiciaire d'un état moderne. En outre, elle adhérait à un système rationnel de jurisprudence, le droit canon. Elle prélevait des contributions fiscales sur ses sujets sous forme de dîmes et d'autres taxes. Par les certificats de naissance et de décès, elle tenait ce qui équivalait à un registre d'état civil. Le baptême conférait une sorte de citoyenneté, maintenue ensuite par des obligations formalisées en 1215, requérant du croyant qu'il confesse ses péchés et

prenne la sainte communion au moins une fois par an, à Pâques. En certaines occasions, l'Eglise recruta même des armées.

Cependant, il est paradoxal de qualifier l'Eglise d'état moderne, alors que le trait principal par lequel l'état moderne se distingue de l'ancien (et aussi de l'état germanique ou franc) réside dans son caractère séculier. L'état ancien et les états germano-francs étaient religieux, et leur souverain politique était en même temps responsable du maintien des dogmes et des rites religieux, et était fréquemment considéré comme un personnage divin ou semi-divin. L'élimination de la fonction et de la suprématie religieuses du souverain politique était l'un des objectifs principaux de la révolution papale. Par la suite, les empereurs et les rois étaient considérés, par ceux qui suivaient la doctrine catholique romaine, comme des laïcs et par conséquent dénués de compétence dans les matières spirituelles. Selon la théorie papale, seul le clergé avec le pape à sa tête, avait compétence dans le domaine spirituel. Néanmoins, pour diverses raisons, il n'y avait pas de « séparation de l'Eglise et de l'Etat » au sens moderne.

En premier lieu, l'Etat au plein sens moderne du mot, d'un état séculier dans un système d'états séculiers, n'existait pas encore bien que quelques pays (en particulier le royaume normand de Sicile et l'Angleterre normande) fussent en train de créer des institutions politiques et juridiques modernes. A la place, il y avait divers types de pouvoirs temporels, dont la seigneurie féodale et les gouvernements municipaux autonomes, à côté d'états territoriaux nationaux naissants. Leurs interrelations étaient fortement affectées par le fait que tous leurs membres, y compris les dirigeants, étaient aussi assujettis à maints égards à un état ecclésiastique surplombant le tout.

Deuxièmement, encore que empereur, rois et autres gouvernants fussent privés de leur autorité ecclésiastique, ils continuaient à jouer un rôle important, par le fait du dualisme des procédures d'investiture, dans la désignation des évêques, des abbés et d'autres clercs mais à vrai dire aussi dans les décisions politiques concernant la religion. Et réciproquement, des membres du clergé continuaient à jouer un rôle important dans la politique temporelle, servant de conseillers auprès des gouvernants et occupant même des postes élevés. En Angleterre, par exemple, le chancelier qui était le personnage le plus important après le Roi, fut, pratiquement toujours jusqu'au seizième siècle, un haut dignitaire ecclésiastique, souvent l'archevêque de Canterbury ou d'York.

Troisièmement, l'Eglise conservait d'importants pouvoirs temporels. Les évêques continuaient à être les seigneurs de leurs vassaux et de leurs serfs, et à gérer leurs domaines. Plus généralement, la papauté affirmait son droit à influencer sur la politique profane dans tous les pays. Le pape revendiquait la suprématie du glaive spirituel sur le temporel bien qu'il se contentât de l'exercer indirectement, surtout par le relais des gouvernants ³⁶.

Par conséquent, il faut nuancer l'affirmation que l'Eglise a été le premier état occidental moderne. La papauté a effectivement posé les fondations nécessaires à l'édification ultérieure de l'état séculier moderne en enlevant aux empereurs et aux rois la compétence spirituelle qu'ils exerçaient auparavant. De plus, quand l'état profane exista en réalité, il eut une constitution similaire à celle de l'église papale, à l'exception de la fonction spirituelle de l'Eglise en tant que communauté d'âmes préoccupées de la vie éternelle. L'Eglise eut le caractère paradoxal d'une Eglise-Etat (*Kirchenstaat*) car elle était une communauté spirituelle qui exerçait cependant des fonctions temporelles et dont la constitution était en forme d'état moderne. L'état séculier, de son côté, avait le caractère paradoxal d'un Etat sans fonctions spirituelles, une unité politique temporelle dont tous les membres formaient aussi une communauté spirituelle vivant sous une autorité spirituelle distincte.

Ainsi, la révolution papale laissait-elle un héritage de tensions entre valeurs spirituelles et temporelles à l'intérieur de l'Eglise, à l'intérieur de l'Etat et à l'intérieur d'une société qui n'était ni pleinement Eglise ni pleinement Etat. En revanche, elle laissait un héritage d'institutions gouvernementales et juridiques, à la fois ecclésiastiques et séculières, pour résoudre les tensions et maintenir en équilibre l'ensemble du système.

L'ECLOSION DES SYSTEMES JURIDIQUES MODERNES

De même que la révolution papale donna naissance à l'état occidental moderne, elle donna naissance aux systèmes juridiques modernes de l'Occident, dont le premier fut le système moderne du droit canonique.

Depuis les premiers siècles de notre ère, l'Eglise accumulait un très grand nombre de « canons » (du mot grec règle), décrets de conciles et synodes généraux, décrets et décisions individuelles d'évêques (incluant le pontife romain) et lois des empereurs ou des rois chrétiens concernant l'Eglise. L'église occidentale produisit aussi de nombreux pénitentiels (manuels pour prêtres) contenant la définition des divers péchés et des pénalités qui y sont attachées. Toutes ces règles ou lois étaient considérées comme subordonnées aux préceptes contenus dans la Bible (ancien et nouveau Testaments) et les écrits des premiers pères de l'Eglise, tels que Polycarpe de Smyrne, Tertullien de Carthage, Grégoire de Nysse et Augustin de Hippo (Bône).

Ces écrits vénérés dans lesquels les canons étaient mêlés, contribuèrent à l'établissement graduel, à travers la chrétienté occidentale entre les VI^e et XII^e siècles, d'un corps de doctrine théologique commun, d'une liturgie commune (en latin), d'un recueil commun de pénitences pour les péchés majeurs (tels que le meurtre, la violation de serment, le vol) et un ensemble commun de discipline et structure ecclésiastiques. Partout les prêtres entendaient en confession et dispensaient les sacrements à leurs ouailles ; partout les évêques dirigeaient les prêtres, consacraient les églises, arbitraient les différends survenant à l'intérieur de leurs diocèses respectifs ; partout

les évêques étaient responsables envers leur primat (évêques métropolitains de provinces et de régions), et tous les évêques devaient allégeance à l'évêque de Rome en tant que le premier parmi ses égaux.

Il n'existait, par contre, en l'an mille, aucun livre ou ensemble de textes entreprenant de présenter un corps complet de lois ecclésiastiques ou même d'en résumer des parties de façon systématique. Il y avait certes de nombreuses collections de textes canoniques, et particulièrement des canons d'un concile ou des décisions d'évêques éminents. Habituellement ces collections étaient simplement rangées chronologiquement dans de larges catégories de sources (canons de conciles, lettres de papes, citations de pères). Cependant quelques collections présentèrent une division thématique (ordination, tribunaux ecclésiastiques, liturgie, mariage, hérésie, idolâtrie). Virtuellement aucune de ces collections n'était tenue pour valable partout, presque toutes n'ayant d'autorité que régionalement.

Le caractère dispersé des lois ecclésiastiques antérieures à la seconde moitié du XI^e siècle était dû largement au caractère décentralisé de la vie politique de l'Église. En règle générale, les évêques étaient davantage sous l'autorité de l'empereur, des rois, et des seigneurs de haut rang que sous celle des papes. Et même dans les matières spirituelles où les autorités temporelles n'intervenaient pas, un évêque avait d'ordinaire une autonomie considérable dans son diocèse ³⁷. L'universalité de l'Église ne reposait pas de prime abord sur une unité politique ou juridique mais sur un héritage spirituel commun, une doctrine et une liturgie communes. Ce qu'elle avait d'unité politique et légale se rattachait par dessus tout au souci de préserver cette universalité spirituelle.

A cet égard, l'Église d'Occident avait la même attitude que l'Église d'Orient. Son droit, étant largement imbriqué avec la doctrine théologique, la liturgie et les sacrements, ne s'intéressait que subsidiairement aux questions d'organisation, ou à l'autorité des évêques, et presque pas aux lois sur les droits de propriété, concernant les crimes et dommages, la procédure, l'héritage etc. Dans ces matières secondaires et mineures, le droit ecclésiastique était souvent complètement inclus dans la loi temporelle et cette dernière à son tour était diffuse dans la coutume politique, économique et sociale.

Dans le sillage de la révolution papale, émergèrent un nouveau système de droit canonique et un nouveau système juridique séculier, en même temps qu'une classe de juristes et juges professionnels, une hiérarchie de tribunaux et de cours, des écoles de Droit, des traités sur les lois, et une conception du Droit comme un corps de principes et de procédures autonome, intégré et évolutif. La tradition juridique occidentale se forma dans un contexte de révolution globale qui fut menée en force pour créer « le juste ordre des choses » ou « l'ordre juste dans le monde » ³⁸. Cet « ordre juste » signifiait une nouvelle division de la société comportant deux autorités distinctes, l'une ecclésiastique et l'autre temporelle, l'institutionnalisation de l'autorité

ecclésiastique en une entité politique et juridique et le concept de la responsabilité de l'autorité ecclésiastique dans la transformation de la société séculière.

Le dualisme des systèmes juridiques ecclésiastique et séculier amena un pluralisme de systèmes séculiers englobés dans le système ecclésiastique, et plus spécifiquement à une concurrence de juridictions entre les tribunaux et les cours ecclésiastiques et séculiers. Au surplus, une systématisation et rationalisation du Droit devint nécessaire pour maintenir un équilibre complexe dans cette pluralité de systèmes concurrents. Finalement, le juste ordre des choses introduit par la révolution papale, signifia un genre de systématisation rationnelle du Droit qui permit de réconcilier les autorités affrontées sur la base de principes synthétisants : dans toute la mesure où la chose était possible, les contradictions devaient être résolues sans destruction des éléments qu'elles comportaient.

Pour résumer, le nouveau sens du Droit et le nouveau type de lois qui apparurent dans le sillage de la révolution papale étaient nécessaires en tant que moyens : 1) de gouverner par des autorités centrales une population largement dispersée, aux allégeances diverses ; 2) de sauvegarder l'identité collective du clergé et d'ajouter une nouvelle dimension légale à sa conscience de classe ; 3) de réguler les relations entre unités politiques concurrentes, ecclésiastiques et séculières ; 4) de mettre les autorités séculières à même de concrétiser de façon délibérée et programmée leur mission autoproclamée d'imposer la paix et la justice à l'intérieur de leurs juridictions respectives, et 5) de mettre l'Eglise à même de concrétiser de façon délibérée et programmée sa mission proclamée de réformer le monde.

La conséquence la plus importante de la révolution papale fut qu'elle introduisit dans l'histoire de l'Occident l'expérience de la révolution même. Par contraste avec les conceptions anciennes présentant l'histoire comme un processus de délabrement, furent introduits une qualité dynamique, un sens du progrès au fil du temps, une foi dans la réformation du monde. On ne tint plus pour certain que la « vie temporelle » dût inéluctablement se dégrader jusqu'au jugement dernier. Au contraire, l'on tint pour assuré que le progrès pouvait être réalisé en ce monde en vue de procurer quelques-unes des pré-conditions du salut dans le monde à venir.

Peut-être l'illustration la plus impressionnante du sentiment nouveau du temps historique et de l'avenir promis, a-t-elle été fournie par la nouvelle architecture dite gothique. Les grandes cathédrales exprimaient par leurs flèches vertigineuses, leurs arcs-boutants aériens et l'élan vertical de leurs croisées d'ogives, l'esprit dynamique du mouvement ascensionnel, l'ardeur de créer et d'incarner des valeurs suprêmes. Il est à remarquer aussi qu'elles étaient souvent programmées pour être bâties par plusieurs générations au cours de plus d'un siècle.

Une autre illustration, moins théâtrale mais peut-être plus importante comme symbole de la nouvelle confiance dans la marche graduelle vers le salut, est fournie par les grands monuments de savoir juridique qui furent édifiés dans la même période. En contraste non seulement avec le droit populaire antérieur mais aussi avec

le droit romain avant et après Justinien, le droit occidental, à la fin du XI^e siècle et au XII^e puis par la suite, a été correctement conçu comme un système organiquement progressif, un « corps » de principes et procédures s'accroissant avec le temps, construit, comme les cathédrales, pendant des générations et des siècles.

*Chapitre trois***L'ORIGINE DE LA SCIENCE JURIDIQUE OCCIDENTALE
DANS LES UNIVERSITES EUROPEENNES**

Maitland a dit du XII^e siècle qu'il fut « un siècle juriste ». Ce fut même « le » siècle juridique, celui où se forma la tradition de l'Occident concernant le Droit. Cependant c'est dans les ultimes décennies du XI^e siècle que les grands événements révolutionnaires et le premier texte juridique décisif intervinrent, à savoir les prescriptions (*Dictates*) du pape Grégoire VII, ainsi que les mesures administratives centralisatrices des dirigeants normands en Sicile, en Angleterre et en Normandie, les travaux érudits du grand juriste de droit canon, Yves de Chartres (1040-1116) et du grand spécialiste du droit romain, Imerius (1060-1125).

La naissance de systèmes de lois modernes en Occident, à la fin du XI^e siècle et durant le XII^e fut étroitement associée à la création des premières universités européennes. C'est là, pour la première fois en Europe, que le Droit fut enseigné en tant que corps de connaissances distinct et systématisé, une science dans laquelle les décisions judiciaires, les lois et édits furent étudiés objectivement et expliqués en termes de principes généraux et d'axiomes valables pour le système entier. Formées à la nouvelle science juridique, des générations successives de diplômés furent recrutées dans les chancelleries et les autres offices religieux et séculiers des Etats en voie d'édification pour servir de conseillers, de juges, d'avocats, d'administrateurs et de rédacteurs de lois. Ils employèrent leur savoir à donner structure et cohérence à la masse foisonnante de normes légales, contribuant ainsi à modeler de nouveaux systèmes de lois avec d'anciens matériaux diffus presque totalement dans les coutumes sociales et, plus généralement, dans les institutions politiques et ecclésiastiques.

Bien entendu les lois, au sens habituel de normes de juste comportement et de procédures, ne peuvent pas plus constituer une science que le constat et la classification des comportements animaux ne constituent une science. La science juridique, pour autant qu'elle existe, doit être l'étude scientifique de ces lois, le corps scientifiquement agencé des connaissances « à propos » du Droit, tout comme la science physique ou biologique sont l'étude scientifique et le savoir organisé dont on dispose à propos de la matière ou de la vie animale. Cependant, il y a d'importantes dif-

férences, du point de vue de la science, entre les données légales ou toute autre donnée sociale, et les données physiques, du fait que les participants des activités sociales sont conscients de ce qu'ils font, et leur connaissance consciente est une composante essentielle des « données » étudiées. De plus, la conscience peut elle-même avoir ou chercher à acquérir les caractéristiques d'une science. Les acteurs peuvent assigner à leurs propres observations de ce qu'ils sont en train de faire, les qualités d'un corps de connaissances systématique, objectif et vérifiable.

C'est précisément ce qui s'est passé dans le Droit à la fin du XI^e siècle et au XII^e. Les normes légales, les concepts, décisions et procédures restèrent des données et, en ce sens, tout le contraire d'une science ; mais le fait de la conscience de leurs actes chez les participants aux activités légales, devint l'objet d'une étude systématique incluse dans l'analyse desdites activités et dans la formation d'un corps de connaissances à leur sujet qui avait quelques-unes des qualités d'une science. Au surplus, cette science, ce corps de connaissances « à propos » du Droit, furent traités comme une composante des données légales mêmes. La connaissance fut combinée avec l'interprétation et l'interprétation avec l'application.

Par exemple, l'observation scientifique de ce fait, que le Décalogue interdit le meurtre mais que d'autres passages de la Bible indiquent que le meurtre peut être justifié s'il est commis en se défendant d'une agression, ou excusé s'il s'est produit par accident, [cette observation] est elle-même l'affirmation d'un principe légal applicable, à savoir que le meurtre est *prima facie* illégal (selon la Bible) mais peut être justifié ou excusé dans certaines circonstances. Le fait que l'observation même est ou puisse devenir la loi, une partie de ce que l'on observe, distingue la science juridique de la science naturelle. En réalité c'est peut-être l'une des raisons pour lesquelles au XX^e siècle les expressions « *legal science* » et « *science of law* » ont presque totalement disparu de l'usage dans les pays anglo-saxons tandis que le français, l'allemand, l'italien, le russe et d'autres langues conservent leurs équivalents « science juridique » et « science des lois ». Dans ces langages le terme « science » comporte une connotation plus large et l'on peut aisément distinguer entre la loi telle qu'on la pratique et la « méta-loi » telle qu'on la conçoit, entre *Recht* et *Rechtswissenschaft*, entre le « Droit » et la « science du Droit ».

Dire que dans les dernières décennies du XI^e siècle et au XII^e, le Droit a commencé à être enseigné et étudié en Occident comme une science à part, à une époque où les ordres légaux qui prévalaient commençaient seulement à se désenclaver de la politique et de la religion, cela soulève de nombreuses questions. Qu'est-ce donc qu'enseignaient les premiers professeurs ? Comment était-il possible d'enseigner le Droit alors que les lois régnaient et les institutions légales, tant ecclésiastiques que temporelles, étaient abondamment morcelées localement, coutumières, et largement enrobées dans les croyances et les pratiques religieuses, ainsi que dans la vie politique, économique et sociale ? La réponse sonne étrangement aux oreilles modernes. Le Droit qui fut d'abord enseigné et étudié systématiquement n'était pas celui effectivement appliqué dans les lois, mais celui contenu dans un ancien manuscrit exhumé d'une bibliothèque italienne à la fin du XI^e siècle. Ce manuscrit reproduisait le

Digeste, une énorme collection de textes qui avaient été compilés sous le règne de l'empereur romain Justinien vers 534 de notre ère, plus de cinq siècles auparavant.

Le droit compilé sous Justinien à Constantinople était un système légal hautement raffiné, très éloigné du droit coutumier germanique. Ce système de lois avait régi l'empire romain d'Occident aussi bien que l'empire romain d'Orient. Mais en 476, le dernier des empereurs romains d'Occident avait été déposé, et bien avant déjà la civilisation romaine avait été submergée par les civilisations tribales primitives des Goths, des Vandales, des Francs, des Saxons et d'autres peuples germaniques. Après le VI^e siècle, le droit romain ne survivait à l'Ouest que par fragments bien qu'il continuât à fleurir dans l'empire d'Orient, appelé Byzance (et comprenant le sud de l'Italie). Quelques-unes de ses lois isolées et de ses concepts apparaissaient dans les édits occasionnels d'autorités ecclésiastiques et civiles, ainsi que dans le droit populaire des peuples habitant le sud de la France et le nord de l'Italie. D'autre part, l'idée carolingienne et post-carolingienne d'une succession de la royauté franque à l'autorité des empereurs renforça la survivance de maximes éparses et de principes du droit romain, en particulier quelques dispositions concernant l'autorité impériale. Quelques-unes des collections, vaguement coordonnées, de lois promulguées par les rois germaniques contenaient un nombre considérable de dispositions et de concepts romains.

Mais le droit romain comme tel, c'est-à-dire en tant que système, n'avait qu'une validité très restreinte en Europe occidentale lorsque l'œuvre de Justinien fut découverte en Italie. Les textes avaient disparu, les termes avaient revêtu une signification différente. Il n'y avait aucune institution correspondant aux magistrats romains (*praetores*), aux conseillers (*jurisperiti*) ou aux avocats (*oratores*). Les institutions judiciaires étaient largement germaniques ou franques. Ainsi, ce fut le corps de Droit, le système de lois d'une civilisation ancienne consigné dans un énorme document ou plusieurs documents, qui furent l'objet des premières études systématiques du Droit instaurées en Europe occidentale.

Un fait d'importance cruciale pour l'avenir fut que les juristes qui étudièrent ces anciens textes étaient persuadés, comme leurs contemporains en général, que cette civilisation ancienne, l'empire romain, avait survécu jusqu'à leur temps en Occident aussi bien qu'en Orient. En un sens il avait effectivement survécu, sous une forme nouvelle, comme l'âme d'une personne pourrait survivre à son corps. Mieux encore, ils croyaient qu'il avait une qualité universelle et permanente. Ils ne prenaient pas le droit de Justinien comme essentiellement la loi applicable à Byzance en 534 de notre ère, mais une loi applicable en tout temps et en tout lieu. Ils le prenaient, en somme, comme la vérité, à la manière dont ils prenaient la Bible pour la vérité ainsi que les œuvres de Platon et (plus tard) d'Aristote.

Par exemple, peu importait si ce que la compilation de Justinien contenait d'écrit sur le droit de propriété du sol n'avait rien de commun avec les règles des droits féodaux prévalant en 1100 en Toscane ou en Normandie, ils ne pensaient pas pour autant que ce qui était écrit ne fût pas « le Droit ». C'était en fait, la « vraie » loi, la

loi idéale, la concrétisation de la juste raison. D'ailleurs, la Toscane ou la Normandie étaient considérées comme la continuation de Rome, comme l'Eglise ou la chrétienté était la continuation d'Israël. La découverte vers 1080 d'une copie de la compilation de Justinien fut accueillie comme eût pu l'être la découverte d'une copie longtemps perdue d'un supplément de l'Ancien Testament. C'est ainsi que l'auteur (ou les auteurs) de la grande somme sur le droit anglais au XIII^e siècle, le *Treatise on the Laws and Customs of England* de Bracton, citait quelque cinq cents passages du Digeste de Justinien, sans y faire référence, prenant simplement pour acquis que c'était « la loi » en Angleterre, bien que nombre d'entre ces passages n'auraient pu être jugés applicables par les tribunaux du royaume ¹. En fait Bracton eut à soutenir que les coutumes anglaises applicables dans les cours royales étaient la « loi » aussi réelle que celle contenue dans les anciens textes romains.

Deux autres ingrédients étaient aussi nécessaires à la création de la tradition juridique occidentale. L'un était la méthode d'analyse et de synthèse qui fut appliquée aux textes anciens sur les lois, méthode qui dans les temps modernes fut appelée, parfois de façon péjorative, « scolastique ». L'autre était le contexte dans lequel la méthode scolastique était appliquée aux textes de droit romain, à savoir l'Université.

Ces trois éléments : la découverte des écrits juridiques compilés sous le règne de l'empereur Justinien, la méthode scolastique pour les analyser et les synthétiser, et l'enseignement du Droit dans les universités de l'Europe, sont à la racine de la tradition juridique occidentale. Le droit romain fournit à l'Europe entière (Angleterre incluse) la majeure partie de son vocabulaire juridique de base. La méthode scolastique est restée un mode prédominant de la pensée juridique en Occident jusqu'à ce jour. Les universités rassemblèrent les légistes érudits, les professeurs et étudiants, venant de tous les pays européens, les mettant en contact non seulement les uns avec les autres mais aussi avec les professeurs et étudiants en théologie, médecine et arts libéraux, faisant de leurs activités une vocation ou, dans la terminologie actuelle, une profession.

L'ECOLE DE DROIT DE BOLOGNE

Les textes de droit romain nouvellement retrouvés furent copiés et commencèrent à être étudiés dans diverses villes d'Italie et d'ailleurs vers la fin du XI^e siècle. Des étudiants se groupaient pour payer un enseignant pendant un an pour leur commenter ces textes ; la forme légale adoptée était celle d'une association (en latin *societas*) du maître et de ses élèves. L'un de ces professeurs en particulier, nommé Guarnerius mais connu en histoire comme Irnerius, qui commença à enseigner à Bologne, en Italie du nord vers 1087, acquit un grand prestige et les étudiants venus de tous les horizons ² se pressèrent autour de lui. Son école lui survécut. Les estimations modernes du nombre des étudiants en Droit de Bologne à un moment quelconque des XII^e et XIII^e siècles oscillent entre 1.000 et 10.000 ³.

Etant des étrangers, la plupart des étudiants étaient dans une situation précaire. Par exemple, chacun pouvait être tenu responsable des dettes de n'importe lequel de ses compatriotes. Un marchand de Bologne, en litige avec un marchand de Londres, pouvait mettre à contribution tout étudiant anglais qui se trouvait à sa portée. Pour se défendre de ces dangers et d'autres risques, les étudiants s'organisaient en « nations » sur la base de leur origine ethnique et géographique, Francs, Picards, Provençaux, Alamans, Angles, Espagnols et autres, au total une vingtaine de nations au moins.

Finalement, ils se regroupèrent en deux associations ou guildes, l'une comprenant tous ceux dont le pays était au nord des Alpes et l'autre tous les pays au sud des Alpes. Chacun des deux groupements était organisé en forme d'une *universitas*, un terme de droit romain auquel on donna alors le sens d'association dotée de la personnalité juridique, ou selon le terme employé maintenant, une « corporation ». Les professeurs n'en faisaient pas partie.

Les vertus de l'incorporation étaient visibles pour les étudiants de Bologne, adolescents qui, selon les critères médiévaux, étaient des jeunes gens ayant assez de maturité pour participer à la vie politique active. Ainsi unis, ils pouvaient négocier efficacement avec les autorités municipales et contrôler aussi l'administration de l'école. Bologne devint l'archétype de l'institution médiévale de haut enseignement, dominée par les étudiants, en contraste avec l'université dominée par le corps professoral qui fut un peu plus tard fondée à Paris (la Sorbonne).

Le nom « d'université » fut finalement donné à tout ce genre d'institutions. A l'origine, le terme correspondait à son sens actuel, c'est-à-dire l'institution ou entreprise de *studium generale* (éducation générale) signifiant une éducation accessible et accréditée partout et non pas localement. Il n'était pas nécessaire qu'il y eût plusieurs départements. Une faculté de théologie ou de droit, dispensait du *studium generale*.

A Bologne, l'association d'étudiants ou guilde, ou corporation, reçut de la municipalité une charte qui l'habilitait à engager par contrat des professeurs, à discuter le loyer des logements d'étudiants, à déterminer le genre de cours à enseigner et le matériel affecté à chacun, à fixer la durée des leçons et le nombre de journées libres, le prix de vente ou de location des livres. Les professeurs étaient payés directement par les étudiants dans leur classe respective. La corporation estudiantine reçut aussi une juridiction civile et pénale sur ses membres. Ainsi les étudiants étaient-ils exemptés des incapacités civiles subies par les étrangers et acquéraient en pratique une citoyenneté artificielle qui leur était propre. La charte de Bologne spécifiait que la guilde des étudiants devait assumer : « la pratique de la charité fraternelle, de l'aide et de l'amitié mutuelles, le soin aux malades et aux nécessiteux, la conduite des funérailles et l'extirpation des rancunes et querelles, l'intendance et l'escorte de nos candidats au doctorat aux lieux d'examen pour l'aller et le retour ainsi que le confort spirituel de ses membres »⁴.

Les professeurs formèrent leur propre association, le collège des enseignants qui avait qualité pour examiner et admettre les candidats au doctorat, fixer les honoraires correspondants. Du fait que le diplôme du doctorat constituait en même temps l'admission à la profession d'enseignant, les professeurs conservaient le pouvoir de déterminer les conditions de l'admission à leur propre association ou guildes, mais c'était à peu près tout.

Si les étudiants estimaient qu'un professeur ne s'acquittait pas correctement de ses devoirs d'enseignant, ils boycottèrent ses cours et refusaient de le payer. Et si une leçon ne commençait pas promptement lorsque la cloche sonnait l'ouverture ou si elle s'achevait avant que la cloche ne sonnât la fin, ou si le programme du cours n'était pas achevé en fin de terme, le professeur était frappé d'amende par la guilde des étudiants.

L'organe de direction de l'université estudiantine était le conseil général, auquel chaque « nation » élisait deux membres. Le conseil général élisait le recteur, poste auquel chaque nation pouvait proposer son candidat. Le recteur devait avoir au moins vingt-quatre ans et cinq ans de résidence. Le baccalauréat était conféré par le recteur. Un comité d'étudiants, appelés dénonciateurs de professeurs, était désigné par le recteur pour faire le rapport des irrégularités reprochées aux professeurs.

Le conseil général décidait à la majorité des votes. Les problèmes importants étaient réservés à une assemblée (dite congrégation) de tous les étudiants, à laquelle la participation était obligatoire, chaque étudiant ayant droit à la parole et au vote. Le conseil général avait le pouvoir de définir les statuts de l'université. Les statuts réglaient les affaires économiques de l'institution, y compris les appointements et les salaires, le coût des emprunts de volumes, les loyers et les conditions de crédit. Ils réglaient également la discipline tant des étudiants que des professeurs ainsi que maints aspects du programme de cours. Une restriction majeure à l'autonomie du pouvoir estudiantin était cependant qu'aucune disposition adoptée par la congrégation ne pouvait être modifiée avant que vingt ans ne se soient écoulés depuis son adoption, sinon par un vote unanime des étudiants et des professeurs.

La source du pouvoir des étudiants était en partie économique. Les étudiants, fils de familles aisées ou boursiers de fondations (d'ordinaire des monastères), apportaient un revenu considérable à la ville. S'ils étaient mécontents, ils pouvaient aisément aller ailleurs, emmenant avec eux leurs professeurs. Comme les dortoirs, les réfectoires et les salles de cours étaient propriété de la ville ou d'entrepreneurs locaux plutôt que de familles d'étudiants, une telle émigration pouvait provoquer une grave crise pour la cité. Par la suite, les professeurs furent appointés par la municipalité et faisaient serment de ne pas s'en aller; cette évolution entraîna un sérieux déclin du pouvoir des étudiants sur leur université.

La hiérarchie ecclésiastique jouait aussi un rôle important dans le contrôle de l'enseignement du Droit. A part les cités italiennes, partout en Europe l'enseignement était laissé à l'initiative de l'autorité religieuse plutôt qu'au pouvoir

civil. Cependant, en 1219, plus d'un siècle après l'ouverture de l'école de Bologne, le pape décréta que personne ne pourrait être habilité à enseigner (ne devrait recevoir le doctorat) sans avoir été examiné et avoir reçu la licence de l'archidiacre de Bologne. En fait l'archidiacre (ou l'évêque dans les autres villes universitaires, en vertu de décrets pontificaux analogues) ne procédait pas à l'interrogatoire mais présidait les séances d'examen. Quoi qu'il en soit, le décret papal de 1219 enleva aux professeurs leur indépendance dans l'attribution du doctorat. Et la *licentia docendi* (licence d'enseigner) épiscopale fut désormais exigée en Italie comme partout ailleurs. En de nombreux endroits d'Europe, le contrôle lointain des pouvoirs ecclésiastiques sur les universités provoqua des révoltes périodiques parmi les étudiants.

Plus importante pourtant, au point de vue historique, que la surveillance épiscopale des universités, fut leur relative indépendance en comparaison de l'état des choses antérieur à l'égard des institutions d'enseignement. Avant le XI^e siècle, l'instruction publique en Europe était presque exclusivement donnée par les monastères. Aux XI^e et XII^e siècles, des écoles furent ouvertes auprès des cathédrales et devinrent graduellement prééminentes. La cathédrale étant le siège de l'évêque, l'école était sous sa surveillance immédiate, comme les écoles monastiques étaient directement surveillées par le père abbé. Un enseignant ne se risquait guère à contredire son évêque ou son abbé.

A Bologne, d'après la tradition, l'université avait été fondée avec l'appui de la duchesse de Toscane, Mathilde, amie du pape Grégoire VII qui avait invité Irnerius à venir y enseigner le droit romain. Ainsi l'enseignement à Bologne fut pendant plus de cent ans libre de tout contrôle ecclésiastique direct. Il y eut évidemment des pressions indirectes importantes. Irnerius lui-même fut, dit-on, excommunié pour avoir soutenu la cause impériale contre la papauté. Quoi qu'il en soit, les juristes de Bologne furent généralement libres de soutenir des thèses opposées sur le degré auquel telle ou telle disposition des lois romaines justifiait les prétentions impériales ou papales. Entre temps, à Paris dans les années 1100, Pierre Abélard osa contredire son évêque et faire un cours public en opposition. C'est avec cet affrontement que l'université de Paris prit son essor⁵.

Dès leurs débuts donc, les universités européennes s'établirent comme des institutions enseignantes où les professeurs étaient libres de prendre des positions opposées. C'était en net contraste avec le système précédent, connu depuis l'antiquité où chaque école avait été dominée par un seul personnage ou par une théorie unique.

Dès le début aussi, Bologne fut une université en ce sens que c'était une école supérieure, les étudiants avaient reçu auparavant une formation aux arts libéraux, d'ordinaire dans une école monastique ou cathédrale. Là, le curriculum comportait les sept « arts libéraux » : grammaire, rhétorique, logique (aussi appelée dialectique), arithmétique, géométrie, astronomie et musique. Cependant, bien des écoles se concentraient sur les trois premières, appelées le trivium, basé principalement sur la Bible, les écrits des pères de l'Eglise et certains textes de Platon, d'Aristote, de Cicéron et d'autres auteurs grecs et romains. L'étude des arts libéraux était exigée à par-

tir du XII^e siècle, avant d'aborder les « nouvelles » sciences du Droit, de la théologie et de la médecine (lorsqu'à Paris, les arts libéraux devinrent une quatrième discipline universitaire, son étude resta préalable à celle des trois autres). Bologne n'avait d'abord compris qu'une seule faculté, celle de Droit, mais quand par la suite les trois autres y furent formées, il n'y eut pas de liaison institutionnelle entre elles, hormis le fait que les étudiants recevaient tous leurs diplômes du même chancelier, l'archidiacre de Bologne.

Le système de Bologne pour la formation juridique fut transplanté dans de nombreuses cités européennes, dont Padoue, Pérouse et Pise, Salamanque, Montpellier et Orléans, Vienne, Cracovie et Heidelberg ⁶. La plupart des universités au nord des Alpes, tout en gardant le curriculum de Bologne et ses méthodes d'enseignement, adoptèrent le mode d'organisation créé d'abord à Paris où les docteurs et les étudiants des quatre facultés, théologie, droit, médecine et arts, étaient groupés en un seul corps et subordonnés à un seul dignitaire et un seul gouvernement ⁷. A Oxford, Vacarius, qui avait été formé à Bologne, enseignait le Droit au milieu des années 1100 bien qu'apparemment une faculté de Droit en tant que telle ne fut établie à Oxford (et une autre à Cambridge) qu'au siècle suivant.

CURRICULUM ET METHODE D'ENSEIGNEMENT

Ce que l'on enseigna dès le début à Bologne était le texte des lois compilées par les juristes de Justinien au VI^e siècle. Il est d'ailleurs probable que l'école de Droit fut créée initialement pour l'étude de ce document. Le manuscrit avait quatre parties :

- *le Code*, comprenant douze livres d'ordonnances et décisions des empereurs précédents,

- *les Nouvelles*, c'est-à-dire les lois promulguées par l'empereur Justinien lui-même,

- *les Institutes*, un bref manuel d'introduction destiné aux étudiants du droit débutants,

- *et le Digeste*, dont les cinquante livres contenaient une multitude d'extraits des opinions de juristes romains sur une vaste variété de questions. Dans une version anglaise moderne, le Code compte 1034 pages, les Nouvelles 562, les Institutes 173 et le Digeste 2734 pages ⁸.

L'approche commune des juristes européens de la fin du XI^e siècle et du XII^e exigeait qu'ils envisagent la totalité de ces écrits comme un seul ouvrage. Une importance primordiale, cependant, était attachée non pas aux Institutes considérées comme une initiation élémentaire, ni au Code et aux Nouvelles qui reproduisaient des

ordonnances et des décisions impériales spécifiques, mais au Digeste, appelé aussi les Pandectes.

Le Digeste était un vaste conglomérat des opinions de juristes romains sur des milliers de propositions relatives non seulement à la propriété, au testament, au contrat, aux responsabilités et à d'autres aspects de ce que nous appelons maintenant le droit civil, mais aussi le droit pénal, constitutionnel, et d'autres branches de la législation. C'était le droit de la cité romaine (*jus civilis*), un droit « municipal » incluant tout ce qui n'était pas le « droit des nations » (*jus gentium*) qui était appliqué aux non romains et dont on ne parlait qu'occasionnellement. Le Digeste n'était pas un code au sens moderne du terme car il ne prétendait pas fournir un cadre complet, intégré, cohérent et systématiquement exposé de concepts juridiques, de principes et de règles de droit. Ce fut seulement en Occident, après que furent fondées les universités, que l'on a englobé le Digeste, le Code, les Nouvelles et les Institutes dans un ensemble auquel on a donné le nom de *corpus juris civilis*, le corps du droit civil (des citoyens romains).

Les questions de droit évoquées dans le Digeste portaient très souvent sur les titres à possession dans des circonstances données. D'autres étaient des déclarations (des édits) de magistrats, de prêteurs sur ce qu'ils feraient respecter dans des contestations éventuelles. Par exemple : « Le prêteur dit, si toi-même ou tes esclaves avez par la force dépossédé quelqu'un d'une propriété qu'il détenait à ce moment-là, je donnerai une action pour un an seulement mais une fois ce laps de temps écoulé, j'en donnerai une portant sur ce qui est resté alors aux mains de celui qui a dépossédé par force le plaignant ». De telles propositions étaient suivies de citations de commentaires émis par divers jurisconsultes. Dans le cas de cet édit d'un prêteur, par exemple, le Digeste rapporte l'opinion du juriste Ulpien que voici : « Cet interdit fut établi au bénéfice d'une personne qui a été éjectée par force car il est parfaitement juste de venir à son aide dans de telles circonstances. Cet interdit tendait à lui faire récupérer son bien »... « Il n'a pas été pris en référence n'importe quelle sorte de violence mais seulement celle dirigée contre des personnes pour les priver de ce qu'elles possèdent. Il ne vise que cette violence extrême où des gens sont chassés par exemple d'une pièce de terres ou d'un immeuble mais rien d'autre ».

D'autres juristes sont cités sur ce même interdit, par exemple Pomponius disant : « Si toutefois vous êtes éjecté par force armée, vous serez en droit de réclamer votre terre même si à l'origine vous-même l'avez occupée par force (*vi*) ou clandestinement (*clam*) ou à titre précaire (*precario*)⁹.

Ainsi que l'a écrit John P. Dawson, les juristes romains se préoccupaient principalement « non pas d'une synthèse théorique mais d'un traitement cohérent et ordonné de cas d'espèce... Toute leur impulsion les portait vers l'économie non seulement du langage mais des idées. Leurs certitudes étaient fermes, les objectifs majeurs d'ordre politique et social n'avaient pas à être mis en question, le système des idées juridiques était suffisamment connu pour n'avoir pas besoin de beaucoup de discussion. C'étaient des « dénoueurs » de problèmes, travaillant à l'intérieur du sys-

tème et nullement appelés à résoudre les énigmes des nécessités et des finalités de l'humanité. Ils travaillaient au cas par cas, avec patience, acuité d'esprit et profond respect pour les traditions héritées »¹⁰.

Le professeur Dawson note chez les juristes romains : « l'intense concentration sur des cas spécifiques, parfois hypothétiques mais le plus souvent tirés de litiges réels. Les cas sont définis brièvement, comme la position propre du juriste. Il n'était pas besoin de justification laborieusement étayée car, pour les personnes ne faisant pas partie de l'élite des experts, l'autorité de celui qui était consulté suffisait tandis que ceux du groupe des compétents comprendraient aisément ses raisons. Il y avait beaucoup de postulats non dits ou simplement évoqués en passant mais qui ont été patiemment identifiés par les érudits. La tâche des juristes, telle qu'ils la concevaient était de fournir des solutions pour des problèmes qui s'étaient présentés ou avaient chance de se présenter, mettant à l'épreuve et rectifiant leurs idées-clefs, en observant leurs effets dans les litiges en cours »¹¹.

Les étudiants européens d'aujourd'hui qui apprennent le droit romain tel que l'ont systématisé les professeurs d'université depuis le XII^e siècle, ont peine à croire que les textes originaux aient été si casuistiques et aussi peu théoriques. On leur a appris à montrer ce qu'il y avait d'« implicite » dans les milliers de menues règles et de termes généraux imprécis, un système complexe de concepts abstraits. C'est ce même conceptualisme du droit romain qui est brandi pour faire contraste au particularisme et au pragmatisme imputés aux lois en Angleterre et en Amérique. Mais c'est voir le droit romain de Justinien avec les yeux de juristes européens de beaucoup postérieurs. Ce sont ces derniers qui ont d'abord repéré ces implications conceptuelles, en ont dégagé une théorie du droit des contrats à partir de types particuliers de contrats romains, ont défini les droits de possession, ont élaboré des doctrines de justification pour le recours à la force et qui, en général, ont systématisé les anciens textes sur la base de larges principes et concepts.

Au XII^e siècle, le curriculum de l'école de Droit consistait tout d'abord à lire les textes du Digeste. Le professeur devait lire et corriger le langage du texte écrit et les étudiants suivaient dans leur copie manuscrite (habituellement louée) en consignant les éventuelles corrections. Le terme de « leçon », ce qui est lu, désignait cet exercice. Certains étudiants, qui ne pouvaient acheter ni louer les copies, les apprenaient par cœur. Le texte étant fort difficile, il fallait qu'il soit expliqué. C'est pourquoi, après l'avoir lu, on en faisait la « glose » c'est-à-dire l'interprétation mot par mot, ligne par ligne (*glossa*, en grec, signifie à la fois langue, langage et « terme inhabituel »). Les gloses, dictées par le professeur, étaient copiées par l'étudiant entre les lignes et quand elles étaient longues, débordaient dans les marges. Bientôt les gloses firent autorité, presque autant que le texte même. Vers 1250, la *Glossa Ordinaria* d'Accurse devint la version classique de l'explication du Digeste en son entier. Par la suite, vinrent les « post-glossateurs », puis les « commentateurs » tant du texte que des gloses.

Les gloses étaient de plusieurs types. Certaines, appelées *notabilia*, donnaient un condensé sommaire du passage étudié. D'autres (dites plaisamment *brocardia*) formulaient des « maximes », suggéraient des règles juridiques générales sur la base de ce que l'on avait lu et expliqué. En addition, le professeur pouvait annoter le texte en y introduisant des classifications appelées *distinctiones*. Elles commençaient par un terme générique ou un concept large puis on divisait les implications en catégories qui seraient à leur tour subdivisées ; le rédacteur « suivait ces ramifications de sens et de terminologie jusqu'aux détails les plus menus »¹². Finalement, le professeur exposait des *quaestiones*, mettant à l'épreuve les principes proposés en les appliquant à des « questions » ou problèmes particuliers.

Le curriculum et la forme des leçons et « disputations » étaient décrits dans les statuts de l'université. On a conservé une introduction à la leçon du jour par un professeur médiéval, ainsi rédigée :

*« Je commencerai par vous résumer chacun des titres (paragraphes du Digeste) avant de passer au texte. Deuxièmement, je poserai aussi clairement et explicitement que je puis les exemples de lois particulières (donnés dans le titre). Troisièmement, je répéterai rapidement le texte pour y faire les corrections nécessaires. Quatrièmement, je rappellerai brièvement le contenu des exemples (de lois). Cinquièmement, je résoudrai les contradictions, en ajoutant les principes généraux communément appelés « brocardia », et distinctions, ou de subtils et utiles problèmes (quaestiones) avec leurs solutions, dans toute la mesure où la Divine Providence m'en rendra capable. Et si quelque loi semblait mériter, en raison de sa célébrité ou de sa difficulté, de faire l'objet d'une répétition, je la réserverais à une répétition dans la soirée »*¹³.

En addition aux lectures et gloses des textes puis à leur analyse au moyen de distinctions et de questions, le curriculum de Bologne et des autres écoles de Droit leur adjoignit la *disputatio* qui était une discussion en forme de dispute entre deux étudiants sous la conduite d'un professeur ou entre le professeur et ses étudiants. On a comparé la disputation avec la *moot court* du droit coutumier (le débat judiciaire devant l'assemblée populaire), mais dans la disputation, le sujet du débat était juridique et non pas une situation de fait réelle ou supposée.

Au fil du temps, le curriculum à Bologne, Paris, Oxford, et dans d'autres universités d'Europe, fut élargi pour couvrir davantage que le droit romain contenu dans le Corpus Juris Civilis. Le principal document ajouté dans la seconde partie du XII^e siècle fut le droit canon de l'Eglise catholique, nouvellement développé. A l'inverse du droit romain, le droit canon était vivant, en vigueur, renforcé des décrets de papes et de conciles ecclésiastiques, et appliqué par des tribunaux ecclésiastiques. D'autre part, comme les systèmes séculiers de lois dans les villes libres, les principautés et les royaumes de l'Europe se développaient, en général sous la direction de juristes formés à Bologne ou dans d'autres universités, le curriculum s'enrichit de références

aux problèmes courants de la loi temporelle. En analysant les textes de Justinien, les professeurs évoquaient les problèmes concrets importants et les analysaient à la lumière tant du droit romain que du droit canon.

Ainsi, la revitalisation des études du droit romain de l'antiquité conduisit à l'analyse des problèmes juridiques contemporains. Le droit romain servit d'abord d'idéal de la loi, un corps de notions légales envisagé comme un système unifié où les problèmes de lois, précédemment dénués d'ordre et de cohérence, furent analysés en référence à ce système et jugés selon ses critères. En un sens, le droit romain joua vis-à-vis de l'esprit juridique du Moyen-Age un rôle analogue à celui qui échet à l'histoire du Droit vis-à-vis de l'esprit juridique anglo-américain depuis le XVII^e siècle jusqu'au début du XX^e. Il procura une perspective à l'analyse des droits en vigueur et proposa un idéal pour éprouver la validité de ces droits vécus. Cela ne revient pas à dire que le droit romain fût imaginé comme quelque chose d'autre que le droit en vigueur. Il faisait autorité parallèlement aux droits récents, et en un sens leur était supérieur. Mais il avait une qualité fondamentale dont ces droits manquaient. Ces derniers étaient en effet en voie de formation, les règles du droit romain étaient présentes pour leur servir de modèles.

LA METHODE SCOLASTIQUE D'ANALYSE ET SYNTHESE

Sous-jacent au curriculum et aux méthodes d'enseignement des écoles de Bologne et des autres universités occidentales des XII^e et XIII^e siècles, il y avait un nouveau mode d'analyse et de synthèse que, par la suite, on appela la méthode scolastique. Cette méthode qui s'épanouit d'abord au début des années 1100, à la fois en Droit et en théologie, présuppose l'autorité absolue de certains livres qu'il faut concevoir comme contenant un corps complet et intégré de doctrine. Mais paradoxalement, l'on tient pour certain qu'il peut y avoir dans le système des lacunes et des contradictions et l'on se donne pour but de récapituler le texte en comblant les lacunes et en dénouant les contradictions. La méthode est appelée « dialectique » au sens du XII^e siècle, de recherche d'une conciliation des opposés ¹⁴.

Aussi bien en droit qu'en théologie, et plus tard en philosophie, le mode scolastique d'analyse et de synthèse a été promu par la pratique de l'enseignement aux universités, en particulier au moyen des gloses et des questions débattues dans les disputations. « Les principaux ouvrages de droit et de théologie furent l'aboutissement naturel des leçons universitaires » ¹⁵. En d'autres mots, la science, l'érudition dérivèrent de la méthode d'enseignement et non pas vice versa..

Au moment même où les juristes commencèrent à créer ce qu'ils concevaient comme devant être une science du Droit, les théologiens occidentaux entreprenaient de créer ce qu'ils imaginaient comme la future science de théologie. En fait, Pierre Abélard (1079-1142) qui fut le premier à employer le terme « théologie » ¹⁶ au sens moderne d'analyse systématique de l'évidence de la révélation divine, fut aussi l'un

des grands pionniers de la logique scolastique, et on l'a quelques fois dénommé le père du scolasticisme. Abélard chercha, en se servant de la méthode scolastique d'analyse et de synthèse, à invoquer des critères rationnels pour évaluer quelles vérités révélées avaient une portée universelle et lesquelles n'avaient qu'une validité relative.

Ce n'était assurément pas la sorte de fondamentalisme qui tient tous les mots du texte comme également vrais en toutes circonstances ; la totalité est reçue comme vraie et aux parties sont reconnues diverses nuances de véracité. D'ailleurs l'un des livres les plus importants d'Abélard, *Sic et Non* (Oui et Non), offre simplement une liste de plus de cent cinquante illogismes ou contradictions dans des textes bibliques ou patristiques ou émanant d'autorités temporelles, en considérant comme vrai tout ce qui y était dit et en laissant au lecteur le soin de l'harmoniser ¹⁷.

Quant au Droit, la méthode scolastique consista à analyser et synthétiser la masse de doctrines, dont beaucoup s'opposaient entre elles, que l'on trouvait dans le droit de Justinien aussi bien que dans celui d'autorités temporelles. Comme dans le cas de la théologie, l'ensemble du texte écrit, le *Corpus Juris Civilis* comme la Bible et les écrits des pères de l'Eglise, était considéré comme sacré et la concrétisation de la juste raison. Mais l'insistance sur l'effort de conciliation entre les éléments contradictoires, donnait au juriste occidental du XII^e siècle une plus grande liberté et flexibilité en traitant de concepts et de règles juridiques, que n'en avaient ses prédécesseurs romains. Comme eux, assurément, il se préoccupait, ainsi que le dit le professeur Dawson, « d'un traitement homogène et ordonné des cas individuels ». Mais il s'intéressait aussi, ce qu'ils ne faisaient pas, à la recherche de « justifications soigneusement raisonnées » et d'une « synthèse théorique ». Et dans cette recherche de justifications et de synthèse, il sacrifiait souvent la sorte de cohérence plus étriquée que les Romains prisait beaucoup.

LA RELATION DU SCOLASTICISME AVEC LA PHILOSOPHIE GRECQUE ET LE DROIT ROMAIN

La méthode des juristes européens du XII^e siècle était une transposition des méthodes de raisonnement dialectique, caractéristiques de l'ancienne philosophie grecque et du droit romain classique et post-classique. Dialectique, en grec, signifie « conversation » ou « dialogue ». Les anciens philosophes grecs se référaient à « l'art de la conversation » (*tekhne dialectike*) comme une méthode de raisonnement et même, Platon le considérait comme la seule méthode fiable pour arriver à connaître la vérité. Quant à la vérité même, il la qualifiait de « science » (*epistémé, scientia*).

Les dialogues socratiques rapportés par Platon comportaient trois techniques « dialectiques » de base : 1) la réfutation de la thèse adverse en déduisant, au moyen d'une série d'interrogations et de réponses, des conséquences qui la contredisent ou

la rendent de quelque autre façon inacceptable ; 2) la déduction d'une généralisation, toujours par interrogations et réponses, à partir de propositions vraies sur des cas particuliers ; 3) la définition de concepts par les techniques de distinction, c'est-à-dire l'analyse répétitive d'un genre en ses espèces et des espèces en sous-espèces ; puis la synthèse, c'est-à-dire la conjonction répétitive des espèces en leur genre commun et de ses généralités en généralités plus amples. Par de tels raisonnements, Platon cherchait à atteindre une connaissance assurée de la nature du bien, de la justice, de la vérité, de l'amour et d'autres « formes » dont l'existence dans l'univers était, à ses yeux, indépendante de l'humanité.

Aristote affina considérablement les concepts platoniciens de raisonnement dialectique. Il distingua en premier lieu le raisonnement à partir de prémisses que l'on sait être nécessairement vraies (telles que « tout homme est mortel ou « le feu brûle ») et le raisonnement à partir de prémisses qui sont généralement acceptées ou sont avancées par des experts mais sont néanmoins discutables (comme « l'homme est un animal politique » ou « la philosophie est désirable comme branche d'études »). Selon Aristote, seule la seconde sorte de raisonnement est dialectique et, parce que ses prémisses sont discutables, elle ne peut parvenir à des certitudes mais seulement à des probabilités. La première sorte, qu'il appelle « apodictique » est seule capable de démontrer des vérités nécessaires puisque ce n'est qu'en partant de prémisses incontestables qu'il est possible de tirer des conclusions incontestables.

Aristote affina aussi et développa la conception platonicienne de science. Il fut le premier à employer le terme au pluriel pour évoquer « toute une série de sciences distinctes, séparées, dont toutes ont en commun certaines méthodes et distinctions mais dont chacune a ses propres et distinctifs *archai* ou « principes » (littéralement « commencements ») et son propre champ d'étude »¹⁸. Chacune aussi a sa propre méthode d'investigation « dérivant directement de la matière observée »¹⁹, encore que toutes partagent une même méthode d'observation et d'hypothèses. Aristote divisait donc la « science » platonicienne en physique, biologie, géométrie, éthique, politique, métaphysique et autres types. La médecine, cependant, restait pour Aristote un « art » (*tekhné*) car elle utilisait des vérités scientifiques mais ne conduisait pas par elle-même à démontrer de telles vérités. Le Droit n'était pas même qualifié d'art, par Aristote, mais se trouvait dissous dans l'éthique, la politique et la rhétorique.

Aussi bien dans le raisonnement apodictique que dans le raisonnement dialectique, disait Aristote, la logique inductive ou la logique déductive sont utilisables. (En cela encore, il différait de Platon pour qui la vérité ne pouvait être atteinte que par la logique déductive, c'est-à-dire en partant du général pour arriver au particulier et non l'inverse). Cependant, aux yeux d'Aristote, la logique inductive est préférable au raisonnement dialectique parce qu'elle est plus claire et convaincante pour la plupart des gens alors que, dans le raisonnement apodictique, la logique déductive convient à certaines sortes de sciences (comme les mathématiques) mais non à d'autres (comme la biologie). La logique inductive part de l'expérience vers soit des

certitudes soit des probabilités, en trouvant des éléments communs dans divers cas particuliers qui ont été observés.

Par exemple, si l'on observe que le pilote habile est le meilleur pilote, et que le cocher habile est le meilleur cocher, on peut conclure que l'individu habile est de façon générale le meilleur réalisateur dans chaque catégorie d'activité²⁰. Mais cette observation générale ne devient « scientifique » au sens d'Aristote, que lorsque le principe qui la fonde, autrement dit la cause de l'habileté, est identifiée, ce qui permet de voir si les prémisses de l'affirmation sont nécessairement vraies.

Cependant, le trait distinctif du raisonnement dialectique, n'est pas qu'il participe de la logique inductive car Aristote montra que le raisonnement apodictique participe aussi de la logique inductive dans nombre de cas. Le raisonnement dialectique se distingue surtout par le fait qu'il ne part pas de « propositions », c'est-à-dire d'affirmations qui doivent être soit vraies soit fausses, mais commence par poser des problèmes ou « questions » sur lesquels les opinions peuvent diverger, ce qui n'empêche pas que finalement le problème débattu sera résolu par une « proposition » ou principe premier, concluant en faveur d'une partie ou de la partie opposée, à condition que soient appliquées les méthodes valables de raisonnement dialectique²¹.

La distinction d'Aristote en raisonnement dialectique et apodictique a été admise par les stoïciens au III^e siècle avant Jésus-Christ. Néanmoins, les stoïciens considéraient le raisonnement dialectique non pas comme une méthode pour dégager des principes premiers mais pour analyser les arguments et définir des concepts par distinction de genre et d'espèce, et de synthèse. Il leur manquait le souci prédominant d'Aristote, d'exposition systématique. Avec eux, la dialectique devint une discipline indépendante, non essentiellement différente de la logique mais combinée avec d'importants éléments de rhétorique et de grammaire.

Ce fut dans sa forme stoïcienne, avec les écrits de Platon et d'Aristote en arrière-plan, que la dialectique grecque fut importée à Rome dans la période républicaine (II^e et I^{er} siècles avant J. C.) Elle fut reprise par les milieux éduqués, y compris les juristes qui, pour la première fois, l'appliquèrent aux institutions légales en vigueur. Les Grecs n'avaient jamais tenté une telle application. Les raisons en sont complexes. Les cités grecques n'ont jamais eu l'expérience de l'avènement d'une classe prestigieuse de juristes chargés de faire progresser le Droit. Le pouvoir judiciaire était exercé par des assemblées populaires nombreuses, et ceux qui discutaient devant elles usaient de déclamations faisant moins appel aux arguments juridiques qu'à des considérations morales et politiques.

De plus les philosophes grecs ne reconnaissaient pas les textes de lois pour points de départ admissibles dans les raisonnements. Ils professaient une allégeance à une vérité philosophique plus élevée que l'on ne percevait que par l'observation et la raison seules²². Pour eux, les règles de loi et les décisions s'y rapportant n'étaient

pas des « autorités » à accepter, ou au moins à prendre en compte comme concrétisation du sens de justice de la communauté. Elles étaient simplement des « données » à utiliser ou non en édifiant leur propre théorie philosophique. C'est ainsi que les philosophes grecs auraient volontiers discuté de problèmes concernant la nature de la justice, et si un gouvernant devait décider suivant la loi ou suivant sa propre volonté ; mais ils considéraient sans importance de savoir si, par exemple, la loi devait procurer une réparation au possesseur d'un bien acheté de bonne foi contre un autre qui avait frauduleusement persuadé son premier détenteur de vendre le bien contesté. Lorsqu'il advenait qu'ils aient à considérer de telles questions de droit civil, ils en traitaient d'ordinaire comme affaires d'éthique personnelle. Inversement, les questions de droit constitutionnel étaient généralement traitées en problèmes de politique.

D'ailleurs, la pensée platonicienne attribuait à l'idée de justice une réalité transcendante qui rendait inadmissible d'en confier l'exécution aux gens qui s'occupaient des lois. Seul, en effet, celui qui cherchait la sagesse, le *philosophos*, était capable de gouverner, et cela seulement lorsqu'il avait abouti dans sa recherche et était devenu un initié. Dans les termes de Carl Friedrich, « La transcendance même de la justice excluait (pour Platon) sa réalisation dans un ordre constitutionnel ». Il ajoute qu'en conséquence, le droit constitutionnel au sens occidental de l'expression « était inconnu à Athènes »²³.

A Rome, d'autre part une prestigieuse classe de juristes apparut très tôt. A partir du V^e siècle avant J. C., les prêtres (pontifes) conservaient le texte des différentes formules correctrices (« actions » en justice) disponibles pour diverses situations (causes). Puis on mit en vigueur l'usage d'élire chaque année des préteurs qui, sous la forme d'un édit valable un an, publiaient des règles générales de droit applicables aux disputes privées, recevaient les plaintes pour violation des droits spécifiés dans l'édit. Le préteur transmettait la plainte à un juge nommé par lui parmi les simples citoyens, avec mission d'entendre les parties et, si les preuves des faits allégués dans la plainte étaient fournies, d'accorder au plaignant la réparation promise. En conjonction avec préteurs et juges, existait un autre groupe de laïcs participant aux procédures, les avocats qui argumentaient devant les juges. Finalement, et de façon la plus significative, il y avait les juristes (aussi appelés jurisconsultes). C'étaient les seuls professionnels dont la tâche essentielle était de donner des avis aux préteurs, aux juges, aux avocats et aux particuliers qui souhaitaient s'engager dans une transaction juridique²⁴.

Les juristes romains étaient intensément pragmatiques dans leur approche du Droit. Leur importation du raisonnement dialectique grec aux II^e et I^{er} siècles avant notre ère, bien que constituant la première incursion idéologique dans le droit romain, ne fut pas un mariage entre le droit romain et la philosophie grecque qui eut lieu plus de mille ans après dans les universités de l'Occident européen. Les juristes romains refusèrent d'adopter le système hellénistique d'éducation, la formation au Droit continua à consister en un apprentissage très informel au domicile d'un juriste plus âgé.

« Le jurisconsulte ne discutait pas avec ses élèves de conceptions fondamentales telles la justice, le Droit, ou la science légale, alors qu'aux Grecs, cela semblât des problèmes de la plus haute importance et même les seuls importants. L'étudiant était placé d'emblée devant la question toujours récurrente, devant les faits exposés, qu'est-ce qu'il faut faire ? »²⁵. Cependant, ce fut dans cette période, avant la grande floraison du droit romain dit classique, du I^{er} au III^e siècles après J. C., que les juristes commencèrent à essayer systématiquement de classer le Droit en diverses catégories (selon le genre et les espèces) et à définir avec précision les règles générales à appliquer en chaque cas spécifique.

Peut-être l'exemple le plus ancien d'application systématique au Droit du raisonnement dialectique est-il le traité sur le droit civil du juriste romain, Q. Mucius Scaevola, qui mourut en 82 avant J. C.²⁶. Dans cet ouvrage, dont on a dit qu'il a « posé les fondations de la jurisprudence non seulement romaine mais européenne »²⁷ car le droit civil était réparti en quatre divisions principales, le droit d'héritage, le droit des personnes, le droit des choses et celui des obligations. Chacune était subdivisée : l'héritage en testament et succession *ab intestat*, les personnes entre mariage, tutelle, statut d'homme libre, pouvoir paternel, et quelques autres matières ; le droit des choses entre possession et biens sans maître, les obligations entre contrats et délits. Ces sections étaient à leur tour subdivisées, par exemple, les contrats étaient répartis en contrats réels, achat et vente, location et association tandis que les délits étaient subdivisés en agressions, vol et dommage aux biens²⁸. Sous chaque genre et chaque espèce dont chacun était caractérisé par ses principes directeurs, des exemples concrets étaient présentés, surtout des décisions de préteurs sur des cas d'espèce, mais aussi des actes législatifs des autorités tirées de recueils de documents plus anciens et des références à la tradition orale. La tâche majeure que l'auteur s'était assignée était de présenter des « définitions », comme il les appelait²⁹, c'est-à-dire des formulations précises de règles légales implicites dans les jugements d'espèce.

Dans l'œuvre de Q. Mucius Scaevola et de ses collègues juristes des II^e et I^{er} siècles avant J. C., non seulement le système de classification mais aussi la méthode d'approche pour formuler des règles spécifiques étaient dialectiques au sens large hellénistique. Des questions étaient posées, les avis de divers juristes étaient rassemblés et les solutions propres de l'auteur présentées. Par exemple, un juriste plus ancien avait résumé diverses décisions concernant la loi sur le vol, en disant que celui qui empruntait un cheval commettait un vol s'il menait l'animal à un endroit autre que celui convenu avec le propriétaire ou l'emmenait plus loin. Q. Mucius Scaevola revit ces décisions et plusieurs autres et en tira une formulation à la fois élargie et plus précise : quiconque reçoit une chose en dépôt et l'emploie, ou la reçoit pour s'en servir et l'emploie à une fin autre que celle convenue quand il l'a reçue, commet un vol³⁰. Cette définition couvre les prêts aussi bien que les dépôts et substitue le mot « chose » à celui de « cheval ».

Comme l'écrit le professeur Stein, « Conformément aux techniques aristotéliennes, Q. Mucius concevait sa tâche comme l'explication de ce qui s'était effectivement passé dans le processus légal »³¹. Il cherchait à remplir cette tâche en subdivisant genres et espèces jusqu'à ce qu'il parvienne au niveau des décisions spécifiques, il les classifiait et était alors capable de les expliquer en trouvant « une forme verbale qui incluait toutes les catégories affectées et excluait toutes les autres »³². Son objectif, comme celui des autres juristes qui lui succédèrent, était de formuler le droit préexistant et de définir ses limites exactes³³. Toutefois, l'ampleur de la généralisation était en raison inverse de son raffinement. On ne se référerait pas aux juristes romains de la période républicaine pour y trouver une discussion de concepts juridiques, « en fait, le notion de concept ne figurait pas dans leur outillage mental »³⁴.

Par la suite, dans les périodes classique et postclassique (du I^{er} au V^e siècle après J.C.), les juristes romains perfectionnèrent et développèrent les techniques dialectiques appliquées par leurs prédécesseurs républicains sans y apporter de changements fondamentaux. Il y eut une tendance à une abstraction quelque peu plus forte. Dans la première partie du II^e siècle, ils commencèrent à parler ouvertement de « règles » (*regulae*) et non plus uniquement de « définitions ». La différence entre les deux termes est subtile. Les définitions paraissent avoir été plus étroitement liées aux cas d'espèce qu'elles généralisaient. Les règles, bien que dérivées de cas d'espèce, étaient susceptibles d'être considérées indépendamment. Quelquefois elles furent recueillies dans des « livres de règles » qui étaient particulièrement utiles aux nombreux fonctionnaires subalternes de l'empire romain. Egalement on peut noter à cette époque la création de quelques écoles de Droit et, bien que leur orientation demeurât intensément pragmatique, elles conduisaient indubitablement vers des règles plus amples.

Des concepts aristotéliens tels que la « nature » d'une chose furent employés, par exemple, pour résumer les règles concernant ce qui peut être omis dans les clauses d'un contrat d'achat et vente ; Il fut dit que les termes qui « appartiennent naturellement » au type de contrats à conclure ne requièrent pas un accord explicite³⁵. Cependant, une seule catégorie de termes fut donnée comme « appartenant naturellement » à tous les types d'achat et de vente, c'était que le vendeur y ait titre. Divers types spécifiés impliquaient des garanties (comme nous dirions aujourd'hui), ils étaient énumérés séparément, par exemple, que l'animal soit sain ou que l'esclave ne soit pas coutumier de l'évasion. Parfois des règles communes furent élaborées pour régir diverses transactions, par exemple, les contrats de location et vente. Ce n'est que par occasions que les juristes romains s'aventuraient à postuler des principes larges qui semblaient embrasser le Droit tout entier.

Ainsi Gaius, le grand juriste et professeur de Droit du milieu du II^e siècle, écrit que les accords conclus « à l'encontre des règles du droit civil » étaient sans effet, impliquant par là, mais seulement impliquant, ce qui ne fut formulé explicitement qu'au XII^e siècle par les juristes scolastiques, que le Droit forme un système soli-

daire, un « corps ». Cette implication est présente également dans certaines règles très englobantes qui, lorsqu'on les abstrait des cas d'espèce pour lesquels elles avaient été généralisées en premier lieu, ont la forme succincte, épigrammatique de principes juridiques fondamentaux. Dans le Digeste de Justinien, le titre conclusif 50.17 « concernant diverses règles de la loi ancienne » recueille 211 règles larges de ce genre : « Personne n'est censé tromper celui qui sait et consent », « En matière douteuse, les interprétations les plus bienveillantes sont à préférer », « La bonne foi du possesseur lui confère autant que la vérité, lorsque la loi (*lex*) n'y met pas d'obstacle ».

Cependant, comme le montre Stein ³⁶, ces « maximes légales » comme on les a finalement appelées, ont une signification bien différente, en tant que principes abstraits, de celle qu'elles ont dans le contexte des cas d'espèce typiques où elles ont été formulées, contexte souvent reproduit dans les parties les plus anciennes du Digeste. C'est ainsi que la première des maximes citées ci-avant visait à l'origine le cas de quelqu'un qui achète de bonne foi un bien vendu par un débiteur défaillant dont les créanciers étaient consentants, car ces derniers ne pouvaient plus réclamer le bien vendu. La deuxième maxime se rapportait originellement aux legs, l'interprétation la plus bienveillante est celle qui bénéficie le plus aux légataires. La troisième se rapportait au possesseur de bonne foi d'un esclave acheté à quelqu'un d'autre. Si l'esclave a auparavant commis un vol, la victime a une action contre le possesseur actuel. En 530 après J. C., Justinien avait promulgué une constitution clarifiant la loi antérieure à ce sujet; cette constitution est la « loi » à laquelle la *regula* fait obliquement référence dans ses derniers mots.

Ce recueil de 211 affirmations sommaires de règles de l'ancien droit n'avait, dans l'esprit de Justinien, nullement l'intention d'induire à penser que ces règles eussent un sens indépendant des circonstances de fait auxquelles elles avaient été appliquées. La première des 211 maximes l'indique très clairement, il y est mentionné que le juriste Paul avait dit : « Une règle est quelque chose qui relate brièvement une affaire. Le bref résumé d'une affaire est communiqué au moyen de la règle... et si elle est inexacte en quelque point, elle perd son effet ». Autrement dit, les règles ne doivent pas être prises en compte hors du contexte des cas qu'elles évoquent sommairement. Cela est également montré par le fait que chaque règle est précédée d'un renvoi au contexte d'origine.

De plus, à l'exception de la toute première, lesdites règles sont présentées sans aucun système et certaines d'entre elles sont contradictoires ³⁷. Justinien avait annexé cette liste à sa vaste récapitulation du droit romain, en partie à titre d'ornement. Il est vraisemblable aussi que l'intention fut de les faire servir à la discussion, peut-être comme moyen de déplacer le fardeau de la preuve. Finalement, elles furent utiles à titre éducatif en aidant à mémoriser le vaste document. Il est certain qu'aucun juriste romain ne les a considérées comme des principes abstraits. En fait, la totalité du titre 50.17 du Digeste pouvait démontrer aux juristes romains du temps de Justinien la valeur de la célèbre règle de Javolenus citée dans ce même titre : « Toutes les

règles (*definitions*) en droit civil sont dangereuses car elles sont presque toujours susceptibles d'être perverties » (ceci, également, était sans doute destiné à devenir une « définition » spécifique) ³⁸.

Les juristes romains classiques et post-classiques considéraient une règle légale comme une généralisation des éléments communs à des décisions judiciaires dans une catégorie restreinte et spécifique de cas d'espèce. C'est seulement en limitant ainsi la portée des règles légales, qu'ils espéraient atteindre leur but qui était d'employer les méthodes grecques de classification et de généralisation, pour disposer d'une base rationnelle sur laquelle élaborer leurs décisions dans les situations concrètes. Les Grecs n'avaient jamais entrepris une telle rationalisation des décisions judiciaires et des règles de droit. Car pour eux, le raisonnement dialectique était une technique pour dériver des conclusions philosophiques, des « propositions », certaines à partir de prémisses agréées. Les Romains convertirent la dialectique des Grecs d'un art de la découverte en un art du jugement.

Il convient de distinguer nettement la casuistique judiciaire romaine de celle des juristes européens des XI^e, et XII^e siècles et des siècles suivants ainsi que de la méthode d'analyse des cas pratiquée de nos jours selon la *common law* par les légistes anglais et américains. D'une part, les Romains ne se servaient pas des cas d'espèce pour illustrer des principes ou pour ainsi dire, prendre un pas de recul pour voir leur application. D'autre part, ils réduisaient leurs constats de faits à de simples estimations, sans les traiter complètement, sans discuter des ambiguïtés et lacunes des constats, ni évoquer les formulations alternatives des questions juridiques impliquées ³⁹.

Max Weber va certainement trop loin en qualifiant l'emploi que les juristes romains faisaient des règles légales, de « simple juxtaposition et assimilation visuelle de l'analogie » ⁴⁰. Néanmoins, le fait qu'ils n'aient pas explicité les postulats et les raisons plus profondes sur lesquelles l'analogie reposait, voire le fait qu'ils n'aient même pas défini les termes juridiques les plus importants ⁴¹, conduisait à une étroitesse, une sécheresse de l'analyse des cas... et c'est précisément ce que souhaitaient les juristes romains ! Lorsque Cicéron plaida pour une systématisation plus complexe du Droit, avec des définitions claires et des règles légales abstraites, les juriconsultes « accueillirent ces exigences avec un silence poli » ⁴². Ils ne voyaient aucune raison de transformer le génie romain pour les jugements cohérents en un système philosophique. Ils avaient toutes raisons de douter de l'applicabilité des hautes sphères de la philosophie hellénistique aux besoins pratiques des tribunaux.

Les juristes de l'Europe occidentale, aux XI^e et XII^e siècles, poussèrent la dialectique grecque à un niveau beaucoup plus élevé d'abstraction. Ils entreprirent de systématiser les règles en un tout intégré, non pas simplement de définir les éléments communs aux catégories particulières des cas, mais aussi de synthétiser les règles en des principes et les principes à leur tour en un système complet, un corps de lois ou *corpus juris*. L'une des techniques des juristes scolastiques en vue d'une telle fin, fut

de traiter les *regulae* romaines, trouvées dans le titre 50.17 du Digeste et ailleurs comme des « maximes » légales, c'est-à-dire des principes indépendants, à validité universelle. Le mot « maxime » provenait de la terminologie aristotélicienne se référant à une « proposition maximum », c'est-à-dire l'un des « universaux ». L'écrivain romain, Boèce (480-524), auteur de traductions et commentaires en latin dans lesquels les érudits occidentaux apprirent leur Aristote depuis le VI^e siècle jusqu'au milieu du XII^e, écrivit qu'Aristote postulait certaines propositions évidentes par elles-mêmes et que de ces propositions maximum c'est-à-dire universelles... , l'on tire les conclusions de syllogismes »⁴³.

Au XII^e siècle, le grand logicien Pierre Abélard, dans ses *Dialectica*, décrivit une telle proposition maximum comme résumant le sens et la logique commune aux propositions particulières qui y sont impliquées. Par exemple, de la proposition « si ceci est un homme, c'est un animal », « si ceci est une rose, c'est une fleur », « si ceci est rouge, c'est une couleur », et d'autres propositions similaires où une espèce est antécédente à un genre, « la proposition maximum est induite, que ce qui est dit d'une espèce peut être dit d'un genre » « La maxime, écrit Abélard, contient et exprime le sens de toute conséquence telle et démontre la façon d'inférer commune aux antécédents »⁴⁴. De la même façon, les juristes de Bologne, contemporains d'Abélard, induisaient des principes universels à partir des implications de cas particuliers. C'était exactement à l'opposé de la conception romaine de la règle comme simplement « un bref compte-rendu des éléments d'une cause ». L'on supposait au contraire que la totalité du Droit, le *jus* entier, pouvait être induit par synthèse des caractéristiques communes de types spécifiques de cas.

Une logique analogue fut utilisée des siècles plus tard par les légistes anglais et américains pour tirer de décisions judiciaires particulières, des règles générales. Les logiciens contemporains appellent cela « généralisation existentielle »⁴⁵. Elle repose sur le principe général d'inférence que si un objet *a* d'un ensemble *M* a la propriété *F*, plusieurs objets ou, au moins, un des objets qui s'y trouvent ont ou a la propriété *F*. Les juristes scolastiques du XII^e siècle allaient plus loin, toutefois, que les praticiens de la *common law* en Angleterre et en Amérique, dans leur conviction que toute décision judiciaire ou loi est une espèce du genre Droit. Cela rendit possible pour eux d'utiliser n'importe quelle partie du Droit pour en construire l'ensemble, et en même temps d'employer le tout pour interpréter n'importe quelle partie. Ce furent cette conviction et cette méthode qui caractérisèrent l'approche par laquelle les juristes scolastiques analysèrent et synthétisèrent les textes retrouvés de Justinien. A ce moment là, la dialectique aristotélicienne, même avant la traduction des écrits principaux d'Aristote sur la logique, fut transposée en matière de Droit, avec un degré de synthèse bien plus élevé que celle des juristes romains dont on étudiait alors les œuvres⁴⁶.

Mais ces évolutions ont un autre aspect encore. Aristote avait dénié le caractère apodictique du raisonnement dialectique, ce dernier ne pouvait atteindre la certitude parce que ses prémisses n'étaient pas certaines. Les juristes de l'Europe occidentale,

au XII^e siècle, employèrent néanmoins la dialectique aristotélicienne pour démontrer ce qui est vrai et ce qui est juste. Ils mirent Aristote à l'envers en combinant raisonnement dialectique et raisonnement apodictique, les employant de concert à l'analyse et à la synthèse de règles juridiques.

A la différence des juristes romains et des philosophes grecs précédents, ils supposèrent que l'on peut prouver par la raison la vérité universelle et la justice universelle des textes juridiques faisant autorité. Pour eux, les édits et les *responsa* des lois romaines, prises tant isolément que globalement, constituaient, ce qui n'était jamais venu à l'idée des juristes romains mêmes, une loi naturelle écrite, *ratio scripta*, à tenir pour sacrée au même titre que la Bible, les écrits patristiques et les canons de l'Eglise. Puisque les normes légales romaines étaient vraies et justes, l'on pouvait en déduire de façon apodictique de nouvelles vérités justes. Mais comme elles présentaient des lacunes, des ambiguïtés et des contradictions, l'on pouvait en raisonner dialectiquement aussi, c'est-à-dire que ces problèmes devaient être posés, des classifications et des définitions élaborées, les opinions divergentes constatées et les conflits synthétisés.

C'était la première application systématique du célèbre aphorisme de Saint Anselme : *Credo ut intelligam*, « Je crois afin de comprendre ». La contradiction d'Aristote entre raisonnement dialectique et raisonnement apodictique était résolue du même coup. La méthode dialectique devint la méthode scientifique en matière de Droit, comme elle devint la méthode scientifique dans d'autres branches du savoir, y compris les sciences naturelles.

Les juristes scolastiques différaient des philosophes grecs, non seulement en ce qu'ils pensaient pouvoir dégager des principes légaux universels en raisonnant à partir de textes vénérés mais aussi dans l'idée qu'ils se faisaient de la nature de tels principes universels. Platon avait postulé que les universaux existaient dans la nature, que l'idée de justice ou de beauté, l'idée de triangle, l'idée de couleur, l'idée d'une rose et autres généralités dans l'esprit des gens sont des reflets imparfaits de « paradigmes » ou de « formes » qui existent en tant que réalités extérieures. Cette vue « réaliste » des idées universelles, comme on l'appela par la suite en Occident (aujourd'hui, on la qualifierait d'idéaliste) n'était pas pleinement partagée par Aristote mais les divergences entre Platon et Aristote étaient dissimulées dans les seules versions de l'œuvre d'Aristote connues jusqu'à peu de temps avant la fin du XII^e siècle, à savoir les traductions et commentaires de Boèce ⁴⁷.

C'est pourquoi les philosophes chrétiens occidentaux ont cru que Platon et Aristote étaient des « réalistes ». Bien que quelques-uns d'entre eux aient émis des doutes sur la « réalité » des universaux, la première attaque résolue et systématique des positions « réalistes » fut lancée aux XI^e et XII^e siècles, surtout par Abélard. Il nia la réalité externe des caractéristiques communes qui définissent une catégorie de substances spécifiques. Il soutenait que seules les substances existent en dehors de l'esprit humain et que les universaux sont des noms (*nomina*) inventés par l'esprit pour évoquer les similarités ou les relations existant parmi les objets qui composent

une catégorie. Certains « nominalistes » niaient que les universaux aient une signification quelconque. Abélard, quant à lui, affirmait que les noms ont effectivement une signification, en ce qu'ils caractérisent les unités incluses dans une classe, mais qu'ils n'ont pas d'existence autre que d'être attribués à ces unités distinctes. Ainsi, « bonté » et « société », « couleur » et « rose » ne se situent ni dans le monde physique ni dans quelque monde idéal de formes mais sont des qualités générales que l'intellect humain attribue aux actes bons, ou aux individus vivant en relations sociales les uns avec les autres, ou à certains pigments particuliers, ou à des roses prises isolément.

Le nominalisme a joué un rôle indispensable dans le mouvement de systématisation du Droit. Car le réalisme au sens platonicien, si séduisant qu'il soit en tant que métaphysique, était totalement étranger aux efforts des juristes du douzième siècle attelés à la tâche de classer, diviser, distinguer, interpréter, généraliser, synthétiser et harmoniser la masse énorme de *décisions*, coutumes, canons et décrets, rescrits et lois, matériaux qui constituaient l'ordre légal de leur temps. S'ils avaient postulé, à la façon platonicienne, la réalité externe de la justice, de l'égalité, la cohérence, la régularité de procédure et d'autres principes universels, ils se seraient livrés à un exercice académique futile. Un tel système n'aurait été d'aucune utilité pour les entités politiques émergentes, tant ecclésiastiques que temporelles.

Ce dont on avait besoin, c'était le génie hellénique de classification et de généralisation mais sans la croyance en ce que les classifications et les généralisations refléteraient des réalités du monde extérieur, en un mot, sans le réalisme platonicien. Dans le Droit, un tel naturalisme n'aurait pu aller bien au delà de la casuistique des *regulae* des jurisconsultes romains. Les nominalistes, par contre, bien qu'ils partageassent avec les réalistes un souci profond d'établir des principes généraux et de prouver la validité de concepts généraux, n'en niaient pas moins que de tels principes et concepts eussent une existence réelle en tant que tels. Les nominalistes pensaient que les universaux sont un produit de l'intellect par la raison et la volonté et, par conséquent, sont révisables par la raison et la volonté, mais en même temps sont inhérents aux particularités qu'ils caractérisent et donc peuvent être testés selon ces particularités.

Un nominalisme extrême va jusqu'à nier que « le tout soit plus grand que la somme de ses parties » mais un nominaliste modéré comme Abélard soutient que le tout **est dans** les parties et les maintient unies, de sorte que les parties prises isolément les unes des autres (et non en tant que partie) ne sont pas aussi grandes que les parties prises en relation les unes avec les autres.

Ainsi les parties ne sont pas, à strictement parler, dérivées du tout (déduction) ni le tout, à strictement parler, n'est dérivé des parties (induction) mais le tout, ce sont les parties interagissant les unes sur les autres. Ce nominalisme d'après Abélard était naturellement approprié à la systématisation et la synthétisation du Droit ; car en Droit, il ne peut y avoir une telle séparation entre l'ensemble et les parties, entre le

général et le particulier, entre la forme et la substance, entre les fins et les moyens, séparation inhérente aux philosophies réalistes.

Les paradoxes implicites dans la combinaison des universaux et des particularités se rattachaient étroitement aux paradoxes de la combinaison du raisonnement apodictique et du raisonnement dialectique. Les deux se rattachaient, à leur tour, au paradoxe implicite dans la synthèse scolastique entre la foi et la raison. La dialectique scolastique était davantage qu'une méthode de raisonnement et davantage qu'une façon d'organiser la pensée. Ses critères étaient moraux autant qu'intellectuels, c'était un procédé pour évaluer la justice, et non seulement la vérité. Ainsi les antithèses scolastiques incluaient non seulement le général contre le particulier, l'objet contre le sujet, l'argument contre la réplique, mais aussi la loi stricte contre la dispense dans les cas exceptionnels, la règle absolue contre la règle relative, la justice contre la compassion, la loi divine contre la loi humaine.

Ces « oppositions » et d'autres semblables étaient employées comme des voies ouvertes vers la conciliation logique entre des textes contradictoires mais elles servirent aussi à façonner les institutions tant de l'Eglise que de la société séculière de telle sorte qu'elles manifestent l'existence de valeurs alternatives. Car Dieu lui-même était représenté comme un dieu à la fois de justice et de pitié, à la fois de loi stricte et d'équité. Les paradoxes de la justice divine furent pour la première fois systématiquement appliqués aux lois humaines. Ainsi le système de pensée scolastique était-il non seulement une méthode mais une jurisprudence et une théologie.

L'APPLICATION DE LA DIALECTIQUE SCOLASTIQUE A LA SCIENCE DU DROIT

Probablement l'exemple entre tous le plus frappant du rôle de la dialectique scolastique dans la formation de la science juridique occidentale est-il le grand traité du moine de Bologne, Gratien, écrit vers 1140 et intitulé de façon caractéristique *Une Concordance entre des Canons discordants* ⁴⁸. Cet ouvrage qui, dans une édition moderne, couvre plus de 1400 pages imprimées ⁴⁹, a été le premier traité juridique global et systématique de l'histoire de l'Occident et peut-être du monde, si l'on entend par « global » l'essai d'embrasser virtuellement tout le système des lois d'une entité politique donnée, et si par « systématique » on entend l'effort explicite de présenter ce complexe juridique comme un corps unique dont toutes les parties sont considérées comme agissant les unes sur les autres afin de former un tout.

Avant le siècle précédent (le XI^e), il n'y avait eu aucune tentative de rassembler toutes les lois de l'Eglise en un seul livre ou en plusieurs, et dans les collections partielles qui existaient, les lois (typiquement appelées *canones*, « règles ») étaient présentées chronologiquement. Vers 1012, l'évêque de Worms, Burchard, avait fait un ample recueil, appelé *Decretum* (il compte quelque cinq cents pages dans une édition imprimée, disposé non pas chronologiquement mais suivant diverses catégories

dont la fonction épiscopale, l'ordination des personnes, les églises, le baptême, l'eucharistie, l'homicide, l'inceste, les moines et moniales, les sorcières, l'excommunication, le parjure, le jeûne, l'ivrognerie, les laïcs, les accusateurs et les témoins, la fornication, la visite des malades, la pénitence et la contemplation (dans cet ordre)⁵⁰. Burchard ne distingua pas le Droit de la théologie et ne tenta pas de présenter explicitement une ou plusieurs théories juridiques. Il reproduisait, sans commentaires, des textes des Ecritures, des canons de conciles œcuméniques ou locaux, des décrets de papes, des règles contenues dans divers pénitentiels, et d'autres sources.

Puis en 1095, Yves, évêque de Chartres, fit une collection du même genre, appelée aussi *Decretum*, suivie quelques années après d'une autre encore intitulée *Pan-normia*. L'une et l'autre comportaient plus de commentaires que jamais auparavant on n'en avait faits et couvraient un plus ample domaine, y compris de nombreuses règles concernant le vol, certains types de transactions volontaires, la possession, le jugement et une variété d'autres sujets⁵¹. Dans le prologue à son *Decretum*, Yves déclarait qu'il essayait d'unifier les lois ecclésiastiques « en un seul corps ». Il fut le premier à exposer des passages incompatibles entre autorités et suggérait quelques critères d'après lesquels on pourrait les concilier. Les admonitions, disait-il, devaient céder la place à des déclarations de loi et les indulgences ne devaient pas recevoir la force exécutoire des règles générales. En outre il faudrait considérer si un canon particulier est ou non révoquant et si l'intention existait d'en accorder des dispenses dans certaines circonstances.

Gratien construisit sur les fondations d'Yves⁵². Il avait aussi à sa disposition les travaux des glossateurs du droit romain, en particulier de son compatriote Irnerius. Au temps de Gratien, Irnerius et ses successeurs à l'école de Droit de Bologne avaient pendant quelques décennies travaillé à contre-indexer et à gloser les textes romains, ainsi qu'à formuler des principes généraux pour les expliquer. Gratien, cependant, appliquait une méthode de systématisation différente de tous ses prédécesseurs. A la différence des romanistes, il n'avait pas un texte prédéterminé mais devait fouiller par lui-même, parmi de nombreuses sources écrites, les canons qu'il souhaitait systématiser. Il recueillit et analysa environ 3.800 textes canoniques, y compris plusieurs datant d'avant l'histoire de l'Eglise.

Mais il ne les groupa pas suivant les catégories habituelles, soit des recueils canoniques antérieurs (ordination, mariage, pénitence etc.), soit du droit romain (personnes, choses, obligations, succession, crimes, etc.). Ses catégories étaient d'une part, plus englobantes : la première partie de l'ouvrage était disposée en 101 divisions (*distinctiones*) dont les 20 premières analysaient et synthétisaient des déclarations faisant autorité concernant la nature du droit, les diverses sources de la loi et les relations entre les différentes sortes de lois, pendant que les 81 suivantes traitaient de la juridiction des divers offices à l'intérieur de l'Eglise et d'autres règles concernant le personnel ecclésiastique.

Les catégories de Gratien étaient d'autre part, plus fonctionnelles que celles dont on s'était servi auparavant dans la littérature juridique. Dans la deuxième partie de l'ouvrage, il exposa 36 cas complexes spécifiques (*causae*) dans chacun desquels se posaient des problèmes difficiles (*quaestiones*). Il les analysait en présentant des autorités patristiques, conciliaires et papales, pour et contre, conciliant les contradictions lorsque c'était possible et sinon les laissant non résolues, offrant des généralisations et parfois harmonisant les généralisations ⁵³.

La troisième partie revenait à la forme des distinctions, et Gratien inséra encore une autre section présentée dans la deuxième partie sous forme de distinctions. Ces variations affectèrent la symétrie de l'ouvrage mais non son intégrité fondamentale dans la reformulation du Droit. Le meilleur exemple de cette méthode plus engageante d'analyse et de synthèse se situe dans les vingt premières distinctions où sont identifiées diverses espèces de loi (loi divine, loi naturelle, loi humaine, lois de l'Eglise, lois des princes, loi promulguée, droit coutumier) avec définition des relations entre elles. Gratien, évidemment, n'avait pas inventé ces catégories : les juristes romains avaient adapté à leur usage propre les distinctions aristotéliennes entre loi naturelle et droit positif, droit universel et droits nationaux, droit coutumier et loi promulguée, et la distinction entre loi divine et loi humaine avait toujours existé dans l'Eglise. Mais Gratien était le premier à explorer systématiquement les implications juridiques de ces distinctions et à classer les sources de Droit en un ordre hiérarchique.

Il commençait par intercaler le concept de loi naturelle entre loi divine et loi humaine. La loi divine est la volonté de Dieu réfléchi dans la révélation, spécialement la révélation de l'Écriture Sainte. La loi naturelle aussi reflète la volonté de Dieu, cependant elle se trouve à la fois dans la révélation divine et dans la raison et la conscience de l'homme. De cela, Gratien pouvait conclure que les lois (*leges*) des princes (c'est-à-dire des autorités séculières) ne devraient pas prévaloir sur le droit naturel (*jus naturale*) ⁵⁴. De même la loi ecclésiastique ne doit pas contrevenir à la « loi » naturelle ⁵⁵. Il écrivait « *Jus*, le Droit, est le genre, *lex*, la loi, en est une espèce ⁵⁶.

Gratien concluait aussi que, relevant de la loi naturelle, « les princes sont tenus de vivre conformément aux lois qu'ils édictent » ⁵⁷. Ce principe avait été formulé également par Yves de Chartres et par Burchard. Dans sa forme stricte, que les princes sont « liés » par leurs lois, il ne faisait pas partie des droits anciens, romain ou germanique. Il y avait des passages, dans des écrits précédents, signifiant qu'un bon prince ou empereur devrait, selon la morale, observer ses propres édits mais il était généralement affirmé que, selon le Droit, il en était dispensé ⁵⁸. Dans la nouvelle théorie, au contraire, bien que le législateur pût changer les lois anciennes dans des formes légales, il ne pouvait pas légalement les ignorer à son gré. De plus, déclare Gratien, les lois (*leges*) et les édits (*constitutiones*) des princes devaient se conformer aux lois et aux édits ecclésiastiques ⁵⁹. Quant aux coutumes (*consuetudines*),

elles étaient subordonnées non seulement à la loi naturelle mais également aux lois promulguées, tant civiles qu'ecclésiastiques ⁶⁰.

La théorie subordonnant le droit coutumier à la loi naturelle fut l'un des plus grands apports des canonistes. Du vivant de Gratien, le droit en vigueur était coutumier en majeure partie, c'est-à-dire que la plupart des règles légales étaient obligatoires non parce que promulguées par les autorités politiques, tant ecclésiastiques que temporelles, mais parce qu'elles étaient des pratiques tenues pour obligatoires par les collectivités où elles étaient en vigueur. Les lois édictées étaient relativement rares, d'ailleurs pour la plupart elles étaient justifiées en tant que reformulations de la coutume traditionnelle. La théorie de Gratien et de ses collègues canonistes fournit une base pour repérer et éliminer les pratiques non conformes à la raison et à la conscience. Des critères précis furent élaborés pour déterminer la validité d'une coutume : son ancienneté, son extension, l'uniformité de son application, sa rationalité, critères qui restent usités au XX^e siècle. Cela signifia que la coutume perdait son caractère sacré : une coutume pouvait être valide ou ne pas l'être.

Ainsi les canonistes, comme le dit Gabriel Le Bras, « biffèrent de la liste des principes de perpétuelle validité, les éléments variables du droit qui avaient été révélés par des circonstances particulières de lieu, de moment, de personnes, et dont le caractère obligatoire pouvait être rendu raisonnable par d'autres dispositions. Cela revenait à admettre la relativité des règles et fournit une méthode technique pour harmoniser les contradictions ⁶¹. « Deux règles contradictoires peuvent être vraies toutes deux » observait Gratien, dans le prologue à « Concordance de Canons Discordants », « si elles se rapportaient à une loi qui était "variable" et que la contradiction provînt d'une dispense dans un cas particulier ».

L'insistance de Gratien sur la loi naturelle et la raison dérivait en partie de la philosophie grecque à travers les stoïciens. De plus, le droit de Justinien récemment retrouvé comportait maintes références à la loi naturelle et à la raison, et de remarques à leur propos mais ces concepts n'y étaient nulle part développés en un système quelconque. Les sources du Droit étaient bien énumérées mais sans être organisées suivant une hiérarchie ou un autre plan. Les jurisconsultes romains n'étaient pas philosophes et les philosophes grecs n'étaient pas juristes, mais au XII^e siècle les canonistes et les romanistes de l'Europe occidentale combinaient la capacité grecque pour la philosophie avec la capacité romaine pour le Droit.

Au surplus, ils approfondirent les concepts antérieurs de raison et d'équité, en leur ajoutant le concept judaïque et chrétien de conscience, auquel ils rattachèrent la compassion et l'amour. Enfin ils identifièrent spécifiquement la distinction entre la loi positive et la loi naturelle, en l'appliquant à la loi édictée (*lex*) par rapport au système de justice ou rectitude (*jus*). Les princes et les autres autorités temporelles ainsi que les autorités ecclésiastiques, papes, conciles locaux, évêques, édictaient des lois et des décrets sur des sujets divers mais le corps du Droit, que ce soit l'ensemble du droit romain, *corpus juris romani* (comme on l'appela désormais) ou l'ensemble ré-

cemment rénové du droit canonique, *corpus juris canonici* (comme on l'appela un siècle plus tard) était sacré; et la validité d'une loi édictée dépendit de sa conformité au corps de la loi humaine totale qui à son tour devait se conformer à la fois à la loi divine et à la loi naturelle.

La subordination du droit positif à la loi naturelle fut renforcée par le dualisme de la loi séculière face à la loi ecclésiastique non moins que par la coexistence d'autorités temporelles rivales. L'Eglise affirma que les lois séculières qui contredisaient des lois de l'Eglise étaient invalides. Les princes ne cédèrent pas toujours à cette prétention. Néanmoins, eux-mêmes avaient la même ambition à l'encontre d'autorités temporelles adverses comme les seigneurs féodaux ou les communes urbaines, et parfois à l'égard de lois des autorités ecclésiastiques de leur niveau. Etant donné qu'il y avait pluralité de systèmes légaux, les victimes de pouvoirs injustes pouvaient se soustraire à leur juridiction en s'adressant à une autre au nom de la raison et de la conscience.

Les lois de l'Eglise elle-même devaient être évaluées en fonction de leur conformité à la loi naturelle. Gratien écrivit que « les édits, qu'ils soient ecclésiastiques ou séculiers, si on les démontre contraires à la loi naturelle, doivent être totalement rejetés »⁶². Toutefois, rares étaient les personnes en mesure de dire avec autorité qu'une ordonnance ecclésiastique était contraire à la loi naturelle, car le pape n'était pas seulement le suprême législateur dans l'Eglise mais aussi le vicaire et le représentant du Christ sur terre. Aux XII^e et XIII^e siècles, au moins, la plupart des hommes qui servaient de fonctionnaires, de juges et de conseillers de rois ou d'empereurs, étaient des clercs qui devaient au moins la moitié de leur allégeance au pape. Cependant, des autorités séculières défièrent parfois des édits ecclésiastiques en arguant qu'ils étaient contraires à la loi naturelle. La théorie de la relativité des lois était ainsi basée en partie sur la politique de systèmes légaux concurrents. Mais elle l'était aussi en partie sur la dialectique scolastique qui fournissait une méthode pour placer tant les lois coutumières que les lois édictées dans un cadre théorique plus large concernant la nature et la source du droit.

Un bon exemple de la seconde, par ordre d'importance, des méthodes de systématisation pratiquées par Gratien, celle qu'il met en œuvre dans la deuxième partie de son ouvrage, spécifiquement l'analyse et la synthèse de solutions opposées à l'égard de problèmes (questions) de loi, est sa discussion de l'affirmation que les clercs ne doivent pas lire de littérature profane⁶³. Après avoir posé le problème, Gratien cite les déclarations de conciles, de pères de l'Eglise, et autres, ainsi que des exemples tirés de l'Ecriture ou de l'histoire de l'Eglise, toutes tendant à montrer que les prêtres ne doivent pas lire d'écrits profanes. Ensuite, il cite des déclarations et des exemples en sens inverse. Après chaque citation ou exemple, Gratien propose sa propre interprétation.

Ainsi, il commence par la résolution du concile de Carthage « Un évêque ne devrait pas lire les livres de païens ». Dans sa glose, il remarque que rien n'est dit à

propos de livres d'hérétiques qui pourraient être lus « avec soin, soit par nécessité soit pour quelque raison spéciale ». Il commente ensuite le mot « nécessité » comme signifiant que les prêtres peuvent lire les livres d'hérétiques « afin de savoir comment en parler correctement ». Une glose plus importante accompagnant la formulation du problème même, résume l'interprétation de toutes les autorités excluant la lecture de littérature profane « Le plaisir seul semble être prohibé ». Finalement, Gratien offre sa conclusion « résolvant l'opposition » en déclarant que quiconque (et pas seulement les prêtres) devrait apprendre le savoir profane, non pour le plaisir mais pour l'instruction afin que ce qui s'y trouve puisse être tourné au profit de l'enseignement sacré. Ainsi Gratien utilisait des principes et des concepts généraux pour synthétiser des doctrines opposées non seulement pour déterminer laquelle était erronée mais aussi pour tirer du conflit une tierce et nouvelle doctrine ⁶⁴.

Bien d'autres exemples pourraient montrer comment la méthode scolastique fut appliquée à des problèmes juridiques afin de dénouer des contradictions entre des textes autorisés et en dégager de nouvelles doctrines. L'exemple suivant, tiré non seulement de Gratien mais d'autres canonistes et de romanistes des XII^e et XIII^e siècles, montre les ressemblances entre la technique juridique des juristes scolastiques et la technique juridique moderne. Aussi bien l'ancien que le nouveau Testament interdisent de tuer, pourtant l'un et l'autre donnent des exemples où la force est approuvée. Le droit romain, au contraire, bien qu'il ne visât point à poser des critères moraux, contient une règle : *Vim vi repellere licet*, (il est permis d'user de la force pour repousser la force). Comme les règles légales romaines en général, celle-ci n'était pas supposée concrétiser un principe général ou un concept mais était cantonnée dans les types de situations analogues à celles où elle avait été formulée, principalement la règle de la *Lex Aquilia*, qu'un homme pouvait recourir à la force physique pour protéger sa propriété contre une usurpation.

Les juristes européens des XII^e et XIII^e siècles convertirent la règle légale romaine en un principe général qu'ils mettaient en regard des paroles prétendues pacifistes de Jésus (présente l'autre joue). Et des deux maximes opposées, ils développèrent une conception générale de justification pour un usage limité de la force, applicable à toute une série de catégories apparentées, systématiquement présentées comme la force nécessaire pour faire appliquer la loi, pour se défendre soi-même, pour défendre quelqu'un d'autre, pour protéger ses biens ou pour protéger la propriété d'autrui. Ces principes étaient appliqués en droit civil et pénal mais aussi dans les problèmes politiques et théologiques concernant une « juste guerre » ⁶⁵.

Ce sont là des exemples assez simples de la technique scolastique en face d'une *quaestio* se rapportant à des passages contradictoires d'un texte autorisé, suivie d'une *propositio* exposant des références et des raisons en faveur d'une position, puis d'une *oppositio* donnant références et raisons à la vue contraire, aboutissant à une *solutio* ou *conclusio* où il est montré soit que les raisons avancées dans l'*oppositio* ne sont pas vraies soit qu'à la lumière de l'*oppositio*, la *propositio* doit être modifiée ou abandonnée. D'habitude, la méthode pour poser des « questions

discutées » était beaucoup plus complexe ⁶⁶. Fréquemment, le professeur ou l'auteur posait non pas un problème mais plusieurs problèmes connexes l'un après l'autre. L'argumentation était alors faite par deux groupes, comme s'ils étaient le plaignant et le défendant dans un procès. Les pour et les contre étaient rangés en deux fronts de bataille ⁶⁷. A l'appui de chaque argument, des règles de Droit étaient citées, et parfois des douzaines de telles *allegations* étaient avancées à l'appui d'un seul argument pour ou contre. La plupart des termes caractéristiques de l'argumentation étaient, comme l'a montré Hermann Kantorowicz, tirés de la littérature accessible sur la dialectique grecque ou de textes romains de Justinien ou des deux ⁶⁸.

Ce qui était entièrement nouveau, lorsque la méthode fut inventée par les juristes dans le deuxième quart du XII^e siècle ⁶⁹, c'était d'assembler tous ces termes dans une structure hautement complexe imitant les plaidoyers et les argumentations devant un tribunal, dans des causes difficiles. La similitude n'était pas fortuite. Kantorowicz pense que le style fut d'abord fixé dans des litiges réels puis imité dans les salles de classe et enfin dans le littérature, comme le style des almanachs anglais de 1280 à 1535 fut probablement emprunté à des notes d'étudiants assistant à des procès devant les tribunaux du roi ⁷⁰. Mais cela laisse ouverte la question de savoir pourquoi la discussion à la barre prit la forme de toute une batterie de propositions pour et contre, avec de multiples citations, des procédures imbriquées et des synthèses complexes.

Certainement, une partie de la réponse est que les *quaestiones disputatae* représentèrent le lien principal entre la loi écrite de Justinien et son application dans les prétoires royaux. C'est ainsi que l'on trouva le courage de tirer des analogies hardies, de brandir des principes altiers d'équité, de combler les *lacunae* du Droit à force d'intuition et d'imagination. Par conséquent, l'importance historique de ces « questions » comme facteur dynamique dans l'adaptation du droit romain aux vues et circonstances changées et toujours changeantes du moment, fut assurément considérable ⁷¹. La même audace et les mêmes techniques furent apportées à l'adaptation des principes de la Bible, des pères de l'Eglise et du droit canon aux nouvelles conditions d'existence.

En dehors de l'élaboration des principes juridiques généraux sous-tendant les règles applicables aux cas concrets, les juristes des XII^e et XIII^e siècles, tant canonistes que romanistes, définirent des concepts généraux comme celui de la représentation, celui de la personnalité civile et celui de la juridiction. Ici encore, pendant que le droit romain de Justinien fournissait la terminologie de base et que la dialectique grecque de Platon et d'Aristote fournissait la base de la méthode, la combinaison des deux, dans un contexte social entièrement différent, produisit quelque chose de complètement neuf.

Par exemple, les juristes romains avaient posé diverses règles sous lesquelles un esclave pouvait agir au nom de son maître, en tant que son agent, et le maître était valablement engagé mais ils n'avaient formulé aucune définition de la délégation ou

de la représentation. De façon analogue, ils avaient décrit diverses situations où un groupe de personnes devait être traité comme une unité collective, telle qu'une *societas* (partenariat) mais ils n'avaient pas présenté de définition générale de la société de droit commercial ou firme (en anglais *corporation*) dotée de personnalité civile et n'avaient pas élaboré l'idée de responsabilité limitée.

Le droit romain de Justinien n'avait même pas le concept de contrat; il présentait plusieurs types spécifiques de contrats mais qui n'étaient pas subordonnés à la conception de l'obligation de tenir sa promesse, de sorte que, si un accord conclu ne relevait pas de l'un des types de contrat en question, par le fait même ce n'était pas un contrat ⁷². Il serait totalement injustifié de dire qu'il n'y avait pas de concepts généraux dans le droit romain au temps de Justinien et auparavant. Au contraire, les jurisconsultes romains débattaient âprement de situations où un contrat serait nul pour cause « d'erreur », de situations où l'exécution d'une obligation informelle est requise par la « bonne foi », et d'autre divers types de situations où l'issue légale impliquait la référence à de tels concepts.

Et même, le droit romain depuis les temps anciens, était imprégné de concepts comme la propriété, la possession, le délit, la fraude, le vol et des douzaines d'autres. C'était sa grande vertu. Néanmoins, ces concepts n'étaient pas considérés comme des idées imprégnant les règles et déterminant leur efficacité concrète. On ne les envisageait pas philosophiquement. Les concepts intrinsèques au droit romain ainsi que ses nombreuses règles légales, étaient liés à des situations typiquement caractérisées. Le droit romain consistait en un réseau compliqué de règles mais ces dernières n'étaient pas présentées comme un système intellectuel mais plutôt comme une mosaïque de solutions pratiques à des problèmes spécifiques de justice. Ainsi l'on pourrait dire que, bien qu'il y eût des concepts dans le droit romain, il y manquait le concept de concepts.

A l'inverse, les juristes européens qui firent renaître l'étude du droit romain aux XI^e et XII^e siècles, entreprirent de systématiser et d'harmoniser ce gigantesque réseau de règles, en termes à la fois de principes et de concepts généraux en recourant à des méthodes inspirées de celles de leurs collègues en théologie, occupés à systématiser et à harmoniser l'Ancien et le Nouveau Testaments, les écrits patristiques et d'autres textes sacrés. Les juristes partirent de l'idée qu'un concept juridique est un concept, et du principe que le Droit a des principes. Cela représentait bien davantage que l'adjonction d'une dimension philosophique au style plus pragmatique des textes romains.

Cela changea radicalement la signification des problèmes légaux quotidiens comme par exemple : « Quels sont mes droits si mon débiteur ne règle pas ce qu'il me doit ? ». Les lois romaines pouvaient encore être citées mais elles seraient soumises à interprétation à la lumière de ce que l'on percevait des objectifs sous-jacents, et de leur relations avec d'autres parties du système entier. Par exemple, alors que la loi romaine pouvait requérir du débiteur qu'il paie même s'il avait une créance valide sur son créancier, le laissant ainsi libre mais responsable d'intenter de

son côté une action en remboursement, les romanistes et les canonistes européens appliqueraient le concept de mutualité des obligations contractuelles, basé en dernière analyse sur le principe de bonne foi.

La conceptualisation de termes généraux juridiques, tout comme la formulation de principes généraux sous-tendant les règles de Droit, était étroitement liée non seulement à l'intérêt renaissant pour la philosophie grecque mais également aux évolutions en théologie. Et tant les aspects philosophiques que théologiques se rattachaient directement aux grands changements de la vie politique, économique et sociale qui constituèrent la révolution papale. Surtout, la coexistence et la compétition de nouvelles unités politiques centralisées, ecclésiastiques et civiles, rendaient important d'explicitier des principes. C'est ainsi que l'Eglise, au XI^e siècle, fut la première collectivité à s'affirmer une *universitas*, un corps juridique homogène et structuré. L'autorité des évêques et des prêtres, jusque là découlant seulement du sacrement d'ordination, fut considérée comme dérivant d'une juridiction. Ils furent dorénavant nommés avec l'assentiment de la papauté « par la grâce de Dieu et du siège apostolique » et ne pouvaient être destitués que par la papauté. Un évêque était considéré comme un dignitaire exerçant une fonction officielle de la collectivité ecclésiastique. Sa « juridiction » comportait le pouvoir et le devoir de juger les causes dans son tribunal, suivant les règles d'un corps universel de lois substantielles et procédurales, avec un droit automatique d'appel à la Curie pontificale.

Un processus semblable de conceptualisation eut lieu dans le développement des systèmes légaux séculiers. Les mêmes termes, tirés largement du droit romain, furent employés dans la formulation de principes généraux et, à l'occasion, dans la formation de concepts généraux. Principes et concepts furent ensuite utilisés comme bases d'extrapolations de nouvelles applications. Ce développement révolutionna la science juridique. Il signifiait que le sens d'une règle pouvait être examiné et sa validité démontrée, en montrant sa cohérence organique avec les principes et les concepts du système dans sa totalité.

LE DROIT, COMME PROTOTYPE DE LA SCIENCE OCCIDENTALE

Les juristes scolastiques créèrent une « science » du Droit, au sens moderne du mot en Occident plutôt qu'au sens platonicien ou aristotélicien du terme. Pour Platon, la science était la connaissance de la vérité, dérivée par déduction du général au particulier. Aristote, tout en soulignant la méthode d'observation et d'hypothèse, insistait sur la recherche de la vraie cause ou nécessité qui produit une certaine substance ou conclusion. Pour Aristote, le modèle suprême de la science était la géométrie. Pour l'homme moderne, la certitude même des mathématiques, le fait qu'elles soient fondées sur leur logique interne et non sur la faillible observation humaine, les font apparaître plutôt comme un langage ou une philosophie que comme une science. La science moderne occidentale, à la différence de celle d'Aristote, se

concentre sur la formulation d'hypothèses qui puissent servir à mettre en ordre des phénomènes dans le monde du temps et donc dans un monde de probabilités et de prédictions plutôt que de certitudes et de nécessités. La science des juristes scolastiques était précisément ce genre-là de science. Elle usait du mode dialectique pour établir des principes juridiques généraux en les rattachant à des prédicats particuliers.

Ce n'était évidemment pas une science « exacte », comme la physique et la chimie contemporaines et elle n'était pas susceptible de recourir au genre d'expérimentation en laboratoire qui caractérise plusieurs sciences naturelles (mais pas toutes), encore qu'elle se servît de modes d'expérimentation qui lui étaient propres. De plus, elle s'intéressait à l'édification d'un système d'observation des phénomènes « sociaux », les institutions juridiques, plutôt que ceux du monde de la matière. Néanmoins, comme les sciences naturelles qui s'épanouirent dans son sillage, la nouvelle science du Droit combina les méthodes empiriques et les méthodes théoriques.

Une science, au sens moderne occidental de ce mot, peut se définir au moyen de trois jeux de critères, critères méthodologiques, critères de valeurs et critères sociologiques. Par l'ensemble de ces trois jeux de critères, la science des juristes d'Europe occidentale au XII^e siècle eut pour progéniture les sciences modernes.

Caractéristiques méthodologiques de la science du Droit

Une science au sens moderne du terme en Occident peut se définir en termes méthodologiques, comme : 1) un corps de connaissances intégré, 2) dans lequel des occurrences particulières de phénomènes sont expliquées systématiquement, 3) en termes de principes généraux ou vérités (« lois »), 4) dont la connaissance (tant des phénomènes que des principes généraux) a été obtenue par une combinaison d'observation, d'hypothèse, de vérification et le plus largement possible d'expérimentation. Toutefois 5) la méthode scientifique d'investigation et de systématisation, en dépit de ces caractéristiques communes, n'est pas la même pour toutes les sciences mais doit être adaptée aux espèces particulières d'occurrence des phénomènes sous observation dans chaque science particulière. Cette définition rejette l'opinion populaire actuelle, surtout aux Etats-Unis et en Angleterre, que seules les méthodes appropriées aux sciences naturelles et surtout à la physique et à la chimie, peuvent être proprement dites « scientifiques ».

Par chacun des cinq critères énumérés ci-dessus, les recherches érudites et les écrits des juristes d'Italie, de France, d'Angleterre, d'Allemagne et d'autres juristes des XI^e, XII^e et XIII^e siècles, tant canonistes que romanistes, ont constitué une science du Droit. Les phénomènes étudiés étaient les décisions, les règles, les coutumes, les lois écrites et les autres données légales promulguées par les conciles, les papes et les évêques, non moins que par les empereurs, les rois, les ducs, les magistrats municipaux et les autres dirigeants temporels, ou qui furent trouvés dans

l'Écriture Sainte, le droit romain de Justinien et les autres sources écrites. Ces matériaux juridiques étaient traités par les juristes comme des données à observer, à classer et à systématiquement expliquer selon les principes et les concepts généraux de vérités. Les explications étaient soumises à vérification en termes de logique et d'expérience. Dans la mesure où des exemples positifs de leur application pouvaient être fournis et leurs effets mesurés, une sorte d'expérimentation était également pratiquée.

L'originalité de la contribution des juristes du XII^e siècle à la pensée scientifique résidait dans leur construction de principes généraux qui fussent validés par l'évidence du réel et dans l'utilisation de ces principes pour expliquer ce qui est évident et l'extrapoler. Ils furent les premiers savants occidentaux à voir et à développer non seulement des critères empiriques de validité des principes généraux mais aussi l'utilisation empirique de ces principes. Que les données empiriques qu'ils examinèrent aient été des lois en vigueur, des coutumes et des décisions judiciaires, ne rend que plus étonnante leur réussite. La méthode alternative disponible, dérivée par eux de la pensée platonicienne comme ils la comprenaient, eût été d'utiliser des principes généraux (les « formes » idéelles) pour valider des doctrines théologiques, cosmologiques et politiques. Mais comme la méthode platonicienne exigeait que l'on rejette les preuves qui ne correspondaient pas à des formes idéelles, elle était inadéquate à l'harmonisation des lois, des coutumes et des décisions existantes.

Pour prendre un exemple spécifique, les juristes remarquèrent que, dans tous les systèmes de lois examinés, se posait cette question : celui qui est dépossédé de son bien par la force a-t-il le droit de le récupérer par la force ? Une solution se présenta en interprétant des textes du droit romain de Justinien, montrant que le prêteur avait décrété que celui qui était dépossédé de sa terre (rien n'était dit des biens meubles) ne pouvait pas la reprendre par la force passé un certain laps de temps. Les juristes du XII^e siècle estimèrent que cette règle était valable également pour les biens parce que les mêmes buts étaient poursuivis dans l'une et l'autre espèce de conflits de droit (« causes »).

D'autre part, il avait été statué par certains conciles et par divers tribunaux ecclésiastiques, qu'un évêque évincé de sa chaire par la force ne devait pas recourir à la force pour la récupérer. Un évêché, remarquèrent les juristes du XII^e siècle, comporte non seulement des droits sur des terres mais aussi sur des biens et prestations en nature et, accessoirement, des avantages annexes (*prerequisites*, à côtés). implicites dans le droit principal. De telles circonstances faisaient surgir non seulement des analogies mais aussi des hypothèses. Il apparut qu'un principe fondamental était sous-jacent aux diverses règles observées, principe jamais exprimé auparavant mais formulé par les adeptes de la science du Droit, précisément pour expliquer la loi, que les personnes dont les droits sont violés sont tenues de les revendiquer par une action en justice plutôt que de « prendre en mains la loi » par elles-mêmes.

Cette hypothèse fut vérifiée logiquement par la proposition : « C'est un objectif fondamental de la loi que de fournir une alternative à la force dans le règlement des

disputes ». Elle fut vérifiée plus avant par l'expérience, à commencer par celle des circonstances qui avaient donné naissance à la loi, à savoir le désordre et l'injustice qui découlent des disputes sur des droits à la terre, aux biens, et aux avantages concrets annexes lorsque l'on prétend les régler par une série d'actes violents de dépossession, d'abord par l'une des parties puis par l'autre. Cette expérience atteignit le niveau de l'expérimentation lorsque le juriste fut à même de comparer les conséquences de diverses règles et des modifications de la loi. Certaines règles, considérées comme insatisfaisantes, furent parfois changées ou abrogées ou tombèrent en désuétude. Celles qui furent jugées satisfaisantes furent maintenues. De telles « expérimentations » n'avaient pas l'exactitude des tests de laboratoire, cependant, elles constituaient une sorte d'expérimentation sociale, un « laboratoire historique », ce que des scientifiques d'aujourd'hui appelleraient « expériences en nature ». Pour employer une terminologie moderne, l'expérience, y compris sous la forme d'appliquer des règles dans des cas concrets, a été alors considérée comme un processus continu d'aller-et-retour de connaissances (*feedback*), à propos de la validité tant des règles que des principes généraux et des concepts supposés sous-jacents.

Assurément, la science juridique était à la merci de la politique car les législateurs pouvaient ne pas tenir compte des conclusions des juristes. En pratique, la logique et l'expérience furent souvent sacrifiées au pouvoir, au préjugé, à l'avidité mais c'est une autre affaire et ne retire rien à la nature scientifique de la compétence juridique des savants du XII^e siècle.

La vérification des principes juridiques généraux par la logique et l'expérience porta la science des lois à son plus haut niveau intellectuel. Néanmoins, le savant juriste du XII^e siècle, comme sa contrepartie de nos jours, se préoccupait de ce que l'on appela longtemps après, la « dogmatique du droit », c'est-à-dire l'élaboration systématique des ramifications des lois appliquées, leurs interconnexions, leur adaptation aux types spécifiques de situations. Pour en revenir à l'exemple de la dépossession violente, une fois établi le principe interdisant à la victime de récupérer son bien par la force, des questions compliquées se posèrent concernant la réparation judiciaire à laquelle elle avait droit. Devait-elle être remise en possession même si elle-même s'était emparée du bien par la force, et même si celui qui l'a dépossédée était auparavant le légitime possesseur ? La réparation devait-elle être de même nature pour les biens et pour la terre ? Y aurait-il un laps de temps préfixé pendant lequel le dépossédé pouvait légalement défendre ses droits par la force (« poursuite à chaud ») ?

De tels problèmes n'étaient pas considérés par les juristes sur le plan moral ou politique mais sous l'angle juridique, c'est-à-dire, comment les résoudre en fonction des impératifs légaux : décisions, règles, coutumes, édits, textes scripturaux, officiellement en vigueur. Les textes promulgués étaient considérés comme des données, l'on pouvait se risquer à montrer qu'ils étaient contraires à la raison ou inutiles ou historiquement biaisés, et ainsi à en minimiser l'autorité, mais s'ils résistaient à ces défis, il fallait les accepter. C'étaient des « faits » et la tâche des juristes était de les organiser et de leur donner un sens. Leurs procédés pour y parvenir n'étaient pas es-

sentiellement différents de ceux qu'employèrent plus tard les praticiens des sciences de la nature pour explorer et synthétiser des « faits » d'un autre ordre ⁷³.

En prolongement de cette méthodologie constituée pour la découverte et la vérification des principes implicites dans les décisions, les règles et les autres concepts légaux, une autre méthodologie fut élaborée pour découvrir et vérifier les faits survenant au cours des procédures judiciaires : la preuve des faits au prétoire fut étroitement rattachée à l'évolution des études de rhétorique. La rhétorique n'était pas encore devenue l'art de persuader en faisant appel à l'émotion et à l'ornementation du discours, elle conservait son ancienne connotation aristotélicienne de persuasion par l'appel à la raison. Au XII^e siècle, l'insistance fut portée sur les méthodes de preuve. Le concept d'hypothèse était mis en avant par les rhétoriciens pour suppléer au concept dialectique de la thèse (*quaestio*). La preuve des hypothèses devait requérir la présentation des témoignages et des pièces à conviction qui, à leur tour, supposaient la notion de probable vérité. Ceci conduisit à dresser une échelle de probabilités où les présomptions jouaient un rôle important comme forme de logique.

Cela conduisait encore à des règles évitant les distorsions et les erreurs dans la présentation et l'évaluation des éléments de preuve. Le parallélisme avec le Droit était souligné. Un traité bien connu du XII^e siècle, *Rhetorica Ecclesiastica*, affirmait que « la rhétorique et la loi ont l'une et l'autre une procédure commune ». Le même traité définissait un cas (*causa*) comme « une dispute civile concernant une certaine affirmation ou un certain acte d'une certaine personne » ⁷⁴. Ainsi le concept de cause (judiciaire) était-il associé au concept rhétorique d'hypothèse. Le même encore déclarait que pour trouver la vérité dans une matière disputée, quatre personnes étaient requises : un juge, un témoin, un accusateur et un défenseur. Le juge devait veiller à ce que les règles d'argumentation ne soient pas violées, en particulier les règles de pertinence et de matérialité.

Au début du XIII^e siècle, des règles d'exclusion avaient été formées pour empêcher l'introduction d'éléments de preuve superflus (matières déjà éclaircies), non pertinents (n'ayant pas d'effet sur la cause), de portée trop générale (d'où découlerait une obscurité) ou contraires à la nature (impossibles à croire vrais) ⁷⁵. Alessandro Giuliani a montré que ce système de « raison artificielle » de la loi était abandonné dans la plupart des pays européens après la fin du XV^e siècle et remplacé par la « raison naturelle » qui soulignait la logique mathématique, mais il subsistait dans la *common law* anglaise grâce aux efforts d'Edward Coke, Matthew Hale et de leurs successeurs, et à l'encontre de ceux de Thomas Hobbes et d'autres ⁷⁶.

La comparaison entre le raisonnement juridique et le raisonnement scientifique et l'assertion que le raisonnement juridique fut le prototype du raisonnement scientifique moderne en Occident, reposent sur des conceptions contemporaines de la science qui ne sont pas universellement acceptées. D'habitude, l'aube de la science moderne est datée de l'époque de Galilée, cinq siècles plus tard. Et Galilée, Képler, Descartes, Leibniz, Newton et les autres chefs de file de ce qui est maintenant consi-

déré comme la période classique de la science moderne, partageaient tous une antipathie pour le « scolasticisme médiéval » même s'ils n'avaient rien d'autre en commun. Cependant, leur antipathie n'était pas dirigée contre la scolastique comme telle mais contre l'impuissance des scolastiques à développer un cadre mathématique d'explication.

Comme l'a montré Alexander Koyré, Galilée et d'autres penseurs éminents du XVII^e siècle prenaient les mathématiques comme le modèle de toute véritable explication scientifique ⁷⁷. La mathématique et ses lois, ainsi que les formes platoniciennes antérieures, finirent par devenir le langage idéal de la science moderne. Au XIX^e siècle, les attaques contre la méthode scolastique provinrent d'autres origines. Son insistance sur les finalités de la matière étudiée fut critiquée ainsi que sa recherche insuffisante de la valeur prévisionnelle de ses conclusions. Néanmoins, ni la science du XVII^e siècle ni celle du XIX^e n'eussent été possibles sans la méthode scientifique originellement élaborée par les juristes du XII^e siècle ⁷⁸.

Les prémisses morales de la science juridique

Bien que la science, au sens moderne occidental, ait été d'habitude définie seulement en termes méthodologiques, l'on a de plus en plus reconnu qu'elle doit l'être également en termes d'attitudes, de convictions, et d'objectifs fondamentaux chez ceux qui s'engagent dans la carrière scientifique. L'on peut même parler d'un code des valeurs ⁷⁹ en la matière qui comporte :

1) l'obligation pour le savant de conduire sa recherche avec objectivité et intégrité, et d'évaluer ses travaux et ceux des autres uniquement d'après des critères universels de valeur scientifique ;

2) que le chercheur adopte une attitude de doute et de « scepticisme organisé » envers le degré de certitude de ses propres prémisses et conclusions, et de celles d'autrui, en même temps que de tolérance envers des idées neuves tant qu'il n'est pas prouvé qu'elles sont erronées, et de la bonne volonté pour reconnaître publiquement ses propres erreurs ;

3) une prémisses intériorisée, admettant que la science est un « système ouvert » visant à une approximation toujours plus étroite de la vérité plutôt qu'à des réponses définitives (...) et que « la science ne peut pas être figée en un clavier de conceptions orthodoxes mais consiste en un corps toujours évolutif d'idées présentant des degrés variables de plausibilité » ⁸⁰.

Beaucoup douteront de la vraisemblance, voire de la possibilité qu'un homme de loi soit à la hauteur de ces trois exigences. Son objectivité, son intégrité et son ouverture d'esprit illimitée sont loin d'être assurées car il est appelé, sur le plan politique et sur le plan privé, à promouvoir et justifier des intérêts partisans. De plus, s'il veut être sceptique vis-à-vis de ses propres opinions, cela peut constituer un obstacle

à leur acceptation. Or c'est souvent une partie de sa responsabilité professionnelle de persuader autrui de les partager.

La même difficulté se présente concernant l'idée que le corps du Droit est un mélange mouvant de conceptions modifiables : il semble que la société elle-même requière que « la loi » soit davantage que cela. Finalement, pendant la période où non seulement l'autorité et le pouvoir de la papauté mais aussi son dogmatisme furent à leur apogée, il semble incroyable que des juristes, même s'ils peuvent avoir été des chercheurs et non des praticiens (en fait beaucoup furent l'un et l'autre) ou d'ailleurs des chercheurs dans n'importe quelle branche du savoir, aient pu avoir le désintéressement et l'ouverture d'esprit qui sont à la base de ce code de valeurs de la science moderne. Ces objections posent des questions fondamentales sur la liberté non seulement de la science juridique au XII^e siècle mais de n'importe quelle science dans n'importe quelle société ⁸¹.

Le code de valeurs morales des gens de science est toujours précaire, il doit toujours être défendu contre les pressions politiques et idéologiques venant de l'extérieur et contre les préjugés et l'esprit partisan des chercheurs eux-mêmes. Ce qui est frappant quant au XII^e siècle, est qu'au point culminant de l'effort pour centraliser autorité et pouvoir dans l'Eglise, et au moment même où pour la première fois le dogme même fut assimilé à la loi et l'hérésie qualifiée de désobéissance criminelle ⁸², émergea la conviction que du progrès de la science dépend la liberté pour les chercheurs de prendre des positions opposées en matière de vérité scientifique. L'on posait le postulat que le raisonnement dialectique à partir de points de vue opposés aboutirait à une synthèse, laquelle correspondrait aux déclarations autorisées de la vraie foi.

Toutefois, il était aussi postulé que le raisonnement dialectique doit procéder scientifiquement, faute de quoi il est dénué de valeur. Ainsi, en même temps que l'on proscrivait légalement les doctrines non orthodoxes, condamnant à mort ceux qui persistaient dans la « désobéissance », les valeurs d'objectivité, de désintéressement, de scepticisme méthodique, de tolérance pour l'erreur et d'ouverture à de nouvelles vérités scientifiques, étaient non seulement proclamées mais exprimées dans la forme même des nouvelles sciences alors naissantes. Les deux mouvements de sens inverse, vers l'autorité et vers la rationalité, furent en fait étroitement reliés.

Les doutes sur la capacité des gens de loi d'adhérer aux valeurs morales de la science reposent sur plusieurs conceptions boiteuses. Il est vrai, assurément, que lorsqu'un juriste se fait l'avocat d'un parti ou d'une cause, il lui faut agir en partisan et non en savant. Néanmoins, ce rôle est un élément essentiel des procédures par lesquelles les positions adverses sont exposées devant un tribunal chargé de prendre une décision. En fait, les procédures judiciaires sont en un certain sens scientifiques puisque la controverse est destinée à apporter au tribunal toutes les considérations pertinentes. Dans un procès, la cour est supposée trancher le débat « objectivement » sur la base des « évidences » présentées au nom des plaideurs. Pourtant, même lors-

que cet idéal est réalisé, un procès ou un débat législatif a d'autres caractéristiques fort peu scientifiques. Pour commencer, le tribunal opère sous la pression des limites de temps alors que le chercheur scientifique peut attendre indéfiniment le moment où il sera en mesure de tirer ses conclusions. Mais en outre, le tribunal est un corps politique, il est trop proche des préjugés et des pressions de la communauté pour conserver le « recul » exigé des scientifiques.

Cependant, ce ne sont ni les praticiens des lois ni le tribunal (qu'il s'agisse d'un organisme judiciaire, législatif ou administratif) mais c'est le professeur de droit ou le juriste théoricien qui a le devoir d'adhérer au code des valeurs scientifiques. Lui aussi, y éprouve de la difficulté, davantage peut-être que les chercheurs dans des matières plus éloignées de la vie quotidienne, politique, économique et sociale. Mais dans les mêmes données, il peut avoir une vision plus nette des pressions qu'exerce sur lui le milieu et des pressions internes de ses propres passions et préjugés, et par là être plus à même que d'autres de leur résister ou au moins d'être plus conscient de la précarité de sa propre liberté scientifique.

Les postulats de valeur en matière scientifique, y compris la science juridique, étaient implicites dans la méthode dialectique d'analyse et synthèse de questions de droit, créée par les juristes scolastiques des XI^e et XII^e siècles. L'extrême concentration sur les contradictions dans la loi, sur les problèmes dialectiques et sur l'intense effort pour les résoudre au moyen de concepts aux niveaux de plus en plus élevés de généralisation, ne pouvait aboutir en tant que méthode sans adhérer aux impératifs qui caractérisent la science même : objectivité, intégrité, universalisme, tolérance envers l'erreur, humilité, ouverture à des vérités nouvelles. Et il faudrait ajouter un sens particulier du temps qui est connexe à l'existence simultanée de contradictoires. Etant donné que l'on estimait que la totalité du Droit est façonnée par un objectif commun, une raison d'être (*ratio*), l'on tenait pour certain que les paradoxes seraient finalement résolus et, entre temps, la classe des juristes se consacrerait patiemment à surmonter les difficultés que créaient ces paradoxes.

En parlant de « postulats moraux » de la science, l'on ne peut négliger le fait qu'au moins dans la civilisation occidentale où la science a fleuri plus abondamment que dans toute autre culture (à vrai dire, certains pensent qu'elle y a fleuri « trop » abondamment), l'objectivité, le scepticisme, l'ouverture et l'esprit de rationalité qui caractérisent la recherche scientifique, ont germé dans une relation complexe entre le sacré et le profane. D'une part la croyance au sacré, au moins potentiel, de toutes choses qui existait parmi les peuples germaniques et aussi dans la chrétienté orientale, entrave l'investigation objective, sceptique, ouverte et rationnelle. Il n'est donc pas accidentel que les premières sciences occidentales aient apparu lorsqu'il y avait une séparation nette entre les entités ecclésiastiques et séculières. D'autre part elles ont surgi précisément dans la sphère ecclésiastique et non dans la sphère séculière, dans le droit canon et la théologie même.

Les théologiens occidentaux de la fin du XI^e et ceux du XII^e siècle, Anselme, Abélard et d'autres, n'hésitaient pas à soumettre l'évidence des mystères divins à un

examen systématique, rationnel et même sceptique. Anselme chercha à prouver « par la raison seule » sans l'aide de la foi ou de la révélation non seulement l'existence de Dieu mais encore la nécessité de son incarnation dans le Christ. Abélard exposa les aspects contradictoires des textes sacrés, premier pas vers la critique scientifique de la Bible. De même les canonistes examinaient ouvertement les contradictions entre les canons ecclésiastiques. Procédant d'une analyse objective de la loi en vigueur, ils concluaient que même le pape, le représentant du Christ, était passible de déposition s'il s'avérait hérétique ou coupable d'un crime qui était un scandale pour l'Eglise.

La conclusion semble s'imposer que ce qui a déterminé l'éclosion de valeurs scientifiques n'était pas le découpage d'un bloc de vie sociale, le séculier, le temporel, le profane, dans lequel on pourrait faire des recherches sans risques pour les croyances religieuses mais bien plutôt une attitude nouvelle envers le sacré même. L'Eglise, bien que toujours conçue comme le « corps mystique du Christ », fut envisagée aussi comme une entité visible, légale, « incorporée », avec structure et une personnalité collective, et chargée d'une mission sur terre, celle de réformer le monde. L'accent était déplacé du sacré (au sens de l'appartenance à l'autre monde) vers une incarnation du sacré signifiant qu'elle intervenait manifestement dans la vie politique, économique et sociale de l'époque considérée. Cela, à son tour, rendait indispensable d'examiner le sacré, le spirituel, avec des postulats moraux et scientifiques. C'est seulement lorsque l'effort fut fait d'étudier Dieu et ses lois objectivement, qu'il devint possible d'examiner objectivement la vie temporelle et le droit séculier et finalement, la nature et ses lois propres.

Cela n'excluait assurément pas l'existence d'une tension entre le sacré et le profane dans la théologie de l'Eglise et son droit canon, tension qui existait aussi dans d'autres branches du savoir; ce qui imposa inévitablement de sévères restrictions aux prémisses de valeur scientifique. Il n'est pas bien nécessaire de rappeler les mesures répressives prises à l'encontre de savants qui s'écartèrent de dogmes officiels. Le penseur original, l'innovateur, courait des risques sérieux de condamnation et l'hérétique pouvait être mis à mort. Il n'est guère consolant mais il est quand même important de savoir que la tension même qui provoqua une telle répression a aussi rendu possible la première croissance de la science en Occident.

Critères sociologiques de la science juridique

En complément de sa méthodologie et de ses postulats de valeur, une science au sens moderne occidental du terme doit être définie en fonction de critères sociologiques. Il y a certaines pré-conditions sociales qui sont non seulement indispensables à son existence mais aussi à la formation de son caractère. Elles comportent : 1) la formation de communautés scientifiques, d'ordinaire coextensives aux diverses disciplines, dont chacune a sa responsabilité collective dans la conduite de ses recherches, la formation de nouvelles recrues, la communication du savoir scientifique et l'authentification des résultats acquis dans la discipline et à l'extérieur⁸³ ; 2) l'articulation des diverses disciplines en collectivités savantes plus vastes, et spécia-

lement en universités, dont les membres partagent un souci commun à la fois de la progression du savoir et de l'éducation des jeunes, et ont également en commun le postulat implicite que toutes les branches du savoir reposent finalement sur les mêmes fondements ; et 3) le statut privilégié de communautés de scientifiques, incluant un haut degré de liberté d'enseignement et de recherche, avec la responsabilité corrélativement élevée de servir essentiellement la cause de la science, de ses méthodes, de ses valeurs et de sa fonction sociale.

Que la culture de la science juridique ait été, au XII^e siècle, et reste de nos jours une entreprise collective et que les juristes érudits aient formé alors et forment encore une communauté d'intérêts et d'idéaux, ne saurait être sérieusement contesté. Ils ont constitué et constituent encore une profession en ce sens que ses membres ont, chacun individuellement, une responsabilité publique et se sont engagés à placer le progrès de leur science au-dessus de leurs intérêts et de leurs avantages personnels. Ces truismes de l'expérience historique de l'Occident peuvent certes être applicables à toutes les sciences, partout et à toutes époques mais ce qui a été typiquement propre à la science occidentale, y compris juridique, depuis le XII^e siècle, c'est son étroite connexion avec l'institution des universités. La science est née dans les universités, et l'université lui a légué le précaire héritage de la liberté d'enseignement et de recherche.

Il y a là une clef de plus pour expliquer pourquoi les concepts et la méthode scientifiques sont apparus à la fin du XI^e siècle et au XII^e, car c'est le moment où sont créées des universités. Cela peut sembler reculer d'un pas la question mais il y a davantage, cela déplace le problème de l'histoire des idées à l'histoire des communautés. La méthodologie scientifique et les valeurs qui caractérisent la science au sens occidental du terme, ne reçoivent pas leur explication par un développement d'idées platoniciennes ou hégéliennes, mais comme des réponses sociales à des besoins sociaux. Il faut autre chose de plus que la lente traduction des travaux d'Aristote pour expliquer pourquoi, par exemple dans la période qui va de 1050 à 1150, quelque dix mille étudiants de toute l'Europe purent être vus apprenant le Droit dans la ville de Bologne, en Italie du nord⁸⁴. Ils étaient là parce que la société avait rendu la chose possible - et même urgente - en outre les mêmes conditions sociales jouèrent inévitablement un rôle important quant à la nature du Droit qu'on leur enseignait.

La dialectique scolastique et en conséquence la science moderne, y compris celle des lois, furent le produit des contradictions contenues dans la situation historique de la société européenne occidentale à la fin du XI^e siècle et au XII^e, et d'un énorme effort pour résoudre ces contradictions et forger une synthèse nouvelle. Le facteur décisif fut le bouleversement révolutionnaire qui sépara les juridictions ecclésiastiques des juridictions séculières, rendant la conciliation des contraires d'une urgente nécessité à tous les niveaux virtuellement de la vie en société. Une profession savante de juristes émergea à l'ouest de l'Europe, d'abord principalement dans l'Eglise puis à des degrés divers dans les cités et les royaumes, en réponse au besoin de trouver une issue aux conflits qui faisaient rage à l'intérieur de l'Eglise, entre les

autorités ecclésiastiques et les pouvoirs temporels, entre ces derniers, et dans leur sein.

Formée essentiellement dans les universités, la profession élaborait une science des lois; c'est-à-dire que les juristes constituèrent une communauté dans laquelle cette science explicitait la raison d'être de leur profession. Au moyen de leur science, les juristes contribuèrent à résoudre les contradictions entre la situation historique et sociale nouvelle et les conceptions juridiques précédentes. La science juridique fut, dans ce premier temps, une institutionnalisation de la procédure de résolution des conflits de textes en vigueur.

La présence d'îlots importants de culture judaïque et islamique dans l'ensemble de la chrétienté augmentait le besoin d'une méthode dialectique d'analyse et de synthèse des contradictions, ainsi que le besoin d'une solution légale au conflit social. Cependant de façon surprenante, il semble n'y avoir eu à l'époque virtuellement aucune influence directe du judaïsme et de l'islam sur le développement des systèmes légaux occidentaux dans leur phase formatrice, à la fin du XI^e siècle et au XII^e. Il y avait assurément dès les temps plus anciens d'importants apports des Arabes en astronomie, en médecine, dans les arts et probablement aussi dans certaines institutions et pratiques gouvernementales particulières (spécialement dans le royaume normand en Sicile), ainsi que d'importantes influences directes du judaïsme sur les études bibliques et théologiques et, bien entendu, l'influence historique du judaïsme sur le christianisme fut énorme puisque l'Eglise tenait Abraham pour son fondateur et la Bible hébraïque pour son héritage. Mais pour autant que les érudits l'aient jusqu'à présent discerné, ni le Talmud ni le Coran ne paraissent avoir eu un impact sur les premiers grands législateurs et juristes occidentaux ⁸⁵.

Les principales caractéristiques de la science juridique occidentale depuis sa période de formation et spécialement celles qui dénotent l'influence universitaire, peuvent être résumées comme suit.

En premier lieu, les universités ont contribué à établir le caractère transnational de la science juridique occidentale. Comme l'a dit David Knowles, « Pendant trois cents ans, de 1050 à 1350, et surtout dans les cent années entre 1070 et 1170, toute l'Europe cultivée formait une unité culturelle unique et indifférenciée. Dans tous les pays, d'Edimbourg à Palerme, à Mayence, à Lund et à Tolède, un homme de n'importe quelle ville ou village pouvait aller s'instruire dans n'importe quelle école et devenir un prélat ou un dignitaire dans n'importe quelle église, cour de justice ou université alors existantes du Nord au Sud et de l'Est à l'Ouest.

Ce fut l'époque où Lanfranc enseignait à Pavie, au Bec-Hellouin et à Canterbury (Lanfranc était le principal conseiller de Guillaume le Conquérant, et archevêque de Canterbury), celle d'Anselme à Aoste, au Bec et à Canterbury (Anselme prit la suite de son maître Lanfranc, sous le successeur du Conquérant), l'époque de Vacarius (fameux professeur de droit romain) en Lombardie, à Canterbury, à Oxford et York, de Jean de Salisbury à Paris, au Bénévent, à Canterbury et Chartres (associé intime

et conseiller de rois, d'archevêques et de papes, « le savant et styliste le plus accompli de son temps »)..., de Nicholas Brakespeare de Saint Albans, en France, en Scandinavie et à Rome (fils de paysans anglais, qui devint le pape Adrien IV) et de Thomas d'Aquin, à Cologne, Paris, et Naples...

Durant cette période, une forte proportion des plus célèbres écrivains, penseurs, et administrateurs gagnèrent leur renommée et accomplirent la majeure partie de l'œuvre de leur vie, loin de leur terre natale et du cadre de leur enfance. De plus, dans les écrits de beaucoup d'entre eux, il n'est pas un seul caractère de leur langage, de leur style ou de leur pensée qui puisse nous dire d'où ils venaient. Evidemment, nous ne parlons que de la faible minorité cultivée, à laquelle n'appartenaient ni l'aristocratie terrienne en général, ni maint roi, ni même quelques évêques. Le monde de l'Eglise et de l'Etat était déchiré par des schismes et des guerres pendant que la masse de la population, fortement enracinée dans le sol, ne savaient rien au delà des champs et des bois de leur petit coin. Mais au niveau de la littérature et de la pensée, il y avait un stock de mots, de formes et d'idées que tous puisaient et partageaient sur un pied d'égalité. Si nous possédions les écrits sans le nom de leur auteur, nous ne pourrions les attribuer à un pays ou à un peuple ⁸⁶.

Ce que Knowles écrit sur la formation scientifique à cette époque vaut aussi bien pour ce qui touche au droit canon qu'à propos du droit romain. C'étaient des disciplines qui ne connaissaient pas de frontières nationales. Elles étaient enseignées dans des universités où fréquentaient des étudiants venus de tous les pays d'Europe. Et tous, bien entendu, parlaient latin, la langue occidentale universelle, non seulement quant au Droit mais également pour l'enseignement et la culture, en matière de culte et de théologie.

Deuxièmement, en même temps qu'elles donnaient à l'érudition juridique un caractère transnational, les universités aidèrent à procurer au Droit lui-même une terminologie et une méthode transnationales. Les diplômés des facultés de droit universitaires revenaient dans leur pays ou s'établissaient dans d'autres, pour y servir de juges ecclésiastiques ou de laïcs, professionnels de la loi, conseillers juridiques des rois, des magistrats municipaux et des seigneurs de manoirs, et comme fonctionnaires de diverses qualifications. Quand l'affaire dont ils s'occupaient relevait du droit canon, ils pouvaient appliquer directement leur formation universitaire, quand il s'agissait de lois séculières, ils y employaient la terminologie et la méthode du droit romain et du droit canon qu'ils avaient étudiés.

Troisièmement, la méthode légale enseignée dans les universités répondait à l'intention de rendre possible l'édification de systèmes de lois nouveaux, à partir des coutumes et lois préexistantes et en partie contradictoires. La technique d'harmonisation des contraires, associée à la foi en un idéal du corps de droit comme une structure intégrale de principes juridiques, permet de commencer par synthétiser le droit canon puis le droit féodal, le droit urbain, le droit commercial et le droit royal.

Quatrièmement les universités donnèrent une haute dignité au rôle du savant, du scientifique, dans le modelage du Droit. Comme la loi devait se rechercher d'abord dans des textes anciens, il était nécessaire qu'une classe de gens cultivés sache expliquer ces textes à ceux qui voulaient être initiés à leurs mystères. Le docteur, c'est-à-dire l'enseignant universitaire, devint le révélateur de la « loi véritable ». Ce qui donnait aussi de l'universalité à la science juridique et facilitait la tâche de surmonter les contradictions des textes légaux.

Cinquièmement, la juxtaposition de facultés de Droit et des autres disciplines universitaires, spécialement la théologie, la médecine et les arts libéraux, fournit aux études du Droit une ampleur qui autrement eût manqué. La méthode scolastique fut employée dans toutes les disciplines, ainsi leurs champs d'intérêt se chevauchaient en partie. De sorte que l'étudiant en Droit ne pouvait ignorer que sa profession était une partie intégrante de la vie intellectuelle de son temps.

Sixièmement, bien que relié aux autres disciplines universitaires, le Droit en était distinct et autonome; il n'était plus comme auparavant une branche de la rhétorique d'une part et une branche de l'éthique et du politique d'autre part. Tandis que dans l'empire romain, l'autonomie de la pensée juridique avait été sauvegardée par les praticiens, particulièrement les préteurs et les conseillers professionnels des plaideurs, en Europe occidentale, elle fut protégée par les universités.

Septièmement, le fait que le Droit fût enseigné en tant que discipline universitaire rendit inévitable que ses doctrines fussent critiquées et évaluées sous l'éclairage de vérités générales, qu'il ne soit plus seulement appris comme un métier ou une technique. Même à part des universités, l'Eglise avait depuis longtemps professé que toute loi humaine devait être éprouvée et évaluée selon la loi divine et morale, mais les juristes d'université ajoutèrent le concept d'une loi humaine idéale, le droit romain selon les livres de Justinien qui, en même temps que la Bible, les écrits patristiques, les décrets de conciles ecclésiastiques et de papes, et d'autres textes sacrés, fournissaient la base de principes légaux et de critères pour critiquer et évaluer règles juridiques et institutions existantes. Ces écrits inspirés du passé et non ce qu'un quelconque législateur pouvait dire ou faire, fournissaient les critères ultimes de légalité.

Huitièmement, les universités occidentales portèrent l'analyse du Droit au niveau d'une science, comme on comprenait le mot du XII^e au XVI^e siècles, en conceptualisant les institutions et les règles juridiques et en systématisant le Droit comme corps intégré de savoir, de sorte que la validité des règles puisse être démontrée par leur compatibilité avec le système dans son ensemble.

Neuvièmement, les universités produisirent une classe professionnelle de gens de loi, unis par une formation commune et la tâche de guider les activités juridiques de l'Eglise et du monde temporel des empires, des royaumes, des cités, des manoirs, des corporations de marchands et d'autres guildes. Les étudiants en Droit, eux-mêmes, au moins au début, formaient une corporation, une guilde et bien qu'après

leurs examens, ils s'éparpillaient dans de nombreux pays, ils restaient unis en fait par leur communauté de formation et de leur rôle social.

Il est vrai qu'en Angleterre au XIV^e siècle, se développa, parallèlement aux universités d'Oxford et de Cambridge, un mode différent de formation juridique dans les *Inns of Courts*. Néanmoins, en Angleterre comme ailleurs en Europe, le système universitaire d'enseignement du Droit établi au XII^e siècle eut une influence profonde sur la pensée juridique. Il est vrai aussi que la croissance du nationalisme dans les temps modernes a ouvert des brèches dans le caractère transnational de l'éducation juridique occidentale et que les liens entre Droit et autres disciplines universitaires ont été affaiblis substantiellement.

Mais quelque chose subsiste, après neuf siècles, de la tradition de Bologne et quelque chose de la dialectique scolastique, même dans les écoles de droit américaines. En réalité, ces éléments se sont répandus dans le monde entier. Ce n'est que dans la dernière partie du XX^e siècle qu'ils ont commencé à être gravement menacés.

La nouvelle méthode juridique qui émergea en Occident à la fin du XI^e et au XII^e siècle, sa logique, ses centres d'intérêt, son style de raisonnement, ses degrés de généralisation, ses techniques de connexion entre particularités et universaux, entre cas d'espèce et concepts, furent des éléments essentiels de la systématisation consciente du Droit en tant que science autonome. A son tour, cette systématisation fut un élément crucial pour la création de systèmes autonomes de lois dans les entités politiques nouvelles qui surgirent de la révolution papale : la nouvelle Eglise-état, les monarchies en croissance, les villes à chartes, les relations féodales et manoriales réorganisées, les républiques marchandes et leurs ligues transnationales.

L'importance attachée à la conciliation des textes contradictoires, également souverains, par le recours à des principes et concepts généraux, fut une réponse intellectuelle créative au besoin ressenti de réconcilier les éléments fortement opposés qui coexistaient et rivalisaient au sein de la structure sociale. Reconnaître la légitimité de chacun des rivaux (ecclésiastiques et séculiers, royaux et féodaux, seigneuriaux et urbains, municipaux et corporatifs) et cependant reconnaître l'unité structurelle de la société entière (l'Europe, l'Occident, la chrétienté) dont ils étaient des membres, et inventer une authentique synthèse, c'est-à-dire un moyen de traiter les ambiguïtés et les oppositions sans détruire l'autonomie des facteurs en jeu, tel était le défi révolutionnaire de l'époque. Et c'était un défi que rencontraient, dans la science juridique, glossateurs et canonistes tâchant de développer les nouveaux systèmes de lois qui se créaient avec l'aide de leur science ⁸⁷.

Du même point de vue, cependant, la nouvelle science juridique occidentale fut bien davantage qu'une performance intellectuelle, bien davantage qu'une méthode de raisonnement ou d'organisation de la pensée. Ses critères étaient moraux autant qu'intellectuels ⁸⁸. La forme exprimait une substance de valeurs et de politiques

concrètes. La conciliation de textes légaux contradictoires était un aspect du projet plus vaste, celui de concilier la loi formelle et l'équité, la justice et la compassion, l'égalité et la liberté.

Mais surtout, l'effort de combiner ces règles et ces valeurs concurrentes se situait, aux yeux de ceux qui le fournirent aux XI^e et XII^e siècles, dans une entreprise de réconciliation encore plus formidable, la réconciliation de Dieu et de l'homme. Plus que n'importe quel autre facteur, ce fut cette vision nouvelle de sa propre destinée ultime qui poussa l'homme occidental à avoir foi dans la science du Droit.

*Chapitre quatre***SOURCES THEOLOGIQUES DE LA TRADITION
JURIDIQUE OCCIDENTALE**

Il est impossible de comprendre la qualité révolutionnaire de la tradition juridique européenne sans en explorer la dimension religieuse. L'on a dit que les métaphores d'avant-hier sont les analogies d'hier et les concepts d'aujourd'hui. C'est ainsi que les métaphores légales du XI^e siècle furent les analogies légales du XII^e siècle et les concepts légaux du XIII^e siècle. C'étaient les métaphores du jugement dernier et du purgatoire, de la rédemption du Christ expiant la faute d'Adam, de la transsubstantiation du pain et du vin dans l'Eucharistie, d'absolution des péchés dans le sacrement de la Pénitence et du pouvoir du sacerdoce de « lier et délier », c'est-à-dire d'imposer et remettre le châtement éternel. D'autres métaphores étaient principalement féodales, tout en ayant des résonances religieuses : métaphores de l'honneur, de la réparation des atteintes à l'honneur, du serment de fidélité, des liens mutuels de service et de protection. Toutes ces métaphores faisaient partie d'une structure unifiée de rituels et de mythes (le mot « mythe » est employé ici non pas dans le sens ancien de « fable » mais dans le sens exactement opposé, maintenant largement usité, de « vérité sacrée »)¹.

Ce que montre cette exploration, c'est que les institutions de base, les concepts et les valeurs des systèmes de lois de l'Occident ont leur source dans des rituels religieux, des liturgies et des doctrines des XI^e et XII^e siècles, reflétant des attitudes nouvelles en face de la mort, du péché, de la punition, du pardon et du salut, de même que de nouvelles façons de concevoir les rapports du divin à l'humain et de la foi à la raison. Au fil des siècles, ces attitudes et convictions en fait de religion ont profondément changé et aujourd'hui leurs sources théologiques semblent en voie de tarissement. Néanmoins, les institutions, les concepts et les valeurs qui en sont dérivés sont encore vivants et souvent inchangés. La science juridique occidentale est une théologie séculière qui fréquemment n'a guère de sens parce que ses soubassements théologiques ne sont plus perçus.

Un exemple bizarre peut jeter quelque lumière sur les paradoxes d'une tradition juridique qui a perdu contact avec ses sources théologiques. Si un homme sain d'esprit est convaincu de crime et condamné à mort mais qu'ensuite, avant que l'exécution ait lieu, il perd la raison, son exécution sera retardée jusqu'à ce qu'il l'ait

recouvrée. En général, c'est la loi dans les pays d'Occident et dans beaucoup d'autres. Pourquoi ? La réponse que donne l'histoire est que, s'il est fou, il ne pourra avoir l'occasion de librement confesser ses péchés et recevoir la sainte communion. Il faut lui laisser la possibilité de guérir de sa folie avant qu'il ne meure de sorte que son âme ne soit pas condamnée au feu éternel, sinon, il n'aura plus que la possibilité d'expier ses fautes au purgatoire et, finalement, de passer par le jugement dernier et entrer dans le royaume des cieux. Mais là où rien de tout cela n'est cru, pourquoi garder vivant ce fou, pour le tuer guéri ?

L'exemple est, peut-être, de peu de poids en lui-même mais ce qu'il illustre, c'est que dans les systèmes juridiques de tous les pays occidentaux et dans tous ceux qui ont subi leur influence, il existe des résidus d'attitudes religieuses et de convictions qui ont, d'abord, trouvé leur expression dans la liturgie, dans les rituels et dans la doctrine de l'Eglise, et ensuite dans les institutions et les valeurs du Droit. Lorsque ces racines historiques ne sont pas gardées en mémoire, bien des parties de ce droit paraissent n'avoir pas de fondement valable.

JUGEMENT DERNIER ET PURGATOIRE

Le christianisme a hérité du judaïsme la croyance en un Dieu à la fois père aimant et juge rigoureux, un Dieu paradoxal qui combine la clémence et la justice. D'une part Dieu punit le mal et récompense le bien, l'homme est responsable de ses actes devant lui. D'autre part Dieu prend pitié de la faiblesse des hommes et leur épargne de subir entièrement la peine que mérite leur désobéissance. « Dieu ne veut pas la mort du pécheur mais qu'il se détourne de sa méchanceté et qu'il vive »².

Le christianisme a aussi reçu du judaïsme la croyance qu'à la fin de l'histoire, Dieu viendra pour juger les nations du monde, y compris les âmes de tous ceux qui ont vécu au long des siècles. Dans l'Ancien Testament, le jugement dernier est attendu avec joie; assurément, il y aura bien des punis mais en même temps ce sera l'avènement de l'âge messianique de paix, de justice et d'amour³. De même dans le christianisme, il est déclaré qu'à la fin des temps le Christ reviendra « pour juger les vivants et les morts » et que cela inaugurerà dans le monde son règne de paix, de justice et d'amour⁴.

Toutefois, la menace du châtement éternel et l'insistance complémentaire sur la repentance et le pardon sont plus prononcées dans le nouveau que dans l'Ancien Testament. Jésus déclare qu'à la fin de l'histoire, « lorsque le Fils de l'Homme viendra dans sa gloire », « toutes les nations seront rassemblées devant lui » et il séparera tous les hommes en deux groupes, ceux qui, étant sur terre, ont soulagé les besoins des affamés, des malades, des démunis, de l'étranger, du prisonnier, recevront la vie éternelle, alors que ceux qui les ont négligés seront rejetés au « feu éternel », au châtement éternel »⁵.

La conviction que Dieu est un juge rigoureux et que le Christ reviendra exercer le jugement, joua un rôle important dans le développement des valeurs juridiques aussi bien dans l'Eglise orientale que dans l'Eglise occidentale. Au cours des premiers siècles; quand les Eglises étaient faites principalement de petites communautés de croyants ignorés, les valeurs du Droit étaient largement diluées dans celles de la morale et de la religion. Des critères élevés de comportement étaient proclamés et des procédures privées de règlement des disputes entre chrétiens furent établies mais il n'y eut aucun effort pour créer un système chrétien de lois. Les problèmes de relations du Droit avec la foi chrétienne étaient en général formulés en termes de comportements à adopter envers la loi judaïque et envers le droit romain. La loi judaïque n'était pas considérée par l'Eglise primitive comme obligatoire pour les gentils convertis ni comme une voie de salut; bien que l'on vît dans l'Eglise une continuation du peuple juif, elle embrassait d'autres peuples au même titre et avec leur loi propre.

Néanmoins, la loi biblique (mais non la loi rabbinique) était obligatoire en un autre sens, celui d'une révélation des principes moraux que Dieu avait posés pour l'homme. « La loi est sacrée » écrivait Saint Paul aux chrétiens de Rome, « et ce qu'elle contient est sacré, juste et bon » (Rom. 7 :12). Cela signifiait que les chrétiens devaient internaliser la loi biblique, devaient croire dans leur cœur les vérités qu'elle affirmait et faire le bien par foi, espérance et charité plutôt qu'en raison de ses commandements et de ses sanctions.

De même, l'Eglise, au cours des trois premiers siècles, respectait le droit romain mais rejetait son autorité absolue. D'une part l'on estimait que « les pouvoirs établis sont conférés par Dieu » (Rom. 13 :1). D'autre part une loi immorale n'était pas considérée comme obligatoire en conscience, et même il pouvait y avoir un devoir formel de lui désobéir. Le principe de la désobéissance civile fut, en fait, inhérent à l'histoire des premiers temps puisque le culte chrétien était effectivement illégal.

Ainsi la notion judéo-chrétienne que Dieu est juge et législateur en même temps, car la Bible prend une position très « activiste » quant à la juridiction divine, fut d'abord considérée par l'Eglise comme se rapportant presque uniquement à des concepts culminants tels que la nature et la destinée de l'homme, le combat dans son âme entre les forces de lumière et les forces de l'ombre, l'explication de la souffrance humaine, la signification de la vie et de la mort. Il n'existait aucun effort et d'ailleurs aucune chance de réformer la loi de l'Etat selon la loi divine.

La conversion de l'empereur Constantin, au début du IV^e siècle, et l'établissement du christianisme comme la religion officielle dans l'empire, posa la grave question de savoir si la chrétienté pouvait coopérer au rôle du souverain dans son domaine à l'égard de sa fonction de juge et législateur suprême. La question était particulièrement aiguë du fait que l'on pensait que l'empereur était le chef de l'Eglise et qu'il représentait le Christ sur terre. La réponse qui fut donnée ne différa pas essentiellement de celle donnée au temps de la conversion des rois germaniques, aux V^e, VI^e et VII^e siècles, le christianisme fut conçu comme une foi apocalyptique

et non pas comme un programme social. Néanmoins, il y avait certaines implications de réforme sociale qui ne pouvaient être éludées même par les plus éthérés des partisans de cette thèse. Les empereurs de Byzance considérèrent qu'il était de leur responsabilité de chrétiens de réformer les lois « dans la direction » disaient-ils « d'une plus grande humanité »⁶. Sous l'influence du christianisme, et aussi sous l'influence des stoïciens et de la pensée néo-platonicienne adoptée par l'Église, des changements furent apportés :

1) au droit familial, donnant à l'épouse une plus grande égalité devant la loi, exigeant le consentement mutuel des deux époux pour que le mariage soit valide, rendant le divorce plus difficile (ce qui fut à l'époque un premier pas vers la libération de la femme) et retirant au père le pouvoir de vie et de mort sur les enfants (*patria potestas*) ;

2) au droit de l'esclavage, donnant à l'esclave le droit d'en appeler à un magistrat si son maître abusait de ses pouvoirs (et même dans certains cas l'affranchissement si le maître se livrait à des cruautés), multipliant les procédures de manumission (affranchissement volontaire) et permettant à l'esclave d'acquérir des droits par parenté avec une personne libre ;

3) dans les relations entre la justice stricte et l'équité, renforçant cette dernière et tempérant les rigueurs des prescriptions générales ; 4) enfin les grandes compilations de lois effectuées par Justinien et ses successeurs aux VI^e, VII^e et VIII^e siècles furent en partie inspirées par l'opinion que le christianisme exigeait une systématisation du Droit en tant qu'une étape nécessaire à son humanisation.

L'effort pour écarter du Droit les traits qui choquaient les Chrétiens a pâti, à l'Est comme à l'Ouest, de l'absence d'une vision du genre d'ordre légal qu'une éthique chrétienne requérait. En Occident, avant le XII^e siècle, le défaut était aggravé par l'absence d'un corps de lois consciemment systématisé, il n'y avait en effet ni classe professionnelle de juristes et de juges ni écoles de droit, pas de littérature juridique et fort peu de législation. En gros, le Droit en Occident était fait de coutumes et de procédures, lesquelles étaient diffuses dans les institutions politiques, économiques et sociales générales. A Byzance, au contraire, il y avait un héritage juridique distinct fondé sur les concepts helléniques de suprématie de la raison et sur le sens romain de l'ordre. Il y avait des gens de loi et des juges, une littérature du Droit, des écoles de Droit et un réseau développé de législation et d'administration.

Mais pendant la majeure partie de l'histoire de Byzance, le système légal romain fut en décadence car le mouvement de réforme en direction d'une plus grande humanité manquait de la puissance d'animation qui eût été nécessaire. Les écoles de Droit apparaissaient et disparaissaient. Les changements prescrits par un empereur étaient abrogés par son successeur. Il y avait peu de développement organique. Le niveau de l'analyse légale des juristes classiques des II^e et III^e siècles ne fut jamais égalé par les juristes chrétiens qui leur succédèrent. Justinien interdit la glose de ses recueils de lois. Ironiquement, ils tombèrent plus ou moins complètement dans

l'oubli lorsque, peu après sa mort, l'empire byzantin abandonna le latin pour le grec, comme langue officielle. Malgré son influence généralement humanisante sur le Droit, la chrétienté orientale pourrait bien avoir exercé un effet négatif sur la science juridique byzantine parce qu'elle enlevait au droit romain sa prédominance sans lui substituer un autre système de Droit pour ce monde-ci.

Aussi longtemps que le jugement dernier représentait dans les esprits l'inauguration de la loi divine dans le monde à venir; imminent ou presque déjà présent, il n'inspirait pas la création d'institutions parallèles pour la période intérimaire sur terre. La vision était apocalyptique plutôt que prophétique. Ce fut le trait commun de l'Eglise entière pendant le premier millénaire, dans les deux moitiés de ce qui avait été l'empire. La foi chrétienne s'incarnait surtout dans la vie monastique où les hommes et les femmes qui étaient « morts au monde » cherchaient à vivre une existence impeccable dans le royaume des cieux. L'Eglise n'était généralement pas dressée dans une attitude critique ou réformatrice vis-à-vis de ce monde. Le caractère irrémédiablement sans issue de la vie séculière dans la « cité terrestre » décadente, était simplement accepté et le retour du messie pour juger les vivants et les morts attendu avec patience et foi.

Dans la première partie du XI^e siècle, cependant, la croyance au jugement dernier revêtit une nouvelle signification à l'Ouest, du fait du développement d'une croyance parallèle en un jugement intermédiaire des âmes individuelles au moment de la mort et d'un temps intermédiaire de « purgation » entre le décès de chaque individu et la venue finale du juge souverain. Le jugement dernier continua à évoquer un temps où toutes les âmes qui vécurent ici-bas seraient ressuscitées, jugées et admises ensemble dans le royaume de Dieu ou bien consignées, avec le diable, dans la punition éternelle. Le purgatoire, néanmoins, était conçu comme une condition punitive des âmes individuellement; ayant été baptisées, elles étaient quittes de la dette « originelle » (ou naturelle) du péché. Toutefois, la justice exigeait qu'elles souffrent punition pour un temps, après la mort, pour expier les fautes « personnelles » (ou actuelles), non complètement expiées pendant la vie sur terre. Excepté en de rares cas, nulle expiation sur terre ne pouvait suffire à dispenser complètement un âme d'être soumise à une expiation complète après la mort. Expiation signifiait payer un prix et non se réformer graduellement, l'âme restait coupable (endettée) jusqu'au paiement complet.

Dans l'Eglise orientale, il n'y avait, et il n'y a pas, de doctrine généralement admise de souffrance expiatoire de l'âme après la mort et avant le jugement dernier bien qu'il y eût (il y a des prières pour les morts ⁷. En Occident aussi bien, avant le XI^e siècle, l'idée de purgatoire, bien qu'introduite dès le V^e siècle et renforcée par les pénitentiels, n'avait pas l'importance doctrinale qu'elle acquit ensuite. Ce n'était pas une partie nécessaire de la foi chrétienne et elle n'était ni clairement exposée ni définie.

Peu après l'an mille, une nouvelle célébration fut instaurée en Occident, le Jour des morts (en anglais, de toutes les âmes) qui est toujours célébrée le 2 novembre, le

lendemain de la Toussaint, surtout dans l'Eglise catholique romaine. L'abbé de Cluny, Odilon, proposa l'idée d'un jour férié et ses moines en répandirent la coutume. C'était une fête à la mémoire de la communauté de toutes les âmes qui avaient vécu et qui vivraient jamais, que l'on concevait tremblant devant le juge du dernier jour de l'histoire. Entre temps, les âmes chrétiennes sur terre et au purgatoire, anticipaient ce jour en présentant leurs prières de grâce et pardon. Rosenstock-Huessy a éloquemment décrit cette célébration comme l'idée commune de la mort qui unit la chrétienté occidentale entière.

« Les lectures liturgiques du jour des morts soulignent la totale perversion qu'est l'homme. L'homme est comme Job, comme une ombre, un fétu d'herbe. Et pourtant, Dieu l'estime assez pour porter son regard sur lui et l'appeler en jugement... L'idée de jugement... révélait la dignité de l'homme, son ambition de ne pas être jeté au feu comme un brin de paille, mais d'être jugé... l'armée des soldats du Christ marche avec foi devant le Sauveur qui fut leur camarade et qui, maintenant, est leur juge. L'acclamation triomphante de la masse des défunts dit : "Je sais que mon Sauveur est vivant, et qu'au dernier jour, je surgirai de la terre" »⁸.

Le grand hymne *Dies irae* (le jour de la colère) fut écrit au XIII^e siècle pour exprimer les pensées et les émotions du jour des morts. Le thème en est le conflit de la justice et du pardon, et la conciliation qui les joint dans le jugement divin à la fin des temps.

Avant ce jugement final, toutefois, l'âme chrétienne restait en purgatoire jusqu'à sa complète purification par la souffrance. Les punitions du purgatoire étaient infligées à tous les chrétiens excepté le petit nombre de ceux qui étaient au ciel (les saints) ou en enfer (les impénitents), et quiconque était au purgatoire était puni, sans égard à son rang, selon ses fautes. Comme le jugement dernier était considéré comme la grande démocratie universelle, de même le purgatoire était vu comme la grande démocratie des chrétiens. Dans le saisissant tableau qu'en donne Dante Alighieri (1265-1321), papes et empereurs souffraient là parmi les serfs et les brigands. Le seul principe qui différenciait le sort de l'un du sort de l'autre était le prononcé de sa peine selon la gravité de ses fautes personnelles.

L'idée d'un dernier jugement implique que la vie est davantage qu'un simple flux, qu'elle a une finalité et plus encore, que l'homme est responsable de la réalisation de ce but. La vie entière de quiconque sur terre est une chose dont il faudra rendre compte au dernier jour. Mais ce jugement ne doit pas forcément comporter un système complexe de règles et de critères. En revanche, l'idée de purgatoire implique que le règlement de comptes procède d'un tel système. Les péchés distincts doivent être pesés et les pénalités au purgatoire doivent être assignées conformément à la gravité de chacun d'entre eux. De plus, l'Eglise et plus spécialement le pape sont considérés comme ayant juridiction sur le purgatoire. Le pape gère ce qu'on appelle le trésor des mérites; il peut distribuer les mérites aux âmes du purgatoire à proportion du temps de pénitence qui serait requis sur terre pour expier les péchés d'un pé-

nitent, à condition toutefois que l'âme du pénitent soit dans la même condition où l'aurait mise l'exécution de la peine prescrite. Cela veut dire que la durée à passer en purgatoire peut être raccourcie par décision cléricale ⁹. Avec l'avènement de la monarchie papale à la fin du XI^e siècle, le concile de Clermont, sous le pape Urbain II, accorda la première « indulgence plénière », absolvant tous ceux qui prendraient part à la première croisade, de la sanction en purgatoire des péchés commis avant leur engagement dans la sainte armée des croisés.

Finalement la légalisation pour ainsi dire de la vie après le décès, aboutit à réduire sensiblement l'importance du jugement dernier. L'on déduisit logiquement que tous ceux qui sont en purgatoire seraient en fait blanchis de leurs culpabilité car en ayant payé le prix complètement, elles entreraient automatiquement dans le royaume des cieux. Il était ainsi admis que la réparation de l'offense doit avoir une heureuse fin. Au même titre, cependant, ceux qui choisissaient de rester hors du système, les chrétiens non repentants, et ceux des infidèles qui avaient consciemment repoussé le christianisme, étaient condamnés pour l'éternité dès l'instant de leur mort. Ainsi le rôle de Dieu au jugement dernier devenait simplement formel, au moins vis-à-vis des âmes de tous ceux qui étaient morts avant le retour du Christ.

L'homme commençait à occuper le centre de la scène. Sa liberté de choix devenait le facteur déterminant de sa marche vers le salut. La route était jalonnée par un système de punitions et de récompenses qui s'étendait de ce monde au monde futur jusqu'à ce que soit atteint le but ultime.

LE SACREMENT DE PENITENCE

La nouvelle conception du purgatoire, qui exerça une si puissante influence sur l'imagination de l'Occident aux XI^e et XII^e siècles et par la suite, s'accompagna d'importants développements liturgiques dans le sacrement de pénitence. Avant le XI^e siècle, la pénitence, en Occident comme en Orient, consistait essentiellement en des œuvres de repentir visant à réconcilier le pénitent avec Dieu, avec la communauté des fidèles et avec ceux qu'il avait offensés ¹⁰. Ce n'est que par occasions que l'on appela cela un sacrement. Cependant, au cours des XI^e et XII^e siècles, à l'Ouest, on commença à appeler la pénitence un sacrement ; et, en même temps, le centre de son caractère sacramentel fut déplacé en dehors des actes de réconciliation. Il devint suffisant que le pénitent confesse ses péchés à un prêtre, avec sincère contrition, afin d'obtenir l'absolution de la punition éternelle en enfer, à laquelle tout chrétien était passible pour ses péchés mortels non confessés et repentis. Bien que le sacrement fût encore nommé « pénitence » (*poenitentia*), les œuvres de repentir qui étaient différées et dans cette mesure distinctes de la contrition, de la confession et de l'absolution, furent expressément identifiées à « punition » (*poena*) pour des actes fautifs commis antérieurement.

Le premier écrit marquant sur ce thème, au XI^e siècle, intitulé « Concernant la pénitence, vraie et fausse » qui eut une grande influence sur les travaux postérieurs théologiques et juridiques, identifie la *poenitentia* avec *poenam tenere*, « subir une punition »¹¹. L'auteur déclare : « A proprement parler la punition (*poena*) est une souffrance (*laesio*) qui châtie et venge (*vindicat*) ce que quelqu'un commet... La pénitence (*poenitentia*) est ainsi une vengeance (*vindicatio*) qui toujours « punit en soi-même ce qu'on regrette d'avoir fait »¹². C'était un important déplacement d'insistance par rapport au sens précédemment attaché à la pénitence comme témoignage du désir de retourner vers Dieu et le prochain.

Le pouvoir qu'a le prêtre de donner l'absolution dérive, disait-on, du transfert qu'en a fait le Christ à Saint Pierre, avec l'image des clefs du royaume et le droit de « lier et de délier » (Matt.16-19). On avait compris cela d'abord comme le pouvoir d'imposer ou de remettre la punition éternelle. Cependant aux XI^e et XII^e siècles, le pouvoir d'imposer des œuvres de pénitence fut dérivé de la même source. Par la confession, le châtiment éternel est changé en punition temporelle¹³. Cela est fort éloigné de la pénitence « charismatique » de l'Orient qui insiste sur la guérison spirituelle et le conseil¹⁴. C'était loin aussi de la discipline pénitentielle qui avait été pratiquée dans les monastères occidentaux, du VI^e au XI^e siècles (et qui s'était répandue hors des monastères) car cette discipline antérieure était beaucoup moins formalisée et restait proche de son caractère « oriental ». D'ailleurs à cette époque ancienne, la discipline pénitentielle était entièrement locale, changeant de place en place.

Finalement, alors qu'à l'Est le prêtre invoquait la miséricorde divine mais ne pouvait déclarer lui-même le pécheur absous, après la révolution papale la formule fut introduite à l'Ouest « *Ego te absolvo* » (Je t'absous). Ceci fut d'abord interprété comme la certification par le prêtre de l'action de Dieu, résultant de la contrition et de l'aveu. Au XII^e siècle, néanmoins, on l'interpréta comme ayant un effet « performatif », c'est-à-dire sacramentel tout autant que déclaratif¹⁵.

LE SACREMENT DE L'EUCCHARISTIE

Aux XI^e et XII^e siècles la commémoration de l'eucharistie ou dernière cène fut également définie et systématisée. A la même époque, elle fut portée au premier rang des sacrements chrétiens, le symbole principal de la qualité de membre de l'Eglise.

La question de la signification de l'eucharistie commença à être vigoureusement débattue dans les années 1050 à 1060, lorsque Lanfranc, alors à la tête de l'abbaye du Bec, en Normandie, et plus tard archevêque de Cantorbery sous Guillaume le Conquérant, critiqua l'interprétation présentée par l'abbé d'une école monastique rivale, Bérenger de Tours. Bérenger est connu pour avoir persisté à défendre ses vues pendant une trentaine d'années non seulement contre Lanfranc mais contre le

parti papal entier, y compris le pape Grégoire VII. Bérenger soutenait que l'efficacité du sacrement, sa vertu d'attirer les grâces divines, ne dépend pas de la transformation du pain ; le pain, disait-il, reste du pain, mais il est aussi la « figure » et l'image du Christ lorsqu'il est offert et reçu de la manière qui convient. Lanfranc, usant des catégories aristotéliennes de substance et d'accident, persuada le premier concile de Latran de dénoncer les vues de Bérenger et d'affirmer que dans le sacrement, la substance du pain est miraculeusement transformée dans le « vrai » corps du Christ au moment où il est consacré ¹⁶. Théoriquement, seul le prêtre doit intervenir.

Au siècle suivant, la théorie de Lanfranc, plus tard nommée « transsubstantiation », fut exprimée liturgiquement par le rituel de l'élévation de l'hostie, avant que le pain ne soit élevé, les mots consécrateurs « Ceci est mon corps » effectuent la transformation ¹⁷. De plus, au XII^e siècle, il devint généralement requis que le sacrement de l'eucharistie qui précédemment n'était partagé que rarement ou occasionnellement par des laïcs, soit pris par eux au moins chaque année au temps de Pâques et qu'il soit précédé par le sacrement de pénitence. En 1215, le quatrième concile de Latran étendit cette obligation universellement aux chrétiens. L'eucharistie (la sainte communion) devint le symbole de l'adhésion à l'Eglise en tant que corps constitué ; et l'excommunication, l'interdiction de communier, devint le procédé principal d'expulsion hors de cette communauté.

La relation entre ces modifications dans la doctrine et la liturgie et la révolution papale est manifeste ¹⁸, de même que pour l'accroissement des prérogatives du clergé. Dans cette perspective, il est également fructueux de regarder du côté de l'Eglise d'Orient. Dans celle-ci, comme en Occident avant les XI^e et XII^e siècles, ce n'est pas l'eucharistie mais le baptême qui est considéré comme le sacrement le plus important ¹⁹. Le baptême y est tenu pour le grand mystère chrétien dans lequel l'homme, une fois pour toutes, meurt à lui-même, renonce à Satan et naît à nouveau comme citoyen du royaume céleste. C'est le baptême qui protège les hommes des démons et de la mort.

Les doctrines de la transsubstantiation et de la présence réelle furent adoptées par plusieurs théologiens orientaux au XVIII^e siècle, mais n'ont jamais joué un rôle central dans la pensée orthodoxe. De plus, la liturgie de l'eucharistie dans l'Eglise orientale comme à l'Ouest avant les XI^e et XII^e siècles est liée non pas à l'adhésion à une structure ecclésiale visible et officielle mais à une commune appartenance au Christ ressuscité ²⁰. C'est également aux XI^e et XII^e siècles, qu'en Occident, la célébration de l'eucharistie fut hautement ritualisée. Tandis que le nombre des sacrements, jusque là illimité, fut réduit à sept et que chacun fut soumis à ses règles liturgiques propres ²¹. Ces évolutions étaient d'ailleurs connexes à l'édification de la structure légale de l'Eglise.

Les sacrements n'étaient pas valides s'ils n'étaient conférés correctement et leur exécution correcte requérait souvent le concours expert de la hiérarchie ecclésiasti-

que (le mariage faisait exception, jusqu'au XVI^e siècle). Un sacrement était tenu pour valide *ex propria vigore* (par sa propre force) s'il était correctement célébré par la personne qualifiée. C'est ainsi que dans le cas de l'eucharistie, la présence du Christ, source de la grâce, était considérée comme effectuée par les paroles et gestes de la consécration plutôt que par l'invocation du Saint Esprit comme dans l'Eglise d'Orient, jadis et maintenant.

LA NOUVELLE THEOLOGIE : SAINT ANSELME ET LA DOCTRINE DE RECONCILIATION

Sur ces métaphores et ces analogies, des concepts furent élaborés, d'abord en théologie, puis en Droit. Ce fut pendant les mêmes années cruciales de la révolution papale, en gros de 1050 à 1150, que les grands systématisateurs de la doctrine chrétienne, des théologiens au sens moderne, apparurent d'abord en Occident, Saint Anselme (1033-1109), le successeur de Lanfranc tant au Bec qu'à Cantorbéry, Pierre Abélard (1079-1142), Pierre Lombard (1100-1160) et plusieurs autres. A vrai dire, le mot « théologie » fut appliqué pour la première fois par Abélard à l'étude systématique des données naturelles sur la nature divine.

Evidemment, ces hommes bâtissaient sur l'œuvre de penseurs plus anciens, y compris les pères de l'Eglise, spécialement Saint Augustin (354-430), et quelques écrivains marquants des temps intermédiaires. Mais ils transformèrent ces œuvres de façon fondamentale ²². Pour les penseurs précédents, y compris Saint Augustin, « théologie » signifiait sagesse divine, réflexion priante sur le sens des saintes Ecritures ou, plus précisément, une intuition mystique de Dieu et de ses attributs. A un moindre degré, c'était une interprétation des décrets de conciles et d'évêques, en particulier concernant les sacrements.

La théologie, dans la nouvelle acception d'une analyse et d'une synthèse rationnelle et objective des articles de foi et des preuves de leur validité, débuta avec l'œuvre de Saint Anselme, spécialement sa preuve ontologique de l'existence de Dieu (écrite vers 1078) et sa démonstration « par la seule raison » de la nécessité d'une incarnation (écrite vers 1097). La nouvelle théologie reçut une importante impulsion un siècle plus tard, par l'usage que fit Abélard de la méthode dialectique de solution des contradictions de textes autorisés. Par là, il devenait possible d'expliquer les paradoxes de la foi chrétienne d'une manière cherchant à satisfaire la raison sans s'écarter de la révélation. Finalement, vers 1150, Pierre Lombard qui avait été élève d'Abélard, rédigea les *Libri Sententiarum* (Livres de Sentences), le premier traité complet de théologie systématique, lequel resta le principal livre de textes en Occident, même après que Saint Thomas d'Aquin eût écrit sa *Summa Theologica*, un siècle plus tard.

La révolution en théologie qui accompagna la révolution en science juridique reposait sur une division analytique entre raison et foi et, en particulier, sur la convic-

tion qu'il était possible de démontrer par la raison seule ce que la foi avait découvert grâce à la révélation divine. C'était la prémisse de la preuve de Saint Anselme sur l'existence de Dieu, le *Proslogion*, qu'il sous-titrait *fides quaerens intellectum* (la foi cherchant l'intellect)²³, et où il formula ce qui devint la grande devise de son temps : « *Credo ut intelligam* » (je crois afin de comprendre). Pour Anselme, « comprendre » signifiait saisir par l'intelligence, savoir les raisons pour, être capable de démontrer. La démonstration rationnelle était considérée importante, à la fois en elle-même et comme moyen de maintenir la cohérence, et par là, la validité des dogmes chrétiens.

L'on a soutenu, par exemple Karl Barth, que dans l'optique de Saint Anselme, la preuve rationnelle signifiait une preuve particulière à l'objet de foi, et que par conséquent, lorsque le croyant s'adresse à des incroyants rationnellement, il leur parle comme s'ils partageaient les mêmes idées théologiques. Cette interprétation néglige le fait qu'Anselme appliquait à l'existence de Dieu ou à la nécessité de son incarnation dans le Christ, les mêmes critères de preuve que ceux appliqués de son temps, par lui-même et les autres, aux autres phénomènes d'expérience. La *ratio* appliquée par Anselme aux mystères divins n'était, en effet, pas spéciale à l'étude de ces mystères. C'était la rationalité des concepts féodaux de satisfaction de l'honneur et des concepts canoniques de punition du crime. Ces concepts étaient présentés comme des vérités objectives accessibles aux esprits rationnels des incroyants comme des croyants.

En traitant scientifiquement, pour ainsi dire, de ce qui jusqu'alors avait été considéré comme des mystères divins, uniquement connaissables lorsque la raison était totalement intégrée à l'intuition, à l'expérience et à la foi, les « rationalistes » des XI^e et XII^e siècles furent amenés à « objectiver » des catégories de pensée générales. C'était le temps des réalistes qui croyaient que vérité, justice, humanité, rectitude, péché et autres universaux avaient une existence indépendante, mais également le temps des nominalistes qui, tout en insistant sur l'idée que les universaux n'ont d'existence que pour l'esprit, ne sont que des idées sans réalité extérieure, sont obligés, pour pouvoir en discuter, de faire « comme si » ils avaient une existence objective.

Pour les nominalistes, par exemple, la justice et le péché étaient des catégories créées par l'esprit avec la même rationalité et en ce sens la même objectivité, que les autres phénomènes. Les nominalistes ne disaient pas, comme l'Eglise d'Orient, que la justice et le péché ne devaient aucunement être compris comme des universaux mais plutôt comme des manifestations du combat entre Dieu et le diable pour l'âme de chaque homme. A l'Est, le péché était personnifié, non pas conceptualisé. La théologie occidentale plus ancienne aussi, bien qu'elle adhérât généralement aux idées platoniciennes sur l'existence des idées, n'avait pas davantage su distinguer le péché universel, sauf à le personnifier, des pécheurs particuliers où se trouvait un péché. Le péché n'était pas envisagé comme une entité mais plutôt en tant qu'une relation entre l'homme et Dieu.

De plus l'Homme avec majuscule, Adam, n'était pas considéré comme distinct de tout individu, homme ou femme. Ni l'humanité ni le péché n'étaient perçus comme une réalité universelle objective qui aurait existé en dehors de ses manifestations concrètes. Anselme, au contraire, se préoccupait dans ses écrits de convertir les mystères de la foi chrétienne en une logique compréhensible et persuasive pour un intellect religieusement neutre. Sa preuve de l'existence de Dieu était essentiellement une démonstration que le processus même de la pensée chez l'homme présuppose l'existence d'une « bonté absolue ». Sa deuxième initiative, beaucoup plus audacieuse, pour prouver la nécessité de l'incarnation, allait encore plus loin.

Il chercha en effet à démontrer logiquement que la destinée même de l'homme est un reflet de la structure morale et légale de l'univers. Dans *Cur Deus Homo* (Pourquoi Dieu-Homme), Anselme se propose de prouver « par la seule raison », à part la révélation (*Christo remoto*, le Christ mis à part), que le sacrifice du Fils de Dieu était le seul moyen que satisfaction soit donnée pour réparer la révolte pécheresse de l'homme ²⁴.

L'argumentation, ramenée aux termes les plus brefs possibles, se présente ainsi. Dieu a créé l'homme pour une béatitude éternelle. Cette béatitude a pour condition que l'homme soumette librement sa volonté à Dieu. Mais l'homme a choisi de désobéir à Dieu et son péché de désobéissance se transmet par hérédité à tous. La justice requiert soit que l'homme soit puni suivant son péché, soit qu'il fournisse satisfaction pour avoir déshonoré Dieu.

Quant à la punition, aucune se serait vraiment adéquate, à tout le moins, l'homme devrait renoncer à la béatitude pour laquelle il a été créé mais cela encore ferait échouer le projet de Dieu. Quant à la satisfaction de l'honneur, rien de ce que l'homme peut offrir à Dieu n'aurait assez de valeur pour lui rendre l'honneur dû. Ainsi l'homme ne peut, bien qu'il le devrait, réparer son offense.

Dieu le peut, puisqu'il peut tout, mais il n'y est pas tenu. Puisque Dieu peut seul et que l'homme seul devrait faire l'offrande qui fournirait satisfaction, celle-ci doit être faite par un Dieu-homme. Par conséquent, l'homme-Dieu, Jésus-Christ, est nécessaire car seul, il peut et doit en même temps, se sacrifier lui-même et ainsi réconcilier l'homme avec Dieu et restaurer la création dans son but premier.

La théorie d'Anselme sur la réconciliation bien qu'elle n'ait jamais été officiellement adoptée par l'Eglise, devint l'opinion prédominante en Occident, non seulement du XII^e au XV^e siècles, mais aussi (sous certaines modifications) dans les périodes suivantes, et pas seulement dans l'Eglise catholique romaine mais aussi (encore modifiée) dans la pensée protestante. En outre, c'est cette théorie qui a d'abord donné à la théologie occidentale sa relation caractéristique avec la jurisprudence. La théorie, qu'elle ait ou non été conçue expressément en ce sens, fournit une explication de l'évolution liturgique contemporaine, l'exaltation du sacrement de l'eucharistie, en tant que le premier dans les sacrements chrétiens, et l'interprétation de l'eucharistie comme une expérience de la présence réelle du Christ crucifié.

Une fois encore, cette nouvelle doctrine de la rédemption peut utilement être mise en contraste avec la doctrine et la liturgie orientales qui sont essentiellement semblables à ce qui prévalut à l'Ouest jusqu'à la révolution papale. Pour l'Eglise orientale, la crucifixion n'avait alors, et n'a maintenant, pas de signification distincte de la résurrection. La rédemption est vue comme un continuum d'incarnation-crucifixion-résurrection. La résurrection est liturgiquement la partie centrale même de la dernière cène. « Le Chrétien meurt et ressuscite avec le Christ ». Le Christ est foncièrement vu comme le vainqueur de la mort. Dans la théologie romaine de Saint Anselme et dans la liturgie et la liturgie catholique des XI^e et XII^e siècles, il est surtout évoqué comme le Crucifié, la résurrection est expliquée comme la suite nécessaire de la crucifixion²⁵ ; le Christ est fondamentalement le vainqueur du péché.

La différence saisissante entre ces deux conceptions liées de la mission du Christ se manifeste dans l'art religieux. Depuis les XI^e et XII^e siècles, l'art religieux de l'Eglise occidentale a exposé principalement le Christ en croix, les stations du chemin de croix. En contraste, les icônes de l'Eglise d'Orient ont classiquement représenté le Christ ressuscité, foulant aux pieds Satan et son armée, relevant Adam et Eve et libérant les patriarches de leurs entraves²⁶. De même les figures du Christ antérieures au XI^e siècle en Occident le montrent, même lorsqu'il est en croix, presque invariablement triomphant, le seigneur céleste en même temps que le rédempteur²⁷.

D'ailleurs, l'art chrétien oriental reflétait la théologie de l'Eglise d'Orient et en même temps celle de l'Ouest, entre les VI^e et X^e siècles, par l'accent placé sur la transcendance (sur l'appartenance à l'autre monde, comme on dit à présent en Occident). C'est une théologie centrée vers le ciel, sur la montée de l'homme vers l'infini, vers sa déification. L'attention est portée vers Dieu le père, le créateur. Le Christ a montré aux hommes le chemin qui mène vers lui. Mais la théologie occidentale des XI^e et XII^e siècles a déplacé l'accent vers la seconde personne de la trinité, son incarnation en Dieu parmi nous, sur Dieu le rédempteur. L'humanité du Christ prend le centre de la scène. Cela se traduit dans l'amendement pontifical au concile de Nicée, proclamant que le Saint Esprit « procède » non seulement « du Père » mais aussi « du Fils (*filioque*)²⁸. Dieu le Père, représentant la totalité de la création, l'ordre cosmique, est incarné dans Dieu le Fils qui représente l'humanité. Par la clause du *filioque*, Dieu l'Esprit-Saint qui, au concile de Nicée, est identifié avec l'Eglise, a été dit avoir sa source non seulement dans la première personne mais aussi dans la seconde personne de la Trinité, non seulement dans la création mais aussi dans l'incarnation et la rédemption.

Ainsi l'Eglise se trouvait comprise moins comme une communion des saints dans le ciel, mais davantage comme une communauté de pécheurs sur la terre. Le rationalisme même fut une expression de la croyance en l'incarnation de mystères divins dans des concepts et des théories humains. Dieu fut perçu non seulement comme transcendant mais aussi comme immanent. Ceci se reflète dans la représen-

tation plus « réaliste » de la sainte Famille ainsi que dans l'architecture gothique qui fut le grand symbole artistique du nouvel âge en Occident.

Ce n'étaient ni la transcendance ni l'immanence en elles-même qui se trouvaient impliquées dans la rationalisation et la systématisation du Droit et de la législation en Occident mais plutôt l'incarnation où l'on vit le processus par lequel le transcendant devint immanent. Il n'y a rien de fortuit dans le fait que christianisme, judaïsme et islam postulent tous trois à la fois une séparation radicale et une radicale interconnexion entre Dieu et l'homme et postulent également que Dieu est un juge et un législateur, et que l'homme est régi par la loi divine. Cependant, les traits distinctifs des concepts occidentaux de la loi humaine, tels qu'ils prirent corps aux XI^e et XII^e siècles, lorsqu'on les compare non seulement aux concepts judaïques et islamiques mais aussi à ceux de la chrétienté orientale, se rattachent à la grande insistance occidentale sur l'incarnation comme la réalité centrale de l'univers. Ce fait libéra une énorme énergie au service de la rédemption de l'humanité, mais cela détacha le juridique du spirituel et le politique de l'idéologique.

La conception de Saint Anselme touchant la réconciliation était un mythe parfait pour la nouvelle théologie. Son thème majeur était l'humanité du Fils de Dieu qui souffrit la mort pour obtenir grâce pour les pécheurs et rendait ainsi admissible pour Dieu de pardonner et, en même temps, donnait à l'homme la capacité d'accepter d'être pardonné et par là racheté.

LES IMPLICATIONS JURIDIQUES DE LA DOCTRINE DU RACHAT

La théorie d'Anselme posa aussi les fondations d'une nouvelle jurisprudence. Elle le faisait en répondant à la question, pourquoi faut-il qu'il y ait soit réparation soit punition ? Pourquoi Dieu dans sa pitié ne peut-il pardonner librement à l'homme son péché comme un geste de grâce ? La réponse est que cela laisserait non corrigée la perturbation de l'ordre de l'univers et ce désordre non réparé constituerait un défaut de justice. L'ordre juste de l'univers, la *iustitia* ou rectitude de Dieu, requiert que le prix soit payé. La grâce accordée par pitié est fille de la justice, disait Anselme, elle dérive de la justice et ne peut opérer contre la justice²⁹. C'est par la grâce de Dieu que l'homme peut vivre, et même que lui est offert le rachat, bien que l'homme ait forfait à la promesse sacrée du paradis. Mais Dieu n'agit pas arbitrairement, sa merci est sujette de sa justice, de même que sa justice est sujette à sa « rectitude », son « juste ordre des choses ».

Il est intéressant de comparer ce langage avec celui du texte « Concernant la pénitence, vraie et fausse » publié quelque quarante ou cinquante ans avant le *Cur Deus Homo*, et qu'Anselme connaissait bien. L'ouvrage le plus ancien est dans la tradition théologique et morale (ainsi que dans la tradition chrétienne orientale) qui refusait de subordonner la clémence de Dieu à sa justice ou sa justice à sa clémence.

Car, écrivait l'auteur, « Dieu est clément et juste, préservant la clémence dans la justice et la justice dans la clémence »... « Le juste (juge) doit être clément justement ». « Il doit avoir de la clémence avec justice...et de la justice avec clémence »³⁰. Néanmoins l'auteur distingue entre justice et clémence dans son analyse de la punition « car c'est la justice seule qui condamne »³¹, écrit-il et ailleurs, il attaque « l'erreur de ceux qui présument le pardon sans la pénitence », c'est-à-dire sans punition, pour la raison que concrètement ils justifient la faute et donnent « licence de pécher »³². « La grâce de Dieu ne doit pas être ainsi dévalorisée ». En fait, la nouvelle théorie de pénitence vraie et fausse ouvrait la voie à la thèse d'Anselme que l'ordre rationnel de l'univers requiert que toujours les péchés soient punis³³.

Il est souvent reproché à Anselme d'avoir adopté une vue « formaliste » ou « légaliste de la rédemption » ; il a aussi été défendu contre ce reproche pour la raison que ses critères de justice (*iustitia*) sont plus moraux que juridiques³⁴ ; ni l'une ni l'autre de ces opinions n'est vraiment adéquate. Assurément, Anselme n'était pas légaliste au sens de préoccupé de modalités techniques à propos de la loi divine à l'égard du péché, de la pénitence ou du crime, et de la punition. Pour lui comme pour ses prédécesseurs, *iustitia* était le terme employé pour traduire le terme biblique que nous rendons par « rectitude ». Anselme était préoccupé par la recherche du caractère fondamental de la « rectitude » de Dieu. Il l'était aussi de comprendre la façon dont la rectitude ou justice de Dieu se manifeste dans des actes et règles spécifiques.

Il n'était pas disposé à sacrifier une quelconque décision ou règle, dérivée de la justice, sur l'autel d'un principe inconsistant, si séduisant soit-il. Dans *Cur Deus Homo*, le disciple d'Anselme est amené à dire « si Dieu suit la méthode de la justice, il n'est pas d'issue pour une misérable épave et la clémence de Dieu semble périr ». Anselme réplique : « tu as demandé de la raison, maintenant accepte la raison »³⁵. Si largement qu'Anselme conçût la justice, la raison exigeait qu'il s'arrêtât à la frontière de la clémence. Dieu est lié par sa propre justice. S'il est divinement juste qu'un homme paie le prix de ses péchés, il serait injuste, et donc impossible, que Dieu en remît le prix. Dans *Cur Deus Homo*, la théologie d'Anselme est une théologie de Droit³⁶.

Avant l'époque d'Anselme (et encore aujourd'hui dans l'Eglise orientale), il eût été jugé fautif d'analyser de la sorte la justice de Dieu. L'on aurait dit, d'abord, que ces ultimes mystères ne peuvent être insérés dans les concepts et les constructions de l'intellect humain, que la raison est inséparable de la foi, l'une n'est pas la servante de l'autre mais plutôt les deux sont indivisibles et que tout l'exercice d'une théologie du Droit est une contradiction dans les termes. Et deuxièmement, on aurait dit que ce n'est pas seulement, et pas principalement, la justice divine qui établit notre relation avec Dieu mais aussi et primordialement, sa clémence et son pardon, que ce sont sa clémence et son pardon, et pas seulement sa justice, qui expliquent la crucifixion car par celle-ci le genre humain a été racheté du pouvoir de Satan, des démons et de la

mort, par le même pouvoir qui a provoqué le meurtre de Jésus pour commencer mais qui s'est trouvé vaincu finalement par la résurrection.

En fait, la théologie orthodoxe n'a jamais développé de théories à propos de mérites, de satisfaction, de purgatoire ni d'œuvres surérogatoires. De telles théories étaient considérées comme légalistes en Orient. Les doctrines de damnation éternelle étaient rejetées elles aussi. Le péché était considéré fondamentalement comme l'état déchu d'une âme individuelle, non comme un acte commis en violation d'une loi divine. Des idées analogues avaient prévalu dans la chrétienté germanique avant la révolution papale.

Considérée ainsi à partir d'une époque antérieure (et de la perspective orientale actuelle), la théorie d'Anselme est une théorie juridique en ce sens qu'elle explique tant la souffrance humaine que la clémence divine, en fonction d'un cadre commun de justice et d'ordre des choses juste. La souffrance humaine est un prix payé par l'homme pour sa désobéissance. Plus fondamentalement, la rémission par Dieu du châtement éternel, en dépit de l'offense infinie que lui fait l'humanité, est rendue légitime, justement accordée par l'unique sacrifice proportionnel à l'énormité de la faute. Ainsi la rédemption était expliquée essentiellement comme une transaction de droit coutumier.

SOURCES THEOLOGIQUES DU DROIT PENAL OCCIDENTAL

La théorie d'Anselme posant que satisfaction était requise par l'atteinte portée à l'honneur de Dieu, reflétait les concepts juridiques antérieurs plus que les concepts nouveaux de Droit qui allaient bientôt prévaloir sur eux. Anselme concevait cette « satisfaction » à la façon du genre d'humiliation volontaire qui s'imposait au serf coupable d'avoir porté atteinte à l'honneur de son seigneur.

Le sacrifice consenti du Christ n'était pas présenté, comme il le fut plus tard, notamment après la réforme protestante, comme la punition d'un crime (où le Christ était substitué au coupable) mais plutôt au sens ancien de pénitence c'est-à-dire de preuve de repentir conduisant à réconcilier la victime avec l'offenseur³⁷. Parce que le Christ, représentant l'homme, s'était offert lui-même pour obtenir propitiation au pécheur, l'honneur de Dieu était restauré et il pouvait rendre à l'homme son amitié. Ainsi s'exprimait un thème constant du droit pénal européen avant et pendant le XI^e siècle. On ne considérait ordinairement pas le crime comme une atteinte portée à l'ordre politique comme tel ou à la société en général, mais plutôt comme une offense dirigée contre la victime et le milieu dont il relevait : sa parenté, sa communauté territoriale ou sa classe féodale. C'était aussi une offense faite à Dieu, un péché. Une réaction sociale normale à l'offense était la vengeance exercée par la victime et le milieu dont il relevait, sa parenté ou un autre groupe solidaire.

A la même époque, entre les VI^e et XI^e siècles, le droit tribal, local et féodal insistait fortement sur la réparation, la restitution de l'honneur et la réconciliation, comme alternative à la vengeance. Au surplus, le droit royal ou impérial de ces temps anciens était fondé sur des concepts analogues et consistait largement en règles et procédures coutumières, protégeant les droits de la maisonnée du souverain et des personnes sous sa protection. Occasionnellement, les rois promulguaient des « codes » de lois réaffirmant ou révisant le droit coutumier mais, dans l'ensemble, la juridiction impériale ou royale sur les crimes et délits était extrêmement limitée. L'absence relative d'un droit pénal général et la prédominance des coutumes locales soulignent simplement que le crime était considéré par la plupart des gens comme une offense contre d'autres gens et en même temps comme une offense faite à Dieu plutôt que comme une atteinte à quelque vaste unité politique, que ce soit l'Etat ou l'Eglise.

Il en allait de même dans les monastères dont les pénitentiels, les codes de péchés et de pénitences, constituèrent une source importante pour le nouveau droit canon pénal du XII^e siècle. Les offenses commises par les moines étaient confessées et punies secrètement avant que le coupable ne soit réintégré dans sa communauté monastique locale. Pour la plupart, chaque monastère avait ses propres règles pénitentielles. Ces règles finirent par être adoptées très largement parmi la laïcité aux IX^e, X^e et XI^e siècles. Pénitence, restitution de l'honneur et réconciliation, telles étaient les étapes par lesquelles devait passer la procédure de liquidation des offenses et des péchés commis. Faute de quoi, l'alternative était la vendetta (dette de sang), la mise hors la loi ou l'excommunication.

Voilà comment Anselme fut conduit à présenter la rédemption comme un acte de repentir (oblation) et de réconciliation dans lequel le Dieu-homme s'offrit en sacrifice. Cependant, l'argumentation reposait aussi sur une prémisse qui n'était pas pleinement exprimée, à savoir qu'une punition (et pas seulement une satisfaction de repentir) était requise par la justice divine, non pas pour le « péché originel » ou « naturel (comme Anselme préférait l'appeler) mais pour les « péchés personnels » (péchés effectifs) commis par des chrétiens baptisés. Par le sacrement du baptême, ils avaient eu le bénéfice du sacrifice rédempteur. Si la dette infinie de leur péché originel était effacée, la responsabilité de leurs péchés subséquents demeurait et cette responsabilité impliquait, estimait-on, qu'ils l'assument en subissant un châtiement.

Cette implication était déduite de distinctions très nettes que l'on faisait entre 1) le péché originel universel qui était supprimé par le baptême et les péchés effectivement commis par le chrétien individuellement et 2) entre la satisfaction, paiement suffisant à rendre son honneur à l'offensé, et la punition qui devait être proportionnée à la gravité de l'offense. Anselme rejetait expressément l'alternative présentant une punition comme une sanction appropriée du péché originel puisque, disait-il, pour être proportionnée à l'offense, cette punition devrait comporter la destruction totale de l'homme. Dieu qui « n'a rien fait de plus précieux qu'une créature rationnelle capable de le savourer », ne pouvait vouloir qu'il périsse absolument et c'est

pourquoi Dieu accepta que son honneur soit restauré par le sacrifice que son Fils lui offrait ³⁸ (de sa personne humaine). C'est ainsi que Dieu pardonna au genre humain son état de faillibilité.

La race humaine est absoute des conséquences de sa tendance congénitale à l'avidité, à l'orgueil, à l'ambition du pouvoir et aux autres formes de désobéissance envers Dieu. Il accepte l'homme tel qu'il est. Mais ce pardon même accroît la responsabilité pour chacun de ne pas faire volontairement ce qui a été défendu. S'il le fait délibérément, il doit être puni. Non pas détesté, non pas détruit, mais contraint de payer un prix proportionné à l'offense, c'est-à-dire à l'illégalité de l'acte. En contraste avec le péché originel de l'humanité (Adam), pour les péchés « actuels » de l'individu baptisé, les pénitents chrétiens n'encourent pas leur destruction pour compenser les illégalités commises. Ils peuvent les expier par des punitions temporaires pendant cette vie et au purgatoire. Même ceux assignés à la punition éternelle ne sont pas totalement détruits.

Les nouveaux concepts relatifs au péché et à leur punition, fondés sur cette doctrine de la rédemption ne sont pas basés sur les notions germaniques de réconciliation évitant la vengeance, ni sur les termes platoniciens de dissuasion et réhabilitation, ni sur les termes de l'Ancien Testament se référant à l'alliance entre Dieu et Israël bien que des éléments de ces trois théories restent présents. La principale justification donnée par Anselme et ses successeurs dans la théologie occidentale, était le concept même de la justice. La justice exigeait que tout péché (crime) soit payé par une souffrance temporaire, que la souffrance, la pénalité soit appropriée à l'acte condamnable et qu'elle « venge » (*vindicat*), rende son autorité à la loi particulière qui a été transgressée. Ainsi que l'a dit Saint Thomas d'Aquin, presque deux siècles plus tard, que l'offense soit civile ou criminelle, elle exige le versement d'un dédommagement à la victime. Mais comme le crime, à l'inverse d'un dommage civil, est un défi à la loi, la punition, et non pas la simple réparation, doit être imposée « en tant que prix dû pour avoir violé la loi » ³⁹.

C'est ce que l'on appelle d'ordinaire une théorie « rétributive » de la justice puisque cela repose sur l'idée qu'un « tribut », une somme déterminée doit être versée pour « venger » la loi. Aux Etats-Unis, la théorie « rétributive » a été souvent associée à la vengeance de la victime plutôt que celle de la loi, ce qui est une tout autre question. J'aimerais appeler la première « rétribution spéciale » (en français, plutôt « indemnisation » et « amende honorable ») [N. d T.] et la seconde « rétribution générale ». Historiquement, ce fut dans le sillage de la révolution papale que l'homme occidental expérimenta la substitution de la rétribution générale (tribut rendu à la loi) à la rétribution spéciale (tribut rendu à l'honneur de la victime) comme base de justification du droit criminel. Toutefois, l'expression « rétribution générale » n'épuise pas le fond du changement. La doctrine du rachat ajoutait d'autres dimensions aux idées de tribut et de réparation. D'une part le pécheur qui enfreignait la loi était assurément considéré comme en outre un (délinquant ou) criminel, un malfaiteur public qui devait non seulement se repentir mais subir une

sanction pour avoir méprisé la loi. Mais d'autre part, le délinquant ou criminel était aussi un pécheur dont la culpabilité était non seulement d'avoir violé la loi mais, le plus grave, d'avoir volontairement choisi de faire le mal. Ainsi, était mis en relief fortement le caractère moral (ou plutôt, immoral) de son acte, c'est-à-dire l'état d'esprit pervers dans lequel il se trouvait en le commettant.

En même temps, l'association du crime avec le péché et de la punition avec le rachat donnait au criminel-pécheur une certaine dignité vis-à-vis de ses accusateurs, de ses juges et de ses coreligionnaires chrétiens. Eux aussi étaient des pécheurs, eux aussi étaient candidats à des tourments inconnus au purgatoire et à l'admission finale dans le royaume des cieux. Cela allégeait l'élément de supériorité morale qui généralement accompagne la théorie « rétributive » de la justice. Par exemple, le bourreau devait s'agenouiller devant le condamné au dernier moment et lui demander pardon pour l'acte qu'il allait commettre. Ainsi, encore que la liaison entre crime et péché ait placé sur le criminel une responsabilité infinie envers Dieu, l'attribution du péché à tous les membres de la société, y compris ceux qui respectent les lois, servait à désarmer quelque peu l'indignation pharisaïque implicite dans le droit pénal⁴⁰. Tous les chrétiens avaient en commun la tare d'une humanité pécheresse.

La croyance en l'égalité morale de tous les participants des procédures judiciaires donnait un fondement à la recherche scientifique de l'état d'esprit des accusés. Dans le texte « Concernant la pénitence, vraie et fausse », l'auteur développe une théorie remarquable, soutenant que le juge qui examine une personne devrait se mettre à la place de cette personne afin de discerner, par des questions subtiles, ce qu'elle connaît et qu'il souhaite entendre d'elle, même en ce que peut-être elle souhaite se dissimuler à elle-même :

« Car celui qui en juge un autre...se condamne lui-même. Qu'il se connaisse donc lui-même et se purge de ce qu'il y trouve d'offensant pour autrui... Que celui qui est sans péché lance la première pierre (Jean, 8:7), car nul n'est sans péché en ce sens que tous nous avons enfreint la loi et sommes criminels... » Que le juge canonique veille soigneusement à se renforcer de science, pour ne pas risquer de commettre le crime d'injustice. Il convient qu'il sache comment reconnaître ce dont il doit juger. Par conséquent, l'enquêteur diligent, l'interrogateur subtil, sagement et presque astucieusement questionne le pécheur sur ce que peut-être le pécheur ignore lui-même ou dont il a honte et qu'il souhaite cacher⁴¹.

Finalement, la doctrine du rachat donna une signification universelle à la justice humaine, en attachant la pénalité imposée par un tribunal pour violation d'une loi à la nature et à la destinée de l'homme, à sa recherche du salut, sa liberté morale et à sa mission de créer sur terre une société qui refléterait la loi divine. Il y avait là de remarquables similarités avec le concept juédique du contrat dans lequel Dieu s'était engagé en faveur de son peuple élu. De cette alliance étaient dérivés les dix com-

mandements et les innombrables règles bibliques fondés sur elle. Chacune de ces lois était sacrée, chaque infraction était une atteinte à l'alliance.

Dans la conception occidentale de la rédemption, Dieu était entré dans une nouvelle alliance, cette fois avec le genre humain, représenté par une personne qui était à la fois humaine et divine, l'homme-Dieu. Sous cette nouvelle alliance, toutefois, l'ancienne était dissoute, la sujétion de l'homme au péché était effacée par le sacrifice du Christ. Par conséquent, les chrétiens étaient habilités à vivre une vie de rectitude sans avoir besoin de lois. Pourtant, malgré cette grâce recouvrée, ils choisirent de faire le mal. Ainsi, une nouvelle loi devenait nécessaire, la loi humaine, qui n'est pas sacrée au sens ancien, bien qu'inspirée du décalogue et des autres textes bibliques.

Désormais, la loi humaine jugerait les hommes sur terre; laissant à la justice de Dieu le jugement de leurs âmes immortelles. Cependant il incombait à la loi humaine de contribuer à préparer ces âmes humaines à leur destinée éternelle. La prêtrise en particulier, concrétisant la représentation de Dieu, avait pour tâche non seulement d'assurer le soin des âmes par l'administration des sacrements, dont celui de pénitence, mais aussi de promulguer et faire respecter les règles de la loi ecclésiastique ainsi que de contribuer à la promulgation et au maintien des règles du droit séculier. Et ces lois ecclésiastiques ou séculières, bien que non divines mais humaines, devaient chercher à refléter la volonté divine afin d'avoir une entière validité. Par conséquent, pour garantir cette validité, les violations devaient être punies. « La loi doit tenir ses promesses »⁴².

LE DROIT CANON PENAL

La nouvelle théologie se traduit dans un nouveau système de lois pénales, créé par les canonistes des XI^e et XII^e siècles, lequel différait substantiellement de la « loi de Dieu », c'est-à-dire de la loi pénitentielle qui auparavant prévalait dans l'Eglise d'Occident, non moins que de la « loi de ce monde » (ou « des hommes ») qui parallèlement à la loi pénitentielle prévalait dans les droits tribaux, locaux, féodaux et les ordonnances légales des rois et des empereurs.

Dans la période précédente, les termes de « crime » et de « péché » étaient interchangeable. Généralement parlant, tous les crimes (et délits graves) étaient des péchés mais tous les péchés étaient également des crimes. Il n'y avait pas de distinction quant à la nature fondamentale entre les infractions ou « offenses », à réparer par une pénitence ecclésiastique d'une part, et les offenses à traiter par les négociations de parenté (dettes de sang), par des assemblées locales ou féodales ou par des procédures judiciaires royales ou impériales d'autre part. Le meurtre, le vol et autres violations majeures de la loi humaine étaient en même temps considérés comme des violations de la loi divine. Symétriquement, les fautes sexuelles et conjugales, la

sorcellerie et la magie, le sacrilège et autres violations majeures de la loi divine étaient considérées en même temps comme des atteintes à la loi humaine.

Le clergé jouait un rôle prépondérant dans l'élaboration des jugements « séculiers », pendant que l'autorité suprême, royale ou impériale, était considérée comme ayant un caractère sacré et sacerdotal. Dans l'Eglise, toutefois, il n'y avait pas de système légal d'élaboration de jugements en matière criminelle, tel qu'il fut développé après la révolution papale. Le système des pénitences ecclésiastiques était régi principalement par les prêtres locaux et les moines dont la fonction n'était pas d'infliger des punitions comme telles, mais de vaquer au soin des âmes, à la rénovation de la vie morale et au rétablissement d'une relation correcte avec Dieu. Et symétriquement, l'objectif essentiel des sanctions temporelles n'était pas la punition en elle-même, mais la restitution de l'honneur, la réconciliation et le rétablissement de la paix.

Pendant la dernière partie du XI^e siècle et durant le XII^e, une différence de procédure fut nettement faite, pour la première fois, entre péché et crime. Cela en partie parce que la hiérarchie ecclésiastique parvint à retirer aux autorités séculières la juridiction sur les péchés, donnant par là incidemment un sens nouveau au terme « séculier ». Tout acte punissable par les fonctionnaires « laïcs », royaux ou autres, devait dorénavant être puni en tant que violation de la loi civile et non comme péché, en tant que violation de la loi de Dieu. Lorsque, par exemple, l'autorité séculière punissait pour vol, elle devait le punir en tant que violation de la paix, pour protéger la propriété, pour cause d'offense à la société. On commença à dire que, dans ce monde-ci, seule l'Eglise avait juridiction pour punir les péchés, donnant ainsi, incidemment, un sens nouveau au mot « église » en rapport avec les expressions « hiérarchies en ce monde », « juridiction » et « punition des péchés ».

Une exception flagrante, cependant, au principe de division entre juridictions ecclésiastique et séculière, était contenue dans la loi applicable aux hérétiques. Aux XII^e et XIII^e siècles, l'hérésie qui précédemment était seulement une offense d'ordre spirituel, punissable par l'anathème, devenait aussi une atteinte à la loi civile, punissable comme trahison. La procédure inquisitoriale commença à s'appliquer pour la déceler et la peine de mort pour la punir. Le nœud de l'infraction résidait dans la négation de dogmes de l'Eglise. Si l'accusé consentait à déclarer avec serment qu'il adhérait à ces dogmes, il était acquitté bien qu'il restât passible de pénitences s'il n'avait juré que sous la torture ou d'autres pressions. S'il persistait dans l'hérésie, il était exposé à poursuites devant un tribunal ecclésiastique et à être livré au bras séculier pour être exécuté. Ainsi l'Eglise tournait son aversion pour l'effusion du sang en ne s'engageant qu'indirectement. C'était là une « anomalie » sur laquelle avec le temps, au XVI^e siècle, le « modèle » entier s'effondra.

L'Eglise divisa son autorité sur les questions de péché en deux parties : 1) les péchés jugés sur le « forum interne » de l'Eglise, c'est-à-dire par un prêtre agissant en vertu de son « ordination », précisément dans l'administration du sacrement de péni-

tence et 2) les péchés jugés sur le « forum externe », c'est-à-dire par un juge ecclésiastique agissant en vertu de sa « juridiction ».

Ces derniers motifs de poursuite furent, au XII^e siècle, appelés par les juristes de droit canon, tantôt péchés criminels, tantôt crimes ecclésiastiques ou simplement crimes. Un péché criminel violait une loi ecclésiastique. Ce principe qu'un péché était criminel s'il enfreignait une loi de l'Eglise, entraînait nécessairement que s'il n'y avait pas de loi ecclésiastique méconnue, l'acte contesté ne relevait pas d'un tribunal ecclésiastique. C'est ce que Pierre Lombard exprima au XII^e siècle de la façon suivante : « Il n'y a pas de péché s'il n'y avait pas de prohibition »⁴³. L'emploi du verbe à l'imparfait « avait » était frappant. C'était là le point de départ d'une longue et sinueuse piste jurisprudentielle dans la tradition juridique occidentale, qui culmina dans le principe formulé au XVIII^e siècle par le mouvement des Lumières et dans la Déclaration française des Droits de l'Homme et du Citoyen : « *Nullum crimen, nulla poena sine lege* », il n'y a ni faute ni punition s'il n'y a pas de loi, c'est-à-dire en l'absence d'une disposition légale antérieurement promulguée, définissant l'infraction et fixant la sanction.

Du principe que tout péché criminel consiste dans la violation d'une loi ecclésiastique, il ne découle pas forcément que toute infraction à une loi ecclésiastique constitue un péché criminel. Un péché est une offense faite à Dieu. C'est seulement dans une société où toutes les lois sont divines que toute infraction est pécheresse. Il en était ainsi dans l'Israël ancien, sous la loi mosaïque. C'était vrai aussi parmi les peuples germaniques de l'Europe occidentale avant le XI^e siècle. Une offense contre un groupe de parenté ou une communauté locale ou une relation féodale constituait aussi une offense faite à Dieu (ou aux dieux, avant le christianisme). Cela était visible dans le fait que le mode normal de procès pour offense comportait l'appel au surnaturel, d'habitude par serment judiciaire ou par ordalie. Le clergé était impliqué, le sacrement devait être reçu avant que le jugement de Dieu soit invoqué.

Les mots « péché » et « crime » étaient ambivalents, aussi bien en droit « de ce monde » que par rapport à la « loi divine ». Mais à la fin du XI^e siècle et durant le XII^e, les théologiens et les juristes de l'Europe occidentale distinguèrent entre les péchés qui étaient seulement les offenses faites à Dieu, et que Dieu pouvait seul juger, par exemple les péchés secrets de pensée ou de désir, des péchés qui étaient aussi des atteintes contre l'Eglise et sur lesquels l'Eglise, en tant que personne juridique, qu'institution politico-légale, avait juridiction pour juger devant ses propres tribunaux. Les péchés dits criminels étaient ceux dont le caractère offensant pour Dieu était jaugé selon les critères de la loi ecclésiastique, appliquée par des juges ecclésiastiques agissant en vertu de leur juridiction plutôt que selon les critères de la loi divine appliquée par Dieu lui-même à travers les prêtres agissant en vertu de leur ordination.

Les fondements théoriques de la nouvelle loi ecclésiastique touchant les crimes furent exposés par Abélard dans son « Ethique », quelques dizaines d'années avant que Gratien, le grand fondateur de la science du droit canon, en donne une formula-

tion plus détaillée ⁴⁴. Abélard posait trois conditions principales requises pour qu'un péché soit du ressort des tribunaux ecclésiastiques :

- D'abord, ce doit être une faute grave. Le point de départ pour jauger sa gravité était la division traditionnelle entre les péchés dits « mortels » (c'est-à-dire causant la mort spirituelle) et les péchés véniels (pardonnables, péchés légers). Conformément à l'opinion d'Abélard, les canonistes du XII^e siècle disaient que seul un péché mortel peut constituer un crime et, de plus, que les péchés mortels ne sont pas tous des crimes mais seulement ceux qui, dans les circonstances où ils sont commis, étaient suffisamment graves pour mériter un châtement criminel au jugement d'un tribunal ecclésiastique. L'avidité, par exemple, est un péché mortel mais le degré d'avidité (ou d'avarice) requis pour justifier une poursuite criminelle peut être davantage marqué qu'à l'ordinaire.

- Deuxièmement, le péché doit être manifesté par un acte extérieur. Les péchés en pensée et les désirs non exprimés sont punissables par Dieu et relèvent du « forum céleste » de l'Eglise, selon l'expression d'Abélard, dans le sacrement de pénitence, incluant la confession, mais ne peuvent être punis comme tels dans le « forum terrestre » de l'Eglise, c'est-à-dire par un tribunal ecclésiastique. Abélard se fondait en cela sur le fait que seul Dieu peut voir directement dans l'esprit, le cœur et l'âme d'une personne alors que les juges humains ne peuvent constater que ce qui est manifesté. Il fut universellement admis que « l'Eglise ne juge pas les affaires cachées ». Ceci à son tour conduisit à la règle de droit canon, qui finalement devint aussi la règle dans les systèmes légaux de l'Occident, à savoir que la simple préparation d'un crime (même au point de rassembler les moyens de le commettre), n'est pas punissable. Il faut qu'au moins ait lieu une tentative, c'est-à-dire un acte externe entamant le processus d'une conduite criminelle. Il y avait deux exceptions flagrantes à cette règle, la trahison et l'hérésie.

Les canonistes définirent aussi les sortes d'intentions et les modes d'enchaînement de cause à effet qui permettaient de déterminer si un acte externe était criminel. Ils distinguaient entre « intention directe » (la connaissance du résultat illégal qu'aura l'acte posé, par exemple, un homicide) et « intention indirecte » (connaissance du résultat illégal qui se produirait mais sans désir de l'obtenir, par exemple le meurtre involontaire d'un gardien afin de s'enfuir). Ils distinguèrent aussi entre l'intention (des deux sortes) et la négligence (comme dans le cas où l'acteur ignorait que le résultat se produirait mais que s'il avait été diligent, il l'aurait su). En ce qui concerne les causes, ils distinguaient les causes lointaines (*causae remotae*) des causes proches (*proximae causae*). Ils discutaient les cas complexes, positifs ou hypothétiques, de causes intervenantes. Par exemple, un clerc jette un caillou pour effrayer son compagnon. Le compagnon, pour éviter le projectile, heurte une pierre et est gravement blessé, par suite d'une négligence de son père et d'un médecin, il meurt. Le jet du caillou est-il une cause proche du décès ? Il y avait d'innombrables exemples de ce genre. Un étudiant de quelque système juridique moderne en Occident sera familier avec cette façon d'analyser les conduites criminelles en termes de

différence entre intention et négligence, entre diverses sortes d'intentions et divers enchaînements de causes et effets.

- Troisièmement, selon Abélard (et en cela les canonistes le suivaient aussi), il fallait que l'acte ait été nuisible à l'Eglise. Ce devait être un « scandale » pour l'institution publique ecclésiastique. Une loi ne devait punir des actes, même moralement répréhensibles que s'ils avaient été nocifs pour la société d'où émane cette loi. Ceci également paraît tout à fait moderne ⁴⁵. Ainsi les canonistes estimèrent par exemple, que la non-exécution d'une simple promesse, encore que moralement blâmable, n'est pas suffisamment nuisible à l'Eglise pour légitimer l'imposition de sanctions criminelles. Ce qui n'était pas moderne dans le droit canon pénal était le recours à des indices extérieurs, non seulement pour déterminer la culpabilité au sens actuel (l'acte était-il prohibé ? l'accusé l'a-t-il commis ?) mais aussi l'intention pécheresse de l'accusé. Abélard allait plus loin que ses successeurs en essayant d'éliminer cette connotation pénitentielle, il soutenait que la gravité de la faute devait être « présumée » à partir des indices externes.

Autrement dit, dans l'optique d'Abélard, le tribunal ecclésiastique ne devait uniquement s'enquérir des attitudes, des motivations et du caractère de l'accusé que dans la mesure où une telle recherche était nécessaire pour déterminer en quoi il violait la loi ecclésiastique. C'est-à-dire si son acte était suffisamment immoral et suffisamment nuisible à l'Eglise pour constituer un crime ecclésiastique, et s'il avait eu, comme requis, l'intention de le commettre, s'il y avait eu l'enchaînement requis de cause à effet et si les autres conditions légales de culpabilité étaient établies. La qualification pécheresse de son état d'esprit (ses attitudes), de cœur (motivations) et d'âme (caractère) qui était connue directement par Dieu, ne pouvait l'être du tribunal ecclésiastique qu'à travers des indices externes. Par conséquent, concluait Abélard, seuls ces indices extérieurs devraient être examinés par les juges.

Stephan Kuttner fait remarquer que ce raisonnement aurait pu conduire Abélard à un concept du crime totalement émancipé de la théologie (*theologiefrei*), mais qu'Abélard ne franchit pas cet ultime pas ⁴⁶. En la place, il usa d'une présomption a priori, autrement dit d'une fiction pour enjamber l'écart entre crime et péché. Il postula que les critères disponibles pour les juges terrestres, malgré leurs limitations, donneront un résultat approchant de la perception divine, et qu'il est vain d'espérer atteindre mieux que cette approximation.

L'opinion d'Abélard, que la mentalité pécheresse peut être présumée, mais seulement présumée, et doit par conséquent être ignorée, fut repoussée par l'Eglise ⁴⁷. Les juristes canoniques se souciaient avant tout de mesurer l'offense faite à Dieu; ils considéraient les indices externes comme des instruments donnés par Dieu à cette fin mais ils allèrent au delà pour s'enquérir spécifiquement dans l'esprit, le cœur et l'âme de l'accusé. Ils admettaient que la loi ecclésiastique est appliquée dans le fo-

rum terrestre de l'Eglise et non dans le forum céleste et que, par conséquent, elle doit procéder suivant les règles d'objectivité et de généralité mais ils ne voyaient aucun conflit essentiel, et au contraire une harmonie foncière entre ses critères et ceux de la justice divine. D'après leur conception des procédures propres de Dieu, ils s'intéressaient à déterminer « à la fois » si l'accusé avait intentionnellement commis un acte moralement et socialement nocif en violation d'une loi, et dans quelle mesure il s'avérait par là dépravé dans son esprit, son cœur et son âme.

Les deux types d'enquête n'étaient d'ailleurs pas séparés. Afin d'évaluer l'acte, il était nécessaire d'analyser l'intention de l'acteur; cela conduisait à examiner le degré de liberté de sa volonté. Les canonistes élaborèrent les règles, maintenant communes à tous les systèmes juridiques occidentaux, selon lesquelles une personne peut être exempte de responsabilité criminelle si elle agissait dans un état d'inconscience ou dans son sommeil ou ivre ou par erreur, à la condition que 1) en raison de son état elle ne pouvait savoir que ce qu'elle faisait était mal ; 2) elle ne s'était pas volontairement mise dans cet état (par exemple, en s'enivrant consciemment).

Il est clair que si l'examen de la liberté de volonté de cette personne amène à se demander si elle n'a pas eu le tort de se mettre dans un état où elle devait bien savoir qu'elle risquait de commettre un acte moralement blâmable, socialement nuisible et illégal, l'on peut estimer utile, sinon nécessaire, d'examiner l'ensemble de sa personnalité. Une telle recherche passera inévitablement des questions d'intention et de lucidité à des questions d'attitude, de motivation et de caractère. Du point de vue des canonistes, cela était hautement désirable puisque dès l'instant où la distinction était établie entre le droit séculier et le droit ecclésiastique, c'était l'inclination au péché de l'acteur lui-même, et pas seulement la criminalité de l'acte qui, en fin de compte, justifiait que le tribunal ecclésiastique assume la juridiction sur les péchés criminels.

Le lien étroit entre crime et péché dans le droit canonique est aussi visible dans les règles qui furent d'abord systématiquement élaborées au XII^e siècle, concernant la justification et l'excuse pour des actes par ailleurs déclarés criminels. Il fut admis qu'une personne qui en attaque intentionnellement une autre peut être justifiée par l'autodéfense, ou pour en défendre d'autres, ou excusée parce qu'elle exerce une autorité disciplinaire, ou encore exempte de responsabilité criminelle en raison de son jeune âge ou pour toute autre incapacité. Ici encore, les canonistes (s'appuyant en partie sur les textes de Justinien) créèrent le droit pénal moderne mais pour des raisons non modernes. Ce qui les préoccupait surtout n'était pas la culpabilité mais le péché⁴⁸. Une fois de plus, l'évaluation des justifications et des excuses pour les actes se fondaient avec l'évaluation des motivations, des attitudes et du caractère.

Un procès qui fut abondamment discuté aux XII^e et XIII^e siècles peut éclairer ces considérations. Des voleurs pénétrèrent dans un monastère, assommèrent deux moines et leur prirent leurs vêtements. Les frères ayant repris des forces maîtrisèrent les voleurs et les lièrent de cordes. L'un des frères laissa l'autre à la garde des voleurs pour aller informer le prieur. Les captifs commencèrent à se dégager, sur quoi le

frère laissé seul les tua pour ne pas être tué par eux. L'affaire fut portée devant le pape Alexandre III, le fameux pape juriste du XII^e siècle qui déclara que tant le fait de garrotter les voleurs que leur meurtre, constituaient des péchés criminels. Les frères avaient enfreint la douceur à laquelle ils étaient tenus comme moines et aussi la discipline ecclésiastique. Ils avaient négligé le précepte de Jésus que « si un homme te prend ta tunique, cède lui aussi ton manteau ». Kuttner rapporte que :

« De nombreux canonistes citèrent cette Décrétale comme argument contre l'admissibilité du meurtre d'un voleur par un clerc ou contre le droit d'un clerc à s'opposer par les armes à une atteinte aux biens ou plus généralement contre l'emploi de la force en autodéfense, de la part de quelqu'un qui vise (comme les moines) à la perfection évangélique. Il eût été probablement plus vraisemblable, cependant, d'interpréter la décision d'Alexandre III, dans les circonstances concrètes de l'affaire, conformément à la doctrine générale sur l'autodéfense au lieu d'en traiter comme d'un problème de justification du meurtre d'un voleur; car le deuxième moine avait attaqué les voleurs non pour protéger des biens mais pour défendre sa vie... Néanmoins, la situation d'autodéfense avait été créée par le garrotage des voleurs, et cela était inadmissible puisque auparavant la première attaque des voleurs avait été surmontée et que les moines eussent pu s'échapper autrement... Ainsi le garrotage pouvait être considéré comme une « culpa praecedens » (faute antérieure) au meurtre défensif; de la sorte la décision d'Alexandre était harmonisée avec la théorie générale du (privilege de) l'autodéfense »⁴⁹.

Cette affaire est un exemple de la connexion étroite, en droit canon, entre crime et péché, c'est-à-dire entre les atteintes à l'ordre légal de l'Eglise et les offenses faites à Dieu. En tant qu'affaire de droit pénal, sans référence au péché, l'on peut justifier une règle qui permet à une personne d'en tuer une autre pour empêcher la seconde de tuer la première, mais impose la responsabilité criminelle si le meurtre a été commis pour empêcher la seconde de s'emparer d'un bien. Cependant, la décision d'Alexandre III introduit deux autres facteurs complémentaires :

- D'abord, le meurtrier est un clerc et même un moine. C'était un principe ferme du droit canon qu'un clerc qui commet un acte criminel commet un péché plus grave qu'un laïc qui commet le même acte. En outre, un moine n'est pas un membre quelconque du clergé mais quelqu'un qui « est mort au monde » et a entrepris une vie de perfection. Il est donc tenu à des devoirs plus exigeants.

- Deuxièmement, la règle ordinaire justifiant l'homicide commis par nécessité en défendant sa propre vie est conditionnée par une réserve importante introduite par les canonistes : quelqu'un qui défend sa vie ne doit pas avoir déraisonnablement créé le danger auquel il essaie de se soustraire par des moyens violents. Cela était désigné en langage de droit comme « faute antérieure » mais la fiction légale est évidente, puisque le crime allégué n'est pas la création injustifiée d'un danger d'attaque subéquente mais plutôt un homicide excédant les limites d'une autodéfense justifiable.

Une analogie peut être montrée avec la règle selon laquelle celui qui, en état d'ébriété, tue quelqu'un peut quand même être jugé coupable de meurtre, parce qu'il ne peut exciper de son ivresse volontaire. Jugée sur la base des indices externes, une telle personne devrait être accusée non d'homicide volontaire mais d'avoir bu exagérément en sachant qu'elle risquait de tomber dans la stupeur de l'ivresse et de tuer quelqu'un. Si par fiction légale, on la condamne pour homicide intentionnel alors qu'elle n'en avait pas l'intention, on est fondé à dire que le « crime réel » fut le « péché » d'ivrognerie.

Les canonistes inventèrent un terme pour distinguer la qualification légale de péché de celle de culpabilité légale, c'est-à-dire de la culpabilité implicite dans les textes légaux telle que la gravité de l'acte prohibé, l'intention de le commettre, la causalité proche. Ils avaient emprunté le mot de droit romain de *culpa* (en anglais *guilt*). Mais l'attitude pécheresse de celui qui commet un péché criminel est désigné par un mot nouveau *contemptus* qui, bien que jamais défini, fut employé pour évoquer le mépris de la règle, l'ironie, le défi, l'obstination, la présomptuosité, ou à l'autre point de vue, l'orgueil ou l'exaltation de soi. Ainsi le péché d'Adam avait été cette exaltation de soi, traduite dans le défi présomptueux de la loi de Dieu ⁵⁰.

Pour souligner l'importance des facteurs subjectifs de la responsabilité criminelle, les canonistes utilisèrent des distinctions qu'avait faites jadis la science juridique romaine mais ils les développèrent en des concepts complexes et soigneusement articulés. Des termes romains tels que : *imputabilitas* (imputabilité), *culpa* (culpabilité, faute) et *dolus* (tromperie, fraude) furent systématiquement analysés en termes précis quant à l'état d'esprit de l'acteur (aspect subjectif) et quant aux circonstances détaillées de l'acte (aspect objectif). Le droit pénal romain, au contraire, surtout le plus ancien, mais aussi au temps de Justinien, s'attachait plutôt à ce que nous appelons aujourd'hui la protection des intérêts et le maintien de l'autorité publique. Beaucoup des dispositions en matière criminelle étaient parallèles aux règles de propriété, de contrat et de dommages.

Dans la période postclassique, comme le pouvoir impérial se renforçait, les genres d'infractions auxquelles les sanctions impériales étaient applicables devinrent plus nombreuses et plus sévères. Mais cette évolution ne s'accompagna pas d'un renforcement de la répression de l'immoralité (du péché) en tant que telle. Ce fut dans les pénitentiels de monastères que l'indignation morale et la réforme des mœurs devinrent un objet de souci juridique, d'abord pour les rédacteurs de lois, et ce fut sur les pratiques monastiques de « l'analyse minutieuse des circonstances du péché... et d'investigation précise dans chaque de cas sur l'intention... et sur les circonstances externes de l'acte » que les canonistes à la fin du XI^e siècle et durant le XII^e édifièrent leurs doctrines sur les aspects subjectifs et objectifs de l'infraction ⁵¹.

A la fois l'unité et la complexité du nouveau droit pénal canonique sont impressionnantes. Ici, d'une part l'on trouvait une théorie intégrale de droit criminel qui simultanément soutenait et expliquait la pratique de l'Eglise.

Ici, d'autre part étaient fournies les distinctions complexes entre la loi divine (y compris punitive) et la loi humaine, dans la loi humaine entre la loi ecclésiastique et la loi séculière, et dans la loi ecclésiastique entre le péché et le crime puis entre chacun des genres de « crime ». De plus, et c'était la distinction la plus brûlante, tant au point de vue théorique que pratique, la distinction entre le rôle de l'Eglise en ce qui touche la discipline de sa propre armée de clercs et son rôle dans le maintien de critères moraux et idéologiques parmi les laïcs. Le clergé relevait des tribunaux ecclésiastiques pour toute espèce d'infraction, meurtre, vol, incendie, agression. En fait toute espèce d'acte interdit par n'importe quelle autorité temporelle, tribale ou locale, féodale, royale ou impériale, pouvait tomber sous la compétence des tribunaux ecclésiastiques si cet acte était le fait d'un clerc.

Tout à fait à part des questions de juridictions concurrentes, toute atteinte sérieuse à la paix pouvait constituer soit un crime ecclésiastique, soit un crime séculier si elle était commise par un membre du clergé. Indubitablement, cela doit s'expliquer politiquement, l'Eglise en tant qu'entité politico-juridique s'efforçait de conserver l'autorité sur ses fonctionnaires. Cela s'explique aussi théologiquement et éthiquement, ou comme on dirait plus tard, idéologiquement : le clergé était l'élite et ce qui pour un simple croyant pouvait n'être qu'une atteinte à la paix, pouvait constituer pour le clerc une infraction à des obligations plus élevées.

Quelque explication que l'on adopte, il y avait néanmoins une question pratique importante pour l'Eglise : est-ce que la « définition » des crimes séculiers : meurtres, vols, incendies et autres, lorsqu'ils étaient commis par des clercs, devait être laissée aux autorités temporelles, ou est-ce que l'Eglise devait fournir sa propre définition ? La réponse à cette question ajoute une dimension supplémentaire à l'analyse de la relation entre crime et péché. L'Eglise n'entreprend pas de définir les crimes séculiers. Elle donna cependant ses propres définitions des conditions sous lesquelles des crimes séculiers devenaient des péchés criminels en tant que commis par un membre du clergé. Par exemple, quand ils étaient suffisamment graves et suffisamment dommageables pour l'Eglise, quand ils étaient commis intentionnellement, quand ils constituaient une cause prochaine du résultat prohibé, lorsqu'ils n'étaient pas justifiés par l'autodéfense ou tout autre des diverses justifications, lorsqu'ils n'étaient pas excusés par autorisation officielle ou l'un des divers privilèges, « et lorsqu'ils manifestaient dans l'accusé le *contemptus* (mépris de la loi divine) ».

L'opportunité et la matérialité de l'enquête sur la mentalité pécheresse deviennent encore plus visibles lorsque l'on se rappelle que les principales sanctions imposées aux membres du clergé par les tribunaux ecclésiastiques étaient la révocation (la privation permanente de toutes fonctions et droits ecclésiastiques), la déposition de certains offices dans l'Eglise, la suspension de célébration des sacrements, des amendes, des excuses aux personnes offensées, certains exercices de piété tels que jeûne et pèlerinages, et pour les coupables les plus graves, l'excommunication. L'excommunication pouvait revêtir diverses formes, s'échelonnant entre l'exclusion de la participation aux sacrements et l'exclusion totale de l'Eglise (équivalant à un ostracisme complet). Toutefois, le tribunal ecclésiastique pouvait suspendre la péna-

lité d'excommunication à condition que l'offenseur répare de son mieux toutes les sortes de dommages qu'il avait provoqués, comprenant compensation à la victime ainsi que des actes charitables tels que dons aux pauvres ou un pèlerinage à un sanctuaire.

Ainsi, si l'on ne considère que la juridiction sur le clergé, c'est l'aspect « crime » plutôt que l'aspect « péché » du droit pénal ecclésiastique qui est le plus marqué.

En ce qui concerne l'autre versant de la juridiction criminelle ecclésiastique, celui qui régit la laïcité, l'Eglise ne prétendait qu'à une compétence restreinte pour son activité réformatrice (non qu'elle s'en détournât par principe). Pour parler en général, la violence entre laïcs devait être contrôlée par le droit pénal temporel, telle était en somme la tâche incombant à l'autorité séculière. Les laïcs n'étaient justiciables pénalement des tribunaux ecclésiastiques que pour les actes figurant grosso modo dans les catégories suivantes : hérésie, sacrilège, sorcellerie, magie, usure, diffamation, certaines infractions sexuelles ou maritales (homosexualité, adultère et autres), profanation de lieux du culte par vol ou autrement, et agression contre des clercs.

Autrement dit, l'Eglise insistait sur sa compétence pour certaines atteintes de laïcs impliquant des éléments sérieux moralement et idéologiquement, mais ordinairement pas de violence; et pour des actes de violence contre ses biens et son clergé. Là encore, l'élément de mentalité pécheresse était très important comme base de la revendication de juridiction de la part de l'Eglise.

A l'égard des laïcs également, les sanctions étaient plus morales et économiques qu'afflictives : aumônes, amendes, jeûne, bonnes œuvres et ultimement excommunications avec possibilité de suspendre l'excommunication si l'offenseur indemnisait les victimes, exécutait des œuvres de charité ou de piété etc. D'ailleurs, le principe de réparation amena le droit canonique à quelques accommodements avec la notion de mentalité pécheresse, la responsabilité financière était parfois étendue à des tiers innocents proches du coupable : héritiers, famille, entreprises et associations, en particulier quand les intérêts économiques de l'Eglise avaient été lésés de façon pénalement prohibée.

Le droit pénal occidental eut pour sol nourricier la croyance qu'une justice en soi et par soi, une justice *in sich* exige que la violation d'une loi soit payée par une peine et que la pénalité soit appropriée à l'infraction prohibée. Le système couplant diverses pénalités à diverses violations qui existe dans toutes les sociétés, était estimé justifié par lui-même, c'était la justice, c'était la justice même de Dieu. Cette idée se refléta non seulement dans le droit criminel mais dans toutes les branches du droit canon à partir du XII^e siècle, et de proche en proche, dans les diverses branches du droit séculier qui commença à se développer parallèlement. Les contrats doivent être tenus, disait-on, et s'ils ne le sont pas, un prix doit être payé pour cette rupture de promesse. Les dommages doivent être compensés par des indemnités équivalentes. Les droits de propriété doivent être restitués par qui les a enfreints.

Ces principes et autres semblables se sont tellement enracinés dans les consciences, à vrai dire, dans les valeurs intangibles de la société occidentale, qu'il devint difficile d'imaginer un ordre légal qui ne fût pas fondé sur ces principes et ces valeurs. Pourtant, des cultures contemporaines, hors de l'Occident, ont des ordres légaux basés sur d'autres combinaisons de principes et de valeurs et c'était le cas de la culture européenne antérieurement aux XI^e et XII^e siècles. Dans certains ordres, les idées de fatalité et d'honneur prévalent, avec vengeance et réconciliation. Dans d'autres, les idées de solidarité et de communauté prédominent, dans d'autres encore l'idée de dissuasion et de réhabilitation.

Les concepts de Droit ont leur origine et donc leur nature étroitement liées aux concepts théologiques et liturgiques, caractéristiques de l'Occident, de la rédemption et des sacrements. La festività du Jour des morts introduite au XI^e siècle symbolisait la vision du jugement dernier en tant que le jour où seraient convoquées universellement toutes les âmes qui auront vécu, pour rendre compte au Christ juge de leurs péchés et être pour l'éternité condamnées ou acquittées. Sur ce fondement, s'édifia une conception nouvelle du purgatoire. Les chrétiens, étant baptisés, pouvaient être assurés que leur penchant naturel au péché était déjà pardonné et s'ils étaient morts repentants, que leurs péchés personnels seraient pleinement expiés par les punitions subies pendant cette vie et au purgatoire avant que n'arrive la fin des temps. Le Christ, dans cette conception, n'était plus vu avant tout comme le juge mais comme le frère divin dont le sacrifice sur la croix avait servi à réconcilier Dieu et l'homme.

L'accent mis désormais sur la rédemption était associé à un nouveau symbolisme dans la célébration du sacrement de l'eucharistie : en effectuant certains actes et en prononçant certaines paroles, le prêtre, aux yeux des croyants, accomplissait la transformation du pain dans le corps spirituel du Christ. Ainsi la rédemption, avec ses effets paradoxaux de pardon divin et de punition divine, était perpétuellement reproduite et incorporée dans la vie des fidèles. Avec une telle compréhension de la justice divine, il semblait naturel de créer un concept parallèle de la justice humaine. Puisque Dieu règne à travers ses lois, de même les autorités ecclésiastiques et séculières, ordonnées au créateur, promulguent des règles, imposent des sanctions appropriées et des remèdes lorsqu'elles sont violées. Ces autorités humaines ne peuvent lire directement dans les âmes, comme fait Dieu, mais elles peuvent trouver des moyens de se rapprocher de ses jugements.

Cependant, l'analyse ainsi proposée est susceptible d'une importante restriction. La démarche de dérivation de la jurisprudence occidentale à partir de la théologie des XI^e et XII^e siècles n'est pas aussi naturelle qu'elle a pu paraître à ceux qui l'ont opérée.

L'évolution de Saint Anselme à Abélard puis à Gratien, fut à chaque étape un produit non pas de la seule raison mais d'une tension entre la raison et la foi, entre le scientifique et le mystique, entre le juridique et le visionnaire. La confiance entière d'Anselme en la raison s'accompagnait d'une profonde piété et d'un sens poétique de la grâce. Il disait que la raison prouverait seulement ce que la foi savait déjà et

que son analyse « avec la raison seule » cherchait seulement le « délice » de l'exercer. De même Abélard, le scolastique sceptique, était en même temps fervent croyant, amant passionné et le chantre de l'amour populaire dans toute l'Europe. Quant à Gratien, son grand traité de Droit était plein d'imaginaires mythologiques visant à concilier les contradictions, pour le bien de la justice et la plus grande gloire de Dieu.

Lorsque l'on pense au XII^e siècle comme celui où les institutions légales et les concepts juridiques furent élaborés, il faut penser aussi à Saint Bernard de Clairvaux, l'adversaire le plus sévère d'Abélard, dont la sainteté fut aussi renommée en Occident que les mésaventures d'Abélard y firent scandale. En 1129 au concile de Reims, présidé par le pape Innocent II, Bernard dénonça l'étude du droit romain, le seul qui fût enseigné systématiquement à l'époque, le traité de Gratien n'ayant paru que dix ans plus tard (c'est lui qui introduisit le droit canon dans le cycle universitaire) et le concile défendit aux moines de l'étudier (bien que l'interdiction ait été renouvelée aux conciles de Clermont en 1130 et de Tours en 1163, le droit romain continua à être largement étudié hors des monastères et par quelques moines aussi). Bernard s'en prit également au légalisme de la cour papale et appela à revenir à la spiritualité. Des théologiens modernes orthodoxes d'Orient considèrent Bernard de Clairvaux comme s'étant fait leur allié en un temps où les voix prédominantes dans la théologie occidentale étaient hostiles à leurs idées.

L'on ne peut comprendre Abélard sans Bernard, ni Bernard sans Abélard. Ni comprendre le changement fondamental en théologie et en jurisprudence qui eut lieu en Occident dans la dernière partie du XI^e siècle et durant le XII^e sans reconnaître qu'il tira en partie son caractère des tendances plus mystiques et romanesques de cette période. Ces tendances furent symbolisées non seulement par la vie et l'enseignement d'hommes tels que Saint Bernard, mais aussi par le culte de la Vierge Marie (qui, surtout, intercédait constamment auprès du suprême juge, en faveur des pécheurs pour obtenir leur grâce)⁵², ainsi que par l'épanouissement de la chevalerie et de l'amour courtois⁵³. Dans le Droit même, la compassion s'affirmait comme principe sous le vocable gréco-romain d'*aequitas* (équité). En « équité canonique », la rigueur de la loi stricte devait être mitigée dans les cas exceptionnels où la bonne foi, l'honnêteté, la conscience, ou la pitié le recommandaient⁵⁴.

Le débat et la tension entre d'une part les attitudes rationnelles, scientifiques et formalistes et d'autre part les penchants mystiques, poétiques et charismatiques, aident à s'expliquer pourquoi il fallut trois générations pour que s'établisse la nouvelle jurisprudence, et encore des siècles pour qu'elle prenne toute son ampleur jusqu'à ce qu'à la fin elle soit à son tour attaquée par d'autres révolutions.

Derrière ces attitudes concurrentes, il y avait la scission révolutionnaire de la société en deux domaines politiques, l'ecclésiastique et le séculier, avec la subdivision du domaine séculier en entités collectives diverses : royales, féodales, urbaines et autres. La croyance en un Dieu de justice qui régit un univers juridique, punissant et

récompensant selon des principes de proportion, tempérés par compassion dans des situations exceptionnelles, cette croyance correspondait à la conscience d'une unité sociale complexe, la chrétienté. Dans celle-ci, les dialectiques et interactions des domaines et des entités politiques étaient régies par une sorte analogue de justice-basée-sur-la-loi et de loi-basée-sur-la-justice, avec la compassion pour en tempérer la dureté

S'ajoutant à cette complexité spatiale venait une dialectique temporelle, la rupture révolutionnaire entre ancien et moderne et un développement évolutif du moderne. A mesure que chaque personne cheminait dans l'existence vers le purgatoire et le jugement dernier, moissonnant les récompenses et les punitions dues à ses choix entre le bien et le mal, parallèlement les communautés dans lesquelles elle vivait évoluaient dans le temps, chacune vers sa destinée respective. Et leur évolution aussi était influencée par le Droit. Tel était d'ailleurs le concept fondamental de la tradition juridique occidentale à laquelle donnèrent naissance les métaphores et les analogies de la théologie, le concept d'une société capable de se transformer au fil du temps par une infusion rapide et continue de loi divine et naturelle dans les institutions légales ecclésiastiques et séculières.

A partir du XVI^e siècle, le légalisme de l'Eglise catholique romaine a été attaqué intensément par les diverses formes du protestantisme. Martin Luther dénonça le concept d'une Eglise, collectivité visible dotée de personnalité juridique par la loi, il brûla les livres canoniques, en partie pour symboliser sa conviction que la vraie Eglise ne peut avoir un quelconque caractère légal, car elle est une communion invisible des croyants. Pourtant Luther était aussi passionnément convaincu de la valeur du Droit, en tant que loi temporelle édictée par le prince, la loi de l'Etat, dont il assumait simplement que ce serait la loi d'un prince chrétien.

Ainsi la conception catholique romaine de l'infusion des lois divine et naturelle dans les institutions juridiques était maintenue dans le luthéranisme mais seulement dans les institutions séculières et non dans les institutions ecclésiastiques. L'Eglise apparaissait désormais comme une communauté purement spirituelle, coextensive avec un ordre séculier particulier alors que des XI^e au XV^e siècles, de nombreux ordres temporels avaient coexisté et fonctionné ensemble à l'intérieur de la *una sancta ecclesia*. Néanmoins, pour le protestantisme, dans les deux formes du luthéranisme et du calvinisme, Dieu restait un Dieu de justice et le corps des lois tant ecclésiastiques que séculières de l'Europe « médiévale » (comme on l'appela au XVI^e siècle) fut dans une large mesure incorporé dans le droit de l'Etat « moderne ».

Avec le transfert des principales fonctions législatives et judiciaires à la seule autorité de l'Etat-nation, la fondation était posée pour la séparation de la jurisprudence d'avec la théologie et finalement la sécularisation totale de la pensée juridique. Cela ne se fit pas d'un coup, parce que le système prédominant de croyances dans l'ensemble européen demeurait chrétien. C'est seulement au XX^e siècle que les fondements chrétiens du droit occidental ont été presque entièrement rejetés.

Cet aboutissement au XX^e siècle est historiquement une conséquence de la conviction occidentale dont Saint Anselme fut le premier théoricien, que la théologie elle-même doit être étudiée indépendamment de la révélation. Anselme n'avait pas la moindre intention d'exalter la raison aux dépens de la foi. Pourtant, une fois que la raison était isolée de la foi pour des motifs d'analyse, les deux furent peu à peu séparées pour d'autres fins également. L'on finit par admettre comme assuré que la raison est capable de fonctionner toute seule, et finalement cela signifia fonctionner sans aucun fondement de croyances religieuses.

Du même coup, l'on considéra que le Droit, étant un produit de la raison, est capable de fonctionner comme un outil de pouvoir temporel, indépendant de toute finalité spirituelle, et non seulement religieuse mais de tout attachement passionné à des convictions, lesquelles sont du seul ressort de la liberté privée. C'est ainsi que la pensée juridique n'est qu'une partie de la structure institutionnelle de l'Occident qui a été privée de fondements spirituels ; et ces fondements à leur tour sont privés de la superstructure à travers laquelle ils s'exprimaient.

Chapitre cinq

LE DROIT CANON, PREMIER SYSTEME JURIDIQUE MODERNE EN OCCIDENT

Affirmer qu'un « système » de droit canon fut créé, autrement dit que les lois de l'Eglise furent pour la première fois systématisées, pendant un siècle et demi, entre 1050 et 1200, ne revient pas à nier qu'il existât dans l'Eglise, dès ses débuts, un « ordre » légal. Le Nouveau Testament, notamment dans les Epîtres de Saint Paul et les Actes des Apôtres, témoigne du fait qu'il y avait dans la communauté des chrétiens des autorités régulièrement constituées qui énonçaient et appliquaient des règles en matière de doctrine, de culte, de moralité et de discipline, régissant une structure ecclésiastique ¹. De même dès les premiers temps, des anciens (les évêques) arbitraient les différends entre chrétiens et frappaient de sanctions leur inconduite.

Au I^{er} siècle la *Didachè* (en grec, enseignement), au III^e siècle les *Didascalia Apostolorum* (enseignements des Apôtres) et au IV^e siècle, les *Constitutiones Apostolorum* (statuts venant des Apôtres) contenaient de nombreuses règles ecclésiastiques visant à régir les comportements et à fournir une base aux décisions judiciaires ². Egalement aux III^e et IV^e siècles, des conciles ecclésiastiques locaux (synodes) en Afrique du Nord et en Arles promulguèrent des lois, puis en 325 le premier concile général (œcuménique) se tint à Nicée et en adopta un bon nombre ³. A cette époque le mot grec *canon* dont le sens initial était : un bâton droit, puis essentiellement une règle ou norme, commença à prendre le caractère de terme technique de loi promulguée par un synode, un concile œcuménique et même par un évêque individuel (canon finit par qualifier la liste authentique ou « canonique » des livres composant les Saintes Ecritures ainsi que les personnes légalement qualifiées de saintes « canonisées ». Ce radical reparaît dans « chanoines », personnes formant le chapitre d'une cathédrale, choisis par l'évêque pour lui servir de ministres).

Au fil des siècles, les canons issus de synodes et de conciles œcuméniques ou émis par des évêques se multiplièrent et furent parfois rassemblés en collections non officielles qui contenaient aussi des règles tirées des Ecritures et des écrits patristiques ainsi que des décrétales et décisions écrites de patriarches, de papes et d'évêques, et des rescrits ou décrets concernant l'Eglise, d'empereurs romains ou d'autres autorités ⁴. Aucune de ces collections ne reflétait l'existence consciemment perçue d'un système juridique. Aucune ne prétendait viser à un recensement complet ou géographiquement extensif.

Dans les plus anciennes compilations, le contenu était disposé chronologiquement mais à la longue quelques unes comportèrent plusieurs rubriques dont certaines vraiment juridiques. Toutes combinaient des règles légales avec des injonctions morales, des doctrines théologiques et des formules liturgiques. Néanmoins, l'on y trouvait de nombreuses règles, classées ou non sous des rubriques, concernant des questions de lois telles que :

1) les finances et propriétés ecclésiastiques, notamment les dîmes, les legs charitables, les droits de possession d'usage et disposition de terres et les édifices du clergé ;

2) l'autorité ecclésiastique, par exemple, pouvoir de conférer des fonctions d'église, des procédures de règlement des différends entre clercs, des sanctions disciplinaires ;

3) les relations entre autorités religieuses et séculières, par exemple, l'exemption du clergé de comparaître devant les tribunaux laïcs pour certaines sortes de délits et crimes, tels que l'homicide et le parjure,

et 4) le mariage et les relations familiales, tels que les empêchements au mariage, la légitimité des enfants, la dissolution du lien matrimonial.

Aussi bien à l'Ouest qu'à l'Est, les lois de l'Eglise étaient fortement influencées par le droit romain. Divers concepts et règles de l'époque classique et post-classique étaient repris, particulièrement en matière de propriété, de succession et de contrats. De plus, les compilations de Justinien et de ses successeurs à Byzance contenaient de très nombreuses réglementations impériales concernant la liturgie et la théologie aussi bien que l'étendue des pouvoirs ecclésiastiques⁵. A l'Occident aussi, il y en eut fréquemment de la part des rois et des empereurs. Notamment les monarques francs revendiquaient la fonction protectrice de la chrétienté héritée des empereurs depuis Constantin. D'autre part, la culture de clans prédominante en Occident faisait considérer l'Eglise comme porteuse du droit romain. C'est ainsi qu'au VIII^e siècle le « code » des Francs ripuaires, la *Lex Ribuaria*, contenait cet axiome : *Ecclesia vivit jure Romano*, (l'Eglise vit selon le droit romain). Cela voulait dire que, dans la mesure généralement admise où chaque personne portait avec elle le droit de son clan et devait être jugée selon « sa loi », partout où elle allait, l'Eglise était elle aussi porteuse du droit romain. En outre, les lois de l'Eglise, au premier millénaire de son existence, reflétaient la puissante influence de la Bible et en particulier de l'Ancien Testament.

De la Bible, l'Eglise tirait l'autorité des dix commandements et de nombreux principes moraux présentés comme autant de divines prescriptions. Au delà de ces règles de vie, la Bible lui communiquait la vision globalisante d'un ordre universel, régi par le Dieu créateur qui est le législateur et le juge suprême. Comme héritière d'Israël, l'Eglise tenait fermement pour évident le caractère de *noumène* (essence ou

réalité, par opposition au *phénomène* qui la rend perceptible) du Droit (la « loi ») et de son imprégnation omniprésente dans l'ordre divin de la création. De plus, maintes règles de conduite contenues dans l'ancien et le nouveau Testaments ainsi que nombre d'exemples et de métaphores furent reproduits dans des canons ecclésiastiques.

Bien entendu, les concepts juridiques et les règles légales qui prévalurent dans l'Eglise d'Occident depuis le V^e jusqu'au X^e siècle, étaient marqués non seulement par les influences du droit romain et de la Bible mais aussi et particulièrement par le droit coutumier des peuples germaniques, avec leur attachement aux notions d'honneur, de serment, de rétribution, de réconciliation et de solidarité de groupes.

L'existence, avant le XI^e siècle, d'une large variété de règles ecclésiastiques gouvernant un écheciveau complexe de relations tant à l'intérieur de l'Eglise qu'entre elle et les autorités séculières, amena beaucoup d'érudits à mettre en doute la thèse de Rudolph Sohm ⁶, le grand historien allemand du Droit, soutenant que le droit de l'Eglise qu'il appelait « catholique ancien », celui antérieur au XII^e siècle, était essentiellement celui d'une communauté spirituelle ou sacramentelle et théologique et non pas d'une entité politico-juridique. Il disait que ce fut seulement après le traité de Gratien, que le droit canon devint « juridique » au sens moderne du terme. Cependant, comme l'a fait remarquer Stephan Kuttner, « L'intrication des aspects spirituel et matériel de la structure de l'Eglise, en tant que société constituée, est aussi ancienne que l'Eglise même... et se fonde dans la double nature de l'Eglise, à la fois communion spirituelle et « corps constitué » dans les entités séculières... Quand Sohm se refusait à voir l'opération de l'élément « légal » dans l'ancien droit canon, cela tenait en partie à sa négation d'un dualisme fondamental, autrement dit de l'existence d'un élément sacramentel et d'un élément juridictionnel dans les lois de l'Eglise primitive et ancienne » ⁷.

Malgré ces réserves, ce qu'il y a de vrai et d'important dans la thèse de Sohm peut sans doute être sauvegardé. Il est généralement reconnu qu'avant la dernière partie du XI^e siècle, les caractères matériels et structurels de l'Eglise étaient confondus avec ses faces spirituelle et sacramentelle, à un degré bien plus poussé qu'ils ne le furent jamais par la suite. Le professeur Kuttner conviendrait peut-être que le « dualisme fondamental » dont il parle qui devient si manifeste après le pontificat de Grégoire VII, n'était pas « ressenti » dans la période antérieure, à tout le moins pas à un même degré tant s'en faut. Les distinctions entre le sacré et le profane étaient bien moins prononcées. L'élément juridictionnel de la loi d'Eglise était considéré comme intrinsèque à son élément sacramentel qui couvrait non seulement des événements liturgiques comme le baptême, le mariage et l'ordination mais encore des actes et rites moraux et spirituels très variés et nombreux. Cela se rattachait à la profonde hétérogénéité et au caractère intensément local des églises de la chrétienté d'avant la révolution grégorienne.

Plus particulièrement, l'entrelacs (pour employer le même mot que Kuttner) des lois ecclésiastiques avec la liturgie et la théologie était si étroit, qu'apparemment il

ne venait à l'esprit de personne d'en séparer l'aspect juridique pour en dessiner le système. En réalité, dans les collections de lois de l'Eglise compilées avant la fin du XI^e siècle, les règles de droit étaient complètement mélangées avec les règles (et les autres dispositions) concernant le culte et la foi. Le terme « droit canon » (*jus canonicum*) ne fut pas utilisé régulièrement avant le XII^e siècle et le terme *jus ecclesiasticum* était affecté à la partie des droits impérial, royal, et féodal qui concernait les relations ecclésiastiques. Il y avait des lois ecclésiastiques et un ordre légal à l'intérieur de l'Eglise mais pas de système du droit ecclésiastique au sens d'un corps indépendant, intégral et en développement, de principes légaux et de procédures, clairement distinct de la liturgie et de la théologie.

La systématisation des lois de l'Eglise à la fin du XI^e siècle et au XII^e fut étroitement liée à la révolution papale sous tous ses aspects. Dès 1050, tout au début du mouvement de réforme, parut un recueil de canons et d'autres textes, la « Collection de 74 Rubriques » qui remontait aux décrétales d'anciens papes et de conciles romains pour fournir une base légale à la suprématie pontificale sur l'Eglise et à l'indépendance du clergé vis-à-vis des autorités séculières. Ce recueil fut suivi de collections similaires, celles d'Anselme de Lucques, du cardinal Deusdedit et d'autres réformistes renommés. Dans la période qui suivit la mort du pape Grégoire VII et avant Gratien, plusieurs collections nouvelles parurent. En 1090 et durant les années suivantes, les travaux d'Yves de Chartres représentèrent le premier effort pour donner une image cohérente de l'ensemble des lois de l'Eglise, une *panormia* (totalité légale) comme il l'appela. Cette puissante floraison d'érudition juridique témoigne non seulement de l'émergence d'un groupe homogène de légistes canoniques mais aussi de l'importance attachée au droit canon par les promoteurs de la révolution papale, développement connexe à la proclamation par le pape de son droit de légiférer. Grégoire VII était le premier pape à affirmer son pouvoir de « créer de nouvelles lois appropriées aux nécessités de temps nouveaux »⁸.

Les nouvelles lois, appelées décrétales, promulguées par lui et ses successeurs, n'étaient pas tenues pour de simples additions aux canons existants mais comme quelque chose de nouveau. Ainsi, une nouvelle périodisation était introduite dans l'histoire du droit ecclésial, permettant de résumer les lois sur ces bases. Ce mouvement de condensation culmina en 1140 avec le grand traité de Gratien qui fut immédiatement reconnu pour un résumé définitif de ce qui fut appelé *jus antiquum*, avec son intégration à ce qui était nommé *jus novum*. Les expressions « droit ancien » et « droit nouveau », que l'on attribue souvent à la période suivant immédiatement Gratien, étaient en fait implicites dans sa division des sources du droit canon en deux groupes, les canons (anciens) conciliaires et les (nouvelles) décrétales pontificales. Le disciple de Gratien, Huguccio développa la thèse que « une décrétale l'emporte sur un canon » car le pape promulgue les décrétales « de connaissance certaine conformes au droit »⁹. Ainsi le système de droit canon, comme le conçut Gratien, reposait sur cette prémisse, qu'un corps de droit n'est pas un cadavre mais un vivant enraciné dans le passé et s'épanouissant dans l'avenir. Contrairement à ce qui est parfois supposé, ce concept d'évolution juridique n'est pas une invention d'Edmund Burke, de Friedrich von Savigny et de l'école historique des XVIII^e et XIX^e siè-

cles ¹⁰, mais une hypothèse de base, un postulat des juristes et des praticiens des XI^e et XII^e siècles, d'abord dans la sphère ecclésiastique puis dans la pensée séculière.

Cette corrélation d'éléments : 1) périodisation en droit ancien et nouveau, 2) condensation et intégration des deux en une structure unifiée et 3) conception du corps entier de droit progressant dans le temps par un processus continu, constituent les caractères distinctifs de la tradition juridique occidentale.

L'ouvrage de Gratien, considéré justement comme un moment du processus de formation du droit, fut reçu presque immédiatement comme une formulation faisant autorité du droit canon. Prenant place à côté des textes de loi romains comme principal objet d'étude dans les écoles de droit européennes, il fut souvent cité en référence par des papes, des conciles de l'Eglise et des tribunaux ecclésiastiques. Etant organisé d'une façon relativement fluide et ouverte, il était voué à faire l'objet de gloses et de sommaires. En effet, gloses, commentaires, traités et monographies à son propos parurent en abondance.

Sur les fondations posées par Gratien, il fut possible de bâtir aussi un édifice de décisions judiciaires et de législation. Le pape Alexandre III (1159-1181), lui-même juriste fameux (sous le nom de Rolandus Bandinelli), ancien étudiant de Gratien, promulgua sept cents décrétales qui ont été conservées et d'autres qui ne l'ont pas été. Beaucoup d'entre elles étaient des dispositions à propos de cas d'espèces, c'est-à-dire des règles de droit découlant nécessairement de jugements prononcés. Alexandre III convoqua le troisième concile de Latran en 1179 et le Pape Innocent III (également juriste distingué), le quatrième concile de Latran en 1215. De ces conciles sortirent des centaines de lois nouvelles (les conciles se tenaient au palais de Latran à Rome qui servit aussi de cathédrale). Dans la dernière décennie du XII^e siècle et la première décennie du XIII^e siècle, cinq compilations systématiques majeures de décrétales furent préparées. Finalement, en 1234 sous le pape Grégoire IX, parut une collection globale de décrétales, contenant environ deux mille sections qui condensaient et systématisaient près d'un siècle de labeur. Avec le *Decretum* de Gratien, les « Décrétales » de Grégoire IX sont restées le *corpus* de base du droit canon de l'Eglise catholique romaine jusqu'à l'adoption du « Code de Droit Canon » de 1918 ¹¹.

Ces compilations furent glosées, commentées et condensées par les érudits juristes car les papes livrèrent directement les compilations aux universités. Sous ces aspects aussi, l'étroite relation entre l'érudition légale et la pratique juridique ainsi que le caractère dialectique du haut enseignement juridique, manifesté dans la glose et la concentration des textes autorisés, le nouveau système en expansion du droit canon exerça une influence formatrice sur les concepts occidentaux quant à la nature d'un système juridique.

La systématisation du droit canon n'a pas été simplement une affaire intellectuelle. Les tensions entre ancien et nouveau, entre le tout et les parties, ou la théorie

et la pratique n'auraient pas pu être harmonisées par les livres et les chaires d'enseignement seulement, encore que la science des juristes ait joué un rôle extrêmement important dans le processus d'harmonisation. Et la théologie seule ni non plus l'alliance de la théologie et de la jurisprudence n'auraient pu maintenir l'intégrité du système des lois. Il y fallut aussi l'action harmonisatrice d'éléments intrinsèques au droit positif lui-même.

LA RELATION DU DROIT CANON AU DROIT ROMAIN

Il a été parfois affirmé que le nouveau système des lois canoniques était un « *surgeon* » du droit romain de Justinien ¹², et que « la grande codification qui compose le *Corpus Juris Canonici* fut bâtie sur le modèle de celles qui composèrent le *Corpus Juris Civilis* » ¹³.

A tout le moins, de telles affirmations appellent cette restriction que ce n'était pas sur le droit romain de Byzance au VI^e siècle que s'est enraciné le droit canonique mais sur celui revivifié et transformé par les romanistes des XI^e et XII^e siècles chrétiens. Toutefois, même avec cette réserve, l'idée que le droit canon s'est en quelque manière modelé sur le droit romain implique de sérieuses erreurs de perspective. Les canonistes ont usé abondamment du droit romain, tel qu'il était compris à leur époque, de même qu'ils puisaient dans la loi biblique et dans le droit coutumier germanique car ils s'en servaient comme sources. De sorte que l'on pourrait parler dans un sens restreint d'un système légal « romano-canonique ».

D'ailleurs les canonistes partageaient avec les romanistes de leur temps les mêmes bases théoriques quant à la nature et au rôle du Droit et les mêmes méthodes fondamentales d'analyse et de synthèse des contraires, théories et méthodes qui leur étaient tout autant empruntées par les romanistes qu'empruntées par eux aux romanistes. En fait, non seulement les théories et les méthodes mais aussi maints concepts et institutions furent transférés dans la science romaniste contemporaine en provenance de la science nouvelle du droit canon ¹⁴.

La comparaison du droit romain et du droit canon, de la fin du XI^e aux XII^e et XIII^e siècles, est brouillée par le fait que la loi canonique était le droit positif de l'Eglise alors que le droit romain n'était la loi positive d'aucune entité politique de l'Occident. Ce droit romain était bien la loi positive de l'empire byzantin mais ce n'était pas ce droit romain-là qu'envisageaient les romanistes en évoquant le *corpus juris Romani*. Ils voyaient dans le droit de Justinien la loi idéale, la traduction écrite de la raison, *ratio scripta*, dont les principes devaient régir toute réglementation légale en tous lieux, aussi bien pour l'Eglise que pour les entités séculières. Les juristes se tournaient vers les textes de Justinien de la même façon que vers la loi de Moïse et plus tard vers Aristote, en tant que sources de la loi positive.

Il est vrai qu'à partir de Charlemagne, les empereurs occidentaux revendiquaient l'héritage de l'autorité des anciens empereurs romains et qu'avec la découverte des textes de Justinien, les empereurs occidentaux comptèrent sur eux, comme faisaient aussi les papes, pour soutenir leurs prétentions. Mais le « Saint Empire Romain de la Nation Germanique »¹⁵ était régi par des lois édictées par les empereurs d'Occident, surimposées aux lois positives tribales (claniques), locales, féodales, urbaines, mercantiles, ecclésiastiques et autres. Les règles, les concepts et les institutions de droit romain ne devenaient de droit positif dans l'empire d'Occident, comme ils ne le devenaient dans l'Eglise occidentale, que lorsqu'ils étaient expressément incorporés dans ces droits par l'interprétation juridique ou par la législation. Le droit romain était qualifié de « serviteur du droit canon ». On aurait pu le dire aussi le serviteur du droit positif des entités politiques naissantes, des royaumes aux villes franches. Il était néanmoins toujours subalterne. Ces érudits font erreur, qui supposent que les juristes occidentaux croyaient que, d'une certaine manière, l'empire romain de Justinien continuait à exister en Occident comme réalité politique¹⁶.

Peut-être la différence la plus significative entre droit romain et droit canon, en Occident, se trouvait-elle dans le fait que le droit romain, à de rares exceptions près, était traité comme achevé, immuable, à réinterpréter sans y rien changer¹⁷. Le droit canon au contraire, bien qu'également reçu du passé, était inachevé, on le remaniait constamment. Il avait une faculté de développement organique, de croissance consciente à travers les générations et les siècles. Cela lui donnait un caractère un peu désordonné qui l'a rendu sans doute moins séduisant que le romain comme discipline intellectuelle¹⁸, mais assurément plus intéressant aux points de vue moral et politique. Car son « manque d'ordre » en tant que science faisait partie de sa qualité dynamique en tant que système, de son aptitude à progresser du présent au futur. L'existence d'une telle dimension temporelle est un attribut essentiel des systèmes légaux occidentaux modernes.

LES FONDEMENTS CONSTITUTIONNELS DU SYSTEME DE DROIT CANON

Les éléments d'harmonisation et le cadre structurel du droit canon qui ont contribué à en faire un système indépendant, cohérent, évolutif, ont été pour partie déterminés par la constitution de l'Eglise, telle que l'on entendait cette constitution à la fin du XI^e et au XII^e siècles. Le mot « constitution », au sens moderne dans lequel il est employé ici, se réfère au siège et aux limites de la souveraineté, au processus de choix des dirigeants, à la distribution des pouvoirs législatifs, administratifs et judiciaires, et aux droits et aux devoirs fondamentaux des sujets. Cette utilisation peut sembler anachronique puisqu'à cette époque l'Eglise n'avait pas de constitution formelle et n'avait pas encore systématisé ses règles statutaires. La démarche d'approche des canonistes vers un sous-système de loi constitutionnelle à l'intérieur du corpus existant, fut d'élaborer un droit des collégialités (*corporations*) conférant la personnalité juridique aux associations volontaires puis d'en faire l'application à

l'entité ecclésiastique. Cependant, certains principes constitutionnels fondamentaux étaient déjà généralement perçus et sous-tendaient dans son ensemble le nouveau système de droit canonique.

Bâtissant sur la réforme grégorienne et en particulier sur les *Dictates* de Grégoire de 1075, les canonistes de la fin du XI^e et durant le XIII^e siècle, attribuèrent le gouvernement souverain de l'Eglise (*imperium*) « au pape ». Le pape était la tête de l'Eglise et tous les autres chrétiens en étaient les membres. Il avait pleine autorité (*plenitudo auctoritatis*) et pouvoir entier (*plenitudo potestatis*)¹⁹. Bien qu'en pratique ses pouvoirs fussent limités, ils n'augmentèrent que graduellement, surtout aux XIII^e et XIV^e siècles. En droit néanmoins, à partir du pontificat de Grégoire VII, le pape était le législateur suprême, l'administrateur suprême, le juge suprême. Il pouvait faire des lois, lever des impôts, punir des crimes. Il pouvait établir et supprimer des évêchés. Il pouvait disposer des bénéfices ecclésiastiques et il avait autorité sans appel pour acquérir, administrer et aliéner toute propriété ecclésiastique. Toutes les actions et les décisions de dignitaires ou d'institutions dans l'Eglise, par exemple, les jugements de tribunaux ecclésiastiques ou les élections contestées d'évêque, pouvaient faire l'objet d'un appel à lui.

Au surplus, il était un juge universel en première instance. Tout chrétien pouvait s'adresser à lui en n'importe quelle matière demandant une décision judiciaire, et il avait seule compétence pour certaines causes dites majeures, comme les cas impliquant la déposition possible d'un évêque ou la définition d'articles de foi contestés. Il avait l'autorité suprême pour excommunier les récalcitrants. Lui seul pouvait convoquer un concile général et les décisions de ce dernier ne prenaient effet qu'à partir du moment où il les confirmait. Finalement, il était le suprême enseignant de l'Eglise, ayant voix décisive dans la définition des dogmes et la formulation des règles de liturgie et d'autres questions de culte. Enfin, au XII^e siècle, le pape assumait seul le pouvoir de canoniser de nouveaux saints.

Ces pouvoirs n'étaient pas attachés au pape en tant qu'évêque de Rome mais parce qu'il était le pape, c'est-à-dire, en vertu non pas de son ordination (*potestate ordinis*) mais de sa juridiction (*potestate jurisdictionis*). De fait, l'archidiacre Hildebrand fut élu pape Grégoire VII bien qu'il ne fût pas encore ordonné prêtre, sans parler d'évêque. Une fois pape, ses opinions dans les affaires portées devant lui en tant que pape devaient être préférées, comme l'a dit Gratien, « même à celles de théologiens révérendes comme Saint Augustin ou Saint Jérôme ». Mais, ajoutait Gratien, en matière d'interprétation des Ecritures, les opinions de Saint Augustin ou Saint Jérôme devaient être préférées à celles du pape. Après tout, disait-il, le pape pourrait être hérétique²⁰. Son pouvoir de trancher les disputes doctrinales ne découlait pas de qualités d'esprit supérieures mais seulement de sa juridiction de dignitaire suprême de l'Eglise²¹.

La distinction radicale entre ordination et juridiction, faite pour la première fois à la fin du XI^e siècle et durant le XII^e, fut l'un des principes constitutionnels fonda-

mentaux de l'Eglise romaine. L'ordination était un sacrement, c'est-à-dire le symbole sacré d'une grâce divine. Par l'ordination, chaque prêtre recevait de Dieu autorité pour dire la messe, célébrer l'eucharistie, entendre les confessions et fixer la pénitence, célébrer les autres sacrements et les rites presbytéraux. Un évêque, en vertu de son ordination, pouvait en outre ordonner des prêtres et consacrer d'autres évêques.

La juridiction, au contraire, était un pouvoir conféré par l'Eglise, en tant que colégialité incorporée, entité juridique. C'était un pouvoir de gouverner par la loi, de « dire le Droit », dans les limites fixées par la loi. En vertu de sa juridiction, chaque évêque détenait souverainement l'autorité législative, administrative, judiciaire dans les frontières de son diocèse, en soumission au pape. De même le pape, en vertu de sa juridiction, avait autorité sans appel au niveau législatif, administratif et judiciaire à l'intérieur de l'Eglise dans sa totalité. Une telle autorité découlant de la juridiction pouvait être exercée par quiconque en avait légalement reçu délégation. Le pape, par exemple, pouvait déléguer un diacre pour siéger comme juge d'une dispute entre deux évêques. Ce pouvoir n'existait pas avant la révolution papale.

Ainsi, l'*imperium* et l'*auctoritas* ou *potestas* du pape, bien que suprêmes et complets, étaient en même temps identifiés comme sa *jurisdictio*, ce qui signifiait qu'ils étaient légaux par nature. Ceci impliquait qu'il y avait des limites à leur exercice. Ces limites légales étaient implicites dans le mode d'élection du pape aussi bien que de ses subordonnés, évêques, abbés, et autres titulaires d'offices ecclésiastiques. Avant la révolution papale, le choix des papes, des évêques et des abbés avait été substantiellement dominé par les empereurs, les rois, les princes et les seigneurs féodaux.

L'un des premiers événements qui menèrent à la révolution papale fut le décret d'un concile d'Eglise à Rome convoqué par le pape Nicolas II, conférant aux cardinaux romains, aux évêques et aux prêtres des diocèses voisins de Rome qui remplissaient certaines fonctions liturgiques dans les grandes basiliques de Rome, le rôle principal dans le choix d'un pape²². Un siècle plus tard, un décret d'Alexandre III donna aux seuls cardinaux le pouvoir de choisir un nouveau pape et, en 1179, le troisième concile de Latran fixa le nombre de votes requis à la majorité des deux tiers (selon le décret de Nicolas II, une majorité simple avait suffi mais c'était une majorité qualifiée, à savoir « la partie la plus ample et la plus raisonnable des électeurs »).

Une fois élu, le pape régnait à vie, à moins qu'il n'abdiquât (ce que fit un seul pape) mais lorsque se produisait une vacance non seulement la politique mais le droit jouaient un rôle considérable dans le choix du successeur, et cela contribua sûrement aussi au concept de la responsabilité papale devant l'Eglise. Les élections pontificales étaient souvent chaudement disputées. Il y eut parfois des papes rivaux. En fait, les papes légitimes ne furent contraints de vivre hors de la cité de Rome pendant seulement 82 années sur les 278 qui s'écoulèrent entre 1100 et 1378²³.

Les cardinaux, bien entendu, étaient nommés par le pape mais au fil du temps, ils s'assurèrent une certaine indépendance. Ils gouvernaient l'Eglise pendant les inter-règnes de la papauté. Des postes importants leur étaient réservés. Cela devint une sorte de règle coutumière que le pape obtienne leur assentiment collectif pour créer de nouveaux évêchés, pour transférer un évêque d'un siège à un autre, pour confirmer l'élection des abbés et diverses autres affaires importantes. A certains moments, la tension devint aiguë lorsque le collège des cardinaux essayait d'étendre ses pouvoirs et que les papes résistaient à ces tentatives ²⁴.

Comme le pape était élu par les cardinaux, de même un évêque était élu par le chapitre de la cathédrale, c'est-à-dire par les chanoines et les autres membres du clergé qui vivaient et travaillaient dans ce chef-lieu du diocèse, de même encore qu'un abbé était élu par les moines du monastère. Que le pape pût recevoir les appels de candidats perdants lors d'élections contestées, témoigne du pouvoir de contrôle reconnu au pape. Cependant, en théorie au moins, le pape ne pouvait agir que si les électeurs avaient été négligents ou si l'élection avait été douteuse ou si, pour quelque autre raison, la procédure régulière n'avait pas été respectée.

Dans la pratique, les prêtres qui faisaient partie du chapitre de la cathédrale ou les moines de l'abbaye, jouaient en général un rôle important. Si leurs desiderata avaient été méprisés, ils pouvaient créer de sérieux ennuis. Là encore, le principe électif, avant son déclin graduel puis sa disparition virtuelle aux XIV^e et XV^e siècles, contribua à maintenir le caractère monarchique de la constitution de l'Eglise et la hiérarchie de ses dignitaires et fonctionnaires.

Outre le principe électoral et la nécessité de se concilier les cardinaux, les évêques et le clergé en général, la complexité même du système de gouvernement ecclésiastique limitait substantiellement l'absolutisme des papes. Bien que la législation soit leur prérogative exclusive, les papes des XII^e et XIII^e siècles n'en ressentaient pas moins la nécessité de convoquer périodiquement des conciles généraux pour les assister dans le processus de confection des lois. Ce furent les premières législatures de l'Europe.

De façon analogue, en ce qui concerne l'administration, les papes développèrent une bureaucratie hautement efficace de spécialistes de branches diverses. La chancellerie pontificale était chargée de rédiger et dépêcher les documents, y compris les arrêtés d'ouverture de procédures judiciaires, de tenir à jour les archives des décrets, des règlements et des décisions du gouvernement papal, et le chancelier avait la garde du sceau pontifical. L'échiquier de la papauté était appelé chambre apostolique et servait à la fois de trésor pour les revenus pontificaux et de ministère des finances de l'Eglise. En annexe, la chambre avait son propre tribunal pour les affaires civiles et pénales relatives aux impôts et aux autres questions financières. La cour pontificale de juridiction générale, au premier degré et en appel, fut dénommée consistoire au XII^e siècle.

Le pape la présidait en personne. Comme les ordres du jour s'allongeaient, les papes commencèrent à nommer des auditeurs judiciaires (cardinaux, évêques ou simples chapelains) dont les décisions étaient exécutoires moyennant la ratification par le pape. Au XIII^e siècle, les auditeurs devinrent un tribunal permanent, appelé « audience du sacré palais » lequel délibérait collégalement (souvent par sections) et à la fin de ce siècle, une cour d'appel spéciale fut établie pour les causes civiles et criminelles (au XIV^e siècle fut instaurée une cour suprême qui par la suite fut appelée la rote). En addition, la maisonnée pontificale eut un « pénitencier », qui entendait les affaires sur le « forum interne », c'est-à-dire les péchés qui ne devaient pas se traiter comme des délits ou des crimes civils mais par voie de confession et de pénitence. Le grand pénitencier recevait les appels contre des pénitences infligées par des évêques et administrait les censures et les absolutions réservées au pape.

Le pouvoir gouvernemental du pape opérait aussi à l'échelon régional et local par des légats ainsi que par des représentants à demeure et leurs subordonnés. Depuis des temps reculés, les papes avaient, en diverses occasions, chargé des délégués d'agir en leur nom mais c'est seulement à partir de la révolution papale que de tels envoyés devinrent un moyen permanent de gouvernement pontifical²⁵. Il y en avait trois sortes :

- *le légat procureur*, envoyé dans une localité ou une région avec « plein pouvoir » d'agir à la place du pape avec une procuration soit générale soit spéciale,

- *le juge-délégué*, qui exerçait le pouvoir judiciaire du pape dans des cas particuliers,

- *et le nonce* qui, jusqu'au XVI^e siècle, n'avait qu'une capacité limitée de représentation du pape, par exemple pour transmettre un message, rassembler telle information ou négocier et conclure des accords sur des questions particulières. De cette catégorie, le légat procureur était le plus puissant; il avait parfois autorité pour présider les évêques dans un concile et prononcer des sentences de déposition contre tels d'entre eux. Toutefois, les décisions de tous ces types de délégués étaient susceptibles d'appel au pape lui-même.

Les papes exerçaient aussi leur autorité par d'autres fonctionnaires, spécialement les collecteurs de revenus et les banquiers pontificaux qui recueillaient les emprunts. De plus, les archevêques et évêques, ainsi que les supérieurs des principaux ordres religieux et ceux des monastères directement sous l'obédience du pape, étaient aussi en un sens des officiers du pape. Depuis la fin du XI^e siècle, ils devaient, à leur installation, lui prêter serment de fidélité, son approbation était nécessaire à leur nomination et toutes leurs décisions pouvaient être revues par lui. Néanmoins, les évêques étaient plus que des officiers du pape, à la fois en théorie et en pratique. Chacun était en même temps souverain à son propre niveau d'autorité. Même après la révolution papale, chaque évêque restait le juge suprême, le législateur et l'administrateur dans son diocèse, à moins que le pape n'intervienne.

Par conséquent, il n'est qu'à moitié vrai que le pape gouvernât l'Eglise à travers un corps d'évêques. L'autre moitié de la vérité est que les évêques gouvernaient leurs diocèses respectifs dans l'obéissance au pape. Eux aussi avaient *imperium, auctoritas et potestas jurisdictionis* mais pas avec la même plénitude. Le pape devait compter avec eux, il ne pouvait simplement leur donner des ordres.

En même temps, l'évêque était entouré dans son diocèse par divers assistants qui en pratique avaient un pouvoir de contrepoids considérable. Les chanoines de la cathédrale élaient l'évêque tout comme les cardinaux élaient le pape. Les chanoines élaient aussi un prévôt ou doyen qui présidait les assemblées du clergé de la cathédrale. Le chapitre avait pouvoir de juger ses propres membres, devant leur propre tribunal, à propos d'infractions disciplinaires. L'assentiment du chapitre était nécessaire pour diverses opérations de l'évêque, par exemple pour l'aliénation d'un bien ecclésiastique. Les privilèges du chapitre variaient d'un diocèse à l'autre. En bien des endroits, des tensions entre le chapitre et l'évêque aboutirent à des appels à Rome par l'un ou l'autre des contestants.

Les agents officiels de l'épiscopat commencèrent à augmenter en nombre à la fin du XI^e siècle, tout comme se multipliaient ceux de la curie romaine. L'archidiacre assumait davantage de pouvoir en tant qu'administrateur en chef; généralement choisi par l'évêque, chargé de gérer les affaires quotidiennes du diocèse. Le chancelier prit de l'influence en tant que gardien du sceau épiscopal et rédacteur de la correspondance, chargé des relations extérieures du diocèse. « L'official » (*officialis*), expert en droit, siégeait comme juge à la place de l'évêque. Des greffiers, des notaires, des clercs, des avocats, des procureurs, des agents d'exécution des ordres de cour, des assesseurs et d'autres types d'officiers ou quasi-officiers de justice apparurent dans le personnel du tribunal épiscopal, parallèlement à l'apparition de l'archidiacre, des coadjuteurs et d'autres assistants de l'évêque dans ses fonctions liturgiques. Comme le pape avait des agents intermédiaires pour régir les diocèses, de même l'évêque en avait pour diriger les paroisses.

Pour les paroisses les plus importantes, l'évêque (conjointement avec l'archidiacre) choisissait les diacres, chacun avec sa propre petite chancellerie, clerc et assistant judiciaire pour surveiller le domaine, tenir les comptes, fournir assistance aux prêtres dans le besoin et rapporter les infractions graves envers le clergé. Il y avait aussi des assemblées des prêtres du diocèse, des synodes locaux, convoqués de temps à autres, et l'évêque devait en principe visiter officiellement chaque paroisse une fois par an. Comme les évêques devaient prêter serment de fidélité au pape lors de leur ordination, de même les prêtres devaient prêter serment de fidélité à l'évêque. Les évêques pouvaient aussi envoyer des nonces contrôler les paroisses et transmettre ses ordres.

Au niveau paroissial aussi, existaient une division de fonctions et un système de butoirs à l'encontre de l'arbitraire dans l'exercice des pouvoirs. Le prêtre de la paroisse était responsable à la fois du gouvernement spirituel de la paroisse et de l'administration de ses biens. A ses supérieurs, son évêque et le pape, il devait verser

des taxes ecclésiastiques. Il lui était aussi imposé par le droit canon de maintenir constante sa résidence dans sa paroisse. Plus spécialement dans les paroisses les plus étendues, le prêtre était entouré d'assistants, religieux ou laïcs dont il ne pouvait sans péril ignorer les besoins et souhaits. Des prêtres suffragants l'aidaient notamment dans la conduite de la liturgie. Des chapelains, qui pouvaient être clercs ou simples paroissiens, animaient les œuvres charitables et étaient souvent chargés de l'instruction des enfants. Des « confréries » de chrétiens zélés se consacraient à la dévotion, à la charité et à la pénitence. Le Bras les appelle des « cellules de chrétiens fervents..., de petites paroisses au sein de la grande »²⁶. Elles tenaient généralement des assemblées annuelles. C'est là aussi que débuta au XII^e siècle la pratique de former des « ateliers » (*fabricae*) de laïcs pour aider à l'administration des biens de la paroisse. Ces habitudes étaient souvent mal supportées tant par l'évêque que par le prêtre de la paroisse²⁷.

Ainsi, encore que tous les pouvoirs de gouvernement fussent en dernier ressort dans les mains de la papauté, l'autocratie papale était bornée par la division des fonctions dans la bureaucratie au sommet aussi bien que par les caractères hiérarchique ou pyramidal du gouvernement ecclésiastique dans son ensemble.

Ces bornages assurément ne répondaient pas aux concepts modernes de séparation des pouvoirs et de fédéralisme²⁸. Cependant ils constituèrent des restrictions importantes de l'absolutisme et, à tout le moins, suscitèrent des habitudes et des traditions de gouvernement dont les papes, pour la plupart, répugnaient à abuser. Une structure formelle, légale, bureaucratique se trouva créée qui était une innovation totale dans l'Europe germanique. Gouverner se détachait de la fidélité de leude à seigneur. Ces relations complexes entre organismes distincts étaient en contraste frappant non seulement avec les institutions tribales mais aussi féodales et même avec les institutions antérieures tant byzantines que franques. La complexité et la spécificité mêmes des éléments de cette structure furent la source de principes constitutionnels. « Avec un gouvernement aussi délicat et excessivement étendu que celui de l'Eglise médiévale, le consensus était absolument crucial »²⁹.

Le constitutionnalisme du gouvernement ecclésial fut facilité surtout par la limitation du champ d'application de l'autorité ecclésiastique elle-même. Cette limitation s'imposa en raison, pour partie de la théorie du dualisme des autorités ecclésiastique et séculière, et pour partie du fait des attitudes de résistance des autorités séculières face aux abus et aux excès ecclésiastiques. Il est vrai que certains papes et quelques canonistes, en particulier au XIII^e siècle et au début du XIV^e, émirent des prétentions extravagantes de compétence pour légiférer non seulement en matière de foi, de doctrine, de culte, des sacrements, des offices religieux et de discipline cléricale mais aussi de contrat, de propriété et de crimes de toute espèce, voire de politique séculière. Toutefois, dans l'ensemble, après le concordat de Worms de 1122, l'Eglise accepta en théorie comme en pratique de substantiels bornages de son autorité. Déjà la simple division entre autorité ecclésiastique et autorités séculières était

un principe constitutionnel de première grandeur qui imprégna en totalité le système du droit canon.

Ensuite, à l'intérieur de l'Eglise envisagée comme entité sociale distincte des unités politiques profanes, il y avait des limitations tant pratiques que théoriques à l'arbitraire aussi bien de la monarchie pontificale que des principautés épiscopales. Pour commencer, il était admis que l'Eglise, dans ce qu'elle avait de visible comme institution, avait été fondée par le Christ lui-même et que lui et ses apôtres, et plus tard les pères et les conciles généraux des sept premiers siècles l'avaient dotée de normes définies et immuables en matière de foi et de comportements. Même à l'apogée du pouvoir papal, une glose canonique typique observait que « il serait dangereux de confier notre foi à la volonté d'un seul homme »³⁰.

Il était clair que ni un pape ni un concile œcuménique ne pouvaient à volonté changer un dogme ou introduire un dogme nouveau. « De nouveaux enseignements doivent être éprouvés à la lumière des dogmes préexistants mais, en outre, il ne faut exposer que des doctrines en fait implicites dans le trésor disponible des enseignements de l'Eglise et qui se présentent comme le développement organique des bases existantes des articles de foi »³¹.

Plus concrètement, les papes et les conciles généraux aussi bien que les évêques et les conciles locaux n'avaient d'autorité que bornée par la loi divine et la loi naturelle. Il est vrai qu'il n'était permis à personne de contredire ou prétendre nul un décret du pape pour la raison qu'il viole la loi divine ou naturelle. La seule voie ouverte était le recours à l'action politique ou à la désobéissance civile. Toutefois les canonistes fournirent une base à ce genre de résistance. Gratien avait écrit : « Un pape ne peut être jugé par personne à moins qu'il ne soit pris déviant de la foi »³². Cela laissait la voie ouverte, comme l'a dit Brian Tierney, à une théorie de déposition d'un pape pour motif d'hérésie³³. D'autres canonistes ajoutèrent d'autres motifs, incluant la dissipation de propriété ecclésiastique, et à la fin du XII^e siècle, Huguccio exposa pourquoi un pape devait pouvoir être jugé et déposé pour cause de fornication notoire, de vol, de sacrilège ou d'autre crime scandaleux pour l'Eglise³⁴.

De plus, il fut dit par des canonistes des XII^e et XIII^e siècles que le pape ne doit pas agir à l'encontre de « l'état » (status) de l'Eglise entière, qu'il ne peut édicter de loi qui soit préjudiciable à son « état général » (*generalis status ecclesiae*), c'est-à-dire à son caractère, son bien-être général ou son ordre public, ou comme on appellera cela par la suite, sa constitution³⁵. Même le pape Innocent IV (1243-1254), l'un des plus autoritaires des monarques pontificaux, admit la possibilité de désobéir à un pape s'il commandait quelque chose d'injuste, par quoi l'état de l'Eglise serait perturbé, par exemple si ses dispositions contenaient une hérésie³⁶.

Les théories de limitation constitutionnelle de l'absolutisme papal avaient peu d'effet, faute d'un tribunal auquel recourir contre la papauté. Aucun procès ni déposition de pape ne survint jusqu'au début du XV^e siècle, lorsque le concile de Cons-

tance déposa deux papes rivaux et accepta la démission d'un troisième. Même au paroxysme des prétentions papales, de telles théories n'eurent pas de base ferme dans les conditions sociales, économiques et politiques qui entraînaient beaucoup d'autonomie locale. Pour citer Tierney : « En dépit d'une tendance persistante à la centralisation de son gouvernement, l'Eglise entière demeurait en un sens une fédération d'unités semi-autonomes, une union d'innombrables collégialités de toutes tailles ». Et Tierney cite les évêchés, les abbayes, les collèges, les chanteries, les guildes, les ordres religieux, les congrégations et les confréries « dont chaque exerçait des droits substantiels d'auto-gouvernement »³⁷.

Ainsi, à l'identification opérée par les canonistes entre *imperium* et *jurisdictio*, correspondait la constitution vécue de l'entité sociale ecclésiale. L'Eglise était un état fondé sur un droit, un *Rechtsstaat*. En même temps, les limitations imposées à l'autorité ecclésiastique, en particulier par les entités politiques séculières, jointes à celles imposées à l'autorité papale à l'intérieur de l'Eglise, notamment par les structures mêmes du gouvernement ecclésiastique, suscitèrent quelque chose de plus que la légalité au sens de *Rechtsstaat*, quelque chose d'apparenté à ce que les Anglais nommèrent plus tard *the rule of law*, la suprématie du Droit.

LE DROIT DES COLLEGIALITES, COMME DROIT CONSTITUTIONNEL DE L'EGLISE.

Le principe des limitations juridictionnelles au pouvoir et à l'autorité fut le principe constitutionnel qui sous-tendait le nouveau système de droit canonique, à la fin du XI^e siècle et au XII^e. Cependant, une analyse des voies par lesquelles fut appliqué ce principe juridictionnel requiert un examen, non pas du droit constitutionnel comme tel, mais de la loi des collégialités (*corporate law*). Selon les canonistes, c'était l'Eglise en tant qu'entité légale (« incorporée » c'est-à-dire dotée de la personnalité juridique) qui conférait la juridiction aux dignitaires ecclésiastiques individuels (pape, évêques, abbés), et c'était la « loi des corporations » qui déterminait la nature et les limites de la juridiction ainsi conférée.

Le terme « corporation » était dérivé du droit romain, comme beaucoup du vocabulaire utilisé pour les définir (*universitas* ou *corpus* ou encore *collegium*) et bien des règles les concernant. Cependant, il y avait des différences substantielles entre le droit des collégialités des romains et celui des corporations des juristes de l'Ouest européen au XII^e siècle.

D'après le droit romain du temps de Justinien³⁸, l'Etat comme tel (encore appelé *populus romanus*) était considéré comme une corporation mais ses droits et obligations étaient réglés administrativement plutôt que dans les tribunaux, et il n'était pas soumis au droit civil. Néanmoins, le trésor impérial avait effectivement des droits de propriété et d'autres droits civils et obligations et pouvait poursuivre ou être poursuivi devant les tribunaux ordinaires. Les municipalités aussi étaient des

corporations, avaient le droit de posséder et contracter, de recevoir des dons et des legs, de poursuivre et être poursuivies, et généralement d'accomplir des actes juridiques par des représentants.

De façon analogue, bien des associations privées, y compris des organisations entretenant un culte religieux ou pratiquant des rites funéraires, des cercles politiques, les guildes de commerçants ou d'artisans, étaient considérées comme des corporations bien que leurs droits dépendissent des privilèges et des libertés accordés par l'empereur. En 381, lorsque le christianisme devint la religion officielle de l'empire (et déjà depuis quelque temps), les églises et les monastères furent ajoutés à la liste des associations considérées comme ayant la capacité de recevoir des dons et legs, et le droit de contracter ainsi que le droit d'agir comme personnes civiles par l'intermédiaire de représentants.

De plus, la législation de Justinien reconnut aux organisations charitables, telles que les hôpitaux, les asiles, les orphelinats, les foyers pour pauvres gens et les maisons de retraite, la capacité légale de recevoir des dons et legs à des fins déterminées, avec pour l'évêque du diocèse un droit général de surveillance. Mais avant la fin du XI^e siècle, ni en Occident ni en Orient, le concept de corporation comme entité légale ne fut appliqué à l'entière de l'Eglise (l'Eglise universelle).

Les juristes romains, intensément hostiles aux définitions et aux théories, n'abordèrent pas en termes généraux la question des relations entre une *universitas* et l'ensemble de ses membres. Le Digeste déclarait laconiquement « ce qui est à la corporation n'est pas aux individus » et encore « si quelque chose est dû à une corporation, cela n'est pas dû à des individus ni les individus ne doivent ce que doit la corporation ». Cependant, les juristes romains laissaient ainsi pendantes maintes questions comme celles-ci : une corporation tire-t-elle son existence et ses pouvoirs de l'attribution faite par une autorité publique ou de la volonté de ses fondateurs ou bien de sa propre nature en tant qu'association ? Quels sont les pouvoirs qu'exercent ses dirigeants et que peuvent-ils faire sans l'assentiment des membres ? Comment ces dirigeants doivent-ils être choisis et pour quels motifs sont-ils susceptibles d'être révoqués ?

De tout cela les juristes romains ne discutaient pas. Même les expressions « personnalité juridique » ou « personnalité civile » étaient rarement employées par eux et jamais analysées. Ce n'est que rétrospectivement qu'il est possible de discerner plusieurs principes implicites du droit romain des collégialités qui devinrent explicites dans la pensée juridique au XII^e siècle quand la loi sur les corporations commença à être systématisée. Deux de ces principes étaient l'un qu'une collégialité « incorporée » avait la faculté légale d'agir à travers des représentants ; et l'autre que les droits et devoirs de cette corporation étaient distincts de ceux personnels de ses mandataires (« officiers »).

Les règles romaines sur les associations furent introduites par l'Eglise dans les communautés germaniques de l'Europe occidentale. Elles s'y trouvèrent en compéti-

tion d'une part avec les concepts chrétiens sur la nature collégiale des communautés ecclésiastiques, et d'autre part avec les concepts germaniques sur la nature solidaire des associations en général.

Saint Paul avait dit de l'Eglise qu'elle était le corps du Christ (L. Cor. 12:27), et il écrivit aux Galates « car vous êtes tous un dans le Christ Jésus » (Gal. 3:28). D'autres métaphores chrétiennes pour évoquer l'Eglise étaient « épouse », « fiancée », « mère ». Toutes ces personnifications tendaient à souligner la fraternité des croyants, « la communion des saints », « la congrégation des fidèles ».

Bien qu'il fût entendu que tous les croyants où qu'ils soient forment un corps spirituel, l'insistance majeure portait sur l'unité spirituelle des églises locales ou des diocèses particuliers. Dans cette acception, il était également souligné que le prélat de l'assemblée considérée, le prêtre de la paroisse ou l'évêque ou quelque autre pasteur du troupeau, était uni à cette bergerie par un mariage spirituel. De même que le Christ avait été marié avec l'Eglise universelle, l'on concevait l'évêque ou le prêtre comme marié à l'église locale, il la représentait comme la tête représente le reste du corps. Ces idées chrétiennes étaient diamétralement opposées à celles implicites dans le traitement des églises comme des « corporations » selon le droit romain.

Cela ne revient pas à dire que, sous l'empire romain ou sous les empereurs et rois germaniques, l'Eglise s'opposât à ce que ses évêchés et paroisses soient dotés du statut de corporations de droit romain. Au contraire, elle souhaitait vivement la protection de ce statut. Pourtant, il était au moins anormal que sous le droit romain les chrétiens composant une corporation ecclésiastique ne portent pas de responsabilité dans les actes accomplis par les prélats au nom de la corporation et dans son intérêt. Et il était encore plus anormal que les prélats eux-mêmes soient considérés comme des intermédiaires délégués et non comme des membres statutaires ou des partenaires de l'association.

Les concepts germaniques relatifs à l'association présentaient quelque ressemblance aux concepts de l'Eglise comme « une personne », un *corpus mysticum*. Comme l'a souligné le grand historien du droit germanique, Otto von Gierke, le foyer germanique, la bande de guerriers, le clan ou le village étaient conçus comme ayant une personnalité collective que partageaient tous les membres du groupe, son domaine était leur propriété commune et ils portaient une même responsabilité dans ses obligations. Néanmoins, selon Gierke, la *Genossenschaft* (compagnie) tirait son unité et sa finalité non pas d'une autorité supérieure, divine ou humaine, mais seulement de son propre fond, de la même volonté qu'ont les camarades d'être unis et de poursuivre en commun l'objectif de leur choix ³⁹.

Les canonistes du XII^e siècle utilisèrent les idées sur les collégialités des anciens romains, des germains, et du christianisme pour développer un nouveau système de droit associatif qui soit applicable à l'Eglise. Dans une certaine mesure, ils harmonisèrent les trois claviers de concepts différents. Ils le firent non comme un exercice abstrait de raisonnement juridique mais en vue de parvenir à des solutions pratiques

dans les conflits légaux à l'intérieur de l'Eglise. En même temps, ils observaient les relations complexes entre ces divers conflits et cherchaient à systématiser les principes sous-jacents aux diverses formes de solution adoptées.

Voici des questions illustrant les sortes de problèmes qui provoquèrent des litiges au XII^e siècle :

- Le chef d'une corporation ecclésiastique (disons, un évêque) est-il tenu de consulter ses membres (le chapitre) avant d'engager une poursuite ou de répondre à un accusateur devant le tribunal ? Est-il tenu non seulement de les consulter mais aussi d'obtenir leur assentiment ? Qu'en est-il s'agissant d'aliéner un bien ou de conférer des privilèges de diverses natures ?

- Un chapitre peut-il répudier une transaction convenue, sans son consentement, par son évêque avec une partie adverse?

- Sous quelle forme le consentement d'un chapitre doit-il être exprimé ?

- Qui doit exercer les pouvoirs du chef d'une corporation pendant une vacance, c'est-à-dire lorsque ce chef est décédé ou a démissionné ou a été révoqué ?

- Si le clergé d'un chapitre peut agir à la place de l'évêque quand il devient incapable par maladie ou vieillesse, le clergé peut-il agir s'il est négligent ?

- Une corporation peut-elle se rendre coupable de crime, être passible de dommages et intérêts ? Est-elle responsable du crime ou du dommage commis par l'un de ses agents ?

- Une corporation ecclésiastique peut-elle être constituée sans la permission du pape ?

- Si une corporation perd tous ses membres, continue-t-elle à exister ? Sinon, peut-elle être revivifiée par un ou plusieurs candidats qualifiés pour en être membre ?

- Qu'advient-il des biens d'une corporation qui cesse d'exister ?

- Une corporation peut-elle créer une loi pour ses membres ? Peut-elle choisir un magistrat pour exercer en son nom un tel pouvoir de légiférer ? Peut-elle choisir un juge pour trancher des litiges en son nom ?

- Une corporation à laquelle une propriété a été donnée dans un but déterminé, peut-elle légitimement décider de consacrer cette propriété à un autre usage ?

- Et une question finale : les réponses à ces diverses questions seraient-elles différentes si la corporation en question n'était pas un évêché ou une abbaye ou quelque autre corps local mais l'entière Eglise romaine, gouvernée par l'unique vicaire du Christ sur la terre ?

Des problèmes pratiques de ce genre se posèrent en Occident dès lors que l'Eglise affirmait être une entité collégiale, une *universitas*, indépendante des empereurs, des rois et des seigneurs féodaux. Le plus frappant dans ces problèmes est, premièrement, leur formulation juridique, deuxièmement le haut degré de perception de leurs connexions multiples et troisièmement (en rapport avec le deuxième point), le caractère systématique des réponses qui y furent finalement apportées, à savoir le recours à une systématisation du droit des « corporations » afin de dégager un ensemble satisfaisant de solutions.

Le corps du droit associatif élaboré dans l'Eglise catholique romaine dans la dernière partie du XI^e puis aux XII^e et XIII^e siècles, peut être caractérisé comme un sous-système à l'intérieur du droit canon entier. Il différait substantiellement des lois sur les corporations des romains, telles qu'on les trouve dans les textes de Justinien.

En premier lieu, l'Eglise rejetait la conception selon laquelle, hormis les corporations publiques (trésor, cités, églises), seules les collégialités reconnues par l'autorité impériale auraient les privilèges et libertés d'une corporation. Au contraire, selon le droit canon, tout groupe de personnes qui présentait la structure et les objectifs requis, par exemple un refuge pour indigents, un hospice, une association d'étudiants aussi bien qu'un évêché et même « l'Eglise universelle », constituait une corporation, sans la permission d'une autorité supérieure⁴⁰. Secondement, l'Eglise repoussait la conception selon laquelle seule une corporation publique pouvait créer pour ses membres une loi nouvelle et exercer sur eux un pouvoir judiciaire. Sous la loi canonique, toute corporation avait sur ses membres une autorité législative et judiciaire. Troisièmement, l'Eglise écartait la règle romaine selon laquelle une corporation ne pouvait agir que par ses représentants et non par l'ensemble de ses membres. A la place, la loi canonique exigeait le consentement des membres dans des situations de types divers. Quatrièmement, l'Eglise rejetait la maxime romaine que « ce qui appartient à la corporation n'appartient pas à ses membres ». Selon le droit canon, la propriété de la corporation était la propriété commune de ses membres et la corporation pouvait lever un impôt sur ses membres si elle n'avait pas d'autre moyen de payer une dette⁴¹.

Ces règles et ces concepts, et d'autres encore, de la loi canonique semblent refléter les idées germaniques voyant dans la corporation une solidarité de camarades, donnant au groupe une personnalité et une volonté collective, contrastant avec l'idée des romains y voyant une « institution » dont l'identité est créée par une autorité politique supérieure⁴². D'autres règles et concepts de la loi canonique, pourtant, reflètent apparemment la notion « institutionnelle ».

Ainsi, il fallait que la corporation ait une « tête », un « chef » (d'habitude dénommé recteur ou prélat dans une collégialité religieuse et président ou gouverneur dans une corporation laïque) investi du pouvoir d'accomplir des actes que la corporation ne pouvait assumer elle-même (comme administrer un domaine ou trancher un différend) et dont les droits étaient distincts de ceux de la communauté. Le chef de la corporation (avec les autres « officiers ») était vu comme une sorte de gardien ou de tuteur et la corporation comme un mineur ou pupille⁴³.

En contraste encore avec la règle romaine ancienne, le droit canon imputait une responsabilité civile et criminelle à la corporation si une majorité de ses membres avaient consenti à un acte condamnable. Mais à la différence du droit germanique, les délits et crimes des dirigeants ne pouvaient être imputés à la corporation⁴⁴. Ainsi, une ville pouvait être frappée d'un ban ecclésiastique pour les crimes de ses citoyens mais théoriquement au moins, pas pour ceux de ses magistrats.

Ce qui a été dit jusqu'ici peut venir à l'appui de la thèse avancée par Gierke. En effet le droit associatif de l'Eglise médiévale avait hésité entre le concept de la corporation comme personnalisation spontanée du groupe et le concept romain de la corporation comme une institution (*Anstalt*) artificielle. (Gierke poursuivait en arguant que, pendant le XIV^e siècle, le concept romain l'avait emporté, avec pour l'Europe, la conséquence désastreuse des théories absolutistes qui en découlèrent finalement⁴⁵. Le point faible de la thèse de Gierke réside dans le fait que les canonistes médiévaux eux-mêmes n'avaient conscience ni de l'un ni de l'autre des concepts affrontés⁴⁶. Elle est même sérieusement affaiblie par le fait que les deux concepts ont été l'un et l'autre exagérément amplifiés.

Il est douteux que la personnalité collective, au sens juridique, d'un groupe puisse jamais sortir de son propre fond uniquement, car elle dépend toujours en partie des gens de l'extérieur qui en reconnaissent l'existence et l'admettent, en d'autres mots, de la société plus vaste où vit le groupe en question. Il est douteux également que la personnalité collective au sens juridique puisse jamais être imposée de l'extérieur seulement, par la société ou par l'Etat, sans l'existence préalable d'un groupe de gens ayant en commun des intérêts et la capacité d'agir de concert comme une unité.

Tierney souligne que ce fut seulement aux XIII^e et XIV^e siècles, donc deux siècles après que la systématisation du droit canonique sur les associations ait été entreprise, que les canonistes sont parvenus à une « théorie cohérente du droit des corporations » et que même alors « ils ne s'intéressaient guère au problème philosophique de l'essence d'une corporation »⁴⁷. Ces deux points aident à rendre clair que le système - et finalement une « théorie cohérente » du droit associatif - a été une réponse légale à la situation de fait et aux problèmes concrets auxquels était confrontée l'Eglise, mais non pas une construction intellectuelle a priori à laquelle situation et problèmes auraient été plus ou moins accommodés.

Toutefois ce serait se méprendre de supposer que la nouvelle loi canonique sur les corporations ne se fondait pas dès l'origine sur des présupposés philosophiques. Pour la plupart, les canonistes adhéraient à la position nominaliste modérée, pensant qu'un groupe ne peut avoir une personnalité ou une volonté distincte de celle de ses membres ⁴⁸. Cette attitude philosophique diffère à la fois de la théorie romantique de Gierke et des théories positivistes que Gierke combattait; et elle convenait particulièrement à l'élaboration d'un nouveau système de droit corporatif, en ce qu'elle fournissait une base philosophiquement neutre à la recherche des questions juridiques cruciales concernant la distribution des pouvoirs entre les officiers et les membres d'une corporation.

Ainsi, lorsque l'on considère la corporation comme la totalité de ses parties « en tant que parties », il devient aisé de discerner les droits et devoirs des membres en tant que membres et ceux des dirigeants en tant que dirigeants, puis les relations entre ces deux claviers de droits et devoirs. Cette approche était implicite dans la législation de la fin du XI^e siècle et du début du XII^e, que Gratien résumait en posant qu'un évêque, étant la « tête » de l'Eglise dans son diocèse, avait besoin du concours de ses « membres », c'est-à-dire du chapitre, pour conférer bénéfices et privilèges, pour aliéner un bien de l'évêché ou pour juger des litiges ⁴⁹.

Quelques décennies plus tard, le pape Alexandre III confirma et étendit ces règles en déclarant que dans divers types de circonstances étaient requis « l'avis » ou le « consentement » du chapitre ⁵⁰. Par « chapitre » on entendait le clergé. En amplifiant la signification des mots avis et consentement, les canonistes postérieurs distinguèrent trois sphères de droits, droits émanant principalement de la corporation en tant que telle, droits émanant principalement des membres individuels ou officiers individuels en tant que tels, et droits que la corporation et les membres ou officiers ont en commun. C'est ainsi qu'il fut dit que si un avoué ou autre mandataire doit être désigné dans une affaire qui concerne principalement le prélat, il devra être choisi par le prélat avec le consentement du chapitre. Mais si l'affaire touche principalement le chapitre, il doit être désigné par le chapitre avec l'avis du prélat et si l'affaire touche les deux en commun, il devra (comme dans le premier cas) être désigné par le prélat avec le consentement du chapitre ⁵¹.

Par la suite un autre canoniste expliqua ces règles de façon plus générale. Le consentement du chapitre est nécessaire chaque fois que l'action concerne le corps entier de la collectivité puisque l'évêque et le chapitre constituent ce corps ⁵². Ici les métaphores chrétiennes sont utilisées, l'évêque était marié à son église comme le pape, vicaire du Christ, était marié à l'Eglise universelle. Toutefois, l'Eglise, en tant qu'entité incorporée, était identifiée légalement comme le clergé, c'était le chapitre et non pas la « congrégation des croyants » de qui le consentement devait être obtenu ⁵³.

L'analyse des pouvoirs de la tête et des membres des corporations ecclésiastiques, incluant spécialement le chapitre d'une cathédrale (chapitre épiscopal),

conduisit au développement, aux XII^e et XIII^e siècles, d'une théorie juridique des limitations opposées au droit du dirigeant ecclésiastique ou séculier d'agir seul sans l'avis ou le consentement de ses conseillers et de ses principaux subordonnés. Ici, une maxime du droit romain fut évoquée à propos, transformée et portée au niveau de principe constitutionnel : « Ce qui concerne tout un chacun, doit être examiné et approuvé par tous »⁵⁴.

LIMITATIONS DE LA JURIDICTION ECCLESIASTIQUE

Avant la fin du XI^e siècle, la juridiction ecclésiastique, au sens large de compétence tant législative et administrative que judiciaire, manquait de frontières précises. Il y avait des chevauchements considérables entre la compétence des autorités ecclésiastiques et celle des autorités séculières. A l'intérieur de l'Eglise également, il n'y avait pas de division nette entre les matières qui relevaient d'un prêtre ou d'un évêque en sa qualité de confesseur et d'arbitre des pénitences réparatrices d'une part, et celles dont il devait décider en qualité d'administrateur ou juge ecclésiastique d'autre part. Tout ce qu'il faisait était censé découler de son ordination, c'était l'ordination et non la juridiction qui lui conférait l'autorité.

En même temps, son autorité, sans partage en tant que prêtre ordonné, était subordonnée à bien des égards à l'autorité des empereurs, des rois et des barons. Ces derniers investissaient et dominaient, souvent même régentaient, papes, évêques et prêtres. Ce fut la révolution papale, en affranchissant le clergé vis-à-vis des laïcs et en insistant sur la séparation du spirituel et du temporel qui rendit à la fois nécessaire et possible de tracer plus ou moins nettement les frontières de la juridiction ecclésiastique et, par conséquent, de systématiser son contenu.

De façon caractéristique, et en cela la science juridique éclaira le droit positif, cette juridiction fut dite répartie en deux champs d'action selon qu'elle s'appliquait à certaines classes de personnes (*ratione personnarum* « en raison des personnes ») ou à certains types de comportement ou de relations (*ratione materiae* « en raison de la matière »). L'Eglise revendiquait la juridiction personnelle sur : 1) les membres du clergé et de leurs foyers, 2) les étudiants, 3) les croisés, 4) les *personnae miserabiles* (les indigents), y compris les miséreux, les veuves et orphelins, 5) les juifs dans leurs différends avec des chrétiens et 6) les voyageurs, y compris les marchands et marins, lorsqu'il était nécessaire de protéger leur paix et leur sécurité.

C'était là le *privilegium fori* (privilege de tribunal ou « bénéfice du clergé ») fameux pour les uns, scandaleux pour d'autres, contre lequel les gouvernants temporels luttèrent avec ténacité et souvent quelque succès. Le droit canon interdisait aux membres du clergé de ne pas se prévaloir du privilège de la juridiction ecclésiastique. Toutefois, en pratique ils étaient passibles de la justice séculière dans certains types de délits et crimes et de certains types d'action civile. Il y avait aussi quelques ex-

ceptions reconnues à la juridiction ecclésiastique sur les croisés et sur les étudiants qui pouvaient en réclamer le privilège s'ils le souhaitaient.

Les personnes indigentes, qui, avant la révolution papale, avaient été traitées essentiellement comme des pupilles des empereurs ou rois, furent dorénavant sujettes aussi à la juridiction ecclésiastique, principalement lorsque la protection des autorités séculières s'avérait inadéquate. Il en allait de même concernant les juifs et les voyageurs, marchands et marins ; l'Eglise ne cherchait pas à éliminer mais simplement à suppléer la juridiction impériale et royale sur ces catégories. La juridiction personnelle de l'Eglise s'étendait, en principe, à toutes les sortes de cas où se trouvaient impliquées ces six catégories de personnes, encore que parfois le principe cédât aux intérêts concurrents des autorités séculières.

En revanche, la « juridiction en raison de la matière » de l'Eglise s'étendait en principe dans tous les cas d'un certain type, à toutes les classes de personnes, laïcs aussi bien que clercs, bien qu'il existât, là encore, des réserves et des exceptions. Les principaux types de cas où l'Eglise réclamait juridiction étaient ce que l'on appelait les affaires spirituelles et les cas connexes aux affaires spirituelles. Il s'agissait surtout de ceux relatifs à : 1) l'administration des sacrements, 2) les testaments, 3) les bénéfices, y compris l'administration des propriétés d'église, le patronage des offices ecclésiastiques et la taxation ecclésiastique sous forme de dîmes, 4) les serments, y compris à l'appui d'une promesse et 5) les péchés méritant censure ecclésiastique.

Ce fondement juridictionnel permit à la science juridique du XII^e siècle d'entreprendre l'élaboration de diverses branches de droit positif, y compris sur la famille (à partir de la juridiction sur le sacrement de mariage), sur l'héritage (à partir de la juridiction sur les testaments), sur le contrat (à partir de la juridiction sur le serment) et sur les affaires de délits ou de dommages (à partir de la juridiction sur les péchés). Sous-tendant le tout, il y avait le postulat de la juridiction de l'Eglise sur sa propre juridiction. Sur cette base-là s'édifia le corps du droit associatif.

L'Eglise accrut aussi son domaine juridictionnel à d'autres sortes de cas, en l'offrant à quiconque souhaitait y avoir recours. Ce fut réalisé par le procédé appelé prorogation, par lequel les parties à n'importe quel différend civil pouvaient, par accord mutuel, soumettre leur dispute à un tribunal ou à un arbitrage ecclésiastique. Un accord de ce genre pouvait prendre la forme d'une clause insérée dans un contrat, renonçant par avance à recourir à un tribunal séculier et stipulant le recours à un tribunal ou à un arbitrage ecclésiastique dans l'éventualité d'un différent futur dans l'exécution du contrat. En raison du caractère primitif de la plupart des procédures civiles aux XII^e et XIII^e siècles, les parties à un contrat civil adoptaient souvent de telles clauses de renonciation.

En outre, selon la loi canonique, toute personne pouvait intenter un procès devant un tribunal ecclésiastique ou transférer l'affaire d'un tribunal séculier à un tribunal ecclésiastique, même contre la volonté de la partie adverse, par motif de « défaut de justice séculière ». Ainsi l'Eglise en fin de compte offrait sa juridiction

et son droit à quiconque et pour n'importe quel type de cas, mais seulement dans des circonstances exceptionnelles, c'est-à-dire quand la justice même, au sens le plus élémentaire du terme, était en jeu. Il était entendu que normalement il y avait deux types de juridiction, l'ecclésiastique (spirituelle) et la non-ecclésiastique (séculière). D'ailleurs, si tout bonnement n'importe quelle cause « juridique » relevait normalement de l'ecclésiastique (ou d'une autre universellement compétente), il n'y aurait eu aucun sens à parler de compétence (ce qui est et ce qui n'est pas sujet à régulation légale) ni d'aucun autre aspect du concept de juridiction.

Ce fut la restriction de la juridiction ecclésiastique, ainsi que de la non-ecclésiastique, à certaines catégories de personnes et certains types de cas, qui rendit possible et nécessaire de définir la juridiction et de lui donner sa place comme élément structurel de base du système de droit canonique. Et ce furent, en fait, les limitations apportées aux juridictions de chacune des entités politiques en Occident chrétien, y compris l'entité ecclésiale, qui rendirent à la fois nécessaire et possible pour chacune de développer non seulement des lois mais aussi un système de lois, et plus encore, un « système de Droit ».

Un gouvernant dont la juridiction serait illimitée pourrait gouverner par des lois mais il est fort improbable qu'il ait la volonté ou l'imagination nécessaires pour ramener ses lois à un système intellectuel intégral et cohérent, avec une structure complexe de principes, incluant ceux concernant la régulation de leur application à divers types de problèmes juridiques. En Occident, la compétition et coopération de juridictions limitées rivales ne réclamaient pas seulement que l'on systématiser leur législation mais fournissaient en même temps à chacune une base utilisable à cette fin. Cette base se composait d'une part de l'unité dialectique surplombante qui reliait les systèmes particuliers, même s'il leur restait de la latitude, et d'autre part de la variété des intérêts et des ressources des communautés pratiquant chacune son propre système.

Compétition et coopération entre juridictions limitées et rivales conduisaient d'ailleurs à la formulation légale et à la solution de quelques-uns des problèmes politiques et moraux les plus aigus de l'époque. La tendance à transposer ces problèmes en questions juridiques, tendance que Tocqueville trouvait caractéristique de l'Amérique au début du XIX^e siècle, existait déjà, encore qu'à un degré moindre, dans la société occidentale dans la deuxième partie du XI^e siècle et au XII^e. Cela contribua au légalisme excessif de l'Ouest, comparé avec maintes autres civilisations. Cela contribua aussi à son succès dans la réalisation d'une liberté relativement plus nette vis-à-vis de la tyrannie politique et morale.

Chapitre six

ELEMENTS STRUCTURELS DU SYSTEME DE DROIT CANON

Le nouveau système de droit canonique qui fut créé aux XI^e et XII^e siècles couvrait exclusivement celles des relations juridiques qui tombaient sous la juridiction de l'Eglise comme entité collégiale incorporée. Les autres relations légales tombaient sous les juridictions respectives, souvent chevauchantes, des diverses entités politiques séculières, y compris les royaumes, les domaines féodaux, les villes et les cités autonomes. Toute personne, dans la chrétienté occidentale, vivait à la fois sous la loi canonique et sous l'un ou plusieurs autres systèmes légaux temporels. Le pluralisme de systèmes juridiques à l'intérieur d'un ordre légal commun était un élément essentiel de la structure de chaque système.

Du fait qu'aucun des systèmes légaux coexistants ne prétendait les englober tous ou être compétent en toutes matières, chacun devait se donner des critères constitutionnels pour situer et délimiter les souverainetés, pour répartir les pouvoirs gouvernementaux dans ces domaines, et définir les droits et les devoirs de leurs membres. Dans le système du droit canon, ces critères constitutionnels étaient formulés essentiellement en termes de droit associatif, y compris la juridiction de la corporation sur les catégories particulières de personnes et les types particuliers de matière exposée.

En partant du système ecclésiastique de droit constitutionnel, se développèrent des corps relativement cohérents de lois substantielles, relevant d'autres domaines de matières juridiques. C'est ainsi que se constitua graduellement, à partir de la juridiction ecclésiastique sur les sacrements, un corps de lois relatives au mariage, à partir de la juridiction ecclésiastique sur les testaments, un corps de lois relatives à l'héritage, à partir de la juridiction ecclésiastique sur les bénéfices, un corps de lois relatives à la propriété, à partir de la juridiction ecclésiastique sur les serments, un corps de lois relatives aux contrats et à partir de la juridiction ecclésiastique sur les péchés, un corps de lois relatives aux délits et aux dommages. Et il se constitua aussi, à partir de ces cinq branches de juridiction, un corps de lois relatives à la procédure judiciaire. Ces corps de lois n'étaient pas conceptualisés de la manière dont le furent les branches autonomes du droit au cours des siècles suivants. Les canonistes des XII^e et XIII^e siècles n'avaient pas l'intention d'organiser chaque branche du droit, propriété, contrat, dommage etc. en un clavier cohérent de règles déduites lo-

giquement de divers principes et théories qui à leur tour dérivèrent d'une théorie générale de la propriété, d'une théorie générale du contrat, d'une théorie générale des délits et de leur punition et ainsi de suite.

La législation canonique des XII^e et XIII^e siècles était moins abstraite, moins « logique ». Ses catégories venaient de la jurisprudence des tribunaux ecclésiastiques sur les problèmes de droit portés devant ces tribunaux plutôt que d'un raisonnement spéculatif de juristes académiques. De la même façon qu'à cette époque se développait la loi royale en Angleterre, la loi canonique inclinait à se systématiser davantage sur la base d'une procédure plutôt que sur des règles substantielles. Mais après Gratien, le droit canon, à la différence de la loi royale anglaise, constituait une discipline universitaire. Les professeurs évoquaient dans les salles de cours les règles, les principes et les théories implicites dans des cas d'espèces et ils les rassemblaient, analysaient et harmonisaient dans leurs traités. Ainsi les sous-systèmes de lois émergèrent concrètement, bien qu'ils n'aient pas eu alors le haut degré d'autonomie et de cohérence doctrinale qu'ils atteignirent plus tard.

Chacun de ces sous-systèmes ou compartiments du droit (associatif canonique) traduisait d'une manière différente les éléments structurels du système global. La loi canonique sur les crimes, par exemple, était fondée sur des conceptions sur le péché qui affectaient aussi tous les autres secteurs du droit canon. Dans ces autres branches également, l'on peut discerner des traits partout présents qui ont contribué à identifier le droit canon comme un système juridique moderne.

LA LOI CANONIQUE SUR LE MARIAGE

Dès les temps les plus anciens, l'Eglise eut beaucoup à dire à propos du mariage et de la famille ¹. Dans les cultures païennes où prédominaient la polygamie, les mariages arrangés, l'oppression des femmes, l'Eglise a promu l'idée du mariage monogame par libre consentement des deux époux. En Europe occidentale, cette idée eut à se battre ferme avec des mœurs profondément enracinées dans les coutumes tribales, rurales et féodales.

Vers le X^e siècle, des synodes promulguèrent des décrets concernant le lien matrimonial, l'adultère, la légitimité des enfants et des sujets connexes. Malgré tout, l'on continuait à marier les enfants au berceau et les relations familiales restaient dominées par les façons de vivre traditionnelles et les mœurs des peuples germaniques, celtes ou des autres peuples d'Europe occidentale. Dans le droit coutumier de ces peuples comme dans le droit romain classique, le mariage entre personnes de classes différentes (par exemple entre libres et esclaves, entre citoyens et étrangers) était prohibé. Le divorce était à la volonté de l'un ou l'autre des époux, ce qui en pratique signifiait au gré du mari. Il n'y avait même pas de règles à propos du divorce et le consentement paternel était requis pour que le mariage soit valide. Peu d'obligations entre les conjoints avaient forme de loi.

Ce fut le grand bouleversement de la fin du XI^e siècle et durant XII^e, symbolisé par la révolution papale, qui rendit possible de faire passer dans les faits, à un degré substantiel, la politique ecclésiastique quant au mariage et à la famille. Des facteurs sociaux et économiques, dont la révolution papale était à la fois un effet et une cause, jouèrent là un rôle crucial : les mouvements démographiques, l'apparition des cités et l'extension rapide du régime *manorial* concoururent à l'effritement des formations sociales antérieures. Les changements politiques aussi jouèrent un rôle important. En effet la formation d'un état ecclésiastique unifié et distinct, dirigé par la papauté, donnait au clergé une sorte de pouvoir politique qu'il n'avait jamais possédé avant, et de surcroît l'établissement universel du célibat des prêtres contribua à diminuer leur implication personnelle dans les relations de solidarité tribale. Egalement importants aussi étaient les changements législatifs par lesquels fut mise en œuvre la politique ecclésiastique concernant les relations familiales, car sans la systématisation du droit canon, il n'eût pas été possible de faire connaître efficacement cette politique, de lui gagner l'allégeance des fidèles ou d'en organiser la mise en œuvre.

Aussi longtemps que les lois ecclésiastiques sur le mariage et la famille restaient dans le registre de l'exhortation, elles n'avaient pas à être précises ni complètes. Quand elles devinrent pleinement impératives, il leur fallut être les deux. Puisque toutes les relations familiales devaient dorénavant être fondées, en pratique et non plus seulement en théorie, sur le sacrement de mariage, il devenait nécessaire de déterminer avec précision la nature de ce sacrement. L'Eglise avait longtemps tenu qu'aucune formalité n'était requise pour effectuer un mariage car les deux parties étaient elles-mêmes « les ministres du sacrement de mariage » (la présence d'un prêtre fut rendue obligatoire seulement au XVI^e siècle, la *common law* sur le mariage, en droit anglais et américain, est en fait une survivance de la loi canonique qui existait avant le concile de Trente).

Néanmoins, l'absence de formalité laissait ouverte la question de savoir comment et à quel moment le mariage était conclu. Certains des textes antérieurs avaient indiqué qu'il était conclu au moment de l'échange des promesses. D'autres avaient estimé qu'il n'était pas conclu avant d'être consommé par l'union sexuelle. Gratien argumentait que l'analogie traditionnelle entre le mariage humain et le mariage mystique du Christ et de l'Eglise requérait qu'il y eût un accouplement physique, une *copula carnalis*, avant que le sacrement ne soit complet. Cependant, il insistait aussi sur l'élément de libre consentement y compris à cette union charnelle. Finalement, la loi canonique distingua entre : 1) un échange de promesses de se marier à l'avenir constituant un contrat de fiançailles qui pouvait en certains cas être rompu par l'une ou l'autre partie et pouvait toujours être annulé par accord mutuel ; 2) un échange de promesses d'être mariés dans le moment présent, constituant un contrat de mariage, et 3) le consentement à l'acte conjugal constituant la consommation du mariage. Bien que le contrat fût tenu pour conclu « par les mots prononcés au présent », il demeurait susceptible d'annulation jusqu'à ce qu'il fût consommé.

Les règles concernant le consentement au mariage furent transposées en un corps complet de droit contractuel. Le consentement devait avoir été donné par libre volonté. Une erreur sur l'identité de l'autre partie, ou une erreur concernant quelque qualité essentielle et caractéristique de l'autre partie faussait le consentement et par là, rendait nul le mariage. La contrainte également le rendait nul en supprimant la liberté du consentement. Il fut également jugé qu'un mariage ne pouvait être valablement contracté sous l'influence de la crainte ou d'une fraude. Il y avait là les fondements non seulement du droit moderne sur le mariage, mais aussi certains éléments fondamentaux du droit moderne des contrats, à savoir le concept de libre volonté et les concepts connexes d'erreur, de contrainte et de fraude. En particulier, les canonistes surent dégager une solution au problème de l'erreur qui avait grandement embarrassé les juristes romains cités dans le Digeste, en focalisant l'attention sur la question suivante, la partie qui a fait erreur aurait-elle conclu le mariage si lui ou elle avait connu la vérité ?

La loi canonique avait aussi explicité les conditions nécessaires à la validité d'un mariage, indépendamment du consentement. Aux XII^e et XIII^e siècles, les règles relatives à l'âge imposées par le droit romain furent maintenues en général mais des exceptions furent permises à la lumière des coutumes locales à condition que les parties fussent capables d'avoir des enfants et de comprendre la nature de l'acte qu'ils accomplissaient. L'impuissance au moment du mariage était cependant une cause de nullité.

D'autre part un mariage entre un chrétien et un païen était sans valeur car le baptême était une condition nécessaire pour accéder à un sacrement quelconque. Mais l'Eglise reconnaissait la validité du mariage avec un hérétique ou une personne qui avait été excommuniée. Elle reconnaissait aussi le mariage entre deux esclaves baptisés ou une personne libre et une personne esclave ou serve. Aux XII^e et XIII^e siècles, la loi canonique simplifia et adoucit les règles antérieures concernant les empêchements au mariage pour cause de consanguinité et d'affinité. De même les empêchements pour crimes tels que l'adultère ou le rapt furent adoucis en ce sens que les adultères purent réparer leur méfait en se mariant et le ravisseur pouvait épouser sa victime s'il la libérait. Toutefois, le mariage des prêtres, qui avait été valide sous l'ancienne loi, fut déclaré nul et sans effets.

Lorsque les parties s'étaient mariées de bonne foi en ignorant l'existence d'un empêchement, les canonistes estimaient que leurs enfants étaient légitimes et que le mariage était valide jusqu'au jour où il serait déclaré nul, cela s'appelait un mariage putatif. De plus, un mariage ne pouvait être annulé sans une action en justice, et des restrictions étaient prévues quant aux personnes qui pouvaient intenter cette action. En l'absence de proches parents, il fallait donner la préférence à des personnes dont la prudence était notoire. Mais il n'y avait pas de dispositions légales limitant une action d'annulation de mariage, et la partie qui l'engageait ne pouvait pas en être empêchée pour la seule raison qu'elle avait été déboutée d'une demande antérieure.

En dehors de l'annulation pour défaut de consentement ou en raison d'un empêchement au mariage, l'Eglise permettait une séparation judiciaire, appelée *divortium*, pour cause de fornication, d'apostasie ou de cruauté grave. Mais le divorce au sens moderne du mot n'était pas admis. Le lien sacramentel, une fois contracté valablement, était tenu pour indissoluble jusqu'à la mort de l'un des conjoints. A cela il y avait deux exceptions, d'abord un mariage non consommé était dissous par l'entrée de l'une des parties dans un ordre religieux et pouvait en tout cas être dissous par le pape; deuxièmement, dans certaines circonstances, un converti au christianisme pouvait divorcer du conjoint qui restait païen.

En fin de compte, la loi canonique offrait une protection considérable au partenaire féminin d'un mariage, en comparaison du droit coutumier de la société où le droit canon commença à se développer. « Devant Dieu, les deux parties au mariage étaient égales et cette doctrine de l'égalité a été enseignée pour la première fois par le christianisme. En pratique, cela signifiait par dessus tout que les obligations, spécialement celle de fidélité, étaient mutuelles. Toutefois, le mari était à la tête du ménage et en vertu de cette position, il pouvait choisir le lieu de résidence, corriger déceimment sa femme et attendre d'elle les services domestiques qui conviennent à sa situation sociale »². Encore que l'Eglise acceptât la plupart des sévères restrictions imposées par la loi civile aux droits de propriété des femmes (et à leurs droits civils en général), elle veillait à la protection des veuves et insistait pour que tout contrat de mariage comporte un douaire, c'est-à-dire la constitution d'un fonds qui ne devait pas diminuer de valeur pendant la durée du mariage.

En tant que sous-système du droit canon, la loi ecclésiastique sur le mariage reposait en partie sur une tension entre le concept du sacrement de mariage comme union volontaire de deux personnes en présence de Dieu et le concept du sacrement de mariage comme une transaction juridique à l'intérieur du système de lois de l'Eglise en tant qu'entité incorporée. D'un côté l'accent était mis sur les dispositions intimes des partenaires et leurs désirs et leurs réponses personnels, de l'autre côté l'accent était placé sur l'autorité institutionnelle de l'Eglise et sur la conformité recherchée avec la coutume sociale et la politique sociale, tant ecclésiastique que séculière.

Cette tension se reflétait dans les questions auxquelles devaient répondre les tribunaux ecclésiastiques, telles que : un mariage est-il non valide pour cause d'erreur, fraude ou contrainte ? Un mari peut-il abandonner une épouse adultère ? Une femme qui épouse quelqu'un d'autre en croyant que son mari est mort, doit-elle revenir au premier s'il reparait ? Un mariage clandestin, contracté sans aucun témoin présent, est-il valide ? La tension apparaissait aussi dans nombre de réponses que les tribunaux ecclésiastiques donnèrent à de telles questions.

Cela apparut clairement dans la solution donnée concernant les mariages clandestins. D'une part, comme avait dit Gratien, « des mariages contractés en secret sont prohibés par toutes les autorités et sont illégaux ». D'autre part, de tels mariages sont valides s'ils peuvent être prouvés par la confession des deux conjoints. Mais si la volonté de l'une des parties a changé, le juge ne doit pas accorder de créance à la

confession de l'autre. Ainsi la politique ferme de fiançailles sociales et d'obligations externes était affirmée pendant que la sainteté du consentement sacramentel était elle aussi maintenue. Néanmoins la solution, en ce qu'elle repose sur une fiction dans la règle d'évidence, pour « systématique » qu'elle soit, paraît à tout le moins boiteuse.

La systématisation du droit familial a été rendue possible en concentrant l'attention sur la juridiction, au sens le plus élémentaire du terme, celui de *jus dicere*, « dire le droit » des autorités ecclésiastiques sur l'administration du sacrement de mariage.

L'entière structure de la loi substantielle sur la famille a été formée essentiellement sur les « cas d'espèce matrimoniaux » qui incluaient la validité du mariage, la nullité du mariage, la rupture du mariage (*divortium*), la clandestinité du mariage, les promesses de mariage, la séparation de lit et de table, la légitimité des enfants et la propriété patrimoniale. En partant de cette jurisprudence sur les questions matrimoniales, se développa un sous-système relativement intégré de critères, de principes, de concepts et de règles à l'intérieur du système global de droit canon. Par exemple, puisque ce n'étaient plus les liens de sang mais le mariage qui créait la famille, les enfants adoptifs devaient avoir les mêmes droits que les enfants issus des conjoints.

En revanche, les enfants nés hors mariage étaient « illégitimes » et sujets à des incapacités juridiques bien qu'ils puissent être légitimés par le mariage ultérieur de leurs géniteurs. En même temps que le sous-système de la famille avait ses propres traits structurels, il participait aussi aux caractères structurels du droit canon entier. Tout en ayant maints traits communs avec le droit contractuel, le droit familial partageait avec le droit féodal et avec l'ordination, le concept fondamental de la capacité d'entrer volontairement, par un vœu sacré, dans une relation à vie indissoluble dont les termes étaient fixés par la loi. Dans la terminologie moderne, c'est le pouvoir de créer par contrat un statut personnel.

LA LOI CANONIQUE SUCCESSORALE

Le droit coutumier des peuples germaniques d'Europe ne présentait pas de règle concernant la succession par héritage³. La dévolution aux descendants des droits et des devoirs d'un défunt était régie initialement par la coutume tribale, plus tard aussi par la coutume du village et plus tard encore par la coutume féodale. L'objectif principal était que la famille, le foyer ou le fief survive au décès des individus qui les composaient et surtout au décès de son chef. Sous l'ancienne coutume germanique, c'était seulement lorsqu'une personne n'avait pas d'héritier qu'elle pouvait s'en choisir un avec le consentement du conseil de la tribu ou de son chef. La majeure partie des biens appartenaient à la famille ou à la tribu et ne faisaient pas l'objet d'une redistribution lors du décès d'un membre. Les possessions personnelles du défunt étaient transmises au conjoint survivant et aux enfants avec une part réservée

au défunt pour être ensevelie en même temps que son cadavre ou incinérée avec lui au titre de droits funéraires.

Avec l'instauration du christianisme, la portion du mort ne fut plus enterrée ou brûlée mais affectée à des œuvres pies au profit de l'âme du défunt. Les habitudes variaient selon les régions mais d'ordinaire la partie de ses biens à distribuer était divisée en trois, un tiers pour le chef de tribu ou le roi, un tiers pour l'héritier et un tiers pour « la part Dieu ».

Le clergé était évidemment très intéressé par cette « part de Dieu ». En particulier, lorsque quelqu'un approchait de sa fin, un prêtre venait normalement lui rappeler son devoir de réparer ses péchés et d'affecter ses avoirs à des fins religieuses ou charitables comme faire bâtir une chapelle ou secourir les pauvres. Dans toute l'Europe la règle se répandit que « les derniers mots » d'un mourant devaient recevoir un effet légal qu'ils aient été ou non mis par écrit. Une expression latine était attachée à cette pratique, *donatio causa mortis*, don en vue de la mort. Ce n'était pas à proprement parler un legs bien qu'en général l'effet en fût semblable. Dans l'éventualité rare où le malade survivait, le don perdait son effet.

Une autre forme de donation différée jusqu'au décès était le « don *post obit* » relativement à une certaine pièce de terre, appelée « terre du livre », un « livre » était présenté dans lequel le propriétaire mentionnerait : « Je donne la terre après ma mort à... ». Maitland observa que ce n'était pas un testament au sens moderne, puisque : 1) ce n'était pas révocable, 2) ce n'était pas « ambulatorio » c'est-à-dire ne s'appliquait pas à ce que le donateur pouvait posséder au moment où la donation deviendrait effective et 3) cela ne fixait rien quant à un représentant du donateur à son décès ni quant à la procédure d'administration de son domaine ⁴.

C'est en partie sur la base du don germanique chrétien *causa mortis* ou *post obit* que les canonistes du XII^e siècle créèrent la nouvelle loi concernant les dernières volontés, et en partie sur le droit romain classique touchant les testaments qui était connu depuis le début par l'Eglise et appliqué par elle. Les romains avaient une loi sur la succession du défunt intestat qui ressemblait à la coutume germanique en ce que son objectif principal était de fournir un successeur à la tête du foyer (*pater familias*) mais la loi romaine énonçait les aspects légaux de la succession beaucoup plus nettement. L'héritage même était considéré comme une *universitas juris*, une unité légale complexe, elle englobait la *familia* du défunt avec ses privilèges ancestraux et ses obligations, son domaine, ses esclaves et tous les droits et obligations du défunt. Tout cela était dévolu instantanément à l'héritier au moment du décès. Toutefois, depuis le temps des douze tables, le droit romain prévoyait une alternative à la « succession universelle » de l'héritier à la personnalité légale du défunt. Cette dévolution pouvait aussi être régie par un testament.

Initialement, l'objectif du testament était d'écarter les règles de la succession *ab intestat*, dans le cas où ces règles ne convenaient pas à la situation particulière de la famille considérée. En d'autres termes, l'objectif fondamental du recours au testa-

ment, en droit romain, était le même que celui motivant les règles de la succession ab intestat c'est-à-dire la continuation du foyer familial par la transmission de la personnalité légale du défunt à son héritier ou ses cohéritiers. Il ne s'agissait pas de donner aux individus le moyen d'imposer leurs volontés au-delà de leur mort, le but était de protéger l'unité sociale dont ils faisaient partie. Au fil des siècles, le testament romain changea de caractère. Les formalités extrêmement détaillées de la première période, une fiction de vente de la famille avec de la monnaie de bronze, des tarifs et des formules rituelles, cédèrent la place à des signatures et des sceaux de sept témoins et une souscription du testateur. Et même, dans certaines circonstances, une déclaration verbale aurait force légale.

D'autre part, l'héritier désigné reçut le droit de ne pas accepter le transfert s'il ne souhaitait pas se charger d'obligations excédant la valeur des actifs. L'innovation la plus importante fut la possibilité de faire des legs spéciaux et des codicilles multiples, ce qui affaiblissait la position de l'héritier (puisqu'il assumait les obligations du testateur) et une ample diversité de substitutions et de clauses de désistement fut ajoutée au système. Cette évolution vers la liberté du testateur était favorable à l'Eglise. Au temps de Justinien, les legs aux anges et aux saints rejoignirent ceux destinés aux pauvres et autres intentions pieuses, confiés à la gestion de paroisses ou d'évêchés⁵.

Toutefois, bien que ce testament à la romaine répondît aux trois critères de modernité selon Maitland, il y manquait une quatrième qualité très importante pour la loi successorale qui se développa à la fin du XI^e siècle et au XII^e dans le sillage de la révolution papale. Cette quatrième qualité était le caractère sacré des intentions du testateur, dans la mesure où elles se rattachaient au salut de son âme, le « testament » devenait les « dernières volontés » mais des volontés religieuses.

Les canonistes traitèrent la confection du testament comme un acte religieux et le document lui-même comme un instrument religieux. Classiquement, il était fait « au nom du Père, du Fils et du Saint Esprit ». Comme dit Maitland, : « Le testateur pense d'abord, non pas à la transmission d'un patrimoine mais au bonheur futur de son âme immortelle et de son corps mortel. Son âme, il la confie à Dieu, à la Vierge et aux Saints, et son corps à une certaine paroisse.

En même temps que son corps, il remet au dépôt mortuaire... l'une des meilleures têtes de bétail qu'il possède. Souvent, s'il est noble, son cheval de bataille.... Parfois des instructions détaillées sont données pour l'enterrement, sur les cierges qui brûleront autour de la bière, sur le repas de funérailles... Viennent ensuite les legs pécuniaires et spécifiques. Beaucoup seront consacrés à des œuvres pies, les quatre ordres de frères sont rarement oubliés par un testateur aisé. Un legs pour la réparation de ponts est considéré comme un geste pieux et louable. Rarement des vilains sont affranchis mais plus souvent leurs arriérés de loyer sont remis ou le bétail qu'ils élèvent leur est donné en propriété. Le testament médiéval est caractérisé par le grand nombre de legs spécifiques : les chevaux sont légués un par un, de même les bijoux, les lits et courtepintes, les pots et les casseroles. Le civiliste ou le canoniste

énumère ses livres précieux, le manuscrit de textes de loi vénéré va à quelqu'un qui le chérira...

Par ailleurs, le testateur n'a pas de titres financiers, de fonds ou comptes en banque à léguer, il ne dit rien ou fort peu des créances à recouvrer tandis que ses dettes ne sont pas mentionnées ou simplement pour exprimer le désir qu'elles soient réglées »⁶. Au XII^e siècle, les canonistes établirent un corps de règles pour jauger la validité des volontés exprimées, les interpréter et les faire observer. En contraste avec la loi romaine, les formalités testamentaires étaient réduites au minimum. Non seulement les « dernières volontés » dites au confesseur sur le lit de mort devaient être obéies comme un testament en bonne et due forme mais les volontés exprimées verbalement étaient généralement considérées comme valides. L'exigence romaine des signatures et des sceaux de sept témoins qualifiés fit place à la règle posée dans une décrétale adressée par le pape Alexandre III à l'évêque d'Ostie : « *Nous décrétons de façon permanente comme valides les testaments que vos paroissiens pourraient formuler en présence de leur prêtre et de trois ou deux autres personnes convenables* »⁷.

En outre les legs individuels en faveur d'œuvres pieuses étaient valides d'après une autre décision d'Alexandre III, avec le témoignage de deux ou trois personnes. Ainsi la loi canonique ajoutait les legs charitables aux deux sortes de testaments qui, déjà selon la loi romaine, étaient exempts des exigences habituelles, à savoir les testaments des soldats et des marins en service actif et les testaments de parents conférant un avantage à ceux de leurs descendants qui auraient reçu une part de propriété en l'absence de testament.

Les canonistes renforcèrent aussi la protection de la veuve et des enfants contre une décision du mari les déshéritant. La loi romaine avait stipulé qu'un héritier ne pouvait être privé de sa « part légitime ». Cette part était à l'origine fixée au quart de ce qu'il aurait reçu si le *de cuius* était mort intestat. Plus tard, elle fut portée au tiers (ou à la moitié si cinq enfants ou davantage avaient survécu au testateur). Cependant, les héritiers bénéficiaires de cette réserve étaient les enfants et petits-enfants, et à défaut d'enfants, les parents mais non l'épouse. La loi canonique augmenta cette part et l'attribua aussi à l'épouse mais non aux petits-enfants ni aux parents du défunt. Si la femme et des enfants survivaient, aucun ne pouvait être privé par le testament de plus d'un tiers de la propriété dont le testateur pouvait disposer. Si seule la veuve ou seuls les enfants survivaient, elle ou eux avaient titre à la moitié.

Plus importantes encore que les modifications du contenu de la loi romaine sur les successions, furent les innovations de canonistes quant à l'administration des domaines. Ils créèrent au XII^e siècle l'institution de l'exécuteur testamentaire. Au décès du testateur, au lieu de l'acceptation des biens par les héritiers, suivie par leur « entrée en jouissance » et leur exécution des instructions du testament, la personne désignée comme exécuteur prenait possession de toute la propriété soumise à redistribution. Ce n'était pas l'héritier mais l'exécuteur qui exerçait les droits du testateur

et assumait ses obligations. Il pouvait poursuivre les débiteurs du défunt devant les tribunaux séculiers. Les légataires, cependant, devaient porter leurs plaintes devant les tribunaux ecclésiastiques. La part réservataire de la veuve et des enfants ne pouvait être réclamée à l'exécuteur que devant les tribunaux ecclésiastiques.

Le fait que la confection d'un testament fût un acte religieux explique que l'Eglise ait assumé aussi la juridiction sur la succession *ab intestat*. L'Eglise, en fait, considérait que le défaut de tester était un péché. Si un homme mourait intestat, c'est vraisemblablement qu'il ne s'était pas confessé. De plus, ses biens devaient être distribués en vue du repos de son âme. Par conséquent, les biens de l'intestat étaient confiés à la discrétion du juge ecclésiastique, c'est-à-dire l'évêque ou son délégué, « l'official ». L'évêque pouvait charger les plus proches parents du défunt de faire ce qu'ils pensaient convenir le mieux à son salut mais ils n'avaient le droit d'hériter de rien de plus que leur part réservataire.

Selon la nouvelle loi canonique, la part qui ne pouvait être refusée par testament à l'épouse et aux enfants était aussi la part dont ils héritaient en l'absence de testament, et tous les autres membres de la parentèle n'avaient droit à rien à moins que le défunt ne leur ait nommément attribué un legs. Ainsi l'Eglise affirmait sa juridiction sur les successions *ab intestat* non seulement pour protéger la veuve et les orphelins mais aussi pour le bien de l'âme du défunt, en distribuant le solde de son patrimoine à des œuvres de charité. Avec le temps, les tribunaux ecclésiastiques adoptèrent la pratique de nommer un administrateur pour répartir le patrimoine de ceux qui mouraient intestat. Ses fonctions étaient semblables à celles de l'exécuteur testamentaire. Le système canonique médiéval d'administration des patrimoines de défunts intestat par des exécuteurs et des administrateurs a survécu dans le droit anglais et américain tandis que sur le continent européen, il y eut retour, au XVI^e siècle, aux concepts romains anciens selon lesquels que le défunt ait fait ou non un testament, le patrimoine était transféré aux héritiers et administré par eux sous surveillance judiciaire.

Le rôle institutionnel du clergé était central. Les prêtres entendaient les dernières paroles du mourant, témoignaient de ses « dernières volontés », servaient d'exécuteurs testamentaires ou d'administrateurs et recevaient en fidéicommiss les legs destinés aux organismes religieux ou les utilisaient aux actes charitables prescrits.

Le rôle institutionnel du tribunal ecclésiastique, celui de l'évêque ou de son délégué, n'était pas moins central. Exécuteurs et administrateurs étaient tenus de lui rendre compte de leurs opérations. Les fidéicommiss de missions religieuses ou charitables étaient sous la surveillance de cette instance judiciaire. Tous les différends relatifs aux successions relevaient du juge ecclésiastique (certains relevaient aussi des tribunaux séculiers).

Le droit successoral canonique constituait une intervention directe de l'Eglise dans les relations féodales, économiques et politiques. Les pouvoirs séculiers y opposaient une résistance tenace, spécialement à propos des prétentions de juridiction

sur les legs de terres. En Angleterre et en Normandie, par exemple, les tribunaux séculiers condamnaient, au XII^e siècle, les dons de terrains *post obit* ou sur le lit de mort.

Sur ces derniers, le traité de Glanvill (1187) déclarait : « Il est à présumer que quelqu'un qui, étant malade à mort, a commencé à faire ce qu'il n'avait jamais fait en bonne santé, à savoir distribuer ses terres, est mû par son agonie plutôt que par un motif délibéré »⁸. Mais peut-être n'est-ce pas là l'aspect le plus important de l'affaire puisque les dons *in articulo mortis* de bétail n'étaient pas contestés et que les legs de terres en général (soit par « dernières paroles », soit par testament soigneusement considéré, hors de toute agonie, et mis par écrit) étaient également prohibés par le droit féodal, dans tout l'Occident et pas seulement en Angleterre, (mais non par le droit urbain).

Le droit féodal, d'ailleurs, était hostile au legs de terres que l'intention en soit ou non charitable. Dans le cas des legs de terres à l'Eglise, les testateurs disposés à en faire trouvèrent (avec assistance cléricale) divers procédés pour tourner la prohibition. L'un de ces détours était de donner la terre à une collectivité religieuse (incorporée) avec réserve d'un usufruit à vie pour le donateur. C'était, dans cette forme, un don « entre vifs », permis à l'époque et dont le résultat était le même que celui d'un legs. Par la suite, les autorités séculières ripostèrent par des statuts de mainmorte, interdisant aux vassaux qui n'avaient pas d'enfants de disposer de leurs terres en faveur d'organismes religieux. D'autres combinaisons furent alors essayées. Le propriétaire de terres n'en ferait pas don mais les remettrait à la corporation religieuse qui, en tant que seigneur féodal, en laisserait l'occupation viagère à l'ancien propriétaire au titre de vassal. Après sa mort, personne d'autre que l'institution religieuse ne pouvait y entrer et en prendre possession. Ou encore, le propriétaire louait pour mille ans sa terre à l'institution religieuse, en se réservant le droit de l'occuper lui-même jusqu'à son décès. A la longue cependant ces subterfuges aussi furent rendus illégaux.

Finalement, l'Eglise eut recours au « trust » (fidéicommiss) : la possession des terrains est remise à un laïc qui les gérera pour le compte de la communauté religieuse. Celle-ci, à la mort du donateur, aura droit à l'usage du sol et à tous les profits qu'il procure, et des dispositions sont prises pour qu'un nouveau gérant soit nommé lorsque mourra le premier. Ce genre de « commandite » avait été largement employé depuis le XII^e siècle au profit d'ordres religieux auxquels leur règle interdisait la propriété de biens temporels. En fin de compte, ces procédés devinrent le moyen courant non seulement pour remettre des terres à des fins charitables pendant la vie du propriétaire, mais aussi de réaliser ce qui en fait était un legs de bienfaisance.

Ce rappel des premiers développements d'une loi des donations charitables est fort instructif sur la formation de la tradition juridique occidentale. Plus clairement encore que dans le cas du droit familial, la loi successorale canonique fut modelée par la nécessité de tenir compte de la loi séculière. Cette dernière, par son insistance sur la signification politique de la propriété terrienne, obligea l'Eglise à concentrer

sur le cheptel la portée de ses dispositions sur les legs et à trouver d'autres moyens de recevoir des dons de terres. En Angleterre au moins, les tribunaux ecclésiastiques établirent leur juridiction pratiquement exclusive sur l'héritage du cheptel aussi bien par testament qu'en l'absence de testament. Cela continua même après la réforme anglaise, ce qui a donné au droit successoral anglais et américain un caractère différent de celui des pays continentaux européens. En revanche, dans tous les pays occidentaux, Angleterre comprise, la juridiction ecclésiastique concernant les terres fut subordonnée à la juridiction séculière.

Dans ses efforts pour avoir accès aux donations de terres, l'Eglise fut amenée à mettre en œuvre des concepts nouveaux et de nouveaux instruments juridiques. Notamment le « trust » (qui dans ce domaine a pour analogue, en droit français des entreprises, la commandite). Le concept et l'instrument juridique du trust sont passés dans la loi civile anglaise par la juridiction en équité du chancelier; mais entre les XII^e et XV^e siècles, il faisait partie du droit de tous les pays européens dans la mesure où tous étaient sujets à la juridiction ecclésiastique. Aussi bien les legs charitables de cheptel que le don de l'usage perpétuel de pièces de terre à des communautés religieuses impliquaient le recours à des exécuteurs testamentaires ou à des gérants mandataires pour répondre aux désirs des donateurs dans l'intérêt des destinataires. Les deux agents de transfert des dons étaient également soumis à la surveillance et à la sanction de leurs obligations par les tribunaux ecclésiastiques.

Le droit successoral qui résulta de la juridiction ecclésiastique n'avait pas seulement ses propres éléments structurels, il participait en même temps à quelques-uns de ceux du droit canon en général. Les volontés du testateur étaient sacrées parce que la confection d'un testament était un acte religieux et de ce fait, relevait des critères moraux de l'Eglise tels que les formulaient les autorités ecclésiastiques. Un legs en vue d'un objectif immoral, comme par exemple un don fait à un hérétique, était nul en droit.

Cependant, un don qui eût été normalement nul pour cause d'indétermination, par exemple du destinataire ou de la valeur marchande du bien légué ou de l'intention de donateur ou des moyens d'exécuter sa volonté, restait valide et exécutoire s'il s'agissait d'un acte charitable. Un legs « pour les pauvres » ou pour « l'adoration de Dieu » ou simplement pour « faire la charité », était valide. Si le mandataire n'était pas nommé, le tribunal en désignait un. Si une association n'était pas incorporée ou si une corporation n'avait pas le pouvoir de détenir une propriété et qu'elle eût été désignée comme bénéficiaire d'un legs, le tribunal pouvait nommer un mandataire pour administrer à sa place le legs. Ce sont là des règles encore en vigueur aux Etats-Unis.

Là où les souhaits du testateur ne pouvaient être satisfaits en raison d'une impossibilité physique (si, par exemple le légataire n'était plus vivant) ou d'une illégalité (par exemple si le légataire était hérétique, ou si le don était interdit par la loi séculière), le tribunal ecclésiastique exécuterait les intentions du testateur « d'aussi près que possible » (en français de Normandie médiéval, *cy près*). Un autre légataire,

semblable à celui nommé, serait trouvé. Quelque équivalent de la terre ou quelque droit d'en user serait attribué au légataire désigné. La doctrine du *cy près* prévaut encore aux Etats-Unis.

La loi successorale canonique était fondée sur la juridiction de l'Eglise et de ses tribunaux sur l'acte religieux de faire un testament. La liberté d'en faire un était conçue essentiellement comme la liberté de contribuer à des causes religieuses et charitables, encore qu'elle comportât aussi la liberté de léguer ses biens à des parents et à des amis. Le salut de l'âme du testateur était en jeu, dans n'importe lequel de ses legs. De plus, le bien-être des bénéficiaires était également en jeu, spécialement à propos des legs religieux et charitables. Quant à la succession *ab intestat*, la loi canonique, bien qu'elle fût fondée partiellement sur la juridiction de l'Eglise et des tribunaux ecclésiastiques visant au salut de l'âme du défunt, elle était aussi fondée en partie sur leur juridiction sur les veuves et les orphelins.

Sur ces deux fondements juridictionnels, le droit canon réintérait les institutions légales survivantes tant germaniques que romaines dans un nouveau corps de droit successoral. Il y avait une tension dialectique, qui subsiste de nos jours, entre la loi sur le testament (héritée en partie du droit romain) et la loi sur la succession *ab intestat* (héritée en partie du droit coutumier germanique). Par conséquent, parler du droit successoral canonique comme un sous-système du droit canon global, c'est reconnaître que son unité structurale, comme celle du système canonique global, repose consciemment sur une mise en concordance voulue entre des éléments discordants.

LE DROIT CANON ET LA PROPRIETE

Les tribunaux ecclésiastiques pouvaient difficilement revendiquer sur les relations de propriété une juridiction aussi extensive que celle qu'ils exerçaient sur les relations familiales et successorales⁹. Néanmoins, en matière de propriété, leur juridiction n'était nullement étriquée et il en est dérivé un corps de droit substantiel. L'Eglise avait acquis une énorme richesse en provenance des legs et des dîmes et tout autant de ses entreprises productrices, agricoles, artisanales et commerciales. En fait l'on pense qu'elle possédait entre un quart et un tiers des terres arables de l'Occident européen. Il n'est guère surprenant que non seulement ses théoriciens et ses érudits mais aussi sa magistrature judiciaire et ses organes législatifs aient eu beaucoup à dire touchant les droits et devoirs attachés à la possession, à l'usage et à la disposition d'une fortune pareille. En outre, le droit canon avait aussi son mot à dire sur les droits et devoirs de la propriété séculière.

Assurément, les lois canoniques relatives à la propriété étaient influencées par le droit séculier contemporain, plus largement qu'en matière de famille. D'abord, il ne fut jamais suggéré que la propriété, fût-elle ecclésiastique, avait un caractère sacramentel. Les ressources matérielles de l'Eglise furent toujours traitées comme rele-

vant de son pouvoir « temporel ». De plus, dans le contexte de la tenure féodale des terres, les droits de propriété ecclésiastiques étaient étroitement imbriqués avec leurs homologues séculiers.

Par exemple, une paroisse pouvait « tenir » son sol et ses bâtiments « d'un évêché ou d'une abbaye » (les locaux paroissiaux étaient fréquemment la propriété d'un monastère à partir du XII^e siècle et dans toute l'Europe) pendant que l'évêché ou l'abbaye « tenait d'un baron » la même terre. Les différends sur le loyer dû par la paroisse à l'évêque ou l'abbé relevaient généralement des tribunaux ecclésiastiques et étaient réglés selon la loi canonique pendant que les litiges à propos des redevances féodales et des services dus au baron par l'évêché ou l'abbaye relevaient normalement des tribunaux séculiers et étaient jugés selon la loi séculière bien que dans le dernier cas la juridiction était discutable entre religieux et laïcs. L'Eglise étant à la fois dans et hors de l'ordre féodal contemporain, sa propriété était forcément en partie féodale par nature.

De façon analogue, l'Eglise était à la fois à l'intérieur et à l'extérieur de l'ordre économique urbain qui dominait dans les milliers de cités et de villes libres qui parsemèrent l'Europe aux XI^e, XII^e et XIII^e siècles, de sorte que ses lois de propriété étaient partiellement urbaines par nature. Cependant, la loi canonique sur les relations de propriété était aussi, pour partie, non féodale et non urbaine, c'est-à-dire qu'elle se fondait pour partie sur des considérations spécifiquement ecclésiastiques et sur les principes de droit canon dans son ensemble. Les canonistes de cette époque ne furent pas seulement les premiers à systématiser le droit de propriété, ils introduisirent quelques nouveaux concepts et règles de propriété, concepts et règles qui eurent un effet profond et durable sur la tradition juridique occidentale.

La majeure partie des terres et immeubles de l'Eglise, dans la période de la fin du XI^e siècle au XV^e étaient possédés suivant une tenure appelée en anglais *free alms* (aumônes libres), en franco-normand *frankalmoign*, et en latin *libera elemosina*. Typiquement, un donateur (ou plusieurs donateurs conjointement) feraient un don à Dieu et nommément à une collégialité ecclésiastique; à ses dirigeants et à ses membres, par exemple « A Dieu et à l'abbaye Saint Wilfred de Dumfries, à l'abbé Duncan et aux moines de Saint Wilfred. « Si l'objectif était de bâtir une église ou un hôpital ou un institut d'enseignement, le don pouvait comporter, outre la terre, des ressources pour édifier et entretenir l'immeuble et pour assurer son fonctionnement à l'avenir.

Mais le donateur d'un terrain entendait souvent conserver certains droits pour lui-même ou pour ses enfants. En particulier, le droit de « présenter » un nouveau prêtre à l'église qui serait construite sur cette terre, chaque fois que l'office du prêtre qui la desservira sera vacant. Ce droit de « patronage » (*advocatio*) avait de la valeur car il donnait le pouvoir de nommer quelqu'un (peut-être un proche parent) à ce qui pouvait devenir un office lucratif. Le donateur pouvait aussi se réserver le droit au loyer de l'emplacement, aux redevances féodales, au service armé et aux autres avantages inhérents à la tenure du sol.

ELEMENTS STRUCTURELS DU SYSTEME DE DROIT CANON

Parfois cependant, le donateur souhaitait affecter à une cause charitable non seulement la tenure d'une parcelle de terre mais aussi tous les droits attachés à cette tenure. Dans un tel cas, le consentement et la concession de tels droits devaient être obtenus du supérieur du donateur dans la hiérarchie féodale. Une terre ecclésiastique ainsi affranchie de toutes obligations féodales était un bien très différent de la propriété féodale lourdement affublée de charges, caractéristique de la propriété foncière séculière de l'époque. En fait, une large portion des terres détenues en « franche aumône » avait été émancipée de cette façon.

La propriété ecclésiastique présentait un contraste tranché avec la propriété féodale non seulement en vertu de cette fréquente émancipation des obligations féodales mais encore en vertu de son caractère ecclésiastiquement incorporé, c'est-à-dire du fait qu'elle était toujours aux mains d'une « corporation » ecclésiastique et jamais d'une personne individuellement. De plus, elle était toujours assignée aux objectifs de cette corporation. Elle était devenue ce qui s'appelle en allemand *Zweckvermögen*, une ressource finalisée. Selon le droit canon, cette propriété devait être employée aux objectifs pour lesquels elle avait été reçue, en cela, elle était chargée d'un fidéicommis (*trust*).

Les dirigeants de la corporation ecclésiastique qui en détenait la propriété, que ce soit une abbaye (maison monastique) ou l'évêché d'un diocèse ou une paroisse, une université ou un hôpital, ou aussi bien d'ailleurs un archevêché ou la papauté elle-même, étaient des gérants commandités, requis par la loi canonique d'utiliser de leur mieux, en conscience, cette ressource au service des destinataires qu'entendait servir le donateur. Parler de la propriété ecclésiastique au XII^e siècle en usant du terme *trust* peut sembler prendre quelque liberté avec un mot qui prit des sens spécifiques divers dans le droit anglais quatre siècles plus tard [sa connotation essentielle est « confiance », notamment dans la bonne foi du *trustee*, du mandataire, d'où notre traduction par fidéicommis, voire par commandite (N. d T.)].

Cependant, le concept anglais du *trust* a été dérivé historiquement de « l'usage » (*use*) qui était connu et utilisé à travers l'Europe à partir du XII^e siècle et qui fut développé par le tribunal du chancelier royal aux XIV^e et XV^e siècles. Les terres et les autres propriétés étaient confiées à certaines personnes « pour l'usage », c'est-à-dire au profit de telle ou telle église ou monastère, ou d'autres corporations ecclésiastiques. La pratique devint très répandue avec la fondation des divers ordres franciscains au XIII^e siècle parce qu'il leur était interdit par leur propre règle de posséder quoi que ce soit en excès de leurs besoins quotidiens. La personne à qui la propriété était transférée la « détenait » mais était requise par le droit canon, et finalement, en Angleterre aussi bien par la cour du chancelier, de l'administrer à l'avantage de ceux à qui « l'usage » avait été donné.

Le don de « l'usage » (comme plus tard le *trust* anglais) postulait trois parties, un donateur, un donataire, et un bénéficiaire. Le donataire recevait le don en tant que mandataire implicite du bénéficiaire. Normalement toutefois, la propriété donnée à une corporation ecclésiastique était détenue par elle (en tant que groupement volon-

taire doté de la personnalité civile). C'était « elle » le donataire, pourtant elle était aussi le bénéficiaire. Si ses dirigeants avaient le pouvoir statutaire de gérer la propriété de la corporation, de l'utiliser et d'en disposer, ils avaient le devoir d'exercer ces pouvoirs comme ses *trustees*, ses mandataires. Cette règle domine encore, de nos jours, le droit des entreprises anglo-saxonnes qui s'appelle en Angleterre *company law* et aux Etats-Unis *corporation law*. C'était et c'est toujours la règle du droit canon de l'Eglise catholique romaine.

Les canonistes développèrent aussi une institution légale appelée « fondation » ou « corporation de biens » (*universitas bonorum*) symétrique de la « corporation de personnes » (*universitas personarum*). Rien d'équivalent ne figurait dans les anciens droits romain et germanique. Bien qu'il n'y ait pas non plus d'exact équivalent dans le droit anglais postérieur, le procédé a été adopté par le droit civil des autres pays européens (en allemand cela est appelé *stiftung* et en français « fondation »). Cela consistait en la personnification des buts auxquels ont été consacrés des propriétés, de l'argent, des terres et des droits immatériels.

Ainsi un bénéfice ecclésiastique en lui-même, les droits de propriété et les obligations attachés à un office religieux, le revenu des activités économiques relatives à cet office et tout ce qui est nécessaire à son opération, fut traité comme une personne juridique avec le pouvoir pour ses exécutants de gérer ses affaires spécifiques, économiques et juridiques comme une entité unique. Ainsi un hôpital, un refuge d'indigents, une institution d'enseignement ou un diocèse ou une abbaye pouvaient être envisagés non seulement en tant que corporation de personnes mais aussi comme une corporation de ressources.

Dans le prolongement de leur élaboration de concepts modernes de propriété de groupe, de mandat, fidéicommis et de fondations, les canonistes développèrent le concept de recours contre la spoliation (*possessory remedies*). En particulier, ils bâtirent au XII^e siècle une procédure de restitution des terres, des biens immobiliers et mobiliers et des droits incorporels, procédure par laquelle un possesseur antérieur qui en avait été dépossédé par violence ou fraude, pouvait les récupérer contre le détenteur actuel, simplement en prouvant la dépossession délictueuse sans être obligé d'établir que son titre de propriété était meilleur.

Les recours possessoires étaient nécessités par la fréquence des invasions et des évictions alternées des prétendants à la possession des domaines ruraux. L'Eglise était directement en cause lorsque deux personnes revendiquaient les terres d'un évêché ou d'une abbaye et que l'occupant en place était expulsé par les partisans armés de son adversaire. Les parties adverses pouvaient être des ecclésiastiques, évêques ou abbés ou ce pouvait être des seigneurs ayant le droit de présentation à la fonction d'abbé ou d'évêque. L'éjection violente du possesseur était appelée spoliation (*spoliatio*). Confrontés à ce problème antérieurement au XII^e siècle, des conciles ainsi que des patriarches, des papes et d'autres prélats avaient à diverses occasions décrété que le possesseur évincé avait le droit d'être remis en possession, préalablement au règlement de la question des droits respectifs des rivaux.

Dans les *Causae* II et III de son *Decretum* (originellement intitulé « Concordance de canons discordants », Gratien traitait de la spoliation dans le contexte de deux cas assez complexes, chacun impliquant un évêque qui avait été évincé avec violences, en alléguant qu'il avait commis des actes criminels. Deux parties importantes de l'analyse sont les réponses respectivement à la *Quaestio* 2 de la *Causa* II et à la *Quaestio* 1 de la *Causa* III. L'une et l'autre réponse sont très brèves.

La première est intitulée : « Que quelqu'un qui a été dépouillé ne peut être cité en jugement, est établi par de nombreuses autorités ». Trois papes sont alors cités affirmant que « avant le procès, tout doit être restitué à celui qui le possédait ». Une lettre de l'évêque Eusebius aux moines d'Alexandrie et d'Egypte contient le passage suivant : « Nous trouvons dans vos lettres que certains évêques dans votre pays ont été accusés par leurs propres ouailles... et quelques-uns ont été dépouillés de ce qui leur appartenait et d'autres ont été expulsés de leur siège. Vous savez qu'ils ne peuvent être cités à comparaître devant un synode provincial ou général... ou jugés n'importe où ailleurs, avant que tout ce qui leur a été enlevé ne soit entièrement remis en leur pouvoir conformément aux lois ». Deux autres lettres de papes sont ensuite citées dans le même sens.

La *Quaestio* 1 de la *Causa* III est intitulée : « Si la restitution doit être faite à quiconque a été dépouillé ». Là encore, Gratien cite deux épîtres pontificales déclarant que les évêques qui ont été dépouillés ou expulsés doivent se voir restituer toutes leurs possessions (*redintegranda*, réintégrées), avant qu'on les accuse de fautes graves. Dans l'une de ces épîtres, il est dit « et pas davantage l'un de leurs supérieurs ou de leurs subordonnés ne peut porter en justice d'accusation contre eux, aussi longtemps qu'ils sont privés de leurs églises, de leur biens ou de leurs pouvoirs »¹⁰.

Gratien tirait alors de ces épîtres papales, écrites en référence à des cas spécifiques, une règle de portée extrêmement large. Tout un chacun a titre à un commandement judiciaire de restitution de tout ce qui lui a été enlevé, y compris les droits incorporels et les pouvoirs, qu'ils aient été saisis par violence ou par fraude. Et de plus, le recours vaut à l'encontre non seulement du spoliateur initial mais aussi de tierces personnes.

Les juristes qui « glosèrent » sur le *Decretum* de Gratien dans la deuxième moitié du XII^e siècle et la première moitié du XIII^e s'en prirent à la généralité de cette règle. La glose ordinaire, c'est-à-dire l'interprétation généralement acceptée, écrite par Johannes Teutonicus en 1215, annotait *Causa* II, *Quaestio* 2, en écrivant « La différence entre cette *quaestio* et la *quaestio* 1 de *Causa* III est qu'ici, la restitution est sollicitée par une *exceptio* [c'est-à-dire une défense positive contre une accusation criminelle] pendant que là, elle est sollicitée par une action [c'est-à-dire à l'appui d'un motif de recours indépendant] ». La glose de John Faventinus disait : « *Causa* III, *quaestio* 1 : Noter que ce qui est dit à propos de l'évêque spolié est généralement entendu comme s'étendant à tous les membres du clergé » [en fait, Gratien l'étendait à toute personne]. Et Huguccio écrivait « *Causa* III, *quaestio* 1, c.3 :

Si n'importe qui a été privé de son bien par violence ou menaces ou fraude de la part de son adversaire ou par quelque tromperie, il doit être réintégré dans sa possession »¹¹.

La règle de Gratien fut appelée *canon redintegranda*. Peu après Gratien, les canonistes créèrent une nouvelle action dite *condictio ex canone redintegranda*, appelée par la suite *actio redintegranda* et plus tard *actio spoli* (plainte pour spoliation)¹². L'*actio spoli* était recevable pour toute espèce de spoliation (y compris par fraude), elle pouvait être utilisée pour recouvrer possession de droits immatériels aussi bien que de biens meubles et immeubles, elle pouvait être intentée contre des tiers même si ces personnes n'étaient pas en possession de la chose réclamée, et le plaignant n'avait pas besoin de prouver son titre à la terre, aux biens ou droits qu'il réclamait.

Finalement, l'action était recevable même si le plaignant avait lui-même détenu illégalement l'objet de sa plainte. Pour prendre un cas extrême, si A avait dépossédé par violence B, et que B en réaction dépossédait A, A était admis à obtenir un arrêt de restitution. Le principe était que, si une personne pouvait prouver qu'elle avait été dépossédée par violence ou fraude, elle devait obtenir un ordre préalable de restitution avant que soit examiné quelque autre aspect de l'affaire, car il ne fallait pas qu'elle ait un avantage à se faire justice elle-même.

La protection de la possession était d'une importance extrême dans une société féodale où ce que nous appelons maintenant la propriété était caractéristiquement divisée entre plusieurs personnes. Le détenteur féodal d'une terre la « tenait de » son seigneur qui pouvait lui-même la « tenir » du roi. Le seigneur pouvait entrer sur la terre de son vassal pour des motifs particuliers, il pouvait avoir droit à certains produits. L'occupant légitime (*tenant* en anglais) n'était pas propriétaire du sol, et cependant il devait être protégé par la loi contre les empiètements de tiers sur ses droits de possession. L'analyse par les canonistes du droit d'un spolié à être réintégré dans ce qu'il avait détenu sans avoir à prouver rien de plus que la « spoliation », était par conséquent d'importance pour un grand nombre d'intéressés.

L'un des facteurs principaux de la croissance du pouvoir royal dans l'Europe des XII^e et XIII^e siècles fut le besoin de renforcer l'autorité centrale pour faire respecter la paix entre les barons. Sous cet angle également, la règle des canonistes dissuadant les adversaires de recourir à la violence, même pour celui qui avait légalement le meilleur titre à la possession, pouvait se prévaloir de mérites sérieux. En comparaison, le droit romain des textes de Justinien offrait peu de moyens pour résoudre les problèmes jumeaux de protection de la possession et de dissuasion de l'autodéfense des rivaux. La question n'est traitée que sommairement dans le Code, le Digeste et les Institutes. Dans le Code, trois exemples sont donnés d'un interdit prononcé par les préteurs pendant le règne des empereurs Dioclétien et Maximien et des Césars¹³ (un interdit était un ordre donné directement aux parties, énonçant la règle concernant la cause qu'elles avaient portée devant le préteur).

Celui évoqué était appelé l'interdit *unde vi* (d'où par la force). Dans les trois instances citées par Justinien, il est appliqué à des situations différentes. Dans le premier cas, le préteur déclare : « Une personne qui possède légalement, a le droit d'employer une dose modérée de force pour repousser toute violence exercée afin de la déposséder, à condition que son titre à posséder ne soit pas défectueux ». Il semble que cela ne se rapporte qu'à la défense de la propriété contre une attaque en cours, ce qui aux yeux des canonistes était totalement étranger aux problèmes qui avaient amené à créer le canon *redintegranda* et la procédure *actio spoli*. A noter aussi que ce que protège cet interdit, c'est la propriété et non la simple possession.

Le deuxième exemple de son application suit immédiatement et indique : « C'est une règle de droit positive que, par le recours à l'interdit, ceux qui ont été éjectés de propriétés par violence peuvent se les voir restituées si l'année qui suit n'est pas expirée, et que les héritiers doivent être responsables du montant qui entre temps leur serait échu ». Là encore, il semble n'y avoir guère de portée sur le problème de l'autodéfense. Au surplus, rien n'indique si le plaignant doit ou non prouver son titre à recouvrer la possession. Le troisième exemple n'ajoute rien au second.

Le Digeste est un peu plus explicite. Dans un passage intitulé « Concernant l'interdit *Vi et Armata* », il y a deux citations pertinentes, l'une d'Ulpien, l'autre de Pomponius. Ulpien mentionne une version de l'interdit légèrement différente de celles que lui attribue le Code. Le préteur dit : « Si toi ou tes esclaves avez par la violence privé quelqu'un d'une propriété qu'il détenait à ce moment-là, je donnerai une action pour une année seulement, mais une fois l'année écoulée, j'en donnerai une s'appliquant à ce qui est venu entre les mains de celui qui a dépossédé par la force le plaignant ». Ulpien commente alors : « Cet interdit a été créé au profit d'une personne qui a été chassée par la violence car il est parfaitement juste de venir à son aide en de telles circonstances. Cet interdit vise à lui permettre de recouvrer la possession ». L'on reste dans l'incertitude quant au respect de la propriété qui, en droit romain, était nettement distincte de la possession. Le véritable propriétaire peut-il user de la force pour ôter la possession à quelqu'un qui s'est emparé de l'objet du litige en prétendant que le titre de propriété de son adversaire est défectueux ? Ulpien ne le dit pas. En revanche, il limite très sensiblement la portée de l'interdit en déclarant : « Cet interdit ne se réfère pas à toutes les formes de violence mais seulement à celle qui est exercée contre des personnes qui sont privées ainsi d'une possession. Il ne vise que la violence atroce, celle où les parties sont privées de la possession du sol comme par exemple d'une terre cultivée ou d'un immeuble mais rien d'autre... ».

Pomponius ajoute une brève remarque : « Si néanmoins vous êtes expulsé par force armée, vous avez titre à récupérer la terre même si à l'origine vous en aviez eu possession par violence, secrètement ou à titre précaire ». Remarque que le vrai propriétaire peut en avoir pris possession par ces moyens délictueux ¹⁴.

Finalement, dans les Institutes figure un passage concernant l'interdit *unde vi* qui suit de très près un autre passage émanant du grand juriste romain Gaius, lequel vi-

vait pendant la seconde partie du II^e siècle avant J.C. Ce passage éclaire certains points mais en laisse d'autres dans une pire confusion. Premièrement il est indiqué que l'interdit (applicable seulement aux terres et immeubles) assure réparation même si la personne qui a été expulsée du bien le possédait à l'encontre de l'expulseur, « par force, en secret, ou précairement (*vi, clam, precario*) ». Ensuite, il est dit que « si une personne a repris possession d'une chose par force, alors qu'il en est le propriétaire, il en perd la propriété »... Il n'est pas indiqué, cependant, de qui la chose devient la propriété. Finalement, le passage se réfère à la *lex Julia* relative à la violence privée ou publique, laquelle dit que si quelqu'un prive quelqu'un d'autre d'une possession, il est coupable de violence privée s'il l'a fait sans armes mais de violence publique s'il a expulsé l'autre par les armes. Par le terme « armes » l'on entend non seulement les boucliers, les épées et les casques mais aussi les bâtons et les pierres ¹⁵.

Une comparaison entre le traitement du recours contre la dépossesion délicate dans les textes de Justinien et dans le *Decretum* de Gratien est très éclairante. A certains égards, les épîtres papales jouent vis-à-vis de Gratien un rôle analogue à celui que les interdits des préteurs jouent vis-à-vis d'Ulpian, de Pomponius et de Gaius. Cependant, les commentaires des juristes romains s'en tiennent beaucoup plus étroitement à la lettre des interdits. Ils ont tendance à s'attacher aux termes de la loi qui vient des pouvoirs publics plutôt qu'à extrapoler à partir de ces termes; encore qu'ils puissent ajouter aux problèmes que ces termes recouvrent. Ils suivent généralement les distinctions affirmées ou implicites dans la règle légale.

Ainsi, là où l'interdit parle de « terre », le juriste romain qui le commente a tendance à souligner qu'il parle « de terre et non de biens ». Avec Gratien, au contraire, la tendance est à discerner le principe qui sous-tend la règle impérative. Si les terres, pourquoi pas les biens également ? Si la terre et les biens, pourquoi pas les droits ? Les autorités disent « évêque », Gratien ajoute abbé ou n'importe quel prêtre, et à la fin tout le monde car, à ses yeux, le principe est le même. Ainsi, Gratien conclut son analyse de la spoliation avec un principe de portée générale, applicable à une large variété de situations tandis que le texte romain ne propose qu'un clavier de règles distinctes, à la conception approximative, et qu'il est difficile de rationaliser.

Ce fut le génie de la science des romanistes des XII^e et XIII^e siècles, que d'extraire de textes romains tels que ceux cités une doctrine cohérente relative aux droits des personnes privées illégalement de ce dont elles ont la propriété. Les romanistes l'ont fait en appliquant aux interdits *unde vi* et *vi et armata*, et aux commentaires d'Ulpian, de Pomponius et de Gaius, la même sorte de logique que Gratien appliquait aux décisions de papes antérieurs, et que les glossateurs canonistes postérieurs appliquèrent à l'œuvre de Gratien. Sous l'influence à la fois des canonistes et de la science juridique des romanistes, les divers gouvernants séculiers de l'Europe promulguèrent leurs lois respectives stipulant que même le légitime propriétaire n'a pas le droit d'évincer le possesseur par violence ou par fraude, et que le possesseur, dont la situation repose sur une dépossesion illégale antérieure, doit restituer la pos-

session même s'il peut ultérieurement recouvrer la propriété au moyen d'une action où il devra prouver son droit.

Quel que soit le motif qui ait pu entraîner la décision des autorités séculières, le canon *redintegranda* et l'*actio spoli* des canonistes étaient destinés initialement non pas à protéger la possession en tant que telle mais à pénaliser ceux qui veulent se faire justice eux-mêmes ou agissent de mauvaise foi. Cela est apparent dans une autre innovation des canonistes, à savoir la modification de la doctrine romaine qui permettait au possesseur d'acquérir titre légal au sol au bout d'un certain laps de temps pourvu qu'il l'ait obtenu d'une façon légitime. Quelqu'un qui avait, par exemple, acheté de bonne foi une terre mais qui découvrirait par la suite que le vendeur n'y avait pas de titre, pouvait en acquérir finalement la propriété absolue « par prescription ».

Pour les canonistes, toutefois, si le possesseur savait que la terre n'était pas légalement sienne et qu'il connût la personne à qui elle appartenait légitimement, il était alors « de mauvaise foi », donc c'était un péché de sa part d'en conserver la détention. Au XII^e siècle, peu après la parution du traité de Gratien, un auteur anonyme classifia cette détention comme un vol et, par suite, le pape Innocent III décréta que celui qui se réclamait de la prescription devait n'avoir su à aucun moment que le bien en question appartenait à quelqu'un d'autre. Cette disposition du droit canon heurtait radicalement le droit séculier dans la majeure partie de l'Europe. Elle représente néanmoins un élément structurel fondamental du droit canonique de la propriété.

LE DROIT CANON CONTRACTUEL

Un corps détaillé de droit contractuel était indispensable pour l'Eglise au XII^e siècle, ne serait-ce que pour régir les myriades de transactions économiques entre les corporations (collectivités incorporées) ecclésiastiques¹⁶. De plus, les tribunaux ecclésiastiques avaient réclamé et obtenu une large mesure de juridiction sur les transactions économiques entre laïcs où les contractants inséraient un *pledge of faith* (vœu de bonne foi), et pour ce motif, encore fallait-il que le droit contractuel canonique soit digne de respect. Enfin, le droit matrimonial contenait des éléments importants au point de vue contractuel.

En matière de droit contractuel plus encore que dans celui de la propriété, les canonistes purent introduire nombre de concepts et de règles qu'à la même époque les glossateurs tiraient des textes retrouvés de Justinien. Il y avait à cela deux raisons, d'abord, l'ancien droit romain (particulièrement le *jus gentium*) avait atteint un haut degré de raffinement dans l'analyse des accords contractuels, et beaucoup de son vocabulaire en ce domaine, ainsi que nombre de ses solutions de questions concrètes, pouvaient s'appliquer au XII^e siècle à la vie commerciale nouvellement bourgeoise d'Europe occidentale. Ensuite les glossateurs du droit romain étaient par-

ticulièrement inventifs dans leur reconstitution et leur transformation de l'ancienne loi romaine des contrats, en partie simplement du fait de la demande intense que dirigeaient vers eux les changements économiques rapides de leur époque.

En particulier, l'ancienne loi romaine fournissait des noms pour diverses manières de former les contrats et pour les diverses sortes de contrat qui correspondaient à ces formes. Ainsi Gaius avait écrit que certains types de contrats étaient formés en suivant une formule verbale prescrite, d'autres en passant des écritures déterminées dans les livres de comptes, un troisième en livrant le bien visé par les intéressés et un quatrième par le consentement exprimé de façon informelle. Dans le troisième type, celui des contrats conclus par la livraison, il énumérait le prêt de monnaie ou de biens fongibles propres à la consommation; le prêt d'un objet à rendre en nature, le dépôt (restituable à la demande) et le gage (garantir l'exécution d'une certaine obligation).

Dans la quatrième catégorie, celle des contrats conclus par l'accord exprimé sans forme obligatoire, il citait la vente, la location, le partenariat et le mandat (une sorte de représentation). Des juristes romains postérieurs ajoutèrent plusieurs autres sortes de contrat, la plus importante étant le contrat « innommé » dont il y avait quatre subdivisions : 1) un don fait pour obtenir un don (*do ut des*), 2) un don pour un acte (*do ut facias*), 3) un acte pour un don (*facio ut des*) et 4) un acte pour un acte (*facio ut facias*). Un contrat innommé ne pouvait être sanctionné par une action en justice que lorsqu'une des parties avait tenu sa promesse.

Outre cette classification détaillée de classes et de types de contrat, les textes de Justinien contenaient une multitude de règles éparpillées : opinions de juristes, inférences de choses jugées, décrets d'empereur et autres, sur le fonctionnement des contrats. Nulle part, cependant, n'y trouvait-on une explication systématique des raisons de la classification ou des règles mentionnées.

En essayant de construire une telle explication, les glossateurs de la fin des XI^e et XII^e siècles se saisirent d'un obscur passage du Digeste qui expose que, même un contrat innommé donne naissance à une obligation s'il présente un fondement (*causa*), faute de quoi il n'engendre pas d'obligation et que par conséquent, « un accord tout nu ne donne pas naissance à une action (en justice) »¹⁷. Peut-être l'auteur de ce passage voulait-il dire qu'un contrat innommé ne donne pas lieu à une action jusqu'à ce que l'une des parties se soit exécutée. Comme l'a dit James Gordley, « Les glossateurs le tinrent pour signifiant bien davantage ». Ils avaient capté et transformé en un principe général le mot « nu ». Pour engendrer une action, un accord doit être « vêtu ». *Causa*, le fondement était ainsi dans l'existence du « vêtement ».

Accurse définit *causa* comme « quelque chose de donné ou de fait, qui revêt un accord »¹⁸. C'est ainsi que les glossateurs ont utilisé ce mot comme terme générique évoquant les diverses raisons pour lesquelles les différents types de contrats étaient (ou devaient être) légalement obligatoires. Le mot lui-même avait des signi-

fications nuancées : fondement, raison, objectif, mobile et autres. Gordley souligne qu'en distinguant plusieurs variantes de causes, telles que d'une part l'objectif pour lequel les parties sont entrées en contrat, auquel ils affectèrent le terme aristotélicien de « cause finale » (*causa finalis*), et d'autre part la motivation qui les poussait à s'engager, à laquelle ils attachèrent l'expression « cause déterminante » (*causa impulsiva*), les glossateurs trouvèrent un langage pour évaluer la validité des contrats dans les affaires controversées.

Ce ne fut cependant que deux siècles plus tard, lorsque furent traduites la *Métaphysique* et l'*Éthique* d'Aristote, et après que Thomas d'Aquin ait systématiquement appliqué la philosophie d'Aristote à la théologie du christianisme, que les post-glossateurs, spécialement au XIV^e siècle les juristes italiens Bartolus et Baldus, purent aller plus avant. Ils n'édifièrent pas seulement une synthèse du droit contractuel des romains mais ce que l'on pourrait aujourd'hui appeler une théorie générale du contrat. Ils partirent pour cela des concepts aristotéliciens de justice distributive et de justice commutative et utilisèrent les catégories de substance et d'accident ainsi que les vraies définitions d'Aristote sur la cause finale, la cause formelle, la cause matérielle et la cause efficiente ¹⁹.

La théorie du contrat que développèrent les post-glossateurs au XIV^e siècle fut cependant bâtie, non seulement sur les fondations de la science légale romaniste des glossateurs des XII^e et XIII^e siècles, et avec l'optique aristotélicienne des concepts, des catégories et des définitions, mais aussi sur les fondations de la science légale et par-dessus tout du « système » légal des canonistes des XII^e et XIII^e siècles.

Ce que les canonistes ajoutaient à la science juridique romaniste, c'était d'abord le principe que les promesses doivent être tenues par elles-mêmes, en matière de conscience, sans égard à ce qu'elles sont ou non « vêtues ». Et ensuite que la « cause » qui forme la base d'un contrat et qui, si la cause est valable, lui donne sa validité, doit être définie en termes d'obligation morale préalable, justifiant que les parties se soient engagées dans le contrat en question. Les canonistes partaient du principe de discipline pénitentielle, que chaque promesse est obligatoire quelle qu'en soit la forme, *pacta sunt servanda* (les engagements doivent être honorés).

Par conséquent, ce n'est pas une défense valable contre une action visant à faire exécuter le contrat, si l'accord n'a pas été mis par écrit ou s'il n'a pas été appuyé d'un serment. Un serment et une promesse sans serment, c'est la même chose au regard de Dieu, disaient-ils, et ne pas remplir l'obligation d'un accord équivaut à un mensonge. Il ne s'ensuivait pas que toute promesse indifféremment soit obligatoire. Seuls les accords reposant sur un motif valable, au sens de justifié, étaient considérés comme légalement exécutoires. « Il y avait *causa* en ce sens, si celui qui promettait avait en vue un résultat défini, soit quelque acte juridique, soit quelque objectif plus vaste, comme la paix. Et afin que la moralité soit respectée, il ne suffisait pas qu'il ait un objectif, il fallait en outre que son objectif soit à la fois raisonnable et équitable » ²⁰.

A la différence de la loi, « raison » et « équité » exigeaient, aussi bien pour les canonistes que pour les romanistes du XII^e siècle, un équilibre de gains et de pertes pour les deux parties. Dans tout contrat, les biens ou les services échangés devaient être d'égale valeur. L'expression elle-même, *pretium iustum*, était tirée d'un passage du Digeste qui prévoyait que là où le vendeur d'un domaine (*fundus*) avait reçu moins que la moitié du « juste prix », il pouvait poursuivre l'acheteur, qui, néanmoins, conservait le choix de la façon de s'acquitter de l'obligation (vraisemblablement en payant la différence ou en résiliant le contrat) ²¹. Cette règle, qui a toute l'apparence d'un recours ouvert au vendeur impayé, est réapparue d'abord en Europe occidentale dans le *Brachylogus*, un manuel de droit romain des débuts du XII^e siècle, et fut communément étendue à tout contrat de vente ²². Les canonistes appliquèrent la même règle ²³. Par élaboration ultérieure, la doctrine du juste prix devint un principe universel de validité des contrats.

Le problème, évidemment, était de déterminer ce qui est juste. Tant les romanistes que les canonistes partaient du principe que normalement le juste prix est l'appréciation générale des acheteurs et vendeurs, autrement dit, le prix de marché ²⁴. Ce n'était pas un prix fixe, il variait selon la diversité des temps et des lieux. Là où, comme en ce qui concerne la terre, il peut être difficile d'établir un prix de marché, le juste prix pourrait être déterminé en considérant le revenu que cette terre procure ou en examinant les ventes faites dans les environs ou, si tout cela fait défaut, en demandant l'avis de gens ayant la connaissance familière des prix locaux.

Les romanistes considéraient une déviation par rapport au juste prix comme l'indice d'une erreur d'estimation ou de fait; ils supposaient que, si un acheteur payait plus que le prix de marché, ou si un vendeur vendait au-dessous, c'est parce qu'ils ne savaient pas ce qu'était le prix du marché, et ils imaginèrent des recours en faveur de la victime, selon que la désinformation avait ou non été délibérément provoquée par l'autre partie. Ils appliquaient aussi la règle utilisée par les canonistes en cas de mariage contracté sous une erreur de fait, en établissant si la personne ainsi induite en erreur aurait conclu le contrat en connaissant les véritables circonstances. Dans l'affirmative, la méprise n'était pas déterminante et ne rendait pas nul le consentement.

Cependant les canonistes étaient préoccupés par un autre aspect de la vente effectuée à un prix autre que le prix de marché, à savoir le profit excessif tiré par l'une ou l'autre des parties. Contrairement à ce qu'en ont dit beaucoup d'écrivains modernes, le profit en lui-même n'était pas condamnable aux yeux des canonistes. Acheter bon marché et vendre cher était considéré comme opportun dans de nombreuses situations. Si une terre avait augmenté de valeur depuis l'achat initial, il n'y avait aucun mal à la revendre plus cher. Si un artisan améliorait un produit relevant de son métier, il était justifié à le faire payer plus cher qu'il ne l'avait acheté.

Mais même sans amélioration de la chose, comme lorsqu'un commerçant achète en vue de revendre avec un profit, les canonistes disaient que ce profit est pleine-

ment légitime, pourvu que l'objectif ne soit pas l'avidité, mais le désir de répondre à ses besoins et à ceux des personnes dont il a la charge ²⁵. Ce qui était condamné en droit canon, c'était le *turpe lucrum*, le lucre honteux, le profit scandaleux, assimilable aux pratiques avaricieuses. Ces dernières, à leur tour, étaient définies en partie comme déviant des pratiques commerciales normales. Ainsi, pour les canonistes, la doctrine du juste prix devenait essentiellement le rejet de la démesure, dirigé d'une part contre les transactions entachées d'oppression et contre la concurrence déloyale, en un mot, contre l'infraction aux normes constantes du marché.

Sous cet angle, la démarche était parallèle à une autre doctrine des lois canoniques, la prohibition de l'usure. L'usure était dénoncée dans les deux Testaments, et l'avait été par l'Eglise dès ses débuts ²⁶. Toutefois, la définition de l'usure ne fut jamais entièrement claire et resta changeante. Parfois elle semblait viser tout profit tiré du prêt d'argent, quels qu'en soient l'objectif et la forme. Dans les sociétés agraires, où ceux qui travaillaient la terre devaient survivre à des périodes de disette avant de moissonner et de vendre la récolte, ceux qui pratiquaient le prêt à intérêt étaient à la fois recherchés et détestés, nécessaires et réprouvés. Dans l'Occident européen, pendant les IX^e, X^e siècles et la moitié du XI^e, avant la grande reviviscence du commerce, lorsque l'emprunt avait presque toujours pour but la consommation plutôt que la production ou l'investissement, l'Eglise avait maintes fois proclamé la prohibition globale du péché d'usure. Dans la deuxième moitié du XI^e siècle et la première moitié du XII^e, la situation économique commença à se transformer radicalement.

Dorénavant, l'argent devenait nécessaire aussi pour financer des entreprises économiques d'une dimension relativement importante. Il en fallut aussi pour financer des entreprises militaires non moins importantes de l'Eglise romaine elle-même. A la même époque, comme l'a fait observer John Noonan, « Nombre d'églises et de monastères étaient largement pourvus de revenus et constamment soucieux de trouver pour leurs fonds des investissements convenables. De fait, les monastères furent les principaux prêteurs des nobles partant pour la croisade. L'achat de rentes par des églises et des institutions religieuses prit une grande extension. La papauté elle-même eut souvent des fonds considérables en dépôt chez les banquiers » ²⁷.

Dans ces circonstances, les canonistes se mirent à systématiser les lois sur l'usure. Ils partirent du concept imprécis et général des époques précédentes à savoir le péché d'usure consistant à prêter de l'argent pour un profit. Gratien le définissait comme « tout ce qui est exigé en plus du principal » et affirmait que l'usurier, comme le voleur, était tenu de restituer ce qu'il avait reçu en sus de la somme prêtée ²⁸. En outre, la loi canonique du XII^e siècle étendit la théorie de l'usure à la vente de biens à crédit quand le prix demandé est supérieur à celui de la vente au comptant.

Mais en même temps, une série d'opérations financières et de formes de crédit, pour un profit, était déclarée non usuraire. Lorsque l'emprunteur était un ennemi, un vassal ou un possesseur illégal, un intérêt pouvait être requis. Lorsque l'intérêt com-

pensait une perte subie à cause du prêt, il pouvait être réclamé; de même, un accord était valide où l'emprunteur promettait de payer une pénalité financière s'il manquait à rembourser à un moment convenu. De plus un prêteur qui détenait un gage pouvait minimiser le montant de son profit en tenant compte des dépenses encourues pour la conservation du gage (par exemple, une tête de bétail). Finalement, dans les dernières années du XIII^e siècle, il fut admis qu'un prix pouvait être plus élevé dans une vente à crédit que pour la même vente au comptant, si le prêteur supporte une perte ou manque un avantage qu'il aurait gagné s'il avait disposé du bien vendu. En fait, les canonistes utilisèrent le mot « intérêt » (*interesse*) pour distinguer du péché d'usure le prix légitime du prêt d'argent.

Par ailleurs, la loi canonique reconnaissait la validité d'une ample variété de contrats commerciaux qui commençaient à prendre de l'essor à la fin du XI^e siècle, contrats qui impliquaient des fonds risqués pour une chance de profit. On y comptait des aventures conjointes sous forme de partenariat comportant obligation de payer un revenu annuel (*census*) sur la propriété employée à produire, ainsi que la vente de dettes par un créancier à une tierce partie, moyennant un rabais. Finalement le *depositum* romain fut transformé en prêt d'argent à investir avec un taux optionnel d'intérêt. Le droit canonique concernant l'usure fut ainsi développé comme un système d'exceptions à la prohibition de l'usure.

Comme la doctrine du juste prix, la doctrine de l'usure était une règle souple opposée à la fois à la démesure et à la concurrence déloyale. John Gilchrist est incontestablement dans le vrai, lorsqu'il estime que les principes du droit canon ont fourni une importante base d'expansion rapide aux activités économiques et financières dans l'Europe occidentale du XII^e siècle²⁹. Par l'appui judiciaire donné aux contrats informels, « La parole d'un homme est sa loi », par la conception d'une obligation morale antécédente (*causa*) comme la clef pour déterminer la validité du contrat, par les doctrines sur la démesure et la concurrence déloyale sous forme de prix injustes et d'usure, les canonistes se sont montrés capables, avec l'aide de la science juridique des romanistes, de créer un sous-système de droit contractuel à l'intérieur du droit canon en son entier.

PROCEDURE

Les canonistes empruntèrent beaucoup, en matière de procédure, à la fois aux anciens textes romains et à la coutume populaire germanique médiévale. Mais ils donnèrent une autre tournure à ce qu'ils en tiraient, ne serait-ce qu'en les combinant, et l'ensemble qui en résulta fut très différent de l'une comme de l'autre sources. Cela ressort de la façon la plus frappante de la procédure des tribunaux ecclésiastiques³⁰.

1) A la différence du système de procédure de la Rome ancienne et de celui des peuples germaniques, la procédure canonique fut écrite. Un procès civil ou pénal ne

pouvait s'ouvrir que par une plainte ou une accusation écrites, contenant un exposé sommaire des faits. Le défendeur était supposé répondre par écrit aux points énoncés par le plaignant ou l'accusateur. Au début du XIII^e siècle, fut requis un compte-rendu écrit du déroulement de la procédure. Le jugement devait être écrit bien que le juge n'eût pas à y indiquer ses raisons. Les parties discutaient les dires des témoins et de l'adversaire dans des interrogatoires consignés par écrit.

2) Les dépositions, tant écrites que verbales, devaient être faites sous serment, avec de lourdes pénalités en cas de parjure. Le serment, par lui-même, était d'institution germanique mais les canonistes furent les premiers à l'utiliser systématiquement comme élément de témoignage, au sens moderne. En contraste avec le système germanique de *compurgation*, dans lequel chaque partie se « purgeait » par serment des imputations de l'adversaire, puis ses témoins attestaient sa véracité en prononçant le même serment, les canonistes exigeaient que parties ou témoins fassent préalablement serment de répondre sincèrement à toute interrogation pertinente qui leur serait posée.

3) La procédure canonique permettait que les parties soient représentées par des conseils qui présentaient les arguments juridiques devant le juge sur la base des faits établis par l'instruction. Anciennement, aussi bien en droit romain qu'en droit germanique, quelqu'un qui agissait au nom d'un autre avait assumé les droits et devoirs de celui qu'il remplaçait : c'était un substitut plutôt qu'un représentant. Le concept de représentation judiciaire fut introduit par les canonistes et était étroitement lié tant à des concepts théologiques qu'à des considérations ecclésiastiques.

4) Les canonistes inventèrent aussi la dualité de procédures, l'une solennelle et formaliste, l'autre simple et « en équité ». La procédure simplifiée était utilisable pour certains types de procès civils, y compris ceux impliquant des personnes indigentes ou opprimées et ceux où un recours ordinaire n'était pas accessible. Elle dispensait de conseils judiciaires et de faire par écrit les interrogatoires et les plaidoyers.

5) Finalement, dans les procès criminels les lois canoniques, au contraire des systèmes romains et germaniques, élaborèrent une science de l'instruction judiciaire sur les faits d'une cause par laquelle le juge était requis d'interroger les parties et les témoins selon des principes de raison et de conscience. L'un de ces principes était que le juge soit convaincu de la justesse du jugement qu'il rendait. L'on disait que le système de procédure avait pour but « d'informer la conscience du juge », une expression reprise plus tard par la procédure en équité de la chancellerie anglaise. Un second principe était que le juge se mette mentalement dans la position de la personne confrontée au tribunal, afin de discerner ce que cette personne savait et d'en tirer par des questions habiles « ce que le pécheur lui-même oublie peut-être ou ce que la honte lui fait souhaiter dissimuler »³¹.

L'insistance sur l'investigation judiciaire allait de concert non seulement avec une procédure plus rationnelle de mise en évidence des faits mais également avec

l'affinement des concepts de vraisemblance et des principes de pertinence et de réalité. Des règles furent élaborées pour écarter les éléments de preuve superflus (aspects déjà établis), les renseignements sans pertinence (qui n'ont aucun effet sur la cause), les constatations incertaines ou confuses (d'où aucune déduction ne peut être tirée), les données exagérément générales (dont les conséquences sur les détails sont obscures) et les affirmations contraires à la nature (qu'il est impossible de croire)³².

Cette démarche plus moderne, plus rationnelle et plus systématique de la loi canonique de procédure offrait, au douzième siècle, un contraste frappant avec le caractère primitif, plus rituel et plus vague des institutions qui avaient prévalu dans les procédures judiciaires germaniques des époques précédentes. En fait, les principes de raison et de conscience furent dressés par les juristes ecclésiastiques comme autant d'armes contre le formalisme magique du droit germanique. L'exemple le plus spectaculaire de cette réaction se trouve dans le décret du quatrième concile de Latran, en 1215, interdisant aux prêtres de participer aux ordalies. Ce décret mit effectivement fin à la pratique des ordalies dans toute la chrétienté occidentale, contraignant ainsi les autorités séculières à adopter de nouvelles procédures en matière pénale. Dans la plupart des pays, les tribunaux laïcs s'inspirèrent des méthodes des tribunaux ecclésiastiques.

En Angleterre, les cours royales remplacèrent les ordalies par les enquêtes de groupes assermentés, plus tard appelés jurys, qui depuis une cinquantaine d'années avaient fonctionné dans divers types de procès civils mais n'avaient jamais été utilisés dans les affaires criminelles. Aux XIV^e et XV^e siècles, les chanceliers royaux adoptèrent de nombreux traits des procédures ecclésiastiques dans les affaires qui leur étaient traditionnellement adressées (plus tard dénommées procédures en équité)³³.

Pourtant, le système canonique de procédure judiciaire conservait, à côté de ses perfectionnements et de son insistance sur la raison et la conscience, des traces du climat magique ancien. Cela est partout perceptible mais particulièrement marqué dans la solennité de la procédure « ordinaire » en comparaison de la procédure sommaire dite « simple ». Surtout, l'exigence de la forme écrite était exagérée au point de suggérer fortement le formalisme de la magie. Comme l'a noté Mauro Cappelletti, « Des actes de procédure non mis par écrit étaient nuls et non avenues... Le juge était tenu de fonder sa décision exclusivement sur le dossier écrit »³⁴. A l'extrême, dans les formes les plus strictes de la procédure régulière, le juge n'interrogeait pas lui-même les parties et les témoins mais étudiait seulement le rapport écrit de leur audition par les membres subalternes de son tribunal. Cet excès de rigueur allait à l'encontre du but originel de l'instruction judiciaire qui était de permettre au juge de se former une « intime conviction » de la substance véritable du conflit juridique.

Dans le même sens que la tonalité sacrée ou magique de la forme écrite, il y avait eu l'élaboration d'un jeu de règles détaillées pour évaluer le degré d'évidence, ad-

jointes au règles rationnelles de pertinence et de matérialité. Deux témoignages oculaires ou auriculaires étaient requis pour qu'un fait soit établi (bien que le tribunal puisse prendre en compte des faits notoires). Le témoignage d'une femme ne comptait que pour une moitié et devait être appuyé par au moins un témoin masculin. Celui d'un noble pesait plus que celui d'un homme du commun, le témoignage d'un prêtre plus que celui d'un laïc, celui d'un chrétien plus que celui d'un juif. Le dosage artificiel de l'évidence : preuve entière, demi preuve, quart de preuve, voire huitième de preuve, prenait d'autant plus d'importance que le juge était éloigné des auditions de témoins et n'avait d'autres matériaux d'estimation que des documents écrits.

La rigueur de ces exigences, tant formelles que rationnelles, était telle qu'il devenait souvent très difficile d'établir les bases de conviction dans les affaires criminelles³⁵. Ce fait, plus qu'aucun autre, conduisit à généraliser l'usage de la torture pour extorquer des preuves et spécialement pour obtenir « la reine des preuves », l'aveu, la confession. Lorsque l'état d'esprit de l'accusé était ce que l'on voulait connaître, les cas d'hérésie en fournit le meilleur exemple, personne n'était aussi qualifié pour en témoigner que l'accusé lui-même, et il n'y avait pas de moyen plus efficace de l'acculer à reconnaître la culpabilité de son état d'esprit que de provoquer ses réactions à la douleur physique.

Dans les procès civils non seulement la rigueur des exigences de preuve, et en particulier la complexité de l'enquête par interrogatoires écrits hors de la présence du juge, entraînait fatalement l'emploi des tactiques dilatoires des représentants des parties. Pour y pallier, l'on institua une série d'étapes obligatoires avec des décisions intermédiaires du juge. Mais ce système ne pouvait refuser l'appel contre ces décisions puis empêcher qu'on l'interjette afin de ne pas risquer de devoir y renoncer à l'étape suivante. Il n'est pas surprenant que certains de ces procès aient duré pendant plusieurs années et même des dizaines d'années.

Ces défauts dans la procédure romaniste-canonique étaient plus marqués dans les tribunaux séculiers que dans les tribunaux ecclésiastiques où la participation du juge était plus étendue et où l'autonomie de ses décisions était plus largement assurée. Et ils furent plus visibles aussi à mesure de l'évolution ultérieure que pendant le XII^e siècle et le début du XIII^e. Il est vraisemblable que l'importance croissante donnée à l'enquête écrite, aux critères de sa force probatoire et à l'aveu dans les affaires criminelles, reflétaient un déclin de la crédibilité conférée au serment, déclin qui, paradoxalement, pourrait aussi refléter une exigence croissante de rationalité dans le droit positif.

CARACTERE SYSTEMATIQUE DU DROIT CANON

A la fin du XI^e siècle, puis au XII^e et au début du XIII^e, il apparut dans le droit canon ; ou pour mieux dire, on y créa consciemment, bien que non d'un seul coup mais graduellement, et non en coupant en pleine étoffe mais en reconstituant et res-

structurant des éléments disparates préexistants, un système juridique, un *jus canonicum* (comme on l'appela vers le milieu du XII^e siècle), un *corpus juris canonici* (comme on en vint à l'appeler au XIII^e siècle). Le découpage en droit des corporations, droit pénal, droit matrimonial, droit successoral, droit de la propriété, droit du contrat et droit de procédure, avait donné à l'ensemble une plus grande apparence de cohérence que n'en avaient donnée les canonistes mêmes à l'époque.

Les canonistes écrivirent des traités de procédure mais n'analysèrent pas de façon générale les sous-systèmes de lois positives. Ce style d'analyse ne connut une vogue que plusieurs siècles plus tard. Néanmoins, les sous-systèmes étaient là, ouverts à l'analyse éventuelle. L'intégration analytique du droit canon, c'est-à-dire sa systématisation explicite logique, découla de la conviction que, sous-jacent à la multiplicité des règles de loi et de procédure, il y avait un faisceau de principes juridiques de base et qu'il incombait aux juristes de les identifier, et de contribuer à mettre le Droit en conformité avec ces principes. Les juristes pensaient en principes. A partir des principes, ils édifiaient des systèmes, qu'à la manière des théologiens, ils développaient dans des ouvrages appelés *summae*, des sommes, signifiant à la fois « suprême » et « totale ».

L'on pensait en outre que les principes sous-jacents du Droit avaient non seulement un aspect logique, étant soumis à la raison, mais aussi un aspect moral, étant subordonnés à la conscience. Par conséquent, il fallait opérer une systématisation analytique et logique visant à la cohérence du Droit, et de plus une systématisation morale, visant à l'équité. Au surplus, l'on concevait ces principes de base comme ce que l'on appellerait aujourd'hui un aspect politique. Ils étaient d'une part des principes déjà implicites dans la loi mais d'autre part un programme, un critère pour juger et corriger, voire si nécessaire éliminer des lois existantes. Ils étaient implicitement à réaliser en pratique. Ainsi, s'ajoutant aux éléments logiques de raison et aux éléments moraux de conscience, il y avait l'élément politique de réforme ou de développement et de croissance.

Les aspects logique, moral et politique des principes juridiques fondamentaux furent rassemblés dans le concept de loi naturelle. Celle-ci était un concept substantiellement différent de celui qu'avaient les grecs et les romains. La loi naturelle antique avait été définie comme le droit de tout homme, ainsi qu'il est dit au premier titre du Digeste de Justinien, à recevoir ce qui lui est dû : c'était la justice, l'équité, ce qui est bien, c'était la loi idéale, non la loi de l'Etat mais la loi de la nature même à laquelle la loi humaine devait se conformer ou apporter des correctifs. Il y manquait le caractère de programme que revêtit la loi naturelle des romanistes et canonistes européens postérieurs. Pour les canonistes, la loi naturelle était premièrement un modèle à dresser par l'Eglise devant les dirigeants temporels et deuxièmement un modèle d'après lequel interpréter et façonner la loi de l'Eglise elle-même.

La loi naturelle n'était pas, pour les canonistes, une loi idéale, extérieure aux systèmes légaux existants mais bien plutôt la moralité du Droit incluse dans ces systèmes existants. C'était une sorte de principe constitutionnel, de *Grundgesetz*, de *due*

process clause. C'est en raison de ce caractère programmatique ou politique du Droit, représenté particulièrement par sa partie que l'on appelait loi naturelle, que des milliers de jeunes hommes entraient chaque année dans les universités pour étudier le Droit dans le but (comme aux Etats-Unis aujourd'hui) de se préparer à des carrières politiques. Ces jeunes gens étaient parmi les plus intelligents et ambitieux d'Europe. On leur enseignait le droit positif et les techniques de sa mise en œuvre mais ils apprenaient aussi la loi naturelle, le droit qui devait être dans l'avenir. Les gloses avaient une fonction politique.

Ce qui est ici qualifié d'aspect politique du droit canonique, son principe de développement conscient, de croissance, de réforme, se manifesta concrètement par le flux de législation alimenté par la papauté et par les conciles ecclésiastiques convoqués par la papauté, à partir des dernières années du XI^e siècle. Cela se manifesta aussi par la permanence d'une activité scientifique à propos de la vie juridique, à mesure que l'on rassemblait les canons, les gloses, les décrétales et d'autres sources, et que l'on composait des traités. Enfin, et peut-être était-ce là le plus important, par la continuité des professions juridiques, entretenue par les générations de gens de loi, formés dans les universités et disséminés dans les chancelleries et les tribunaux ecclésiastiques et séculiers pour y mettre en pratique ce qu'ils avaient appris.

La combinaison des éléments logiques, moraux et politiques contribua à une systématisation qui était désormais fort différente d'une analyse purement doctrinale ou dogmatique des règles de loi, si complexes et néanmoins cohérentes. Le droit canon, en tant que système, était davantage qu'une masse de règles, c'était un processus, une marche dialectique pour adapter les règles aux situations changeantes. Cela devenait inévitable, ne serait-ce que du fait des limitations opposées à sa juridiction et de la compétition à laquelle conduisait sa coexistence avec divers systèmes de lois séculiers.

Chapitre sept

THOMAS BECKET CONTRE HENRI II : COMPETITION DE JURIDICTIONS CONCURRENTES

La conquête normande de l'Angleterre fut entreprise en 1066, neuf ans avant le *Dictatus* du pape Grégoire VII, en partie afin de réformer l'Eglise anglaise en l'affranchissant des ingérences locales et féodales, et pour centraliser l'autorité ecclésiastique aux mains du roi. Guillaume le Conquérant avait l'appui du pape Alexandre II dans son initiative qui était considérée comme s'inspirant de la réforme clunisienne. Dans un décret célèbre de 1067, Guillaume déclara que le roi (et non les seigneurs locaux) avait le pouvoir de décider si oui ou non un pape devait être reconnu par l'Eglise en Normandie et Angleterre, que le roi fait des lois canoniques par des synodes ecclésiastiques et qu'il a droit de veto sur les pénalités ecclésiastiques infligées à ses barons et à ses délégués officiels.

Huit ans après, cependant, Grégoire VII affirmait que lui, le pape, et non les empereurs ni les rois, était la tête de l'Eglise, que seul le pape a le pouvoir de déposer des évêques, et à vrai dire, aussi bien des empereurs ou des rois; et que le pape mais non des rois ou empereurs, détermine si les décisions prises par des synodes peuvent être tenues pour canoniques.

Guillaume et ses deux successeurs (William II, 1087-1100 et Henri I^{er}, 1100-1135) s'opposèrent avec succès aux prétentions papales à la suprématie sur l'Eglise dans leurs domaines, encore que Henri I^{er} ait fait d'importantes concessions dans le Concordat du Bec. Pendant le règne d'Etienne (1135-1154) que des historiens anglais ont appelé « l'anarchie d'Etienne » en raison des désordres civils qui le caractérisèrent, le parti papal d'Angleterre fit des progrès considérables en prestige et en influence ¹. De nouveaux ordres monastiques, loyaux au pape, furent fondés. Ils s'attirèrent un fort soutien populaire, surtout parce qu'ils soulageaient et ravitaillaient les victimes des conflits répétés. A une époque où la justice séculière était fréquemment interrompue, des synodes ecclésiastiques continuaient à se réunir et la loi était administrée dans les tribunaux épiscopaux. Le droit canon attirait des adhérents parmi le clergé et les laïcs. Le traité de Gratien fut très tôt étudié et discuté par les Anglais instruits qui devaient être impressionnés par sa supériorité intellectuelle sur le droit séculier presque entièrement non écrit, avec ses procédures formalistes des ordalies, les duels judiciaires et la « compurgation ». En ces temps troublés ²,

l'Eglise romaine était le principal pilier d'ordre et de justice et, quand la paix fut finalement conclue en 1154 et qu'une nouvelle dynastie fut portée au trône, ce fut en partie grâce à la médiation apportée aux clans rivaux par les partisans de la suprématie pontificale.

Cependant, le nouveau roi, Henri II (1154-1189), réaffirma la souveraineté royale sur l'Eglise. En 1162, il nomma comme archevêque de Cantorbery son ami proche Thomas Becket qui occupait déjà le siège de chancelier, le dignitaire le plus élevé dans le royaume après le roi. Henri comptait que Thomas continuerait à fonctionner comme chancelier en même temps qu'archevêque, pour appliquer d'autant plus efficacement la politique de résistance aux prétentions papales. Mais Thomas démissionna du poste de chancelier et, en tant qu'archevêque, soutint ardemment la thèse de l'indépendance du clergé vis-à-vis du pouvoir royal. Quand Henri décréta les constitutions de Clarendon en 1164, restaurant en grande partie l'autorité royale sur l'Eglise, Thomas dénonça la nouvelle législation comme une usurpation. Pendant six ans un âpre combat politique se poursuivit entre les deux hommes dans lequel des personnages de haut rang, ecclésiastiques et civils, de divers pays d'Europe furent impliqués.

Finalement, en 1170, répondant à une exclamation de Henri II : « Personne ne me débarrassera donc de cette peste de prêtre », quatre des chevaliers du roi assassinèrent Becket dans sa cathédrale de Cantorbery. Cet acte choqua si fort l'Angleterre, ainsi d'ailleurs que toute la chrétienté, que Henri fit pénitence publique en allant pieds nus à Cantorbery (en réalité, il sortit pieds nus des abords de la ville seulement) et, plus important, en 1172 fit soumission sur les hauteurs d'Avranches à un légat du pape et, devant la cathédrale, renonça publiquement aux parties des constitutions de Clarendon qui étaient « offensantes ».

LES CONSTITUTIONS DE CLARENDON

Ce sont en fait des décrets ou ordonnances qui furent promulgués à Clarendon en 1164, prétendant être le rappel de seize « coutumes, franchises et privilèges » recueillis par le grand-père de Henri II (Henri I^{er}) et approuvés à l'époque par les nobles et le clergé du royaume.

La première de ces « constitutions » (l'article I^{er}) stipulait que tout différend sur le droit de patronage des offices ecclésiastiques (autrement dit, droit de présenter le successeur à un bénéfice devenu vacant), appelé *advowson* (en vieux français, avouéson) devait être tranché par le tribunal royal, bien que le conflit opposât un laïc et un clerc ou même deux clercs. L'attribution à Henri I^{er} de cette disposition s'explique par le fait que, pendant le règne d'Etienne, de telles disputes avaient été souvent portées devant des tribunaux ecclésiastiques. Une autre disposition (article 9) établissait la juridiction royale (et la procédure par jury) quand il s'agissait de savoir si une terre était ou non propriété d'église (par une *frankalmoign*, franche au-

mône). Pour cette coutume aussi, une autorité ancienne était préférable à une récente, car au temps d'Etienne les tribunaux ecclésiastiques avaient affirmé leur propre suprématie quant à la juridiction sur les propriétés d'église.

D'autres dispositions visaient archevêques, évêques et autres membres du clergé : l'une leur interdisait de quitter le royaume sans la permission du roi (art. 4), une autre prévoyait l'appel aux cours royales contre les décisions de la cour de l'archevêque (art. 8). Une autre imposait des précautions de procédure à la mise en accusation d'un laïc devant un tribunal ecclésiastique (art. 6) ou interdisait d'excommunier sans la permission royale un tenant-en-titre du roi (quelqu'un qui tenait une terre directement du roi, à la différence d'un tenant indirect) ou un officier de la maison du roi (art. 7). Une autre réitérait la convention établie en 1107 au Bec, stipulant que les élections d'évêques et d'autres titulaires de bénéfices ecclésiastiques « devaient avoir lieu dans la chapelle du seigneur roi avec l'assentiment du clergé du royaume... et que le clerc élu ne devrait plus prêter hommage et fidélité au seigneur roi...avant d'être consacré (art. 12) » ou donnait juridiction au tribunal royal pour les « plaintes pour dette cautionnées par serment (art. 15) ou interdisait d'ordonner prêtres des fils de vilains sans l'autorisation du seigneur sur les terres duquel ils étaient nés (art. 16).

De ces neuf dispositions (1, 4, 6, 7, 8, 9, 12, 15, 16), toutes sauf celle concernant l'investiture (art. 12) étaient en contradiction avec le droit canonique en vigueur ³. C'est le troisième article des constitutions qui finalement causa le plus de scandale. Il stipulait que tout clerc accusé de crime (comprenant l'homicide, l'incendie, le vol, le viol, la mutilation, et quelques autres délits graves) devait être envoyé par le tribunal royal au tribunal ecclésiastique pour son procès et, s'il était jugé coupable, être renvoyé au tribunal royal pour fixer la sentence. Cela signifiait, en pratique, être exécuté ou mutilé par énucléation d'un œil ou amputation de mains ou de jambes. Un officier de justice royal devait assister à la procédure devant le tribunal ecclésiastique « pour voir comment le procès est conduit ».

Les historiens du droit anglais ont analysé le heurt titanesque entre Henri II et Becket, en gros selon leurs positions respectives envers cet article 3. En fait cependant, d'autres dispositions des constitutions étaient plus significatives. L'article 8 aurait fait du roi, plutôt que du pape, l'arbitre suprême du droit canon en Angleterre. Les historiens ont aussi beaucoup insisté sur l'aspect psychologique du conflit. L'on dit d'ordinaire que la fin tragique aurait pu être évitée si les protagonistes en chef avaient été moins entêtés. En fait, chacun vacilla entre des exigences extrêmes et des offres de compromis dont ils choisissaient mal le moment. Un commentateur soutient qu'à un certain point Henri était « apparemment » prêt à « jeter par dessus bord » les constitutions de Clarendon, et à concéder presque tout ce pourquoi Becket combattait ⁴. S'il en était ainsi, l'échec des possibilités de mettre fin à la querelle serait imputable seulement à la personnalité de Becket. Cela suggère, en outre, que son martyre (comme T.S. Elliot le fait dire à l'un des meurtriers dans *Murder in the Ca-*

thedral) était de sa propre faute, une sorte de suicide ⁵ (un historien contemporain qualifie Becket de « Grégorien sans retouches, résolu au martyr »).

Il reste que, même en supposant Henri disposé à abandonner les constitutions comme document, la question est de savoir s'il aurait renoncé à son ambition de dominer l'Eglise dans ses domaines. En réalité, Henri n'a nullement réagi à la mort de Becket comme si l'archevêque l'avait attirée sur lui-même. Naturellement, la réponse d'Henri peut s'expliquer en partie par l'énorme révolusio n provoquée par l'assassinat. Cependant cette indignation même, autant que les retentissements politiques et historiques de la mort de Thomas Becket, rendent inadéquate une interprétation simplement psychologique du drame. Ces deux hommes ne représentaient pas seulement leur personne propre, mais deux grandes forces concurrentes dans l'histoire de l'Occident, l'ecclésiastique et la temporelle.

Reste aussi la question, importante pour qui cherche à comprendre la tradition juridique occidentale, de savoir qui avait raison ? Il y a maintenant presque un siècle que Maitland a soutenu que c'était Henri II parce que les coutumes qu'il affirmait étaient dans la réalité celles pratiquées par son grand-père Henri I^{er}. Maitland voyait dans l'un des arguments de Becket : « Le Christ disait, non pas "Je suis la coutume" mais "Je suis la vérité", une admission implicite de ce que Henri II agissait conformément au Droit. D'ailleurs, le même argument avait été utilisé par Tertullien (environ 155-220 après J.C.), et opposé par Grégoire VII à l'empereur Henri IV un siècle plus tôt. Gratien l'avait répété pendant la génération précédente comme une base pour révoquer les coutumes déraisonnables.

L'argument de Becket était effectivement une référence à des précédents historiques à l'intérieur de l'Eglise et à l'autorité du droit ecclésiastique. Toutefois, même en postulant que la coutume (séculière) ait plus de force que la vérité (ecclésiastique), la position de Maitland omet la possibilité que les coutumes de Henri I^{er} aient changé pendant l'anarchie (alléguée) d'Etienne. Sur ce point, Maitland déclare simplement : « Pour des objectifs juridiques, le règne d'Etienne doit être ignoré... parce que ce fut une période de guerre et de "non-droit" ». Soixante ans après lui, son opinion prévaut encore, un plaideur ne peut pas se fier à ce qui eut lieu sous Etienne parce que ce n'était pas un temps de paix ⁶.

C'est un trait caractéristique des historiens du Droit, en Angleterre, que de traiter les révolutions comme de simples interrègnes. Ils ont traité de même la révolution puritaine sous Cromwell. Si cependant le règne d'Etienne fut la période pendant laquelle la révolution papale s'est affirmée en Angleterre, la prétention de Henri II d'en revenir aux coutumes de son grand-père ne devrait-elle pas être considérée comme contre-révolutionnaire ? De ce point de vue, Becket se battait pour une cause qui était déjà gagnée. En matière de suprématie royale sur l'Eglise, Henri II était d'une part en retard d'au moins une génération et d'autre part en avance de trois siècles et demi ⁷.

L'équilibre particulier à atteindre entre les deux pouvoirs, étant donné qu'il ne peut être question simplement de la suprématie de l'un sur l'autre, restait une question ouverte et là, les circonstances exceptionnelles du martyr de Thomas Becket firent la différence.

IMMUNITÉ DES CLERCS CONTRE LA DOUBLE SANCTION

Becket avait-il raison en considérant que l'article 3 des constitutions de Clarendon était une violation du principe excluant la double sanction ? « Dieu ne punit pas deux fois la même offense » (*non bis in idem*). Ces mots évoqués par Becket remontent à un passage mal traduit de la Bible (Nahum I: 9) et furent parfois utilisés au XII^e siècle par les canonistes à l'appui du privilège conféré aux clercs de n'être punis, pour certaines fautes, que sur le seul « forum » ecclésiastique⁸. Néanmoins, une immunité totale contre la juridiction séculière n'a jamais été demandée. Il est vrai qu'aussi bien dans l'empire byzantin que dans l'empire franc, les évêques, mais non leurs subalternes, étaient en général jugés et pénalisés seulement par leurs pairs ecclésiastiques⁹. Dans des temps plus reculés, cependant, il n'existait pas de distinction tranchée entre tribunaux cléricaux et séculiers, le clergé siégeant dans les uns comme dans les autres. De toute façon, en Angleterre comme ailleurs, il était courant avant le XII^e siècle que les clercs qui avaient été sanctionnés et déposés ou châtiés autrement par des procédés ecclésiastiques, soient déférés aux tribunaux locaux, féodaux ou royaux, pour y être jugés et sanctionnés pour la même action. Ce fut seulement avec l'instauration du nouveau système de juridiction ecclésiastique, à la fin du XI^e siècle et au début du XII^e, que l'exemption des clercs devint un problème crucial.

Les arguments contre la position de Becket ont été formulés avec force par Maitland. La doctrine de Becket selon qui l'Etat ne doit pas punir le clerc criminel pour un crime en raison duquel il a déjà été déposé ou dégradé « n'avait jamais été ni tolérée par l'Etat, ni consacrée par l'Eglise ». Les canonistes n'ont pas appuyé la règle préconisée par Becket et elle n'a jamais été inscrite dans la loi ailleurs en Europe. Si on l'avait adoptée, faisait observer Maitland, « nul clerc déposé ou dégradé n'aurait été livré au bras séculier (pour être exécuté) comme hérétique ou comme faussaire en bulles papales ». De plus, Maitland soutenait qu'au temps de la controverse de Becket, le procès des affaires criminelles devant les tribunaux ecclésiastiques « tournait déjà presque à la farce ».

A cette époque la procédure ecclésiastique en matière criminelle reposait sur la *compurgation*. « L'évêque Jocelin de Salisbury, déclarait Maitland, se disculpa de complicité dans le meurtre de Becket par le témoignage de quatre ou cinq co-jureurs. Hubert Walter, siégeant comme archevêque, interdisait que soient réclamés plus des douze "compurgateurs" requis par la loi canonique ». Au surplus, même si le clerc échouait dans sa disculpation et était condamné, les sanctions ecclésiastiques étaient relativement légères, l'évêque pouvant priver le clerc de son ordination et comme

peine supplémentaire, le reléguer dans un monastère ou l'emprisonner à vie, ou une flagellation pouvait lui être infligée... Telle était donc la punition des clercs criminels ¹⁰, et nous pouvons craindre que peu d'entre eux l'aient subie ». L'exemption du clergé « était une immunité entachée de mépris et d'arrogance ».

La critique de Maitland qui a été adoptée par George Greenaway, W.L. Warren et par d'autres auteurs, veut trop prouver. Le procès ecclésiastique relevait-il de la farce plus que le combat judiciaire ou l'ordalie pratiqués dans les tribunaux séculiers ? Les sanctions des tribunaux du roi, pendaison ou mutilation, étaient-elles des punitions plus proportionnées à un premier forfait que le confinement dans un monastère ou une prison ? De plus, Maitland ne mentionne pas la plus subtile des sanctions ecclésiastiques.

L'évêque pouvait commander que le repentir soit prouvé, sous peine d'excommunication, sous la forme d'indemnisation versée à la victime ou à sa famille, d'œuvres charitables et d'autres bonnes actions. De plus, la peine d'excommunication elle-même pouvait être très sévère puisque, dans sa forme extrême, elle avait l'effet d'un bannissement hors de l'Eglise, impliquant un ostracisme virtuel.

Greenaway estime que le principe de double sanction n'était pas violé par les constitutions de Clarendon puisque Henri ne proposait pas un second procès mais seulement une sentence ¹¹. L'argument est fort mais ne résout pas toutes les questions, loin de là. Qu'est-ce qui rend détestable la double sanction ? Est-ce seulement le fait de deux procès ou n'est-ce pas la condamnation par deux juridictions ? De plus, le second tribunal peut-il en fait prononcer une sentence sans quelque sorte d'examen de l'affaire ou du moins de caractérisation de l'infraction ? Comment un cambriolage, punissable de mort dans des tribunaux séculiers, pourrait-il devenir un délit mineur dans un tribunal ecclésiastique parce qu'il a été motivé par la faim et que le coupable s'est volontairement fait connaître et a restitué les biens volés...

Les législations de l'époque ne font aucune difficulté à permettre la poursuite d'un individu coupable d'un détournement de fonds bien qu'il ait déjà été absous par son employeur car cette remise de culpabilité est considérée non comme une décision judiciaire mais comme un acte d'administration dans un organisme privé, hors des responsabilités de l'Etat. Dans un cas pareil, le problème pour Becket est-il de savoir si l'Eglise est un organisme à l'intérieur de l'Etat, ou bien l'Etat qui est un organisme au sein de l'Eglise ¹².

LA JURIDICTION ECCLESIASTIQUE EN ANGLETERRE

Le conflit entre Becket et Henri II portait essentiellement sur l'étendue de la juridiction ecclésiastique, représentant ainsi le paradigme de la révolution papale qui instaura dans tout l'Occident deux types concurrents d'autorité politico-juridique, la

spirituelle et la temporelle. Une conséquence de ce dualisme fut d'accroître l'autorité politique et législative des rois dans leur territoire respectif. Une autre conséquence fut de créer des tensions sur la frontière entre la juridiction royale et la juridiction papale. Ces tensions furent résolues de diverses manières dans les différents royaumes. Leur solution en Angleterre fut fortement influencée par le martyre de Becket.

Dans l'Angleterre du XII^e siècle, comme généralement en Europe, les tribunaux ecclésiastiques revendiquaient la juridiction (sans l'obtenir toujours) sur : 1) toutes les affaires civiles ou criminelles impliquant des clercs, y compris toutes celles portant sur des propriétés d'églises, 2) toutes les questions matrimoniales, 3) toutes les questions testamentaires, 4) certaines espèces de crimes, telles que hérésie, sacrilège, sorcellerie, usure, diffamation, fornication, homosexualité, adultère, dommages à des lieux de culte et violence contre un clerc, et 5) contrat, propriété et autres procès civils où il y avait atteinte à la bonne foi (appelée parjure, c'est-à-dire violation d'un serment). Dans la mesure où la loi canonique était en jeu, toute affaire comprise dans ces matières pouvait être introduite par une plainte déposée au tribunal de l'archidiacre ou de l'évêque du lieu avec possibilité pour le perdant d'interjeter un appel à la cour de l'archevêque, et de là à Rome à celle du pape.

En pratique, au XIII^e siècle, les affaires entendues en appel à la curie pontificale provenaient d'Angleterre plus que de tout autre pays. Le pape exerçait aussi universellement une juridiction « originelle » : le plaignant pouvait « impêtrer » (solliciter) un bref de la curie nommant des délégués du pape qui entendraient toute l'affaire sur place. Ce processus fut très habituellement utilisé lorsqu'il s'agissait de sommes considérables, mais aussi quand les parties résidaient dans des archevêchés différents, étant donné que nul pays important d'Occident ne comportait qu'une seule juridiction ecclésiastique (une décision de l'archevêque de York, par exemple, ne pouvait faire l'objet d'un appel auprès de l'archevêque de Cantorbéry).

A la même époque, les prétentions juridictionnelles de l'Eglise étaient combattues, et assez souvent avec succès, par les tribunaux séculiers. Voici comment Maitland décrit cette situation :

« Jamais en Angleterre, ni sans doute en aucun autre pays, l'Etat n'a cédé aux tribunaux ecclésiastiques la totalité du domaine illimitable qui était revendiqué pour eux par les plus téméraires de leurs partisans. Partout nous voyons des dissensions, suivies de compromis, puis de nouveaux accrochages et à la longue, vers la fin du XIII^e siècle, l'Etat l'emportait le plus souvent dans chaque combat. La tentative de tracer une frontière fixe entre les affaires « spirituelles » et « temporelles » est sans espoir. Il en sera toujours ainsi si les soi-disant tribunaux spirituels doivent exercer un pouvoir quelconque dans ce monde du temps. Tellement hirsute et anti-scientifique était la frontière qui, à n'importe quel moment et en n'importe quel pays, partageait le territoire des tribunaux ecclésiastiques et séculiers que le terrain pouvait être insensiblement gagné ou perdu... »

« Nous n'avons qu'à considérer l'incurable imprécision d'expressions comme « affaires testamentaires » ou « affaires matrimoniales » pour comprendre combien facilement une petite annexion peut s'ajouter à une autre sans susciter une bataille rangée, sans cris de victoire ni deuil de défaite. Les dirigeants de l'Eglise, de ce fait, devaient tolérer beaucoup de choses qu'ils ne pouvaient approuver ou du moins approuver au nom de l'Eglise. Ils pouvaient céder ou saisir sans sacrifier de principes premiers. Nul doute qu'il y eût des principes pour lesquels ils se seraient déclarés prêts à mourir comme saint Thomas. Mais il ne leur était pas demandé de verser leur sang pour chaque vétille et virgule d'une jurisprudence complexe et envahissante. Des papes, et qui n'étaient pas des mauviettes, leur avaient enseigné par préceptes et exemples que lorsqu'il s'agit de traiter avec le pouvoir temporel, il faut savoir temporiser »¹³.

Il y avait là une situation hautement inconfortable, deux réseaux de tribunaux, les uns ecclésiastiques et les autres royaux, dont l'un comme l'autre réclamait juridiction sur les mêmes matières. Comment résoudre ce conflit d'exigences rivales ? D'une part, le roi étant un chrétien, était soumis au pape. L'on aurait pu penser que le pape ou son représentant, l'archevêque de Cantorbury, n'avait qu'à admonester un roi d'Angleterre en lui rappelant qu'à moins de se plier aux demandes juridictionnelles du Saint Siège, il serait damné en enfer. D'autre part c'était l'Eglise même qui avait créé le concept de la dualité de pouvoirs, des « deux glaives » : l'ecclésiastique et le séculier, le spirituel et le temporel. Or, d'après les propres définitions de l'Eglise, beaucoup de ce que les tribunaux ecclésiastiques prétendaient juger relevait du séculier. Comme le souligne Maitland, des expressions comme « affaires matrimoniales » couvraient non seulement des relations de la vie de famille intimement spirituelles mais encore des rapports de propriété qui souvent avaient beaucoup d'impact sur l'ordre économique et politique dont la couronne était responsable.

Et puis, en dehors des concepts et des théories, il y avait des questions de pouvoir contraignant. L'Eglise, n'ayant pas d'armée qui lui appartînt, dépendait du « bras séculier » pour faire respecter ses orientations par les récalcitrants, et de surcroît, les papes et les archevêques n'étaient généralement pas élus sans des soutiens laïcs. En revanche l'Eglise avait une force politique, non armée mais cependant puissante, le clergé, qui pouvait mettre en œuvre certaines sanctions spirituelles très redoutées, notamment l'excommunication et l'interdit.

L'excommunication signifiait la privation des sacrements (y compris les « derniers » donc des rites des funérailles chrétiennes). Dans sa forme extrême elle signifiait l'expulsion complète de l'Eglise sous l'anathème qui était un ostracisme virtuel. L'interdit était une suspension partielle ou totale des services religieux et sacramentels : il pouvait frapper plusieurs personnes ou une localité, voire un royaume entier. En 1208 le pape Innocent III plaça l'Angleterre sous interdit et excommunia le roi Jean « Sans Terre », menaçant de le déposer et de donner sa couronne à Philippe Auguste, le roi de France. Le motif était que Jean refusait d'accepter pour le

siège de Cantorbery l'archevêque nommé par le pape. L'Angleterre « gémit sous l'interdit ».

Les églises restèrent fermées pendant plusieurs années. Le roi Jean riposta en nommant des gens à lui aux postes cléricaux mais il finit par céder. En fait, il remit l'Angleterre aux mains du pape et la reçut de lui en fief, prononçant le serment de vasselage et promettant d'envoyer à Rome un tribut annuel. En 1215, le roi Jean, dans la toute première stipulation de la *Magna Carta*, décréta *quod ecclesia Anglia libera sit* : « que l'Eglise d'Angleterre soit libre », ce qui signifiait, évidemment, libre sous la papauté vis-à-vis du pouvoir des rois et des barons.

Etant donné, donc, cette intense rivalité entre des pouvoirs pourvus d'armes théoriques et pratiques, un règlement par des moyens juridiques doit avoir été grandement désiré et en particulier parce que des deux côtés l'on appréciait hautement le rôle de la loi dans la solution des conflits, et qu'il s'agissait concrètement d'un problème juridique, un conflit de juridictions.

Touchant des clercs accusés de « félonies », c'est-à-dire de culpabilités graves, le conflit paraissait avoir été résolu après le martyre de Becket, le tribunal séculier n'avait pas juridiction, même limitée, à punir sans parler de juger. Néanmoins, les tribunaux royaux adoptèrent une formule procédurale qui était d'interroger l'accusé avant de s'informer de son statut clérical ; et ce n'était que s'il était reconnu coupable qu'il était admis à invoquer l'exemption cléricale et qu'il était déféré au tribunal ecclésiastique. De plus, la question du ressort d'un clerc au tribunal civil pour un délit moindre qu'une félonie et pour des infractions civiles, n'avait apparemment pas été discutée par Becket. Quoi qu'il en soit, la juridiction séculière sur de telles matières subsista en Angleterre.

En France, au contraire, le clergé était exempt de poursuites séculières pour les délits mineurs mais non pour les crimes graves tels que l'homicide ou la mutilation prémédités, le banditisme de grands chemins et les récidives (l'incorrigibilité). Il n'était pas exempt non plus pour les « cas royaux » qui comprenaient la trahison et les atteintes au prince et à ses hauts fonctionnaires ainsi que celles à la sûreté publique telles que de tenir des assemblées interdites et de professer l'idolâtrie, l'athéisme ou des doctrines prohibées. Ces « cas royaux » étaient du ressort des tribunaux civils, que l'infraction ait été le fait de clercs ou de laïcs.

Quant aux autres sujets évoqués dans les constitutions de Clarendon, Henri II renonçait aux dispositions qui étaient « offensantes » pour la papauté mais rien n'indiquait celles qui figuraient dans cette catégorie. En réalité des affrontements sérieux opposèrent, au XIII^e siècle, le clergé et la couronne avant que les frontières entre les deux juridictions ne soient quelque peu situées. En ce qui concerne les affaires proprement ecclésiastiques, la juridiction affirmée par Henri II dans les constitutions de Clarendon ne fut jamais réaffirmée jusqu'à la réformation anglicane du XVI^e siècle. Avant Henri VIII, le roi ne récupéra pas la juridiction en appel sur les décisions du tribunal de l'archevêché (art.8). Le clergé insista aussi sur le droit des

clercs de sortir du royaume sans la permission du roi (art.4), encore qu'il les empêcha effectivement à maintes reprises. Le roi conserva le droit d'être consulté avant que ses ministres ne soient frappés d'excommunication (art.7) mais là, le pape avait le dessus et put excommunier le roi lui-même.

Concernant les problème de droit matrimonial et successoral, sujets que n'avaient pas abordés les constitutions de Clarendon, les tribunaux ecclésiastiques d'Angleterre avaient une juridiction presque exclusive. Toutefois, les droits de propriété ne pouvaient être cédés par legs, et au XIII^e siècle, les tribunaux du roi se réservaient l'exclusivité de juridiction quant au droit foncier et immobilier.

Touchant les différends entre clercs concernant le privilège de présentation aux fonctions vacantes (art.1er) et les procès entre laïcs sur les dettes garanties par serment (art.15), à la fois les tribunaux ecclésiastiques et les tribunaux du roi affirmaient en avoir la juridiction. Dans les deux types de procès, les tribunaux ecclésiastiques avaient largement la préférence des plaideurs.

Une comparaison des limites de juridiction en France et en Angleterre montre que l'Eglise avait une situation moins privilégiée en France qu'en Angleterre :

1) quant aux affaires matrimoniales, les juristes laïcs français distinguaient entre le contrat civil de mariage et le sacrement de mariage, les différends sur le contrat civil relevant des tribunaux civils (par exemple sur le point de savoir si les deux époux avaient donné librement leur consentement) ;

2) les affaires testamentaires en France étaient soumises aux deux juridictions, ecclésiastique et séculière aux XII^e et XIII^e siècles, et par la suite exclusivement à celle des tribunaux civils ;

3) pour les bénéfices cléricaux, en France, aux XIV^e et XV^e siècles, une distinction était faite entre les droits de possession, réservés aux tribunaux royaux, et les droits de propriété qui relevaient des tribunaux ecclésiastiques. En Angleterre les tribunaux royaux considéraient les « *avoués* » (droits de présentation) comme une sorte de propriété foncière, relevant par conséquent de leur seule juridiction, mais parfois les tribunaux ecclésiastiques contestaient ce point de vue avec succès ;

4) en Angleterre, mais non en France, le recouvrement des dîmes, droits de messe et taxes pour l'amélioration des sanctuaires et des cimetières relevait uniquement des tribunaux ecclésiastiques, de même que l'administration des dons pieux et des revenus conférés aux prélats et aux maisons religieuses, cela du moins jusqu'à ce que le chancelier d'Angleterre, aux XIV^e et XV^e siècles, élargisse sa juridiction propre pour y inclure les transferts « pour usage » d'autrui ;

5) c'est seulement en ce qui concerne la rupture de promesses faites sous serment (dite parjure) que la juridiction ecclésiastique française surpasse la juridiction an-

glaise. Apparemment, en France ces affaires-là n'étaient pas réclamées par le pouvoir temporel ;

6) finalement, la juridiction pénale des tribunaux laïcs français sur les crimes « idéologiques » était considérablement plus étendue que celle des tribunaux royaux anglais.

LES BREFS DE DESSAISSEMENT

Les limites du champ d'affrontement entre juridictions royale et cléricale étaient tracées, en Angleterre par la procédure légale du *writ of prohibition*, une lettre émise par le chancelier au nom du roi, commandant à un tribunal ecclésiastique de ne pas poursuivre l'instruction d'une plainte particulière, interdiction fondée sur le fait que la compétence de ce tribunal était contestée par le défendeur. Le tribunal ecclésiastique devait alors soit se dessaisir de l'affaire soit entrer en consultation avec les juges royaux. Si, à la suite de cette concertation, les juges royaux estimaient que l'affaire avait été à juste titre soumise au tribunal ecclésiastique, ils autorisaient ce dernier, par un « bref de consultation », à reprendre l'instruction malgré la prohibition antérieure. Si le tribunal ecclésiastique persistait à entendre la cause en dépit de la prohibition ou d'une consultation à résultat négatif, le tribunal royal émettait un bref dit « d'attachement », (un mandat d'amener), chargeant l'officier de justice (*sheriff*) de faire comparaître les magistrats ecclésiastiques devant le roi ou ses magistrats « pour expliquer pourquoi ils siégeaient en cour chrétienne...à l'encontre de notre prohibition ».

Une prohibition royale constituait une arme puissante qui fut parfois employée avec un effet considérable pour faire échec aux juges ecclésiastiques. Dans la plupart des cas, cependant, cela s'avéra compliqué, assez difficile à obtenir, malaisé à manier et relativement facile à déjouer.

Il incombait au défendeur devant le tribunal ecclésiastique de prendre l'initiative. Si les deux parties acceptaient la juridiction ecclésiastique, le tribunal royal n'intervenait pas. C'était là indubitablement une énorme concession royale dans la compétition entre les deux systèmes judiciaires ¹⁴. Cela signifiait, en effet, que tous les différends entre clercs étaient soustraits à la juridiction séculière. Cela impliquait aussi que les laïcs qui avaient convenu d'exclure la juridiction séculière étaient privés de la faculté d'obtenir un bref de dessaisissement bien que les tribunaux royaux interprétassent très strictement ce genre de stipulations ¹⁵.

Pour obtenir un « bref de prohibition », le défendeur d'un procès ecclésiastique devait alléguer qu'il avait été cité à comparaître devant tels ou tels juges ecclésiastiques comme défendeur d'une action qu'une certaine partie (nommément désignée) avait introduite contre lui, concernant un type particulier d'affaire qui tombe dans la juridiction des tribunaux royaux. Les matières habituellement débattues portaient sur

des propriétés immobilières autres que les sites religieux, les cimetières attenants aux églises et les autres cimetières (loyer profane), sur le droit de patronage aux offices ecclésiastiques (*avouéson*), sur du bétail, sur des dettes autres que celles découlant du mariage ou d'un testament, et les dettes envers l'Eglise telles que dîmes et offrandes, sur des biens saisis chez un clerc, sur les infractions commises par un clerc et sur les déclarations diffamatoires émises à propos de procès devant les tribunaux du roi.

En général, les tribunaux royaux délivraient un bref de dessaisissement sur la simple allégation du défendant d'un procès ecclésiastique, à la seule condition que l'allégation soit plausible à première vue. Toutefois, s'il apparaissait par la suite que le sujet du différend fût d'une autre nature que celle alléguée dans le bref, la prohibition ne serait pas exécutoire et même, le défendant pouvait être frappé d'une amende par les juges royaux pour leur avoir adressé une plainte non fondée.

Le défendant devait signifier le bref à la fois aux juges ecclésiastiques et au plaignant. Ils devaient alors comparaître devant les juges royaux pour défendre la juridiction ecclésiastique. L'objectif du bref, comme le souligne G.B. Flahiff, était de « publier et de faire prévaloir deux importantes volontés du roi, premièrement que lui seul et son tribunal ont juridiction sur les matières énoncées dans les divers brefs de prohibition : loyers civils, bétail des non-clercs, *avouéson*, etc., deuxièmement que l'autorité royale a seule le droit de définir quelle est la juridiction compétente dans les cas douteux »¹⁶. Ce second point concernait la compétence d'un tribunal à définir sa propre juridiction.

Toutefois, le système judiciaire ecclésiastique revendiquait tout autant cette compétence. En 1147, le pape Eugène III décréta que « les évêques, abbés, archevêques et autres prélats de l'Eglise ne doivent pas soumettre les transactions ecclésiastiques au jugement de laïcs ni ne doivent cesser d'administrer la justice ecclésiastique à cause de l'interdiction de laïcs »¹⁷. Des conciles de l'Eglise d'Angleterre émiront des décrets analogues, déclarant en outre que le roi n'avait pas le droit de prendre ombrage envers les juges ecclésiastiques qui ne faisaient que leur devoir en continuant d'entendre les causes spirituelles, même devant une prohibition.

Les tribunaux ecclésiastiques ne manquaient pas de moyens pratiques pour résister aux prohibitions. D'abord, la loi canonique, au rebours de la loi royale anglaise de l'époque, autorisait ses tribunaux à poursuivre l'instruction et à porter un jugement en l'absence du défendeur même dans les actions personnelles. Ensuite, le défendeur qui faisait défaut à trois citations à comparaître s'exposait à l'excommunication. Et troisièmement « Les autorités spirituelles peuvent aller encore plus loin. Non contentes d'excommunier le défendeur et de prononcer contre lui leur sentence, elles peuvent parfois entamer contre lui une poursuite et le citer devant elles pour répondre de l'offense canonique d'avoir provoqué l'injuste dessaisissement d'une action ecclésiastique par le pouvoir séculier »¹⁸. Bien entendu, cette nouvelle poursuite pouvait elle aussi faire l'objet d'une prohibition si le défendeur s'obstinait.

L'excommunication pour avoir requis un bref de dessaisissement, soulevait la question de voir si le pouvoir royal coopérerait à son application. Normalement en cas d'excommunication, si le proscrit ne cherchait pas l'absolution endéans quarante jours, l'évêque pouvait en informer le roi qui ordonnerait au shérif d'arrêter le rebelle et de le garder en détention jusqu'à ce qu'il soit disposé à être réconcilié. De plus, un excommunié ne pouvait pas intenter d'action devant les tribunaux royaux. Flahiff donne d'amusants exemples de subterfuges employés par les juges ecclésiastiques pour s'assurer l'aide du pouvoir séculier dans de tels cas d'excommunication pour avoir requis un bref de prohibition¹⁹ mais, en général, les autorités royales ne tenaient pas compte d'une excommunication portée à l'encontre de décisions de leur propre juridiction.

En Angleterre, les conflits entre l'Eglise et la couronne à propos des brefs de prohibition furent en partie réglés en 1286 par une ordonnance royale, appelée *Circumspecte Agatis* (Vous agirez prudemment). Le roi qui, précédemment, avait vainement tenté de borner la jurisprudence immobilière des tribunaux ecclésiastiques sur les laïcs aux affaires matrimoniales et testamentaires, admit finalement le droit de ces tribunaux à imposer des pénalités monétaires pour fornication, adultère et autres péchés mortels, à exiger des paroissiens une contribution à l'entretien de leur église et du cimetière, à entendre les plaintes du recteur contre ses paroissiens pour le versement des honoraires habituels pour les services religieux (funérailles, offrandes, dîmes) pourvu que ces sommes n'excèdent pas le quart de la valeur de l'église, ce qui aurait mis en question le droit de patronage (*avouéson*).

Les tribunaux pouvaient en outre allouer des dommages en cas de violence à un clerc, de diffamation et de rupture d'un serment de bonne foi pourvu que la pénitence pour le péché soit incluse. En cas de diffamation ou de violence à un clerc, il était prévu que, si le coupable, condamné à une peine corporelle par le tribunal ecclésiastique, désirait que la peine soit commuée en une amende, le tribunal pouvait le lui accorder sans encourir de prohibition royale.

En France, l'équivalent des brefs de prohibition revêtait la forme de « l'appel comme d'abus » qui permettait le recours direct non seulement des personnes lésées mais de toute personne, clerc ou laïc, aux tribunaux civils et plus tard royaux, pour faire échec aux « abus » de la juridiction ecclésiastique. Ce système semble avoir été beaucoup plus efficace pour limiter cette juridiction que sa contrepartie anglaise.

La juridiction de tribunaux ecclésiastiques a été l'un des principaux griefs de chacune des grandes révolutions nationales, la réformation protestante en Allemagne au XVI^e siècle, la révolution anglaise du XVII^e, la révolution française au XVIII^e, la révolution russe au XX^e siècle. Dans la plupart des pays luthériens et calvinistes, ces tribunaux furent remplacés au XVI^e siècle par des consistoires ou des synodes dont la compétence était d'ordinaire limitée à la discipline des pasteurs et des ministres du culte, pendant que l'Etat prenait en charge la plupart des matières judiciaires civiles et pénales concernant la laïcité, précédemment du ressort de tribunaux ecclésiastiques.

En Angleterre, au contraire, la réformation ne fit que remettre l'autorité du pape aux mains du roi qui continua à maintenir (et même élargir) la juridiction ecclésiastique. Cependant, la révolution puritaine et la restauration transfèrent maintes causes civiles et pénales des tribunaux ecclésiastiques aux tribunaux de la *common law* (ou à la chancellerie). Néanmoins, ce ne fut pas avant le XIX^e siècle, que, dans le sillage de la sécularisation massive introduite par la révolution française, l'Angleterre, par des séries de dispositions législatives, réduisit la juridiction de l'église anglicane à la discipline du clergé, à celle des laïcs pour certains types d'infractions sexuelles et à diverses affaires mineures relatives aux services religieux.

Dans les pays fidèles à l'Eglise catholique romaine, le XIX^e siècle vit aussi l'extension graduelle du champ d'application d'une loi de la révolution française (septembre 1790) qui avait proclamé l'abolition de toutes les juridictions ecclésiastiques. Sauf en Espagne et au Portugal, la juridiction des cours ecclésiastiques sur des laïcs devint entièrement une matière de conscience et leurs décisions n'eurent plus aucune portée légale. En pratique, ces tribunaux religieux limitèrent leur compétence aux questions de mariage, de fiançailles et de légitimité des enfants.

Les historiens continueront certainement à différer dans l'interprétation du conflit entre Becket et Henri II. Peut-être une nouvelle vision pourrait-elle être fournie si l'on considérait ce conflit comme un aspect particulier de la révolution papale et de la formation de la tradition juridique occidentale. Sous cet angle de vue, le fait le plus significatif de ce conflit fut l'extraordinaire tension entre l'autorité ecclésiastique et l'autorité royale avec la résolution finale de cette tension par un compromis juridique.

En affirmant la compétence judiciaire de l'Eglise concernant les questions spirituelles, le parti papal au XII^e siècle définissait le « spirituel » comme comprenant les contrats entre laïcs où intervenait un serment de bonne foi promise, les crimes commis par des clercs et bien d'autres matières que les autorités séculières considéraient comme séculières par essence. Symétriquement, en affirmant la juridiction royale sur les affaires séculières, les zéloteurs du pouvoir royal des divers pays définissaient le « séculier » comme incluant les disputes entre évêques concernant le droit de présenter des candidats aux fonctions ecclésiastiques lucratives, les appels contre les décisions des cours archiépiscopales et d'autres matières que les autorités ecclésiastiques considéraient forcément comme essentiellement spirituelles. Les deux camps étaient également d'avis qu'il devait y avoir deux juridictions distinctes mais ils ne purent se mettre d'accord sur la frontière entre ces deux juridictions, ecclésiastique et royale. Au mieux parvinrent-ils à admettre que les limites devaient être fixées par le droit et non par la force.

Aussi bien Henri II que Becket attachaient une grande importance à la définition légale des frontières entre leurs juridictions respectives. L'un et l'autre portaient de la conviction, alors presque universellement partagée, de la possibilité de trouver une solution légale à la question de la compétence des tribunaux rivaux sur des ma-

tières qui leur tenaient grandement à cœur et où leurs intérêts étaient opposés. Que des gens du roi aient eu recours à la violence était un défi à cet espoir. Il en résulta une réaction indignée presque unanime qui, en contrecoup, contraignit la couronne à abandonner ses prétentions les plus risquées. De toute façon, le temps travaillait en faveur de l'expansion de la juridiction séculière au détriment de l'ecclésiastique, en Angleterre comme dans l'Europe entière. Mais ces déplacements de l'équilibre entre pouvoirs ne devaient se faire que dans un contexte de compétition légale et de compromis.

La concurrence entre les tribunaux ecclésiastiques et laïcs eut des effets durables sur la tradition juridique de l'Occident. La coexistence de juridictions et de systèmes de lois différents devint la marque distinctive de la légalité occidentale. Lorsque Blackstone écrivait qu'au XVIII^e siècle le droit anglais consistait en lois naturelle, divine, internationale, ecclésiastique, romaine, marchande, locales, commune, législative et d'équité, il existait encore plusieurs réseaux de tribunaux administrant ces diverses sortes de lois : tribunaux ecclésiastiques, universitaires, d'amirauté, de *common law*, et d'équité, bien que le parlement et la *common law* aient établi leur suprématie. Même aux Etats-Unis d'aujourd'hui il subsiste une certaine compétition entre les tribunaux fédéraux et ceux des Etats et, de part et d'autre, entre droit fédéral et droit national. D'importantes distinctions ont aussi été reconnues entre le droit international et les droits nationaux, et également entre la *common law* et l'équité. Même lorsque ces corps de lois distincts sont administrés par un même tribunal, la possibilité d'en appeler d'une loi contre une autre crée un espace de liberté.

A la base de la concurrence entre les magistratures ecclésiastique et royale, du XII^e au XVI^e siècle, il y avait le fait que leurs juridictions respectives étaient limitées, ni le pape ni le roi ne pouvant compter sur l'allégeance exclusive d'aucun de leurs sujets. Becket mourut pour le principe de la limitation de la juridiction royale (ce que le roi ne niait point) et qu'il n'appartenait pas à l'autorité séculière seule de décider où les frontières devaient être fixées (c'est là ce que niaient ses assassins). Pendant trois siècles et demi, des dizaines de milliers de pèlerins vinrent de toute l'Europe chaque année à Cantorbery pour célébrer l'intégrité de cet homme se dressant devant le roi pour témoigner de sa conviction.

Lorsque finalement, dans l'esprit du public, l'Eglise (toute confession religieuse) devint une association au sein de l'Etat au lieu d'une association extérieure à l'Etat et non soumise à son autorité, cela fit que la pluralité des juridictions à l'intérieur de chaque état de l'Occident fut engloutie par l'unique juridiction nationale, et les systèmes légaux variés furent de plus en plus absorbés par l'unique système juridique national. Pourtant il reste quelque chose de l'héritage de Becket aujourd'hui. Il y a dans la plupart des pays occidentaux non seulement une opposition résiduelle des juridictions et des règles légales, mais aussi une limitation constitutionnelle à la suprématie de l'Etat dans le domaine des valeurs spirituelles. La résistance de Becket à la prétention royale d'une autorité sur le clergé, se reflète dans la résistance contemporaine à un contrôle de l'Etat sur les croyances et la moralité. Il y a encore des restrictions aux pouvoirs des législateurs et des tribunaux d'intervenir dans les affaires

purement religieuses et de punir les fautes purement morales. Il y a encore des difficultés à définir les frontières légales de ces comportements et de ces activités. Mais il y a encore, ou il y avait encore récemment, dans le public un assentiment général à l'idée que, si les règles posées par l'Etat heurtent une loi plus haute, alors le citoyen a le droit et le devoir de les enfreindre.

Deuxième partie

**LA FORMATION
DE SYSTEMES JURIDIQUES
SECULIERS**

LA FORMATION DE SYSTEMES JURIDIQUES SECULIERS

Chapitre huit

LE CONCEPT DE DROIT SECULIER

La révolution papale donna naissance - nouveautés dans l'histoire - à un état ecclésiastique séparé et autonome, l'Eglise catholique romaine, avec un corps de droit ecclésiastique séparé et autonome, le droit canon. Par cette création même elle créait, autres nouveautés historiques, des entités politiques sans fonctions ecclésiastiques et pourvues d'un ordre légal non ecclésiastique. Le parti papal qualifia de « temporelles » (liées au temps) ces autres entités politiques et de « séculier » (du monde profane) leur ordre légal.

La réduction du caractère sacré du gouvernement séculier se rattache au concept des entités politiques profanes et de leur ordre légal comme non pas unitaires mais multiples et divers. Le nouveau droit canonique était un, de même que la nouvelle entité ecclésiastique était une, tandis que la loi séculière était multiforme, correspondant aux types divers des entités politiques, impériale, royales, féodales, manoriales, mercantiles, urbaines. Ces nouvelles sortes de structures de pouvoir avaient besoin de nouvelles sortes de lois, ne serait-ce que parce que leurs fonctions religieuses, leurs aspects « spirituels » étaient passés aux mains d'une organisation distincte et indépendante qui avait une existence universelle et dont la tête, le « chef », était à Rome.

L'emploi du terme « spirituel » pour caractériser le droit de l'Eglise tendait à exprimer une dimension de sainteté qui manquait aux lois faites par les pouvoirs laïcs touchant les besoins du temps présent et en ce bas monde. Néanmoins, l'ordre profane, y compris ses droits séculiers, n'était plus considéré comme essentiellement chaotique et sans finalité. L'ordre séculier n'était pas affranchi du péché mais il n'était pas irrécupérable, il pouvait être racheté. Il était capable de se laisser régénérer. Au même titre que la loi ecclésiastique, la loi du « siècle » était considérée comme un reflet, si imparfait qu'il fût, de la loi naturelle et ultimement de la loi divine. Elle était régie par la raison et par la conscience. Elle s'enracinait dans la di-

vine révélation. En réalité, la division opérée entre l'ecclésiastique et le séculier présupposait la mission pour l'Eglise de réformer le monde, et par conséquent pour tous les chrétiens (mais spécialement ceux qui ont reçu les ordres sacrés) de contribuer à ramener la loi séculière imparfaite à sa vocation ultime de justice et de vérité.

Il allait de soi que le droit séculier devait se faire l'émule du droit canonique. Tous les systèmes légaux profanes, féodal, *manorial*, mercantile, urbain, royal, adaptèrent à leurs usages respectifs maintes idées et techniques des lois canoniques, tout simplement déjà parce que le droit canon était hautement élaboré et pouvait toujours être pris comme modèle. C'était inévitable puisqu'aux XII^e et XIII^e siècles, la plupart des gens de loi, les juges, les conseillers professionnels et les fonctionnaires des organismes judiciaires séculiers étaient des clercs et, ou bien avaient été formés au droit canon ou bien étaient généralement familiers de ses éléments essentiels. En même temps, les autorités laïques qui résistaient aux empiètements des autorités ecclésiastiques sur la juridiction séculière, étaient par le fait même poussées à donner au droit profane la cohérence et la finesse d'analyse du droit canon.

Evolutionnant en partie par émulation et en partie par rivalité avec le droit ecclésiastique, chacun des types divers de droit séculier tendit à se concevoir, avec bien des degrés de succès, comme un système légal, c'est-à-dire un corps de règles et de concepts complet et organiquement évolutif. Cependant, en comparaison du droit canonique, les nouveaux systèmes légaux étaient beaucoup moins connectés avec les événements politiques et intellectuels de l'époque et beaucoup plus avec les changements diffus d'ordre social et économique. Le droit féodal et le droit *manorial* et, à un moindre degré, le droit mercantile et le droit urbain puis à un moindre degré encore le droit royal, étaient plus enracinés dans la coutume et donc en émergèrent plus lentement que la loi canonique de l'Eglise. Le développement de la conscience de classe de la noblesse féodale et la légalisation de ses relations avec la paysannerie progressèrent beaucoup moins vite et moins visiblement que la conscience de classe du clergé et la légalisation de ses relations avec les autorités séculières.

Au surplus, de nouvelles « institutions » apparaissaient telles que les grandes villes commerciales et les municipalités autonomes dont le caractère différait profondément de celui d'autres institutions telles que les universités et les tribunaux ecclésiastiques. Les différences résultaient en partie de celles des personnes qui s'y groupaient et de leur nombre ; le droit séculier se formait « sur le terrain », il était de ce fait moins programmatique. Et de ce fait, sa croissance était beaucoup moins manifeste. Au moment où les juristes issus des universités commencèrent à synthétiser la loi féodale ou la loi urbaine ou la loi royale, les éléments du droit séculier étaient déjà présents.

En réalité, les premiers systèmes de droit séculier n'avaient pas « besoin » de s'enseigner dans des manuels ni dans des cours d'université pour être acceptés comme des corps de droit intégrés, en voie de croissance mais autonomes. Des ouvrages scolaires ou savants apportaient une aide certes précieuse et ils commençaient à paraître, quoique sans comparaison possible avec la quantité et la qualité de la lit-

térature juridique produite par les canonistes et les romanistes. D'ailleurs, les problèmes concrets qui se présentaient dans les divers secteurs d'activité ne manquaient pas de trouver le chemin des cours de droit universitaires, sans que, là non plus, aucun de ces droits sectoriels n'ait jamais atteint la dignité d'être enseigné comme un thème indépendant dans le curriculum universitaire. En contraste, l'érudition juridique était indispensable dans l'élaboration du système moderne de droit canonique, inimaginable sans livres de textes et cours magistraux ; car une théorie complexe faisait partie intégrante des matières à organiser, et une profession académiquement entraînée était essentielle à la mise en œuvre du système.

Ainsi, le concept de droit séculier, tel qu'il s'est formé vers la fin du XII^e siècle et au XIII^e, était celui d'une variété de systèmes sectoriels en formation, chacun limité à un certain champ d'activités temporelles, puisé aux sources coutumières, imparfait, mais orienté par la foi et soumis à rectification par la raison et la conscience.

COMMENT APPARENT DE NOUVELLES THEORIES SUR LE POUVOIR ET LE DROIT SECULIERS

La thèse que présente ce chapitre est que la science politique occidentale moderne, incluant ses théories de l'Etat et de la loi, ont leurs racines dans les forces qui s'opposèrent dans la révolution papale. Cette thèse rejette la vision classique, encore généralement admise malgré les réfutations de la littérature érudite de spécialistes des événements des XI^e et XII^e siècles, selon laquelle la science politique occidentale moderne a pour sources, d'abord dans la pensée grecque antique, spécialement chez Platon et Aristote, et ensuite dans la résurgence de la pensée grecque classique pendant ce que l'on appelle la Renaissance, c'est-à-dire les XV^e et XVI^e siècles quand (à ce que l'on dit) des états séculiers prirent naissance pour la première fois.

Entre l'antiquité et le XV^e siècle, d'après l'opinion courante, la pensée politique fut dominée par la théorie stoïcienne et patristique telle que l'avait remodelée la théologie médiévale. Or cette théorie et la théologie médiévale sont estimées trop centrées sur la doctrine du christianisme pour pouvoir être considérées comme « modernes ». Assurément, vers le milieu du XIII^e siècle et spécialement avec la première traduction en latin de la « Politique » d'Aristote (1260), il y eut quelques éléments précurseurs (à ce que l'on dit) de la science politique moderne, encore que la pensée politique restât foncièrement théologique et « scolastique ».

Ce n'est qu'au siècle suivant que l'on compte quelques écrivains comme des précurseurs importants des idées et des méthodes modernes d'analyse politique. En particulier, Marsile de Padoue (environ 1275-1342) souligna le principe de consentement populaire comme fondement de tout pouvoir légitime, tant séculier qu'ecclésiastique et, de là, déduisit que le détenteur du pouvoir séculier pouvait être souverain à l'égard de l'Eglise (la dignité de pape n'étant que le poste exécutif prévu par les statuts d'une communauté ecclésiastique). Le premier penseur politique réel-

lement moderne serait, d'après l'opinion courante, Niccolò Macchiavelli (1460-1527), à qui l'on impute souvent le mérite d'avoir le premier employé le terme « Etat » pour évoquer l'entité politique séculière, mais aussi d'avoir fondé la science politique moderne basée sur l'observation empirique et l'analyse rationnelle des institutions.

Il est traditionnellement admis qu'aucune théorie systématique, ou science, de l'Etat n'aurait pu se développer avant la fin du XV^e siècle ou le XVI^e parce que, plus tôt, il n'existait aucun Etat pleinement développé au sens moderne, même si quelques attributs particuliers de la notion d'Etat peuvent avoir existé pendant les derniers temps du XIII^e siècle et durant le XIV^e. L'on argumente en outre que le concept même d'Etat, au sens moderne, est étranger au « Moyen Age » puisqu'il s'oppose à la suprématie du pape ou à son extension sur la chrétienté entière ainsi qu'au système féodal de décentralisation du pouvoir politique et à l'idée chrétienne de sujétion du roi envers Dieu et envers la loi naturelle.

Mais il a été montré dans ces pages que le premier Etat de l'Occident a été édifié à « l'intérieur de l'Eglise » par la papauté dans la dernière partie du XI^e siècle et pendant le XII^e. Ceci ne satisfait pas ceux qui, pour quelque raison non clairement exprimée, estiment que la discussion devrait se cantonner aux états séculiers. Mais même si l'on se plie à cette limitation, il n'est pas difficile de trouver des exemples d'états laïcs modernes qui se formèrent pendant l'apogée du pouvoir des papes, à l'apogée du régime féodal et au maximum d'intensité de la foi en la suprématie de la loi divine et naturelle.

Le royaume normand de Sicile sous Roger II (1112-1154), l'Angleterre sous Henri II (1154-1189), la France sous Philippe-Auguste (1180-1223), la Flandre sous le comte Philippe (1169-1191), la Souabe et la Bavière au temps de Frédéric Barberousse (1152-1190) seraient du nombre de ces exemples possibles, de même que beaucoup de cités libres qui eurent des systèmes élaborés de pouvoir et de droit séculiers dès la première moitié du XII^e siècle, telles que Gênes, Pise, Fribourg, Cologne, Gand, Bruges et des douzaines d'autres. Chacune d'elles était un état moderne au sens d'entité territoriale unifiée, indépendante, sous l'autorité de gouvernants souverains habilités à lever une armée et à mener des guerres, aussi bien que de promulguer des lois et d'imposer leur exécution. Au surplus, pendant les XII^e et XIII^e siècles, des théories sur le gouvernement et le droit séculiers furent élaborées par des penseurs politiques et juridiques pour expliquer et justifier l'existence de ces Etats.

JEAN DE SALISBURY, FONDATEUR DE LA SCIENCE POLITIQUE OCCIDENTALE

Le premier traité du Gouvernement, paru en 1159¹, qui s'affranchit des modèles stoïcien et patristique fut le *Policraticus* de Jean de Salisbury (évêque de Chartres et

ami de Becket) qui souleva une sensation immédiate à travers l'Europe. Sa signification ne peut être mieux mise en lumière qu'en le comparant à un ouvrage antérieur, peut-être le dernier en date (1100) des traités importants pré-occidental (c'est-à-dire pré-moderne) sur le gouvernement, que l'on appelle *Norman Anonymus* ².

Ecrit au moment du paroxysme de la révolution papale, le *Norman Anonymus* présentait un plaidoyer pour le caractère sacré de la royauté, à l'encontre des prétentions du parti papal. L'auteur soutenait que la royauté et le sacerdoce du Christ étaient transférés directement aux rois par le sacrement du couronnement. En tant que lieutenant (vicaire) du Christ, le roi est lui-même divin et il est le pasteur de son peuple. Même, il peut conférer des sacrements. Après son couronnement, selon les traditions byzantine, franque et anglo-saxonne, l'empereur ou le roi entrait dans le sanctuaire et offrait le pain et le vin pour sa propre communion ³. Le monarque est aussi le propitiateur et sauveur de son peuple; il peut donc pardonner les péchés.

Selon le *Norman Anonymus*, la prêtrise du Christ est également transférée à tous les évêques par l'intermédiaire de Saint Pierre. L'auteur dénonçait comme usurpation que le pape s'arroge le droit des évêques de régir les monastères de leur diocèse. L'unicité de Rome, argumentait-il, consiste simplement dans le fait de l'ancienneté sans précédent de son pouvoir politique et militaire. Saint Pierre n'avait conféré à Rome rien de plus qu'à Jérusalem et à Antioche. Le légalisme des canonistes était également critiqué, le droit canonique, disait-il, doit être interprété dans l'esprit du Nouveau Testament. Le mariage des prêtres devait être admis car les prêtres ne sont pas tous appelés au célibat. Le rôle important des laïcs dans l'Eglise était défendu. Le sacrement du baptême était présenté comme fondamental pour tous les autres, y compris l'eucharistie. En toutes ces matières, le *Norman Anonymus* présentait l'ancien régime, l'ordre pré-révolutionnaire qui remontait aux Carolingiens et plus avant.

Le style de l'argumentation est d'un intérêt spécial. Le *Norman Anonymus* n'était pas une évaluation impartiale du pour et du contre des diverses propositions opposées, c'était au contraire un manifeste passionné à caractère dogmatique et prophétique. Il fondait sa conclusion majeure, la vertu christique de la royauté, non pas sur l'expérience concrète mais sur un symbolisme scripturaire, non pas sur une logique de fins et moyens mais sur la liturgie, non pas sur des justifications juridiques mais sur la tradition ecclésiastique.

Dans une mesure considérable, les qualités stylistiques et le mode d'analyse que l'on trouve dans le *Norman Anonymus* convenaient fort bien à la position fondamentale politico-ecclésiastique à laquelle adhérait l'auteur. Mais l'on trouve des caractères de style et de méthode équivalents dans beaucoup d'écrits polémiques du parti papal pendant la deuxième moitié du XI^e siècle et au XII^e. C'est seulement avec la fin du grand affrontement et après les concessions consenties par l'un et l'autre clans, qu'apparaissent un nouveau style et une nouvelle méthode d'analyse puis finalement une nouvelle science sur la nature du pouvoir politique. Les débuts de cette

science se trouvent dans les écrits de juristes, canonistes et romanistes, de la fin du XI^e siècle et des débuts du XII^e.

Le premier traité systématique fut, néanmoins, le *Policraticus* (sur le chef de cité) de Jean de Salisbury qui construisait sur les écrits juridiques antérieurs mais allait plus avant. Le style, certes, n'était pas celui des érudits occidentaux d'aujourd'hui ni même d'un John Locke ou d'un Thomas Hobbes. Ce dernier, qui rejetait en bloc le « scolasticisme », n'aurait eu aucune patience envers le caractère discursif de l'analyse de Jean de Salisbury, son apparent sautellement d'un sujet à un autre, ses références abondantes aux exemples bibliques, sa tendance à faire la morale et surtout ses visibles contradictions. Plusieurs théories diverses du gouvernement étaient suivies, parfois presque en passant. Surtout, il y manquait totalement la théorie politique dominante en Occident dans les époques plus récentes, fondée sur le postulat que, selon les mots de John Dickinson, « la communauté peut s'organiser d'elle-même pour atteindre ses objectifs communs, en élaborant ses institutions de sorte à rassembler les idées de ses membres et à harmoniser leurs visées »⁴.

Quoi qu'il en soit, le *Policraticus* « présente encore en combinaison plusieurs orientations de pensée, dont la dissociation ultérieure allait former les principaux courants de doctrine opposés, pendant nombre de siècles »⁵. Jusqu'à la Réforme, ces courants de pensée continuèrent largement à se mêler, plus tard ils divergèrent, et c'est cette dispersion qui distingue surtout la nouvelle pensée politique.

Ainsi, la thèse de Jean de Salisbury, selon qui Dieu est directement la source du titre royal, préfigurait la théorie du XVI^e siècle sur le droit divin des rois, pendant que sa vision patriarcale de la monarchie préfigurait la conception du XVII^e siècle sur l'absolutisme personnel ; sa thèse d'une loi supérieure s'imposant au gouvernant préfigurait la doctrine de la suprématie du pouvoir judiciaire selon Sir Edward Coke. Enfin, sa doctrine selon laquelle dans toute la mesure où les hommes se garderaient du péché et sauraient vivre de la grâce seule, ils n'auraient nul besoin du pouvoir, préfigurait (comme le note encore Dickinson) le christianisme communiste des sectes extrémistes de la réformation protestante ainsi que les doctrines modernes d'anarchisme philosophique.

Dans le *Policraticus*, Salisbury « reflète la masse plus ou moins confuse d'idées contradictoires dans laquelle les théories politiques à venir étaient primitivement englobées avec ce qui servirait à les limiter et à les corriger »⁶. En ce sens, l'ouvrage peut, à la première lecture, paraître un fascinant méli-mélo, éclectique et syncrétisant. Mais en l'étudiant de plus près, il devient visible que la confusion n'était pas dans les idées de Salisbury mais dans les conditions politiques, complexes et contradictoires de son époque. Et ce fut son mérite de décrire la structure complexe de cette situation politique et d'en rationaliser les contradictions. C'est là ce qui fait du *Policraticus* une œuvre scientifique et pas seulement utopique ou programmatique. A l'opposé de la pensée classique qui envisageait divers types d'autorité politique (monarchie, aristocratie, démocratie) comme des alternatives mutuellement exclusi-

ves, la pensée politique occidentale, débutant avec Jean de Salisbury, les regarda comme coexistant en combinaison les unes avec les autres.

Pendant plus d'un siècle, le *Policraticus* fut considéré dans tout l'Occident comme l'ouvrage faisant le plus autorité sur la nature du pouvoir gouvernemental. Sa suprématie ne fut pas contestée jusqu'à ce que Saint Thomas d'Aquin, s'appuyant sur la *Politique* d'Aristote, publiât *De Regimine Principum*⁷ (sur la Royauté). Même alors il fut reconnu que l'Aquinat avait bâti non seulement sur Aristote mais aussi sur Jean de Salisbury.

Bien que la *Politique* ne fût pas accessible en Occident lorsque Salisbury écrivait son *Policraticus*, cette œuvre présente une forte dimension aristotélicienne, due en partie à la solide formation de l'auteur dans les écrits d'Aristote qui avaient déjà été traduits (certains très récemment)⁸. Il avait d'autres dimensions aussi : les influences stoïciennes et patristiques marquées sont renforcées par les références à la loi naturelle, à la justice, à l'équité et à la raison provenant des textes juridiques de Justinien. En outre, le *Policraticus* empruntait largement aux deux Testaments, à l'histoire de l'Eglise et de l'empire romain, avec leurs contreparties dans les empires byzantin et germano-franc. Toutefois, aucune de ces sources et de ces influences ne fut décisive ; ce qui le fut était la façon dont tous ces apports étaient coordonnés, et cette façon de procéder fut caractéristique de la pensée juridique occidentale à partir de la révolution papale.

Ce dernier point appelle quelque développement, en raison de la tendance des historiens à expliquer le neuf par l'ancien, par ses origines dans le passé, et d'expliquer ainsi à peu près tout, sauf sa nouveauté. Certains disent que la pensée politique médiévale, y compris celle de Jean de Salisbury, était essentiellement dans la tradition des stoïciens et des pères de l'Eglise, complétée par les juristes romains ; qu'Aristote n'avait que peu ou pas d'influence jusqu'à Thomas d'Aquin et que, même après lui, l'aristotélisme n'a jamais été pris au sérieux dans la théorie « politique »⁹. D'autres disent à l'inverse que toute la pensée médiévale, y compris politique, est l'histoire de la traduction d'Aristote, et que la théorie politique de Jean de Salisbury était essentiellement une application de la logique aristotélicienne aux réalités politiques de son temps¹⁰.

D'autres encore soutiennent que la théorie du gouvernement exposée dans le *Policraticus* est essentiellement platonicienne¹¹. Finalement, il est affirmé que le *Policraticus* fut simplement un développement de plus dans la longue tradition des écrits chrétiens sur la position du pouvoir séculier vis-à-vis de l'Eglise, et qu'il appliquait simplement à des circonstances nouvelles la doctrine des « deux glaives » habituellement attribuée au pape Gélase I^{er} qui, au V^e siècle, avait enjoint à l'empereur Anastase de s'en tenir à l'exercice de son pouvoir royal et de laisser à la prêtrise celui de l'autorité sacrée¹². Mais il est aussi affirmé que le *Policraticus* de Jean de Salisbury fut quelque chose de nouveau, qu'il « contient la première théorie politique qui rompe avec les conceptions du Moyen-Age, et conduise vers une ère dans la-

quelle la discussion des droits et devoirs des princes prendra la place de la vieille théorie des deux glaives »¹³.

Ce qu'il y avait de neuf dans le *Policraticus*, en premier lieu, c'était l'effort de l'auteur pour assembler amplement les théories, les textes et les exemples provenant des sources les plus diverses et différemment orientées : Platon, Aristote, Cicéron, Sénèque, Virgile, Ovide, l'Ancien Testament, le Nouveau Testament, les pères de l'Eglise, les juristes romains cités par Justinien, les textes glosés par les contemporains de Jean de Salisbury, les juristes de droit canon et d'autres, et d'entreprendre de les synthétiser. Tous faisaient en un certain sens autorité mais en un autre sens étaient soumis à critique, à la lumière des autres. C'était la première application à la science politique de la méthode (qualifiée plus tard de « scolastique ») qui avait déjà été appliquée avec beaucoup plus de rigueur au droit romain par Imerius et ses successeurs, à la théologie par Abélard (sous lequel Jean de Salisbury avait étudié) et au droit canon par Gratien (dont le *Decretum* lui était familier).

En second lieu, Jean de Salisbury équipa son effort de synthèse d'une méthode dans laquelle il utilisait des concepts qui combinaient effectivement des normes contradictoires grâce à la mise en évidence de leurs qualités communes. Peut-être l'exemple le plus important de ce procédé fut l'emploi du mot latin *princeps* (le prince) pour évoquer non pas un prince particulier ni une de ses fonctions déterminée mais un dirigeant quelconque, c'est-à-dire tous les princes en général. Dans les écrits romains classiques et post-classiques, *princeps* avait été employé pour évoquer l'empereur romain. Ce n'était pas n'importe quel gouvernant ni plus d'un gouvernant qui était « le prince » mais seulement le détenteur de la fonction d'empereur. Dans les siècles suivants, le titre fut usurpé par l'empereur franc, plus tard par d'autres rois et finalement par la papauté, mais il était employé pour évoquer une seule personne ou une seule fonction, autrement dit, « princeps » désignait le gouvernant suprême ou la fonction de dirigeant suprême d'une entité politique déterminée. C'est pourquoi, dans la lutte entre la papauté et l'empereur, il importait à chacun de s'approprier le titre de princeps et les textes romains qui s'y attachaient.

De plus, avant la révolution papale, le caractère de l'organisme dont le *princeps* était la tête, n'était pas territorial mais plutôt, selon l'expression de Gerhard Ladner, fonctionnel¹⁴, c'est-à-dire que les pouvoirs et les devoirs du prince étaient étudiés en termes de la relation d'un seigneur à son vassal ou d'un maître à ses serviteurs ou d'un prêtre à ses paroissiens, ou du Christ à ses disciples, sans égard au caractère de la collectivité gouvernée, en tant que groupe de gens attachés à un territoire, à un pays déterminé. Jean de Salisbury, au contraire, cherchait à analyser le thème général des relations politiques et légales entre un gouvernant et ses sujets dans un ensemble territorial. Le prince pouvait être empereur ou roi ou duc ou quelque autre dirigeant. Les sujets du prince formaient une *res publica* (une république, un *commonwealth*) sur la région où il exerçait son pouvoir.

Ainsi, dans le *Policraticus*, le mot « prince » en vint à désigner quelque chose de fort semblable, mais non identique, à ce que les auteurs des siècles suivants appellèrent l'Etat. Cela voulait dire « une forme de pouvoir public... constituant l'autorité politique suprême sur un certain territoire délimité »¹⁵. Dans le *Policraticus* même, le prince est expressément défini comme « le pouvoir public »¹⁶. Ce que le mot ne signifiait pas, en revanche, c'est ce qu'on a fait dire au mot Etat à partir du XVI^e siècle, à savoir « une forme de pouvoir public distincte du gouvernant et des gouvernés »¹⁷. Dans le *Policraticus*, le prince est un concept général mais pas encore un concept abstrait, le prince, en tant que pouvoir public, est encore vu comme « la tête » dont la tâche est de maintenir en bon état (*status*) la chose publique vue comme « le corps ». Le changement linguistique significatif, au XVI^e siècle, consista à identifier « l'état de la république », que jusqu'alors le prince avait le devoir de diriger et de servir, avec « l'autorité » politique suprême, avec la « forme » même du pouvoir public¹⁸.

Ayant converti le terme prince en un concept général, Jean de Salisbury était en mesure de développer une théorie du gouvernement fondée sur la distinction en deux types généraux de prince, qui étaient contradictoire l'un de l'autre, tout en étant des espèces d'un genre commun. Les princes du premier type gouvernaient selon la loi, l'équité et le « principe du bien commun ». Les princes du second type gouvernaient par la force, ne servant que leurs propres et mauvaises fins, c'étaient des « tyrans... par qui les lois sont anéanties et les peuples réduits en servitude »¹⁹.

Une distinction semblable entre un roi respectueux du Droit et un tyran peut se trouver dans les écrits patristiques et dans la pensée grecque antique. Mais la théorie de Jean de Salisbury est beaucoup plus complexe que les précédentes car elle admet, pour en tirer des conclusions, à la fois l'unité et la nature contradictoire des deux types de gouvernement. Comme le roi respectueux du Droit, le tyran tient son pouvoir de Dieu car « tout pouvoir provient du Seigneur Dieu »... « Quand la volonté du gouvernant est tournée vers la cruauté envers ses sujets,... c'est ce qui accomplit le bon plaisir du Seigneur qui les punit ou les châtie... car les hommes droits considèrent que le pouvoir doit être respecté même quand il tombe comme un fléau sur les élus »²⁰. Les lois du tyran doivent être obéies. Même quand ce sont de mauvaises lois, la volonté de Dieu s'accomplit dans leur résultat. Dieu « se sert de notre mauvaiseté pour réaliser le bien qu'il veut. C'est pourquoi le gouvernement d'un tyran vaut mieux que point, encore que rien ne soit plus détestable que la tyrannie »²¹.

Cependant ce raisonnement plus ou moins traditionnel a été graduellement infléchi. Un mauvais gouvernant, fit-on remarquer, ne peut pas plus échapper au jugement de Dieu qu'un mauvais peuple. Et si ses fidèles sont patients et se détournent de leurs péchés, la volonté de Dieu les libérera finalement de leur oppresseur. L'histoire des tyrannies montre que les dirigeants pervers sont d'ordinaire punis. Mais il faut aller plus loin, si le tyran commande à un sujet d'agir à l'encontre de sa foi, le sujet doit désobéir. « Certaines choses sont si détestables... que nul commandement ne peut les justifier ou les rendre permmissibles »²². Par exemple, si un chef

militaire ordonne à un soldat de renier Dieu ou de commettre un adultère, le soldat doit refuser²³. Plus généralement, « si (le prince) résiste aux commandements divins et s'y oppose, et qu'il veuille me faire partager sa guerre contre Dieu, je dois répondre avec une voix assurée que Dieu doit être préféré à tout homme sur terre »²⁴.

Ainsi le lecteur est placé devant deux règles contradictoires : les lois du tyran doivent être obéies car le tyran gouverne par la volonté divine; cependant il faut leur désobéir quand elles sont contraires aux lois de Dieu. A première vue la seconde règle apparaît comme une exception à la première, applicable seulement dans le cas des ordres particulièrement odieux. Mais la tyrannie même peut être contraire aux lois divines. La contradiction est poursuivie toujours plus avant. Finalement, le lecteur est confronté avec la surprenante constatation « qu'une personne peut avoir le devoir non seulement de désobéir au tyran mais même de le tuer, le fameux droit et devoir du tyrannicide que Jean de Salisbury a, le premier parmi les écrivains occidentaux, dégagé et développé en doctrine en le défendant avec des arguments raisonnés.

Il commence par la résistance passive : « Si les gouvernants se sont écartés peu à peu de la bonne route, même alors il n'est pas bon de les renverser immédiatement et totalement; il vaut mieux réfuter l'injustice par de patients reproches jusqu'à ce qu'il devienne évident qu'ils ont "la nuque raide" dans leur mauvaise conduite »²⁵. Toutefois, en dernière analyse, toute personne peut se trouver en devoir de restaurer la loi, en tuant le tyran qui s'est placé lui-même hors la loi :

« Tuer un tyran n'est pas seulement conforme à la loi, cela est juste et bon. Car celui qui prend l'épée mérite de périr par l'épée. Et il est considéré comme ayant pris l'épée, celui qui l'usurpe dans sa témérité et ne reçoit pas le pouvoir de la main de Dieu pour le servir. Par conséquent, le Droit arme justement celui qui s'attaque à qui désarme les lois, et le pouvoir public se déchaîne contre celui qui a entrepris d'anéantir la force publique. Et pendant qu'il y a maintes actions équivalant à la lèse-majesté, aucune n'est un crime plus grave que d'agir à l'encontre du corps du Droit même. La tyrannie n'est donc pas simplement un crime public mais, s'il était possible, un crime plus que public. Et si devant un crime de lèse-majesté tout homme est admis à se porter accusateur, combien davantage cela devrait-il être vrai devant le crime de subvertir le Droit qui doit s'imposer aux empereurs mêmes ? Assurément personne ne voudrait prendre la défense d'un ennemi public, mais plutôt quiconque ne cherche pas à le faire passer en jugement, commet une faute contre soi-même et le corps entier du bien commun temporel »²⁶.

En établissant l'unité fondamentale de deux normes opposées, gouvernement par la loi et gouvernement par la force, Jean de Salisbury a fourni un fondement pour des théories postérieures de la science politique occidentale. La complexité et la modernité de telles théories ont été favorisées par le fait que les règles contradictoires que Jean postulait, correspondaient aux réalités politiques contradictoires de son

époque. Cependant, il n'a jamais spécifiquement identifié ces réalités dont il était contemporain et ne s'y est jamais référé. En dépit, ou peut-être en raison, du fait qu'il était en rapports personnels avec les personnages les plus influents de son temps, y compris des papes et des antipapes, des rois et des tyrans, Jean évita de citer des noms et laissa à ses lecteurs le soin d'appliquer ses analyses aux héros et aux vilains de la vie publique. Nul doute qu'il eût été politiquement risqué, pour lui, d'agir différemment.

Cela eût été, de plus, le détourner de son objectif principal qui était d'explorer les dilemmes théoriques fondamentaux du droit et du pouvoir, auxquels se trouvaient confrontés les nouveaux états séculiers qui se développaient. Mais comment pouvait-il analyser des normes politiques et constitutionnelles de façon réaliste sans citer des cas concrets du moment ? La réponse est donnée dans le *Policraticus* d'une façon typique de la méthode scientifique du XII^e siècle.

Un grand nombre de cas concrets étaient présentés mais ils étaient tirés de l'histoire ancienne de la Grèce et de Rome, de l'Ancien Testament, de l'histoire de l'Empire romain etc. Les problèmes qui guidaient le choix de ces exemples n'étaient cependant pas ceux qui avaient tracassé les anciens, Grecs, Romains, Hébreux et les autres prédécesseurs de Jean et de ses contemporains. C'étaient les problèmes politiques sous-jacents du XII^e siècle qui faisaient l'objet des débats dans les universités, à la curie papale et dans les centres de vie politique et culturelle, en Angleterre, en Normandie, en Italie du Sud, en Lombardie, en Saxe, en Souabe, en France, en Flandre, en Hongrie, en Pologne, en Espagne, et ailleurs en Europe. Il est vrai que les nombreux exemples étudiés, les situations concrètes analysées parfois assez longuement, figuraient dans des documents littéraires portant sur des faits survenus dans des civilisations anciennes, mais cela n'était pas aussi inapproprié qu'il peut le paraître d'abord. Une qualité empirique et déductive se trouvait ainsi introduite, un souci de l'expérience objective, une casuistique, même si les problèmes étaient habillés de costumes bibliques, gréco-romains ou d'autres époques révolues. Le résultat fut un livre qui ne décrivait ni une utopie de république idéale ni une chronique d'un temps de décadence, tout en contenant certains éléments de l'un et de l'autre tableau. La combinaison de qualités empirico-déductives et de qualités éthico-normatives constituait, en réalité, une nouvelle variante de style et de méthode, propre au *Policraticus*.

Une illustration de cette combinaison de méthode éthico-normative et de méthode empirico-déductive est le traitement, dans le *Policraticus*, du problème fondamental du choix d'un nouveau prince quand un trône devient vacant. En général les traditions tribale, féodale et impériale avaient de même souligné deux principes de base en matière successorale : l'hérédité et l'élection. La solution idéale était que les hommes influents élisent le fils aîné du gouvernant décédé. Cependant, lorsque le fils aîné ne ralliait pas suffisamment de suffrages parmi ces notables, on était dans l'embarras. Certains pouvaient préférer un autre fils ou un frère ou cousin ou d'autres parents. Plus était étroite sa parenté avec le défunt, par le sang ou par ma-

riage, plus il était aisé à un candidat de recueillir l'appui de ceux qui avaient titre à élire un successeur, à moins qu'il y eût un rejet majoritaire de la dynastie entière.

Avant la révolution papale, le rôle des dignitaires ecclésiastiques dans le choix d'un successeur n'était guère différent du rôle des magnats laïcs. Les évêques et les autres personnalités cléricales étaient eux-mêmes des conseillers d'empereurs et de rois, des seigneurs féodaux et même des chefs de clan ou des membres d'une dynastie. Avec la centralisation du pouvoir clérical aux mains des papes et la distinction entre l'autorité ecclésiastique et l'autorité séculière, l'Eglise commença à jouer un rôle distinct et indépendant dans le jeu des influences sur l'élection au trône royal. De ce fait, un facteur supplémentaire de complication s'ajoutait à la grande incertitude qui entourait souvent ce problème de succession.

En 1159, quand Jean de Salisbury écrivait le *Policraticus*, une nouvelle dynastie avait été récemment fondée en Angleterre normande par un monarque puissant qui se préoccupait beaucoup d'assurer sa succession à ses descendants (en 1170, Henri II fit couronner d'avance son fils aîné, Henri, et en 1172, il le couronna de nouveau, avec sa femme). Jean était tout à fait au courant des tendances dans le même sens pour renforcer le principe héréditaire dans d'autres pays, notamment dans la Sicile normande (et en Italie méridionale) et dans la France capétienne. Il était aussi au fait des problèmes relatifs à l'élection de l'empereur. Un système se développa, principalement depuis 1125, selon lequel la succession impériale était déterminée principalement par le vote d'un certain nombre de princes des divers duchés (surtout germaniques) ; finalement le nombre des « électeurs » fut fixé à sept, y compris trois archevêques (Mayence, Cologne et Trèves). Toutefois, l'élection fut d'ordinaire fortement influencée en faveur de la dynastie impériale régnante et, en fait, la couronne impériale tendit à passer au fils le plus âgé de l'empereur défunt ou à l'un de ses proches parents.

Au XII^e siècle et par la suite, les juristes, qu'ils soient romanistes ou canonistes, eurent beaucoup à dire sur ces sujets. Ils tendirent à les analyser en termes d'une large variété de questions assez étroites, telles que les règles de succession en ligne masculine et en ligne féminine ou la source du droit d'élire un roi ou empereur, la validité des procédures d'élection et l'effet des excommunications sur la légitimité de l'élu. Ces questions étaient discutées par les juristes à la lumière de divers textes autorisés et de doctrines légales, à la lumière de coutumes et de décrets et à la lumière de cas historiques concrets ²⁷.

Le *Policraticus* ne poussa pas très loin les aspects légaux de la question successorale royale, en revanche il chercha à établir une solution théorique du conflit entre le principe d'hérédité et le principe d'élection et de justifier l'intervention ecclésiastique. Les « cas » choisis aux fins d'illustration ou de raisonnement n'étaient pas tirés de l'histoire de l'Europe. L'on trouve une discussion sur l'élection de Josué pour succéder à Moïse : « Moïse convoqua toute la synagogue afin qu'il puisse être choisi en présence du peuple de sorte que, par la suite, personne ne puisse porter une ombre

sur son titre ». D'autre part, ce fut Dieu lui-même qui dit à Moïse de choisir Josué comme chef.

Et Jean de commenter ce passage : « Clairement, il n'y a pas d'acclamation populaire, aucune discussion du titre en fonction de la filiation, aucun examen portant sur les relations familiales »²⁸. Mais ensuite un autre fait est mentionné d'après la Bible, l'histoire des filles de Salphaat venant devant Moïse pour réclamer l'héritage de leur père. Leur pétition « était fondée en justice car les terres et domaines qui appartenaient à un homme doivent être laissés à sa parenté et autant que possible aussi sa fonction publique. Mais le gouvernement du peuple doit être transmis à celui que Dieu a choisi, c'est-à-dire à un homme qui a en lui l'esprit de Dieu... et qui a marché selon les jugements du Seigneur »²⁹. D'où la conclusion de Jean de Salisbury pour devenir prince : il faut être choisi par Dieu » ce qui signifiait qu'il faut avoir l'approbation de l'autorité ecclésiastique. Comme le prince doit être soumis à Dieu, il doit l'être à la prêtrise « qui représente Dieu sur terre »³⁰. Il est « ministre du pouvoir sacerdotal » qui lui a remis le glaive temporel, le « glaive de sang » que le sacerdoce est trop pur pour manier lui-même »³¹.

Il n'est pas méconnu par là que l'hérédité soit un facteur important dans la transmission du pouvoir princier. Jean expose ceci : « Il n'est pas juste d'ignorer en faveur d'hommes nouveaux le droit du sang conféré aux princes par la divine promesse et les lois sur la famille, impliquant que leur titre soit hérité par l'un de leurs propres enfants »³². L'élection était aussi un facteur important. Jean citait un passage fameux du Digeste de Justinien se référant au transfert du pouvoir à l'empereur par le peuple romain et en déduisait que le prince est le « représentant » ou « vicaire » du peuple³³. Cependant, il déniait un caractère absolu à l'un comme à l'autre des deux principes. L'hérédité crée une présomption de droit au trône qui doit être confirmée par l'élection mais le sacerdoce, c'est-à-dire la papauté, a une voix décisive lorsqu'il est d'un intérêt suprême pour l'Eglise de s'en prévaloir. La théorie sur laquelle cela se fonde est que le titre royal provient de Dieu, *soit* par l'hérédité, *soit* par l'élection, *soit* par quelque autre moyen que Dieu, dans des circonstances données, choisit d'appliquer³⁴.

Cet exemple illustre la synthèse des opposés, caractéristique de la pensée scolastique au XII^e siècle. Plus spécifiquement, il montre la combinaison du raisonnement éthico-normatif et du raisonnement empirique et déductif. L'aspect éthico-normatif est évident, : d'abord, le prince doit suivre les jugements de Dieu et s'efforcer d'obéir à ses commandements, deuxièmement, le pape qui est chargé de la responsabilité suprême d'interpréter la volonté divine, détermine si un candidat au trône est hérétique ou schismatique ou tout autre ennemi de l'Eglise. Un tel candidat ne sera pas qualifié quelles que soient les prétentions que lui ouvrent l'hérédité ou l'élection. L'aspect empirique et déductif est moins manifeste mais réel. En premier lieu, tout l'exposé est inspiré par les réalités qui conditionnent la succession aux trônes européens au XII^e siècle et par la suite, hérédité, élection et intervention papale³⁵.

En second lieu, les recours de Jean à la Bible et à la littérature grecque ou romaine pour choisir des exemples concrets donne au *Policraticus* une large assiette empirique d'où tirer des conclusions. Les cas contemporains en Europe étaient trop proches des témoins pour être analysés objectivement en termes de théorie « politique » ; ils ne pouvaient être analysés objectivement qu'en termes de théorie juridique parce qu'en ce domaine le vocabulaire d'analyse était plus restreint et défini une fois pour toutes par les textes autorisés. Les cas contemporains étaient aussi trop compliqués, l'on en savait beaucoup trop de choses et donc il était difficile de les simplifier. Les exemples tirés de l'antiquité étaient pour Jean de Salisbury et ses concitoyens ce que sont pour les théoriciens modernes les exemples tirés de cultures non occidentales. Ils fournissaient une sorte de contexte anthropologique universel.

En étroite liaison avec 1) l'effort de synthèse de normes opposées, 2) en usant de concepts généraux, 3) qui correspondaient aux réalités empiriques, il y eut une quatrième innovation de méthode scolastique que Jean de Salisbury fut le premier à appliquer à l'étude des institutions politiques séculières. C'était l'effort pour saisir l'ensemble de la matière étudiée comme un tout unique, un système intégré et de façon caractéristique en dépeignant cet ensemble en termes organiques comme un « corps ».

Le *Policraticus* introduisit dans la pensée européenne, pour la première fois, une théorie organique de l'ordre politique séculier. Ce fut le premier ouvrage européen élaborant la métaphore que chaque principauté, c'est-à-dire toute entité territoriale gouvernée par un dirigeant, est un corps. Le prince est comparé à la tête, le sénat au cœur, les juges et les dirigeants provinciaux sont les yeux, les oreilles et la langue, les soldats sont les mains, les laboureurs les pieds. L'analogie est poussée jusqu'à faire des agents du fisc et des gérants du trésor royal l'estomac et les intestins qui « s'ils deviennent congestionnés par une excessive avidité et retiennent si tenacement leurs accumulations qu'ils provoquent d'innombrables et incurables maladies, de telle sorte que par leur insalubrité le corps entier est menacé de destruction »³⁶. Des métaphores du même genre peuvent être trouvées dans la pensée politique grecque antique, Jean de Salisbury était familier de leur emploi au moins par Plutarque et il s'en servit.

Néanmoins, dans le *Policraticus*, la métaphore physiologique a des aspects qui lui sont propres. Ils font penser à la théorie moderne des systèmes, avec ses flux, sa subordination et sa hiérarchie, son *feedback*, son contrôleur et son programme. La métaphore organique postule que le gouvernement, l'ordre politique est naturel à l'homme. Ce n'est pas quelque chose de nécessairement imposé sur la société par la force ni qui ait pour origine un pacte ou une convention formelle. Les deux formules, la théorie coercitive et la théorie contractuelle, avaient été élaborées par les stoïciens et les pères de l'Eglise et avaient dominé la pensée politique en Occident avant les XI^e et XII^e siècles³⁷.

L'une et l'autre reposaient sur une vue essentiellement statique de la nature humaine. Toutes deux supposaient qu'à l'origine, l'homme vivait dans un état de vertu ou bien un paradis terrestre ou bien, en Israël, sous les patriarches, Moïse et les Judges. Par son penchant naturel au péché, cependant, l'homme avait annulé la loi pacifique de charité ou loi supérieure. La régulation positive lui avait été imposée par le gouvernement contraignant de monarques, ou bien le conflit endémique l'avait amené à consentir, par une sorte de contrat social, au gouvernement monarchique. Qu'ils aient été établis par la violence ou par un pacte consensuel, les pouvoirs politiques étaient conçus comme une réaction à la méchanceté de l'homme plutôt que la réponse à une aspiration fondamentale à vivre en paix et harmonie.

Le concept organique du pouvoir politique et de son caractère naturel, que l'on trouve dans le *Policraticus*, s'apparente davantage à la pensée aristotélicienne qu'à celle des stoïciens et des pères. Bien que la *Politique* d'Aristote n'ait pas été accessible à Jean de Salisbury, il partageait avec Aristote une vision de la communauté politique comme sujette à la loi naturelle qui est la raison et l'idée que la nature et la raison exigent du prince qu'il gouverne suivant la justice et l'équité. Cette façon de voir est explicite dans le *Policraticus* et implicite dans la métaphore du « corps politique ». La métaphore du corps est corroborée par une vision territoriale de la communauté politique. Cela aussi était également naturel aux concepts grecs classiques d'unité organique et de division des tâches entre gouvernants et gouvernés. Concepts qui devenaient de plus en plus acceptables à mesure que la société se détachait rapidement des modes de maintien de l'ordre familiaux aux communautés tribales, locales et féodales, puis des pratiques du saint empire germano-franc, pour évoluer vers des entités politiques à vastes territoires, plus ou moins consolidées par des gouvernements centralisés relativement puissants.

Cependant, ce serait une erreur de penser que les concepts classiques des grecs, notamment ceux d'Aristote, signifiaient la même chose pour Jean de Salisbury et ses contemporains. La prémisse même de la théorie aristotélicienne, exprimée dans le premier paragraphe de la *Politique*, à savoir, que la finalité la plus haute de la vie humaine réside dans le bien commun de la communauté politique³⁸, n'était acceptable pour la pensée chrétienne médiévale qu'à travers une série de réinterprétations qui eussent semblé fort étranges à Aristote. Dans le *Policraticus*, il est tenu pour acquis que la communauté politique est subordonnée au salut des âmes humaines selon le jugement de Dieu. La « nature » d'Aristote est conçue par Jean de Salisbury comme un instrument de la volonté divine. La « raison » d'Aristote est prise par lui comme une preuve de la révélation divine. Ce n'est qu'avec beaucoup de difficulté et par une dose élevée d'abstraction que de telles vues peuvent être conciliées avec la pensée aristotélicienne. Un peu plus d'un siècle après Jean, Thomas d'Aquin peina à démontrer que le naturalisme séculier et le naturalisme religieux, dans la mesure où l'un et l'autre visent la nature « humaine » et spécialement la nature « morale » et « rationnelle » de l'homme, conduisent effectivement à des conclusions semblables en partant de prémisses différentes. Mais la différence des points de départ ne peut jamais être oblitérée et revient toujours hanter la discussion.

Un autre aspect de la théorie de Jean de Salisbury n'était pas seulement difficile à concilier avec la pensée grecque mais lui était absolument inacceptable : que Dieu se manifeste dans deux communautés adverses au même moment et à un même endroit et que tout chrétien vit en même temps dans l'une et dans l'autre, la communauté régie par l'autorité temporelle et la communauté régie par le sacerdoce. Et pourtant la communauté temporelle, le prince et ses sujets, sont aussi membres de la communauté ecclésiastique, l'Eglise, et relèvent de son autorité. De plus l'Eglise, tout en ayant la qualité d'une communauté spirituelle qui n'est pas de ce monde, a aussi une dimension politique. Elle aussi est un corps gouverné par une tête, un prince (appelé pape) et en poursuivant ses fins spirituelles, est inévitablement impliquée dans les affaires temporelles, autrement dit séculières³⁹.

Ainsi, la métaphore grecque de corps politique et le concept aristotélicien situant la source du gouvernement dans la nature et la raison, étaient utilisés par Jean de Salisbury dans un contexte historique complètement étranger tant aux Grecs qu'à la théorie aristotélicienne. La communauté politique qui, pour Aristote, signifiait l'entière vie sociale du peuple occupant un territoire donné, était scindée en deux corps, celui de l'Eglise et celui de l'entité séculière que ce soit un royaume, un duché, une cité ou un empire. A vrai dire, les penseurs occidentaux ne pouvaient concevoir l'idée d'une communauté séculière qu'après que la révolution papale eût divisé l'Occident en entités politiques ecclésiastique et séculière.

Auparavant, donc, la communauté politique, gouvernée par des rois et des empereurs consacrés, était totalement mélangée avec l'Eglise. Ni l'une ni l'autre n'était un corps au sens grec, et l'ensemble des deux, comme communauté chrétienne, était qualifié de corps dans un sens différend, mystique, à savoir le corps spirituel du Christ. Ainsi, pour Saint Augustin, prêtres et évêques vivaient dans les mêmes deux cités, la céleste et la terrestre, comme les autres saints et pécheurs, et ni l'une ni l'autre n'était une entité politique organique. Ce fut seulement avec la division de la chrétienté occidentale en deux entités politiques, l'une ecclésiastique et l'autre séculière, dans la seconde partie du XI^e siècle et au XII^e, que la théorie organique grecque devint applicable en Occident mais seulement pour une moitié, celle séculière.

En vérité, les circonstances dans lesquelles les modes de pensée grecs furent appliqués par Jean de Salisbury et d'autres écrivains de son temps, étaient tellement différentes de celles où ces modes de pensée s'étaient formés, qu'il est surprenant que Jean et les autres aient réussi à les appliquer tant bien que mal. Jean se préoccupait surtout d'expliquer et d'influencer une situation qu'Aristote aurait trouvée complètement étrange, à savoir la coexistence d'un grand nombre de royaumes, de principautés, de domaines féodaux, de cités et d'autres entités politiques autonomes, à l'intérieur d'un état ecclésiastique centralisé. Ce fut le génie de Jean, que de construire une théorie, dégagée en partie d'éléments aristotéliciens, stoïciens, et autres (romains, hébraïques, patristiques, byzantins, franciques), qui pût interpréter cette situation en termes à la fois normatifs et empiriques.

THEORIES DES JURISTES, ROMANISTES ET CANONISTES

Jean de Salisbury fut fortement influencé par les écrits des juristes de droit romain ou canonique de son temps, engagés comme lui dans un effort herculéen pour formuler une théorie du pouvoir et du Droit qui, d'une part tiendrait compte des réalités de l'époque et d'autre part mettrait des bornes à l'exercice arbitraire du pouvoir par les autorités temporelles. Les juristes, cependant, travaillaient plus étroitement que Jean au contact des textes en vigueur et tendaient plus que lui à se concentrer sur les problèmes susceptibles de solutions concrètes.

Les romanistes prenaient pour champ d'études les lois romaines contenues dans les textes retrouvés de Justinien, enrichis par de nouveaux concepts déduits du droit canon et des systèmes en voie d'élaboration des droits féodaux, urbains et royaux, ainsi que de la théologie et de la philosophie. Les textes romains en eux-mêmes révèlent peu de notions théoriques de politique ou de droit, de quelque nature que ce soit; ce que l'on y trouve consiste en références dispersées à la raison, à la justice ou à l'équité, et aux pouvoirs de l'empereur et des magistrats sous ses ordres. Par moments, des principes très larges sont discutés brièvement, tels que « la justice consiste à rendre à chacun son dû » ou « ce qui plaît au prince a force de loi ». Plus fréquemment, des références de ce genre sont rattachées à des règles légales spécifiques. Par exemple, Gaius est cité comme disant que la raison naturelle tient pour légal que tout homme se défende contre une attaque violente. Il restait aux étudiants de ces textes, les glossateurs des XII^e et XIII^e siècles, à les grouper de sorte à en faire un système de concepts généraux concernant le champ d'action, le caractère et les limites du pouvoir politique.

Les canonistes de cette époque travaillaient dans le même sens exactement, mais étaient moins limités quant à leurs sources autorisées. Tout en n'hésitant pas à se servir des textes de Justinien, en fait de théorie ils tendaient à explorer d'abord d'autres zones, les nombreux canons issus de conciles ecclésiastiques des XII^e et XIII^e siècles, les abondants matériaux législatifs et judiciaires provenant de la curie pontificale au jour le jour, le *jus antiquum* systématisé par Gratien, les écrits d'Abélard, de Pierre Lombard et d'autres théologiens contemporains, ceux de pères de l'Eglise et les deux Testaments. Les canonistes pouvaient être aussi techniciens que les romanistes, et les romanistes aussi philosophes que les canonistes, mais dans l'ensemble, les canonistes avaient tendance à peindre d'un pinceau plus ample que les romanistes encore qu'il y eût rarement unanimité dans chaque groupe dans les questions controversées.

Un excellent exemple d'application du droit romain à la théorie politique est la manière dont le romaniste le plus éminent de ce temps, Azo (1150-1230) développa les textes de loi romaine concernant la *jurisdictio* et l'*imperium* en un concept de souveraineté⁴⁰. Le Digeste déclare : « *jurisdictio* est une fonction très large car elle peut conférer possession sur les biens et en transférer la possession, elle peut nommer des tuteurs pour les orphelins qui n'en ont pas, assigner des juges à des plai-

deurs ». C'est là ce que le droit romain de Justinien fournit de plus précis en fait de définition de la *jurisdictio*. D'autres textes donnent des exemples de conditions sous lesquelles elle existe et quelque indication de la raison pour laquelle ces conditions lui sont imposées. Il est dit, par exemple, que celui qui juge entre des parties n'a juridiction que s'il est à la tête d'un tribunal ou détient une autre juridiction. Autrement dit, l'agrément de parties privées ne crée pas de « *jurisdictio* ». Dans une autre disposition, il est dit que celui qui a une *iurisdictio* ne doit pas s'en servir sur sa famille ou ses collègues. Une autre encore indique qu'un proconsul a *plenissima iurisdictio* (la *jurisdictio* la plus complète) et par conséquent il a dans sa province *maius imperium* (le pouvoir le plus élevé) utilisable en toute matière et qui n'est dépassé que par celui de l'empereur ⁴¹.

Imperium (pouvoir du commandant en chef) reste lui aussi sans définition dans les lois de Justinien. Des exemples sont donnés de son exercice, d'où il apparaît que parfois *imperium* et *iurisdictio* peuvent être employés indifféremment, mais d'autres fois doivent être distingués l'un de l'autre. *Imperium* est dit de trois sortes :

1) *maius imperium* (pouvoir suprême) dont le détenteur peut prononcer un jugement définitif en tous domaines où il a *iurisdictio* ;

2) *merum imperium* (pouvoir pur) dont un exemple est le pouvoir de prononcer la peine de mort en cas de crimes capitaux ;

3) *mixtum imperium* (pouvoir mixte) dont un exemple est le pouvoir inclus dans la juridiction sur les affaires civiles. Toute *iurisdictio* est dite impliquer au moins une dose modérée de contrainte. En un certain endroit la *iurisdictio* sur les crimes capitaux est assimilée au pouvoir ⁴².

En regard de ce tableau plutôt chaotique, Azo, citant son grand prédécesseur Irnerius (1060-1125), le fondateur de la science juridique romaniste, a commencé par noter que les références pertinentes du Digeste omettent de définir *iurisdictio* et se bornent à en donner des exemples. Ensuite, il propose une définition qui embrasserait tous ces exemples, *iurisdictio*, dit-il, est le pouvoir et devoir publiquement établis de prononcer un jugement et d'assurer la justice. Il tirait sa définition en partie de l'étymologie de la tâche assignée, *ditio* (*dictio*) dit-il, signifie pouvoir (*potestas*) (c'est-à-dire le pouvoir d'énoncer) et *ius*, *iuris* signifie ce qui est droit, « ce qui vient à dire que *iurisdictio* est pouvoir légitime » ⁴³.

Après quoi, Azo se mit en devoir de classer en quatre branches les divers emplois de *iurisdictio* dans le droit romain. Là, il joua de ruse avec les sources, ruse qui paraît pleinement justifiée si l'on postule que les sources posent un fondement pour l'édification d'un système de concepts généraux et, plus spécifiquement, d'une théorie du pouvoir politique. L'habileté consistait à classer l'*imperium* comme une variante de *iurisdictio*. La première division de *iurisdictio*, selon Azo, est celle de *plenissima iurisdictio* (juridiction intégrale) qui est échue au prince seul, la deuxième

est *minus plena* (incomplète) qui échoit au reste des magistrats. Cependant certains d'entre eux ont la juridiction *plenissima* par rapport aux magistrats subalternes. La deuxième classe d'Azo est celle de la juridiction volontaire et contentieuse, sa troisième classe distingue la juridiction générale (ordinaire) de la juridiction spéciale, telle que celle conférée à un légat chargé d'un seul type de causes. Enfin Azo range dans une quatrième classe de juridiction l'*imperium*, pur et mixte.

John Perrin a dit que « l'importance de cette classification ne saurait être trop soulignée... *Iurisdictio* n'est pas ce qui appartient à la fois à l'*imperium* pur et mixte. Bien plutôt, ces éléments de pouvoir, ces degrés d'*imperium* sont des degrés de *iurisdictio*. Dans son essence la *iurisdictio* les inclut en elle-même »⁴⁴. La signification de la classification est triple. D'abord, le « pouvoir pur » est celui du glaive, le pouvoir de punition corporelle, le pouvoir de retirer la vie. Il est limité, dans la théorie d'Azo, à ceux qui ont juridiction définie comme le pouvoir légitime de prononcer un jugement et de rendre la justice (Azo étendait aussi le pouvoir pur à la procédure criminelle en général, y compris l'examen des suspects parce que « pur » se réfère à toute cause qui ne comporte pas de revendication monétaire).

Deuxièmement, il est impliqué dans la classification d'Azo que le droit et le pouvoir qu'a le gouvernant de légiférer, ce qui par la suite fut considéré comme l'essence de la souveraineté, est vu comme un aspect de son droit et pouvoir de rendre la justice. En fait, la subordination du pouvoir du glaive au pouvoir de rendre la justice suggère une conception de la souveraineté dans laquelle même le droit et le pouvoir de faire la guerre découle du droit et du pouvoir de juger et de rendre justice.

Troisièmement, puisque le pouvoir du glaive est une sorte de juridiction, il n'est pas nécessairement vrai qu'il ne puisse être exercé que par le magistrat qui seul a la juridiction intégrale, l'empereur. Azo estimait qu'il est possible de l'exercer à des magistrats qui n'ont que la juridiction incomplète. Autrement dit, Azo distinguait le pouvoir de l'empereur de celui des autres gouvernants non sur la base de l'*imperium* mais sur la base de la juridiction *plenissima* ou *minus plena*. L'empereur avait le pouvoir le plus grand et la juridiction la plus complète mais d'autres magistrats peuvent avoir le « pouvoir pur », y compris celui du glaive, avec une juridiction incomplète.

Impliquée dans l'analyse d'Azo, il y a l'admission de l'idée que juridiction et pouvoir, la souveraineté, comme dira une génération postérieure, des rois, des princes, des bourgmestres et des autres magistrats ne dérivent pas de la juridiction et du pouvoir de l'empereur. Ils ont les leurs propres, en moindre quantité pour ainsi dire, mais indépendants du prince. Cela transparait analytiquement dans la classification des formes de l'*imperium*, comprises dans l'une des quatre subdivisions du genre *iurisdictio*, distinctes de la division en *plenissima* et *minus plena*. En arrière-plan de la nouvelle classification juridique se tenait, bien entendu, une conception plus fondamentale de la source de la souveraineté. Azo affirmait que tous les gouvernants ont le droit de commandement parce qu'ils ont la juridiction, le droit d'établir ce qui

est la loi dans leurs communautés respectives. Mais de ce droit de légiférer, quelle était la source ? Azo répondait que la source était dans le *corpus*, l'*universitas*, la *communitas*. La *iusdictio* ne descendait pas de l'empereur mais montait de la communauté volontairement constituée.

LA RULE OF LAW (SUPREMATIE DU DROIT)

L'idée d'Etat séculier, implicite dans la révolution papale dès son origine et la réalité de l'Etat séculier issu de la lutte historique entre les forces ecclésiastiques et les forces temporelles, qui concrétisa la révolution papale, étaient essentiellement l'idée et la réalité d'un Etat régi par la loi, un « Etat de Droit », un *Rechtsstaat* ⁴⁵. Cela voulait dire, d'abord, que les chefs respectifs, les têtes de chacun des « corps », l'ecclésiastique et le séculier, créeraient et maintiendraient leur propre système de lois, promulgueraient les lois dans les formes, établiraient des systèmes judiciaires, organiseraient les institutions gouvernementales et, généralement parlant, gouverneraient « au moyen de lois ». Deuxièmement cela signifiait que les chefs respectifs de chaque entité seraient tenus de respecter les lois établies par eux-mêmes, qu'ils pourraient les modifier selon les formes prévues mais tant qu'ils ne l'avaient pas fait, ils devaient s'y soumettre, bref, ils devaient gouverner sous la suprématie du Droit (cela découlait implicitement de la subordination de leur pouvoir législatif à leur pouvoir judiciaire).

Troisièmement, cela comportait pour chaque juridiction le devoir de respecter la loi des autres juridictions dans la mesure où leur loi était juste, chaque Etat existait au sein d'un système juxtaposant plusieurs juridictions. Ce dernier aspect consolidait les deux autres. Si l'Eglise devait avoir des droits légaux inviolables, l'Etat devait accepter ces droits comme une limitation légale à sa propre souveraineté. Symétriquement, les droits de l'Etat constituaient une limitation légitime à la souveraineté de l'Eglise. Les deux puissances ne pouvaient coexister en paix que par la reconnaissance mutuelle du règne de la loi (*rule of law*), sa suprématie sur chacune d'elles.

Les difficultés du concept de la suprématie de la loi sur l'Etat sont nombreuses et visibles, et l'étaient à l'époque. Comment un prince peut-il avoir l'*imperium* (ou comme on le dirait aujourd'hui, comment un Etat peut-il être souverain) si son pouvoir légitime est subordonné à la volonté d'autres gouvernants souverains ? Il y a là une « contradiction » de la plus pure espèce scolastique. Et plus grave encore, comment peut-on parler de règne ou de suprématie de la loi à l'intérieur d'une même entité politique alors que personne n'a reçu autorité pour s'opposer au dignitaire le plus élevé de cette entité, qu'il s'agisse du pape dans l'Eglise ou du roi dans le royaume ?

Gratien et ses successeurs disaient que le pape devrait être déposé s'il violait le Droit, mais il n'y avait personne au-dessus du pape pour déclarer avec autorité qu'il violait la loi ou pour le déposer. De même des juristes royaux disaient, comme Brac-

ton, que le roi a le devoir d'obéir à la loi, que le roi est « sujet de Dieu et des lois », que ce n'est pas le roi qui fait la loi mais la loi qui fait le roi ; mais ils disaient aussi que nul juge ne peut critiquer les actes du roi, qu'aucun bref d'interdiction ne peut faire échec au roi, que le roi « devrait » obéir à ses propres lois mais qu'il ne peut être requis judiciairement d'agir ainsi ⁴⁶.

Toutefois, au début du XIII^e siècle, vers l'époque de Bracton, le *Sachsen spiegel* (le miroir saxon) déclarait qu'un homme « doit résister à son roi et à son juge s'il commet le mal et doit entraver autant qu'il le peut toute injustice de son fait, même si c'est son parent ou son seigneur féodal. Et qu'en ce faisant, il ne viole pas son allégeance » ⁴⁷. De même, une formule juridique célèbre du royaume d'Aragon disait que les sujets obéiront à un roi tant qu'il remplit ses devoirs, « mais sinon, non » ⁴⁸. Le droit et devoir de désobéir à l'autocrate royal divinement consacré, lorsqu'il viole le droit fondamental est basé sur la conviction que la loi fondamentale est elle-même d'institution divine. Les papes et les rois font des lois mais ils les font comme mandataires de Dieu, non pas eux mais « Dieu est la source de toute loi ».

Ainsi, le concept de la *rule of law* était conforté par l'idéologie religieuse prévalante mais il profitait aussi de la faiblesse politique et économique des dirigeants et du pluralisme des autorités et des juridictions. Finalement ce concept fut appuyé par le niveau élevé de conscience juridique et de raffinement judiciaire qui domina dans tout l'Occident aux XII^e et XIII^e siècles.

L'on se rendait compte de la nécessité, pour maintenir la légalité, d'aller plus loin que la définition de concepts abstraits de justice, d'équité, de conscience et de raison et de dégager des principes et des règles spécifiques tels que ceux inclus dans la Grande Charte anglaise de 1215 et la Bulle d'Or hongroise de 1222. Dans nombre de documents de ce genre, y compris les chartes de libertés accordées aux bourgs et aux cités par des rois et des seigneurs féodaux, étaient stipulés divers droits civils, politiques, économiques et sociaux.

Dans la Grande Charte, les barons et l'Eglise avaient contraint la couronne à s'abstenir de lever un *scutage* (taxe d'exemption du service armé) ou des contributions autres que les trois aides reconnues par les usages féodaux, sans le consentement du « conseil général de notre royaume » (les tenants directs de terres royales), le roi s'engageait en outre à ce que des audiences générales soient tenues en divers endroits spécifiés, que « nul ne soit cité en justice sur une accusation non appuyée par des témoignages crédibles », que « nul homme libre ne soit arrêté ou emprisonné ou dépossédé ou proscrit ou exilé ni détruit en quelque manière... sans le jugement régulier de ses pairs ou de la loi du pays », « qu'à personne nous ne ferons payer ou refuserons ou ferons attendre son droit ou la justice », « que les marchands auront sauf-conduit pour entrer ou sortir du royaume excepté en temps de guerre et si les marchands sont des sujets de l'ennemi, auquel cas eux et leurs biens seront saufs, à condition que nos marchands soient traités de même », « que tout un chacun pourra sortir du royaume ou y entrer sauf en temps de guerre et à part ceux qui ont été mis

hors la loi ou les sujets du pays qui nous fait la guerre » et « que seuls ceux qui sont instruits de la loi seront recrutés comme juges, policiers, shérifs ou baillis, et autres fonctions de ce genre » ⁴⁹.

Dans le même esprit, par la Bulle d'Or, le roi de Hongrie, André II, acceptait des limitations spécifiques aux pouvoirs de la couronne en faveur « des nobles hauts et bas » (c'est-à-dire les hommes libres), s'engageant pour lui-même et ses successeurs à tenir cour de justice annuellement à un endroit et à une date fixes, à ne pas « saisir aucun noble ni le priver de la faveur d'aucune personne puissante, à moins qu'il n'ait préalablement été cité et condamné selon le Droit », à ne pas « lever d'impôt ou exiger de paiement, ou visiter sans y être invité les domaines, les maisons ou les villages des nobles », ni « conférer de fonctions à des étrangers entrés dans le royaume sauf consentement du conseil ». Il s'engageait en outre à dégrader, à révoquer et à obliger à restitution « tout lord-lieutenant qui ne se conduirait pas de la façon qui convient à la dignité de sa fonction, ou qui dépouillerait des personnes soumises à son autorité ». De plus, il ne confèrera pas l'hérédité de sa fonction à un lord-lieutenant, il n'émettra pas de monnaies nouvelles à des périodes plus rapprochées que douze mois, et si quelqu'un a été condamné légalement, nulle protection de la part de personnes puissantes ne pourra lui épargner d'en subir les conséquences. La Bulle d'Or se terminait par ces mots : « Nous ordonnons aussi que si nous-même ou quelqu'un de nos successeurs devait, n'importe quand, contrevenir aux termes du présent statut, les évêques et la haute et basse noblesse de notre royaume, tous et chacun, présents et à venir, auront par les présentes le droit illimité et perpétuel de résistance, tant en paroles que par action, sans encourir de ce fait aucune culpabilité de trahison » ⁵⁰.

Plusieurs siècles après, le concept de *rule of law*, de suprématie de la loi fut identifié avec la séparation des pouvoirs législatif, exécutif et judiciaire ⁵¹. Le concept nouveau présentait deux aspects communs avec l'ancien concept. D'abord, le pouvoir était divisé, bien que jadis les « butoirs et équilibres » fussent fournis principalement par la concurrence d'entités politiques en coexistence sur un même territoire, et non pas la concurrence des branches distinctes de l'entité unique. Ensuite, le Droit provenait d'une réalité, et s'y enracinait, réalité qui transcendait la structure existante du pouvoir politique. Dans la seconde période, cette réalité transcendante se trouva dans les droits de l'homme, les valeurs démocratiques et d'autres convictions du même ordre tandis que dans la première, on la situait dans la justice divine et naturelle.

*Chapitre neuf***LE DROIT FEODAL**

Le terme féodalité n'a été créé qu'au XVIII^e siècle. Auparavant, et en fait depuis le XII^e siècle, l'on n'avait parlé (ni écrit) de féodalité ou de société féodale mais de droit féodal, en se référant essentiellement aux droits et aux obligations attachés aux rapports de seigneur à vassal et aux tenures de terres impliquées. Au XVIII^e siècle, le mouvement des « Lumières » appela société féodale l'ensemble de l'ordre social dans lequel avaient existé ces relations de seigneur à vassal et ces tenures de terres et caractérisa cette société ancienne par une noblesse privilégiée et une paysannerie assujettie. Cette définition était assez large pour couvrir également bien des aspects de la société européenne du XVIII^e siècle.

Par la suite, le terme de féodalité se trouva associé à une expression datant de la réforme, le « Moyen-Age ». L'on dit alors que la féodalité était le type de société qui avait existé en Occident pendant le Moyen-Age, et de plus, que ce type de société avait existé aussi dans des cultures non occidentales dans la période « médiévale » de leur histoire. Cet usage dissimule une supposition ethnocentrique : que certaines caractéristiques de l'histoire sociale et économique de l'Occident peuvent également servir à définir l'ordre socio-économique d'autres sociétés. En réalité, beaucoup d'historiens des XIX^e et XX^e siècles, en négligeant le système des convictions religieuses, les relations entre autorités ecclésiastiques et temporelles et surtout les institutions et les concepts juridiques qui accompagnaient les régimes économiques féodaux de l'Occident, ont donné une image déformée de la dynamique du prétendu féodalisme en Occident et ailleurs.

Les historiens marxistes, en particulier, qui traitent le mode et les rapports de production comme l'infrastructure ou le fondement de la société féodale et de ses relations politiques, idéologiques et légales, considèrent le Droit comme une « superstructure », mais ont échoué à expliquer pourquoi la féodalité occidentale a engendré une sorte de superstructure profondément différente de celle engendrée, par exemple, par la féodalité japonaise ou russe.

Au même moment, beaucoup d'autres historiens qui rejettent les catégories marxistes de base et de superstructure, n'ont pas pu montrer de façon quelque peu systématique l'interaction entre les institutions et les concepts politiques, idéologiques

et juridiques de l'Occident d'une part, et les institutions sociales et économiques telles que les tenures hiérarchisées du sol, les relations de seigneur à vassal et le servage des paysans d'autre part. Mais si les premières ne sont pas, comme prétendait Marx, le reflet et l'instrument des secondes, quelles sont en réalité leurs relations ? Peut-on démontrer que, contrairement à la théorie marxiste, la « conscience » a déterminé « l'existence » ? Ou, si ces catégories mêmes sont fausses, quelles sont les catégories qui devraient les remplacer ?

Les rapports entre les facteurs sociaux et économiques d'un côté et les facteurs politiques et idéologiques de l'autre, peuvent être éclaircis en procédant sur la base de quatre postulats méthodologiques. Tout d'abord, les institutions légales doivent être envisagées en tant que franchissant complètement la ligne de partage entre facteurs socio-économiques et les facteurs politico-idéologiques. Le Droit fait partie intégrante aussi bien de la structure matérielle de la société (mode et relations de production) que de sa vie spirituelle (« conscience » politique et sociale), à la fois comme base et comme superstructure.

Deuxièmement, une analyse doit être faite, non pas du féodalisme mais des diverses espèces de droit qui régissaient les relations sociales et économiques pendant la période considérée. Elle doit couvrir non seulement le droit féodal au sens propre du terme, c'est-à-dire ce qui touche aux tenures féodales (fiefs) et aux relations de seigneur à vassal (allégeance), mais aussi le droit domanial (en anglais, *manorial*) régissant les rapports de seigneur à paysan, la production agricole et la vie quotidienne dans et autour du manoir. La juxtaposition du droit féodal et du droit domanial devrait contribuer à surmonter les objections de ceux des historiens qui reprochent, à juste titre, à certains autres historiens politiques et juridiques d'avoir négligé un aspect principal de la féodalité : l'existence d'une paysannerie asservie à la terre qu'elle cultivait. La contre-accusation d'extension excessive (et donc d'imprécision) peut être évitée en adhérant à l'importante distinction technique entre deux types de régulation, celle concernant les fiefs et l'allégeance (*fealty*) et celle concernant les relations domaniales. Il y avait deux branches distinctes du Droit, tout comme il y en a deux de nos jours en Occident, en ce qui concerne d'une part le droit des sociétés et associations (*corporate law*) et d'autre part le droit du travail (*labor law*) bien que sociologiquement et historiquement les deux branches soient étroitement reliées.

Troisièmement, un élément dynamique est introduit dans l'étude de la féodalité occidentale par l'examen des changements qui survinrent dans le droit féodal et domanial à partir de la révolution papale. Car la formidable convulsion déclenchée en Europe par ce que l'on a appelé la réforme grégorienne et la querelle des investitures, ne pouvait laisser inchangés le mode et les rapports de production. En fait, cette périodisation de la féodalité occidentale est appuyée par les principaux historiens de la société et de l'économie¹. Marc Bloch divise la féodalité en « premier âge féodal » du VIII^e siècle au milieu du XI^e et « second âge féodal » du milieu du XI^e siècle jusqu'au XV^e. Il écrit : « En un mot, deux âges successifs, très différents par leurs caractères essentiels ». De même, Georges Duby considère que le XI^e siècle fut la période critique de l'apparition de la féodalité occidentale et dit que les années

1070 à 1180 ont été « la centaine d'années de grand progrès » pendant lesquelles la féodalité en tant que système s'établit d'un bout à l'autre de l'Europe.

Quatrièmement, il convient de reconnaître qu'avant le milieu du XI^e siècle, les rapports de seigneur à vassal et la tenure de fief d'une part, et les rapports de seigneur à paysan et la vie du manoir d'autre part n'étaient pas régis par une réglementation légale systématique bien que l'un et l'autre secteur fussent légalement réglés par la coutume (y compris le droit coutumier). La coutume féodale et domaniale était largement indéfinie et diffuse dans les habitudes sociales et économiques générales, et l'aspect le plus important des changements cruciaux survenant aux XI^e et XII^e siècles a été que tant le droit féodal que le droit domanial furent dégagés de cette confusion et substantiellement systématisés.

Si l'historien russe Georges Vernadsky a eu raison de dire que la féodalité russe fut une féodalité sans droit féodal, l'on peut dire que jusqu'au XI^e siècle, la féodalité occidentale était aussi dans cette situation. Bien entendu, cela est exagéré car il y avait du droit féodal et du droit domanial tant en Russie que dans l'empire franc, mais largement diffus et non systématisé. Dans la centaine d'années de 1050 à 1150, la féodalité en Occident fut légalisée, en ce sens que pour la première fois lois féodales et lois domaniales furent envisagées comme deux corps intégrés de droit, avec une vie propre et distincte, tandis que les relations féodales et domaniales étaient consciemment régulées sous tous leurs aspects.

LA COUTUME FEODALE EN OCCIDENT AVANT LE XI^e SIECLE

Avant les grands bouleversements survenus à la moitié du XI^e siècle et au début du XII^e, les peuples d'Europe étaient politiquement organisés en une structure lâche, complexe et chevauchante d'unités :

- 1) locales,
- 2) seigneuriales,
- 3) tribales et claniques,
- 4) de vastes entités territoriales telles que duchés ou principautés, lesquelles pouvaient inclure quantités de tribus et clans, et
- 5) de royaumes parmi lesquels le royaume franc fut qualifié d'empire en l'an 800.

Les royaumes n'étaient pas conçus comme des unités territoriales mais plutôt comme essentiellement des communautés de chrétiens sous un roi (ou empereur) que l'on considérait comme le représentant du Christ et le chef suprême de l'Eglise aussi bien que de la noblesse, des clans et de l'armée. L'Eglise comme telle n'était pas tenue pour une unité politique mais pour essentiellement une communauté spirituelle gouvernée au sommet par le roi ou l'empereur et à l'échelon intermédiaire par les évêques dont celui de Rome était traditionnellement le plus marquant.

A l'intérieur de cette classification générale, il y avait de très larges différences d'une localité à l'autre, d'une seigneurie à une autre, d'une tribu à une autre et ainsi de suite. L'économie européenne avant le XI^e siècle était largement locale et agraire. Il y avait fort peu d'intercommunication sauf parmi les moines et quelques autres membres du clergé, plus un petit nombre de marchands, et sauf pour les campagnes militaires, seuls les nobles et les rois voyageaient. Il n'y avait pratiquement pas de représentants des autorités centrales dans les localités. Les efforts pour en implanter étaient généralement frustrés. Non seulement le pouvoir mais aussi la culture étaient largement dispersés. Les coutumes d'un endroit pouvaient différer substantiellement de celles prévalant à vingt lieues de là. Néanmoins, l'organisation politique des peuples de l'Europe entre les VI^e et XI^e siècles présente un certain nombre de schémas analogues de développement.

Les plus petites unités politiques locales étaient généralement appelées *villae* (villages ou villes), groupées en *centenarii* (centaines), groupées à leur tour en un *comitatus* (comté). Ces unités locales prirent naissance lorsque les tribus nomades venues des confins de l'Asie eurent avalé le restant de l'empire romain d'Occident et finalement se fixèrent aux IV^e, V^e et VI^e siècles.

Le second type d'unités, les seigneuries, apparurent peu après. Leur nombre s'accrut lorsque les immigrants « se recommandèrent » aux notables parmi eux, promettant de leur rendre des services en échange du vivre et du couvert ainsi que la protection contre les ennemis. La personne qui se « recommandait » devenait « l'homme lige » du seigneur. Il pouvait vivre dans sa maisonnée ou le seigneur pouvait lui fournir une terre pour vivre de son travail.

Des unités seigneuriales apparurent aussi lorsque des personnages importants, notamment des chefs de tribus ou des rois, attribuèrent un « bénéfice » (*beneficium*, bienfait) c'est-à-dire une terre ou autre propriété ou un office ou quelque autre privilège en échange de services. Le terme de bénéfice qui initialement évoquait le caractère peu onéreux des conditions auxquelles le don était accordé, fut à la longue réservé principalement à ceux faits à une église. Vers la fin du VIII^e siècle et au IX^e, il fut largement remplacé par le terme germanique de *feod*, rendu en latin par *feudum* (d'où l'anglais *feudalism* et le français « féodalité »). Le mot germanique signifiait « bétail » (comme l'allemand moderne apparenté, *vieh*, désigne une vache). Puis il fut employé pour les biens meubles de valeur (comparer au mot anglais *chattles* dérivé de *cattle*) et, finalement, il en vint à signifier une forme de tenure du sol rendu par « fief » ou *fee* en anglo-normand (ainsi, de nos jours, parle-t-on de *fee* des honoraires d'un avocat ou d'un médecin, perpétuant le concept d'un don de tenure rémunérant un service qualifié).

Au XIX^e siècle, plusieurs historiens ont fait remonter l'origine du premier genre d'unité féodale formé par la recommandation à la *Gefolgschaft* (suite) des tribus germaniques qui était une bande de soldats entraînés entourant le chef de guerre. De même d'autres rattachèrent le deuxième type d'unité seigneuriale formée par attribution d'un fief, au *patrocinium* (domaine de patron) de l'empire romain finissant qui

était une terre allouée par le patron à ses « clients » qui la détenaient avec un certain degré d'autonomie vis-à-vis du pouvoir impérial. Les débats sur l'origine germanique ou l'origine romaine de la féodalité furent menés avec une passion peu ordinaire parce que des intérêts politiques étaient en jeu en ce XIX^e siècle.

Les germanistes étaient nationalistes et romantiques, les romanistes étaient cosmopolitains et individualistes. L'un et l'autre camp croyaient à une évolution juridique unilinéaire depuis les temps les plus reculés et ignoraient volontairement la révolution papale. Actuellement, il est généralement admis que ni la *Gefolgschaft* ni le *patrocinium* n'avaient survécu, même à l'époque franque et encore moins à celle de la révolution papale.

Vers la fin du VIII^e siècle et au IX^e, la recommandation et l'attribution d'un fief étaient souvent simultanées. De plus, au IX^e siècle, le fief avec ses obligations de service, passait souvent aux héritiers du tenant, alors habituellement qualifié de vassaux (un terme celtique) par le renouvellement de leurs serments de recommandation. Les serments faisaient partie d'un rite solennel. Le vassal, tête nue et sans armes, s'agenouillait, plaçait ses mains jointes pointées vers le haut entre les mains du seigneur et se déclarait son homme (*man, homo*). Au X^e siècle, il était devenu courant que les deux hommes se donnent un baiser sur la bouche. Par ce rituel d'hommage, le vassal devenait « homme de bouche et de mains » de son seigneur. Mais en raison de la jonction entre recommandation et tenure du fief, une seconde partie était ajoutée à la cérémonie, à savoir le serment religieux de fidélité (*fealty*) prêté par le vassal. Mettant les mains sur une bible ou sur des reliques, le vassal engageait sa foi (*fides, fidelitas*) à son seigneur. Celui-ci, souvent, accomplirait une investiture symbolique du vassal, lui remettant un objet tel qu'un étendard, un crucifix ou une clef pour signifier l'inféodation ou remise du fief. Avec le temps, tout vassal dut jurer fidélité.

La jonction du vasselage avec les fiefs par le serment de fidélité devint caractéristique de la coutume féodale franque bien qu'il y eût d'amples variations de cette coutume, à la fois dans l'espace et dans le temps. Les rois francs répandirent cette coutume « féodo-vassalitique » (comme l'appellent des historiens modernes) dans tous leurs domaines, y compris l'Italie du nord jusqu'à Rome, l'Espagne, la Hongrie et la Pologne. Seules la Scandinavie, la Frise et une partie des Pays-Bas et du littoral de la Mer du Nord restèrent à l'écart. En Angleterre, la coutume suivit des lignes parallèles mais distinctes : les institutions de vasselage et de fiefs étaient connues, mais sous une forme moins systématique et sans le même jumelage.

Cependant les envahisseurs nordiques qui s'étaient implantés dans l'ouest de l'empire franc aux débuts des années 900 et avaient adopté la coutume féodale franque, l'emmenèrent avec eux en Angleterre en 1066 et en Sicile et en Italie méridionale vers 1070 et 1080. Les croisés l'instaurèrent en Palestine en 1099, fondant finalement le royaume normand de Jérusalem, dont les Assises de Jérusalem créèrent un mode nouveau de servage, de chevalerie, de seigneuries et de fiefs ².

Seigneuries féodales et unités politiques locales (villages, centaines, comtés) existèrent souvent côte à côte. Villes, centaines et comtés avaient chacun son propre organe gouvernemental qui était une cour de justice (en anglais, *moot*) composée de l'assemblée des hommes libres. Chaque assemblée se réunissait périodiquement pour régler les affaires de son entité, elle comportait (mais non exclusivement, loin de là) la solution de ce que l'on appellerait aujourd'hui les causes civiles et criminelles. Chaque unité féodale qui au X^e siècle prit souvent la forme du manoir, avait sa propre cour de justice où s'assemblaient périodiquement les hommes libres et les serfs du manoir à l'exclusion des esclaves. La cour manoriale tranchait aussi les affaires civiles et criminelles.

Dans les parties de l'empire franc situées le plus à l'Ouest, mais ni à l'Est ni au Sud (spécialement en Germanie ni en Italie), le gouvernement local fut absorbé dans une proportion considérable par les manoirs féodaux aux X^e et XI^e siècles. En Angleterre, les gouvernements de centaines et de comtés (*shires*) continuèrent à prédominer bien que les gouvernements de manoirs existaient aussi jusqu'à la conquête normande où une majorité des gouvernements de centaines furent absorbés dans les manoirs féodaux distribués par le Conquérant, tandis que les tribunaux de comté devinrent dans une large mesure des instruments de l'autorité royale.

Au-dessus du niveau des manoirs, des centaines et des comtés, pendant la période antérieure à la moitié du XI^e siècle, le gouvernement était fortement entravé par les difficultés de communication. Les « lords de lords », chefs de clans, ducs et princes et autres membres de la haute noblesse, étaient victimes non seulement du caractère local de l'économie mais aussi de la faible densité de la population rurale qui fut stationnaire ou en déclin depuis le VI^e siècle jusqu'au début du XI^e siècle. Les cités romaines avaient virtuellement disparu, il ne restait qu'un petit nombre de villes qui avaient rarement plus de quelques milliers d'habitants.

Voyager était difficile, huit à dix lieues par jour était la vitesse normale de déplacement pour un noble et sa maisonnée allant d'un manoir à l'autre de ses vassaux. De telles visites étaient nécessaires pour le seigneur non seulement afin de contrôler l'administration de ses domaines mais aussi pour entretenir sa famille et lui-même car la nourriture devait être consommée sur place, la transporter au centre eût coûté trop cher. Pour la même raison, le mobilier indispensable devait être réuni sur les lieux de destination donc transporté ou laissé « en dépôt » pour ainsi dire.

Le peu de marchands existant étaient pour la plupart des colporteurs, des « pieds poudreux », car il y avait dans chaque localité trop peu de consommateurs potentiels pour justifier l'installation de détaillants. Rois et empereurs devaient eux aussi vivre sur un circuit. Au cours de l'année 1033, par exemple, l'empereur Conrad II voyagea de Bourgogne à la frontière de la Pologne et retour à travers l'Europe jusqu'en Champagne, avant de regagner sa Saxe natale, une distance de quelque 1500 *miles* à vol d'oiseau³.

L'empire ainsi que les royaumes qui n'en faisaient pas partie, comme le royaume anglo-saxon, n'avaient pratiquement pas d'administration centrale, pas de système fiscal centralisé, virtuellement aucune judicature centrale, pas de représentants locaux à poste fixe du pouvoir royal. Le monarque emmenait avec lui son gouvernement, composé surtout de membres de sa maisonnée, en faisant le tour de ses possessions. Cette histoire qui paraît un conte, d'un empereur et d'une noblesse péripatéticiens, la plupart perpétuellement en route, et d'une paysannerie clairsemée dans des villages et des manoirs distants les uns des autres, ferait un résumé de base pour une analyse de la transformation de la coutume féodale en droit féodal systématisé pendant les XI^e et XII^e siècles, s'il n'y manquait l'aspect militaire qui, d'une certaine façon, était suprêmement important.

En fait, pendant toute la période antérieure au XI^e siècle, la guerre fut le souci dominant et quotidien des empereurs, des rois et de la noblesse. Harcelant constamment la périphérie de l'Europe et toujours prêts à se ruer dans son centre, il y avait les Normands, les Sarrasins, les Magyars⁴. Les Carolingiens entreprirent avec quelque succès d'induire les chefs de clans et d'unités locales à envoyer des hommes de pied former une armée « populaire », c'est-à-dire impériale. De même les rois anglo-saxons s'appuyèrent sur une levée générale (*fyrð*). Mais cela ne constituait pas une armée permanente, c'était plutôt une réserve disponible pour un péril commun. Avec le temps les gens, dans la grande majorité du peuple, en vinrent à se considérer comme des paysans et non comme des soldats. Ils résistèrent à la conscription et furent à cet égard soutenus par l'Eglise. La réforme clunisienne des X^e et XI^e siècles proclamait la Paix de Dieu par laquelle le clergé et la paysannerie étaient exempts des attaques militaires. Le revers de cette médaille fut que la paysannerie perdit beaucoup de sa valeur militaire et que la piétaille céda la place à des chevaliers lourdement armés.

Diverses explications ont été données à cette émergence lourde de dangers, de l'homme d'armes à cheval, dans l'histoire des armées franques. L'exemple de l'adversaire arabe dans les guerres du VIII^e siècle en Espagne y a joué un rôle. L'importation de l'étrier et du sabot de cheval, imités des tribus eurasiennes à l'Est semble aussi avoir eu un effet marqué. Il y eut évidemment d'autres causes de nature sociale. Quoi qu'il en soit, les conséquences sur le droit féodal furent énormes. Il était extrêmement coûteux de former et d'équiper un chevalier, sans compter le cheval capable de porter l'homme et l'armure. Comme dorénavant, presque tous les hommes d'armes eurent à fournir leur propre équipement, il fallait un homme riche pour se procurer l'armure et le cheval de bataille ainsi qu'un homme de loisirs pour acquérir l'entraînement requis pour savoir s'en servir. En l'an 1000, le prix de la seule armure aurait pu payer l'acquisition d'une bonne pièce de terres labourables⁵. Graduellement, au fil des VIII^e, IX^e et X^e siècles, apparut dans l'empire franc une classe de cavaliers armés, appelés « chevaliers » (en anglais *knights*, en latin *miles*, en allemand *Ritter*) dont la seule occupation était de servir leur seigneur dans la bataille.

Les paysans furent de moins en moins recrutés pour combattre et furent surtout employés pour la défense dans des dangers exceptionnels ; en revanche ils furent souvent requis de fournir des vivres aux chevaliers et du fourrage pour leurs chevaux. Au X^e siècle, les chevaliers étaient généralement entretenus par leur seigneur dans les châteaux de bois à un étage, édifiés sur des collines, entourés de fossés, comme protection contre les maraudeurs (et pour servir de bastions à d'autres pillards).

C'est ainsi que, dans la majeure partie de l'Europe sinon partout, le chevalier recueillit un monopole virtuel de l'art militaire. En même temps, par la pratique du vasselage, il se trouva incorporé dans : 1) le système des tenures foncières et 2) dans le système de gouvernement. Cela se traduisit de diverses façons. Le chevalier, ayant juré fidélité à un seigneur, pouvait se voir investi d'un fief, grâce à quoi il devenait lui-même un seigneur. Si le fief comportait un manoir et des serfs, le chevalier était à la fois un seigneur terrien et un gouvernant.

Le plus souvent cependant, le chevalier assurait des services dans la maisonnée de son seigneur, tout en se maintenant en état de guerroyer. Il pouvait combattre pour le compte de son seigneur même, ou bien celui-ci pouvait l'envoyer à son propre supérieur afin de lui fournir les services inclus dans les obligations féodales attachées à son fief. Un fief qui devait servir à procurer l'entretien de la famille d'un chevalier s'appelait *knight's fee* (bénéfice de chevalier), un fief qui impliquait l'obligation de fournir au noble supérieur un ou plusieurs chevaliers, était dit « tenu en service de chevalier ». Comme l'importance militaire de la cavalerie lourde augmenta au cours des X^e et XI^e siècles, des terres de plus en plus étendues « tenues en service de chevalier » durent être cultivées en Europe.

En termes économiques, l'on a calculé qu'au XI^e siècle, l'entretien d'une famille de chevalier coûtait entre quinze à trente fois celui d'un foyer de paysan, c'est-à-dire qu'il fallait ce nombre de paysans sur le domaine d'un seigneur pour fournir armure et monture à un guerrier professionnel et l'entretenir avec sa famille. Il n'est, par conséquent, nullement surprenant que l'extension de la chevalerie à travers l'Europe se soit accompagnée d'un nombre croissant de manoirs domaniaux dont la main-d'œuvre se composait largement de paysans « attachés à la glèbe », économiquement, et en bien des endroits légalement aussi.

APPARITION D'UN SYSTEME DE DROIT FEODAL

Durant la période des années 1000 et 1200 de notre ère, et principalement entre 1050 et 1150, les formes d'accords féodaux en Europe subirent des changements substantiels que l'on peut classer sous les rubriques suivantes : 1) objectivité, 2) universalité, 3) réciprocité des droits de seigneur et de vassal, 4) jugements en participation, 5) intégration et 6) croissance.

Objectivité et universalité

Pendant cette période, les accords féodaux qui précédemment étaient relativement arbitraires et flous quant à la signification et dans leur localisation, divers et discriminatoires, devinrent substantiellement plus objectifs et précis ainsi que plus uniformes et généralisés ⁶.

Par exemple, l'habitude se répandit à partir des dernières années du IX^e siècle, et plus spécialement en France et en Italie, que l'héritier d'un vassal succédât normalement à la position du vassal défunt. Cependant, ce serait seulement dans un sens approximatif et vague que l'on parlerait de « l'héritabilité » de fiefs à ce moment-là. Ce qui s'établit alors fut un « usage » (type de comportement) suivant lequel au décès d'un vassal une nouvelle investiture serait accordée par le seigneur à l'héritier du défunt s'il était consentant à prêter hommage puis cet usage passa dans les consciences comme une « norme » de comportement, de sorte qu'il fut considéré comme infraction à une coutume (règle posée par le droit coutumier) de la part du seigneur que de refuser cette investiture à l'héritier. Cependant, cette norme de droit coutumier n'existait pas partout ou dans n'importe quelle circonstance.

A vrai dire, tout au long des IX^e et X^e siècles, la coutume féodale européenne (sous forme de type ou de norme de comportement, comme usage ou comme règle coutumière) était extrêmement diverse. En aucune façon tout hommage ne s'accompagnait d'une investiture de fief, en aucune façon tous les fiefs n'étaient conférés à des « hommes de bouche et mains ». Bien des fiefs étaient encore conférés comme paiement de fournitures en nature ou de services rendus, selon des arrangements arrêtés à la volonté du seigneur investisseur. C'étaient d'ailleurs des temps où la chevalerie commençait seulement à prendre une grande importance militaire et où la classe naissante des chevaliers réclamait d'être reconnue et pourvue de terres. Aux XI^e et XII^e siècles, par contre, la situation tant légale que militaire devint plus favorable à la classe des chevaliers et donc aux vassaux sur lesquels les seigneurs comptaient pour leur fournir des recrues.

En conséquence, le vassal fut en mesure d'insister pour que soit reconnu à son héritier le droit de lui succéder dans la tenure du fief. De fait, à la fin du XII^e siècle, en Angleterre et en Normandie, ce droit fut admis dans les cours royales et ducales, respectivement, par un bref spécial dénommé « mort d'ancestre », selon lequel l'héritier fut mis en possession et le seigneur qui serait rentré sur le fief eût été coupable de transgression ⁷. En outre, dans la plupart des régions, le droit de primogéniture fut instauré par lequel l'aîné recevait le fief entier, ainsi protégé du démembrement ; toutefois, certaines parties pouvaient en être données en « apanage » aux fils puînés.

Ainsi, aux XI^e et XII^e siècles, la transmission héréditaire du fief devint une norme objective et universelle, relativement précise dans son contenu et plus ou moins uniforme à travers l'Europe ⁸. Un développement analogue eut lieu concer-

nant les autres normes de droit coutumier féodal telles que l'aliénabilité du fief par le vassal, le remplacement des diverses obligations personnelles par des paiements monétaires et la participation aux jugements.

Réciprocité des droits des seigneurs et des vassaux

Dans la même période et spécialement entre 1050 et 1150, diverses formes de sujétion personnelle des vassaux envers leur seigneur furent transformées en obligations financières et, en même temps, diverses formes de domination directe du seigneur sur la gestion économique furent remplacées par des contributions, laissant davantage de liberté personnelle et d'autonomie économique aux vassaux.

La subordination personnelle des vassaux avait pris, aux IX^e et X^e siècles, la forme du droit du seigneur à requérir le service armé, son droit dans certains cas de marier la fille du vassal ou de s'opposer à son mariage, le droit de requérir l'assistance personnelle du vassal en cas de nécessité, et diverses autres situations du seigneur. Aux XI^e et XII^e siècles, le service armé fut en grande partie remplacé par des versements de monnaie (en Angleterre et en Normandie, le *scutage* du « porte-écu » écuyer, *squire*), le droit de mariage de la fille du vassal par une taxe (unique), et d'autres droits d'assistance personnelle par ce même genre de contributions appelées « aides ».

Quant à la domination économique, elle se traduisait antérieurement par le pouvoir qu'avait le seigneur d'entrer sur le fief pour en surveiller l'administration et en prélever les produits, par l'impossibilité pour le vassal d'aliéner le fief, et le droit du seigneur de le récupérer à la mort du vassal. Aux XI^e et XII^e siècles, ces pouvoirs du seigneur furent soumis à de strictes limitations légales. Le concept de « saisine » fut développé au XI^e siècle pour caractériser les droits de possession des personnes qui « tenaient » de la terre ou des biens sans en avoir la propriété. Quelqu'un qui avait ainsi la saisine ne pouvait être évincé de force par qui que ce soit, et nul ne pouvait lui enlever ses biens personnels (*chattels*) contre sa volonté, même pas le seigneur.

De même la transmission du fief à son héritier, ou les droits de disposition du vassal sur son fief furent précisés et accrus. Il avait notamment la possibilité de faire une sous-inféodation en se dotant d'un sous-vassal. Toutes ces formes de transfert de tout ou partie du fief donnaient lieu à paiement d'une indemnité au seigneur dominant. Cette évolution légale vers la réification des droits favorisait manifestement l'autonomie économique croissante du vassal. De plus en plus ses obligations envers son seigneur prenaient la forme de versements en nature ou en monnaie ; de plus en plus aussi le vassal gérait le fief sans la supervision personnelle du seigneur dont il le tenait.

Toutefois, il ne faut pas interpréter cette évolution affranchissant légalement les vassaux comme la victoire économique d'une classe sur une autre. Hormis le roi, dont tous les seigneurs étaient les « hommes-liges », tout seigneur était le vassal de

quelque autre seigneur, excepté le barreau inférieur de l'échelle où le seigneur du manoir dominait non pas sur des vassaux mais sur des serfs et autres paysans.

Comme l'a écrit Marc Bloch :

« Dans une société ou tant d'individus sont en même temps des hommes recommandés et des maîtres, il y avait une répugnance à admettre que si l'un d'eux, en tant que vassal, avait obtenu quelque avantage pour lui-même, il pût, en tant que seigneur, refuser ce même avantage à ceux qui étaient liés à sa personne par une semblable forme de dépendance. Depuis le vieux Capitulaire des temps carolingiens jusqu'à la Grande Charte, fondation classique des libertés anglaises, cette sorte d'égalité dans le privilège, descendant doucement du sommet jusqu'aux pieds de l'échelle, devait demeurer l'une des sources les plus abondantes de la coutume féodale »⁹.

La référence que fait Marc Bloch à l'époque carolingienne paraît contredire l'importance attachée dans nos pages aux changements qui survinrent aux XI^e et XII^e siècles, mais seulement deux pages plus loin, Bloch effectue la distinction cruciale :

« Dès la lointaine époque des Carolingiens, la coutume favorisa les revendications de descendants des vassaux dont s'ouvrait l'héritage... Pendant le deuxième âge féodal (après le milieu du XI^e siècle) qui fut partout marqué par une sorte d'éveil juridique, la Coutume devint Loi »¹⁰.

Ces développements en direction d'un accroissement de liberté personnelle et d'autonomie économique des vassaux, sont particulièrement visibles dans la légalisation des éléments de réciprocité dans la relation entre seigneur et vassal. Assurément, un certain degré de réciprocité fut toujours présent dans cette relation car se faire « l'homme » d'un seigneur exigeait de la part du seigneur l'acceptation d'un lien à vie impliquant non seulement l'allégeance de l'homme-lige mais aussi la loyauté du seigneur et, quand cela fut associé à la dotation au vassal d'un fief, une relation réciproque de bailleur à tenant s'établissait en même temps. Cependant cette pratique de réciprocité à forme floue et même l'acceptation d'une norme coutumière de réciprocité, étaient bien éloignées de la réciprocité contractuelle entière qui, au XI^e siècle, commença à inspirer l'union entre seigneur et vassal.

L'expression « réciprocité contractuelle » appelle une précision. Le contrat féodal (soit par hommage soit par fidélité sans hommage) était un mode contractuel d'entrée dans un statut. En ce sens, cela ressemblait à un mariage, à quoi en fait le comparèrent des juristes du XII^e siècle. Par contraste avec les contrats commerciaux, par exemple, tous les droits et obligations virtuelles inclus dans le contrat de seigneur-et-vassal étaient fixés par la loi (coutumière) et ne pouvaient être modifiés au gré des parties. L'aspect contractuel se limitait à l'acceptation de la relation, le contenu légal de cette relation en revanche était imposé. En outre, le contrat

d'hommage ne pouvait être dénoué par accord mutuel parce qu'il était fondé sur des vœux sacrés d'engagement à vie. Au contraire, le contrat de fidélité pouvait être dénoué par consentement mutuel ; et aussi bien le contrat d'hommage que le contrat de fidélité pouvaient être rompus par une partie si l'autre avait forfait à une obligation fondamentale.

Il est parfois suggéré dans les travaux sur la féodalité que l'hommage d'un vassal avait pour réplique l'attribution d'un fief ; c'est confondre hommage et fidélité. La réciprocité dans l'hommage résidait dans le fait que le vassal devenait l'homme du seigneur, en retour de ce que le seigneur devenait le seigneur du vassal, c'était une relation pour la vie, scellée par un baiser, presque l'équivalent d'un mariage ¹¹. L'engagement du vassal d'être fidèle au seigneur était autre chose, la réciprocité résidait dans l'engagement du seigneur d'être fidèle au vassal. En outre, il était fréquent que le seigneur investisse d'un fief son vassal. La promesse de fidélité du vassal impliquait le devoir de gérer le fief loyalement. La promesse de fidélité du seigneur impliquait le devoir de ne pas enfreindre les limitations légales de ses pouvoirs et aussi d'assister le vassal de diverses façons. Le vassal pouvait prêter hommage et fidélité à plusieurs seigneurs, tout comme il pouvait tenir des fiefs de plusieurs seigneurs.

Un système d'allégeances (*ligantia*) se développa à la moitié du XI^e siècle, en France et ailleurs, par lequel le vassal réservait ses obligations à un ou plusieurs « seigneurs-liges ». En Angleterre, à partir du XII^e siècle, le roi était toujours seigneur-lige et lors de son enfièffement le vassal devait déclarer « sauve ma fidélité due au roi ». Lorsque les fiefs devinrent transmissibles par héritage, endéans de certaines limites légales, le vasselage se trouva de nouveau distinct de l'hommage et régi par ses propres règles de réciprocité.

D'importance critique au point de vue théorique, mais non négligeable dans certaines situations exceptionnelles, était le droit tant du vassal que du seigneur, de dissoudre un contrat d'hommage ou de fidélité devant un certain degré de provocation. Si l'une des parties violait ses obligations et causait ainsi un dommage sérieux à l'autre partie, cette dernière pouvait dissoudre la relation par un geste solennel de défi, appelé *diffidatio* (retrait de foi). Dans le premier traité systématique sur le droit anglais, écrit en 1187 et attribué à Glanvill, il est déclaré qu'un vassal ne devait à son seigneur rien de plus que le seigneur ne devait au vassal, excepté la révérence et que, si le seigneur manquait à la fidélité, le vassal était relevé de son obligation de servir.

La *diffidatio* est une clef du caractère légal de la relation féodale en Occident à partir du XI^e siècle. De plus, comme l'a écrit Friedrich Heer, la *diffidatio* « marqua un point cardinal dans le développement politique, social et juridique de l'Europe. L'entière idée d'un droit de résistance est inhérente à cette notion d'un contrat entre le gouvernant et le gouverné, entre le supérieur et l'inférieur » ¹².

Juridiction participative

C'était un principe de base de la justice, partout en Europe, que chaque seigneur avait le droit de tenir cour de justice, c'est-à-dire de siéger à la tête de ses vassaux ou de ses tenants, qu'ils soient ou non vassaux, dans des procédures judiciaires. Ce principe était une expression de la fusion des relations économique-militaires et des relations politiques ; l'entreprise économique-militaire de gérer un fief était en même temps l'entreprise politique de gouverner la communauté des gens attachés au fief. Et ce gouvernement prenait surtout la forme d'exercer juridiction selon des modalités assimilables aux procédures judiciaires.

Afin de voir comment se dégagèrent les cours de justice féodales aux X^e et XI^e siècles, l'on peut porter l'attention sur l'effritement, pendant le IX^e siècle, de l'autorité royale centralisée, au surplus affaiblie par la concession d'immunités aux grands propriétaires fonciers. Toutefois cette vue doit être affectée d'une restriction, consistant à reconnaître que l'autorité royale centralisée n'avait jamais été fermement établie, même dans l'empire de Charlemagne. Assurément, Charlemagne et ses successeurs avaient essayé de fournir chaque district d'un groupe permanent de « trouveurs de loi » (*scabini*, échevins), choisis par l'autorité centrale qui devaient trancher les affaires sous la présidence du gouverneur (*graf* ou comte).

Cependant ces tribunaux laïques, généralement composés de propriétaires de grands domaines, pouvaient difficilement être contrôlés du centre. De plus, la justice locale continuait à être rendue dans une proportion considérable par les assemblées populaires. Ce furent ces assemblées, avec ce qui subsistait de tribunaux d'échevins, que remplacèrent largement les cours féodales aux X^e et XI^e siècles dans l'empire franc. De façon analogue, en Angleterre après la conquête normande, ce furent les assemblées populaires locales, tribunaux de centaine ou de comté (*shire*), qui furent remplacées par les cours féodales bien qu'à un degré moindre qu'en France.

Ainsi, la tradition de juridiction collective était forte, alors que la justice professionnelle rendue par des fonctionnaires juridiquement entraînés existait à peine avant la fin du XI^e siècle. La conception dominante du procès judiciaire était la *suit of court*, l'audience de cour, présidée par le seigneur ou son régisseur, mais le jugement était élaboré par les *suitors*, c'est-à-dire les vassaux et tenants agricoles. La personne accusée d'infraction ou de manquement à ses obligations, avait titre à être jugée par ses collègues, ses égaux (*pares*, ses pairs). Cette expression, le droit de chacun à être déféré au « jugement de ses pairs » (*per iudicium parium*) est devenue célèbre par son inclusion dans la Magna Carta de 1215, on peut la trouver d'ailleurs dans d'autres documents analogues de divers pays d'Europe. Ainsi, une constitution promulguée en 1037 par l'empereur Conrad II, décidait que nul vassal ne devait être privé d'un fief impérial ou ecclésiastique « excepté en accord avec la loi de nos prédécesseurs et par le jugement de ses pairs »¹³.

Les cours féodales n'étaient pas seulement chargées de dénouer des disputes, c'étaient des assemblées de consultation et de délibération pour toutes les affaires

d'intérêt commun. Ainsi, les tribunaux seigneuriaux pouvaient se voir priés de fixer le montant des aides à payer par les vassaux en vue d'une campagne militaire, ou de poser les règles d'utilisation des terrains ou des bois communaux, ou de consentir à la dotation d'un fief à un nouveau tenant, ou d'ordonner l'expulsion d'un tenant en défaut de paiement. En même temps, les tribunaux seigneuriaux pouvaient exercer ce qu'en France on appelait « haute justice », c'est-à-dire juger les affaires criminelles capitales telles que le meurtre, le vol et autres « félonies ».

Par la suite, en commençant par les royaumes normands de Sicile et d'Angleterre puis en Normandie, en France et ailleurs, les tribunaux royaux ou ducaux reçurent une large part de juridiction sur les cas de haute justice, également appelés « plaids de l'épée ». Cependant, même en Angleterre, certains hauts seigneurs conservèrent cette juridiction tandis qu'en France et en Allemagne, beaucoup de seigneurs continuèrent à exercer la haute justice jusqu'au XVI^e siècle. Partout, les cours seigneuriales continuèrent à juger les affaires de délits mineurs et certains types d'affaires civiles (basse justice), en même temps que, de façon générale, ce qui concernait les droits sur des terres propriété du seigneur (en Angleterre, les cours seigneuriales conservèrent aussi pendant quelques siècles la juridiction capitale sur les voleurs pris en flagrant délit).

Soit le seigneur, soit son régisseur présidait la cour féodale, et les membres de l'assemblée portaient le jugement. Dans les affaires communales et civiles, la preuve se faisait soit par *compurgation* ou bataille, mais, jusqu'à son abolition en 1215, par ordalie aussi. En outre des jurés étaient fréquemment désignés pour trancher les différends. La procédure était orale et informelle. C'étaient là des caractères communs aux justices seigneuriales dans tout l'ouest de l'Europe.

Un trait frappant de la justice seigneuriale était sa juridiction sur les plaintes du seigneur contre un vassal. Le seigneur se servait de sa cour pour poursuivre ses tenants en défaut de paiement des sommes dues féodalement pour empiétements sur les domaines du maître et sur d'autres atteintes à ses droits. Maitland écrit que « quant à l'objection au fait que le seigneur soit en même temps juge et partie, cela ne tient pas parce que le seigneur ne juge pas, l'accusé est jugé par ses pairs »¹⁴. Bien entendu, le seigneur pouvait mener la vie dure à ceux qui votaient contre ses souhaits. Mais le vassal pouvait en appeler d'une décision de la cour de son seigneur immédiat à celle du supérieur de ce dernier.

Ce droit d'appel était défini en termes légaux spécifiques. Par exemple, le juriste français, Philippe de Beaumanoir, écrivant à la fin du XIII^e siècle, mais décrivant un régime légal, celui du comté de Beauvaisis, qui avait existé pendant plus de cent ans, énumérait les points suivants pour lesquels le vassal pouvait en appeler du jugement de la cour de son seigneur à la cour immédiatement supérieure : 1) déni de justice, 2) faux jugement, 3) manque de juridiction, 4) autorisation d'appel donnée par un bref du comte ou du roi, 5) intérêt direct du comte dans le procès, comme lorsque le che-

valier plaidait qu'il avait été récemment injustement dessaisi de sa terre en franc-alleu ¹⁵.

En outre, encore que le vassal ne puisse pas poursuivre son seigneur devant la cour de celui-ci, il pouvait, si le seigneur refusait sa demande de justice, se porter devant la cour du seigneur de son propre seigneur. Ce droit d'appel à une cour seigneuriale plus élevée, bien que rarement exercé, est une illustration éloquente de l'importance tant du système des tribunaux féodaux que du principe de réciprocité des droits entre seigneurs et vassaux. Le droit féodal donna à l'Occident sa première expérience séculière de la mutualité des obligations juridiques entre personnes de rangs supérieur et inférieur ¹⁶. En fait, l'entière hiérarchie féodale fut envisagée comme une structure légale intégrée, les classes supérieures, de chevaliers à barons, à comtes et ducs et même rois, furent tenues comme soumises à des critères légaux communs.

C'était, en partie, l'expression d'un idéal de légalité, c'était aussi un reflet de l'expérience effective de la subinféodation dans laquelle le seigneur d'un vassal était lui-même le vassal d'un autre seigneur. Ensemble, l'idéal de légalité et l'expérience de la subinféodation contribuèrent à maintenir une conscience commune de supériorité collective, fortement contrastée avec les structures féodales d'autres civilisations dans lesquelles des divisions tranchées existaient dans l'aristocratie, notamment entre la haute noblesse et les simples gentilshommes (*gentry*). Des divisions analogues apparurent dans la société occidentale dans des stades postérieurs de son évolution. Mais dans la phase de formation de la tradition juridique occidentale, sous le droit féodal, la classe des chevaliers put prétendre à une égalité « légale » fondamentale avec tous ceux qui étaient politiquement, économiquement et socialement leurs supérieurs hiérarchiques.

Mutualité des obligations féodales, égalisation du privilège féodal et hiérarchie judiciaire parallèle à celle des dignités se trouvèrent consolidées par le haut degré d'esprit processif dans l'aristocratie. Cela était lié à la chevalerie même. « L'ardeur à défendre ses prérogatives venait immédiatement après le goût des affrontements armés et des combats guerriers, parmi les formes de conflits favorisés par la baronnie » remarque Heer; qui souligne que « l'épreuve par la bataille et l'épreuve par le procès étaient deux formes de combat singulier "Dieu et mon droit" : que Dieu détermine l'issue dans le duel et dans l'ordalie » ¹⁷. La mentalité litigieuse des classes supérieures comme le concept de réciprocité des droits entre seigneurs et vassaux, constituait un élément structurel dans le système de droit féodal.

Ces deux éléments représentent une importante contribution à la conscience juridique de l'Occident qui se distingue de la conscience juridique de plusieurs cultures non occidentales par son intense attachement à l'arbitrage judiciaire comme mode de solution des conflits d'intérêts.

Intégration du droit féodal

Ce terme d'intégration se réfère au développement de la conscience occidentale du rôle des lois, qui a rendu possible et nécessaire d'interpréter les divers droits et obligations associés aux relations entre seigneur et vassal de façon à en composer un tout « intégré » c'est-à-dire homogène et complet. L'on en était arrivé à comprendre que les concepts et institutions légales, hommage et fidélité, allégeance, « incidents » de l'inféodation tels que service des armes ou *scutage*, taxes, aides, mariage, tutelle, transmission héréditaire et aliénation du fief, règles de réversion en cas de déshérence, diffidation, audiences de justice etc... formaient un système de lois, de concepts et d'institutions, distinct et entier.

Même si ce système resta principalement coutumier plutôt que législatif, il avait fini par se trouver des sources écrites. Aux XI^e et XII^e siècles, de nombreuses chartes, émises pour confirmer l'attribution de fiefs à des vassaux par des seigneurs, enregistrèrent des coutumes spécifiquement féodales¹⁸. Des statuts urbains comme la Charte de Pise de 1142, firent de même. Les Usages de Barcelone, écrits en 1068, étaient largement composés de répétitions de lois féodales antérieurement promulguées. Avec le temps, les coutumes féodales tant écrites que verbales furent analysées par des juristes érudits qui s'efforcèrent d'en dégager les principes.

C'est ainsi qu'à une époque située entre 1095 et 1130, Umberto de Orto, consul de Milan, écrivit un livre intitulé *Consuetudines Feudorum* (Coutumes des Fiefs,) plus tard appelé *Libri Feudorum* (Livres des Fiefs) qui était un essai d'exposition systématique du droit féodal. Ce livre fut utilisé à Bologne où il fut annoté de gloses et étendu. Sa version définitive de 1220 fut insérée à la suite des Nouvelles de Justinien. Il reproduisait à la fois la loi féodale coutumière et des décrets spéciaux des empereurs Lothaire II, Frédéric I^{er}, et Henri VI. Il se proposait ainsi d'analyser non seulement le droit féodal de Lombardie mais une loi coutumière plus universelle, différente du droit canon et des droits royal, urbain ou commercial, et pourtant commune à l'Occident et applicable aux relations féodales en général.

Umberto et les juristes qui le suivirent, considéraient, selon les termes de David Herlihy :

« que le droit coutumier féodal était logiquement consistant et pleinement susceptible d'une étude scientifique (...) Ils entendaient par là que l'addition de toutes les coutumes féodales était davantage qu'une masse informe d'idiosyncrasies locales, au contraire, elles avaient en commun plusieurs principes et donc constituaient un véritable système légal. Mais ces juristes reconnaissaient pleinement que ces coutumes ne constituaient encore qu'une partie du corps total des lois par lesquelles était régie la société »¹⁹.

Les règles concernant les tenures féodales de terres se fondirent dans le corps du droit royal (ou ducal) qui se développait en Sicile, en Angleterre, en Normandie et en France, dans les duchés germaniques, dans les Flandres, en Espagne et ailleurs

encore. En 1187, le traité de Glanvill sur les lois et coutumes d'Angleterre systématisa la plupart des principes fondamentaux du droit féodal anglais sous des rubriques correspondant aux brefs judiciaires royaux qui avaient été émis dans les décennies précédentes. Vers 1200, le *Très ancien coutumier de Normandie* contenait un très comparable corps de droit féodal applicable en Normandie. Vers 1221 parut le *Sachsenspiegel* (Miroir des Saxons) écrit par le chevalier germanique Eike von Repgau. Il comportait deux parties, l'une sur le *Landrecht* (droit commun), l'autre sur le *Lehnrecht* ou droit féodal saxon (le *Sachsenspiegel* fut le premier ouvrage juridique écrit en allemand, il avait été précédé par une édition en latin, aujourd'hui perdue)²⁰. D'autre part, les trois plus grands monarques de la dernière partie du XII^e siècle, Henri II (Plantagenêt) en Angleterre et en Normandie (1154-1189), Philippe-Auguste en France (1180-1223) et Frédéric Barberousse en Allemagne (1122-1190) promulguèrent d'importantes lois réglant diverses questions féodales.

Aux XIII^e et XIV^e siècles, des romanistes en renom écrivirent des traités de droit féodal. De nombreux livres parurent, rapportant des coutumes locales, au Danemark, au Jutland, en Normandie, dans le Vermandois, l'Orléanais, l'Anjou et ailleurs. La grande somme des lois anglaises attribuée à Bracton, écrite dans la première moitié du XIII^e siècle, contenait une analyse détaillée du droit féodal, et en 1283 elle fut suivie par le célèbre ouvrage de Beaumanoir sur les *Coutumes du Beauvaisis*.

Marc Bloch montre la place variable du droit féodal dans la structure juridique en France, en Allemagne et en Angleterre après 1200. En France, la loi des fiefs et du vasselage était prise dans l'ensemble tissu légal, de sorte qu'il n'était pas possible de distinguer un droit proprement féodal d'un droit non-féodal. En Allemagne, le droit féodal était traité comme un système à part dont les règles ne s'appliquaient qu'à certains domaines ou à certaines personnes et que régissaient des tribunaux spéciaux non seulement selon que les litiges se produisaient dans les domaines ou dans les villes, mais aussi dans les classes supérieures à la campagne où plusieurs sortes de relations légales relevaient les unes du *Landrecht* (loi de la terre, *lex terrae*), les autres du *Lehnrecht* (loi du bras, droit féodal). L'Angleterre était dans le même cas que la France en ce qu'il n'y avait pas de corps distinct du droit féodal extrait des habitudes des classes nobles : droit commun et droit féodal étaient imbriqués. Toutefois, comme en Allemagne, une part considérable de la *common law*, celle concernant les droits sur la terre, pouvait être identifiée comme loi féodale bien que régie par les tribunaux du roi et techniquement incluse dans le droit commun²¹.

L'analyse de Bloch peut être vue comme nuanciant et éclairant la thèse du présent ouvrage, concernant la systématisation du droit féodal aux XI^e et XII^e siècles. Cette systématisation n'aboutissait pas à la création d'un corps de lois qui opérerait indépendamment des autres corps de lois. Au contraire, tous les systèmes séculiers : féodal, domanial, mercantile, urbain et royal (commun), se chevauchaient entre eux. La chose était vraie même en Allemagne en dépit des distinctions entre loi de la terre et loi féodale. Il n'y en avait pas moins des caractères propres et une logique propre à chacun des corps de droit, même si les normes légales féodales et non-féodales

étaient imbriquées dans les livres français sur le droit coutumier et dans l'analyse par Bracton du droit applicable dans les cours royales d'Angleterre, le droit féodal avait néanmoins ses propres principes cohérents.

Un élément d'intégration très important pour le droit féodal était sa combinaison de droits politiques et de droits économiques : le droit de gouvernement et le droit d'usage et de disposition du sol. Le terme juridique employé pour exprimer cette combinaison était le mot latin *dominium* qui signifiait d'une part quelque chose comme la seigneurie et d'autre part quelque chose comme la propriété. « Seigneurie » (*lordship*) est le mot qui convient s'il s'entend comme incluant la juridiction, c'est-à-dire le droit de tenir cour de justice et de « dire le Droit ». Beaumanoir disait : « fief et justice, c'est tout un »²².

Le mot « propriété » est aussi approprié s'il n'est pas restreint au sens qu'il avait au XVII^e siècle où il fut ainsi employé pour la première fois. Il se rapporta alors à un droit absolu, indivisible et exclusif sur la chose détenue. Dans le « domaine » féodal, en revanche, il était ordinairement limité, divisé et réparti de diverses manières. Une personne pouvait avoir sur une terre certains droits opposables à son seigneur, et ce seigneur pouvait avoir certains droits sur cette même terre opposables à son propre seigneur, ainsi que d'autres droits opposables par ce dernier à un seigneur supérieur qui pouvait être le roi. Les droits opposés étaient inhérents au sol considéré, conçu comme un genre d'entité légale. Ainsi cette parcelle de terre pouvait être considérée comme « serve » d'une autre terre, au sens que des services pouvaient être transférés à la parcelle « dominante ». Le sol, en somme, n'était la « propriété » de quiconque, il était « tenu » par des supérieurs dans une échelle de « tenures » remontant jusqu'au roi ou quelque autre seigneur suprême (« tenure » dérivait du latin *tenere*, avoir en main) [en droit français, la « possession » est un fait, la propriété est un droit, N. d T.].

Le concept de propriété fragmentée - de multiples détenteurs de droits sur la même terre - n'est pas une idée seulement occidentale. Néanmoins, le système occidental de la propriété féodale fut effectivement unique dans sa façon de voir les relations entre les divers droits concurrents. Un chevalier pouvait par exemple avoir le *dominium* sur une parcelle seulement pour la durée de sa vie, la propriété devant en revenir au seigneur qui lui avait donné cette « possession à vie ». Ou bien, la parcelle pouvait être concédée au chevalier « et aux héritiers de son sang » auquel cas, les héritiers à leur naissance recevaient un « intérêt futur » sur la parcelle ou encore, le don pouvait être fait pour sa vie au chevalier A et à son décès à son frère le chevalier B, si B survivait à A, mais si B décédait avant A, le don passait, au décès de A, à son cousin chevalier C. Cela créait d'autres variantes d'intérêts futurs sur la parcelle pour B et C.

Ces donations de terres (ou d'autres biens) destinées à retourner au donateur au décès du bénéficiaire, et la création de droits fonciers contingents qui prendraient effet dans un avenir indéterminé, ne provenaient ni du droit romain ni du droit germanique. L'idée même de définir des droits de propriété divers d'après leur temps

d'exercice a été largement une invention occidentale due la fin du XI^e siècle et du XII^e. L'idée persista longtemps après la fin de la féodalité, elle a même duré jusqu'à présent dans le droit anglais et américain. Ce qui est impliqué n'est pas seulement une technique pour assurer la dévolution du patrimoine mais aussi l'inclusion possible de personnes nées ou à naître, dans les droits de possession, usage, disposition et gestion des propriétés. La participation consciemment prévue de générations futures dans le régime de propriété représente un exemple caractéristique du sens de la durée propre à la tradition juridique occidentale dans la phase initiale de son développement.

Il convient de rapprocher de ces concepts de durées déterminées de droits et d'affectation de possession dans un avenir éloigné, le concept légal non moins caractéristique de saisine qui se répandit en Europe entre la moitié du XI^e siècle et durant le XII^e, concept qui a été un apport durable aux valeurs juridiques de l'Occident en même temps qu'à ses institutions, ses conceptions et ses règles légales. Nous avons déjà mentionné la saisine à propos de l'autonomie légale des vassaux, un « vassal » dessaisi d'une terre avait titre à une action en justice contre quiconque l'avait évincé, même son seigneur et aussi en connexion avec le droit canon de propriété, notamment contre la spoliation.

Sous l'angle de vue du développement de la tradition juridique occidentale dans son ensemble, l'importance du concept de saisine résidait dans son imbrication d'éléments légaux et factuels. Il ne signifiait pas seulement, ni même nécessairement, une occupation concrète ou une utilisation directe du sol, en cela il s'écartait de l'ancien concept romain de possession. Ainsi, quelqu'un pouvait conserver la saisine de sa terre tout en étant parti en croisade ou en pèlerinage. Cependant la saisine n'impliquait pas seulement, ni même nécessairement, un droit de propriété. Ainsi l'héritier ou le donataire désigné qui n'était pas encore entré sur la parcelle n'en avait pas la saisine. La saisine était le droit de persister dans une situation de fait, droit découlant du fait d'avoir déjà joui de cette situation²³. C'était un droit de possession indépendant aussi bien de la propriété que du contrat, concept inconnu tant du droit germanique que de l'ancien droit romain.

Cette idée de « droit possessoir » non la possession mais un droit de posséder, a persisté dans tous les systèmes légaux occidentaux, jusqu'à maintenant; le fait est particulièrement net en droit anglais et américain. Le concept de saisine résultait en partie de la conception féodale de propriété fragmentée, et en partie du concept canonique de procédure légitime (*due process of law*) avec son antipathie pour la force et l'autodéfense. Une personne saisie d'une terre, d'un bien ou d'un droit ne pouvait en être privée par la force, même par les propriétaires légitimes. Cela aussi formait un élément structurel du droit féodal et constituait un apport important et durable à la conscience rationnelle que l'Occident s'est formée de la légalité.

Enfin, le droit féodal s'est caractérisé par sa conception des « torts », des dommages à autrui comme autant d'atteintes à une relation légale. De bonne heure ce fut une coutume féodale que, si un vassal avait forfait à la fidélité envers son seigneur,

le fief retournait de droit au seigneur ; tout comme il y avait « réversion de propriété » au décès du vassal ou par la suite si le vassal ne laissait pas d'héritier. Le mot normand pour la rupture de foi jurée était « félonie ». En Angleterre, après la conquête normande, les crimes les plus graves furent aussi qualifiés de félonies parce qu'on les considéra comme des dénis de la fidélité due par tous au roi, en tant que gardien de la paix intérieure du royaume (la terre du félon retournait au seigneur, et seuls ses biens meubles allaient à la couronne).

A part ces félonies, les autres infractions et les atteintes aux droits civils, appelées en anglais des *trespasses* (français normand dérivé du latin *transgressionones* qui signifiait aussi « péchés »), étaient aussi considérées comme des ruptures de relations normales, par exemple entre seigneur du domaine et tenants, entre maîtres et serviteurs, entre bailleurs et locataires de biens fonciers ou meubles.

Croissance

Dès qu'il eut été systématisé aux XI^e et XII^e siècles, le droit féodal se développa rapidement. La spécificité de ses normes s'accrut, l'uniformité de ses principes nivela graduellement les différences locales, la réification des droits et obligations atténuait de plus en plus les aspects personnels de domination du seigneur sur le vassal et elle donna au vassal plus d'autonomie dans la gestion du fief.

La réciprocité des droits et des obligations devint de plus en plus étendue, comme le fut la juridiction sur les différends. Autrement dit, tous ces aspects caractéristiques des lois féodales devinrent autant de tendances du droit féodal, inspirant sa croissance autonome dans le temps. De ce fait, le droit féodal se trouva partager avec le nouveau droit canon, dégagé au cours de la deuxième moitié du XI^e siècle et durant le XII^e, nombre de qualités fondamentales de légalité qui marquèrent la tradition juridique occidentale dans sa période de formation. C'était un système de lois autonome, au sens distinctif que les Occidentaux donnent à l'expression, système que caractérisent d'une part l'intégration intentionnelle des valeurs juridiques, des institutions légales, et des concepts et normes de légalité, et d'autre part la tendance consciente et l'aptitude à se développer et à s'étoffer au fil des générations et des siècles.

Le nouveau droit féodal se caractérisait aussi par l'insistance sur la généralité et l'objectivité des droits et obligations, sur l'autonomie des personnes en tant que sujets de droits et obligations, sur la réciprocité de droits et obligations entre personnes inégales en statut économique et social, et sur une large participation des sujets de droits et obligations dans les procédures par lesquelles sont définis ces droits et obligations. A tous ces points de vue, aussi, le droit féodal ressemblait au droit canonique. Néanmoins, cela dit, il faut immédiatement ajouter que, comparé au droit canon, le droit féodal était beaucoup moins systématique, beaucoup moins consciemment intégré, beaucoup moins professionnel, beaucoup moins scientifique.

C'était largement du droit coutumier et, comme tel, on le traitait de façon plus critique et sceptique que les lois édictées par les papes et les rois, sans parler du *Decretum* de Gratien et des gloses sur le *Digeste* de Justinien. De plus, le droit féodal était de la loi séculière, loi d'un monde encore dans le lent et pénible progrès vers sa rédemption. Ce n'était pas la loi spirituelle de l'Eglise. Assurément, le droit canon était lui aussi soumis à interprétation à la lumière de la raison et de la conscience mais le droit féodal était incomparablement plus susceptible de correction, voire de répudiation, là où il s'avérait générateur d'injustice.

Finalement, le droit canonique, en contraste avec le droit féodal, était considéré comme un système complet de Droit, régissant toute espèce de question juridique qui puisse être posée. Techniquement, il est vrai, les lois canoniques n'affectaient que les problèmes inclus dans la juridiction ecclésiastique mais en fait cette juridiction n'avait pour frontière que le concept de péché qui, à son tour, était défini en partie selon les intérêts de l'Eglise. Ainsi, même les droits et devoirs d'un roi envers ses barons pouvaient ressortir à la juridiction ecclésiastique, comme ce fut le cas, par exemple, pour le roi d'Angleterre, Jean, à Runnymede en 1215. Le droit féodal, de son côté, était bien plus étroitement conçu. C'était la loi sur les fiefs, sur les rapports entre seigneur et vassal. Et ce n'était pas toute la loi séculière, comme était unique la loi spirituelle de l'Eglise, mais seulement l'un d'entre les multiples systèmes coexistants de lois séculières.

Chapitre dix

LE DROIT DU DOMAINE SEIGNEURIAL *

Comme le droit féodal qui régissait les relations entre seigneur et vassal et la tenure de fief, le droit des « manoirs », concernant les relations de seigneur à paysans et la production agricole, prit la forme d'un système légal. Naturellement, les deux systèmes étaient étroitement liés l'un à l'autre. Chacun d'eux était aussi rattaché (quoique de façon bien moins étroite) aux systèmes de droit mercantile, de droit urbain et de droit commun royal qui se développèrent en même temps, de même que tous ces systèmes séculiers étaient reliés au système du droit canon. Tous étaient des parties intégrantes du processus structurel dominant le tout, la tradition juridique occidentale.

L'économie domaniale n'est devenue prédominante en Europe qu'au XI^e siècle. A l'ère précédente, après que les tribus germaniques se soient sédentarisées à l'ouest de l'Europe, il n'y régna pas de régime de rapports économiques prépondérant. D'une part à l'intérieur des structures de tribu et de village, il y eut de nombreux foyers familiaux de paysans libres, au sens de ne pas cultiver le sol pour un supérieur (sauf parfois comme travailleur embauché) et de ne pas être attaché au service d'un maître. D'autre part l'esclavage abondait à cette époque dans l'agriculture européenne. Beaucoup de ces esclaves étaient des descendants de guerriers capturés dans la bataille et réduits en servitude par les germains, d'autres avaient été faits prisonniers au cours des guerres plus ou moins permanentes qui sévirent jusqu'au XI^e siècle. D'autres encore descendaient de personnes qui étaient déjà esclaves dans l'empire romain en décadence. De plus, il semble qu'il se soit produit une nouvelle vague d'esclavage en Europe au cours des VIII^e, IX^e et X^e siècles quand de nombreux slaves furent capturés et asservis par les armées franques progressant vers l'Est. D'ailleurs le terme « esclave » usité à l'Ouest dérive du nom des « slaves » (en allemand *sklaven*) ; en sens inverse « frank » devint synonyme de « homme libre ». Beaucoup d'esclaves vivaient dans la maisonnée de leur maître mais la plupart travaillaient aux champs.

* Note du traducteur : Le titre anglais est *Manorial Law*, mais l'adjectif « manorial » n'a pas d'équivalent français. De plus, en français un « manoir » n'évoque qu'une résidence moins importante qu'un château tandis que le « manor » médiéval constituait l'unité rurale de base d'une économie essentiellement agricole d'où notre interprétation du titre de ce chapitre.

Avec la formation des unités seigneuriales et spécialement l'adjonction du fief au vasselage aux VIII^e, IX^e et X^e siècles, une troisième classe de paysans, ni hommes libres ni esclaves, devint de plus en plus nombreuse. Ces paysans, souvent appelés « serfs », avaient plusieurs caractéristiques :

1) à la différence des esclaves, ils n'étaient pas la propriété d'un maître et ne pouvaient être achetés ni vendus ;

2) au contraire des esclaves, ils pouvaient contracter légalement mariage ;

3) à la différence de la plupart des esclaves, ils se procuraient leur propre nourriture et leurs vêtements ;

4) à la différence de la plupart des esclaves, ils avaient certains droits de logement, de terre et de biens meubles ;

5) à la différence des paysans libres, ils étaient attachés à la terre c'est-à-dire qu'ils ne pouvaient pas la quitter sans la permission du seigneur et ils la suivaient quand elle était transférée ;

6) à la différence de la plupart des paysans libres, ils étaient requis d'effectuer certains travaux pénibles au service du seigneur dans ses dépendances propres (*demesne*) ;

7) à la différence de la plupart des paysans libres, ils devaient verser au seigneur certaines redevances en nature ou en argent pour la terre qu'ils occupaient, et

8) à la différence de la plupart des paysans libres, ils subissaient de sévères restrictions à leurs droits d'utilisation et de disposition de la terre, et ce qu'ils possédaient allait à leur seigneur quand ils mouraient.

A plusieurs égards, les serfs étaient dans une situation analogue à celle d'une autre classe qui avait survécu depuis le Bas Empire, les *coloni*, qui n'étaient pas esclaves mais assuraient certains travaux sur les terres propres du seigneur. Il existait encore d'autres catégories de paysans à des degrés divers de dépendance.

Aux VIII^e, IX^e et X^e siècles, les paysans de tous statuts, hommes libres, esclaves, colons et autres, furent plus ou moins volontairement ou par nécessité mais en nombre croissant, attirés sur les propriétés des seigneurs en tant que serfs. Les *mansi* (manses, lots de terres et logis) concédés aux serfs étaient distincts du *mansus indomunicatus*, ou résidence du seigneur entourée de son *demesne* (domaine en exploitation directe). Cependant, les serfs devaient fournir leurs services et remplir d'autres obligations sur cet enclos, et le seigneur exerçait des droits économiques, fiscaux, policiers et judiciaires sur les serfs dans les lots dont il leur avait accordé la tenure (autrement dit, dont ils étaient « tenants »). En dehors des serfs, divers paysans libres

vivaient aussi sur les terres du fief comme tenants, en fait comme sujets, du seigneur. Il est peu probable que le nombre des serfs en Europe ait jamais représenté plus de la moitié ou des trois quarts de la population paysanne ¹, mais il y avait en même temps des degrés divers de liberté parmi les paysans libres.

Du point de vue des relations intérieures, le fief prenait la forme d'une communauté autonome et, dans la majeure partie de l'Europe, on lui donnait le nom de « manoir, *manerium* » ² [de *manere*, rester, où l'on « reste » comme on dit encore en Belgique pour résider, habiter N. d. T.]. Une caractéristique importante du manoir, en tant que communauté autonome, était la position éminente du seigneur et la position humiliée des serfs. Une autre était l'interdépendance économique et politique de tous les habitants du manoir, y compris la famille du seigneur, les serfs, et les échelons intermédiaires des chevaliers, les intendants et serviteurs hiérarchisés, les fonctionnaires divers de la seigneurie et d'autres personnes libres (y compris les paysans libres) vivant sur le domaine. Une certaine tension existait entre ces deux caractéristiques.

En ce qui concerne la position inférieure des serfs, Philippe de Beaumanoir écrivait au XIII^e siècle que « dans la troisième catégorie des hommes » à savoir « ceux qui ne sont pas libres », « certains sont si asservis à leur seigneur qu'il peut leur prendre tout ce qu'ils ont, morts ou vifs, et les emprisonner quand il lui plaît sans avoir à en rendre compte, sauf à Dieu ». Beaumanoir comparait cette position de certains serfs avec celle de la grande majorité des autres ³. Avant le XI^e siècle, néanmoins, cette description pouvait s'appliquer à presque tous les serfs. Dans cette période ancienne, la coutume du domaine seigneurial manquait, davantage encore que la coutume féodale, de l'objectivité et de l'universalité définies au chapitre précédent. Il pouvait également y régner un degré d'arbitraire et d'abus bien plus grave que par la suite, il y manquait aussi largement les autres qualités des systèmes légaux occidentaux postérieurs : réciprocité des relations légales entre supérieur et inférieur, décisions judiciaires en participation, homogénéité et cohérence du système et capacité organique de développement.

Néanmoins, l'interdépendance entre les paysans et le seigneur du manoir tendait à surmonter, dans une certaine mesure, les rigueurs de leur insécurité juridique. Habituellement, le seigneur n'était pas un propriétaire absent ou un simple collecteur d'impôts, comme ce fut le cas dans maints régimes nobiliaires non occidentaux. Au contraire, il vivait sur le domaine et en surveillait la gestion. Même lorsqu'il dirigeait le manoir (ou ses manoirs) à travers un ou des intendants, il dépendait entièrement de leur rendement économique positif pour faire face à ses propres obligations militaires et économiques envers son suzerain (que ce soit le roi ou un seigneur intermédiaire). Également important aussi était le fait qu'il soit le gouvernant politique de l'entière communauté domaniale, responsable d'y maintenir l'ordre intérieur et de la protéger contre les menaces extérieures, ainsi que de nommer aux divers postes de son administration et de présider ses assemblées. Une fois encore, ces aspects de la vie sur le manoir étaient bien plus vaguement agencés que par la suite et beaucoup

plus susceptibles de bizarreries locales et individuelles dans la période précédant le XI^e siècle que dans la suivante.

Exactement de même que la coutume féodale se changea en système de droit féodal, aux XI^e et XII^e siècles et spécialement entre 1050 et 1150, la coutume des manoirs se changea en un système de droit domanial pendant la même période. Et de même que pour le droit féodal, il y eut pour le droit domanial une période d'accroissement substantiel de l'objectivité et de l'universalité de ses normes. Un élément de réciprocité s'introduisit dans les relations légales entre paysans et seigneurs, encore que moins visible que dans le droit féodal, car l'hommage et l'inféodation n'en faisaient pas partie et il n'y avait pas de contrat entre le seigneur et les paysans les liant dans une relation à vie. Toutefois, les paysans jouèrent de la force du nombre pour faire pression sur les seigneurs et en exiger des conditions de travail plus favorables, ce qui avait l'impact de concessions réciproquement convenues sous condition de loyauté. Au surplus, le droit du manoir était administré par une assemblée de ses membres, y compris les serfs qui participaient à l'arbitrage des conflits sous la présidence du représentant du seigneur, le régisseur (*steward*) du manoir. Finalement, le droit domanial aux XI^e et XII^e siècles fut considéré, de même que le droit féodal mais dans une moindre mesure, comme un système intégré de concepts et procédures avec également une qualité de système évolutif, susceptible de croître et se développer au fil des générations et des siècles.

En contraste cependant avec le droit féodal, l'émergence d'un nouveau système de droit domanial aux XI^e et XII^e siècles fut directement mêlé à un conflit économique de classes. Alors que le droit féodal régissait principalement des relations entre personnes appartenant à la même classe économique : l'aristocratie seigneuriale, le droit domanial s'occupait de relations entre riche et pauvres, entre gouvernant et sujets, entre « direction » et « travail ».

Cela ne veut pas dire que le droit domanial ait été simplement imposé aux paysans, au contraire, ils n'étaient pas sans moyens substantiels pour défendre leurs intérêts de classe. Spécialement en ces XI^e et XII^e siècles, les progrès de l'activité économique rendaient pratiquement faisable pour eux de revendiquer des améliorations substantielles de leur situation de servitude. Néanmoins, le développement d'un nouveau corps de droit pour garantir ces améliorations dépendait de modifications non seulement dans les conditions économiques mais aussi dans les conditions légales. Un changement dans les conceptions et institutions juridiques et une nouvelle attitude envers la loi avaient commencé à apparaître, et tant les seigneurs que les paysans y avaient recours dans leurs efforts pour résoudre les conflits entre leurs intérêts économiques.

Un aspect crucial de l'énorme croissance de prospérité à cette époque-là fut la fin des attaques militaires venant du Nord, de l'Est et du Sud. Et même, à la fin du XI^e siècle, l'Occident avait acquis une force économique suffisante pour lancer à son tour une invasion militaire vers le Proche-Orient (la première croisade, 1095-1099). Le progrès économique avait pris aussi la forme de récupération des terres laissées

en friche et de nouvelles colonisations. Les Européens, en effet, défrichaient des forêts et empiétaient sur les zones incultes, asséchaient des marais, gagnaient du terrain contre la mer en Angleterre, en Allemagne, dans les Flandres et ailleurs. Beaucoup émigrèrent vers les pays slave et magyar.

Ces activités étaient en rapport avec l'augmentation de la population. Après des siècles de stagnation ou de diminution, la population de la France bondit d'environ sept millions à plus de vingt millions entre le milieu du XI^e siècle et le début du XIV^e, et la population de l'Angleterre passa d'à peu près deux millions à trois millions et demi dans la même période. En outre, il y eut des progrès techniques substantiels qui se traduisirent par une augmentation importante de la production agricole à partir du XI^e siècle, le commerce s'amplifia, de nouvelles villes et cités surgirent partout en Europe occidentale.

Ces facteurs renforcèrent notablement la position économique des paysans. L'on aurait pu penser que l'accroissement de la population aurait diminué la valeur de leur travail individuel, mais toute tendance de ce genre se trouva contrée par les facteurs économiques mêmes qui avaient contribué à cet accroissement : l'accession à des terres nouvelles, la liberté de se déplacer vers les villes et les bourgades en expansion ainsi que les débuts d'une économie monétaire. Il y eut en fait une forte disette de travailleurs pour les tâches à remplir. De plus, l'augmentation de la population contribua à la formation d'une conscience de classe des paysans qui fut un facteur important de l'accentuation du combat pour de meilleures conditions de travail et d'existence.

L'Eglise aussi, en menant la révolution papale, poursuivait des politiques qui étaient avantageuses pour les paysans. Elle offrait aux serfs le moyen de s'affranchir en entrant dans les ordres⁴. En lançant la première croisade, elle leur offrait une autre chance d'émancipation en s'engageant dans la guerre sainte⁵. Et surtout, l'Eglise était de loin le plus grand propriétaire d'Europe, détenant sans doute le quart au moins de toutes les terres cultivées et elle attirait souvent des paysans d'autres domaines par de meilleures conditions de vie et de travail. L'évasion, légale ou non, vers les manoirs religieux, encourageait aussi l'évasion vers des manoirs seigneuriaux plus sympathiques ou encore vers les villes, exerçant ainsi une pression sur les seigneurs en faveur de concessions aux revendications de leurs tenanciers.

De surcroît, l'Eglise affranchissait généralement les esclaves sur ses propres domaines et par là, entre autres moyens, contribuait à l'élimination de l'esclavage paysan à travers l'Europe pendant les XI^e, XII^e et XIII^e siècles (l'esclavage dans les foyers seigneuriaux persista par endroits). Cela avait pour effet secondaire de soulager les serfs de la concurrence avec des catégories encore plus opprimées qu'eux. Ici encore, les facteurs économiques et idéologiques se combinaient. Les dirigeants chrétiens avaient jusque là accepté l'esclavage comme un fait social traditionnel tout en enseignant que les esclaves devaient être traités avec humanité, et que de les affranchir était une œuvre pie et un acte méritoire.

Comme résultat de la révolution papale, l'Église donna pour la première fois une formulation légale systématique à ses vues sur l'esclavage. Elle adopta, comme attitude de principe, que l'esclavage n'était pas en soi illégal mais que c'était un péché pour un chrétien de détenir un autre chrétien comme esclave⁶. En Angleterre, par exemple, près de 10 % de la population enregistrée sur le *Domesday Book*, juste après la conquête normande, étaient mentionnés comme esclaves. Il s'agissait essentiellement de labourers et de bergers. Dans les deux ou trois générations suivantes, la plupart d'entre eux reçurent de petites tenures comme serfs et l'esclavage disparut virtuellement de l'Angleterre⁷.

Les serfs européens se trouvèrent, aux XI^e et XII^e siècles, pour la première fois dans une situation de force suffisante pour prendre le risque de se soustraire illégalement à leur seigneur en allant chez un autre qui offrait de meilleures conditions de travail. L'ère des rébellions paysannes fréquentes et des manumissions massives de serfs ne s'ouvrit qu'à la fin du XIII^e siècle et au XIV^e. Cependant en Italie et, occasionnellement aussi en France, en Allemagne et en Angleterre, il y eut de spasmodiques rébellions paysannes et des concessions de chartes paysannes de libertés dès le XII^e siècle et au début du XIII^e. À part ces événements plus dramatiques, entre 1050 et 1250 environ, c'est graduellement que la situation du serf s'adoucit et, ce qui importe davantage, ses droits fondamentaux furent légalement définis. En fait, c'était au nom de ces droits de base des serfs que rébellions et manumissions eurent lieu.

La transformation de la coutume des manoirs en un système de droit domanial, aux XI^e et XII^e siècles, peut être le plus aisément approchée au moyen des six catégories que nous avons déjà utilisées pour décrire le passage de la coutume féodale à un système de droit féodal : 1) objectivité, 2) universalité, 3) réciprocité, 4) procédure judiciaire participative, 5) intégration et 6) croissance.

OBJECTIVITE ET UNIVERSALITE

Dans les siècles précédents, les services et les obligations des serfs et des autres paysans étaient de nature extrêmement diverse, avec relativement peu de limitations imposées par la coutume. Les services de travail les plus importants comprenaient le labourage sur le *demesne* du seigneur (ce qui pouvait inclure que le serf fournisse les semences), le « travail hebdomadaire » (obligation de travailler un nombre de jours par semaine sur ces mêmes terres), le travail consenti (*boon work*, c'est-à-dire théoriquement volontaire, généralement associé à la fenaison et à la moisson), les services de transport (de fournitures à apporter au foyer du seigneur ou en emporter), l'abattage des arbres, le charriage du fumier et l'entretien des chemins. Le seigneur pouvait assigner d'autres tâches à son gré.

Outre les services de travail, il y avait diverses obligations financières et autres. La *head tax* (capitation, en latin *capitagium*, en vieux français « chevage ») était relativement minime mais un symbole important du statut inférieur du paysan. Un

loyer fermier fixé par la coutume ou *cens*, était généralement levé en même temps. Le seigneur imposait aussi des taxes régulières et exceptionnelles sous l'appellation générique de *tallage* (du français « taille », une encoche coupée dans une baguette pour attester le prélèvement) Au décès d'un serf, son seigneur devait recevoir sa meilleure tête de bétail et ses ustensiles (*hériot*, par analogie avec l'équipement du soldat). Il y avait toute une série d'autres charges, de corvées et de devoirs qui variaient largement en incidence selon les endroits et les époques, mais qui étaient toujours des rappels de la servitude subie. Un serf ne pouvait se marier sans l'autorisation de son seigneur et il ne pouvait quitter le manoir volontairement. S'il mourait sans héritier, la terre qu'il occupait faisait retour au seigneur.

Aux XI^e et XII^e siècles, ces diverses sortes de services et d'obligations devinrent l'objet d'une régulation notablement plus précise. Il fut généralement admis que des limitations devaient être posées aux services que le seigneur pourrait exiger et aussi au nombre ou au volume total des services de chaque espèce. Par exemple le travail hebdomadaire fut limité à un certain nombre de jours de chaque semaine ou transformé en un paiement en monnaie. De telles limitations finirent par être établies sur une base générale, non plus pour tel manoir ou telle localité, mais pour tous les manoirs d'une région donnée ou d'un pays, et en certains cas pour la chrétienté entière. Ainsi, l'exigence de la permission seigneuriale pour que le serf puisse contracter mariage, fut remplacée partout par une taxe (*forismaritagium*) si l'épouse vivait hors du domaine ou une composition (*mercheta mulierum*, marchandage de femme) si elle y vivait déjà. Et le pape Hadrien IV, lui-même d'une humble origine, décréta que le mariage d'un serf, avec ou sans consentement de son seigneur, était valable et indissoluble.

La commutation, aux XI^e et XII^e siècles, de services et autres obligations de paysans en paiements en monnaie, qui fut un phénomène largement répandu à travers l'Europe, témoigne non seulement de l'infiltration de la monnaie dans l'économie du manoir mais aussi des tendances du droit domanial, dans cette période, vers l'objectivation et l'universalisation des normes légales. Néanmoins, le droit domanial n'approcha guère du degré d'objectivité et d'universalité du droit féodal ni du droit marchand ou urbain ou royal, sans parler du droit canon.

Une raison de ce fait peut résider dans l'acuité du conflit économique sur le manoir. Pourtant, la domination du seigneur pouvait prendre la forme de l'imposition de sa volonté en respectant des normes légales objectives et universelles. Une raison plus plausible est que, par sa nature même, la vie dans le domaine nécessitait des règles moins formalistes, plus intimes et plus diffuses dans l'ambiance, plutôt qu'un cadre de normes précises, spécifiques, généralement applicables et non discriminantes. Le manoir était à certains égards semblable à un petit clan ou à un village ou à une maisonnée de grande famille. L'étonnant n'est donc pas tant dans la mesure où le droit domanial répondait aux volontés et aux intérêts des dirigeants de la maisonnée, le seigneur et son proche entourage, mais dans le fait qu'il ait acquis un degré quelconque d'objectivité et de généralité.

Le seigneur ou son délégué (bailli, intendant, surveillant, majordome) était présent avec ses serviteurs pour faire exécuter ses volontés, par la loi ou par d'autres moyens. Les paysans, au contraire, avaient besoin de légaliser leurs relations avec le seigneur, ne serait ce que pour tempérer l'exercice arbitraire de son pouvoir. Le degré de renforcement du droit domanial était l'indicateur de l'équilibre de puissance entre les intérêts directement adverses du seigneur et de son entourage d'une part et ceux des foyers paysans du manoir (au sens large) d'autre part. C'était aussi un révélateur de la mesure dans laquelle le droit domanial recevait son caractère du contexte plus large, social, économique et politique de l'époque, un contexte où la légalité jouait un rôle central.

RECIPROCITE DES DROITS ENTRE SEIGNEUR ET PAYSANS

Au XII^e siècle, tous les paysans de la chrétienté occidentale, y compris les serfs, eurent des droits légalement protégés. Parmi ces droits, figuraient celui de tenir de leur seigneur une terre, dans certains termes et sous certaines conditions, et celui de recevoir de lui protection et patronage. De plus, tous les paysans avaient par la coutume l'usage des terres communales du village, incluant des pâturages, des prairies et des forêts. En outre, dans la plupart des pays d'Europe, les paysans continuaient à avoir virtuellement des droits de propriété sur des terres de paysans libres (*alodium*, alleux) qui avaient survécu depuis les temps anciens.

Le droit, même pour un serf, de tenir une terre d'un seigneur était de grande importance. Le manoir était fait de deux parties : la résidence et propriété centrale du seigneur, gérée par ses intendants et cultivée par ses paysans, et les tenures propres des paysans qu'ils cultivaient les jours où ils n'étaient pas requis de travailler pour le seigneur. Comme l'a souligné Perry Anderson, ce « double statut agraire à l'intérieur du manoir a été une « spécificité culturelle de la féodalité occidentale » et cela eut la conséquence économique importante de « laisser une marge pour des résultats de productivité améliorée, échéant au producteur direct »⁸. Et plus encore, cela donnait un fondement juridique à la tendance des paysans à distinguer leurs propres intérêts économiques de ceux de leurs seigneurs et d'y apporter leurs soins.

A côté de leurs droits à une tenure de terre, les paysans avaient des droits relatifs aux loyers, aux taxes, aux services et aux autres obligations envers leur seigneur. En règle générale, ces obligations ne pouvaient pas être majorées, on les considérait comme ayant été fixées par la coutume. Les différends sur leur caractère et leur portée devaient être résolus par le Droit. En contraste avec les relations de seigneur à vassal, la réciprocité des droits et des devoirs entre seigneur et paysans (y compris les serfs) n'était pas établie au moyen de promesses individuelles de loyauté et de bonne foi, ni par d'autres formes contractuelles de transaction. Néanmoins, il était implicite que la loyauté des paysans était donnée en réciprocité de l'intention permanente du seigneur de respecter les concessions antérieurement faites par lui ou par

ses prédécesseurs et d'en accorder de nouvelles si nécessaire et, plus généralement, de les traiter avec justice.

Lorsque les droits de paysans étaient violés par leurs seigneurs, ceux qui avaient le statut d'hommes libres pouvaient parfois porter leurs griefs, par dessus la tête des fonctionnaires intermédiaires du seigneur direct de leur manoir, devant le suzerain de celui-ci ou devant l'autorité royale. Rodney Hilton raconte la querelle qui fit rage pendant trente-cinq ans (de 1272 à 1307) entre des libres tenants et un seigneur du comté de Staffordshire en Angleterre. Parce que la terre avait précédemment fait partie du *demesne* du roi, les tenanciers en appelèrent à la couronne, s'appuyant sur la coutume du temps de Henri II, un siècle plus tôt. Ils plaidaient qu'ils n'étaient obligés que de payer un loyer de cinq shillings par an, plus certaines tailles, tandis que le seigneur soutenait qu'ils lui devaient une large diversité de services de travail, de taxes en nature, un impôt de succession considérable (*heriot*), le « marchandage » sur le mariage d'une fille, et une amende s'il s'avérait qu'elle avait « perdu sa vertu », sans compter d'autres obligations ⁹.

Les recours judiciaires des serfs étaient plus limités car ils n'avaient titre légalement qu'à se plaindre devant le tribunal du manoir, et aucune autre instance. Cependant, ils n'étaient pas sans défense à ce niveau. Et ils avaient d'autres moyens d'exercer une pression sur leur seigneur afin de maintenir et d'améliorer des conditions de travail favorables. Ils pouvaient lui adresser une requête collective, y compris demandant leur émancipation. Une telle manumission devint de plus en plus fréquente bien que les paysans eussent souvent à la payer fort cher. Ils pouvaient aussi, parfois, appuyer leurs demandes par une grève. En dernier ressort, ils pouvaient fuir vers un autre manoir.

Un exemple dramatique d'une telle pression fut la désertion en masse des habitants de l'île de Ré, en protestation contre la sévérité de leur seigneur. Le seigneur fut ainsi amené à de substantielles concessions pour récupérer un minimum de main-d'œuvre. Pour faire front à ces pressions, les seigneurs eurent souvent recours à des accords de mutuelle assistance pour capturer les serfs fugitifs. Sans doute fréquemment aussi, ils se faisaient concurrence pour attirer des serfs de domaines voisins ¹⁰.

Un exemple encore plus remarquable d'obtention de la réciprocité par le détour d'un conflit de classes et de sa solution légale, est celui des chartes de libertés reconnues aux serfs par des municipalités de cités italiennes, dès le XII^e siècle, après des soulèvements de paysans. De telles chartes contenaient non seulement des garanties de fixité des loyers et des obligations de services, mais encore des clauses de sauvegarde contre les emprisonnements sans procédure judiciaire légale. Finalement, la déloyauté des serfs devint une riposte à la mauvaise volonté du seigneur, ou son incapacité, à leur donner satisfaction en appliquant des allègements déjà concédés ou en concédant de nouveaux.

C'était un équivalent informel et pragmatique de la *diffidatio* des vassaux. Aux XIV^e et XV^e siècles, les évasions de serfs hors de leur manoir prirent des proportions catastrophiques¹¹. Il en résulta un recours à une législation punitive (emprisonnement, marque au fer rouge sur le front et autres sanctions redoutables). En Angleterre, au XV^e siècle, la loi interdit aux personnes attachées à un manoir d'apprendre un métier artisanal, ou au tenant d'une terre valant moins de vingt livres de revenu annuel d'en enseigner un à son fils. De telles mesures furent inefficaces, le système des manoirs fut mis en échec, en Angleterre comme dans de nombreuses régions d'Europe, par la désertion des paysans¹². L'ancienne réciprocité s'était disloquée.

PROCEDURE JUDICIAIRE PARTICIPATIVE

A l'intérieur d'un manoir, comme dans les autres unités politiques en Occident, pendant l'ère formatrice de la tradition juridique occidentale, le gouvernement proprement dit était étroitement combiné avec la fonction judiciaire, celle de « dire le Droit » entre des personnes (en anglais *adjudication*). Autrement dit, les activités législative et exécutive étaient dans une large mesure combinées avec l'activité judiciaire et les trois étaient menées dans une institution appelée « cour ». L'emploi de ce mot plutôt que de « législature » ou « exécutif » ne signifiait pas que la confection et l'administration des lois n'étaient pas d'importantes fonctions de gouvernement ; en fait, les cours de manoir, comme la cour papale et les tribunaux royaux, seigneuriaux, urbains et marchands, avaient de larges pouvoirs législatifs et exécutifs à l'intérieur de leurs juridictions respectives.

Perry Anderson est dans le vrai en disant que « la justice était la modalité « centrale » du pouvoir politique » mais il ne l'est plus en supposant que cela était rendu nécessaire par la « parcellisation de la souveraineté » dans la société féodale qui « excluait quelque « exécutif » que ce soit, au sens moderne d'appareil administratif permanent de l'Etat pour imposer l'application de la loi », et ne laissait non plus « aucune place à une « législature » orthodoxe au sens du dernier type, du fait que l'ordre féodal ne possédait pas le concept général d'innovation politique par la création de lois « nouvelles » »¹³. En réalité, il existait dans l'Eglise un appareil étatique centralisé qui était cependant gouverné par la curie pontificale. Et l'Eglise, à la fois par la curie et par les conciles ecclésiastiques, innovait effectivement en créant de nouvelles lois.

Il y eut des évolutions parallèles dans le gouvernement royal. Et même les cours de manoirs ne se bornaient pas à instruire et à décider dans les différends mais faisaient appliquer les lois par un appareil administratif développé, et de temps à autre posait de nouvelles règles de droit. La différence entre les conceptions du XII^e siècle et celles du XX^e concernant le gouvernement, ne résidait pas dans l'absence jadis, et la présence aujourd'hui, de fonctions législative et exécutive, mais bien plutôt, d'abord, dans la fusion alors et la distinction maintenant de ces fonctions ; et ensuite dans la subordination alors du législatif et de l'exécutif au judiciaire. A l'époque, la

confection même des lois était considérée comme un processus de délibération et de découverte. Les lois étaient tenues pour vraies ou fausses, pour justes ou injustes et, par conséquent, leur confection et leur administration n'étaient pas nettement distinguées de leur application aux sujets de disputes.

La justice domaniale était la prérogative du seigneur du manoir, tout comme la justice royale était la prérogative du roi et la justice ecclésiastique la prérogative du pape. « Chaque baron est souverain dans sa baronnie » disait Beaumanoir, tandis que « le roi est souverain partout, et par son droit protège le royaume »¹⁴. Beaumanoir écrivait également : « Chaque seigneur a toute justice, tant haute que basse dans son fief... fief et justice, c'est tout un »¹⁵. Ceci était, assurément, une exagération, applicable seulement aux plus grands seigneurs. La plupart des seigneurs de manoir avaient seulement la « basse justice ». Cependant, la justice du seigneur de manoir l'autorisait à exercer une ample variété de pouvoirs sur un état-major de fonctionnaires domaniaux qui, en effet, constituaient sa maisonnée, et sur les paysans qui constituaient la population de base du manoir.

En même temps, la justice du seigneur de manoir restreignait nettement sa faculté d'exercer son pouvoir de façon arbitraire, et représentait une garantie de réciprocité des droits de seigneur et de paysans. La cour de justice du manoir était présidée par l'intendant du domaine (*steward*) qui d'ordinaire était le délégué du seigneur pour tout ce qui se rapportait au gouvernement de la communauté. D'autres officiers de gestion, tels que le *reeve* (surveillant) chargé de veiller à l'exécution des devoirs de service, le *hayward* (fourrageur) responsable des récoltes, le *woodward* (forestier), le percepteur des revenus etc... participaient aux sessions et aux procédures judiciaires de la cour domaniale, souvent comme procureurs à l'encontre des personnes qui avaient porté atteinte aux prérogatives du seigneur.

La « cour » elle-même consistait en la totalité des membres du manoir depuis le seigneur et son intendant jusqu'au plus humble des serfs. Tous étaient juges à égalité dans ce tribunal. On les appelait *suitors* (assesseurs) et l'on disait qu'ils « s'acquittaient du devoir de cour ». C'était effectivement une obligation que de verser un droit d'entrée au seigneur, puis de siéger et de juger. L'on sait peu de choses sur les méthodes de vote dans ce tribunal. Ce qui subsiste de compte rendus de procès témoigne de divisions dans les opinions mais généralement la décision est présentée comme émanant de la cour en son ensemble. Il n'y avait aucune distinction entre hommes libres et serfs relativement aux droits et aux devoirs de juge ni quant à la procédure appliquée selon qu'ils étaient ou non parties dans l'affaire jugée.

Pour que cette justice domaniale puisse effectivement fonctionner, il fallait qu'existe spontanément un haut degré de coopération entre tous les membres du manoir. Mais une coopération analogue était requise également dans tout le système agricole européen, pendant la seconde moitié du XI^e siècle et durant le XII^e. Sur ce point, beaucoup d'historiens, en concentrant l'attention sur l'inégalité de statuts et de

privilèges entre seigneurs et paysans, ont négligé d'autres aspects également importants du mode de production et des relations impliquées.

Dans le système de champs non-clos de l'époque, la terre arable était habituellement divisée en longues et étroites bandes dont la possession était partagée entre les diverses familles paysannes. Afin de rendre rationnel l'emploi de bétail pour labourer des bandes adjacentes ainsi possédées par plusieurs tenanciers, et en vue de programmer les ensemencements et les moissons de façon à éviter des conflits, il était indispensable que les paysans soient d'accord sur les méthodes de travail. De même la possession indivise des pâtures, des prairies et des bois, nécessitait des ententes sur leur utilisation. Au surplus, un système de rotation des cultures devait permettre que les labours soient périodiquement convertis en pâtures, broutés et fertilisés par tous les bestiaux du domaine ¹⁶.

Ainsi le système des champs ouverts demandait par lui-même un large esprit de coopération entre tous. Comme l'écrivit Hilton, le fait que le village ou le manoir était souvent appelé la « communauté » et ses habitants les « voisins », n'était pas affaire de sentiments mais de réalités concrètes. La culture en champ ouvert signifiait que le dommage causé à un homme faisait du tort à tous, y compris le seigneur. Hilton cite un cas où sept personnes furent accusées d'avoir omis de maintenir leur clôture en bon état avec pour conséquence que le blé de l'abbaye et d'autres voisins avait été endommagé. Il s'agissait des parties de palissade que chaque tenant d'une parcelle attenante au périmètre d'un champ ouvert, avait le devoir d'entretenir pendant que le grain poussait afin d'empêcher les bestiaux de fouler non seulement son propre blé mais également le blé des autres parcelles incluses dans ce champ ¹⁷.

Les règles et les procédures en vue de maintenir la coopération étaient considérées comme constituant la coutume du manoir. Si les bœufs de labour étaient endommagés, si la terre arable n'était pas fertilisée, si quelqu'un manquait à participer aux travaux de la moisson, la coutume du manoir pouvait être invoquée pour citer le coupable devant la cour du manoir. De même si une personne en frappait ou en difformait une autre, ou ne payait pas les marchandises qu'elle avait achetées, ou ne faisait pas honneur à sa promesse d'aider un voisin à construire un auvent, ou calomniait une autre personne, la victime pouvait s'en plaindre à la cour du manoir ¹⁸.

Ainsi la complexité même de l'autorégulation au sein de l'économie domaniale donnait naissance à une large variété d'affaires civiles ou pénales à régler par la justice domaniale. En addition, des amendes étaient imposées pour violation des droits du seigneur, comme de pénétrer sur sa terre propre, de voler ce qui y avait poussé ou de ne pas accomplir les travaux de service ou de ne pas effectuer les paiements qui lui étaient dus. Toutes ces affaires devaient être tranchées à la cour du manoir par un vote de tous les « assesseurs ». L'on pourrait penser que le pouvoir du seigneur et de ses subalternes était de nature à peser en sa faveur sur les votes. Il y eut pourtant des cas attestés où ses intérêts ne furent pas protégés. Par exemple, il arriva que des

paysans plaident avec succès pour obtenir une terre que le seigneur avait louée à d'autres.

Dans une autre affaire, le seigneur d'un manoir avait cherché à priver un serf d'une certaine terre pour le motif que les tenures du serf excédaient ce à quoi il avait droit. Le serf plaida que lui-même et d'autres tenants en une situation comparable « en tout temps jusqu'à présent avaient habituellement tenu plusieurs parcelles sans amende ni licence ni reproche » et qu'il était prêt à « prouver la vérité de son assertion par "homage" (le témoignage de tous les tenanciers du manoir) ou par d'autres moyens légaux si nécessaire ». Le compte rendu de l'affaire conclut : « la cause est mise en attente jusqu'à ce qu'il ait pu intervenir une plus large consultation, etc... »¹⁹. A côté de cas où les droits de propriété du seigneur étaient directement impliqués, il y eut de nombreuses occasions où la cour domaniale, soit par jugement de la communauté entière des tenants, soit par un jugement d'enquête ou de jury, donna un recours contre le bailli du seigneur ou d'autres officiers du manoir²⁰.

La cour domaniale n'émettait pas seulement des jugements à propos de différends et infligeait des amendes pour infractions, mais elle formulait des règles et des prescriptions pour la gestion économique du manoir. Aux XI^e et XII^e siècles, ces règles et ces prescriptions étaient apparemment non écrites. C'est ainsi qu'en Angleterre, aucun compte rendu de telles décisions n'a été trouvé qui se réfère à une date antérieure au deuxième quart du XIII^e siècle. Après cette époque, en revanche, il y a des rapports nombreux de « statuts » ou « ordonnances » portant sur l'usage de champs ou de pâturages communaux, le ramassage des récoltes diverses (y compris le glanage permis aux indigents), l'entretien des clôtures et des grilles, l'attache des animaux mis à brouter, la rotation saisonnière des affectations des terres et d'autres questions afférentes aux surfaces communales.

Ces réglementations étaient émises périodiquement par tous les membres de la collectivité domaniale faisant partie de la cour. Habituellement, ces documents commençaient par la formule : « Ordonné par l'assentiment de l'homage », ou « Ordonné par tous les tenants, tant libres que serfs », ou « Ordonné par le seigneur et les tenants ». L'accent était mis fortement sur le respect des droits de propriété du seigneur mais le souci majeur était l'organisation du travail sur le manoir, et ce point incluait la protection des droits des tenants, qu'ils soient libres ou serfs, contre les empiètements injustifiés de qui que ce soit²¹.

INTEGRATION ET CROISSANCE

Bien qu'il y ait eu nombre de traits complémentaires des lois domaniales, qui concouraient à leur donner le caractère d'un système homogène de règles et procédures, il lui manquait le haut niveau de cohérence logique et de principes conscients caractéristiques du droit canon, et certainement du droit romain tel qu'on l'enseignait dans les universités. Le droit du manoir, en réalité, était coutumier c'est-

à-dire largement non-écrit (ou pour mieux dire, non-édicte). Même en comparaison du droit féodal qui, pourtant, était aussi en grande partie coutumier, la loi domaniale était beaucoup moins consciemment intégrée, beaucoup plus particulariste et diffuse. Cela se reflète dans l'absence d'écrits contemporains sur le droit des manoirs. Il semble que peu de juristes professionnels se soient intéressés à son évolution.

Le manque relatif de raffinement du droit domaniale se rattachait aussi au fait qu'il tirait en partie son caractère d'autres systèmes de lois qui l'influencèrent. Lorsque la cour du manoir jugeait des affaires de calomnie, par exemple, elle appliquait d'ordinaire, peut-être de manière fruste et inculte, la loi canonique. Dans des cas d'agression, de vol, ou d'atteintes aux immeubles et aux biens meubles, la cour imitait d'habitude les lois sur les dommages et le droit pénal de la localité, du duché ou de la principauté où le manoir se trouvait. Quand elle posait des règles concernant les droits et les devoirs relatifs aux tenures paysannes, elle empruntait beaucoup de concepts du droit féodal (c'est à dire, de seigneur à vassal). En outre, la procédure des cours de manoirs était fortement influencée par la coutume locale. En bref, l'on ne s'attendrait pas à rencontrer dans les cours domaniales les innovations dans les branches du droit qui apparaissaient à la même époque dans d'autres systèmes de lois.

Néanmoins, certains éléments distinctifs de la loi domaniale reçurent une formulation légale consciemment exprimée en termes de principes et de concepts. Aux XI^e et XII^e siècles, le concept juridique de servage fut formulé pour la première fois. Les serfs étaient dits *glabae adscriptae*, personnes attachées au sol. Cela signifiait qu'ils ne pouvaient s'en éloigner que dans certaines conditions ; cela signifiait aussi qu'ils ne pouvaient en être évincés, là encore sauf dans certaines conditions. Perry Anderson a écrit que le premier emploi de l'expression « attachées à la glèbe » aux XI^e et XII^e siècles dénote « un certain retard dans la codification juridique de relations économiques et sociales » qui existaient depuis des siècles²².

Mais le nouveau terme légal modifiait concrètement la situation, au moins en lui conférant un caractère légal nouveau. Dorénavant le servage était légalement défini, ce qui signifiait que le servage devenait affaire de droits et de devoirs, et non plus seulement la résultante de l'habitude, de la volonté et du pouvoir de marchandage des parties. D'une part le seigneur avait droit à plusieurs avantages précédemment susceptibles de défi, d'autre part les devoirs du serf, légalement classés en termes de services spécifiques de travail, de loyers en nature et taxes coutumières, devenaient fixes et ne pouvaient légalement être augmentés ni modifiés par le seigneur.

De plus, le serf obtint la possibilité d'acheter sa sortie de servage : il pouvait devenir homme libre par le procédé légal de manumission. Cela comportait normalement une cérémonie symbolique ou une charte écrite, moyennant le versement immédiat d'une certaine somme en argent, ou un engagement perpétuel pour lui-même et ses héritiers de régler certaines charges ou de fournir certains services. Ce n'est pas à dire que le serf cessât d'être pauvre et opprimé. Mais il avait acquis des droits dans un régime légal. Il était désormais une personne, un membre de la communauté

domaniale, une part de « l'homage complet »²³. Il coexistait sur le manoir avec des personnes libres possédant sous diverses formes des tenures n'impliquant que des services honorables, avec des officiers domaniaux, des chevaliers, le seigneur et sa maisonnée, tous membres d'une communauté divisés quant au statut mais unis comme assesseurs dans la cour du manoir.

C'est cette unité qui fut la base du droit domanial, elle était soudée par le mode de production même, le système agricole de champ ouvert. Cette unité du manoir se reflétait dans la capacité juridique de ses habitants, parfois collectivement parfois individuellement, de recevoir du seigneur le manoir en location et d'en disposer à leur gré. Entre la moitié du XI^e siècle et les XIV^e et XV^e siècles, ces locations se répandirent de plus en plus. Cela représentait pour les seigneurs une issue, le moyen de se soustraire aux revendications croissantes des paysans, à leurs rébellions et à leurs désertions.

La définition légale des obligations des paysans eut des conséquences économiques importantes, en renforçant la tendance à substituer des paiements en monnaie aux services de travail et aux revenus en nature. Etant donné qu'une évolution similaire modifiait les relations féodales de seigneur à vassaux, remplaçant les prestations de service par des obligations monnayées, le seigneur du manoir avait intérêt à recevoir de ses tenants suffisamment d'argent pour lui permettre aussi de remplir ses propres obligations envers son suzerain. Dès le XIII^e siècle dans beaucoup de régions d'Europe, sinon la majorité d'entre elles, les manoirs commencèrent à être conçus comme des entreprises productrices de revenus. Des personnes furent chargées d'y collecter et de transmettre au propriétaire le revenu requis, fonction appelée *firma* ou *feorm*, d'où dérivait le mot de « ferme ».

En prolongement, les « fermiers » responsables de collecter des revenus fixes, furent souvent remplacés par des gérants professionnels à qui l'on demandait de porter au maximum les bénéfices d'exploitation et d'en rendre compte annuellement. C'est ainsi que la transformation graduelle des paysans en locataires (ou encore en ouvriers agricoles salariés) se trouva associée à la transformation graduelle du manoir, d'une communauté en une entreprise. Et les deux processus étaient liés à la réification croissante à la fois des droits et obligations de droit féodal (seigneur-vassal) et des droits et obligations de droit domanial (seigneur-paysan).

Ces évolutions n'eurent évidemment pas lieu uniformément dans toute l'Europe mais partout, il y eut un courant général d'absorption des manoirs par la paysannerie. En France et en Allemagne occidentale, cependant, la noblesse parvint à maintenir une quasi domination sur l'ensemble des catégories sociales vivant sous une juridiction seigneuriale, qu'il s'agisse ou non de tenanciers. Cela résulta principalement de nombreuses prestations et taxes (« banalité, corvées » et autres) dont chacune, prise isolément, n'était pas très onéreuse mais dont l'addition globale devint extrêmement oppressive. Cela comportait notamment, l'obligation de porter son raisin au pressoir banal, de cuire le pain au four banal, de broyer le grain au moulin du seigneur sur lesquels ce dernier s'arrogeait le monopole ; à quoi s'ajoutaient les servi-

ces en nature, corvée pour entretenir les routes, construire des ponts et autres travaux analogues et des paiements à l'octroi pour l'accès aux routes, aux foires et marchés, ainsi que des taxes de transmission sur les terres et marchandises, etc...

En dépit de ces variations, et de bien d'autres, entre régions et entre pays différents, le droit des propriétés rurales suivit le même schéma général d'évolution dans tout l'Occident depuis le XI^e siècle jusqu'au XV^e. Ce fait remarquable témoigne du concept occidental de droit domanial comme un corps intégré de concepts et de procédures. Il témoigne aussi du concept apparenté, que ce droit était capable de développement intrinsèque. De même qu'en droit féodal, dans le droit domanial, les caractéristiques attribuées au système devinrent autant de tendances de son développement, et ces tendances se montrèrent efficaces. La croissance, du moment où l'on y crut, devint irrésistible.

Les concepts juridiques et les institutions légales du droit domanial avaient une vie propre qui leur était aussi « fondamentale » et intégrée que l'infrastructure de l'économie et l'activité de production et de distribution des biens. Malgré tout, il est frappant qu'à travers l'extrême diversité des conditions locales, le droit domanial ait suivi le même parcours avec les mêmes étapes, pratiquement partout en Europe occidentale. La phase peut-être la plus significative de ce développement fut l'émancipation de plus en plus étendue des serfs aux XIII^e, XIV^e et XV^e siècles, qui doit être vue en partie comme le point culminant de la légalisation plus ample des relations de paysan à seigneur, laquelle avait débuté à la fin du XI^e siècle et au XII^e.

Ici le droit domanial s'opposait au droit féodal, en ce que selon la loi féodale, l'émancipation du serf par le seigneur de manoir ne pouvait avoir lieu qu'avec l'assentiment de son suzerain. Faute de ce consentement, le serf passait simplement sous la domination du suzerain, en vertu de la réversion de propriété et le seigneur qui l'avait émancipé ne pouvait l'en récupérer²⁴. De sorte que pour un serf, acheter sa liberté impliquait qu'il la paie non seulement à son maître mais aussi à tous les seigneurs plus élevés dans l'échelle féodale. Néanmoins, à la longue, tant les circonstances économiques que légales favorisèrent l'émancipation. En maints endroits, la résistance des seigneurs de haut rang à la libération des serfs fut contrebalancée par un fort mouvement d'émancipation collective.

En Italie, l'initiative vint des communes urbaines, motivée par la perspective d'un nombre croissant de contribuables de condition libre, et aussi pour attirer des travailleurs des campagnes. Dès les années 1256 -1257, Bologne affranchit tous les serfs dans sa juridiction. En France, l'initiative vint de la couronne même, en partie pour tirer un revenu des paiements de manumission et en partie pour apaiser les agitations paysannes et prévenir les révoltes qui devenaient endémiques, en France comme en Angleterre, en Italie, en Espagne et ailleurs. Ainsi en 1290, et de nouveau après 1310, les rois de France offrirent la liberté aux serfs dans diverses terres royales moyennant paiement. Vers 1450, le servage avait été aboli dans presque toutes les parties occidentales de l'Europe, mais non dans les régions du Centre et de l'Est.

Ce serait se méprendre profondément que de sous-estimer les aspects moraux et juridiques de l'affranchissement car ce n'étaient pas seulement les rigueurs économiques du servage qui poussaient les paysans européens à se révolter pendant les XIII^e, XIV^e et XV^e siècles, mais aussi les injustices flagrantes de leur servitude. Dans l'ère qui suivit la révolution papale qui avait été menée au nom de la liberté de l'Eglise et spécialement des membres du clergé, il n'est pas surprenant que des revendications de liberté aient aussi été soulevées dans d'autres milieux politiques et classes sociales. L'une des aspirations révolutionnaires exprimées sans ménagements aux XII^e et XIII^e siècles portait sur la liberté politique des cités. Or le cri de la paysannerie commença en même temps et devint beaucoup plus fort au XIV^e.

C'est dans ce climat qu'apparut le thème de la liberté « condition naturelle » de tous les hommes. C'est pourquoi, en déclarant l'affranchissement des serfs de Bologne en 1256-1257, les autorités communales déclarèrent que le servage était une conséquence de la chute de l'homme et que sa condition naturelle était la liberté. De même, en proclamant l'affranchissement des serfs sur certaines terres royales en 1315 et 1318, les rois de France, Louis X et Philippe le Long, déclarèrent en un langage qui fit écho dans les siècles suivants :

« Parce que, selon la loi de la nature, chacun devrait naître libre mais que par certains usages et coutumes de grand âge conservés dans notre royaume... et peut-être aussi en raison des méfaits de leurs prédécesseurs, beaucoup de personnes de notre peuple commun sont tombées dans les liens de la servitude et de diverses situations, ce qui nous déplaisait grandement, considérant que notre royaume est appelé le royaume des Francs... nous avons ordonné que ces servitudes soient amenées à la liberté et qu'à ceux qui, par naissance ou ancien statut, ou récemment par mariage ou résidence, sont tombés en servitude, ou y tomberaient, la liberté sera donnée à des conditions bonnes et convenantes »²⁵.

Même si l'on suppose que les rois de France furent hypocrites, ils en appelaient quand même à des idéaux et des valeurs largement partagés. Les paysans, assurément, auraient convenu que le servage était contraire à la loi de nature, que par la loi de nature « chacun devrait naître libre » et que la liberté est la condition naturelle de l'homme. Les paysans espéraient aussi, sans aucun doute, que l'abolition du servage conduirait à une meilleure vie économique, mais même si cette espérance était déçue, l'émancipation était requise, elle l'était par l'ordre moral de l'univers. Cette conviction n'était pas, cependant, simplement le produit d'une théorie de la loi naturelle. Elle était bien davantage le fruit de l'expérience historique et spécialement l'expérience de l'évolution du droit domanial pendant la seconde moitié du XI^e siècle, le XII^e et le début du XIII^e.

L'attribution de la personnalité juridique aux serfs à l'intérieur du manoir, c'est-à-dire la reconnaissance de leur qualité de « citoyens » de la communauté domaniale, avec le droit et le devoir de siéger en justice dans la cour du manoir, était implicitement un défi au servage, longtemps avant que naisse un quelconque mouve-

ment réclamant son abolition. Le défi fut à son tour nourri par la croyance et l'expérience graduelle du caractère intégral et de la faculté de croissance des systèmes légaux, y compris le système des manoirs. La foi et l'expérience de la nature intégrale de ce droit requéraient que les serfs soient traités sur un pied d'égalité avec les paysans libres. La foi et l'expérience de la croissance de ce droit requéraient que, dans le cours du temps, une telle égalité soit consacrée par une formulation juridique complète.

C'est donc la prise de conscience de l'injustice du servage dans un sens légal, son illégalité fondamentale, couplée avec la confiance dans la possibilité de corriger cette injustice par la loi, qui transformèrent le simple fait de l'exploitation économique des serfs en une cause sociale et politique dans laquelle purent finalement s'unir les membres de toutes les classes.

Chapitre onze

LE DROIT MARCHAND

Comme pour le droit féodal et le droit domanial, la période cruciale du changement pour le droit marchand se situe dans la deuxième moitié du XI^e siècle et pendant le XII^e. C'est alors que se formèrent les concepts et les institutions de base de la *lex mercatoria* (loi marchande, *mercantile law*) et ce qui compte davantage, c'est alors que l'on conçut ce droit des marchands comme un système juridique intégré et évolutif, un « corps » de Droit.

Les changements qui se produisirent dans le droit marchand furent même plus frappants que dans les droits féodal et domanial : les relations de fait, informelles et coutumières tant féodales que domaniales, avaient été largement répandues dans les IX^e et X^e siècles, bien qu'elles n'eussent pas encore reçu une expression légale. Au contraire, depuis l'effritement de l'empire romain d'Occident, les relations commerciales n'avaient subsisté qu'à une échelle très réduite. Bien entendu, le commerce n'avait jamais disparu totalement. Quelques produits agricoles continuèrent à être vendus par des marchands itinérants qui, en même temps, trafiquaient de menus articles de luxe et de produits artisanaux. Il existait aussi des foires et des marchés mais peu nombreux, et quelques villes, spécialement des ports de mer, survécurent aux temps romains.

Néanmoins, l'empire franc, à la différence de l'empire romain, n'était pas une civilisation méditerranéenne au commerce maritime intense, c'était une économie terrienne, « embouteillée » comme l'a dit Henri Pirenne, de tous côtés par les Scandinaves, les Slaves, les Magyars et les Arabes. De plus, toujours à l'inverse de l'empire romain, l'économie occidentale entre les VI^e et X^e siècles, reposait non sur des milliers de cités mais peut-être une centaine de milliers de villages et de manoirs ruraux. En l'an mille seulement deux douzaines de villes à l'ouest de l'Europe comptaient plus de quelques milliers d'habitants, et probablement seules Venise et Londres dépassaient les dix mille (par contraste, Constantinople était peuplée de centaines de milliers d'habitants, peut-être un million).

Puis aux XI^e et XII^e siècles, se produisit une expansion rapide de la production agricole et un accroissement fabuleux du nombre et de la taille des villes. Et parallèlement il y eut l'apparition d'une classe nouvelle de marchands professionnels qui

effectuaient à grande échelle des transactions commerciales à la fois à la campagne et dans les villes. Ce fut essentiellement pour répondre aux besoins de cette nouvelle classe commerçante qu'un nouveau corps de droit marchand fut développé. Cependant, tout en constatant que l'épanouissement du commerce et le développement du droit commercial ont été largement liés à l'éclosion des cités et à l'élaboration du droit urbain, il faut observer qu'ils eurent aussi un aspect non-urbain important.

Le regain du commerce dans les campagnes fut initialement un effet de la « révolution agricole » plutôt que de la « révolution urbaine ». En réalité, la croissance des villes avait elle-même pour condition préalable la croissance de l'agriculture. Ce fait a de l'importance pour la théorie sociale et économique parce qu'il réfute la thèse de ceux qui partent de cette idée que les relations agricoles sont par essence inévitablement statiques, et que le développement commercial ne peut être introduit dans une société rurale que de l'extérieur. Le même fait est important pour l'historiographie socio-économique, en ce qu'il réfute la thèse qui postule qu'en Occident une « ère capitaliste » a succédé dans le temps à une « ère féodale ». En réalité, aux XI^e et XII^e siècles, un commerce extensif a coexisté avec le mode domanial de production et avec les relations sociales et politiques de la féodalité. Le nouveau système naissant de droit commercial - qui était du droit capitaliste par excellence - fut le contemporain des systèmes occidentaux de droit féodal et domanial.

Même à part de ces implications théoriques et historiographiques, la croissance aux XI^e et XII^e siècles du droit marchand occidental devrait être vue dans le contexte du commerce dans les campagnes et non uniquement dans le contexte du commerce dans les villes. Par exemple, les marchands anglais vivant à la campagne allaient dans les manoirs acheter la laine, qu'ils revendaient à des marchands des Flandres qui la distribuaient aux fileuses et aux tisserands pour la travailler dans les foyers paysans. Les marchands flamands, à leur tour, vendaient le drap flamand aux foires internationales en Angleterre. Ce type de négoce qui joua un rôle très important dans l'économie du nord de l'Europe du XI^e au XV^e siècles, était régi par un corps général de droit européen, la « loi marchande » qui régissait aussi les échanges entre villes et outre-mer.

Par exemple, ses règles portaient sur la vente à Paris du verre fabriqué à Cologne, ou celle du cuir travaillé ou du fer forgé à Florence et vendu à Bari, ou la vente aux marchands de Londres des épices orientales ou du blé marocain, proposés par une association de négociants génois. La loi marchande régissait en outre d'autres aspects des transactions économiques, y compris le transport, l'assurance et le financement ¹.

L'apparition d'une classe commerçante était une condition préalable à l'élaboration de la nouvelle loi marchande. Avant le XI^e siècle, le marchand avait été un spécimen relativement isolé, à l'Ouest. Il avait vu occasionnellement des confrères juifs, des syriens et des grecs voyageant par terre et par mer entre Orient et Occident. Les marchands natifs d'Europe étaient pour la plupart des colporteurs (*peddlers*, des gens de pied) itinérants, allant de ville à ville et de village à village, de

manoir à manoir. Le commerce avait aussi été exercé par des non-professionnels : les monastères, les manoirs et les villages (notamment de pêcheurs) envoyaient des représentants dans diverses régions d'Europe pour vendre leurs production.

La transformation de l'agriculture aux XI^e et XII^e siècles créa à la fois l'occasion et le besoin d'une rapide expansion de la classe marchande. Il y avait d'importants surplus de produits agricoles à vendre. Au même moment, il y avait un accroissement considérable de population où l'on pouvait recruter des vendeurs. Toutefois, le développement des systèmes de lois féodales et domaniales avait rendu illégal pour les seigneurs et les membres des manoirs d'exercer un commerce à temps partiel car être seigneur ou paysan, intendant ou officier subalterne dans le manoir était devenu un métier absorbant, permanent, un statut. En sens inverse, il y eut désormais pour les paysans d'amples occasions, légales ou non, de participer à l'exode hors des manoirs. Beaucoup d'anciens paysans devinrent marchands ambulants, et un beaucoup plus grand nombre allèrent vers les villes en expansion pour y devenir artisan ou boutiquier. De surcroît, les cadets de petite noblesse commencèrent à quitter la campagne pour aller en ville créer une manufacture ou un commerce. En Italie et dans d'autres régions de l'Europe, même la noblesse délaissa la vie rurale pour se porter vers le négoce, spécialement à grande échelle, et la finance.

Il est malaisé de déterminer l'ordre de grandeur de la migration de la campagne vers les villes en Europe. Il est même difficile de mesurer la croissance de la classe commerçante, campagne et villes comprises. L'on peut estimer cependant que tandis qu'en 1050, sur une population totale d'environ vingt millions, quelques centaines de milliers d'européens de l'Ouest vivaient dans quelques centaines de villes (dont quelques unes seulement habitées par plus de quelques milliers de personnes), en l'année 1200 sur une population totale d'environ quarante millions, quelques millions d'habitants vivaient dans quelques milliers de villes et de cités (dont beaucoup en comptaient plus de vingt mille et quelques-unes plus de cent mille). En bref, la population avait doublé, en gros, et la population urbaine passait de peut-être un pour cent à dix pour cent du total. En ce qui concerne le nombre des marchands, on peut estimer qu'en l'année 1050, la classe marchande d'Europe occidentale se chiffrait en milliers, vers l'année 1200, elle se chiffrait en centaines de milliers ².

Quand on parle de l'arrière-plan social et économique de l'élaboration du nouveau système de droit marchand, l'on court le danger de se concentrer sur les facteurs technologiques et démographiques, et de négliger les facteurs politiques et religieux qui jouèrent pourtant un rôle important dans ce que l'on a appelé la « révolution commerciale » ³. Les facteurs politiques et religieux étaient, assurément, étroitement associés aux facteurs technologiques et démographiques, non moins qu'entre eux directement. Les croisades et le mouvement de colonisation qui constituaient les programmes militaire et économique de la politique étrangère de la révolution papale, donnèrent une forte impulsion au commerce à longue distance tant par terre que par mer. La papauté cherchait aussi à étendre parallèlement son

autorité. En même temps, la nouvelle théologie du parti papal soulignait la mission de l'Eglise pour réformer et racheter les activités séculières.

Il est toujours périlleux de ne considérer le Droit qu'en tant que conséquence des changements économiques et sociaux, sans observer qu'il est aussi un facteur intrinsèque de ces changements et qu'en ce sens il est à la fois cause et effet d'évolution. En fait, la nouvelle jurisprudence des XI^e et XII^e siècles a fourni une charpente pour l'institutionnalisation et la systématisation des relations commerciales en concordance avec les nouveaux concepts d'ordre et de justice. Sans les nouveaux procédés légaux que furent les lettres de change et les partenariats à responsabilité limitée, sans la réforme des coutumes commerciales vétustes du passé, sans les tribunaux de commerce et la législation qu'ils appliquaient, d'autres poussées sociales et économiques de changement n'auraient pu trouver de débouchés.

Ainsi donc, la révolution commerciale a contribué à créer le droit du commerce mais le droit du commerce a aussi contribué à la révolution commerciale. En fait, ce qui s'est produit fut une transformation révolutionnaire non seulement du commerce mais de la société tout entière. Dans cette transformation totale, la loi marchande comme la loi féodale et la loi domaniale trouvèrent leur source et elles en portèrent le caractère.

LA RELIGION ET L'APPARITION DU CAPITALISME MARCHAND

Bien que de nombreux historiens aient montré que le capitalisme marchand a pris naissance, non pas comme on le croit généralement aux XVI^e et XVII^e siècles mais aux XI^e et XII^e siècles, à l'apogée du mode domaniale de production et des relations féodales de classe, plusieurs de ces mêmes historiens ont continué à partager l'idée que la doctrine chrétienne resta jusqu'à la réforme protestante foncièrement opposée au mobile du profit. Ainsi le grand historien socio-économique belge Henri Pirenne (1862-1935) écrivit que « par sa vigueur et son développement relativement rapide [le capitalisme commercial du XII^e siècle] peut être sans exagération comparé à la révolution industrielle du XIX^e siècle », mais dans le même paragraphe il remarque que « l'attitude de l'Eglise...envers le commerce [était] non pas simplement passive mais activement hostile »⁴. Quelques pages plus loin, Pirenne cite comme caractéristique du Moyen-Age tardif la formule : « Le marchand est rarement, sinon jamais, capable de plaire à Dieu »⁵. Les prohibitions ecclésiastiques de la spéculation et du prêt à intérêt (usure), et la doctrine du juste prix ont été évoquées par Pirenne et d'autres pour illustrer l'opposition prétendue de l'Eglise au capitalisme naissant.

L'on se trouverait alors devant un étrange paradoxe : le *spiritus capitalisticus* (comme l'appelait Pirenne) est représenté comme naissant à une époque où le système de convictions prévalant plaçait l'accent primordial sur les aspects mystiques et

ascétiques de la vie, et sur les récompenses et punitions dans l'au-delà. De plus, ce système prévalant de convictions était appuyé par l'autorité légale d'une hiérarchie ecclésiastique omnipotente ; et cependant, dans les faits, le commerce faisait florès⁶.

Diverses explications avaient été données pour résoudre ce paradoxe. D'abord, l'on a dit que l'insistance de l'Eglise sur une philosophie morale anti-mercantile reflétait sa propre position de grand propriétaire féodal et foncier et sa propre identification à une civilisation agricole conservatrice. Ensuite, l'on disait (sans en ressentir toujours la contradiction) que l'Eglise n'essayait pas sérieusement de mettre en pratique sa doctrine sur le caractère coupable de la recherche de profits, mais au contraire introduisait toute une gamme d'exceptions ou encore fermait simplement les yeux sur les infractions. Cela lui permettait de bénéficier de ses propres activités commerciales et du même coup justifiait maintes pratiques de la classe commerçante.

Ces explications et d'autres analogues laissent ouverte la question de comprendre comment il fut possible d'instaurer un système économique dont les postulats fondamentaux contredisaient l'idéologie prédominante, et comment l'on a pu maintenir pendant plus de quatre cents ans deux systèmes économiques opposés, l'un féodal et l'autre capitaliste, coexistant dans une société dont les instances dirigeantes étaient dévouées à la perpétuation d'un système de croyances unique et intrinsèquement cohérent.

Ces questions, cependant, dérivent d'une vision de la relation entre la doctrine chrétienne et le développement du capitalisme commerçant, vision fondée sur une double distorsion, non seulement de la pensée catholique romaine dans la période allant de la moitié du XI^e siècle au XV^e, mais aussi de la pensée protestante aux XVI^e et XVII^e siècles. Il est supposé à tort que la pensée catholique romaine ait été fondamentalement ascétique et vécue dans l'au-delà. En réalité, la théologie catholique romaine des XI^e et XII^e siècles s'était détachée de l'idéal ascétique et érémitique qui avait prévalu précédemment et qui prédomine encore en grande partie dans l'orthodoxie orientale.

Il est également erroné de penser que « l'éthique protestante » de Luther ou de Calvin fût plus temporelle, plus rationaliste, plus individualiste, et par là plus compatible avec l'entreprise capitaliste, que ne l'étaient les enseignements moraux du catholicisme romain. Cette conception fautive mérite un examen distinct mais l'on peut observer que les auteurs tels que Max Weber et R. H. Tawney qui ont souligné l'interconnexion entre capitalisme et protestantisme, ont également pensé que capitalisme et féodalisme étaient incompatibles et que, dans la durée historique, le capitalisme a succédé à la féodalité, et qu'à l'ouest de l'Europe, le capitalisme est né au XVI^e siècle⁷.

Si c'est l'inverse qui est vrai, à savoir qu'aux XI^e et XII^e siècles (et quelque temps après), capitalisme et féodalité étaient essentiellement compatibles l'un à

l'autre, et même dépendaient complètement l'un de l'autre, alors la voie est libre pour réexaminer d'un autre point de vue la moralité économique enseignée par l'Eglise d'Occident. Ce qui peut apparaître comme hypocrisie pour celui qui croit à un antagonisme fondamental entre les valeurs féodales-agraires d'une part et les valeurs marchandes-capitalistes d'autre part, peut être compris comme un compromis admissible à celui qui est convaincu de leur conciliation possible quant au fond.

L'Eglise d'Occident, à la fin du XI^e siècle et au XII^e, en contraste avec l'Eglise d'Orient mais avec l'une et l'autre également avant la révolution papale, croyait à la possibilité de concilier l'activité commerciale avec une vie chrétienne, tout comme elle croyait à la possibilité de concilier l'activité agricole avec la vie chrétienne. Son attitude morale vis-à-vis des marchands fortunés n'était pas essentiellement différente de son attitude envers les riches seigneurs terriens. Elle continuait à enseigner les paroles de Saint Paul, que « l'amour de l'argent est la racine de tous les maux » (1 Tim. 6:10) et que « ceux qui sont riches de biens de ce monde » devraient être prévenus « de ne pas être fiers et de ne pas placer leurs espoirs sur une chose aussi incertaine que l'argent », et de plus qu'à de telles personnes riches, il faut conseiller de « s'enrichir en nobles actions, d'être prêtes à donner et à partager » (1 Tim. 6:17,18)⁸.

La vie monastique dans laquelle l'on renonce non seulement à la richesse mais plus généralement aux « valeurs de ce monde » était toujours considérée comme la plus proche du royaume des cieux. Mais à l'exception de quelques voix, l'Eglise d'Occident de la fin du XI^e siècle et du XII^e, ne se bornait pas à ne pas blâmer la richesse monétaire en elle-même, elle encourageait la recherche d'argent ou de richesse pourvu que cette poursuite soit motivée par certaines fins, et menée dans le respect de certains principes.

Les activités séculières des gens engagés dans l'entreprise commerciale devaient être organisées de façon à les garder du péché d'avarice. Les marchands devaient former des guildes qui auraient des fonctions religieuses et maintiendraient des critères de moralité dans les transactions commerciales. Cela était cohérent avec la nouvelle insistance théologique sur l'incarnation et sur la concrétisation du spirituel dans le temporel. Ainsi l'état ecclésial proposait un modèle à l'Etat-cité, et le droit religieux offrait un modèle aux droits urbain et commercial. Le négoce légitime fondé sur la bonne foi était distingué du négoce illégitime fondé sur l'avidité, et le commerce fondé sur la satisfaction de besoins légitimes, était distingué du trafic fondé seulement sur l'intérêt personnel ou sur la fraude. Les stipulations légitimes d'intérêt sur le crédit étaient distinguées de l'usure, le juste prix était distingué du prix injuste⁹.

Pirenne a attiré l'attention, à juste titre, sur le « déracinement » des habitants de villes nouvellement apparues au XII^e siècle¹⁰. Ils avaient quitté l'existence fortement structurée et profondément enracinée du village ou du manoir pour l'échanger contre les relations lâches et plus superficielles de la manufacture et du commerce.

LE DROIT MARCHAND

Pirenne, toutefois, semble avoir ignoré les démarches qui furent prises pour répondre à ce problème, grâce à la constitution de guildes étroitement soudées d'artisans ou de marchands et à l'établissement d'un cadre moral et légal charpentant de façon relativement rigoureuse la société urbaine en général.

Du point de vue prévalant en Occident dans la période de formation des institutions commerciales, la théorie sociale chrétienne ne considérait plus que les activités économiques des marchands représentassent, plus que d'autres activités séculières, un « péril pour le salut » ; au contraire, on les tenait pour un « chemin vers le salut » si on s'y livrait dans le respect des principes posés par l'Eglise. Ces principes étaient exposés dans le droit canon. Pour l'Eglise, le droit développé par les marchands pour régir leurs propres relations mutuelles était a priori supposé, non pas contraire aux lois canoniques, mais les reflétant. Les marchands mêmes n'étaient pas toujours d'accord sur ce point avec la hiérarchie, ils ne contestaient pas pour autant que le salut de leurs âmes dépendît de la conformité de leurs comportements avec un système juridique fondé sur la volonté divine, telle que la perçoivent la raison et la conscience.

Par conséquent, l'activité sociale et économique des marchands n'était pas extérieure au domaine des problèmes moraux. Une moralité sociale et économique s'élaborait avec le dessein de guider les âmes de marchands vers leur salut. Et cette moralité se concrétisait dans une loi. La loi créait un pont entre l'activité mercantile et le salut de l'âme.

LE NOUVEAU SYSTEME DU DROIT MARCHAND

Dire que les concepts et les institutions de base du droit commercial moderne en Occident se formèrent dans la période allant de la seconde moitié du XI^e siècle à la fin du XII^e, n'est pas méconnaître la dette que les créateurs de ces concepts et de ces institutions eurent envers le droit romain, tel que le reflétaient les textes datant de Justinien, alors récemment retrouvés. Les textes romains contenaient un clavier perfectionné de règles pour conclure des contrats de divers types, y compris le prêt d'argent, celui de biens meubles, le gage, la vente, la location, le partenariat et le mandat (une forme de représentation). Ces règles, toutefois, n'étaient pas intentionnellement conceptualisées, elles étaient classées mais sans que leurs relations mutuelles soient explicitées ni analysées en termes de principes généraux. De plus, aucune distinction n'y était formulée entre les contrats commerciaux et les autres, tous étaient également traités comme des contrats civils.

Les anciens juristes avaient aussi reconnu que bien des contrats étaient régis non par le droit civil mais par un droit coutumier, comprenant notamment le *ius gentium*, le « droit des nations », applicable à ceux qui n'étaient pas citoyens romains, et qui gouvernait la plupart des types de transactions à l'intérieur de l'empire romain, spécialement concernant le transport des marchandises sur de longues distances.

Inclus dans le droit coutumier du commerce de l'empire romain, l'on trouvait le droit maritime de Rhodes, daté habituellement d'environ 300 avant J.C., ainsi que des coutumes du commerce maritime qu'avaient adoptées par la suite les négociants de la Méditerranée orientale. Quelques règles de la coutume commerciale de Rome ainsi que quelques lois civiles romaines avaient survécu à l'ouest de l'Europe du V^e au XI^e siècles, indépendamment des textes de Justinien : on peut en trouver, par exemple, dans le droit lombard et dans celui des marchands de Venise qui resta un centre florissant du commerce pendant toute cette période.

Néanmoins, ni le droit civil romain récemment retrouvé ni les coutumes commerciales simplement survivantes, y compris le *jus gentium*, n'étaient des instruments adéquats pour résoudre les sortes de problèmes domestiques ou internationaux du commerce, qui se posèrent à partir de la moitié du XI^e siècle et durant le XII^e.

Il est concevable que les romanistes érudits des universités européennes des XI^e, XII^e et XIII^e siècles auraient pu bâtir un corps de droit mercantile à partir des textes romains, exactement comme ils le firent pour créer un nouveau corps de droit civil. L'on peut de même penser que les canonistes des mêmes universités, avec leurs collègues des chancelleries pontificale et épiscopales, auraient pu faire de même, d'autant mieux que des institutions ecclésiastiques s'étaient engagées très avant dans les activités commerciales.

Néanmoins, il est bien caractéristique de cette époque-là que le développement initial de la loi mercantile ait été laissé largement, bien que non totalement, aux marchands eux-mêmes qui organisèrent des foires et des marchés internationaux, instituèrent des tribunaux et des offices corporatifs dans les nouvelles communautés urbaines qui surgissaient partout à l'ouest de l'Europe. En certaines occasions, des règles de droit commercial posées par des groupes de marchands furent recueillies et diffusées. Un des plus anciens exemples en fut la collection de lois maritimes établie à peu près au moment de la première croisade (1095) par la république d'Amalfi, sur la rive italienne de la mer Tyrrhénienne ; connue comme la Table Amalfienne, son autorité fut reconnue par toutes les républiques urbaines d'Italie.

Vers 1150, une compilation de jugements maritimes de la cour de l'île d'Oléron, à l'ouest de la côte française sur l'Atlantique, fut adoptée par tous les ports de mer de l'océan atlantique et de la mer du Nord, y compris ceux d'Angleterre. Les lois de Wisby, un port de l'île de Gotland en Mer Baltique, furent adoptées vers 1350. Elles étaient très semblables et peut-être dérivées des lois (ou rouleaux) d'Oléron, et gagnèrent une large autorité dans les pays riverains de la Baltique. Vers le même moment, le *Consolato del Mare*, une collection de coutumes de mer observées par la cour consulaire de Barcelone, fondée en partie sur les collections antérieures et en partie sur les édits et compilations des cités italiennes, finit par être acceptée comme loi officielle dans les centres commerciaux des pays méditerranéens. Toutes ces compilations traitaient exclusivement de droit maritime, couvrant les contrats de transports par mer des marchandises.

A la même époque, un large corps de droit fut constitué pour régir le commerce par voie de terre. Des marchés et des foires avaient existé depuis les VII^e et VIII^e siècles, mais à une échelle assez réduite et sans caractère légal évolué. A partir des XI^e et XII^e siècles, en revanche, de grandes foires internationales se tinrent régulièrement dans des vingtaines de villes et de cités de toute l'Europe. Les marchés permanents internationaux existaient aussi, plus spécialement dans les ports de mer. Ces foires et ces marchés étaient des organismes complexes et, avec la constitution de systèmes légaux, tant ecclésiastiques que séculiers, se développa le concept d'un droit marchand spécial, incluant non seulement les règles coutumières des foires et des marchés, mais également les coutumes maritimes relatives au commerce et, finalement, les lois marchandes des cités et des villes elles-mêmes. Les cités italiennes avaient pris la tête en rassemblant systématiquement et en promulguant les règles habituelles par lesquelles étaient régies les activités commerciales.

Le droit marchand, donc, gouvernait une classe spéciale de personnes (les marchands) et des endroits spéciaux (foires, marchés et ports de mer) ; et il régissait aussi les relations commerciales à l'intérieur des villes et cités. C'était un droit distinct des droits ecclésiastique, féodal, domanial, urbain, et royal, bien qu'il fût plus spécialement en rapport avec le droit urbain et le droit canon. Le droit marchand partagea avec les autres grands systèmes de lois de l'époque, les qualités d'objectivité, d'universalité, de réciprocité, de juridiction participative d'intégration, et de capacité de croissance. Ces six qualités montrent non seulement ses liens étroits avec la tradition juridique occidentale dans son ensemble, mais offrent un index de ses caractéristiques spécifiques.

Objectivité

Comme dans le cas du droit féodal et du droit domanial, la loi marchande dans la période allant de l'an 1000 à l'an 1200, et spécialement entre 1050 et 1150, devint substantiellement plus objective et moins arbitraire, plus précise et moins diffuse dans l'expression des droits et des obligations.

Il y eut un mouvement pour s'éloigner de la coutume au sens de simple habitude (types de comportement) en direction d'une loi coutumière plus soigneusement définie (norme de comportement). La spécificité des normes de la loi mercantile s'accrut lorsque, de plus en plus, elles furent mises par écrit, en partie sous forme de législation commerciale mais plus ordinairement sous la forme de procédés commerciaux écrits, plus ou moins stéréotypés. En outre l'objectivité du système se traduisit par une insistance croissante sur l'arbitrage judiciaire impartial des différends entre marchands et par l'instauration de nouvelles formes de tribunaux de commerce.

Universalité

A partir de la moitié du XI^e siècle, les droits et les obligations du droit marchand devinrent substantiellement plus uniformes et moins variés, plus généraux et moins discriminatoires dans leur application locale. Cela provint en partie du caractère

cosmopolite et transnational de la plupart des transactions commerciales de cette période. De grandes foires internationales se tinrent à intervalles réguliers à des endroits déterminés de l'Europe ou sur les marchés permanents des villes et des cités où des marchands venaient de nombreux pays. Des associations de négoce transnational établirent leurs représentants permanents dans les principaux centres commerciaux de l'Europe. Le commerce transnational prit souvent un volume supérieur à celui du commerce local et fournit un modèle important aux transactions commerciales en général.

Le caractère universel de la loi marchande, tant dans la période de formation que plus tard, a été souligné par tous les auteurs qui ont traité du sujet. En 1473 le chancelier d'Angleterre déclara que les négociants étrangers qui demanderaient son assistance auraient leurs différends traités « selon la loi naturelle de cette chancellerie... que certains appellent la loi marchande qui est la loi universelle valable pour le monde entier »¹¹.

Dans le premier livre en anglais (1622) sur le droit marchand, *Consuetudo vel Lex Mercatoria, or the Ancient Law Merchant*, l'auteur, Gérard Malynes, disait : « J'ai intitulé le livre selon l'ancien nom de *Lex Mercatoria*... parce que c'est la loi coutumière approuvée par l'autorité de tous les royaumes et républiques, et non une loi édictée par la souveraineté d'un seul prince »¹². Et Blackstone écrivit au XVIII^e siècle : « Les affaires des commerçants sont régies par un droit de leur crû appelé loi marchande ou *Lex Mercatoria*, que tous les pays approuvent et observent; ; et elle est considérée comme une partie du droit de l'Angleterre qui décide des procès de marchands, par les règles générales régissant toutes les affaires de négoce domestique, comme par exemple la formule pour émettre une traite et l'accepter, ou encore le transfert des lettres de change »¹³.

Dans l'Europe du XII^e siècle, le caractère transnational de la loi marchande était une protection importante contre les incapacités des étrangers d'après le droit local, ainsi que contre les autres divagations des lois et des coutumes locales. En Angleterre, le Statut de Westminster de 1275 déclarait : « Il est ordonné que dans n'importe quelle cité, ville ou bourg, foire ou marché, une personne étrangère qui est en ce royaume ne soit pas tenue responsable d'une dette dont elle n'est pas la débitrice ou la caution ». Cependant, les autres pays n'avaient pas tous aboli la saisie des biens d'un étranger en raison de la dette impayée d'un de ses concitoyens ; en Italie du nord une longue série de traités entre les cités « n'assura que lentement et par intermittences la même garantie aux Italiens »¹⁴.

L'évolution vers l'uniformité, à cet égard et à d'autres, fut graduelle. Même les coutumes des foires internationales n'étaient pas toujours les mêmes. Dans l'ensemble, néanmoins, les différences d'un pays à l'autre ou entre localités quant aux lois et coutumes applicables aux transactions commerciales, ne portaient que sur des détails. Comme l'a formulé William Mitchell : « Chaque pays, on peut même dire chaque ville, avait sa variante propre de loi marchande, mais toutes étaient sim-

plement des variantes d'une même espèce. Partout les principes directeurs et les règles les plus importantes étaient les mêmes ou tendaient à le devenir »¹⁵.

Ce qu'avaient à craindre les *merchants estrangers* n'était pas seulement le traitement discriminatoire que leur infligeait le droit local, mais aussi la violence des pirates et voleurs de grand chemin et la rapacité des autorités fiscales. Pour se protéger des dangers du voyage, le commerce maritime s'effectuait en grande partie par des convois de cabotage côtier, et en terre ferme, un marchand voyageait armé et d'ordinaire en compagnie d'autres confrères, souvent en caravanes. Il n'y avait en revanche aucun moyen de se défendre contre les octrois, ceux-ci, sur le Rhin par exemple, étaient si nombreux et exigeants qu'ils s'attirèrent la caractérisation de *furiosa Teutonicorum insania, la folie furieuse des Teutons*¹⁶. En France, une réforme de 1431 laissa encore quelque 130 péages sur la Loire et ses affluents¹⁷.

Le fait que l'étranger était souvent dénué de droits dans le droit local ainsi que de protection par les gouvernants du lieu, fit de l'universalisation du droit propre des marchands une question d'urgente nécessité. Avec le temps, le droit marchand universalisé finit par être protégé aussi par le pouvoir grandissant des autorités politiques centrales. L'un des premiers exemples se trouve dans la Grande Charte (1215) qui stipula : « Tous les marchands auront sauf-conduit pour entrer dans le royaume et en sortir, pour demeurer ou voyager en Angleterre par terre ou par eau, en vue d'acheter et de vendre, exempt de péages légaux, conformément à de justes et anciennes coutumes »¹⁸.

Cette protection finalement s'élargit, en Angleterre et ailleurs, par la coopération des pouvoirs publics à la force exécutoire des jugements rendus dans les tribunaux mercantiles. C'est ainsi qu'en 1292, un marchand de Londres nommé Lucas fut accusé d'avoir quitté la Foire de Lynn furtivement, sans payer trente-deux livres pour ce qu'il avait acheté à un marchand allemand, et d'avoir fait défaut à une citation devant le tribunal de la Foire pour être entendu conformément à la loi marchande ; si bien que « nul marchand étranger après ce méfait ne désira faire une vente à des citoyens de Londres, avant d'être payés entièrement... les considérant comme des débiteurs déloyaux ». Lucas s'enfuit de Lynn à St Botolphe puis à Lincoln puis à Hull et, finalement, à Londres, toujours poursuivi par l'Allemand. A la requête des Marchands de Londres, qui craignaient pour leur réputation, Lucas fut envoyé à la Tour de Londres. Pour finir, son affaire fut revue en habeas corpus par le Conseil du Roi¹⁹.

Les gouvernants séculiers contribuèrent à garantir le caractère universel du droit marchand par des traités bilatéraux. A partir au moins du XII^e siècle, des cités italiennes conclurent de même des traités par lesquels chaque partie acceptait que les citoyens de l'autre partie soient libres de s'établir sur son territoire, d'y être propriétaire, de pratiquer industrie et commerce, de remplir ses devoirs religieux, et d'avoir accès aux tribunaux²⁰. Ces traités instituaient souvent des tribunaux mercantiles bipartites pour résoudre les différends entre les citoyens des deux cités, de façon ra-

pide et selon la coutume et, s'il n'y en avait aucune en vigueur, pour juger « en bonne conscience »²¹. De même au XII^e siècle, un traité entre le roi d'Angleterre, Henri II, et la ville de Cologne assura aux citoyens de cette ville un traitement aussi favorable que n'en recevaient les marchands anglais, peut-être le seul exemple connu aujourd'hui de la clause dite de « traitement national » et précurseur de la clause de « la nation la plus favorisée » des traités commerciaux modernes²².

Réciprocité des droits

Le principe de la réciprocité des droits était au cœur du nouveau système de droit marchand dégagé depuis la moitié du XI^e siècle et le XII^e. Bien évidemment, la réciprocité au sens de donnant-donnant, a toujours été au cœur du commerce dans toutes les civilisations, dans la mesure où commerce signifie un transfert de charges et d'avantages entre les partenaires des transactions. Le vendeur se sépare de la marchandise, l'acheteur se sépare de son argent, le prêteur avance des fonds et l'emprunteur s'engage à rembourser ce qu'il a reçu plus un supplément convenu, le transporteur s'engage à livrer les biens, et l'acheteur ou le vendeur s'engage à payer le fret. Chacun accepte un sacrifice et chacun escompte de s'en trouver mieux pour finir.

Mais le principe de réciprocité des droits, tel qu'on l'a compris en Occident depuis la fin du XI^e siècle et les débuts du XII^e, implique davantage que le simple échange ; il suppose, idéalement, l'élément « d'égalité » de charges ou avantages de l'un et l'autre partenaire, autrement dit un élément d'équité, de loyauté bienveillante. Cela, de nouveau, comporte deux aspects, l'un de procédure, l'autre de fond. Quant à la procédure, l'échange doit être conclu honnêtement, sans contrainte ni fraude ou autre distorsion de la volonté ou de l'information du partenaire. Quant au fond, même un échange convenu librement et consciemment ne doit pas imposer à chaque partenaire un coût exagérément disproportionné aux avantages obtenus, de plus, un tel échange ne doit pas être abusivement désavantageux à des tiers ou à la société en général.

Tant l'aspect de procédure que celui de fond est implicite dans le mot « droits » tel qu'il a été entendu en Occident depuis la fin du XI^e siècle. Les droits sont nécessairement conçus comme une partie d'un système global. Ils tirent leur caractère des finalités de ce système. Ces finalités comprennent quelque protection, au moins, contre certains types d'iniquité dans les transactions commerciales. Le principe de réciprocité de procédure a été hautement développé dans la jurisprudence qui a accompagné la révolution papale. Le droit canon, en particulier, souligna les principes d'équité à respecter dans la formation du contrat. Comme un serment de bonne foi donnait aux tribunaux religieux juridiction sur les contrats, l'exigence de bonne foi (*bona fides*) était elle-même un critère nécessaire de la sainteté de la parole donnée. Dans les lois canoniques, les concepts de fraude, de contrainte et d'erreur furent modelés en une théorie complexe qui d'une part appuyait la liberté des parties de

conclure des promesses qui les liaient, mais, d'autre part les protégeait contre la tentation de pratiques abusives.

Par dessus tout le formalisme des serments qui avait dominé le droit populaire germanique, fut soumis à des influences correctrices. A l'inverse tant du droit germanique que du droit romain préexistant, le nouveau droit canon appuyé par la nouvelle science juridique romaniste renforçait les engagements verbaux informels, tout en refusant de valider les engagements les plus formalistes (par serment ou par écrit revêtu d'un sceau) s'ils avaient été pris par suite d'une fraude ou même par une méprise dont le prometteur n'était pas responsable. Ces principes furent repris, avec quelques modifications, par le nouveau système de loi marchande. Ils reflétaient le principe de réciprocité des droits dans la procédure de formation du contrat.

Dans les lois canoniques, le principe de la réciprocité des droits quant à la matière des contrats, bien que moins pleinement développé, se reflète dans les doctrines sur l'usure et sur le juste prix ²³. Plusieurs restrictions subtiles y furent apportées pour les accommoder aux nécessités du commerce. Un intérêt légalement plafonné n'était pas injuste. Néanmoins, les marchands résistèrent souvent aux tentatives des canonistes pour réglementer les pratiques mercantiles, en particulier à leur revendication de juridiction ecclésiastique sur les procès en matière de commerce.

Un exemple tardif mais caractéristique de la période allant de la fin du XI^e siècle aux premières décennies du XIII^e, est le décret pris en 1369 par le Doge et le Conseil des Anciens de la ville de Gènes, punissant d'une sérieuse amende toute personne qui se pourvoirait devant un tribunal ecclésiastique ou autre, pour le motif qu'un contrat commercial, portant par exemple sur une assurance ou sur un échange de monnaies différentes, comportait une stipulation usuraire ou prohibée par une loi canonique ou civile quelconque ²⁴.

Le désaccord entre marchands et ecclésiastiques sur l'application des lois canoniques aux contrats commerciaux ne traduisait pas une différence d'opinion quant à la subordination de la liberté de contracter à des considérations de morale. Les commerçants ne prétendaient pas qu'une personne ait le droit de s'enrichir arbitrairement. Tout en n'admettant pas que l'activité économique soit tenue à respecter les critères moraux de la vie monastique, ils ne niaient pas qu'elle soit sujette au principe du juste prix, à la prohibition de l'usure et à d'autres clauses oppressives ou immorales. Ils ne contestaient pas davantage la suprématie de l'Eglise en matière de morale. Ils insistaient seulement sur leur relative autonomie en matière de lois commerciales et, en théorie du moins, l'Eglise ne leur déniait pas cette autonomie.

Il en découla que leurs formulations ont pu différer des formulations ecclésiastiques, tout comme leur juridiction pouvait différer de celle de l'Eglise tout en considérant que les deux soient simultanément valides. C'était la méthode scolastique en action. La communauté mercantile avait son droit propre, la *Lex Mercatoria*, tout comme l'Eglise avait le sien, le *Jus Canonicum*. Les marchands étaient, bien enten-

du, des membres de l'Eglise et, comme tels, sujets du droit canon, mais ils étaient aussi membres de la communauté commerçante et, comme tels, sujets de la loi marchande. Lorsque les deux corps de lois étaient en conflit, il pouvait ne pas être clair que l'un des deux dût prévaloir. L'un et l'autre pouvaient avoir raison, seul le temps arbitrerait le différend.

Par conséquent, la réciprocité de droits, en procédure comme dans les règles, également invoquée d'un côté et de l'autre, ne doit pas être comprise comme un principe abstrait mais comme un principe énoncé et appliqué dans le cadre des communautés respectives. Les marchands constituaient une communauté autonome, divisée en fraternités religieuses, en guildes et autres associations. De ce fait historique ont dérivé tous les caractères du nouveau système de loi marchande : objectivité, universalité, réciprocité des droits, juridiction participative, intégration et capacité de croissance.

Juridiction participative : tribunaux commerciaux

Les tribunaux commerciaux comprenaient les « cours de justice » des marchés et des foires, celles des guildes et des villes. Bien que les cours des guildes et des villes ne traitassent pas exclusivement de questions commerciales, leur juridiction sur ces dernières était suffisamment extensive pour légitimer qu'on les classe dans les tribunaux commerciaux.

Les cours de marchés et de foires, comme les cours seigneuriales et domaniales, étaient des organismes non professionnels de communautés dont les juges étaient élus parmi leur nombre par les marchands de la foire ou du marché. Les cours de guildes étaient aussi des tribunaux non professionnels, habituellement composés du président de la guilde ou son représentant, avec souvent deux ou trois marchands choisis par lui parmi les membres, pour lui servir d'assesseurs. Occasionnellement, un juriste professionnel siégeait avec ces marchands assesseurs. Des notaires professionnels servaient souvent de greffiers pour prendre soin des formalités légales²⁵.

Les tribunaux mercantiles urbains aussi, consistaient fréquemment en marchands élus par leurs confrères. Une loi de Milan de 1154 autorisait l'élection de « consuls de marchands » pour siéger dans les affaires commerciales, et ce système de cours consulaires marchandes se répandit dans les cités italiennes. Cela permettait aux marchands étrangers de choisir des juges parmi leurs compatriotes. Dans les républiques urbaines du nord de l'Italie, ces cours consulaires marchandes étendirent graduellement leur juridiction sur tous les conflits commerciaux de la ville. D'autres cités européennes adoptèrent le système italien ou développèrent des institutions analogues pour charger des marchands de juger les causes commerciales. Dans quelques pays, l'autorité royale fut imposée aux guildes et aux foires et marchés urbains, mais même alors, la loi marchande continua généralement à être administrée par des juges marchands. Divers autres types de tribunaux de commerce apparurent au fil du temps dans des régions variées de l'Occident.

En Angleterre, au Pays de Galles et en Irlande, les *courts of the staple* furent instaurées dans quatorze villes où se concentrait le commerce anglais de certains « produits de base industriels » principalement la laine, le cuir et le suif, négociés surtout par des marchands et des banquiers italiens, flamands et allemands. Les Anglais offraient protection aux « marchands étrangers » dans les villes en question, et en vertu du *Statute of the Staple* de 1353, les marchands de chacune d'elles ainsi que leurs serviteurs et les membres de leur famille, devaient être « régis par la loi marchande en toute chose concernant le produit de base et non par la loi commune du pays ni par les usages des cités, des bourgs ou d'autres villes ». Ils relevaient de la juridiction de la *Staple Court*, du tribunal de produit, dont le président devait être le maire de la ville, élu pour un an par « la communauté des marchands, tant étrangers que nationaux ». C'est ainsi que les marchands étrangers participaient à l'élection du maire de villes britanniques ! Ledit maire devait « avoir connaissance et juger en fonction de la loi marchande ». Les procès opposant un marchand étranger et un anglais devait se dérouler devant un jury mixte composé par moitié d'étrangers et de sujets britanniques. Les appels pouvaient être portés devant le chancelier d'Angleterre et le Conseil du roi ²⁶.

Un autre type de tribunal commercial fonctionnait dans les ports de mer avec juridiction sur les causes tant commerciales que maritimes touchant le transport de marchandises par mer. Ces *admiralty courts* devaient siéger sur le littoral « d'une marée à l'autre ». Tous ces types de tribunaux commerciaux étaient caractérisés par la rapidité et l'absence de formalisme. Les limites de temps étaient étroites. Dans les foires, justice devait être rendue « pendant que les pieds des marchands étaient encore poussiéreux » dans les cours maritimes d'une marée à la suivante, dans les tribunaux de guildes ou de villes « d'un jour à l'autre ». Souvent, les appels étaient interdits. Non seulement les juges professionnels étaient généralement exclus mais aussi l'argumentation technique légale était mal vue.

La cour devait être « régie par l'équité... par quoi chaque homme sera admis à exposer ses faits... et à les dire de son mieux pour sa défense ». Les statuts habituels d'une guilde marchande stipulaient que les affaires marchandes « doivent être réglées *ex aequo et bono* selon ce qui est juste et bon, la cour n'est pas réunie pour discuter des subtilités du Droit » ²⁷. Ces caractères de procédure distinguaient fortement le droit mercantile de la procédure formaliste des cours urbaines et royales ainsi que de la procédure écrite du droit canon dans les affaires ordinaires.

Néanmoins, la procédure des tribunaux marchands s'apparentait à la procédure « sommaire » (en tant que distincte de la procédure ordinaire) dans les tribunaux ecclésiastiques. La procédure sommaire, pour certains types de différends, y compris commerciaux, fut autorisée par une bulle papale de 1306, la décrétale *Saepe Contingit* (d'après les premiers mots : Souvent il arrive). La bulle se référait à une pratique des papes de soumettre parfois une affaire à des juges ecclésiastiques, en les invitant à ce que la procédure « soit simple et commode, sans l'argumentation formelle et les règles solennelles de la procédure ordinaire ». Pour expliquer cette formulation, la

décrétale exposait que le juge en cette affaire n'a pas à exiger une plainte écrite, qu'il ne demande pas le type habituel de plaider, qu'il peut siéger même en dehors des sessions, qu'il coupe court aux manœuvres dilatoires et qu'il rejette les appels superflus qui causent des retards, de même que les « vociférations » des avocats, des procureurs, des plaideurs et des témoins inutiles. Dans les cas qu'elle précisait, la bulle indiquait que le juge « doit interroger les parties soit à leur requête soit de sa propre initiative chaque fois que l'équité l'exige »²⁸.

Cette décrétale fit son chemin dans des statuts subséquents de villes italiennes instaurant des tribunaux de commerce. Elle influa également sur les cours de justice commerciale et maritime en France, en Allemagne et en Angleterre, y compris la cour du chancelier d'Angleterre jugeant « en équité ». En Angleterre, le caractère expéditif de la justice marchande a été souligné par Bracton, écrivant que certaines catégories de gens « ont besoin d'être promptement départagés, tels que les marchands qui s'adressent à la « cour piépoudreuse » (celle des « pieds poussiéreux »), des foires et grands marchés »²⁹. Le principe de la procédure rapide, sans appareil et équitable, des tribunaux marchands était évidemment la réponse aux besoins du commerce.

Cette réponse ne pouvait être faite, évidemment, qu'en raison du caractère communautaire ou participatif de la justice marchande. Comme les autres caractéristiques du droit marchand : objectivité, universalité, réciprocité de droits, intégration et croissance, le caractère communautaire de la judicature commerciale (c'est-à-dire, la participation de marchands au tribunal dans la résolution des différends mercantiles) peut être considéré comme dérivant d'une conception abstraite de la justice, d'un idéal de légalité. Sous cet angle de vue, on peut cependant évaluer le fait négativement autant que positivement.

En effet, d'une part la présence de marchands au tribunal contribua à la solution équitable des conflits commerciaux individuels, mais d'autre part elle isolait nettement la loi marchande du contrôle des droits ecclésiastique et royal, et même urbain, préservant ainsi les privilèges mercantiles. Enfin, le système participatif de solution des conflits commerciaux doit aussi être vu, historiquement, comme un aspect de la relative autonomie de la classe marchande et du droit commercial pendant la période de formation de la tradition juridique occidentale, une autonomie relative par rapport à l'unité surplombante du droit occidental avec son interaction d'autorités spirituelles et séculières, et dans ces dernières, de systèmes de lois féodales, domaniales, commerciales, urbaines, et royales.

L'intégration du droit marchand

Le droit mercantile occidental a revêtu, à la fin du XI^e siècle, durant le XII^e et le début du XIII^e, le caractère d'un système cohérent et complet de principes, de concepts, de normes et procédures. Les divers droits et obligations associés aux relations commerciales vinrent à être consciemment interprétés comme les parties inté-

LE DROIT MARCHAND

grantes d'un corps entier de Droit, la *lex mercatoria*. Des institutions nombreuses et variées de droit commercial créées pendant cette période, telles que les documents négociables, les garanties du crédit et les sociétés de capitaux, en plus des nombreuses institutions anciennes alors remodelées, tout cela était perçu comme composant un ensemble distinct et homogène. Les caractéristiques du droit mercantile occidental énumérées ci-après datent de cette époque-là :

- distinction tranchée entre les biens meubles (cheptel, capitaux, outillage) et les biens immobiliers (terre et bâtiments),

- reconnaissance des droits de l'acheteur de bonne foi de biens meubles comme supérieurs aux droits du propriétaire légitime ³⁰,

- substitution aux anciennes exigences de livraison des biens pour en transférer la propriété, de procédés de livraison symbolique, c'est-à-dire le transfert de propriété (avec les risques de perte et dommages) par le transfert de lettres de voiture ou autres documents,

- création d'un droit de possession sur les biens meubles, indépendant de leur propriété ³¹,

- reconnaissance de la validité des engagements verbaux informels pour l'achat et la vente des biens meubles,

- limitation des plaintes pour rupture de garantie d'une part et développement d'autre part de la doctrine de garanties implicites de bon état commercial (« marchandise loyale et marchande »),

- introduction d'une mesure objective des dommages pour non- livraison des biens, fondée sur la différence entre le prix de contrat et le prix du marché, conjointement à l'introduction de pénalités monétaires fixes pour la non-exécution de certains types de contrats,

- développement des documents commerciaux tels que lettre de change ou billet à ordre, et leur transformation en contrats dits « abstraits », dans lesquels le document n'était plus simplement la preuve d'un contrat envisagé mais concrétisait le contrat, était le contrat même et pouvait être invoqué en justice indépendamment,

- invention du concept de négociabilité des lettres de change et reconnaissances de dette, par quoi le bénéficiaire d'un endos, de bonne foi, avait le droit d'être payé par le tireur ou l'endosseur, même si ce dernier avait certaines défenses (comme pour fraude) contre le tiré originel,

- invention du nantissement, la créance du vendeur impayé, et autres sécurités des intérêts mobiliers,

- développement d'une législation sur la banqueroute, prenant en compte le système complexe du crédit commercial évolué,
- développement de la lettre de voiture et autres documents de transport,
- expansion de l'ancien prêt maritime gréco-romain et invention du prêt hypothéqué sur le navire ou garanti par une créance sur le fret, ou par des parts de propriété sur le navire même, comme moyens pour financer et assurer des ventes outre-mer ³²,
- remplacement du concept gréco-romain plus individualiste du partenariat (*societas*) par un concept plus collectif dans lequel il y avait propriété conjointe. La propriété était à la disposition de la société en tant qu'unité, et les droits et obligations d'un partenaire survivaient au décès de l'autre,
- développement de la *joint venture (commenda)* en une société de capitaux où chaque investisseur limite son risque au montant de son investissement,
- invention de la marque de fabrique et des brevets d'invention,
- émission d'emprunts publics garantis par des bons et d'autres sécurités,
- développement des banques de dépôt ³³.

Ce sont donc beaucoup des éléments structurels, sinon la majorité, du système commercial moderne qui ont été façonnés à cette époque. Implicites dans ces éléments nouveaux, se trouvaient certains principes de base, communs à tous les systèmes de lois de l'époque, et adaptés aux besoins spéciaux de la communauté mercantile. L'adaptation comportait l'importance particulière affectée au principe de « bonne foi », manifestée notamment par la création de procédés de crédit ainsi qu'au concept de personnalité civile des nouvelles formes d'associations et sociétés commerciales.

Procédés de crédit

Comme le paiement en nature devenait exceptionnel au XII^e siècle, il y eut une prolifération de nouveaux types de contrats commerciaux impliquant le recours au crédit. En fait, le paiement en espèces était lui-même une sorte de transaction de bonne foi, car il n'y avait pas d'état souverain garantissant la valeur de la monnaie et que des pièces de monnaie très diverses étaient simultanément en circulation.

Les principaux instruments par lesquels un vendeur faisait crédit à l'acheteur étaient la reconnaissance de dette ou billet à ordre, et la traite. Soit l'acheteur signait un document adressé au vendeur, s'engageant à payer une certaine somme à une date future ou bien sur présentation du document, soit il émettait une « traite » sur

une autre personne (« à X ordre de payer pour mon compte à Y la somme de... ») qui était aussi payable à une date future ou bien sur présentation du document. Des instruments commerciaux analogues avaient été employés par les Arabes dans le commerce méditerranéen, entre les VIII^e et X^e siècles, mais ils ne semblent pas avoir constitué des « contrats abstraits », c'est-à-dire des obligations indépendantes des relations contractuelles qui leur avaient donné naissance.

Lorsqu'ils devinrent courants en Occident à la fin du XI^e siècle et au XII^e, ils revêtirent non seulement ce caractère d'obligation indépendante, comme la monnaie même, mais aussi cette autre caractéristique de la monnaie, la négociabilité. Le signataire de la promesse de payer, ou celui de la traite, faisait l'instrument payable au « payé » (le vendeur) « ou à son ordre »³⁴. Cela signifiait que la personne à qui le payé transférerait le document (par endossement ou autrement) recevait le droit inconditionnel d'être payé par le signataire (ou le tireur), même si ce dernier avait une exception valide (par exemple pour fraude) contre le payé originel, pourvu seulement que le receveur du document l'ait obtenu de bonne foi et en ignorant l'existence de cette exception. Il était prévu que le document passerait de main en main. De même, la lettre de change rédigée au profit du vendeur « ou à son ordre » était valide aux mains de détenteurs de bonne foi.

Ni le concept ni la pratique de négociabilité des instruments de crédit n'avaient été connus du droit romain ancien ou du droit germanique, et ce n'étaient pas un concept et une pratique développés parmi les musulmans et autres marchands méditerranéens entre les VIII^e et X^e siècles. Leur invention aux XI^e et XII^e siècles fut évidemment une réponse à l'expansion d'un marché très actif des marchandises. Cependant, pour fournir cette réponse, il fallait davantage que la stimulation économique. Il y fallait un réservoir bien garni de crédit, c'est-à-dire de confiance dans l'avenir de la communauté de personnes qui constituait le marché ; car sans cette confiance il ne pouvait exister ni les instruments de crédit ni la potentialité de crédits supplémentaires représentée par leur négociabilité.

Crédit, le mot même implique croyance ou foi ou confiance en quelqu'un ou quelque chose. Un système de transferts d'une obligation différée de débiteur d'un créateur à un autre, n'aurait pu apparaître et se maintenir s'il n'y avait eu une solide croyance, une foi ou une confiance à la fois dans l'intégrité et dans la durée de la communauté à laquelle appartenaient créanciers et débiteurs. En fait, c'est seulement en raison d'une telle assurance dans l'avenir de la communauté mercantile, qu'il devint possible de mesurer la valeur d'un paiement immédiat en comparaison de sa valeur à une date ultérieure.

Comme l'a écrit Robert S. Lopez, :

« Désentraver le crédit a été le grand lubrifiant de la révolution commerciale. C'était un phénomène entièrement nouveau... L'économie gréco-romaine était largement fournie en monnaies de toute nature, mais mal adaptée au crédit commercial de grande envergure et l'économie des temps bar-

bares manquait à la fois de monnaie et de crédit, elle ne put jamais prendre de l'essor. Le décollage de la période suivante eut pour carburant non pas une injection massive de monnaie mais la collaboration plus intense des gens utilisant le crédit, il n'eut pas lieu en Germanie où de nouvelles mines d'argent commencèrent à produire entre les X^e et XII^e siècles, mais en Italie où le fossé entre les capitalistes agraires et les marchands se rétrécit et où le crédit permit à de petits investissements de monnaie solide d'opérer simultanément en des endroits différents »³⁵.

Le crédit s'épanouit sous des formes diverses pendant cette époque, non seulement en Italie mais à travers l'Europe occidentale. En supplément au crédit de vendeurs à acheteurs par les documents négociables et autrement, les acheteurs aussi ouvrirent des crédits aux producteurs par divers types de contrat pour l'achat de biens livrables à terme, pour être achetés par des vendeurs et revendus, etc.... Là encore, de tels contrats supposaient l'existence non seulement d'un marché développé mais aussi la confiance dans la pérennité de la communauté qui constituait ce marché, et un concept du temps comme facteur à mesurer dans des transactions commerciales.

L'ouverture d'un crédit à un acheteur, par le vendeur ou une tierce personne (banquier, par exemple) était beaucoup plus commune que l'offre de crédit par l'acheteur à un vendeur, c'est pourquoi l'on chercha des procédés pour garantir le prêteur contre le débiteur défaillant. Le plus important était le nantissement (mise en gage d'un bien meuble, sans transfert) par lequel la personne qui avait fait le prêt avait la garantie que le bien meuble engagé ne pouvait être vendu ou soustrait d'autre façon jusqu'à ce qu'elle ait été remboursée, et si elle ne l'était pas de bon gré, elle pouvait prendre possession du gage et le vendre pour apurer la dette. Ni le droit romain ni la coutume germanique n'avaient un moyen de garantie aussi raffiné.

Là encore, l'existence d'une communauté mercantile solidaire, avec un corps de lois commerciales évolué, était essentielle à l'efficacité du nantissement de biens meubles, car il y avait danger que les mêmes biens mis en gage soient promis frauduleusement à un autre ou à plusieurs prêteurs. A ce danger il fut paré dans plusieurs villes européennes par un système d'enregistrement par des fonctionnaires publics de sorte que les prêteurs éventuels puissent s'informer de l'existence de mises en nantissement préexistantes³⁶.

Essentielle pour un système de crédits fonctionnant à plein régime, tel que celui instauré en Occident entre la moitié du XI^e siècle et la fin du XII^e, il y eut une législation sur la faillite, qui d'une part prenait en compte la garantie des intérêts des créanciers et d'autre part ne vouait pas à la ruine les débiteurs. La coutume germanique avait été spécialement dure pour le débiteur défaillant, ses créanciers saisissaient tout ce qu'il possédait et pouvaient même s'installer chez lui pour y habiter, exploiter ses serviteurs et consommer ses récoltes. Le droit romain de Justinien avait été très indulgent pour les débiteurs mais laissait les créanciers pauvrement protégés. La

loi occidentale sur la faillite, à partir du XII^e siècle, choisit un équilibre à mi-chemin des deux extrêmes. Elle autorisait une limitation des responsabilités des débiteurs tout en donnant des avantages aux créanciers qui s'étaient pourvus de garanties. Selon l'expression de Levin Goldschmidt, la loi sur la faillite de cette époque « forme un stade original et fortement influent du développement juridique européen »³⁷.

Types de sociétés commerciales : l'aventure conjointe

Un nouveau mode de combinaison d'entreprise, la *commenda*, se répandit en Italie, en Angleterre et en d'autres lieux d'Europe dans la deuxième moitié du XI^e siècle, selon lequel le capital fut recruté pour le commerce à longue distance par mer et moins souvent par voies de terre. Le plus ancien précurseur de la *commenda* (son nom en italien) peut avoir été une pratique commerciale de musulmans qui s'introduisit dans l'empire byzantin (qui comprit des ports de mer en Italie méridionale) des VIII^e au X^e siècles. Dans le nord de l'Italie et au delà des Alpes, la *commenda* débuta probablement au XI^e siècle comme un contrat de prêt, mais prit rapidement la forme d'un accord de partenariat pour une entreprise à durée limitée, habituellement un aller-et-retour au Moyen Orient, en Afrique ou en Espagne.

L'un des partenaires, appelé *stans* (résidant) fournissait le capital mais restait sur place, l'autre partenaire appelé *tractator* (traitant) faisait le voyage. Pour avoir fait le difficile et périlleux parcours, le traitant recevait d'ordinaire le quart du profit tandis que le résidant qui avait aventuré son argent recevait les trois autres quarts. Là-dessus, Lopez remarque que « cet arrangement peut sembler inéquitable, mais aux XII^e et XIII^e siècles, une vie ne valait pas cher et le capital était rare »³⁸. Une variante de la *commenda* était la *societas maris* (partenariat de mer) où le traitant fournissait un tiers du capital, et les deux partenaires recevaient chacun la moitié du profit.

Lopez souligne que le résidant n'était pas nécessairement un associé inactif. Ce pouvait être un marchand plus âgé qui n'allait plus outre-mer mais conservait une activité dans les affaires, et parfois se chargeait de vendre les marchandises ramenées par son associé ». De plus, le traitant d'une campagne était souvent le résidant d'une autre *commenda*, si bien que les deux types de partenaires n'étaient pas des groupes antagonistes de capitalistes et de navigateurs ou d'exploiteurs et d'exploités. Par ailleurs il y avait « de nombreux cas où les partenaires investisseurs étaient des veuves et orphelins, des prêtres ou des religieuses, des fonctionnaires et des notaires, des artisans, ou d'autres personnes sans expérience des affaires »³⁹.

La *commenda* et la *societas maris* avaient le grand avantage que la responsabilité pécuniaire des partenaires se limitait au montant de leur investissement initial. A cet égard, elles ressemblaient aux sociétés de capitaux modernes (joint-stock *companies*). De plus, les investisseurs pouvaient diviser leur risque en répartissant leur argent parmi plusieurs *commendas* plutôt que risquer le tout sur une seule. Mais la *commenda* différait des entreprises modernes en ce qu'elle était généralement un ar-

rangement à court terme qui était dissous à la fin du voyage déterminé en vue duquel il avait été conclu. Les projets aventureux de longue durée par voie de terre étaient souvent organisés, entre la fin du XI^e siècle et le début du XIII^e, sous une autre forme de partenariat appelée *compagnia*.

A l'origine, c'était une association de membres d'une même famille qui travaillaient ensemble à augmenter le patrimoine familial. Ces « compagnons » s'engageaient souvent dans des activités commerciales. Par la suite, ils furent rejoints par des personnes sans liens familiaux avec eux, et l'ensemble devint une unité juridique d'entreprise, une « compagnie », au sens moderne du terme. A la différence de la *commenda*, la *compagnia* ne limitait pas sa responsabilité financière, chaque membre était pleinement responsable envers les tiers pour les dettes de la compagnie. De plus, la compagnie poursuivait diverses activités commerciales pendant plusieurs années, elle était souvent assez importante, durable et flexible pour fonder des succursales dans diverses cités.

La courte durée de la *commenda* et la responsabilité illimitée des membres de la *compagnia*, firent l'objet de quelques modifications au moyen de clauses insérées dans les contrats respectifs qui leur avaient donné naissance. Il y eut aussi d'autres types de contrats disponibles pour former de nouvelles variantes d'entreprises en association ⁴⁰, mais la *commenda* et la *compagnia* restèrent les modèles dominants.

Aussi bien le principe général de bonne foi qui formait le soubassement de tous les systèmes de la tradition juridique occidentale dans sa période de formation que la manifestation spéciale de ce principe dans les procédés de crédit inaugurés par le nouveau système de droit commercial, se retrouvaient dans la *commenda*, la *compagnia* et les autres formes de partenariat où des associés mettaient en commun des ressources et partageaient les profits et les pertes. Ces communautés d'entreprise reposaient sur la confiance de chaque partenaire dans l'exécution fidèle des engagements des autres. En complément, toutefois, il y avait un autre principe fondamental que traduisit l'évolution du droit des entreprises, à savoir le principe de la personnalité collective des membres de l'association.

Bien que formée uniquement par l'accord des partenaires, leur collectivité devint une personne juridique qui pouvait être propriétaire, s'engager par contrat, poursuivre et être poursuivie en justice. Les partenaires avaient qualité pour agir conjointement au nom de l'association et ils étaient conjointement responsables de ses dettes ; de plus néanmoins chaque partenaire pouvait agir seul et engager l'association, et chacun était personnellement responsable des dettes de la collectivité. Ensemble ils constituaient [ce que l'usage anglo-saxon appelle] une corporation, au sens où un évêché ou une paroisse, une université ou une guilde étaient autant de corporations, c'est-à-dire un corps social se gouvernant lui-même, une communauté dont la personnalité était à la fois transcendante et immanente, en d'autres termes à la fois distincte et solidaire des personnes de ses membres.

La forme de partenariat d'entreprise qui, au XII^e siècle, ressemblait le plus à la « corporation » moderne ainsi conçue, était la *commenda*, créée pour une durée restreinte et un objectif déterminé. Elle était « séculière », temporelle au sens étymologique, c'est-à-dire créée dans et pour un moment donné. Cependant, même la *commenda* était une communauté, ses membres n'étaient pas des « agents », car dans le système de droit commercial qui se formait, un agent ne pouvait engager un mandant anonyme pour des prêts ou des baux bien qu'il le pût pour des ventes et des locations ⁴¹.

Il apparaît donc, une fois encore, que le caractère intégral (holistique) du nouveau système de droit marchand, autrement dit la cohérence structurelle de ses principes, de ses concepts, de ses normes et procédures dérivait de la globalité et de la cohérence structurelle de la communauté mercantile qu'il régissait.

Développement du droit commercial

L'intégration du droit mercantile, son unité structurelle, était étroitement liée avec sa croissance organique. On le concevait comme un système évolutif. Son développement fut très rapide, non seulement dans la période initiale de formation mais aussi par la suite, aux XIII^e, XIV^e et XV^e siècles. Comme dans les cas du droit canon, de la loi féodale, domaniale, et d'autres législations contemporaines, l'objectivité du droit marchand, la spécificité de ses normes et la précision de ses concepts s'accrurent avec le temps. Son universalité, sa généralité et son uniformité prévalurent graduellement sur les différences locales ; la réciprocité des droits devint de plus en plus marquée à mesure que les possibilités contractuelles s'étendaient ; la jurisprudence des conflits commerciaux devint plus homogène et l'intégration du droit commercial s'accrut. Autrement dit, comme dans le cas de chacun des systèmes qui contribuaient à former la tradition juridique occidentale, les caractères distinctifs du droit commercial devinrent autant de tendances de sa croissance organique dans le temps.

L'élaboration consciente du système de droit commercial fut grandement facilitée par l'existence d'institutions responsables de son développement. Les gouvernants européens, en particulier ceux des principales villes où fonctionnaient les divers commerces, apportèrent leur contribution à ce développement en codifiant leurs normes mercantiles coutumières. On en a des exemples dans les « Coutumes de Gènes » en 1056, le *Constitutum Usus* de Pise en 1161 et le « Livre des Coutumes » de Milan en 1216. L'élaboration fut aussi facilitée par l'enregistrement des décisions de cours mercantiles, y compris celles des foires, des villes et des ports de mer.

De plus, la création d'un système perfectionné d'études notariales à la fin du XI^e siècle et au XII^e, rendait inévitable que la coutume commerciale soit consciemment adaptée aux nouvelles conditions d'activité. Les notaires enregistraient les documents légaux et proposaient des formules de contrat et d'instruments fiduciaires. Ces formules notariales furent considérées comme ayant la validité d'obligations contractuelles. Ainsi, un notaire préparait une reconnaissance de dette et une pro-

messe de paiement ou un billet à ordre ou un autre moyen de règlement, et ses formules auraient force exécutoire. En vérité, le contrat notarial d'échange semble bien avoir engendré la lettre de change, et la promesse de payer mise au point par les notaires a probablement engendré le billet à ordre commercial.

Dans les régions septentrionales de l'Europe où les instruments notariés étaient moins usités que dans les régions méridionales, les enregistrements certifiés par les autorités municipales ou celles des guildes, telles le *Guildhall* de Londres, jouissaient d'une autorité analogue. En outre, les livres et les registres des banques ou les cartulaires des navires avaient également valeur légale, et même les livres de comptes des commerçants pouvaient être produits en justice. Par conséquent, un vaste système de conservation des documents constatant les opérations commerciales fonctionnait et, tout en exerçant un certain freinage sur l'évolution, il la canalisait et lui donnait continuité et orientation.

Quels que soient les facteurs qui l'expliquent, il est incontestable que cette croissance a eu lieu. Le développement du prêt maritime et la pratique du nantissement sur la cargaison ont été des procédés indirects pour assurer les envois outre-mer dès le XII^e siècle, et au XIV^e apparaissent les premiers documents d'assurance maritime qui au XV^e devint une branche particulièrement fructueuse d'activité économique⁴². Parallèlement, aux XII^e et XIII^e siècles, les banquiers commerciaux émettaient en faveur de leurs clients des lettres garantissant aux éventuels créanciers que le banquier ferait honneur aux engagements et obligations qui incomberaient à leur client. Aux XIV^e et XV^e siècles, ces lettres devinrent les lettres de crédit, par lesquelles le banquier garantissait aux détaillants particuliers qu'il paierait les articles que son client désirerait acheter⁴³.

Au XII^e siècle, la capacité légale de contracter commercialement fut reconnue aux anciens paysans et à la noblesse féodale ; elle fut ultérieurement étendue à d'autres catégories, notamment les femmes et les mineurs. Ce n'étaient pas là de simples changements mais des transformations cumulatives et non des évolutions automatiques, mais une adaptation consciente des institutions et des idées préexistantes aux conditions nouvelles, une extension raisonnée de leur champ d'application pour répondre à des besoins nouveaux⁴⁴.

C'est ainsi que prit place à travers tout l'ensemble du droit marchand un processus de différenciation qui avait l'apparence d'un déploiement du passé dans le futur, d'une croissance organique autonome au long des siècles. Du moins on put avoir l'illusion non seulement de l'unité foncière du corps de Droit que les marchands élaboraient pour régir leur activité mais aussi d'une coopération continue des générations successives de marchands pour faire vivre et croître ce corps de Droit.

*Chapitre douze***LE DROIT URBAIN**

Quelques milliers de cités et de villes nouvelles furent créées dans la deuxième moitié du XI^e siècle et durant le XII^e, en Italie, dans les Flandres, en France, en Normandie, en Angleterre, dans les duchés germaniques, en Castille et Aragon, ainsi que dans d'autres régions de l'Europe. A vrai dire, ces nouvelles cités et villes surgirent avant que ces territoires très étendus ne deviennent eux-mêmes des unités politiques intégrées, et à certains égards chaque communauté urbaine avait, avec les autres, plus d'intérêts communs qu'avec la contrée où elle était située. Car si diverses que fussent, par leurs caractères, ces cités et villes, elles avaient toutes conscience de leur identité propre en tant que collectivité urbaine, de la similitude de leurs institutions légales et de leur sujétion à un même système de droit urbain.

Assurément, ce n'étaient pas les premières cités qu'ait connues l'histoire du monde. Mais il n'y en avait pas eues qui leur soient tout-à-fait semblables dans la période allant du I^{er} siècle de notre ère aux IV^e et V^e siècles. L'empire romain avait été composé de milliers de cités mais qui servaient principalement de centres de contrôle administratif pour l'autorité impériale et étaient gouvernées par des fonctionnaires investis par l'empereur. Les villes antiques grecques, au contraire, avaient été des Etats-cités autonomes et fermés sur eux-mêmes. A la différence tant de la Grèce que de Rome, les cités et les villes qui se créèrent en Europe aux XI^e et XII^e siècles n'étaient ni les préfectures administratives d'une autorité centrale, ni des républiques autosuffisantes, mais quelque chose d'intermédiaire.

Après que l'empire romain d'Occident ait été finalement détruit par les envahisseurs germaniques, au V^e siècle, presque toutes les cités romaines de l'Ouest déclinaient rapidement et au IX^e siècle elles avaient virtuellement disparu. C'était vrai même dans le nord de l'Italie mais en Italie méridionale qui restait en grande partie byzantine avec une forte influence arabe, survécurent Naples, Salerne, Bari, Syracuse, Palerme et quelques autres cités romaines. Au surplus restaient quelques ports de mer importants hors de l'Italie méridionale, tels que Venise et Durazzo sur l'Adriatique, et sur les côtes méditerranéennes de ce qui devint par la suite la France et l'Espagne. Quelques carrefours commerciaux à l'intérieur comme Cologne, Milan et Londres continuèrent à exister, mais essentiellement comme des faubourgs commerçants de places fortes.

A de rares exceptions près, notamment la cité de Rome même, il n'y eut aucune continuité politique entre les anciennes cités romaines et les villes européennes modernes qui surgirent aux XI^e et XII^e siècles, souvent sur le même site ou à côté. Il y eut bien une continuité d'autorité ecclésiastique dans les villes fortifiées qui étaient le siège d'un évêché (chef-lieu d'un diocèse). Mais même celles-là avaient décliné de la stature d'un grand centre métropolitain à la dimension d'une petite ville largement intégrée à la campagne paysanne. Bien que de tels sièges épiscopaux aient gardé le nom ancien de *civitas* (cité), toutes les autres agglomérations étaient désignées par des termes évoquant des fortifications (bourg, *borough*, borgo ou *burgus* ou encore *castellum*, *castrum*, *oppidum*, *urbs*, *municipium*), et plus rarement des centres commerciaux (*portus*, port ou *wik*). En l'an mille, il y avait peu d'agglomérations à l'ouest de Venise et au nord de Palerme, qui eussent plus de quelques milliers d'habitants.

Ce n'étaient pas, cependant, leur petite taille ni leur faible nombre qui différenciaient le plus fortement les cités et les villes (dorénavant ces deux désignations seront employées comme synonymes) de l'Europe occidentale en l'an mille, des cités et des villes modernes qui parurent dans les deux siècles suivants, mais plutôt leur caractère relativement indistinct d'une part au point de vue social et économique, et d'autre part au point de vue politique et légal.

Sous l'angle socio-économique, les villes d'avant l'an mille contenaient essentiellement des gens vivant d'activités agricoles. Il y avait aussi des marchands, groupés généralement dans le quartier commerçant, au pied des murs du château ou de l'enceinte, ainsi que des chevaliers et des nobles vivant sur les terres du château ; mais ces classes étaient d'ordinaire une minorité de la population urbaine, et les artisans et gens de métiers n'en représentaient qu'une fraction minime. La plupart des villes n'étaient guère que de grands villages avec quelques familles mercantiles ou militaires parmi leurs habitants.

Sous l'angle politique et légal, la ville ne formait pas non plus une unité indépendante, et ses habitants n'avaient pas de statut ou de privilège qui les distinguât de leurs congénères de la campagne voisine. A moins que par hasard son territoire coïncidât avec celui d'une centaine, d'un manoir, d'un évêché ou d'une abbaye ou de quelque autre unité politique, une ville n'avait pas d'organisation administrative ou judiciaire qui lui fût propre. En termes de statut légal, ses résidents n'étaient pas des bourgeois mais des chevaliers ou des paysans libres, des serfs, des esclaves, des clercs, des marchands. S'ils avaient une terre, c'était suivant les mêmes systèmes de tenure qui prévalaient hors de ses murs.

Comme l'a souligné Henri Pirenne, les villes qui existaient en Europe avant le XI^e siècle étaient dénuées des deux attributs fondamentaux d'une ville moderne : une population de classe moyenne et une organisation municipale. Pirenne déclare qu'en l'an mille il n'y avait à l'ouest de l'Europe aucune cité, si par ce mot on se réfère à une localité où la population ne vit pas en cultivant le sol, mais par le com-

merce (il aurait dû ajouter « et l'industrie »), ou une collectivité qui soit une entité juridique et possède des lois et des institutions qui lui sont particulières ¹.

CAUSES DE L'AVENEMENT DE LA VILLE MODERNE

Plusieurs types de facteurs ont contribué à la survenance de la cité moderne : économiques, sociaux, politiques, religieux et légaux.

Facteurs économiques

Pirenne attribuait la naissance de la ville moderne européenne, aux XI^e et XII^e siècles, à la reviviscence du commerce. Il soulignait le fait qu'au XI^e siècle la place du marché qui habituellement se trouvait dans le faubourg du château ou du palais épiscopal commença à s'annexer l'agglomération principale. C'est le faubourg qui devint le cœur de la nouvelle cité. Pirenne rattachait aussi la fondation de nouvelles villes à travers l'Europe, pendant les XI^e et XII^e siècles, principalement à l'impulsion de la classe mercantile. Les érudits postérieurs ont critiqué avec raison cette explication, en ce qu'elle négligeait le fait que ce n'étaient pas les marchands mais les producteurs qui composaient la grande majorité (probablement les quatre-cinquièmes) des habitants de la plupart des villes de cette époque, et que ces producteurs, principalement des artisans et des gens de métiers, venaient largement du surplus de la population rurale, créé par l'accroissement rapide de la productivité agricole au XI^e siècle. La prospérité grandissante de la campagne paysanne a été aussi une condition préalable et décisive de la fourniture aux cités des aliments et des matières premières, et du commerce des produits de la ville.

Par conséquent, les causes économiques de l'apparition des villes modernes doivent être trouvées non seulement dans l'expansion du commerce et la constitution d'une classe marchande, mais aussi dans les progrès de l'agriculture et dans l'apparition d'une classe d'artisans, gens de métier et autres producteurs industriels ². Les villes ont fourni un nouveau mode de production, en même temps qu'un nouveau mode de distribution.

Facteurs sociaux

Etroitement associées aux causes économiques de l'urbanisation, il y en eut de plus importantes d'ordre social. Les XI^e et XII^e siècles furent une période de grande mobilité expansive et ascensionnelle. L'exode des serfs, des paysans libres et de la petite noblesse, quittant les manoirs, faisait partie d'une plus ample pulsation et expansion de la vie, d'une accélération de rythme, d'une recherche de nouveaux débouchés. Ces phénomènes sociaux étaient des causes, et pas seulement des effets, de ce que Robert Lopez a appelé la « révolution commerciale », mais qui pourrait aussi bien être nommé « la révolution industrielle » des XI^e et XII^e siècles. Selon l'expression de Lopez, il se produisit « une création continue de nouvelles pers-

pectives..., d'escalade d'une classe à une autre... Des apprentis devenaient maîtres, des artisans habiles devenaient des entrepreneurs, des « hommes nouveaux » firent fortune dans le commerce et le prêt d'argent... L'expansion était stimulée par une constante immigration en provenance des campagnes... Des villages entiers se vidèrent d'habitants, paysans et propriétaires terriens, dans la ville voisine »³.

Encore que dans la plupart des villes d'Europe, le pouvoir économique et social aussi bien que politique se soit concentré aux mains d'un groupe relativement restreint de riches marchands, l'image originale de la ville comme le lieu où il était possible de s'élever dans la hiérarchie socio-économique, conserva longtemps de l'influence sur son caractère. Il est significatif que dans les villes d'Europe du nord pendant les XI^e et XII^e siècles et après, ainsi que dans certaines des villes méditerranéennes, l'esclavage subsistait à peine, en contraste avec la situation régnant dans les cités de la Grèce antique et de la Rome impériale ou dans les agglomérations européennes avant l'an mille.

Facteurs politiques

Les empereurs, les rois et les ducs, et les seigneurs de moindre noblesse, de même que les papes et les évêques, eurent souvent la possibilité d'augmenter à la fois leurs ressources militaires et leur richesse, en accordant des chartes à des villes qui seraient ouvertes aux immigrants de la campagne, principalement des paysans et des gens de petite noblesse.

Des villes à charte étaient fréquemment plus efficaces militairement que les châteaux, du fait que leurs bourgeois se voyaient généralement conférer le droit et le devoir de porter les armes. Des siècles durant, les paysans n'avaient pas eu ces droits et devoirs (ils étaient néanmoins mobilisables en certaines circonstances) et les chevaliers devaient être payés de leurs services de militaires professionnels. Aux bourgeois, évidemment, il fallait fournir l'armement, mais ils avaient le devoir de participer militairement à la défense de la cité. Hors des villes, au XII^e siècle, en de nombreux endroits les milices populaires des tribus et villages germaniques avaient disparu, et les levées féodales y étaient d'une efficacité douteuse. La noblesse féodale, des rois et des ducs aux comtes et aux autres seigneurs importants, dépendait lourdement de la contribution militaire obligatoire des villes pour défendre ses territoires.

Ainsi, en Angleterre l'*Assize of Arms* de 1181 édictait que « tous les bourgeois et toutes les communes d'hommes libres » devaient porter certains types d'armements⁴, faisant par là de tous les citadins des soldats et de toutes les villes des unités militaires. Outre leur soutien militaire, les nouvelles cités et villes augmentaient substantiellement les ressources économiques des gouvernants territoriaux en instaurant des octrois et des taxes de transmission sur les marchés, en acquittant des loyers et en fournissant des produits industriels. A cet égard, le droit de battre monnaie conféré à certaines cités et villes, assorti de l'obligation pour les citadins de

payer leur terrain en monnaie, représenta une rupture significative d'avec une économie de troc. Les monarques et les gouvernants féodaux allaient en bénéficiaire, à égalité avec les nouvelles classes commerçante et industrielle.

Bien entendu ces raisons, pour les gouvernants, de favoriser la fondation de villes et de cités à charte, avaient existé auparavant au moins virtuellement; mais aux XI^e et XII^e siècles, les conditions politiques devinrent plus favorables à leur mise en œuvre. Les invasions de l'Europe avaient cessé. La solidarité de clan et de village, les rapports de manoir, étaient remplacés par des groupements territoriaux plus amples : royaumes, principautés et duchés. Les dirigeants politiques de ces unités territoriales étaient devenus assez puissants, politiquement parlant, pour tolérer puis pour prendre intérêt à un nouveau type d'entité politique dans leur domaine, et il y avait assez de paysans et de gentilshommes désireux de s'y installer.

Indubitablement, tous ces facteurs sociaux, économiques et politiques se sont combinés pour stimuler la multiplication et la croissance de cités et de villes et, sans la présence de ces facteurs, il est difficile d'imaginer que peut-être cinq mille agglomérations d'un type nouveau aient surgi, comme elles l'ont fait dans toute l'Europe occidentale pendant ces mêmes siècles, débutant au XI^e siècle, culminant au XII^e et poursuivant le même cours pendant les XIII^e, XIV^e et XV^e siècles.

Et pourtant, il y avait aussi des facteurs sociaux, économiques et politiques, travaillant dans le sens opposé. Les seigneurs féodaux, y compris les évêques et les abbés de monastères, avaient un fort intérêt économique à empêcher le départ de leurs paysans, et ils n'étaient guère disposés non plus à céder leur pouvoir politique aux organismes complexes urbains. De même les empereurs, les rois et les autres dirigeants qui concédaient des chartes avaient un fort intérêt à y insérer des clauses qui maintiendraient leur contrôle sur les bourgeois. Souvent les cités eurent à combattre pour assurer leur indépendance et fréquemment, elles y échouaient.

De plus, on ne peut tenir pour certain que la majorité des paysans et des petits nobles fussent tellement désireux de quitter manoirs et villages, car c'était risquer de perdre les liens traditionnels qui avaient leur valeur affective et concrète, pour affronter quelque chose d'inconnu avec des moyens inaccoutumés.

On se trouve là devant les limites de la théorie sociale courante quand il s'agit d'expliquer le changement historique. Il ne suffit pas de montrer que les conditions de base, sociales, économiques et politiques étaient favorables à l'évolution qui finalement eut lieu. Des conditions à elles seules ne produisent pas de changement, pas plus que le sol et la semence ne suffisent à produire la récolte. De plus, des circonstances qui sont favorables au changement peuvent le devenir aussi à la stabilité. Même la théorie marxiste du matérialisme dialectique postule seulement que « pour finir » les forces de progrès triompheront, laissant ouverte la question cruciale du temps et du milieu. Il reste certain néanmoins que l'on ne peut savoir « pourquoi » un grand changement historique s'est produit, sans d'abord savoir « quand » et « comment » il est survenu.

Facteurs religieux et légaux

Si l'on examine de plus près les moments et les circonstances d'émergence des villes et des cités modernes en Europe, si l'on se demande ce qui produisit l'urbanisation précisément dans la deuxième moitié du XI^e siècle et au XII^e, mais pas plus tôt, si l'on désire expliquer le « processus » suivant lequel le mouvement urbain s'est développé et fut mené à bonne fin, alors on doit prendre en compte deux facteurs souvent négligés par les historiens de la société, de l'économie et de la politique : les facteurs religieux et légaux.

Les nouvelles villes et cités des XI^e et XII^e siècles étaient des associations religieuses, en ce sens que chacune était unifiée par des valeurs religieuses et des rituels, incluant des serments de nature religieuse. Beaucoup d'entre elles étaient des « communes jurées » (*conjuraciones*, conspirations) dont bon nombre avaient été fondées par des groupes insurrectionnels. Celles dont des marchands avaient pris l'initiative étaient souvent dirigées par une guilde marchande qui, elle-même, était une organisation religieuse, vouée à diverses activités ecclésiastiques et charitables tout autant qu'à la régulation de la vie professionnelle. Celles qu'établissaient des initiatives des empereurs, des rois ou des évêques (ou d'autres clercs) étaient aussi conçues comme des fraternités, et l'adhésion s'y faisait par des serments.

Souligner le caractère religieux des cités et des villes ne veut pas dire que c'étaient des associations ecclésiastiques. Elles étaient complètement distinctes de l'Eglise et, en ce sens, ce furent les premiers états séculiers de l'Europe. Néanmoins, elles recevaient de l'Eglise beaucoup de leur esprit et de leur caractère. Le contraire eût été surprenant puisqu'elles naissaient au moment de la révolution papale.

Les nouvelles cités et villes d'Europe aux XI^e et XII^e siècles étaient aussi des groupements volontaires de nature juridique, en ce sens que chacune était unie par la conscience qu'avaient ses membres d'appartenir à la communauté urbaine, au moyen d'institutions légales qui lui étaient propres. En fait, c'était par un acte juridique, habituellement l'émission légale d'une charte, que la plupart des villes européennes furent créées ; elles ne germaient pas, elles étaient « fondées ». De plus, la charte contenait presque invariablement la définition des « libertés » des citoyens, incluant des droits substantiels de gouvernement autonome. Il va de soi que le caractère légal des nouvelles cités et villes européennes était étroitement connexe à leur caractère religieux. Les chartes étaient confirmées par des serments religieux, et ces serments, renouvelés à chaque nomination des magistrats municipaux, comportaient surtout le vœu de maintenir les lois de la municipalité.

L'importance des facteurs, tant religieux que légaux, dans la formation des cités et villes de l'Occident européen peut être appréciée par une comparaison avec celle des villes contemporaines de l'islam au Proche-Orient. Là-bas, en dépit de facteurs économiques et politiques similaires (commerce florissant, industries à petite échelle, existence d'une classe moyenne, puissance des gouvernements territoriaux

centralisés), et malgré un handicap de départ fourni par la survivance physique des cités antiques de l'empire romain, la culture urbaine était faible ⁵.

A la fois aux points de vue économique et politique, les cités islamiques manquaient d'unité institutionnelle et d'indépendance. C'étaient essentiellement de vastes villages, plus ou moins incorporés à la campagne environnante. La différence cruciale avec l'Occident, était que d'une part, les cités et les villes islamiques ne furent jamais des communes jurées et ne consistaient pas en des guildes ou fraternités religieuses, et d'autre part, ne furent jamais dotées de personnalité civile (*corporated*) ni dotées de chartes des droits et libertés. En contraste avec la culture occidentale à l'époque de la révolution papale, l'islam n'avait ni le zèle pour la réforme et la rédemption de la société temporelle, ni la pluralité d'entités politiques rivales, ni le concept de systèmes légaux pouvant servir d'instruments à cette réformation et à cette rédemption.

L'avènement de la ville européenne, pendant la moitié du XI^e siècle et le XII^e, a été due au moins autant à la transformation contemporaine de la conscience religieuse et juridique associée à la révolution papale, qu'à la transformation commerciale-industrielle et politico-militaire (également connexes à la révolution papale). Ce qui rendit l'urbanisation possible alors et non avant, et en Occident européen mais non ailleurs, c'étaient des concepts, des institutions et des pratiques renouvelés en matière religieuse et juridique, avec des passions et des comportements nouveaux, concernant les communes et les autres associations fraternelles, les serments collectifs, la personnalité civile, les chartes de libertés, les procédures judiciaires rationnelles et objectives, l'égalité de droits, la participation au pouvoir législatif, le gouvernement représentatif, la nature propre de l'Etat. Toutes ces préoccupations de finalités, à leur tour, se rattachaient aux caractéristiques de la tradition juridique occidentale, qui furent partagées non seulement par le droit urbain mais aussi par les autres systèmes légaux élaborés pendant la même période.

A défaut de la nature consciente de la communauté urbaine et d'un droit urbain systématisé, il est presque impossible d'imaginer que les villes et cités européennes aient seulement pu venir à l'existence.

Mais même si elles l'avaient pu, c'est-à-dire si de vastes centres densément peuplés de commerce et d'industrie avaient pu, de quelque façon, se former en Occident sans le fondement d'un droit urbain, peut-être auraient-elles été, comme les anciennes cités romaines, des avant-postes administratifs et militaires d'une quelconque autorité centrale (ou de plusieurs); ou sinon, comme les villes de l'islam, simplement de grands villages dénués de leur propre caractère de cités indépendantes, sans une vie de communauté urbaine autonome et intégrée; ou encore quelque chose d'autre mais qui n'eût pas été une cité moderne, au sens occidental. Il y eût manqué la conscience d'être une communauté structurée et la capacité organique de développement, qui ont donné son caractère distinctif à la ville occidentale.

ORIGINES DES CITES ET DES VILLES D'EUROPE OCCIDENTALE

Dans les premières décennies du XIII^e siècle, avant la peste noire de 1348-50 qui balaya au moins le tiers et peut-être plus de la moitié de la population urbaine, il y avait sans doute six millions d'Européens vivant dans les villes et les cités occidentales, sur un total d'environ soixante millions. Bien qu'il soit impossible de disposer de statistiques fiables pour cette période de l'histoire, il y a néanmoins suffisamment d'indices connus pour avancer une estimation raisonnable en disant qu'il y avait vers la fin du XII^e siècle quelque quatre millions de citadins sur une population totale d'une quarantaine de millions. Au début du XIV^e siècle, quatre cités, Venise, Florence, Palerme et Paris avaient, d'après plusieurs spécialistes, chacune plus de cent mille habitants, et cinq autres, Milan, Gênes, Barcelone, Cologne et Londres, environ cinquante mille habitants chacune. Un groupe plus fourni de villes, comprenant Bologne, Padoue, Gand, Bruges, Strasbourg, Nuremberg, Lübeck et Hambourg avaient, de l'avis de spécialistes, de 20.000 à 40.000 habitants. Un groupe encore plus large, comprenant entre autres, York, Bristol, Ypres, Anvers, Augsbourg, Francfort, Zürich, Bâle, entre 6.000 et 20.000 ⁶. D'autres estimations sont plus élevées, certains experts créditant Milan et Venise d'environ deux cent mille chacune ⁷ et Gênes et Naples (rejoignant Florence, Palerme et Paris) d'environ cent mille chacune. Encore un autre auteur impute à Paris environ 100.000 à la fin du XII^e siècle et environ 240.000 à la fin du XIII^e siècle ⁸. Puis, évidemment, à l'autre bout de l'échelle, il y avait des milliers de villes de moins de 6.000 habitants dont beaucoup d'à peine quelques centaines.

Ces cités et villes, hautement diverses en dimensions, bourgeonnèrent et se développèrent de façon extrêmement variée et pour des raisons tout aussi différentes. Néanmoins, il y avait certains schémas communément répandus qui ont fait de toutes autant de cités ou de villes; tout comme des schémas communs ont fait des divers Etats-nations du XX^e siècle, autant d'Etats-nations d'une même nature.

Le meilleur moyen de discerner ces schémas communs est de décrire l'origine et le développement initial de diverses cités et villes dans diverses régions d'Europe, en partant de France vers la Normandie, les Flandres, les principautés allemandes, l'Angleterre, et pour finir, l'Italie.

En Picardie : Cambrai, Beauvais, Laon

Cambrai, sur le site d'une ancienne cité romaine nommée *Camaracum*, dans l'extrême nord de ce qui est maintenant la France, avait été envahi par les Magyars, puis par les Normands. Au X^e siècle, ce n'était plus qu'une petite cité épiscopale avec, hors des murs, un quartier de marchands entouré d'une palissade. En 1070, le faubourg marchand était devenu assez prospère et fort pour réclamer que des murs de pierre remplacent la palissade.

En 1075, peu après que le pape Grégoire VII eut déclaré l'unité politique et juridique de l'Eglise et son indépendance vis-à-vis de l'empire, la population de Cambrai, menée par un prêtre papaliste et les riches marchands, se souleva contre l'autorité de l'empereur et de son évêque, et se constitua en « commune jurée ». Cette révolte fut vite réprimée. Cependant, deux ans plus tard lorsqu'un nouvel évêque quitta le diocèse pour recevoir l'investiture impériale, une deuxième révolte réussit. Sous la conduite, à nouveau, d'un prêtre grégorien et des marchands les plus fortunés, les bourgeois prêtèrent serment de fidélité à la commune et s'engagèrent à la défendre contre une restauration de l'autorité épiscopale.

Mais en 1106, l'empereur intervint pour réprimer une fois encore la commune. Ce ne fut qu'après la fin de la querelle des investitures en 1122, que Cambrai reçut une charte moderne des libertés, dont l'exemplaire le plus ancien que l'on ait conservé est daté de 1184 ⁹. D'autres évêchés de Picardie suivirent l'exemple de Cambrai en se soulevant contre l'autorité impériale, à la fin du XI^e siècle et au début du XII^e, établissant des communes jurées. Comme dans le cas de Cambrai, les évêques, dont le pouvoir avait précédemment dépendu de l'empereur, étaient souvent (mais pas toujours) hostiles aux communes que soutenait le parti papal ¹⁰.

Cela était vrai non seulement dans le nord de la France mais aussi aux Pays-Bas et en Italie septentrionale où des révoltes semblables à celles de Cambrai eurent lieu. Beauvais, aussi en Picardie, présente un intérêt particulier parce qu'au XII^e siècle, il reçut une charte conférant d'importants pouvoirs d'auto-gouvernement et des privilèges étendus aux citoyens (les bourgeois). Une commune jurée avait été instituée à Beauvais à la fin du XI^e siècle, après une quarantaine d'années de conflits aigus entre les bourgeois et les évêques successifs.

Finalement le roi Louis VI (1108-1137) édicta une charte reconnaissant l'autorité de la commune, charte confirmée en 1144 par Louis VII puis, avec quelques additions, par Philippe Auguste en 1182. Les dix-sept articles de la charte comprenaient les dispositions que voici :

« Tous les hommes vivant dans les murs de la cité et du faubourg doivent jurer fidélité à la commune.

Chacun aidera l'autre de la façon qu'il jugera équitable.

Si un homme qui a juré fidélité à la commune subit une violation de droits, et qu'une plainte soit portée devant les pairs de la commune (pairs veut dire égaux, se rapportant généralement aux bourgeois influents) ils feront justice contre la personne ou les biens de l'offenseur, à moins que l'offenseur fasse amende suivant leur jugement, et si l'offenseur est en fuite, les pairs de la commune se joindront pour tirer satisfaction de sa propriété ou sa personne ou de ceux auprès desquels il a fui.

Semblablement, si un marchand vient à Beauvais pour le marché et que quelqu'un de la cité viole ses droits, et que plainte soit portée devant les pairs, ils donneront au marchand satisfaction.

Nul homme qui a violé les droits d'un homme de la commune ne sera admis dans la cité à moins qu'il n'ait fait amende selon le jugement des pairs. Cette règle peut être écartée, sur avis des pairs, au cas de personnes que l'évêque de Beauvais a introduites dans la cité

Nul homme de la commune n'ouvrira un crédit à ses ennemis et personne ne leur parlera sauf permission des pairs

Les pairs de la commune devront jurer qu'ils jugeront avec justice, et tous les autres devront jurer qu'ils respecteront et appuieront le jugement des pairs »¹¹.

D'autres prescriptions concernaient la réglementation des moulins, le règlement des dettes (personne ne pouvait être détenu pour dettes), la protection municipale des aliments, la mesure des tissus et des restrictions aux diverses obligations féodales de services encore dus à l'évêque.

La charte ne spécifiait pas la forme du gouvernement de la commune, mais mentionnait seulement que les pairs devaient rendre les jugements et protéger la vie et la sûreté de ses membres. En fait, la charte n'ajoutait rien à ce qui avait été établi une ou deux décennies auparavant, excepté la disposition terminale, constatant que « Nous (le Roi) concédons et confirmons la justice des décisions que feront les pairs ». Bref, la charte était la reconnaissance du fait accompli à savoir le soulèvement au paroxysme de la révolution papale des bourgeois de Beauvais, la formation par eux d'une commune jurée, et la restriction des pouvoirs politiques et économiques de l'évêque qui, antérieurement avait été non seulement le chef de l'église locale mais aussi le seigneur féodal suzerain de la localité, entièrement mêlé à la politique et aux rivalités familiales¹². Bien que la charte soit laconique à l'extrême, elle impliquait clairement que les droits seigneuriaux dans la ville de Beauvais étaient sévèrement rognés.

La stipulation que « tous les hommes » devaient jurer fidélité à la commune et se soumettre à sa juridiction, ne visait pas à inclure le clergé ou les nobles, qu'ils résidassent ou non dans les murs. En réalité, les nouvelles communautés urbaines d'Europe étaient en compétition avec les autorités ecclésiastiques et féodales. À l'arrière-plan, contribuant à régulariser la compétition, il y avait les autorités centrales du roi et du pape.

Beauvais était quelque peu inhabituel, bien que non unique dans son genre, en ce que l'autorité épiscopale était conjointe à l'autorité féodale dans la même personne. La cour de justice féodale de l'évêché dont faisaient partie tous les nobles

(« hommes libres ») inféodés à son suzerain féodal, conservait une substantielle juridiction séculière criminelle et civile sur la ville. Dans l'ensemble cependant, ces prérogatives féodales de l'évêque faiblirent au cours des XII^e et XIII^e siècles, en partie parce qu'en France la couronne donnait un appui considérable aux villes dans leur lutte contre le pouvoir féodal.

La juridiction ecclésiastique était une autre affaire. Ici, les efforts des autorités communales pour réduire les immunités du clergé à l'égard de la justice urbaine furent largement déçus, en partie parce que dans ce débat non seulement la papauté mais aussi la couronne étaient du côté de l'Eglise. Une ordonnance de Philippe Auguste en 1210 interdisait aux magistrats municipaux des villes françaises d'arrêter des clercs sauf en cas de flagrant délit et, même dans ce cas, ils devaient déférer le délinquant à la cour ecclésiastique qui, seule, avait le pouvoir de juger les clercs dans la plupart des types de poursuites.

Enfin, à l'autorité royale elle-même, la commune devait laisser l'exercice de la « haute justice », c'est-à-dire la juridiction sur les crimes et les infractions graves ainsi que la juridiction d'appel dans certains cas de justice « moyenne » et « basse ». Malgré ces limitations en faveur des autorités féodales, épiscopale et royale, il restait à la commune une juridiction autonome substantielle et un droit urbain spécifique ¹³.

Bon nombre de nouvelles communes du nord et du sud de la France, ainsi qu'en maintes régions européennes, s'appelaient « communes pour la paix » (*communia pro pace*). Parmi elles figurait Laon, situé non loin de Beauvais et de Cambrai, où Louis VI en 1128 avait proclamé une *Institutio Pacis*, reconnaissant la cité comme « asile de paix et sûreté pour tous, libres ou non » ¹⁴. Ici encore, le problème politique immédiat était le conflit entre l'évêque et les bourgeois, conflit en partie intérieur à l'Eglise concernant la nature de l'autorité épiscopale et la concurrence des prétentions royale et papale quant à l'allégeance des évêques, et en partie un conflit entre les libertés urbaines et les intérêts et les valeurs économiques et sociales attachés à l'autorité féodale. La suppression d'une commune antérieure avait engendré une longue période de désordres. A un point tel qu'en 1112, un évêque avait été tué.

L'*Institutio Pacis* était un essai de compromis, dans l'esprit du Concordat de Worms (1122) par lequel l'ensemble de la querelle des investitures s'acheva par un compromis. La primauté de la juridiction de l'évêque de Laon était reconnue, et il conservait le droit de nommer les juges locaux (« échevins »), mais le maire et les « jureurs » (*jurati*, jurés : ceux qui prêtaient serment, équivalant aux pairs de Beauvais et des autres communes) avaient aussi juridiction pour faire appliquer les coutumes de la cité et rendre la justice quand le tribunal ecclésiastique ne s'en chargeait pas. Les serfs qui venaient à la ville étaient affranchis et ceux des seigneurs de la région devaient être dispensés de plusieurs obligations : la « mainmorte » et le « formariage » étaient abolis, et la « taille » était ramenée à un paiement fixe et restreinte à certaines personnes.

En Picardie comme ailleurs en Europe, le temps jouait en faveur de l'autonomie communale de gouvernement. Là où les nominations épiscopales subsistaient, comme à Laon, leurs bénéficiaires devenaient des magistrats municipaux et, à la fin du XII^e siècle, ils étaient généralement désignés par les jureurs. Partout, un petit groupe de personnages, choisis par les bourgeois influents et élus par la population entière, constituait la magistrature.

En France : Lorris, Montauban

Les libertés très larges concédées par Louis VI aux cités épiscopales de Picardie peuvent être mises en contraste avec ce que Carl Stephenson appelle les « libertés élémentaires », conférées par le même monarque à des vingtaines de villes situées sur le domaine de la couronne, dans la région parisienne et les régions voisines. L'une de ces villes, Lorris, proche d'Orléans, reçut de Louis VI un texte de charte demeuré célèbre, qui servit de modèle à beaucoup d'autres [N. d T. *charta*, papier, la charte est un « titre » de concession]. Il fixait un loyer maximum pour le sol et le bâtiment, éliminait la taille et diverses autres taxes, réduisait les obligations militaires à un jour de service dans le voisinage immédiat, supprimait les corvées à l'exception du transport du vin royal à Orléans une fois par an, limitait les amendes et les punitions, diminuait les péages, les octrois et d'autres contributions financières. Il stipulait que toute personne vivant paisiblement dans les murs pendant un an et un jour était désormais libre, et ne pouvait être réclamée par un maître précédent. Les citadins pouvaient vendre leurs biens et aller ailleurs, ils ne pouvaient être cités en justice hors de la ville, et diverses règles de procédure étaient posées pour les procès. Il n'y avait aucune obligation de faire crédit à qui que ce soit, à cela près que le roi et la reine avaient deux semaines de délai pour payer leurs aliments.

Stephenson fait le commentaire suivant :

« Lorris était une toute petite ville dont les franchises étaient nettement de second ordre. Elle n'avait pas de gouvernement autonome; tous les pouvoirs politiques étaient réservés au roi et à ses ministres. Et pourtant, la condition privilégiée de ses habitants était clairement marquée. L'homme de Lorris... était libre économiquement et légalement. Son régime était fort loin de l'arbitraire de l'exploitation domaniale. Son statut et sa tenure étaient typiquement bourgeois... Son patrimoine n'était pas un champ, mais un terrain à bâtir. Les privilèges des citadins étaient essentiellement ceux réclamés au minimum par des commerçants à demeure. C'étaient là les raisons pour lesquelles les coutumes de Lorris furent si remarquablement populaires durant les siècles suivants »¹⁵.

Si les libertés de Lorris étaient plus « élémentaires » que celles de Beauvais, c'était sans aucun doute parce que Lorris était sur le « demesne » royal alors que Beauvais était sur les terres d'un vassal de Louis. Non seulement les rois mais les ducs, les comtes et d'autres gouvernants territoriaux avaient de puissants motifs d'encourager l'établissement sur leurs terres de villes où seraient attirés artisans,

gens de métiers et commerçants, dont on pourrait obtenir un flux de revenus monétaires. En même temps, cependant, dans les villes le gouvernant territorial répugnait à renoncer à son pouvoir.

La nature et l'ampleur des libertés accordées dépendaient d'un délicat équilibre de forces et d'intérêts. Un bon exemple en est la charte de libertés concédée en 1144 à Montauban, dans la France méridionale, par le comte Alphonse de Toulouse. Le comte avait offert, comme site pour un nouveau peuplement, une portion de sa propre terre adjacente à la ville plus ancienne de Montauriol qui avait connu des troubles chroniques entre les citadins et le prieur d'une abbaye, au long des murs de laquelle Montauriol était bâti. Désireux d'attirer les habitants de Montauriol, le comte concédait des libertés semblables à celles accordées par Louis VI à Lorris ; mais en outre il s'engageait à se concerter en diverses matières avec les « citadins de la meilleure sorte ». C'était probablement avec l'aide de ces bourgeois aisés que la ville nouvelle fut organisée et financée et, à la fin du siècle, Montauban était administré par ses propres magistrats élus ¹⁶.

Normandie : Verneuil

Aux XI^e et XII^e siècles, les villes de Normandie n'étaient guère différentes de celles de France quant aux libertés, au gouvernement et aux lois. L'exemple classique d'une charte de cité normande est celle conférée à Verneuil par Henri I^{er}, duc de Normandie et roi d'Angleterre de 1100 à 1135. La charte prévoyait que chaque citadin (bourgeois) recevrait trois arpents de terre et jardin, pour lesquels il devrait payer douze deniers annuellement, quel que soit le nombre d'habitations qu'il y édifierait. Il devrait aussi payer un droit initial de sept deniers pour devenir citadin, plus quatre deniers par an pour l'entretien du guet. Il ne devait aucun service militaire sauf lorsque le roi en personne menait l'armée. Il ne devait pas recevoir d'ordre pour les affaires du roi sauf à son service personnel. Il ne pouvait être requis de faire crédit même au profit du roi lui-même. Il devait être exempt de tous droits de douane sur les importations pendant trois ans et de façon permanente de certaines taxes coutumières, par exemple sur la nourriture et l'habillement pour la satisfaction des besoins personnels.

Le roi pouvait taxer les ventes sur le marché local, y compris sur le bétail vivant, le vin, le sel, le cuir et le tissu. Le moulin, le four, la brasserie et la vinification devaient être ouverts au citadin moyennant paiement de sommes spécifiées. La justice devait rester aux mains du prévôt, mais les procès devaient avoir lieu en ville sauf lorsque l'affaire était portée devant le roi personnellement. Selon l'expression de Stephenson : « Des articles détaillés limitaient les amendes et les pénalités qui pouvaient être infligées en certains cas, prescrivaient les méthodes de recouvrement des dettes, restreignaient les appels aux armes et pourvoyaient à la douzaine d'autres questions juridiques considérées comme importantes par une population urbaine » ¹⁷. Au cours du temps, les libertés de Verneuil furent étendues à diverses autres villes de Normandie.

Flandre : Saint-Omer, Bruges, Gand

Au milieu du XII^e siècle, la Flandre était devenue la plus importante région industrielle d'Europe, principalement en vertu de l'industrie textile ; Bruges et Gand étaient les places commerciales les plus florissantes au nord de Gênes et de Milan. Bien que le comte de Flandre fût le vassal du roi de France, il gouverna la Flandre tout à fait indépendamment du roi tout au long des XI^e, XII^e et XIII^e siècles. A la même époque, les villes flamandes, bien que politiquement sujettes d'un seigneur puissant, parvinrent à une autonomie considérable, supérieure, en fait, à celle de leurs consœurs françaises. Certaines des cités flamandes commencèrent par être des communes révolutionnaires, mais la plupart paraissent avoir atteint pacifiquement le statut communal avec l'encouragement du comte qui accordait libéralement des chartes, mais avait soin d'y réserver certains de ses droits.

La charte de Saint-Omer, donnée en 1127 par le comte William Clito, servit de modèle aux chartes postérieures de villes flamandes. Elle déclarait que le comte, à la requête des citadins (bourgeois), confirmait les lois et coutumes de Saint-Omer et l'indépendance de la commune qu'ils avaient jurée. A tous les citadins étaient garanties paix et justice suivant le jugement de leurs échevins qui « jouiront de toute franchise heureusement possédée par les échevins dans tout le pays de Flandre ».

Les échevins avaient à juger les différends survenant dans la ville propre (le « forum »), néanmoins, le prévôt du comte et le clergé aussi gardaient juridiction sur certaines espèces de disputes¹⁸. La charte confirmait les anciens droits de pâturage des bourgeois et leurs anciennes exemptions de services militaires, sauf le service de défense du comté de Flandre. Ils devaient aussi être exempts de diverses taxes féodales (*chevage, avoueries*) de l'écot et de la taille¹⁹, et protégés des exactions de la garnison du château.

En complément, la charte reconnaissait la guilde marchande de la ville. Les membres de la guilde étaient déclarés exempts de divers péages, et le comte promettait de leur obtenir, autant que possible, des libertés similaires en Normandie, en Angleterre et à Boulogne. Enfin le comte William donnait aux bourgeois, au profit de leur guilde marchande, son monnayage de Saint-Omer valant annuellement trente livres. Cela voulait dire que Saint-Omer émettrait ses propres pièces de monnaie, tirerait profit de son monnayage, et que les taxes payables au comte n'auraient pas à être effectuées en monnaies d'autre provenance²⁰.

La Charte de Saint-Omer ne se proposait pas de donner aux membres de la commune l'indépendance formelle à l'égard du gouverneur territorial. Le comte gardait juridiction sur la cité : les échevins devaient être nommés par lui, parmi les bourgeois, et ils devaient juger en son nom. En fait cependant, les échevins furent initialement nommés à vie, ce qui leur conférait une certaine indépendance et plus tard, quand ils furent désignés pour un an, ils furent choisis par les citadins selon un processus électoral.

Bruges et Gand, comme Saint-Omer, avaient chacune une commune jurée, un conseil des échevins et une guilde marchande ²¹. C'étaient deux cités beaucoup plus importantes que Saint-Omer puisqu'elles figuraient dans les quinze ou vingt villes les plus grandes d'Europe. Le comte Philippe (1169-1191) délivra des chartes, appelées *Keure*, à Bruges et à d'autres villes flamandes, établissant une base légale pour une autonomie de gouvernement limitée et pour les droits et les franchises de leurs citoyens.

Allemagne : Cologne, Fribourg, Lübeck, Magdebourg

La florissante cité romaine de *Colonia* (Cologne) sur le Bas Rhin déclina vertigineusement après sa conquête par les Francs au V^e siècle. Il y subsista quelque activité commerciale et industrielle, et la présence d'un évêché et d'une cathédrale lui fournirent un élément de continuité. Mais Cologne cessa d'être une cité au sens romain du terme, sans devenir aussitôt une ville européenne moderne. Le port fluvial, négligé, tourna au marécage, la production de verrerie fut transférée dans la campagne, la population urbaine se réduisit à celle d'un grand village, le pouvoir politique passa aux mains du titulaire de l'archevêché qui fut rattaché à la région voisine de Lotharingie (Lorraine) ²².

En 953, l'empereur germanique Othon III nomma son jeune frère, Bruno, duc de Lorraine et archevêque de Cologne. Bruno engloba le quartier marchand suburbain dans les remparts de la cité. Lui et ses successeurs à la fin du X^e siècle et pendant le XI^e établirent des marchés, des octrois et une monnaie. En 1074, les marchands et les artisans se sentirent assez forts et unis pour s'insurger contre l'archevêque, mais celui-ci mobilisa des troupes de la région et réprima la révolte. En 1106, néanmoins, un autre soulèvement confirma l'établissement d'un gouvernement municipal indépendant et d'un système de droit urbain qui, en fait, fut fréquemment évoqué pendant le XII^e siècle, comme le *jus coloniensis* (loi de Cologne) ou à l'occasion comme *jus civilis* (loi de la cité).

L'archevêque de Cologne restait un personnage important dans la vie de la cité, et il continuait à être à la tête du duché de Lorraine, et également de celui de Westphalie. Ce qui n'empêche que son rôle politique et gouvernemental à l'intérieur de la cité fût réduit de façon importante pendant le XII^e siècle et en partie remplacé par un système de gouvernement par des mandataires élus au sein de divers organes de patriciens.

Cologne fut une organisation unique en son genre, englobant des communautés séculières par paroisses (*Sondergemeinden*) se gouvernant elles-mêmes, parfois appelées « communes », au nombre de douze. Chacune avait normalement deux magistrats élus (probablement pour un an) par les membres de la communauté de paroisse. Ces magistrats anciens, en fonction, ou candidats, formaient une fraternité (*Amtleutegenossenschaft*) ou guilde des administrateurs, qui avait un rôle important dans les affaires de la cité. L'on pouvait devenir membre d'une commune de pa-

roisse en acquérant une propriété héritable dans cette paroisse, par un acte enregistré, et en payant le droit d'entrée. Les membres avaient le devoir de défendre un autre membre contre quiconque portait contre lui une accusation. Plaintes et défenses concernant une propriété située dans la paroisse devaient être présentées au tribunal civil de cette paroisse, avec droit d'appel à l'assemblée plénière de la guilde des Administrateurs. Les crimes mineurs et les infractions contre la commune paroissiale devaient être portés devant le tribunal pénal de paroisse, les accusations étant présentées par un comité de la guilde sélectionné pour examiner les allégations de crime ou d'infraction. Si un membre de paroisse refusait de répondre aux accusations portées contre lui devant le tribunal de sa paroisse, il fallait l'expulser de la communauté. Quiconque tentait d'enfreindre les règles de la communauté se vouait à encourir le châtement éternel en compagnie du diable et de ses anges.

Parmi les fonctions les plus importantes de la paroisse figurait l'enregistrement des transferts de biens immobiliers et des mises en hypothèque. Une des plus anciennes insertions sur ces registres décrit la procédure par laquelle un nommé Heinrich Longus acheta la maison d'un certain Gottfried. L'acte d'achat et de vente avait été accompli « devant les citoyens et les magistrats de paroisse ainsi que les juges et recteurs ». Puis Heinrich avait payé aux citoyens et aux juges les honoraires habituels pour le témoignage et l'enregistrement de la transaction. Si quelqu'un doutait du fait de l'enregistrement, on lui indiquait spécifiquement comment consulter le registre des juges (*Schrein*) dans lequel il trouverait la vérité. Finalement Heinrich comparut à la mairie et transféra au fils et héritier de Gottfried trois *marks* en présence des assesseurs de la cité (*scabini*, Schoeffen), s'assurant ainsi, avec ses héritiers, contre toute revendication des héritiers du vendeur.

La fonction des assesseurs de la cité incluait d'ailleurs bien davantage que d'être témoins des transferts et d'en tenir registre. Principalement, les échevins siégeaient comme juges laïcs, soit en corps dans le tribunal supérieur (*Hochgericht*), soit sous la présidence d'un juge professionnel, soit encore individuellement dans les affaires mineures. Au tribunal supérieur, ils entendaient l'affaire en première instance, ou en appel au civil ou au pénal d'un jugement des magistrats de paroisse. Ils disaient le Droit et prononçaient un jugement que le juge professionnel rédigeait. Littéralement, ils « trouvaient » le jugement car on les considérait comme représentant la science accumulée par le droit coutumier. Lorsqu'un assesseur siégeait seul, il soumettait son avis aux autres assesseurs pour demander leur assentiment.

Il y avait approximativement vingt-cinq assesseurs en service à tout moment donné. Toutefois, les anciens assesseurs et les candidats assesseurs étaient compris parmi les « frères » (*fratres scabini*) qui, de même que les magistrats de paroisse, formaient une guilde. Bien qu'ils dussent prêter serment de loyauté à l'archevêque, ils étaient également tenus à jurer de dire le Droit et de trouver le jugement impartialement et en vérité. Les minutes de leurs procès comprennent des décisions à l'encontre d'intérêts de l'archevêque aussi bien que des décisions contre les intérêts de marchands de Cologne.

Ainsi, dans bon nombre de procès du XII^e siècle, dans lesquels l'archevêque, représenté par son chambellan, prétendait que divers membres de plusieurs communautés de paroisse faisaient aussi partie de la maisonnée (*familia*) archiépiscopale, et donc devaient payer certaines taxes levées par le chambellan, les assesseurs conclurent contre le chambellan. Et en 1103, suivant le plus ancien des documents mentionnant les assesseurs qui nous soit parvenu, dans une affaire intentée par les marchands de Liège et Huy contre les marchands de Cologne, pour que soient respectés des privilèges concédés par le précédent archevêque de Cologne, les assesseurs décidèrent en faveur des marchands étrangers.

En outre de leurs fonctions judiciaires, les assesseurs exerçaient de nombreux pouvoirs du conseil de la cité et, dans ce contexte, ils étaient souvent qualifiés non seulement d'assesseurs (*scabini*) mais aussi d'anciens (*elders, senatores*). Les registres de Cologne du XII^e siècle montrent les échevins et les sénateurs faisant, puis approuvant, des plans d'extension des remparts de la ville, faisant don à des fins charitables de terrains lui appartenant, ou encore administrant la propriété de la ville (par exemple les étals des bouchers et des poissonniers qui appartenaient à la ville plutôt qu'à une guilde), et même dans trois occasions, concluant des traités avec d'autres cités accordant à leurs marchands divers droits, sans la confirmation de l'archevêque.

Aux deux guildes évoquées ci-dessus, pour les magistrats de paroisse et pour les échevins ou sénateurs s'en ajoutait à Cologne une troisième, la *Richerzeche* ce qui signifie littéralement la Taverne de Riches. Chaque année, deux membres de la *Richerzeche* étaient élus « *Bürgermeister* » (maires), l'un des deux devant être échevin. Quant à la *Richerzeche* elle-même, elle se composait des maires passés et présents, et candidats. Sa tâche principale était de régir les guildes de professions et les marchés ainsi que les normes du commerce (notamment les prix) des produits agricoles, du vin et de la bière. Elle tenait séance de justice sur les trois principales places de marché afin de contrôler l'application de ses ordonnances. Enfin, elle recevait les appels de décisions prises par les tribunaux civils des magistrats de paroisse.

Le gouvernement municipal de Cologne, au XII^e siècle, était intégralement patricien. Le seul butoir à l'autorité patricienne venait de l'archevêque qui nommait deux hauts fonctionnaires. L'un, appelé *Burggraf* (le Comte de la cité) présidait sur les assesseurs dans les procédures judiciaires du tribunal supérieur, et il était en outre le commandant militaire de la cité, avec autorité sur les voies publiques et les places. L'autre, appelé *Stadtvogt* (Préfet de ville) présidait certaines sessions générales du tribunal supérieur. En fait, l'autorité de ces deux fonctionnaires, comme de l'archevêque même, finit par être subordonnée à celle des guildes des assesseurs, des maires et des magistrats de paroisse. L'autorité de l'archevêque reprit graduellement de la force au cours du XIII^e siècle, mais à ce moment là, la loi de Cologne avait revêtu un caractère qui lui était propre et, à certains égards mais non à tous, transcendait la structure du pouvoir politique.

Les érudits ont, à propos de l'origine du gouvernement municipal de Cologne, débattu de la source principale à laquelle imputer cette évolution. Était-ce le mouvement pour la paix ou une commune révolutionnaire, une communauté territoriale ou la guilde marchande ? Peut-être l'une des quatre, ou une combinaison de toutes. Mais la question la plus intéressante n'était pas abordée pour autant. C'était de bien percevoir la relation entre le gouvernement municipal et les lois de Cologne, avec la transformation d'une ampleur extrême qui était en cours en Europe, précisément au moment où Cologne se donnait son identité politique et juridique.

La sécession de la ville d'avec l'archidiocèse et le duché qui l'entourait, l'instauration de ses propres institutions séculières de droit urbain et, par dessus tout, le début de son histoire politique et juridique, c'est-à-dire sa prise de conscience de faire partie du temps historique et d'avoir une capacité organique de développement et de croissance, étaient rendus possible par le fait que l'Eglise même avait affirmé le dualisme des autorités ecclésiastiques et temporelles et appuyé le pluralisme des autorités séculières ; mais aussi par le fait que l'idée d'une réformation graduelle de ce monde-ci par le Droit était devenue un concept directeur et un objectif du pouvoir, à la fois dans les milieux ecclésiastiques et dans les milieux gouvernementaux.

Ces changements révolutionnaires dans la mentalité et la sensibilité des gens ont constitué une partie essentielle des mouvements réformateurs de la vie politique, économique et sociale qui ont entraîné l'Europe entière pendant la seconde moitié du XI^e siècle et le XII^e. La fondation de cités se gouvernant elles-mêmes et élaborant un nouveau type de droit, le droit urbain, fut une expression importante de ces changements à Cologne comme ailleurs. Cologne faisait exception par rapport à la méthode habituelle de formation de villes dans les duchés germaniques, autrement dit la concession de chartes par les empereurs et les princes d'Allemagne.

Parfois ces chartes étaient données par l'empereur pour apaiser des citoyens turbulents. Ainsi les habitants de Worms nouèrent une *conjuratio* contre leur évêque en 1073 et obtinrent leurs libertés de l'empereur Henri IV ; Mayence fit de même en 1077. D'autres chartes furent accordées par des princes. Un des plus anciens exemples de ces documents fut celui concédé à Fribourg en 1120 par le duc Conrad de Zähringen qui installa sur des terrains en friche un soi-disant « forum » (ville) adjacent à l'un des ses châteaux. Le dit forum consistait initialement en un groupe de marchands venus de régions voisines. Le mot même de *Freiburg* (ville libre) en révélait le caractère. La liberté de ses habitants résidait dans leur exemption des lois rurales habituelles et leur sujétion à celles des communautés commerçantes.

La charte prescrivait que chaque citoyen (*bürger*, bourgeois) recevrait un lot de terre de cinquante pieds sur cent, pour lequel il paierait seulement un schilling de loyer annuel, que le duc devait garantir la paix et la protection à tous les immigrants définitifs, que leur tenure serait héréditaire, avec liberté de vendre ou de diviser sans taxe, qu'ils seraient exempts de tous devoirs d'entretien (billets de logement), de tous péages dans le duché et de taille ou d'aide militaire sauf pour une expédition officielle. Ils auraient collectivement droit de pâturage, de forêt et de rivière; ils ne

seraient assujettis qu'à la loi marchande, et plus spécialement la loi des marchands de Cologne ; et le duc ne devrait pas investir de premier magistrat ou de prêtre s'il n'avait été élu par les marchands. Les marchands et les fonctionnaires du duc devaient jurer de préserver et de défendre le quartier, et le duc devait s'engager pareillement, par une solennelle poignée de mains. Très tôt un groupe élu de *conjuratores fori* (membres de la commune jurée) fut associé dans le gouvernement au premier magistrat, et au XIII^e siècle, on commença à les appeler consuls²³.

L'exemple de Fribourg, comme celui de Saint-Omer, incline à penser, comme Pirenne dont Stephenson partage l'opinion, que les marchands jouèrent le rôle initiateur dans la fondation des villes. Toutefois, même dans ces villes-types, et dans d'autres fondées de façon analogue, les marchands furent bientôt priés de partager leur pouvoir avec d'autres classes ou élites, avec les guildes de métiers, avec la noblesse (y compris les évêques), et souvent avec des princes, des rois ou des empereurs.

Lübeck, un port sur la Baltique fut fondé en 1143 par le comte Adolphe II de Holstein qui invita les résidents de Westphalie, des Flandres et de la Frise à s'installer là. En 1158, la ville fut prise par Henri le Lion, duc Guelfe de Saxe, qui établit une monnaie, des octrois et donna aux citadins des privilèges spéciaux comprenant une forme de gouvernement empruntée à la ville de Soest (Henri avait aussi fondé Munich et Brunswick). En 1181 l'empereur Frédéric Barberousse s'empara de Lübeck et ultérieurement lui donna une charte de libertés, incluant certains droits de gouvernement autonome et l'exemption de tous péages dans le duché de Saxe. Vers la moitié du XIII^e siècle, Lübeck était devenu la cité la plus riche du Nord²⁴.

Peut-être l'illustration la plus frappante de l'apparition et de l'expansion d'un système de droit urbain dans le cadre de la tradition juridique occidentale, est-elle le processus par lequel les lois de plus d'une douzaine des grandes cités d'Allemagne furent formellement adoptées par les centaines de villes nouvelles fondées entre les XII^e et XIV^e siècles. Par exemple les lois de Lübeck furent reprises dans quarante-trois cités, celles de Francfort dans quarante-neuf, de Hambourg dans quatre, de Fribourg dans dix-neuf, de Munich dans treize, de Brème dans deux et de Brunswick dans trois.

Plus importante cependant fut la dissémination des lois de Magdebourg, ville sur les bords de l'Elbe, à plus de quatre-vingt villes nouvelles²⁵. Le droit de Magdebourg devint la source prédominante de la loi écrite pour le centre et l'est de l'Europe. Ce n'était pas, cependant, le droit originel de Magdebourg, de Lübeck ou de Francfort que chaque nouvelle cité du « cercle légal » (*Rechtskreis*) recevait pour sien, mais les lois de la « cité-mère » telles qu'elles existaient au moment de l'adoption.

Habituellement, le seigneur de la nouvelle « cité-fille » lui conférait, disons, le droit de Magdebourg, et les autorités municipales envoyaient des émissaires à Mag-

debourg, où les magistrats judiciaires, les assesseurs ou les échevins leur délivraient une édition des lois alors en vigueur ou de leurs parties spécifiées dans la requête, par exemple, celles relatives au gouvernement municipal, à l'administration de la justice, aux guildes, au droit civil et pénal. Certaines villes envoyèrent à plusieurs reprises de telles demandes de mise à jour. D'autres fois, les juges de la ville-fille soumettaient des cas individuels aux assesseurs de la ville-mère et en recevaient l'exposé des règles applicables dans ces situations de fait. C'est ainsi que l'on peut aujourd'hui voir reflétée, dans les lois et décisions des villes plus récentes, la croissance organique du droit originel de Magdebourg, de Lübeck ou d'autres « cités-mères » (*Mutterrecht*)²⁶.

Magdebourg avait, depuis des siècles, été un centre du commerce avec les Slaves. En 968, il devint archevêché. Plus tard, ce fut une base militaire importante pour les attaques lancées en pays slaves. Ce ne fut cependant pas avant les premières années 1100, que Magdebourg développa ses propres institutions permanentes, gouvernementales et légales ainsi que sa conscience civique. En 1129, il y eut un soulèvement armé des citoyens contre l'archevêque, que celui-ci réprima victorieusement. Durant cette même année, l'expression « citoyens principaux » (*majores civitatis*) apparaît dans un document de Magdebourg. Dans la décennie 1160, des références sont faites aux « assesseurs et juges de la cité de Magdebourg ». Également dans cette période, les guildes jouent un rôle considérable : en 1183, leur statut est confirmé, et il est fait mention du tribunal des assesseurs.

Finalement en 1188 l'archevêque Wichmann réforma le gouvernement de la ville, maintenant le gouverneur héréditaire (*Burggraf*) et son adjoint héréditaire (*Schultheiss*), mais instaurant en plus un conseil de douze membres comprenant onze assesseurs nommés à vie et le *Schultheiss*. L'archevêque qui gouvernait tout l'archidiocèse, conservait le pouvoir ultime sur la ville, laquelle gardait son autonomie dans l'administration de la justice, la fiscalité et les matières y relatives. Le « banc » des assesseurs (*Schoeffenbank*) comblait les vides parmi ses membres en désignant les remplaçants parmi les grandes familles.

En rapport avec sa réforme de 1188, l'archevêque Wichmann promulgua la première législation écrite de Magdebourg, un document de neuf articles, lesquels ne visaient pas à représenter tout le droit de Magdebourg, mais semblent avoir été la solution de questions controversées, fondée sur des décisions judiciaires antérieures. Par exemple, des technicités de procédure étaient écartées dans la prestation de serment dans certains types de procès. La responsabilité du père, lorsque le fils blessait ou tuait quelqu'un, était abrogée, pourvu que le père pût prouver par le témoignage de six personnes honorables qu'il n'avait pas été présent ou, s'il était présent, qu'il n'avait pas pris part au crime. La même règle était étendue aux personnes autres que le père. Une disposition portait sur le délai dans lequel une plainte pouvait être portée en cas de spoliation, de blessure ou de meurtre à l'intérieur ou à l'extérieur des murs.

Un autre article permettait aux personnes absentes pour cause de pèlerinage ou d'affaire urgente, de bénéficier d'un délai pour introduire une action devant le gouverneur ou son adjoint. Finalement, l'article 9 stipulait : « Afin d'éviter tout dommage à la loi de la cité », quiconque perturberait l'assemblée des citoyens par des vociférations, des discours hors de propos ou insensés « serait puni sévèrement par les citoyens, de sorte qu'à l'avenir personne n'ose se conduire ainsi »²⁷. Pour autant que l'on sache, ces neuf articles de 1188 furent la première collection écrite de règles de la loi de Magdebourg, ils sont l'indice de l'existence antérieure d'un corps considérable de règles non écrites. En fait, le droit coutumier de Magdebourg avait été déjà adopté formellement par quelques autres villes et cités au milieu des années 1100.

La croissance du droit de Magdebourg dans le siècle et demi qui suivit peut être jalonnée en examinant les ensembles de normes adressés par les assesseurs de Magdebourg à Breslau en 1261 et à Görlitz en 1304. La Loi de Breslau contenait 64 articles et celle de Görlitz 140 articles. Dans la loi de Görlitz certains domaines tels que la vente de marchandises, la propriété et l'héritage étaient traités beaucoup plus en détail que dans celle de Breslau. Les dispositions sur le droit pénal et sur la preuve étaient aussi beaucoup plus détaillées.

De plus, les échevins de Magdebourg n'avaient pas simplement envoyé à Görlitz les 64 articles de Breslau dans leur teneur originelle avec d'autres articles en appendice ou insérés, ils avaient au contraire soigneusement rationalisé et modifié la collection entière. Des articles isolés de l'ancienne loi avaient été combinés dans un article plus ample. Des articles qui n'étaient pas bien placés avaient été réarrangés. D'autres avaient été élargis. Ainsi l'article 8 de la loi de Görlitz commence en répétant l'article 11 de la loi de Breslau qui traitait de la punition d'une personne arrêtée après que la victime d'une blessure ait lancé l'appel de haro. Mais ensuite l'article 8 poursuit en stipulant que les mesures les plus rigoureuses doivent être prises si la blessure a été infligée avec un couteau et si le coupable a été pris sur le fait²⁸. C'est là un exemple de l'extension de l'article originel, à la lumière de l'expérience.

La majeure partie des 140 articles de la Loi de Görlitz de 1304 provenaient soit de la loi de Breslau (augmentée) soit du *Sachsenspiegel*, un corps de règles légales rassemblé vers 1221 par un juriste saxon. Cette collection avait fini par constituer une partie importante de ce que l'on pourrait appeler, dans un sens large, la loi commune germanique. En effet, dix des 64 articles originels de Breslau venaient aussi du *Sachsenspiegel*. Vingt-cinq articles de Görlitz étaient complètement nouveaux, six d'entre ceux-là étaient répartis dans le corps de la loi, et dix-neuf ajoutés à la fin. Les 64 articles de la version originelle des lois de Breslau de 1261 furent eux-mêmes complétés par 24 articles reçus de Magdebourg en 1283 et de 23 autres reçus en 1295. Ces dispositions supplémentaires semblent pour la plupart avoir été des clarifications de dispositions antérieures.

Ainsi le Droit qui se répandit de Magdebourg à Breslau et à Görlitz, ainsi que dans plus de quatre-vingts autres villes de Brandebourg, de Silésie, de Bohême, de Pologne au centre ou à l'est de l'Europe, avait subi consciemment une évolution, un développement ou une croissance organique. Sa source formelle capitale était dans les « dits » (*Sprüche*) des échevins de Magdebourg, c'est-à-dire leurs solutions aux cas d'espèces qui leur étaient soumis pour décision. Ces « dits d'échevins », néanmoins, n'étaient pas des décisions ad hoc isolées mais des éléments constitutifs d'un corps de droit coutumier que l'on se remémorait et que l'on écrivait et qui par la suite furent recueillis et transmis comme de précieux manuscrits anciens. Cette croissance perçue et voulue du Droit était étroitement connexe de son caractère systématique, unificateur.

La loi de Breslau fut finalement éditée au milieu du XIV^e siècle, comme un corps systématique de Droit en cinq livres, contenant une table de 465 articles²⁹. Le premier livre traitait spécialement de l'élection et de l'installation des conseillers municipaux, de leur droits et devoirs et de la validité de leurs actes.

Le deuxième livre réglait l'organisation judiciaire et la procédure, y compris celle des assesseurs et des autres juges, leur sélection et leur rémunération, la date et le lieu des sessions, la juridiction des divers tribunaux (spécialement en matière pénale et successorale), les conditions requises pour la fixation des honoraires de cour, la saisie, le règlement, l'arbitrage, la représentation d'autrui en justice et maints autres aspects de la procédure.

Le troisième livre était consacré aux divers types de plainte en blessures et homicides, lorsqu'elles étaient remédiables par action au civil, en violations de droits, y compris malversation, parjure, usure, fraude, contrefaçon, à propos de dettes, y compris la responsabilité des héritiers pour les dettes du défunt, en violation de paiements pour services et d'autres sortes d'action. Différents procédés de preuve requise à l'appui des diverses sortes d'action étaient spécifiés. Les obligations monétaires étaient également prévues, avec les sécurités telles que le gage, l'hypothèque et le serment ainsi que les voies d'exécution y compris la saisie des biens, l'arrestation du débiteur en fuite et finalement la mise hors la loi.

Le quatrième livre traitait des droits familiaux, dont une partie substantielle sur les droits des membres de la famille dans la propriété du patrimoine (*Erbgut*). Une première section de ce livre concernait la dot, le mariage et les contrats d'héritage, les droits du chef de foyer, de la femme et des enfants sur l'utilisation de diverses sortes de propriété familiale ; une deuxième section traitait de la succession et de la tutelle. Le cinquième livre, comportant 23 articles, semble avoir été une collection restée incomplète de normes juridiques et de décisions qui n'avaient pas trouvé place dans les quatre premiers.

La « loi systématique des assesseurs de Breslau-Magdebourg » (comme fut appelé ce corps de Droit du milieu du XIV^e siècle) n'était pas seulement beaucoup plus détaillé mais aussi beaucoup plus largement composé et systématisé que la loi de

Görlitz de 1304, qui déjà l'avait été bien davantage que la première loi de Breslau de 1261. Toutes trois procédaient du système de Droit constamment développé à l'intérieur de Magdebourg même. Incidemment, notons que les versions faites à Breslau et Görlitz de la loi de Magdebourg, comme les lois-filles d'autres cités-mères, furent elles-mêmes transmises à d'autres villes nouvelles qui ainsi devenaient les « petites-filles » de Magdebourg. Au point que la loi de Breslau devint la loi-mère de tout le royaume de Bohême.

La loi de Magdebourg opéra la distinction fondamentale entre la loi au sens large, le Droit, conçu comme la structure générale (ce qui est juste), et la loi au sens plus spécifique de norme édictée ou d'usage particulier, qui fut appelée *Willekor* (des mots allemands signifiant « volonté » et « choix »), choix volontaire. Le Droit contenait les principes généraux ou droits qui sont donnés par la nature même de la vie sociale, et en dernière analyse par la divine Providence. C'était concrètement une combinaison de règles coutumières et de loi naturelle. Le *willekor* était soit une loi ou un édit émanant des autorités civiles, soit un usage local approuvé par elles; parfois on les qualifiait de *buykor* (loi civile) qui signifiait « le choix de la cité » ou « le choix des citadins ».

Tant la loi de Breslau de 1261 que celle d'un siècle plus tard commençaient par poser que « suivant le *Willekor*, la loi de Magdebourg doit s'appliquer à Breslau ». Une autre section de la deuxième version, que ne contenait pas la première, admettait qu'il pouvait survenir un conflit entre le Droit et le *buykor*. Cette section stipulait que le conseil (*Rat*) municipal avait le pouvoir de trancher les questions soulevées par quiconque était autorisé par les conseillers à prendre la parole dans leur assemblée, et que cette mesure relevait, d'après l'avis formel des assesseurs (de Magdebourg), de la loi civile ou *buykor*, et non pas du Droit (*Recht*).

Cependant, c'était bien du Droit que les conseillers tenaient beaucoup de leurs pouvoirs de créer le droit positif. Par exemple, c'est au Droit que l'on attribuait les pouvoirs des conseillers de régir les poids et mesures, la vente des aliments et autres marchandises, de fixer des prix et de prévoir des pénalités en cas de violation de ces réglementations. Le terme allemand moderne pour désigner une décision législative proprement dite, *Gesetz* (participe passé de *setzen*, poser) n'apparaît pas comme substantif dans la loi de Magdebourg, mais le verbe est employé pour se référer à l'activité des autorités municipales « posant » des règles, prenant des « dispositions ». Inversement, c'est en vertu de son *willekor* que le conseil municipal fixait l'amende pour la vente d'articles au-dessus du prix fixé.

Non moins importante est l'insistance de la loi de Magdebourg, reflétée dans les versions de Breslau, sur les droits de propriété et les lois commerciales. Il était établi qu'une personne pouvait mettre en gage du règlement d'une dette (mettre en nantissement) sa boutique de détaillant, sa boucherie ou d'autres locaux commerciaux. Celui qui possédait un tel établissement était « considéré comme le détenteur d'une propriété transmissible par hérédité, comme un propriétaire ». Il pouvait vendre son bien ou le diviser à sa volonté. De plus, les marchands (comme les pèlerins) ne pou-

vaient être cités en justice lorsqu'ils n'étaient pas en ville. Spécialement intéressantes étaient les dispositions concernant la responsabilité de l'héritier pour les dettes du défunt, car elles étaient considérées comme contraires à la loi consignée par Gratien. Ainsi le droit urbain de Magdebourg se distinguait tant du droit féodal que des lois canoniques.

Angleterre : Londres, Ipswich

En Angleterre anglo-saxonne, comme ailleurs en Europe occidentale, l'émergence de la cité moderne fut un événement de la fin du XI^e siècle et au XII^e. Avant cette période, la ville (*borough*) nous dit Stephenson, « n'était pas une communauté de citoyens dotés de privilèges. Ses habitants ne jouissaient pas d'une franchise bourgeoise uniforme, ils ne possédaient pas leur terrain selon un système de tenure urbaine, ils n'avaient pas de gouvernement autonome. Le bourg typique, en 1066, était seulement ce qu'il avait été depuis cent ans : un centre militaire et fonctionnaire. Les hommes qui résidaient dans les murs étaient principalement des membres de l'aristocratie terrienne, avec leur maisonnée. A part le fait que le bourg pouvait être le centre administratif d'un district plus étendu, son organisation judiciaire était celle d'une centaine rurale »³⁰. Mais dans le dernier tiers du XI^e siècle, après la conquête normande, les villes anglaises virent leur population augmenter substantiellement et leur caractère se transformer.

Comme ailleurs en Europe, les quartiers marchands (avec leur marché) annexèrent souvent la place fortifiée. La population agricole en expansion émigra en nombre notable vers les bourgs. Le document remarquable sur l'économie anglaise appelé *Domesday Book* (livre du jugement dernier), établi en 1086, décrit 46 bourgs parmi lesquels seul York comptait environ 10.000 habitants (sans que l'on sache pourquoi Londres et Winchester ne sont pas décrits), Norwich et Lincoln en avaient plus de 5.000, Oxford, Thetford et Ipswich environ 4.000, vingt et un autres bourgs avaient entre 1.000 et 3.000 habitants et le reste des 16 bourgs, moins de 1.000 dont certains quelques centaines ou vingtaines. Au début du XII^e siècle, le nombre et les dimensions des bourgs augmentèrent de façon impressionnante, et à sa fin, plusieurs centaines d'entre eux avaient une population substantielle³¹.

Ce qui importe davantage est que presque tous avaient une charte de libertés, une forme distincte de gouvernement et un système propre de lois. Selon l'expression de Stephenson, « A partir du règne de Henri I^{er} (1100-1135), le *borough* se change en ville... le *burgage* (la bourgeoisie) était davantage qu'une tenure, c'est-à-dire plus que le droit d'aliéner et de diviser le terrain urbain : c'était un statut civil et légal, un mode de vie lié à la qualité de membre d'une communauté³². Pendant ce XII^e siècle, les bourgs militaires et fiscaux de l'époque anglo-saxonne, essentiellement des fortifications royales largement indifférenciées politiquement de l'environnement campagnard, devinrent de « libres » associations avec leur propre loi et leur propre gouvernement, et conscientes de l'être.

L'histoire de Londres illustre cette évolution. Bien que les romains eussent occupé la ville du I^{er} au V^e siècles de notre ère, il ne resta pas grand-chose de romain en Angleterre après les invasions anglo-saxonnes, en dehors des routes et du grand mur de pierre. Avec l'introduction du christianisme au VII^e siècle, un évêque fut installé à Londres (lui conférant officiellement le titre de « cité »). Le vénérable Bède, qui mourut en 735, décrivit Londres comme un endroit où se rencontraient de nombreux voyageurs par terre et par mer. Elle fut mentionnée ensuite dans des sources anglo-saxonnes plus d'un siècle après, en connexion avec le récit des guerres du roi Alfred contre les Danois. Les vestiges archéologiques indiquent que c'était une cité assez importante aux X^e et XI^e siècles, après Venise la ville la plus peuplée d'Europe, avec plus de 10.000 habitants.

Au temps de la conquête normande, plus de vingt monnayeurs frappaient de la monnaie simultanément. Des assemblées populaires (*volkmoots*) où tous les citoyens étaient invités à participer, se réunissaient trois fois par an. Des accords étaient négociés entre les commerçants anglais et étrangers. Néanmoins, Londres n'avait pas de charte et peu de « libertés » au XII^e siècle. Comme les autres cités et villes anglo-saxonnes c'était un centre militaire et administratif, avec un commerce actif, mais sans gouvernement autonome pour une « communauté de citoyens dotés de privilèges ». Presque dès le lendemain de sa victoire, Guillaume le Conquérant donna à Londres une charte et, dans les deux générations suivantes, les droits de citoyens de Londres et de sa cité en tant que telle, furent élargis de façon considérable. Deux *reeves* (*sheriffs*) anciennement nommés par le roi à la tête du conseil municipal furent élus parmi les citoyens, et ce droit d'élection fut accordé à perpétuité par une charte émise par Henri I^{er} en 1129.

Désormais Londres était évoquée comme « commune » et dirigée par un *mayor* (maire). Le roi acceptait de diminuer la taxe annuelle que devait verser la cité (appelée « ferme » ou *farm*), de cinq cents à trois cents livres. La ville exerçait sa juridiction par une assemblée populaire de toute la citoyenneté trois fois par an, et par une cour restreinte appelée *husting* (plate-forme). Les vingt-quatre échevins (*aldermen*) qui géraient les affaires de la cité juraient d'exercer leurs fonctions « selon la loi du seigneur roi qui leur est confiée dans la cité de Londres, protégeant les libertés de la cité ».

Les citoyens avaient le droit de vendre leur terrain pour raison de pauvreté, en dépit de leurs héritiers. L'emprisonnement comme forme de garantie dans les plaintes pour dette n'était admis que lorsque des gages suffisants ne pouvaient être offerts. Les droits des marchands étrangers devaient être protégés. Chaque échevin était tenu de s'assurer que tout le monde dans sa garde avait armes et cheval à des fins défensives. Les salaires des charpentiers, maçons, couvreurs, plâtriers et terrassiers étaient fixés. Les toits de chaume et de roseaux étaient interdits, des patrouilles d'incendie constituées, et chaque maison devait être pourvue d'un baquet d'eau devant sa porte en cas d'alerte au feu ³³.

La charte de Londres octroyée par Henri I^{er} en 1129 stipulait que « les citoyens... choisiront parmi eux, selon leur gré, des juges pour entendre les plaintes portées devant ma couronne et les plaids qui se présenteront en conséquence. Personne d'autre ne fera justice (du roi) sur les mêmes habitants de Londres. Et les citoyens ne plaideront pas en dehors des murs de la cité pour quelque procès que ce soit, ils seront affranchis de l'écot et du *Danegeld* et de l'amende de meurtre. Aucun d'eux ne sera contraint de proposer l'épreuve de bataille ». La charte prévoyait aussi que « personne ne sera l'objet d'un billet de logement dans les murs de la cité, soit pour ma maisonnée, soit par l'autorité de quelqu'un d'autre, et que tous les hommes de Londres et leur propriété soient exempts d'octrois et de péages ou pesages dans toute l'Angleterre et dans les ports de mer »³⁴. Ces libertés et privilèges des citoyens de Londres furent étendus par les chartes de Henri II.

La charte de Londres servit de modèle pour Norwich, Lincoln, Northampton et d'autres cités. De même la charte qui fut octroyée à York par Henri II servit de modèle pour Wallingford, Andover, Salisbury, Wilton et Portsmouth; et certaines des chartes accordées à ces dernières villes servirent de modèle aux villes à des chartes ultérieures³⁵. La ville d'Ipswich, à une centaine de kilomètres au nord-est de Londres, avait en 1086 environ 4.000 habitants. Elle est spécialement intéressante parce que sa charte originelle nous est parvenue ainsi qu'un document décrivant en détail la procédure suivant laquelle son gouvernement municipal fut d'abord organisé.

La charte fut émise le 25 mai 1200 par le roi Jean, conférant aux citoyens (*burgesses*, bourgeois) l'exemption de l'octroi, du paiement pour un étal sur les marchés et foires (*stallage*), pour l'achat et la vente par poids et mesures (*lastage*) par les marchands étrangers à la ville (*passage*), pour l'entretien des ponts (*pontage*) « et toutes autres coutumes dans tout notre royaume et ses ports de mer ». Les bourgeois étaient aussi exempts de toute poursuite à l'extérieur d'Ipswich, excepté celles portant sur des tenures externes ou concernant des officiers du roi. En outre, la ville recevait le droit d'avoir une guilde marchande et un hôtel de guildes (une *hanse*). Personne n'était tenu à honorer un billet de logement ou céder quelque chose par force, à l'intérieur des murs. En toute affaire impliquant des terrains ou tenures à l'intérieur de la ville, « justice sera faite suivant l'ancienne coutume du bourg d'Ipswich et de nos bourgs libres », et toute affaire portant sur des dettes contractées ou des gages donnés dans Ipswich sera jugée dans Ipswich ; aucun citoyen ne doit être condamné à payer un amende excepté « selon la loi de nos bourgs libres ».

La charte prescrivait que les bourgeois « par le conseil commun de la ville éliront deux des personnes les plus loyales et les plus discrètes de la ville et les présenteront à notre premier magistrat (*chief justice*) de la chancellerie, et elles rempliront la fonction de prévôt dudit bourg d'Ipswich bien et fidèlement, et ne seront pas écartées aussi longtemps qu'elles se conduiront comme il convient dans cette fonction » « *quamdiu se in baillia illa bene gesserint* », sinon par le commun accord des dits bourgeois. En outre, quatre autres personnes parmi « les plus loyales et discrètes » seront élues « par le commun accord des susdits bourgeois » pour veiller à la défense

judiciaire de la couronne ou à ses autres intérêts et à ce que « les shérifs du bourg traitent avec justice et selon les règles, aussi bien le pauvre que le riche »³⁶.

Un peu plus d'un mois après la remise de la charte, le jeudi 29 juin 1200, toute la communauté de la ville s'assembla dans le cimetière de Sainte Marie près de la Tour³⁷ ; l'on procéda à l'élection, d'une même voix, de deux baillis qui jurèrent de remplir la fonction de prévôt, et de quatre *coroners* (procureurs) qui jurèrent de défendre les intérêts de la couronne en justice ou dans les affaires de la ville et de « veiller à ce que lesdits baillis traitent avec justice et selon les règles le pauvre aussi bien que le riche ». Le même jour, il fut décidé « selon le conseil commun de la ville » qu'il y aurait aussi douze représentants jurés de la ville (*capitales portmenni*, littéralement « citadins principaux ») « comme il en existe dans d'autres bourgs libres d'Angleterre », dotés du « plein pouvoir de gouverner et de protéger ledit bourg et ses libertés, de rendre les jugements de la ville, et de commander ou faire dans ledit bourg toutes choses pour le statut et l'honneur de la ville ». Le dimanche suivant fut fixé comme jour de l'élection des douze.

Le dimanche 2 juillet, les baillis et les procureurs, avec l'assentiment de la communauté, désignèrent quatre hommes de chaque paroisse du bourg, et élurent les douze représentants jurés de la ville (il va de soi que les deux baillis et les quatre procureurs figuraient dans les élus). Lorsqu'ils eurent prêté serment de gouverner fidèlement le bourg et maintenir ses libertés, de rendre d'équitables jugements dans ses tribunaux, « sans égard aux personnes quelles qu'elles soient », tous les citadins tendirent leurs mains vers « le Livre » (les Evangiles) et d'une même voix jurèrent solennellement d'obéir et d'assister, de leur corps et de leurs biens, les baillis, les procureurs et chacun des douze « gardiens » (*portmenni*) pour la sauvegarde du bourg, de sa nouvelle charte, de ses libertés et coutumes, en tous endroits et envers toute personne, le pouvoir royal excepté, « selon leurs capacités et comme ils penseraient juste et raisonnable de le faire ». Le même jour, la charte fut confiée à la garde de deux personnes éprouvées et loyales, qui jurèrent de la conserver et de la produire à la requête de la communauté.

Le jeudi 13 juillet, les baillis, les procureurs et les autres conseillers municipaux s'assemblèrent et ordonnèrent qu'à l'avenir, les coutumes de la ville seraient collectées par les baillis et les quatre membres éprouvés et loyaux du bourg, que la ferme juste et coutumière serait versée annuellement à l'échiquier royal; qu'il y aurait deux huissiers (*beadles*) pour procéder aux saisies et exécuter les ordres des baillis, des procureurs et des autres conseillers municipaux, que l'un des deux huissiers aurait la garde des personnes arrêtées par ordre des baillis, qu'un sceau communal serait confectionné pour les documents importants concernant les affaires de la communauté et qu'il serait confié à trois ou quatre personnes de confiance du bourg. Il fut aussi ordonné que la nouvelle charte serait communiquée aux cours de justice des comtés de Suffolk et Norfolk pour y être lue publiquement, afin que les libertés qu'elle contenait soient connues et proclamées dans chacune des localités de chaque comté.

Le dimanche 10 septembre, toute la communauté fut de nouveau rassemblée pour entendre les nouvelles ordonnances, c'est-à-dire celles qui avaient été prises le 13 juillet. Après en avoir entendu la lecture publique, la communauté les ratifia unanimement. Puis on choisit deux baillis pour l'année suivante ainsi que quatre personnes pour les aider à collecter les coutumes de la ville, et deux huissiers. Le jeudi 12 octobre une autre assemblée plénière fut convoquée. Le sceau communal y fut montré et trois hommes élus pour en avoir la garde. Les mêmes devaient aussi avoir la garde de la charte. Le même jour, cinq des conseillers furent désignés pour gouverner la guilde marchande : un *alderman* et quatre associés. Ils jurèrent de diriger bien et fidèlement la guilde, et tous les articles s'y rapportant, et qu'ils traiteront bien et loyalement les frères de la guilde.

Après quoi l'*alderman* et ses quatre collègues, en présence de la population de la ville, déclarèrent que tous ceux qui participent à la liberté de la ville auront à se réunir devant l'*alderman* et ses collègues en un certain jour et lieu, pour qu'ils en soient connus, pour constituer une guilde et lui verser la contribution d'entrée (*hansa*) dans la guilde. Le compte-rendu poursuit comme ceci :

« Le même jour, lesdits baillis, procureurs et autres principaux citoyens, et la communauté entière discutèrent des meilleurs moyens et du processus à adopter pour consolider le mieux possible la susdite guilde marchande et lui procurer tout le nécessaire. Les baillis, procureurs et gardiens avec la communauté entière, d'une même voix approuvèrent et ordonnèrent que l'alderman (premier échevin) qui venait d'être élu, et tous les aldermen qui le seraient ensuite, auraient à effectuer et utiliser au profit de la guilde l'achat et la vente des marchandises ci-après ... (diverses sortes de pierre) et les mortiers et pavés de marbre. Et que d'année en année, l'alderman devrait sous la foi du serment rendre un compte exact et véridique devant les baillis et procureurs de la susdite ville, de tout profit et bénéfice qu'il avait gagné dans l'année précédente, et qu'il avait acquis en raison de l'achat et vente de la susdite marchandise. Et en sus de cela, par l'assentiment et consentement unanimes, ils consentaient que nul habitant de ladite ville ni aucune autre personne, native ou étrangère, à l'intérieur de ladite ville ou de ses franchises et enceintes, n'aurait le droit ni ne devrait exercer l'achat ou vente des marchandises ci-dessus, hormis l'alderman de ladite guilde pour l'usage et au profit de cette guilde. Et ceci sous peine de forfaiture (confiscation) de toute marchandise ainsi achetée ou vendue ».

Le même jour, « la communauté entière » attribua aux douze conseillers municipaux la prairie d'Odenholm pour l'entretien et la nourriture de leurs chevaux, en retour du travail qu'ils auront à fournir pour la communauté. Et il fut aussi décidé et commandé par la communauté entière, que les lois et les libres coutumes de la ville soient consignées sur un certain rôle qui sera appelé *the Domesday* (le jour du jugement), lequel sera confié à la garde des baillis « afin qu'ils soient à même de savoir et d'identifier comment agir dans leur fonction ». De même les statuts de la guilde marchande seraient transcrits dans un autre rôle, « comme il est fait ailleurs dans les

villes et bourgs où existe une guilde marchande » et ce rôle, l'*alderman* devra l'avoir avec lui » de sorte qu'il sache comment opérer dans sa fonction ³⁸.

En général, les cités et les bourgs d'Angleterre ne parvenaient pas à un degré d'indépendance aussi élevé que leurs homologues d'autres régions de l'Europe, face au pouvoir royal ou princier. Des concessions formelles d'autonomie gouvernementale étaient rares dans les bourgs anglais. Certaines chartes accordaient aux citadins le droit d'élire les conseillers municipaux ; ainsi Londres avait reçu en 1131 le droit d'élire ses shérifs et un *justiciar* (haut fonctionnaire politique et judiciaire), et un siècle plus tard, le droit d'élire un maire. Northampton, en 1189, obtint le droit d'élire les shérifs et plus tard les procureurs. D'autres cités peu à peu obtinrent des droits analogues. Néanmoins, la couronne gardait le contrôle ultime de la vie politique urbaine, y compris les tribunaux et les finances de la ville. En dépit de ce contrôle ultime par la couronne, les droits quotidiens, les franchises et immunités des bourgeois anglais, à partir de la moitié du XI^e siècle, pendant le XII^e et le début du XIII^e, ne différaient pas essentiellement de ceux des bourgeois du reste de l'Europe.

Le bourgeois était un homme libre ; un serf qui avait immigré dans le bourg acquérait le statut d'homme libre en Angleterre comme en Europe généralement, au bout d'un an et un jour de résidence. La citoyenneté dans une ville impliquait le droit de porter les armes, l'exemption des obligations féodales et domaniales en monnaie et en services, la libre tenure héréditaire du sol avec droit de le vendre et de le diviser, le droit d'être jugé par le tribunal urbain, sans devoir accepter de procès par ordalie ou par combat ; des bornes étaient placées au pouvoir de la couronne de frapper de taxes ou d'amendes ³⁹.

Au surplus, bien que la couronne n'entendît pas renoncer à sa suprématie sur le gouvernement du bourg, elle reconnaissait le droit des marchands et des guildes d'artisans à régir la vie quotidienne de leurs membres ; en fait, en Angleterre comme en Europe généralement, les magistrats du bourg s'occupaient des travaux publics, prononçaient des arrêts, faisaient des proclamations, levaient des troupes, imposaient des taxes locales, et par eux-mêmes collectaient la taxe annuelle due à la Couronne.

Les cités italiennes

Nulle part, pendant le siècle séparant 1050 et 1150, les cités ne furent aussi florissantes qu'en Italie. Des centaines de centres urbains se constituèrent, à cette époque, en communautés indépendantes, se gouvernant elles-mêmes. On les appelait souvent « communes » (*communia*) mais aussi corporations (*universitates*) ou encore « communautés » (*communitates*) et autres vocables. Le mouvement s'accéléra pendant le siècle suivant, en particulier après la paix de Constance (1183), dont on a dit qu'elle était la *Magna Carta* des libertés communales. Cependant, avant le XI^e siècle, l'on ne peut parler des cités italiennes, à l'exception peut-être de Rome même, en termes de développements organiques propres. Comme les cités de

l'empire romain, elles avaient été des dépendances du pouvoir impérial, dont la portée effective variait dans le même sens que le sort de l'empire germanique.

Milan fournit un bon exemple de cette situation ⁴⁰. Aux III^e et IV^e siècles de l'ère chrétienne, c'était le centre administratif de la partie occidentale de l'empire romain. C'est ainsi que Constantin en 313 y proclama que le christianisme était désormais la religion officielle de l'empire. Cependant, Milan n'eut guère d'histoire propre, sauf peut-être une histoire ecclésiastique après que Saint Ambroise, évêque de Milan de 374 à 397, eût fait de cet évêché un bastion de la lutte contre l'arianisme. Dans la deuxième moitié du V^e siècle, Milan et toute la partie septentrionale de l'Italie furent envahies d'abord par les Huns menés par Attila, puis par les Hérules d'Odoacre et finalement par les Goths sous Théodoric.

En 539, la ville fut virtuellement anéantie par Uraia le Goth. Trente ans plus tard, ce qui en restait fut conquis par les germaniques Lombards (« longues barbes »). Comme les envahisseurs précédents, les Lombards firent de Pavie leur capitale, et Milan continua de décliner. L'incorporation de la Lombardie dans l'empire franc par Charlemagne en 774 put améliorer quelque peu le sort de Milan. Mais ce n'est qu'un siècle plus tard, que la désintégration de l'empire carolingien fit apparaître les premières lueurs de son indépendance civique. Les comtes de Milan, des fonctionnaires royaux carolingiens à l'origine, perdirent toute autorité, et les archevêques commencèrent à exercer le pouvoir à la fois sur les affaires séculières et ecclésiastiques.

Au début du X^e siècle, la pression des Magyars devint forte, et les réfugiés affluèrent dans Milan mais à la fin de ce siècle la marée changea de sens. La prospérité agricole croissante de la campagne amena une expansion du commerce et de l'industrie de Milan, et les archevêques parvinrent à étendre les frontières politiques et diocésaines de la cité jusqu'aux Alpes helvétiques. Entre 1037 et 1039, l'archevêque Aribert prit la tête des « plébéiens » (auto-proclamés) de Milan, membres des guildes semi-religieuses, pour s'opposer avec succès aux privilèges conférés à la petite noblesse par l'empereur Conrad II. Tout ceci est important comme chronique et pour l'histoire des Lombards et de l'empire franc, mais ne suffit pas à former une base suffisante pour une histoire sérieuse de la cité de Milan.

D'ailleurs, en parlant de la « cité de Milan » l'on doit rappeler que, comme pratiquement toutes les villes européennes à la fin du X^e siècle et au début du XI^e, Milan était essentiellement un gros village. La zone fortifiée où se trouvait la résidence des archevêques, avec les échoppes et les demeures des marchands et des artisans dans le « faubourg », ne contenait probablement pas plus d'un ou deux milliers d'âmes. Et plus important, cela ne constituait pas une unité économique ou politique indépendante, c'était simplement une partie du territoire plus vaste où l'agglomération était située. Politiquement, tout le territoire, ville incluse, était gouverné par l'archevêque et les nobles, il n'existait aucune structure de gouvernement distincte. Économiquement, les familles des marchands et des artisans sortaient généralement, chaque jour, travailler aux champs avoisinant la ville.

L'histoire moderne de Milan, c'est-à-dire l'évolution organique de la cité moderne, commence en 1057, lorsqu'un soulèvement populaire, conduit par les partisans militants de la réforme papale, s'en prit au haut clergé aristocratique, conduit par un évêque partisan de l'empereur, et finalement l'expulsèrent. Après cela, la constitution de Milan connut une transformation radicale. Une commune jurée fut créée. En 1094 au plus tard, des magistrats communaux, appelés consuls, furent élus pour un terme fixe par une assemblée régulière de tous les citoyens.

Avec l'ensemble des autres cités de Lombardie, Milan était géographiquement au centre du conflit entre les autorités papale et impériale. La formation de communes jurées autonomes par les cités lombardes fut souvent dirigée à l'encontre de leurs évêques qui étaient choisis et investis par l'empereur. Finalement, quatorze de ces cités formèrent la Ligue lombarde, qui combattit victorieusement contre l'empereur Frédéric I^{er}. En 1180, ces quatorze cités, Vérone, Venise, Vicenza, Bergame, Trévise, Ferrare, Brescia, Crémone, Milan, Lodi, Plaisance, Parme, Modène et Bologne, écrivirent au pape : « Nous avons été les premières à porter le poids de l'attaque de l'empereur, afin qu'il ne puisse détruire l'Italie et abolir les libertés de l'Eglise. Nous avons refusé, pour l'honneur et la liberté de l'Italie et pour la dignité de l'Eglise, de recevoir l'empereur ou de l'entendre » ⁴¹.

C'est là l'une des premières fois que l'on utilisa le nom « Italie » pour évoquer une entité politique, à savoir l'archipel de villes libres qui jalonnèrent le pays depuis le lac de Côme vers le sud jusqu'à la moitié de la péninsule, au contact des états pontificaux. De son côté, l'empereur favorisa la constitution de communes urbaines jurées, quand elles étaient hostiles au pape ou à ses partisans. Ainsi aux débuts de la décennie 1080, au paroxysme de sa lutte avec le pape Grégoire VII, l'empereur Henri IV donna des chartes de libertés et de gouvernement autonome aux cités toscanes de Lucques et de Pise, pour les aider à arracher leur liberté à la comtesse Mathilde, amie et alliée de Grégoire VII.

Le système de gouvernement communal autonome par des consuls (comme on les appela d'ordinaire) élus pour une durée fixe par les assemblées populaires, fut instauré à la fin du XI^e siècle et au XII^e, dans un grand nombre de villes de l'Italie du nord. Il existe des comptes-rendus de tels consuls, à Pise en 1084, Asti en 1094, Arezzo en 1098, Gênes en 1099, Pavie en 1105, Bologne en 1123, Sienne en 1125, Brescia en 1127, Florence en 1138 ⁴². Les assemblées générales de citoyens pour élire les consuls portaient des noms variés : commune, *colloquium*, *parlamento*, et le plus souvent *arenigo* (place publique d'où le français harangue). L'*arenigo* légiférait, déclarait la guerre ou la paix, ratifiait les traités. Le nombre de consuls variait d'une ville à l'autre et pouvait dans une même ville changer d'une année à l'autre. A Milan, il y en avait dix-huit en 1117, vingt-trois en 1130, quatre en 1138, huit en 1140, six en 1141. Dans la plupart des villes, il y avait d'ordinaire entre quatre et douze consuls. Ils administraient la commune, la commandaient en temps de guerre, décidaient des différends entre ses membres. Avec le temps, des « consuls de justice » spéciaux furent nommés juges dans de nombreuses villes.

L'innovation constitutionnelle la plus frappante des villes italiennes à la fin du XI^e siècle et au début du XII^e, fut l'introduction d'une limite de durée des mandats politiques électifs. Les consuls étaient habituellement désignés pour un an. Ce principe, qui s'étendit à la plupart des autres pays européens, représentait un changement fondamental dans la conception du gouvernement en Occident. En effet, auparavant, en Europe, tous les dirigeants politiques, ecclésiastiques ou séculiers (rois, ducs ou barons) avaient gouverné à vie. Le caractère temporaire des mandats politiques urbains devint encore plus marqué en Italie, dans les dernières décennies du XII^e siècle, quand le système des consuls multiples céda graduellement la place à celui du gouvernant unique, habituellement appelé *podestà* (de *potestas*, pouvoir). Le *podestà* était le chef militaire, le premier magistrat administratif et judiciaire de la commune, mais son mandat était souvent limité à six mois et n'était pas renouvelable.

On trouve un *podestà* à Pise vers 1169, à Pérouse en 1177, à Milan en 1186, à Plaisance en 1188, à Florence en 1193, à Sienne en 1199. Au début du XIII^e siècle, le système de *podestà* devint presque général en Italie septentrionale. « Bientôt il devint normal de choisir le *podestà* dans une autre ville (d'ordinaire, non directement voisine) pour s'assurer qu'il sera neutre dans les querelles locales. Il venait avec sa maisonnée et, en arrivant, prêtait serment de servir loyalement la commune... ». Le *podestà* était noble et devait avoir une formation d'homme de loi. Sa fonction devint une profession reconnue dans laquelle se spécialisaient les gens qui faisaient preuve de talent, voyageant d'un poste à un autre⁴³. C'était en effet un professionnel de la gestion municipale, un « directeur de cités » et, à la fin de son mandat, sa performance était soigneusement examinée par une commission spéciale constituée à cette fin.

Par la limitation de la durée du mandat d'un gouvernant à une périodicité fixe en mois ou années, les communes soulignèrent le caractère « temporel » du pouvoir séculier. Les gouvernants des nouvelles cités européennes, à la différence de ceux des Grecs et des Romains, n'étaient pas responsables des affaires religieuses, des questions de culte ou de foi. Ces dernières étaient laissées à l'Eglise que la révolution papale avait séparée de ce que l'on devait appeler plus tard « l'Etat ». En fait, les nouveaux gouvernements municipaux d'Europe furent les premiers organismes politiques entièrement séculiers, les premiers états modernes temporels. Leur rôle était de maintenir la paix et de rendre la justice au sens juridictionnel. Le mot de *podestà*, est, à cet égard, caractéristique, car il distingue nettement les fonctions politiques des fonctions spirituelles, le « pouvoir » de « l'autorité »⁴⁴.

Du fait de la brièveté du mandat du *podestà*, il était nécessaire d'allouer les fonctions politiques à long terme à d'autres organismes politiques. Le plus fréquemment, les *arengos* furent remplacés par des « grands conseils » qui, eux aussi, se montrèrent trop vastes pour gouverner effectivement. A Milan le grand conseil comptait 800 membres. En même temps, se développèrent des conseils « secrets » moins nombreux, dits aussi « conseils de confiance » (*consiglio della credenza*), souvent limités à 24 membres (ou même 16), mais portés en certaines occasions à 100. Com-

plémentairement, des commissions ad hoc étaient constituées pour exercer des pouvoirs spéciaux en matière militaire, financière ou constitutionnelle. Le *podestà* était tenu de consulter les conseils de citoyens sur toutes les affaires importantes. En théorie du moins, les conseils seuls ne pouvaient faire de nouvelles lois.

Les cités italiennes prirent la tête non seulement dans la création de nouvelles formes de gouvernement mais aussi dans la systématisation et la réforme des lois. La plus ancienne systématisation du droit urbain en Italie prit la forme de collections de règles jurées par les consuls au moment de leur prise de fonctions, et de collections de règles jurées par le peuple en réponse. Les serments étaient appelés *brevia*, des brefs. Les brefs consulaires spécifiaient les règles détaillées que les consuls devaient suivre dans l'exercice de leurs fonctions. Les brefs populaires spécifiaient les normes fondamentales que les citoyens devaient respecter dans leurs relations avec le gouvernement municipal. Les titulaires de fonctions publiques autres que les consuls étaient également tenus, en prenant leurs fonctions, de prêter des serments qui spécifiaient les règles qu'ils devaient suivre. Comme l'a écrit l'historien italien Francesco Calasso, « Clairement, ce réseau de serments constituait un ensemble de règles de droit régissant la vie constitutionnelle et administrative de la commune »⁴⁵.

Calasso expose, en outre, que la centralisation subséquente du pouvoir aux mains du *podestà* « entraîna la consolidation des divers serments en un corpus unique de règles regroupées en rubriques que le *podestà* jurait d'observer et de faire appliquer »⁴⁶. Cela marquait la deuxième étape dans la systématisation du droit urbain en Italie, ces règles étant souvent fusionnées avec la mise par écrit des coutumes de la commune. La troisième étape fut la codification des résolutions de l'organe législatif de la commune : assemblée populaire ou grand conseil. Ces décisions étaient d'ordinaire appelées *statuta*, statuts ; parfois, par analogie avec les lois de la république romaine, on les appela *leges*. Dans certaines villes, il y eut fusion entre la loi coutumière et la loi promulguée, dans d'autres, elle n'eut pas lieu. A Pise, par exemple, deux codes furent publiés en 1161, l'un composé des règles de droit coutumier, appelé *constitutum usus*, et l'autre consistant en résolutions de l'assemblée et appelé *constitutum legis*. Il y eut aussi deux tribunaux, chacun jugeant sur la base de l'un des deux codes⁴⁷.

Les hommes politiques et les juristes des cités italiennes, comme les politiques et juristes ecclésiastiques, se souciaient de systématiser et de synthétiser les matériaux provenant de sources diverses, d'en éliminer les contradictions et d'en combler les lacunes. Pour ce programme, des fonctionnaires spéciaux et des commissions spéciales furent nommés. Dans certaines cités, comme à Parme et à Pistoia, la pratique s'établit d'isoler les codificateurs dans un immeuble clos pour prévenir toute influence extérieure. Dans d'autres cités, la pratique inverse fut adoptée : les personnes chargées de la codification étaient positivement encouragées à s'appuyer sur les opinions et les suggestions des gens.

LES GUILDES ET LEURS LOIS

Tout comme la commune urbaine commença souvent par une « conspiration jurée pour la paix », de même au sein de la commune existaient des fraternités jurées dont les membres s'engageaient par serment à protéger et servir les autres membres. Le système des guildes des villes aux XI^e et XII^e siècles peut avoir ses lointaines origines dans la guilde germanique qui était une fraternité militaire et religieuse « par laquelle les morts entraient dans les vivants par une sorte de possession démoniaque »⁴⁸. Les guildes postérieures devaient beaucoup aussi au mouvement pour la paix de Dieu, aux X^e et XI^e siècles, qui opérait en partie par des fraternités jurées, souvent appelées « guildes de paix ». Ces dernières servaient d'association de protection et, en même temps, d'auxiliaire volontaire pour la mise application des lois.

Avec le développement des villes dans les dernières décennies du XI^e siècle, se répandirent des guildes marchandes, des guildes sociales, des guildes de métiers et d'autres groupements de nature séculière, mais elles aussi conservaient des aspects fortement religieux, assumant généralement la charge de procurer à leurs membres les aspects spirituels en même temps que matériels de leur existence. Ainsi, la guilde cherchait habituellement à maintenir de hauts critères de moralité, punissait le blasphème, la passion du jeu, l'usure et autres fautes. Elle organisait les cérémonies religieuses en l'honneur de son saint patron ou en l'honneur de la ville. Les statuts d'une guilde commençaient souvent par énumérer les aumônes qu'elle distribuerait et les œuvres de charité qu'elle effectuerait. La célébration des jours fériés était une partie importante de la vie de la guilde.

Les guildes, là où il en existait - certaines villes n'en avaient pas - étaient aussi des organes législatifs. Chacune des guildes de marchands ou d'artisans avait ses propres ordonnances dont le contenu variait selon son type d'activité : guilde de marchands, d'artisans, de professions libérales, de banquiers etc. ; entre les artisans, selon qu'ils s'occupaient de laine, de soie, de cuir, d'argent ou d'autres produits ; dans les professions libérales, selon qu'elle groupait des juges, des notaires, des médecins etc... A l'intérieur de ces classifications, il y avait des formes d'association, traduite par une large diversité d'appellations de ce que nous nommons ici simplement « guildes » : *ars, universitas, corporatio, misterium, schola, collegium, paraticum, curia, ordo, matricia, fraglia* ; et pour les guildes marchandes : *hansa* ou *mercandancia*.

Néanmoins, les ordonnances des douzaines de guildes qui pouvaient exister dans une même ville, présentaient des traits communs entre elles ainsi qu'avec les guildes des autres régions de l'Europe occidentale. Toutes ces guildes étaient des associations fraternelles (incidemment, les femmes en faisaient partie, dans les métiers qu'elles pratiquaient) imposant à leurs membres l'assistance à leurs collègues malades ou accidentés, dans la gêne ou en procès, le devoir d'assurer l'inhumation des morts et de participer aux frais de funérailles religieuses, à la fondation d'écoles, de chapelles ; au financement des spectacles religieux ainsi qu'à pratiquer à l'occasion

l'hospitalité et la convivialité. Les membres de la guilde devaient périodiquement se jurer fraternité et s'engager à ne jamais abandonner la guilde, à observer fidèlement ses statuts et ses ordonnances ⁴⁹.

Les guildes, par ailleurs, étaient des organismes monopolistiques dont les ordonnances fixaient notamment les conditions d'apprentissage et de qualification, les calendriers et les jours de travail et de congé, les critères de qualité de l'ouvrage, les prix minima, la distance entre échoppes, les conditions de vente, le tout en vue de limiter la concurrence à l'intérieur et d'égaliser les ventes, l'interdiction de vendre à crédit sauf à l'intérieur de la guilde, les restrictions aux importations et à l'immigration, et autres mesures protectionnistes. Du fait que l'esclavage avait été pratiquement aboli dans les cités, le travail était fondé sur le contrat ; cependant, les termes du contrat de travail étaient strictement réglementés par la guilde, les coutumes urbaines et les ordonnances sur la base des types d'emploi (*officia*). Faire grève était un grave délit ⁵⁰.

La forme de gouvernement de la guilde était habituellement modelée sur celle du gouvernement municipal. A sa tête siégeaient deux ou plusieurs représentants, souvent appelés consuls, élus pour un an ou parfois pour six mois, en général sans participation des autorités de la ville. Il y avait normalement une assemblée générale de la guilde, à pouvoirs délibératifs, ainsi qu'un conseil restreint pour seconder les consuls et les autres administrateurs. Les officiers de la guilde formaient souvent un tribunal arbitral devant lequel les membres étaient invités à se présenter avant de porter leurs différends devant les cours de justice.

Des hommes de loi (*lawyers, notaries*, avocats, notaire) jouaient souvent un rôle important, non seulement en assistant des compagnies individuelles à l'intérieur de la guilde, en rédigeant des actes, des contrats, et en représentant la guilde en justice et dans d'autres procédures de conflits, mais encore en aidant directement les autorités de la guilde dans leur gouvernement (comme aussi celles de la municipalité) Des notaires accompagnaient souvent les autorités de la ville, consuls marchands, *podestàs*, maires, bourgmestres, lorsqu'ils se déplaçaient pour dénouer des disputes. Ils dressaient des documents officiels, composaient des statuts locaux, organisaient des élections, rédigeaient des lettres aux cités ou aux seigneurs voisins, et interprétaient des chartes municipales. Dès les débuts du développement des villes comme entités autonomes, les juristes assumèrent un rôle important dans leur administration.

Dans de nombreuses villes d'Europe, les dirigeants des guildes devinrent en même temps des magistrats de la cité. Une loi de Milan de 1154 autorisa la nomination de « consuls de marchands » pour remplir, entre autres, des fonctions judiciaires. Des cours de consuls marchands des cités du nord de l'Italie étendirent graduellement leur juridiction sur tous les procès mercantiles de la cité. D'autres villes européennes adoptèrent cette institution des consuls marchands, ou en développèrent d'analogues. En Angleterre, au pays de Galles et en Irlande, les maires des quatorze villes de *staples* (produits de base) furent élus « par la communauté des marchands »

pour un terme d'un an ⁵¹. Comme les consuls marchands d'Italie, les maires d'Angleterre assumaient non seulement les fonctions exécutives mais aussi judiciaires suivant la « loi universelle des marchands ». Le droit commercial et le droit urbain se chevauchaient ainsi, en Angleterre comme ailleurs en Occident.

CARACTERISTIQUES PRINCIPALES DU DROIT URBAIN

Les trois systèmes de droit séculier considérés précédemment : féodal, domanial et marchand, ont été analysés sous les rubriques d'objectivité, d'universalité, de réciprocité, de judicature participative, d'intégration et de croissance. En examinant le droit urbain, il semble préférable d'utiliser une classification un peu différente. Ce système de droit sera analysé en termes de caractère communautaire, de caractère temporel, de caractère constitutionnel, de capacité de croissance, et de son homogénéité en tant que système.

Caractère communautaire

De première importance dans le système de droit urbain, fut son caractère communautaire. Ce fut la loi d'une communauté étroitement imbriquée, qui fut en fait souvent nommée « commune ». La communauté, à son tour, était fondée sur un *covenant* (convention, engagement formel) explicite ou implicite. Bien des villes et cités furent fondées par un serment collectif solennel, ou une série de serments prononcés par tous les citoyens, exprimant l'adhésion à une charte qui avait été lue publiquement devant eux. La charte, en un sens, était un contrat social, elle doit en réalité avoir représenté l'une des principales sources historiques de la théorie moderne sur la nature contractuelle du *government* (pouvoir politique). Les chartes n'étaient évidemment pas des contrats au sens moderne d'accord discuté (*bargained*, *barguigné*), d'échange entre deux parties par lequel chacune s'engage à poser des actes déterminés durant un certain laps de temps. L'adhésion à une charte urbaine était plutôt l'acceptation affirmée d'une relation permanente.

Comme le contrat féodal de vasselage, ou comme le mariage, c'était un accord bilatéral pour entrer dans un statut, c'est-à-dire une relation dont les termes sont fixés par la loi et ne peuvent être modifiés par la volonté des contractants. Dans le cas de la fondation d'une ville ou d'une cité, cependant, le statut que l'on formait était celui d'une corporation (*universitas*) selon la conception romano-canonique qui voyait dans la corporation un groupement volontaire de gens ayant en commun des fonctions juridiques et une entité légale. En un sens, donc, la promulgation et l'acceptation de la charte urbaine n'étaient nullement un contrat mais une sorte de sacrement. Cela symbolisait et, en même temps, réalisait la formation de la communauté et l'établissement de sa loi.

Le caractère communautaire du droit de la ville revêtait non seulement la forme d'une relation conventionnelle (créée par un *covenant*, un accord solennel sur un

texte), mais aussi d'une relation « participative » parmi les concitoyens. Ce caractère participatif se traduisait dans l'exigence statutaire d'aide mutuelle et de protection contre étrangers ou ennemis, dans les modalités d'exercice du « conseil commun » de la citoyenneté, dans la création de nouvelles lois, dans les dispositions visant le consentement commun à l'élection des dirigeants et des officiers ; dans la procédure de jugement par les collègues (les pairs) de la personne qui réclamait réparation de ses droits ou contre laquelle un autre concitoyen avait déposé une telle plainte ; dans un système d'arbitrage conciliatoire des différends civils effectué sans solennité par les autorités municipales ; dans la réglementation stricte des activités économiques au sein des guildes d'artisans et de marchands, et dans maintes autres dispositions assurant la participation populaire à la vie de la communauté.

De même que l'aspect « covenantaire » de la communauté ne doit pas être conçu comme relevant du concept moderne de contrat, il ne faudrait pas non plus confondre son aspect participatif avec les concepts modernes de démocratie. La communauté urbaine du XII^e siècle était habituellement gouvernée par un groupe relativement restreint de patriciens. Plus fondamentalement encore elle ne se composait pas d'individus, mais de communautés subordonnées, c'était une « communauté de communautés ». Les historiens français lui ont donné le nom de « société d'ordres » et les historiens allemands celui de *ständestaat* (état de statuts). Ils ont de façon inappropriée identifié comme « post-féodal » ou « pré-démocratique » ce type de structure sociale de l'Europe des XVI^e au XVIII^e siècles.

Au XII^e siècle, dans les cités européennes, tout comme dans les villes, l'ordre, ou le statut dont chacun relevait ; ou pour parler plus simplement, sa « classe » (au sens non marxiste du terme) formait une base importante de droits et devoirs. C'est pourquoi le droit urbain, tout en reconnaissant une certaine égalité légale de tous les citoyens, qu'ils soient riches ou pauvres, en tant que « citoyens », néanmoins ne permettait généralement pas aux pauvres de participer à l'élection des autorités municipales. De plus, il reconnaissait les ordres distincts des diverses guildes de marchands ou d'artisans, avec leurs inégalités criantes entre maîtres et apprentis. Il assignait aussi des ensembles de droits et de devoirs distincts aux diverses classes de non-citoyens, notamment les nobles, les clercs, les étudiants, les juifs et les autres classes. De même que la communauté urbaine faisait partie d'une communauté bien plus large de communauté, une *communitas communitatum*, la chrétienté occidentale entière, la ville aussi était une petite communauté de moindres communautés.

L'individu n'avait d'existence légale que comme membre d'une ou de plusieurs sous-communautés de l'ensemble, et sa liberté individuelle résidait dans sa mobilité, c'est-à-dire dans la faculté de passer d'une sous-communauté à une autre, ou de faire appel à l'une d'elles pour le protéger contre telle autre. Dans le cas des juifs, par exemple, cette mobilité était limitée à l'extrême, bien que néanmoins effective. Les juifs pouvaient se tourner vers la papauté ou la couronne, et ils y recoururent fréquemment contre des mesures d'oppression prises contre eux par les gouvernants municipaux.

Bref, le caractère communautaire du droit urbain était lui-même structuré en dimensions covenantaire, participative et socio-culturelle.

Caractère séculier

Outre son caractère communautaire, le droit urbain avait un caractère temporel. A la différence des cités grecques ou romaines de l'antiquité ou de la période impériale, les cités et les villes occidentales n'avaient pas de responsabilité dans le maintien du culte religieux. Le culte et la foi ne relevaient pas de la juridiction urbaine mais de la juridiction de l'Eglise qui, partout en Occident, était subordonnée à l'évêque de Rome. Le droit relatif aux observances religieuses et à la foi n'étaient ni le droit urbain ni la loi de l'empereur, mais les lois canoniques de l'Eglise romaine. Cela ne signifiait pas que la communauté urbaine fût indifférente en matière de foi. Au contraire, toutes les cités et les villes de l'Europe occidentale étaient activement chrétiennes. Elles étaient pleines d'églises et de sanctuaires de saints. Elles se considéraient comme d'institution divine.

« C'est à Jésus-Christ que nous devons le développement des lois et avantages de notre cité », dit la Concorde par laquelle les citoyens de Marseille établirent la paix avec les citoyens de Nice en 1219. « C'est Dieu seul, lui-même, qui gouverne notre cité »⁵². Leur mission, néanmoins, « en tant que cités », était définie comme séculière ou temporelle, plutôt que sacrée ou éternelle, et était essentiellement de maîtriser la violence et de régler les relations politiques et économiques, en d'autres termes, de maintenir la paix et de rendre la justice.

Le fait que la cité se considérait comme une entité politique séculière et ne prétendait pas à appliquer la loi ecclésiastique, ni à célébrer des rites sacrés, ou à propager la doctrine religieuse, mais laissait ces tâches à l'Eglise, a été un trait essentiel de son caractère de cité au sens occidental. Ce n'était pas seulement une attitude négative, cela avait aussi la signification d'établir la valeur indépendante des objectifs « mondains » ou temporels.

Non seulement les gouvernements des nouvelles cités étaient indépendants d'une autorité religieuse directe au sens institutionnel, mais leurs tâches de maintenir la paix et la justice étaient indépendantes des tâches de l'Eglise dans le maintien de la foi chrétienne. Et ces tâches indépendantes de maintien de la paix et de la justice étaient considérées, bien que temporelles, néanmoins ordonnées à Dieu, dignes de dévotion sans réserves, et une partie importante du plan divin de salut pour l'humanité. C'était la « cité du siècle », mais dans un sens beaucoup plus optimiste que dans Saint Augustin, tout en l'étant bien moins que d'après beaucoup de sécularistes du XX^e siècle⁵³.

Le caractère séculier du droit urbain se traduisait dans le fait que chaque cité avait sa propre variante de loi urbaine et, de plus, que le droit urbain était seulement l'une des variétés de lois séculières, y compris les droits royal, féodal, domanial et

mercantile. La coexistence de divers types de lois séculières était inhérente à leur nature temporelle. Aucun des systèmes de lois séculières ne prétendait régir l'ensemble de la juridiction séculière. Chacun était un système local particulier, gouvernant une partie seulement de la vie des ressortissants de sa juridiction. Cela aussi distingue le droit des villes européennes des XI^e et XII^e siècles et au delà, du droit des cités de l'ancienne Grèce et de la Rome impériale. La cité grecque était la seule entité politique à laquelle les citoyens devaient allégeance, et sa loi était la seule qui s'appliquât à eux. La cité de Rome n'avait pas de loi qui lui fût propre ; le citoyen romain était régi uniquement par le droit romain, le non-citoyen uniquement par le *jus gentium*, le droit des nations.

Le caractère proprement unique du droit de la chrétienté occidentale était que la personne, l'individu, vivait sous une pluralité de systèmes législatifs dont chacun régissait l'une des sous-communautés dont il était membre.

Caractère constitutionnel

Le troisième trait majeur du droit urbain fut son caractère constitutionnel. Le mot « constitutionnalisme » n'a été employé qu'à la fin du XVIII^e siècle et au début du XIX^e, principalement en référence à la doctrine américaine de la suprématie de la constitution écrite sur les actes législatifs. Cependant, la réalité du constitutionnalisme moderne, au plein sens du mot, fut présente d'abord dans le droit urbain des villes occidentales aux XI^e et XII^e siècles. D'une part, les villes européennes de cette époque étaient des états modernes, comme l'Eglise de ce temps était un état moderne, en ce sens qu'elles avaient pleinement un pouvoir législatif, un pouvoir exécutif et un pouvoir judiciaire, avec l'autorité correspondante, y compris le pouvoir et l'autorité de prélever des impôts, de frapper monnaie, d'établir des poids et mesures, de lever des armées, de conclure des alliances et de faire la guerre. D'autre part, les pouvoirs et les autorités étatiques des cités, comme de l'Eglise, étaient astreints à des limitations diverses prévues dans la constitution. Le caractère constitutionnel du droit urbain se manifestait par cinq traits importants.

1) Le droit urbain était fondé, dans un très grand nombre de cas sur des chartes écrites, et ces chartes portaient sur l'organisation gouvernementale et sur les droits civils et les franchises. Ce furent en réalité les premières constitutions écrites modernes. Même lorsqu'il n'y avait pas de charte écrite, la cité ou la ville était considérée comme possédant une loi fondamentale qui établissait son organisation gouvernementale ainsi que les droits et les franchises de ses citoyens.

2) Les systèmes d'organisation gouvernementale établis par les chartes, ou implicitement, étaient semblables sur des points importants aux systèmes contemporains de gouvernement constitutionnel : les gouvernants étaient limités dans leurs pouvoirs, ceux-ci étaient fréquemment divisés en branches exécutive, législative et judiciaire, qui se bornaient mutuellement en partie. Il y avait des élections périodiques de titulaires des autorités hiérarchisées ; en bien des endroits, les juges restaient

en poste tant qu'ils remplissaient bien leur office ou jusqu'à ce qu'ils soient écartés par les citoyens ; les lois étaient promulguées et on en publiait des recueils.

3) Les droits civils reconnus comportaient habituellement une procédure judiciaire rationnelle et le jugement par les pairs, au lieu des preuves par ordalies ou par combat. Il ne devait y avoir ni arrestation arbitraire ni emprisonnement sans procès régulier. La contrainte par corps pour dettes était interdite. Les modes de punition étaient limités. En théorie, riches et pauvres devaient être traités également. Les citoyens avaient le droit d'être armés. Ils avaient droit de vote. Les immigrants devaient recevoir les mêmes droits que les citoyens au bout d'un an et un jour de résidence. Les marchands étrangers devaient avoir des droits égaux à ceux des marchands citoyens.

4) Les franchises civiles comprenaient d'ordinaire l'exemption de plusieurs taxes et de services féodaux, et la stricte limitation de beaucoup d'autres. En outre, elles comportaient souvent des restrictions des prérogatives royales ; le roi, par exemple, accepterait une taxe fixe payée par la cité mais s'abstiendrait d'imposer des emprunts forcés. Par dessus tout, le principe était généralement établi que les obligations des citoyens seraient définies à l'avance et qu'en dehors de ces obligations spécifiées, ils pourraient conserver tout ce qu'ils gagnaient.

5) La loi constitutionnelle fixant les droits civils et les franchises comprenaient les droits et les libertés relatives à la participation populaire au gouvernement de la cité, participation qui elle-même était en relation avec la théorie constitutionnelle, jamais pleinement acceptée mais jamais pleinement rejetée, que le pouvoir politique revenait à l'ensemble de la citoyenneté.

Les formes de gouvernement urbain, dans les cités et les villes d'Europe, étaient fort diverses de nature mais elles présentaient certains schémas communs. Une très large proportion d'entre elles étaient gouvernées par des assemblées populaires englobant tous les citoyens, dont le consentement était requis pour l'élection des dirigeants et des officiers, et l'introduction de nouvelles lois. Au cours des XII^e et XIII^e siècles, cependant, la tendance prononcée, partout en Europe, fut de remplacer l'assemblée populaire par un conseil. Certaines villes italiennes en avaient deux, un grand conseil et un conseil restreint. Initialement, les conseils urbains furent habituellement élus pour plusieurs années. Par la suite, la cooptation remplaça l'élection. Une forme aristocratique de gouvernement supplanta la forme démocratique, bien que de larges assemblées publiques aient parfois subsisté en arrière-plan, avec un pouvoir de veto ou au moins de désapprobation des modifications aux lois fondamentales.

Au début, les titulaires du pouvoir gouvernemental étaient élus pour des durées brèves mais il y avait souvent une forte tendance à concentrer le pouvoir exécutif. Dans quelques cités italiennes le mandat des *podestà* fut prolongé de six mois ou un an à plusieurs années et, dans certaines autres, leur office fut conféré à vie. Dans d'autres villes, une oligarchie de grands marchands parvint à dominer l'exécutif.

C'est ainsi qu'au XI^e siècle, à Venise, le doge et le conseil restreint, composé de six conseillers, exerçaient un plein pouvoir exécutif, pendant que le doge et un *collegio* de 26 chefs de services introduisaient les projets de loi au sénat de 120 membres, émanant des 480 membres du grand conseil. Néanmoins, au XIII^e siècle, tant le doge et le conseil restreint que le collège devinrent les marionnettes des *grandi* (les grands), pendant que le *popolo* (le peuple), le mot qui avait signifié l'assemblée jurée de tous les citoyens, en vint à évoquer la population exclue du pouvoir et souvent hostile aux gouvernants, non seulement à Venise mais en maintes autres villes.

Dans la seconde moitié du XI^e siècle et au XII^e, la participation populaire au gouvernement de la ville s'était étendue aussi au pouvoir judiciaire. Certains *townspeople* (gens du bourg, bourgeois), appelés en Allemagne *schoeffen*, aux Pays-Bas et dans le nord de la France *échevins*, en Italie *consules*, étaient élus ou choisis pour agir en tant que juges populaires. A Venise, un conseil des quarante ou tribunal, était choisi parmi le grand conseil pour conduire les affaires judiciaires. En d'autres lieux, cependant, les juges furent des juristes de profession.

En Angleterre, bien que le mouvement communal fût plus faible et les bourgs plus assujettis à la couronne, et moins démocratiques dans les formes de gouvernement que ce n'était le cas en Italie, en Allemagne, dans les Flandres et dans le nord de la France, les dignitaires de la ville étaient souvent élus. Les citoyens de Londres reçurent le droit d'élire leurs shérifs en 1131 et leur maire en 1231.

Capacité de croissance

La quatrième caractéristique du droit urbain était son aptitude à évoluer et sa tendance à se développer, autrement dit, non seulement à changer, mais à se développer consciemment de façon continue et organique, capacité et tendance qui se traduisaient dans des recueils occasionnels et la systématisation des coutumes de la ville, ainsi que des divers serments lors des prises de fonction. Cela se reflétait aussi dans l'émission régulière et la mise à jour des ordonnances et des lois par les organismes de gouvernement de la cité ainsi que par les diverses guildes qu'elle contenait.

S'ajoutant à ces diverses sources indigènes de croissance voulue, le droit urbain bénéficia aussi de l'inspiration du droit romain et des lois canoniques. Certaines cités même « adoptaient » le droit romain. Il s'agissait toujours de l'idéal dynamique du droit romain enseigné dans les universités, et non pas d'un clavier de règles immuables. Le droit romain était envisagé comme un réservoir d'où l'on pouvait puiser des idées juridiques et des principes pour faire face à des nécessités nouvelles ; c'était donc aussi un facteur de l'épanouissement désiré du droit vivant.

Un système global homogène

L'aptitude du droit urbain à évoluer et sa tendance à s'amplifier se rattachaient à son caractère de système juridique qui s'inspirait en partie du caractère systématique

du droit romain et du droit canon. Plus spécialement dans les villes italiennes, mais à un moindre degré ailleurs aussi, le droit urbain était considéré comme fondé, en première instance, sur la coutume (*mos, consuetudo, usus*, mœurs, habitude, usage) et en second lieu sur les règles édictées par des autorités régulatrices, qui se subdivisaient à leur tour en ordonnances (*statuta*) des guildes et des autres associations, et en lois (*leges*) de l'organisme législatif de la cité, du roi ou de l'empereur. Ordonnances et lois avaient la qualité d'être écrites, ce qui leur donnait un prestige spécial. Cependant, lorsque l'autorité publique ordonnait de mettre par écrit les coutumes, cela ne les privait pas de leur caractère de droit coutumier. En droit urbain comme en droit canon, et dans les autres systèmes légaux de l'époque lorsqu'il y avait conflit entre des sources de droit, la coutume le céda à l'ordonnance, et l'ordonnance à la loi. Les statuts des guildes étaient l'objet d'examen fréquents et d'approbations par les autorités urbaines qui souvent imposaient aux guildes une révision périodique de leurs règles internes.

D'autres caractéristiques du droit urbain se rapportent à des traits particuliers des relations sociales et économiques à l'intérieur de la ville. Ainsi, en droit urbain, le citoyen ou le bourgeois pouvait légalement acquérir du sol ou des immeubles par une forme de tenure appelée tenure bourgeoise (*burgage*) ou tenure urbaine. En contraste flagrant avec les tenures de clan ou féodale, la tenure bourgeoise donnait le droit de diviser à volonté la propriété, de la vendre, de l'hypothéquer, de la louer, et en général un ensemble de droits qui, au XVIII^e siècle, composèrent ce qu'on appela *ownership* (propriété, *eigentum*).

Néanmoins, les restrictions à l'usage privé du sol et des immeubles étaient beaucoup plus fortes aux XI^e et XII^e siècles, qu'elles ne le furent à la fin du XVIII^e siècle et au XIX^e, du fait que les activités économiques étaient, dans la première période, traditionnellement réglementées bien plus strictement, à la fois par le droit coutumier et par les guildes.

LA VILLE COMME COMMUNAUTE HISTORIQUE

Aux Etats-Unis pendant les récentes décennies, les sociologues ont prêté une attention croissante à l'histoire de la ville, en partie en raison de la traduction en anglais des écrits de Max Weber sur la cité⁵⁴. Weber connaissait à fond la littérature secondaire sur l'histoire de la ville occidentale qui s'était accumulée à la fin du XIX^e siècle et durant le XX^e, et il la synthétisa et l'intégra dans sa propre théorie générale de la société. Mais l'influence de Weber n'a pas été entièrement bénéfique. Il n'avait pas rectifié certaines erreurs majeures sur l'histoire urbaine commises par ses prédécesseurs, et sa théorie générale sur la société souffre de défauts sérieux, spécialement nocifs lorsqu'ils affectent la compréhension des communautés urbaines.

Au premier chef, la théorie de Weber sur la cité, bien que formulée en termes d'histoire, ne mentionne même pas, sans parler d'expliquer, les caractéristiques les

plus frappantes et distinctives de la cité occidentale, à savoir, sa prise de conscience de son propre développement historique, sa croyance en un mouvement qui l'anime du passé vers l'avenir, son sentiment d'être caractérisée par une durée et une évolution autonomes. La théorie de Weber fut un apport précieux en ce qu'elle envisage l'unité structurelle de la cité occidentale comme une communauté vivant un moment déterminé, à savoir le temps de son origine dans « le Moyen-Age tardif » ; mais la faiblesse marquée de la théorie est de ne pas mettre en lumière la dynamique du développement de la ville occidentale - dans son manque à remarquer que la cité occidentale, à l'opposé de la cité romaine ou des villes islamiques ou orientales, croyait en la croissance organique de ses institutions politiques, économiques et sociale, pendant des générations et des siècles.

Weber a écrit que s'il est possible de trouver des rudiments du type occidental de cité dans d'autres cultures, surtout au Proche Orient, une « communauté urbaine » au plein sens de l'expression n'apparaît qu'en Occident. Il ajoutait :

« Pour constituer pleinement une communauté urbaine, une agglomération devait représenter une certaine prédominance de relations commerciales, et l'agglomération même avoir les caractéristiques suivantes : 1) une enceinte fortifiée, 2) un marché, 3) un tribunal propre avec un droit au moins en partie autonome, 4) une forme appropriée d'association et 5) une autonomie au moins partielle et autocéphale, donc également une administration par des autorités à l'élection desquelles participaient les bourgeois ». Selon Weber, « Un système de forces si particulier ne pouvait survenir que sous des conditions spéciales et à une époque particulière, précisément dans l'Europe médiéval »⁵⁵.

Les éléments constitutifs que Weber attribue à la « pleine communauté urbaine » de l'Occident traduisent bien son intégration structurelle, mais ne rendent pas compte de son caractère dynamique, de son développement dans le temps. Ils n'expliquent pas pourquoi ou comment la cité du XII^e siècle s'est transformée en la ville du XVI^e siècle puis du XX^e siècle, dont bien des caractères sont semblables à ceux de la cité du XII^e siècle ou du moins en conservent l'essentiel, tandis que d'autres sont substantiellement différents, en degré sinon en nature. Une ville courante du XX^e siècle a les caractéristiques suivantes :

1) c'est une « corporation » (une association reconnue par le pouvoir) dotée de la personnalité juridique, qui peut attaquer ou se défendre en justice, être propriétaire, passer des contrats, acheter biens et services, employer des travailleurs, contracter des emprunts ;

2) c'est une entité politique, gouvernée habituellement par un maire ou un directeur général, assistés d'un conseil élu, qui peut employer des cadres administratifs, lever des impôts, exercer le droit de domaine éminent et accomplir d'autres actes et remplir d'autres fonctions publiques ;

3) c'est une unité économique qui d'ordinaire fournit ou surveille la fourniture de l'eau, du gaz, de l'électricité, des transports en commun, régleme la construction et l'usage des habitations ainsi que l'implantation des entreprises économiques ;

4) c'est une agence de promotion du bien-être social, de l'instruction, de la santé publique, de l'aide aux indigents, et des distractions collectives ⁵⁶.

Comme leur descendance du XX^e siècle, les cités européennes du XII^e siècle étaient des entités associatives, politiques, économiques et sociales. Assurément leur champ d'action dans chacun de ces rôles était beaucoup plus limité que celui des villes d'aujourd'hui. Beaucoup de choses que fait une ville actuelle étaient faites alors dans les murs de la cité par des guildes et par l'Eglise ainsi que par la famille au sens large. De plus, la ville d'aujourd'hui est beaucoup plus intégrée dans l'état national, elle en reflète beaucoup plus la structure que la cité de jadis ne pouvait servir et refléter l'état qui, au XII^e siècle, ne faisait encore que venir à l'existence. Pourtant, malgré ces différences, la ville d'aujourd'hui s'est développée par un processus de croissance organique, à partir des cités et villes qui furent créées ou revitalisées, à l'époque de la révolution papale, et ce processus de croissance faisait partie des caractères (le cinquième) de la communauté urbaine.

Le processus de croissance de la ville occidentale ne peut être expliqué sans se référer à sa conscience d'elle-même comme vivant son histoire, son sens de continuité et d'épanouissement, la perception de son propre caractère de durée en tant que communauté, le sentiment de venir du passé et d'aller vers l'avenir. Historiquement, cela venait d'abord de la dimension religieuse de la révolution papale, et spécialement de l'idée d'une vocation de l'Eglise à réformer graduellement et à racheter l'ordre temporel. En second lieu, de la dimension politique de la révolution et spécialement de la confiance en la coexistence des entités séculières autonomes, dans le respect de leur pluralité. C'était cette confiance qui rendait possible et urgent pour les citoyens de former consciemment des communes indépendantes des autorités royales, féodales, et même ecclésiastiques, chose qui eût été impensable avant que la papauté ait désacralisé le pouvoir royal. Troisième facteur, la dimension juridique de la révolution papale, et spécialement l'idée que la réformation et la rédemption de l'ordre temporel devait se réaliser par un développement progressif des institutions juridiques, et la révision périodique des lois pour surmonter les forces de désordre et d'injustice.

Assez étrangement, Weber dans un chapitre ultérieur, a contredit sa propre analyse de ce qui constitue l'originalité unique de la cité médiévale d'Occident. Sans qu'il paraisse sentir la contradiction, il attribue les cinq caractères d'une « pleine communauté urbaine » dont il avait d'abord dit qu'elle apparaît seulement en Occident, également à la ville orientale et asiatique. Cette dernière, dit-il, est une forteresse et un marché. Elle aussi contenait des fermes tenues en socage (en tenure non féodale) avec la terre aliénable sans restriction, ou transmissible par héritage librement, et sans autre charge que le versement d'un loyer pour le sol. Elle aussi avait sa propre constitution autonome, ce qui doit sans doute être compris comme une forme

propre d'association et une autonomie au moins partielle avec un gouvernement autocratique⁵⁷.

Sous tous ces aspects, d'après ce qu'écrit Weber, les différences entre la cité médiévale occidentale et ses consœurs asiatiques sont seulement de degré. Ce qui différencie « absolument » la cité occidentale, conclut-il, c'était la condition personnelle légale, c'est-à-dire la liberté (*freedom*, franchise) du citoyen⁵⁸. Les serfs émigrant vers la ville avaient un intérêt commun à se soustraire aux obligations militaires et aux autres services dus à leur ancien maître. « Les citadins, par conséquent, usurpèrent le droit de violer le droit seigneurial. C'était là l'innovation révolutionnaire majeure des cités médiévales, en contraste avec toutes les autres »⁵⁹. Weber poursuivait en disant que « la suppression des liens de statut avec la noblesse rurale était connexe à la formation de collectivités municipales, de communes légalement autonomes ». « Des stades préliminaires de constitution d'une entité politique du genre "commune" pourraient bien avoir surgi de façon répétée en Asie ou en Afrique » ajoutait-il (remarquer la précaution verbale de « préliminaires » et de « pourraient »). Mais on ne sait rien en Asie ni en Afrique d'un statut légal de citoyenneté⁶⁰.

Ainsi, Weber reconnaissait-il finalement qu'il y avait quelque chose de cruciallement important dans l'avènement de la ville occidentale. Également, semble-t-il, il y avait quelque chose d'importance critique dans la religion de l'Occident, à quoi Weber ne se référa qu'indirectement. Il souligna que dans les cultures asiatiques, y compris en Chine et en Inde, il est impossible d'amener tous les habitants d'une cité dans un même groupe à statut homogène. Il écrit : « En tout premier rang parmi les raisons de la liberté spéciale des citadins des villes méditerranéennes, en contraste avec celles de l'Asie, il y a l'absence de castes magiques ou animistes et de parenté totémique (*sib constraints*). Les formations sociales qui s'opposent à la fusion des habitants des cités en un groupe homogène sont diverses. En Chine c'était la règle d'exogamie et de solidarité clanique, en Inde l'endogamie dans la caste⁶¹. Ici, Weber se tourne vers Fustel de Coulanges pour montrer qu'en Grèce et à Rome les cités, au contraire, avaient procuré un fondement religieux à la citoyenneté en remplaçant le repas cultuel de la famille par le repas cultuel de la cité.

Néanmoins, Weber n'offrait pas d'explication de la relation entre le facteur religieux et le facteur politico-juridique. Plus particulièrement, il ne tenait pas compte du fait que la cité antique grecque et romaine reposait sur l'esclavage, et qu'il y manquait cette « liberté spéciale des citadins » qui était caractéristique non pas des villes « méditerranéennes » en tant que telles, mais de la cité occidentale en général à partir de la fin du XI^e siècle. Weber s'arrêtait ainsi tout net au moment où il aurait pu observer que l'émergence des franchises urbaines en Occident faisait partie d'un changement révolutionnaire d'ordre « religieux » par lequel d'une part l'entité politique ecclésiastique affirma son indépendance vis-à-vis de toute institution séculière, et d'autre part le concept même de pouvoir politique séculier apparut pour la pre-

mière fois, en même temps que l'idée que les institutions temporelles étaient réformables et moralement perfectibles.

Pourquoi Weber a-t-il sous-estimé le rôle joué par le Droit et la religion dans l'origine et le développement de la cité occidentale ? Et pourquoi a-t-il totalement omis le rôle de la prise de conscience historique des Occidentaux, autrement dit de leur croyance en la croissance organique des institutions religieuses et juridiques au long des générations et des siècles ? Karl Marx avait attribué les changements dans la conscience sociale, y compris en matière religieuse et légale, aux changements dans les techniques pour répondre aux besoins économiques (mode de production) et dans la lutte de classe pour l'utilisation de ces technologies (relations de production).

Weber, pour sa part, pensait qu'en sus des forces économiques matérielles qui déterminent la conscience sociale, il y a aussi des forces politiques matérielles ; en d'autres termes, que la recherche du pouvoir politique est une force objective indépendante et non pas (comme le croyait Marx) simplement un reflet de la recherche du pouvoir économique. Pour Weber, par conséquent, l'avènement de la cité occidentale à la fin du XI^e siècle et au XII^e, n'était pas seulement imputable au développement d'un nouveau mode de production (artisanat et métiers industrialisés) qui attirait les serfs hors du manoir malgré l'opposition des seigneurs féodaux, mais en même temps à l'apparition de nouvelles relations politiques.

Weber avait compris que la noblesse aussi avait des raisons politiques pour favoriser la création et le développement des villes. Mais Weber, comme Marx, croyait que les prises de conscience, spécialement juridique et religieuse, étaient essentiellement des instruments de domination. Plus spécifiquement, Weber, comme Marx, croyait que l'idée de créer des villes, la croissance de la conscience communale à l'intérieur des cités et le développement des institutions urbaines légales et religieuses qui, d'une part manifestaient la conscience urbaine et d'autre part maintenaient le pouvoir économique et politique des classes dominantes, constituaient tous ensemble une « superstructure » immatérielle (spirituelle, idéologique) édifiée sur une base matérielle (économique et politique).

Les institutions légales occidentales ne peuvent cependant pas s'expliquer de façon satisfaisante, ni comme superstructure ni comme simple idéologie. A vrai dire, toute interprétation de l'histoire occidentale fondée sur une distinction entre base matérielle et superstructure idéologique est impuissante à rendre compte de la tradition juridique occidentale.

Cela ne signifie pas pour autant que les valeurs, les idées, les croyances, les conceptions et les autres formes de conscience commune dans une société interviennent les premières, pour ainsi dire, ou sont la « cause » des changements de la vie économique et politique et, en ce qui nous occupe, des institutions juridiques. Les institutions légales de l'Occident ne peuvent s'expliquer ni en termes idéalistes, seulement comme les manifestations de concepts préexistants, ni en termes matérialistes, seulement comme des instruments dans l'exercice du pouvoir économique ou

politique. L'explication satisfaisante doit englober et dépasser tant l'idéalisme que le matérialisme.

La théorie sociale ordinairement admise est dans l'erreur en supposant que le changement historique est provoqué seulement par des changements dans les données (conditions ou forces) de base, sociales, économiques et politiques. Il n'existe rien dans la réalité qui soit isolément une donnée matérielle, toutes font partie d'un contexte de perception et de sentiment. Il n'existe pas davantage de valeurs, d'idées, de croyances, isolément, en tant que phénomènes sociaux, elles sont toujours en relations multiples avec des « intérêts matériels ». Le pouvoir est aussi une idée; la justice est aussi une force. Aucun des deux n'est « la cause » ou « l'effet » de l'autre, au sens de ces mots dans les sciences physiques.

Afin de comprendre « pourquoi » un grand changement historique s'est produit, il faut aller plus loin que les relations alternées entre les idées et les conditions matérielles, pour les replacer dans le moment et les circonstances elles-mêmes, et non seulement pour les énumérer mais pour en montrer la signification et l'importance historiques, leur portée vis-à-vis du passé et de l'avenir. Des institutions juridiques telles que le caractère « incorporé » de la cité, l'aliénabilité de la propriété urbaine et la liberté des citoyens doivent être comprises en partie comme des manifestations d'idées et de valeurs, et en partie comme des outils de pouvoir économique et politique.

Mais il faut les comprendre aussi comme d'importants événements historiques et comme des chaînons nécessaires dans des séquences de tels événements. Elles n'ont pas été seulement des manifestations et des instruments, elles sont « arrivées », et savoir quand et comment elles sont survenues, dans quelle série d'événements plus vastes, aide à comprendre pourquoi elles survinrent.

En réalité, les institutions légales des villes de l'Occident ne sauraient être expliquées de façon satisfaisante que par un tel processus d'analyse. En complément du « pourquoi » objectif matérialiste, et du pourquoi, subjectif idéaliste, il faut un pourquoi historique qui ajoute aux dimensions interne et externe de l'enquête sa dimension de durée dans le passé et dans l'avenir.

*Chapitre treize***LE DROIT ROYAL :
SICILE, ANGLETERRE, NORMANDIE, FRANCE**

La révolution papale donna naissance, dans la chrétienté occidentale, à une nouvelle conception de la royauté. Le roi ne fut plus le chef suprême de l'Eglise. L'ère de la « royauté sacrale » s'achemina vers son terme. Dans les questions dénommées « spirituelles », l'évêque de Rome recueillit la suprématie non seulement par rapport aux rois mais aussi sur le souverain le plus élevé de tous, l'empereur. Pour la première fois l'empereur et les rois furent considérés comme des dirigeants « séculiers », dont la tâche principale était en premier lieu de maintenir la paix dans leurs royaumes respectifs, c'est-à-dire d'y réprimer la violence ; et deuxièmement de faire prévaloir la justice, c'est-à-dire de gouverner dans l'ordre politique et économique. Même dans ces domaines, l'Eglise jouait un rôle important.

Toutefois, la réduction de l'autorité royale en matière ecclésiastique fut compensée par un très large accroissement vis-à-vis des autres entités séculières, tribales, locales, féodales et urbaines. Selon l'expression de Joseph Strayer, « Le concept grégorien de l'Eglise exigeait pour ainsi dire l'invention du concept d'Etat » ¹. Par elle-même, la distinction entre les entités spirituelles et séculières conduisait à l'avènement d'une conception territoriale de la royauté dans laquelle le roi n'était plus désormais fondamentalement le chef de guerre d'un clan (ou d'une fédération de clans) et le seigneur suprême dans la hiérarchie nobiliaire. Précédemment, il avait régi directement ses « hommes sages » et ses tenants immédiats et, à travers eux, les dirigeants locaux, les vassaux et leurs sujets. Désormais il gouverna directement par ses fonctionnaires la population entière, ou du moins tous les hommes libres du territoire dont il était le souverain. Ceci de façon graduelle, s'étendant sur plusieurs générations dans le cas des dirigeants normands de Sicile et d'Italie méridionale, d'Angleterre et de Normandie, avec un supplément de quelques générations dans le cas de la France et des pays germaniques.

La nouvelle conception de la royauté impliquait, pour la première fois aux XII^e et XIII^e siècles, la reconnaissance du rôle législatif du roi. Les rois européens commencèrent à régulièrement promulguer des lois, et à justifier leur pouvoir de légiférer, non plus seulement en mettant par écrit les coutumes anciennes, ou exceptionnellement pour faire face à des dangers nouveaux, mais comme l'exercice normal des fonctions royales, comme un instrument essentiel des responsabilités royales quant au maintien de la paix civile et à l'établissement de la justice. L'activité légi-

slative devint distincte de l'administration royale des finances, des forces armées et de la politique en général.

En outre, la conduite du gouvernement royal se professionnalisa et se compartimenta ; en ce sens, elle devint bureaucratique. L'élaboration des décisions législatives fut déléguée à un nouvel organisme de professionnels, d'ordinaire appelé « conseil du roi », plus restreint et profondément différent des anciennes assemblées consultatives tribales et des grands conseils féodaux. Dans le même esprit, la fonction judiciaire traditionnelle du roi fut professionnalisée. Le nom même de « cour royale » (de justice), *curia regis*, fut transféré de la maisonnée royale en entier à des fonctionnaires royaux professionnels agissant au titre législatif ou administratif ou juridictionnel. Les officiers de la maison royale devinrent des ministres, le secrétaire devint chef de la chancellerie, le gestionnaire des taxes devint chef du trésor, etc.².

La nouvelle conception juridique de la royauté devait beaucoup au nouveau concept de l'autorité papale qui avait été proclamé en 1075 par le pape Grégoire VII dans ses Prescriptions (*Dictatus Papae*). Tout comme le pape était la tête d'un organisme associatif régi par un corps de Droit auquel il contribuait par sa législation et ses décisions judiciaires, de même les rois entreprirent d'unifier leurs royaumes respectifs, par un corps de lois auquel ils contribuaient par leur législation et leurs décisions judiciaires. Et comme les papes, les rois faisaient des lois et rendaient des jugements par le moyen de délégués professionnellement préparés aux fonctions auxquelles ils étaient affectés.

L'on dit parfois que la nouvelle conception du roi comme législateur fut un résultat de la découverte des textes de droit romain de Justinien à la fin du XI^e siècle et du développement subséquent de la nouvelle science de droit romain dans les universités européennes. Les grains de vérité contenus dans cette thèse sont que, premièrement, les partisans de l'autorité législative des rois se tournèrent vers les textes romains pour y trouver la justification de cette autorité et deuxièmement, que les rois trouvèrent dans le vocabulaire du droit romain beaucoup des termes de leur propre législation. Cependant, les partisans de l'autorité législative papale, ou les défenseurs du droit urbain faisaient de même.

« L'argument d'après le droit romain », comme on a pris l'habitude de dire, n'était justement que cela, un argument, une justification, non pas une motivation ou une cause. Que l'on ne puisse soutenir valablement que la motivation ou la cause du développement de l'autorité législative des rois résidait dans la découverte des lois romaines, ressort du fait que l'autorité législative royale a été particulièrement forte en Angleterre, en Normandie et dans le royaume normand de Sicile où la reviviscence du droit romain fut plus faible que, disons, en France, alors qu'en Italie du nord où cette reviviscence fut la plus forte, l'autorité législative de l'empereur resta rudimentaire et la royauté n'existait simplement pas.

La conjonction des concepts territoriaux et légaux de la dignité royale donna naissance à un système de droit royal dans chacun des royaumes de l'Europe. Les

rois instituèrent des cours de justice centrales ayant juridiction sur des genres déterminés de procès, dans toute l'étendue de territoires où ils régnaient, et ils édictèrent des lois que ces cours devaient appliquer. En complément de l'application des règles promulguées par le roi, ces cours généralisèrent l'emploi de principes, de concepts et de normes qui furent tenus pour obligatoires respectivement dans chaque royaume, en tant que « la loi du pays » (*lex terrae*) qui émanait de la coutume, de la raison et de la conscience, en conformité avec la nouvelle science juridique. Et cette science se nourrissait du droit romain, selon les universités, ainsi que du droit canon rénové de l'Eglise.

Dans les divers royaumes d'Europe, le droit du roi et des tribunaux royaux remplaça graduellement la majeure partie du tableau disparate des lois tribales, locales et régionales dans l'ensemble du territoire. En Angleterre, par exemple, le nouveau système remplaça la loi du Wessex, la loi de Mercie et celle de la région qu'avaient occupée les Danois (*Danelaw*), entre lesquelles le droit anglais était encore divisé au début du XII^e siècle. En Sicile, les lois des Grecs, des Arabes, des Lombards et des Normands furent subordonnées à une loi commune par Roger II, qui régna de 1112 à 1154.

Roger fut le premier en date des grands législateurs royaux du XII^e siècle. Dans la deuxième moitié de ce même siècle, il fut suivi par Henri II d'Angleterre (1154-1189), Frédéric Barberousse en Allemagne (1152-1190), Philippe-Auguste de France (1180-1223) et le comte Philippe de Flandre (1169-1190) ; au XIII^e siècle Frédéric II de Sicile et Allemagne (1208-1250), en Angleterre Henri III (1216-1272) et Edouard I^{er} (1272-1307), par Louis IX en France (1226-1270), en Castille et Léon par Ferdinand III (1217-1252) et Alphonse X (1252-1284). A la différence des législateurs de beaucoup postérieurs, ces rois légiféraient avant tout en établissant des procédures et des recours à appliquer dans leurs cours de justice royales, néanmoins, la liste des lois importantes promulguées par les monarques européens aux XII^e et XIII^e siècles est impressionnante.

Avant la fin du XI^e siècle et le début du XII^e, les royaumes avaient été unifiés (dans la mesure où ils le furent effectivement) non par un corps de lois communes administré par des fonctionnaires royaux, mais par la personne même du roi, et en raison de la croyance en son caractère sacré et en son pouvoir de thaumaturge. Ce fait était mis en évidence de façon frappante par le caractère voyageur (« péripatéticien ») de la fonction royale à cette époque reculée car les rois étaient obligés de chevaucher à travers le royaume afin de couper court aux soulèvements, et de rendre la justice. Les grands seigneurs qui étaient leurs vassaux dans les campagnes ne gouvernaient pas en tant que leurs délégués ou fonctionnaires, mais comme des dirigeants autonomes.

Il y avait, bien entendu, des exceptions, l'on pense à Charlemagne, mais en général les empereurs et les rois de l'ère germanique représentaient l'unité spirituelle, dans la terminologie actuelle, « idéologique », de leurs sujets d'une part, et d'autre part leur solidarité militaire dans la résistance aux envahisseurs païens du Nord, de

l'Est et du Sud. Economiquement, politiquement et surtout juridiquement, il n'y avait guère d'unité ou pas du tout. C'est cette situation qui changea radicalement à la fin du XI^e siècle et au début du XII^e.

La suprême protection de l'unité ecclésiastique fut désormais la prérogative de la papauté, pendant que la royauté, dans de nombreuses régions de l'Europe, acquérait des pouvoirs séculiers largement accrus, comprenant le pouvoir économique, politique et légal, sur les entités politiques séculières mineures. L'historien allemand Heinrich Mitteis avait raison de dire que « le XII^e siècle ne parvenait pas encore à la conception abstraite de l'Etat [séculier] en tant qu'association « incorporée » ou que « personne juridique ». Il voyait juste aussi en disant que « la querelle des investitures donna naissance à un concept plus large des fonctions et des compétences de l'Etat ». Il n'était pas aussi lucide en disant que « la croyance au caractère sacré et au pouvoir thaumaturgique de la royauté, héritée du passé païen et conservée par l'Eglise médiévale du début, survécut à la querelle des investitures »³.

Cette affirmation peut être encore fondée si l'on compare le XII^e siècle aux temps ultérieurs, disons à partir du XIV^e. Elle ne l'est plus si la comparaison est faite entre le XII^e siècle et la période antérieure à la querelle des investitures. Il suffit, pour s'en rendre compte, de comparer le *Policraticus* de John of Salisbury au *Norman Anonymous*. Mitteis lui-même ajoutait : « il est vrai qu'au XII^e siècle, les dirigeants eurent tendance à adopter de plus en plus une attitude séculière devant la politique » et que le concept de l'état temporel se manifestait dans le fait que « les officiers de la maison royale, spécialement en France et en Angleterre, tendaient à devenir un conseil fermé d'administrateurs permanents et spécialisés »⁴.

Il y avait cependant autre chose, le gouvernant lui-même devenait un personnage constitutionnel, le détenteur d'une fonction légalement définie dont l'*imperium*, comme disait Azo, était limité, au moins théoriquement, par sa *juridictio*, son autorité légitime. Le pouvoir du roi était borné, constitutionnellement aussi, par le droit des sujets de résister à un ordre injuste du roi, allant jusqu'au droit et au devoir de tuer un roi tyrannique (*rex tyrannus*). Evidemment, ces droits constitutionnels du sujet étaient largement théoriques, au sens que les sujets individuellement étaient d'ordinaire bien trop faibles pour les affirmer.

Néanmoins, c'étaient des limitations pratiquement substantielles au pouvoir royal, appuyées en partie par les difficultés de communication qui entraînaient des délais, de la discussion, une obéissance de façade, et en partie par les diverses communautés auxquelles les sujets étaient personnellement attachés : noblesse féodale, bourgeoisie des villes, marchands, clergé, et aussi les collectivités locales, régionales et claniques qui continuaient à jouir de la fidélité de leurs membres. Au cours des siècles suivants, ces collectivités revendiquèrent une représentation dans les assemblées (des parlements) qui conseillaient les monarques et parfois s'opposaient à eux.

Et tout à fait à part de la représentation politique, les diverses classes constituèrent des « états » ou des « ordres » avec lesquels les monarques devaient toujours compter. Même là où une théorie de la tyrannie avait été formulée, comme dans le royaume normand de Sicile, ces entraves pratiques au pouvoir royal avaient de l'effet. Un auteur a objectivement décrit, à l'apogée du despotisme royal, le régime politique sicilien comme « une tension dynamique entre la monarchie et les classes à privilège, qui engendrait une renégociation constante des rapports entre monarchie et communauté »⁵. Cette description s'applique encore plus exactement à d'autres royautes temporelles territoriales de cette époque.

En résumé, pour la majeure partie de la chrétienté occidentale, apparut un nouveau type de communauté politique, le royaume territorial séculier, présentant neuf caractéristiques marquantes :

1) le roi n'était plus le dirigeant spirituel suprême dans son domaine, il était devenu un gouvernant séculier (ou temporel), subordonné en matière spirituelle à l'Eglise de Rome dont le pape était le chef ;

2) le roi n'était plus seulement le premier parmi ses hommes sages et ses guerriers, et le seigneur suzerain de ses vassaux, il avait désormais autorité pour commander directement à chaque sujet à l'intérieur de son domaine territorial ;

3) comme gouvernant temporel de tous ses sujets, les tâches principales du roi étaient de maintenir la paix et de faire justice, ce qui en pratique consistait à faire échec à la violence et à régir les relations de tenure des terres ;

4) ces tâches-là et d'autres, le roi y vaquait à travers des états-majors de fonctionnaires royaux professionnels, y compris les juges royaux, et des équipes d'assistants professionnels royaux, et plus seulement comme auparavant en gouvernant par l'entremise de nobles féodaux autonomes dont l'autorité provenait de leur propre situation héréditaire ;

5) le roi affirmait pour la première fois son droit et son devoir de légiférer, c'est-à-dire de promulguer de nouvelles lois plus ou moins fréquemment, lorsque le besoin s'en faisait sentir ;

6) comme l'état ecclésiastique dirigé par l'évêque de Rome et comme les cités-états dirigées par les maires, les consuls et les autres officiers municipaux, de même l'état royal, avec l'aide d'une législature et d'une judicature professionnelles, élaborera son propre corps de Droit ;

7) en *théorie* politique et juridique, le pouvoir royal était borné par des restrictions constitutionnelles, portant sur sa juridiction ainsi que sur l'exercice de son pouvoir dans le cadre de sa juridiction ; et ces restrictions allaient jusqu'à conférer

aux sujets, théoriquement, le droit et devoir de résister à ses ordres illégaux et même à user de la force contre un roi tyrannique ;

8) dans la *pratique*, politique et légale, le pouvoir du roi était borné par le pouvoir des diverses communautés qui vivaient dans le royaume; notamment une classe entière, le clergé, dont le pouvoir transcendait les frontières du royaume ; le pouvoir de la classe mercantile, aussi, avait une dimension internationale ;

9) les rois constituaient une élite professionnelle internationale. Ils étaient sou-vent reliés par des ascendants communs, et il était presque anormal qu'un roi se mariât à quelqu'un d'étranger à la famille royale ou à celle d'un autre royaume. De tels liens au travers du réseau des familles princières renforçaient certainement dans les monarques la conscience commune de ce que la royauté impliquait en pratique et en théorie. Chacun surveillait les autres, ne serait-ce que pour discerner les potentialités d'alliances par mariage. Plus encore, chaque monarque tirait en partie sa légitimité de la valeur que les autres lui reconnaissaient.

Tel fut le premier stade du développement du système moderne européen d'Etats, où chacun dérivait son caractère d'Etat de sa participation au système, puis du corps de droit international que produisit le système et qui fournit sa définition moderne à l'Etat souverain. Ces caractéristiques générales du type nouveau de royauté qui émergèrent à la fin du XI^e siècle, au long du XII^e et au début du XIII^e, se manifestèrent de façon différente selon les royaumes occidentaux : Sicile (incluant l'Italie méridionale), Angleterre, Normandie, France, principautés germaniques, Flandre, royaumes du nord de l'Espagne, Danemark et Hongrie. L'énoncé même de cette liste suggère qu'il y eut une grande diversité d'espèces à l'intérieur du genre.

LE ROYAUME NORMAND DE SICILE

Dans les premières décennies du XI^e siècle, des chevaliers normands commencèrent à descendre de Normandie jusqu'en Italie, isolément ou par petits groupes, pour s'engager comme mercenaires ou faire fortune de quelque autre manière. Parmi eux il y avait les onze fils d'un baron normand nommé Tancrede de Hauteville. Les fils de Tancrede entraînaient plusieurs de leurs concitoyens, avec d'autres mercenaires, dans des incursions militaires réussies en Apulie (les Pouilles), en Calabre et à Capoue. Vers 1150, ils s'étaient établis à la tête de larges parties de la péninsule italienne et se préparaient à attaquer la Sicile.

Pendant des siècles l'Italie, au sud de Rome, était passée sous la domination soit de Byzance soit de califats islamiques ou des deux, et la population était faite surtout de Grecs et d'Arabes, mais aussi de Latins et en plus petit nombre de Juifs. Au surplus, certaines places étaient aux mains de Lombards. Telle était la situation quand les Normands entrèrent en scène. Mais dans les années 1050, la papauté se préparait à rompre ses liens de subordination avec l'empire et même, rêvant de conduire une

croisade contre l'islam pour chasser les infidèles du Saint-Sépulcre, pensait aussi à mettre la main sur le sud de l'Italie. En 1053 le pape Léon IX commit la lourde erreur de lancer une armée d'un bon millier de mercenaires souabes, lombards et autres contre les Normands, pensant mettre un terme à l'aventure de ces brigands et de ces maraudeurs. Les troupes papales furent massacrées à Civitate, à l'est de Naples⁶.

Dorénavant, la papauté changea de cap. Elle entreprit d'enrôler les chefs de bandes normands comme alliés dans le conflit approchant avec l'empereur. En 1059, dans un synode tenu à Melfi en Apulie, le pape Nicolas II reçut deux fils de Tancrede, Robert Guiscard (l'Astucieux) et son : frère Richard, pour ses propres vassaux, Richard comme prince de Capoue et Robert comme « duc de Pouilles et de Calabre, par la grâce de Dieu et de Saint Pierre, et avec leur aide à l'avenir, duc de Sicile ». En contrepartie de cette reconnaissance pontificale de leurs ambitions de bâtisseurs de royaume, Robert et Richard jurèrent de protéger la personne et le statut du pape Nicolas, de défendre la liberté des élections au trône papal qui avaient été instaurées quelques mois auparavant, et de « soutenir la sainte Eglise romaine, partout et contre quiconque, dans la possession et l'acquisition du domaine de Saint Pierre ».

Renforcé ou du moins conforté par l'appui du pape, un frère puîné de Guiscard, Roger de Hauteville, prit un rôle éminent dans les guerres contre les musulmans pour la conquête de la Sicile pendant les années 1060, de sorte qu'en 1072, Robert Guiscard et Roger ensemble prirent Palerme, alors la plus grande ville de la chrétienté hormis Constantinople. Robert Guiscard se proclama lui-même roi de Sicile et donna en fief à Roger la majeure partie du royaume. Roger, qui prit d'autorité le titre de grand comte de Sicile et le conserva jusqu'à sa mort en 1105, n'était pas, techniquement parlant, roi, bien qu'on l'appelle communément Roger I^{er} ; et Robert Guiscard (qui mourut en 1085) n'était roi que par sa propre désignation.

Ils avaient néanmoins l'un et l'autre la vive ambition de jouer le genre de rôle imputé à ce titre au XI^e siècle et que décrit le *Norman Anonymous* de 1100 : vicaire du Christ, prêtre suprême et gouvernant suprême, revêtu divinement, sans aucune restriction, d'une autorité tant sacrée que politique. Quarante ans avant que la papauté n'appelle la chrétienté entière à une croisade pour libérer la Palestine, Robert Guiscard et Roger concevaient leurs campagnes militaires comme une guerre sainte. S'embarquant pour livrer bataille aux forces musulmanes, ils exhortaient leurs hommes d'armes à combattre comme des soldats de l'armée du Christ.

Décrivant les préparatifs de Robert Guiscard pour la conquête de la Sicile, son chroniqueur le cite disant : « Mon désir est de délivrer les catholiques et les chrétiens de la domination des sarrasins et d'être un instrument de la vengeance de Dieu ». Pendant les campagnes qui suivirent, il est représenté insistant pour que ses fidèles aillent à la bataille fortifiés par le sacrement. « Qu'ils mettent leur confiance en Dieu plus que dans leur nombre et s'en remettent au saint Esprit qui donnera à leur juste

cause la victoire »⁷. C'était la croisade de Guiscard et de Roger, non pas celle du pape, encore qu'ils fussent bien aises d'avoir sa bénédiction.

En dehors de leurs expéditions contre les sarrasins et incidemment aussi contre les grecs chrétiens, Robert Guiscard et Roger exerçaient leur autorité suprême sur l'Eglise dans leurs territoires. Dans les régions conquises, ils réorganisaient les évêchés existants, en créèrent de nouveaux et y nommèrent des titulaires de leur choix, prélats normands ou sympathisant avec les Normands. « Au cours de ma conquête de la Sicile », disait Roger, « j'ai établi les évêchés siciliens »⁸. Lui et Robert Guiscard étaient de fervents paroissiens, tous deux se souciaient de renforcer le droit canon, créèrent des juridictions distinctes pour entendre les procès de clercs. Mais c'étaient « leur » Eglise et « leur » droit canon. Ils restaient les chefs ultimes des juridictions dans leur ressort respectif.

En cela également, ils purent compter sur l'appui du pape. Le pape « pouvait dénoncer les investitures laïques en termes extrêmes, mais il confirmait sans protestation effective les dispositions épiscopales prises en Sicile par ce "*champion de la foi chrétienne, le guerrier Roger, un homme excellent dans le conseil et vaillant dans la guerre*" »⁹. A tel point qu'en 1098, le pape Urbain II, par une bulle papale, conféra au comte Roger et à ses successeurs des pouvoirs héréditaires de légat du pape en Calabre et en Sicile. Cette bulle célèbre, qui ne fut révoquée qu'en 1867, peu avant l'unification de l'Italie, garantissait que nul légat pontifical ne pénétrerait sur les terres de Roger sans son consentement.

Pourquoi la papauté, à l'apogée de la révolution papale, était-elle disposée à sacrifier, pour une alliance avec les gouvernants normands de la Sicile, le principe fondamental pour lequel cette révolution avait été risquée, à savoir la liberté de l'Eglise ? Tout d'abord, la papauté avait un pressant besoin du secours de la force militaire normande pour défendre la cité de Rome contre l'empereur. Et de fait en 1084, lorsque Henri IV, après un long siège, entra dans Rome, Robert Guiscard se porta contre lui avec un corps important de mercenaires calabrais et sarrasins et le contraignit à se retirer. Deuxièmement, la papauté avait besoin d'une alliance avec le royaume normand de Sicile, comme témoignage de la légitimité reconnue à sa révolte contre la domination politique de l'empereur sur la papauté.

Quand, en 1059, le concile de Pâques à Rome proclama la liberté des élections papales, la papauté était encore, d'un point de vue politique, une partie intégrante de l'empire. Elle n'avait pas la capacité d'entretenir des relations politiques avec quelque autre entité souveraine. L'existence de cette entité nouvelle, normande, donnait à la papauté l'occasion d'établir des relations politiques avec un autre pouvoir, indépendamment de l'empereur ou de qui que ce soit. Le fait que les possessions de Robert Guiscard et de ses frères étaient entièrement extérieures à l'empire renforçait l'impact de cette assertion d'un pouvoir pontifical indépendant dans la conduite de rapports étrangers. Ainsi l'alliance avec les Normands de Méditerranée marqua-t-

elle un pas important dans la transformation de la papauté en un Etat au sens moderne du mot.

La papauté, en revanche, paya fort cher pour franchir ce pas. Les chefs normands du sud de l'Italie étaient des tyrans sans merci, et avec leurs congénères ne se bornaient pas à régenter l'Eglise dans leurs domaines, ils manifestaient une cruauté sadique totalement incongrue avec leur adhésion passionnée au christianisme. Par exemple, en 1064, trois jours après que Robert Guiscard eût délivré Rome de l'empereur Henri IV, devant un mouvement de rébellion, ils se mirent à brûler, piller et ravager la ville, à voler, violer, tuer et à vendre en esclavage nombre de citoyens influents. Le pape Grégoire VII s'enfuit en désolation de sa capitale, détruite non par ses ennemis impériaux mais par leurs alliés et libérateurs normands.

Pour regarder l'autre face de la médaille, pourquoi les normands désormais au pouvoir, consentirent-ils, pour s'allier au pape, à mettre en péril leurs théories absolutistes et leur thèse de sacralité de la royauté ? Pour quel motif furent-ils disposés à affronter l'empereur à un moment où ils n'avaient aucun différend avec lui et où ils avaient déjà assez de soucis avec les Grecs et les Arabes dans le Sud ?

D'abord, Robert Guiscard et Roger avaient besoin de la bénédiction du pape pour devenir de vrais rois. Autrement, ils avaient le pouvoir, mais non l'autorité. Dans le cas des rois des Germains, l'autorité reposait traditionnellement sur l'hérédité et l'élection. La théorie du parti papal ajoutait une troisième source d'autorité royale, la consécration par l'autorité du pape. Les chefs normands n'avaient aucun titre héréditaire à régner sur le Sud italien. En pratique, ils s'étaient arrangés pour être « élus » par leurs compagnons d'armes et « consacrés » par des évêques qui leur devaient le siège épiscopal. Mais tout le monde pouvait voir au travers de ce décor.

Seul l'évêque de Rome pouvait légitimer leur pouvoir et leurs conquêtes et les rendre permanents ¹⁰, exactement comme eux seuls pouvaient légitimer l'indépendance du pape vis-à-vis de l'empereur et la rendre ainsi permanente. En se faisant reconnaître mutuellement leur légitimité, le pape et le gouvernant normand de la Sicile établissaient les deux premiers Etats modernes d'Europe, l'un ecclésiastique et l'autre séculier.

Deuxièmement, sous l'impulsion du parti papal, l'Eglise romaine donna une nouvelle mission aux rois et aux royaumes d'Europe, mission qui coïncidait particulièrement avec les intérêts des gouvernants normands du Sud et en laquelle ces monarques crurent ardemment. En partie cette mission était géopolitique, c'était d'unir l'Occident contre le monde sarrasin, de tourner l'Occident militairement, politiquement et économiquement vers le Sud et vers l'Est. En partie elle était nationale, inspirer aux gouvernants séculiers la volonté d'organiser leur pays respectif, d'y faire régner la paix entre les tribus turbulentes, et entre les seigneurs féodaux guerroyeurs. En partie la mission était d'ordre juridique, :établir la justice et réformer le monde par la loi.

Les Normands de l'Italie méridionale embrassèrent avec enthousiasme ces objectifs du parti pontifical. Ils étaient enchantés de mener des armées en croisade contre les Sarrasins (et les Grecs) afin de faire régner la paix et le commerce entre les peuples polyglottes de leurs royaume et des pays voisins. D'ailleurs, comme leurs cousins de Normandie et d'Angleterre, c'étaient de grands administrateurs et légistes, ils partagèrent pleinement la confiance de la papauté dans le pouvoir réformateur et salvateur des institutions juridiques. Leurs liens avec Rome aidèrent les Normands à créer en Italie méridionale non seulement un pouvoir étatique légitime mais aussi une civilisation brillante, à vrai dire l'état le plus riche et le plus puissant, et le centre le plus fécond en arts, sciences et technologie de l'Occident au milieu du XII^e siècle.

Sous le règne de Roger II (1112-1254), sa capitale, Palerme, était la plus vaste et la plus cosmopolite cité occidentale. Sa flotte commerciale était la plus nombreuse d'Europe, c'était le grenier de l'Afrique du Nord, le plus grand fournisseur de soie et de soieries sur le continent européen. Palerme était en tête pour l'astronomie, la géographie et les autres sciences, tirant abondamment sur les ressources intellectuelles du monde musulman et, à travers ce dernier, probablement aussi de l'Orient et peut-être de la Chine. Sa faculté de Médecine à l'université de Salerne était la plus réputée d'Europe. La littérature et le savoir, à la cour royale de Palerme, combinaient la fleur des traditions latine, arabe et hellénique. On y lisait la poésie française et arabe ; Platon, Euclide et Ptolémée y étaient traduits en latin. Les palais et les cathédrales de Sicile, au XII^e siècle, mariant l'architecture romane avec l'art byzantin de la mosaïque, restent parmi les plus grands trésors artistiques d'Europe.

Et pourtant les Normands, eux aussi, finirent par payer fort cher leur alliance avec la papauté. Les contradictions entre leur fidélité à l'Eglise romaine et leur domination absolue sur le clergé dans leur domaine, entre leur attachement à la légalité et leur propre pouvoir tyrannique, entre leur foi chrétienne passionnée et leurs propres cruautés barbares, se superposant aux tensions entre les composantes occidentale, byzantine et musulmane, normande, grecque et arabe de leur culture, les conduisirent à leur autodestruction.

Celle-ci survint après que le petit-fils de Roger II, l'empereur Frédéric II qui était aussi le petit-fils de l'empereur Frédéric Barberousse, employa sa puissance considérable à restaurer l'autorité impériale sur l'Eglise, à inclure sous sa domination non seulement le sud de l'Italie et, nominalement, les territoires germaniques qu'il détenait héréditairement, mais encore les villes italiennes du Nord. En fait, Frédéric qui fut peut-être le plus brillant et le plus puissant monarque dans l'histoire européenne après Charlemagne et avant Napoléon, ne s'arrêta pas à l'Italie mais aussi prit la tête d'une croisade en dépit d'une excommunication papale, et se couronna lui-même roi de Jérusalem.

Lorsqu'il mourut en 1250, son fils Manfred poursuivit sa politique d'assujettissement des villes du nord de l'Italie jusqu'à ce que le pape Urbain IV trouvât un champion en Charles d'Anjou [frère de Saint Louis IX] auquel il offrit la couronne de Sicile s'il évinçait Manfred. Charles y parvint en 1266. Mais ce dernier,

à son tour, succomba à force d'ambition démesurée, d'arrogance et de cruauté. Sa chute vint de l'île de Sicile, qu'il avait soumise à la domination despotique de seigneurs français. La population sicilienne se souleva en 1282 et massacra les oppresseurs français. Appelée « Vêpres Siciliennes », le soulèvement finit par expulser les français hors de Sicile et à les confiner dans la Calabre et les Pouilles désormais appelées royaume de Naples. La Sicile passa sous le gouvernement des rois d'Aragon. Par la suite, l'ensemble fut appelé « les Deux Siciles », mais dévastées et démoralisées par les guerres qui avaient amené leur séparation, ni l'une ni l'autre ne se rétablirent complètement.

L'Etat normand

Si le royaume normand de Sicile, qui fut au XII^e siècle le royaume exemplaire d'Europe, avait eu un avenir comparable à celui du royaume normand d'Angleterre, les institutions politiques et juridiques créées en Sicile au XII^e siècle seraient aujourd'hui aussi étudiées et partout connues que leurs contemporaines en Angleterre. Car le royaume de Sicile constitua le premier Etat territorial moderne d'Europe, avec le premier système moderne occidental de droit royal. Les Normands de Sicile firent preuve du même génie administratif que leurs congénères de Normandie et d'Angleterre. Habituellement, ils s'abstenaient d'abolir les institutions préexistantes politiques et légales des peuples conquis, mais de préférence cherchaient à les utiliser le plus complètement possible à l'intérieur de la charpente d'une nouvelle structure politique, administrative et juridique, à la fois plus centralisée et plus déconcentrée.

Un semblable souci de conserver l'ancien et de l'adapter au nouveau avait caractérisé, en 911, les Nordiques qui commencèrent à s'implanter de façon permanente dans la partie de l'empire franc qui finit par être appelée Normandie. Car ils respectaient et ils assimilaient et adaptaient à la situation nouvelle les usages plus évolués des populations vaincues. Leurs descendants qui occupèrent l'Angleterre un siècle et demi plus tard, eurent soin également de conserver, autant que possible, les institutions politiques et légales des Anglo-Saxons. De même, en Italie méridionale, les gouvernants normands adaptèrent à leur usage divers traits de la culture politique et juridique préexistante, tout en transformant cette culture en un nouveau type d'Etat et un nouveau type de Droit.

Au sud de la péninsule, les Normands trouvaient une organisation politique avancée mais en décadence, elle-même faite d'un mélange de plusieurs éléments. Elle était en partie organisée sous un gouverneur musulman, à Palerme, appelé « émir », qui régnait en autocrate à travers plusieurs départements administratifs. Les dirigeants normands, à commencer par Robert Guiscard, s'attribuèrent l'office de gouverneur de Palerme et, même, le titre d'émir, rendu en latin par *amiratus* (d'où est dérivé de titre naval moderne d'amiral). De plus, la plupart des personnes qui dirigèrent ces services pendant le premier siècle de domination normande, avaient une origine grecque ou arabe. *L'amiratus*, comme ses prédécesseurs, gouvernait à travers ces services, lesquels à leur tour étaient composés de cadres ins-

truits et entraînés dans la théorie et la pratique administratives antérieures, cadres principalement byzantins en Apulie et arabes en Sicile.

Les Normands ajoutèrent cependant un système d'examens d'entrée aux services administratifs, innovation qui peut avoir été inspirée par l'exemple chinois, rapporté par les voyageurs arabes et juifs ¹¹. Tout en utilisant les institutions existantes, les Normands créèrent de nouveaux services centraux étroitement reliés à la cour royale. L'un d'eux était la chancellerie, probablement modelée d'après la chancellerie du pape. A sa tête, le protonotaire, appelé plus tard chancelier, avait la garde du sceau royal et la responsabilité d'émettre au nom du roi les mandats, les diplômes, les décrets et divers brefs. Le chancelier de Roger II, Guarin, était l'alter ego du roi et régent du royaume quand le roi partait en guerre.

Autre nouvel office central, le trésor, d'abord appelé *dogana*, tenait les comptes du roi et administrait un système complexe d'impositions. Le trésor devait un peu de son caractère au service arabe préexistant du *diwan*, et au système arithmétique arabe. Il devait probablement beaucoup à la structure hautement élaborée d'administration financière et fiscale créée à la fin du XI^e siècle et au début du XII^e par la curie pontificale. Un autre nouveau service créé par les Normands fut une cour de justice royale, avec juridiction sur les crimes les plus graves aussi bien que sur les disputes civiles entre hommes libres impliquant une violation de la paix et des droits de propriété en libre tenure.

En 1136, Roger II nomma un *justiciar* pour entendre les causes et présider le système judiciaire royal. Des « justices » (juges) itinérants étaient dépêchés par la cour royale pour tenir des assises dans les provinces. Au cours du temps, les juges itinérants devinrent assignés à poste fixe, et la haute cour réservée aux affaires les plus importantes. Vers la fin du XII^e siècle, les tribunaux féodaux et urbains furent réduits en subordination aux cours royales qui avaient le monopole sur ce qui s'appelait diversement « plaids du roi », « plaids de l'épée », « juridiction de sang », et « haute justice ». Cela n'avait rien d'analogue dans la pratique byzantine ni arabe.

En Sicile, au XII^e siècle, les Normands créèrent aussi le système des baillis royaux, appelés *baiuli*, semblables en dénomination et en fonctions aux baillis (*ballivi*) du duché de Normandie. C'étaient en fait les fonctionnaires exécutifs de la couronne, délégués pour faire exécuter les ordres du roi. Plus tard, ils reçurent des pouvoirs plus larges, administratifs et quasi judiciaires. Ils avaient tenure de leur office. Au XIII^e siècle, sous Frédéric II, c'étaient des officiers de justice salariés et révocables.

Par de telles institutions gouvernementales perfectionnées, les rois normands de Sicile renforçaient leurs liens avec le peuple dans son ensemble et, par là, leur contrôle sur l'aristocratie féodale et urbaine. Le roi n'était plus seulement le tenant suprême des terres, il régissait la population entière dans tout son territoire, encore que pas à tous les égards. Si ses vassaux tentaient d'exercer leurs droits de résistance à ses ordres, il pouvait appeler la population entière à le soutenir militairement et

pouvait infliger, non seulement les sanctions pénales féodales, mais des sanctions royales telles que la destruction des châteaux, des amendes fiscales, l'incarcération et la mise hors la loi ¹².

Le contrôle centralisé de la monarchie sicilienne sur la noblesse féodale se traduisait dans le système de service militaire et, en particulier, par la tenue d'un registre des services dus au roi par les chevaliers. Le *Catalogus Baronum*, promulgué par Roger II fixait le nombre de chevaliers montés à fournir au roi par chaque baron. Ce n'était d'ailleurs que le minimum, et en cas de péril, la couronne pouvait requérir le service armé de toute la nation. Il semble qu'ait été prévue la possibilité de remplacer le service par un versement de monnaie ¹³. Le catalogue des barons siciliens a très vraisemblablement servi de modèle, en Angleterre et en Normandie, pour les enquêtes sur le service de chevaliers, en 1166 et 1172 respectivement, et pour le relevé des services féodaux (*scripta de feodis*) du roi de France, Philippe-Auguste.

Un autre exemple du contrôle central de la monarchie sicilienne sur la féodalité était l'obligation de réserver la loyauté lige envers le roi dans tout serment mutuel échangé entre un vassal et son seigneur. Un autre encore, le maintien du droit pour le roi d'autoriser le mariage d'un vassal direct ou d'un sous-vassal, un pouvoir le plus souvent employé en guise de taxe, mais qui à l'occasion pouvait aussi être un moyen de pression politique. Ces deux exemples eurent leurs homologues dans l'Angleterre du XII^e siècle où ce contrôle royal pouvait être exercé sur l'aristocratie nobiliaire par la chancellerie ou le trésor, par des juges royaux itinérants, shérifs, recruteurs des chevaliers ainsi qu'au titre de corps de réserve, à la conscription générale du peuple (*fjrd*, à peu près : le ban et l'arrière-ban).

En opposition complète avec l'Angleterre, aussi bien qu'avec les autres pays européens, les rois normands de l'Italie méridionale n'étaient pas considérés comme soumis aux lois (prototypes en ce sens au moins, des monarques constitutionnels), mais au contraire comme des autocrates et même des tyrans. Sur ce point, les modèles byzantins et arabes peuvent avoir eu de l'influence. Régnant sur l'Eglise comme les empereurs byzantins, les rois normands étaient le « premier prêtre » de leur royaume. Dans une église du XII^e siècle dans Palerme, la Martorana, une mosaïque représente le roi Roger II recevant directement sa couronne des mains du Christ, sans médiation du pape ni d'un archevêque. Une mosaïque semblable dans la cathédrale de Monreale montre son fils William II recevant sa couronne directement du Christ. De plus, il n'y avait pas de villes libres en Sicile, toutes étaient gouvernées par des personnages choisis par la couronne et, si les citadins avaient des privilèges urbains, c'était toujours en subordination à la volonté royale. A tous ces égards, c'était un autocrate (commandé par lui-même) sans aucune limitation de juridiction. Enfin, le roi n'était pas le noble-en-chef, le « premier baron » de la hiérarchie féodale, il était directement seigneur de tous les sous-vassaux et, en fait, de tous les habitants de son territoire. A tous ces égards, c'était un autocrate sans aucune limite à sa juridiction.

C'était en outre un tyran, en ce sens qu'il n'existait aucune borne légale, en théorie ni en pratique, à son pouvoir d'agir arbitrairement et despotiquement. Son autorité était absolue au sens technique du mot, il était « absous », délié de toute loi. Les rois normands d'Italie méridionale préféraient d'ordinaire gouverner par la loi et, dans une mesure considérable, ils étaient contraints d'agir légalement pour régir effectivement leurs sujets, mais en eux-mêmes on les tenait pour « au-dessus » de la loi. Et, en réalité, ils n'hésitaient nullement à commettre des cruautés barbares, non seulement envers ceux qui s'opposaient à leurs volontés, mais même aux autres. Il leur convenait d'inspirer même à leurs partisans, non seulement de la crainte, mais de la terreur.

L'expérience du royaume normand de Sicile met en échec la théorie communément partagée selon laquelle les concepts de légalité ont pour origine des compromis entre les nécessités et les desseins de monarchies puissantes d'un côté, et de l'autre les traditions et les intérêts des communautés politiques locales et féodales préexistantes. L'histoire de la Sicile montre au contraire qu'il fut possible qu'un système hautement développé de droit royal, qui pénétrait le pays du sommet à la base, coexiste avec le pouvoir despotique du potentat. Il y a des ressemblances frappantes entre les systèmes de droit royal en Angleterre et en Sicile au XII^e siècle : d'un côté comme de l'autre, la monarchie institua des liens avec la nation tout entière et, en construisant un système légal qui pénétrait jusqu'au peuple, réussit à enserrer fortement les intérêts spéciaux de l'aristocratie féodale. Cependant, comme l'a dit Mitteis, en Angleterre, « La loi du roi trouva toujours ses limites dans le sens juridique de la communauté »¹⁴. En Italie du sud, il n'avait jamais existé une tradition vigoureuse de droit tribal (de clan) et de droit régional coutumier tels qu'il y en avait eu dans l'Europe germanique et franque. Peut-être cette faiblesse de la conscience légale dans la communauté a-t-elle amené les gouvernants à commettre des excès, peut-être leurs prétentions à une autorité illimitée ont-elles affaibli encore ce peu de conscience juridique. Une explication plus simple mais pas complètement étrangère est-elle que, en Angleterre comme dans tous les autres pays occidentaux, à l'exception de la Sicile, l'Eglise romaine était assez puissante pour limiter substantiellement le pouvoir et l'autorité des monarchies.

La personnalité de Roger II

En essayant de trouver les causes de l'évolution juridique, l'on se rend compte du fait que les personnalités individuelles peuvent jouer un rôle important, surtout dans les phases de changements rapides dans les lois et, pourtant, il est d'ordinaire très difficile de dégager ce rôle avec quelque degré d'assurance. Est-ce l'époque qui fait l'homme, ou l'homme qui fait son temps ? Roger II était clairement l'homme qu'il fallait au bon moment.

Né en décembre 1095, il avait neuf ans quand son père, le grand comte Roger I^{er}, mourut en 1105. Sa mère, Adélaïde, une Italienne du Nord, troisième femme du grand comte, gouverna comme régente, s'appuyant principalement sur des ministres siciliens d'origine grecque ou arabe. En 1112, Roger, âgé de seize ans et demi, fut

jugé assez mûr pour gouverner en son propre nom. Elevé dans la ville de Palerme, à prédominance arabe, entouré de tuteurs, de secrétaires et de fonctionnaires musulmans ou grecs, il avait reçu une instruction la plus avancée de son temps, en géographie, mathématiques et sciences, dans les arts byzantins et normands, en musique, et dans la poésie et la philosophie tant orientales qu'occidentales.

Pendant la régence et les premières décennies de son règne, il y eut de fréquentes révoltes de barons. Roger était un guerrier déterminé et efficace, mais sans enthousiasme. Il n'avait pas été éduqué aux vertus et valeurs de la féodalité. Il avait plutôt été formé pour le pouvoir absolu, du genre exercé historiquement par les empereurs romains et byzantins ainsi que par son contemporain, le sultan d'Égypte. Selon les chroniqueurs de son temps, Roger voulait passionnément le pouvoir et la gloire, mais il préférait les acquérir et les garder moins par la guerre que par la diplomatie et l'intrigue. On le décrit comme intelligent, rusé, patient, parfois féroce, parfois généreux, combinant tolérance éclairée et cruauté terrible. En se vengeant de barons rebelles, il n'hésitait pas à raser des localités entières et d'y faire tuer hommes, femmes et enfants jusqu'aux derniers. Cependant, il préférait de beaucoup s'occuper de science et de philosophie, de musique et d'arts, de goûter le luxe et l'ostentation de la vie de cour, et les plaisirs de son harem.

Y avait-il quelque chose dans la personnalité de Roger qui l'attirât vers le Droit ? L'on peut imaginer qu'il y vit à la fois une clef vers le pouvoir et la renommée, et un instrument pacifique de régir son royaume polyglotte. Il ne fait aucun doute qu'il ambitionnât de ressembler aux empereurs romains d'Orient et que cela le conduisait à rivaliser avec eux comme législateur. De plus, il avait d'autres exemples sous les yeux, celui de la papauté qui, à cette même époque, promouvait le développement rapide d'un nouveau corps de droit canon, et celui bien antérieur du royaume lombard qui, avant de se désintégrer, avait eu un « code » écrit de droit coutumier, le *Libri Papiensis*¹⁵. Quelques traits de droit romain et de droit lombard survécurent dans le royaume de Roger, et naturellement le droit canon y était applicable, au moins en théorie, comme il l'était dans le reste de l'Europe. De plus, la faiblesse même de ces divers droits dans le sud de l'Italie, et surtout le fait qu'il ne s'y trouvait pas de tradition de droit coutumier, ajoutait à l'urgence de créer un nouveau système de droit royal.

Les raisons de créer un tel système existaient à part de la personnalité de Roger II. Il y fallait quand même un gouvernant intelligent, ambitieux, puissant, et doté d'atouts semblables pour répondre aux besoins. Mais Roger fournit un apport de plus que de remplir une mission historique préexistante. Il ajouta un élément qu'il est plus facile d'énoncer que de caractériser. Il dégagea dans l'univers juridique une juridiction distincte, celle du roi de Sicile en matière de « haute justice », puis définît cette juridiction au moyen d'un jeu de principes et de règles complémentaires et imbriqués, qui créa un corps homogène et évolutif de Droit. Il exposa une série de principes établissant et justifiant la juridiction royale ainsi circonscrite. Personne avant lui n'avait accompli ce travail.

La performance de Roger qui fut concrétisée par les Assises d'Ariano (1140), tenait essentiellement à sa personnalité et à son caractère, en particulier à la combinaison de ses qualités normande, byzantine, et peut-être arabe. Max Hoffman a qualifié, à juste titre, Roger II de « premier prince moderne » qui « fonda la première monarchie absolue de l'Europe occidentale »¹⁶. Il fit même davantage, il créa le premier système moderne de droit royal. Il unifia un peuple aux langues et aux cultures diverses qui, auparavant, n'avait que de faibles traditions juridiques, sous un corps de règles et de procédures unique, applicable dans les tribunaux royaux. Sa législation n'était pas la totalité du Droit applicable à ses sujets ni même toutes les lois royales mais cette partie considérable d'entre elles que couvrait cette législation, était posée systématiquement et selon des principes homogènes. Cela ne se proposait pas de réduire l'entière complexité et le désordre de la vie à un système ou un jeu de principes, bien plutôt, d'y découper un bloc distinct en forme de juridiction particulière, dans lequel on pourrait introduire un ordre intelligible et cohérent rendant ainsi plus tolérable le chaos environnant.

Le système normand de légalité

Le fait, pour les rois normands d'Italie méridionale, de recourir aux lois pour concrétiser leur domination, imposait certaines limitations à l'exercice de leur pouvoir et corrélativement de leur autorité. Par contraste avec les rois germaniques d'une époque plus ancienne, qui étaient juges mais non législateurs, les gouvernants normands depuis le XII^e siècle considéraient que faisait partie de leur fonction de rois la confection de lois nouvelles. Roger II déclarait que le roi est un « faiseur de lois » (*conditor legum*). En fait, Roger promulgua le premier code moderne de droit royal de l'histoire occidentale, les Assises d'Ariano.

On dit que c'est un code moderne, et le premier de ce genre en Occident, parce que ce texte ne visait pas seulement à présenter un recueil de règles et de principes mais bien plutôt un exposé méthodique de ce qu'on pensait devoir être les traits fondamentaux du système légal. Et de plus, le texte avait qualité de droit positif, promulgué par le roi en tant que législateur. Il tirait ses origines, bien entendu, du droit coutumier, de la loi naturelle et de la loi divine, et fondait ensemble divers caractères des traditions juridiques byzantines, musulmanes, lombardes, normandes et romano-canoniques, mais remodelait ces sources en forme d'acte législatif neuf et exhaustif.

Les Assises d'Ariano consistent en un préambule et quarante-quatre articles numérotés dont un bon nombre comportent plusieurs paragraphes. La rédaction est prétendue de la main du roi, il n'est pas fait mention d'une assemblée de notables d'Ariano où ces Assises auraient été adoptées. Le préambule déclare : « Puisque Dieu dans sa merci a restauré la paix et reconstitué l'intégrité du royaume... Nous (le roi) sommes tenu de reformer aussi les voies de justice et de piété là où nous constatons qu'elles ont été lamentablement faussées »... « Ce n'est pas par orgueil, comme si nous prétendions que par nos veilles, nous sommes devenus plus sage ou plus mesuré que nos prédécesseurs en émettant et interprétant des lois, mais parce que la piété même nous a instruit en disant : « Soyez miséricordieux tout comme votre Père

est miséricordieux ». Il y a là deux points très importants, d'abord les lois sont promulguées afin de réformer les voies de la justice et de la piété, ensuite, il est du rôle du roi d'émettre les lois et de les interpréter.

L'article 1^{er} (techniquement chaque article est cité comme assise) est intitulé : « Concernant l'interprétation des lois » et ordonne : « Nous commandons que les lois nouvellement promulguées par notre majesté soient observées par tous sans exception, adoucissant une rigueur excessive par un sentiment de piété, durcissant la flexibilité par une certaine retenue, élucidant ce qui est obscur ». Ainsi le texte est entendu comme comportant forcément des ambiguïtés et devant être sujet à interprétation.

L'article 2 est intitulé « Concernant le privilège des saintes églises » et déclare que le roi les protégera et les gardera inviolées. Le fait est à remarquer que tout au long des assises, le mot *église* n'est jamais commencé par la majuscule et est toujours au pluriel. De plus, il n'est jamais fait mention d'une quelconque indépendance ecclésiastique vis-à-vis de la couronne ni de subordination du clergé à l'autorité du pape. Les droits des églises sont énoncés dans les articles 5 à 16, traitant de sujets tels que la vente de saintes reliques, le droit de sanctuaire, la juridiction royale sur la profanation d'église, les privilèges des évêques les dispensant de déposer, à l'exception de certaines affaires, et des prêtres les dispensant de prêter serment, la prohibition de « conventicules (assemblées religieuses à domicile), l'interdiction de l'achat et de la vente des fonctions cléricales et de matières analogues.

Les articles 17 à 21 visent les crimes contre la couronne, y compris celui de discuter les jugements royaux, les conspirations contre sa personne, la contrefaçon de documents royaux et le faux monnayage. L'article 22 fixe la procédure inquisitoire à employer en cas de « fausseté » qui est ensuite définie par les articles 22 à 26 pour inclure l'émission de faux documents, le faux témoignage, l'immixtion dans la rédaction des testaments, la malversation de fonds publics par les fonctionnaires ou les juges, et la perte par négligence ou intentionnelle de biens publics ou leur détournement.

L'article 27 concerne le droit familial (célébration du mariage) et les articles 28 à 33, les délits sexuels (adultère, prostitution, basse flatterie, viol). L'article 34 prévoit la composition au cas d'insulte, cette affaire seule est classée comme devant être réglée en privé. Sous l'article 35 les blessures sont punissables en fonction du statut de la victime. L'article 36 prescrit que les médecins ne doivent pratiquer que par licence royale (en fait, un système d'examens fut introduit pour eux, premier exemple de ce fait en Europe). Les articles 38 à 43 traitent de l'enlèvement et de la vente en esclavage, de l'homicide en autodéfense, de la non-responsabilité des enfants et des personnes mentalement incapables, du meurtre nocturne par un voleur, de l'incendie, de l'incitation à un méfait (qui n'était pas en soi punissable) et de l'empoisonnement. Le dernier article (44) rend le juge punissable d'avoir rendu un mauvais jugement par fraude ou par négligence ¹⁷.

Max Hoffman a mis en contraste le caractère « structurel » des Assises d'Ariano avec le caractère « casuiste » du vieux *Liber Papiensis* lombard. Ce dernier était beaucoup plus long, avec près d'un millier d'articles, et entendait couvrir la totalité du Droit. Toutefois, selon Hoffman, « Il tente de régler chaque situation de fait séparément et propose rarement des principes »..., il est discontinu et « plein de lacunes et de contradictions ». Inversement, les Assises d'Ariano ne cherchent pas à couvrir tout le droit mais « aucune de leurs dispositions n'est concevable qu'en relation avec les autres... De plus, dans les zones qu'elles couvrent, elles sont suffisamment complètes, et les lacunes peuvent y être comblées par des interprétations conformes aux objectifs poursuivis (*zweckentsprechende*) ». Hoffman ajoute :

« Précisément, cette nécessité d'interpréter les lois avant de les appliquer renforçait l'influence du pouvoir étatique puisque l'interprétation ne pouvait pas être effectuée par le tout venant, mais était dès le principe un droit du roi...¹⁸. La justice était une affaire publique dont il fallait laisser le soin à des fonctionnaires spécialement formés »¹⁹.

Les lois de Roger II instauraient clairement la suprématie royale sur l'Eglise, sur la noblesse féodale, sur les communes urbaines et sur la population en général. La mise en accusation des hérétiques incombait à la monarchie de son plein droit, et non pas comme l'exécuteur d'une décision des autorités religieuses. Le roi limita strictement la juridiction des tribunaux féodaux. Aucune ville ne parvint à se constituer en commune libre ; toutes furent administrées par des fonctionnaires nommés par le roi. La population entière était assujettie directement à l'autorité royale, et il fut puni comme lèse-majesté, *laesio maiestatis*, ou haute trahison, de conspirer non seulement contre la personne du roi mais contre l'un de ses principaux délégués.

La suprématie royale n'excluait cependant pas les droits des subordonnés vis-à-vis les uns des autres et même, dans certaines limites, à l'égard de la couronne. En ce qui concerne l'Eglise, les rois normands acceptaient généralement la juridiction des cours ecclésiastiques, opérant sous le droit canon dans la plupart des causes impliquant des clercs, tant dans les cas d'infractions spirituelles imputées à des laïcs que de questions familiales, de succession, ainsi que dans les différends pour lesquels les deux parties étaient d'accord pour les porter devant un tribunal ecclésiastique. Il est vrai que les tribunaux ecclésiastiques étaient soumis au roi en tant que légat héréditaire du pape.

Normalement, cependant, le roi se conformait aux décisions et aux interprétations de lois émanant de la curie et, s'il y contrevenait, sa décision pouvait être annulée par le pape. Les rois normands, avec toute leur politique « césaropapiste », ne niaient pas, en théorie, la suprématie du pape en matières spirituelles. Même l'empereur Frédéric II, dans une lettre aux enseignants et aux étudiants de l'université de Bologne, où il affirmait que l'empereur est le vicaire de Dieu sur toutes les affaires temporelles, réaffirmait que le pape est le vicaire de Dieu sur la terre dans toutes les affaires spirituelles²⁰. Ainsi le dualisme de l'Eglise et de l'Etat avait

des conséquences importantes, constitutionnelles et juridiques, dans le royaume de Sicile comme dans tout l'Occident bien qu'en Sicile la balance fût plus lourdement chargée en faveur de l'Etat qu'elle ne l'était ailleurs.

Outre les limites légales opposées au pouvoir et à l'autorité du roi par la dualité de juridiction entre les cours ecclésiastiques et temporelles, il y en avait d'autres provenant de la dualité de juridiction, dans le domaine séculier, entre les cours féodales et royales. Le roi avait sévèrement restreint la juridiction féodale, particulièrement en lui retirant pour les porter devant les cours royales les affaires impliquant des atteintes graves commises par des laïcs ainsi que nombre de différends portant sur les tenures libres. Néanmoins, pour les infractions mineures et nombre d'affaires civiles, chaque seigneur avait son propre tribunal, auquel ses tenants prenaient part. Cela signifiait que, pour une large part, le gouvernement local, hors des cités, était aux mains des seigneurs féodaux, administrant conformément au droit domanial (*manorial*).

Au surplus, les relations de seigneur à vassal étaient gouvernées par la loi féodale qui exerçait aussi une influence modératrice sur l'absolutisme royal. Au XI^e siècle, les gouvernants normands d'Italie méridionale avaient distribué en fiefs les terres conquises entre leurs compatriotes normands, dépossédant les propriétaires précédents et créant une nouvelle aristocratie. Les principaux bénéficiaires de ces nouveaux fiefs recevaient leur domaine directement du roi comme tenants-en-chef, et se voyaient chargés de fournir un nombre déterminé de chevaliers pour les services armés. La sous-inféodation était permise, mais les sous-vassaux devaient fournir des chevaliers ou servir eux-mêmes. Les aspects contractuels de ces relations étaient fortement soulignés. Le montant de services dû par le tenant au seigneur devait être clairement spécifié avant la délivrance du fief. Des distinctions soigneuses étaient tracées entre divers types d'obligations féodales.

Les cours seigneuriales avaient compétence pour résoudre les différends entre seigneur et vassal. Le tribunal royal pouvait siéger lui-même comme cour féodale, avec les chefs-tenants participant comme assesseurs. En tout cela, la Sicile normande suivait un schéma remarquablement similaire à celui observé par les gouvernants normands en Angleterre et en Normandie. Le monarque sicilien dominait ses chefs-tenants et aussi leurs tenants en second dans une mesure considérablement plus étendue que leurs analogues anglais. Néanmoins, le système féodal du royaume de Sicile (et spécialement en Apulie où l'autorité centrale s'était établie bien plus progressivement, et où il y avait une multiplicité de petits fiefs) comme le système féodal en Angleterre et en Normandie, et de même en France, en Allemagne et ailleurs en Europe, combinait éléments centralisés et décentralisés, les maintenant simultanément grâce aux institutions et aux procédures légales.

L'autorité judiciaire du roi était exercée directement par sa grand cour (*magna curia*), consistant en lui-même et les principaux officiers de sa maison, avec divers dignitaires laïcs et religieux. Toutefois, il y avait aussi, presque depuis le début, des juges professionnels, hérités du gouvernement byzantin. Roger II utilisa aussi des

juges locaux de profession (*justiciars*) dans les villes et introduisit des juges professionnels dans la *curia* royale. Les professionnels en vinrent à jouer un rôle prépondérant, et à partir de 1168, le rôle exclusif dans la cour royale centrale²¹. Roger II institua aussi des justiciers professionnels au niveau provincial.

En 1140 de tels justiciers dont beaucoup étaient évêques ou archevêques, siégeaient dans toutes les subdivisions majeures du royaume. Il est manifeste qu'ils étaient affectés par groupes, pour plusieurs années, à telle ou telle région²². Ils avaient juridiction sur les crimes et délits majeurs, incluant le vol, le cambriolage, les violences de grand chemin, le viol, l'homicide, les ordalies, la diffamation criminelle et l'incendie (les infractions mineures étaient jugées par des fonctionnaires royaux moins importants, les baillis). En plus, la compétence des justiciers provinciaux s'étendait aux différends d'ordre civil sur les terres ou sur les vilains, et les plaintes pour exactions contre les fonctionnaires royaux (les baillis connaissaient des affaires civiles qui ne touchaient pas aux tenures féodales).

Charles Haskins estime que « l'on ne discerne pas de différence entre les causes qui venaient devant la *magna curia* et celles soumises aux justiciers provinciaux, de sorte que probablement c'étaient deux formes de la même juridiction royale, mais que la plainte dans le premier cas était adressée à la *magna curia*, tandis que dans l'autre les justiciers agissaient sur le vu d'un bref royal »²³.

La procédure des diverses cours du roi (centrale, provinciales, locales et urbaines), au XII^e siècle et dans l'Italie normande, diffère selon les types de procès. Elle présente aussi des traces des diverses traditions, normande, lombarde, byzantine et arabe. Sous l'influence lombarde, des notables laïcs locaux étaient appelés à servir de conseils du tribunal dans certains cas de procès. Les ordalies germaniques par le feu et l'eau ainsi que la *compurgation* par douze témoignages d'adjuvants étaient aussi employées, de même que le combat judiciaire normand.

Cependant, sous l'influence de la nouvelle procédure canonique du XII^e siècle et de la nouvelle science juridique scolastique, Roger II avait aussi introduit une procédure d'instruction dans laquelle le juge interrogeait des témoins, même en dehors de ceux cités par les parties, et examinait les preuves écrites. L'article 22 des Assises d'Ariano prescrivait qu'une « enquête diligente devra examiner les arguments, les témoignages, les preuves écrites et les autres indices de la vérité » et que le juge devra tenir compte non seulement des éléments de preuve présentés par le procureur, mais « se tenir à égale distance entre chaque personne de façon à ne rendre jugement que suivant toutes les évidences soigneusement explorées ».

Il y a là un très précoce exemple de l'instauration d'un système rationnel de preuve dans les cours de justice royales d'Europe. Assurément, à l'époque carolingienne, la preuve par enquête, dite inquisitoire, avait aussi été utilisée, mais dans une forme beaucoup plus primitive et pour établir les faits dans un genre de causes bien plus restreint, et seulement dans la cour du roi même ou celle d'un dignitaire ecclé-

siastique ou féodal spécialement désigné. Les Assises d'Ariano, au contraire, établissaient une procédure bien plus élaborée et étendue à une substantielle variété de causes dans toutes les cours qui avaient une telle juridiction. De plus, la procédure était applicable, non seulement dans la phase du procès comportant la preuve des éléments de l'infraction, mais aussi dans les affaires criminelles dès la phase de la citation à comparaître où il s'agit de découvrir le probable accusé ²⁴.

Le développement du droit royal en Italie normande

Durant un siècle et demi, environ, entre l'avènement du roi Roger II en 1112 et la mort de son petit-fils Frédéric en 1250, les monarques d'Italie méridionale comptèrent constamment parmi les gouvernants les plus puissants, les plus riches et les plus cultivés de l'Europe occidentale. Leur succès dans ces ordres d'idées était dû en grande partie au génie de leurs institutions gouvernementales et juridiques. C'était assurément un génie autocratique, le roi restait au-dessus de la loi non seulement en pratique mais même en théorie. Il n'y avait en Sicile normande rien de semblable à ce qui s'appela par la suite en Angleterre *rule of Law* (suprématie du Droit) puis en Allemagne *rechtsstaat* (état de Droit). Il y avait toutefois une grande adhésion au gouvernement « au moyen du Droit ».

De plus, la loi par le relais de laquelle l'autocrate royal gouvernait, était conçue comme ayant pour fonction de maintenir non seulement l'ordre mais aussi la justice. Et on la concevait comme un système en voie de développement continu, un système qui croissait avec le temps. Les successeurs de Roger édifièrent sur les fondations posées par lui, émettant périodiquement de nouvelles lois pour répondre à des circonstances nouvelles, tout en maintenant les principes de base du système d'ensemble.

Frédéric II, qui hérita du royaume de Sicile en 1197 à l'âge de trois ans et commença à régner en 1208 à l'âge de quatorze ans, compléta l'œuvre de centralisation et de bureaucratisation de l'autorité étatique que son grand père maternel, Roger II, avait commencée (son grand père paternel était l'empereur Frédéric Barberousse et son père l'empereur Henri VI ; lui-même fut couronné empereur Frédéric II en 1220). Parmi les réformes de Frédéric II, figura la confiscation de tous les châteaux de son royaume d'Italie méridionale, tant dans l'île de Sicile que sur la péninsule, transformant ces forteresses et ces résidences privées en places fortes d'état gérées par un ministère de la défense et occupées par de petites garnisons ²⁵. Il transforma aussi tous les officiers de gouvernement en un corps de fonctionnaire royaux et paya leurs salaires, de même que toutes les dépenses de gouvernement par le produit de droits de douane, d'impôts et de monopoles royaux. Il fonda l'université de Naples avec mission expresse de former les fonctionnaires. Il promulgua une législation intégrante et étendit le pouvoir judiciaire chargé de la faire appliquer.

Frédéric II était qualifié par ses contemporains européens *immutator mundi* (transformeur du monde) et *stupor mundi* (étonnement du monde). C'était réelle-

ment un homme d'un dynamisme extraordinaire et de stupéfiantes capacités, probablement l'une des personnes les plus talentueuses qui aient jamais vécu. Outre qu'il était un chef militaire hors de pair, un homme d'Etat et un législateur, c'était un vrai savant, spécialement en mathématiques, en anatomie et en zoologie, un penseur spéculatif, un architecte, un poète qui écrivait des poèmes chantés en italien vernaculaire, deux générations avant Dante, et l'auteur d'un traité de fauconnerie qui a réputation du meilleur ouvrage écrit en la matière. L'on dit qu'il parlait, outre l'italien, le français, l'allemand, l'arabe, le latin et le grec. Ces qualités de civilisation sont toutefois mêlées avec une extrême dureté de cœur, une insensibilité barbare non seulement envers ses adversaires mais contre des innocents, parfois pour satisfaire sa curiosité de physiologiste. La brutalité de son tempérament se manifeste aussi dans son appétit illimité de pouvoir et sa conviction d'être destiné à régner absolument sur la chrétienté.

A des degrés divers, plusieurs de ces traits de caractère contradictoires se reflètent dans sa codification des lois du royaume de Sicile, promulguée en 1231, qu'il dénomma lois augustales (*leges augustales, institutiones augustales*). Dans les temps modernes, on les a le plus souvent appelées *Liber Augustalis* et parfois constitutions de Melfi.

Le *Liber Augustalis* est une codification beaucoup plus large et systématique que les Assises d'Ariano. Il contient 253 articles (appelés « titres ») et couvre 150 pages dans une version moderne imprimée²⁶. Il comporte un préambule et trois « livres » dont le premier est consacré essentiellement à des questions d'ordre public dont la loi positive criminelle, l'administration de la justice, la procédure civile préliminaire. Le second à la procédure civile et criminelle, et le troisième à la loi positive, y compris le droit de propriété royal et féodal, suivi de quelques délits divers. L'ensemble est destiné à servir de « miroir de perfection pour qui regarde dedans, l'envie de chaque prince, le modèle de tout royaume »²⁷. Cependant, il visait aussi, et il y parvint, à permettre de s'enraciner dans les circonstances historiques du royaume de Sicile et à répondre aux nécessités pratiques du gouvernement.

La conception occidentale moderne du Droit en tant que système organiquement évolutif, se traduit dans le fait que le *Liber Augustalis* incluait soixante-trois articles expressément attribués aux principaux prédécesseurs de Frédéric sur le trône de Sicile, Roger II, Guillaume I^{er} et Guillaume II. De plus, il fut complété par de nouvelles lois de Frédéric II, insérées à titre de « Nouvelles ».

Un exemple de la façon dont le *Liber Augustalis* bâtissait sur le fondement de la législation antérieure existe dans deux de ses dispositions concernant le statut des femmes. La première est une loi attribuée à Roger II, qui pose : « Nous décidons de l'équité des lois pour les femmes qui ont été lésées à cause de la faiblesse de leur sexe, en ordonnant qu'elles soient aidées par nous, de même que par nos officiers, du mieux de leurs possibilités autant qu'il est décent et nécessaire » (livre 2, titre 41). Cette citation est suivie par un texte beaucoup plus long de l'empereur Frédéric,

commençant par ces mots : « Afin de dissiper l'obscurité de la loi que le divin roi Roger, notre grand-père, promulgua concernant la restitution du statut légal des femmes, nous ordonnons », (ensuite, la nouvelle loi distingue entre) « le tort fait à des femmes par la négligence ou la fraude de leur tuteur ou défenseur en justice, et les torts éprouvés par des femmes qui étaient adéquatement représentées et qui n'étaient pas dus à leur faiblesse de femmes ». Elle énumère aussi des types spécifiques de causes où les femmes doivent être protégées contre les conséquences d'actes illégaux commis par elles « du fait de l'ignorance de la loi » ou par « ignorance consécutive à la faiblesse de leur sexe » (livre 1, titre 44).

Un autre exemple de continuité et de développement est la reproduction d'une loi très brève du roi Roger interdisant aux nobles, tant séculiers qu'ecclésiastiques, d'aliéner ou d'amoindrir des propriétés ou droits royaux (livre 3, titre 1), suivie d'une loi de Frédéric qui commence ainsi :

« Afin d'amplifier la constitution émise par notre grand-père le roi Roger, de divine mémoire, à propos des diminutions interdites de fiefs et propriétés féodales, nous ordonnons que toutes aliénations ou contrats de n'importe quelle sorte soient de nul effet absolument, s'ils n'ont été confirmés par une licence spéciale de notre majesté ». Le texte de Frédéric poursuit en déclarant que « tous serments ou pénalités insérés dans de tels contrats n'auraient aucune validité, et que tout jugement prononcé par qui que ce soit d'autre qu'un justicier, porté sur de telles conventions et de telles négociations, devrait être invalidé. Toutefois, une exception est prévue pour que les barons ou chevaliers puissent disposer par héritage, pourvu que les rentes et services dus d'après l'ancienne coutume ne soient pas diminués » (Livre 3, titre 5).

Un troisième exemple de l'évolution du Droit se trouve dans le *Liber Augustalis* et porte sur le permis d'exercer exigé des médecins. Une loi du roi Roger stipulait que personne ne pouvait devenir médecin sans être examiné par des fonctionnaires et juges royaux, « de sorte que les sujets dans notre royaume ne puissent pas être utilisés pour des expériences de médecins inexpérimentés » (livre 3, titre 44). A cela Frédéric ajouta l'exigence que le candidat médecin « soit approuvé dans un examen public à l'appel des maîtres de l'université de Salerne » et ensuite qu'il présente des certificats de capacité et de connaissances suffisantes tant des maîtres de Salerne que de délégués du roi choisis à cet effet pour obtenir une « licence de guérir » délivrée par le roi ou, en son absence, par la personne qui le remplace. La pénalité pour violation de cette loi était la confiscation des biens et un an de prison.

Parallèlement à ces similitudes qu'il présentait, avec le concept moderne du Droit, comme un corps en croissance, un système évolutif de principes, de règles et de procédures, le *Liber Augustalis* reflétait aussi le concept moderne de la loi comme une unité complexe fondée sur une synthèse et une conciliation d'éléments opposés. Il était dessiné par des hommes entraînés dans la science scolastique de Bologne. Le texte même se réfère au fait que les lois qu'il rassemblait avaient été

« compilées par maître Pierre de la Vigne, de Capoue, juge à notre grand cour » dont on sait qu'il avait étudié à Bologne où il avait été protégé par l'archevêque Jacques de Capoue, lui-même professeur de Bologne. Nombre de termes du vocabulaire juridique et des thèses exposées dérivent de textes de Justinien glosés et commentés par des savants juristes contemporains. « Pourtant ce serait une erreur sérieuse » a dit James M. Powell, « de ne considérer le *Liber Augustalis* que comme une simple adaptation du droit de Justinien. En réalité, la technique de compilation suggère qu'il n'en est rien. L'approche avait été de chercher la loi chez les anciens (*virī antiquorum*) du royaume et tout autant dans la pratique de la cour. Comme le montrent les constitutions, la tâche des compilateurs était de dégager la loi commune et de la transformer en droit royal ». Mais, ajoute Powell, « s'il n'en existe pas qui couvre la totalité du royaume, la tâche est d'en créer une »²⁸.

Le texte, encore, emploie l'expression *common law* pour évoquer aussi bien le droit romain que la loi lombarde. De plus, souligne Powell, la tradition de la loi normande et celle des lois canoniques fournissaient des sources où puisa le compilateur du *Liber Augustalis*. Par-dessus tout, il était « mû par l'esprit scolastique qui imprégnait la vie intellectuelle de l'époque pour chercher à résoudre des différences entre la tradition légale existant dans le royaume, et d'en distiller le savoir et celui de ses associés, probablement des membres actifs du tribunal, en sorte d'en constituer un corps de droit unifié..., la force inspiratrice de ce modelage résidant dans les besoins politiques concrets et dans la nécessité de faire face au conflit social interne qui confrontait la monarchie sicilienne »²⁹.

Un besoin majeur politique de cette monarchie était de donner son expression légale au vaste accroissement du pouvoir royal qui s'était produit depuis 1231. Le *Liber Augustalis* se sépare de l'esprit et de la théorie de la révolution papale en présentant le roi comme un personnage à l'autorité illimitée. Le préambule déclare que « les princes des nations » sont « juges de vie et de mort sur l'humanité », et « exécuteurs en certaine manière de la divine providence » qui ont pouvoir de « décider... combien chaque homme doit posséder de fortune, de domaine et de statut ». Il déclare aussi que les princes « rendent compte » à Dieu, implicitement à lui directement, de la protection qu'ils doivent à la sainte Eglise.

Ailleurs, Frédéric avait déclaré : « Comme Dieu le Père est manifesté par le Christ, de même la justice est manifestée par l'empereur. Comme Dieu à travers le Christ, la justice est manifestée à travers l'empereur. Comme le Christ a fondé son Eglise, de même l'empereur a fondé son empire »³⁰. L'Eglise, dans ce concept, dans la mesure où c'est une institution visible, est à l'intérieur de l'empire, et tous les pouvoirs temporels de l'Eglise sont subordonnés à l'empereur. Frédéric ne défia pas seulement le pouvoir temporel de la papauté mais le combattit par la force des armes. En 1228 il lança sa propre croisade à l'encontre des ordres du pape et, après avoir conquis Jérusalem, il retourna mettre en déroute une armée papale qui avait envahi son royaume d'Italie méridionale pendant son absence. Il combattit également l'autorité pontificale dans les cités du nord de la péninsule dont il était empe-

reur. En 1245, le pape Innocent IV le déclara formellement « rejeté par Dieu », déchu de l'autorité impériale, et mis hors la loi.

Cependant, bien qu'il affirmât que son autorité royale était absolue, la législation de Frédéric reconnut l'autonomie continuée de la loi féodale et de la loi ecclésiastique, mais non du droit urbain. A l'égard du droit féodal, le *Liber Augustalis* disposait que « afin que leur honneur soit entièrement respecté pour.... comtes, barons et autres chevaliers, nous réservons leur jugement à leurs pairs ». Comtes et barons devaient rendre leurs jugements « conformément à nos lois sacrées, ou à défaut suivant les coutumes agréées du royaume ». (Livre 1, Titre 47). Des pénalités plus élevées étaient infligées aux non nobles qui enfreignaient les droits d'un noble, et le serment d'un noble avait plus de poids dans les procès pour dettes (Livre 1, titre 101).

Les droits de douaire des veuves étaient protégés contre leurs supérieurs dans la hiérarchie féodale (Livre 3, titre 16). Des aides pouvaient être exigées des vassaux pour payer la rançon de leur seigneur, lorsque leur fils était armé chevalier, au mariage de ses filles et de ses sœurs, et aussi quand il achetait une terre pour le service du roi ou pour son armée (Livre 3, titre 20). Un seigneur pouvait dessaisir un vassal qui refusait de fournir un gage pour lui ou de se porter garant pour lui dans une démarche légale ou qui commettait une félonie contre lui, ses enfants ou son épouse. « Dans le cas inverse, si un seigneur refusait de fournir un gage pour son vassal accusé dans une affaire pénale qui ne touche pas à la majesté royale, ou s'il le frappe sans raison ou commet l'adultère avec sa femme, ou a violé sa fille sans son consentement, le lord sera déchu de son hommage et le vassal relèvera directement de notre cour » (Livre 3, titre 19).

En ce qui concerne l'Eglise, le *Liber Augustalis* conserva la loi promulguée par le roi Guillaume II, qui accordait un large privilège au clergé, stipulant que « si un clerc dans notre royaume entier devait être accusé d'un acte commis en public, pour lequel une personne doit être appelée en jugement et condamnée, ce clerc devra être jugé non par nous ou notre cour mais par l'Eglise et devant le tribunal ecclésiastique... de plus il doit être condamné selon les canons et le droit ecclésiastique, à moins que quelqu'un l'ait accusé de trahison ou d'autre crime majeur du même ordre, qui relève de notre cour » (Livre 1, titre 45). Les procès civils contre des clercs impliquant des terres de l'Eglise détenues par eux, sont de même sous la juridiction seulement des tribunaux ecclésiastiques. Mais si la terre en question est détenue par des clercs, sans faire partie des terres de l'Eglise, le procès doit être porté devant le tribunal de celui qui en avait concédé la tenure (Livre 1, titre 68).

Une autre loi du roi Guillaume II concernant le clergé, qui fut consignée dans le *Liber Augustalis*, décidait que seuls, ceux des vilains qui étaient personnellement en servitude, devaient être exclus d'entrer dans le clergé mais que « si quelqu'un doit service en raison d'une possession ou d'un bénéfice, et désire se faire clerc, cela doit lui être permis même sans l'agrément de son seigneur, après qu'il ait remis aux mains de ce dernier ce qui lui avait été concédé » (Livre 3, titre 3).

Le droit urbain n'est évoqué par le *Liber Augustalis* qu'en de rares endroits et alors généralement de façon négative. Les villes (communes) qui créent des *podestàs*, des consuls et d'autres officiers, en vertu d'une coutume quelconque ou par l'élection des populations, devront « subir désolation perpétuelle, et tous les hommes de cette cité devraient être traités comme travailleurs forcés à perpétuité.... et quiconque aura accepté une des susdites fonctions devrait être puni de mort » (Livre 1, titre 50). Dans le même sens, des privilèges qu'avaient reçus les villes de Messine, Naples, Aversa, Salerne et d'autres, et des coutumes par lesquelles les résidents de ces villes avaient permission de se soustraire à la juridiction des cours royales, centrale et régionales étaient désormais nulles et sans validité. (Livre 1, titre 106) De plus, toute commune qui était citée en justice devait comparaître sous peine d'amende pour contumace (Livre 1, titre 107).

En prohibant l'instauration de gouvernements municipaux, le *Liber Augustalis* exposait : « Nous désirons que, partout dans ce royaume, il n'y ait que les officiers et magistrats établis par notre majesté ou selon nos ordres, maîtres justiciers, justiciers, chambellans, baillis et juges » (Livre 1, titre 50). Dans cette liste, tous étaient des juges, excepté le chambellan qui était un fonctionnaire de finances, mais lui-même avait certains devoirs judiciaires. En fait l'établissement d'un gouvernement royal central s'est trouvé relié étroitement, en Sicile Normande comme ailleurs en Europe aux XII^e et XIII^e siècles, à l'expansion du système judiciaire tout autant qu'à la rationalisation de la machinerie financière centrale. Ici, Frédéric bâtissait sur ce que Roger avait commencé et que ses successeurs au trône avaient continué.

Le Livre 1 du *Liber Augustalis*, qui est consacré surtout à l'ordre public, débute (titre 1) par une dénonciation de l'hérésie qu'il classe comme un « crime public » comparable à la trahison. Pour une raison quelconque, la trahison ne fait pas l'objet d'un article spécial; elle est seulement évoquée comme étant même « encore plus horrible (que l'hérésie) parce qu'il est reconnu que quelqu'un a tenté de porter atteinte à la divine majesté ». La comparaison est poursuivie au titre 4, qui fait un crime « comparable au sacrilège » de discuter sur les « décisions, actes, constitutions et plans (du roi), ou « si celui qu'a choisi le roi en est digne » (c'était là une loi du roi Roger, confirmée par ses successeurs).

Les autres crimes dont il est question dans le Livre 1 sont des crimes de violence et des crimes commis contre, ou par, des fonctionnaires royaux. Il y est fortement recommandé aux victimes de recourir aux tribunaux plutôt qu'à l'autodéfense. Un droit de défense leur est reconnu, mais il faut qu'elle soit employée sur-le-champ et qu'elle soit proportionnée à l'attaque. Il leur est aussi permis de tuer un intrus nocturne, en même temps que l'on crie « haro » sur lui. Autrement, le droit de défense « reconnu par le droit des nations » doit revêtir la forme d'une poursuite en justice, soit par la victime soit par le ministère public.

Il est interdit de porter des armes tranchantes (dont la liste est donnée) ou de porter une cotte de mailles, sauf aux membres de la cour quand ils s'y rendent ou en reviennent. Les chevaliers et les citoyens peuvent porter l'épée lorsqu'ils chevauchent

pour leurs affaires hors de la localité où ils habitent. Frapper quelqu'un avec une arme prohibée est puni de la perte d'une main. Le meurtre est puni de mort, à l'arme blanche s'il est chevalier ou plus haut placé, et par pendaison s'il est de statut inférieur à chevalier. L'enfance et la déraison sont des excuses pénales. La dessaisie violente d'une terre ou autre immeuble est passible d'amende de la moitié de la valeur de la propriété ôtée, pour des biens meubles, de quatre fois leur valeur. La personne dessaisie a recours contre celui à qui le bien a été transféré, même ignorant de la violence commise.

Les personnes victimes de pertes par vol, fraude ou violence, ont titre à la restitution de ce qu'elles ont perdu. Si les coupables ne peuvent être retrouvés, ce qui arrive notamment parce qu'ils sont cachés par les habitants du lieu, « la restitution incombe aux hommes de l'endroit où le délit a été commis ». Cette loi a été prise en partie pour protéger les juifs et les sarrasins « contre lesquels nous estimons que la persécution exercée par les chrétiens est trop grande actuellement ». La torture, dit-on, peut avoir été employée comme un moyen exceptionnel pour extorquer des informations concernant la dissimulation des coupables de tels méfaits (Livre 1, titre 27) (ce passage du *Liber Augustalis* est le seul où il soit fait mention de torture).

Le détournement de fonds publics par des fonctionnaires royaux ou des juges est rendu punissable de mort ; les négligences, pertes ou dégradations de biens publics par un fonctionnaire sont punissables de sanctions moindres « à la clémence du roi » (Livre 1, titre 36, loi du roi Roger).

Les caractères importants ci-après du système sicilien d'administration de la justice sont décrits dans le Livre 1 du *Liber Augustalis* :

1) Les justiciers reçoivent juridiction sur les larcins, les vols considérables, la destruction de maisons, les insultes intentionnelles, l'incendie, l'abattage d'arbre fruitier ou de vigne, sur l'agression d'une femme, les duels, les crimes de trahison, les armes tranchantes « et généralement tout crime pour lequel le coupable encourt la mort ou la mutilation ». Ils avaient aussi compétence pour les affaires civiles où avait eu lieu un déni de justice par des chambellans et baillis ou par des seigneurs féodaux. Cependant, certaines des plus importantes affaires civiles ou criminelles étaient réservées à la cour de justice du roi lui-même (titre 44).

2) Les juges devaient être rémunérés par la cour du roi et devaient ne rien recevoir des parties durant la procédure, « à l'exception de nourriture et boisson pour eux-mêmes ou pour un autre, et une seule fois ». Cependant, après décision ou règlement du litige, les juges devaient recevoir un trentième du montant en jeu dans l'affaire ou de la valeur de la propriété, estimée par les deux parties. Il y avait aussi des circonstances où, à la place du trentième ou s'y ajoutant, ils devaient en recevoir le centième ou le soixantième (titre 73).

3) Seules les personnes examinées par les juges à la cour du roi et agréées par le roi avaient permission de plaider comme avocats devant cette cour. De même les

avocats étaient requis de se faire examiner et agréer par les justiciers régionaux (titre 83).

4) Les justiciers étaient requis de prêter serment « que avec Dieu et la justice devant les yeux, ils feront justice sans fraude envers tous plaignants et auront soin d'expédier les parties aussi rapidement que possible » (titre 46). Chambellans et baillis devaient prononcer des serments beaucoup plus détaillés (titre 62).

5) Les conseils des parties (*advocati*) étaient requis, devant tous les tribunaux, avant d'entrer en fonctions et par la suite chaque année, de prêter le serment suivant devant les justiciers : « Ils devront avoir soin d'assister les parties dont ils acceptent de prendre la défense, en toute sincérité et vérité, sans aucun subterfuge. Ils ne les instruiront pas des faits de la cause. Ils ne feront aucune allégation contraire à leur vraie connaissance et ils ne se chargeront pas de causes indéfendables. S'ils prennent parfois des causes qui sont faussées par les mensonges d'une partie, dont la cause leur a d'abord paru juste, et au cours du jugement ou par un fait ou en droit leur paraît plus tard injuste, ils se désisteront immédiatement de la défendre.... Ils jureront aussi de ne chercher aucun supplément d'honoraires pendant le cours du jugement et de ne pas entrer en des accords concernant la partie adverse. Toute violation de ce serment encourait une amende de « trois livres d'or le plus pur » (titre 84).

Le Livre 1 s'achève par une série de dispositions sur l'ouverture d'une session, spécialement en matière civile ; chaque procès civil ou criminel devait commencer par un bref, appelé lettre de citation, adressée au défendant ou accusé par le justicier ou le bailli. « Ces lettres devaient indiquer clairement devant qui, par qui, et pour quelle affaire, ainsi que la sorte de litige soulevé, et la période de temps dans laquelle la personne convoquée devra comparaître, en personne s'il s'agit d'une poursuite pénale, ou soit en personne soit par représentant si la plainte est d'ordre civil. Il devra y avoir une citation péremptoire avec un délai de trente jours au plus. Si la personne convoquée vit en dehors du royaume, la citation devra comporter un délai de soixante jours au plus » (titre 97). Si l'endroit où se trouve le défendant est inconnu ou ne permet pas de le joindre, la citation pourra être remise là où habite sa femme ou de proches parents. « Mais si la maison n'est pas ouverte à celui qui cherche à remettre la convocation, nous ordonnons qu'elle soit placée sur le seuil en présence d'une personne officielle ou de deux ou trois témoins » (titre 98). Suivent alors plusieurs stipulations de pénalités pour contumace et non observance des délais prescrits.

Les problèmes les plus épineux à résoudre pour le nouveau système d'ouverture de la procédure, en justice royale, aux XII^e et XIII^e siècles, étaient : comment amener à comparaître un justiciable récalcitrant, comment l'informer de façon adéquate de ce qui lui reproché, quelle latitude ménager aux parties qui sont désireuses de recourir à la procédure judiciaire ? Ce qui frappe particulièrement dans les solutions adoptées dans le *Liber Augustalis*, c'est leur modernité. Frédéric allait beaucoup plus avant que le point acquis dans le reste de l'Europe à son époque.

Par exemple, en ce qui concerne les citations péremptoires, en Angleterre, il fallut des siècles pour résoudre le problème des motifs judiciairement admissibles pour ne pas répondre à une action civile. Quant à la lettre de mise en demeure précisant « pour quelle affaire » et « quelle sorte de litige soulevé », en Angleterre et en Amérique, il fallut arriver aux XIX^e et XX^e siècles pour venir à bout de définir des « formes d'actions » stéréotypées. A propos de la notification par dépôt au seuil de la résidence, l'on rappelle le procédé astucieux de l'huissier d'une très grande ville contemporaine qui s'arrangea pour faire atterrir le pli aux pieds du défendant rétif qui s'était complètement dissimulé derrière une barrière.

Les interrogatoires de témoins et l'examen des preuves écrites et autres constituaient dorénavant le seul mode de preuve en matière civile ; l'épreuve par combat ou ordalies en fut éliminée. L'innovation qu'apportait le passage à l'instruction « inquisitoire » souleva vraisemblablement quelques difficultés car une disposition spéciale fut introduite pour décourager les personnes « qui parfois perturbent les audiences par leurs cris tumultueux ». « Nous ordonnons qu'à l'avenir les parties et autres présents aux procès, observent la paix nécessaire à la justice et le respect dû au magistrat qui dit le Droit. Ils ne devraient pas affirmer leurs arguments ou demander quelque chose sans en avoir obtenu la permission de celui qui préside au débat... Si un avocat auxiliaire de la partie principale rappelle quelque point de loi ou quelque fait, pendant que l'avocat a la parole, il doit avoir soin de le lui dire à voix basse à l'oreille. Mais si quelqu'un a été appelé à l'ordre trois fois par le bailli ou par le juge et ne se tait point..., il paiera à notre cour un *augustalis* s'il est un paysan, mais deux si c'est un bourgeois ; s'il est chevalier, quatre, si c'est un baron, huit, et un comte, seize. Tous nos officiers doivent savoir que s'ils dispensent de cette sanction, par faveur pour quelqu'un, nous la prélèverons entièrement sur leurs propres biens ». « Le respect de la justice exige le silence » (titre 32).

Alors que le Livre 1 s'achève sur la contumace en procès civil, le Livre 2 s'ouvre sur la contumace en procès criminel. Il continue par la procédure de mise en accusation, apparemment par une enquête du justicier-maître de la grand cour, ou des justiciers de cours régionales. Cette enquête était ouverte lorsque des personnes étaient suspectes ou accusées par d'autres. Elle était facilitée par l'enregistrement dans les archives de la cour royale des noms de celles qui avaient été exilées ou bannies ou notoirement douteuses, et de leurs fils (titre 5) La tromperie ou la fraude dans les opérations judiciaires, appelée calomnie, était un délit punissable. « Les juges... devront... condamner les accusateurs ou dénonciateurs qu'ils prennent en flagrant délit de calomnie, à la même peine qui serait prononcée contre celui qu'ils accusent s'ils prouvaient sa culpabilité » (titre 14).

Une fois que le problème est posé, dans une affaire civile ou pénale, le plaignant ou l'accusateur « doit ou bien exposer en personne ou par son avocat, ou bien proposer par écrit, le même jour ou le lendemain au plus tard, tout ce qui vient à l'appui de ses dépositions. Le défendant devra en même temps exposer en personne ou par écrit ou par son avocat, toutes ses défenses pertinentes » (titre 24). Les deux parties devaient être alors interrogées par le juge qui, à sa discrétion, pouvait requérir de la

personne qu'il interrogeait, « de s'engager sous le sceau sacré du serment, selon ou bien le rang de cette personne ou bien la nature de la cause ou bien s'il soupçonnait que quelqu'un a menti » (titre 31). Le procès par ordalie était totalement aboli (titre 31), le combat judiciaire également excepté dans très peu de cas (titre 32), notamment pour les traîtres, les meurtriers par surprise et les empoisonneurs (titre 33). Le nombre de témoins requis pour prouver une accusation criminelle contre un comte dépendait de la classe des témoins, deux comtes, quatre barons, huit chevaliers, seize bourgeois mais contre un baron, deux barons, quatre chevaliers, huit bourgeois et ainsi de suite (titre 33).

Le Livre 2 se termine par une disposition intitulée « Comment la preuve doit être présentée en appel ». Les premiers mots sont : « Nous désirons mettre en terme aux discussions entre avocats » L'essentiel de la décision est qu'une preuve ne peut être invoquée en appel s'il ne s'agit pas d'un indice nouveau que l'appelant ne connaissait pas lors de la première instance.

Le Livre 3 traite, au début, de la relation entre la propriété royale et la propriété féodale. Il va sans dire que les restrictions imposées par le droit royal étaient substantielles. Frédéric interdit à tout comte, baron ou chevalier, ou à tout autre tenant en chef d'une baronnie ou fief de la couronne, de se marier sans permission royale ou de donner en mariage une femme ou un fils, avec un don de bien meuble ou immeuble « nonobstant la coutume inverse que l'on dit avoir été observée dans certaines parties du royaume » (titre 23). Il décréta aussi que « lorsqu'un comte ou un baron a suivi la route de toute chair, que leur fils ou petit-fils se garde de recevoir le serment des hommes (il s'agit des vassaux du défunt) à moins d'avoir au préalable, selon l'usage, obtenu licence et mandat de notre excellence pour recevoir ces serments » sous peine de confiscation du comté ou baronnie et fief avec tout ce qui subsiste de biens meubles et immeubles (titre 24).

Les quelque cinquante dernières dispositions du Livre 3 du *Liber Augustalis* traitent de sujets divers, dont plusieurs présentent un grand intérêt :

1) Pour protéger la qualité sanitaire de l'air, il est prescrit d'interdire le rouissage du lin ou du chanvre dans les eaux situées endéans d'un mile de toute cité ou château. L'inhumation des morts non incinérés et placés dans des urnes doit se faire à une profondeur suffisante, les cadavres d'animaux et rebuts doivent être jetés à un quart de mile hors du district, ou dans la mer ou une rivière (titre 48).

2) Les artisans étaient requis de fabriquer des produits adaptés à l'usage que l'on compte en faire, aux bouchers et aux poissonniers, il était interdit de vendre des produits avariés, aux taverniers et aux marchands de vin, de vendre comme pur du vin coupé d'eau, et personne ne devait travailler de l'or ou de l'argent contenant une proportion de métal pur inférieure à un certain poids par livre. De surcroît, une procédure fut établie pour dénoncer publiquement ces fraudes, avec des pénalités graduées pour récidives, commençant par une amende pour un premier délit, (ou des verges si l'artisan ou le détaillant était trop pauvre pour la payer), puis l'amputation

d'une main pour le second et la mort sur le gibet pour le troisième, avec les mêmes peines pour le fonctionnaire qui, par influence ou corruption, manquait à dénoncer ces fraudes (titre 49).

3) Un système unique de poids et mesures fut imposé aux marchands dans le royaume entier (titres 50 et 51).

4) Les pénalités appliquées aux marchands vendant des produits avariés ou prohibés ou trichant sur le poids ou la mesure étaient doublées lorsque la victime était un étranger (titre 52).

5) Les personnes vendant des philtres d'amour ou des aliments nuisibles, ou qui pratiquaient des exorcismes illicites, étaient punies de mort si elles avaient causé la mort ou fait perdre la raison par ces pratiques, mais si leurs acheteurs n'étaient pas lésés, le vendeur était quand même puni de confiscation de leurs biens et d'un an de prison.

Frédéric ajoutait : « Bien qu'il puisse sembler frivole à ceux qui savent la vérité et la nature des choses... que l'esprit des gens puisse être poussé par un aliment ou une boisson, à éprouver de l'amour ou de la haine, à moins qu'un soupçon pervers de celui qui le consomme ne l'induisse à de tels sentiments, néanmoins, nous ne sommes pas disposé à laisser impunie la présomption insensée qui a conduit cette personne à souhaiter au moins nuire à autrui, même si la chose était impossible » (titre 73).

LE DROIT ROYAL EN ANGLETERRE

En 911, Rollon (Rolf) le Nordique et ses compagnons, cessèrent leurs raids sur la côte française et, avec la bénédiction de l'empereur germanique, s'établirent sur le cours inférieur de la Seine. Au bout d'un siècle, les Normands, ayant assimilé les institutions franques, y compris le Droit et le langage, commencèrent à faire preuve d'un génie pour les exploits militaires ainsi que pour les alliances politiques et l'art du gouvernement.

En 1047, le duc de Normandie, Guillaume, âgé de dix-huit ans, un descendant direct de Rollon, entama une carrière militaire et politique qui fit de lui l'un des deux ou trois dirigeants les plus puissants d'Europe. Les premières années furent employées à repousser des ennemis intérieurs et extérieurs, parmi lesquels le comte d'Anjou et le roi de France. A cette époque, Guillaume fut appuyé par le roi anglais Edouard le Confesseur, qui en 1051, étant sans enfant, fit apparemment de lui son successeur. A la mort d'Edouard en 1066, Guillaume qui avait entre temps consolidé son pouvoir en Normandie et ajouté à ses possessions la Bretagne et le Maine, débarqua sur la côte anglaise avec environ sept mille hommes, cavaliers entraînés

(beaucoup fournissaient leur monture) et défit son rival au trône, Harold, fils de Godwin.

La conquête de l'Angleterre n'était pas sans liens avec celle, à la même époque, du sud de l'Italie par d'autres Normands. Tout d'abord, ils avaient un vif sentiment de leur identité nationale, où qu'ils aillent, ils ne l'oubliaient jamais. On raconte qu'à la bataille d'Hastings, le duc Guillaume avait encouragé ses troupes en leur rappelant les exploits de leurs compatriotes en Apulie, en Calabre et en Sicile. Plus important sans doute, était leur sens d'une mission commune, tant en Angleterre qu'en Italie, les Normands arrivaient en croisés, porteurs de la vraie foi, se proclamant « les soldats du Christ ». Guillaume, comme Robert Guiscard et le grand comte Roger, était un partisan de la réforme clunisienne et, par conséquent, opposé au mariage des clercs, à l'achat et à la vente des fonctions ecclésiastiques, et à la domination seigneuriale sur le clergé.

Selon les mêmes critères, ils étaient partisans du caractère sacré de la royauté, de la prêtrise suprême du roi ou de l'empereur dans ses territoires. Cela ne les mit pas au début en opposition avec la papauté, au contraire, cela les amena à une alliance avec le pape qui avait soutenu la réforme de Cluny et commençait seulement à s'orienter vers l'affranchissement du clergé vis-à-vis du « pouvoir séculier ». La papauté, dans les décennies 1060 et 1070, accueillit avec faveur le zèle réformateur des dirigeants normands et exploita leur soutien politique dans le conflit approchant avec l'empereur. Tout comme le pape Nicolas II avait béni par avance les conquêtes de Richard et Robert Guiscard en 1059, le pape Alexandre II accorda d'avance sa bénédiction à la conquête de l'Angleterre par Guillaume qu'il qualifia de croisade pour réformer les églises corrompues d'Angleterre ³¹.

Quelques années après, le pape Grégoire VII espéra persuader les dirigeants normands tant d'Angleterre que d'Italie d'accepter les prétentions de suprématie qu'il formulait dans le *Dictatus Papae* de 1075, ce qu'ils refusèrent poliment, et il n'était pas en mesure de peser beaucoup sur leurs choix. Ils gardèrent le contrôle absolu sur le clergé dans leurs royaumes respectifs. Guillaume le Conquérant, comme Robert Guiscard et Roger, procéda aux nominations dans l'épiscopat sans consulter d'abord Rome. Il remplaça tous les évêques sauf deux, par des Normands de formation ou de pratique (son archevêque de Cantorbéry, le grand Lanfranc, était italien de naissance, comme fut le non moins célèbre successeur de Lanfranc, Anselme. Mais l'un et l'autre avaient, pendant des dizaines d'années, occupé des postes importants en Normandie avant d'être emmenés en Angleterre, respectivement par Guillaume I^{er} et par son fils Guillaume II. D'ailleurs, le Conquérant n'hésita pas à promulguer des lois ecclésiastiques obligatoires pour les églises d'Angleterre et de Normandie.

Ainsi les penchants « césaro-papistes » des rois normands d'Angleterre ne différaient pas essentiellement de ceux des rois normands d'Italie méridionale. Guillaume II (le Roux), roi d'Angleterre seule (la Normandie passa à son frère Robert au décès du Conquérant) qui régna de 1087 à 1100, violant sans ménagements les droits de l'Eglise ; et il aurait été excommunié par le pape en 1098 s'il n'avait été défendu par

Anselme. Cependant, même le tyrannique Guillaume le Roux ne chercha jamais à se faire nommer légat pontifical, alors que le sicilien comte Roger avait obtenu le poste non seulement pour lui-même mais à titre héréditaire ³². Les monarques normands d'Angleterre et de Normandie, bien qu'ils dominassent complètement l'Eglise dans leur domaine au long des deux premiers siècles après la conquête, avaient à compter avec le fait que leur population, au rebours de la Sicile, comptait de nombreux partisans du parti papal, ce qui rendait nécessaires certaines concessions à la « liberté de l'Eglise » de la part du roi s'il voulait conserver l'appui de Normands et d'Anglo-Saxons influents qui constituaient non seulement la grande majorité des classes inférieures d'Angleterre, mais encore quelques éléments des classes supérieures.

Cette division sur les limites permises du pouvoir royal sur les églises de l'Angleterre et de la Normandie eut d'importantes conséquences sur l'avenir. Elle contribua à l'effondrement de l'autorité royale pendant le règne du petit-fils du Conquérant, Etienne (1135-1154), et conduisit finalement à la fatale controverse entre le successeur d'Etienne, Henri II (1154-1189) et l'archevêque Becket. Il ne fait aucun doute que les différences socio-culturelles autant que celles politiques, entre d'une part l'Angleterre et la Normandie et d'autre part l'Italie méridionale y compris l'arrière-plan dans cette dernière des implantations grecques, byzantines et musulmanes, aident à expliquer les différences de la situation des églises entre les deux régions et, en particulier, l'impuissance de l'église sicilienne à se soulever contre le pouvoir tyrannique du grand comte Roger (mort en 1105,) du roi Roger II (mort en 1154) et de leurs successeurs.

Néanmoins, la situation légale de l'Eglise en Angleterre et en Normandie, dans la période postérieure immédiate à 1066, présentait une certaine similarité avec celle de l'Eglise du royaume normand de Sicile. Guillaume comme Roger, nommaient les évêques dans son domaine et les régentaient. Dans un décret de 1067, il déclara que le roi d'Angleterre et duc de Normandie avait le droit de déterminer si un pape devait être reconnu par l'Eglise en Angleterre et Normandie, qu'aucun concile ecclésiastique tenu dans son royaume ne devait faire du droit canonique sans son consentement, et que le roi avait droit de veto sur les pénalités ecclésiastiques imposées à ses barons ou ses fonctionnaires ³³.

Guillaume sépara les tribunaux ecclésiastiques et séculiers, en 1072 ; il ordonna que les plaids spirituels soient désormais entendus par les évêques et les archevêques dans leurs propres cours « en conformité avec les canons et les lois épiscopales » ³⁴. Cette séparation, qui fut aussi introduite en Sicile par Roger I^{er}, renforça les cours ecclésiastiques contre les influences locales mais non à l'encontre du roi qui gardait l'autorité suprême sur les cours elles-mêmes. Tant le Conquérant que son fils Guillaume le Roux défièrent les efforts du pape Grégoire VII et de ses successeurs pour affirmer la suprématie pontificale sur le clergé anglais et normand. Guillaume le Roux témoigna de son mépris en laissant vacant l'archevêché de Cantorbéry pendant quatre ans après la mort de Lanfranc, de sorte que la couronne recueille ses revenus.

Lorsque le frère de Guillaume le Roux, Henri I^{er}, monta sur le trône en 1100, toutefois, la position de la papauté était devenue assez forte pour obtenir du roi Henri de substantielles transactions sur l'investiture du clergé. En retour, Henri eut l'appui du pape pour récupérer la Normandie léguée à son frère Robert. Le concordat du Bec Hellouin, en Normandie, conclu en 1107, anticipait sur le concordat de Worms de 1122, en transférant du roi au pape l'autorité pour investir évêques et abbés, en leur remettant les insignes de leur fonction, l'anneau et la crosse, et en prononçant les mots *Accipe Ecclesiam*, reçois l'Eglise.

Comme l'empereur en 1122, le roi Henri I^{er} admit la liberté d'élection des évêques et des abbés par l'Eglise, en Normandie et en Angleterre, mais conserva le droit d'être présent à de telles élections et ainsi, en pratique, d'intervenir lorsque les élections étaient disputées. De plus, comme plus tard en Allemagne, évêques et abbés d'Angleterre et de Normandie ne devaient pas être consacrés par l'Eglise avant que le monarque les ait investis, en les touchant du sceptre, des *regalia*, (avantages temporels) recevant en retour leur hommage et serment de fidélité³⁵. Ces concessions royales concernant la nomination des évêques et des abbés n'avaient pas, à cette époque, affecté substantiellement les autres pouvoirs qu'Henri I^{er} exerçait sur l'Eglise en Angleterre et en Normandie.

Ce fut seulement pendant ce qu'on a appelé l'anarchie d'Etienne que le parti papal y fit des gains importants de prestige et de pouvoir, et seulement pendant le règne subséquent de Henri II, spécialement après le martyre de Thomas Becket, que l'Eglise en Angleterre et en Normandie parvint à un degré substantiel de liberté vis à vis des pouvoirs royal et ducal. Ce n'était pas, évidemment, le degré qu'aurait souhaité le parti papal mais c'était une indépendance plus grande que celle atteinte dans la plupart des autres pays d'Europe aux XII^e et XIII^e siècles et, bien entendu, beaucoup plus élevée qu'en Sicile³⁶.

Paradoxalement, la liberté de l'Eglise en Angleterre et en Normandie a nourri la croissance des institutions royales, gouvernementales et juridiques. Cela fut amené en partie par la théorie du dualisme des autorités ecclésiastiques et séculières, en vertu de laquelle les gouvernants temporels étaient responsables du maintien de la paix et de l'efficacité de la judicature, dans leurs domaines propres. Cela était dû aussi à la compétition et à l'émulation entre la royauté et l'état ecclésiastique.

Ce n'est donc pas par hasard que l'Angleterre, la Normandie - la structure politique européenne qui était, à la fin du XII^e siècle et au début du XIII^e, la plus sujette à l'autorité papale et la plus affranchie du pouvoir royal - fut aussi la structure politique où le système de gouvernement royal et le droit royal étaient les plus évolués, presque aussi élevés qu'en Sicile. Ce fut, en fait, sous le règne de Henri II que les fondations du système juridique royal furent posées (la *common law* anglaise) tel qu'il exista et se développa au moins jusqu'aux XVI^e et XVII^e siècles.

La personnalité de Henri II

Comme son concitoyen normand, le roi Roger de Sicile, Henri Plantagenêt avait de grandes qualités personnelles pour relever le grand défi de son époque, y compris des aptitudes particulièrement appropriées à la création d'un système vigoureux de droit royal³⁷.

Bien qu'il ne fût âgé que de vingt-et-un ans à son avènement au trône d'Angleterre, il avait déjà une carrière militaire et politique réussie. Son père était le comte d'Anjou Geoffroi, sa mère était l'impératrice Mathilde, petite-fille du Conquérant et fille de Henri I^{er}, roi d'Angleterre et duc de Normandie. Lors de la mort prématurée de son père en 1151, Henri lui succéda sur le Maine et l'Anjou et, par sa mère, sur la Normandie. L'année suivante, il épousait Eléonore d'Aquitaine, divorcée du roi de France, Louis VII, et par là acquit non seulement l'Aquitaine mais le Poitou. En 1153, il envahit l'Angleterre et contraignit son cousin Etienne à l'adopter pour héritier. En 1154, Etienne décéda opportunément et laissa à Henri le trône d'Angleterre.

Henri II était homme d'une énorme énergie. Il était connu pour ses exploits corporels. Le chroniqueur contemporain Walter Map écrivait : « Il était toujours en route, parcourant des étapes invraisemblables..., grand connaisseur de chiens et de faucons, et fort amateur de ce sport curieux, perpétuellement vigilant et actif. Lorsqu'il était perturbé par des rêves érotiques, il maudissait son corps que ni effort ni abstinence ne parvenaient à maîtriser ou réduire. De ce moment, nous avons supposé que ses performances physiques n'étaient pas imputables à de l'instabilité mais à sa crainte de grossir »³⁸. Il était avide aussi de pouvoir politique tant à l'extérieur que chez lui. Il mena ses armées féodales à travers l'Angleterre et la Normandie, puis en Irlande et en diverses régions de France, jusqu'aux Pyrénées, recrutant continuellement de nouveaux vassaux, rasant des châteaux tenus illégalement, levant les taxes qui lui étaient dues en tant que suzerain féodal suprême.

On ne sait d'où lui vint son vif intérêt pour le Droit, mais il y a maints rapports indiquant qu'il n'était pas un profane en questions juridiques. L'on dit qu'il se levait de bonne heure pour revoir les procès en cours avec ses clercs, qu'il était prêt à intervenir dans les affaires entendues par ses magistrats et bien capable de donner à son vice-chancelier des leçons de rédaction d'actes de transfert; qu'il faisait des circuits dans son royaume, à une cadence épuisante, pour entendre des débats en province. Walter Map rapporte qu'il racontait l'histoire que voici :

« Ayant entendu un jugement concis et juste rendu contre un homme riche en faveur d'un pauvre, je dis à lord Ranulf (Glanvill), le justicier, "Le jugement prononcé aurait pu être retardé par plusieurs bizarreries, le pauvre homme l'a obtenu par une décision heureuse et prompte". "Effectivement" répondit Ranulf, "nous tranchons les causes ici beaucoup plus vite que vos évêques ne le font dans leurs églises". "Il est vrai" dis-je, "mais si votre roi était aussi

éloigné de vous que le pape l'est de ses évêques, je pense que vous seriez tout aussi lents qu'eux" » ³⁹.

Henri n'était assurément pas aussi familier vis-à-vis de tout le monde qu'avec Map. L'introduction d'un droit royal en Angleterre était en partie un moyen de garnir les coffres royaux en même temps que de renforcer le pouvoir, aux dépens des barons et du clergé mais aussi de la population en général. Le détracteur de Henri II, Radulfus Niger, disait que le roi ne laissait pas passer une année sans molester le pays avec de nouvelles lois. L'une de ses décisions les plus impopulaires fut le renforcement des lois sur les forêts, imputées à son désir de protéger ses propres plaisirs sportifs.

Finalement, il y a la question de la conception que se faisait Henri de son rôle en tant que législateur. Il ne fait pas de doute qu'il ne pensait pas être occupé à innover, mais plutôt à protéger l'héritage du passé contre de nouveaux défis. Cependant, comme un siècle plus tôt, le pape Grégoire VII, Henri savait qu'il modifiait profondément cet héritage. Nombre de procédés juridiques qui avaient été auparavant exceptionnels ou occasionnels, devenaient permanents et normaux. Des institutions légales préexistantes avaient été réenvisagées et réarrangées pour composer un nouvel ensemble. Comme un historien anglais distingué l'a exprimé, il y avait « un grand bond en avant ». L'engrenage était en marche « qui engendra la *common law* anglaise » ⁴⁰. Si différente qu'ait pu être sur l'histoire, la conception de Henri II par rapport à celle qui prévaut aujourd'hui, il savait certainement que ce qu'il accomplissait était important et, à vrai dire, faisait époque.

L'Etat anglais

Lorsque Henri II monta sur le trône en 1154, l'Angleterre était politiquement divisée, comme avant la conquête normande, en unités locales et en unités féodales. Les unités locales étaient les villages (appelés *vills*) groupés en « centaines », les comtés (*shires*) et les villes (*towns*). Chaque centaine et chaque comté était gouverné par une assemblée de tout le peuple ou de tous les hommes libres, que l'on appelait cour de centaine ou cour de comté. Les unités féodales étaient les manoirs gouvernés par leur seigneur. Après la conquête normande, environ la moitié des cours de centaines furent absorbées par des seigneurs féodaux et devinrent en fait des cours domaniales (*manorial courts*).

Les seigneurs de manoir étaient eux-mêmes sujets et tenants de seigneurs plus élevés dans les « cours seigneuriales » desquels ils pouvaient être jugés, et ces seigneurs élevés eux-mêmes étaient sujets et tenants du seigneur suprême, le roi. En effet Guillaume le Conquérant avait loué la totalité des terres d'Angleterre à ses vassaux directs (tenants-en-chef), à condition qu'ils lui fournissent une armée d'environ cinq mille chevaliers montés, lesquels à leur tour avaient loué la majeure partie de leur terre à des tenants-en-second qui devaient leur fournir un nombre convenu de chevaliers. Ces chevaliers devaient servir quarante jours par an, à leurs frais. Le de-

voir de fournir des chevaliers était lié à la terre concédée qui était dite « tenue en service de chevalier ». La tenure, ou fief (*fee, feod, feud*) ne pouvait être divisée de telle sorte que le seigneur supérieur se trouve privé des services de son chevalier et de ses autres versements féodaux (« incidents de tenure ») ⁴¹.

Mais une nouvelle dimension était ajoutée au système féodal par le concept fort complexe de la royauté. Durant la période allant de 1066 à 1154, c'est-à-dire de la conquête à l'avènement de Henri II, la cour de justice royale (*curia regis*) n'était plus seulement l'assemblée féodale des tenants directs du roi, elle comprenait aussi un groupe d'assistants du monarque qui administraient les affaires de la couronne à travers tout le territoire.

Le roi désignait un *justiciar* ou un autre délégué pour le représenter dans telle ou telle matière. Le chancelier, subordonné à ce justicier, avait la charge d'une branche ou de toutes et de gouverner en son absence, ce qui était fréquent ; en fait, la plupart des rois anglo-normands passaient plus de leur temps en Normandie qu'en Angleterre. Le chancelier avait la charge de l'équipe de secrétariat royal. Des barons de l'échiquier étaient affectés à réaliser les transactions et les opérations financières ou légales de la couronne. Et comme les missions du roi comportaient le maintien de la paix dans le royaume et de veiller à ce que la justice y soit rendue, des procédures administratives furent mises au point pour régler les différends non seulement entre le roi et ses tenants mais entre les sujets en général.

Comme au temps des rois anglo-saxons, le roi déléguaient des magnats locaux pour présider les tribunaux de comtés (*reeves* ou *sheriffs*) et adressait des instructions à ces délégués sous la forme de brefs scellés, généralement pour signaler des torts ou des abus à redresser. Avant le règne de Henri II, toutefois, ces institutions, échiquier, chancellerie, judicature et autres, en étaient encore au stade embryonnaire. Guillaume le Conquérant et ses successeurs avaient substantiellement accru l'autorité centrale de la couronne qui portait verticalement, par vassaux et sous-vassaux, jusqu'aux villages et manoirs. Mais le système du gouvernement royal et du droit royal restait essentiellement dans la maisonnée que le monarque dirigeait personnellement et au-delà, dans la loyauté des féodaux.

A l'exception peut-être de l'échiquier pour les finances, il n'y avait pas de système autonome de ministères gouvernementaux tels qu'il en existait dans le royaume italien de Roger II, pas de corps permanents administratif, judiciaire et législatif qui pourraient opérer à leur propre initiative pour régir les problèmes féodaux et locaux. La justice du roi pouvait atteindre toute personne dans certains cas de dénis de justice flagrants, comme dans divers cas affectant les propriétés de la couronne, la trahison, et d'autres, mais c'était de la justice extraordinaire et non pas de la justice professionnelle régulière, administrée par des tribunaux permanents. En ce qui concerne la résolution judiciaire des différends, avant le règne de Henri II, il n'y avait pas de judicature professionnelle pour entendre les causes que posaient les brefs exécutifs dans les premières décennies du XII^e siècle.

Il est vrai, Henri I^{er} avait envoyé peut-être une demi-douzaine de justiciers itinérants en divers points du royaume pour y rendre la justice, et il se peut que quelques uns, au moins, aient eu une formation dans le droit canon naissant et même étudié le droit romain à Bologne. Néanmoins, leur tâche en tant que justiciers ne se bornait pas à dénouer des questions judiciaires mais aussi à veiller à des questions de gouvernement qui pouvaient mettre en jeu les intérêts du roi. Ils étaient dépêchés irrégulièrement comme représentants du roi pour des objectifs administratifs généraux, incluant des dissensions à résoudre. De plus, la plupart des affaires civiles et criminelles étaient du ressort de juridictions locales ou féodales et non pas royale, mais la couronne intervenait quand ses intérêts étaient impliqués directement ou quand une partie en appelait au roi et à sa grâce parce que la justice locale ou féodale avait fait défaut.

L'absence d'une judicature royale régulière, permanente, professionnelle, était associée au manque de conception de la royauté comme organe régulier de législation. Les rois émettaient à l'occasion des lois, ordinairement avec l'assentiment des évêques, des barons et des autres personnages influents. Mais toute la législation des quatre premiers souverains d'Angleterre de 1066 à 1154 pouvait probablement être résumée sur une seule page. Quelques lois seulement étaient connues pour avoir été émises par Guillaume le Conquérant ; aucune loi ne remontait au règne de son fils Guillaume le Roux. Des trente-cinq ans de règne de Henri I^{er}, survécurent en tout cinq références à des lois ; les dix-neuf ans de règne d'Etienne ne laissèrent aucune trace de législation. Clairement, les rois anglais antérieurs à Henri II ne considéraient pas comme l'une de leurs responsabilités régulières la confection de lois nouvelles. Les soulèvements tumultueux du règne d'Etienne ne laissèrent nul doute que la royauté normande manquât, en Angleterre, des institutions nécessaires au maintien à long terme de la paix dans le pays.

Le royaume était déchiré par des désordres violents et particulièrement par des guerres privées pour des terres cultivées. Dans cette ambiance turbulente survint la bagarre pour l'indépendance du clergé, sous le pape, à l'encontre des pouvoirs séculiers. Avant Etienne, trois rois puissants avaient été capables de réprimer ces forces de division. Un roi plus faible se trouva désarmé pour affronter la situation. Mais ce n'était pas seule la faiblesse personnelle qui paralysait Etienne, c'était aussi un défaut du système anglo-normand de gouvernement sous lequel le roi ou son principal lieutenant était obligé de cheminer continuellement dans le pays avec ses armées pour maintenir l'ordre entre ses tenants directs et indirects et pour fournir telle ou telle protection qu'il pouvait et voulait donner aux populations locales contre l'oppression des seigneurs féodaux.

C'est avec cet arrière-plan, et au paroxysme du désordre civil, que Henri II monta sur le trône, résolu non seulement à remplacer anarchie et violences par la justice et l'ordre, mais à le faire au moyen de concepts et d'institutions politiques et juridiques que ses prédécesseurs, en Angleterre et Normandie, avaient seulement pressenties et esquissées. Assurément Henri et ses conseillers s'appuyèrent sur ces ébauches. Dans l'esprit traditionnel des dirigeants normands, ils conservèrent l'ancienne

pratique dans toute la mesure du possible au regard de besoins et de projets nouveaux. Le père de Henri, Geoffroi d'Anjou, bien qu'il ne fût pas normand, avait élevé son fils dans cet esprit, lui disant expressément qu'il ne devait pas tenter de transplanter les coutumes de l'Anjou et de la Normandie en Angleterre ni les coutumes d'Angleterre en Anjou ou en Normandie ⁴². Henri chercha à utiliser les institutions préexistantes, anglo-saxonnes et anglo-normandes partout où il pouvait en tirer profitablement parti. Néanmoins, la marque caractéristique de son règne fut l'innovation institutionnelle, et non pas la continuation du passé.

De plus, bien que les innovations de Henri eussent leurs racines dans le passé, ces racines ne venaient pas toutes de l'expérience anglo-saxonne et anglo-normande (l'élite gouvernante en Angleterre était largement normande et le langage de la cour était le français-normand et le latin), elles puisaient aussi dans l'expérience d'autres entités politiques contemporaines. Les conceptions et les institutions introduites en Angleterre dans la deuxième moitié du XII^e siècle présentaient un air de famille marqué avec celles qui étaient apparues pendant les deux générations précédentes dans l'état ecclésial romain et dans le royaume normand d'Italie méridionale. Elles avaient aussi une nette ressemblance, dans des secteurs importants, avec les institutions et les concepts surgis à la fin du XI^e siècle et au début du XII^e, dans les cités et les villes libres de l'Occident, y compris en Angleterre.

Cela ne veut pas dire que Henri II ait « copié » quoi que ce soit qui se faisait ailleurs. Les grands hommes d'Etat ne copient pas, ou rarement, les lois d'autres peuples. Cela vise seulement à marquer que ce qu'a fait Henri, pris à grands traits, n'était ni uniquement « anglais » ni même seulement normand, mais fit partie d'une évolution historique générale de l'Europe au XII^e siècle. Cette évolution fut uniquement occidentale, au point qu'elle se confond avec la fondation de la tradition juridique de l'Europe de l'Ouest et du type occidental d'Etat. Henri avait pleinement connaissance des nouveaux concepts et formes du pouvoir politique et du Droit, qui s'étaient développés dans l'Eglise et dans le royaume normand de Sicile ainsi que dans les cités et les villes nouvelles d'Europe ; l'on ne saurait douter qu'il les jugeât intéressants pour ses propres desseins.

Henri transforma le système d'administration publique en Angleterre et en Normandie en augmentant considérablement les attributions et les pouvoirs de fonctionnaires permanents, professionnels, répartis en départements gouvernementaux centraux. Parmi ces derniers, les plus importants étaient le Trésor (échiquier) qui gérait la fiscalité et les finances, la Cour haute (tribunal des plaids communs) qui administrait la justice et la Chancellerie qui dirigeait et coordonnait le travail des autres départements. C'était en gros l'analogue de ce que le roi Roger II avait instauré en Sicile quelques décennies plus tôt, qui à son tour était semblable à ce que la papauté avait agencé à Rome, probablement à l'occasion de la Première Croisade (1095).

La gestion des finances par l'Echiquier, en Angleterre et en Normandie, était nettement inspirée par l'expérience de la Sicile ⁴³. Les principaux problèmes financiers

posés à la couronne anglaise étaient essentiellement les mêmes que ceux qu'avait confronté la couronne sicilienne : établir un système fiscal approprié à une entité politique féodale centralisée (c'est-à-dire caractérisée par la sous-inféodation, avec réservation de l'allégeance des sous-vassaux au monarque), conjointement à des méthodes appropriées pour la reddition des comptes des entrées fournies par les divers contribuables, féodaux et autres, aux receveurs royaux des localités. Qu'il y ait eu une influence sicilienne sur la pratique anglaise est hautement probable. Il suffit d'évoquer l'exemple frappant de Thomas Brown qui servit comme baron au *dogano* de Palerme entre 1130 et 1154 puis, étant tombé en disgrâce après la mort de Roger II, vint en Angleterre où il servit comme baron de l'Echiquier pour plusieurs autres décennies entre 1154 et 1190⁴⁴. Il pourrait aussi y avoir eu des influences importantes en sens inverse, puisque des barons de l'Echiquier entendirent des affaires fiscales de la couronne dans les localités dès le règne de Henri I^{er}.

La création d'un tribunal royal central (*central royal bench of judges*) en Angleterre était le symétrique d'évolutions analogues en Italie méridionale. Des deux côtés, le processus fut amorcé par l'envoi occasionnel dans des localités de juges issus de la maisonnée royale, pour entendre des procès aussi bien que pour régler des intérêts royaux. En Angleterre, à part l'exemple exceptionnel de l'Echiquier, la professionnalisation et systématisation de cette pratique ne fut réalisée que sous Henri II. Alors, pour la première fois, la fonction judiciaire des juges itinérants devint clairement distincte de leurs fonctions économiques et administratives (qu'ils continuèrent néanmoins d'exercer).

De plus, Henri II instaura pour la première fois un ensemble permanent de tournées pour un ensemble fixe de juges. En 1176, six groupes de trois magistrats chacun furent envoyés en tournée couvrant tout le pays, afin d'entendre les causes ouvertes par des brevets royaux, dans la limite d'un certain montant juridictionnel (environ un demi-fief de chevalier). Le nombre de ces tribunaux en circuit finit par s'élever à vingt (*justices in eyre*, le mot se prononce comme « air » traduction anglaise du latin *iter*, voyage, racine du terme itinéraire). En 1175, Henri avait désigné trois hommes pour être juges dans le tribunal interne de sa cour, et finalement en 1178 cinq membres « de sa maisonnée » (*de sua familia*) : deux ecclésiastiques et trois laïcs, « à poste fixe, pour entendre les plaintes de ses sujets »⁴⁵.

En 1180 ce nouveau « banc » de juges, appelé plus tard « Cour des plaids communs » résida en permanence à Westminster. Le roi continua à siéger en personne lors de ses voyages. Au XIII^e siècle, la tâche de juger devant le roi fut allouée à des juges professionnels, appelés *Court of King's Bench* (tribunal de la cour du roi). Avec le temps, ce « banc du roi » limita sa juridiction aux « félonies » (crimes les plus sévèrement punis) et aux atteintes à la personne royale, pendant que les autres litiges civils (*common pleas*) allaient à la « Cour des plaids communs ». Ces deux tribunaux, plus celui de l'Echiquier, furent les premières cours permanentes, professionnelles et royales de juridiction civile et pénale en Angleterre, et les secondes en Europe, par rapport aux cours siciliennes.

Elles représentaient l'institutionnalisation de la fonction royale de rendre la justice, fonction que les rois précédents avaient exercée, en général, dans des circonstances spéciales, « pour les grands personnages et les grandes affaires »⁴⁶. L'Echiquier et la Cour des plaids communs constituaient deux piliers du nouvel état anglais; ils étaient complétés par un troisième, la Chancellerie qui (là encore, de même que ses homologues en Sicile et à Rome) avait en garde le sceau royal (à Rome, pontifical) ce qui signifiait que le chancelier pouvait émettre des ordres au nom du roi. Son rôle était de diriger et de coordonner par de tels ordres le travail de tous les autres départements du gouvernement. Par les brefs et d'autres sortes de documents formels, la chancellerie pouvait non seulement déclencher les procédures de l'Echiquier et de la Cour royale mais encore agir directement sur les barons, les évêques et les autres personnages qui participaient au gouvernement du pays à des niveaux divers.

L'importance cruciale de la Chancellerie, en Angleterre comme ailleurs en Europe, venait de ce qu'elle combinait l'expertise professionnelle avec la disposition de la direction de l'activité gouvernementale et de sa coordination. La Chancellerie opérait par un état-major d'experts du secrétariat qui, ainsi que l'a exprimé Strayer, « élaborait et conservait des routines administratives régulières et des formules soigneusement rédigées et cohérentes pour ses écrits »⁴⁷. Le gouvernement était, à cet égard, « bureaucraté ». Néanmoins, et ce fait n'a pas été souligné autant qu'il convient, c'était la mission de ce nouveau secrétariat que de préserver le gouvernement d'une compartimentation étriquée. Aucun des nouveaux bureaux ministériels, pas même le judiciaire, ne devait se trouver libre de se comporter à son idée, hors du contrôle d'un échelon supérieur du gouvernement même, s'exprimant par son secrétariat.

Cependant, ce secrétariat « n'était pas » le roi, c'est-à-dire l'entière de la monarchie. Il était de la nature même de la chancellerie de concrétiser le métier de gouverner en tant qu'activité spécifique, distincte de la personne du roi et, par le même critère, distincte des charges de la couronne qui s'identifient davantage à l'individualité du monarque, notamment à ses activités militaires et diplomatiques. Avant l'avènement de Henri II, le roi d'Angleterre et duc de Normandie devait se déplacer constamment dans ses territoires, non seulement pour maintenir son autorité militaire et politique sur ses vassaux mais encore pour promouvoir le fonctionnement du gouvernement. Après Henri II, le roi-duc n'avait pas besoin d'être présent pour que son gouvernement fonctionne.

Richard Cœur de Lion qui succéda à Henri II fut absent du royaume pendant la quasi totalité de ses dix ans de règne, d'abord en croisade puis en captivité, et pourtant le gouvernement de l'Angleterre continua comme d'habitude. Il était conduit, il est vrai, non par le chancelier mais par un autre dignitaire, appelé le justicier (pendant juste six ans sur les dix, ce fut Hubert Walter qui était en même temps archevêque de Cantorbery et légat du pape), mais la Chancellerie fournissait en majeure partie le personnel du justicier. Par la suite, ce fut souvent le chancelier qui gouvernait

en l'absence du roi. Et ce qui est plus important, lorsque le roi était présent, c'était le chancelier qui remplissait la majeure partie des tâches royales de direction et de coordination de l'administration publique.

Le concept naissant de l'Etat dépendait de l'existence d'une agence telle que la Chancellerie pour définir l'administration publique, le travail quotidien de gouverner, comme quelque chose d'un peu moins que la politique au total (incarnée par la personne du monarque), et quelque chose de plus que l'agrégat des divers services et branches du gouvernement, une agence donc qui ait assez de pénétration pour comprendre et instrumenter l'ensemble de la politique, avec une expertise suffisante de la maîtrise des divers départements spéciaux.

Ici de nouveau nous trouvons à l'œuvre un exemple de la dialectique scolastique en action. La chancellerie papale, comme l'a dit Strayer, « était fort en avance sur les autres et dans une certaine mesure leur servait de modèle mais, au temps de Henri II, la chancellerie anglaise n'était pas loin derrière... au XIII^e siècle, presque tous les gouvernements européens eurent une chancellerie efficace »⁴⁸.

Le droit royal anglais : la « Common Law »

Henri II révolutionna le système légal anglais essentiellement en imposant la juridiction et la législation royales sur les matières pénales et civiles qui étaient jusque là régies par les juridictions régionales et féodales, et selon le droit local ou féodal. Il vint à bout de cette entreprise non seulement en créant une judicature qui fonctionnait sous le contrôle de la chancellerie royale, mais aussi en fournissant un type de droit plus rationnel, et en faisant appel à la participation des communautés dans l'administration de ce nouveau droit.

Les cinq réformes majeures en matière de procédure et de lois positives étaient étroitement complémentaires :

1) les anciens brefs exécutifs furent « judiciaisés ». Au lieu de requérir le défendant ou un fonctionnaire local d'exécuter un ordre du roi au nom d'un plaignant, les nouveaux brefs assignaient le défendant à comparaître devant un tribunal impartial pour y répondre à la plainte ;

2) la participation de la communauté était enrôlée, dans la forme d'une enquête jurée des voisins, pour établir les faits contestés dans les différends portant sur des tenures libres ;

3) la communauté était aussi mobilisée sous forme d'une enquête jurée parmi les voisins afin de faire convoquer devant les juges royaux les personnes soupçonnées d'avoir commis de sérieuses atteintes à la paix, proches du niveau des félonies ;

4) au moyen des nouveaux brefs, des formes d'action devant les juges du roi furent élaborées par catégories de genres de torts, pour définir les correctifs judiciaires disponibles pour redresser ces torts ;

5) la question brûlante de la protection pacifique des droits sur le sol fut résolue par le développement d'une doctrine juridique de la saisine, se rapprochant sans lui être identique du concept romain de possession ; la dessaisine, par force ou par fraude, d'une terre en tenure franche d'ordre militaire ou autre, fut amenée sous la juridiction royale, et un corps de loi concernant cette dessaisine fut progressivement constitué.

Judicialisation des brefs

Le mot *writ* qui simplement signifie un écrit, est une façon de traduire en anglais le mot latin *breve* signifiant quelque chose de bref, et par extension « une lettre ». De courts écrits donnant un ordre ou une information, appelés « brefs », avaient été envoyés par des papes, des rois, et d'autres dirigeants, durant des siècles. Sous Guillaume le Conquérant et ses successeurs, l'un des instruments courants de l'administration royale fut l'émission de brefs royaux ordonnant à des comtes, des barons, des évêques, des abbés, des shérifs et d'autres de revenir sur quelque tort commis par eux et qui était venu à l'attention du roi : « de restituer le manoir de M. à Mr John of Styles », « de remettre promptement à l'abbé, votre seigneur, ce que vous lui devez en toute justice en loyer échu », ou de permettre à quelqu'un d'utiliser son droit de se servir d'une terre commune, de restituer du bétail pris en gage.

Ces brefs exécutoires étaient infiniment divers, chacun étant destiné à résoudre un cas particulier dans lequel le roi avait promis d'intervenir. Souvent ils étaient fondés sur des allégations de tiers: « Nous voyons que le roi commande une certaine mesure sur des allégations que quelqu'un "a instillé dans son oreille", ou qu'on "lui a fait croire" ». Quelquefois « le roi a dû rétracter une mesure parce qu'il s'était révélé que le plaignant avait menti et probablement payé généreusement pour faire soutenir son mensonge »⁴⁹. La pratique se répandit aussi d'adresser des brefs royaux aux shérifs ou fonctionnaires locaux, leur commandant « de faire pleinement le Droit » dans une affaire particulière. Ces messages avaient l'avantage de laisser une ample marge de décision à l'agent exécutif ..., mais par là aussi laissaient la porte ouverte aux comportements arbitraires de maints tyrannaux locaux⁵⁰.

Occasionnellement, surtout dans les cas impliquant des intérêts ecclésiastiques, les prédécesseurs de Henri II émettaient des messages ordonnant à un évêque ou à un autre seigneur de régler une affaire ou à un shérif de convoquer une assemblée de centaine pour décider d'une dispute. Mais normalement le bref royal ne conduisait pas à un jugement. Avant le règne de Henri II, les rois anglais n'avaient pas imité le système de brefs développé dans les tribunaux ecclésiastiques au début du XII^e siècle, par lequel un plaignant obtenait un bref de la chancellerie papale, à Rome, auto-

risant que le procès de sa plainte soit jugé dans une cour épiscopale ou par un tribunal de légats du pape (les brefs pontificaux de cette nature ouvrant la juridiction ecclésiastique sont plus nombreux en Angleterre que partout ailleurs en Europe).

Henri II transforma le bref royal du « faites telle ou telle chose » en « ouvrez une enquête à référer devant mes juges pour que soit réglé le différend en question, au vu du présent bref ». En d'autres mots, le bref avait pour but (à moins que le défendant ne se désiste) de conduire à une procédure judiciaire. Le plaignant irait à Westminster trouver le chancelier pour établir sa plainte, le chancelier délivrerait un bref au shérif de la localité où devait avoir lieu le procès; le bref du chancelier ordonnerait au shérif d'ouvrir l'un des divers types de procès afin de régler l'affaire devant la Cour des juges royaux. Deux exemples illustreront la différence entre l'ancien « bref exécutif » et le nouveau « bref judiciaire ».

Le bref exécutif date de la période 1087-1091 :

« Guillaume, roi des Anglais, à Ranulf, frère de Ilger, salut. Je te commande et ordonne de faire remettre à l'abbé Herbert la demi-surface (hide) de terre de Sawry que le gardien Ailwin détenait, et que Gautier de Beaumais maintenant occupe par force, ainsi que j'en ai donné ordre par mon bref. Et de voir à ce que je n'entende pas d'autre plainte pour défaut de droit, sous peine de dix livres de forfaiture. Témoin, Ranulf, chapelain du roi » ⁵¹.

Le bref judiciaire est tiré du traité sur le droit anglais attribué à Glanvill, écrit entre 1187 et 1189 :

« Le roi au shérif, salut. N. s'est plaint à moi que R. injustement et sans jugement l'a dessaisi de sa libre tenure dans tel et tel village, depuis mon dernier voyage en Normandie. C'est pourquoi je te commande que, si N. te fournit une sûreté afin que tu soutiennes sa plainte, tu voies à ce que les bestiaux qui furent enlevés sur cette tenure y soient ramenés, et que la terre et le bétail demeurent en paix jusqu'au dimanche après Pâques ; dans l'intervalle, que tu t'assures que la pièce de terre soit vue par douze hommes libres et loyaux du voisinage, et leurs noms consignés au dos de ce bref. Et que tu leur enjoignes par de bons messagers d'être présents devant moi ou mes juges le dimanche après Pâques, prêts à rendre ce témoignage. Et que tu enjoignes à R., ou à son bailli s'il ne peut être joint, sous la sécurité d'un gage et de garants valables, pour être présents et entendre ce témoignage. Et que l'on ait là les messagers, et le présent bref, et le nom des garants. Les témoins etc. » ⁵².

Le bref judiciaire remplit trois missions : 1) il avance un critère objectif déterminé pour discerner laquelle des deux parties a le droit de posséder dans l'immédiat une certaine terre, laissant à plus tard la question plus complexe de qui a, sur elle, droit de propriété ; 2) il soumet la question de fait à une enquête jurée (*jury*) de voi-

sins ; 3) il affirme la juridiction royale sur l'émission du bref et sur la procédure du jury.

Le jury d'enquête

A partir du VIII^e siècle, les empereurs et les rois francs provoquèrent des enquêtes de voisinage pour répondre à des questions soulevées par les justiciers itinérants, principalement concernant les droits coutumiers du roi dans les localités et les violations de commandements royaux. Les Normands avaient repris des Francs le recours occasionnel à l'enquête. Peu après sa victoire, Guillaume le Conquérant avait mené une enquête géante en Angleterre, voisinage après voisinage, requérant la déclaration publique de toutes les tenures de terres et de tous les revenus fiscaux, le recensement complet étant consigné dans ce qu'on appela le Livre du Jugement Dernier (*Domesday Book*, 1085-1086).

A part les enquêtes jurées des Francs et des Normands, conduites par des fonctionnaires royaux, la pratique occasionnelle de soumettre les dissensions à un groupe de voisins afin de les résoudre, avait été aussi un trait du droit coutumier germanique. En outre, les cours ecclésiastiques, au XII^e siècle, posèrent la question de « culpabilité ou innocence ? » à des groupes de douze voisins ; et le père de Henri II, Geoffroi d'Anjou, avait ouvert la possibilité du procès par enquête, pour d'importantes affaires civiles en Anjou et Normandie. L'idée, par conséquent, de convoquer un groupe de gens, douze était considéré comme un nombre approprié et peut-être quelque peu magique, pour fournir sous serment des informations dans une procédure solennelle, et même pour prononcer un jugement dans une affaire déterminée, cette idée n'était pas inconnue (bien que la pratique ne fût pas habituelle) lorsque Henri monta sur le trône.

Ce que fit Henri II fut nouveau, en ce qu'il combina le recours à l'enquête avec son système de brefs « judiciaisés », rendant ainsi le procès par enquête accessible au public, de façon régulière, dans certains types de causes civiles portées devant la juridiction royale. En 1164, l'article 9 des Constitutions de Clarendon, autorisa le recours à l'enquête (*recognition*) pour déterminer si, oui ou non, (*utrum*) telle pièce de terre était en tenure ecclésiastique ou laïque (l'Assise d'*utrum*). En 1166, une autre assemblée royale, probablement tenue aussi à Clarendon, décida le procès par enquête pour certains cas de restitution de terres.

Il y fallait pour condition que la plainte soit fondée sur l'allégation que le plaignant ait été en possession et ait été évincé récemment par le défendant. Cet acte législatif était dénommé une assise ; « l'assise de récente dessaisie », en dépit du fait que le terme assise, signifiant « session », se référât originellement à la séance d'une assemblée solennelle (à la longue l'enquête même, c'est-à-dire les jurés chargés de répondre à une question à eux posée, en vint à être appelée une assise. Finalement les juges présidant à l'enquête furent qualifiés *justices of assizes* (magistrats d'assises), et ultimement ces sessions de cours itinérantes devinrent *the Assizes*.

Graduellement, d'autres questions furent considérées comme pouvant relever d'une décision sur enquête de jurés. En 1176, il fut décrété que la question de savoir qui avait titre à possession au décès du propriétaire d'une terre, serait décidée sur enquête (*assize of mort d'ancestor*). Plus tard, l'assise de dernière présentation, en franco-normand *darrein presentement*, fut inventée pour déterminer laquelle des deux parties avait exercé en dernier lieu le droit de recommander un successeur à une fonction ecclésiastique vacante. En 1179 l'enquête fut permise en option pour le défendant, sous le « bref de droit », un bref soulevant le problème du plein droit et non la question de la simple possession antérieure, en alternative au procès par bataille. Ainsi la procédure pour établir le droit (en un sens proche de la propriété) fut assimilée à celles établissant la saisine sous ce que l'on appelait les « assises possessoire » à savoir récente dessaisine, *mort d'ancestor* et *darrein presentement*.

Quatre points importants sont à noter ici. D'abord, le recours régulier à un petit groupe de voisins pour décider d'un cas devant les juges royaux n'apparut d'abord, dans le droit anglais, qu'en matière civile et ne fut transposé en droit pénal que deux générations plus tard. Deuxièmement, le jury n'examinait pas les preuves mais répondait à une question de fait (ou plusieurs) sur ce qu'il connaissait avant le procès. Troisièmement, les jurés, qui étaient des voisins et avaient été informés d'avance de ce qu'il leur serait demandé d'élucider, lors de la session des juges royaux, étaient en mesure de répondre sans être soumis à un interrogatoire prenant beaucoup de temps.

Il était ainsi possible aux juges, vingt-cinq en tout en comptant ceux de la Cour des plaids communs et ceux des assises en circuit, d'entendre toutes les affaires judiciaires pendantes dans le pays. Quatrièmement, la décision des procès par les verdicts de jury, sous la direction de juges royaux, pour la population locale était une alternative politiquement acceptable, peut-être la seule, à la décision par des assemblées locales et féodales dont les procédures étaient plus primitives et l'autorité trop limitée pour maîtriser les nombreuses sortes de dissensions seigneuriales qui provoquaient le plus de désordres.

Le jury d'accusation

Ni le droit anglo-saxon, ni la loi franque ne distinguaient entre les affaires civiles et pénales. La riposte à ce que nous appelons crimes était alors essentiellement aux mains des victimes et de ses proches. Le procès, qu'il s'agît d'atteintes à la paix ou de détermination des droits de propriété et autres, se faisait par ordalies ou *compurgation*, et les Normands y ajoutèrent la bataille. Au temps des Anglo-Saxons, la partie jugée coupable devait indemniser la victime ou ses proches; mais les Normands en firent les cas de félonie : si le défendant perdait, il était immédiatement pendu ou mutilé (d'ordinaire par énucléation d'un œil), sa terre faisait retour à son seigneur, son bétail était confisqué par le roi. Le concept de félonie semble avoir été introduit par les Normands. Le terme se référait originellement à une rupture de foi entre homme libre et seigneur. Ainsi non seulement les proches par la famille ou le clan

mais aussi un seigneur ou un vassal avaient titre à initier une poursuite, nommée « appel de félonie » (le mot appel, ici, n'a pas le sens actuel de recours contre un jugement).

Un inconvénient majeur de l'appel de félonie comme moyen de contrer la violence, était d'exiger beaucoup d'esprit civique pour déclencher une poursuite. L'appelant (*appellor*) n'obtenait rien s'il gagnait, et était puni d'amende s'il échouait. La première motivation pour porter un appel de félonie était la volonté de venger un proche par le sang ou par un lien féodal, ou encore d'amener l'accusé à consentir un dédommagement monétaire. Si le procès se faisait par bataille, le risque était énorme car les parties s'affrontaient du jour à la nuit jusqu'à ce que mort s'ensuive ou que l'un des deux s'avoue vaincu, les nobles à l'épée; les classes inférieures avec des gourdins et, s'ils se rompaient, avec les griffes et les dents. Si c'était par ordalies, l'issue était hasardeuse, à en juger par les comptes-rendus d'époque, la plupart des dénoncés étaient acquittés. Il y avait également bien des embûches dans la *compurgation* car beaucoup dépendait de qui avait le bénéfice de la preuve.

Le roi, chargé de la responsabilité du maintien de la paix et, en la personne de Henri II, bien résolu à vaincre la violence dans le pays, ne pouvait matériellement pas obliger les gens à faire appel de félonie. Un instrument que ses prédécesseurs lui avaient légué pour maîtriser le crime était le système dit de *frankpledge*, par lequel les shérifs nommés par le roi pouvaient interroger les groupes familiaux dont les membres se tenaient pour responsables de la conduite les uns des autres.

Mais cela ne permettait pas d'identifier les auteurs de meurtres, les violeurs, les voleurs, les maraudeurs isolés et les autres malfaiteurs qui pillaient la campagne. En complément, le grand-père d'Henri II, Henri I^{er}, avait requis les chefs de centaines et les shérifs de les traduire devant les juges itinérants, mais ce n'était qu'une pratique intermittente. Il faut rappeler que le roi n'avait pas de force de police et, manifestement, n'avait pas les moyens d'en créer une ; tout ce dont il disposait était la possibilité de lever une armée de chevaliers réservistes, astreints à quarante jours de services armés pendant chaque année. Même s'il avait pu payer une force de police, il n'aurait pas pu la diriger. Il aurait dû transformer les barons en une administration publique, comme les papes avaient fait des évêques une sorte de fonctionnaires civils, mais le roi n'avait pas sur les nobles le rapport d'autorité qu'avait le pape sur la hiérarchie ecclésiastique ; en effet, il ne pouvait en nommer seul les membres, les déposer, les déplacer.

La solution à laquelle eut recours Henri II fut, là encore, les jurys d'accusation, dans ce cas, pour traduire les coupables de félonie devant les justiciers itinérants. L'assise de *Clarendon* de 1166 édictait que les jurys d'accusation devaient présenter à ces juges, lorsqu'ils arrivaient, toute personne soupçonnée de meurtre, de larcins, de vols de grand chemin, ou d'abriter ces suspects, de même que toute personne suspecte de faux-monnayage ou d'incendie. Tous ces accusés devaient être jugés immédiatement par l'ordalie d'eau froide. C'était là une régularisation et une systématisation de pratiques intermittentes et plus vaguement définies du temps de

Henri I^{er} ou plus anciennes, des rois anglo-saxons ou francs. Par le passé, toutefois, les personnes dénoncées par leur voisinage avaient pu se dégager par la *compurgatio* (témoignages favorables) tandis que dorénavant toutes devaient être soumises à l'ordalie devant les juges royaux⁵³.

Il convient de noter, d'abord, que ces juges disposaient de comptes-rendus tenus par des fonctionnaires locaux, qu'ils consultaient avant de constituer les jurys puis ils interrogeaient les jurés relativement aux affaires consignées dans ces documents depuis leur précédente session. Deuxièmement, que les jurés, rassemblés nombreux à chaque session, douze par centaine et quatre de chaque village, s'ils dissimulaient un méfait ou faisaient une imputation fantaisiste, étaient frappés d'amendes par le tribunal. Troisièmement, les appels de félonie n'étaient pas abolis, mais si pour quelque raison, l'appel n'était pas valable par quelque motif technique (et les détails techniques étaient fort nombreux), les juges pouvaient simplement demander aux jurés assemblés s'ils soupçonnaient l'accusé et, dans l'affirmative, ils l'envoyaient à l'eau. Des centaines d'affaires pouvaient ainsi être expédiées en quelques jours par un seul juge (ou tribunal de trois). Selon l'expression de John P. Dawson, le procédé de jury d'accusation « était extraordinairement efficace, une grande invention ». D'autre part Dawson souligne que c'était « une piètre défense des libertés locales »⁵⁴. Les amendes pour non présentation ou présentation infondée étaient extrêmement nombreuses et lourdes. Comme dans le cas des *frankpledges*, l'idée du système était d'obliger les gens à se surveiller mutuellement.

Il est à remarquer que Henri II n'avait pas étendu le « procès » par jury, mais seulement « l'accusation par jury », aux affaires pénales. Cela vint plus tard, lorsque le quatrième concile de Latran, en 1215⁵⁵, eut aboli les ordalies. Il ne supprima pas non plus les appels de félonie. Cependant, les personnes présentées par les jurys d'accusation ne pouvaient être soumises qu'à l'ordalie d'eau froide, tandis que celles dénoncées par appel de félonie pouvaient être soumises à l'ordalie de feu (fer rouge ou eau bouillante), au jugement par bataille ou au jugement par *compurgatio*.

Les formes d'action

En étudiant la révolution judiciaire effectuée par Henri II, il faut constamment garder à l'esprit qu'avant son règne, la juridiction royale était restée « extraordinaire », à la fois au sens technique et au sens général de ce mot. A part les tribunaux ecclésiastiques et urbains, la juridiction générale sur les affaires légales ordinaires appartenait seulement aux tribunaux locaux et féodaux qui n'étaient pas composés de professionnels mais étaient des assemblées de voisins ou des habitants d'un manoir. Ce que fit Henri II ne fut pas la suppression de la juridiction locale et féodale mais la création d'une juridiction royale concurrente pour les affaires civiles ordinaires, en y incluant des types divers de plaintes, et ces types étaient assez nombreux, ayant trait à la paix publique. C'est ainsi que dans l'assise de *Clarendon* de 1166, Henri II énuméra les félonies suffisamment graves pour justifier son intervention directe. De même dans les questions de propriété qu'il identifiait par les brefs

qu'il mettait à la disposition des demandeurs, il sélectionna les types de plaintes qu'il rendait remédiables par les cours royales. Les plaintes en propriété pouvaient encore être portées devant les tribunaux féodaux. Les affaires civiles et criminelles pouvaient encore être jugées par les tribunaux ecclésiastiques. Mais pour la première fois, des séries entières de causes pouvaient être, de plein droit, évoquées aussi par les juges du roi.

La clef qui ouvrait la juridiction royale à un plaignant, était le type d'action correspondant à sa plainte : le genre de félonie, justiciable des juges itinérants ou le genre de dommage civil, pour lequel la chancellerie royale délivrait un bref à qui cherchait réparation. Autrement dit, le roi ne se déclarait pas disposé à fournir un recours judiciaire à quiconque était injustement lésé, quelle qu'en soit l'origine ; il disait qu'il accorderait une réparation judiciaire à certains types de dommages. La classification des dommages ouvrant une action dans les cours royales, en termes de remèdes que ces cours accorderaient, a été la caractéristique de la justice royale qui donna à la *common law* anglaise son style particulier. L'alternative ouverte était le style du droit canon qui posait d'amples théories de responsabilité légale. Les cours épiscopales pouvaient entendre toute cause où le péché était allégué, et le péché était réparti dans des catégories synthétisées à partir du droit romain, violation de contrat, dommages à personnes ou à propriétés, détention indue d'un bien appartenant à autrui, fraude, etc.

Henri II était familier, au moins de façon générale, avec le droit canon tel que l'appliquaient les cours ecclésiastiques, et avec le droit romain tel qu'enseigné dans les universités. Peut-être eût-il souhaité établir une juridiction aussi globalement étendue que celle de l'Eglise. Ce qu'il fit en fait, fut de déclarer, en 1164, que si une contestation survenait sur le point de savoir si telle parcelle de terre avait été donnée à l'Eglise, le plaignant pouvait s'adresser au chancelier pour obtenir un bref, chargeant le shérif du lieu de rassembler un certain nombre de voisins, pour dire aux juges du roi si la terre avait ou non été donnée à l'Eglise. Puis, en 1166, il déclara que, si une personne affirmait avoir reçu une tenure libre et en avoir été dessaisie, le chancelier émettrait un bref prescrivant au shérif de rassembler un certain nombre de voisins pour dire aux juges royaux si, oui ou non, le plaignant avait été saisi d'une terre en tenure libre à une certaine époque, et si le défendant l'en avait chassé. A plusieurs reprises le roi décida que d'autres types de plaintes seraient remédiables dans les cours royales, par des brefs prescrivant que les affaires de cette sorte soient éclaircies par des enquêtes requises par les juges royaux.

Le bref, en résumé, définissait la théorie dont relevait la plainte et établissait la procédure par laquelle la décision serait rendue. Ses effets, néanmoins, s'étendaient bien au-delà de l'affaire initiale car il était entendu que des brefs semblables seraient émis dans les affaires semblables. A mesure que des personnes lésées présentaient de nouveaux genres de plaintes à la chancellerie royale, le chancelier inventait une autre variété de bref, selon le principe affirmé que « lorsqu'il y a un tort, il y a un remède ». La multiplication des brefs stéréotypés jouait le rôle d'une activité législative positive, habillée des formes du procès judiciaire.

C'est ainsi qu'à la fin du XII^e siècle, s'ajoutant aux recours pour infraction aux droits de propriété ou de possession (brefs de droit, de récente dessaisie, *mort d'ancestor*, et *darrein presentation*), le chancelier émit des brefs pour les dettes en monnaie que le plaignant présentait comme sa propriété, le bref pour détention de bestiaux au même titre, le bref pour restitution de gage quand le plaignant demandait la terre qu'il avait engagée pour couvrir une dette remboursée, le bref de *replevin* pour récupérer du bétail engagé pour une obligation effectuée, le bref de convention pour rupture d'un document scellé. Au XIII^e siècle, bien d'autres versions de bref furent créées, dont les plus importantes furent divers brefs de torts (*trespass*, *transgressio* en latin) comme la transgression d'entrée par force sur une terre, celle consistant à prendre par force du bétail, « tort » d'agression ou de coups sur la personne. C'est de ces brefs de transgression que se développa à la longue l'essentiel du droit anglais et américain sur les *torts and contracts* (« dommages et intérêts » dans la formule française) ⁵⁶.

En l'an 1300, il existait des centaines de brefs différents, dont chacun était effectivement une affirmation de police publique (pour protéger certains intérêts contre leur violation) et une affirmation de juridiction royale. Le fondement originel de ces deux affirmations, à savoir le devoir de protéger la paix du roi contre les emplois de la force et des armes, avait avec le temps cédé la place à des considérations plus complexes. Ce qui avait débuté comme la réplique aux défis de l'anarchie et de la violence, et à la concurrence des tribunaux locaux, féodaux et ecclésiastiques, était devenu la charpente d'une structure complète de pouvoir politique.

La doctrine de saisine

Les violents affrontements à propos des droits sur le sol n'avaient pas été simplement des luttes pour la richesse mais aussi, et avec une signification plus profonde, une lutte pour le pouvoir politique, étant donné que la possession de terres entraînait avec elle le gouvernement de la communauté qui en vivait et, en même temps, une relation politique avec des autorités féodales supérieures. Pour établir un système qui résoudrait pacifiquement ces rapports de force complexes tant économiques que politiques, Henri II avait besoin de davantage que de nouvelles techniques judiciaires, de tribunaux professionnels, de brefs judiciaires, d'enquêtes royales et de formes d'action en justice, il lui fallait en outre un nouveau critère de détention légitime du sol, un système qui trancherait à travers la complexité des intérêts économiques et politiques. Il trouva ce critère dans le concept de saisine.

Le droit romain classique et post-classique avait nettement distingué propriété et possession. D'un point de vue général, la propriété était traitée en droit romain comme un concept unitaire. Quelqu'un l'avait ou ne l'avait pas, et s'il l'avait, il avait pleinement les droits de possession, usage et disposition. Un tel concept, même pris avec ses diverses qualifications, n'était pas approprié à la détention du sol en régime féodal où chaque parcelle était sujette aux droits des supérieurs et inférieurs dans la hiérarchie seigneuriale. Il était malcommode de dire qu'un seigneur était

« propriétaire » d'une terre qui lui fut remise sous la condition de services à rendre et qui reviendrait au seigneur supérieur en cas de décès, jusqu'à ce que les héritiers du défunt paient un « relief » à ce supérieur. Il était de l'essence de la loi féodale, du moins occidentale, qu'il y eût sur le sol des intérêts partiels coexistants et non pas une propriété indivisible, absolue.

La conception romaine classique et post-classique de la possession était également inappropriée pour traiter les problèmes de la tenure féodale des terres. En droit romain, la possession isolée de la propriété ne recevait qu'une protection limitée. En effet si un non-propriétaire était éjecté du sol qu'il occupait, *vi et armata*, par la violence armée, il avait le droit d'y être remis, sauf si l'expulseur était le propriétaire légitime. Ainsi, même dans ce cas, la propriété était impliquée en arrière-plan. De même dans le cas de dépossession non par violence mais par fraude, le non-propriétaire avait une action mais qui ne valait pas contre un détenteur subséquent. Finalement, en droit romain classique et post-classique, la possession était identifiée à l'occupation de fait, avec le contrôle des tangibles, c'est-à-dire du sol et des biens car l'on ne pouvait « posséder » des droits incorporels, tels que droits à des services ou droit à des prestations monnayées (en français-normand, *choses in action*, biens personnels en actes) et nul ne pouvait avoir un droit de possession distinct du restant des multiples droits évoqués par le terme collectif « propriété ».

L'Eglise s'était depuis longtemps débattue avec le problème de possession, dans un contexte totalement différent de celui implicitement supposé dans les doctrines classiques romaines. Des disputes s'étaient fréquemment produites entre des personnes revendiquant un même évêché ou une même abbaye. Lorsque l'un des prétendants avait écarté l'autre par la force, les conciles et les papes avaient décrété que le premier occupant avait droit à être rétabli en possession avant que puisse être identifié celui qui était le légitime prétendant. A cet égard il faut souligner que évêché et abbaye étaient d'un type nouveau d'entité légale : une fondation, qui n'est ni de la terre ni un bien, mais qui impliquait des droits très étendus en terres et en biens, ainsi que des droits à offices et services, et d'autres droits incorporels.

Gratien, dans son traité de 1140, rassembla les divers décrets anciens sur ce problème et en tira un principe beaucoup plus large que ce qu'on en avait déduit auparavant. Citant les décrets concernant la « spoliation » (au sens d'expulsion) comme une défense positive dans des procédures impliquant des évêques et des abbés, Gratien pose ensuite un cas concret et analyse la cause en termes de « questions ». Sa première question était « si la restitution doit être faite à quiconque a été dépouillé », sa réponse était affirmative. En la développant, il déclarait que n'importe qui (et pas seulement un évêque ou un abbé) avait droit à restitution de tout ce qui avait été enlevé, y compris les droits et les pouvoirs tout autant que les terres et biens, que ce soit par force ou fraude, et que la recours était valable non seulement contre le premier usurpateur mais contre les détenteurs ultérieurs. Cette règle de Gratien fut appelée *canon redintegranda* (règle de restitution). Plus tard les gloses l'interprétèrent comme impliquant non seulement une défense positive mais aussi une action indépendante, dite *actio spoli* ou action en spoliation ⁵⁷.

Henri II et ses légistes firent pour le droit anglais ce que Gratien et ses successeurs firent pour le droit canon. Ils développèrent une action contre le dépossesseur, complètement indépendante de la propriété, une action contre laquelle le droit de propriété du défendant même n'avait pas de défense. Ainsi, un vassal était protégé contre une expulsion violente par son propre seigneur. En même temps, Henri et ses légistes rendirent cette action valable pour récupérer non seulement une terre mais aussi du cheptel et de l'outillage et des droits incorporels, non pas seulement pour les récupérer d'entre les mains du dépossesseur par force ou fraude, mais des détenteurs ultérieurs. Le plaignant devait seulement prouver sa possession antérieure et la dépossession illégitime. Telle fut l'assise de récente dessaisine édictée en 1166. Elle eut des homologues dans les lois de tous les pays d'Europe occidentale.

L'extension de la possession pour y inclure celle des droits à côté des terres et des biens ainsi que l'élargissement du recours du dépossédé pour être restitué même contre le véritable propriétaire, impliquaient une subtile mais importante transformation du concept même de possession. Un nouveau mot fut forgé pour ce concept transformé, non seulement en Angleterre mais dans toute l'Europe occidentale, la « *seisin* » (saisine). La saisine était davantage que l'occupation ou contrôle de fait, c'était un droit d'occuper et de contrôler, un droit de « tenir » la terre, l'outillage ou les droits incorporels, l'on pouvait être « saisi » d'un office ou d'une franchise, d'un droit de patronage ou de services féodaux de diverses natures.

L'étendue du droit était définie d'une part par les recours prévus pour le faire respecter, à savoir les recours « possessoires » dont l'un, la « récente dessaisine » convertissait en fait la question de propriété en celle des dommages. Que la saisine signifie davantage que l'occupation physique et le contrôle, cela est évident, du fait qu'un plaignant parti en pèlerinage pouvait, par un bref de récente dessaisine, récupérer la saisine contre celui qui a occupé sa terre pendant son absence. On appelait cela saisine *animo* (mentale) pour la distinguer de la saisine *corpore* (physique).

Dans le droit romain, il n'y avait rien d'équivalent à ce concept européen de saisine. L'analogue le plus proche était la possession qui, pour la loi, n'était qu'un fait ou un acte et, en elle-même, à de rares exceptions près n'engendrait pas de droits. En droit romain, la source des droits sur le sol et les biens, comprenant le droit de les détenir et d'en disposer, était la propriété. Sans propriété, ou sans les droits dérivés de la propriété (comme dans le cas de la location), la possession était au mieux sans portée, sinon elle était illégale.

En Europe, toutefois, tant en droit ecclésiastique que dans les relations féodales; la propriété était normalement divisée, souvent entre plusieurs intéressés. Les Européens élaborèrent le concept de saisine pour répondre aux besoins d'un possesseur légitime qui ne tirait pas son droit de possession de la propriété de la chose. Sous une forme ou une autre, l'action de récente dessaisine, en Angleterre, en Normandie, en France et dans les duchés germaniques, ailleurs aussi, donnait au possesseur légitime ou à qui avait un droit de possession, le droit d'être rétabli aux dépens de celui qui l'avait injustement évincé.

L'assise de récente dessaisine que Bracton, écrivant quelque quatre-vingt-dix ans plus tard, disait avoir été « excogitée et fabriquée au bout de bien des nuits de veille », fut l'un des outils-maîtres de Henri II pour arracher aux cours féodales la juridiction sur les conflits à propos des terres. « La propriété du sol peut être du ressort des cours féodales : le roi lui-même protégera par bref royal et enquête de voisinage toute saisine d'une tenure libre »⁵⁸. Henri alla plus loin. Il décréta que là où quelqu'un introduisait un procès devant une cour féodale, contestant la saisine de quelqu'un d'autre pour cause de propriété, le défendant pouvait faire transférer le litige devant la cour du roi pour qu'y soit appliquée la procédure par enquête jurée de douze « reconnaisseurs », échappant ainsi au procès féodal par combat; il évitait en même temps l'enquête dite *the grand assize* qui devait être faite pour résoudre la question de la propriété, plus solennelle et épineuse que la question de saisine.

Par ces décrets et d'autres, Henri II établissait le principe que personne n'avait à répondre de sa tenure libre sans un bref royal. Par les recours possessoires, la question de saisine pouvait être portée devant le tribunal royal par le plaignant dont la saisine était contestée par quelqu'un d'autre. Comme l'a dit un historien distingué français du droit anglais, « Henri II employait la distinction entre la saisine et le droit [de propriété], une distinction romano-canonique, pour retirer le pouvoir aux barons »⁵⁹. Ainsi une part substantielle du droit de propriété et sur les dommages qui, précédemment, avait été régie par la coutume locale, passait sous la juridiction royale, de même qu'une part substantielle du droit pénal était « royalisée » par le procédé du jury d'accusation. C'est cette extension de la juridiction royale sous le règne de Henri II, qui marque l'origine de la *common law* anglaise bien que cette expression n'apparaisse que plus tard. En fait aux XII^e et XIII^e siècles, les deux mots, *jus commune*, *common law*, étaient un concept du droit canon, se rapportaient à sa partie, la plus étendue, qui était appliquée dans les cours ecclésiastiques de toute la chrétienté par opposition à ce qui était d'application locale (*lex terrae*, la loi du sol). Le droit romain aussi était qualifié de *jus commune*, droit commun, parce qu'on le considérait comme un corps de principes théoriques et de règles valables en tous lieux. Cependant le fait que l'expression *common law* ne figurât pas en droit anglais, et son importation à partir du droit canon ou du droit romain, ou encore des deux, ne masquent nullement, mais au contraire éclairent, le point crucial, à savoir que Henri II créa la *common law* anglaise par sa législation établissant des recours judiciaires aux tribunaux royaux.

La science de la *Common Law* anglaise

Il y a plus qu'une coïncidence en ce que la révolution dans la technique juridique et la pratique judiciaire effectuée sous Henri II ait été accompagnée par la rédaction du premier traité systématique du droit commun anglais, celui de Glanvill (*Tractatus de Legibus et Consuetudinibus Regni Angliae*), Traité des Lois et Coutumes du Royaume d'Angleterre. Ce livre, en effet, résumait les réformes législatives de Henri.

Le traité qui est d'ordinaire daté approximativement de 1187, presque une décennie après la publication d'un autre ouvrage important (mais bien moins systématique) sur le droit anglais, *Le Dialogue de l'Echiquier*, est à l'évidence l'œuvre, non pas de Glanvill qui était justicier pendant les règnes d'Etienne et d'Henri II, mais très vraisemblablement de son neveu, Hubert Walter, qui devint archevêque de Cantorbéry en 1193 et gouverna l'Angleterre de 1193 à 1198 pendant que Richard I^{er} (Cœur de Lion) était en croisade. Le fait que Hubert Walter ait été non seulement archevêque mais aussi légat du pape, vient à l'appui de l'opinion que le droit anglais, dans sa période de formation, fut fortement influencé par le droit canon. D'autre part, dans le traité, il n'est nulle part fait mention du droit canon. L'auteur ecclésiastique s'en tient à un sommaire de la loi royale d'Angleterre, de la loi en tant que distincte de l'administration, et royale en tant que distincte de locale, féodale et ecclésiastique. Il y a là un fait d'importance, légalement, mais davantage encore politiquement. Dans les premiers mots du traité l'auteur déclare :

« Non seulement le pouvoir royal doit être pourvu d'armes contre les rebelles et les nations qui se dressent contre le roi et le royaume, mais il importe aussi qu'il soit revêtu de lois pour gouverner les sujets et les gens paisibles de sorte qu'aussi bien en temps de paix que de guerre, notre glorieux monarque puisse remplir son office avec tant de succès que, matant l'orgueil des indisciplinés et des ingouvernables avec la droite de la puissance et tempérant la justice envers les humbles et doux avec l'étalon de l'équité, il puisse être toujours victorieux dans les guerres contre ses ennemis, sans manquer de se montrer constamment impartial dans le gouvernement de ses sujet » ⁶⁰.

Ainsi « Glanvill » rangeait les lois du roi, avec ses armées, comme fondement de son autorité; légitimant du même coup le pouvoir royal. De plus, les lois de Henri II étaient reproduites dans le traité et présentées comme « les bienfaits royaux dispensés au peuple par la bonté du roi, agissant avec l'avis de ses magnats ». Ainsi le pouvoir législatif du monarque était justifié et ce qu'il promulguait en recevait la permanence comme faisant partie des « Lois et Coutumes d'Angleterre ».

A cet égard, la rédaction écrite même était affaire d'importance. Que le droit royal fut présenté par écrit lui donnait une certaine dignité, peut-être même quelque chose de sacré. En était également renforcée la fixité des règles, une certaine stabilité. De plus, le texte écrit fournissait un fondement pour des élaborations ultérieures. Le traité de Bracton, écrit soixante-dix ans plus tard, s'édifia sur les fondations de Glanvill.

Finalement, le traité de Glanvill se focalisait sur la procédure et spécialement sur les brefs. Il n'était de loin ni aussi érudit ni aussi philosophique que celui de Gratien. Un peu de théorie politique apparaissait au début mais bientôt l'auteur concentrait son effort sur la reproduction de divers types de brefs, accompagnée épisodiquement d'arguments expliquant leurs qualités. Pourquoi en était-il ainsi ? Au moins en partie c'était parce que l'autorité légale du roi découlait de sa maîtrise dans la solution des conflits par une procédure qui était considérablement plus développée, plus détaillée

et plus précise, plus rationnelle aussi que celle en usage dans les cours locales et féodales.

Le roi n'était pas encore en mesure de légiférer sur des normes positives dans les questions de droit contractuel, de propriété, de dommages et de crimes, sans même parler de famille, ou de succession, qui étaient de la compétence exclusive de l'Eglise. Mais le roi avait, pour la première fois, établi une cour centrale de juges professionnels pour entendre des litiges du pays entier dans des procès ouverts par les brefs émis par son chancelier. En se concentrant sur les brefs, l'ouvrage de Glanvill faisait l'histoire, car les brefs mêmes, en définissant des types distincts de recours pour des types particuliers d'atteintes, créaient ce que l'historien anglais J.E.A Jolliffe a qualifié de « révolution dans la science juridique »⁶¹.

L'insistance sur la procédure est significative non seulement comme expression du pouvoir royal, mais aussi en tant que limitation du pouvoir royal. Le roi avait considérablement étendu sa juridiction à l'encontre des cours féodales et ecclésiastiques, mais les conditions de cette affirmation de la juridiction royale étaient expressément formulées et jouaient par conséquent pour la délimiter. La catégorisation des types de recours, de même que la rédaction des procédures à suivre pour en bénéficier, délimitaient concrètement ce qui ressortait à la juridiction royale. Ainsi, pour citer de nouveau Jolliffe : « La croissance de la définition » comme moyen de confiner le pouvoir qui était appliqué au pouvoir féodal et au pouvoir ecclésiastique, était également applicable au pouvoir royal.

L'on ne peut trouver dans la législation de Henri II ni dans le traité attribué à Glanvill, une trace quelconque des affirmations de pouvoir royal absolu ou d'omnicompétence royale qui figurent dans la législation de Roger II pour le royaume de Sicile. Au contraire, Glanvill, en définissant la juridiction royale par le canal des brefs, donnait des frontières à cette juridiction. Selon l'expression de Maitland, la règle des brefs est la *rule of law*, la règle du droit. Certes le roi ne pouvait être empêché d'usurper du pouvoir au-delà des bornes qu'il se posait à lui-même. Mais en agissant ainsi, il affaiblirait la confiance publique dans la légalité sur laquelle repose sa propre légitimité et, par là, accroîtrait les occasions où il serait obligé de recourir à l'inefficacité de la force pour conserver son pouvoir.

Cela est implicite dans l'analyse par Glanvill des deux versants du pouvoir royal : son besoin de forces armées pour faire échec aux rébellions intérieures et aux agressions extérieures, et son besoin de lois justes pour gouverner les sujets paisibles. Deux générations après Glanvill, sa conception fut portée beaucoup plus loin dans l'ouvrage de Bracton, le *Traité sur les Lois et Coutumes d'Angleterre*. Bracton aussi commençait par dire : « Pour bien gouverner, un roi a besoin de deux choses, des armes et des lois » mais il poursuivait en déclarant que le pouvoir même du roi dérivait de la loi, c'était *lex* qui le faisait *rex*, et que lorsqu'il ne gouvernait que par la force des armes, il cessait d'être roi.

DUCHE DE NORMANDIE

Le Duché de Normandie fournit une clef sur l'unité de la civilisation européenne vers la fin du XI^e siècle et au début du XII^e.

A l'époque où les Normands conquièrent l'Angleterre, les ducs normands avaient déjà édifié la première entité politique centralisée de grande dimension territoriale sur le continent. Sur la totalité du gigantesque duché, approximativement aussi vaste que toutes les unités politiques anglo-saxonnes prises ensemble, et plusieurs fois plus étendue que les territoires gouvernés par le roi de France, aucun seigneur ne pouvait bâtir ou maintenir un château sans la permission du duc. Chaque noble lui devait le service armé. Le duc n'avait pas seulement le monopole de la frappe des monnaies, mais un réseau complet de délégués du duc nommés « vicomtes », (vice-comtes, l'équivalent des shérifs en Angleterre).

Le duc contrôlait les gouvernements locaux, commandait les contingents militaires locaux, plaçait des garnisons dans les châteaux, percevait les revenus et rendait la justice. Au surplus, il était le chef des églises de son territoire, avait le pouvoir d'investir évêques et abbés et de présider les synodes provinciaux. Il était le gouvernant consacré, le vicaire du Christ, c'est ainsi que le décrivait le texte dit *Norman Anonymus* au début des années 1100⁶².

L'histoire, et spécialement l'histoire juridique, du duché de Normandie, comme celle du royaume normand de Sicile, n'a pas été mise en lumière par les historiens modernes parce que le duché même cessa d'être une entité politique indépendante au cours du XIII^e siècle. Dans un âge d'historiographie nationaliste, les pays qui, à la longue, n'ont pas « tenu le coup », tantôt ont été oubliés, comme la Sicile normande, ou ont été traités comme un chapitre de l'histoire de quelque autre pays, dans le cas de la Normandie, celle de la France qui ultérieurement l'annexa ou bien celle de l'Angleterre qu'elle avait conquise auparavant. Pourtant, les institutions légales de la Normandie eurent une influence importante tant sur le droit anglais que sur le droit français. De plus, l'interaction qui se produisit entre les institutions légales normandes et anglaises, et entre les institutions légales normandes et françaises, témoignent de l'unité essentielle des concepts et des valeurs de base des peuples européens et de leurs processus d'évolution respectifs.

Après s'être implantés en Normandie en 911, le duc Rollon et ses successeurs assimilèrent les institutions gouvernementales des Francs et se montrèrent des administrateurs supérieurement doués. Parmi les procédés judiciaires qu'adoptèrent les Normands, il y avait l'enquête, consistant dans l'interrogatoire des populations locales, sous serment, par des inquisiteurs délégués du centre. Les questions qu'ils posaient aux consultés pouvaient porter sur des données économiques et autres, ou sur la dénonciation de suspects ou sur la véracité des accusations portées sur eux. Peu après la conquête de l'Angleterre, les gouvernants normands introduisirent l'enquête en diverses matières dans la pratique anglaise ; l'exemple le plus fameux étant le

cens fiscal de 1086 appelé *Domesday Book*. Les Normands introduisirent aussi en Angleterre leur pratique antérieure d'envoyer des juges spéciaux pour tenir des cours de justice locales et établirent un nouveau système de services centraux des finances publiques de part et d'autre de la Manche.

Dans le dernier tiers du XII^e siècle, les institutions légales furent transformées fondamentalement non seulement en Angleterre mais aussi en Normandie. Dans les deux pays eut lieu une maturation du système des juges itinérants, des brefs judiciaires, de la présentation et de la sanction des enquêtes et du recours possessoire. Des deux côtés, il y eut distinction entre la « haute » justice royale (ducale) et la basse justice féodale et locale. Des deux côtés, une affaire civile devant les tribunaux royaux (ducaux) était ouverte par un lettre (bref) de la chancellerie royale.

Selon Charles Haskins (grand spécialiste de la comparaison entre droits normand et anglais au XII^e siècle), l'initiative venait largement de Normandie en Angleterre plutôt que d'Angleterre vers la Normandie. Le bref de droit (de propriété) semble s'être développé simultanément de part et d'autre, sous le règne d'Henri I^{er}. Cependant, la source des brefs possessoires de Henri II fut normande, ainsi que pour l'enquête jurée (« petit jury ») réunie pour répondre à des questions posées dans lesdits brefs⁶³. Haskins attribue aussi, partiellement, l'origine de l'échiquier anglais sous Henri I^{er} à l'expérience normande, bien qu'il n'ait pu établir lequel des deux échiquiers fut fondé d'abord. De même, Henri II instaura des systèmes semblables de juges et de baillis dans les deux régions, probablement à des dates voisines.

D'ailleurs la chronologie n'a guère d'importance. Comme l'écrit Haskins, « Si l'enquête militaire de 1166 en Angleterre précéda les recettes fiscales normandes de 1172, l'*Assize of Arms* et l'ordonnance pour la dime de Saladin furent d'abord promulguées pour les dépendances du royaume sur le continent. La cadence de ces mesures peut avoir été l'effet du hasard car, pour un homme du tempérament de Henri II, l'endroit où une expérience avait été lancée importait peu, mais il était impossible de gérer un grand empire selon son système sans utiliser l'expérience acquise dans une région pour l'avantage d'une autre⁶⁴.

Un remarquable manuel de droit normand écrit aux environs de l'an 1200, intitulé : « Très ancien coutumier de Normandie », décrit un système de lois remarquablement similaire à celui décrit une dizaine d'années auparavant par Glanvill dans *On the Laws and Customs of England*⁶⁵. Quelqu'un qui aurait été avocat en Angleterre vers 1190 ou 1200, aurait pu aisément aller en Normandie et y pratiquer sa profession sans avoir à acquérir beaucoup de nouvelles connaissances. Thomas Brown, qui avait été un baron de l'Echiquier de Sicile pendant vingt ou trente ans, puis baron de l'Echiquier d'Angleterre pendant une période équivalente, aurait pu passer aux finances du duché de Normandie sans grandes surprises. De façon analogue, un juge de Normandie aurait pu aller siéger à la cour de Palerme puis passer de là à Westminster ou à Caen sans entraves sérieuses.

Le chapitre 7 du « Très ancien coutumier de Normandie » décrit le jury à convoquer pour décider des différends sur la saisine, comme un groupe de douze hommes libres du voisinage non apparentés à l'une ou l'autre partie. Le chapitre 73 donne un exemple de bref de récente dessaisine, presque identique au bref autorisé en Angleterre par les Assises de Clarendon en 1166 : « Le roi ou son sénéchal, au shérif de tel ou tel endroit, salut. Ordonne à H. de restaurer sans délai R. dans sa tenure..., dont il a été saisi en (une certaine date)... et dont il a été par la suite dessaisi à tort et sans jugement ».

Quelques années après la rédaction du « Très ancien coutumier », le duché de Normandie fut conquis par le roi de France, Philippe II (Auguste) et incorporé au domaine royal qu'il constitua. Au cours des deux décennies suivantes, Philippe-Auguste adopta pour le droit royal de France quelques-unes des institutions fondamentales du droit normand, en particulier des traits importants du système administratif et judiciaire. Ainsi le duché de Normandie, par son influence directe sur l'Angleterre et sur la France, joua un rôle majeur dans la formation de la tradition juridique occidentale.

EN FRANCE

La Chanson de Roland, écrite au temps de la première croisade (1099) suscita le patriotisme français, des « Francs » par la peinture de leur héroïsme et de leur piété, et ses références à « la douce France ». Pourtant, à cette époque, la France existait à peine en tant qu'entité politique. Le roi de France n'était le maître que d'un vingtième du territoire habité par les Bourguignons, les Picards, les Normands, les Bretons, les Gascons, les Provençaux, et une vingtaine de « lignées » qui composaient la nation lentement émergente. Le domaine où régnait directement le roi était l'Ile-de-France, entourant les provinces épiscopales de Paris et d'Orléans.

Le reste de ce qui devint la France était divisé en duchés, comtés et seigneuries de nature diverse, dont beaucoup étaient théoriquement rattachés par tenure féodale au roi, mais dont toutes pratiquement étaient indépendantes. Parmi la demi-douzaine de ducs figuraient ceux de Normandie, d'Aquitaine, de Bretagne et de Bourgogne. Parmi la vingtaine de comtés, il y avait ceux de Flandre, d'Anjou, de Toulouse, de Blois, de Manche, de Barcelone... Certains de ces grands féodaux, tels le duc de Normandie et le comte de Flandre, disposaient de bien davantage de pouvoir, de richesse et de territoires que le roi de France.

Plus de cent ans auparavant, en 987, le dernier roi carolingien des Francs occidentaux, Louis V, était mort, et son successeur fut Hugues Capet (le titre d'empereur était déjà passé aux Francs de l'Est). La dynastie capétienne ne put d'abord faire beaucoup mieux que maintenir son contrôle sur ses vassaux du domaine royal propre. Dans les années 1100, elle commença à progresser ; Louis VI (1108-1137) et Louis VII (1137-1180) introduisirent quelques institutions gouvernementales et légales plus évoluées. Ils accrurent aussi leur territoire par des mariages judicieux.

Cependant le plus avantageux, le mariage de Louis VII avec Eléonore d'Aquitaine, aboutit au bout de quinze ans à un divorce, et Eléonore, emportant son riche douaire d'Aquitaine et de Guyenne, le transféra à un autre « français », Henri Plantagenêt, duc de Normandie, comte d'Anjou et du Maine qui, bientôt après, devint le roi d'Angleterre, Henri II.

Le premier grand roi de France et le fondateur de l'Etat et du droit royal français, fut Philippe II (1180-1223) que les générations suivantes appelèrent Philippe-Auguste. Par alliance matrimoniale et par conquêtes, et spécialement par sa victoire à Bouvines en 1214 sur le roi Jean (« sans terre ») d'Angleterre, l'empereur Othon IV et le comte de Flandre Ferrand, Philippe créa en fait un empire français. Son domaine royal, *Francia*, l'Ile-de-France, s'agrandit de la Champagne, du comté de Blois, de la Bourgogne et de Nevers, et de fiefs du Nord-Est s'étendant jusqu'à la Manche. Sa juridiction engloba tout ou partie des duchés et comtés de Normandie, d'Aquitaine, de Bretagne, d'Anjou et de Touraine, gagnés principalement sur les rois d'Angleterre Richard (Cœur de Lion, 1189-1199) et Jean (1199-1216). La grande réussite de Philippe-Auguste fut d'édifier une structure cohérente, politique et juridique, unifiant tant les territoires qui lui appartenaient comme son patrimoine royal que ceux qu'il s'était acquis par des moyens militaires et politiques. Il réalisait ainsi pour la France ce que pour l'Angleterre Henri II avait fait une génération plus tôt, et que Roger II avait fait en Italie méridionale deux générations plus tôt.

Cet « empire » de Philippe-Auguste, comme les « empires » d'Henri II et de Roger II, constituait un état fédéral. Dans chacun des trois, il y avait en même temps un royaume (France, Angleterre, Sicile), avec divers duchés, comtés et seigneuries qui, techniquement, ne faisaient pas partie du royaume. Chacune des parties constitutives avait son propre gouvernant, le roi lui-même, un vassal héréditaire du roi ou un dignitaire nommé par lui. Chacune avait son propre droit coutumier. Néanmoins, le roi aussi gouvernait et faisait des lois applicables dans toutes les entités politiques comprises sous sa domination, et les tribunaux du roi avaient juridiction sur certains types de procès survenant dans n'importe laquelle de ces entités.

La France, assurément, était beaucoup moins unifiée que l'Angleterre ou la Sicile, bien moins même que le territoire entier soumis à Henri II, ou l'entièreté du territoire régi par Roger II. Il faut s'expliquer ce fait par plusieurs facteurs conjugués. La France était beaucoup plus peuplée, elle avait peut-être quatre ou cinq fois plus d'habitants que l'Angleterre et l'Italie méridionale, respectivement. Elle n'avait pas la forte tradition monarchique et le sens aigu des rapports légaux des Anglo-Saxons d'un côté, et le grand talent administratif des Normands de l'autre. Peut-être ses monarques étaient-ils moins portés à la brutalité intégrale des chefs normands, à leur goût de la violence. Finalement, la forme d'économie du système féodal qui prévalut en France favorisa-t-elle le démembrement politique, encore qu'il soit difficile, comme partout ailleurs, de discerner ce qui était cause et ce qui était conséquence.

Quoi qu'il en soit, débutant dans les vingt dernières années du XII^e siècle et les vingt premières du XIII^e, il se produisit en France un développement rapide des institutions politiques et judiciaires, analogue à celui qui avait eu lieu en Angleterre et en Sicile.

La personnalité de Philippe-Auguste

Philippe II, fils unique de Louis VII, fut dès sa naissance élevé pour être roi⁶⁶. Il succéda à son père en 1180, à l'âge de quinze ans. Dans les premières années de son règne, il déjoua les complots ourdis contre lui par les nobles, particulièrement ceux de la maison de Champagne à laquelle appartenait sa mère. Son mariage en 1180 avec la fille du comte Baudouin V de Hainaut et nièce du comte Philippe de Flandre, retourna les chances contre les complotteurs. Par des tours de force diplomatiques et militaires, Philippe parvint à être son propre maître, en dépit de son jeune âge. Déjà, il montrait les qualités alors indispensables à tous les gouvernants qui réussirent à cette époque.

La première décennie de son règne fut dominée par les alliances alternatives avec et contre Philippe de Flandre et Henri II d'Angleterre. La seconde vit une alliance avec l'empereur germanique (d'abord Frédéric Barberousse, puis Henri VI) contre Richard I^{er} d'Angleterre, qui permit à Philippe-Auguste, dans les débuts des années 1200, la conquête de la majorité des régions de France annexées au domaine des rois d'Angleterre : Normandie, Maine, Touraine, Poitou et Anjou. Le grand talent et la puissance de Philippe-Auguste culminèrent à la bataille de Bouvines (1214) où les forces françaises mirent en déroute les forces flamande, impériale et anglaise.

L'habileté de Philippe-Auguste comme politique et comme guerrier se manifesta aussi sur le plan administratif et législatif. Il s'entoura de gens versés dans les questions juridiques, qui lui donnaient leurs conseils et opéraient comme ses agents. Impressionné par le génie organisateur des Normands, en Normandie, en Angleterre et en Sicile, il adopta pour son territoire entier, spécialement après la conquête de la Normandie en 1203 et en 1204, diverses institutions ressemblant à celles anglo-normandes, comme les juges itinérants et les shérifs. Il remplaça de plus en plus les obligations militaires féodales par des versements en monnaie pour recruter des troupes de mercenaires.

Il affirma énergiquement ses droits de suzeraineté sur les barons. Il jouait les uns contre les autres le clergé, les seigneurs féodaux et les autorités urbaines, favorisant spécialement les villes, leur conférant d'amples libertés d'auto-gouvernement, ainsi que les grands commerçants, par des privilèges de circulation et des monopoles.

Par ses aptitudes, ses penchants et ses politiques, Philippe-Auguste ressemblait aux autres grands législateurs royaux de l'époque, surtout Roger II de Sicile, Henri II d'Angleterre, Frédéric Barberousse d'Allemagne et Philippe comte de Flandre. Il leur ressemblait aussi par des traits personnels. D'après ses contemporains, il était

fort physiquement, aimait la bonne chère, le vin et les femmes, chasseur infatigable et bon épéiste ; généreux avec ses amis, dur pour ses ennemis, combinant un vif tempérament avec une réserve sévère pour le dominer. C'était un catholique fervent.

Bien qu'il se soit retiré de la troisième croisade parce qu'il était brouillé avec Richard Cœur de Lion, il entreprit de réprimer les hérétiques albigeois avec une grande rigueur. Il était toujours disposé à emprunter des pratiques, à les adapter, à les expérimenter et à innover en vue d'atteindre ses objectifs. Ce que Heinrich Mitteis appelle son « imperturbable confiance en soi et son sens de l'efficacité », était en fait le sceau de son caractère, comme celui du caractère des autres grands monarques du XII^e siècle et des débuts du XIII^e. Sa profonde conviction de l'excellence du Droit comme instrument de puissance n'avait d'égale que sa foi dans la loi comme instrument de justice. Avant de mourir, il dit à son fils Louis [huitième du nom, qui fut le père de Saint Louis] que son devoir serait de « maintenir la justice pour les grands comme pour les humbles, pour les riches comme pour les pauvres »⁶⁷.

L'Etat royal français

Philippe-Auguste avait hérité d'une cour de justice (*curia regis*) qui restait essentiellement féodale en esprit et en tradition⁶⁸. Elle se composait de magnats héréditaires et de vassaux du roi, ecclésiastiques et séculiers, et de la maisonnée royale, principalement nobiliaire. Elle siégeait lorsque le roi la convoquait, assurant un mélange de fonctions de conseil, de jugement, et de législation. Pendant les règnes de Louis VI et Louis VII, l'abbé Suger de Saint Denis, un clerc d'origine modeste, avait exercé, comme principal conseiller du roi, une influence importante en accroissant le pouvoir des familiers de l'entourage royal et en limitant les pouvoirs des magnats héréditaires.

C'est cette tendance qu'accentua Philippe-Auguste. Sous son règne, les fonctions financières et judiciaires de la *curia regis* en furent détachées, et la chancellerie royale devint l'agence coordinatrice des autres départements gouvernementaux. Dans cet ordre d'idées, Philippe-Auguste opéra ou entreprit de faire, pour le gouvernement de la France, ce que Henri II avait fait pour celui de l'Angleterre et de la Normandie, ce que Roger II avait fait pour le gouvernement de la Sicile, de la Calabre et de l'Apulie, et que les papes depuis la fin du XI^e siècle avaient réalisé pour l'Eglise romaine. L'effort de Philippe-Auguste fut poursuivi par son fils Louis VIII (1223-1226) et mené à bonne fin surtout par son petit-fils Louis IX (1226-1270).

L'établissement d'organes centraux de gouvernement pour la France ne pouvait avoir lieu avant que l'autorité royale ne soit exercée localement, par des délégués du roi, dans les territoires inclus dans sa juridiction. Une telle combinaison d'institutions centrales et locales, fondée sur le principe de délégation de pouvoirs fut un ingrédient essentiel dans la formation du type occidental d'Etat. Un second ingrédient, connexe du premier, était un système de lois par lesquelles les délégués royaux pourraient être guidés et disciplinés. C'était l'incapacité antérieure de la cou-

ronne à établir une telle autorité déléguée qui eût été inspirée et guidée par la loi, qui empêcha la formation de l'Etat en France jusqu'au temps de Philippe-Auguste. Auparavant, non seulement les ducs et les comtes, mais même de moindres barons s'opposaient à la venue de fonctionnaires royaux dans leur domaine respectif. De plus, les rois français ne pouvaient faire un usage effectif des institutions locales de villages et de comtés, comme le pouvaient les monarques anglais, parce que la tradition du gouvernement local autonome était moins forte dans les royaumes francs que dans les royaumes anglo-saxons et, par conséquent, l'autorité plus aisément usurpée par les seigneurs féodaux.

Dans ces circonstances, ce que les rois de France avaient fait, était de régir leur domaine par l'entremise d'officiers nommés prévôts qui vivaient sur les terres royales comme administrateurs et comme autorités locales, percevant les impôts, arrêtant et punissant les délinquants, mobilisant les chevaliers et transmettant les ordres du roi. D'ordinaire, ils versaient à la couronne un forfait annuel appelé « ferme » pour recevoir les droits et pouvoirs qu'ils exerçaient et qui constituaient une sorte de fief, souvent héréditaire. En certaines occasions, le roi envoyait des inspecteurs pour contrôler ces prévôts. Ce système n'était pas très différent de celui qui fonctionnait en Angleterre au XI^e siècle et dans la première moitié du XII^e. Philippe-Auguste augmenta le nombre des inspections et renforça l'autorité et le prestige des inspecteurs, au point de créer un nouveau type de fonctionnaire, les baillis (comme en Normandie sous Henri II).

De fait, cette création fut suggérée au roi et ses conseillers par les baillifs ou shérifs anglo-normands du règne de Henri II. Philippe-Auguste adapta consciencieusement cette institution et la transforma en confiant au bailli quelques-unes des fonctions administratives des shérifs anglais et quelques-uns des devoirs judiciaires des justiciers itinérants anglo-normands. Comme le shérif, le bailli français pouvait représenter le roi en diverses sortes d'affaires ; il recevait ses instructions, surveillait ses finances et lui en faisait rapport. Comme les juges en circuit anglo-normand, les baillis français étaient délégués par les tribunaux royaux pour entendre les Plaids de la couronne (cas royaux) et, généralement parlant, maintenir les droits et les prérogatives du monarque.

Par une ordonnance royale de 1190, les baillis furent chargés de tenir séance une fois par mois pour entendre les plaintes (*clamores*) avec le conseil de quatre personnes qualifiées (*legales homines*, hommes de loi) de la localité. Au bout de quelque temps, chaque bailli reçut un bailliage territorialement délimité qu'il administrait pour la couronne, et où il siégeait comme juge royal. Dans le même esprit, après 1226, apparut dans certaines parties de la France un office analogue, celui de sénéchal, qui différait du bailli seulement en ce qu'il était un peu plus indépendant de la couronne. Les baillis et les sénéchaux étaient normalement recrutés dans la petite noblesse de la maisonnée royale ; normalement ils avaient étudié le Droit, ils étaient toujours des officiers salariés de la couronne et pouvaient aussi servir de représentants intermédiaires aux ducs et aux comtes.

Le prévôt continuait à administrer son district, exécutant les ordres du roi et rendant justice en son nom. Les appels de jugements de prévôts d'un bailliage allaient à la cour du bailli. Les types de causes les plus importantes étaient réservés à la cour du bailli en première instance. Le bailli tenait séance périodiquement dans les principales villes de son bailliage, avec l'assistance du prévôt local et des « hommes de loi », ou d'un conseil de notables ou encore, dans certaines régions, de juges laïcs (*hommes jugeans*). Les revenus perçus à l'occasion de ces procès, honoraires substantiels exigés des parties et taxes levées sur les communautés lors des prononcés de jugement, allaient à la couronne et aux seigneurs intermédiaires.

L'instauration du système de baillis était la condition préalable à la formation d'un corps judiciaire royal centralisé et professionnel. Avant l'accession au trône de Philippe-Auguste, peu nombreux furent les procès tranchés par la cour du roi. De 1137 à 1180, il semble y en avoir eu 85 en tout, soit une moyenne voisine de deux par an⁶⁹. Il s'agissait alors surtout de plaintes en déni de justice ou en faux jugement à l'encontre d'un grand féodal, ou en cas de différends entre un seigneur ecclésiastique et une commune urbaine à laquelle il avait accordé une charte de franchises. Généralement, le roi y avait présidé en personne. Les juges étaient de grands seigneurs et des officiers de la couronne, invités à siéger par le roi. Il n'existait pas encore de tribunal royal central et professionnel, ayant la responsabilité d'appliquer et modeler un système de droit royal.

L'émergence d'une telle cour se produisit au XIII^e siècle. Au début, des sessions judiciaires se tinrent dans la *curia regis* appelées « parlements » (au sens de discussions ou délibérations), plusieurs fois par an. Finalement, vers 1250, le Parlement de Paris siégea comme un corps judiciaire permanent, avec des juges professionnels à temps plein, présidant régulièrement à des procès civils ou criminels, parfois en première instance, mais pour la plupart en appel de jugements de cours de bailliage ou, moins fréquemment, de cours ducales, comtales et autres seigneureries. A la longue le roi ne présida plus en personne que rarement puis plus du tout. Le Parlement de Paris subsista comme cour royale suprême de France jusqu'à la révolution française.

La création d'une cour centrale de justice royale fut, comme dans le cas de la Sicile ou de l'Angleterre, mais aussi dans celui de l'Eglise romaine, caractéristique du développement initial du type d'Etat moderne occidental. Cela représentait en même temps la combinaison et la distinction du pouvoir politique (*imperium*) et de la justice selon le droit (*juridictio*), leur combinaison dans la fonction de royauté et leur distinction dans les institutions du conseil du roi et du tribunal royal. La France fut plus tardive que l'Angleterre et la Sicile à réaliser la centralisation de la justice royale en une seule cour professionnelle, de même qu'elle avait été plus tardive à créer un système décentralisé de juges royaux.

Finalement, cependant, l'instauration d'un système de tribunaux distincts, permanents, de tribunaux royaux fut essentielle pour la nouvelle structure d'Etat, dont l'un des traits caractéristiques était la conviction foncière de l'efficacité du processus

judiciaire comme moyen de garantir un ordre social, économique et politique. L'administration par le roi de la justice entre les particuliers impliquait, de son côté, l'existence d'un corps de droit royal à appliquer et il était entendu que ce corps de droit était destiné à être complété et rectifié de temps en temps par le roi.

A l'opposé de leurs prédécesseurs, Philippe-Auguste et ses successeurs étaient législateurs, en ce sens qu'ils étaient reconnus, et se reconnaissaient eux-mêmes, comme ayant le droit et le devoir d'émettre régulièrement des lois nouvelles. De plus en plus souvent au cours du XIII^e siècle, les rois de France promulguèrent des « établissements » (innovations de droit écrit) et des « ordonnances » changeant expressément des lois préexistantes. Beaucoup de ces nouvelles lois royales portaient sur le nouveau système d'administration de la justice. Peut-être l'exemple le plus célèbre est l'ordonnance de Louis IX de 1258, abolissant le duel judiciaire et faisant du Parlement de Paris une cour d'appel. D'autres lois étendirent au royaume entier l'émission de la monnaie, imposèrent un contrôle plus étroit aux communes urbaines et généralement renforcèrent l'efficacité du gouvernement royal. L'on a parfois observé que de telles lois royales se présentaient comme émises « pour le bien-être commun de tous » ou pour « le profit commun du royaume ». C'était reprendre la justification que les canonistes donnaient au pouvoir législatif du monarque, dans la formule fameuse de Thomas d'Aquin définissant la loi comme « une prescription en faveur du bien commun, promulguée par celui qui a la charge de la communauté »⁷⁰.

Le système français de justice royale

Les historiens du Droit considèrent souvent que le développement du système français fut en retard d'un siècle sur celui de l'Angleterre, soulignant qu'en Angleterre, il y eut une cour de justice royale centrale dans les années 1170 alors que ce ne fut pas avant 1250 que la cour royale centrale, le Parlement de Paris, fut créé en France. Mais cela revient à comparer des pommes à des oranges. Le Parlement de Paris était originairement une cour d'appel, il recevait les appels d'affaires décidées en première instance soit par des cours royales subalternes, tribunaux de prévôts ou de baillis ou par des cours subordonnées de ducs, de comtes et d'autres seigneuries. Les juges royaux anglais, itinérants ou à Westminster, entendaient normalement des litiges en première instance, ouvertes par un bref particulier.

L'on devrait donc comparer, au XII^e siècle, la juridiction royale anglaise avec la juridiction contemporaine des duchés et des comtés français, Bourgogne ou Maine ou Toulouse, aussi bien qu'avec la juridiction du roi de France dans son domaine royal (prendre garde qu'en France, le terme « comté » se réfère à une entité politique gouvernée par un comte, non pas au type anglais de *county*, ou *shire*). L'on devrait aussi comparer la juridiction royale anglaise avec le système français des juges royaux, les baillis, établis par Philippe-Auguste en 1190, la principale différence étant que les baillis n'étaient pas itinérants ni situés au centre mais fonctionnaient dans des districts fixes. Le Parlement de Paris de Louis IX, d'autre part, exerçait un rôle que la cour centrale du roi d'Angleterre n'assumait pas. En effet il entendait des

appels en permanence. Ces différences ne sont pas prises en compte par ceux qui qualifient de précoce le développement anglais ou de retardataire le développement français.

Si l'on confronte la justice centralisée anglaise non plus avec celle fonctionnant dans la France prise comme un tout, mais avec un duché français important, l'on trouve des similarités marquées entre les deux durant le XII^e siècle. Un exemple frappant est celui de Normandie car, au XII^e siècle, la procédure des affaires civiles importantes, en Normandie par les juges ducaux, était essentiellement la même que pour ce genre de causes par les juges royaux en Angleterre, le duc de Normandie étant la même personne que le roi d'Angleterre. En même temps, il n'y avait aucun système d'appel des décisions rendues en de telles causes, ni en Normandie ni en Angleterre. Un siècle plus tard, alors que le roi de France Louis IX était souverain en Normandie, les affaires civiles jugées dans la cour centrale ducale normande furent, pour la première fois, subordonnées à l'appel devant la nouvelle cour centrale instaurée à Paris.

En établissant un système hiérarchique de tribunaux, avec une procédure régulière d'appels, des tribunaux de prévôts en cours de baillis, et d'appels aux jugements des baillis, aussi bien que des cours des ducs et comtes et d'autres seigneurs à la cour centrale du roi à Paris, l'Etat édifié en France était considérablement « en avant » de l'Etat anglais, et non « en retard ».

Manifestement, il eût été tout à fait illogique pour les souverains anglais d'entreprendre un tel système d'appels échelonnés alors que, dans la procédure des cours royales anglaises, de tels appels auraient dû dériver du résultat d'une enquête par oui ou par non, posée par les juges royaux à des jurés sur des questions de fait, ou sur un mélange de lois et de faits, dont ils avaient eu connaissance antérieurement. La procédure mise en œuvre en Angleterre qui se rapprochait le plus de l'institution de tels appels était celle dite d'*attain*, utilisable seulement dans les causes civiles, par laquelle une *grand assize* de vingt-quatre personnes était assemblée pour réviser un précédent verdict de jurés. Si ce dernier était jugé non-fondé, la partie lésée recevait la restitution de tout ce que lui avait coûté le verdict injuste, et les jurés coupables perdaient tous leurs biens, étaient emprisonnés, femmes et enfants expulsés, leurs demeures rasées, leurs arbres déracinés, leurs prés défoncés.

Le système français de procédure civile et criminelle n'était pas, au départ, c'est-à-dire au XII^e siècle et dans la première partie du XIII^e, fort différente du système anglais. Non dans les cours royales centrales, bien entendu, mais dans les tribunaux des duchés, comtés, et les tribunaux royaux de prévôts et baillis : les juges y présidaient sur des tribunaux de simples laïcs, la décision de la cour n'était pas rendue par le fonctionnaire qui présidait mais par les « assesseurs » profanes. Cette division du tribunal entre un président et des assesseurs de la localité remontait loin dans le temps, comme en Angleterre, dans l'enquête chez les Francs. Cette confiance maintenue dans le commun peuple des campagnes pour prendre part au procès des litiges fut encouragée par Philippe-Auguste en établissant les tribunaux de baillis.

L'institution de l'*inqueste par turbe* avait aussi comme objet d'identifier les coutumes locales ; douze hommes étaient choisis pour les énoncer, et leur opinion unanime était exprimée par leur porte-parole.

Le système français fut soumis à des changements impressionnants dans la dernière partie du XIII^e et des siècles suivants. Comme l'a montré John P. Dawson, la procédure se fit plus savante et plus complexe ⁷¹. Des légistes professionnels expérimentés firent leur apparition non seulement au niveau des cours d'appel mais aussi dans les tribunaux de prévôts et de baillis, de même que dans les cours ducales et comtales, voire seigneuriales moindres.

Finalement aux XIV^e et XV^e siècles, non seulement le Parlement de Paris mais aussi les juges de cours moins éminentes, même en première instance, suivirent une procédure écrite semblable à celle du droit canon : les parties échangeaient des formulations écrites de plaintes et de défenses ; il y eut des interrogatoires écrits et des témoignages sous serment recueillis en secret ; les jugements de cour étaient rédigés en conclusions écrites et avec une opinion raisonnée les parties contestaient les thèses de l'adversaire, les conclusions des enquêteurs étaient enregistrées, les appels fondés sur des erreurs dans les dossiers volumineux étaient renvoyés aux échelons superposés de cours, et finalement au Parlement de Paris.

Comme le constate Dawson, les membres profanes se dérobaient de plus en plus, découragés et dérouterés par une procédure toujours plus compliquée ⁷². L'élément officiel l'emporta sur l'élément populaire, bien que « l'enquête par *turbe* » (foule, en latin) subsistât.

D'un point de vue fondé sur la suite des événements, l'on peut soutenir plausiblement que la rapide adaptation des rois de France à la procédure canonique et leur création d'un système hiérarchisé d'appels culminant à la cour royale centrale de Paris, eut des effets délétères sur l'histoire ultérieure du droit français, tandis que l'attachement des rois d'Angleterre au système traditionnel d'enquêtes des Francs eut des effets bienfaisants sur la suite de l'histoire juridique anglaise. Avec l'optique des XII^e et XIII^e siècles, par contre, le système français de tribunaux et de procédures présentait des avantages considérables, à la fois quant à l'équité des jugements rendus aux plaideurs et quant au maintien de l'ordre social par le pouvoir royal. Quant à l'équité fournie aux plaideurs, la procédure française, tout comme la procédure ecclésiastique, visait à ce que tous les faits et toutes les questions impliquées par le cas d'espèce soient exposés tandis que la procédure anglaise tendait à réduire circonstances et problèmes au nombre le plus restreint possible de points à débattre.

Le système anglais de plaid et de verdict par jury, verdict rendu sans débat, n'était vraiment bien adapté qu'à un certain genre de différends. Ce fut ce défaut, plus que tout autre motif, qui fit au chancelier un devoir d'instaurer une juridiction « en équité » vers la fin du XIV^e siècle et pendant le XV^e, afin de protéger les humbles et les indigents, de consolider les relations de confiance et de loyauté, et

d'accorder des formes de secours spécifiques, par injonction ou de quelque autre manière (par contraste avec la *common law* de réparation par dommages et intérêts). Le chancelier, qui était presque invariablement un ecclésiastique de haut rang, suivait la procédure canonique, la même que la procédure royale française, de convoquer les témoins par *sub poena* (sous peine de sanctions) pour les interroger en particulier.

Sous l'angle du maintien de l'ordre dans la société, il est vrai que le système français de droit royal ne pouvait être aussi efficace que l'était le droit royal anglais en Angleterre, en partie parce que les sujets du roi de France étaient quatre ou cinq fois plus nombreux et parce qu'ils étaient divisés en bien davantage d'entités politiques rivales. Une question plus raisonnable peut être posée, celle de savoir si le système de droit royal développé aux XII^e et XIII^e siècles par les rois français était bien adapté à la tâche de porter au maximum leur contrôle sur les désordres ou s'ils eussent été mieux avisés de se rapprocher davantage du système anglais de droit royal. Philippe-Auguste modela, de fait, partiellement son système de baillis sur les shérifs et les juges itinérants d'Angleterre ; mais sous Louis IX, l'expansion du rôle d'appel du Parlement de Paris et de la procédure écrite complexe et raffinée qui allait de pair, réduisit finalement le rôle de la participation populaire et engendra une classe spéciale de juristes érudits qui, avec le temps, s'éloignèrent toujours plus de la population et fut atteinte de corruption. Mais en ce point encore, il ne faut pas juger ce qui fut fait sous Louis IX par ce qu'il en advint sous Louis XIV.

Pour en revenir aux XII^e et XIII^e siècles, il semble raisonnable de conclure que le système de droit royal qui prévalut en France, en comparaison de celui qui prévalait en Angleterre, fut un instrument remarquablement efficace pour la mise en ordre de la vie économique et sociale du pays, et qu'il fut moins heureux pour la répression des crimes et des moindres délits, probablement du fait que la juridiction pénale était moins centralisée en France qu'en Angleterre, relevant davantage de l'autorité des ducs, des comtes et des autres seigneurs, et des communes urbaines, ce qui n'était pas en soi une mauvaise chose.

Les bons résultats du droit royal français au XIII^e siècle reposèrent sur son dosage subtil des coutumes locales avec la compétence des juristes, et sur la procédure experte avec laquelle ils appliquèrent leur compétence aux coutumes locales. C'est ce qui façonna un droit coutumier français doté d'une puissante influence unificatrice et éducative.

Par l'expression « coutume locale » l'on évoque les diverses coutumes des régions, des villes, des seigneureries rurales ainsi que des duchés et des autres entités politiques dont se composait la France. Il y avait relativement peu de coutumes communes à tout le pays, bien qu'il y en eût quelques-unes comme celles réglant la transmission de la couronne ou celles restreignant les pouvoirs du mari sur les biens de sa femme durant leur existence commune. De même, malgré l'émission croissante « d'établissements » et d'ordonnances, il y avait assez peu de dispositions législatives importantes pour l'ensemble du pays, celles qui paraissaient étaient surtout

de procédure. Néanmoins, le fait que les causes jugées dans les cours royales étaient le plus souvent tranchées sur la base de coutumes locales n'impliquait pas que les tribunaux du roi ne jouaient pas leur rôle dans le modelage de ces coutumes. Bien au contraire, les cours royales, y compris le Parlement de Paris et, à l'occasion, le roi lui-même, exerçaient leur droit de rejeter toute coutume estimée « mauvaise » et de ne retenir que celles jugées « raisonnables ». Cela entraînait l'autorité d'interpréter les coutumes de façon à les rendre compatibles avec la raison. C'est ainsi que l'on peut parler d'un « droit coutumier » français commun valable dans tout le pays, composé des diverses coutumes régnant dans des régions diverses sous des formes interprétées et remaniées par les cours royales.

Dire ainsi que la France était régie par un droit coutumier commun, n'est pas ignorer le fait qu'un grand nombre de juristes et de magistrats de France étaient empreints de droit romain. Il n'est pas nié non plus que, dans certaines parties du pays, notamment dans le Midi, le droit romain avait survécu dans une certaine mesure depuis l'ère pré-mérovingienne. Mais il s'agissait là de deux sortes distinctes de droit romain. La première sorte, celle des hommes de loi formés sur les textes de Justinien, réorganisés et repensés dans les universités, (notamment en France, celle de Montpellier, fondée au XII^e siècle, et l'université d'Orléans créée au XIII^e siècle), ce droit romain-là était du droit idéal et non pas un code promulgué, ni un ensemble de lois positives d'une espèce ou d'une autre ; c'était un corps de concepts et de principes au moyen desquels les règles existantes de droit coutumier pouvaient être scrutées et interprétées.

La seconde sorte de droit romain, celle qui survivait particulièrement dans la France méridionale depuis le temps de la dynastie mérovingienne, consistait en fragments d'un vocabulaire, en règles éparses de droit et de procédures qui étaient restées dans la conscience populaire et dont certaines avaient trouvé place dans les codifications germaniques successives, notamment des Wisigoths et des Lombards ainsi que dans leurs décrets et dans d'autres décisions gouvernementales. Ce « droit romain vulgaire » comme on l'appelle souvent, était en fait devenu un droit coutumier. Le droit romain savant, de son côté, n'était pas de la loi en un sens obligatoire quelconque, c'était du droit au sens de style de raisonnement juridique.

Ce droit romain savant fut particulièrement utile pour déterminer si une coutume était « raisonnable » ou « mauvaise ». Le droit canon de l'Eglise romaine procura aussi une orientation fort importante à cet égard. Ce fut le droit canon qui, le premier, enseigna la nécessité de distinguer entre les coutumes raisonnables et déraisonnables. D'ailleurs, le droit canon enseignait aussi qu'il fallait distinguer entre ce qui est acceptable et inacceptable dans le droit romain même. Les principes canoniques d'interprétation des coutumes furent pratiquement surimposés généralement aux règles et aux principes romains.

Dans les cours royales française du XIII^e siècle, la preuve des coutumes pouvait être cherchée de diverses manières, à la discrétion des juges. Ainsi le juge pouvait dire qu'il connaissait une certaine coutume puisqu'il l'avait déjà appliquée dans un

cas analogue, cela s'appela un « précédent »⁷³. Il pouvait consulter les assesseurs populaires qui l'assistaient à ce tribunal. Il pouvait convoquer un groupe de personnes qui connaîtraient la coutume, un groupe de religieux pour constater la coutume d'une paroisse ou d'une abbaye, un groupe de bourgeois pour la coutume de la commune, un groupe de marins pour celle d'un port. Finalement, sous la procédure de « l'enquête par *turbe* », le juge pouvait convoquer douze personnes instruites et leur demander un rapport que présenterait leur porte-parole sur une ou plusieurs coutumes du lieu.

Au XIII^e siècle, le roi lui-même intervenait parfois, comme représentant du « bien commun de tous », en présidant à une discussion d'experts concernant des coutumes, et en exprimant ou en écrivant son opinion. Selon l'expression du juriste Philippe de Beaumanoir, « Le roi doit maintenir et faire maintenir les coutumes de son royaume »⁷⁴. Une coutume déraisonnable devait être « renversée ». En même temps, toutefois, le roi pouvait conférer des « privilèges » dérogeant à des coutumes, dispensant exceptionnellement certaines personnes ou institutions, en se fondant sur l'équité. C'est ainsi que le roi accorda des privilèges « contraires à la coutume générale » à certaines églises, certaines villes ou guildes, aux croisés etc.

Finalement, si la coutume était insatisfaisante non seulement à l'égard de certaines personnes ou de groupes en faveur de qui une exemption serait souhaitable, mais de façon générale, au point qu'il y eût lieu de la changer, le roi pouvait décréter une nouvelle loi ou ordonnance révisant cette coutume. La théorie de Sir Henry Maine, d'après qui, dans l'histoire du Droit, il y a un mouvement pour passer de l'équité à la législation, trouve du renfort dans la pratique médiévale française, laquelle dérivait de la théorie des canonistes autorisant la modification des coutumes selon l'équité, et la généralisation de l'équité par la législation⁷⁵.

En fait, néanmoins, il y eut relativement peu de nouvelles lois ou ordonnances changeant des coutumes anciennes, et pas beaucoup de privilèges accordant des exemptions à leur encontre. Pour la plupart, les coutumes considérées comme insatisfaisantes par les cours royales furent soit rejetées comme « mauvaises », soit modifiées pour les rendre « raisonnables ». En pratique, une règle de raison et de conscience fut incorporée dans le droit coutumier appliqué.

Ainsi, le droit royal français fut, d'une part beaucoup plus intellectuellement pratiqué que le droit royal anglais, en ce sens qu'il y avait un bien plus grand nombre de juges et d'avocats érudits dans le système judiciaire français⁷⁶, tout en étant moins affecté par des lois royales. D'autre part il était beaucoup plus diversifié, en ce qu'il n'existait pas en France un corps unique de lois et de procédures applicable dans tout le royaume ; mais il y existait quand même un large ensemble de « loi commune », au sens de procédure et de principes appliqués par les cours royales à toutes les coutumes diverses, existant dans les multiples entités politiques qui constituaient le royaume de France.

Droit royal français, civil et pénal

Bien que le droit appliqué dans les cours royales de France aux XII^e et XIII^e siècles fût largement coutumier, avec d'amples variations d'un siège à un autre, il y avait aussi des traits communs importants. En réalité, bien que les « coutumes » fussent fort diverses dans les détails, le « droit coutumier », c'est-à-dire la façon dont les coutumes étaient conceptualisées, et les principes observés dans leur interprétation, étaient remarquablement uniformes.

La description ci-après du droit coutumier appliqué dans les cours royales françaises est largement basée sur le grand ouvrage de Beaumanoir intitulé : *Livres des Coutumes et Usages du Beauvaisis*. écrit vers 1283 ⁷⁷. L'auteur était le bailli de Clermont en Beauvaisis ; auparavant, il avait été bailli dans le Vermandois, en Touraine et à Senlis, et sénéchal en Poitou et en Saintonge. Son seigneur, le comte de Clermont, était un fils de (saint) Louis IX et frère du roi Philippe III (le Hardi). Beaumanoir avait étudié le Droit en université, et il était pleinement familier du droit romain et du droit canon, il l'était aussi de la jurisprudence du Parlement de Paris.

En plus d'un juriste compétent, c'était un penseur pénétrant et sensible. Son ouvrage, encore qu'écrit dans un style concis, visait à être complet. Dans une édition moderne, il s'étend sur plus de mille pages. En dépit de sa date relativement tardive et de sa concentration principale sur une seule région, c'est une source sérieuse d'information sur les caractéristiques principales du droit appliqué dans les cours royales à travers le pays aux XII^e et XIII^e siècles. Beaumanoir analysait aussi, quoique avec moins de détail, la juridiction et la procédure des autres tribunaux du Beauvaisis : la cour du comte, les cours ecclésiastiques, celles des seigneurs locaux, les tribunaux marchands et les tribunaux d'arbitrage (auxquels il consacre tout un chapitre). Toutes ces instances exerçaient une juridiction concurrentielle. Toutes appliquaient « les coutumes et usages des Beauvaisiens ».

Les procédures des cours royales étaient plus ou moins uniformes dans la France entière, au moins après 1190, lorsque Philippe-Auguste eut instauré le système des tribunaux de baillis. Le bailli, assurément, était aussi au service du seigneur du duché ou du comté où il exerçait ses fonctions. Il était en dernier ressort subordonné à la couronne et, après 1250, ses décisions furent révisables par la cour centrale du roi, le Parlement de Paris. Ainsi que l'exprime Beaumanoir, « Chaque baron est souverain dans sa baronnie, mais le roi est souverain sur eux tous » ⁷⁸. La procédure de la cour du bailli de Clermont, décrite par Beaumanoir, est semblable à celle des cours de baillis dans d'autres régions de France, telle que décrite dans d'autres sources contemporaines.

Dans les cours de baillis en général, et vraisemblablement aussi dans les tribunaux des prévôts qui leur étaient subordonnés, les procès civils étaient ouverts par une convocation présentée verbalement par le plaignant au défendant, soit en personne soit à son domicile, ou par « notice » (par les voisins). Il était requis que cette convocation formule en termes généraux la nature de la plainte. Si elle était trop gé-

nérale ou trop vague, le défendant pouvait plaider excuse ou délai ; la cour pouvait exiger qu'une telle défense soit sous serment. Au procès, le plaignant devait présenter en détail sa plainte (demande), et le défendant sa défense (barre). Beaumanoir compare et commente les différences entre cette procédure et celle des tribunaux ecclésiastiques. Dans ces derniers, le « libelle » du plaignant et les « exceptions » du défendant, devaient être écrits, et en latin tandis que, devant les baillis, tout se passait oralement et en français. Au surplus, dans les cours ecclésiastiques, il pouvait y avoir d'autres plaidoyers, répliques, *triplications*, *quadriplations*, tandis que devant le bailli, le problème devait être noué par la demande et la barre.

Les parties pouvaient être représentées par d'autres personnes, appelées « procureurs », parents ou amis ou autres agents auxquels était reconnu un rôle d'avoué. Les parties pouvaient aussi être représentées, dans un sens différent du mot, par des avocats qui se chargeaient de les conseiller et de présenter leur cas. A l'époque de Beaumanoir, les avocats constituaient un « office », c'est-à-dire une profession, dont le comportement était régi par des ordonnances royales ⁷⁹.

Beaumanoir énumère et discute huit genres de preuves : 1) par serment, 2) par documents écrits, 3) par duel judiciaire (dans les cas exceptionnels où il restait permis), 4) par témoins, 5) par jurisprudence de cour, 6) par admission de la partie adverse, 7) par document judiciaire et 8) par présomptions. De ces genres divers, le plus moderne et celui qui eut le plus de portée dans l'avenir était le témoignage. Bien des témoins pouvaient être récusés ou leur témoignage minoré. On y comptait les clercs et moines, les femmes, les lépreux, les mineurs et les étrangers, les personnes condamnées pour crime ou faux témoignage, les bâtards, les serfs et les juifs. Les membres de la famille ou commensaux des parties n'étaient pas admis à témoigner pour elles. Les procureurs et les avocats ne pouvaient témoigner de ce qu'ils avaient appris pendant leur participation au procès comme agents ou conseillers. Les témoins déposaient sous serment en réponse aux questions posées par les parties et par le juge ⁸⁰.

Ainsi la procédure des affaires civiles dans les cours de baillis, à la différence des cours de droit canon, était-elle orale et non pas écrite, mais un compte-rendu des procès était enregistré afin de permettre un appel à une instance supérieure, en l'occurrence le Parlement de Paris.

Les affaires pénales sérieuses ou criminelles, englobant ce que l'on appelait la « haute justice » étaient jugées dans les tribunaux seigneuriaux jusqu'aux cours ducales et comtales. Néanmoins, les affaires criminelles pouvaient aussi être entendues dans les tribunaux de prévôt ou de bailli lorsque le roi avait juridiction en raison de la nature du méfait, ou de la tenure, ou de la condition de servitude de l'accusé. La citation en justice était obtenue par une accusation portée par la personne lésée, un témoin ou quelqu'un d'autre. Il n'y avait apparemment rien d'analogue dans les tribunaux français à la présentation communautaire des félons, par un grand jury, aux justiciers itinérants tels qu'il en existait en Angleterre. Par conséquent, bien que le

droit français, en opposition aux anciens droits francs ou germaniques, distinguât entre les causes civiles et pénales, il continuait à utiliser une procédure accusatoire dans les affaires criminelles, semblable à la « demande » du plaignant dans les affaires civiles.

Les principales sortes de causes entendues dans la cour du bailli, selon Beaumanoir, étaient les litiges à propos des droits aux biens meubles, d'héritage, de contrats, de donations, de tutelle des mineurs, de troubles de saisine et d'atteintes aux personnes. Mais nombre d'autres sortes de problèmes légaux, de relations juridiques et de transactions étaient aussi traités par Beaumanoir, y compris divers aspects du droit familial (douaire, incapables, mineurs, enfants non légitimes), de successions, de testament, de donations, d'association (entreprises marchandes, compagnies, coopératives, communes), des transports, des poids et mesures et des services de travail.

Le droit royal français, comme ceux d'Angleterre et de Sicile, partageait avec le droit féodal la distinction tranchée entre terre et biens meubles (bétail et outillage) comme entre la saisine et la propriété (« plein droit »). Ces distinctions découlaient du fait qu'en droit féodal, les droits au sol entraînaient avec eux des pouvoirs de gouvernement. Le fait supplémentaire que le droit romain aussi distinguait nettement entre biens meubles et immeubles, et entre possession et propriété (« plein droit ») était fort opportun pour les hommes de loi, car cela leur permettait d'affecter des noms romains à des réalités féodales. C'était quelque peu illusoire, d'ailleurs, car la distinction entre terre et cheptel (bestiaux et instruments) n'était pas la même que celle entre biens immobiliers et mobiliers, ni la possession romaine n'était la saisine féodale. Les juristes occidentaux n'étaient pas trop gênés par ce fait, car ils transposaient simplement le droit romain pour s'en servir utilement dans l'immédiat.

En France, commente Beaumanoir, la cour de bailli, c'est-à-dire le tribunal du roi dans un comté ou duché, ou d'autre seigneurie, était spécialement concernée par la saisine et les entraves à saisine. Cette caractéristique ne distinguait pas le droit royal français du droit royal des autres royaumes en Europe aux XII^e et XIII^e siècles. Dans toutes les régions où il y avait des gouvernants centraux relativement puissants, ils enlevaient aux féodaux la juridiction sur les dessaisines illégales. Tardivement en 1277, le roi de France promulgua une loi affirmant sa juridiction sur la « nouvelle dessaisine » mais, en fait, la couronne avait depuis longtemps exercé cette juridiction, concurrentement avec les ducs et les comtes.

L'analyse de la saisine par Beaumanoir était hautement raffinée, solidement fondée sur le savoir des canonistes dans ce domaine du droit. Il distinguait entre diverses formes de plaintes en dessaisine forcée, dessaisine par fraude, par d'autres procédés n'impliquant pas de violence, et l'entrave à droits de saisine n'allant pas jusqu'à la dessaisine effective⁸¹. Le droit français, comme le droit anglais et le droit canonique, protégeait la saisine des bestiaux aussi bien que de la terre, et en outre la saisine de droits. De plus, il protégeait la saisine même non accompagnée d'une possession effective, comme dans le cas d'une personne considérée comme restant sai-

sie de sa terre et des droits de gouvernement qui lui sont attachés, alors que cette personne est partie en croisade.

A la différence des tribunaux royaux anglais, les baillis français exerçaient leur juridiction sur les contrats comme tels, et non pas uniquement sur les conventions écrites et scellées. Beaumanoir fonde cette juridiction sur le principe moral, déclaré par les canonistes, que les contrats doivent être remplis, *pacta sunt servanda*. « Tous les contrats doivent être exécutés » », écrit Beaumanoir, et c'est pourquoi il est écrit « un accord l'emporte sur une loi », excepté ceux dont l'objectif est mauvais [par exemple, comme] « la promesse de tuer quelqu'un pour cent livres »⁸².

Puis Beaumanoir poursuit par l'énoncé d'autres principes de droit contractuel qui étaient généralement acceptés par la science juridique romano-canonique de l'époque : l'accord ne doit pas avoir été obtenu par violence ou menace, l'objectif du contrat ne doit pas être impossible, immoral ou illégal, les dettes de jeu et les contrats usuraires ne sont pas exécutoires judiciairement, certaines défenses peuvent être écartées expressément dans le contrat (par exemple, le vendeur peut renoncer à objecter qu'il a obtenu moins de la moitié de la valeur de son bien). Ce qui est remarquable en tout cela, c'est que ces doctrines de science juridique romano-canonique se soient incorporées dans les coutumes du Beauvaisis (et des autres régions de France) telles que les appliquaient les tribunaux royaux.

Le droit pénal représentait une part importante du droit coutumier pratiqué tant dans les cours royales que dans celles des ducs, des comtes et de moindres seigneurs. Le plus long chapitre de l'ouvrage de Beaumanoir (114 articles distincts) est consacré aux crimes et délits⁸³. Lesquels se répartissent en : 1) ceux punissables de mort, avec confiscation des biens du condamné par le seigneur sur les terres de qui ils se trouvent; 2) ceux passibles d'amendes, de confiscation et de long emprisonnement et 3) ceux simplement passibles d'amende. Le premier groupe comprend : meurtre, trahison, violence mortelle, rapt, incendie, vol, hérésie, contrefaçon, évasion de prison, empoisonnement et tentative de suicide.

Normalement, la mort était infligée par la roue ou la potence, toutefois les hérétiques étaient brûlés vifs et les faux-monnayeurs étaient ébouillantés avant d'être pendus. Un exemple de crime passible de long emprisonnement, ceux du second groupe, était le parjure (faux témoignage) ; la durée de la peine était à la discrétion du juge. Le troisième groupe inclut les coupures et les blessures à l'arme blanche, la désobéissance à un ordre du seigneur, les intrusions et infractions de ce genre. Les amendes infligées à des paysans étaient modérées, celles encourues par des nobles étaient plus lourdes.

Les conspirations contre le bien commun sont un autre exemple de crimes classés par Beaumanoir parmi ceux punissables par de longs emprisonnements. Cela visait les ententes clandestines parmi les marchands ou les artisans pour augmenter leurs prix, accompagnées de menaces contre ceux qui refusaient de se joindre à eux.

Ce genre de conspiration était de la juridiction du seigneur à qui il incombait de fixer les prix. Etaient aussi comprises dans les conspirations illégales celles d'ordre politique insurrectionnel. Beaumanoir déclare que le seigneur qui surprend une telle conspiration devrait condamner les participants à de longues peines de prison, et les promoteurs à la pendaison. Il évoque la formation d'une ligue des principales villes de Lombardie contre l'empereur de Rome (c'était la Ligue lombarde organisée contre Frédéric Barberousse en 1167). Ayant été préparée pendant cinq ans, la révolte éclata partout le même jour, les officiers de l'empereur furent massacrés, et les conjurés « établirent dans leurs cités telles coutumes et lois qu'il leur plaît ».

Quand quelqu'un était pris en flagrant délit d'infraction grave et arrêté, le seigneur du lieu où l'acte avait été commis avait juridiction pour procéder au jugement. Si le coupable n'avait été arrêté que par la suite, le seigneur du lieu de son domicile avait la juridiction sur l'affaire. Si le crime portait atteinte aux droits du comte ou duc, ou du roi, la juridiction revenait à celui dont les droits avaient été violés. Ainsi, le meurtre d'un fonctionnaire royal, ou une trahison envers la couronne, étaient portés devant le tribunal royal.

A la différence de l'Angleterre, cependant, il n'y avait pas en France de juridiction générale ou exclusive du roi sur les crimes majeurs (*felonies*), pas plus que sur les délits civils graves (*trespasses*). La juridiction royale en matière pénale était, en France, quelque peu analogue à celle du gouvernement fédéral des Etats-Unis, c'était une juridiction sur les *federal crimes*, dont beaucoup pouvaient aussi être poursuivis comme nos *state crimes* par les diverses structures politiques qui composaient le royaume de France.

Comparaison du droit royal en France et en Angleterre

A la fin du XIII^e siècle et au XIV^e, en particulier après que le Parlement de Paris eut commencé à se développer et que le barreau d'Angleterre fut établi à Londres, le droit des cours royales en France se mit à diverger de plus en plus nettement du droit des cours royales en Angleterre. Finalement, après un autre siècle environ, les deux systèmes revêtirent une bonne part des traits dissemblables qui continuèrent à les écarter l'un de l'autre au XX^e siècle. Le système français renforça la procédure écrite, le système anglais la procédure orale. Le système français reposa sur des centaines de juges professionnels hautement cultivés, le système anglais sur des jurés du commun et des juges de paix sans diplômes spéciaux, et un très petit nombre de juges professionnels ; le système français sur l'interrogatoire judiciaire des parties et de témoins sous serment, le système anglais sur l'accusation et le déni par les parties avec jugement par le jury.

En ce qui concerne les lois positives, le droit royal français était plus systématique, plus érudit, plus romain, plus codifié tandis que le droit royal anglais était plus particulariste, plus pratique, plus germanique, plus orienté sur la juridiction des précédents. Le droit royal français couvrait davantage de terrain juridique, d'obligations civiles englobant les contrats, les délits, l'enrichissement sans cause, la propriété, les

sociétés commerciales et industrielles, les coalitions, les crimes, le droit public et le droit des gens. Le droit royal anglais se cantonnait dans les formes d'action en justice, bref de droit (de propriété); assise de récente dessaisine, dettes et détention abusive, contrat solennel, actions en dommages et intérêts, félonies de droit commun, brefs de prérogative. Néanmoins il conféra à la cour du chancelier, aux XIV^e et XV^e siècles, un trousseau hautement mouvant et informe de recours et de doctrines partielles qui fut à la longue qualifié « équité ».

Cette énumération de différences ne doit pas masquer le fait qu'au XII^e siècle et au début du XIII^e, lorsque des rois d'Angleterre et de France entreprirent de modeler leur système respectif de droit royal, ces deux systèmes avaient beaucoup en commun. Même plus tard, ils partageaient bien davantage de façons de voir que les historiographes nationalistes ne consentent à l'admettre ; aux yeux d'un Chinois, les différences pourront paraître minimales en regard des similitudes. Cependant, dès la période de conception, chacun incluait en lui-même bien des caractères contrastés qui plus tard les distinguèrent l'un de l'autre.

Du côté anglais, on avait des sommations écrites précisant la théorie de l'action du plaignant tandis qu'en France, les convocations étaient verbales comme la procédure. Au stade des plaidoiries, les Anglais comptaient sur des orateurs professionnels, les parties et les juges tandis que les Français faisaient confiance à des juges profanes, assesseurs, jurés et autres, pour rendre le verdict. L'interrogation des parties et des témoins sous serment n'était qu'une des méthodes de preuve dans les cours royales françaises. Parmi les autres méthodes, certaines avaient leur analogue dans le système anglais. Il est vrai que la pratique anglaise de requérir le jury de déterminer les faits par avance et de rendre un verdict unanime sans débat quelconque était unique. Cependant, en France « l'enquête par *turbe* » supposait que les jurés connaissaient, sans entendre de preuves, les coutumes de la localité, et son rapport unanime sur l'existence ou l'inexistence d'une coutume avait, dans certaines espèces de différends, le même effet que le verdict des jurés anglais.

Il y avait d'autres ressemblances. Tant en France qu'en Angleterre, de même qu'en Sicile, la justice centrale du roi (ou du duc) concurrença efficacement la justice des multiples seigneurs féodaux. Le roi continua, comme avant, d'ouvrir un recours contre un déni de justice ou un faux jugement dans une cour seigneuriale. A ce recours extraordinaire s'ajouta, dans la dernière partie du XII^e siècle, d'abord en Angleterre puis en France, une juridiction royale de première instance pour une gamme assez étendue de causes, principalement celles impliquant de violentes atteintes à la paix, et les disputes concernant la saisine des tenures libres. En outre, dans l'un et l'autre pays, la justice royale fut plus rationnelle, professionnelle et objective que la justice féodale.

La justice royale fut plus rationnelle, en ce qu'elle excluait dans presque tous les cas, le duel judiciaire et la *compurgation*. Plus professionnelle parce qu'elle était administrée par des juges professionnellement compétents. Elle fut plus objective sous deux aspects. D'abord, les juges devaient faire allégeance à la loi et à Dieu, ce

qui était considéré comme même plus élevé que l'allégeance envers le roi; sans parler de celle aux seigneurs féodaux de moindre rang. Comme l'affirme la ligne celtèbre de Bracton, « Le gouvernement n'est pas sous un homme, mais sous Dieu et la loi, c'est la loi qui fait le roi ».

De même, Beaumanoir déclare que le devoir du juge d'obéir à son seigneur ne le dispense pas d'obéir à Dieu, et que le juge n'est pas tenu, même par un ordre exprès de son seigneur, de l'exécuter si, ce faisant, il y « perdrait son âme ». Dans un tel cas, dit Beaumanoir, le juge doit quitter le service de ce seigneur plutôt que de commettre ce qui serait violer son devoir envers Dieu ⁸⁴. De telles affirmations reflètent le serment, prêté par les juges royaux français, aux XII^e et XIII^e siècles, au moment de leur entrée en fonctions, « de respecter les bonnes coutumes du pays » ⁸⁵. Cependant, même dans les livres savants, ces positions ne pouvaient être prises sans risques à une époque où les rois et les seigneurs faisaient couper les têtes impunément.

Deuxièmement, l'objectivité des décisions judiciaires dans les tribunaux royaux était renforcée par l'insistance sur la nécessité de la cohérence dans l'application de la loi. Aussi bien dans les cours royales françaises qu'anglaises, c'était un principe établi que les causes semblables devaient être jugées de semblable façon. Ce n'était pas la doctrine du précédent au sens technique, cela ne vint que beaucoup plus tard, avec la référence systématique aux affaires jugées, et la distinction entre la substance des décisions et les commentaires qui en étaient faits par le tribunal (entre *holding* désormais obligatoirement énoncé, et *obiter dictum*, ce qui fut dit en passant). Jusqu'aux XVI^e et XVII^e siècles, cette doctrine des précédents n'existait pas. De plus, raisonner en fonction d'un exemple antérieur était, au XII^e siècle, considéré comme moins satisfaisant que raisonner suivant des principes.

Néanmoins, déduire des principes à partir d'exemples de cas analogues était le mode prédominant de raisonnement juridique aussi bien au XII^e siècle qu'au XX^e. Tant Bracton au XIII^e siècle anglais que Beaumanoir au XIII^e siècle français fondèrent leurs traités sur des milliers de causes avec lesquelles ils étaient devenus familiers au cours d'une vie d'expérience judiciaire ⁸⁶. Ces normes et ces schémas de comportement existaient dans l'esprit des gens, dans la conscience de la communauté. Il est évident que dans ce sens, tout droit repose foncièrement sur la coutume et l'usage.

Cette attention intense aux conflits concrets tient au principe moral d'égalité devant la loi, principe qui sous-tend la maxime « Des affaires semblables doivent être jugées semblablement ». Beaumanoir écrit que, là où une cause (analogue) a été jugée avant, « même si ce jugement a été fait pour des personnes différentes », il ne devrait pas être présenté aux assesseurs de la cour siégeant en jugement, mais décidé directement par le bailli sur la base du précédent, « car l'on ne doit pas rendre des jugements différents sur les mêmes affaires » ⁸⁷.

Les similitudes frappantes entre les traités de Beaumanoir et de Bracton pendant ce même XIII^e siècle, ont été obscurcies dans l'esprit de maints commentateurs par leurs différences. Il en va de même pour les similitudes frappantes du traité du XII^e siècle de Glanvill avec les livres de droit coutumier qui parurent en Normandie et en France peu après Glanvill. Les traités anglais, à ce que l'on dit, contiennent les plus anciens exposés savants de la loi commune d'Angleterre (encore que la locution *common law* n'apparaisse ni dans l'un ni dans l'autre), c'est-à-dire qu'ils se concentrent sur les règles applicables dans les cours royales centrales de Westminster, règles qui constituent, selon le titre de l'un et l'autre ouvrage, « les lois et coutumes du royaume d'Angleterre ».

En contraste, le traité de Beaumanoir « Coutumes et Usages du Beauvaisis » et les *customals* (coutumiers) français et normands se disent centrés sur les coutumes locales qui diffèrent amplement de régions à régions. Néanmoins, les coutumes de Beauvais, telles que conceptualisées, organisées, rationalisées et appliquées par les cours royales, étaient tout à fait semblables « en général » aux coutumes des autres régions de France, une fois filtrées par les cours royales. Les périodes de prescription différaient, les excuses pour non-comparution différaient, les formalités requises pour le transfert de terres différaient, et bien d'autres choses différaient aussi. Néanmoins les limites dans lesquelles ces différences de détail étaient admissibles étaient fixées par les cours royales locales, et en fait, au temps de Beaumanoir, par la cour suprême à Paris. En outre, il y avait quelques coutumes uniformément pratiquées dans la France entière et celles-là étaient expressément appelées « les lois communes ». Par dessus tout, le principe général est le même.

Par ailleurs, la loi commune en Angleterre, est d'ordinaire qualifiée de loi coutumière. Il est malaisé de savoir ce que cela signifie. La *common law* anglaise est habituellement rattachée aux Assises de *Clarendon* ainsi que d'autres actes législatifs royaux du XII^e siècle ; ces derniers sont du droit promulgué, ce qui est l'opposé du droit coutumier. Ce que l'on veut exprimer, assurément, est que les édits royaux fixaient les procédures dans les cours royales en vue de rendre effectivement obéis des règles, des principes, critères et concepts qui prenaient leurs racines dans la coutume et l'usage. Ces règles, ces principes, ces critères et ces concepts à rendre obligatoires, les définitions de félonies, les concepts de saisine et dessaisine, étaient dérivés de normes et schémas de comportement informels, non écrits, non promulgués. Ces normes et schémas existaient dans l'esprit des gens, dans la conscience de la communauté. Evidemment, dans ce sens général, toute loi repose en dernière analyse sur la coutume et l'usage.

Si l'on tenait à définir plus précisément le sens de l'expression de « droit coutumier », l'on trouverait assurément que cela signifie quelque chose de différent lorsqu'on l'applique aux lois suivies par les cours royales d'Angleterre et quand on l'applique aux lois suivies par les cours royales de France. Cependant, il doit y avoir aussi coïncidence sous d'autres angles de vue, et les exemples en sont nombreux.

Entre autres, tant en Angleterre qu'en France, le concept de saisine (si important dans la vie quotidienne d'alors), s'enracinait dans le droit coutumier. Dans les deux pays, les cours royales prirent sous leur juridiction les cas de « récente dessaisine ». Les monarques des deux pays recoururent au concept coutumier de saisine traduit en actes législatifs pour enlever aux seigneurs féodaux la juridiction sur les différends concernant les droits de tenure libre de terres. Les différences sont indéniables, bien entendu, mais les similitudes témoignent du chevauchement du droit coutumier et du droit royal, analogue dans les deux royaumes ⁸⁸.

Chapitre quatorze

**LE DROIT ROYAL :
ALLEMAGNE, ESPAGNE, FLANDRES,
HONGRIE, DANEMARK**

ALLEMAGNE

Lorsque l'on parle des origines et du premier développement du droit royal en Allemagne, il faut se placer devant le fait qu'il n'y eut pas de roi d'Allemagne au sens où il y eut un roi de Sicile ou un roi d'Angleterre ou un roi de France. Il y avait des ducs, des rois, et d'autres princes dans les divers territoires (*länder*) qui composaient l'empire. Chacun de ces « pays » était en fait un royaume par lui-même. Cela comprenait les cinq grands duchés germaniques de Saxe, Souabe, Bavière, Franconie et Lorraine, plus d'autres comme la Frise et la Thuringe, les villes lombardes d'Italie du nord, le royaume franc de Bourgogne, le royaume slave de Bohême, et un nombre de « marches » aux frontières (dont l'Ostmark, la Marche de l'Est qui, en 1156, fut promue au statut de duché d'Autriche) ainsi que d'autres entités politiques diverses. En 1075, un duché comme la Saxe ou la Bavière était en gros comparable en étendue, en ressources et en puissance au royaume de France (tel qu'il était alors) ou au duché de Normandie ou au royaume d'Angleterre. Le monarque de tout l'empire germanique gouvernait son propre territoire comme un roi, à côté de sa fonction de chef de la fédération impériale.

D'où il découle que relativement à l'Allemagne, l'expression de « droit royal » peut se référer soit au droit de l'empire comme tel (droit impérial) ou à celui de l'un des duchés ou d'autres principautés qui composaient l'empire (droit princier). En fait, aux XII^e et XIII^e siècles, le droit impérial qui, auparavant, avait été fort rudimentaire, prit racine et se développa temporairement, sans atteindre le niveau du droit royal en Sicile, en Angleterre et en France, alors que pendant ce temps, le droit princier non seulement prit racine et s'épanouit mais continua ensuite à se développer comme le faisait le droit royal en Angleterre, en France et dans d'autres parties de l'Europe.

Le droit impérial

L'empire, fondé par Charlemagne (742-814, roi de Neustrie en 768) avait dès l'origine été une idée universelle superposée à une multitude d'unités tribales, locales et seigneuriales. Ce n'était pas une entité territoriale mais la sphère d'autorité (*imperium*) de l'empereur, qui personnifiait l'unité religieuse de la chrétienté occidentale et sa résistance militaire aux attaques des Scandinaves, des Arabes, des Slaves et des Magyars. Charlemagne avait lui-même instauré quelques éléments de pouvoir législatif, administratif et judiciaire, mais ces ébauches restèrent faibles. Les institutions impériales étaient éparpillées à travers l'empire et ne purent prendre racine. L'empire de Charlemagne a été qualifié à juste titre de « géant fragile ». Après sa mort, l'empire se fragmenta, divisé entre ses héritiers, le titre d'empereur échéant aux chefs des Francs de l'Est qui habitaient ce qui, bien des siècles plus tard, fut appelé l'Allemagne.

Pendant deux cents ans encore, l'empire « germanique » continua à être appelé l'empire des Francs ou l'empire chrétien. Puis au début du XI^e siècle, la pratique s'établit de donner à l'héritier présomptif le titre de « roi des Romains » plutôt que « roi des Francs ». Après le décès de l'empereur, son fils allait normalement à Rome pour être couronné par le pape comme « empereur des Romains ». Cela symbolisait surtout la prétention des empereurs francs à l'autorité théocratique de l'empereur romain Constantin et de ses successeurs, comme chefs de l'Eglise. Au XII^e siècle, l'on en vint à appeler l'empire même, pour la première fois empire romain. A cette époque, toutefois, la suprématie des papes sur l'Eglise avait été proclamée et le mot « romain » dans le titre impérial symbolisait son unité et son autorité politique et juridique dans la sphère temporelle. Ce fut seulement au XIII^e siècle que le nom devient Saint Empire Romain et finalement, au XV^e siècle « Saint Empire Romain de la Nation Germanique ».

Pour juger du caractère rudimentaire du droit impérial avant la révolution papale, l'on doit se rappeler que l'empire n'avait pas de capitale, aucune bureaucratie, pas de judicature professionnelle et pas même d'autorité fiscale établie. L'empereur gouvernait par sa maisonnée, qui se déplaçait constamment avec lui à travers l'empire. Le chancelier était le secrétaire de l'empereur, le chambellan avait la charge du budget de la maison royale. Les conseillers royaux n'étaient pas des dignitaires permanents mais ils étaient choisis ad hoc, d'une affaire à une autre.

Comme l'a dit Heinrich Mitteis, « L'empire n'avait tout son pouvoir qu'à l'endroit particulier où se trouvait le monarque, il ne pouvait être respecté que par de fréquentes apparitions dans les diverses parties de son empire. Cela exigeait une dépense d'énergie surhumaine et les souverains s'y usaient prématurément. Leur brièveté d'existence ne tenait pas à quelque accident regrettable mais était la conséquence du caractère épuisant du système de gouvernement »¹.

Cela ne veut pas dire qu'il n'y eût pas d'autre loi impériale que celle de sa maisonnée. Il y avait surtout la prérogative impériale du jugement. Partout où se trouvait

le monarque, il tenait séance de justice, appliquant la coutume locale ou tribale ou féodale, et aussi dispensant la justice en tout domaine dans sa capacité de vicaire du Christ et chef suprême de l'*imperium christianum*. L'empereur avait le droit d'évoquer à sa juridiction toute affaire pendante devant un tribunal quelconque, qu'il soit tribal ou féodal, et même ecclésiastique. Plus radical encore était le pouvoir de prononcer le « ban » de l'empire, requérant d'un accusé qu'il se soumette à sa « haute justice » sous peine d'être mis hors la loi. Ce pouvoir du « ban impérial » était aussi attaché à la fonction du comte (en latin *comes*, en allemand *graf*). Les comtes étaient une survivance de l'époque carolingienne où ils avaient été institués par l'empereur pour remplir en son nom les fonctions administratives et judiciaires dans les localités (*comtés, grafschaften*). Toutefois, au long des siècles, le caractère de délégation par le pouvoir central impérial diminua grandement et, en bien des endroits, devint héréditaire et local.

Par ailleurs, l'empereur exerçait une influence importante sur l'évolution du droit ecclésiastique qui était lui-même (comme aux temps romains) considéré comme l'une des branches majeures du droit impérial. Avant la révolution papale, évidemment, les empereurs élisaient les abbés et les évêques (y compris celui de Rome), convoquaient et présidaient les synodes ecclésiastiques, et même à l'occasion promulguaient des canons en matière tant théologique que juridique. La faiblesse du droit impérial sous l'angle séculier se traduit par le fait que l'empereur n'avait aucun droit de taxer ses sujets, mais devait tirer ses revenus de ses propres domaines royaux qui étaient éparpillés à travers de l'empire. Il y avait aussi des restrictions sévères à son droit d'acquérir des terres par voie d'*escheat* (en cas de déshérence d'un fief).

Au XI^e siècle, les empereurs parvinrent à recruter une classe de fonctionnaire impériaux (appelés *ministeriales*, servants) par des dons de terre (alleux). Ceux-ci étaient affectés à la gestion des domaines royaux et aussi, étant armés et montés, servaient dans l'armée impériale. Cependant, quand des terres revenaient à l'empereur par la déshérence d'un de ses vassaux (princes et autres nobles), il était tenu par le droit féodal de l'empire à les transmettre à d'autres de ses vassaux. Cet enfièvement obligatoire (*leihezwang*) distinguait fortement le droit féodal de l'empire du droit féodal des duchés et des autres principautés, tout comme de celui de France, d'Angleterre, de Sicile et des autres entités séculières de pouvoir qui surgissaient dans la chrétienté occidentale.

La révolution papale modifia considérablement la nature de la fonction impériale, et avec elle la portée et le caractère du droit impérial. D'une part, le rôle constitutionnel de l'empereur à l'intérieur de l'Eglise était fortement réduit ; il devenait un simple laïc, encore que puissant puisque les abbés et évêques, s'ils n'étaient plus investis par lui de leurs pouvoirs ecclésiastiques, n'en demeuraient pas moins, féodalement, ses vassaux. Sa position constitutionnelle vis-à-vis des dirigeants des divers territoires constitutifs de l'empire fut aussi changée. Les princes, en fait, avaient joué un rôle décisif en poussant avec succès au règlement de la querelle des investitures ; dans les délibérations qui aboutirent au concordat de Worms en 1122 ; ils étaient apparus, dit encore Mitteis, « comme les garants des droits de l'empereur »², servant

de médiateurs entre l'empereur et les légats pontificaux. Plusieurs des nouvelles maisons princières des XII^e et XIII^e siècles devinrent éminentes au cours des guerres civiles qui marquèrent le déroulement de la révolution papale, notamment les familles Hohenstaufen, les Wittelsbach et les Wettin ; toujours selon Mitteis, l'empire « cessa d'être fait de territoires tribaux (*stammenländer*) mais de territoires d'un nouveau type, dirigés par des ducs qui étaient considérés comme participant au gouvernement de l'empire »³.

D'ailleurs, l'empereur devenait complètement dépendant des ducs et des autres princes de l'empire pour son élection. En 1077 les princes tinrent une « diète » (*reichstag*) à Forchheim, au cours de laquelle ils adoptèrent une résolution, approuvée par le pape Grégoire VII, requérant l'élection de l'empereur par leur collectivité, et en 1125, dans une diète tenue à Mayence, ce principe fut mis en application pour la première fois : l'héritier de feu l'empereur Henri V, le duc de Souabe, fut rejeté par un comité de princes qui, à sa place, élurent Lothaire, duc de Saxe. En 1138, à la mort de Lothaire, les princes, de nouveau, écartèrent l'héritier de l'empereur défunt et élurent le rival de Lothaire, Conrad de Souabe puis en 1152, ils écartèrent le fils de Conrad, en faveur de son neveu Frederick (Frédéric Barberousse).

A la fin du XII^e siècle, c'était un fait acquis que les empereurs devaient être élus par le collège électoral des princes, parmi lesquels obtinrent une place éminente les évêques de Mayence, de Cologne et de Trèves, ainsi que le comte palatin de Rhénanie. Au surplus, il était également convenu que l'empereur convoquerait les « princes du royaume » chaque fois qu'une décision d'importance fondamentale devait être prise. L'ancien empire avait été composé de la maisonnée impériale et de duchés de tribu (*stammeshertzogtümer*). L'empire nouvelle version comprenait le royaume propre de l'empereur élu, Souabe, Saxe ou autre entité territoriale, plus les autres pays gouvernés par les princes d'empire (*reichsfürsten*) qui perdirent graduellement la plupart de leurs caractères de duchés tribaux pour devenir essentiellement des entités politiques territoriales⁴.

Ce nouvel empire élaborait des institutions politiques et légales nouvelles. La sécularisation du pouvoir impérial obligeait l'empereur à organiser une administration publique qui reposât beaucoup moins sur un personnel religieux et qui s'occupât beaucoup moins des affaires ecclésiastiques. Les préoccupations séculières, en particulier le maintien de la paix civile et de la justice, qui, aux termes mêmes de la révolution papale, restaient sous la juridiction suprême de l'empereur, prirent une importance accrue. Par elle-même la distinction de la chrétienté occidentale en une sphère « ecclésiastique » et une sphère « séculière », avec une démarcation légale de leurs frontières, parallèlement à l'insistance marquée sur le caractère juridique de la sphère ecclésiastique dominée par le pape, rendait inévitable qu'il y eût une insistance analogue sur le caractère juridique de la sphère séculière dominée par l'empereur. Celui-ci élaborait de nouvelles tactiques de renforcement de son pouvoir et de répression de la violence. Ces nouvelles méthodes traduisirent une orientation vers la

structure de l'Etat au sens moderne du terme, bien que moins poussée qu'en Sicile, en Angleterre et en France.

L'empereur gardait et régularisa sa position de juge suprême dans l'empire. Il recevait les appels contre les jugements des cours de princes et de nobles, de même que des tribunaux urbains. La procédure suivie dans ces causes était la procédure germanique traditionnelle des jugements de groupe où l'empereur présidait tandis que les juges, d'ordinaire pris dans son entourage, rendaient le verdict. Dans les affaires relevant du droit féodal (*lehnrecht*), les juges devaient être pris parmi les pairs (les égaux de classe) de l'accusé, et dans les cas où le droit local était en jeu (*landrecht*) parmi ses concitoyens (*stammesgenossen*).

Ces deux types de procédure furent dramatiquement illustrés dans les fameux procès intentés contre Henri le Lion, duc de Bavière et de Saxe, en 1179-80. Henri, accusé de divers crimes, dont celui de trahison envers l'empereur, était jugé pour violation du droit local par un tribunal composé de Souabes (parce qu'il était d'origine souabe), et fut condamné par eux pour contumace en ne comparaisant pas. Il était aussi accusé par l'empereur Frédéric Barberousse pour violation de ses obligations féodales envers Frédéric en tant que son suzerain, et était jugé suivant le droit féodal devant ses pairs, les princes d'empire.

La sentence pour contumace fut la mise hors la loi, laquelle cependant n'était pas permanente, si bien qu'au bout de quelques années d'exil en Angleterre, Henri le Lion fut autorisé à rentrer dans son château de Brunswick et récupéra une partie de ses possessions en *alleuds*. La sentence pour violation d'obligations féodales fut plus sévère : confiscation permanente de ses fiefs, y compris les duchés de Bavière et de Saxe. Ceux-ci firent retour à l'empereur qui, en vertu de la règle d'enfiefement obligatoire, attribua la Bavière à la famille des Wittelsbach et divisa la Saxe entre deux autres principautés, mettant ainsi fin au pouvoir de la famille Guelfe à laquelle appartenait Henri le Lion⁵.

L'empereur avait encore le droit de convoquer la noblesse, y compris les tenants-en-chefs princiers tant séculiers qu'ecclésiastiques, la chevalerie et finalement les représentants des cités impériales, pour prendre part à des assemblées délibératives occasionnelles. Ces « journées » impériales, ou « diètes » (d'après le latin *dies*, jour, en allemand *tag*, *reichstag*) qui devinrent périodiques au XIII^e siècle, étaient analogues à leurs contemporaines, les *parliaments* anglais. C'étaient des moyens par lesquels le souverain pouvait s'assurer l'assentiment aux lois faites par lui, des dirigeants (magnats), des *estates* (ordres, états, comme dans Tiers-Etat), ecclésiastiques, féodaux et urbains, en échange de quoi ces assemblées pouvaient se faire accorder des concessions du gouvernant suprême.

Mitteis fait observer qu'à la différence des parlements anglais des XIII^e, XIV^e et XV^e siècles, les diètes germaniques ne prétendaient pas à représenter le royaume comme un tout (la *communitas regni*), et que chaque prince pensait plutôt en fonc-

tion de sa propre principauté ou, au mieux, de sa classe sociale ⁶. En même temps, l'empereur germanique avait moins de pouvoir sur le reichstag que le roi anglais n'en avait sur le parlement. Dans l'un et l'autre cas, les assemblées périodiques de notables symbolisaient une structure politique dans laquelle le pouvoir est divisé entre plusieurs ordres ou états, haute noblesse, petite noblesse, clergé, marchands et artisans. L'institution de la diète ou du parlement, était une expression de la relation mutuelle du monarque et des ordres, c'était un aspect caractéristique du droit constitutionnel occidental dans sa période initiale et formatrice.

Par ailleurs, les empereurs des XII^e et XIII^e siècles améliorèrent grandement l'administration de leurs propres domaines ruraux, d'où venait la majeure partie de leurs revenus, en étendant et renforçant le système des *ministeriales* : ceux-ci devinrent davantage des fonctionnaires royaux et moins des vassaux. Ce qui faisait défaut, cependant, c'était la structure des départements de gouvernement, en particulier ceux du trésor, du judiciaire et de la chancellerie, qui caractérisèrent l'édification de l'Etat dans les autres grandes unités politiques de l'Europe au XII^e siècle, et même quelques unes des grandes principautés germaniques ainsi que dans l'Eglise romaine.

Il y avait, certes, une chancellerie impériale, mais elle englobait tout l'état-major des dignitaires de la maisonnée impériale et ne servait pas de centre coordinateur des administrations. Ainsi que l'a noté Mitteis, « L'empire ne parvint pas à créer une bureaucratie royale moderne, comme le faisaient les principautés d'Allemagne, après l'Angleterre, la France et la Sicile. La chancellerie impériale était rétrograde, l'Allemagne n'avait rien d'équivalent, ni même d'approchant, de l'administration fiscale anglaise » et n'avait pas de magistrature professionnelle au centre judiciaire de l'empire ⁷.

Néanmoins, ce serait une erreur de supposer que les empereurs germaniques, de la fin du XI^e siècle, du XII^e et du début du XIII^e, ne participèrent pas activement à l'entreprise d'élaboration juridique qui balaya la chrétienté occidentale dans le sillage de la révolution papale. Ils le firent surtout par des mesures législatives, souvent promulguées aux diètes impériales, habituellement sous l'appellation de « Loi de Paix » (*constitutio pacis*) mais aussi « paix de la terre », « paix du pays » (*pax terrae, landfriede*). Ces textes, qui affirmaient contenir de nouvelles lois édictées par l'empereur, constituèrent le premier exemple de la législation impériale germanique dans le sens moderne du terme. Bien des érudits ont sous-évalué les « Lois de Paix » pour le motif que l'autorité impériale même était faible et manquait de la machinerie judiciaire et administrative nécessaires pour que ces prétendues lois soient obéies.

Il est exact que le pouvoir impérial était relativement faible, même à son apogée à la fin du XII^e siècle, et qu'après cela il déclina rapidement, presque au point de se désintégrer. Néanmoins, diverses « institutions de paix » édictées après 1150 contenaient beaucoup de dispositions qui furent rendues exécutoires au niveau impérial et, ce qui importe davantage, elles contenaient beaucoup de lois nouvelles qui pénétrèrent

rent le droit territorial des duchés et des autres principautés ainsi que le droit urbain. L'empereur qui, plus que tout autre, prit la responsabilité de ces statuts impériaux de paix, fut Frédéric Barberousse (qui régna de 1152 à 1190).

Personnalité et vues de Frédéric Barberousse

En 1152, lorsque Frédéric, âgé de 28 ans, fut élu « roi des Romains » à une assemblée de princes et d'évêques d'Allemagne, Roger II (1112- 1154) était encore sur le trône de Sicile et Henri II (Plantagenêt) deviendrait bientôt roi d'Angleterre (1154-1189) et duc de Normandie. Plus tard durant le règne de Frédéric Barberousse, Philippe-Auguste devint roi de France (1180-1223). Ces hommes furent des bâtisseurs d'états territoriaux centralisateurs. Ils avaient tous en commun certains traits de caractère qui étaient nécessaires à l'affirmation d'une ferme autorité politique et judiciaire sur la multitude d'agglomérations, villages, villes et cités, sur les divers clans, sur les diverses principautés et les divers ordres ou états, y compris le clergé, qui composaient leur royaume respectif. Comme personnalité, Frédéric peut être comparé spécialement à Henri II. Il est révélateur que les deux monarques, en 1165, se concertèrent pour combiner leurs forces dans une croisade à venir, un projet qui n'eut pas de suite.

Comme Henri II, Frédéric était un homme d'une énergie apparemment inépuisable et d'une vitalité équivalente. N'ayant pour ainsi dire pas de domicile fixe, il régnait depuis la selle, se déplaçant constamment de château en château et de cité en cité durant un règne de trente-huit ans. De même que Henri devait voyager continuellement pour réprimer des menaces actuelles ou potentielles contre son autorité au travers de l'Angleterre, de l'Irlande, de l'Ecosse et du Pays de Galles à la Normandie, l'Anjou, l'Aquitaine et le Poitou et à d'autres régions de son « empire », Frédéric avait à voyager de Bourgogne en Italie du nord et dans les nombreux territoires germaniques. Etre un dirigeant efficace au XII^e siècle, demandait une constitution physique vigoureuse, cela exigeait plus encore l'extrême ténacité dans les objectifs et presque de la férocité dans la volonté. Les gouvernants qui n'avaient pas ces atouts étaient réduits à l'impuissance, et leurs territoires engloutis.

L'objectif de Frédéric n'était pas seulement la conquête, encore que sans conquête aucun de ses autres buts n'aurait pu être atteint. C'était essentiellement l'édification d'un Etat bien ordonné fondé sur le Droit. Un tel projet n'était évidemment pas sans rapport avec la conquête puisqu'il était bien plus efficace de gouverner par le Droit plutôt que par la force car là où vos juges sont obéis, il n'est pas nécessaire d'être présent avec vos armées. La légalité était également en relation avec le revenu, les plaideurs déversèrent des honoraires fort élevés dans les coffres des bâtisseurs de puissances territoriales d'Europe. Néanmoins, la loi était aussi une fin en elle-même. En effet le maintien de la paix civile et l'administration de la justice étaient les deux principales justifications de l'autorité royale et les deux sources maîtresses de sa légitimité puis, au delà, les deux critères cruciaux de ce que l'on appel-

lerait aujourd'hui le « succès » du monarque, ou de son « salut » comme on disait alors.

Les rois européens du XII^e siècle, et spécialement l'empereur, n'étaient plus, manifestement, les gouvernants sacrés qu'avaient été leurs prédécesseurs des X^e et XI^e siècles, mais ils gouvernaient encore « par la grâce de Dieu » et plus que cela, ils revendiquaient, et on leur reconnaissait, d'importantes qualifications et fonctions religieuses. Frédéric Barberousse lui-même mourut en Asie Mineure au cours d'une croisade.

Les récits des contemporains, de Frédéric donnent l'impression d'un homme doté d'un grand ascendant personnel, avec une prestance et un physique agréables, la barbe rousse, la parole éloquente, l'intelligence vive, modéré dans ses appétits et dans ses émotions, pieux et respectueux envers l'Eglise, un homme qui préférerait généralement travailler dans le cadre traditionnel que lui assignait la société, mais qui était aussi capable de grandes colères et de violents accès de cruauté qui horrifient le lecteur d'aujourd'hui (bien qu'elles paraissent ne pas avoir choqué beaucoup de ses contemporains). Sa réputation de modération était aussi démentie par ses politiques des plus imaginatives et audacieuses, en particulier son rêve de soumettre les cités du nord de l'Italie à l'autorité impériale. La destruction totale, systématique de Milan par son armée, en 1162, est difficilement conciliable avec de la modération.

L'élection de Frédéric au trône impérial germanique était le résultat d'un compromis entre les familles Staufen et Guelfe, dont chacune avait des titres héréditaires et politiques à gouverner. Du côté paternel, Frédéric était neveu de l'empereur Conrad III (1137-1152), un Staufen, et du côté maternel, il était neveu de Welf VI et cousin de Henri le Lion. Sa mission était de fournir de la stabilité en Allemagne après une période de grand désordre, ce qu'il fit. L'on ne sait à peu près rien de son enfance et de son éducation, mais l'on peut présumer qu'il n'avait pas été élevé dans la perspective de régner un jour. Néanmoins, la rapidité avec laquelle il saisit les rênes du pouvoir révéla une remarquable vocation au gouvernement. Sa réputation d'arbitre se répandit promptement et beaucoup de gens s'adressèrent à lui pour obtenir justice. Quelques mois après son élection, il édicta la première « Loi de Paix », instaurant la juridiction royale sur les crimes de violence et les différends sur la saisine. Et dans l'année suivante, il conclut un traité avec la papauté organisant son couronnement comme empereur et réglant divers problèmes de politique étrangère. En 1155, il fut couronné empereur à Rome, par une cérémonie qu'il avait soigneusement réglée pour symboliser son indépendance à l'égard du pouvoir politique du pape.

Frédéric reconnut de très bonne heure que le Droit pouvait jouer un rôle important pour maintenir son autorité non seulement vis-à-vis de la papauté mais aussi vis-à-vis des gouvernants territoriaux allemands, des cités à chartes (Frédéric en fonda un bon nombre), des villes de Lombardie et des seigneurs féodaux sur ses domaines propres. Durant son premier voyage à Rome, en 1155, il rencontra les professeurs (docteurs) de la faculté de Droit de Bologne, où des dizaines de milliers d'étudiants

avaient déjà été formés pour des postes gouvernementaux à travers l'Europe. Quelques années plus tard, en 1158, Frédéric s'appuya sur les plus grands juristes de Bologne, « les quatre docteurs », Martinus, Bulgarus, Jacobus et Hugo, pour préparer une importante législation en vue de la diète de Roncaglia.

L'attention consacrée au Droit par Frédéric n'était pas désintéressée. Il le concevait à la fois comme un instrument pour maintenir la stabilité dans son vaste empire, et comme un moyen de renforcer son propre pouvoir en tant qu'empereur. Il chercha donc à maintenir en vigueur les diverses coutumes des différents territoires tout en introduisant une législation nouvelle qui augmenterait l'influence de l'autorité centrale. Se rattachant spécialement au premier objectif, le maintien de la stabilité, il y eut les diverses « Lois de Paix » promulguées par lui. Se rattachant spécialement au second objectif, le renforcement de l'autorité et le pouvoir de l'empereur, il y eut diverses autres lois qu'il promulgua concernant les attributs royaux (appelés *regalia*), le contrôle royal sur les fonctionnaires subalternes de gouvernement et les impôts, en plus du droit féodal en vigueur.

L'enrôlement par Frédéric des quatre docteurs donne quelques indices éclairants sur son attitude envers le Droit. Il leur demanda de lui présenter une liste de tous les droits reconnus à l'empereur par les anciennes lois de Lombardie, telles qu'elles avaient existé avant l'instauration des cités libres. Ils répondirent prudemment qu'ils ne pouvaient dresser une telle liste sans avoir consulté pleinement les juges de toutes les principales cités libres. Frédéric, alors, forma une commission composée de deux juges de chacune de ces grandes cités.

Le résultat fut la promulgation à Roncaglia d'une loi (« définition ») des pouvoirs impériaux, qui énumérait : 1) la juridiction et la taxation sur les voies publiques, les cours d'eau navigables, les ports, les octrois, ainsi que les étangs poissonneux et les salines, sur la frappe des monnaies et les opérations de change, sur les amendes et pénalités, sur les biens sans maître et sur les prélèvements imposés aux personnes indignes, sur les avoires de personnes qui avaient contracté des mariages incestueux ou avaient été condamnées et bannies ou qui étaient coupables de haute trahison, sur les services de travail manuel, avec attelages ou charrettes ou bateaux, par les contributions aux expéditions militaires royales et enfin sur les trouvailles de trésors ; 2) le pouvoir de désigner des magistrats pour rendre la justice, et 3) l'entretien de palais dans certaines cités.

Une autre loi adoptée à Roncaglia, en 1158, stipulait simplement : « Toute juridiction et tout pouvoir judiciaire appartiennent au prince, et tous les juges doivent accepter l'office alloué par le prince et doivent prêter serment comme requis par la loi. ». Une troisième loi déclarait que « le prince peut avoir un palais en quelque endroit qu'il lui plaît ». Une quatrième et dernière loi concernait des capitations et des taxes foncières spécifiques.

En dépit du fait que ces quatre « statuts » se référaient au droit romain, et encore qu'il y eût quelques traces de lois romaines dans d'autres actes législatifs promul-

gués à Roncaglia, en réalité l'idée de faire une liste de pouvoirs royaux ou impériaux était totalement étrangère au droit de Justinien (comme on l'entendait avant la fin du XI^e siècle) ; d'ailleurs, c'était la révolution papale qui avait créé le mot même de *regalia*⁸. De plus, le suc de la législation de Roncaglia, à savoir, le droit de l'empereur à tirer des revenus de certaines activités ou situations commerciales, judiciaires et autres, ainsi que son droit de « juridiction et de pouvoirs judiciaires », autrement dit de « haute justice » (*bannus*), était d'origine germanique et franque et, là encore, reçut une grande impulsion de la révolution papale. Frédéric Barberousse se montra un homme de son époque et de sa propre culture, en se servant de quelques vocables du droit romain pour légitimer sa revendication de pouvoirs impériaux⁹.

Peut-être l'aspect le plus extraordinaire de la politique de Frédéric à Roncaglia a-t-il été son inutilité. L'empire n'était pas dans les conditions voulues pour devenir un état territorial centralisé capable de s'imposer car il était trop vaste, trop incohérent, trop désorganisé, et il lui manquait l'indispensable bureaucratie. Pourtant, Frédéric tenta de le rendre fort et centralisé, en partie par des actions militaires qui se révélèrent inefficaces pour une telle fin. Par la législation, il essaya de transformer ses administrateurs familiers, les *ministérielles*, de vassaux en fonctionnaires impériaux, ce qui se révéla aussi inadéquat à des objectifs élargis¹⁰. Les lois de Roncaglia sur les prélèvements fiscaux sont un bon exemple de la confiance malavisée dans l'efficacité de la législation seule. Faute d'une administration financière adéquate, Frédéric ne put en réalité percevoir aucune des taxes qu'il avait prévues.

Néanmoins, Frédéric n'avait pas lutté en vain. Le pouvoir impérial avait, en fait, grandi substantiellement sous son égide et avait acquis certains des caractères de l'état territorial qu'il envisageait. Au surplus, il y avait d'autres aspects, peut-être plus importants, de sa vision d'avenir qui se concrétisèrent mieux. Il était très soucieux de l'avenir, non seulement de l'empire au sens étroit du terme, mais aussi des régions germaniques qui en constituaient les fondements. Il envisageait et il stimula le développement de l'identité et de l'intégrité politique et juridique de ces territoires germaniques constitutifs. C'était l'un de ses buts majeurs que de maintenir entre eux la paix. Et dans ces stratégies, il réussit.

En vérité, nombre des provisions de ses lois impériales, en particulier ses « Lois de Paix », se transmirent aux systèmes juridiques naissants des collectivités territoriales allemandes. C'est là l'autre face du développement politique et juridique de l'Allemagne aux XII^e et XIII^e siècles, les principautés devinrent des états modernes ou des prototypes d'état moderne, en avance sur l'empire à cet égard. Ici encore, la personnalité et les idéaux de Barberousse eurent un rôle important. Tôt dans son règne, il constitua l'Autriche, Wurzburg, et la Bourgogne en entités distinctes et autonomes, rattachées à l'empereur par des liens féodaux assez lâches. Plus tard, il établit une nouvelle dynastie en Bavière et encouragea ce duché aussi à développer ses propres institutions politiques et juridiques. Il promut aussi l'autonomie des cités libres d'Allemagne.

Finalement, en 1180, Frédéric réunit les principautés et l'empereur par une nouvelle relation constitutionnelle, en créant un *reichsfürstenstand*, un « ordre des Princes d'Empire ». Les principaux princes et évêques étaient constitués en un corps des tenants-en-chef féodaux de l'empereur. Ils étaient renforcés dans leurs rapports avec lui par leur unité collégiale et, en même temps, ils étaient renforcés individuellement dans leurs rapports avec leurs sujets respectifs du fait que sur son territoire chacun était le seul tenant direct de l'empereur ; il était donc le suzerain de ses propres vassaux. Chacun devenait le prince *de* son territoire, au lieu d'être comme avant un prince *dans* ce territoire ¹¹.

Un exemple frappant du souci qu'avait Frédéric de maintenir l'autorité princière au sein des principautés de l'empire, est fourni par sa création du duché d'Autriche en 1156. L'empereur relevait le statut de l'Autriche, du rang de dépendance territoriale frontalière de la Bavière, (la marche de l'Est, *Ostmark*) au rang d'un duché autonome, avec transmission héréditaire tant féminine que masculine. Le duc d'Autriche n'était tenu que de prendre part aux diètes de Bavière et de fournir aide militaire aux pays limitrophes, mais il était par ailleurs exempt d'obligations envers l'empire. Le plus important fut que la charte finale établissant le duché, le *Privilegium Minus* de 1160, stipula que personne ne pourrait exercer le droit de jugement dans le duché sans la permission du duc. Ainsi celui-ci devait dorénavant avoir le contrôle absolu des tribunaux du duché, du seul fait qu'il en était le monarque, et sans égard à sa position comme suzerain féodal ou chef de clan.

Dans le même esprit, en 1168, l'empereur promulgua un « Diplôme » créant le duché de Wurzburg, document par lequel l'évêque de Wurzburg, en tant que duc, recevait « toute juridiction et plein pouvoir de rendre la justice », dans des affaires qui précédemment étaient de la compétence de seigneurs locaux, en vertu d'une délégation impériale traditionnelle d'autorité. Ainsi, dans le nouveau duché, il ne pouvait y avoir concurrence entre juridictions. Dans une certaine mesure, cela confirmait les pouvoirs préexistants de l'évêque de Wurzburg, mais il s'y ajoutait l'attribution impériale du titre et la théorie du pouvoir ducal. Cette théorie reposait, fondamentalement, sur le postulat que l'autorité du gouvernant, la souveraineté, comme on l'appela plus tard, s'édifiait sur le contrôle du pouvoir judiciaire. Ce postulat est au cœur de la tradition juridique occidentale, dans sa phase initiale.

Quand il posait ainsi les fondations d'un nouvel ordre dans les pays et dans l'empire germaniques, Frédéric Barberousse était guidé non seulement par une perspective politique d'avenir mais aussi par une conviction religieuse, son idéal était la *reformatio totius orbis*, la réformation du monde entier ¹². Son oncle, biographe et proche conseiller, l'évêque Otto von Freising, avait écrit une histoire universelle dans laquelle il représentait les réformes du pape Grégoire VII comme le début d'une nouvelle ère historique qui devait aboutir au triomphe de l'idéal des croisades d'une part, et de l'autre à celui de l'idéal monastique et contemplatif. Ces triomphes jumeaux seraient obtenus par le dernier empereur, après quoi viendrait le jour du jugement dernier puis l'antéchrist et finalement l'ère post-historique de l'éternité.

Comme l'a dit Peter Munz : « Nous ne pouvons éviter de conclure que Frédéric, bien familier avec l'ancienne prophétie, s'en trouvait confirmé dans son sentiment qu'il devait être ce dernier empereur »¹³.

C'est une perspective idéale de ce genre qui sous-tendait le désir de Barberousse d'entreprendre une nouvelle croisade pour libérer Jérusalem et le Saint Sépulcre de la domination des infidèles, cette libération faisait partie du drame apocalyptique prédit. C'est une perspective idéologique de même nature qui nourrissait en Frédéric son sens aigu de l'importance conjugulée de la paix par le Droit et de la justice par la loi ; la mission royale d'assurer la paix et de faire rendre la justice traduisait sa vocation par Dieu à concrétiser le plan divin de salut. Or dans la nouvelle ère ouverte par le pape Grégoire VII, le Droit était l'instrument majeur de paix et de justice qui était disponible aux dirigeants temporels. Finalement, il y avait la nécessité matérielle de régler les affaires de l'empire afin d'avoir le temps, l'énergie et les ressources requises pour partir en croisade. Munz écrit :

*« Durant toute sa vie, Frédéric avait eu la certitude que la tâche, ultime et hautement redoutable, de l'empereur de la chrétienté était de protéger l'Eglise et de défendre les lieux saints de Palestine contre les infidèles. Sa foi dans cette finalité, en réalité trans-politique, de l'empire lui avait procuré le détachement nécessaire pour déchirer l'un après l'autre des plans politiques et pour considérer chacune de ses entreprises politiques comme une simple expérience, comme un moyen pour une fin. Lorsque vers la fin de 1187, il perçut l'urgence extrême d'une nouvelle croisade, il s'est sans doute considéré comme fortuné par le fait que sa plus récente expérience avait suffisamment réussi pour qu'il puisse envisager sérieusement de partir pour la Terre Sainte. Etant donné son âge et sa connaissance des épreuves physiques qui l'attendaient, même dans les meilleurs moments, il ne pouvait se faire d'illusions sur la vraisemblance de revenir vivant en Europe. Mais son départ n'était pas une fantaisie risquée quand il n'avait rien de mieux à entreprendre. C'était le couronnement de son règne, un acte longtemps délibéré de part en part, et au service duquel il avait fait ses expériences l'une après l'autre. Maintenant qu'enfin la dernière s'avérait comparativement réussie, il se trouvait libre d'attacher son esprit à la tâche concrète qui se proposait »*¹⁴.

Les lois de paix impériales

L'emploi insistant du mot « paix » dans les édits d'amples dimensions prononcés par les monarques et les ducs aux XII^e et XIII^e siècles (*constitutio pacis, pax terrae, landfrieden*) les rattachaient intentionnellement au mouvement de paix de Dieu, qu'avait parrainé l'Eglise depuis la fin du X^e siècle. La première proclamation d'une paix de Dieu dans l'empire germanique fut faite dans l'évêché de Liège en 1082, suivie par l'archevêché de Cologne en 1083, la province de Saxe en 1084, puis à Mayence pour l'empire entier en 1085. De même que les précédentes proclamations

de paix de Dieu faites en France méridionale, en Normandie et ailleurs, chacune des proclamations en Allemagne était limitée à certaines durées, à certaines régions, et à certains groupes de gens. Elles ne prétendaient pas faire des lois nouvelles mais plutôt préciser et renforcer les lois préexistantes en requérant de la population concernée qu'elle s'engage par serment à observer la paix, et en y adjoignant des sanctions ecclésiastiques en cas de violation, en particulier l'excommunication.

La première loi de paix séculière (*landfriede*, paix du pays) édictée par un empereur, parut en 1103. Auparavant, il y avait eu deux lois de paix émises par des ducs conjointement avec les magnats de leur duché, en Souabe en 1093 et en Bavière en 1094, et une autre en Alsace par une assemblée provinciale, également en 1094. La loi de paix impériale de 1103 fut suivie d'au moins dix-sept lois complémentaires, en 1119, 1121, 1125 (deux), 1135, 1147, 1152, 1158, 1179, 1186, 1207, 1208, 1221, 1223, 1224, 1234 et 1235. Au moins huit lois territoriales complémentaires furent émises dans la même période, en Souabe, en Bavière, en Saxe, à Brixen, en Hainaut et en Alsace, en 1104, 1127, 1152, 1156, 1171, 1200, 1229 et 1233 ¹⁵.

Les édits impériaux de paix des XII^e et XIII^e siècles empruntaient aux mouvements de paix de Dieu antérieurs non seulement le terme « paix » avec ses nombreuses connotations mais aussi, et d'abord, la pratique de requérir des populations qu'elles adhèrent à la paix par serment. Ils différaient cependant de ce mouvement sous plusieurs aspects importants. Les lois de paix impériales visaient à s'imposer aux populations sous la juridiction respective des gouvernants qui les promulguaient, sans limitation de durée. L'idée de serment de paix disparut aussi car, au lieu de demander à leurs sujets de s'abstenir de diverses formes de violence, les gouvernants leur enjoignirent d'obéir à des séries de nouvelles lois qui systématisaient et réformaient l'ordre légal préexistant.

D'autre part la portée et le contenu des lois de paix furent graduellement étendus ; elles visèrent non seulement à réprimer ou prévenir les actes de violence, les vengeances héréditaires et les duels, mais aussi à préserver l'ordre public en général, y compris en certaines matières économiques et administratives. Corrélativement, les sanctions furent étendues à une large variété de pénalités criminelles, de sanctions et de recours en matière civile et administrative. En résumé, ces édits impériaux de paix des XII^e et XIII^e siècles dérivèrent graduellement vers une législation englobante au sens moderne.

Ce processus de transformation apparaît quand on compare deux très précoces lois de paix, la loi bavaroise de 1094 et le premier édit impérial de 1103, avec les lois de paix impériales promulguées par Frédéric Barberousse entre 1152 et 1186, puis en comparant ces lois de Barberousse avec celles promulguées par son petit-fils Frédéric II, à Mayence en 1235.

La « loi de paix bavaroise » de 1094 avait été édictée par le duc mais, pour prendre effet, il lui fallait être jurée par les magnats assemblés en une diète (*landtag*) ¹⁶,

il lui fallait aussi le serment de la population. Elle contenait sept articles très brefs. Le premier déclarait que le duc avait juré la paix à toutes les églises, au clergé, et aux marchands « hormis ceux qui vendent des chevaux hors de notre royaume » et aussi à ceux qui jurent ou ont juré ou jureront cette paix d'ici Pâques prochaines et dans les deux années suivantes. Le deuxième article, aussi confirmé par serment, stipulait que quiconque commettait un vol de choses valant un schilling « sera puni et devra payer le double ».

L'article 3 stipulait que si quelqu'un violait la paix en volant quelque chose valant cinq schillings, ou violé une fille vierge, devrait perdre ses yeux ou un pied ou une main. L'article 4 stipulait que celui qui, ayant violé une vierge, est assiégé dans son château, devra être capturé et son château devra être rasé. L'article 5 portait que si un jureur de la paix poursuit un violeur de paix ou si « notre armée » pénètre quelque part pour imposer la paix, « ils ne doivent prendre que ce dont eux-mêmes et leurs chevaux ont besoin et laisser le reste intact ». L'article 6 décidait que, dans tout voyage de cette nature, le foin, l'herbe et le bois de construction sur pied peuvent être prélevés à volonté. Finalement, l'article 7 réservait au duc et à ses propres officiers la juridiction sur les différends concernant les terres en alleux et fiefs (bénéfices).

La première loi séculière de paix impériale, émise à Mayence en 1103, était en gros du même style, avec une portée et un contenu très voisins de ceux de la Paix de Bavière de 1094¹⁷ ; elle aussi comportait les serments des magnats et de la population ; elle devait être respectée pendant quatre ans. Elle interdisait l'invasion ou l'incendie de la maison d'autrui, la capture d'une personne pour de l'argent, la blessure, les coups et la mise à mort, les déclarant punissables par la perte des yeux ou d'une main. Elle reprenait sous une forme différente les dispositions de la paix bavaroise concernant le vol. En plus, elle interdisait de poursuivre un ennemi dans la maison d'un autre.

Les « lois de paix » promulguées par Frédéric Barberousse, un demi-siècle plus tard, différaient de ces deux modèles primitifs, sous au moins huit aspects :

1) Il n'y était pas fait mention des magnats, sauf dans la liste des destinataires. Sa première loi de paix, émise en 1152, commençait par ces mots : « Frédéric, par la grâce de Dieu empereur des Romains et toujours auguste, aux évêques, ducs, margraves et officiers qui reçoivent ce document »¹⁸.

2) Le sens du mot « paix » avait changé, il ne signifiait plus une situation créée par une promesse jurée, une sorte de pacte collectif de non-agression mais plutôt un état de choses qui existait indépendamment du consentement des magnats ou du peuple, la « paix du pays » était en effet la paix voulue par le roi ; il n'était pas question de serment.

3) Des concepts juridiques affinés faisaient leur apparition. Des mots tels que *leges* et *jus* qui étaient absents du document impérial de paix de 1103, comme de tous les édits territoriaux, étaient mis en relief : « Nous désirons assurer à tout un chacun son droit » (*jus*), déclarait Frédéric dans le préambule de la Loi de Paix de 1152.

4) Les précédentes lois du paix ne disaient rien de spécifique quant aux moyens de faire respecter leurs prescriptions, sinon qu'elles devaient être jurées, tandis que celles de Frédéric soulignaient à chaque occasion les procédures prévues pour leur administration. Ainsi l'article 2 de la loi de 1152 précisait que les biens meubles des accusés de violation qui s'abstenaient de comparaître (contumace) devaient être saisis par le juge (*richter*) et distribués par lui en faveur de la population tandis que leurs propriétés héréditaires devaient être saisies par le comte (*graf*) et, dans certaines circonstances, faire retour féodalement au roi. L'article 4 décidait que certaines amendes pour infractions mineures seraient perçues par le juge et distribuées par lui. L'article 6 chargeait le comte de poursuivre le violateur de paix au château du seigneur. D'autres articles précisait les procédures à suivre dans les procès entendus respectivement par le juge et par le comte ¹⁹.

5) La portée et le contenu de la loi de paix de 1152 allaient beaucoup plus loin que ceux des précédents documents. La prévention et la répression de la violence restaient un objectif important mais d'autres motifs de mise en ordre étaient confrontés. Ainsi l'article 11 stipulait que, dans chaque localité, le comte devait choisir sept personnes de bonne réputation pour fixer le prix des céréales pour l'année. L'article 17 décidait que si quelqu'un, ayant mal rempli ses devoirs de patronage d'une fondation monastique ou d'administrateur d'un bénéfice, avait été rappelé à l'ordre par son seigneur mais avait persévéré dans ses négligences, avait été démis de ses fonctions par une procédure judiciaire et avait tenté par la suite de récupérer son patronage ou son bénéfice, cette personne devait être traitée comme un violateur de la paix légale. De telles dispositions appartenaient à la législation nouvelle.

D'autres innovations importantes limitaient les occasions légitimes de duel, établissaient un système de sûreté financière pour les amendes en monnaie et les terres saisies, une juridiction royale sur les clercs qui enfreignaient la loi de paix et sur les servants d'un seigneur qui s'engageaient dans une guerre privée.

6) Des innovations furent introduites aussi pour accroître le pouvoir économique et judiciaire de l'empereur. Il fut établi que les fiefs en franc-alleu confisqués aux violateurs devaient être convertis en fiefs d'empire. Ce point était particulièrement important en raison de la règle d'enfiefement obligatoire des terres féodales qui faisaient retour à la couronne par défaut d'héritier.

Il fut également édicté que les disputes possessoires entre deux vassaux d'un même seigneur seraient portées devant la cour impériale et réglées par une enquête jurée, pendant que les cours des barons garderaient juridiction sur les rares cas où le conflit portait sur la propriété et non sur la saisine. « Ainsi », comme l'a dit Mitteis, « comme Henri II d'Angleterre, Frédéric Barberousse tendait à faire passer sous les

auspices royales les assises possessoires, ce qui avait pour effet de réduire la juridiction seigneuriale »²⁰.

7) A la différence des lois de paix antérieures, celle de 1152 définissait les procédures à employer dans divers types de procès. Dans la cour du comte, si deux hommes sont en conflit pour un fief, et que l'un des deux affirme avoir été nanti du fief, le comte doit recueillir le témoignage du donneur de fief (art. 8). Mais si plusieurs se disputent un fief et que plusieurs donneurs sont invoqués, le tribunal du juge doit interroger sous serment deux personnes de bonne réputation vivant dans la province des adversaires, afin de déterminer lequel d'entre eux avait tenu le fief en dehors de toute violence (art. 9). L'article 10 énumère différents types de preuve lorsque des personnes de statuts inégaux étaient accusées de violer la paix. Si un chevalier accusait un paysan, le paysan pouvait prouver son innocence par jugement humain ou divin (c'est-à-dire par ordalie ou par serments d'assistants) ou à défaut par sept témoins crédibles choisis par le juge ; si un chevalier accusait un chevalier et le défiait en duel, la personne défiée pouvait se soustraire au duel en prouvant que lui-même et ses parents étaient héritiers légitimes de la qualité de chevalier.

8) Finalement, la loi de paix de 1152, bien que tout aussi concise dans le style, était à peu près sept fois plus longue que la loi de paix bavaroise de 1094 et probablement presque sept fois plus longue que celle édictée par l'empereur en 1103. Il paraît hautement probable que le statut de paix de Frédéric I en 1152 fut influencé par sa connaissance ou la connaissance qu'avaient ses conseillers, de la législation sicilienne de Roger II, ou au moins par l'éducation et l'expérience commune des conseillers tant de Frédéric que de Roger. De fait, des exilés de Sicile figuraient dans la cour de Frédéric. De toute façon, l'on peut trouver des ressemblances entre le traitement de la félonie dans la loi de Frédéric et dans un statut de paix de Roger en 1129, ainsi qu'entre la loi applicable aux chevaliers selon la Loi de Paix de 1152 et dans les Assises d'Ariano promulguée par Roger en 1140.

Six ans plus tard, à Roncaglia, Frédéric promulgua une autre loi de paix, accompagnée de trois autres textes législatifs s'y rapportant. La loi de paix de Roncaglia, qui comportait onze articles seulement, commençait comme précédemment : « Frédéric, par la grâce de Dieu empereur des Romains et toujours auguste » mais, cette fois, le document était adressé à « tous les sujets de son empire ». Il débutait par les mots : « Par la présente loi édictée, qui doit prévaloir perpétuellement, nous ordonnons... ». Tous les sujets de l'empire, poursuivait-il, devront observer une paix véritable et perpétuelle entre eux. Toutes les personnes entre dix-huit et soixante ans d'âge, devront s'engager par serment à garder cette paix, et un tel serment sera renouvelé tous les cinq ans (article 1). C'était, dans la forme, un retour à la procédure de serment du passé mais la substance avait changé en ceci que le serment n'était plus volontaire, même en théorie, et la paix à observer était un ordre légal préexistant qui n'avait pas de terme prévu dans l'avenir. Un transgresseur était par conséquent punissable même s'il n'avait pas prêté le serment.

L'article 2 contenait une prohibition générale d'auto-défense. Il stipulait : « Si quelqu'un estime avoir un droit contre quiconque dans n'importe quelle cause ou transaction, il doit recourir au pouvoir judiciaire et, par là, il poursuivra son droit approprié ». L'article 3 frappait de sévères sanctions pécuniaires « quiconque qui, par un acte inconsidéré et téméraire, s'arroge de violer la susdite paix ». Ainsi, la « paix » consistait-elle à faire respecter les droits par le recours au « pouvoir judiciaire » et non en se servant de violence personnelle. L'article 4 formulait en termes très généraux une prohibition légale des crimes majeurs : « Violation de droits et vol seront punis légalement. Homicide et mutilation et tous autres dommages seront vengés légalement ».

L'article 5 rendait les juges et les autres magistrats nommés par l'empereur ou ses subordonnés tenus à indemniser de ses pertes toute personne lésée par les conséquences de leur négligence en rendant la justice et par leur défaut de sanctionner légalement une violation de paix. Des pénalités supplémentaires pouvaient leur être infligées dans des cas particulièrement dommageables, et ceux des magistrats qui seraient incapables de payer en raison de leur pauvreté devront subir des châtiments corporels et cinq ans d'exil à un endroit éloigné de cinquante miles de leur résidence ²¹.

Il faut remarquer que ces dispositions de la loi de paix de Roncaglia et les suivantes ne répètent pas généralement celles de la loi de 1152, mais supposent qu'elles restent en vigueur et leur sont ajoutées. En cela également, elles ont le caractère d'actes législatifs au sens moderne, et non pas celui d'une récapitulation générale du droit coutumier.

En complément de la loi de paix, plusieurs autres actes législatifs furent posés à la diète de Roncaglia, notamment une loi concernant les droits et les obligations mutuels des seigneurs et des vassaux, et une autre sur les droits et les obligations des érudits. La loi sur les relations féodales interdisait aux vassaux d'aliéner des fiefs sans l'autorisation de leur seigneur et énumérait diverses circonstances où un vassal pouvait être exclu par son seigneur, et traitait de problèmes occasionnés par la sous-inféodation. Un article de cette loi commence par ces mots : « Nous établissons fermement tant en Italie qu'en Germanie (Italie, Italia se réfère aux cités qui formaient la Ligue lombarde et Germanie, Allemania se réfère à la Souabe, à la Bavière, à la Saxe et aux autres pays allemands). Le dernier article, (art.10) déclare : « Nous ordonnons aussi que tout serment de fidélité à l'empereur sera exprimé nominale-ment ».

La loi de Roncaglia concernant les érudits (scholars) va plus avant pour faire comprendre qu'il s'agit de législation et non d'une réaffirmation du droit coutumier, car elle conclut par cette instruction : « Nous ordonnons que cette loi (*lex*) soit insérée parmi les décrets impériaux sous l'intitulé *Ne filius pro patre*, etc. C'était une référence à un décret impérial romain excluant la responsabilité d'un fils pour les dettes de son père. De même l'empereur Frédéric, dans sa loi, excluait la responsabi-

lité des érudits en pays étranger pour les dettes de leurs concitoyens ²². L'instruction de Barberousse fut suivie par les juristes contemporains qui insérèrent la loi de 1158 à l'endroit approprié de leurs transcriptions des codes de Justinien.

Le processus législatif reflété dans les lois de Frédéric I^{er} de 1152 et de 1158, ainsi que dans sa loi sur l'incendie, promulguée en 1186 ²³, atteignit son point culminant dans la « Loi de Paix de Mayence » promulguée par son petit-fils Frédéric II, en 1235 ²⁴. C'était évidemment le même Frédéric II dont l'autre grand-père, le roi Roger II, avait promulgué les Assises d'Ariano en 1140 et qui, lui-même, en 1231, en tant que roi de Sicile, avait promulgué le Liber Augustalis. En gouvernant son vaste empire, Frédéric II se concentrait sur sa tentative de soumettre les cités du nord de l'Italie, et négligeait grandement ses territoires germaniques ; en réalité, à la fin de son règne en 1250, l'empire dans son ensemble se divisa et s'affaiblit irrémédiablement.

« La loi de paix de Mayence », en 1235, fut un recours délibéré aux réformes du Droit afin de rendre vie à l'unité impériale de la Germanie, mais elle ne parvint pas à cet objectif et n'eut pas beaucoup d'effet sur le développement ultérieur d'un droit impérial proprement dit. Elle eut néanmoins une très grande influence sur le développement du Droit des diverses principautés et des autres territoires compris dans l'empire, de même que sur celui des diverses cités, qu'elles fussent impériales, principières ou indépendantes.

Dans le préambule de la loi de paix de 1235, Frédéric II déclarait :

« Etant donné que ceux qui habitent présentement dans toute la Germanie vivent, dans leurs procès et leurs transactions privées, selon des coutumes très anciennes et un droit non écrit, et comme certaines réformes importantes contribuant à l'état général et à la tranquillité de l'empire n'ont pas encore été introduites spécialement, de sorte que lorsque l'on considère un cas qui les affecte, le jugement est rendu selon une opinion arbitraire plutôt que par une loi établie,... en conséquence, avec l'avis et l'assentiment de nos bien-aimés princes ecclésiastiques et séculiers assemblés solennellement à Mayence, nous avons fait promulguer certains décrets ».

Suivaient trente-neuf articles qui, dans une édition moderne, couvrent quelque cinq cents lignes d'imprimerie.

Le premier article déclarait que les libertés et les droits des églises devaient être libéralement promus, et ordonnait que personne ne « résiste injustement » à la juridiction ecclésiastique. L'article 2 ordonnait, à ceux qui avaient un droit de patronage sur une église, de la protéger diligemment et de gérer convenablement ses propriétés », de sorte qu'aucune plainte sérieuse sur ce point ne nous parvienne ». L'article 3 traitait de la rupture de promesse entre deux personnes de respecter la paix, scellée

par une poignée de mains ; cette rupture devrait être portée devant un juge et prouvée par la déposition sous serment de deux témoins.

L'article 4 statuait que l'office de juge doit être rempli par des personnes qui en soient dignes « car celui qui examine les plaintes d'autrui doit exceller dans sa façon de vivre ». Il déclarait en outre que les princes et les autres personnages qui rendaient justice par délégation directe ou indirecte de l'empereur, devaient « décider par juste jugement conformément à la coutume raisonnable du pays » et que « quiconque n'agirait pas ainsi serait par nous puni sévèrement, comme il est juste ».

L'article 5 poursuivait sur ce thème : « magistratures et droits sont établis pour ceci, que personne ne se charge de se venger de son propre grief, parce que, là où cesse l'autorité de la loi, la cruauté arbitraire abonde. Ce pourquoi nous établissons (*statuimus*, d'où dérive « statut ») que « personne ne se venge avant d'avoir porté sa plainte devant son juge et procédé selon la loi jusqu'au jugement définitif, sauf que, pour la protection de son corps et de ses biens dans l'immédiat, il peut repousser la force par la force, ce qui est appelé *nothwere* (en allemand moderne *notwehr*, défense nécessaire).

L'article 6 décidait que, si quelqu'un a porté plainte devant le juge mais que la justice n'avait pas été observée (vraisemblablement parce que le défendant n'avait pas obéi à l'ordre de la cour), le plaignant avait le droit de « défier » son ennemi, c'est-à-dire le provoquer en duel publiquement. Toutefois ce devait être fait dans les règles sinon il serait déclaré sans honneur et sans droit. Les articles 7 à 10 traitaient des péages et d'autres obstructions aux voyages. Tout péage exigé de voyageurs par terre ou par eau sans la permission de l'empereur devait être aboli. La protection des étrangers contre ces prélèvements était réaffirmée.

Les articles 11 à 13 prohibaient certaines infractions au droit impérial (faux-monnaillage), au droit féodal (vente de sauf-conduits par des personnes qui n'en tenaient pas le droit de l'empereur ou de la loi féodale) ou le droit urbain (affirmation des droits d'un bourgeois lorsqu'il se trouve hors de la cité dont il est citoyen, et protection du seigneur féodal lorsqu'il vit dans la cité). L'article 14 interdisait à quiconque de se saisir d'une personne comme gage sans la permission du juge, et que celui qui le ferait serait puni comme voleur. Les articles 15 à 21 traitaient des offenses des fils à leur père, particulièrement le parricide et l'expulsion du père hors de sa terre.

Les articles 22 à 27 détaillaient les pénalités, en particulier la mise hors la loi. Les personnes proscrites devaient être traitées comme coupables de « crime public » et n'étaient pas admises à compensation ou à pénitence. Ainsi une distinction nette était faite entre crime et dommage ou péché. Un proscrit par l'empereur était passible d'être déclaré sans honneur et sans droits. La même pénalité était applicable à la haute trahison, à la perfidie et à « l'homicide qu'on appelle *mord* ». Ceux qui hébergeaient un hors-la-loi étaient passibles de la même peine qui était infligée à la personne proscrite, et une ville qui « collectivement et sciemment » abritait un proscrit

était passible de peines sévères, allant jusqu'à la destruction de ses murs. De plus, le receleur d'un objet volé et celui qui hébergeait un voleur, étaient passibles de la même peine que le voleur, comme sous les « lois civiles » (une référence au droit romain de Justinien, tel qu'interprété par les érudits contemporains d'Occident). Cependant, pour la première infraction, ils devaient seulement payer le double du prix de l'objet volé, c'était seulement en cas de récidive, qu'ils seraient punis comme le voleur.

L'article 28 déclarait qu'un justicier devait être désigné pour présider la cour impériale à la place de l'empereur lorsque celui-ci ne pouvait siéger en personne. Ce devait être un homme « de loyauté éprouvée et d'honnête opinion, de condition libre, qui resterait en fonctions moyennant bonne conduite pendant au moins un an ». Le justicier devait conduire la cour chaque jour excepté les dimanches et les principaux jours fériés, « faisant droit à tout plaignant, excepté les princes et les autres nobles, dans les affaires qui touchaient à leur personne, droit, honneur, fiefs, propriété ou héritage, et hormis les causes majeures dont l'investigation et le jugement sont réservés à notre propre majesté ». Le pouvoir de proscrire ou d'absoudre de l'exil restait réservé à l'empereur. Le justicier devait « jurer qu'il ne retiendra aucun motif de jugement par affection ou par haine, par faveur ou par récompense, par crainte ou par pitié, et qu'il ne jugera sur aucune autre base que ce qu'il sait ou estime être juste suivant sa conscience, en bonne foi, sans fraude ni tort ». Le justicier devait recevoir les honoraires qui étaient payés pour l'absolution de proscrits « qui sont généralement appelés *gewette*, de sorte qu'il jugera avec plus de zèle et ne recevra de cadeau de personne ».

Finalement, sous l'article 29, le justicier devait être assisté par un notaire spécial (greffier) pour recevoir et conserver les brefs et les dépôts de plaintes, pour dresser les comptes-rendus de procédures judiciaires, pour tenir registre des mises hors la loi et des absolutions, pour rédiger tous jugements d'affaires importantes entendues par la cour impériale, spécialement quand la procédure était par jugements contradictoires, populairement appelés *gesamint urteil*, en allemand moderne *gesamturteil*, ou « jugement collectif », c'est-à-dire celui qui se dégage des votes de juges, « de sorte qu'à l'avenir, l'ambiguïté sera écartée dans des causes similaires, et le pays sera nommé expressément dont la coutume est appliquée dans le jugement considéré ». Le notaire devait être un laïc, afin qu'il puisse rédiger des jugements de sang, ce qui n'est pas permis à des ecclésiastiques, et aussi pour qu'il puisse être puni de façon appropriée s'il n'a pas été à la hauteur de sa tâche. Ce greffier devait jurer que, dans son office, « il se comporterait loyalement et légalement » et « n'écrirait rien qui soit contraire au Droit et à ses obligations, selon la conscience, de bonne foi, sans aucune fraude ou négligence »²⁵.

« La loi de paix de Mayence », en 1235, visait surtout les parties germaniques de l'empire de Frédéric II. Ce fut, en fait, la première loi impériale promulguée à la fois en latin et en allemand. Elle était destinée à fonder le droit allemand. Cependant, son auteur était en même temps le roi de Sicile, duc d'Apulie (les Pouilles) et comte de Calabre, qui avait promulgué le vaste code de droit sicilien appelé *Liber Augustalis*,

où se trouvait largement préfiguré le nouveau statut germanique non seulement par son ampleur mais par son raffinement. Comment a-t-il été possible au même gouvernant de produire des oeuvres législatives si différentes à peu près à la même époque ?

Il y a assurément quelques indices de communauté d'auteur. Chacun des deux documents est présenté comme un acte royal de législation. L'un comme l'autre est dirigé contre la vengeance privée, l'auto-défense et la violence en général. Tous deux ont la même perspective d'une société régie par le Droit. La décision prise à Mayence d'instituer un justicier et un greffier pour l'assister, est directement tirée de l'expérience sicilienne. Les deux lois de paix contiennent nombre de concepts et d'institutions juridiques de base, semblables. Certaines dispositions légales positives sont identiques de part et d'autre, notamment le droit de tuer en défense nécessaire de la personne ou de la propriété ²⁶.

Pourtant, les différences sont encore plus frappantes. Le statut de Mayence ne pose que le schéma le plus élémentaire des lois, une sélection de celles, peu nombreuses, qui étaient probablement les plus importantes du point de vue de l'empereur. Le *Liber Augustalis* est, au contraire, un code amplement développé. Par exemple, en traitant des crimes, la loi de Mayence n'en spécifie que quelques uns, et les sanctions mentionnées portent presque uniquement sur la proscription, tandis que l'*Augustalis* spécifie des crimes nombreux et leur affecte des punitions variées. De plus, l'*Augustalis* évoque une série d'infractions non criminelles que la loi de Mayence ne suggère même pas. Pourquoi Frédéric II n'a-t-il pas simplement présenté à l'assemblée solennelle de Mayence en 1235, le code magnifique de lois qu'il avait promulgué à Palerme en 1231 ? L'explication, quoique simple, est éclairante, :chacun des deux ensembles législatifs visait à amplifier, rationaliser et systématiser le régime légal qui existait dans l'entité politique auquel il était destiné. Chacun bâtit sur des fondations préexistantes. Celles-ci n'étaient pas des châteaux dans les nuages.

L'ordre juridique royal qui existait dans le royaume normand de Sicile, au début du XIII^e siècle, était fort différent de l'ordre légal qui existait dans les régions germaniques de l'empire. La Sicile, l'Italie méridionale, avait connu un ordre légal royal perfectionné pendant quatre-vingt-dix ans, elle avait des institutions judiciaires, administratives et financières centralisées et efficaces. En contraste, dans les régions germaniques de l'empire, les institutions impériales étaient faibles. Pendant près de quarante ans, il n'y avait eu presque pas de pouvoir impérial dans le Nord. Il n'y existait même pas de judicature impériale centrale, l'empereur jugeait en personne là où ses voyages l'amenaient et, dans ces années-là, il voyageait rarement au nord de Rome. D'un point de vue politique, l'on peut voir dans la « Loi de Paix de Mayence » le dernier souffle du pouvoir impérial dans les territoires germaniques ²⁷.

Cependant, à certains égards la paix de Mayence était plus novatrice que le *Liber Augustalis*. Le code sicilien se référait encore et encore à la législation de « notre

grand-père, Roger II » et à Guillaume I^{er} et Guillaume II, tandis que la loi de Mayence évitait soigneusement d'invoquer « notre grand-père, Frédéric I^{er} » et ses lois de paix de 1152, 1158 et 1186. Plus caractéristique encore, la prescription de Mayence de nommer un justicier et un greffier impériaux comportait, pour la première fois, que les décisions de la cour de justice impériale devaient être enregistrées et conservées dans un endroit unique, de sorte qu'un corps de normes légales impériales pût être constitué ²⁸.

En fait néanmoins, cela ne subsista pas longtemps: après 1235, le pouvoir impérial déclina rapidement, et même, toute activité impériale disparut pratiquement. Le nouveau justicier impérial ne siégea pas à un endroit fixe ni à des moments prévus. Lorsque les Habsbourg reçurent le trône impérial dans les dernières décennies du XIII^e siècle, ils confirmèrent la paix de Mayence en 1281, puis avec quelques additions en 1287, et une fois encore en 1292. Malgré tout, le droit impérial déclina de nouveau aux XIV^e et XV^e siècles et ne fut restauré qu'en 1495.

Il reste que la paix de Mayence, comme les lois de paix impériales précédentes, survécut comme partie de la « loi commune » de l'Allemagne. Techniquement, il n'y avait pas de « droit germanique » aux XII^e et XIII^e siècles mais seulement la loi de l'empire, la loi des diverses entités politiques et le droit urbain, tout à fait comme il n'y a pas aujourd'hui techniquement de « droit américain », mais seulement la loi fédérale et la loi de chacun des états. Néanmoins, il y eut en Allemagne un corps d'institutions juridiques, de concepts, de principes et de règles qui étaient universellement acceptés tant dans le territoire de l'empire que dans les entités régionales et urbaines. Maintes parties de la Loi de Paix de Mayence et des précédentes trouvèrent le chemin dans ce corpus commun du droit allemand.

Le miroir du droit saxon (Sachsenspiegel)

Un canal important par lequel les lois de paix préexistantes devinrent une partie de la loi commune allemande, est un ouvrage écrit par un juriste saxon vers les débuts du XIII^e siècle (probablement les années 1220) intitulé *Sachsenspiegel*. Son auteur, Eike von Repgau (environ 1180-1235) était solidement instruit, bien que non universitaire, et juge-assesseur de classe équestre (*knighthly*) qui écrivit ce livre d'abord en latin puis le traduisit en allemand.

Le *Sachsenspiegel* est un recueil systématique de règles et de principes juridiques. Il est divisé en deux parties, l'une appelée *Landrecht*, loi du pays; l'autre *Lehnrecht*, loi des fiefs ou féodale. Chaque partie est divisée en quelques centaines de sections et de sous-sections numérotées. Dans une édition moderne, la *Landrecht* prend environ 140 pages et la *Lehnrecht* environ 100 pages. La matière étudiée est principalement : 1) le droit coutumier saxon, pour la première fois mis par écrit et systématisé et 2) la loi royale du roi-empereur germanique, tant coutumière qu'édictee, applicable en Saxe et ailleurs.

L'auteur s'intéresse principalement à certains aspects du droit civil (spécialement la propriété et l'héritage), au droit criminel, au système judiciaire, au droit constitutionnel et, dans la seconde partie, aux relations de seigneur à vassal. Le droit urbain n'est pas examiné, le droit commercial est omis. Il y a quelques références au droit canon, en particulier à ses parties concernant la juridiction papale, la famille et quelques autres sujets. Il n'y a pratiquement pas de référence au droit romain. Il y a quelques références aux règles de loi prévalant dans d'autres territoires germaniques, notamment la Souabe, lorsqu'elles différaient des règles saxonnes, sinon l'auteur paraît estimer que la loi saxonne correspondait de façon générale aux règles et aux principes communs à tous les territoires germaniques.

Les règles et les principes sont présentés avec très peu d'analyse conceptuelle et très peu d'illustrations concrètes. Par exemple, il est posé que celui qui aide quelqu'un d'autre à commettre un crime est lui-même passible de punition, mais aucune définition de la complicité n'est donnée ni de diverses formes de complicité. De même, plusieurs règles sont énoncées concernant les blessures infligées à l'agresseur au cas de légitime défense, mais le concept de défense nécessaire n'est ni défini ni analysé. À vrai dire, tout le livre est rédigé dans un style de récapitulation concise de règles, de doctrines et de préceptes dont certains assurément sont de portée très large.

Le *Sachsenspiegel* contient plusieurs dispositions relatives au droit constitutionnel de l'empire. Implicites dans ces dispositions se trouvent trois concepts fondamentaux solidaires dont l'origine peut être retracée jusqu'à la révolution papale de la fin du XI^e siècle et du XII^e. Le premier est le concept que l'empire, en fait la société même, est fondé sur le Droit. C'est implicitement une idée que l'auteur exprime dans le prologue « Dieu est lui-même la Loi, c'est pourquoi le Droit lui est cher ». L'idée de la souveraineté du Droit va jusqu'au point, dans le *Sachsenspiegel*, d'affirmer le droit d'une personne à « résister à une décision illégale de son roi et de son juge, et aussi d'aider quelqu'un d'autre à faire de même si c'est quelqu'un de sa parenté, ou son seigneur »²⁹.

Le deuxième concept fondamental de la constitution impériale est celui de la dualité des entités spirituelle et séculière de l'Eglise et de l'empire comme des entités politiques structurées. Ceci est implicite dans la formule doctrinale des « deux glaives », exprimée dès le premier article du premier livre de l'ouvrage : « Dieu a laissé deux glaives sur terre pour protéger la chrétienté. Au pape est confié le glaive spirituel, à l'empereur le séculier... Ce qui résiste au pape, ce qu'il ne peut réduire par jugement spirituel, l'empereur doit le rendre obéissant au pape par jugement séculier. Donc le pouvoir spirituel doit aussi aider le jugement séculier quand il en est besoin ». Dans un article ultérieur il est, de plus, déclaré que l'Eglise a la juridiction ultime sur le pouvoir impérial dans les affaires d'hérésie (doctrine), de divorce (droit familial) et la sûreté du lieu de culte (propriété des bâtiments d'église)³⁰. Néanmoins, il est également déclaré que l'Eglise doit finalement imposer sa volonté en recourant au pouvoir impérial³¹.

Le troisième concept qui s'imbrique avec les deux premiers pour former le fondement constitutionnel de l'empire, est celui de la pluralité des entités politiques agissant en corrélation. Cela s'exprime par diverses dispositions concernant la juridiction respectivement territoriale et impériale et concernant l'application, dans des cas appropriés, du droit territorial par les cours exerçant la juridiction impériale³². C'est aussi exprimé dans les dispositions concernant l'élection du roi par les princes et les évêques des entités territoriales. Ici, le *Sachsenspiegel* édifiait sur l'instauration par Frédéric Barberousse de l'ordre impérial des princes. L'auteur va jusqu'à énumérer et grouper, pour la première fois, trois électeurs ecclésiastiques (les évêques de Trèves, de Mayence et de Cologne) et trois électeurs laïques (le comte palatin du Rhin, le duc de Saxe et le margrave de Brandebourg.). Sur l'autorité du *Sachsenspiegel*, ces six personnages continuèrent à être électeurs à partir de ce moment³³.

Le droit constitutionnel de l'empire rendait inévitable que bien des provisions des lois de paix impériales et d'autres actes législatifs impériaux passent dans le droit des entités politiques territoriales. Un important véhicule de cette transmission de la loi impériale était le *Sachsenspiegel* même. L'un de ses articles se référait expressément à « l'ancienne paix, que le pouvoir impérial confirma pour le territoire de la Saxe avec l'assentiment de la noblesse »³⁴. C'était là une référence à l'une des plus anciennes Paix de Dieu par serments. Dans la tradition de ces pactes collectifs, le *Sachsenspiegel* donnait protection perpétuelle aux prêtres et aux clercs, aux femmes, aux juifs, aux églises et aux propriétés ecclésiastiques, aux cimetières et aux haies des villages, aux labours et aux moulins, et aux grands chemins du roi et aux voies navigables.

D'autres articles adoptaient des règles spécifiques de droit civil et criminel qui avaient été promulguées dans les lois de paix impériales³⁵. L'une de ces règles posait que celui qui tuait ou blessait un violateur de paix, n'était pas passible de fournir réparation s'il pouvait prouver que cela s'était passé sur le champ ou dans la poursuite du fauteur³⁶. Très tôt, le *Sachsenspiegel* fut traité comme s'il était exécutoire par lui-même. Nombre de ses dispositions passèrent directement dans le droit urbain et dans le droit d'autres territoires. Il fut glosé par les juristes érudits. Pendant des siècles, il fut considéré comme un droit subsidiaire qui pouvait être utilisé pour suppléer aux lois valides urbaines, territoriales ou impériales³⁷. Le fait qu'il était écrit en allemand eut une grande importance, car il créait virtuellement un langage juridique commun pour toutes les parties germaniques de l'empire³⁸. D'autres « miroirs du droit » l'imitèrent, les *Schwabenspiegel*, *Deutschenspiegel*, et *Frankenspiegel*³⁹.

Le droit des principautés

La relative faiblesse de la loi impériale germanique aux XII^e et XIII^e siècles et plus tard, en comparaison du droit royal de Sicile, d'Angleterre et de France, fut compensée par la force croissante de la loi dans les territoires individuels des duchés et des autres principautés qui composaient le nord de l'empire. Pendant que les insti-

tutions impériales concernant les finances et la judicature demeuraient relativement primitives, les institutions centrales financières et judiciaires des diverses principautés recevaient des développements importants. Alors que la hiérarchie administrative impériale prenait du retard par rapport à l'administration royale d'autres pays, la croissance de l'administration dans les diverses principautés était impressionnante. Tandis que le pouvoir impérial de faire respecter sa législation restait relativement désuet selon les critères européens d'ensemble, le pouvoir législatif des principautés ne l'était pas.

L'opinion généralement partagée, largement fondée sur la faiblesse des institutions impériales, selon laquelle il y avait une désintégration générale du pouvoir et du Droit dans l'Allemagne du XIII^e siècle et des siècles suivants, est contredite par le fait que les institutions centrales des principautés se renforça. Dans les divers pays, les tribus et les clans germaniques se transformèrent en institutions politiques et juridiques, avec une systématisation et une rationalisation des pouvoirs et des lois au cours des deux siècles succédant à la révolution papale, parallèles à celles intervenant dans les tribus et les clans des divers royaumes du reste de la chrétienté occidentale. Selon les termes d'un historien spécialiste de cette période, il y eut en Allemagne comme ailleurs « un processus de recomposition si puissant qu'il mériterait le nom de révolution constitutionnelle »⁴⁰.

La montée en puissance des principautés territoriales germaniques, qui débuta sans éclat mais de façon discernable à la fin du XI^e siècle et au début du XII^e⁴¹, reçut une impulsion extraordinaire au milieu et à la fin du XII^e siècle pendant le règne de Frédéric I^{er} (Barberousse). C'était une conséquence directe de la révolution papale. Dans sa rivalité et son émulation avec le pouvoir du pape et dans l'interaction avec et contre d'autres puissances séculières, l'empereur avait besoin de paix et de stabilité dans ses territoires germaniques. Il lui fallait que les princes de son empire contrôlent leurs propres sujets dans leurs domaines respectifs.

De plus, il devait pouvoir compter non seulement sur les princes séculiers mais aussi les princes ecclésiastiques qui, en tant qu'évêques, devaient leur désignation et leur allégeance tant au pape qu'à l'empereur. Frédéric, en instaurant un ordre impérial des princes, leur assurait le pouvoir direct sur le territoire où ils étaient situés. Il fallait que les princes séculiers, qui étaient alors au nombre de seize, et les princes ecclésiastiques, qui étaient dix-neuf, tiennent leur territoire de l'empereur comme ses vassaux, mais qu'ils soient souverains sur la totalité de la population du territoire où chacun avait juridiction. La royauté, selon l'expression de Mitteis, était coupée du peuple par la noblesse dans chaque territoire⁴².

Lorsque Frédéric établit le duché d'Autriche comme un pouvoir autonome, il déclara expressément que « nulle personne grande ou petite à l'intérieur du régime de son duché ne se permette de rendre la justice d'aucune sorte sans le consentement ou la permission du duc »⁴³. Comme dit G. Barraclough, le point capital de sa construction était la réduction de tous les divers magnats d'Autriche sous l'autorité du

duc ⁴⁴. Toutefois, l'empereur rencontrait lui aussi des limites. Frédéric souhaitait soumettre aussi la petite noblesse et il ne pouvait le faire lui-même. Son petit-fils, Frédéric II, poussa le principe à son terme dans le Traité avec les princes ecclésiastiques de 1220 et le Statut en faveur des princes de 1232, dans lesquels il garantissait aux princes, tant ecclésiastiques que séculiers, leurs pouvoirs à l'encontre de quiconque dans leur territoire.

L'empereur interdisait à tout un chacun d'interférer d'aucune manière sur le « territoire de juridiction » des princes et restreignait les pouvoirs des fonctionnaires impériaux sur certains droits territoriaux tels que les péages et la frappe des monnaies ⁴⁵. Le pouvoir princier dans les territoires germaniques se concrétisa par des institutions gouvernementales et judiciaires analogues à celles qui s'étaient formées d'abord dans les pouvoirs princiers de la papauté et, plus tard, dans le pouvoir princier des royaumes séculiers de Sicile, d'Angleterre et de France, à savoir une trésorerie, une judicature, une chancellerie et d'autres départements de gouvernement de droit civil et criminel et autres, dans la formulation de jugements, dans la législation et dans d'autres procédés institutionnels d'activité juridique.

De toutes les principautés germaniques, le duché de Bavière fut le plus puissant et le plus évolué dans les institutions gouvernementales et judiciaires, à la fin du XII^e siècle et au début du XIII^e. De 1154 à 1180, ce duché fut gouverné par le cousin et rival de Frédéric Barberousse, Henri le Lion, qui gouvernait en même temps la Saxe. Henri fut le principal acteur de la transformation de la Bavière d'une entité tribale et féodale en une entité territoriale. Il y parvint pour une large part en acquérant les pouvoirs judiciaires et autres des seigneurs locaux qui dirigeaient les comtés de ses territoires ⁴⁶. Chaque comte détenait le pouvoir de haute justice (*blutbann*, justice de sang) par concession de l'empereur. Le comte cependant n'était pas directement subordonné à l'empereur ni investi par lui de sa charge. Il avait sa propre tenure héréditaire de terres (*allods*) et le patronage des bénéfices ecclésiastiques (églises et monastères) ainsi que la juridiction héréditaire sur le comté. Aux XII^e et XIII^e siècles, les ducs de Bavière (comme les princes des autres territoires germaniques) eurent recours à divers procédés pour absorber la juridiction comtale.

Au cas où le comte décéderait sans héritier, sa propriété échoirait au duc. Parfois le duc acquérait un comté par héritage, du fait que sa famille avait des liens de parenté avec nombre d'autres comtes. De plus, parfois il achetait ou recevait en don la propriété, et avec elle la juridiction, du comté. Enfin, s'ils étaient rebelles, il s'en emparait par les armes. Dans tous ces cas, la pratique ordinaire de Henri le Lion et de ses successeurs était d'affecter ses serviteurs non-libres, les *ministeriales* pour remplacer le comte, non pas comme comtes mais comme des préfets à qui le duc pouvait retirer la charge quand bon lui semblait. Les ducs nommaient de même des fonctionnaires du même genre pour gouverner des villes ou des châteaux, et pour gérer des péages. Lorsque Henri fonda Munich en 1157-58, il n'y établit pas une municipalité autonome, mais affecta à son gouvernement des dignitaires ducaux, y compris un juge ducal.

Sous Henri le Lion et ses successeurs, la Bavière fut gouvernée comme une entité politique et non comme une association de personnes et de groupes dont les attaches de loyauté étaient tribales et féodales⁴⁷. En Saxe, Henri avait créé la première chancellerie territoriale germanique, composée de « notaires », et lui-même fut le premier prince allemand à émettre régulièrement des documents légaux et à tenir registre systématiquement des transactions juridiques (en Bavière, la chancellerie fut créée peu après qu'il eut été chassé et remplacé par Othon de Wittelsbach). De plus, tant en Bavière qu'en Saxe, il avait renforcé le tribunal ducal qui fut chargé d'exercer une substantielle juridiction principale sur les différends relatifs à la saisine des terres. Il convoqua aussi des représentants des divers statuts sociaux pour les diètes où des lois de paix et d'autres actes législatifs étaient promulgués. Dans un document légal de l'un des monastères bavarois, Henri est appelé « le prince et juge du pays ».

Le système législatif et gouvernemental fondé par Henri le Lion fut développé par ses successeurs au XIII^e siècle. Le poste de « député » (*viztum*, *vice-dominus*, *vice-lord*) qu'avait créé Henri le Lion, fut institutionnalisé par la dynastie des Wittelsbach en 1204. Le député avait la charge des finances et de remplacer le duc comme président de la cour ducale. Par la suite, la Bavière fut subdivisée en quatre régions, chacune avec un député du duc, et ces régions à leur tour divisées en départements (*ämter*, offices) au nombre de trente-cinq en 1228. Chaque département avait deux officiers principaux, un curateur pour l'administration et un juge avec compétence pour les causes tant majeures que mineures. Ces juges avaient des juges subordonnés qui siégeaient dans divers districts du département. Le député du duc nommait et supervisait les curateurs et les juges de départements. Entre temps, les officiers traditionnels de la maison ducale, le maréchal, l'huissier, le chambellan et l'échanson étaient devenus les chefs de services d'organismes administratifs couvrant le territoire entier.

Le nouveau système administratif, plus centralisé, se rattachait à une nouvelle importance attribuée à la législation ducale. Cinq statuts majeurs de paix furent promulgués en Bavière en 1244, 1256, 1281, 1293 et 1300, qui élargissaient et réformaient la loi coutumière. L'emploi des armes était réglementé, la vie, la propriété et l'honneur recevaient une meilleure protection, des règles supplémentaires furent édictées pour l'héritage et pour le commerce. A la différence de la législation impériale, les lois ducales s'adressaient non plus par priorité à la haute noblesse mais à l'ordre (équestre) des chevaliers et aux propriétaires fonciers en général, y compris les paysans et les citadins⁴⁸. En outre, tout cela impliquait l'existence d'une classe bureaucratique capable d'interpréter et d'appliquer ces lois.

Par dessus tout, l'autorité des ducs de Bavière, comme celle des autres princes de territoires germaniques de l'époque, reposait sur leur acquisition du pouvoir judiciaire. Plus important que la détention et l'acquisition des *regalia* (prérogatives financières et politiques), était le fait que, dans l'ensemble de ce système de pouvoir, les ducs obtenaient la juridiction sur les comtes et sur les « patrons » (d'églises et de

monastères) ⁴⁹. La prérogative royale d'investir autrui de l'autorité judiciaire, appelée en allemand *bannleihe*, passait de l'empereur aux princes ⁵⁰.

Les ducs de Bavière régnaient sur leur duché avant tout par l'intermédiaire des juges désignés par leurs « députés » dans les divers départements. Les juges départementaux avaient juridiction générale sur la haute et la basse justice. Certains types de procès, toutefois, étaient réservés aux tribunaux du duc, le plus souvent à cause de leur grande importance mais aussi en raison du statut très élevé des parties, les autres types d'affaires restaient aux cours de village ou locales, principalement à cause de leur importance mineure ou d'ordre local.

La centralisation de la justice en Bavière et dans les autres principautés germaniques, aux XII^e et XIII^e siècles, fut accompagnée d'une rationalisation de la procédure judiciaire. Davantage de confiance fut attribuée à la présentation des preuves devant le tribunal. Les juges interrogèrent les témoins. C'était surtout le cas pour les affaires civiles. Dans les différends à propos de saisine du sol, le plaignant pouvait demander un « montrage », les deux parties allaient sur le terrain et chacun devait identifier ses appartenances et limites en présence de représentants de la communauté qui rendaient le jugement en la matière.

Dans une autre procédure, dite *Kundschaft*, mot qui évoque exploration, recherche ou investigation, des personnes de bonne réputation et de profession honorable qui avaient connaissance de l'affaire en discussion étaient invitées comme témoins officiels et interrogées sous serment. Dans les affaires très importantes, vingt-et-une personnes choisies conjointement par les parties participaient à la procédure, et l'accord de sept d'entre elles, par serment, était requis pour que décision soit rendue ⁵¹. Ces nouvelles procédures « d'enquêtes » tendaient à remplacer les anciennes procédures de *compurgation* et d'ordalies.

Le droit ducal de Bavière connut aussi, pendant les XII^e et XIII^e siècles, un changement substantiel dans le concept et l'objectif du droit criminel. Auparavant, le crime et le dommage n'étaient pas nettement distingués. La haute justice avait tendu principalement à la composition, c'est-à-dire à imposer des règlements financiers aux auteurs de dommages, en faveur de leur victime. La « justice de sang » impliquant d'habitude la pendaison ou une mutilation, avait été surtout confinée aux affaires où le coupable avait été pris sur le fait. Au XII^e siècle, la haute justice en matière criminelle devint en général « justice de sang » et la composition fut réservée le plus souvent aux tribunaux inférieurs. Il y eut ainsi une transition, hors du système tribal de droit pénal et vers un système étatique, où les crimes furent considérés principalement comme des atteintes portées à l'autorité publique. Ce mouvement était également associé à un accroissement substantiel des crimes rendus punissables avec une aggravation des punitions.

En Bavière, la loi de paix de 1244 ajouta à la catégorie des crimes d'homicide pour lesquels la peine de mort pouvait être prononcée, les meurtres nocturnes ou en

vengeances privées, l'enlèvement d'une femme mariée, le viol d'une vierge ou d'une femme de bonne réputation. La loi de paix de 1281 en ajouta d'autres, des châtimens corporels devinrent applicables aux hommes libres aussi bien qu'à ceux qui ne l'étaient pas. Les crimes de nuit furent adjoints à ceux pris sur le fait. Une nouvelle distinction fut opérée entre crimes « honorables » et crimes « déshonorants », le meurtre était honorable tandis que le vol était déshonorant ; et ceux qui étaient reconnus coupables de crimes déshonorants étaient passibles de formes plus pénibles de mise à mort tandis que ceux dont le crime était « honorable » avaient le droit d'asile et de plus amples possibilités de commutation de la peine de mort en composition pécuniaire ⁵².

Finalement, il est important d'observer que les procès judiciaires étaient fort coûteux, et lucratifs, et que ce système dépendait du développement contemporain d'un régime fiscal plus évolué que celui qui avait existé auparavant, en fait, plus moderne que tout système que l'autorité impériale avait pu imposer à n'importe quelle époque.

Toute la population du duché, libre ou non libre, ecclésiastique ou séculière, était soumise à l'impôt. Le prélèvement était administré par un corps de fonctionnaires ducaux. Par l'instauration d'un système de contributions étendu à tous, « une relation hiérarchique immédiate était créée entre le prince du territoire et chacun des habitants de ce territoire. L'obligation fiscale fut l'un des moyens les plus efficaces de formation d'une communauté étatique. Elle rendait l'existence et la souveraineté de l'Etat palpables pour tout un chacun » ⁵³. Le montant de l'impôt à payer était pas déterminé unilatéralement par la chancellerie ducale, mais était calculé par les autorités fiscales sur la base de la valeur de la propriété possédée par le contribuable. Cela exigeait des visites et des inspections par les agents du fisc. Parfois le montant global à payer par un village ou un manoir ou une ville était fixé avec l'accord des habitants de l'endroit.

La Bavière, assurément, était l'une des plus évoluée, sinon la plus évoluée, des principautés allemandes. Cependant, elle n'était pas exceptionnelle. Elle était fondamentalement semblable, dans sa structure gouvernementale et juridique, à l'Autriche, au Brandebourg, au Brunswick, à la Hesse, au Palatinat du Rhin, aux entités politiques ecclésiastiques telles que Wurzburg, Mayence, Trèves et aux diverses autres principautés, tant séculières qu'ecclésiastiques. Celles-là n'étaient pas techniquement des royaumes (sauf la Bohême et la Bourgogne) mais elles étaient gouvernées par des princes qui étaient monarques au même titre que les rois de Sicile, d'Angleterre et de France. Et à vrai dire, les princes des territoires germaniques étaient, à bien des égards, plus les égaux de ces rois en titre que l'empereur-roi lui-même, car ils avaient plus que lui de pouvoirs judiciaires, administratifs et législatifs hautement affinés. Spécialement après le déclin de l'empire au XIII^e siècle, le type de souveraineté monarchique que l'empereur Frédéric Barberousse s'était efforcé d'exercer, fut effectivement exercé par les princes des plus importants pays allemands.

ESPAGNE, FLANDRES, HONGRIE, DANEMARK

Le développement du droit royal (ou princier) à l'époque ouverte par la révolution papale ne fut pas réservé aux seules « grandes puissances » de cette époque et des suivantes.

Concurremment avec la systématisation et l'expansion des droits féodal, domanial, mercantile et urbain, la systématisation et l'expansion du droit royal se produisirent à travers l'Occident européen, partout où l'Eglise catholique romaine affirma son indépendance à l'égard des autorités séculières, et partout où la royauté eut la tâche d'organiser la paix et la justice dans la sphère temporelle. Il importe, par conséquent, d'éviter une interprétation nationaliste du développement du droit royal. Que cela ait été un phénomène occidental se répétant en divers pays est illustré par le fait qu'il se soit produit presque partout, à la périphérie de l'Europe de l'Ouest comme dans son centre géographique.

Espagne

Au VII^e siècle, les Maures conquièrent la totalité de la péninsule ibérique et ne furent arrêtés, finalement, qu'en 732, par les Francs de Charles Martel, sous Poitiers, à moins de deux cents miles au sud-ouest de Paris. Dans les siècles suivants, une reconquête franque pour le christianisme eut lieu dans les territoires du nord de l'Espagne, résultant dans la fondation de royaumes indépendants, Catalogne, Navarre, Aragon, Léon (Galicie) Castille et finalement Portugal. Aux XI^e et XII^e siècles, ces territoires connurent le même mouvement révolutionnaire qui balayait le reste de la chrétienté.

Dans le domaine du Droit, le gouvernement de l'Eglise dans les territoires espagnols fut dominé par les mêmes principes et procédures du droit canon qui prévalaient partout ailleurs. De même, le droit féodal, le droit domanial, le droit marchand furent davantage systématisés. De nouvelles cités et de nouvelles villes autonomes se créèrent, chacune avec sa propre milice, son propre gouvernement, son droit propre. La grande ville et port de mer de Barcelone, incluse dans le comté de Barcelone, mais sous la juridiction ultime du roi d'Aragon, devint l'une des premières cités européennes. Là où l'autorité royale s'affirma, spécialement en Castille, en Catalogne et en Aragon, s'élaborèrent des systèmes de droit royal (ou princier) plus ou moins comparables à ceux de Sicile, d'Angleterre, de Normandie et de France ainsi que des principautés germaniques.

Bien qu'il n'y eut rien, à cette époque qui puisse s'appeler l'Espagne, certains événements historiques se produisirent dans l'ensemble des royautes du nord de la péninsule, à commencer par la conquête mauresque et la reconquête franque. Le second fut la simple survivance de la loi wisigothe d'avant les Maures, avec quelques éléments de droit romain, spécialement reflétés dans le code promulgué par le roi wisigoth Reckesvinth à la fin du VII^e siècle, le *Fuero Juzgo* ou Livre du Jugement

Dernier, connu aussi comme la *Lex Barbara Wisigothorum* ⁵⁴. Ces facteurs communs historiques locaux furent repoussés dans l'oubli par la nouvelle science juridique des XI^e et XII^e siècles, conjointement avec la renaissance des études du droit romain et le développement d'un droit canon rénové.

Catalogne et Aragon

La Catalogne, gouvernée par les comtes de Barcelone reçut l'influence du mouvement de la Paix de Dieu au début du XI^e siècle (synode d'Elna, 1027) ⁵⁵. Dans ce mouvement, un rôle important fut joué par le comte Ramon Berenguer I^{er} (1053-1071), qui promulgua aussi les « Usages de Barcelone », compilation de lois et coutumes de sources nombreuses et variées, wisigothiques et romaines, séculières et ecclésiastiques, judiciaires et législatives.

Le mouvement de la Paix de Dieu fut suivi, en Catalogne, pendant le XII^e siècle, par une période d'émissions de lois de paix séculières qui apparurent aussi en Aragon. Elles se développèrent selon un processus comparable à celui des lois de paix germaniques, les premières suivant le modèle des proclamations de la Paix de Dieu, les secondes revêtant une forme législative plutôt que contractuelle et traitant de nouveaux domaines de procédure, de mariage, de dettes et de crimes publics et, comme en Allemagne, étendant le champ d'action des fonctionnaires royaux.

Une loi sur l'incendie (Arson) édictée par Alphonse II en 1192 - à cette époque les comtes de Barcelone étaient en même temps rois d'Aragon - fait le pendant à celle sur l'incendie édictée par Frédéric Barberousse en 1186. En 1173, le droit romain fut formellement reconnu comme loi subsidiaire en Catalogne. Il s'agissait évidemment du droit romain savant des universités auquel on pouvait recourir pour pallier les lacunes de la loi catalane en vigueur.

En 1247, le roi Jaime I^{er}, qui régna en Aragon pendant soixante-trois ans, de 1213 à 1276, promulgua un code de lois pour l'Aragon, le *Libro de Huesca*, qui introduisait nombre d'éléments de droit canon et de droit romain, particulièrement en ce qui touche aux successions, aux contrats et à la preuve ⁵⁶. Composé par l'évêque de Huesca, c'était une présentation systématique du Droit, divisé en huit livres, consacrés principalement au droit civil, au droit pénal et à la procédure ; l'ouvrage était destiné à être appliqué par les tribunaux, y compris la cour du roi. Il fut par la suite augmenté par les successeurs de Jaime I^{er}, tout comme les « Usages de Barcelone » l'étaient par les successeurs du comte Ramon Berenguer I^{er}.

Castille et Léon

Ces deux royaumes furent réunis pendant la première moitié du XII^e siècle puis la majeure partie du XIII^e. Leur développement juridique se produisit quelque temps après celui de la Catalogne et de l'Aragon. Comme le leur, il débuta sous

l'impulsion du mouvement de la Paix de Dieu et fut grandement stimulé par les progrès du droit canon et la renaissance des études du droit romain. L'université de Salamanque, fondée au début des années 1200, devint un centre important pour l'étude de ces deux droits ⁵⁷.

De plus, le développement d'une loi royale fut fortement influencé par une succession de grands monarques, Ferdinand III (1217-1252), dont la mère était une princesse souabe d'une intelligence et d'une habileté hors du commun, son fils Alphonse X le Sage (1252-1284) et son arrière-petit-fils Alphonse XI (1311-1350). Ces rois promulguèrent une importante législation et prirent l'initiative de faire paraître des textes légaux de grande ampleur, dont le *Fuero Real* (1255) et les *Siete Partidas* (vers 1265) ⁵⁸. Ce dernier ouvrage était un traité systématique, divisé en sept parties organisées par matières, et contenant plus de cinq cents articles. C'était essentiellement un abrégé de droit romain et de droit canon quelque peu adapté à la situation de la Castille. Cependant, il ne prit pas profondément racine dans la vie quotidienne, et en général les efforts des grands monarques des XIII^e et XIV^e siècles pour unifier le droit castillan échouèrent devant l'insistance des localités à conserver leurs propres coutumes.

Flandres

Aux XI^e et XII^e siècles, les comtes de Flandre, dont le territoire couvrait la majeure partie de ce qui est présentement la Belgique et la Hollande, et qui étaient des rois en tout sauf le titre, prirent pleinement part à la transformation révolutionnaire du droit occidental. Le mouvement de la Paix de Dieu apparut dans les Flandres au XI^e siècle, les déclarations les plus importantes datant de 1034 et de 1099. La première loi de paix séculière (*landfriede*) fut proclamée en 1111 quand, peu avant sa mort, le comte Robert II rassembla ses notables et leur fit jurer la paix. Ce document eut une importance majeure pour le développement ultérieur à la fois du droit urbain flamand et de la loi commune (loi du pays) des Flandres. Elle fut renouvelée par les successeurs de Robert en 1111, 1119, 1138 et de façon répétée par la suite. On l'a dite « le fondement de la plupart des dispositions du droit flamand ancien » ⁵⁹.

Toutefois, c'est plutôt le comte Philippe dont on peut dire qu'il a fondé le système moderne de Droit en Flandre. Son règne (1169-1191) coïncide avec celui de Henri II en Angleterre et celui de l'empereur Frédéric Barberousse et chevauche sur celui de Philippe-Auguste en France. Philippe a été effectivement qualifié de « premier législateur des Flandres » ⁶⁰. Il légiféra en partie par des lois de paix. D'autre part il conféra leur loi propre, appelée *keure* à plusieurs cités, dont Bruges qui était à l'époque le centre commercial le plus actif en Europe. Il centralisa l'administration de la justice en la faisant appuyer par un corps de fonctionnaires exécutifs appelés baillis. En 1178, il édicta un statut fixant leurs pouvoirs, comportant le droit de saisir tout délinquant qui n'avait pas été encore cité devant les assesseurs et prévoyant une pénalité à infliger à quiconque ne répondait pas à un appel du bailli pour lui prêter main-forte ⁶¹.

A l'issue d'un conflit de dynasties suivant le décès du comte Philippe, le comte Baudouin de Hainaut l'emporta comme gouvernant des Flandres. Dans son propre comté, il avait déjà une réputation de législateur. En 1200, il avait édicté deux lois pour le Hainaut, l'une sur les fiefs et l'autre sur le droit pénal et la procédure judiciaire. Le Hainaut, à la différence des Flandres, avait une collection de règles coutumières, appelée « coutume générale ». Lorsque Baudouin fut appelé en Flandre, il emmena avec lui ses experts pour composer des ouvrages sur ses lois, ses coutumes et son histoire.

Bien que les Flandres, après Baudouin, n'eurent plus de gouvernant énergique, l'activité législative se poursuivit au XIII^e siècle, et les comtes de Flandres eurent quelques succès en étendant leur administration dans les campagnes et en rationalisant leur appareil gouvernemental et judiciaire. La doctrine dite des « cas réservés » fut employée à soustraire divers crimes aux juridictions locales ou féodales traditionnelles et en charger les tribunaux comtaux. Vers la fin du XIII^e siècle, les comtes, sur le conseil de leurs juristes professionnels, se servirent d'arguments tirés du droit romain pour réaliser leurs objectifs. Toutefois, leurs ambitions centralisatrices furent frustrées par la résistance d'un autre type d'entités politiques qui avaient leur propre loi : concédée par les chartes des comtes, à savoir les communes libres flamandes et leurs guildes.

Hongrie

Les rois de Hongrie avaient des liens étroits avec les autres gouvernants européens et tentèrent de les imiter, mais leurs succès furent toujours de courte durée, car les nobles, attachés à leurs mœurs traditionnelles, étaient trop forts. Le fait que la population était en majorité magyare plutôt que germanique, jouait dans le même sens⁶².

Puis au milieu du XIII^e siècle, l'invasion des mongols balaya tout ce qu'il avait pu se faire pour bâtir un état centralisé. Pourtant, même en Hongrie, à la périphérie de la civilisation occidentale, des infiltrations de transformations juridiques peuvent être repérées.

En 1074, au milieu d'une guerre civile, le roi Geza fit appel à l'aide du pape Grégoire VII. Celui-ci, essayant la même tactique qui lui avait réussi, tant en Sicile qu'en Croatie, promit d'accéder à la demande de Geza en échange de la suzeraineté papale. Geza refusa et, à la place, se fit introniser par une couronne envoyée de Byzance. Les successeurs de Geza, Ladislas (1077-1095) et son fils Koloman (1095-1114) furent les premiers législateurs de Hongrie. Ladislas émit trois ensembles de lois qui instauraient des mesures pénales contre les païens, l'administration de la justice royale, la punition des vols, la protection de la propriété et autres matières. Koloman, qui épousa une fille du comte Roger de Sicile, promulgua une réforme juridique en quatre-vingt-quatre articles dont quelques uns adoucissaient la rigueur des lois de son père. Il se débarrassa des procès en sorcellerie, accrut le nombre de tribu-

naux, restreignit les combats judiciaires, posa des limites de juridictions et de procédures, et distingua nettement entre les disciplines ecclésiastique et laïque.

Ce ne fut pas avant 1172 qu'apparut un autre gouvernant énergique qui s'intéressât à la réforme intérieure, Bela III (1172-1196). Il épousa Marguerite de Capet, fille de Louis VII de France et veuve de Henri le Jeune, fils de Henri II d'Angleterre. Pendant le règne de Bela, beaucoup d'intellectuels hongrois vinrent étudier à Paris. Ils revinrent fournir les cadres des nouveaux organes administratifs, notamment une chancellerie, imitant les exemples occidentaux.

Cependant, les successeurs de Bela III ne purent poursuivre sa politique centralisatrice. En 1222, en réaction à la machinerie royale, les nobles et les petits propriétaires ruraux forcèrent le roi André II à signer la Bulle d'Or, un document qui, comme la Grande Charte Anglaise de 1215 et le Statut en faveur des Princes de 1232, s'appuya sur des concepts juridiques contemporains pour réduire le pouvoir royal. Parmi ses trente et une dispositions, il y en avait une qui interdisait d'emprisonner un noble tant qu'il n'avait pas été régulièrement jugé et condamné. Une autre défendit au principal magistrat de la judicature royale d'entendre les affaires impliquant la vie ou la propriété sans en informer le roi. D'autres mesures garantissaient les droits des petits propriétaires fonciers et interdisaient certains abus gouvernementaux. Les droits des nobles à résister aux décisions illégales du roi étaient aussi préservés. En partie du fait de la Bulle d'Or, le droit royal resta faible en comparaison de ceux des autres pays occidentaux du début du XIII^e siècle. Puis l'invasion mongole de 1241 laissa le pays complètement dévasté.

Danemark

Le développement du droit royal danois survint tard, mais fut impressionnant⁶³. Au début du XIII^e siècle, le roi Canut II essaya de lever des impôts, de percevoir des amendes et, de façon générale, d'affirmer l'autorité royale mais il fut renversé et assassiné. Cependant, en 1241, Valdemar II promulgua la *Jutae Logh* ou loi du Jutland, le premier recueil de lois scandinave⁶⁴. Il y avait eu auparavant deux ouvrages d'initiative privée, la loi de Scanie et la loi zélandaise, écrits aussi pendant le règne de Valdemar II.

La *Jutae Logh* est divisée en trois livres et contient au total 242 chapitres. Il y avait une division assez fruste entre droits de propriété, droit civil et droit pénal. Les sources de Droit étaient principalement les coutumes, des décrets de gouvernants précédents et le droit urbain du Schleswig. On n'y trouve pas d'influence du droit romain, mais l'influence du droit canon est visible. Les premières phrases du préambule déclarent :

« Sur la loi, le pays doit être construit. Si tout un chacun se contentait de ce qui est sien et reconnaissait aux autres le même droit, il n'y aurait pas besoin de lois. Si le pays n'avait pas de loi, chacun voudrait avoir le plus possible et

celui-là aurait le plus qui pourrait prendre le plus, c'est pourquoi la loi doit être faite pour servir les intérêts de tous. C'est le rôle du roi et des gouvernants en ce pays de maintenir la loi et de faire justice, et de protéger ceux qui sont exposés à des oppressions, tels que les veuves, les enfants sans gardiens, les pèlerins et les étrangers, et les pauvres gens, à qui l'on fait le plus souvent du tort »⁶⁵.

Parmi les traits les plus « modernes » de la loi du Jutland, il y a le remplacement de la *compurgation* par la procédure du jury. D'autres exemples de la participation du Danemark à la transformation juridique de l'Occident, pendant cette période, comprennent la création d'une chancellerie, de dignitaires de la maisonnée royale et de fonctionnaires provinciaux. Les fils des nobles étaient souvent envoyés à Paris pour leurs études⁶⁶. Il est vraisemblable que l'influence danoise contribua à la promulgation en 1275 du premier code de droit norvégien, édicté par un gouvernant merveilleusement appelé « Roi Grand Réparateur de Lois »

DROIT ROYAL ET DROIT CANON

Les systèmes de droit royal qui se développèrent dans les divers royaumes et principautés de l'Europe aux XII^e et XIII^e siècles présentaient beaucoup de traits communs. En même temps, tous avaient une ressemblance structurelle avec le droit canon qui prévalait dans toute la chrétienté occidentale. Dans chaque royaume ou principauté, droit royal et droit canon se complétaient l'un l'autre, au point que l'on peut dire qu'ils faisaient partie intégrante d'un ordre juridique unique.

1) Aussi bien le droit canon que le droit royal exerçaient une compétence et une juridiction limitée. Le droit canon se considérait compétent pour traiter les causes criminelles et civiles dérivant du péché et de la violation de serment; le droit royal revendiquait la compétence pour juger les causes criminelles ou civiles se rattachant à la saisine de terres libres et à la violation de la paix du roi. Le droit canon réclamait la juridiction sur les clercs et sur les propriétés ecclésiastiques ainsi que sur les laïcs accusés de péché et de rupture de promesses, la judicature royale prétendait à la juridiction sur les tenants libres et les félons ainsi que sur les affaires touchant directement la couronne et les biens de la couronne. La compétence et la juridiction des deux types de systèmes légaux se chevauchaient sur certains points et il y avait parfois des conflits entre eux, néanmoins, pendant longtemps ils parvinrent à coexister plus ou moins paisiblement.

2) Aussi bien le droit canon que le droit royal avaient leur fondement dans l'autorité d'une source externe de légalité vers laquelle il se tournait afin de juger comment se comporter avec objectivité et cohérence générale. L'un et l'autre cherchait de telles sources dans la loi divine et la loi naturelle (de raison et de conscience). En outre, le droit canon se référait aux textes sacrés, y compris les canons et les décrets posés par les conciles de l'Eglise, les décisions de papes et les autres tex-

tes faisant autorité ; cependant que le droit royal se référait généralement aux actes législatifs royaux (lesquels dans leur ensemble étaient bien moins élaborés que la législation ecclésiastique).

Les deux systèmes considéraient également les coutumes comme une source importante de Droit, bien que le droit royal s'y référait beaucoup plus souvent que le droit canon. Quant à la procédure judiciaire, les tribunaux canoniques se fiaient aux témoignages obtenus par interrogatoires sous serment, de même que beaucoup de systèmes royaux. Le droit royal anglais, cependant, recourait à l'opinion formulée sous serment par le voisinage tandis que les parlements du XIII^e siècle, lorsqu'ils siégeaient comme cour de justice, de même que la cour de la chancellerie aux XIV^e et XV^e siècles, suivaient la procédure canonique adaptée à leur propre usage. Dans les pays germaniques aussi, les cours royales ou ducales utilisaient les déclarations sous serment, selon les coutumes locales des « diseurs de droit » (*Schöffen*, échevins).

3) Aussi bien le droit canon que le droit royal étaient systématisés, cependant la législation canonique l'était à un degré plus élevé. Elle l'était même davantage que la législation romaine (de Justinien) revitalisée, sa « servante », qui n'était le droit positif d'aucune judicature bien qu'on la fît souvent pour une « loi subsidiaire » et qui, même là où on la prétendait en vigueur, ne constituait jamais le corps entier d'un droit effectif. Le droit canon (de même que le droit romain) était une discipline universitaire, une « science ». Le droit royal était plus proche d'un droit coutumier, il n'était pas aisément façonné en une structure intellectuelle. En Angleterre, où un premier droit royal se développa essentiellement dans les limites du système des brefs, « l'analogie » joua un rôle capital dans l'expansion graduelle des recours judiciaires. Selon le même angle de vue, la « généralisation » et la « synthèse » jouèrent un rôle plus restreint. Même au XIV^e siècle, quand la *common law* (droit commun) devint un objet d'étude et d'exposés dans les *Inns of Courts* (auberges où se réunissent les étudiants et les praticiens de la jurisprudence), on soulignait fortement son caractère essentiellement concret et technique. Certes, Glanvill écrivit en 1187 un beau livre sur le droit royal anglais mais c'était foncièrement un commentaire des brefs, dans le style des monographies de canonistes sur les formes canoniques de plaintes (*libelli*) et non pas un traité (*tractatus*) ou une somme (*summa*).

Le grand traité de Bracton, au siècle suivant, fut beaucoup plus substantiel et fut qualifié de somme mais il tomba en désuétude après quelques générations, et pas grand chose ne vint ensuite le compléter ou le remplacer. En Sicile, en Normandie, en France, dans les duchés germaniques et ailleurs, comme en Angleterre, le droit royal (ou ducal) était beaucoup moins systématisé que le droit canon. Il y eut quelques traités, comme celui de Beaumanoir et le *Sachsenspiegel*, résumant respectivement le « droit commun » français et allemand, mais il n'y eut pas d'enseignement universitaire sur de tels sujets, excepté quand on pouvait les évoquer dans les cours sur le droit romain ou dans les discussions sur la coutume en tant que source de loi. Le droit royal, comme les autres formes de loi séculière, n'avait pas besoin d'être décrit dans les livres de classe et enseigné dans les universités pour être considéré

comme un corps autonome, intégré et évolutif, de droit positif; tandis que la scolarisation juridique était indispensable pour la création d'un système modernisé de droit canon.

Les différences dans le degré et le caractère de la systématisation, entre les deux types de Droit s'expliquent en partie par des différences dans la conception des ordres spirituel et séculier. L'ordre séculier était, par définition, plus chaotique, plus inorganisé, moins finalisé que l'ordre spirituel (ecclésiastique). L'ordre séculier, temporel, avait davantage besoin de réforme et de réhabilitation. Bien entendu, l'ordre séculier en cherchant la réponse à ce besoin était subordonné à la raison, il était voué à devenir scientifique et systématique, il fallait le soumettre au test, aux critères de la justice et de la vérité. Mais il était plus proche de la coutume que les lois canoniques et donc plus mêlé au désordre et à la violence. En même temps, il était plus captif des formalités. Pour ces deux raisons : son caractère coutumier et son caractère formaliste, il était plus malaisé à systématiser. Néanmoins, si l'on compare le droit royal de l'an 1200, en Sicile, en Angleterre, en France, dans les duchés germaniques et ailleurs, avec le droit royal en l'an 1000 dans ces mêmes pays, l'on est frappé par l'ampleur de l'émancipation reçue entre temps vis-à-vis de la coutume et du formalisme.

4) En plus de ces trois principes directeurs, de compétence et juridiction limitées, de référence à une autorité externe et de systématisation consciente, tant le droit royal que le droit canon étaient mus par le principe de croissance voulue de génération en génération; tous deux étaient vus non seulement comme systèmes mais comme systèmes évolutifs. Dans les lois canoniques, cela se traduisait par la continuité intentionnelle de législation émanant des conciles ecclésiastiques et des papes ainsi que sous la forme de la jurisprudence, transmise par les cours papales et ecclésiastiques. Cela se traduisait aussi par la continuité consciente de l'enseignement et de l'érudition. Dans les divers systèmes de droit royal, les principes de croissance consciente ou évolutive étaient, de même, traduits par la continuité des actes législatifs et des décisions judiciaires ainsi que de l'enseignement et de la recherche intellectuelle.

5) Finalement, aussi bien le droit royal que le droit canon illustraient la conviction que toute loi contenait en elle-même certaines finalités, que l'on résumait dans le mot justice. Ces objectifs intrinsèques devaient guider l'interprétation et l'application des règles légales et des procédures. Par conséquent, ni le droit royal ni le droit canon ne devaient être conçus comme fondamentalement un corps de règles bien que ni l'un ni l'autre ne pût fonctionner sans ces normes et, dans l'un comme dans l'autre, il était admis que les lois devaient former un corps, au sens de système cohérent. Chacun était considéré comme essentiellement un processus de confection, d'interprétation et d'application de ces règles, de sorte qu'elles assurent la réalisation de leurs objectifs intrinsèques de justice.

Aristote avait défini l'équité comme « la correction de la loi là où elle était en défaut en raison de son universalité ». L'équité est justice, avait-il dit, mais elle est

meilleure qu'une certaine espèce de justice, celle « où il est nécessaire de s'exprimer universellement mais où il est impossible de le faire parfaitement et où la loi vise le cas le plus général, tout en sachant clairement son imperfection ». En de telles circonstances, il convient « de corriger ce défaut, comme le législateur l'aurait indiqué s'il eût été présent ou comme il aurait légiféré s'il avait eu connaissance du cas d'espèce »⁶⁷. Ce concept large de l'équité était passé dans la pensée des stoïciens et de là dans la chrétienté tant orientale qu'occidentale. Il se manifeste dans le droit romain de Justinien par les doctrines équitables telles que la bonne foi; l'enrichissement sans cause et la justice objective.

Toutefois, en faisant revivre la philosophie aristotélicienne et le droit romain, l'Eglise de la fin du XI^e siècle et du début du XII^e donna un nouveau contenu moral et culturel au concept d'équité. En particulier, tant le droit canon que le droit royal adjoignirent au concept général d'équité diverses exigences de la conscience chrétienne : la protection du pauvre et de l'indigent (y compris les veuves et orphelins), le caractère impératif des relations de confiance et de loyauté (notamment les dons à employer charitablement) et d'autres.

En Angleterre, aux XIV^e et XV^e siècles, lorsque les deux principales cours de justice royales délimitèrent leur compétence respective en ces matières, le chancelier du roi, qui était presque invariablement un haut dignitaire de l'Eglise romaine, commença à exercer une juridiction exceptionnelle « au nom de la conscience » et « au nom de l'équité ». Mais dans d'autres systèmes européens de droit royal et dans la même Angleterre aux XII^e et XIII^e siècles, l'équité n'était pas considérée comme distincte de la justice mais, au contraire, comme en faisant intégralement partie. Comme dans le droit canon, l'équité des cours royales était cet aspect de la loi qui lui donnait la capacité d'adapter ses règles à des circonstances nouvelles (« exceptionnelles ») afin d'accomplir la justice.

Des comparaisons du même ordre pourraient être faites entre le droit royal et les autres types de systèmes légaux séculiers, loi féodale, domaniale, urbaine et mercantile. Le droit royal était vis-à-vis de ces autres droits séculiers dans une relation analogue à celle existant entre le droit canon et le droit royal. En comparant ce dernier avec les autres droits séculiers, le droit royal était plus englobant, plus affiné, plus évolué ou du moins le deviendrait-il rapidement à l'avenir. Lorsque l'attaque contre le droit canon se produisit au XVI^e siècle, ce fut le droit des rois et des princes qui y joua le rôle dominant; le droit domaniale (des manoirs) avait presque complètement disparu, la loi féodale ne survivait que comme un reliquat du passé, et les droits urbain et mercantile étaient passés sous le contrôle du droit royal.

CONCLUSION

La première des grandes révolutions de l'histoire de l'Occident fut dirigée contre la domination qu'exerçaient sur le clergé, les empereurs, les rois et les seigneurs, et en vue d'établir l'Eglise de Rome en une entité politique et légale, indépendante, structurée, sous l'autorité de la papauté. L'Eglise, alors entendue surtout comme le clergé, devait travailler à la rédemption des laïcs et à la réformation du monde, au moyen du Droit, dans la direction de la justice et de la paix. Ce n'était là qu'un aspect de la révolution papale. D'un autre côté, il y eut un élan de promotion de l'autorité séculière politique et juridique des empereurs, des rois et des seigneurs, et aussi des milliers de villes nouvelles et de cités autonomes à gouvernement propre. Un troisième aspect était l'expansion considérable de l'activité économique, spécialement dans l'agriculture, le commerce et l'artisanat. Enfin, il y eut la fondation des universités, avec l'élaboration de sciences nouvelles de la théologie et du Droit. Il y eut d'autres phases avec d'autres objectifs. La révolution papale eut, en résumé, le caractère d'un bouleversement général. Elle se proposait non seulement un nouveau ciel, mais aussi une terre nouvelle. La querelle des investitures ne fut qu'une partie du drame, la réforme grégorienne également.

Cette révolution papale était en gestation depuis au moins une génération. Les premiers pas manifestes dans sa direction furent franchis par le parti papal dans les décennies 1050 et 1060. En 1059, lors du synode de Rome, le pape Nicolas II interdit pour la première fois l'investiture laïque des papes et établit une procédure pour les faire élire par les cardinaux, enlevant ainsi à l'empereur le pouvoir de les choisir. En 1075, le pape Grégoire VII jeta le gantelet, dans son *Dictatus Papae*. De 1076 à 1122, des guerres se déroulèrent en divers endroits de l'Europe entre les partisans et les adversaires de l'autorité et du programme du pape. Finalement, on arriva à des compromis. Ni les uns ni les autres ne pouvaient se dire totalement vainqueurs.

C'est de ce bouleversement généralisé que naquit la tradition juridique de l'Occident. Un système de lois était nécessaire à l'Eglise occidentale pour maintenir de façon visible sa nouvelle identité structurelle juridique, unie sous la papauté. Car en désengageant le droit canon de sa gangue de théologie et de liturgie, et en le rationalisant et le systématisant, il devenait possible d'en faire une source de légitimation et un instrument de contrôle pour les autorités centrales ecclésiastiques, en même temps qu'un symbole parlant de l'identité structurelle distincte du clergé dans son ensemble. Le nouveau *Jus Canonicum* était aussi essentiel pour l'entretien du nouveau registre de relations avec les diverses autorités séculières. Des systèmes rationnels, relativement autonomes de lois, n'étaient pas moins indispensables aux diverses autorités séculières pour légitimer et rendre effectivement exécutoires leurs pouvoirs et leurs moyens de contrôle nouvellement élaborés ainsi que pour se maintenir elles-mêmes dans la compétition naissante entre entités politiques.

Le besoin de systèmes juridiques n'était pas seulement d'ordre politique et pratique, c'était aussi une nécessité morale et intellectuelle. Le Droit devint considéré comme de l'essence même de la foi. « Dieu lui-même est loi, et c'est pourquoi la loi lui est chère » écrivait l'auteur du *Sachsenspiegel*, le premier livre de Droit paru en Allemagne, vers 1220. C'était presque exactement un siècle après le concordat de Worms qui mit fin à la querelle des investitures; mais c'était quand même une expression directe de la philosophie de la révolution papale. C'était en fait une expression directe de l'esprit du concordat de Worms. Personne n'aurait pu dire cela avant 1075, après 1122 ce fut, sous une forme ou une autre, une notion communément acceptée. Le Droit était conçu comme une façon de remplir la mission de la chrétienté occidentale, qui était d'amorcer la venue du royaume de Dieu sur la terre.

La révolution papale donna naissance à une nouvelle formulation de la doctrine des deux glaives introduite cinq siècles plus tôt par le pape Gélase I^{er}. La formulation initiale se centrait sur la relation entre les deux sphères terrestre et céleste de la vie chrétienne. Pour les théoriciens de la révolution papale, par contre, l'important était le problème de la relation entre les autorités ecclésiastiques et temporelles dans l'une des deux sphères, la terrestre. C'était à l'Eglise en tant qu'entité politique et juridique structurée et visible qu'il revenait de manier le glaive spirituel. Et ce glaive devait contrôler non seulement la vie dans l'au-delà mais aussi des domaines étendus de questions temporelles, y compris l'administration des biens d'Eglise, les activités des clercs, les relations de famille, la moralité économique, en fait tout ce qui pouvait être compris sous l'en-tête de la morale ou de la foi.

Pour la première fois, le glaive spirituel était concrétisé par un système et une science du Droit, la loi canonique systématisée et rationalisée de Gratien et des papes légistes des XII^e et XIII^e siècles. La papauté élaborait aussi les institutions gouvernementales et l'appareil bureaucratique nécessaires pour faire fonctionner ce système légal : un corps judiciaire professionnel, une trésorerie, une chancellerie. Ce fut le premier système occidental moderne de gouvernement et de Droit. Il fut par la suite imité et concurrencé par les entités politiques séculières qui prirent forme au long des générations suivantes.

Il peut paraître étrange d'attribuer aux événements révolutionnaires de la fin du XI^e siècle et du début du XII^e le développement de systèmes légaux tout au long du XII^e, puis dans le XIII^e et même plus tard. Bien entendu, sans des événements ultérieurs, il n'aurait pu y avoir de développements ultérieurs. Mais le fait est que tous les systèmes juridiques européens de la fin du XII^e siècle et du XIII^e manifestèrent, concrétisèrent et firent aboutir des principes qui avaient été dégagés par les générations précédentes. Il n'y a pas lieu de comprendre cela sous une forme hégélienne d'évolution des idées. Il convient plutôt d'y constater une dynamique de l'histoire de l'Occident dans laquelle non seulement des facteurs matériels et mentaux mais aussi et surtout de grands événements eux-mêmes ont poussé au changement dans des directions déterminées et pendant une longue période.

CONCLUSION

Suivre la germination et la croissance des institutions légales aux XII^e et XIII^e siècles en partant de la révolution papale qui débuta à la fin du XI^e et culmina au concordat de Worms, n'est pas plus étrange que de retracer le développement de l'idée d'égalité raciale aux Etats-Unis à la fin du XIX^e siècle et au XX^e, en partant de la révolution américaine de la fin du XVIII^e siècle, culminant dans la guerre de Sécession et les amendements à la constitution des Etats-Unis. Faute de se placer dans cette perspective de longues durées, il n'est possible de comprendre ni les cataclysmes périodiques de l'histoire occidentale, ni les grandes traditions qui ont suivi ces cataclysmes et ont servi de remparts contre leur retour. Une rénovation est suivie par une continuité de croissance, la révolution est suivie de l'évolution.

Qu'il faille plusieurs générations pour faire une révolution, ne devrait pas surprendre. En particulier si l'on s'intéresse à l'institutionnalisation de ses objectifs et aux compromis nécessaires qui découlent du processus de cette institutionnalisation, l'on doit prendre en compte les mouvements à long terme. Dans le cas de la révolution papale, deux de ses objectifs majeurs, le gouvernement *par* la loi et la souveraineté *de la loi*, c'est-à-dire que les gouvernants doivent chercher à mener leurs politiques systématiquement à travers des institutions légales, et qu'ils doivent être eux-mêmes liés par les institutions grâce auxquelles ils gouvernent, ces deux objectifs étaient totalement ignorés de la société occidentale. Pour que ces principes soient respectés, il fallait qu'ils soient acceptés et internalisés, en même temps qu'adaptés et modelés par les enfants et petits-enfants des personnages qui les avaient d'abord proclamés et introduits dans les faits.

La plupart des institutions, procédures, concepts et normes du droit populaire germanique disparurent dans les siècles qui suivirent la révolution papale. Cela ne se produisit pas d'un seul coup. Les vengeances du sang continuèrent en bien des régions d'Europe jusque bien avant dans le XV^e siècle malgré les interdictions tant du droit canon que du droit royal. Le mariage des enfants continua d'être arrangé par leurs parents, spécialement dans la noblesse. Bien que la procédure germanique de la *compurgation* ait été transformée en témoignages sous serment, néanmoins l'évaluation d'un serment selon le statut social du témoin montre des traces du formalisme ancien. Ce ne sont là que quelques exemples de survivance. Dans l'ensemble, cependant, le droit coutumier germanique expira sous la pression de la division de l'autorité publique en deux parties, l'ecclésiastique et la séculière, la formation de l'état ecclésial et ensuite des états séculiers, et par la rationalisation et systématisation du droit ecclésiastique puis des types séculiers de légalité.

Pourtant, la culture tribale germanique dans son composé originel a constitué un fondement nécessaire pour le nouveau programme de rationalisation et de systématisation du Droit. Le légalisme occidental s'enracinait dans le communitarisme initial. La révolution papale même n'était possible que dans une société déjà unie en tant que *populus christianus*. Le conflit pour déterminer qui devait régner sur l'Eglise, et donc sur ce que nous appellerions aujourd'hui « l'idéologie », supposait acquise une loyauté commune envers la même Eglise et la même foi. La question connexe de qui devait gérer les ressources de l'Eglise, supposait, de même, la conviction partagée

par tous que cette richesse devait servir à des fins religieuses. La révolution faisait éclater l'unité qui conditionnait ces coïncidences. Elle créait et institutionnalisait de nouvelles divisions entre lois canoniques et lois séculières et, dans ces dernières, les divisions entre droit féodal, patrimonial, mercantile, urbain, et royal, dans ces divisions nouvelles des subdivisions entre raison, coutume et commandements. L'unité préexistante avait été l'unité de race, de sol, de classe, de famille et de foi.

En fait cependant, tous les nouveaux corps de lois, systématisés, rationalisés, évolutifs, transcendants visaient en partie à préserver ces unités anciennes sous des formes très différentes des formes d'unité qui avaient prévalu par le passé. Le droit populaire germanique avait été d'une seule pièce avec la société essentiellement tribale et communautaire. Comme les mythes et l'art germaniques, et le langage même, ce droit populaire était diffus, immergé dans la coutume et tenu plus ou moins comme immuable. Le christianisme avait introduit un élément dynamique, il jetait un doute sur les valeurs tribales. Mais jusque vers la fin du XI^e siècle, sauf exceptions, la chrétienté n'avait pas eu de reflet global dans la vie institutionnelle des peuples germaniques, il restait en général une foi centrée dans le monde céleste. Par contre, la révolution papale en fit un programme politique et juridique. L'Eglise devint un Etat. Le droit canon devint un outil spécifique, premièrement pour maintenir unie cette Eglise-Etat, et deuxièmement pour transformer le monde. Les autres systèmes légaux cherchaient aussi à réviser les coutumes selon la raison et la conscience. Mais ce n'était nullement pour détruire les anciennes communautés, au contraire, ils comptaient ainsi les consolider.

Appliquer la raison à la coutume, émonder la multitude de coutumes, écarter les déraisonnables et cultiver les raisonnables dans un système juridique, tout cela constituait un programme hardi, pour ne pas dire plus. Ce fut une coïncidence bienvenue, sans doute pas par un pur hasard, qu'un manuscrit du Digeste de Justinien fut trouvé dans une bibliothèque de Florence vers 1080, et ce ne fut certainement pas aussi un hasard si bientôt une université fut fondée à Bologne, la première université en Europe, pour étudier ce manuscrit. Désormais, les juristes disposaient, pour ainsi dire, d'un dictionnaire entier dans lequel puiser des termes juridiques, des concepts, des critères et des règles, une raison écrite (*ratio scripta*), comme on appela ce droit romain, avec lequel on pouvait filtrer les coutumes. C'était comme si, pour la première fois, le texte de l'Ancien Testament avait été soudain découvert par des théologiens chrétiens.

Les juristes occidentaux appliquèrent une nouvelle méthode dialectique aux textes romains, visant à une conciliation de leurs contradictions. Ils furent ainsi en mesure de dégager des textes, des implications conceptuelles auxquelles les Romains mêmes n'avaient jamais songé, une théorie du droit contractuel, une conception des droits de possession, des doctrines élaborées définissant les justifications pour l'emploi de la force et d'autres semblables. Les juristes fournirent ainsi à l'Occident ses méthodes caractéristiques d'analyse et de synthèse des textes. Ils enseignèrent aux Occidentaux à synthétiser les cas d'espèce dans des règles, puis les règles en des principes, et des principes en un système.

CONCLUSION

Cette méthode, qui est encore aujourd'hui celle de la science juridique aux Etats-Unis, consistait à déterminer ce que des problèmes particuliers ont de commun et de voir le tout comme le produit de l'interaction des parties. Elle fut le prototype de la science moderne occidentale, car elle prenait les coutumes et les règles comme des « données » et tirait des données, des régularités, des « lois » qui les expliquaient. Historiquement et sociologiquement, une telle méthode était essentielle à la conciliation des contradictions entre des systèmes légaux en coexistence, d'abord la conciliation entre le droit canon et le droit séculier et, ensuite, la conciliation des divers systèmes légaux entre eux.

Si la méthode dialectique de la philosophie scolastique fut ainsi essentielle pour structurer le Droit de l'Occident, les doctrines théologiques qui accompagnaient l'usage de cette méthode furent essentielles pour ses concepts fondamentaux et, spécialement, ses concepts de crime et de punition. La théologie de la révolution papale était une théologie de jugement. Dieu était avant tout un Dieu de justice. Par son incarnation dans le Christ et dans le sacrifice du Christ pour l'humanité, le péché original du chrétien repentant était pardonné mais les péchés particuliers qu'il a commis doivent être rachetés soit en cette vie soit dans l'autre. Un prix doit être payé pour avoir violé la loi. Par le paiement de ce prix, la loi était vengée, et celui qui était auparavant un pécheur pouvait entrer au paradis.

Cette théologie sous-tendait l'établissement par l'Eglise, pour la première fois, d'un « forum externe » pour la sanction des crimes, par contraste au « forum interne » du confessionnal et du sacrement de pénitence. Un clavier de principes de droit pénal fut élaboré, qui ressembla à celui qui prévaut aujourd'hui dans la plupart des pays d'Occident à savoir qu'il faut qu'ait eu lieu un acte extérieur prohibé, que cette prohibition soit explicitée dans la loi, qu'il y ait manifestement une intention directe ou indirecte, qu'il y ait une cause prochaine provoquant le dommage, et que l'acte soit nuisible à la communauté.

Au fondement de ces principes et du droit canon tout entier, il y avait la conviction qu'un Dieu de justice régit un monde de Droit, punissant et récompensant selon des principes de proportion, miséricordieusement adouci dans des cas exceptionnels. La croyance théologique correspondait à une conviction politique qu'il existe une unité sociale complexe appelée chrétienté où une interaction des domaines religieux et temporel était aussi régie par une « justice-fondée-sur-le-droit » et un « droit-fondé-sur-la-justice » avec la compassion jouant un rôle important dans les cas exceptionnels.

Le droit canon, le premier système de lois moderne en Europe, fut conçu au XII^e siècle, comme un système intégré de Droit, évoluant dans le temps. L'Eglise même était vue pour la première fois comme une structure juridique, un Etat de Droit, et elle se constitua elle-même en une bureaucratie complexe, dotée d'une cour de justice professionnelle, d'une trésorerie professionnelle et d'une chancellerie. La loi constitutionnelle de l'Eglise prit la forme d'un droit contractuel, combinant la notion romaine d'institution (en allemand, *anstalt*, ce qui est instauré) par association avec

le concept germanique de confraternité (*genossenschaft*, communauté) y ajoutant le concept chrétien de personnalité du groupe conçu en termes nominalistes.

De la conception canonique de corporation (en anglais, l'entreprise en société en est une) est dérivée l'idée que l'autorité dirigeante, « exécutive », ne doit pas poser certains actes sans prendre « l'avis et le consentement » d'un organe consultatif. Cette consultation repose sur le principe que ceux qui sont directement affectés par une décision, doivent avoir le droit de participer à son élaboration. Le droit canon est aussi à la source de la distinction moderne entre juridiction personnelle et juridiction par champ d'action matériel. En fait, les limitations apportées par la loi canonique à la compétence et à la juridiction sont étroitement liées aux critères constitutionnels délimitant la suprématie de l'Eglise, répartissant les pouvoirs gouvernementaux dans son sein et définissant les droits et les devoirs fondamentaux de ses fidèles.

La systématisation interne du droit canon prit la forme de sous-systèmes de lois relatifs au mariage, aux testaments, à la propriété, aux conventions et aux délits basés sur la juridiction ecclésiastique, sur les sacrements, sur les dernières volontés, sur les bénéfices, sur les serments et sur les péchés, respectivement. Chaque sous-système eut ses propres caractères structurels et, en même temps, chacun partageait les caractères structurels du système des lois canoniques d'ensemble. Ainsi le droit canon relatif au mariage élaborait des règles concernant la nullité des mariages (pour cause de fraude, de contrainte ou de méprise) qui étaient analogues aux règles canoniques sur la nullité des contrats en général, lesquelles étaient fondées sur les principes généraux qui animaient le droit canon entier.

Les restrictions imposées par les autorités séculières au découpage des terres, amenèrent les canonistes à élaborer une loi des mandats et représentations qui chevauchait avec la loi de succession et le droit de propriété. En général, la loi canonique sur les legs, sur les contrats et sur la propriété heurtait de front le droit féodal, en ce sens que l'Eglise favorisait la liberté de tester, le caractère impératif des promesses faites sans formalités et la pleine disposition des biens détenus en propriété. De même, contrairement à ce que l'on suppose généralement, l'Eglise ratifiait pleinement la clause d'intérêts sur l'argent prêté, en fait les canonistes furent les premiers à utiliser l'expression « intérêt » pour distinguer les conditions légitimes du prêt de monnaie des exigences injustes (« usure »).

Que la définition de la juridiction ecclésiastique et du droit canon, n'ait pas été simplement une question de convenances mais aussi de principe, et de principes fondamentaux pour lesquels des hommes étaient prêts à lutter, saigner et périr, a reçu une démonstration éclatante dans le martyre de Thomas Becket qui s'opposa aux efforts du roi Henri II pour rétablir des restrictions à la juridiction ecclésiastique alors que Thomas les considérait comme « offensives » envers la cause de la liberté de l'Eglise sous la direction de la papauté. Dans les Constitutions de Clarendon de 1164, le roi avait évoqué les coutumes de son grand-père Henri I^{er}, qui avait régné jusqu'en 1135. Mais l'Eglise avait gagné beaucoup de terrain pendant la prétendue « anarchie d'Etienne » entre 1135 et 1154, avant que Henri II ne monte sur le trône.

CONCLUSION

Pendant six ans Henri et Thomas luttèrent pied à pied pour trouver une solution légale à leur controverse. Cela avait été un débat juridique sur la juridiction, et les deux opposants avaient chacun une haute idée du rôle du Droit dans la solution de tout conflit. Finalement, Henri renonça aux dispositions « offensives » des Constitutions de Clarendon, bien qu'il n'ait jamais été bien clair sur ce à quoi il renonçait ou non.

L'affaire fut finalement réglée, là encore de façon peu satisfaisante, par la rivalité des cours ecclésiastiques et des cours séculières. Les cours séculières protégèrent leur juridiction par les brefs de prohibition qu'il était difficile d'appliquer et plus encore de faire respecter. Les cours ecclésiastiques, si on les provoquait suffisamment, excommuniaient les juges royaux. Si le pape même était suffisamment provoqué, comme il le fut par la récalcitrance du roi Jean [dit Jean « Sans Terre » par les Français], il pouvait (et le fit), mettre tout le royaume d'Angleterre sous interdit, ce qui provoquait de grandes détresses. Dans l'ensemble, néanmoins, les deux juridictions coopérèrent l'une avec l'autre.

La révolution papale fut comme une explosion atomique qui scinda la chrétienté germanique en deux parties, l'Eglise perçue comme une structure légale indépendante, visible et organisée, et l'ordre séculier perçu comme divisé en des entités politiques variées. L'Eglise formait une structure unique, étatique, régie par un système de lois unique : le droit canon. Etant l'Eglise, donc constituant la sphère spirituelle, on la supposait aussi proche de la divinité qu'il était possible à l'humanité de l'être en ce bas monde. Le droit canonique de l'Eglise était, bien entendu, une loi humaine, cependant, on le supposait refléter la loi naturelle et la loi divine. L'ordre séculier, cependant, était moins parfait, plus primitif, plus rivé à la terre ; son droit était, par conséquent, plus lié aux facteurs irrationnels, au pouvoir, à la superstition, à la décadence. Mais il était capable de se laisser régénérer, il était rachetable, il avait une signification positive. L'Eglise pouvait aider à le faire se conformer plus pleinement à la loi naturelle et, finalement, à la loi divine. Le droit canon pouvait servir d'exemple aux ordres légaux séculiers.

Chaque type de droit séculier, pris à part, était plus ou moins limité à un type particulier d'affaires temporelles, le féodal, aux questions féodales, l'urbain à celles des villes, le royal à celles du royaume et ainsi de suite. Cela distinguait le droit séculier du droit canon dont la juridiction, quoique limitée, s'étendait à certains types de péché commis par tout un chacun et partout.

Le droit séculier avait eu la tâche difficile de policer et de transformer les relations séculières qu'il lui incombait de régir. Les relations féodales furent transformées en concepts juridiques de mutualité des obligations entre seigneur et vassal. Les relations domaniales furent transformées par les concepts de sujétion du seigneur aux coutumes domaniales de ses prédécesseurs. Les relations mercantiles furent transformées par les concepts de crédit, de partenariat et de *joint venture*. Les relations urbaines furent transformées par les concepts légaux de liberté des citoyens, et par le caractère constitutionnel des communes jurées. Les relations de rois

à sujets furent transformées par les concepts juridiques de subordination du monarque à la loi, et de droit et devoir des sujets de résister à des ordres illégaux; et même de tuer un tyran.

Ainsi l'entité politique séculière fut perçue comme susceptible d'analyse et sujette à régulation. Une nouvelle science politique fut créée, représentée surtout par les œuvres du grand écrivain du XII^e siècle, Jean de Salisbury, qui analysa les caractères du gouvernement (pouvoir), les responsabilités des dirigeants, la façon de les choisir et les obligations des sujets envers eux. Les juristes, tant romanistes que canonistes, contribuèrent aussi aux théories de souveraineté et de limitation constitutionnelle des pouvoirs des gouvernants. Le droit séculier comprenant le droit féodal et domanial, la loi marchande, la loi urbaine et le droit royal, était bien plus enraciné dans les coutumes et, par conséquent, bien moins susceptible de révision par des juristes érudits que l'était le droit canon (le droit romain était une tout autre affaire, c'était un droit savant, enseigné dans les universités, ce n'était la loi positive d'aucune juridiction, il n'était pas susceptible de changement en général, analogue en tous ces traits à l'histoire du droit et, néanmoins en même temps, un droit idéal auquel toute loi positive était supposée se conformer et un droit subsidiaire qui pouvait servir à pallier les lacunes).

Malgré tout, le droit séculier fut changé, et changé radicalement, à la fin du XI^e siècle et au XII^e. Il fut changé par la décision des dirigeants séculiers ainsi que par l'influence des juristes savants. Il fut systématisé et il fut réformé. L'Eglise s'employa consciencieusement à faire réaliser sa réforme.

Dans la période s'étendant approximativement de 1050 à 1200, l'Europe occidentale vécut l'expérience de l'émergence du droit féodal en tant que système. Droits et devoirs féodaux devinrent plus objectifs, moins arbitraires, plus précis; ils devinrent plus universels, plus généraux et plus uniformes. Des exemples en sont les droits et devoirs d'héritabilité et d'aliénabilité des fiefs et le remplacement des obligations de services féodaux par des paiements en monnaie.

De plus, il se produisit une plus nette réciprocité des droits de seigneurs et de vassaux: le seigneur devait protéger, assister et soutenir le vassal pendant que le vassal gérait le fief. Si le seigneur manquait à la foi promise au vassal, celui-ci avait le droit de renier son seigneur par un acte formel de « désaffidation ». Le vassal participait à l'administration de la justice seigneuriale par la procédure de jugement. Ainsi le droit féodal donna-t-il à l'Occident la première expérience séculière de mutualité des obligations juridiques entre personnes de rangs supérieur et inférieur. Finalement le droit féodal prit le caractère d'un système distinct et complet de Droit avec des éléments intégrants, et la capacité et la tendance à se perfectionner avec le temps. Il était assurément inférieur au droit canon quant aux caractères systématiques, consciemment intégré, professionnel et scientifique, il restait largement un droit coutumier. Néanmoins, il cheminait dans la voie ouverte par la loi canonique.

CONCLUSION

Les relations de seigneur à vassal étaient soumises à un régime autre que les relations de seigneur à paysan, ces dernières étant traditionnellement définies par la coutume du manoir. Le type normal de seigneur-maître d'un domaine n'avait rien du propriétaire absent, simple collecteur de redevances, fréquent dans les régimes féodaux non occidentaux. Il vivait sur son domaine, en surveillait la gestion, et le gouvernait en tant que son dirigeant politique. Les paysans pouvaient être serfs ou libres, mais dans les deux cas, ils avaient des droits certains, fixés par le droit domanial (*manorial*). Par exemple, il est caractéristique que tous les paysans, y compris les serfs, participaient à la procédure des jugements, à la cour siégeant au manoir. À l'inverse du droit féodal, le droit patrimonial ne comportait pas de réciprocité contractuelle entre seigneur et paysan. Cependant, la pression de groupe était exercée par les paysans pour revendiquer des conditions de vie plus favorables qui avaient la force de concessions réciproques moyennant loyauté de part et d'autre.

Cela fut consolidé par la faculté légale pour le paysan, qu'il soit libre ou serf, de posséder une terre. De même, les loyers, les redevances et les services étaient fixés par la coutume, et les différends sur leur portée étaient supposés réglés par le droit domanial. La cour du manoir, dans laquelle les paysans formulaient les jugements conjointement avec le seigneur, décidait des affaires pénales et civiles, et des cas ont été mentionnés où le jugement donnait tort au seigneur et raison aux paysans. Le paysan restait pauvre et asservi, cependant on lui reconnaissait des droits dans un système légal. Il était une personne, le membre de la communauté de manoir, il faisait partie de ce qu'on appelait l'ensemble de l'hommage (en mer, l'équipage). Et même, avec le temps, sa situation s'améliora quand il découvrit qu'il pouvait s'évader vers la liberté des citadins ou vers le monastère ou l'école, et se grouper pour faire grève ou s'insurger. Aux XIV^e et XV^e siècles, les paysans commencèrent à absorber les manoirs, et le système *manorial* disparut. La loi avait contribué à frayer la voie à cette évolution. La reconnaissance des paysans, serfs compris, comme des « citoyens » de la communauté de manoir était un défi implicite au serfage, longtemps avant qu'un mouvement d'opinion en réclamât l'abolition.

Lois féodale et patrimoniale étaient vouées à décliner, la loi *manoriale* à disparaître complètement, et la loi féodale à subsister comme un fossile longtemps après que ses relations économiques et politiques avaient perdu leur vitalité. La loi des marchands (mercantile) de son côté avait un avenir. Ce corps de lois aussi fut systématisé aux XI^e et XII^e siècles, car le commerce agricole florissait dans les campagnes, comme s'amplifiaient les échanges commerciaux avec l'étranger et entre cités. Ainsi le capitalisme du droit urbain devenait un frère jumeau des droits féodaux et *manoriaux*. Pendant que la population globale de l'Europe sans doute doublait entre 1050 et 1200, la population urbaine décuplait vraisemblablement. Des guildes marchandes se développèrent. De nombreux commerçants itinérants participèrent aux foires et aux marchés. Un ensemble perfectionné d'institutions se constitua pour agencer les transactions commerciales de façon relativement uniforme dans tout l'Occident.

Parmi les concepts et les procédés caractéristiques du droit commercial qui se développa au XII^e siècle, figure le concept de l'acheteur de bonne foi (dont les droits sur les biens achetés peuvent être supérieurs à ceux du vendeur), celui du transfert symbolique des biens par l'échange de documents; les garanties implicites, le caractère exécutoire des accords informels et la *joint venture*. De plus, ces traits caractéristiques, qui formaient la structure du corps intégré de la loi mercantile, se développent à mesure qu'avançaient la codification et l'interprétation des coutumes. Le contrat notarié d'échange devint la lettre de change, la promesse notariée de payer devint une note « promissoire », le prêt maritime et le nantissement des cargaisons devinrent un procédé d'assurance, les lettres de banquiers devinrent lettres de crédit. Comme dans le cas du droit canon et (à un moindre degré) celui du droit féodal et patrimonial, le droit mercantile donna l'impression d'une coopération continue de générations successives, dans ce cas, des générations de marchands, pour former un corps de Droit vivant et croissant.

Les milliers de cités et de villes nouvelles d'Europe engendrèrent aussi leur type de droits propres qui présentaient les mêmes caractères d'objectivité, d'universalité, de réciprocité, de participation, d'intégration et de croissance. La plupart des cités de l'époque romaine avaient décliné en villages et furent fondées à nouveau à la fin du XI^e siècle, au XII^e et au début du XIII^e. Typiquement, les nouvelles villes prenaient la forme de communes solennellement jurées, dotées de chartes concédées par les rois ou les grands féodaux. Elles avaient un caractère communautaire très prononcé, des obligations d'entraide, de mutuelle protection, de concertation municipale, de participation générale à l'élection des autorités, aux assemblées et aux conseils ainsi qu'aux procédures judiciaires. Elles étaient d'ordinaire exemptes d'obligations féodales. En tout cela encore, il y a autant de sources du constitutionnalisme occidental, spécialement quant aux droits civils et aux libertés politiques des citoyens.

Finalement, un nouveau type de droit royal prit forme dans le sillage de la révolution papale. L'autorité spirituelle du roi sur l'Eglise ayant été abrogée, il gouvernait désormais en chef séculier, dont la tâche principale était de maintenir la paix et de faire régner la justice dans son royaume. La révolution papale, en privant empereurs et rois de leur caractère sacré d'ultimes dirigeants de l'Eglise, les avait réduits au statut de monarques temporels. Mais simultanément, elle avait agrandi le pouvoir des rois en appuyant le nouveau concept territorial de la royauté qui contribua à les transformer de chefs de clans et suzerains féodaux, en dirigeants suprêmes d'une aire géographique déterminée.

Antérieurement, les rois avaient, la plupart du temps, gouverné directement leurs magnats, leurs « hommes sages » et tenants-en-chef et, seulement indirectement à travers eux, les dirigeants de villages et de tribus, les sous-vassaux et les sujets en général. Aux XII^e et XIII^e siècles, comme gouvernants territoriaux; ils se mirent à gouverner tous leurs sujets directement par des fonctionnaires royaux, délégués pour remplir certains services spécifiques, tels que juges royaux et percepteurs d'impôts. Ces fonctionnaires étaient guidés et régis par le droit royal. Comme le pape, les rois d'Europe gouvernèrent par l'entremise des délégués professionnels (et non par des

CONCLUSION

vice-rois) qui constituaient des services gouvernementaux permanents, tels que chancellerie, trésor et judicature. Gouverner devenait une activité distincte, au niveau immédiatement inférieur à la politique globale (royauté) mais un peu plus relevé qu'un simple agrégat de services ministériels.

Que l'évolution du droit royal aux XII^e et XIII^e siècles, y compris celui « princier » des duchés et des autres territoires autonomes, ait été fortement influencée par la révolution papale et même en fasse partie, cela ressort des parallélismes frappants entre les divers systèmes de droit royal d'une part et le droit canon de l'Eglise de l'autre. Comme Grégoire VII en 1075 affirma pour la première fois le pouvoir du pape seul de « faire des lois nouvelles (*condere novas leges*), de même par la suite dans chaque royaume d'Occident, le monarque devint un législateur (« faiseur de lois », *conditor legum*, ainsi qu'il fut nommé en Sicile normande au milieu du XII^e siècle). Les assises d'Ariano, les Lois de Paix germaniques, les assises possessoires des rois anglais, les « ordonnances et établissements » en France, toutes reflétaient la nouvelle conviction dans le pouvoir et le devoir de légiférer du monarque.

De même que la curie pontificale devint un corps judiciaire professionnel au début du XII^e siècle, les divers royaumes transformèrent également leur *curia regis* d'une assemblée de notables en une cour de justice. De même, encore, que le droit canon devint plus structuré et plus scientifique en partant de l'œuvre de Gratien et de ses successeurs, également les systèmes structurés de droit royal furent édifiés graduellement puis évoluèrent organiquement par l'interprétation et la législation. Partout le droit civil fut séparé du droit pénal. Partout des méthodes rationnelles de preuve vinrent compléter ou remplacer les vieilles procédures de serments auxiliaires et les ordalies. Partout se développèrent des concepts juridiques similaires en matière de juridiction, de justice « haute » et basse, et de saisine.

Des corps de droit royal commencèrent à s'édifier dans les divers royaumes d'Europe. Des écrivains juristes émergèrent qui envisageaient les systèmes de droit royal à la façon dont leurs prédécesseurs avaient envisagé le droit romain puis le droit canon, à savoir comme un canevas cohérent de règles et d'institutions qu'il faut étendre et harmoniser. Glanvill et Bracton en Angleterre, Eike von Repgau en Allemagne, Beaumanoir en France et d'autres ailleurs, « condensèrent » les lois de leurs pays respectifs dans des traités substantiels. Mais auparavant, des lois avaient été promulguées avec la conscience de leurs multiples liaisons. Les assises d'Ariano du roi Roger II de Sicile, en 1140, dès leur premier article, annonçaient le principe que les ambiguïtés des lois doivent et peuvent être conciliées par l'interprétation. L'interprétation, la volonté de cohérence et de rationalité, « la croissance de la définition », la systématisation, la vision du Droit comme unité complexe fondée sur la synthèse d'éléments opposés, tout cela avait été accepté comme des aspects importants du droit royal, exactement comme on les avait retenus comme des aspects importants des droits romain et canonique depuis les temps d'Imerius et d'Ivo, d'Azo et de Gratien.

Implicitement postulé par le concept d'un « corps » de droit, il y avait le concept de sa croissance organique. Dans les premiers temps, par la législation périodique des gouvernants germaniques, chaque grande « codification » avait été conçue comme une récapitulation générale du droit coutumier, dépassant les précédentes. Après le XI^e siècle, les nouvelles lois royales présupposaient l'existence continuée des plus anciennes et, en réalité, bâtissaient sur leur fondation. Le Droit apparaissait comme en expansion et en développement, chaque roi ajoutant à la législation de ses prédécesseurs. Peut-être les exemples les plus parlants de ce fait sont-ils d'abord l'évolution organique de la législation sicilienne entre les lois de Roger II (assises d'Ariano) et celles de ses fils puis de son petit-fils Frédéric II (*Liber Augustalis*), et en deuxième lieu, les séries d'assises possessoires et autres brefs émis par les rois d'Angleterre depuis Henri II et au long des règnes de Richard (Cœur de Lion), de Jean (Sans Terre) et de Henri III.

Le concept de croissance organique du Droit était associé à un principe de légalité. Il était tenu pour acquis que les rois doivent gouverner par la loi. « Le pays devra être édifié par la loi », c'est ainsi que débute le premier ouvrage de droit scandinave. En même temps, le gouvernement « par les lois » était conforté en théorie (bien que rarement en pratique) par la foi dans le règne « de la loi » exprimée au XII^e siècle par Jean de Salisbury et au XIII^e siècle par Eike von Repgau, Bracton, Beaumanoir et d'autres, à savoir que le roi lui-même est tenu par la loi si bien que ses sujets peuvent avoir, dans certaines circonstances, le droit de désobéir à ses ordres s'ils sont illégaux. Cette foi était enracinée, d'abord dans la conviction théologique que l'univers même est assujéti à la loi. Secondement, elle était fondée sur la dualité des autorités spirituelle et séculière, qui posaient des limites tant pratiques que théoriques aux pouvoirs de l'une et de l'autre.

Chaque gouvernement en Europe, y compris celui des Normands en Sicile, éprouva la tension entre l'autorité papale et l'autorité royale. Même les plus puissants des monarques avaient constamment à compter avec l'opinion du pape non seulement dans les affaires étrangères mais aussi dans leur politique intérieure, y compris l'évolution de leur système de lois. Cela tenait en partie au fait que durant tout le XII^e siècle et, à un moindre degré, pendant le XIII^e siècle, (la période formatrice de la pensée politique et juridique occidentale), les principaux dignitaires et ministres des rois étaient des ecclésiastiques de haut rang qui devaient une part de leur allégeance à Rome. Troisièmement, la croyance en une suprématie du Droit était enracinée dans le pluralisme des autorités séculières au sein de chaque royaume et spécialement dans les tensions dialectiques entre entités politiques, royale, féodales et urbaines.

Cela aussi faisait partie de la totalité de la révolution papale. La division même entre entités séculière et spirituelle impliquait à l'intérieur de l'unique autorité spirituelle l'existence de nombreuses entités séculières, ce qui à nouveau impliquait une interaction parmi le séculier. Le pluralisme d'autorités séculières dans chaque royaume était, évidemment, non seulement un concept mais aussi une irrésistible réalité politique, économique et sociale. Les cités d'Europe étaient édifiées sur le

CONCLUSION

fondement du gouvernement communal autonome et des libertés des citoyens. Les autorités féodales aussi, résistaient continuellement aux empiétements royaux sur leurs privilèges. Il faudra plusieurs siècles pour que l'absolutisme royal devienne possible dans la plupart des pays européens. Néanmoins, l'exemple de la Sicile est une preuve flagrante du fait que la tyrannie restait possible malgré l'intense décentralisation économique, politique et sociale et que la confiance, ailleurs que dans la suprématie de la loi n'était pas un simple reflet des conditions matérielles mais qu'elle jouait aussi un rôle positif dans le maintien de ces conditions.

Quatrièmement, la foi dans la suprématie du Droit était étroitement liée à la mutualité des obligations entre supérieur et inférieur dans la hiérarchie féodale et l'acceptation d'une interaction entre autorités centrales et locales comme entre les agents officiels et populaires du pouvoir gouvernemental. Le droit du vassal de « défier » son seigneur et le droit du paysan de se réclamer des coutumes du manoir furent d'importants facteurs du développement d'une conscience commune de la légalité que l'on pourra invoquer contre un pouvoir arbitraire.

L'interaction entre autorités centrales et locales dépendait du développement d'un concept et d'une réalité de délégations d'autorité. Dans presque toute l'Europe, apparut au XII^e siècle une catégorie de fonctionnaires royaux au niveau local, baillis, *richter* (juge), shérifs, justiciers itinérants. Ils ne remplaçaient pas les seigneurs et les autres autorités locales mais ils partageaient plutôt avec eux l'exercice du pouvoir. Presque partout aussi se développa une interaction entre les juges royaux et les autres fonctionnaires d'une part et les simples sujets de la base d'autre part : jurés, conseils de notables, échevins. L'existence de diverses formes de participation populaire à l'administration de la justice était un facteur important et, à long terme, peut-être nécessaire au succès de l'édification d'un système de droit royal et au maintien de sa souveraineté sur l'exercice arbitraire du pouvoir par le roi lui-même.

**AU DELA DE MARX,
AU DELA DE WEBER**

Prises isolément, les parties de l'histoire retracée dans ce livre sont bien connues des spécialistes dans diverses branches de l'histoire et du Droit. Néanmoins, le récit dans son ensemble est singulièrement peu familier et se heurte de multiples façons avec les idées toutes faites habituelles. Il contredit la périodisation classique de l'histoire occidentale. Il traite de l'évolution de la civilisation occidentale comme un tout et non comme autant de civilisations distinctes par nation. Il attribue des caractéristiques modernes à ce qui est communément tenu pour pré-moderne. Il dément le caractère féodal prédominant de ce que l'on appelle d'ordinaire l'ère du féodalisme et traite les lois féodales et *manoriales* (domaniales) comme complémentaires et non antagonistes des lois mercantiles, urbaines et royales. Il fait remonter les racines de la tradition juridique occidentale à une violente scission entre l'entité politique ecclésiastique et l'autorité séculière puis la formation au sein de l'Eglise du premier sys-

tème moderne de légalité. A ces égards et à d'autres encore, la narration présentée ici ne peut que se trouver en conflit avec les suppositions, les façons de voir et les théories largement répandues non seulement sur l'histoire occidentale mais sur la nature même de l'histoire. Ces postulats, approches et théories tiennent pour certaine une narration bien différente, laquelle d'ailleurs n'est pas confortée par la recherche historique des spécialistes des deux dernières générations. Il est par conséquent nécessaire, dans ces pages de conclusion, de confronter carrément certains obstacles théoriques à une entière compréhension de la façon dont s'est formée la tradition juridique occidentale, et d'exposer quelques-unes des implications théoriques du récit présenté dans ce livre.

La plupart des personnes cultivées divisent encore l'histoire de l'Occident en périodes dénommées, Antiquité classique, déclin et chute de l'Empire romain, Moyen Age et Temps modernes (débutant par la Renaissance et la Réforme). Elle tendent à envisager les temps modernes en termes d'histoires distinctes des nations qui composent la civilisation occidentale, elles ont tendance à considérer le Moyen-Age comme un arrière-plan d'où ont émergé les Temps modernes. Le fait que la Renaissance et la Réformation des XV^e et XVI^e siècles furent dirigées contre une autre renaissance et une autre réforme, accomplies aux XI^e et XII^e siècles, ce fait a seulement commencé de nos jours à pénétrer dans la conscience commune de l'histoire, maintenant que l'Occident est confronté à la fin non seulement des temps modernes mais aussi du millénaire entier dont les temps modernes occupent la moitié. L'on commence enfin à reconnaître que ces premières renaissance et réforme ont constitué le premier grand tournant de l'histoire de l'Occident, et que ce fut la source non seulement de sa tradition juridique mais aussi d'autres aspects majeurs de sa pensée sociale et de son activité collective.

Les erreurs de la périodisation classique de l'histoire occidentale sont étroitement liées au nationalisme excessif du XIX^e siècle, lorsque débuta la confection d'une « histoire scientifique ». Même il semble que l'on crut alors que la raison d'être de cette historiographie scientifique était de retracer la croissance de la nation de l'historien, hors de ses origines tribales et féodales, jusqu'à sa gloire et sa grandeur contemporaines. A présent cette historiographie nationaliste est en recul dans nombre de domaines. Dans celui du Droit cependant, et plus spécialement du droit anglais et américain, l'historiographie nationaliste persiste à dominer. Les aspects caractéristiques de chaque système légal au sein de la civilisation occidentale sont soulignés et les traits communs sont minimisés. Malgré leur origine commune, chaque système légal reste exalté par ceux qui le pratiquent pour ses qualités uniques qui correspondent, dit-on, au caractère unique et à l'histoire unique de la nation dont c'est le droit positif.

Les historiens partisans d'une historiographie comparative ont commencé à réagir à ce penchant par leur division traditionnelle des systèmes légaux occidentaux en « européen continental » et « anglo-américain ». Dernièrement, on a ajouté une troisième famille, celle du « droit socialiste » de l'Union Soviétique et des pays de l'Est. Mais en réalité, ce ne sont là que des branches d'un même arbre généalogique.

CONCLUSION

Tous les systèmes de lois occidentaux, l'anglais, le français, l'allemand, l'italien, le polonais, le hongrois et les autres (inclusivement, depuis le XIX^e siècle, le russe) ont les mêmes racines historiques d'où ils ont tiré non seulement une terminologie commune et des techniques communes mais aussi des concepts et des principes communs ainsi que des valeurs communes.

En addition aux fausses idées nationalistes, l'historiographie juridique a souffert de préjugés confessionnels, tant protestants que catholiques romains, qui ont méconnu la continuité entre le Moyen Age catholique et l'histoire moderne d'après la réforme. A quoi se sont ajoutées les erreurs des Lumières qui découvrirent une Renaissance contemporaine de la Réforme, ainsi que celles de la théorie marxiste qui découvrit un essor du capitalisme contemporain de la Renaissance et de la Réforme. Ces écrans idéologiques, masquant la continuité entre le médiéval et le moderne, ont également masqué la solution de continuité dans l'Eglise catholique entre les périodes antérieure et postérieure à la réforme grégorienne à la fin du XI^e siècle et au début du XII^e. En conséquence, l'arrière-plan de la tradition juridique occidentale dans le droit coutumier communautaire des peuples germaniques, celtiques et autres vivant en Europe du VI^e au XI^e siècles a été largement oublié.

L'histoire de la formation de la tradition juridique occidentale s'est trouvée aussi obscurcie par l'apparition, vers la fin du XVIII^e siècle et le début du XIX^e, d'une autre sorte d'historiographie, apparentée à une science nouvelle, la sociologie. Cette nouvelle historiographie est parfois appelée « histoire économique et sociale » et parfois « théorie sociale ». Parmi ses pionniers l'on inclut Montesquieu, Hegel, Saint-Simon, Comte, Tocqueville. Ses récents protagonistes furent Karl Marx au milieu du XIX^e siècle et Max Weber vers sa fin et au début du XX^e siècle. Ces « théoriciens du social », à la différence des « historiens scientifiques », cherchèrent à expliquer l'histoire en termes de forces économiques et sociales opérant sous la surface des événements politiques et idéologiques. Les tenants de l'historiographie scientifique les considéraient non comme de vrais historiens mais comme des « théoriciens » ; cependant, ils théorisaient essentiellement sur de l'histoire réelle à savoir sur l'histoire de l'Occident.

Les théoriciens du social de la fin du XIX^e siècle et du début du XX^e, étaient spécialement désireux d'expliquer les révolutions qui avaient périodiquement interrompu le cours de l'évolution de la société. Marx en particulier, eut une conception très juste de la révolution qui est montrée dans cette étude. Il voyait la révolution comme une transformation globale, sociale, économique, politique juridique et idéologique, en fait, une transformation totale de l'homme même ¹. Toutefois le matérialisme historique de Marx le conduisit à une explication trop simplifiée des causes des grandes révolutions européennes et à une définition sommaire des classes sociales, fondée sur leurs relations avec les moyens de production. C'est pourquoi il ne comprit pas bien la réforme protestante et méconnut totalement la révolution papale.

De plus, Marx extrapolait directement de l'histoire des nations européennes à l'histoire de l'humanité, sans prendre en compte suffisamment l'importance des

cultures intermédiaires, telles que l'occidentale, l'islamique et la chinoise. Comme le note Robert Tucker, « Pour Marx, l'unité sociale véritable c'est l'espèce, la collectivité humaine..., toutes les révolutions sociales sont des révolutions mondiales »². Ainsi Marx identifiait inconsciemment l'histoire de l'Occident avec l'histoire du monde. Sa célèbre formule : « Les révolutions sont les locomotives de l'histoire », qui était vraie pour l'Occident, ne l'était pas pour les cultures non-occidentales, au moment où il l'affirmait. En partie cependant parce qu'il l'affirma, elle est depuis devenue vraie pour quelques cultures non occidentales. En dépit de leur rébellion contre l'historiographie classique, les théoriciens du social acceptaient sans plus sa périodisation de l'histoire occidentale en un Moyen-Age qui avait commencé on ne sait trop quand, et des Temps modernes débutant en gros au XVI^e siècle (peut-être au XVII^e ou au XVIII^e). Ils y ajoutaient cependant un pressentiment à savoir que la période moderne de l'histoire occidentale allait prochainement devoir céder la place à une ère nouvelle.

Les théoriciens du social donnaient un contenu spécifique à la formation socio-économique du Moyen-Age. Ils l'appelaient l'âge du « féodalisme ». L'âge moderne, par contraste, était considéré comme une ère de l'individualisme ou du capitalisme, selon que les valeurs sociales ou les valeurs économiques étaient surtout visées. Les théoriciens du social s'efforcèrent d'analyser ces types successifs d'ordre social et d'expliquer comment et pourquoi ils étaient venus à l'existence. Ils utilisaient une méthode historique et comparative en vue de créer une science universelle de l'évolution sociale. Marx soutenait que chaque société passe d'une économie « asiatique » ou d'esclavage au féodalisme, du féodalisme au capitalisme et du capitalisme au socialisme. Cette progression lui semblait l'inévitable conséquence de la dynamique de lutte des classes. Le concept de féodalisme était crucial à cette théorie qui postule que du conflit entre la paysannerie rivée à la terre et une classe dirigeante féodale, surgissait avec le temps un nouveau conflit entre un prolétariat industriel et une classe dirigeante capitaliste, et de ce conflit était vouée à sortir une société sans classes, socialiste.

Beaucoup de non-marxistes ont aussi attribué un caractère universel au féodalisme, le voyant comme une étape dans le développement de nombreuses cultures. Les cultures japonaise et russe, en particulier, sont considérées comme ayant connu le féodalisme pendant la période « médiévale » de leur histoire. L'étude poursuivie dans plusieurs cultures du féodalisme a procuré des intuitions intéressantes et de valeur, mais elle est restée cosmopolite et, à ce titre, est décevante. En arrière-plan transparait la question ethnocentrique : « Quels traits des sociétés médiévales occidentales sont-ils essentiels pour une définition universelle du féodalisme ? La plupart des historiens socio-économiques ont souligné quatre traits de ce genre, une paysannerie asservie attachée à la terre (servage), une classe militaire spécialisée (chevalerie), une autorité publique fragmentée aux mains d'une noblesse dispersée sur des domaines ruraux (seigneurie) et une distribution du pouvoir et de privilèges parmi la noblesse, grâce à un système de vassalité et de tenure dépendante des terres (fiefs). L'on a alors cherché des parallèles dans les autres cultures. L'on pourrait appeler cela une forme d'impérialisme académique.

CONCLUSION

Dans la plupart des définitions habituelles du féodalisme, manquent complètement les références suivantes : 1) aux systèmes de croyances des gens qui vivent dans ce régime, 2) à la relation entre les autorités ecclésiastiques et séculières dans les systèmes féodaux et 3) aux types de théories juridiques et d'institutions légales qui prévalent dans ces sociétés féodales. Ces omissions laissent l'intéressé sans repères concernant la portée de l'idéologie, de la politique et de la loi sous le féodalisme, alors que, du moins pour le régime féodal occidental, leur rôle a été crucial pour l'ordre social au sens large. Même si, comme il est présupposé par la plupart des historiens matérialistes, l'idéologie, la politique et la loi au Moyen-Age sont à tenir pour des superstructures plaquées sur la base économique du mode féodal de production, la question décisive demeure : « Pourquoi et comment le féodalisme occidental engendre-t-il une superstructure d'un type très différent de celle produite par le féodalisme japonais et russe ? ».

Pour Marx, les éléments essentiels du féodalisme étaient, d'abord, une agriculture à petite échelle avec une tenure des terres dépendante (le « petit mode » de production) et deuxièmement une paysannerie assujettie et attachée au sol (servage). Cela rendait possible pour la classe dominante féodale de s'arroger le surplus de valeur du labeur paysan. D'autres aspects de la tenure des terres telle qu'elle existait en Occident lors de l'apogée du féodalisme, comme le vasselage, la chevalerie et l'autorité publique fragmentée, n'étaient pas, selon Marx, des traits caractéristiques. Il voyait le féodalisme, comme le capitalisme, en termes de conflits et non pas de cohésion. De plus, Marx n'était pas intéressé par le fait que la monnaie et le commerce jouaient un rôle important dans l'économie de l'époque féodale en Occident et qu'aux XII^e et XIII^e siècles une civilisation urbaine florissante, avec des milliers de villes, coexistait avec le « petit mode » de production. Les marxistes de notre temps ne nient pas, et ne peuvent pas nier, qu'il en soit ainsi, mais ils soutiennent que cela n'a pas grande importance. Ils continuent à s'appuyer sur le postulat de Marx de l'antagonisme sans failles entre les économies rurales plus ou moins statiques, auto-subsistantes d'une part, et de l'autre les économies commercialement expansives, antagonisme résultant finalement dans le renversement des premières (« féodalisme ») par les secondes (« capitalisme »). Malencontreusement pour cette analyse marxiste, le « mode de production féodal, c'est-à-dire le régime des manoirs, s'était effondré vers la fin du XIV^e siècle dans toute l'Europe; tandis que le mode « capitaliste » de production tel que défini par Marx, ne vint à l'existence qu'au XVIII^e siècle ou au plus tôt au XVII^e.

Cela laisse une période « de transition » de trois ou quatre siècles pendant lequel s'édifia un pouvoir central d'Etat, à savoir les monarchies absolues d'Europe. C'était la fonction des nouveaux états nationaux, d'après la théorie marxiste, de réprimer la paysannerie, puisque « les organismes locaux du pouvoir féodal n'avaient pas survécu »³. Ainsi est-il argué que, bien que le système politique ait été complètement changé, le système économique-social restait le même. « La classe dirigeante », dit un historien marxiste influent, « restait la même, exactement comme une république, une monarchie constitutionnelle et une dictature fasciste peuvent être indifférem-

ment les formes extérieures du règne de la bourgeoisie » ⁴. Ce tableau dépeint l'histoire avec un pinceau fort large, assurément.

Sous-tendant l'interprétation marxiste du féodalisme, il y a un postulat, le pouvoir politique est essentiellement un instrument grâce auquel la classe économique dominante maintient sa domination. Comme le partenaire de Marx, Friedrich Engels, l'écrivit : « Le juriste s'imagine opérer selon des principes *a priori*, alors qu'en réalité ce ne sont que des réflexes économiques » ⁵. Ce que l'on prétend ainsi, est que l'économie, et plus précisément les intérêts économiques de la classe dirigeante, forment la « base matérielle » de toute société, la politique et le droit étant de simples parties de la « superstructure idéologique » qui est produite par la base, la reflète et la protège.

Cette thèse est cependant rejetée dans la confusion par le fait que le Droit, sous la féodalité, certes soutenait la structure de pouvoir de seigneur à paysan, mais aussi la contestait car la loi était un instrument pour appuyer mais aussi pour limiter le pouvoir des seigneurs féodaux. Les premiers juristes professionnels de l'Occident, professeurs d'universités, juges, avocats, conseillers des papes, des évêques et des empereurs, ainsi que des rois et de la noblesse féodale, s'inquiétaient de savoir quand et comment la volonté d'un gouvernant, si elle est contraire aux lois, peut être réduite à l'impuissance. Ce n'était pas une question simplement philosophique, c'était un problème incorporé dans le système même du pouvoir politique alors en formation, un système caractérisé par ce que nous appellerions les *checks and balances*, les buts et équilibres, dérivé du dualisme et de la pluralité des autorités politiques au sein d'un même ordre social et économique.

Les historiens marxistes les plus experts reconnaîtront l'existence d'une tradition de légalité et de *rule of law*, de suprématie de la loi, mais à quelques exceptions près, ils affirmeront que cela n'eut pas d'importance historique fondamentale ⁶. Ils concéderont par exemple, comme fait Rodney Hilton, que l'émergence de communautés urbaines politiquement et légalement autonomes dans l'Europe occidentale, aux XII^e et XIII^e siècles, « distinguait le féodalisme européen » des autres ⁷, mais ce serait une erreur, ajoute Hilton, d'attribuer à l'indépendance communale le développement d'un nouveau mode capitaliste de production ni une quelconque modification dans les relations de classes entre seigneur et paysan. Par conséquent, conclut-il, cela n'avait aucune importance « théorique ». Il en dirait autant à propos de la légalité en général. De son point de vue, le Droit et même la politique, font partie de la superstructure, relèvent de l'idéologie, « reflètent » mais ne « déterminent » pas les forces économiques dans la société. Les forces économiques constituent la réalité de base (l'être). La loi, par définition n'en fait pas partie, elle est seulement un aspect de la « conscience » qu'on en a. C'est là le dogme qui domine le raisonnement entier.

Cependant, si, comme l'indique Hilton, les différents féodalismes produisent des systèmes légaux différents, qu'est-ce donc qui rendait le droit féodal en Europe occidentale, par exemple, si différent du droit féodal en Russie ou au Japon ? Qu'est-ce

CONCLUSION

qui produisait à l'Ouest le « contrat féodal », avec sa réciprocité des droits et des devoirs du seigneur et du vassal, le « fief » avec concession de tenure moyennant promesse de services, la « cour de manoir » dans laquelle d'un côté le seigneur du manoir, son bailli et ses autres officiers et de l'autre les paysans, réglaient leurs intérêts de classe en conflit ? Il doit y avoir eu quelque chose d'autre que le féodalisme en soi, puisque le féodalisme existait ailleurs sans produire ces concepts et ces institutions légales.

Mais il y a plus, le système économique même a évolué en Europe occidentale d'une façon bien différente de celles dont il a évolué en Russie et au Japon ; donc les différences de systèmes « légaux » de ces trois cultures ne peuvent-elles avoir été un facteur important pour déterminer les différents systèmes « économiques » plutôt que le processus inverse ? Dans cette hypothèse, les concepts de base et de superstructure deviennent fort problématiques. En fait, le développement du droit à l'Ouest sous ce qui est appelé féodalisme, y compris la loi constitutionnelle, les droits de propriété et d'autres parties du système légal, a été une condition préalable indispensable pour les changements économiques entre le XVII^e et le XIX^e siècles que les marxistes ont identifiés au capitalisme.

L'historiographie est le fondement de la théorie : si l'historiographie est fautive, la théorie s'effondre avec elle ; si les caractères principaux du droit occidental moderne, ses concepts juridiques, ses institutions et ses procédés typiques appaurent à la fin du XI^e siècle et pendant le XII^e, à l'apogée de ce que les théoriciens du social depuis les Lumières et la révolution française ont dénommé féodalisme, alors ce fait à lui seul est une réfutation substantielle de l'habituelle vision matérialiste aussi bien du droit que de l'histoire.

Aux personnes qui ne sont pas matérialistes en histoire, cette réfutation peut paraître sans intérêt. Mais le matérialisme historique n'est pas seul en jeu. La distinction entre féodalisme et capitalisme est devenue importante pour les modernistes en général, et spécialement ceux qui voient dans l'âge moderne le prélude à un avenir nouveau et très différent.

Dans ce contexte, le concept de féodalisme est transféré dans celui de « sociétés traditionnelles » ou de « sociétés préindustrielles », que l'on pense plus ou moins statiques, plus ou moins naturelles, tandis que le capitalisme, et désormais le socialisme, sont rangés dans les sociétés dynamiques caractérisées par la « modernisation » et « l'industrialisation ». En fait, cela semble la façon d'un grand nombre de gens éduqués de voir le monde d'aujourd'hui.

Mais en réalité l'Europe occidentale, dans la période allant du milieu du XI^e au début du XVI^e siècle, fut une société traditionnelle entraînée dans une expansion rapide et une évolution dynamique des activités économiques et de maints autres aspects de la vie sociale. Ceci contredit l'opinion des marxistes et néo-marxistes mais aussi de théoriciens du social d'autres écoles. C'est ainsi que l'historien économique anti-marxiste, W.W. Rostow, a soutenu que les sociétés traditionnelles contemporai-

nes d'Asie et d'Afrique sont incapables, par elles-mêmes, de changer substantiellement, et qu'afin d'évoluer, elles ont besoin d'un « choc exogène », d'un démarrage produit par une augmentation résolue de l'investissement, accompagné de la formation d'une nouvelle élite d'entrepreneurs ⁸.

Cela correspond à l'idée classique (mais erronée) que l'économie féodale de l'Europe médiévale était restée statique jusqu'à ce qu'elle ait reçu le « choc exogène » de l'expansion urbaine et commerciale du XVI^e siècle. En réalité, une forte expansion de l'agriculture eut lieu avant et après le passage du XI^e au XII^e siècle. Les historiens parlent maintenant d'un « premier âge féodal » et d'un « deuxième âge féodal » ⁹. De plus, au XIV^e siècle, le vasselage déclina et le système des manoirs disparut tandis que le fermage en location et d'autres formes de relations de propriété furent utilisées pour amorcer ce que, beaucoup plus tard, on appela le « capitalisme agricole ».

L'historien économique anglais, Perry Anderson, a entrepris d'expliquer, d'un point de vue marxiste, pourquoi ce fut seulement en Europe que le capitalisme sortit du féodalisme. Il attribue cette évolution à des traits distinctifs du féodalisme européen que, souvent, d'autres marxistes considèrent ayant relevé de la superstructure plutôt que de la base économique. Anderson soutient que la distinction entre superstructure et base n'est pas applicable au féodalisme. Dans les sociétés pré capitalistes, affirme-t-il, les « superstructures » de parenté, de religion, de droit ou de pouvoir public entrent dans la structure constitutive du mode de production ¹⁰.

Il semble, au premier abord, que reconnaître ainsi l'intégration du Droit et de l'économie dans l'Europe féodale invalide complètement l'analyse marxiste. Néanmoins, la distinction marxiste entre base et superstructure ne pourrait-elle être sauvée, par exemple, en limitant son application aux moments où la structure sociale s'effondre ? Peut-être des marxistes conviendraient-ils que, dans toute société, les institutions économiques et juridiques se chevauchent entièrement. Ainsi la propriété (*ownership*) a normalement à la fois un aspect économique et un aspect juridique qui sont inextricablement mêlés. Mais à certains moments les deux aspects peuvent se séparer, et Marx avait peut-être de telles situations à l'esprit quand il distinguait la propriété au sens économique, c'est-à-dire le pouvoir économique de la propriété au sens juridique, c'est-à-dire le droit économique. Et même, la clef d'une juste compréhension de la théorie sociale de Marx serait sans doute de penser qu'il interprétait toute l'histoire sous l'éclairage d'une théorie applicable essentiellement en un temps de révolution.

L'on s'expliquerait mieux, alors, que Marx transférât les idées du XIX^e siècle sur la causalité, empruntées aux sciences naturelles dans des phénomènes historiques. Il recherchait des lois scientifiques de l'histoire analogues aux lois scientifiques de la physique et de la chimie. Il trouvait de telles lois dans le matérialisme historique, par exemple, la loi que dans toute société le mode de production détermine les relations de classes entre possédants et non possédants de moyens de production, qui à leur

CONCLUSION

tour déterminent l'évolution politique de la société. Cette formule moniste, qui semble une méthode abusivement simplifiée pour expliquer des événements complexes dans la vie sociale ordinaire, assura quand même deux importantes fonctions dans la stratégie marxiste, elle expliquait les origines révolutionnaires des institutions et croyances régnantes, et fournissait une base pour lancer contre elles une attaque révolutionnaire

Quoi qu'il en soit, aujourd'hui, les idées de causalité, même en physique et en chimie, sont plus nuancées, et en histoire sociale, il est devenu de moins en moins possible de parler de lois de causalité quelconques. Il est la fois plus exact et plus utile de parler d'interaction de la politique, de l'économique, du droit, de la religion, de l'art, des idées, sans isoler ces aspects indissolublement imbriqués de la vie en société, dans un compartiment des « causes » et un compartiment des « effets ». Ce n'est pas pour autant nier que certains intérêts et objectifs soient plus impérieux et plus influents que d'autres. Il n'est nul besoin de battre en retraite d'une position de déterminisme sur une position de relativisme. La vérité, cependant, est que les facteurs économiques semblent avoir un impact plus grand dans certains lieux et à certains moments, et à d'autres ce sont les facteurs politiques les plus importants, à d'autres encore, les facteurs religieux ou juridiques etc.... et qu'en tous temps et en tous lieux, le plus décisif est la façon dont ces facteurs réagissent les uns sur les autres.

De ce point de vue, la pensée brillante (quoique souvent obscure) sur le Droit du grand théoricien social allemand Max Weber (1864-1920) représente un certain dépassement des idées marxistes classiques. Weber rejetait le « dogmatisme évolutionniste du marxisme »¹¹, spécialement son assertion que toutes les sociétés tendent à passer par les stades successifs des économies « asiatiques » ou esclavagistes, au féodalisme puis au capitalisme et au socialisme. Il rejetait aussi le matérialisme historique avec son postulat de déterminisme économique. Il disait en 1910 :

*« Si nous cherchons des chaînes de causalité, nous les voyons courir, à un moment donné, du domaine technique vers l'économique puis au politique, à d'autres moments du politique au religieux puis à l'économique, et ainsi de suite. Il n'y a point de phases d'immobilité. A mon avis, la vision souvent soutenue du matérialisme historique que l'économique est, en quelque sorte, le point culminant dans la chaîne des causalités est complètement désuète en tant que proposition scientifique »*¹².

De plus, Weber à l'opposé de Marx, montrait le caractère unique de la société occidentale moderne dans son développement initial ainsi que l'importance que cela eut pour l'expansion économique ultérieure¹³. Il imputait ce caractère unique et son importance sur l'avenir à des caractères spéciaux déjà présents dans la période pré moderne et pré capitaliste de l'histoire européenne, avant le protestantisme. Pour Weber, le système féodal occidental; la cité médiévale occidentale et d'autres traits de cette société « traditionnelle » (par opposition à « rationnelle ») médiévale occi-

dentale contenaient en eux-mêmes des forces qui étaient absentes des sociétés traditionnelles d'autres cultures dans le monde, des forces qui, finalement, se sont montrées capables de transformer l'Occident ¹⁴.

Weber avait donc su percevoir le caractère unique et l'importance unique du développement précoce du droit occidental ainsi que sa portée sur l'essor économique ultérieur. Seul l'Occident, constate-t-il, eut l'expérience du développement d'un régime de justice populaire complet, d'une régulation de groupes à statuts sous la féodalité, de contrôles constitutionnels du pouvoir princier par les « ordres » (ou états), du remplacement d'un système de lois personnelles par la « loi naturelle » et des apports successifs du droit romain. Il écrit :

« Tous ces événements n'ont que de lointaines analogies ailleurs dans le monde... C'est pourquoi le stade de la mise en forme décisive du droit par des juristes spécialistes expérimentés n'a pu être atteint nulle part ailleurs qu'en Occident » ¹⁵.

L'existence d'institutions juridiques hautement développées et rationnelles était, dans la conception de Weber, une condition préalable indispensable pour la formation du capitalisme. Il écrivit :

« Les conditions économiques ont, nous l'avons vu, joué partout un rôle important dans le développement d'une société, mais nulle part elles n'ont été décisives seules et d'elles-mêmes... Pour ceux qui avaient des intérêts dans le marché des biens, la rationalisation et la systématisation de la loi en général, et la prévisibilité croissante du fonctionnement des processus judiciaires en particulier, constituaient l'une des plus importantes conditions de l'existence de l'entreprise capitaliste qui ne peut se passer de sécurité quant au Droit » ¹⁶.

En récusant ou, du moins, en restreignant sévèrement la valeur des théories marxistes de déterminisme et de schéma universel d'évolution socio-économique et en soulignant le caractère unique et « la portée et la validité universelle » de l'histoire de l'Occident, notamment de son Droit, la théorie sociale de Weber révèle la dette qu'il avait envers ses premières études de droit et en particulier de l'histoire du droit en Europe. Son premier grade universitaire était une licence en droit et son premier emploi fut auprès des tribunaux de Berlin. Puis il retourna à l'université pour obtenir un doctorat en écrivant une dissertation sur le droit commercial relatif aux compagnies de négoce et sur les guildes d'artisans en Italie et dans les autres cités européennes du XII^e au XV^e siècle.

Par la suite, il accepta un professorat d'économie à l'université de Fribourg et, deux ans plus tard, la chaire de sociologie à l'université de Heidelberg. Bien qu'il soit devenu célèbre comme sociologue, spécialisé dans la politique et la religion, ses théories sociologiques puisèrent largement dans l'histoire juridique, et l'un de ses

CONCLUSION

plus importants ouvrages fut consacré à la sociologie du droit. En contraste, Karl Marx, bien qu'il ait aussi (soixante ans avant Weber) pris ses premiers grades universitaires en droit, étudiant à Berlin sous le plus grand des juristes allemands, Carl Friedrich von Savigny, il se rebella non seulement contre l'approche historique de Savigny envers le Droit mais aussi contre l'histoire juridique et la jurisprudence ¹⁷.

L'influence de Weber comme théoricien sociologue en général, et spécialement en sociologie du droit, est due principalement à sa classification par types de toutes les sociétés. Chaque type regroupe dans la société étudiée des genres correspondants d'économie, de régime politique, de légalité, de religion, de style artistique. Par là Weber a su présenter un tableau intégré des éléments structurels d'un type donné de société et de leurs interactions. Toutefois, ces types de société ne visent pas à évoquer une histoire effective mais plutôt des types « idéaux », autrement dit de modèles ou de paradigmes. Ils ne se présentent pas habituellement « à l'état pur », précise-t-il, cependant ce ne sont pas simplement des constructions intellectuelles. Ils cherchent à correspondre, dans une mesure suffisante bien qu'approximative, à une expérience historique réelle.

Par exemple, le type idéal de droit caractérisé par la « rationalité formelle » serait celui où le Droit apparaît comme une structure logiquement cohérente de règles abstraites, par rapport auxquelles les facteurs opérant dans un procès ou un problème légal donné peuvent être identifiés et la cause ou le problème résolu. Ce type de légalité répond aux besoins d'une économie capitaliste, selon Weber, et est illustré par bien des traits du régime légal effectif des pays capitalistes d'Occident.

Néanmoins, disait Weber, le Droit de l'Angleterre, le pays de pointe quant au capitalisme au XIX^e siècle, n'était pas caractérisé par la rationalité formelle mais était un exemple de juxtaposition de deux applications partielles, du type « traditionnel » (basé sur la foi immuable dans la sainteté des traditions immémoriales) et du type « charismatique » fondé sur la conduite exemplaire de personnes individuelles, spécialement les juges). Il apparaît ainsi que la distinction en trois types idéaux du droit, formellement rationnel, traditionnel et charismatique est destinée à clarifier les caractères essentiels de systèmes de légalité actuels, mais quand elle échoue à refléter le réalisme historique, les weberiens peuvent se rabattre sur sa valeur analytique et « heuristique ». Le fait qu'un système historique corresponde partiellement à un type et partiellement à un autre, ne semble pas les gêner.

L'ambiguïté du concept de type idéal est ainsi manifestée dans le recours à des exemples historiques pour les confirmer, couplé à une répugnance à permettre que l'on se serve d'exemples historiques pour les réfuter. Weber lui-même hésitait entre leur emploi comme descriptions de systèmes légaux effectifs et leur emploi comme de simples schémas analytiques. Complémentairement, Weber postulait un quatrième type, le « substantiellement rationnel ». En Droit, la rationalité formelle signifie la formulation et l'application de règles abstraites par un processus de généralisation et d'interprétation, son souci majeur est de collecter et de rationaliser par des moyens logiques toutes les règles légales en vigueur et d'en former un complexe in-

trinsèquement cohérent de propositions positives. La rationalité substantielle, par contraste, accorde la prééminence non pas à la cohérence logique mais à des considérations éthiques, à l'utilité, à l'opportunité et à la politique du pouvoir ¹⁸.

La même distinction entre la rationalité formelle et substantielle était appliquée aussi par Weber à l'action économique. La première se réfère à la calculabilité économique, la seconde à la satisfaction par voie économique des exigences éthiques, politiques, utilitaires, égalitaires, hédonistiques ou autres objectifs ou finalités. Reste que cette rationalité substantielle, en Droit ou en activité économique, ne correspond à aucun type historique de société (encore que Weber le voyait en formation dans « les tendances antiformalistes de l'évolution moderne des lois » et peut-être dans une future société socialiste) ¹⁹, tandis que la rationalité formelle, tant en Droit qu'en économie, est considérée comme caractéristique de l'activité sociale dans la société capitaliste depuis le XVI^e siècle.

De même, le droit traditionnel est dit par Weber caractéristique des sociétés traditionnelles et le droit charismatique caractéristique des sociétés charismatiques. Il définit ce qui est traditionnel comme « déterminé par l'habitude invétérée ». En matière de droit, cependant, le terme « traditionnel » semble correspondre à ce qui est couramment appelé coutumier. Dans « l'autorité traditionnelle », la légitimité est fondée sur « la sainteté des règles et de pouvoirs venus d'un lointain passé ». « L'obéissance est due non pas à des règles édictées mais à la personne qui occupe une position d'autorité par tradition ou qui a été choisie pour l'occuper par le maître traditionnel ». La loi n'est pas ouvertement créée, les innovations ne peuvent être légitimées qu'en les déguisant en réaffirmations du passé. La gérontocratie (gouvernement par les anciens), le patriarcat ou le patrimonialisme sont des types de domination traditionnelle. La Chine ancienne, l'Égypte et l'islam en fournissent des exemples. Selon Weber, l'autorité féodale a beaucoup des caractéristiques de l'autorité patrimoniale donc traditionnelle, bien que « le féodalisme occidental soit un cas marginal de patrimonialisme » ²⁰.

« Charismatique » est défini comme déterminé par « la dévotion à la sainteté, à l'héroïsme ou à l'exemplarité d'une personne, et aux procédés ou à l'ordre révélés ou prescrits par elle. C'est là sans doute le moins clairement conçu des types d'autorité étudiés par Weber. Le mot *charisma* signifie un don de la grâce et fut employé dans les premiers siècles de l'ère chrétienne pour évoquer le pouvoir de guérir donné à un chrétien par l'Esprit Saint. Le grand juriste historien, Rudolf Sohm, utilisa le terme « charismatique » pour se référer au concept de grâce sacramentelle qui sous-tendait le droit de l'Église avant le XII^e siècle. Weber reprit le terme dans Sohm et l'appliqua à toutes les personnalités individuelles « dotées de facultés supra naturelles, surhumaines ou du moins de pouvoirs ou qualités spécifiquement exceptionnelles ». Weber comprenait parmi ces personnes non seulement les « sauveurs, les héros et les prophètes mais aussi les magiciens, les shamans et les démagogues », arguant que « l'analyse sociologique indifférente aux valeurs les traitera tous sur un même plan » ²¹.

CONCLUSION

Weber exposait que l'autorité rationnelle et, spécialement, la sous-espèce qu'il appelait bureaucratique, se considère comme « tenue par des règles intellectuellement analysables, alors que l'autorité charismatique est spécifiquement irrationnelle en ce sens qu'elle est étrangère à toutes règles ». L'autorité traditionnelle est tenue par les précédents transmis par le passé et, dans cette mesure, est aussi orientée vers des règles. A l'intérieur des domaines qu'elle revendique comme siens, l'autorité charismatique répudie le passé et en ce sens est une force spécifiquement révolutionnaire »²². Il semblerait qu'alors rien ne saurait constituer une loi charismatique.

Néanmoins, Weber s'abstenait de conclure ainsi, en postulant que même si « dans sa forme pure l'autorité charismatique a un caractère spécifiquement étranger à la routine des structures quotidiennes, elle peut néanmoins être transformée en de telles structures, elle peut devenir « routinière ». A vrai dire, comme elle est intrinsèquement instable, elle doit nécessairement être ainsi transformée si l'on veut qu'elle survive et devienne « ou bien traditionalisée ou rationalisée, ou un mélange des deux »²³. Weber voyait des exemples d'une telle « routinisation du charisme » dans l'ancienne société romaine, les sociétés bouddhistes ou hindouistes, l'Eglise catholique romaine, la royauté germanique, la société de village et ailleurs encore.

A un certain point, il suggéra que tous les types d'autorité et de droit étaient charismatiques à l'origine, non seulement ce qui est juste dans les cas individuels, mais aussi que les normes générales, applicables à l'avenir dans toutes les situations semblables, furent révélées par des personnes charismatiquement qualifiées ». « Un tel caractère révélé de la loi ... est parent de toutes les promulgations », écrivit Weber²⁴. De plus, « les caractéristiques de l'époque charismatique de la législation et de la découverte du droit ont persisté de façon considérable dans les institutions de la période rationnelle de la formulation et de l'application de la loi... Encore qu'un écrivain aussi récent que Blackstone, qualifia le juge britannique d'une sorte d'oracle vivant »²⁵.

Le concept weberien de routinisation du charismatique introduit un élément de dynamisme dans ce qui, sans cela, serait un modèle essentiellement statique. Un autre élément dynamique est le passage des types traditionnels aux types rationnels d'autorité et de Droit, dans lesquels le corps de juristes spécialisés et entraînés de la société traditionaliste joue un rôle important dans la systématisation du droit pour répondre aux nécessités nouvelles du type de société rationalisée et bureaucratisée. Il apparaît cependant que c'est seulement en Occident, que la société est passée effectivement par des forces endogènes, du type traditionnel à un type rationnel et bureaucratique, et Weber trouve la source de ces forces d'évolution dans les événements uniques qui s'étaient produits en Europe plutôt que dans une quelconque tendance générale ou « loi de développement » des sociétés traditionnelles.

Weber déclare que « d'un point de vue théorique, l'évolution générale des lois et de la procédure peut être considérée comme passant par les étapes suivantes », puis il énumère différents stades correspondant en gros aux types charismatique, tradi-

tionnel et formellement rationnel. Toutefois, il ajoute immédiatement ceci : « dans la réalité historique, les stades théoriquement construits... n'ont pas toujours suivi l'ordre de succession que nous venons d'esquisser, même en Occident »²⁶.

Si l'on néglige la sociologie de Weber et ses classifications, pour suivre attentivement sa description des traits caractéristiques des institutions juridiques de l'Occident, on ne peut qu'être impressionné par l'énorme quantité d'information détaillée qu'il présente sur l'histoire du droit européen durant les huit siècles de son développement. Il confirme nombre de faits fondamentaux qui sont à la base de la présente étude, que la querelle des investitures, à la fin du XI^e siècle et au début du XII^e, posa les fondations de la séparation de l'Eglise et de l'Etat, que le nouveau droit canon du XII^e siècle fut le premier système de lois moderne en Occident, que la réciprocité des droits et des devoirs de seigneur à vassal distingua le féodalisme occidental de celui des autres sociétés, que la cité occidentale du XII^e siècle et des siècles suivants fut unique en conférant des droits constitutionnels à ses citoyens. Pourtant, Weber est empêché de tirer les conclusions correctes de ces faits, par son historiographie qui postule une rupture tranchée au XVI^e siècle entre le Moyen-Age et les Temps modernes ainsi qu'entre le féodalisme et le capitalisme. Pour Weber comme pour Marx, le droit occidental est un droit bourgeois, un droit capitaliste ou, dans la terminologie propre de Weber, la loi bureaucratique, le droit formellement rationnel.

Si l'on applique la classification de Weber des types idéaux aux systèmes légaux d'Occident, tels qu'ils apparurent à la fin du XI^e siècle et au début du XII^e, on est frappé par le fait que dans chaque type, ces trois systèmes se trouvaient « combinés ». Le nouveau droit canon, le nouveau droit urbain, la nouvelle loi féodale, la nouvelle loi *manoriale*, la nouvelle loi mercantile, le nouveau droit royal, tous soulignaient l'importance des règles et de la cohérence logique dans l'application des règles. Et même, si l'on se concentre sur le Droit enseigné dans les universités, on voit les précurseurs de la jurisprudence conceptuelle du XIX^e siècle, des experts allemands des Pandectes que Weber tenait pour l'apothéose de la loi bureaucratique formellement rationnelle. Tous soulignaient aussi l'importance des précédents et de la coutume, ce qui pour Weber était le sceau du droit traditionnel.

De plus, le droit canon et le droit royal, spécialement, avaient des éléments fortement charismatiques, regardant le pape ou le roi comme l'oracle du Droit et instauré de droit divin, et les autres régimes conservaient également des liens avec le divin, voire le magique : par exemple, ils attachaient beaucoup d'importance aux serments. Finalement, le concept weberien de rationalité substantielle se réfléchissait dans l'attachement à la loi naturelle et à l'équité, dans le sens de raison et de conscience, qui requéraient des règles pour être interprétées sous l'éclairage de leur finalité et qui supplantaient la « loi stricte » dans les cas exceptionnels, pour protéger le pauvre et l'indigent, et imposaient le respect de la confiance et de la loyauté. Il est vraisemblable qu'une telle combinaison du logique, du traditionnel, du sacré et des aspects téléologiques du Droit était essentielle, et le reste pour une intégration effective de la loi en une unité organique, en un corps de droit qui fût destiné à se montrer capable de croissance continue.

CONCLUSION

Il est manifeste que la classification de Weber en types idéaux ne fournit pas par elle-même une base adéquate pour une théorie sociologique du Droit. Elle est utile comme introduction à une analyse des similarités et des différences parmi les divers ordres légaux historiques, mais n'explique pas ces ressemblances et ces divergences. Elle ne répond pas à la question : « Pourquoi la loi charismatique devient-elle traditionnelle ou rationalisée dans telle société et non dans telle autre ? » De plus, loin d'expliquer, elle ne mentionne même pas le fait que la tradition juridique occidentale est elle-même une combinaison des quatre types idéaux.

L'explication donnée par Weber lui-même du caractère unique du droit occidental et des différences d'un ordre légal à un autre, est dérivée généralement non de sa théorie des types idéaux mais de sa théorie de la politique et spécialement de sa théorie selon laquelle la force motrice primordiale de la vie politique est la volonté de dominer, et que l'instrument primordial de la domination est la coercition. Ce fut, écrit-il « la diversité des relations de pouvoir politique » qui fut essentiellement déterminante des différences marquées entre les ordres légaux. Même les différences dans la nature et la fonction des spécialistes du Droit dans les diverses cultures, auxquelles Weber attribuait à juste titre une grande importance, étaient expliquées par lui comme « largement dépendantes de facteurs politiques » par quoi il entendait les facteurs de pouvoir politique ²⁷.

Ainsi Weber reste-t-il dans la tradition de l'histoire économique et politique à laquelle Marx appartient aussi mais, à la différence de Marx, il rattachait les facteurs sous-jacents de causalité historique, en dépit de dissidents occasionnels, plutôt à la politique qu'à l'économie. Par la même approche, il attachait plus d'importance que Marx au rôle des idées dans l'histoire. Pour ces deux raisons, il attachait plus d'importance au rôle du Droit dans lequel les éléments politiques et intellectuels sont toujours combinés. Mais, en dernière analyse, Weber rattachait tant les idées que le Droit à la politique, et la politique même à la domination et à la coercition. Le charisme, la tradition et la rationalité étaient, pour Weber, essentiellement des sources de légitimation de l'autorité politique par laquelle la coercition pouvait être plus effectivement exercée.

En dehors des types marxiste et weberien de théorie sociale, une troisième sorte, beaucoup moins complexe, d'analyse socio-historique a été développée dans les écrits d'anthropologistes, concernant l'apparition de sociétés « de niveau étatique », dans diverses cultures non européennes, chez les Incas des Andes, les mayas de l'Amérique centrale, dans les civilisations islamisées du Proche-Orient, dans l'ancienne Egypte, en Inde et en Chine. Beaucoup d'anthropologistes sont revenus aux concepts évolutionnistes du XIX^e siècle, établissant le fait que de petites bandes égalitaires de familles indépendantes se sont formées en tribus plus vastes constituées de groupes de familles, et que ces dernières à leur tour ont évolué en chefferies avec des lignages homogènes, et finalement en états stratifiés, différenciés et centralisés. Les principales causes (*prime movers*, premiers moteurs) du passage des chefferies aux Etats sont décrites comme ayant été les techniques d'irrigation, la guerre, la croissance démographique et le commerce. Deux autres facteurs, bien moins spé-

cifiques dans leur nature, sont parfois mis en relief, l'accroissement de la « coopération et de la compétition » entre les groupes différenciés de la société, ainsi que le « pouvoir d'intégration » des religions et des styles artistiques.

Une vue représentative de cette branche d'anthropologie est que ce ne fut jamais une cause unique qui a été en jeu dans ces civilisations, mais qu'en général l'environnement et l'activité économique ont été décisifs pour engendrer un « arrangement hiérarchique des membres et des classes de société, qui à son tour procurera l'intégration effective en états ». « La contribution cruciale de la religion de l'état considéré et de son style artistique, est de légitimer cette hiérarchie, de confirmer la filiation divine de ceux qui sont à son sommet, en induisant à l'expérience religieuse ». La coopération et la compétition, incluant les structures institutionnelles et les procédures de Droit, sont considérées comme entièrement neutres, « elles peuvent opérer aussi aisément pour maintenir une permanence du régime que pour en promouvoir l'évolution » ²⁸.

La clef de l'édification de ces sociétés de niveau étatique est identifiée dans la « stratification », c'est-à-dire la différenciation entre gouvernants et gouvernés et, parmi ces derniers, entre divers groupes et classes. Avec la stratification arrivait le conflit, et du conflit sortait la centralisation politique. L'Etat pour sa part était appuyé par une explication logique et systématique de l'univers, spécialement à travers la science et la théologie, en même temps que par un contrôle social logique et systématique en forme de droit.

Bien que les auteurs de ces théories anthropologiques aient porté peu d'attention aux débuts de l'histoire de l'Europe, ils eurent tendance à penser que l'apparition de l'Etat, avec ses systèmes de théologie, de science et de droit, a suivi une route analogue à celle prise par les autres cultures. Mais en réalité, il y eut plusieurs différences importantes entre l'émergence d'une société « de niveau étatique » en Occident et cette émergence dans les autres cultures ; et ces différences résistent aux explications des anthropologistes tout autant qu'à celles de Marx et de Weber.

La première différence est que ce qui a émergé d'abord en Occident à la fin du XI^e siècle n'a pas été « l'Etat » mais une Eglise en forme d'Etat. De plus, bien que l'Eglise fût centralisée et possédât un droit centralisé et systématisé, elle ne prétendait à gouverner que la moitié de la vie de la société. L'autre moitié était gouvernée par diverses autorités séculières qui coexistaient avec l'Eglise et avec les autres autorités sur un même territoire. Les institutions politiques et juridiques des autorités séculières devinrent graduellement centralisées et systématisées au cours de deux ou trois siècles après l'avènement de l'Eglise centralisée et de son droit centralisé et systématisé. Il y eut coopération et compétition, parfois aiguë, entre l'Eglise de niveau étatique et les autorités séculières de niveau étatique, tout autant que parmi les autorités séculières les unes envers les autres.

Un deuxième aspect distinctif de la société occidentale, au premier stade principal de son développement, était l'existence de tensions dialectiques dans la théolo-

CONCLUSION

gie, la science et le droit, symétriques de la tension dialectique entre les autorités ecclésiastiques et séculières. Tensions entre ce monde-ci et le monde à venir, entre raison et foi, entre loi humaine et loi divine ; ces tensions menaçaient de déchirer la chrétienté occidentale et finalement la déchirèrent dans la réformation protestante.

Troisièmement, la société demeurait unie, avec sa théologie, sa science et sa légalité, en partie par un sentiment commun de développement avec le temps, de continuité historique et d'évolution, associé à un souvenir de la grande révolution du passé et un pressentiment d'une révolution future. L'expérience d'une réaction bilatérale entre révolution et évolution, se manifestant pendant plusieurs siècles, est un trait unique de l'histoire de l'Occident. L'Eglise regardait dans son passé la réforme grégorienne et la fondation du *jus novum* par Gratien. Et elle résistait à de nouvelles réformations telles que celles proposées par Wycliffe, par Hus et les partisans du mouvement conciliaire. Les cités-états regardaient dans leur passé la promulgation de leur charte de libertés qui étaient périodiquement renouvelées et résistaient ou collaboraient aux rébellions politiques et aux mouvements réformistes externes ou internes. Les royaumes étaient pris dans une même dialectique d'évolution légale lente ou rapide, de changements fondamentaux révolutionnaires avec, en perspective ultime, le jugement dernier.

Ni les théories anthropologiques de stratification ni les théories sociologiques de déterminisme économique ou de types de domination politique, ne peuvent expliquer ces traits distinctifs de la tradition juridique occidentale. Elle aide tout de même à comprendre le besoin ou le désir d'une sorte « quelconque » d'ordre légal, mais non le besoin ou le désir de la sorte distinctive d'ordre légal, à caractère dynamique, qui s'est effectivement manifestée en Occident. Cependant, les théories de Marx et de Weber concernant le Droit, son histoire et sa relation à l'économie et à la politique ainsi que les théories anthropologiques sur le développement de sociétés de niveau étatique, méritent d'être prises en considération, en partie parce qu'elles ont été largement adoptées (quoique d'ordinaire avec des atténuations), et en partie parce qu'elles suggèrent des réponses à d'importantes questions.

L'on est pris entre deux défis, il faut accepter ces réponses ou bien il faut en trouver de meilleures. Si le Droit n'est pas principalement un instrument de domination de classe, alors qu'est-il ? Si le droit occidental, dans sa phase initiale, n'était pas un reflet idéologique du féodalisme, alors qu'était-il ? Si à l'époque actuelle, le droit occidental n'a pas pour bases la propriété privée, la liberté de contrat et les autres institutions du capitalisme, sur quoi est-il basé ? S'il n'est pas satisfaisant de caractériser le type de légalité occidentale comme formellement rationnel et comme bureaucratique, l'ordre social qu'il sert, alors quelle caractérisation serait-elle plus appropriée ? Si le Droit ne fait pas partie de la superstructure idéologique d'une société, édiflée sur une base matérielle, soit économique selon Marx, soit politique selon Weber, l'on est ramené à un hégélianisme inacceptable qui voit l'histoire en termes de heurts et de synthèse d'idées. Doit-on alors croire qu'en Occident les concepts et valeurs sont nés d'un effort intellectuel ou spirituel, et furent en eux-mêmes un fac-

teur initiateur ou une force motrice dans la formation des systèmes occidentaux d'économie et de politiques ?

La théorie sociale, tant de Marx que de Weber, sert de garde-fou contre la tentation de recourir à une explication purement idéologique ou idéaliste de l'évolution du droit et des institutions légales. Les théoriciens du social ont sûrement raison de penser que l'émergence des systèmes légaux modernes de l'Occident, raffinés comme ils le sont, ne pouvait résulter simplement d'un heurt d'idées. Leur édification a eu pour cause, en partie, une lutte politique de personnes et de groupes dont les idées s'opposaient, et ce fut en partie le résultat d'une révolution.

Mais la question pour la théorie du social est : « Qu'est-ce qui a provoqué la révolution ? » Si l'on se contente de décrire la révolution en forme narrative, sans l'expliquer, cela peut masquer l'implication que la révolution en question n'a été rien de plus que ce qu'elle paraît en surface : un conflit politique et idéologique d'élites (le parti pontifical contre le parti impérial ou royal). Mais n'a-t-elle pas aussi été liée directement à ce qui se passait dans la masse de gens vivant dans les villages, les manoirs et les villes ? Si les questions de pouvoir au sommet et d'idéologie officielle étaient en réalité directement reliées à la vie économique et sociale de la base, alors les nouveaux systèmes légaux qui s'instaurèrent peuvent être expliqués non seulement comme une page de l'histoire politique et intellectuelle mais encore comme une phase de l'histoire sociale et économique.

Même la classification marxiste du Droit comme une partie de la superstructure idéologique peut conduire à un traitement de l'histoire juridique en termes simplement du déroulement de la politique légale officielle et des concepts juridiques officiels plutôt qu'à un traitement en termes aussi de régulation de la vie sociale et économique de la société entière. Le Droit est vu par beaucoup de marxistes comme isolé de la base économique. La propriété en tant qu'institution juridique est distincte de la propriété en tant qu'institution économique et, malgré la révérence affirmée envers le postulat marxiste que le droit est un reflet des intérêts économiques de classe, ce qui est traité sous cet intitulé n'est pas la façon authentique dont le droit fonctionne dans la vie sociale et économique, mais la façon dont il exprime les valeurs sociales dominantes ou manifeste autrement son caractère idéologique.

Un correctif important à la fois à la conception idéaliste du Droit et à la théorie élitiste du changement politico-légal a été fourni par ceux des historiens, des sociologues ou des anthropologistes qui ont examiné les politiques et les conceptions, et les institutions légales en général, comme elles se manifestent dans la vie sociale à la base de la pyramide sociale, c'est-à-dire pour la grande majorité des membres d'une société. A l'époque de la révolution papale, cela signifiait la masse des membres des tribus et des villageois, des paysans libres ou serfs, des artisans, des commerçants, des prêtres de paroisse, des moines, en contraste avec les chefs, les princes, les seigneurs, les évêques, les abbés, les légistes et les érudits. Une étude de la structure des échelons inférieurs de la société en ces temps-là montre qu'il y avait un réseau

CONCLUSION

de relations et une interaction entre ce qui se passait à la base et ce qui arrivait au sommet.

Plus particulièrement, le système de coopération et de compétition entre les autorités ecclésiastiques et séculières qui émergèrent dans le sillage de la révolution papale n'aurait pu s'établir sans que se fût développé, au long des siècles précédents, un pluralisme de groupes à ras de terre avec des regroupements intermédiaires entre la masse des paysans et les étages supérieurs de l'autorité impériale et royale²⁹. De même, l'unification politique de l'Eglise catholique romaine sous l'autorité du pape n'aurait pu avoir lieu sans que se fût développé dans les siècles précédents une communauté à ras de terre des fidèles, un *populus christianus* s'étendant dans tout le territoire de la chrétienté occidentale.

Au surplus, la systématisation du Droit à l'intérieur des diverses communautés, ecclésiastiques et séculières, fut possible seulement parce que s'était préalablement constituée une structure informelle, non systématisée, de relations légales à l'intérieur de ces communautés. Les relations de seigneur à vassal, chevalerie, bénéfices, étaient venues à existence. Les relations de seigneur à paysans avaient survécu aux révoltes paysannes et avaient pris la forme d'une économie de manoirs. Rodney Hilton rapporte que, dès le X^e siècle, les villages en Normandie éalisaient des délégués, du niveau d'assemblées locales à celui d'une assemblée générale des paysans.

Hilton ajoute que, dès cette époque précoce, se développa une pratique de négociations entre les paysans et les autorités de villages concernant les services de travail, de redevances, de rémunérations et de droits³⁰. Depuis la base, chaque échelon pouvait, à l'occasion, demander de l'échelon supérieur un comportement raisonnable³¹, cela devint courant, bien avant que le Droit ne devienne une discipline universitaire, bien avant qu'il y eût des avocats et des juges de profession, bien avant que les divers corps de lois soient systématisés.

Ainsi donc, la tradition juridique occidentale germa, en partie, dans la structure des relations multilatérales sociales et économiques à l'intérieur des groupes de terrain et entre ces groupes. Les modèles de comportement dans ces inter-relations reçurent une dimension normative, les usages devinrent des coutumes. A la longue, les coutumes se changèrent en Droit. Cette dernière métamorphose (des coutumes en lois) est en partie imputable à l'apparition d'autorités politiques centralisées, quand ces autorités ressentirent le besoin impérieux d'une restructuration pour maîtriser et orienter la lente évolution de l'édifice aux échelons inférieurs et jusqu'à la base.

En résumé, la loi est de la coutume transformée et pas uniquement l'œuvre de la volonté ou de l'esprit du législateur. Le Droit monte du terrain au sommet, tout autant qu'il descend du sommet au terrain. La sociologie doit donc accepter une plus large conception du Droit que celles adoptées par Marx et Weber. A ce qu'ils croyaient, le Droit est un instrument de domination, un moyen d'imposer la volonté du législateur. Mais cette théorie, généralement identifiée au positivisme jurispru-

dentiel, ne présente qu'une partie de la chose car la loi exprime aussi des critères moraux, comme les comprend la raison humaine. Cette autre vision de la loi, qui est rattachée à la théorie de la loi naturelle, est également vraie en partie. Finalement, le Droit est le résultat de l'évolution de la coutume, le produit de valeurs et de normes historiquement enracinées de la communauté. Cette troisième approche, identifiée à l'école historique de philosophie juridique, peut prétendre, comme chacune des deux autres écoles, traduire un tiers de la vérité.

En combinant les trois perspectives, il devrait être possible de donner des réponses meilleures que celles données par Marx et par Weber aux questions qu'ils posaient. Le Droit est en partie un instrument de domination de classe et un reflet idéologique des intérêts de la classe dominante ; dans chaque système de lois l'on peut trouver des exemples à l'appui. Mais ce n'est pas tout. Le Droit, en Occident, fut aussi une protection contre le pouvoir arbitraire des gouvernants et beaucoup de son contenu provient de la raison et de la morale. De même, le fait qu'il contienne bien des éléments qui viennent de périodes anciennes de l'histoire, n'est pas nécessairement le reflet des intérêts de la classe dirigeante.

De même encore, dire que le droit occidental, avant le XVI^e siècle, était un reflet idéologique du féodalisme, éclaire un seul aspect de ce droit. D'autres aspects, comme le droit marchand sur les crédits commerciaux finançant le négoce de laine ou d'épices aux XIII^e et XIV^e siècles, reflétaient le capitalisme. Bien des traits des lois des guildes étaient socialistes, une bonne partie du droit canon sur les crimes, avec son insistance sur la rétribution au sens d'une satisfaction due à la loi violée, semble appropriée à n'importe quel système social et économique.

C'est aussi simplifier exagérément la réalité que de ranger par catégorie les systèmes de lois modernes d'Occident comme des reflets idéologiques du capitalisme. Beaucoup de lois modernes ont un caractère plus féodal que capitaliste. Beaucoup d'entre elles défient toute catégorisation en termes socio-économiques. Il faudrait un schéma plus complexe de catégories et de caractères, qui emprunterait non seulement aux types de formations économiques et politiques mais aussi aux critères philosophiques, religieux et autres.

Quant à savoir si le Droit doit être conçu comme faisant partie de la base matérielle ou de la superstructure idéologique, la réponse est ici encore que le droit occidental est de l'une et de l'autre, ce qui veut dire que le droit occidental montre que la dichotomie elle-même est fautive. Le Droit est tout autant une partie du mode de production d'une société que la terre arable et les machines agricoles. La terre arable et la machinerie ne sont rien tant qu'on ne les emploie pas et le droit fait partie de leur mode d'emploi. Les récoltes ne sont semées et récoltées sans qu'il y ait des règles et des droits à travailler et échanger. Les machines ne sont fabriquées et transmises du fabricant à l'utilisateur, et utilisées, sans que les coûts et les bénéfices de cette utilisation ne soient évalués, et sans que ces activités ne soient soumises à un certain enchaînement légal. Cette mise en ordre même est elle-même une forme de capital.

CONCLUSION

Marx distinguait la propriété comme pouvoir économique de la propriété comme un droit légal. Il faisait de la première une cause et de la seconde un effet, mais la séparation est rarement présente dans la réalité socio-économique ; généralement, ce sont deux expressions imbriquées de la même faculté. Cependant, cela ne signifie pas qu'un droit soit « seulement » un fait socio-économique ni que le droit en question soit simplement une autre façon de parler d'un pouvoir économique.

La loi n'est pas seulement un fait, elle est aussi idée, un concept et, de plus, mesure de valeur ; elle a inévitablement une dimension intellectuelle et morale. A la différence de critères purement intellectuels et moraux, la loi requiert qu'elle soit matériellement pratiquée, mais à la différence des données purement matérielles, elle consiste en idées et en valeurs. De plus, les idées et les valeurs du Droit sont tenues d'avoir un certain degré de cohérence entre elles, et aussi avec d'autres idées et valeurs non juridiques de la communauté, autrement dit avec son idéologie globale.

Le fait que la loi, par sa nature propre, soit à la fois matérielle et idéologique est relié au fait qu'en même temps, elle monte des structures et des coutumes de la société entière et descende des politiques et des valeurs des dirigeants de la société. Le Droit contribue à intégrer les deux natures et les deux mouvements. Ainsi, au moins théoriquement, un conflit entre les conditions socio-économiques et l'idéologie politico-morale doit être résolu par le Droit. Comme Marx voyait dans ce conflit la cause primordiale de la révolution, c'est en partie à cause de ce résultat théorique qu'il écarta de la base le droit en l'assimilant à l'idéologie.

Finalement, la loi en Occident a toujours eu, depuis la révolution papale, un puissant élément diachronique et, mieux que cela, un puissant élément de tradition. Une tradition est un mélange d'éléments conscients et inconscients. Selon l'expression d'Octavio Paz, « La tradition est la partie visible d'une société, institutions, monuments, oeuvres, objets, mais elle est spécialement sa partie non visible, immergée, convictions, aspirations, craintes, refoulements, rêves ». Le Droit est d'ordinaire associé à la partie visible, aux œuvres, mais une histoire du droit occidental et, particulièrement, de ses origines, révèle son enracinement dans les croyances et dans les émotions les plus profondes d'un peuple. Sans la crainte du purgatoire et l'espérance dans le jugement dernier, la tradition juridique occidentale n'aurait pu exister.

C'est aussi Octavio Paz qui disait : « Chaque fois qu'une société se trouve en crise, instinctivement elle tourne ses regards vers ses origines et y cherche un signe »³².

*NOTES**Notes**Remerciements**Index**Tables*

NOTES

NOTES

INTRODUCTION

1. Ce mouvement historique est communément appelé « Réforme Grégorienne » bien que le mot de réforme traduise le terme latin *reformatio* qui, dans la plupart des autres cas, est traduit par « réformation ».

2. Lon L. Fuller, *The Morality of Law* (2ème éd. New Haven, Conn., 1964), p. 106.

3. Robert A. Nisbet, *Social Change and History* (New York, 1969), p.1. Dans cet ouvrage, il critique l'emploi de telles métaphores à propos d'évolutions historiques, néanmoins, il ne vise pas leur application à la conscience ou idéologie d'une société dans laquelle le changement social est tenu, par ceux qui le subissent, pour de la croissance ou du développement. Dans un ouvrage postérieur, il accepte des métaphores plus modérées. Voir son *History of the Idea of Progress*, (New York, 1980).

4. Sir Frederick Pollock et Frederick William Maitland, *The History of English Law*, 2ème ed. (1898, réimpression, Cambridge, 1968), II. 561.

5. Un *trespass* était un recours contre un dommage causé « directement » par l'acte délictueux de l'accusé ; un *trespass on the case* fut par la suite ouvert en cas de dommage infligé « indirectement », y compris par négligence de comportement ou exécution négligente d'un engagement. Voir en général Albert K. Kiralfy, *The Action on the Case* (Londres, 1951).

6. Au début du XX^e siècle, l'historien juridique et sociologue allemand Max Weber confirma le fait que l'Occident avait élaboré une méthode de pensée juridique que l'on ne pouvait trouver dans aucune autre civilisation. Voir *Max Weber on Law in Economy and Society*, ed. Max Rheinstein (Cambridge, Mass., 1966), pp. 304-305. Toutefois, il définissait cette méthode par une seule de ses qualités, qu'il qualifia de *formal rationality*. C'était là essentiellement la méthode des juristes du XIX^e siècle, spécialement en Allemagne, (mais non, selon Weber, en Angleterre), qui visaient à édifier une structure abstraite de règles légales, en fonction de laquelle les faits d'un problème ou d'une cause donnée pourraient être identifiés, et une solution dégagée. Cette conception fut qualifiée par ses opposants de « conceptualisme » (*Begriffsjurisprudenz*). Quant à Rheinstein lui-même, il dit que la méthode en question fut typique du droit civil européen, par contraste avec la *common law* anglaise, « tel qu'il s'était développé depuis le XII^e siècle dans les universités, d'abord en Italie, puis en France, Hollande et Allemagne » (Max Weber, p.1). Mais il suffit de lire

la littérature juridique des XII^e et XIII^e siècles, que ce soit de droit romain (*civil law*) et de droit canon, ou de droit royal, féodal, urbain, en Italie ou en France, en Angleterre ou Sicile, n'importe où en Europe occidentale, pour savoir que le conceptualisme, au sens du XIX^e siècle, ne joua qu'un rôle limité dans le raisonnement légal de cette époque-là. L'on attachait une grande importance, dans tous les systèmes juridiques d'alors, au soin de tirer des règles et des concepts à partir des faits des procès, et c'est là ce que Rheinstein et d'autres considèrent à juste titre comme une méthode de raisonnement juridique fondamentale dans la tradition de la *common law* anglaise. Les Décrétales pontificales, par exemple, qui furent une source majeure du droit canon au XII^e siècle et par la suite, étaient essentiellement des conclusions de procès tranchés dans les tribunaux de la papauté. Par ailleurs, diverses méthodes dialectiques furent imaginées pour concilier des autorités apparemment contradictoires, y compris en montrant les ambiguïtés et en comparant le prestige des auteurs. Par dessus tout, l'intégration des systèmes légaux fut accomplie par l'idée, apparemment inventée par Gratien, d'une hiérarchie des sources du Droit. Dès les premières lignes de sa *Concordance of Discordant Canons*, écrite vers 1140, Gratien dit que, lorsqu'il y a conflit, la coutume doit céder à la loi promulguée, la loi promulguée doit céder à la loi naturelle, et la loi naturelle à la loi divine. Cela signifiait que les coutumes qui étaient de loin la forme revêtue par le Droit à cette époque, devaient être évaluées en termes de raison et que celles jugées déraisonnables devaient être écartées. Cela est fort éloigné de la « rationalité formelle » ou du « formalisme logique » à la façon de Weber. Cela ne fournissait pas moins une base à l'intégration des divers systèmes légaux et à l'élaboration de divers « corps » de droit, non seulement de règles mais aussi de principes et de critères ainsi que de procédures et de choses jugées.

De façon plus générale, la classification par Weber de tous les systèmes juridiques en trois larges groupes, rationnel, traditionnel et charismatique, est suggestive d'un point de vue philosophique mais embarrassante sous l'angle historique et sociologique, du fait que les systèmes légaux occidentaux et la tradition juridique occidentale dans son ensemble combinent les trois aspects. Peut-être une telle combinaison est-elle nécessaire à une intégration effective du Droit en un « corps » conçu comme capable de croissance continue. Nous examinerons plus complètement ces questions dans le chapitre de conclusion de ce livre.

7. Voir C.K. Allen, *Law in the Making*, 7^eme éd. (Oxford, 1964), pp. 65-66.

8. F.W. Maitland, *Why the History of English Law is Not Written*, A.L. Fisher éd., *Collected Legal Papers of Frederic William Maitland* (Cambridge, 1911), I, 488.

9. Le grand sceau de Cromwell de 1648-1649 portait gravés ces mots : *The First Year of Freedom Restored*, et les sceaux successifs furent identifiés comme émis dans la seconde, troisième, etc., *years of freedom restored*. Voir A. et B. Wyon, *The Great Seals* (Londres, 1887), p.36, et la discussion dans Rosenstock-Huessy, *out of Revolution, The Autobiography of Western Man* (New York, 1938), pp.300, 761.

NOTES

10. Le fait que le nom de *Glorious Revolution* ait une connotation de retour des choses à une situation antérieure, ressort des énormes efforts qui furent dépensés pour préserver la continuité des mesures parlementaires prises depuis 1640. Parce qu'un parlement n'avait pas siégé en novembre 1688, lorsque Guillaume d'Orange et sa femme Marie furent amenés en Angleterre pour remplacer Jacques II, l'on sentit la nécessité de convoquer en session toutes les personnes qui avaient été membres du dernier parlement. L'on s'agita beaucoup aussi pour produire un nouveau grand sceau pour remplacer celui que Jacques II avait emporté avec lui et, par défi dérisoire, jeté dans la Tamise pendant sa fuite. Il fallait que tout revint à une situation plus ancienne, faute de quoi ce n'eût pas été une « révolution ».

11. Le président John F. Kennedy, dans son livre *Strategy for Peace* citait sept « révolutions pacifiques » qui « secouent présentement notre nation et le monde ». C'étaient les révolutions dans la population, dans l'agriculture, dans la technologie et l'énergie, dans le niveau de vie, dans la puissance des armes, dans les pays sous-développés et dans le nationalisme. En 1964, un Comité Ad Hoc sur la triple révolution présenta une déclaration du président Johnson sur la révolution cybernétique, la révolution dans les armements et la révolution sur les droits de l'homme. Un bon nombre d'autres « révolutions » sont énumérées par A.T. van Leeuwen, dans *Development Through Revolution* (New York, 1970), chap.2. Comme dit van Leeuwen (p. 32), le manque de clarté dans l'emploi du terme « est en lui-même caractéristique du phénomène ». Son transfert hors du domaine politique commença lorsque fut forgée l'expression « révolution industrielle », en 1884, par un historien britannique pour illustrer l'analogie avec la révolution française de 1789 à laquelle il fallait trouver un parallèle dans l'histoire de la Grande Bretagne. Voir Arnold Toynbee, *Lectures on the Industrial Revolution of the Eighteen Century in England* (Londres, 1884). Il se peut que la profusion des applications des termes révolution et révolutionnaire depuis la fin de la seconde guerre mondiale, étendus même aux produits de consommation les plus communs « révolution dans les sous-vêtements », « révolution dans les déodorants », soit une réaction linguistique similaire aux multiples révolutions communistes du XX^e siècle.

12. Cela est un thème majeur de son livre *Out of Revolution* (New York, 1938).

13. Rosenstock-Huussy cite une septième révolution, l'italienne du XIII^e siècle, consistant en la formation du système des cités-états en Italie du nord. Voir *Out of Revolution*, p. 562. J'ai traité de l'émergence des cités libres, en tant que côté séculier de la révolution papale, non seulement en Italie mais plus largement en Europe. Norman Cantor ne compte que quatre « révolutions mondiales », la révolution papale, la révolution protestante, la révolution française et la révolution russe. Il n'explique pas pourquoi il omet les révolutions anglaise et américaine. Apparemment, ces deux dernières ne cadraient pas avec sa définition d'une révolution mondiale : « Apparition d'une nouvelle idéologie qui rejette les résultats de plusieurs siècles d'un développement organisé dans le système en vigueur, et appelle à un Droit nouveau pour le monde ». Norman F. Cantor, *Medieval History, The Life and*

Death of a Civilization (New York, 1968), p. 300. Son récit de la révolution papale corrobore celui présenté dans la présent ouvrage.

14. Thomas S. Kuhn, *The Structure of Scientific Revolution*, 2ème éd. (Chicago, 1970).

15. Voir Crane Brinton, *The Anatomy of Revolution*, ed. révisée (New York, 1965), p. 16. « Nous regarderons les révolutions comme une sorte de fièvre... Lorsque les symptômes se manifestent tous,.. l'accès de fièvre de la révolution a commencé. Cela ne monte pas régulièrement mais avec des poussées et des reculs jusqu'à la crise, souvent accompagnée de délire... le Règne de la Terreur. Après la crise vient une période de convalescence, généralement marquée d'une rechute ou deux. Finalement la fièvre est passée, et le patient redevient lui-même, peut-être sous certains aspects effectivement renforcé par l'expérience, mais sûrement pas entièrement devenu un homme nouveau ». Brinton applique ce « schéma conceptuel », comme il l'appelle, aux révolutions anglaise, américaine, française et russe.

16. Marc Bloch, *Feudal Society*, trad. L.A. Manyon (Londres, 1961), p. 60. Voir chap. 2 de la présente étude, note 1, où nombre d'autres historiens distingués sont cités dans le même sens.

17. Joseph R. Strayer, *On the Medieval Origins of the Modern State* (Princeton N.J. (1970), p. 22.

18. Norman Cohn, *The Pursuit of the Millenium*, 2ème ed. (New York, 1972) p. 281.

19. Ibid. pp.10-11, 285-286.

20. Norman O. Brown, *Love's Body* (New York, 1968), pp. 219-220.

21. *Out of Revolution*.

22. Rosenstock-Huessy, *The Christian Future* (New York, 1946), p. 70.

23. Rudolp Sohm *Welleiches und Geisleches Recht*. Munich und Leipzig, 1914), p. 69 (Toutes les traductions sont de ma main sauf autre indication H.J B).

24. Voir Gerrard Winstanley, *Platform of the Law of Freedom* (cité dans Rosenstock-Huessy, *Out of Revolution*, p.291) : *The spirit of the whole creation was about the reformation of the world*. Voir aussi Thomas Case, sermon prononcé devant la chambre des Communes en 1641 « La réformation doit être universelle. Réformez tous les lieux, toutes les personnes, toutes les fonctions, réformez la composition des tribunaux, les magistrats subalternes... Réformez les universités, les villes, réformez les pays, réformez les écoles primaires, réformez le sabbat, réformez les ordonnan-

NOTES

ces, le culte divin. Toute plante que Mon Père n'aura pas plantée doit être extirpée ». Cité par Michael Walzer, *The Revolution of the Saints, a Study in the Origins of Radical Politics* (Cambridge, Mass., 1965) pp. 10-11. La réforme du XVI^e siècle fut conçue comme une réformation de l'Eglise, un siècle plus tard, les puritains recherchaient, selon les mots de Milton, « la réformation de la réforme même », ce qui impliquait comme le montre Walzer (p.122) l'activité politique radicale, autrement dit le progrès politique comme objectif religieux.

25. Voir A.D. Lindsay, *The Modern Democratic State* (New York, 1962), pp. 117-118. David Little, *Religion, Order, and Law, A Study in the Pre-Revolutionary England* (New York, 1969), p. 230.

26. Chacun de ces quatre hommes fut accusé de désobéissance civile. Chacun se défendit en invoquant une loi plus haute, celle de la conscience, en même temps que des principes juridiques fondamentaux issus du droit médiéval anglais (notamment la Grande Charte). Les procès de Penn et de Hampden sont relatés dans *6 State Trials* 951 (1670) et dans *3 State Trials* 1 (1627) (*The Five Knights Case*). Un extrait du procès de Udall, avec des informations de circonstances, sont accessibles in David Neal, *The History of the Puritans* (Newburyport, Mass. 1816) pp. 492-501. Le procès de Lilburne est discuté in Joseph Frank, *The Levellers, a History of the Writings of Three Seventeenth Social Democrats : John Lilburne, Richard Overton, and William Walwyn* (Cambridge, 1965), pp. 16-18.

27. La théorie du contrat social est généralement rattachée aux philosophes du XVII^e siècle tels que John Locke et Thomas Hobbes. Mais un siècle auparavant, Calvin avait demandé à la population entière de Genève d'accepter la confession de foi et de prêter serment d'obéir aux dix commandements, aussi bien que de jurer loyauté à la cité. Les gens étaient convoqués en groupes par la police, afin de prendre part à cette prestation de serment. Voir J. T. McNeill, *The History and Character of Calvinism* (New York, 1957), p.142. Voir aussi les chapitres 2 et 3 de la présente étude, où la théorie du contrat social est reliée à la révolution papale et à la formation des cités en communes jurées.

28. Voir Roscoe Pound, *Jurisprudence* (St. Paul, Minn., 1959) III, 8-15.

29. « Le Code Moral du Bâtitseur du Communisme » est inclus dans le programme du parti communiste de l'Union Soviétique adopté par le vingt-deuxième congrès du Parti en 1961. On peut le trouver dans Dan N. Jacobs, ed., *the New Communist Manifesto and Related Documents*, 3ème ed. rev. (New York, 1965), p.35.

30. Voir *The Laws and Liberties of Massachusetts* (Cambridge, Mass., 1929).

31. Grant Gilmore, *The Death of Contract* (Columbus, Ohio, 1974), pp. 87-94.

NOTES

32. Roberto M. Unger, *Law in Modern Society* (New York, 1976), p. 194.
33. Ibid., p. 196.
34. Bloch, *Feudal Society* (Chicago, 1961) I, xvi.
35. Ibid., p. xvii
36. Christopher Hill, *A Comment in Rodney Hilton, ed., The Transition from Feudalism to Capitalism.* (London, 1976), p. 121.

1 - L'ARRIERE-PLAN DE LA TRADITION JURIDIQUE OCCIDENTALE

1. Voir H.R. Loyn, *Anglo-Saxon England and the Norman Conquest* (New York, 1962), p. 292. Dans le présent chapitre, le mot « féodal » est employé dans un sens large, non technique ; la discussion du droit féodal tel qu'il se développa aux XI^e et XII^e siècles, est réservée pour d'autres chapitres.
2. Ernst Levy, *West Roman Vulgar Law* (Philadelphia, 1951), pp. 6-7. Voir aussi Fritz Schulz, *History of Roman Legal Science* (Oxford, 1948), p.273.
3. Wolfgang Kunkel va jusqu'à qualifier les *Leges Wisigothorum* de « minces et frustes en tant que travail de législation ». Kunkel, *An Introduction to Roman Legal and Constitutional History* (Oxford, 1973), p. 162. Kunkel déclare que « même en Italie, la jurisprudence déclina au plus bas niveau imaginable. L'érudition moderne a vainement tenté de prouver l'existence, en Italie, d'une tradition continue de droit romain de quelque tenue ». Ibid., p. 181. Voir aussi P. D. King, *Law and Society in the Visigothic Kingdom* (Cambridge, 1972).
4. Les vocables, les concepts et les règles du droit romain vulgaire jouèrent un rôle dans la consolidation de l'autorité royale durant la période carolingienne. Néanmoins, les textes carolingiens conservés ne reflètent nullement une culture juridique comparable à celle de l'époque classique du droit romain, ni à celle que produisirent les événements révolutionnaires survenus un siècle plus tard. Voir Rosamund McKitterick, *Some Carolingian Lawbooks and their Functions* dans *Authority and Power : Studies in Medieval Law and Government*, ed. Brian Tierney et Peter Linehan (Cambridge, 1980), p. 13-28.
5. La loi salique existe en traduction anglaise, dans Ernest F. Henderson, éd., *Select Historical Documents of the Middle Ages* (Londres, 1912), pp. 176-189. Peu de temps avant la loi salique parut la compilation de la loi wisigothique par le roi Euric (qui régna de 466 à 484), laquelle ne survit qu'à l'état de fragments. D'autres « lois des Barbares » comportent : les lois d'Ethelbert, roi de Kent, promulguées vers 600;

NOTES

l'*Edictus Rothari* du roi des Lombards Rotharius, daté de 643, la *Lex Ribuaria* (des Francs Ripuaires), la *Lex Alemanorum* (des Alemans) et la *Lex Baiuvariorum* (des Bavarois), toutes promulguées au milieu du VIII^e siècle. A la fin de ce siècle, des envois de Charlemagne rappelaient les lois des Frisons, des Thuringiens et des Saxons. Ces lois et d'autres encore (Ecoissais, Gallois et Irlandais, Norvégiens, Islandais et Russes) sont étudiées dans A.S. Diamond, *Primitive Law Past and Present* (Londres, 1971).

6. Lois d'Ethelbert, sec. 34-42, 50-55, 58-60, 65-66. On peut trouver les lois d'Ethelbert traduites en anglais dans F. L. Attenborough, *The Laws of the Earliest English Kings* (New York, 1963), pp. 4-17.

7. Voir Istvan Bona, *The Dawn of the Dark Ages : the Gepids and the Lombards in the Carpathian Basin* (Budapest, 1976), pp. 80-81.

8. Voir Diamond, *Primitive Law*, pp. 228, 273. La relation entre le droit primitif et ce que l'on appelle le droit archaïque des peuples Indo-Européens est étudiée à la fin du présent chapitre.

9. Cette analyse emprunte en partie à James R. Gordley, *Anglo-Saxon Law*, manuscrit, 1970, Harvard Law School Library. Les termes de l'analyse sont tirés du droit anglo-saxon, lesquels cependant sont à peu près identiques à ceux des autres ordres légaux de ce temps, et remarquablement semblables aux autres ordres juridiques de toutes les sociétés indo-européennes.

10. Lois d'Ethelbert, sec. 8, 15.

11. Voir Raoul Berger, « *From Hostage to Contract* », *Illinois Law Review*, 35 (1940), 154, 281.

12. Gordley, *Anglo-Saxon Law*, p. 23.

13. Claude Levi-Strauss, *The Elementary Structures of Kinship* (Boston, 1969), p. 482.

14. Peter Brown, « *Society and the Supernatural : a Medieval Change* », *Daedalus*, Printemps 1975, p. 135.

15. Cité dans George W. Rightmire, *The Law of England at the Norman Conquest* (Columbus, Ohio, 1932), p. 37.

16. *Ibid.*, p. 36.

17. Cité dans Sir Francis Palgrave, *The Rise and Progress of the English Commonwealth* (Londres, 1832), p. cxxxv.

18. Jacob Grimm, *Deutsche Rechtsalterthümer* (1828, 3ème ed., 1881), introduction. Voir aussi Grimm, *Von der Poesie im Recht, Zeitschrift für Geschichtliche Rechtswissenschaft*, 2 (1816), 25-99.

19. Rudolph Huebner, *A History of Germanic Private Law*, trad F.S.Philbrick (Boston, 1918), pages 10 et 11.

20. Ibid., pp. 11-12.

21. Gordley, « *Anglo-Saxon Law* », p. 31.

22. *Maxims*, p. 48. Cotton MSS, The British Library, Londres.

23. *Beowulf*, lignes 2140-41. Voir aussi *The Icelandic Saga : The Story of Burnt Njal*, trad. Sir G.W. Dasent, nouvelle éd. avec intr. par G.Turville-Petre (Edinburgh, 1957), dans laquelle l'esprit d'héroïsme et de vengeance est illustré dans des procédures dramatiques devant l'assemblée judiciaire tribale (la *ting*). Une même attitude de vie se trouve dans la plus ancienne poésie germanique, la *Icelandic Edda*, emplie de récits de violence, de vengeance et d'héroïsme farouche. Franz Borkenau montre que la poésie de l'Edda est dominée par un intense sentiment de culpabilité et de responsabilité personnelle, en contraste avec la saga ultérieure de Siegfried dans le *Nibelungenlied*, où la culpabilité est généralement rejetée et où le meurtrier peut être le héros.

Borkenau trouve un parallèle entre l'insistance de l'Edda sur l'inceste et le meurtre familial, suivis par la rétribution dans la prédominance (à son avis) de l'inceste (avec une surprenante variété de détails) et du meurtre (spécialement de membres de la famille) parmi les pénalités prévues dans les pénitenciers monastiques des VII^e et VIII^e siècles et subséquents. Voir Franz Borkenau, *Primal Crime and Social Paranoia in the Dark Ages, End and Beginning*, ed. Richard Lowenthal (New York, 1981), pp. 382-391. Les pénitentiels sont étudiés plus avant dans ce chapitre-ci.

24. Loyn, *Anglo-Saxon England*, p. 217.

25. Ibid., p. 300.

26. Claude Levi-Strauss, *Structural Anthropology*, trad. C. Jacobson and B. Schoepf (New York, 1963), p. 232.

27. Voir Calvert Watkins, *Studies in Indo-European Legal Language, Institutions and Mythology*, in George Cardona, Henry M. Hoenigswald et Alfred Seen, eds. *Indo-European and Indo-Europeans* (Philadelphia, 1970), p. 321. Watkins donne plusieurs exemples de concepts légaux complexes qui sont communs aux peuples Indo-Européens, l'un d'entre eux, concernant le dommage indirect (*noxal surrender*) dans lequel il y a un élément linguistique (*sarcire* en latin, *sarnikzi* en

NOTES

hittite), occupant la même position dans les structures juridiques semblables des deux sociétés, alors qu'elles n'eurent aucun contact dans la période où elles employaient ce même terme (le cas se réfère à la remise ou au rachat d'un esclave ou d'un bétail qui a causé un dommage à autrui). Watkins souligne que la coïncidence d'une identité linguistique avec une similitude d'institutions suggère une origine commune, lorsque l'influence réciproque était impossible pour des raisons chronologiques et géographiques. Son exemple « prouve que l'institution de la noxalité dans la société indo-européenne doit être aussi ancienne que la communauté des latins et des hittites, ce qui revient à dire en l'état de nos connaissances actuelles, qu'elle remonte à la commune période indo-européenne » (ibid., p. 333).

Quelques uns des traits communs du droit archaïque des peuples indo-européens sont présents dans les sociétés primitives contemporaines. Néanmoins, les anthropologistes modernes ont dans l'ensemble évité de se pencher sur le droit archaïque, en partie parce que cette étude comporte des implications positives en faveur d'une théorie de l'évolution sociale, et en partie parce qu'il n'est pas possible de l'étudier « sur le terrain ». Diamond (*Primitive Law*) fait exception, étant virtuellement le seul anthropologiste contemporain qui ait tenté de rapprocher le droit archaïque du droit primitif actuel. Toutefois, il ne met pas en lumière la marque distinctive la plus importante du droit archaïque comparé au droit primitif d'aujourd'hui, à savoir le rôle crucial du tribunal, qui est d'émettre des jugements formels (incluant à la fois le débat et la décision).

28. J. E. A. Jolliffe, *The Constitutional History of Medieval England*, 3^{ème} éd. (Londres, 1954), p. 24. Voir aussi Fritz Kern, *Kingship and Law in the Middle Ages*, trad. S. B. Chrimes (Oxford, 1939), p. 151 : Law (in the early Middle Ages) is old, « un droit nouveau est une contradiction dans les termes... toute législation et réforme légale est conçue comme la restauration de la bonne vieille loi qui a été violée ».

29. Sur le mouvement monastique de cette période, voir de Christopher Dawson le bref et excellent exposé dans *The making of Europe : An Introduction to European Unity* (1932 ; New York et Cleveland, 1956), pp. 176-186. Pour un compte-rendu plus détaillé, voir Brendan Lehane, *The Quest of Three Abbots* (New York, 1968).

30. Une histoire contée par les chroniqueurs anglo-saxons concerne le message du missionnaire romain Paulinus au roi païen de Northumbrie et à sa cour, au début du VII^e siècle. Lorsque Paulinus eut fini de parler, un moineau aurait volé à travers le hall où se tenait le banquet, et un vieux conseiller prit la parole : « La vie d'un homme, dit-il, est comme le vol d'un moineau au long d'un hall illuminé lorsque l'on est assis devant un plat de viande, avec un feu allumé dans l'âtre, et au-dehors une averse de pluie glaciale. Le moineau vole vers une porte et reste un moment dans la lumière et la chaleur, puis vole vers une autre et disparaît dans la nuit hivernale. De même la vie d'un homme demeure pour un temps, mais ce qu'il y a avant et après, nous ne le savons pas. Si ce nouvel enseignement peut nous le dire, suivons-

le ». Bède, *Historia ecclesiastica gentis Anglorum*, éd. Charles Plummer (Oxford, 1896), II, 13.

31. Voir Heinrich Boehmer, *Das germanische Christentum*, dans les *Theologische Studien und Kritiken*, 86 (Halle, 1913), 165-280.

32. Voir Marc Bloch, *Feudal Society*, trad. L. A. Manyon (Londres, 1961), p. 83. R. Howard Bloch, *Medieval French Literature and the Law* (Berkeley, Calif., 1978), p. 19.

33. Bède le Vénéérable, écrivant 130 ans plus tard, disait d'Ethelbert que « parmi les bienfaits qu'il avait conférés à son peuple, il avait prononcé des jugements, avec l'avis de ses conseillers, selon l'exemple des Romains » (*Decreta illi iudiciorum iuxta exempla Romanorum cum consilio sapientium constituit*). Bede, *Historia Ecclesiastica*, II, 5. Wallace-Hadrill signale que l'expression *iuxta exempla Romanorum* ne doit pas être prise pour signifiant que la législation avait été édictée à la façon des Romains « mais plutôt qu'Ethelbert s'était inspiré de la loi salique et de l'exemple divers des lois burgondes, gothiques et lombardes, qu'Augustin avait apportées avec lui d'Italie. Voir J. M. Wallace-Hadrill, *Early Germanic Kingship in England and on the Continent* (Oxford, 1971), p. 37. Wallace-Hadrill ajoute qu'au moins 19 des 90 chapitres d'Ethelbert ont des analogues dans la *Lex Salica*, et qu'il y a aussi des parallèles avec les autres codes germaniques. Il écrit (p. 39) : « La référence aux exemples manifestait le lien qui existait dans l'esprit des Romains, entre la conversion et le Droit, c'était le cas en Gaule, en Espagne et certainement dans le Kent ».

Néanmoins, deux historiens britanniques influents, s'efforçant de minimiser les influences étrangères sur le droit anglais, se sont avancés à soutenir que les lois d'Ethelbert furent d'origine « entièrement païenne » et furent promulguées « probablement » avant l'introduction du christianisme en Angleterre, en 597. Henry G. Richardson et George O. Sayles, *Law and Legislation from Ethelbert to Magna Carta* (Edimbourg, 1966). En réfutant cette opinion, Wallace-Hadrill rappelle que les lois d'Ethelbert faisaient partie d'un corps de traditions juridiques incluant les lois franques, burgondes et germaniques et d'autres. Le pape Grégoire le Grand, en envoyant une mission de quarante membres (plus les interprètes), sous la direction d'Augustin, pour obtenir la conversion d'Ethelbert, écrivit au roi anglais qu'en se ralliant à la vraie foi il serait béni par Dieu comme l'avait été l'empereur Constantin. Ainsi que l'écrit Wallace-Hadrill (p. 29), le pape entendait par là faire entendre au nouveau converti qu'il entrerait dans la famille des rois catholiques, dont le père était l'empereur (à Constantinople). La correspondance papale et royale de l'époque ne laisse aucun doute à ce sujet. Politiquement, il se peut que le fait n'ait que peu ou point de portée. Mais une conséquence certaine serait que le nouveau converti entrerait dans la tradition du droit écrit dont l'empereur était la source. C'est là une des raisons pour lesquelles les lois d'Ethelbert doivent être datées d'après sa conversion. Les livres de Droit étaient un cadeau romain, et spécifiquement chrétien-romain, offert aux rois germaniques. Voir aussi A. W. Simpson, *The Laws of Ethelbert*, en M.

NOTES

S. Arnold, T.A. Green, S.A. Scully et S. D. White, *On Laws and Customs of England : Essays in Honor of Samuel E. Thorne* (Chapel Hill, N.C., 1981), pp. 3-17.

34. Voir George Vernadsky, *Medieval Russian Laws* (New York, 1947).

35. Alfred inscrivit aussi dans ses lois la règle d'or : « Ne faites pas à autrui ce que vous ne voudriez pas que l'on vous fasse », en ajoutant ceci : « de cette sentence, que chacun se souvienne pour juger justement tout le monde, il est inutile de chercher dans d'autres codes ». L'on peut trouver les lois d'Alfred dans Attenborough, *Laws*, pp. 62-93.

36. Voir Dawson, *Making of Europe*, pp. 190-201. Sous Charlemagne, « plus encore que l'empire byzantin, l'état franc était un Etat-Eglise... Le roi gouvernait l'Eglise tout autant que l'Etat et sa législation posait les règles les plus strictes et minutieuses à la conduite du clergé et à la formulation de la doctrine et du rituel.... Le gouvernement administratif de l'empire était en grande partie ecclésiastique, car l'évêque partageait sur pied d'égalité l'administration des 300 comtés qui divisaient l'empire tandis que le gouvernement central était principalement aux mains des clercs de la chancellerie et de la chapelle royale... Le contrôle et l'inspection de l'administration locale étaient confiés à l'institution typiquement carolingienne des *Missi Dominici* qui fonctionnaient selon des circuits réguliers, comme firent plus tard les justiciers itinérants, les *judges of assize* anglais, et là encore les missions principales étaient confiées à des évêques ou des abbés (p. 190). Dawson cite Alcuin, le grand conseiller anglo-normand de Charlemagne, qui écrivit qu'il y avait trois pouvoirs suprêmes dans le monde, la papauté à Rome, l'empire à Constantinople, la dignité royale de Charles, cette dernière étant la plus élevée parce que Charles avait été placé par le Christ à la tête du peuple chrétien (*populus Christianus*).

Alcuin remplaça l'expression *imperium romanorum*, dans la liturgie de l'Eglise, par celle d'*imperium christianum*, se référant à l'empire de Charles, qui transcendait à la fois Rome et les Romains.

Sur la *sacral kingship* en Angleterre, et sur le rôle d'Alfred à la tête de l'Eglise dans son royaume, voir William A. Chaney, *The Cult of Kingship in Anglo-Saxon England* (Berkeley et Los Angeles, 1970), spécialement le chap. 6, *Sacral Kingship in Anglo-Saxon Law*. Chaney écrit que « le concept le plus fondamental dans la royauté germanique est l'indissolubilité de ses fonctions religieuses et politiques... [Le roi] n'est pas un dieu et il n'est pas tout-puissant, mais il est rempli d'un pouvoir charismatique dont sa tribu dépend pour son bien-être. Tel est le *mana* royal, [il] n'imprègne pas seulement le roi mais toute la « race royale », toute la parentèle parmi laquelle les gens l'ont élu (pp. 13, 15). La royauté sacrée fut conservée dans la période chrétienne, il n'y avait pas de division entre les sphères temporelle et spirituelle, et le roi étant le vicaire du Christ dans les deux ; il « doit légiférer dans les affaires ecclésiastiques aussi bien que les séculières, autrement dit sur la totalité du bien-être du royaume sous Dieu et le roi » (p. 192). « Le roi était encore la tête du peuple sous les auspices divines, et une séparation entre fonction royale et religion

NOTES

était impensable aussi bien que sous le paganisme... L'on attendait du gouvernant qu'il assumât, en faveur de son peuple, un rôle théologique et eschatologique » (p. 247).

37. VIII Aethelred 2, in Agnes U. Robertson, ed., *The Laws of the Kings of England from Edmund to Henry* (Cambridge, 1925), p. 119.

38. Ibid., p. 43.

39. Rudolph Sohm, *Fränkisches Recht und Römisches Recht*, ZSS (rom), 1 (1880), 1.

40. Voir Ernst Levy, *Reflections on the First Reception of Roman Law in Germanic States*, *Gesammelte Schriften*, 1 (Cologne, 1963), 201-209. Levy, *Vulgarization of Roman Law in the early Middle Ages*, *ibid.*, 220-247. Levy, *West Roman Vulgar Law : The Law of Property* (Philadelphia, 1951). Levy, *Weströmisches Vulgarrecht : Das Obligationenrecht* (Weimar, 1956).

41. Voir Loyn, *Anglo-Saxon England*, p. 292. « La présence d'un proche capable de se porter garant de la bonne conduite (d'un homme), et de tirer vengeance d'un tort ou du meurtre commis contre lui est de la plus grande importance, ... si un homme était emprisonné, sa parenté le nourrissait. S'il était capturé par l'ennemi après avoir recouru à un sanctuaire, après un siège en sa propre maison, ou après reddition en rase campagne, sa parenté devait être informée dans les trente jours. S'il était pris en flagrant délit de vol ou accusé de sorcellerie ou d'incendie volontaire, sa parenté pouvait se porter sûreté pour lui. Si elle s'y refusait, il pouvait être réduit en esclavage punitif, ou mis à mort. S'il était tué pendant la première année de sa servitude pénale, ses proches devaient recevoir son *wergeld*... En cas de décès prématuré, la parenté prenait la responsabilité d'entretenir les orphelins. La parenté avait certainement des droits étendus sur les biens fonciers... Mais si important que soit son rôle social sous ces rapports, en assurant à l'individu sa place devant la loi, en lui fournissant des « co-jureurs » (*compurgators*) qui jureraient de son innocence ou de son bon renom devant la cour, la parentèle prenait toute sa stature spectaculaire et son rôle fondamental dans deux institutions jumelles, le paiement du droit du sang (*wergeld*) et la guerre privée héréditaire. Lorsqu'un homme avait péri par la violence d'autrui, sa parenté avait le droit de faire la guerre à celle du meurtrier. Cette guerre privée pouvait être « compensée » (*such a feud could be composed*), « l'épieu pouvait être racheté, le *wergeld* était la somme payable par une parenté à l'autre pour cette transaction. C'était le « prix du sang ». Loyn décrit ainsi le droit anglo-saxon, mais sa description est également applicable à celui des Francs et à d'autres peuples européens entre les V^e ou VI^e siècles et les X^e ou XI^e siècles.

42. Kern écrit : « [Le droit coutumier] passe tranquillement sous silence les règles obsolètes qui sombrent dans l'oubli et meurent paisiblement. Mais la loi même reste jeune, alors qu'on l'estime ancienne. Cependant, elle n'est pas ancienne; c'est plutôt une greffe continuelle de règles neuves dans des anciennes, un flux de droit

NOTES

contemporain filtrant depuis la source créatrice du demi-conscient, car la majeure partie n'en est pas canalisée dans des rives permanentes de lois enregistrées et de chartes... Le droit coutumier ressemble à la forêt primaire qui n'est jamais taillée et change peu d'aspect mais, constamment rajeunie, devient une autre forêt en une centaine d'années, tout en restant apparemment la même « vieille forêt », car les apports nouveaux sont compensés un peu plus loin par des dépérissements insensibles » Kern, *Kingship and Law*, p. 179.

43. Il n'y a que peu de littérature, mais précieuse, en anglais sur les pénitentiels, notamment John T. McNeill et Helena M. Gamer, *Medieval Handbooks of Penance. A Translation of the Pincipal Libri Penitentiales and Sélections from Related Documents* (New York, 1938). Thomas P. Oakley, *English Penitential Discipline and Anglo-Saxon Law in Their Joint Influence* (New York, 1923). John T. McNeill, *The Celtic Penitentals and Their Influence on Continental Christianity* (Paris, 1923) et plusieurs articles de McNeill cités dans l'introduction de *Medieval Handbooks*. Le rôle des pénitentiels dans le mouvement monastique du VI^e au X^e siècles est dépeint de façon vivante dans Lehane, *Quest of Three Abbots*.

44. Voir Bernard Poschmann, *Penance and the Anointing of the Sick*, trad. Francis Courtney, S. J. (New York, 1964), p. 104.

45. Ibid., p. 64. Voir le pénitentiel de Cummean (env. 650) dans McNeill et Gamer, *Medieval Handbooks*, p. 98.

46. Boniface, le moine anglo-saxon qui joua le rôle principal dans la conversion de ce qui est maintenant l'Allemagne, s'opposait à l'insistance des Celtes sur la pénitence privée. Un capitulaire de Charlemagne de 813 recommandait « à péché public, pénitence publique », et, en 847, le concile de Mayence prescrivit qu'il y eût pénitence publique pour crimes publics, mais McNeill, *Celtic Penitentals*, indique que ces dispositions n'étaient pas uniformément appliquées. Toutefois la pénitence publique continua à être pratiquée, au moins de façon entièrement volontaire... Ainsi un pénitentiel franc du X^e siècle indique : « Au début du carême, tous les pénitents qui entament ou ont entamé une pénitence publique se présenteront à l'évêque de la cité, devant les portes de l'église, vêtus de sacs et pieds nus, la face inclinée vers le sol ». Regino's Ecclesiastical Discipline, Canon 295, dans McNeill et Gamer, *Medieval Handbooks*, p. 315.

47. Voir Oakley, *Penitential Discipline*, p.169. En cas d'homicide, en plus des pénitences habituelles, le coupable était requis de satisfaire les amis de la victime (vraisemblablement en versant le *wergeld*) et de rendre service à son père et à sa mère.

48. Cf McNeill, *Celtic Penitentals*, p. 185. La formule antérieure était invocatoire : *Ipse te absolvat* ou bien *Absolvat te sanctus Petrus et beatus Michael archangelus*. Dans la première partie du XIII^e siècle, il devint habituel d'employer la for-

mule déclaratoire : *Ego te absolvo auctoritate domini Dei nostri Jesu Christi et beati Petri Apostoli et officii nostri.*

49. Voir McNeill et Gamer, *Medieval Handbooks*, p. 323. L'expression « remède pour les âmes » remonte à une période plus ancienne. C'est ainsi que le pénitentiel de Cummean s'ouvre par les mots « Ici commence le prologue du remède qui guérit les âmes » (ibid., p. 99).

50. Telle était la formule d'Alexandre de Tralles (525-605), le médecin le plus réputé de son époque (ibid., p. 44).

51. Pénitentiel de Columban (env. 600), A. 12, ibid., p. 251.

52. Ibid., p. 223.

53. Robert C. Mortimer, *Western Canon Law* (Londres, 1953), p. 28.

54. VI Aethelred 50, in Robertson, *Laws of the Kings*, p. 104.

55. Voir Dawson, *Making of Europe*, p. 190.

56. *Leges Henrici Primi*, ed. et trad. L. Dawner (Oxford, 1972), pp. 81, 101, 143, 173, 177, 271.

57. Cité in Doris M. Stenton, *English Justice between the Norman Conquest and the Great Charter, 1066-1215* (Philadelphia, 1964), p.7.

58. Ibid., p.8.

59. Stephen D. White, *Pactum... legem vincit et amor judicium.* « Le Règlement des Différends par Compromis dans l'Ouest de la France au Onzième Siècle » in *American Journal of Legal History*, 22 (1978), 301-302.

60. Max Gluckman, *Custom and Conflict in Africa* (Oxford, 1955), p. 1, 5.

61. Wallace-Hadrill, *Early German Kingship*, p. 151.

62. Kern, *Kingship and Law*, p.180. Kern parle de « *medieval law* », mais il se réfère manifestement au droit populaire du Moyen-Age ancien, c'est-à-dire à la période antérieure à la fin du XI^e siècle.

63. L'histoire est rapportée par Robert E. Ornstein, *The Psychology of Consciousness*.

NOTES

64. Quant aux domaines de l'intuitif (y compris mystique et poétique) et de l'analytique, en tant que deux aspects complémentaires de la conscience, et à leur relation avec les deux hémisphères du cerveau et les deux côtés du corps, voir Ornstein, *Psychology of Consciousness*. Voir aussi Jerome Bruner, *On Knowing, Essays for the Left Hand* (Cambridge Mass, 1962), pp. 2-5. Bruner rattache le symbolisme de la main droite à l'action, au droit et à la science, et le symbolisme de la main gauche au sentiment, à l'intuition et au cœur. Il observe la connexion entre le mot pour *law* en français « Droit » et le même pour la direction (la chose est vraie aussi pour l'allemand *recht*, le mot russe *pravo*, et le mot anglais *right* qui jadis signifiait le droit au sens large, comme dans l'expression ancienne *common right*, et signifie toujours une exigence légalement reconnue, comme dans *property right* ou *contract right*). Bruner admet, néanmoins, que le savoir scientifique, et présumablement le droit non plus, ne peut être atteint par la seule main droite. Il écrit dans son introduction : « Dès l'enfance, j'ai été séduit par la différence et par le symbolisme de la main droite et de la gauche, l'une pour l'acteur, l'autre pour le rêveur. La droite est ordre et loyauté « le Droit ». Ses beautés sont celles de la géométrie et de la stricte déduction. Parvenir au savoir par la main droite, c'est la science. Cependant, dire seulement cela de la science, c'est omettre sa faculté de susciter l'enthousiasme, car les grandes hypothèses scientifiques sont des fruits apportés par la main gauche ».

65. Voir Paul Bohannon, *Justice and Judgement among the Tiv* (Londres, 1957).

66. Diamond, *Primitive Law*, pp. 61, 195, 317 (n.10), 320.

67. Voir Henry Sumner Maine, *Ancient Law : Its Connection with the Early History of Society and Its Relation to Modern Ideas* (Boston, sans date), p 15.

68. Diamond, *Primitive Law*, pp. 47-48. Diamond critique aussi Maine pour avoir affirmé que les premiers codes n'étaient que « de simples recueils de coutumes existantes » (p. 45) et qu'en général « le droit a dérivé de règles de conduite pré-existantes, à la fois juridiques, morales et religieuses par nature » (p. vii). En fait, Diamond considère que cette dernière proposition est totalement discréditée, au point qu'il est « à peine nécessaire d'en discuter aujourd'hui » (ibid.). Mais Maine était presque toujours bien plus circonspect dans ses affirmations que ses critiques ne le reconnaissent. En premier lieu, il ne parlait pas des codes germaniques mais des codes antiques de la Grèce, de Rome et de l'Inde (les douze Tables, le code attique de Solon, la loi de Menou). En second lieu, la proposition que historiquement le droit (ici Maine n'emploie pas le terme, code) ait « dérivé » de règles de conduite est de soi évidente, à moins que l'on suppose que les plus anciennes règles légales aient surgi tout armées du cerveau de quelque législateur. Que ces règles pré-existantes fussent morales et religieuses en même temps que juridiques par nature, semble absurde à Diamond. Toutefois, son argument est fondé sur une confusion, il prend « morales et religieuses » pour « cléricales et ecclésiastiques ». Les opinions de Maine et de Diamond sont étudiées plus avant dans les notes 69 et 70.

69. Dennis Lloyd, *The Idea of Law* (Londres, 1970), p. 25. Lloyd écrit (p. 232) : « Pendant un certain temps, on pensa communément que dans la société ancienne il était impossible de différencier entre normes légales, morales et religieuses, parce qu'elles étaient étroitement mêlées dans une texture unique... Mais le fait que les observances coutumières pouvaient emprunter aux croyances religieuses de la communauté une bonne part de leur force obligatoire, ne signifie pas, comme le supposaient des écrivains antérieurs tels que sir Henry Maine, qu'il ne soit pas possible de distinguer entre les règles religieuses et séculières dans une société primitive... Les règles qui constituent des tabous religieux de la communauté, et dont la violation attire sur le coupable le châtement direct de forces surnaturelles, sont fréquemment distinctes des règles qui régissent l'organisation sociale et économique de la communauté et dont le caractère exécutoire est assuré par quelque autorité séculière, la tribu ou le clan mêmes, le chef de guerre, le collègue des anciens ou par les proches de la personne lésée ». La référence à Maine est déplacée, car Maine n'a jamais écrit qu'il ait été, dans les sociétés anciennes, impossible de distinguer entre les tabous sanctionnables par des pouvoirs surnaturels et les règles d'organisation sociale et économique, appuyées par la tribu ou par les intéressés. Ce qu'il écrivit, est que les normes « séculières » (comme Lloyd, Diamond et d'autres les nomment) empruntaient, ainsi que l'admet Lloyd, aux croyances religieuses de la communauté une bonne partie de leur force obligatoire, et en recevaient effectivement tant d'autorité que normes et croyances étaient, selon l'excellente image de Lloyd, « insérées dans une texture unique ».

La divergence entre Diamond et Maine, à un moindre degré entre Lloyd et Maine, découle d'une différence d'identification des faits saillants, plutôt que d'une différence de concepts sur la nature et la finalité du droit. Tant Diamond que Lloyd considèrent que la marque de fabrique du droit est l'imposition par des agents du pouvoir gouvernemental de sanctions pour l'infraction aux règles. Ainsi Lloyd écrit (p. 235) : « En termes généraux,... le contraste vital entre la coutume primitive et la loi évoluée, est que la première manque des traits substantiels de la loi ou qu'elle n'est pas appuyée par des sanctions, mais plus simplement, c'est l'absence de gouvernement centralisé... d'organismes centraux soit pour formuler les règles, soit pour les faire appliquer de force ». La définition du droit selon Diamond donnée dans le texte est, elle aussi, nettement positiviste, le droit étant fait de règles posées et sanctionnées par l'Etat. Maine, pour sa part, tient pour caractère essentiel du droit, l'existence d'un groupe de personnes, en fait les juges, « qui ont la possession exclusive des principes selon lesquels les différends doivent être résolus » (*Ancient Law*, p. 11). Maine a été l'un des premiers à montrer qu'une définition positiviste du droit méconnaît une grande partie du droit primitif et qu'au contraire une définition qui englobe toute coutume, quelles qu'en soient la source et la nature, n'en néglige à peu près rien. Ainsi Maine, qui en fait a écrit peu de choses sur le droit populaire germanique, en aurait probablement trouvé la source non pas dans les codes primitifs, comme fait Diamond, mais dans les décisions, les jugements des assemblées tribales (*dooms*) que plus tard les codes reflèteront et guideront. Les normes des codes germaniques, aurait probablement dit Maine, étaient « dérivées » de règles de conduite préexistantes qui étaient à la fois légales, morales et religieuses dans leur nature. Ce

NOTES

qui, des codes, fit du « Droit » fut le fait qu'ils consistaient en jugements et prononcés collectifs qui traduisaient la connaissance des hommes chargés de déclarer et d'appliquer la coutume aux cas d'espèces des conflits. Cela dit, en montrant que les *dooms* des Francs et des Anglo-Saxons s'intégraient dans un système religieux, le système de *wyrd* et de *lof*, d'ordalies et de *compurgation*, je crois avoir démontré que non seulement ils « dérivait » de règles de conduite préexistantes de nature légale, morale et religieuse, mais que ces règles mêmes étaient rattachées à des croyances morales et religieuses « en une seule texture ».

En raison de sa définition du droit, Diamond est conduit à traiter les codes germaniques comme étant eux-mêmes « le » Droit, et non pas comme une composante légale d'un ordre plus large (et effectivement moral et religieux). Il va jusqu'à soutenir que ce qui n'était pas dans les codes ne pouvait avoir compté lourd dans le droit, se référant en particulier au fait que les premiers codes ne contenaient guère de procédure. Ainsi il déclare (p. 61) que « pour le barbare de l'époque les normes de la loi, et non la procédure, était l'essentiel de la matière », une vérité simple qui aurait pu paraître évidente, et ne l'était pas du fait de l'opinion générale sur le droit primitif que des formules bien connues de Maine ont servi à répandre, à savoir que pour l'homme ancien (pour parler comme Maine) une règle de procédure l'emporte en importance sur une règle de substance, de sorte que la loi substantielle a d'abord dû s'infiltrer dans les failles de la procédure. La seule base pour dire que la matière est « évidente de soi » est qu'il y a fort peu de procédure dans les codes. Cependant, la supposition que les codes visaient à traiter de tous les aspects du droit est dénuée de fondement. Ils avaient pour objectif principal de fixer les aspects de la loi qui requéraient la formulation de règles de fond. La très grande majorité des stipulations des codes portaient sur l'homicide, les blessures, les méfaits sexuels (viol, adultère et séduction) et le vol. Bien des choses étrangères à la procédure restaient totalement ignorées ou évoquées en passant. Dans certains codes, par exemple, la trahison n'est pas évoquée, la propriété foncière à peine mentionnée. La vérité est que la formulation de règles substantielles précisant les sommes à payer pour diverses formes de lésions corporelles constituait un élément essentiel des transactions visant à régler les conflits entre clans ou foyers. L'on peut donc dire avec Maine que le droit des codes « semble secrété dans les interstices de la procédure ».

70. Diamond, *Primitive Law*, p. 236 et en divers endroits, écrit que le droit et la religion ont deux points de contact dans les sociétés primitives, d'abord, certains méfaits peuvent être si odieux qu'ils deviennent à la fois des infractions à la loi et des violations de règles religieuses, ensuite, des sanctions religieuses ou la croyance en la magie peuvent être utilisées dans les procédures juridiques pour s'assurer de la vérité, par l'application d'ordalies ou de quelque autre mode de divination. A part cela, dit-il, le droit est purement affaire séculière et essentiellement indifférent à la religion. Ces conclusions découlent, évidemment, de sa définition du droit (voir notes 68 et 69).

71. Voir Fung Yu Lan, *A History of Chinese Philosophy*, trad. Derk Bodde, 2 vol. (Princeton, N.J., 1953). Le ciel, c'est-à-dire l'univers naturel, était dit en inter-

relation avec les affaires humaines, le ciel détermine le vertueux et punit le mauvais (Ibid., II, 500-508). Un résumé bref et qualifié de la signification du *fa* et du *li* figure dans Derk Bodde et Clarence Morris, *Basic Concepts of Chinese Law*, in James T.C. Liu et Wei-Ming Tu, eds. *Traditional China* (Englewood Cliffs, N.J., 1970), pp. 92-108. Le céleste *li*, enraciné dans la sensibilité humaine innée, prescrit les modes de comportement dans les relations majeures de père et fils, de gouvernant et de sujet, de mari et femme, de frère aîné et cadet, d'ami et ami, tandis que le juridique *fa* oblitère les relations en imposant une uniformité factice. Le *li*, créé par les sages antiques en conformité avec la nature humaine et avec l'ordre cosmique, a une validité universelle tandis que le *fa* est simplement une création ad hoc de l'homme moderne. Les rites et cérémonies du *li* donnent à l'existence poésie et beauté tandis que le *fa* est mécanique et dénué de contenu émotionnel. Je suis redevable à Y. C. Liu, pour m'avoir fait comprendre ces notions intimes.

2 - L'ORIGINE DE LA TRADITION JURIDIQUE OCCIDENTALE DANS LA REVOLUTION PAPALE

I. Le concept de révolution papale marque le début d'une étape essentielle dans la continuité historique de l'Eglise; en tant que première des grandes révolutions occidentales, elle a été explorée par Eugen Rosenstock-Huessy, dans *Die europäischen Revolutionen* (1931, 3ème ed. rév. Stuttgart, 1960) et dans *Out of Revolution: The Autobiography of Western Man* (New York, 1938). Voir aussi son *Driving Power of Western Civilization: The Christian Revolution of the Middle Ages*, préface par Karl W. Deutsch (Boston, 1949). Parmi les historiens de l'Eglise, voir en outre Gerd Tellenbach, *Libertas: Kirche und Weltordnung im Zeitalter des Investiturstreites* (Stuttgart, 1936), trad. avec introduction par R. F. Bennett as *Church, State and Christian Society at the Time of the Investiture Contest* (Londres, 1959) (réimprimé en forme de Harper Torchbook, New York, 1970). Tellenbach déclare (p. 111) que le mouvement pour affranchir l'Eglise des pouvoirs séculiers, royal ou autre, qu'il date de 1058, constitua « une grande révolution de l'histoire mondiale » et que le pape Grégoire VII « se dresse comme le plus grand, et du point de vue spirituel, peut-être le seul des auteurs du grand tournant de l'histoire de la chrétienté catholique... C'était profondément un révolutionnaire, parler de réforme au sens habituel... ne pourrait le satisfaire » (p. 164). Dans l'ouvrage de David Knowles et Dmitri Obolenski, *The Christian Centuries*, vol. 2, *The Middle Ages* (New York, 1968) p. 169, les auteurs exposent que dans le cours de la réforme grégorienne, « apparut en Occident, pour la première fois, une classe organisée, le clergé, le vaste ensemble des clercs, solidement unis sous les évêques qui, eux-mêmes, étaient fermement reliés à l'évêque de Rome, dotés d'un droit et d'un intérêt commun qui les séparait des laïcs, lesquels devaient occuper une place inférieure ». En termes courants, écrivent les mêmes auteurs (p. 260), « l'on pourrait dire que ce fut la réforme grégorienne qui a finalement séparé le clergé de la laïcité, comme faisant deux parties de l'Eglise. Cette distinction s'affirma de plus en plus, et l'on en vint en peu de temps à parler de « l'Eglise » et des « hommes d'Eglise » pour évoquer le clergé par opposition aux

NOTES

simples fidèles ». Même quelqu'un d'aussi fermement convaincu que Walter Ullmann de la continuité sans faille de l'histoire du catholicisme romain, qui écrivit que Grégoire VII s'efforçait de traduire des principes abstraits en actions concrètes de gouvernement, n'en caractérisait pas moins la réforme grégorienne comme la première application de ces principes. Walter Ullmann, *The Growth of Papal Government* (Londres, 1955) p. 262. Ullmann a écrit que la papauté, dans la seconde moitié du XI^e siècle, n'était pas simplement une papauté réformée, elle ne « bornait pas ses objectifs à la suppression de certains maux ou abus ». « Ce que la papauté entreprenait était la réalisation de certains postulats hiéocratiques... ». En d'autres termes, elle ne visait pas une « simple réforme », mais une révolution.

Dans son analyse classique, *Western Society and the Church in the Middle Ages* (Harmondsworth, 1970), R.W. Southern constate (p. 34) qu'en soixante ou soixante-dix ans après 1050, le tableau de la situation économique de l'Europe occidentale, ses idéaux religieux, ses formes de gouvernement et les formes rituelles du culte « avait changé à pratiquement tous les points de vue ».

« Le gouvernant temporel avait été déchu de sa position de splendeur quasi sacerdotale, le pape avait assumé un pouvoir qu'il n'avait pas auparavant, d'intervention et de direction en matière aussi bien séculière que spirituelle, la Règle Bénédictine avait perdu son monopole dans la vie religieuse, une impulsion entièrement neuve avait été donnée au Droit et à la Théologie, et plusieurs progrès avaient été faits vers la compréhension, voire vers la maîtrise du monde physique. L'expansion européenne avait pris nettement de l'élan. Que tout cela soit survenu en si peu de temps, est le fait le plus remarquable de l'histoire médiévale ».

Un essai fort éclairant d'Yves Congar expose que « la réforme commencée par saint Léon IX (1049-1054) et poursuivie avec tant de vigueur par Saint Grégoire VII, représente un tournant décisif du point de vue de la doctrine ecclésiastique en général et de la notion d'autorité en particulier ». Congar signale que la recherche de textes légaux pour appuyer la position de Grégoire VII a marqué le début de la science du droit canon, et que la mystique du programme de Grégoire s'exprime dans sa transposition de la justice absolue, ou loi divine, en un nouveau système de droit ecclésiastique, dont le centre vital réside dans l'autorité juridique du pape. « Celui-là obéit à Dieu, qui obéit à son représentant » écrit Congar. A partir du XI^e siècle, constate-t-il, l'autorité ecclésiastique, et spécialement l'autorité suprême du pape, se trouva énoncée en termes de droit. C'est alors, par exemple, que l'expression « la curie papale » (en français, on dit de préférence pontificale) fut usitée pour désigner l'entourage du pape en tant que cour de justice, ayant compétence pour réviser automatiquement tous les jugements émis par les tribunaux épiscopaux. M. Yves Congar, *The Historical Development of Authority in the Church : Points for Christian Réflexion*, in John M. Todd, ed. *Problems of Authority : An Anglo-French Symposium* (Londres et Baltimore, 1962), pp. 139-140.

Le grand historien français de la société et de l'économie, Marc Bloch, écrit : « La réforme grégorienne fut un mouvement extraordinairement puissant dont on peut,

sans exagération, dater la formation définitive de la chrétienté latine, et ce ne fut nullement par coïncidence que ce fut aussi le moment de la séparation finale des églises occidentale et orientale. Si variées qu'aient été les manifestations de cet esprit - plus révolutionnaire que ne le crurent les contemporains - son essence peut être résumée en peu de mots ; dans un monde où, jusqu'à ce moment-là, le sacré et le profane avaient été inextricablement mêlés, la réforme grégorienne proclama à la fois le caractère unique et l'importance suprême de la mission spirituelle qui a été confiée à l'Eglise, son objectif fut de placer le prêtre à part et au-dessus du simple croyant ». Marc Bloch, *Feudal Society*, trad L.A. Manyon (Londres, 1961), p. 107.

Bloch suggère aussi en divers endroits que l'esprit révolutionnaire dans l'Eglise était en relation avec une transformation socio-économique majeure concomitante, séparant ce qu'il appelle le « premier âge féodal » du « second âge féodal ». « Une série de changements très profonds et très étendus se produisit vers le milieu du XI^e siècle », écrit-il (p. 60), « qui affecta tous les compartiments de l'activité sociale ». Ces changements spirituels et socio-économiques, souligne Bloch (p. 107), accompagnaient « un immense développement culturel » et une nouvelle façon de concevoir la société. Il insiste sur l'importance du renouveau de la jurisprudence dans la dernière partie du XI^e siècle, qui conduisit à reconnaître que les réalités de la vie sociale sont susceptibles d'être décrites méthodiquement, et consciemment remaniées ». La nouvelle éducation juridique « inculqua l'habitude de discuter rationnellement, quel que soit le sujet de l'échange de vues ». Au total, vers la fin du XII^e siècle, « les hommes d'action avaient à leur disposition un meilleur instrument d'analyse mentale que n'en avaient eu leurs prédécesseurs ».

Lors du récent mouvement de réforme lancé par le Pape Jean XXIII, un nombre croissant de membres de l'Eglise catholique romaine, zélateurs d'un changement radical, se sont référés à Grégoire VII comme l'initiateur d'une ère nouvelle de l'histoire religieuse, ère qu'ils envisageaient comme touchant à sa fin. Voir Hans Kûng, *The Church* (New York, 1967), p. 384.

Parmi les historiens profanes, la signification de la révolution papale a été en partie éclairée et en partie occultée par la redécouverte du « XII^e siècle » comme la période formative des institutions occidentales modernes, de la pensée et de l'art contemporains etc. La littérature anglaise débute avec C. H. Haskins, *Renaissance of the Twelfth Century* (Cambridge Mass., 1927). Voir aussi Marshall Claggett, Gaines Post et Robert Reynolds, *Twelfth Century Europe and the Foundations of Modern Society* (Madison, Wis., 1961). Colin Morris, *The Discovery of the Individual, 1050-1200* (New York, 1972). Sidney R. Packard, *Twelfth Century Europe : an Interpretive Essay* (Amherst, Mass., 1973). Norman F. Cantor, *Medieval History : The Life and Death of a Civilization* (New York, 1963). L'auteur de ce dernier volume qualifie la réforme grégorienne de « la première des grandes révolutions mondiales de l'histoire occidentale », et la situe dans une série comprenant la réforme protestante, la révolution française et la révolution russe) Il identifie correctement la période de changement fondamental entre environ 1050 et 1150, plutôt que 1100 et 1200.

NOTES

Comme l'a écrit Marc Bloch, « L'apparition des grands poèmes épiques dans la France du XI^e siècle peut être considérée comme l'un des signes qui ont salué l'immense développement culturel de l'âge suivant. La « renaissance du XII^e siècle » est l'expression fréquemment utilisée pour évoquer cet événement avec la restriction nécessaire que le mot « renaissance », entendu littéralement, risquant d'évoquer une simple réanimation et non un phénomène nouveau, la formule n'est valable que si on ne la prend pas pour chronologiquement exacte. Car encore que le mouvement n'ait pris toute son ampleur qu'au long du XII^e siècle, tout comme les changements démographiques et économiques concomitants, ses manifestations précoces datent aussi des deux ou trois décennies précédant immédiatement l'an 1100 ». Bloch, *Feudal Society*, p. 103.

Joseph R. Strayer attribue à Grégoire VII et aux événements de la fin du XI^e siècle et du XII^e associés à son nom, l'origine de l'idée moderne de l'Etat séculier. Voir son *On the Medieval Origins of the Modern State* (Princeton, N. J., 1970), p. 22. C'est là l'un des principaux thèmes de mon livre. Les changements révolutionnaires dans la structure constitutionnelle et légale des organismes politiques européens, à la suite de la querelle des Investitures, sont étudiés en détail dans l'important ouvrage de Heinrich Mitteis, *Der Staat des hohen Mittelalters : Grundlinien einer vergleichenden Verfassungsgeschichten des Lehnzeitalters*, 4^{ème} ed. (Weimar, 1953), traduit par H. F. Orton sous le titre *The State in the Middle Ages : A Comparative Constitutional History of Feudal Europe* (Amsterdam, 1975). Mitteis n'hésite pas à parler d'une « révolution constitutionnelle » pendant cette période, et d'une « révolution dans la pensée politique » ainsi que de « changements révolutionnaires » dans le Droit. Une bonne partie du même terrain est couverte dans l'important livre de Walter Ullman, *Law and Politics in the Middle Ages* (Londres, 1975), bien que Ullman ne fasse pas une distinction aussi tranchée entre les périodes précédant et suivant la querelle des Investitures.

Voir aussi Peter Brown, *Society and the Supernatural : A Medieval Change, Daedalus*, Printemps 1975, p. 133, où est donné un catalogue des changements fondamentaux qui pourrait servir de table des matières au présent chapitre. Brown décrit (pp. 133-134) « l'apparition soudaine de relations nouvelles entre le clergé et la laïcité à l'époque de la querelle des Investitures (un conflit auquel s'attache le nom d'un seul grand pape, Grégoire VII [1073-1085] mais en réalité, pour la société occidentale, un processus aussi étendu et inéluctable qu'un changement de marée). Durant le XI^e siècle, la classe des chevaliers émergea comme un groupe distinct, tandis que, au XII^e siècle, les réalités de la vie urbaine et un professionnalisme mercantile d'un style nouveau s'étaient installés pour durer... Nous constatons de nouveaux départs dans les formes de droit et d'organisation, la parution de codes écrits après des siècles de droit coutumier et de lois orales, l'acquisition des textes de droit romain à l'école de Bologne, la codification du droit canon et de la théologie de l'Eglise chrétienne (dans le *Decretum* de Gallien, vers 1140, et les Sentences de Pierre le Lombard en 1150)... D'innombrables nouvelles initiatives dans l'administration et une constante expérimentation en nouvelles formes d'organisation sociale couvrent la

largeur de l'Europe du XII^e siècle. Finalement, nous constatons une révision des modes d'auto-expression ».

Malgré ce bel arroi d'autorités, l'attitude la plus répandue reste celle du scepticisme à l'égard d'une quelconque rupture fondamentale dans la continuité de l'histoire mentale de l'Europe au cours de ce qu'on appelle le Moyen Âge. Sidney R. Packard écrit : « Bien qu'une comparaison des gouvernements européens en 1100 et en 1200 révèle maintes différences importantes, l'effort de certains pour évoquer une autre « révolution » en ce domaine semble reposer sur des données très fragiles » Packard, *Twelfth Century Europe*, p. 321. Peut-être aussi la confiance dans le caractère graduel des changements sera-t-elle réfutée par les preuves très substantielles présentées ici, de la survenance de systèmes légaux nouveaux dans toute l'étendue de l'Europe pendant le siècle et demi écoulé entre 1075 et 1225.

2. Brown, *Society and the Supernatural*, p. 134.

3. L'empereur Henri III justifiait sa déposition de trois papes en 1046 par la raison qu'il était le vicaire du Christ. Voir Southern, *Western Society*, pp. 104-106. Plus tard Henri IV écrivit au pape Grégoire VII : « Vous avez osé vous en prendre à moi,... que, selon les traditions des Pères Saints, Dieu seul peut juger ». Voir Geoffrey Barraclough, *The Investiture Contest and the German Constitution*, in Schafer Williams, ed., *The Gregorian Epoch : Reformation, Revolution, Reaction?* (Lexington, Mass., 1964), p. 63.

4. Voir Rosenstock-Huessy, *Out of Revolution*, p. 506. David Knowles écrit que Cluny ne devint complètement centralisé qu'au XI^e siècle et, qu'en pratique, il était beaucoup moins strictement organisé que ne le devint l'ordre cistercien au XII^e siècle. Cité par Williams, *The Gregorian Epoch*, p. 39.

5. Voir F. L. Ganshof, *The Imperial Coronation of Charlemagne* (Glasgow, 1971).

6. Brian Tierney, *The Crisis of Church and State, 1050-1300*, with *Selected Documents* (Englewood Cliffs, N. J., 1964), pp. 13-14. Une grande partie de la documentation fournie vient à l'appui du présent chapitre. Voir aussi Brian Tierney et Sidney Painter, *Western Europe in the Middle Ages 1300-1475* (New York, 1978).

7. Tierney, *Crises of Church and State*, p. 227.

8. R. F. Bennett, dans son Introduction à Tellenbach, *Church, State*, pp. xiv-xv.

9. Cité par Orville Prescott, *Lords of Italy. Portraits from the Middle Ages* (New York, 1972), p. 43.

NOTES

10. K. J. Leyser, *The Polemics of the Papal Revolution*, in Beryl Smalley, ed., *Trends in Medieval Thought* (Oxford, 1965), p. 53.

11. Cité *ibid.*, p. 42. Voir aussi Karl F. Morrison, *Tradition and Authority in the Western Church 300-1140* (Princeton, N. J., 1969), pp. 294-295. « Léon IX avait rencontré de violentes protestations contre ses prohibitions [de la simonie et du nicolaïsme] aux synodes de Rome et de Mantoue. Mais les décrets de Grégoire VII contre la simonie soulevèrent des résistances de même nature à travers l'Europe...Une réaction similaire accueillit ses décrets sur le célibat des clercs. En 1059, les efforts de Pierre Damien pour imposer le célibat des clercs à Milan provoqua un soulèvement populaire, et le clergé romain, sous Etienne IX, qualifia la continence cléricale de « vaine et frivole ». Lorsque l'évêque de Brescia donna lecture de la prohibition du mariage pour le clergé, les intéressés le rouèrent de coups, le laissant presque mort. Les décrets de Grégoire eurent la même réception. Parce qu'il prenait la défense des décisions de Grégoire, un abbé de monastère fut l'objet de violences au synode de Paris; et le clergé de l'archevêché de Rouen le chassa de son église à coups de pierres. Le clergé de Cambrai fit ouvertement rébellion. Des scènes analogues se produisirent dans quelques églises d'Allemagne ».

12. Le texte latin du *Dictatus Papae* figure dans Karl Hofmann, *Der Dictatus Papae Gregors VII* (Paderborn, 1933), p. 11. Le *Dictatus Papae* est en version anglaise dans S. Z. Ehler J. B. Morall, *Church and State through the Centuries* (Londres, 1954), pp. 43-44, reproduit dans Tierney, *Crisis of Church and State* pp.49-50.

13. Voir Augustin Fliche, « *La Réforme Grégorienne* », II (Paris, 1933), 202. L'on suppose généralement, de nos jours, que les vingt-sept propositions étaient une table des matières pour un document ultérieur, mais qui n'a jamais été écrit.

14. La lettre est reproduite dans Tierney, *Crisis of Church and State*, pp. 59-60.

15. Le décret est reproduit dans *The Correspondence of Pope Gregory VII: Selected Letters from the Registrum*, ed. et trad. Ephraim Emerton (1932, ed. réimpr., New York, 1969), p. 133.

16. Grégoire écrivit à Guillaume le Conquérant « Si, par conséquent, je dois répondre de vous au redoutable jour du jugement devant le juge juste qui ne peut mentir, le créateur de toute créature, demandez vous si je ne suis pas obligé de veiller avec diligence à votre salut, et si pour votre propre sécurité vous ne devriez pas m'obéir sans tarder, de telle sorte que vous possédiez la terre des vivants ». Cité par James Brice, *The Holy Roman Empire* (New York, 1886), pp. 157-158.

17. Gabriel Le Bras, *Canon Law*, in C. G. Crump et E. F. Jacob, eds. *The Legacy of the Middle Ages* (Oxford, 1926), pp. 333-334.

NOTES

18. Voir E. Bernheim, *Politische Begriffe des Mittelalters im Lichte der Anschauungen Augustins. Deutsche Zeitschrift für Geschichte*, n.s. 1 (1896-1897), 7 (le pape, comme vicaire du Christ sur la terre, doit faire justice à tous ceux qui sont au Christ « *debitor justitiae omnibus qui in Christo sunt, curia totius christianitatis* »).

19. C'est là un thème majeur de Rosenstock-Huessy dans *Out of Revolution*.

20. Southern, *Western Society*, p. 27. Southern signale (ibid.) que « tant le système grec que le musulman, étaient immensément plus riches, plus puissants et intellectuellement plus avancés que le reste de l'Europe. L'Occident était le parent pauvre de Byzance ».

21. A partir de 1074, le pape Grégoire VII promut l'idée d'une armée organisée sous l'égide de la papauté, qui affranchirait les chrétiens orientaux de la domination des infidèles turcs. En lançant la première croisade, le pape Urbain II considérait qu'il suivait la route programmée par Grégoire. Voir Carl Erdmann, *Die Entstehung des Kreuzzugsgedankens* (Stuttgart, 1936), pp. 149-153, 210-211, 285-286, 308-309 (le livre d'Erdmann est en version anglaise, *The Origin of the Idea of Crusade* (Princeton, 1977)). L'un des buts des croisades, outre la libération du lieu du tombeau du Christ occupé par les musulmans, était d'exporter la révolution papale en Chrétienté orientale. Dans certaines circonstances, les croisés livrèrent bataille aux Chrétiens d'Orient. Le pape déclara sa suprématie sur Constantinople. Cependant, en fin de compte cet objectif ne fut pas atteint. En 1099 les croisés fondèrent le royaume de Jérusalem, subordonné à la Papauté, mais la seconde croisade (1147-1149) fut sans résultat et la troisième croisade (1189-1192), bien qu'elle ait réussi à prendre Acre, fut incapable à reconquérir Jérusalem, capturée par Saladin en 1187. La quatrième croisade, lancée en 1199, culmina en une attaque sur Constantinople en 1203, la déposition et le remplacement de l'empereur par les croisés (Jérusalem ne fut même pas approchée). Il y en eut encore quatre au XIII^e siècle, toutes quatre soldées par l'échec bien que Frédéric II ait repris Jérusalem momentanément (1228-29). Malgré tout, les croisades eurent d'importants résultats domestiques d'ordre politique.

Elles reflétaient et maintenaient vivante la révolution papale. Elles étendirent le commerce international et contribuèrent au développement des grandes cités commerçantes italiennes, telles que Venise, Gênes et Pise.

Elles consolidèrent le pouvoir de la papauté. Finalement, elles facilitèrent la création d'une classe d'aristocratie militaire, la chevalerie, qui était chrétienne et européenne dans ses caractères.

22. Southern, *Western Society*, pp. 34-35. Southern ajoute : « Il n'y avait pas derrière ce mouvement expansionniste, une remarquable innovation technologique unique, mais le concours de nombreuses circonstances, l'accumulation plus rapide de capital, une population en augmentation, le retour à l'Occident du libre accès à la Méditerranée, le déclin des empires grec et musulman. Tout cela concourait à ouvrir

NOTES

des perspectives de plus en plus vastes ». Plus spécifiquement, Southern mentionne le peuplement de terrains incultes, l'amélioration des rivières, des routes et des canaux, et l'organisation des marchés et du crédit. La colonisation commença sur toutes les frontières de l'Europe occidentale et, avec la colonisation, le processus habituel des agressions militaires. Pour la première fois dans son histoire, l'Europe occidentale devenait une zone à démographie croissante, avec une production excédentaire... Pendant deux siècles à partir de 1100, l'Ouest fut travaillé par une ambition de puissance et de maîtrise, à laquelle il semblait n'y avoir aucune limite positive ». L'opinion de Southern selon laquelle il n'y eut « aucune innovation technique notable derrière ce mouvement d'expansion » est contestée par Lynn White (voir ci-après la note 23).

23. Lynn White, *Medieval Technology and Social Change* (Oxford, 1961), pp. 57-69. White montre l'importance de l'invention du collier de cheval qui, pour la première fois, a rendu possible d'employer la force du cheval à grande échelle (pp. 72-76). A l'usage élargi du cheval de ferme ont été liées l'introduction des semailles de printemps et la rotation triennale des cultures qui augmentèrent substantiellement l'approvisionnement en nourriture. M. D. Chenu écrit à propos des progrès technologiques au XII^e siècle que « la production d'énergie a fait des progrès énormes, avec le perfectionnement et la diffusion de machines pour capter la force motrice de l'eau, et produire le mouvement rotatif : les roues hydrauliques grâce auxquelles un cheval pouvait effectuer autant de travail que vingt-cinq précédemment, les moulins à vent, dont l'emploi a été introduit en Europe en 1105, les machines qui emmagasinent l'énergie par un système de poids et de roues dentées... De nouveaux moyens de transport et de voyage donnèrent à l'homme plus de liberté, l'invention initiale du collier de traction pour chevaux et bœufs transforma la vie rurale, l'emploi de la quille et du gouvernail date de 1180 et la boussole permit les voyages au long cours... L'horloge mécanique commença à rationaliser l'emploi du temps... ». M. D. Chenu, *Nature, Man, and Society in the Twelfth Century*, ed. et trad. Jerome Taylor et Lester K. Little (Chicago, 1968), p. 43 (d'abord publié comme « La théologie au XII^e siècle »).

24. Voir chapitre 3 sur les origines de la science juridique occidentale. Chenu, *Nature, Man and Society*, pp 16-17, indique qu'Abélard, dans les premières décennies du XII^e siècle, avait fait une « distinction rigoureuse » entre les choses qui sont attribuables à l'activité créatrice de Dieu dans la constitution du monde, d'une part et, d'autre part, les « causes naturelles » qui « expliquent la constitution ou le développement des choses qui viennent à l'existence sans miracles ». Il parlait de ces dernières comme *vis naturae* (la force de la nature) et *naturales causae* (causes naturelles).

25. Voir Marc Bloch, *Feudal Society*, pp. 93, 103. Une étude novatrice des relations entre la nouvelle littérature aux XI^e et XII^e siècles, et l'évolution concomitante du droit, est de R. Howard Bloch, *Medieval French Literature and Law* (Berkeley, 1977).

26. Charlemagne avait amendé le Credo de Nicée en insérant les mots « et du Fils » (*filioque*) après les mots « Je crois au Saint Esprit...qui procède du Père ». Cela était inadmissible pour l'Eglise d'Orient, à la fois parce que cela représentait une nouvelle conception de la Trinité et parce que c'était un amendement unilatéral de la plus importante déclaration d'un concile œcuménique capital dans l'histoire de l'Eglise. Voir le chapitre 4, à la note 28.

27. Peter Brown, in Smalley, *Trends*, p. 11.

28. Ibid., p. 12.

29. *De Civitate Dei*, 1. 35. 46. Voir R. A. Markus, *Saeculum : History and Society in the Theology of St Augustine* (Cambridge, 1970), pp. 20-21 « L'un des thèmes fondamentaux de sa réflexion sur l'histoire [est] que, depuis la venue du Christ jusqu'à la fin du monde, toute l'histoire est homogène et ne peut être schématisée selon un modèle tiré de l'histoire sainte ». Voir aussi G. L. Keyes, *Christian Faith and the Interpretation of History* (Lincoln, Nebr., 1966), pp. 177- 178. Le chrétien « n'a aucun espoir d'un état de choses terrestres sensiblement meilleur, d'un point de vue chrétien, que celui qu'il a sous les yeux, et moins encore d'une réalisation progressive du royaume de Dieu sur la terre ».

30. Cité dans Tierney, *Crises of Church and State*, pp. 68-69, 71.

31. Cité dans Eugen Rosenstock-Huussy, *Soziologie*, II (Stuttgart, 1958), 663.

32. Cité Ibid., p. 662.

33. Voir *Policraticus : The Statesman's Book of John of Salisbury*, trad. John Dickinson (New York, 1963), p. 9.

34. K. J. Leyser, in Smalley, *Trends*, p. 60.

35. Voir Chenu, *Nature, Man, and Society*, pp. 162-201. Chenu déclare (p. 162) que « ce ne fut pas la moins splendide réussite de la chrétienté latine du XII^e siècle que d'éveiller dans l'esprit des gens une prise de conscience active de l'histoire humaine ». Voir aussi R. W. Southern, *Aspects of the European Tradition of Historical Writing 2. Hugh of St. Victor and the Idea of Historical Development*, TRHS, 5ème série, 21 (1971), 159. Walter Freund souligne l'usage du concept de modernité dans les écrits de Pierre Damien, Jean de Salisbury, Walter Map et d'autres auteurs du XII^e siècle. Walter Freund, *Modernus und andere Zeitbegriffe des Mittelalters* (Cologne, 1957). Il l'explique en partie (p. 60) par la conviction qu'avaient les réformistes grégoriens de la fin du XI^e siècle, d'aborder des temps entièrement nouveaux et sans précédent.

NOTES

36. Voir Geoffrey Barraclough, *The Origins of Modern Germany* (Oxford, 1947), p. 114 : « Tournant le dos à la vieille théorie gelasienne de la coopération harmonieuse des deux grands pouvoirs [spirituel et séculier], le parti hildebrandien visait à une séparation de l'Eglise et de l'Etat, impliquant un changement complet de la position du roi dans la société chrétienne. Cela ne signifiait pas nécessairement sa subordination au pape, bien que Grégoire dût tirer bientôt cette conclusion de ses propres arguments, mais signifiait nécessairement que la position et le caractère sacerdotal du roi étaient contestés. Pour Grégoire, le roi n'était qu'un dignitaire révocable ».

En 1302, le pape Boniface VIII poussa l'idée encore plus loin, déclarant : « Celui qui nie que le glaive temporel soit aux mains de Pierre ne comprend pas les paroles du Seigneur ». Cette conception correspond à la doctrine de la plénitude du pouvoir (*plenitudo potestatis*) du pape comme vicaire du Christ sur terre. Néanmoins, si le glaive spirituel était manié par le pape directement, le glaive séculier l'était en fait par l'intermédiaire des rois et princes. Southern, *Western Society*, p. 143. Voir aussi Tierney, *Crises of Church and State*, pp. 3, 188-189. Voir Chapitre 7.

37. Sur la transformation de la nature de l'autorité épiscopale résultant de la querelle des Investitures, voir généralement Robert L. Benson, *The Bishop-Elect : A Study in Medieval Ecclesiastical Office* (Princeton, N.J., 1968). Benson y analysa beaucoup des matériaux originaux qui constituent la base du présent chapitre.

38. La première expression est de Rosenstock, *Europäischen Revolutionen*. La seconde vient de Tellenbach, *Libertas : Kirche und Weltordnung* (1936). L'expression employée par les réformistes du XI^e siècle signifiait simplement, l'ordre juste, normal.

3 - L'ORIGINE DE LA SCIENCE JURIDIQUE OCCIDENTALE DANS LES UNIVERSITES EUROPEENNES

1. Voir Samuel E. Thorne, ed. et trad. *Bracton on the Laws and Customs of England*, I (Cambridge, Mass., 1968), xxxvi. Thorne réfute de façon convaincante l'opinion de Maitland qui tenait Bracton pour un « mauvais romaniste ».

2. Haskins écrit : « Il y eut d'autres centres d'études du droit avant Bologne, tels que Rome, Pavie et Ravenne. Il y avait des juristes à Bologne avant Irnerius, notamment Pepo, « lumière brillante et pénétrante de Bologne, que l'on trouve peut-être en 1065, et certainement en 1076 dans la solution du différend même où la référence au Digeste apparaît pour la première fois ». Charles Haskins, *The Renaissance of the Twelfth Century* (Cambridge, Mass., 1927), p. 199. Néanmoins, comme Haskins le mentionne également, ce fut Irnerius qui « distingua initialement le droit de la rhétorique et lui donna le plein statut d'une branche du savoir, fondée non plus désormais sur des extraits et résumés, mais sur le texte du *Corpus Juris*, dont la tota-

lité serait dorénavant employée pour élucider les diverses parties ». Cette dernière expression est la clef du présent chapitre.

Le meilleur compte-rendu en anglais de l'école de Bologne est Hastings Rashdall, *The Universities of Europe in the Middle Ages* (Oxford, 1936), I, 87-267. L'ouvrage classique sur le sujet demeure Friedrich Carl von Savigny, *Geschichte des römischen Rechts im Mittelalter*, 2ème ed., III (Heidelberg, 1834), 137-419. Un excellent et bref résumé est celui de David Knowles, *The Evolution of Medieval Thought* (New York, 1962), pp. 183-184. Une étude précieuse non seulement de l'enseignement du droit à Bologne, mais aussi de la transplantation du système de Bologne dans d'autres universités d'Europe est celle de Helmut Coing, ed., *Handbuch der Quellen und Litteratur der neueren europäischen Privatrechtsgeschichte*, I (Munich, 1973), 39-128.

3. Odofredus au début du XIII^e siècle rapportait qu'il y avait 10.000 étudiants à Bologne. Ce chiffre est mis en doute par quelques chercheurs réputés, et une estimation de 1 000 est donnée par Coing, *Handbuch*, p. 81. Pourtant l'estimation de 10.000 n'est pas écartée par d'autres chercheurs, notamment P. Heinrich Denifle, *Die Entstehung der Universitäten des Mittelalters bis 1400* (Berlin, 1885), p. 138 et Albano Sorelli, *Storia della Università di Bologna*, vol. 1, *Il Medioevo : Secc XI-XV* (Bologna, 1944) p. 209.

4. Rashdall, *Universities of Europe*, pp. 159-160.

5. Voir en général *ibid.*, pp. 50-54, 275-278. Voir aussi note 7.

6. *Ibid.*, pp. 159-160.

7. L'université de Paris reçut certains privilèges de Philippe-Auguste en 1200 et son premier statut du légat pontifical en 1215. Son origine remonte à Abélard, au début du XII^e siècle.

8. Voir S. P. Scott, ed., *The Civil Law*, 17 vols. (Cincinnati, Ohio, 1932). Les manuscrits du Code, les Novelles et les Institutes de Justinien avaient survécu en Europe de l'Ouest. Mais le Digeste, de loin le plus important des quatre livres, avait disparu.

9. D. 42.16. Concernant l'interdit *Vi et Armata* [par force et par force armée]. Le texte latin de la compilation de Justinien se trouve dans Paul Krueger, Theodor Mommsen, Rudolf Schoell et Wilhelm Kroll, eds., *Corpus Iuris Civilis* (Berlin, 1954-1959).

10. John P. Dawson, *The Oracles of the Law* (Ann Arbor, Mich., 1968), pp. 114-115.

NOTES

11. Ibid., pp. 116-117.

12. Paul Vinogradoff, *Roman Law in Medieval Europe* (Oxford, 1929), p. 59.

13. Odofredus, cité in Savigny, *Geschichte*, p. 553.

14. Dans ses usages contemporains, le concept de dialectique comme méthode de synthèses des contradictions est dérivé de Hegel. Mais la tradition de pensée remonte à Abélard.

15. Haskins, *Renaissance*, p. 53

16. Voir Knowles, *Evolution*, p. 162.

17. Pierre Abailard, *Sic et Non : A Critical Edition*, ed. Blanche Boyer et Richard McKeon (Chicago, 1976). Dans le prologue, Abélard indique plusieurs façons de concilier des contradictions (par exemple, les mêmes mots peuvent avoir été employés dans des sens différents) ; mais ses successeurs, sinon lui-même, reconnurent qu'une conciliation mécanique pouvait être impossible et que le sens de passages contradictoires ne peut souvent être trouvé que dans l'interconnexion et les buts du corps d'ensemble des écrits scripturaires et patristiques. Voir Martin Grabmann, *Die Geschichte der scholastischen Methode*, II (Freiburg, 1911), 168-229.

18 John Herman Randall, Jr., *Aristotle* (New York, 1960), p. 33.

19. Ibid., p. 54.

20. Aristote, *Topics*, 1. 1. 100a 25-100b 23. 1.12.105a 10-19, in Richard McKeon, ed., *The Basic Works of Aristotle* (New York, 1941), pp. 188, 198.

21. Voir Ludwig Wittgenstein, *On Certainty*, ed. G. E. M. Anscombe et G. H. von Wright (New York, 1969).

22. Voir Wolfgang Kunkel, *An Introduction To Roman Legal and Constitutional Law*, trad. J. M. Kelley 2ème ed. (Oxford, 1973), pp. 98-103.

23. Carl J. Friedrich, *Transcendent Justice : The Religious Dimension of Constitutionalism* (Durham, N. C., 1964), p. 5.

24. Kunkel, *Introduction*, pp. 84-86, 95-124.

25. Fritz Schulz, *History of Roman Legal Science* (Oxford, 1946), pp. 57-58.

26. Fritz Schulz, *Principles of Roman Law* (Oxford, 1936), p. 53 ; Peter Stein, *Regulae Juris : From Juristic Rules to Legal Maxims* (Edinburgh, 1966), p. 36.

27. Schulz, *Roman Legal Science*, p. 94.

28. Ibid., p. 95.

29. Stein, *Regulae*, p. 36.

30. Ibid., pp. 45-46.

31. Ibid., p. 37.

32. Ibid., p. 41.

33. Ibid., p. 48.

34. Ibid. Voir aussi Diedrich Behrens, « *Begriff und Definition in den Quellen* ». *ZSS (rom)*, 74 (1957), 352.

35. D. 19. 1. 11. 1.

36. Stein, *Regulae*, p. 118.

37. Ainsi, d'après le Digeste 50. 17. 67, « Chaque fois qu'une sentence a deux sens, celui-là doit être accepté qui correspond le mieux à l'affaire jugée » tandis que selon D. 50. 17. 114, « Lorsque les mots sont ambigus, leur signification la plus probable et la plus habituelle doit être retenue ». Selon D. 50. 17. 125, les accusés sont regardés avec plus de faveur que les plaignants tandis que d'après 50. 17. 126, « Quand une question se présente relativement aux prétentions de deux personnes, la position du possesseur est préférable ».

38. Stein, *Regulae*, p.70.

39. Theodor Viehweg, *Topik und Jurisprudenz*, 5ème ed. (Munich, 1954), p. 74.

40. Cité in Schultz, *Principles*, pp. 51-52. Voir Max Weber, *Economy and Society*, ed. Guenther Roth et Claus Wittich, II (New York, 1968), 787. Voir aussi Viehweg, *Topik*, pp. 46-61. Mais voir Stein, *Regulae*, pp. 74-89.

41. Schulz, *Roman Legal Science*, pp. 43-48.

42. Ibid., p. 65.

43. Cité in Stein, *Regulae*, p. 157.

44. Pierre Abélard, *Dialectica*, ed. L. M. de Rijk (Assen, Nederland, 1956), p. 263.

NOTES

45. Voir William et Martha Kneale, *Introduction to Logic* (Oxford, 1968). Les auteurs de ce texte de pointe considèrent qu'Abélard est l'un des quatre plus importants penseurs qui ont développé la logique, les autres étant Aristote, Leibniz et Frege... Voir pp. 202-203, 245, 320 et 511 Je suis reconnaissant à Manuel Lourenço de m'avoir orienté vers ce livre et guidé dans les complexités de la généralisation existentielle.

46. Par exemple, alors que les textes de Justinien font référence occasionnellement à « la nature d'un contrat », et à un sens très limité, les glossateurs traduisirent *natura* par « substance » et discutèrent de savoir si la *naturalia* d'un contrat pouvait légitimement être exclue par un accord exprès. Au XIV^e siècle, Baldus élaborait une théorie raffinée qui distinguait parmi les *substantialia*, c'est-à-dire les éléments d'un contrat qui lui donnent son « être » et sans lesquels il ne peut pas exister (par exemple, dans un contrat d'achat et vente, la chose vendue et le prix), les *naturalia*, c.à.d. les éléments qui sont déduits du contrat et peuvent être modifiés par accord exprès, et les *accidentalialia*, c.à.d. les choses qui proviennent seulement des accords spécifiés entre les parties. Voir Baldus, D. 2, 14, 7, 7, N°1. Gl. *Extra nauram* D. 2, 14, 7, 5. Cf Helmut Coing, *Zum Einfluss der Philosophie des Aristoteles auf die Entwicklung des Römischen Rechts*, ZSS (rom) 69 (1952), 24-59. Lorsqu'il cite ce passage de Baldus, le professeur Coing ne distingue pas le raisonnement juridique médiéval européen du raisonnement byzantin, mais fait ressortir l'influence d'Aristote comme si elle avait suivi une piste rectiligne.

Un brillant exemple de la façon dont les glossateurs usaient d'une maxime pour en tirer une large variété de résultats spécifiques peut être trouvé en Gerhard Otte, *Dialektik und Jurisprudenz* (Francfort-sur-le-Main, 1971), pp. 214-215.

47. Même aujourd'hui, l'on discute encore si Aristote était un réaliste ou un nominaliste, ou quelque chose d'entre les deux, parfois dénommé conceptualiste. Un conceptualiste voit l'essence des choses (les universaux) comme existant « dans » les choses, plutôt que hors d'elles (réaliste) ou n'existant nullement (nominaliste).

Cette position se rapproche assez bien de celle d'Abélard, et elle est implicite dans l'idée que les règles du droit sont des généralisations de jugements d'espèces.

48. Ce que l'on connaît de la biographie de Gratien est rapporté dans Stephan Kuttner, *The Father of the Science of Canon Law*, : *The Jurist*, 1 (1941), 2-19.

49. *Decretum*, in E.Friedberg, ed., *Corpus Iuris Canonici*, vol. 1 (1879 réimpr. ed. , Graz, 1959).

50. Voir Migne, *PL* 140, 530-1058. Burchard mourut en 1025.

51. Migne, *PL* 166, 47. Ivo vécut d'environ 1040 à environ 1115.

NOTES

52. D'autres canonistes et théologiens auxquels il faisait confiance pour sa méthode dialectique sont évoqués dans Stanley Chodorov, *Christian Political Theory and Church Politics in the Mid-Twelfth Century : The Ecclesiology of Gratian's Decretum* (Berkeley, 1972), p. 2, n. 3.

53. Voir Stephan Kuttner, *Harmony from Dissonance : An Interpretation of Medieval Canon Law* (Latrobe, Pa., 1960).

54. *Decretum*, Dist. 9, c. 1.

55. *Ibid.*, Dist. 9, dict post c. 11.

56. *Ibid.*, Dist. 1, c. 2.

57. *Ibid.*, Dist. 9, c. 2.

58. Fritz Schultz peut dire juste que des textes de loi romains classiques tels que « Ce qui a plu au prince a force de loi », et « Le prince n'est pas tenu par les lois » doivent être entendus en un sens étroit, et que ce fut seulement dans la période post-classique que l'empereur devint considéré comme supérieur aux lois en général. Voir Schultz, « Bracton on Kingship », *English Historical Review*, 60 (1945), 136. Néanmoins, aucune attestation d'un quelconque juriste romain, affirmant que l'empereur était tenu par les lois ne nous est parvenu (ou comme Pierre Banos a dit, peut-être est-ce qu'aucun juriste n'a fait pareille affirmation, et survécu). La position adoptée par le texte est confortée plutôt que réfutée par la disposition du Code de Justinien 1.14. 4 : « C'est une déclaration digne de la majesté d'un prince régnant, qu'il professe d'être soumis aux lois, car notre autorité tient à celle des lois ».

59. *Decretum*, Dist. 10, c. 1 et Pars II.

60. *Ibid.*, Dist 11, Pars I. Une analyse montrant l'originalité de l'exposé par Gratien des sources de la loi peut se trouver in Jean Gaudemet, « La doctrine des sources du droit dans le Décret de Gratien », *Revue de Droit Canonique*, 1 (1951), 6. Stanley Chodorov a certainement raison de souligner que la clef de l'approche de Gratien quant à la hiérarchie des lois est qu'il envisageait l'Eglise comme une communauté juridique, analogue aux autres communautés juridiques. Stanley Chodorow, *Christian Political Theory*, p. 97.

Pour cette raison, il considérerait d'abord l'autorité politique de l'auteur d'une loi ou d'un principe juridique, pour en déterminer la place dans la hiérarchie.

61. Gabriel Le Bras, « Canon Law », in C. G. Crump et E. F. Jacob, eds., *The Legacy of the Middle Ages* (Oxford, 1926), pp. 325-326.

62. *Decretum*, Dist. 9, c. 1.

NOTES

63. Ibid., Dist. 37, trad. in A. O. Norton, ed., *Readings in the History of Education* (New York, 1971), pp. 60-75.

64. Une sorte différente de synthèse, comportant le simple choix de l'une de deux solutions contradictoires, est caractéristique de la méthode philosophique de Thomas d'Aquin (fin du XIII^e siècle) qui, à cet égard, reculait d'un pas.

65. Voir Frederick Russell, *The Just War in The Middle Ages* (Cambridge, 1975).

66. Voir Hermann Kantorowicz, *The Quaestiones Disputatae of the Glossators*, *Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis / Solidus. Revue d'Histoire du Droit*, 16 (1939), 5.

67. Ibid., p. 23.

68. Ibid., pp. 55-56. Kantorowicz énumère les termes suivants : *titulus, rubrica, summaria, exordium, casus, causa, materia, thema, ponere, queritur, questio, controversia, disputatio, actor, argumentum, decisio, definitio, determinatio, iudicium, sententia, responsum, distinctio, divisio, problema, solutio*, et autres. Mais voir Fritz Pringsheim, *Beryt and Bologna, in Festschrift für Otto Lenel* (Leipzig, 1921), pp. 204, 252. Kantorowicz signale que Pringsheim (qui écrivait environ deux décennies plus tôt) se trompait en attribuant beaucoup de ces termes au droit romain, alors qu'ils étaient apparus en Orient « après » le règne de Justinien.

69. Kantorowicz, *The Quaestiones Disputatae*, pp. 1-6.

70. Ibid., p. 43.

71. Ibid; pp. 5-6.

72. Voir Schulz, *Bracton on Kingship*, pp. 43-44.

73. Un exemple précoce, peut-être le premier, de l'application aux phénomènes naturels des méthodes de la science moderne préalablement développées dans le droit, peut sans doute se trouver dans l'œuvre de Robert Grosseteste (1168-1253), qui enseignait à Oxford dans la première décennie du XIII^e siècle, et fut évêque de Lincoln de 1235 à sa mort. Dans ses recherches expérimentales d'optique, de son, de chaleur, d'astronomie et autres, Grosseteste se fondait principalement sur la distinction d'Aristote entre le fait (*quia*) et la « raison du fait » (*propter quid*). Il y ajouta la méthode consistant à décomposer le phénomène observé en ses éléments constitutifs, puis à recomposer théoriquement le phénomène, et à comparer la reconstruction théorique (« composition ») avec les éléments constitutifs (« résolution ») afin d'éprouver la validité des principes employés. Selon l'expression d'un écrivain moderne étudiant la position de Grosseteste dans l'histoire de la science, « Gratien em-

ployait la même démarche logique pour réformer le droit canon ». A. C. Crombie, « Grosseteste's Position in the History of Science » et in D. A. Callus, ed., *Robert Grosseteste, Scholar and Bishop Essays in Commemoration of the Seventh Centenary of His Death* (Oxford, 1955), p. 100. Le disciple de Grosseteste, Robert Bacon (env. 1220 à env. 1292) écrit à propos de Grosseteste qu'avec d'autres savants contemporains, « ils étaient persuadés que le pouvoir des mathématiques est capable de démêler les causes de toutes choses, et de fournir explication suffisante des phénomènes humains et divins ». Francis S. Stevenson, *Robert Grosseteste, Bishop of Lincoln : A Contribution to the Religious, Political, and Intellectual History of the Thirteenth Century* (London, 1899), p. 51. Stevenson ajoute que par « le pouvoir des mathématiques », Bacon entendait probablement ce que nous appellerions maintenant (1899) « le règne de la loi » et qu'une large confirmation s'en dégage des écrits de Grosseteste. Voir A. C. Crombie, *Grosseteste, Bacon, et la Naissance de la Science Expérimentale, 1100-1700* (Oxford, 1953), p. 10.

74. « *Causa est civilis discrepatio de certo dicto vel facto certae personae* », un procès civil (cause) est une dispute au sujet d'un certain dire ou d'un certain acte d'une certaine personne. Voir Alessandro Giuliani, « The Influence of Rhetoric », *Juridical Review*, 62 (1969), 231.

75. Ibid., pp. 234-235. Ces règles de pertinence s'appliquaient d'abord aux propositions (*positiones*) des parties et des témoins en prêtant serment, ensuite aux allégations (*articuli*) prouvées par les témoins et les documents qui remplacèrent graduellement les formes anciennes de serment devenues désuètes.

76. Ibid., p. 237.

77. Alexandre Koyre, *From the Closed World to the Infinite Universe* (Baltimore, 1976).

78. Josph Needham, en cherchant pourquoi la science moderne ne se développa pas dans la civilisation chinoise traditionnelle (ni l'indienne) mais seulement en Europe, souligne l'importance, d'une part de la conception babylonienne, stoïcienne et judaïque d'un corps de lois posées par un Dieu transcendant et couvrant tant les actions des hommes que le reste de la nature, et d'autre part de la séparation tranchée, opérée seulement à la fin du XVI^e siècle et au XVII^e, entre la loi naturelle humaine et les lois impersonnelles de la nature (les Chinois, au contraire, ne concevaient pas de lois qui s'appliqueraient aux phénomènes non humains). Needham attribue l'évolution de l'Occident vers une croyance en un corps distinct de lois de la nature, principalement à l'instauration de l'absolutisme royal à la fin du féodalisme et aux débuts du capitalisme. Le fait que Bacon ait employé l'expression « lois de nature » au XIII^e siècle conforte cette thèse, déclare Needham, puisque le fait critique est que le concept de Bacon « est resté latent jusqu'à ce que la Renaissance produise un nouvel absolutisme politique et une renaissance de la science expérimentale qui l'ont ramené au devant de la scène du discours ». Voir Joseph Needham, *The Great Titration : Science and Society in East and West* (Londres, 1969), pp. 310-311.

NOTES

L'explication de Needham n'est juste qu'en partie. Que quelque chose de neuf soit survenu à l'Ouest, à la fois en science et dans la société, aux XVI^e et XVII^e siècles, c'est un fait indubitable. Il est vrai aussi que la nature physique se vit alors reconnaître ses lois propres que l'on pensa tout à fait distinctes des lois morales de la nature humaine. Mais il est dérouterant de dire que l'idée de Bacon, et de Grosseteste avant lui, qu'il y avait des lois de la nature et de la lumière, « n'avait tout bonnement pas été acceptée généralement à son époque ». (Ibid., p. 310). Les théories de Grosseteste et de Bacon furent caractéristiques de la pensée scientifique de leur temps (voir note 73). Elles faisaient partie d'un monde scientifique bien différent de celui des anciens Babyloniens, Grecs et Hébreux, et bien différent aussi de celui des Chrétiens d'Orient et d'Occident, avant le XII^e siècle. C'était une vue scientifique du monde qui, séparant analytiquement le monde de Dieu, le temporel de l'éternel, les « causes naturelles » (l'expression est d'Abélard) du miraculeux (voir chap. 2, note 24) permit, et même exigea une systématisation des lois applicables à chacune des deux sphères. Cela ouvrit la voie à une séparation analytique postérieure, à l'intérieur du monde, entre la nature et l'homme, qui à son tour permit et exigea une systématisation des lois applicables à chacune des deux nouvelles sphères. Les méthodes de systématisation restaient foncièrement semblables. C'est ainsi que l'avènement de la pensée scientifique moderne doit être rattaché, d'abord à la séparation des autorités ecclésiastiques et séculières à la fin du XI^e siècle et au XII^e, et seulement ensuite aux événements des XVI^e et XVII^e siècles (y compris l'ascension des monarchies temporelles absolues).

79. Voir André F. Cournand et Harriet Zuckerman, « The Code of Science Analysis and Some Reflexions on Its Future », *Studium Generale*, 23 (1970), 941, 945-961. Je suis reconnaissant à Grace Goodell d'avoir attiré mon attention sur ce précieux essai.

80. Ibid., p. 945.

81. Voir Harold J. Berman, « The Right to Knowledge in the Soviet Union », *Columbia Law Review*, 54 (1954), 749.

82. Voir Chap. 4. L'hérésie avait été dénoncée par l'Eglise dès le I^{er} siècle, et persécutée à diverses époques tant par les autorités séculières que par les ecclésiastiques. Toutefois, elle ne revêtit le caractère d'une infraction juridique que lorsque la révolution papale établit l'Eglise dans le statut d'une entité légale. Voir généralement Herbert Grundmann, *Ketzergeschichte des Mittelalters* (Göttingen, 1963). Des sources documentaires de valeur sont fournies en traduction anglaise dans R. I. Moore, *The Birth of Popular Heresy* (Londres, 1975), et Jeffrey B. Russell, *Religious Dissent in the Middle Ages* (New York, 1971).

83. Robert K. Merton, « Science and the Democratic Social Structure » *Social Theory and Social Structure* (1942. Réimp. ed. New York, 1957), pp. 550-561.

84. Les historiens des idées tournent parfois les choses en sens inverse. Voir *A Scholastic Miscellany : Anselm to Ockham*, ed. et trad. Eugene R. Fairweather (New York, 1956) : « A vrai dire, toute l'histoire de la pensée médiévale peut être organisée en une redécouverte progressive d'Aristote ». En fait, les principales œuvres des pères fondateurs tant de la nouvelle théologie que de la nouvelle science juridique, spécialement Abélard et Gratien, ont précédé tout juste la traduction des œuvres principales d'Aristote sur la logique. Ce n'est pas à dire que les théories d'Aristote en matière de logique, comme elles avaient été transmises par Boèce au VI^e siècle, n'aient pas été d'importance. Mais la question demeure, pourquoi ont-elles acquis soudain une nouvelle portée ? Pourquoi a-t-on ressenti la nécessité de traduire ses œuvres majeures en logique ?

85. Les Juifs d'Europe, à la fin du XI^e siècle, puis aux XII^e et XIII^e siècles, vivaient dans des conditions qui changeaient dramatiquement de place en place et d'un temps à un autre. En certains lieux et moments, ils étaient l'objet de persécutions terribles et de bannissement officiel ; en d'autres, ils vivaient en paix avec leurs voisins et parvenaient à la prospérité et même à l'influence politique. Durant cette période, les Juifs conservaient leur propre loi et leurs propres tribunaux et étaient soumis au droit royal. Souvent, ils étaient spécialement protégés dans les statuts royaux de paix et dans les chartes urbaines de liberté.

Encore que l'on ne puisse identifier une influence directe du droit israélite sur le droit occidental, la pensée juive contribua effectivement au climat intellectuel général de ces époques. Cela provint de deux canaux. D'une part, il y eut une influence directe de la pensée juive, en particulier la tradition allégorique de raisonnement, présente dans le Midrash, qui était d'un usage général parmi les penseurs juifs, aussi bien que l'école rationnelle centrée autour de Rashi (1040-1105) dans le Nord de la France et, un siècle plus tard, autour des écrits de Moïse Maimonide (1135-1204). Beryl Smalley a remarqué que l'influence directe de Rashi est discernable chez plusieurs auteurs importants à la fin du XI^e siècle et au début du XII^e, alors que tant Thomas d'Aquin (1225-1274) qu'Albert le Grand (1200-1280) furent influencés par Maimonide. Voir Beryl Smalley, *The Study of the Bible in the Middle Ages* (Notre Dame, 1978), en particulier pp. 149-172, sur l'influence de Rashi. Pour Maimonide, voir Wolfgang Kluxel, « *Die Geschichte des Maimonides im lateinischen Abendland als Beispiel eines christlich-jüdischen Begegnung, in Judentum im Mittelalter* », *Miscellanea Mediaevalia*, IV (Berlin, 1966).

La seconde forme d'influence juive était plus subtile. Lorsque des érudits chrétiens cherchaient le contact avec des intellectuels juifs afin d'éclaircir leur façon de voir l'Ancien Testament, il s'apercevaient que les Juifs avaient souvent traduit les termes et les phrases d'une autre façon que la leur et interprété des passages tout différemment. Cela obligeait les chrétiens à réexaminer leurs sources et leurs raisonnements, et fréquemment à bâtir des explications nouvelles pour contrer les connaissances et les critiques des Juifs. Smalley, *The Study of the Bible*, pp. 364-365. Ainsi, comme l'a dit Robert Chesler, « La seule existence d'une tradition intellectuelle distincte de

NOTES

celle de la chrétienté européenne, obligeait à une confrontation des faiblesses et à une effervescence des idées qui, autrement, n'auraient pas eu lieu.

Malgré tout, ni la pensée ni la loi judaïques ne semblent avoir exercé une influence substantielle sur les systèmes juridiques de l'Occident, pour autant que cela soit visible dans la littérature subsistante. Smalley, p. 157 n. 2, cite L. Rabinowitz, *The Social Life of the Jews in Northern France in the XII-XIVth Centuries as Reflected in the Rabbinical Literature of the Period* (Londres, 1938), d'où il ressort que « l'on connaît des cas où des chrétiens s'instruisirent du droit judaïque ». Néanmoins Rabinowitz ne donne qu'un seul exemple où un Chrétien qui avait étudié le droit judaïque s'était converti au judaïsme.

Une raison implicite de ces faits peut avoir été l'absence chez les Juifs d'une séparation entre la loi spirituelle et le droit séculier, car pour les Juifs du XII^e siècle, chaque aspect du droit était ancré dans la Bible au titre de parole de Dieu et dans le caractère de canal de la volonté divine conféré à la communauté juive. Par ailleurs, l'intensité de la casuistique du Talmud peut avoir contribué à le rendre étranger à la pensée juridique occidentale qui insistait sur la systématisation des principes légaux.

Peut-être des raisons analogues expliquent-elles que l'influence de l'islam sur le droit européen ait été négligeable aux XI^e et XII^e siècles. Dans la mesure où les Européens s'intéressèrent à la civilisation islamique, à cette époque, ils en bornèrent l'étude principalement à l'astronomie, l'astrologie, les mathématiques et la médecine. Pour citer un exemple, à la fin du XI^e siècle, Constantin l'Africain, un chrétien de Tunisie au service de Robert Guiscard, comte d'Apulie, traduisit en latin des livres de médecine arabes et en fit don à l'université de Salerne. Ce fut dans la deuxième partie du XIII^e siècle, alors que les orientations majeures du droit occidental étaient acquises, que la philosophie arabe devint influente parmi des théologiens tels que Thomas d'Aquin et Roger Bacon. Voir Johann Fueck, *Die arabischen Studien in Europa, bis in den Anfang des 20. Jahrhunderts* (Leipzig, 1955) ; R. W. Southern, *Western Views of Islam in the Middle Ages* (Cambridge, Mass) ; F. Wuestenfeld, *Die Uebersetzungen arabischer Werke in das Lateinische seit dem XI Jahrhundert* (Göttingen, 1877).

Une exception fut apportée par Pierre le Vénéral (1092-1157), abbé de Cluny. Il dut se rendre en Espagne pour arbitrer une querelle entre Castille et Aragon et y fit la rencontre de deux connaisseurs des théories arabes sur l'astrologie. Ils accompagnèrent l'abbé à son retour à Cluny où l'un des deux traduisit le Coran en latin, non sans nombre de failles et d'erreurs, tandis que l'autre traduisait un document portant sur les prédications de Mahomet. Pierre envoya ces traductions à Bernard de Clairvaux, mais ces efforts n'aboutirent pas à une étude plus approfondie du Coran. Comme dit R. W. Southern, la traduction du Coran était « un aboutissement plutôt qu'un début ». L'étude sérieuse de l'islam n'était pas une entreprise qui séduisit les contemporains ou les successeurs immédiats de Pierre le Vénéral, Southern, *Western Views*, pp. 33-37.

Ce fut seulement au siècle suivant que, grâce à des arabisants tels Raymundus Martini et Ramon Lull, la philosophie arabe devint accessible et connue en Occident, et exerça une influence sur une large variété d'intellectuels. Même alors, les systèmes légaux occidentaux paraissent être restés sans échos importants de la pensée islamique. Voir Deno J. Geanakoplos, *Medieval Western Civilisation and the Byzantine and Islamic Worlds* (Lexington, Mass., 1979), p. 159.

86. Knowles, *Evolution*, pp. 80-81.

87. Roberto Unger a attribué l'apparition, dans l'histoire européenne, du concept de droit en tant que système autonome à la convergence d'une théologie de transcendance, d'une confiance dans le pluralisme des groupes et de l'idée d'un Etat séculier libéral. Voir Roberto M. Unger, *Law in Modern Society : Toward a Criticism of Social Theory* (New York, 1976), pp. 66-76, 83-86, 176-181. Il y a des parallélismes frappants entre son analyse et l'exposé ici proposé, malgré le contraste marqué entre son interprétation plus philosophique et celle-ci plus historique. Cependant, en situant au XVII^e siècle les origines du concept occidental d'un système légal autonome, et en les rattachant à l'apparition d'une théorie politique et juridique positiviste, le professeur Unger a éludé les questions cruciales des caractères politique et juridique de l'Eglise et des relations entre l'Eglise et l'Etat, questions qui furent au centre de la pensée politique et légale en Occident de la fin du XI^e siècle jusqu'au XIX^e, et sous d'autres habillages continuent à hanter les religions politiques temporelles occidentales, y compris libéralisme et socialisme. Voir Harold J. Berman, *The Interaction of Law and Religion* (New York, 1974).

88. Une opinion analogue sur l'interdépendance de la forme et de la substance dans la pensée juridique, mais avec une vue différente de la nature de l'une et de l'autre, a été présentée par Duncan Kennedy dans son article : « *Form and Substance in Private Law Adjudication* », *Harvard Law Review*, 89 (1976), 1685. Le professeur Kennedy affirme que dans la pratique judiciaire américaine contemporaine de droit privé, toute les « formes » de lois se répartissent en deux catégories opposées, à savoir, les *rules* [règles], qui sont relativement étroites et spécifiques, supposées opérer avec objectivité et généralité, et les *standards*, [critères], tels que bonne foi, rationalité, et *due procedure*, qui sont relativement larges et permettent de traiter les personnes et les situations sur une base ad hoc.

Le professeur Kennedy affirme en outre que tous les *substantive goals*, [objectifs concrets] du droit relèvent de deux catégories opposées, à savoir : « individualisme », qu'il identifie à intérêt personnel, autonomie des parties et réciprocité, et « altruisme », qu'il identifie à partage, sacrifice et engagement communautaire. Pour compléter ce tour d'horizon, le professeur Kennedy affirme que la préférence pour une disposition de droit coulée dans la forme de règles est en connexion avec l'objectif concret individualiste, tandis que la préférence pour une disposition coulée dans la forme de critère est connexe avec l'objectif concret altruiste. Il y a chevauchement, écrit-il (p. 1776), mais « à un niveau plus fondamental,

NOTES

l'individualiste/formaliste et l'altruiste/informaliste opèrent en vertu de visions carrément contradictoires de l'univers ».

Cette analyse représente une rupture complète avec la conception occidentale traditionnelle, selon laquelle les conflits entre règles et critères (de même que d'autres formes adverses de formulation juridique, telles que doctrines, concepts et analogies) sont en fin de compte conciliables par l'ensemble du système légal. De même, c'est une rupture d'avec l'opinion traditionnelle en Occident selon laquelle des objectifs de droit opposés, non seulement entre individualisme et altruisme mais aussi d'autres valeurs cardinales (par exemple, diversité et unité, changement et continuité, liberté et égalité) sont finalement conciliables au sein des valeurs du système légal d'ensemble. De plus, c'est un postulat traditionnel dans la pensée juridique occidentale que la mesure dans laquelle un certain objectif de droit peut être servi par une certaine forme légale, ne peut être déterminée abstraitement, mais doit l'être dans le contexte historique. Dans certaines sociétés (par exemple, communiste) et dans certains domaines, même de ce que l'on appelle droit privé (par exemple, la copropriété) les règles peuvent être plus altruistes et les critères plus individualistes, au sens où le professeur Kennedy emploie ces termes.

En réduisant le cadre de l'analyse à une série de dualismes, qui eux-mêmes sont finalement réduits à un dilemme unique, le professeur Kennedy donne une expression dramatique à un scepticisme très répandu envers les lois et une adhésion à ce que l'on pourrait appeler « adhocratie » des décisions fondées sur des critères légaux. L'occidental d'aujourd'hui ne croit pas aisément à des règles, parce qu'il a tendance à les considérer isolément, sans égard à l'ensemble du système légal dont elles sont partie intégrante. Il trouve plus commode de croire en des valeurs, parce qu'il les voit affranchies des règles requises pour servir ces valeurs dans divers types de circonstances. Cette « antinomie des règles et des valeurs » a été exposée par Roberto Unger comme une impasse de la pensée libérale moderne. Voir Roberto M. Unger, *Knowledge and Politics* (New York, 1975), pp. 88-100.

L'une des raisons pour explorer les origines de la pensée juridique occidentale aux XI^e et XII^e siècles, est qu'ainsi l'on voit, par déduction, le contraste entre la science de synthèse juridique qui est la source de 900 ans de tradition légale, et la jurisprudence fragmentaire qui est devenue prédominante, sinon exclusive, au XX^e siècle occidental.

4 - SOURCES THEOLOGIQUES DE LA TRADITION JURIDIQUE OCCIDENTALE

1. *Encyclopedia Britannica*, ed. de 1969, au mot « mythe ».

2. La phrase est tirée du *Book of Common Prayer*, et provient d'Ezéchiel, 18 : 23.

3. Voir Psaume 98, 8-9. Jérémie 23, 5. Michée 4, 3. Amos, 5,18. Zacharie 3, 8-11 et 1,15.

4. Symbole de Nicée (325 de notre ère). Voir J. N. D. Kelly, *Early Christian Creeds* (New York, 1950), pp. 215-216.

5. Matthieu, 25, 31-46.

6. Voir le Préambule de l'*Ecloga* (une collection de lois promulguée par les empereurs byzantins aux environs de l'an 740) in Edwin H. Freshfield, *A Manual of Roman Law : The Ecloga* (Cambridge, Mass. 1926). Le premier paragraphe annonce « une sélection de lois rangées en forme concise par Léon et Constantin, les sages et pieux empereurs, et provenant des Institutes, des Digestes, du Code et des Nouvelles de Justinien le Grand, et révisées en direction de plus grande humanité,[sélection]promulguée au mois de mars, neuvième indiction de l'année 6234 de la création ».

7. Voir Jaroslav Pelikan, *The Christian Tradition*, vol. 2, *The Spirit of the Eastern Christendom, 600-1700* (Chicago, 1954), pp. 279-280. L'orthodoxie n'a jamais développé de théories à propos de mérites, de satisfaction, de purgatoire et d'œuvres surrogatoires. Quelques théologiens orientaux ont introduit des notions quelque peu semblables au purgatoire, mais elles n'ont jamais été largement adoptées dans l'Eglise d'Orient. La doctrine de la damnation éternelle y est rejetée et, en général, la pensée juridique joue un rôle mineur dans la théologie orientale.

8. Eugen Rosenstock-Huessy, *Out of Revolution, The Autobiography of Western Man* (New York, 1938), pp. 509-510.

9. C'étaient là des « indulgences partielles » normalement formulées en termes d'années ou de mois, de jours, ou de « quarantaines » (la durée du Carême). Le terme d'indulgence ne se rapportait pas au temps de punition, mais au temps de repentir, ce qui veut dire qu'une indulgence de six ans correspondait en valeur à six ans vécus sous les disciplines pénitentielles de l'Eglise ancienne.

10. John T. McNeill et Helena M. Garner, *Medieval Handbooks of Penance* (New York, 1938), p.17. Voir Bernard Poschmann, *Penance and The Anointing of the Sick* (New York, 1964), chap. 1, note 41a, pp. 147-149. Poschmann. écrit (p. 148) que le mot « absolution » (*absolvere*) apparut dans la liturgie de la pénitence très tardivement et que pour fort longtemps il fut affecté aux oeuvres de pénitence faites par le pécheur même. Il considère comme une « difficulté fondamentale » de la pratique antérieure, le fait que « le pardon des péchés (dans l'optique d'avant le onzième siècle) était primordialement l'effet des œuvres de pénitence » de sorte « qu'il ne restait pas de place pour un acte proprement dit d'absolution », et qu'en dernière analyse, le terme absolution est vide de sens. Cette interprétation de la pratique ancienne reflète parfaitement le point de vue des réformistes des XI^e et XII^e siècles.

NOTES

11. *De Vera et Falsa Penitentia*, Migne. PL 40.1113, écrit vers 1050 et, à tort, attribué à St Augustin. Cet essai fut largement utilisé au siècle suivant par Gratien et par d'autres canonistes. Au XVI^e siècle, il fut abondamment commenté par Erasme et divers auteurs, et fut répudié par Luther. Le passage cité dans le texte figure à la page 1129.

12. Ibid.

13. *De Vera et Falsa Penitentia*, chap. 10, 18, Migne, PL 40.1122, 1128. Poschmann, dans *Penance*, p. 158, n. 3, estime que l'identification du pouvoir d'imposer un châtiment temporel au pouvoir d'imposer une punition éternelle n'ajoute rien de nouveau à l'enseignement traditionnel. Mais c'est là méconnaître l'objectif de l'auteur du tract, qui est de montrer que le châtiment en question est la punition temporaire en ce monde-ci, et non pas une punition temporaire dans l'autre monde (purgatoire).

14. Voir George H. Williams, *Anselm : Communion and Atonement* (St Louis, 1960), p. 18.

15. Poschmann, *Penance*, pp. 156-183, spécialement pp. 178-179.

16. Sur la controverse entre Lanfranc et Bérenger, il y a une ample littérature, y compris une intéressante discussion avec citations d'autorités, in Hasso Hofmann, *Repräsentation : Studien zur Wort- und Begriffsgeschichte von den Antike bis ins 19. Jahrhundert* (Berlin, 1974). Voir Joseph Ghellinck, *Le Mouvement théologique du XI^e siècle* (Bruges, 1948), p. 72. Voir aussi R. W. Southern, *Saint Anselm and His Biographer* (St Louis, 1960). Bérenger finalement se rétracta en 1080, presque vingt-et-un ans après que ses idées eurent été officiellement condamnées.

17. Le terme « transsubstanciation » (qui était inconnu dans l'Eglise d'Orient) ne devint courant que, vers le milieu du XII^e siècle, la doctrine de la transsubstanciation ne fut officiellement adoptée qu'au quatrième concile de Latran, en 1215. Toutefois, l'élévation de l'hostie apparut dans la messe au début du XII^e siècle. Voir Colin Morris, *The Discovery of the Individual, 1050-1200* (New York, 1972), p.142. Au XIII^e siècle, le vin ne fut plus donné aux simples fidèles, sauf les plus honorablement connus.

Le changement de « substance » du pain et du vin en le corps et le sang mystiques du Christ se produit, selon saint Thomas d'Aquin, à l'instant où se termine le prononcé des mots (*Hoc est corpus meum*), *Summa Theologica*, Pt III, qu. 75, art.7, rep. obj. 2. « La perfection de ce sacrement ne réside pas dans la participation des fidèles mais dans la consécration des éléments ». Ibid. Pt III, qu. 80, art. 12, rep. obj. 2. Ceci le distingue de tous les autres sacrements. Ibid. Pt III, qu. 73, art. 1. La non-consommation du vin par les laïcs n'affecte pas sa validité, pourvu que le prêtre qui consacre reçoive à la fois l'eau et le vin. Ibid. Pt III, qu. 80, art. 12, rep. obj. 2.

18. En 1264, le pape Urbain instaure la fête du Corps du Christ et l'élévation de l'hostie. Rosenstock-Huessy l'appelle « la fête de la révolution papale », *Die europäischen Revolutionen*, 2ème ed. (Stuttgart, 1951), p. 168. Cela reste, de nos jours, l'une des grandes fêtes religieuses populaires dans toutes les régions où la population est en majorité catholique romaine.

De la doctrine de la transsubstantiation, le grand historien allemand Ranke écrit : « Les prérogatives de la prêtrise sont aussi essentiellement reliées à cet article de foi ». Leopold von Ranke, *Deutsche Geschichte im Zeitalter der Reformation* (Leipzig, 1867), p. 157.

19. Ainsi que l'a montré George Williams, avant Anselme, la théorie de la rédemption se rattachait de façon principale au mystère du baptême, par lequel l'homme est libéré de la mort et du démon en l'identifiant à la résurrection du Christ. Ce que souligne le baptême, c'est la renaissance et la répudiation des démons de la vie menée avant la conversion. De leur côté, Anselme et ses successeurs rattachaient le repentir avant tout au mystère de l'eucharistie qui, à la différence du baptême, est un sacrement qui peut se répéter et, au XI^e siècle, dut être précédé par le sacrement de pénitence. Dorénavant, l'eucharistie fut tenue pour libérant du péché. « Le souci désormais n'est pas de renoncer au démon hébergé avant la conversion, mais d'accomplir la pénitence prescrite pour les péchés commis après le baptême ». Williams, *Anselm*, p. 13. Williams fait remarquer (p. 24) que dans la nouvelle théorie, l'eucharistie « rend possible un degré plus élevé de participation à la rédemption, dans la mesure où l'incorporation sacramentelle proprement dite dans le Christ est supérieure à une renaissance sacramentelle ». Mais il faut noter que l'incorporation au Christ était conçue en termes d'identification au Christ en croix, non au Christ ressuscité. Ainsi le caractère central de l'eucharistie dans le deuxième millénaire de l'histoire de l'Eglise, en contraste avec la centralité du baptême dans le premier millénaire, se rattache à l'insistance ultérieure sur l'incarnation de Dieu dans l'histoire humaine, à la différence de l'insistance antérieure sur la déification de l'homme dans le royaume des cieux.

20. Voir Pelikan, *Christian Tradition*, II, 138. Pelikan indique que, selon la doctrine orientale du repentir, la centralité de la résurrection du Christ était soulignée tant par la liturgie que par les écrits des théologiens : « Les mots mêmes de l'institution étaient amplifiés pour inclure le commandement. Car chaque fois que vous mangez ce pain et buvez cette coupe, vous proclamez ma mort (du Christ) et vous confessez ma résurrection... La résurrection était présentée par la liturgie comme une partie décisive de la réconciliation qui, à travers la crucifixion et la résurrection, constituait la victoire du Christ sur les pouvoirs de la mort et de l'Hades. Pelikan expose que les « théologiens liturgistes » orientaux ont par la suite développé les mêmes thèmes : « Le langage de la liturgie faisait des thèmes de bataille et de victoire une façon naturelle de décrire le cheminement du salut ».

21. Petrus Lombardus, *Sententiarum Libri Quatuor*, Migne, PL 192. 519. Au Livre 4, l'auteur déclare simplement : « Nous en venons maintenant aux sacrements de

NOTES

la nouvelle Loi, qui sont le baptême, la confirmation, la bénédiction du pain, c'est-à-dire l'eucharistie, la pénitence, l'extrême onction, l'ordination, le mariage ». Il ne donne aucune explication ni n'évoque aucune autorité à l'appui de cette liste des sacrements qui, par la suite, fut considérée comme complète. Il faut aussi noter que Pierre Lombard (col. 839) définit un sacrement non seulement dans les termes de saint Augustin comme « un signe de la grâce de Dieu » mais aussi comme une « cause » de la grâce qu'il signifie. En Orient, au contraire, jusqu'à bien plus tard et même dans une certaine mesure, de nos jours, il n'a pas été tracé de séparations formelles entre les diverses manières dont la grâce divine peut se manifester visiblement. La présence de saints dans les icônes, la lumière de cierges, et à vrai dire toutes et chacune des parties de la liturgie sont autant de « mystères » (et par conséquent des sacrements) avec un pouvoir miraculeux de conférer une grâce. L'Eglise même est un sacrement et l'édifice est une maison où habite Dieu lui-même et où sa présence peut être ressentie. En Occident, cependant, de tels « sacrements » devinrent des sacramentaux, par opposition aux sacrements, et seulement certains rites spécifiés, accomplis dans les formes, étaient considérés comme opérant sacramentellement, *ex proprio vigore* (par leur propre force).

22. Saint Augustin a procuré de la sagesse à tous les âges suivants, néanmoins, il n'est pas exact de le classer, ainsi que l'ont fait certains, dans le scolasticisme, bien que saint Anselme, que l'on appelle le fondateur de la théologie scolastique, ainsi que saint Thomas d'Aquin, son plus fameux enseignant, se disaient disciples de saint Augustin.

Ce qui les distingue surtout d'Augustin, c'est que celui-ci ne séparait pas nettement la raison de la foi et qu'il cherchait toujours la connaissance non pour elle-même, mais pour se mieux unir à Dieu. Il était à cet égard dans la tradition de la théologie chrétienne orientale, laquelle « n'a jamais séparé nettement le mysticisme de la théologie ou l'expérience personnelle des mystères divins des dogmes affirmés par l'Eglise ». Vladimir Losski, *The Mystical Theology of the Eastern Church* (Londres, 1957), p. 8. Losski écrit (p. 104) : « La théologie de l'Eglise orthodoxe... n'a jamais fait alliance avec la philosophie dans une quelconque recherche d'un système doctrinal ; malgré toutes ses richesses, la pensée religieuse de l'Orient n'a jamais eu un scolasticisme. Si elle contient effectivement certains éléments de gnose chrétienne..., la spéculation est toujours dominée par l'idée centrale d'union à Dieu et n'acquiert jamais le caractère d'un système ». Dans cette perspective, Lossky place saint Augustin parmi les pères de l'Eglise qualifiés des cinq premiers siècles de l'ère chrétienne dont la théologie a prévalu à la fois dans les Eglises occidentale et orientale avant le XI^e siècle.

Saint Augustin lui-même suit l'exemple des grecs, en définissant la théologie comme « description ou explication de la nature divine ». Voir *City of God* (trad. Marcus Dods), 8.1 et 6.8. Cependant cette description ou explication, il la donne dans les termes d'une philosophie qu'il assimile à la sagesse et dont les vérités sont soumises par lui au test de la révélation. Ainsi, il écrit que de tous les philosophes, les platoniciens sont inégalés dans cette partie de la théologie qu'ils nomment physi-

que, c'est-à-dire naturelle, « et il se réfère spécialement à la thèse platonicienne, que derrière les formes changeables du corps et de l'esprit, il doit exister une forme initiale, inchangeable et n'admettant pas de degrés de comparaison, qui est Dieu, *City of God*, 8. 6. Et il loue cette intuition, d'être conforme au récit de l'exode où Dieu, à qui Moïse demande son nom, répondit : « Je suis celui qui suis, et tu diras aux enfants d'Israël : Celui qui "est" m'a envoyé vers vous ». Saint Augustin trouve si grande la ressemblance entre le Dieu de Moïse, qui « est », et la forme immuable que Platon voit se tenant derrière tous les phénomènes, qu'il est « presque enclin » à croire que Platon avait lu la Bible. *City of God*, 8. 11.

Yves Congar a écrit qu'Augustin croyait qu'une « vraie théologie » amènerait les païens au christianisme. « Mais pour lui, cette vraie théologie est seulement une philosophie, comme celle de Platon... Il semble que l'on doive attendre Abélard avant que le terme *theologia* reçoive la signification qu'il a pour nous », Yves Congar, *A History of Theology* (New York, 1968), p. 32. Etienne Gilson aussi souligne, à vrai dire, exagérément, le rôle du platonisme dans la pensée de saint Augustin; quand il s'occupe de saint Anselme qui, à maintes reprises, déclara que sa seule ambition était de redire ce que son maître Augustin avait déjà dit. Gilson est en face de la grande différence de méthode des deux penseurs. Anselme et ses disciples, écrit Gilson, « restent célèbres dans l'histoire de la théologie pour leur hantise de donner des démonstrations rationnelles à toutes les vérités révélées... Cette noble ambition de dégager des raisons nécessaires pour les dogmes révélés n'était jamais venue à l'idée de saint Augustin ». Etienne Gilson, *Reason and Revelation in the Middle Ages* (New York, 1938), p. 27.

Non seulement saint Augustin, mais virtuellement tous les théologiens du premier millénaire de l'histoire de l'Eglise, tant en Orient qu'en Occident, eussent été d'accord avec Lossky qu'une « théologie de concepts » doit être évitée à tout prix parce qu'elle va à l'encontre du but de la théologie qui est « l'ascension vers l'infini ». L'attitude d'esprit des orthodoxes, écrit-il, « se refuse à former des concepts à propos de Dieu... Elle exclut absolument toute théologie purement abstraite et uniquement intellectuelle qui voudrait adapter les mystères de la sagesse divine aux façons de raisonner des humains. C'est une attitude existentielle qui implique l'homme au complet, il n'y a pas de théologie dissociée de l'expérience, il est nécessaire de changer, de devenir un autre homme... La route vers la connaissance de Dieu est nécessairement la route de la déification ». Lossky, *Mystical Theology*, p. 39. Les théologiens occidentaux de la fin du XI^e siècle et après manifestent une autre attitude. Ils cherchaient à conceptualiser la théologie, à habiller les attributs divins de façons de penser humaines. Pour eux, la théologie devait divorcer d'avec le mysticisme et la spiritualité personnelle. Anselme, par exemple, était un mystique et un poète, mais il mettait cela de côté lorsqu'il se mettait en devoir de prouver les mystères divins « par la raison seule ». Il cherchait à insérer la divinité dans des catégories humaines, à tirer Dieu sur terre plutôt que de hisser l'homme dans le ciel. Pour les scolastiques des XI^e et XII^e siècles, la voie de la connaissance de Dieu était celle de l'incarnation, non pas celle de la déification.

NOTES

Sur Anselme en tant que « le créateur de la théologie scolastique », et sur Abélard comme le personnage responsable de la popularisation du mot *théologie* dans son acception nouvelle, voir Ghelling, *Mouvement Théologique*, p. 83.

23. Anselme, *Proslogion, seu Alloquium de Dei Existencia*, Migne, PL 158.225. Voir M.J. Charlesworth, *St Anselm's Proslogion* (Oxford, 1965), comportant le texte et une traduction en anglais. Sur Anselme en général, voir Southern, *Saint Anselm*. Saint Augustin a écrit : « Vous devriez comprendre ce que vous croyez » (*quod credis intelligans*) et il citait Isaïe disant : « Si tu ne veux pas croire, tu ne peux comprendre » (*nisi credideritis, non intelligetis*). Voir L. Schoop, ed., *The Fathers of the Church : A New Translation* (New York, 1953), 300, 301-302.

Mais le souci majeur de saint Augustin était d'apporter l'éclairage de la raison ou entendement dans ce qui est connu par la foi, tandis que saint Anselme s'efforçait de fournir des preuves rationnelles ou démonstrations, aux vérités révélées. L'intelligence d'Augustin était plus proche de la sagesse, celle d'Anselme plus proche de la science (l'intention d'Isaïe était bien différente de l'un comme de l'autre).

24. Anselm, *Cur Deus Homo*, Migne, PL 158.359-431. Voir John McIntyre, *St Anselm and His Critics : A Reinterpretation of the Cur Deus Homo* (Edimbourg, 1954).

25. « Par sa mort sur la croix, Il satisfait à la justice de Dieu, nous libéra du péché, brisa le pouvoir de Satan et nous réinstaura dans la Grâce... Le ciel dorénavant était ouvert à tous. Mais pour y entrer, nous devons participer à la rédemption... *Dans l'Écriture, la résurrection du Christ est liée à sa mort, c'est un élément intégral, encore que non essentiel, de la rédemption.* Par sa mort le Christ nous a libérés du péché, nous a ouvert les grilles du ciel, par sa résurrection, a préfiguré et restauré pour nous une vie qui a été perdue par le péché d'Adam. Il est vrai, assurément, que le Christ a mérité pour nous par sa mort la rémission du péché, la justification et la gloire, mais dans le plan de la divine providence, c'était seulement après la résurrection que les Apôtres devaient partir et prêcher la foi, par laquelle seule nous pouvons être rendus justes ». Rev. Considine, S. J., « La Passion, la Mort et la Résurrection du Christ », dans saint Thomas d'Aquin, *Summa Theologica*, 1ère ed. complète en Amérique, trad. Pères de la Province Dominicaine Anglaise (New York, 1948), III, 3426, 3436 (ital. ajoutées). Voir aussi Williams, *Anselm*, p. 9, où l'auteur explique de façon convaincante *Cur Deus Homo* comme une théorie eucharistique.

26. William J. Wolf, *No Cross, No Crown. : A Study of the Atonement* (New York, 1957), pp.19-20.

27. Voir Williams, *Anselm*, p. 25. Il y eut des changements parallèles dans le mode de prière. Ainsi, Morris, dans *Discovery of the Individual*, p.142, note qu'au XII^e siècle « une nouvelle attitude de prière se répandit largement, et plus tard, devint traditionnelle : agenouillés, les mains jointes. C'était la posture de l'hommage, et son emploi exprimait la loyauté personnelle que le fidèle éprouvait envers son

Seigneur ». Auparavant, les gens se prosternaient, et c'est ce qui se fait encore dans l'Eglise orientale .

28. Voir chapitre 2, note 26. En 809, Charlemagne fit insérer la clause *filioque* dans le credo aux messes célébrées dans sa propre chapelle impériale. Le pape Léon III n'accepta pas cet amendement pour celles de la basilique Saint Pierre, bien qu'il approuvât la doctrine que traduisait la clause. Ce fut seulement en 1014 que la liturgie fut changée à St Pierre pour inclure la clause *filioque*. Ce fut la principale cause du schisme entre les parties orientale et occidentale de l'Eglise chrétienne en 1054, et cela reste un obstacle à leur réunification. Voir Kenneth Scott Latourette, *A History of Christianity*, I (New York, 1975), 303. Voir aussi Pelikan, *Christian Tradition II*, 183-198.

29 Voir aussi *Proslogion*, chaps 9-11, Migne, *PL* 158.231-234.

30. *De Vera et Falsa Penitentia*, chap. 10, Migne, *PL* 40.112.

31. Ibid.

32. Ibid.

33. Voir Southern, *Saint Anselm*, p.98.

34. Voir Robert D. Crouse, « The Augustinian Background of St Anselm's Concept of *Justicia* », *Canadian Journal of Theology*, 4 (1958), 111.

35. Dans *Cur Deus Homo*, Anselme demande s'il conviendrait à Dieu de remettre les péchés par le pardon seul, sans requérir de satisfaction ni de punition. Il déclare que « il ne sied pas que Dieu remette quelque chose dans son royaume de façon irrégulière (*inordinatum*) » et que traiter également le coupable et le non-coupable « ne serait pas convenable pour Dieu ». Il ajoute : « Observez encore ceci: chacun sait que la justice des hommes est soumise à la loi... mais si le péché n'est ni remis ni puni, il n'est donc soumis à aucune loi... L'injuste, par conséquent, s'il est remis par le pardon seul, sera plus libre que le juste, ce qui est très choquant ». *Cur Deus Homo*, livre 1, chap. 12, Migne, *PL* 158. 377. Anselme revient sur le problème au livre 1, chap. 24, déclarant que pour Dieu, simplement pardonner à l'homme sa désobéissance serait favoriser l'homme à cause de son péché. « Véritablement, une telle miséricorde de la part de Dieu serait contraire à sa nature, il est impossible que son pardon soit de cette espèce ». Ce qui amène le disciple d'Anselme à dire : « Si Dieu suit la méthode de la justice, il n'y a aucune issue pour un pauvre misérable, et la miséricorde de Dieu semble périr ». A quoi Anselme répond : « Tu as demandé la raison, maintenant accepte la raison... Je ne nie pas que Dieu soit miséricordieux... Mais nous parlons de cet ultime pardon par lequel Dieu rend les hommes bienheureux après cette vie. Et je pense avoir suffisamment montré par les raisons avancées, que la félicité ne devrait pas être accordée à quelqu'un sans que ses péchés soient

NOTES

entièrement rachetés, et que cette rémission devrait ne pas être faite sans le paiement de la dette due en raison du péché, et à proportion de la gravité du péché ». Migne, *PL* 158. 397-398.

36. Voir Gottlieb Söhngen, *Grundfragen einer Rechtstheologie* (Munich, 1962) et « Rectitudo bei Anselm von Canterbury als Oberbegriff von Wahrheit und Gerechtigkeit », in H. K. Kohlenberger, ed., *Sola Ratione : Anselm-Studien für Pater Dr. h.e. F.S. Schmitt* (Stuttgart, 1970).

37. Sur les théories parues après la Réforme sur la substitution de pénitent (*vicarious punishment*), voir Wolf, *No Cross, No Crown*, p. 100. Aussi bien Luther que Calvin partageaient maintes idées d'Anselme concernant la réparation du péché. Toutefois, Calvin remplaçait la nécessité de réparer le déshonneur fait à Dieu par la nécessité de réparer la violation de sa loi. Ainsi la crucifixion était-elle vue par Calvin comme le transfert au Christ de toute la culpabilité et de toute la punition. L'opinion de Calvin fut successivement édulcorée par ses successeurs en une vue de Dieu comme « intégralement et parfaitement juste, d'où il suit qu'il n'approuve aucune iniquité et n'en laisse aucune non vengée ». Voir Théodorus Beza, « Confessio », *Theol. Tract*, II, 2, cité dans Hugo Grotius, *A Defence of the Catholic Faith concerning the Satisfaction of Christ against Faustus Socinus*, trad. avec notes et intro. hist. par F.H. Foster (Andover, Mass., 1889), p. xiv. Répondant à l'argument de Socinus disant que Dieu étant la partie offensée et non pas un juge appliquant un corps de lois élaboré par d'autres, il peut simplement pardonner l'offense à lui faite. Grotius distinguait entre Dieu agissant en une capacité privée, et Dieu agissant en une capacité publique, il était un souverain qui exigeait punition. Foster indique que cette théorie « gouvernementale » se communiqua aux calvinistes anglais et par là aux colonies américaines, où Jonathan Edwards, par exemple, soulignait que « lorsque des créatures morales sont amenées à l'existence, il doit y avoir un gouvernement moral... Pour qu'il y ait un gouvernement moral, il faut qu'il y ait punition... Si une punition est énoncée mais néanmoins jamais appliquée, la loi devient nulle loi... Si Dieu maintient l'autorité de sa loi en infligeant la pénalité, il apparaîtra qu'il agit de façon cohérente dans les aspects législatif et exécutif de son gouvernement... Mais si l'autorité de la loi n'est pas soutenue, cela encouragera plutôt et induira à pécher, plutôt que d'en détourner ». De sorte que la crucifixion est vue comme une nécessité par la loi divine. Les souffrances du Christ sont substituées à la punition des pécheurs afin d'offrir un exemple qui aura pour effet de rendre les hommes plus obéissants que ne l'aurait fait leur propre punition. Grotius, *Defence*, p. li. Cette théorie « subjective » ou « exemplaire » fut défendue par Abélard, mais généralement rejetée avant la Réforme.

38. *Cur Deus Homo*, liv. 1, chaps. 13-14, Migne *PL*, 158.379, 381.

39. Voir saint Thomas d'Aquin, *Summa Théologique*, pt. II-II, qu. 62, art 3, 6.

40. Voir Svend Ranulf, *Moral Indignation and Middle Class Psychology* (New York, 1964).

41. *De Vera et Falsa Poenitentia*, chap. 20, Migne, PL 40. 1129-30.
42. L'expression est du juge Oliver Wendell Holmes, à propos de ce qu'il dirait à un criminel sur le point d'être exécuté, voir Harold J. Berman, *The Interaction of Law and Religion* (New York, 1974), page 168, note 18.
43. « *Non enim consisteret peccatum, si interdictio non fuisset* » Peter Lombardus, *Sententiarum Libri Quatuor*, Migne, PL, 192.734.
44. Pierre Abélard, *Ethica, seu Scito Te Ipsum*, chaps. 5-7, 12 Migne, PL 178.647-653. D. E. Luscombe, ed., *Peter Abelard Ethics* (Oxford, 1971), pp. 38-49, 55. Voir Stephen Kuttner, *Kanonistische Schuldlehre von Gratian bis auf die Decretalen Gregors IX* (Cité du Vatican, 1935), pp. 4-6, 19-20. Sur Gratien, voir Kuttner, *The Father of the Science of Canon Law, Jurist*, 1 (1941), 2. Le monumental traité de Gratien, *A Concordance of Discordant Canons (Concordia Discordantium Canonum)* est généralement reconnu comme ayant marqué la première distinction entre droit canon et théologie. Il est intéressant de noter que le moine Gratien fut professeur de « théologie pratique externe » (*theologia practica externa*) à Bologne. Voir Hans Erich Feine, *Kirchliche Rechtsgeschichte I* (Weimar, 1950), 228. Gratien fut fortement influencé par Abélard qui l'avait été fortement par Anselme.
45. Dans les systèmes de droit pénal modernes, il est souvent admis qu'un acte, pour être punissable, doit porter dommage à un intérêt que la société souhaite protéger. Le système soviétique est allé plus loin que les autres dans cette direction en attachant la criminalité d'un acte au fait qu'il constitue un « danger social ». Cela ressemble fort à l'idée des canonistes que constitue un crime ecclésiastique un acte qui fait à l'Eglise un *scandalum*, [en latin, offense ou danger de chute] Si le danger social (ou le *scandalum*) doit par lui-même constituer un « dommage » social pour que l'acte soit punissable, il n'y a pas de vice ou de vertu dans la terminologie de *danger* (ou d'outrage) social. Si toutefois une simple *tendance* à causer du dommage (ou un simple sentiment de vexation sociale) suffit pour rendre l'acte punissable, la question se pose de l'opportunité de faire intervenir le droit pénal. Voir Harold J. Berman, *Soviet Criminal Law and Procedure. The RSFSR Codes*, 2e ed. (Cambridge, Mass., 1972), pp. 21. 37.
46. Voir Kuttner, *Kanonistische Schuldlehre*, p. 189.
47. Les vues d'Abélard sur le péché furent condamnées par le pape Innocent II au concile de Sens en 1140. Voir Luscombe, *Peter Abelard's Ethics*, pp. 9n, 15n, 21n, 24n, 38n, 46n, 63n, 126n. Toutefois la condamnation portait sur des propositions particulières tirées hors du contexte ou exagérées. L'apport essentiel d'Abélard, à savoir son insistance sur l'intention comme le facteur qui rend un acte moralement bon ou mauvais, a été généralement accepté en droit canon. Ainsi, si le bourreau pend un homme en obéissant à la loi, il n'a commis là aucun péché, alors que s'il l'a pendu pour des motifs d'inimitié personnelle, il a commis un péché (les canonistes inventèrent la catégorie *malum in se* pour évoquer des actes qui sont des

NOTES

péchés, sans égard à l'intention, mais en fait ce sont des actes dont l'intention est invariablement entachée de péché.

La distinction posée par Abélard entre un penchant à commettre un péché et le consentement intérieur de le commettre fut aussi acceptée : une inclination mauvaise, disait-il, n'implique pas nécessairement le mépris ou l'omission d'obéir à la volonté divine. Cependant, même le consentement interne ou la décision de commettre un péché, encore que punissable sur le forum céleste de l'Eglise, ne devrait pas être punis par un tribunal, disait Abélard (et sur ce point, il était généralement suivi par les canonistes, quoique incomplètement), sauf s'ils sont manifestés par un acte externe. Abélard pose que ce sont les effets du péché, non le péché lui-même, qui sont punis sur terre. Cela conduit à un critère plus élevé de la culpabilité qu'il n'est indiqué dans le texte, mais, en outre, à un critère moins élevé lorsque les considérations temporelles réclament un traitement plus rigoureux. Ainsi, une mère qui par négligence cause la mort de son enfant devrait recevoir une punition sévère, « non en raison de la faute qu'elle a commise mais afin que, par la suite, elle-même ou d'autres femmes soient rendues plus prudentes en donnant de tels soins ». Semblablement, de moindres fautes commises en public peuvent être punissables plus gravement que des péchés plus graves qui restent secrets, parce que des péchés publics tendent par leur exemple à encourager d'autres personnes à les commettre. « Car tout ce qui peut avoir des répercussions ruineuses ou néfastes au public devrait être puni avec plus de sévérité... et plus grand le *scandalum* infligé aux gens, plus grand aussi le châtiment public, même si une faute plus légère est à l'origine... Ces comportements relèvent moins du souci de justice que des matérialités du gouvernement afin, comme nous l'avons vu, d'assurer le bienfait commun de prévenir les dommages publics ». Ibid., pp. 38-39, 42-43, 44-45.

48. Kuttner, *Kanonistische Schuldlehre*, pp. 25-28, tantôt recule et tantôt avance sur ce point. La meilleure preuve de l'affirmation citée au texte est le souci prépondérant du *contemptus*. Voir la discussion à l'appel de note 50.

49. Ibid., pp. 377-379.

50. Ibid., pp. 28-38.

51. Gabriel Le Bras, « Canon Law », in C. G. Crump et E. F. Jacob, eds., *The Legacy of the Middle Ages* (Oxford, 1926), p. 357.

52. La meilleure description du culte de la Vierge Marie au XI^e siècle reste sans doute celle de Henry Adams, *Mont-Saint-Michel and Chartres* (New York, 1913).

53. Voir (à partir du XII^e siècle) *The Art of Courtly Love by Andreas Capellanus*, avec introduction, trad. et notes par J. J. Parry (New York, 1941).

54. Voir Udo Wolter, *Ius Canonicum in Iure Civili* (Cologne, 1975), p. 45. Voir aussi Helmut Coing, *English Equity and the Denunciatio Evangelica of the Canon Law*, *Law Quarterly Review*, 71 (1955), 223.

5 - DROIT CANON : LE PREMIER SYSTEME LEGAL OCCIDENTAL MODERNE

1. Voir Matt. 18, 15-17 ; 1 Cor. 5 : 1-5, 7 : 12-8 : 13, 11 : 5-16 ; Actes 1 : 23-26, 2 : 44-45, 4 : 32, 15 : 5-29, 16 : 4.

2. Pour des traductions en anglais, voir *The Didache*, ed. et trad. J. A. Kleist (Westminster, Md., 1948) ; R. H. Connolly, *Didascalia Apostolorum*, ed. et trad. R. H. Connolly (Oxford, 1929). *The Statutes of the Apostles or Canones Ecclesiastici*, ed. et trad. G. W. Horner (London, 1904). Pour commentaires et bibliographie, voir Johannes Quasten, *Patrology*, I (Westminster, Md., 1950), 29-39, et II (1953), 119-120, 147-152. Erik Tidner *Sprachliches Kommentar zur lateinischen Didascalia Apostolorum* (Stockholm, 1938).

3. Les conciles du III^e siècle en Afrique du Nord décidèrent, entre autres, ce que l'on devait faire à des chrétiens *relaps* qui avaient succombé sous la persécution, mais s'étaient repentis par la suite. Le concile d'Arles (314 A.D.) posa comme règle que personne ne devait être rebaptisé. A Nicée, les évêques disposèrent de pouvoirs beaucoup plus larges, comprenant celui de confirmer des coutumes anciennes (par exemple le canon 4 concernant l'élection des évêques et le canon 6 préservant les prérogatives des patriarchats d'Alexandrie et d'Antioche), d'abroger des coutumes antérieures (par exemple le canon 15 abolissant la coutume d'évêques, de prêtres et de diacres itinérants), et d'édicter de nouvelles règles pour répondre à de nouvelles situations (par exemple, le canon 18 traitant du rôle liturgique des diacres et le canon 17 ordonnant de re-baptiser les pauliniens qui désiraient revenir à l'Eglise). Voir *The Disciplinary Decrees of the General Councils*, ed. et trad. H. J. Schroeder (Saint-Louis, 1937), pp. 8-58.

4. Le premier recueil de canons, réalisé par l'évêque d'Antioche, Meletios (décédé en 381), était composé de canons de cinq conciles locaux du IV^e siècle. Au concile de Chalcédoine (451), qui fut le quatrième concile général (œcuménique), le deuxième eut lieu à Constantinople en 481 et le troisième à Ephèse en 431, un recueil de 104 canons fut approuvé, incluant les canons adoptés à Nicée et Constantinople, ainsi que des canons pris dans la compilation de Meletios. Dans la première partie du VI^e siècle, l'empereur Justinien décréta : « Nous recevons les enseignements religieux de ces quatre synodes (Nicée, Constantinople, Ephèse et Chalcédoine) parmi les Saintes Ecritures, et observons les canons (promulgués par eux) comme des lois ». Justinien, *Novelles* 131. Par la suite, quatre autres conciles généraux furent tenus en Orient, un en 553 (Constantinople II), un en 680 (Constantinople III), un en 787 (Nicée II) et un en 869 (Constantinople IV). Toutefois, le carac-

NOTES

tère œcuménique de ce dernier est contesté. En 692, le « Quinisexte » concile, aussi appelé concile de Trullo, émit un recueil de canons comme supplément aux cinquième et sixième (d'où l'adjectif « *quinisext* ») conciles généraux (Constantinople II et III). La collection « Trullienne » fut contestée en Occident, mais demeura la base des collections orientales qui suivirent, y compris les canons du synode Photien tenu à Constantinople [par le patriarche Photios] en 879 pour annuler les actes du concile de 869. Voir P. A. de Lagarde, *Reliquiae Iuris Ecclesiasticae Antiquissimae Graecae* (Leipzig, 1856). J. A. Zallinger, *Des canons et des collections canoniques de l'Eglise grecque* (Paris, 1858). J. B. Pitra, *Iuris Ecclesiastici Graecorum Historia et Monumenta*, I (Rome, 1864). Voir aussi note 5.

Les collections orientales formèrent au début la base des collections occidentales de canons dont la première d'importance fut la *Collectio Dionysiana*, rassemblée à Rome vers 500 de notre ère. Elle fut ensuite reproduite et mise en circulation en diverses versions dont l'une, dite Hadriana, fut envoyée à Charlemagne par le pape Hadrien en 774. Une autre collection importante, appelée Hispana, fut réalisée en Espagne au VII^e siècle. On l'attribua plus tard à saint Isidore de Séville. Elle comprenait la législation synodale de la Gaule et de l'Espagne. Il ne faut pas la confondre avec la pseudo-Isidore, ou Fausses Décrétales, une contrefaçon franque qui fut aussi attribuée à saint Isidore de Séville (voir chapitre 2). La pseudo-Isidore était basée en partie sur l'Hispana. L'un des objectifs principaux de son auteur était de combattre l'assujettissement des évêques aux autorités séculières et aux archevêques qui leur étaient liés. Sur ce sujet, d'anciens canons furent fabriqués, tendant à augmenter l'autorité de l'évêque de Rome. Ils furent salués par le parti papal aux XI^e et XII^e siècles comme un manifeste de la suprématie pontificale. Bien que leur authenticité ait été à l'occasion mise en doute, la pseudo-Isidore continua à faire autorité jusqu'au XVI^e siècle, quand Erasme et d'autres finalement démontrèrent son caractère frauduleux. Mais l'Hispana et la pseudo-Isidore étaient en avance sur de plus anciennes compilations de canons en ce que le texte, bien que disposé encore chronologiquement, était en outre subdivisé selon les genres de problèmes. Néanmoins, la première collection de canons qui fut dans une large mesure arrangée suivant les matières (sacrements, liturgie, fautes morales, etc.) fut le *Decretum* de Burchard, Evêque-Prince de la cité germano-franque de Worms, elle est datée de 1010. Voir en général Paul Fournier et Gabriel Le Bras, *Histoire des Collections canoniques en Occident*, I, (Paris, 1931); Van Hove, *Prolegomena ad Codicem Iuris Canonici* (Rome, 1945).

5. L'on oublie souvent qu'une grande partie du droit romain, non seulement dans l'ancien temps mais aussi à la période classique et la post-classique, était de caractère religieux. Finalement, le mot grec pour désigner la loi, *nomos*, correspondant au latin *lex*, fut associé au *canon* dans le mot *nomocanones*, qui servit de titre aux collections émises périodiquement par les empereurs byzantins, du VI^e au X^e siècles, combinant les règles séculières et ecclésiastiques. Ces textes sont parfois négligés par les chercheurs étudiant le droit canon primitif, de même que les canons promulgués par l'empereur en Occident entre les VI^e et X^e siècles. Le *Nomokanon en cinquante titres* et le *Nomokanon en quatorze titres* sont discutés in J. A. B. Mortreuil,

Histoire du Droit Byzantin, I (Paris, 1843), 217, 481. Voir aussi Zachariae von Lingenthal, *Die Griechische Nomokanon*, en *Mémoires de l'Académie impériale des sciences de St Petersburg*, VII (St Petersburg, 1877), 2. L'*Ecloga*, promulguée par l'empereur Léon III vers 726, est reproduit en grec et en traduction anglaise in E. H. Freshfield, *Roman Law in Later Roman Empire, The Isaurian Period: The Ecloga* (Cambridge, 1932). Voir aussi Mortreuil, *Histoire*, I, 357-372.

6. Rudolph Sohm, *Das altkatholische Kirchenrecht und das Dekret Gratians* (Leipzig, 1914).

7. Stephan Kuttner, « Some Considerations on the Role of Secular Law and Institutions, in the History of the Canon Law » (Papier lu à la Conférence sur le Droit et les Humanités tenue par l'American Council of Learned Societies, Dumbarton Oaks, 12-13 avril, 1950) p. 356. Le professeur Kuttner ajoute : « Le contraste que Sohm "devrait" avoir montré était entre deux modes différents de pensée juridique, c'est-à-dire, entre la rationalisation dialectique du XII^e siècle et le traditionalisme linéaire des siècles antérieurs ».

8. *Dictatus Papae*, Chap. 7, voir chapitre 2 à la note 12.

9. Voir Gabriel Le Bras, Charles Lefebvre et Jacqueline Rambaud, *Histoire du droit et des institutions de l'Eglise en Occident*, vol. 7, *L'Age classique : Source et théorie du droit, 1140-1378* (Paris, 1965), p. 133. Il n'est fait ici aucune tentative pour justifier une autre partie importante de la thèse de Sohm, à savoir que le traité de Gratien reflète l'ère précédente, celle du « droit vieux-catholique », que c'est essentiellement un exposé du droit sacramentel, et que seulement après Gratien, une distinction nette fut faite entre le pouvoir sacramentel (le pouvoir des ordres) et le pouvoir juridictionnel. Au contraire, Gratien souligne la juridiction législative et judiciaire du pape et des évêques comme quelque chose qui procède de leur office plutôt que de leurs pouvoirs sacramentels. Stanley Chodorow déclare qu'il est d'accord avec Sohm sur ce point. Voir Chodorow, *Christian Political Theory and Church Politics in the Mid-Twelfth Century* (Berkeley, 1972), pp. 8-16. Mais lui aussi souligne (pp. 65, 137) le fait que Gratien traite l'Eglise comme une « communauté juridique » et assigne au pape tout le pouvoir législatif et le pouvoir judiciaire suprême.

10. Voir Peter Stein, *Legal Evolution* (New York, 1980). Stein déclare (p. ix) que « l'évolution juridique a son histoire propre, qui commence au XVIII^e siècle » Dans une étude par ailleurs excellente, il ignore le fait que « l'école historique » de la philosophie du droit (Burke, Savigny et autres), qui préconisait l'évolution juridique, s'appuyait sur une tradition consciente datant des XII^e et XIII^e siècles.

11. Le *Corpus Juris Canonici*, comme on l'appela au XIII^e siècle et depuis, fut établi officiellement et formellement en 1580 comme consistant dans les textes suivants : 1) le *Decretum* de Gratien (env. 1140) ; 2) le *Liber Extravagantium* (habituellement dénommé *Liber Extra*), un recueil de décrétales émises par le Pape Grégoire IX (1234) ; 3) le *Liber Sextus Decretalium* (ou *Liber Sextus*), un recueil de décréta-

NOTES

les émises par le Pape Boniface VIII (1298) ; 4) les *Clementinae*, recueil des décrétales émises par le Pape Clément V (1305-1314) et le Concile de Vienne (1311-1312), émises en 1314 et transmises aux universités par le Pape Jean XXII. En outre, bien que non inclus officiellement, deux textes qui furent informellement compilés peu après le pontificat du pape Jean XXII, sont ordinairement considérés comme faisant partie du *Corpus Juris Canonici* ; 5) la *Collectio Viginti Extravagantium* de Jean XXII (1316-1334), et 6) les *Extravagantes Communes* (le terme *extravagantes* se rapporte à des décrétales qui « errent au dehors » des textes de base *decretales extra decreta vagantes*). En plus de ces textes de base du droit canonique classique, faisaient aussi autorité comme il était d'usage, des gloses, des commentaires et des sommes, parmi lesquels la *Summa* de Huguccio (vers 1190) et la *Glossa Ordinaria* de Jean l'Allemand (Johannes Teutonicus) (vers 1115-1117) étaient les plus importantes.

La *Clementinae* de 1317 fut la dernière collection officielle de droit canon avant le Concile de Trente (1545-1563) qui (contrairement aux attentes de beaucoup) n'aboutit pas à la promulgation d'une codification générale du droit canon mais qui émit effectivement plusieurs ensembles importants de dispositions législatives concernant, par exemple, les devoirs des clercs, les bénéfices, les ordres religieux, le mariage, la discipline pénitentielle et la procédure criminelle. L'effet majeur du concile de Trente fut une centralisation accrue du pouvoir de la papauté et une extension de la juridiction judiciaire de la Curie papale.

Les structures formelles et les lois du droit canon n'ont pas reçu de changements substantiels dans les siècles qui ont suivi le concile de Trente. En 1904, le Pape Pie X créa une commission pour dresser un projet de nouveau Code de droit canon, en 1914 le travail de cette commission était achevé, et en 1915 le pape Benoît XV promulgua le nouveau *Codex Juris Canonici* pour prendre effet le 19 Mai 1918. Le nouveau Code était essentiellement une systématisation plus poussée des textes en vigueur entre les XII^e et XIV^e siècles, tels que les avait révisés le Concile de Trente.

Le 25 janvier 1959, peu après avoir accédé à la papauté, le pape Jean XXIII (1958-1963) annonça son intention de convoquer un nouveau concile œcuménique en vue de réformer l'Eglise catholique romaine et de promouvoir une unité plus profonde parmi les églises chrétiennes du monde entier (qui furent invitées à envoyer des observateurs aux séances), et en outre, qu'il constituerait une commission pour réaliser « la modernisation souhaitée et espérée du code de droit canon ». Jean XXIII, Allocution du 25 janvier 1959, *Acta Apostolicae Sedis* (Rome, 1959), pp. 51-68. Cette commission fut instituée le 28 mars 1963 pour mener à bonne fin une révision complète du code en accord avec l'esprit réformateur des décrets du Second Concile du Vatican de 1962-1965.

12. Charles P. Sherman, « A brief History of Medieval Roman Canon Law », *Canadian Law Times*, 39 (1919), p. 638. La citation ci-après de Sherman (p. 649) reflète les conceptions généralement partagées au XIX^e siècle en Occident, malheureusement encore répandues, bien que réfutées par la quasi-totalité des spécialistes

contemporains : « Le *Corpus Juris Canonici* est la fille aînée du *Corpus Juris Civili* de l'empereur romain Justinien... Les grands problèmes du droit et de la jurisprudence avaient été résolus une fois pour toutes par les juristes romains, et leurs travaux sont rappelés dans le *Corpus Juris Civili*. Les canonistes incorporèrent nombre de leurs solutions littéralement ou indirectement dans le *Corpus Juris Canonici*, et avec eux sauvèrent la civilisation en Europe jusqu'à ce que l'Europe soit prête[à partir du XVI^e siècle] à puiser aux pures sources du droit romain ».

13. Voir Robert E. Rodes Jr, *Ecclesiastical Administratio in Medieval England : The Anglo-Saxons to the Reform* (Notre-Dame, Ind., 1977), p 66. Dans un livre qui contient des intuitions de valeur, mais qui fait fausse route quand le professeur Rodes reproche aux canonistes que « dans leur description de la façon dont la loi opère, leurs spéculations théoriques sur la nature du droit, leur classification des dispositions légales quant aux matières traitées ou aux sources, toutes venaient directement ou indirectement des juristes romains ». Rodes cite comme le plus important exemple le principe de la primauté du pape qui, écrit-il, « reçut sa forme juridique de *plenitudo potestatis* par analogie avec la place de l'empereur dans le droit romain ». Il est évidemment exact que les canonistes s'appuyèrent en partie sur des textes romains se rapportant à la suprématie du *princeps*, afin de justifier la suprématie du pape en tant que « prince » de l'Eglise. Néanmoins, ce furent précisément les « spéculations théoriques sur la nature du droit » et sur la « plénitude de pouvoir » qui faisaient défaut au *Corpus Juris Civili* et que les canonistes lui ont apportées.

14. Voir Udo Wolter, *Ius Canonicum in Iure Civili* (Cologne, 1975).

15. Le premier empereur franc, Charlemagne, couronné en 800, prit le titre de « Charles, très-serein Auguste, couronné par Dieu, grand et pacifique empereur, gouvernant l'empire romain ». En Occident, à cette époque, « empire » n'avait pas de forte connotation territoriale, mais se rapportait avant tout aux peuples de la chrétienté occidentale. L'expression « Empire Chrétien » était employée plus souvent que celle de « Empire Romain ». Le roi franc de l'Est, Othon II (mort en 983) fut le premier à se proclamer « Empereur Romain » après la fondation de la dynastie Saliennne par le saxon Conrad II en 1024, le terme « Empire Romain » fut employé en 1034 en référence aux territoires sous son autorité. Sous l'empereur Frédéric I^{er} (Frédéric Barberousse), (1152-1190), référence fut faite pour la première fois au « Saint Empire »; mais l'expression précise « Saint Empire Romain » n'apparaît pas avant 1254. Ce n'est qu'après encore deux cents ans sous Frédéric III (empereur de 1452 à 1493) que finit par éclore la formule « Saint Empire Romain de la Nation Germanique ». Néanmoins, il est bien certain que l'empire romain des Francs saliens et des Hohenstaufen était essentiellement germain et non pas romain. Voir notes 16 et 17.

16. C'est encore l'opinion de certains, que les peuples germaniques de l'Ouest « reçurent » le droit romain aux XI^e et XII^e siècles, parce que les gens d'alors croyaient que le manteau de l'autorité impériale romaine était passé aux épaules de l'empereur franc Charlemagne et de ses successeurs. Même Paul Koschaker écrit

NOTES

que, pour les glossateurs, l'autorité des textes de Justinien reposait sur le fait que *l'Imperium Romanum* survivait dans l'empire du monarque saxon Henri IV et de ses successeurs. Voir Koschaker, *Europa und die römische Recht*, 3ème ed. (Munich et Berlin, 1958), pp. 70-71. En fait, même à l'intérieur de l'empire « romain » des rois germaniques, le droit romain n'avait prévalu directement que comme une loi latente, subsidiaire « qui venait à jouer lorsque les lois et coutumes territoriales lui en laissaient la place ». Autrement, son influence était indirecte, en ce que sa terminologie et ses concepts servaient de base pour interpréter les lois et coutumes. Voir Kuttner, *Role of Secular Law*, p. 353. Comme l'indique Kuttner, ce fut surtout le droit canon qui servit d'instrument à la « réception » du droit romain. Cela ne revient pas à nier que le droit romain fût considéré comme un droit vivant, ou que les empereurs prétendissent parfois que l'ancien empire romain survivait toujours dans leur personne. Voir note 17.

17. L'empereur Frédéric Barberousse, à la Diète de Roncaglia en 1152, proclama une loi nouvelle concernant les droits des universités et ordonna qu'elle soit insérée dans la section appropriée du Corps Juris Civili de Justinien. Et même, toute une série de décrets pris à la Diète de Roncaglia furent promulgués d'une façon réminiscente de la législation impériale romaine. Cela est cependant un fait rare, sinon unique, et finalement Frédéric Barberousse dut renoncer à son rêve de restaurer un style byzantin de gouvernement. Voir chapitre 14.

18. Dans un a parte extraordinaire, Mainland disait : « *Le Decretum* est un piètre fourbi, quand on le compare au Digest » signifiant par là que la qualité intellectuelle de l'œuvre de Gratien est difficilement comparable à la jurisprudence des juristes romains classiques. Sir Frederick Pollock and Frederic William Maitland, *History of English Law*, 2e éd. (1898, réimpression ed Cambridge, 1968), 24. Nul doute que Maitland avait à l'esprit non pas le Digest même, mais le Digest reconstruit par les Romanistes médiévaux en un ensemble intégré, plus fortement tissé de concepts et de définitions posés une fois pour toutes, contenant des solutions complexes à des problèmes déconcertants de logique juridique. A cette aune, tout système de lois semble un « piètre fourbi » si son objectif est de refléter la situation objective de la société et de changer ce qu'il faut pour faire face à des situations nouvelles. La raison qui rend extraordinaire cette réflexion, c'est que Maitland n'était pas de ceux qui placent très haut la logique légale pour elle-même, et qu'il n'aurait certes pas accepté un jugement semblable sur sa chère *common law* anglaise.

19. « Il est difficile d'épingler exactement le moment où a été [formellement] reconnue [la *plenitudo potestatis*] du pape, mais cela a certainement débuté lorsque Simon de Bisignano a écrit sa *Summa* (1177-79), et a été entièrement réglé sous le pontificat d'Innocent III. L'évolution du terme pendant cette période révèle comme en un microcosme un processus complet de formation des doctrines canonistes ». John A. Watt, *The Theory of Papal Monarchy in the Thirteenth Century : The Contribution of the Canonists* (New York, 1965), p. 78.

20. *Decretum*, Dist. 19, c. 9, incorporant un texte ancien qui montrait que le pape Anastasius, pour cause d'hérésie, avait été renversé par la volonté divine. Voir note 21.

21. *Ibid.*, Dist. 29, avant c. 1. Gratien souleva la question de savoir si les mots d'aussi grands « commentateurs des Saintes Ecritures » que saint Jérôme et saint Augustin devaient être préférés aux décrétales d'un pape. Il concluait que les pères de l'Eglise devaient être préférés quand il s'agit d'exposer l'Ecriture sacrée, mais pas pour régler les affaires juridiques, « où est nécessaire non seulement le savoir mais aussi le pouvoir ». Gratien n'employait pas le terme *juridictio* pour distinguer l'autorité légale d'un pape, mais l'expression *executio potestatis* (exécution du pouvoir), à laquelle il donnait en substance la même signification que ses successeurs donnèrent au mot *juridictio* dans leur analyse du pouvoir du pape de décider des disputes, y compris doctrinales. Comme explique Tierney, « l'autorité que les canonistes attribuaient au pape en matière de foi était l'autorité d'un juge suprême, non celle d'un enseignant infaillible. Huguccio (le successeur de Gratien) examina le cas où un pape est en même temps un savant théologien. S'il contredisait un autre théologien, son statut de pape ne prêtait aucun poids supplémentaire aux opinions qu'il soutenait en tant que professeur, mais tous étaient obligés d'accepter ce qu'il formulait en tant que pape dans les *décisions judiciaires*. Si le pape commettait une erreur en décidant d'un conflit impliquant une question de foi, les canonistes ne doutaient pas que l'erreur serait corrigée par lui-même ou un successeur (comme ce fut le cas pour Anastasius [voir note 20] avant que toute l'Eglise soit fourvoyée. Brian Tierney, *Origins of Papal Infallibility, 1150-1350* (Leyde, 1972), p. 42. Tierney a montré qu'il n'y eut pas de théorie d'infaillibilité du pape avant la fin du XIII^e siècle et que, lorsque la théorie apparut, elle était proposée comme une limitation de l'autorité du pape, cela signifiait que les formulations infaillibles des papes antérieurs ne pouvaient être réformées par aucun pape en exercice. Voir aussi Tierney, *The Foundations of the Conciliar Theory* (Cambridge, 1955).

22. Le titre « cardinal » eut diverses significations avant la moitié du XI^e siècle. A cette époque, les papes réformateurs attribuèrent aux évêques et aux prêtres « cardinaux » des 28 églises environnantes qui desservaient les quatre basiliques de Rome des fonctions administratives dans l'Eglise romaine, alors qu'auparavant ils n'avaient que des fonctions liturgiques. Désormais des non-romains aussi furent élevés au cardinalat, par exemple, Humbert de Silva Candida, l'un des principaux réformateurs. Ainsi les évêques et les prêtres cardinaux devinrent dorénavant un corps administratif de la papauté. Par décret de Nicolas II en 1059, ils devinrent de plus les électeurs des papes. Voir Stephan Kuttner, « Cardinalis : The History of a Canonical Concept », *Traditio*, 3 (1945), 129-214. *New Catholic Encyclopedia*, ed. 1967, s.v. « cardinal ».

23. Yves Renouard, *La Papauté à Avignon* (Paris, 1954), p. 29. En anglais *The Avignon Papacy, 1305-1403* (Hamden, Conn., 1970). L'année 1378 vit le début du Grand Schisme (1378-1417), lorsque deux cours papales (et un moment, trois) régnèrent concurremment. De 1309 à 1377, le siège de la papauté fut à Avignon, dans

NOTES

le midi de la France, cette période fut appelée la captivité de Babylone de l'Eglise de Dieu.

24. Voir Gabriel Le Bras, *Institutions ecclésiastiques de la Chrétienté médiévale* (Paris, 1964), pp. 346-348)

25. L'autorité du légat pontifical fut d'abord proclamée comme un principe général dans les *Dictatus Papae*, où Grégoire VII décidait (Dictatus IV) « que son légat [c.à.d. du pontife romain], même si son grade est inférieur, a préséance, dans un concile, sur tous les évêques, et il peut rendre une sentence de déposition contre eux. Finalement, les légats du pape tirèrent leurs pouvoirs de leur commission spécifique.

26. Le Bras, *Institutions*, p. 414.

27. Ibid., p 419. Le Bras écrit: « Le clergé regardait avec méfiance l'insertion dans son administration séculière de ce corps habituellement composé de laïcs. Il apparaissait qu'un principe fondamental du droit canon était violé [à savoir le canon que "les laïcs, si dévots soient-ils, n'ont aucune autorité pour disposer de la propriété ecclésiastique"]. Quelques conciles (locaux) protestèrent. Cependant, l'habitude ancienne de participation de paroissiens dans la vie temporelle de la communauté finit par faire accepter le corps des *fabriciens*, qui, au XIV^e siècle, étaient parmi les institutions normales de la chrétienté ».

28. Maitland prétend que l'Eglise était une structure fédérale, dans laquelle existait une double subordination des évêchés aux archevêchés d'une part et au pape d'autre part. Semblablement, il y avait une double subordination de la paroisse à l'évêché et à la papauté. Ainsi chaque archevêché était, en fait, un état à l'intérieur d'une union fédérale d'états. F. W. Maitland, *Roman Canon Law in the Church of England* (Cambridge, 1898), pp. 101-105.

Une difficulté avec cette analyse est que l'autorité centrale, c'est à dire la papauté, étant omnisciente, il n'y avait pas de matières réservées aux « états ». D'autre part, si l'Eglise aux XII^e et XIII^e siècles doit être considérée comme un état unitaire et non pas comme une fédération, elle était assurément composée d'un nombre élevé de diverses unités moindres ayant chacune une autonomie considérable.

29. George Size, *Thoughts on the Government of the Church in the Classical Period*, (manuscrit en possession de l'auteur, 1978), p. 4.

30. *Glossa Platina ad Dist 19, c. 19* cité dans Tierney, *Papal Infallibility*, p. 32. Le mot latin *arbitrium*, ici traduit par « volonté », est traduit par Tierney comme « jugement ».

31. Paul Hinschius, *Das Kirchenrecht der Katholiken u. Protestanten in Deutschland*, III (Berlin, 1883), 769.

32. *Decretum*, Dist. 40 c. 6.

33. Tierney, *Conciliar Theory*, p. 57. Au début du XIII^e siècle, le canoniste Alanus, anticipant les plus extrêmes théories conciliaires, écrivait : « Il est vrai que seulement pour hérésie un pape peut être jugé contre sa propre volonté... mais il en est ainsi dans ce crime parce que dans les matières qui relèvent de la foi, il est moindre que le collège des cardinaux ou un concile général des évêques ». *Glossa ad Dist. 40 c. 6*, cité dans Tierney, *Papal Infallibility*, p. 52.

34. La théorie de Huguccio est citée dans Tierney, *Papal Infallibility*. Elle n'est pas acceptée dans la *Glossa Ordinaria*. Huguccio soutenait que Gratien ne mentionnait l'hérésie qu'à titre d'exemple, ou bien parce que le pape pouvait être accusé d'hérésie même quand ce n'était pas notoire.

35. Tierney, *Papal Infallibility*, p. 48.

36. *Ibid.*, pp. 51, 53, 89.

37. Tierney, *Conciliar Theory*, p. 97.

38. Un exposé concis du droit romain des associations peut être trouvé dans W. Buckland, *A Text-Book of Roman Law from Augustus to Justinian*, 2^eme ed. (Cambridge, 1932), p. 175. Pour une excellente analyse des relations entre les concepts légaux sur la corporation et les concepts modernes occidentaux, voir P. W. Duff, *Personality in Roman Private Law* (Cambridge, 1938).

39. Otto von Gierke, *Das deutsche Genossenschaftsrecht*, 4 vol. (Berlin, 1868-1913).

40. Voir Pierre Gillet, *La personnalité juridique en droit ecclésiastique spécialement chez les Décretistes et les Décrétalistes et dans le Code du droit canonique* (Malines, 1927), p. 61. Gillet analyse les théories des glossateurs, c'est-à-dire de romanistes, mais ces théories étaient essentiellement les mêmes que les théories des canonistes, et plusieurs d'entre elles étaient dérivées d'écrits canonistes. Gillet indique que le terme « corporation » était appliqué à toutes sortes d'associations ecclésiastiques et séculières, et qu'elles étaient élaborées « pour préserver à chacun sa justice » (p. 70). Les divers mots latins *universitas*, *collegium*, *corpus*, et *societas* étaient employés comme synonymes. De même les « fondations » religieuses et civiles étaient considérées comme des corporations. L'association devait avoir au moins trois membres afin de se qualifier telle. Il n'était pas exigé de statuts ni d'une forme particulière d'organisation. Suivant Plöchl, une réponse concluante n'était pas donnée dans cette période à la question de la portée du consentement d'autorités religieuses supérieures pour investir de la personnalité juridique des entités ecclésiastiques particulières. Willibald M. Plöchl, *Geschichte des Kirchenrechts*, I, (Vienne, 1953), 175.

NOTES

41. Plöchl, *Geschichte*, p. 73.

42. Voir Gierke, *Genossenschaftsrecht*, vol. III. Le contraste est indubitablement exagéré par Gierke, de qui il fut dit que « c'est un artiste qui a plaisir à souligner la dépendance des corporations vis-à-vis de l'Etat, pour faire ressortir la différence avec la liberté des associations germaniques dont il est l'historien et le prophète ». Duff, *Personality*, p. 118.

43. Gillet, *La personnalité juridique*, p. 76.

44. Ibid., pp. 77-78. Voir Walter Ullmann, « The Delictal Responsibility of Medieval Corporations », *Law Quarterly Review*, 64 (1948), 77.

45. La thèse de la « fiction » soutenue par Gierke [à savoir que la corporation est une personne fictive qui tire son existence et ses pouvoirs de l'autorité politique], avancée au XIII^e siècle dans une décrétale du pape Innocent IV, est maintenant réfutée. Voir Gillet, *La personnalité juridique*, p. 163 ; Duff, *Personality*, pp. 221-224 ; Tierney, *Conciliar Theory*, p.98. Gillet montre que la théorie de la fiction des canonistes n'est pas ce que Gierke croyait qu'elle fût. Les canonistes disaient que les membres d'une corporation (*universitas*) sont considérés par la loi (*funguntur*) comme formant une personne unique. Le fameux texte d'Innocent IV que Gierke présente comme la fondation de la théorie de la fiction, déclare : « *Collegium in causa universitatis fingatur una persona* », que la collectivité, en tant que corporation, soit traitée « comme si » c'était une seule personne. Mais ce n'est pas à dire que la corporation existe comme une entité abstraite indépendamment de ses membres ou encore que « l'essence » de la corporation est dans le collectif, et que les « accidents » sont les membres individuels. Ni Innocent IV ni les autres canonistes n'ont développé de telles théories, elles ne sont pas non plus implicites dans l'idée que la « personnalité juridique » peut être attribuée à une collectivité ou un groupe ou, pour autant, à une « fondation ». Les canonistes des XII^e et XIII^e siècles n'étaient pas, comme le supposait Gierke, des « réalistes exagérés ». Au contraire, le droit des associations élaboré par eux reflète un nominalisme modéré [voir note 48]. Il importe aussi de souligner que [ce droit des corporations] manifeste la vue que les capacités juridiques et les droits et les devoirs d'un groupe, comme les capacités, les droits et les devoirs des individus, dérivent de la même source que tous les systèmes de droit, y compris la loi divine et la loi naturelle, ainsi que les lois positives de l'Eglise et des entités politiques séculières. Innocent IV aurait pu dire que donner à un groupe la capacité de posséder un bien, de faire des contrats, d'intenter des procès ou d'y répondre, n'est pas plus artificiel ou « fictif » que de les attribuer à une personne individuellement.

46. Ce point est établi par Tierney, *Conciliar Theory*, p. 101.

47. Ibid., pp. 96, 101.

48. Tierney appelle cela une position « réaliste modérée » (ibid., p. 102). A ce propos, cependant, il cite ce que dit le grand juriste du XIV^e siècle, Bartolus : « Tous les philosophes et canonistes [croient] que le tout ne diffère pas réellement [*realiter*] de ses parties » ce qui est une affirmation classique des nominalistes. Voir chapitre 3.

49. Ibid., p. 108.

50. Ibid., Tierney note qu'au début, on a eu tendance à confondre « avis » (*consilium*, « conseil ») et consentement (*consentio*).

51. Ibid., p. 111.

52. Ibid.

53. Ibid., p. 117. Un excellent exemple de la méthode juridique des canonistes, utilisé par Tierney (ibid., pp. 103-104) est un passage de Bernardus Parmensis, traitant de la question suivante : un évêque peut-il poursuivre en justice ou s'y défendre sans le consentement de son chapitre. « Il avança d'abord la métaphore inévitable, prélat et chapitre ne pouvaient agir séparément puisqu'ils sont un seul corps... Mais ensuite il cita toute une série de textes de droit romain qui sembleraient conduire à la conclusion inverse... Enfin il procéda à sa propre conclusion, suggérant que le prélat pouvait agir seul dans un certain type de situations où les intérêts de son église ne pouvaient certainement pas être lésés, et remarquant incidemment que les règles du droit romain n'étaient pas obligatoires dans les affaires ecclésiastiques : *Nec in rebus ecclesiasticis stamus legibus illis sed canonibus...* Il mettait en évidence des obligations de droit romain comme pour montrer que la métaphore organique ne fournissait pas la seule approche possible du problème, mais ensuite continuait à forger la solution qui lui semblait la plus appropriée au bien-être de l'Eglise ». Tierney conclut à juste titre que la méthode de traitement des concepts et des textes illustrée par ce passage « nous conduit au cœur de l'œuvre réussie par les canonistes. Le maintien d'une vie ordonnée dans l'Eglise, et rien de moins, telle était la tâche réelle des canonistes confrontés au flux de contestations, généralement mesquines en elles-mêmes, quant à l'autorité des collectivités ecclésiastiques et aux droits de leurs divers membres. Ce fut une œuvre intellectuelle considérable qu'ils accomplirent, tout en résolvant les problèmes quotidiens, en élaborant une théorie subtile et harmonieuse de structuration corporative ». Incidemment, ce fut Bernardus Parmensis qui, le premier, dressa la triple classification des droits appartenant au prélat, ceux appartenant au chapitre et ceux réservés conjointement au prélat et au chapitre en corps.

54. La maxime, *Quod omnes tangit omnibus tractari et approbari debet*, évoquait la règle que, lorsque plusieurs responsables (*guardians, tutores*) avaient une attribution (*tutela*) indivise, leur administration conjointe ne pouvait être dissoute sans le consentement de chacun d'eux. Les romanistes et les canonistes des XII^e et XIII^e siècles assemblèrent cette règle avec d'autres, tirées du Digeste, requérant le

NOTES

consentement de toutes les personnes ayant les mêmes droits, surtout sous l'angle de la procédure lorsque un procès était intenté par ou contre l'une d'entre elles. Caractéristiquement, ils appliquèrent le principe qu'ils perçurent au fondement de ces diverses règles, aux transactions impliquant une corporation ou une autre communauté lorsque la transaction envisagée était pour l'utilité commune et où, concluaient-ils, devait être requis le consentement de tous, ou de la majorité, ou de la « partie la plus saine » (*sanior pars*). Une discussion intéressante se trouve dans Gaine Post, *Studies in Medieval Legal Thought* (Princeton, 1964), chap. 4, *A Romano-canonical Maxim, Quod Omnes tangit, in Bracton and in Early Parliaments*.

6 - ELEMENTS STRUCTURELS DU SYSTEME DE DROIT CANON

1. Sur le droit canonique du mariage aux XII^e et XIII^e siècles, voir A. Esmein, *Le mariage en droit canonique*, 2 volumes (Paris, 1891). Gabriel Le Bras « La doctrine du mariage chez les théologiens et les canonistes depuis l'an mille », in *Dictionnaire de théologie catholique*, IX (1926), 2123-2317. Willibald Plöchl, *Geschichte des Kirchenrechts*, II (Vienne, 1955), 267-298.

2. Gabriel Le Bras, « Canon Law » in C. G. Crump et E. F. Jacob, eds., *The Legacy of the Middle Ages* (Oxford, 1926), p. 345. Cet essai reste un résumé extrêmement utile des traits principaux du droit canon, y compris la loi sur le mariage dans la période précédant le XVI^e siècle.

3. Sur le droit canonique de l'héritage aux XII^e et XIII^e siècles, voir Henri Aulfroy, *Evolution du testament en France des origines au treizième siècle* (Paris, 1899). Jerome Hannan, *The Canon Law of Wills* (Washington, D. C., 1934).

4. Sir Frederick Pollock et Frederic William Maitland, *History of English Law*, 2ème ed. (1898, réimp. ed. Cambridge, 1968), I, 314. Le don *post-obit* (après décès) n'était pas seulement une institution anglo-saxonne, elle était connue des Normands et avait des analogues dans d'autres peuples germaniques.

5. Justinien, Nov. 131. 9, et 131. 11 .1 et 2. Voir généralement Hannan, *Wills*, p.334. F. H. Lawson, *The Roman Law Reader*, (New York, 1969), pp. 81-83, 234. Voir aussi Demetrios Constantelos, *Byzantine Philanthropy and Social Welfare* (New Brunswick, N.J., 1968).

6. Pollock and Maitland, I, 338-339.

7. Voir Hanan, *Wills*, pp. 274-275.

8. G. D. G. Hall, ed. et trad. *The Treatise on the Laws and Customs of England Commonly Called Glanvill* (Londres et Edimbourg, 1965), p. 70.

9. Sur le droit canonique de propriété aux XII^e et XIII^e siècles, voir Plöchl, *Geschichte*, p.396 ; Hans Erich Feine, *Kirchliche Rechtsgeschichte*, I (Weimar, 1950), 310, 327.

10. *Decretum*, C. 3 q. 1c. 2.

11. Voir Francesco Ruffini, *L'Actio Spolii* (Turin, 1889), p. 327.

12. *Ibid.*, p. 244.

13. Voir Just., C. 8. 4. 1.

14. Voir D. 48. 16. 1.

15. Just., I. 4. 15. 6.

16. Sur le droit canonique des contrats aux XII^e et XIII^e siècles, voir Plöchl, *Geschichte*, p. 399 ; Timothy Lynch *Contracts between Bishops and Religious Congregations : A Historical Synopsis and a Commentary* (Washington, D. C., 1947) ; Alfred Söllner, *Die causa im Konditionen-und Vertragsrecht des Mittelalters bei den Glossatoren, Kommentatoren und Kanoniken*, ZSS (rom), 77 (1960), 182-269.

17. D. 2. 14, 7, 1.

18. James R. Gordley, *The Search for a General Theory of Contract* (manuscrit en possession de l'auteur, 1979), p. 48.

19. *Ibid.*

20. Söllner, *Causa*, p. 240.

21. Just., C. 4, 44. 8. Le texte complet est donné en latin et en traduction anglaise, en même temps qu'une analyse du texte, in Kenneth S. Cahn, « The Roman and Frankish Roots of the Just Price of Medieval Canon Law », *Studies in Medieval and Renaissance History*, 6 (1969), 1.

22. Eduardus Bocking, ed., *Corpus Legum sive Brachylogus Iuris Civilis* (Berlin, 1829), pp. 98-99, cité dans Cahn « Roman and Frankish Roots » p. 18, n. 15.

23. Dans une décrétale du pape Alexandre III (1159-1181), il était constaté que dans le cas d'un bois vendu par les chanoines de Beauvais à l'abbaye de Chaâlès, qui

NOTES

fut jugé par l'évêque d'Arras comme ayant été acheté pour moins que la moitié du juste prix, l'acheteur ne fut pas requis (selon la décision de l'évêque) de reprendre ce qu'il avait payé et de restituer la propriété, mais se vit donner le choix de payer ce qui manquait du juste prix. Grégoire IX, *Decretales* 3. 17. 3, cité par Cahn, « Roman and Frankish Roots », p. 25, n. 40.

24. Voir J.R. Gordley, « Equality in Exchange », *California Law Review*, 69 (1981), p. 1640.

25. Ibid. Voir aussi John T. Gilchrist, *The Church and Economic Activity in the Middle Ages* (New York, 1969), p.274.

26. Voir John Noonan Jr., *The Scholastic Analysis of Usury* (Cambridge Mass., 1957), p. 11.

27. Ibid., p. 506.

28. *Decretum*, C. 14. q. 4 et 46, qq. 9 et 10.

29. Gilchrist, *Economic Activity*, p. 107.

30. Sur la loi canonique de procédure et de preuve aux XII^e et XIII^e siècles, voir Plöchl, *Geschichte*, I, 88-90, et II, 311-338. R. B. Clune, « *The Judicial Interrogation of the Parties*, CLS, n° 269 (Washington, D. C., 1948). Alessandro Giuliani, « The Influence of Rhetoric on the Law of Evidence and Pleading », *Juridical Review*, 62 (1969), 231-251.

31. *De Vera et Falsa Poenitentia*, Migne, *PL*, 40. 1129.

32. Giuliani, « Rhetoric ».

33. Voir Helmut Coing, « English Equity and the Denunciatio Evangelica of the Common Law », *Law Quarterly Review*, 71 (1955), 233.

34. Mauro Cappelletti et Joseph M. Perillo, *Civil Procedure in Italy* (La Haye, 1965), pp. 35-36.

35. Les canonistes déclaraient que la charge de la preuve d'une assertion incombait à la partie qui faisait cette assertion. Cela peut être l'une des sources de la doctrine de la présomption d'innocence. Avec le remplacement virtuel de la procédure orale par la procédure écrite, les juges se mirent cependant à requérir les personnes accusées de donner des explications en réponse aux accusations portées contre elles, menant (selon M. J. Essaid) « à une virtuelle présomption de culpabilité ». Voir M. J. Essaid, *La Présomption d'innocence*, (Rabat, 1971), p 26, n. 15.

7 – THOMAS BECKET CONTRE HENRY II

1. Voir Z. M. Brooke, *The English Church and the Papacy from the Conquest to the Reign of John* (Cambridge, 1952), chap. 12, « Stephen : The 'freedom of the Church' ».

2. Ibid., pp. 188-190.

3. Voir Beryl Smalley, *The Becket Conflict and the Schools* (Oxford, 1973), p. 122 ; Charles Duggen, « The Becket Dispute and the Criminous Clerks », *Bulletin of the Institute of Historical Research*, 35, n° 91 (mai 1962), 1-28 ; James W. Alexander, « The Becket Controversy in Recent Historiography », in *The Journal of British Studies* (Hartford, Conn.), 9 n° 2 (mai 1970), 1-26. Alexander réfute effectivement l'ancienne position anti-Becket prise par H. G. Richardson et G. O. Sayles dans *The Governance of Medieval England* (Edimbourg, 1963).

4. George Greenaway, ed. et trad., *The Life and Death of Thomas Becket Chancellor of England and Archbishop of Canterbury* [le titre en anglais continue en précisant] : fondées sur les écrits de William Fitzgerald, son secrétaire, et additions d'autres sources contemporaines (Londres, 1961), p. 22 (H. J. Berman note que « Le récit de Greenaway est fortement en faveur de Henri »).

5. Sidney R. Packard, *Twelfth Century Europe : An Interpretive Essay* (Amherst, Mass., 1973), p. 286.

6. Sir Frederick Pollock et Frederic William Maitland, *The History of English Law*, 2ème ed. (1898, réimpression ed. Cambridge, 1968), I, 449.

7. La position prise ici est soutenue par nombre d'autorités, y compris celles citées en note 3, mais elle n'est pas populaire parmi les historiens politiques et les juristes anglais, y compris ceux cités aux notes 4 et 5. Une biographie renommée de Henri II, qui met le blâme carrément sur l'intransigeance de Becket sous-évalue grandement les exigences de Henri et, de ce fait, sous-évalue les concessions faites par Henri après le martyre de Becket. Voir W. L. Warren, *Henry II* (Berkeley et Los Angeles, 1973), pp. 462-464, 477-482, 538-548. Etre en désaccord avec le parti-pris favorable à Henri, ne veut pas dire qu'il n'y eût pas également d'amples possibilités de compromis de la part de Becket. Tant Becket que Henri s'enfermèrent dans des positions extrêmes dont ils ne surent comment se dépêtrer. Soutenir, toutefois, comme fait Warren, que Becket était un grégorien attardé, déphasé d'avec son époque et condamné à l'échec, c'est ignorer le fait que la révolution de Grégoire VII fut bien vivante tout au long du XII^e siècle. Non seulement Becket, mais aussi le pape Alexandre III dénonçait énergiquement les Constitutions de Clarendon, accusant Henri « d'usurper... des pouvoirs qui appartiennent à Jésus-Christ » et de « confondre l'Eglise et l'Etat ». Cité du même, pp 524, 527.

NOTES

8. Voir Smalley, *Becket Conflict*, pp. 124-125.
9. Voir David Knowles, *Thomas Becket*, (Londres, 1970), pp. 18-84.
10. Pollock et Maitland, I, 454, 455, 443, 447.
11. Greenaway, *Life and Death of Thomas Becket*, p. 19.

12. Nous devons au martyre de Becket la doctrine particulière à l'Angleterre sur l'exemption des clercs. Son développement ultérieur fut pour le moins curieux. Le critère habituel du statut clérical était la capacité de lire, et cela brassait, au fil du temps, de plus en plus de gens vers l'immunité. Pour faire obstacle aux abus, la règle s'établit que ce privilège (*benefit*) ne pouvait être invoqué qu'une seule fois, que le clerc accusé soit ou non privé du statut clérical à la première condamnation. Pour rendre cette règle plus aisée à appliquer, il fut édicté en 1490 qu'un clerc condamné soit marqué au fer rouge, au pouce (l'on dit que cette pratique est à l'origine de la locution, *rule of thumb* (à vue de nez).

Plucknett écrit que « La Réforme aurait, semble-t-il, été un moment favorable pour abolir cette survivance gênante de l'autorité romaine, mais en fait la politique fluctua ». En 1547, le « bénéfice du clergé » fut étendu aux cas de bigamie (anciennement les clercs des ordres mineurs, bien qu'autorisés à se marier, perdaient leur statut clérical s'ils commettaient le péché de se marier deux fois ou d'épouser une veuve), les bigames avaient été exclus du privilège clérical et aussi les pairs du royaume qu'ils sachent lire ou non (les pairs étaient dispensés de la brûlure du pouce. Au XVII^e siècle, le bénéfice fut étendu aux femmes. En 1707, tout le monde fut admis, par l'abolition du test de lecture (dit *neck-verse*).

En pratique, commente Plucknett, « Tout cela signifie que la nature du privilège du clergé avait subi un changement radical. En 1576, il avait été édicté que le clerc condamné ne pouvait pas être livré à l'ordinaire mais devait être destitué immédiatement et, de la sorte, la dernière attache du bénéfice avec soit l'Eglise soit le clergé, était coupée, mais le même arrêt autorisait un emprisonnement d'un an avant la destitution, à la discrétion du tribunal. Même avant la Réforme, le Parlement s'était risqué à décider que la trahison mineure ne serait plus *clergyable*... Après la Réforme, une longue série de lois rendirent le meurtre, la conspiration, le vol de grands chemins, le viol, le cambriolage et une légion d'autres méfaits *non-clergyable*. Le résultat fut important. L'écart entre la *felony* et la *misdemeanor* (inconduite) avait été beaucoup trop large et, en usant du privilège du clergé, le Parlement put rendre certains délits graves *non-clergyables* pour une première infraction (*non-clergyable*), et d'autres infractions pour la récidive seulement. Ainsi, une classification sommaire des délits en davantage de catégories que les deux médiévales devenait possible. Ce processus fut poursuivi en développant la politique de l'Acte de 1576, et en condamnant les personnes convaincues d'un larcin *clergyable* jusqu'à sept ans de *transportation* (bannissement). Ainsi la survivance du bénéfice adoucit la rigueur du droit pénal et permit l'établissement d'une échelle graduée de punitions ». Le

« bénéfice du clergé » fut finalement aboli en Angleterre en 1827. Theodore F. T. Plucknett, *A Concise History of the Common Law*, 5ème ed. (Boston, 1956), pp. 439-441.

13. Frederic W. Maitland, *Roman Canon Law in the Church of England* (Londres, 1898), pp. 56-57.

14. « Alors que la théorie de la prérogative royale affirmait que le roi avait toujours le droit d'interdire aux tribunaux religieux d'entendre les affaires qui sont de juridiction royale, néanmoins, le bref de prohibition était un instrument toujours disponible pour le plaideur ». G. B. Flahiff, « The Writ to Prohibition in Court Christian in the Thirteenth Century », part II, *Medieval Studies*, 7 (1945), 232.

15. *Ibid.*, p. 257.

16. *Ibid.*, p. 237.

17. *Ibid.*, p. 241, n. 71.

18. *Ibid.*, pp. 243-244.

19. *Ibid.*, pp. 244-245.

8 - LE CONCEPT DE DROIT SECULIER

1. Le texte latin du *Policraticus*, édité par C. C. Webb, fut publié par Oxford University Press en 1909. Il existe une traduction en anglais, intitulée : *The Statesman's Book of John of Salisbury, being the Fourth, Fifth and Sixth Books, Selections of the Seventh and Eighth Books, of the Policraticus*, trad. avec introduction par John Dickinson (New York, 1963). Jean de Salisbury a été qualifié par un historien de premier plan « le savant et le styliste le plus accompli de son temps », David Knowles, *The Evolution of Medieval Thought* (New York, 1962), p. 135. Né en Angleterre en 1115, Salisbury étudia pendant douze ans à Chartres sous Abélard, Gilbert de la Porrée et d'autres grands maîtres. A la fin des années 1140, il servit dans la curie pontificale, puis pendant plusieurs années dans l'entourage de l'archevêque Thomas Becket. Il fut exilé par le roi Henry II en 1164, mais était présent à Cantorbéry en 1170 lorsque Becket fut assassiné. Il fut évêque de Chartres de 1176 à sa mort en 1180. Le *Policraticus* est dédié à Becket.

2. Voir George H. Williams, *The Norman Anonymus of 1140 a.d.*, Harvard Theological Studies, vol. 18 (Cambridge, Mass., 1951).

3. *Ibid.*, p. 173.

NOTES

4. Dickinson, *Salisbury*, p. lxxxi.

5. *Ibid.*, pp. lxxx- lxxxi.

6. *Ibid.*, p. lxxxii.

7. *Politics* d'Aristote, fut traduit vers 1260. *De Regimine Principum*, de Thomas d'Aquin fut écrit en 1266.

8. *Metalogicum*, de Jean de Salisbury, écrit dans la même année que le *Policraticus* (1159) dérivait de l'*Analytica Priora* d'Aristote et de son *De Elenchis Sophisticis*, qui avaient été traduits entre 1128 et 1140.

9. R. W. Carlyle et A. J. Carlyle, *A History of Medieval Political Thought in the West*, 6 vol. (Londres, 1903-1936), II, 2. III, 140, 142-143, 146.

10. Voir Dickinson, *Salisbury*, p. xl.

11. *Ibid.*, p. xxii.

12. Carlyle, *Medieval Political Thought*, IV, 333.

13. *Ibid.*

14. « Saint Augustin est indifférent vis-à-vis de l'Etat, comme communauté ou comme territoire... Pourtant, il accepte certains éléments de l'ancienne notion de l'Etat, à savoir les idées de droit et de justice, d'ordre et de paix que la république romaine et l'empire romain avaient tentés de traduire dans la réalité, à l'intérieur de leur conception limitée du but véritable du genre humain... Ainsi l'*imperium* terrestre et le règne terrestre, dans la mesure où ils sont évalués en un sens positif par saint Augustin, sont pour lui non des états-communautés ou des états-territoires mais des formes et des fonctions du juste gouvernement dans la situation ambiguë où la Cité de Dieu se trouve sur cette terre ». Gerhard B. Ladner, *Aspects of Medieval Thought on Church and State*, *Review of Politics*, 9 (1947), 403-422.

15. Quentin Skinner, *The Foundations of Modern Political Thought*, vol. 2, *the Age of Reformation* (New York, 1978), p. 353. Voir note 17.

16. *Ergo est... princeps potestas publica...* Webb, *Policraticus* 5. 1. Voir Gaines Post, *Studies in Medieval Legal Thought : Public Law and the State, 1100-1322* (Princeton, N.J., 1964), p. 515, n. 42. Post est vigoureusement attaché à l'idée que le concept moderne de l'Etat est enraciné dans la pensée juridique de la fin du XI^e siècle, des XII^e et XIII^e.

17. Les mots en italique sont ceux omis en citant ce qui figure dans la note 15. Les italiques sont ajoutées.

18. Il y a, naturellement, une très vaste littérature sur la formation du concept moderne d'Etat. Voir Skinner, *Modern Political Thought*, II, ix-x. : « Le changement consista à passer de l'idée du prince "maintenant son Etat" alors qu'il ne faisait que défendre sa propre position, à l'idée qu'il y a un ordre légal et constitutionnel distinct propre à l'Etat et que le prince a le devoir de défendre ». Mais ce transfert n'a pas eu lieu au XVI^e siècle comme le pense Skinner, ce fut à la fin du XI^e siècle et au XII^e, et cela se reflète dans les écrits de Jean de Salisbury.

Skinner cependant poursuit en adoptant une définition de l'Etat (qu'il attribue à Max Weber) comme « la seule source du droit et de la contrainte légitime à l'intérieur de son propre territoire, et le seul objet approprié des allégeances des citoyens ». Selon cette définition, il est douteux que même aujourd'hui, les Etats-Unis d'Amérique se qualifieraient comme Etat, puisque l'Union est soumise en partie au droit international (composé d'un droit coutumier international et de traités et accords négociés), et d'autre part les citoyens peuvent avoir, et ont, d'autres allégeances, notamment religieuse.

19. Dickinson, *Salisbury*, p. 335.

20. *Ibid.*, pp. 4-5.

21. *Ibid.*, p. 351.

22. *Ibid.*, p. 212.

23. *Ibid.*, p. 213.

24. *Ibid.*, p. 258.

25. *Ibid.*, p. 85.

26. *Ibid.*, pp lxxiii-lxiv (citant *Policraticus* 3.15).

27. Il a été soutenu par certains que la cérémonie du sacre, qui requérait la participation de clercs, était un sacrement par lequel le monarque était constitué dans sa fonction, et par d'autres que le sacre ne faisait que confirmer son élection. De même, les uns pensent que l'excommunication ou la chute dans l'hérésie ou le schisme privaient les ordres du gouvernant de leur autorité juridique, et d'autres que la légitimité de tels ordres dépend de leur nature et de leur objectif, et non de la présence ou de l'absence de censure ecclésiastique. Ainsi Gratien cite une lettre écrite par Grégoire VII, dans laquelle Grégoire justifiait ses actions contre Henri IV en se référant à la participation du pape Zacharie I^{er} à la déposition de Childéric III, le dernier roi mé-

NOTES

rovingien, lorsque Zacharie délia les Francs de leur serment d'allégeance à Childéric, de sorte qu'ils puissent jurer fidélité à son successeur sans être parjures. Rufinus, disciple de Gratien, discuta plus tard cet événement sous l'angle de la nature du serment prêté à Childéric, et plus particulièrement, s'il était adressé au roi dans sa personne privée ou en raison de son office public.

28. Dickinson, *Salisbury*, p. 84.

29. Ibid.

30. Ibid., p. 65.

31. Ibid., p. 9.

32. Ibid., p. 84.

33. Ibid., p. xliii.

34. Ibid., p. 191.

35 Ibid., p. 65.

36. Ibid.

37. Carlyle, *Medieval Political Thought*, I, 63-70, 125-131. Aussi tard que les années 1080, le parti papal avait invoqué la théorie du contrat pour contester l'autorité de l'empereur dont « la cruelle tyrannie envers ses sujets », disaient-ils, avait rendu évident que « les gens sont libres de sa seigneurie et de leur sujétion à son égard car il a le premier rompu le contrat en vertu duquel il avait été intronisé ». Manegold de Lautenbach, cité in Brian Tierney, *The Crisis of Church and State, 1050-1300* (Englewood Cliffs, N. J., 1964), p.79. Manegold ajoute « pour prendre un exemple dans une sphère plus humble, si un homme a embauché quelqu'un contre un honnête salaire pour garder ses porcs, et constate qu'il ne s'en est pas occupé mais en a volé, tué ou mutilé plusieurs, est-ce que cet homme ne refusera pas de payer le salaire promis ? Il renverra honteusement celui qu'il avait engagé pour entretenir sa porcherie » Plus loin dans le même document (p. 80), Manegold déclare : « étant donné, donc, que personne ne peut se faire empereur ou roi, les gens élèvent au-dessus d'eux un homme pour les régir et les gouverner en vertu de sa juste autorité, pour attribuer à chacun son dû, protéger les bons, réprimer les mauvais et faire justice à tous. Si toutefois il rompt le pacte par lequel il a été élu,... la raison considère à juste titre qu'il a affranchi les gens de leur devoir de soumission, du fait qu'il a le premier annulé le lien de mutuelle fidélité qui l'attachait à eux et eux à lui ». Jean de Salisbury, bien que partisan de la révolution papale et ennemi de la tyrannie royale, s'abstint de reprendre cet argument « de gauche ».

38. Aristote, *Politique* I. 1, in *The Basic Works of Aristotle*, ed. Richard McKeon (New York, 1941), p. 1127.

39. Ladner, « Aspects of Medieval Thought », pp. 411-416.

40. Voir Myron P. Gilmore, *Argument from Roman Law in Political Thought 1200-1600*, (Cambridge, Mass., 1941), pp. 15-36.

41. D. 2.1.1. et 1.16.7.2. Voir John W. Perrin, « Azo, Roman Law, and Sovereign European State », *Studia Gratiana*, 15 (1972), 92-94, 97-101.

42. Perrin, *Azo*, p. 93.

43. *Ibid.*, p. 95.

44. *Ibid.*, p. 93.

45. Voir Joseph. R. Strayer, *On the Medieval Origins of the Modern State* (Princeton, N. J., 1970), p. 21.

46. Voir Ernest H. Kantorovicz, *The King's Two Bodies : A Study in the Medieval Political Theory*, (Princeton, N.J., 1957), pp. 143-192.

47. Fritz Kern, *Kingship and Law in the Middle Ages*, trad. S. B. Chrimos (Oxford, 1939), pp. 83-84.

48. Voir Ralph E. Giesey, *The Oath of the Aragonese and the Legendary Laws of Sobrarbe*, (Princeton, N. J., 1968).

49. Magna Carta, 17 John (1215), chaps. 12, 17, 38, 39, 40, 41, 42, 45.

50. Bulle d'Or, chaps 1, 2, 3, 9, 14, 16, 23, 28. Pour le texte complet de la Bulle d'Or de 1222, voir Henrik Marczali, *Enchiridion Fontium Historiae Hungarorum* (Budapest, 1902), pp. 134-143. Voir C. M. Knatchbull-Hugessen, *The Political Evolution of the Hungarian Nation*, I, (Londres, 1908), 19-30.

51. Voir la définition de Lord Dicey, comme qualifiée par Roberto.M. Unger, *Law in Modern Society : Toward a Criticism of Social Theory* (New York, 1976), pp. 273-274. Unger appelle « ordre légal » la souveraineté du droit (*rule of law*) et il la met en contraste avec le « droit coutumier » d'une part et « l'ordre bureaucratique » d'autre part. D'où une vue erronée (p. 54) selon laquelle « l'ordre légal émergea avec la société libérale moderne et européenne » c'est-à-dire pas avant le XVII^e siècle.

NOTES

9 - LE DROIT FEODAL

1. Marc Bloch divise le féodalisme entre le « premier âge féodal » du VIII^e siècle à la moitié du XI^e, et le « second âge féodal » du milieu du XI^e siècle au XV^e. « Il y eut », écrit-il, « deux âges successifs très différents dans leur caractère essentiel ». Bloch, *Feudal Society* (Londres, 1961), p. 60.

De même, Georges Duby considère le XI^e siècle comme la période critique de l'émergence de la féodalité occidentale et il appelle les années 1070 à 1180 « le siècle de grand progrès, dans lequel le féodalisme en tant que système s'est établi dans toute l'Europe. Georges Duby et Robert Mandrou, *A History of French Civilization*, trad. J. B. Atkinson (New York, 1958), p. 59. Voir aussi Duby, *The Early Growth of the European Economy* (Londres, 1974). Comparer Rodney H. Hilton, *Bond Men Made Free : Medieval Peasant Movements and the English Rising of 1381* (Londres, 1973), pp. 14-16. David Herlihy, ed., *The History of Feudalism* (New York, 1970), p. 3.

2. Voir Jean Richard, *The Latin Kingdom of Jerusalem*, vol. A (New York, 1979), 67, où le royaume de Jérusalem est décrit comme « une telle Utopie que le plus pur théoricien du droit féodal aurait pu en rêver ».

3. Bloch, *Feudal Society*, pp. 62-63.

4. Pour une excellente analyse de ces invasions, voir *ibid.* pp. 3-56.

5. Duby et Mandrou, *History of French Civilisation*, p. 43.

6. Voir Herlihy, *History of the Feudalism*, pp. xiv-xv. Duby et Mandrou, *History of French Civilisation*, p. 47, disent que « vers le début du XI^e siècle, les gens furent forcés de se faire une idée claire [des devoirs proclamés par leur hommage] ». Voir aussi Bloch, *Feudal Society*, pp. 219-224.

7. Le développement en Angleterre est analysé par Samuel Thorne, « English Feudalism : Estates in Land », *Cambridge Law Journal*, 17 (1959), 193-209.

8. Le développement de l'héritabilité des fiefs en divers pays de l'Europe est étudié in F. L. Ganshof, *Feudalism*, (New York, 1964), pp. 133-136.

9. Bloch, *Feudal Society*, p. 195.

10. *Ibid.*, p. 197.

11. Ganshof, *Feudalism*, p. 78, déclare que le baiser « était simplement une façon de confirmer les obligations contractées par les deux parties, de la même façon que l'on confirmait d'autres formes de contrat ». Le mot « simplement » peut induire

en confusion. Le rituel entier par lequel le contrat se trouvait scellé symbolisait les obligations assumées par les parties. Selon la formule du philosophe d'Oxford, John Austin, les mots et les gestes étaient des « énonciations opérantes » (*performative utterances*), elles accomplissaient ce qu'elles symbolisaient.

12. Friedrich Heer, *The Medieval World : Europe, 1100-1350* (New York, 1961), p. 37.

13. MGH, Legum IV, I, pp. 90-91. Cette loi et d'autres édictées plus tard furent recueillies vers 1100 dans les *Consuetudines Feodorum* (appelées par la suite *Libri Feodorum*). Il est hors de doute que la loi de Conrad était connue de ceux qui dressèrent le projet de la Magna Carta. Voir Walter Ullmann, *Law and Politics in the Middle Ages* (Londres, 1975), pp. 216, 219.

14. Sir Frederick Pollock et Frederic William Maitland, *History of English Law*, 2e ed. (1898, réimp. ed. Cambridge, 1968), I, 589.

15. Philippe de Beaumanoir, *Coutumes de Beauvaisis*, ed. A. Salmon, 2 vol. (Paris, 1970), I, secs. 294-301.

16. Bloch, *Feudal Society*, pp. 227, observe : « le contrat de vasselage liait deux hommes qui étaient, par définition, de niveau social différent ».

17. Heer, *Medieval World*, p. 40.

18. Voir Herlihy, *History of Feudalism*, p. 98.

19. Ibid., p. xv. Sur le *Libri Feodorum*, voir Heinrich Zoepfel, *Deutsche Rechtsgeschichte* (Stuttgart, 1858), pp. 120-126 ; Walter Ullmann, *Law and Politics in the Middle Ages* (Londres, 1975), p. 217.

20. Entre autres sources anciennes de droit féodal, il y eut le *Statute* du Comte William II pour le comté de Forcalquier en Provence (1162) ; les *Assise au Comte Geoffroy*, pour la Bretagne (1183) et la *Charte Féodale* pour le Hainaut (1200). Des références peuvent être trouvées dans Ganshof, *Feudalism*, p. 68.

21. Bloch, *Feudal Society*, pp. 181-189.

22. Beaumanoir, *Coutumes de Beauvaisis*, sec. 146.

23. Voir Frederic William Maitland, « The Mystery of Seisin », *Law Quarterly Review*, 2, (octobre 1986), 481-486.

NOTES

10 – LE DROIT « MANORIAL » (DOMANIAL)

1. Voir Rodney H. Hilton, *Bond Men Made Free : Medieval Peasant Movements and the English Raising of 1381*. (Londres, 1973), p. 61.

2. Le terme *manerium* (manoir) fut introduit en Angleterre par les Normands en 1066, mais l'institution y avait existé depuis longtemps. Les peuples scandinaves, cependant n'élaborèrent jamais un système manorial, ceux d'entre les « hommes du Nord » (Norsemen) qui s'établirent dans la partie ouest de l'empire franc au début du X^e siècle l'empruntèrent aux Francs.

3. Philippe de Beaumanoir, *Coutumes de Beauvaisis*, ed. A. Salmon, II (Paris, 1970) secs. 1451-53, et Georges Hubrecht, « Commentaire historique et juridique », *ibid.*, III (Paris, 1974), pp. 184-186.

4. Par le droit féodal et manorial, un serf ne pouvait entrer dans les ordres ecclésiastiques sans l'autorisation de son seigneur et, par le droit canon, nul ne pouvait y entrer s'il n'était libre. Néanmoins, la pression pour affranchir un serf qui voulait devenir clerc, ou pour permettre à un serf d'envoyer son enfant étudier pour cela, a dû être assez forte, à en juger d'après le nombre considérable de clercs qui avaient été serfs.

5. Voir note 4. Là encore, la permission du seigneur était requise, mais la refuser pouvait coûter la damnation éternelle.

6. Les juristes de droit canon étaient unanimes à estimer que l'esclavage était contraire à la loi naturelle, bien qu'il soit légal en droit positif. « L'Eglise prêtait l'appui de son autorité aux dispositions du droit romain qui restreignaient les pouvoirs arbitraires du maître et protégeaient l'esclave, et elle ajoutait la sanction de ses propres pénalités pour faire respecter ces lois. En matière de mariage, l'Eglise allait même plus loin que le droit romain [selon Justinien] ». R. W. Carlyle et A. J. Carlyle, *A History of Medieval Political Thought in the West*, II (Londres, 1909), 129. Ainsi, le mariage entre une personne libre et un esclave était valide en droit canonique. Gratien reproduit une déclaration de saint Grégoire le Grand, « dans laquelle il présente l'objectif de l'Incarnation comme étant de rompre les chaînes de l'esclavage par lesquelles les hommes sont entravés et de les rétablir dans leur liberté primitive. Il souligne combien c'est une bonne action envers ces hommes qui avaient été engendrés par nature libres, et que la loi des nations avait assujettis au joug de l'esclavage, que de leur rendre cette liberté dans laquelle ils étaient nés ». *Ibid.*, p. 135. Voir aussi Marc Bloch, *Feudal Society*, trad. L. A. Manion (Londres, 1961), p. 259.

7. Hilton, *Bond Men*, p. 65.

8. Perry Anderson, *Passages from Antiquity to Feudalism* (Londres, 1974), pp. 149, 185.

9. Hilton, *Bond Men*, pp. 69-70.

10. Achille Luchaire, cité en Maurice Dobb, *Studies in the Development of Capitalism* (Londres, 1946), p. 46.

11. Ibid., p. 46.

12. Ephraim Lipson, *Economic History of England*, 7ème ed. I (Londres, 1937), 92-94.

13. Anderson, *Passages*, pp. 152-153.

14. Beaumanoir, sec. 1043.

15. Ibid., sec. 295.

16. Voir John P. Dawson, *A History of Lay Judges* (Cambridge, Mass. 1960), p. 194.

17. Rodney H. Hilton, *A Medieval Society* (Londres, 1966), pp. 150-151.

18. Voir W O Ault, *Open Field Farming in Medieval England : a Study of Village By-Laws*, (Londres, 1972), pp. 145-174, où des registres de jugements de manoirs sont reproduits, traduits en anglais moderne.

19. Ibid., p. 151. Cette affaire survint en 1290, mais aurait bien pu se produire 150 ans avant.

20. Ibid., p.157.

21. Ibid., pp. 81-144, où des règlement analogues sont reproduits.

22. Anderson, *Passages*, p. 148.

23. En 1702, Lord Holt jugea qu'un noir ne pouvait être vendu, sous les lois anglaises, et que « dès qu'un nègre vient en Angleterre, il devient libre. En Angleterre, on peut être un vilain, mais pas un esclave ». *Smith vs Brown and Cooper*, 2 Salk. 666 (1702).

24. Beaumanoir, sec. 15.

NOTES

25. *Encyclopedia Britannica*, 1969 ed., s.v. *serfdom and villeinage*, 246-247 (Rodney H. Hilton).

11 – LE DROIT MARCHAND

1. Voir généralement Robert S. Lopez, *The Commercial Revolution of the Middle Ages, 950-1350* (Englewood Cliffs, N.J., 1971) ; Robert S. Lopez et Irving W. Raymond, eds. *Medieval Trade in the Mediterranean World : Illustrative Documents with Introduction and Notes* (New York, non daté) ; Raymond de Roover, *Business, Banking, and Economic Thought in Late Medieval and Early Modern Europe* (Chicago, 1974).

2. Voir Norman J. G. Pounds, *An Historical Geography of Europe, 450 B.C. - A.D. 1330* (Cambridge, 1973).

3. Voir Lopez, *Commercial Revolution*, chap. 3.

4. Henri Pirenne, *Economic and Social History of Medieval Europe* (New York, 1937), pp. 48-49.

5. *Ibid.*, p. 14. Cette assertion est citée par Pirenne, de Levin Goldschmidt, *Universalgeschichte des Handelsrecht*, I, (Stuttgart, 1891), 139 : « *Homo mercator vix aut nunquam potest Deo placere* » [l'homme marchand ne peut que rarement ou jamais plaire à Dieu]. Pirenne omet de mentionner que cela fut dit d'abord par saint Jean Chrysostome (349-407) et que la citation continue : « par conséquent, nul chrétien ne devrait être marchand, et s'il désire l'être, il devrait être rejeté de l'Eglise de Dieu ». Ceci reflète la mentalité des milieux monastiques avant les dernières années du XI^e siècle mais ne ressemble guère à l'esprit de croisade de l'Eglise romaine de Grégoire VII et de ses successeurs.

6. Pirenne, *Medieval Europe*, p. 28, évoque un épisode de la vie de saint Gérard d'Aurillac, mort en 909, sans tenir compte du changement de cap survenu deux siècles plus tard. Il écrit (pp. 28-29) : « Du début à la fin, l'Eglise continua à regarder les profits commerciaux comme un danger pour le salut. Son idéal ascétique, qui était parfaitement adapté à une civilisation agricole, la rendait toujours soupçonneuse envers les changements sociaux qu'elle ne pouvait empêcher et auxquels la nécessité même l'obligeait à se plier mais qu'elle n'a jamais complètement acceptés. Sa prohibition de l'intérêt devait peser lourdement sur la vie économique des siècles suivants, elle empêchait les marchands de s'enrichir avec bonne conscience et de concilier la pratique des affaires avec les prescriptions de la religion. Pour le prouver, il suffit de lire les nombreux testaments de banquiers et de spéculateurs qui stipulaient que les pauvres soient indemnisés du tort qu'ils leur avaient fait, et léguant au clergé une partie de la propriété que dans le fond de leur conscience ils sentaient

avoir mal acquise ». Mais cette vue est fondée sur une théorie psychologique erronée ainsi que sur une vue exagérément simplifiée de la position de l'Eglise.

7. Max Weber a le premier proposé sa thèse rattachant la montée du capitalisme à la Réforme dans son ouvrage « *Die protestantische Ethik und der Geist des Kapitalismus* », *Archiv für Sozialwissenschaft und Sozialpolitik*, vol. 20 et 21. La traduction anglaise a été publiée sous le titre *The Protestant Ethic and the Spirit of Capitalism*. Entre temps, la thèse de Weber avait été élaborée par Ernst Troeltsch dans *Die Soziale Lehren der christlichen Kirchen und Gruppen* (Tübingen, 1912) et âprement critiquée par Werner Sombart dans *Der Bourgeois* (Munich, 1913). Dans *Religion and the Rise of Capitalism* (New York, 1926), R. H. Tawney avait suivi la thèse de Weber en datant de la Réforme la montée du capitalisme, tout en assignant une plus grande importance aux développements sociaux et économiques. D'autres savants, cependant, ont souligné que le capitalisme avait précédé la Réforme. Voir H. M. Robertson, *Aspects of the Rise of Economic Individualism* (Cambridge, 1933). Amintore Fanfani, *Catholicism, Protestantism and Capitalism* (New York, 1955). Pour un récent article défendant la thèse de Weber, voir Ehud Sprinzack, « Weber's Thesis as an Historical Explanation », *History and Theory*, 11 (1972), 294. Des extraits de plusieurs des travaux énumérés ici apparaissent dans Robert W. Green, *Protestantism and Capitalism : The Weber Thesis and Its Critics*, (Boston, 1959).

8. Voir aussi l'Evangile de Marc 10, 23-25 (« Comme il sera difficile aux riches d'entrer dans le Royaume de Dieu »). L'accent n'est nulle part placé sur le mal de posséder des richesses, mais sur le mal d'aimer la richesse.

9. Voir chap. 5.

10. Voir Henri Pirenne, *Medieval Cities : Their Origins and the Revival of Trade*, trad. Frank D. Halsey (Princeton, N. J., 1925), pp. 157-158.

11. Cité in F. M. Burdick, « Contributions of the Law Merchant to the Common Law », *Select Essays in Anglo-American Legal History*, III (Boston, 1909), 50.

12. Gerard Malynes, *Consuetudo vel Lex Mercatoria, or the Ancient Law Merchant* (Londres, 1622), from the Preface « To the Courteous Reader ».

13. William Blackstone, *Commentaries on the Laws of England*, I (Portland, 1807), 273.

14. William Mitchell, *An Essay on the Early History of the Law Merchant* (Cambridge, 1904), p. 7.

15. *Ibid.*, p. 9.

NOTES

16. Voir Levin Goldschmidt, *Universal Geschichte des Handelsrecht*, I (Stuttgart, 1891), 119.

17. Ibid.

18. Magna Carta, 17 John (1215), chap.41. Le chapitre continue : « ... excepté en temps de guerre, ceux des marchands qui sont d'un pays en guerre avec nous. Si certains de ceux-là se trouvent dans notre domaine au début de la guerre, ils doivent être arrêtés, sans dommage pour leur personne ou leurs biens, jusqu'à ce qu'il soit connu par notre chef justicier comment nos marchands sont traités dans le pays en guerre avec nous et si nos marchands y sont en sûreté, alors les leurs le seront chez nous ».

19. Hubert Hall ed., *Select Cases concerning the Law Merchant*, III (Londres, 1932), 175.

20. Goldschmidt, *Universal Geschichte*, pp. 180-182.

21. Voir Mitchell, *Essay*, pp. 14-16. Mitchell écrit : « A Marseille, où l'existence de juges commerciaux date du XII^e siècle, il était de leur devoir de décider des causes et des disputes sommairement, sans égard aux subtilités de la loi". La Hanse germanique, les Amirautés française et anglaise administraient toutes une justice sommaire. Pour l'étranger de passage ou le marchand en transit, une justice particulièrement prompte était de règle, en général ».

22. Le document est reproduit dans G. F. Sartorius Freyherrn von Waltershausen, *Urkundliche Geschichte des Ursprunges der deutschen Hanse*, ed. J. M. Lappenberg, II (Hambourg, 1830), 3. Dans la forme c'est un ordre donné par Henri à ses justiciers, shérifs et tous ses « servants et fidèles » en France et en Angleterre, de « garder maintenir et protéger les citoyens et marchands et hommes de Cologne, comme étant mes hommes et amis, et toutes leurs propriétés (*res*), marchandises et possessions... comme étant miennes (*sicut meas proprias*) ». Un second document, imprimé sur la page 4 du même volume, réaffirme l'ordre de « garder, maintenir et protéger les hommes et les citoyens de Cologne, comme étant mes hommes et amis, et toutes leurs propriétés, marchandises et possessions » et il ajoute : « vous n'exigerez pas d'eux de coutumes ou droits... auxquels ils ne sont pas accoutumés ».

Les deux lois avaient été promulguées à Woodstock et à Northampton respectivement, mais ne sont pas datées (Henri II régna de 1154 à 1189). Il est vraisemblable que le gouvernement de la cité de Cologne lui offrit la réciprocité en étendant une même protection aux marchands anglais

23. Voir chapitre 6.

24. La traduction du décret figure dans Lopez et Raymond, *Medieval Trade*, pp. 276-277. Il énonce que le doge et *aldermen* considèrent que « si les instrument d'échange et les autres contrats de commerce, par écrit ou autres, ne pouvaient pas être effectivement rendus exécutoires en raison d'obstacles de ce genre, il en résulterait de grandes pertes pour les citoyens et les marchands génois, qui ordinairement passent de tels contrats, et qu'en dehors de ce procédé, aucun commerce ne pourrait avoir lieu, ni aucun navire être affrété ».

25. Goldschmidt, *Universalgeschichte*, pp. 170-171.

26. *Statute of the Staple*, 27 Edouard III (1353).

27. Mitchell, *Early History of Law Merchant*, pp. 14-17, 20.

28. Décrétale *Saepe Contingit* du pape Clément V (1306). *Corpus Juris Canonici, Decretum Collectiones* (Leipzig, 1881), p. 1200.

29. « *Item propter personae qui celere habere debent justiciam, sicut sunt mercatores quibus exhibetur justicia pepoudrous.* (de même en faveur des personnes qui ont besoin rapidement de se faire rendre justice, à la façon des marchands auxquels est assurée la justice des pieds-poudreux »). Bracton, *De Legibus et Consuetudinibus Angliae*, fol. 333, in Samuel Thorne, *Bracton on Laws and Customs of England*, IV (Cambridge, Mass. 1977), 63.

30. En droit allemand et français, le droit de l'acheteur de bonne foi de biens meubles à l'encontre du propriétaire légitime est exprimé par les dictons *Hand wahre Hand* et « Meubles n'ont point de suite ». En droit anglais la doctrine est confinée au « marché ouvert » (*open market*).

31. Goldschmidt, *Univesalgeschichte*, p. 133, appelle cela « die Materialisierung des Besitzrechts » (matérialisation du droit de propriété). Cela était valable pour la terre comme pour les biens meubles.

32. Le prêt maritime (*foenus nauticum*) était un prêt non gagé fait à un marchand qui expédiait outre-mer des marchandises, remboursable à condition que le navire revienne à bon port. Les taux d'intérêt étaient fort élevés, aux XII^e et XIII^e siècles, ils étaient ordinairement de 50 %. Les juristes occidentaux en inventèrent une variante appelée *respondentia* qui stipulait que principal et intérêt soient remboursés si la cargaison arrivait à destination, quoi qu'il advienne du navire. Le prêt gagé sur la cargaison (*bottomry loan*), bien que remboursable seulement si le bateau revenait, était moins coûteux puisqu'il était gagé sur le transfert au prêteur des droits du vendeur sur la cargaison, et sur l'intérêt du vendeur sur le navire même. Ce prêt maritime fut critiqué comme usuraire, et finalement condamné par le pape Grégoire IX en 1236. Voir Raymond de Roover, *The Organisation of Trade in Cambridge Eco-*

NOTES

conomic History of Europe, ed. M. M. Postan, E. E. Rich et Edward Miller, III (Cambridge, 1963), 54.

33. La majeure partie de cette liste figure dans Golschmidt, *Universalgeschichte*, commençant p. 133.

34. *Vel ei cui ordinauerit* (ou à son ordre). Ibid., p. 135, n. 145. Golschmidt cite Heinrich Brunner, selon qui ce billet « à ordre » avait été usité en Italie, en diverses formulations, depuis le VI^e siècle; mais Golschmidt affirme que sous la forme correspondant à l'usage moderne (à X ou à son ordre, ou bien à l'ordre de X), il a fait son apparition au XII^e siècle en Italie, et au XIII^e en Allemagne. Le papier au porteur était employé en Italie dès le IX^e siècle, dit Golschmidt, mais en Flandre et en France seulement depuis la fin du XIII^e siècle, et en Allemagne depuis le début du XIV^e.

35. Lopez, *Commercial Revolution*, p. 72.

36. Golschmidt, *Universalgeschichte*, p.306.

37. Ibid., p. 176.

38. Lopez, *Commercial Revolution*, p. 73.

39. de Roover, *Organisation of Trade*, p. 50.

40. Ibid.

41. Voir W. A. Bewes, *The Romance of the Law Merchant* (Londres, 1923), pp. 20, 21.

42. Voir F. Edler de Roover, « Early Examples of Marine Insurance », *Journal of Economic History*, 5 (1945), 172, 183, 198.

43. De nouveaux instruments de crédit ont été inventés que l'on ne trouve ni dans le monde gréco-romain ni parmi les peuples germaniques, bien qu'il y eût quelques formules analogues chez les Arabes. Lopez voit l'apparition et l'expansion du crédit comme fondamentalement un rameau du même esprit coopératif qui conduisit à la création des communes urbaines à la même époque. Voir Lopez, *Commercial Revolution*, pp. 71-73.

44. Golschmidt, *Universalgeschichte*, p. 36, expose que des types de transactions juridiques, comme le droit lui-même, sont régis par deux « lois de développement », à savoir, une « loi de déploiement » ou différenciation, et une « loi de simplification ». Par la seconde, il semble signifier une simplification conceptuelle ou de généralisation progressive. Cette loi semble douteuse, particulièrement à propos

des transactions commerciales qui paraissent devenir non seulement de plus en plus complexes (ce qui est peut-être une partie de la « différenciation ») mais aussi de moins en moins susceptibles de conceptualisation et d'intégration conceptuelle.

12 - LE DROIT URBAIN

1. Henri Pirenne, *Medieval Cities : Their Origins and the Revival of Trade*, trad. Frank D. Halsey, (Princeton, N.J., 1925), p. 56.

2. Voir Lewis Mumford, *The City in History : Its Origins, Its Transformations, and Its Prospects* (New York, 1961), p. 253.

3. Robert S. Lopez, « The Trade of Medieval Europe : The South », in *Cambridge Economic History of Europe*, ed. M. M. Postan, E. E. Rich et Edward Miller, II, (Cambridge, 1963), 297-298. Voir aussi R. S. Lopez, *The Birth of Europe* (New York, 1967), pp. 260-262.

4. « *Omnes burgenses et tota communa liberorum hominum habeant wambais et capellet ferri et lanceam* ». Assize of Arms, art. 3. in William Stubbs, ed., *Select Charters and Other Illustrations of English Constitutional History*, 9ème ed. rev. (Oxford, 1951), p. 153. Stubbs commente : « L'emploi des mots *communa liberorum hominum*, à l'article 3 est symptématique de la tendance politique de l'acte entier ».

5. Voir Maxime Rodinson, *Marxisme et Monde Musulman* (Cambridge, Mass., 1972), p. 106. Une vue différente est présentée par Ira M. Lapidus, *Muslim Cities in the Late Middle Ages* (Cambridge, Mass., 1967).

6. Voir Norman J. G. Pounds, *An Historical Geography of Europe 450 b.c.-1330 a.d.* (Cambridge, 1973). J. C. Russell ; *Late Ancient and Medieval Population, Transactions of the American Philosophical Society*, vol. 48, pt. 3 (Philadelphia, 1958), pp. 60-62 ; Lopez, *Birth of Europe*, pp. 258-270 ; Lopez, *Trade of Medieval Europe*, pp. 293-304.

7. Lopez, *Trade of Medieval Europe*, p. 303.

8. Mumford, *City in History*, p. 260.

9. Voir Wilhelm Reinecke, *Geschichte der Stadt Cambrai bis zur Erteilung der Lex Godifridi (1227)* (Marburg, 1876).

NOTES

10. Voir Albert Vermeersch, *Essai sur les origines et la signification de la commune dans le nord de la France XI^e et XII^e siècles* (Heule, Belgique, 1966).

11. Voir L. H. Labande, *Histoire de Beauvais et de ses institutions communales jusqu'au commencement du XV^e siècle* (Paris, 1892), pp. 62-64 ; Carl Stephenson, *Borough and Town : A Study of Urban Origins in England* (Cambridge, Mass., 1933), p. 37. La date de la chartre de Louis VI n'est pas connue, ce peut avoir été 1122. De même l'année exacte de l'établissement de la commune n'est pas connue bien qu'on la donne parfois pour 1099.

12. Lancelin de Bulles, l'un des principaux propriétaires fonciers, s'appropriâ une bonne partie des terres de l'évêché et parvint à faire élire évêque son fils Foulques en 1089. Voir Lalande, *Histoire du Beauvaisis*, chap. 4.

13. Ibid.

14. Stephenson, *Borough and Town*, p. 38. Voir aussi Charles Petit-Dutailles, *Les Communes françaises* (Paris, 1947).

15. Stephenson, *Borough and Town*, pp. 29, 30. Voir aussi Rodney H. Hilton, *Bond Men Made Free*, (Londres, 1973), p. 81 ; Maurice Prou, *Les coutumes de Lorris et leur propagation aux XI^e et XII^e siècles* (Lorris, 1884).

16. D. Ainé, *Histoire de Montauban* (Montauban, 1855) ; Stephenson, *Borough and Town*, p. 32.

17. Stephenson, *Borough and Town*, pp. 30, 31.

18. Ibid., p. 34.

19. Ibid., p. 35.

20. Stephenson rapporte que Saint-Omer dut renoncer à son droit l'année suivante, mais que les citoyens reçurent celui de lever eux-mêmes leurs propres taxes moyennant une rente fixe. Ibid.

21. Ibid., p. 24.

22. Les informations contenues dans cette section proviennent des ouvrages que voici : Paul Strait, *Cologne in the twelfth century* (Gainesville, Fla., 1974) ; Richard Koebner, *Die Anfängen des Gemeinwesens der Stadt Köln* (Berlin, 1922) ; Théa Buyken et Hermann Conrad, *Die Amtleutebücher der Kölnischen Sondergemeinden* (Weimar, 1936) ; Carl Hegel, *Die Chroniken der deutschen Städte vom 14. bis in 16 Jahrhundert*, vol. 12, Köln (1875, ed. réimpr. Göttingen, 1968) ; Elisabeth Rüttimeyer, *Stadtherr und Stadtbürgerschaft in den rheinischen Bischofsstädten : Ihr Kampf*

um die Hoheitsrechte im Hochmittelalter (Stuttgart, 1928) ; Arnold Stelzmann, *Illustrierte Geschichte der Stadt Köln*, 3ème ed. (Cologne, 1962) ; Edith Ennen, *Die europäische Stadt des Mittelalters*, 2ème ed. (Göttingen, 1975). Voir aussi Friedrich Lau, *Entwicklung der Kommunalen Verfassung und Verwaltung der Stadt Köln bis zum Jahre 1396* (Bonn, 1898).

23. Stephenson, *Borough and Town*, pp.33-35. Voir aussi Franz Beyerle, *Untersuchungen zur Geschichte des älteren Stadtrechts von Freiburg im Brisgau* (Heidelberg, 1910), p. 75.

24. M. V. Clarke, *The Medieval City State : An Essay on Tyranny and Federation in the Late Middle Ages* (Londres, 1926), pp. 15-16.

25. Une liste complète des villes-mères et des villes-filles est fournie dans Hans Reichard, *Die deutschen Stadtrechte des Mittelalters* (Berlin, 1930), pp. 76-79.

26. Cela est d'autant plus important, que la cité de Magdebourg a été presque totalement détruite par l'incendie de 1631, où ses archives disparurent totalement, si bien que tout ce dont nous disposons encore sur le droit urbain de Magdebourg provient des villes qui en reçurent des copies. Voir George Piltz, *Magdeburg Stadt am Strom* (Dresde, 1954), pp. 52-54 ; F.A. Wolter, *Geschichte der Stadt Magdeburg von ihrem Ursprung bis an die Gegenwart. 3ed.* (Magdebourg, 1901) p. 162.

27. Les neuf articles de la première [version de la] Loi de Magdebourg, en latin, sont reproduits dans Paul Laband, *Magdeburger Rechtsquellen zum akademischen Gebrauch* (Königsberg, 1869), pp. 1-3.

28. Les lois de Breslau et de Görlitz, respectivement en 1261 et 1304, en vieil-allemand, sont reproduites dans le même ouvrage *ibid.*, pp. 14-31, et dans Ernst Theodor Gaupp, *Das alte Magdeburgische und Hallische Recht : ein Beitrag zur deutschen Rechtsgeschichte* (Breslau, 1826), pp. 229-323.

29. Paul Laband, *Das Magdeburg-Breslauer systematische Schoeffenrecht aus der Mitte des XIV Jahrhundert* (Berlin, 1863).

30. Stephenson, *Borough and Town*, p. 120.

31. *Ibid.*, pp. 152, 153, 165, 166.

32. *Ibid.*, p. 143.

33. *Ibid.*, p. 180. Voir aussi Christopher N. L. Brooke, *London, 800-1216 : The Shaping of a City* (Londres, 1975). Mary Bateson, « A London Municipal Collection of the Reign of John », *English Historical Review*, 17 (1902) 480-511.

NOTES

34. Charte de Henri I^{er} aux citoyens de Londres, Stubbs, *Select Charters*, pp. 107-108.

35. En 1086, d'après le Domesday Book, York avait un corps de bourgeois et quatre *judices* à leur tête. Cela représentait probablement une survivance des institutions antérieures à la conquête. Dans les années 1170, il y eut une tentative avortée de créer une commune à York. En 1203, York reçut une charte royale et par la suite elle réclama le statut de commune, comme aussi Winchester, dont la guilde marchande avait reçu des lettres de libertés et coutumes de Henri II, (peut-être de Henri I^{er}). De nouvelles chartes pour Winchester, émises par Richard et par Jean, assuraient aux citoyens l'immunité de procès hors des murs de la cité, et un gouvernement autonome de leur ville. Voir Peter Werham, *York* (Londres, 1971), pp. 62-83 ; G. W. Kitchin, *Historic Towns : Winchester*, (Londres, 1891), p. 163 ; B. B. Woodward, *History of Winchester* (Winchester, vers 1900) ; J. E. A. Jolliffe, *The Constitutional History of Medieval England* (Londres, 1937), pp. 321-326.

Mention doit être faite aussi des *Cinque Ports* qui, à l'origine, comportaient cinq villes (Hastings, Romney, Hyth, Dover et Sandwich.) bien que plus de trente autres villes les aient rejointes à divers moments. Ces villes devaient fournir annuellement à la Couronne des navires pour sa défense, en retour de privilèges communaux. Les racines de cet arrangement remontent aux premières années du XII^e siècle, il fut officiellement défini sous Henri II. En 1205, les villes reçurent d'abord des chartes individuelles. En 1260, une charte générale leur fut délivrée collectivement. Il semble toutefois n'y avoir pas eu d'écrit formel de fédération ou d'une autre constitution formelle. Les privilèges copieux dont jouissaient les villes comportaient une cour de justice commune, l'exemption de péages et d'autres charges, la franchise de juridiction hors de leurs limites et des foires annuelles. Voir K. M. E. Murray, *Constitutional History of the Cinque Ports* (Manchester, 1935), pp. 1-27.

36. Le texte complet de la Charte d'Ipswich figure dans Charles Gross, *The Gild Merchant : A Contribution to British Municipal History*, 2 vol. (Oxford, 1890), II, 115-116. La formule usitée pour désigner la tenure à vie des prévôts, *quamdiu se bene gesserint* (tant qu'ils se comporteront bien), fut utilisée au XVII^e siècle, après la [« glorieuse »] révolution anglaise, pour désigner la tenure à vie des juges, et on l'incorpora dans l'*Act of Settlement* de 1701.

37. La description ci-après est tirée du Domesday Book d'Ipswich, tel que reproduit in Gross, *Gild Merchant*, II, 115-123. Voir aussi *ibid.*, I, 23-26 et Stephenson, *Borough and Town*, pp. 174-178.

38. Domesday Book of Ipswich, in Gross, *Gild Merchant*, II, 122-123.

39. Voir Helen M. Jewell, *English Local Administration in the Middle Ages*, (New York, 1972), p. 53. L'auteur souligne aussi, à juste titre, l'importance de l'exemption accordée aux bourgeois, de siéger aux cours de comté et de centaines, laquelle impliquait le droit d'avoir un tribunal de compétence équivalente pour eux-

mêmes, à l'intérieur du bourg. Ce droit du bourg de rendre la justice à ses citoyens, dans ses murs, (joint au droit d'affermier la taxe annuelle due à la couronne) fut concédé à Londres, à titre perpétuel, en 1131. Toutefois, la couronne maintint toujours la juridiction des cours royales de *Common Pleas* et du *King's Bench* sur les délits et sur les différends concernant les terres en libre tenure. Lorsque ces tribunaux fonctionnaient en circuits, il leur était imposé en certains endroits de siéger à l'intérieur du bourg. Normalement, cependant, douze assesseurs du bourg devaient assister à la session itinérante (*eyre*), avec les jurés de centaines.

40. Voir généralement Alfio Natale, *Milano Medievale, da Attila ai Torriani* (Milan, 1964). Cesare Manaresi, ed., *Gli Atti del Comune di Milano fino all'Anno MCCXVI* (Milan, 1919).

41. Cité in Eugen Rosenstock-Huessy, *Out of Revolution : The Autobiography of Western Man* (New York, 1938), p. 571.

42. Pour ces données et d'autres concernant l'autogouvernement communal durant cette période, voir *Encyclopaedia Britannica*, ed. 1969, au mot : « commune (medieval) » (D. P. Waley).

43. *Ibid.*, p. 199.

44. Rosenstock-Huessy, *Out of Revolution*, p. 573.

45. Francesco Calasso, *Medio Evo del Diritto*, I (Milan, 1954.), 422.

46. *Ibid.*

47. Voir *Constituta Legis et Usus Pisanae Civitatis*, in Francesco Bonaini, ed., *Statuta inediti della Citta di Pisa*, II (Florence, 1870), 643-1026. (Le *Constitutum Legis* occupe les pages 647-809, le *Constitutum Usus* occupe les pages 810-1026.

48. Friedrich Heer, *The Medieval World* (New York, 1962), p. 74.

49. Voir Franco Valsecchi, *Le Corporazioni nel'organismo politico del medio evo* (Milan, 1931), pp. 21-23.

50. Franz Wieacker, *Privatrechtsgeschichter der Neuzeit*, (Göttingen, 1967), p. 51.

51. Statute of the Staple, 27 Edouard III (1353).

52. John H. Mundy et Peter Riesenbergh, *The Medieval Town* (New York, 1958), Document n° 43, pp. 163-164.

NOTES

53. Voir Harvey Cox, *The Secular City* (New York, 1965).

54. Voir Max Weber, *The City*, trad. et ed. Don Martindale et Gertrud Neuwirth (New York, 1958). Dans sa préface (pp. 21, 34-40, 43-45), Martindale oppose les savants américains et européens dans le domaine de la sociologie urbaine, indiquant que les sociologues américains inclinent à considérer la ville contemporaine sous une perspective géophysique et écologique, et s'inquiètent particulièrement des effets désintégrant de la structure sociale urbaine sur les liens familiaux, les associations locales, la culture, les castes et les statuts, avec substitution d'un ordre reposant sur les activités professionnelles et les intérêts vocationnels. En Europe, par contraste, des sociologues comme Simmel et Durkheim ont souligné les caractéristiques socio-psychologiques de la ville (son exaltation de la ponctualité, de la calculabilité et de l'exactitude, son attitude « blasée », sa superficialité, son anomie ou absence de normes), pendant que d'autres, suivant Fustel de Coulanges et Weber, ont adopté une optique historique et comparative. Martindale montre comment la connaissance du développement historique de l'institution du podestat peut avoir aidé les Américains aux débuts du XX^e siècle, à éviter de se méprendre sur le rôle du maire et du conseil municipal, et du « city manager » des villes américaines.

55. Weber, *City*, pp. 54-55.

56. Voir William Bennett Munro, *The Government of the American Cities* (New York, 1926).

57. Weber, *City*, p. 91.

58. Ibid., pp. 92, 93.

59. Ibid., p. 94.

60. Ibid., p. 96.

61. Ibid., p. 97.

13 – LE DROIT ROYAL : SICILE, ANGLETERRE, NORMANDIE, FRANCE

1. Joseph R. Strayer, *On The Medieval Origins of the Modern State* (Princeton, N. J., 1970), p. 22.

2. Ibid., p. 33.

3. Heinrich Mitteis, *The State in the Middle Ages*, trad. Orton (Amsterdam, 1975), p.307. Voir aussi Strayer, *Medieval Origins*, p. 12 : « L'Etat moderne partout

où nous le trouvons aujourd'hui, est bâti sur le plan qui émergea en Europe dans la période 1100-1600 ».

4. Mitteis, *State*, pp. 307-308.

5. James M. Powell, ed. et trad., *The Liber Augustalis or Constitutions of Melfi, promulgated by the Emperor Frederick for the Kingdom of Sicily in 1231*, (Syracuse, N.Y., 1971), p. xxxviii.

6. Voir Orville Prescott, *Lords of Italy : Portraits from the Middle Ages* (New York, 1972), p. 3.

7. Cité in David C. Douglas, *The Norman Achievement 1050-1100* (Berkeley et Los Angeles, 1969), p.105.

8. Ibid., p. 143.

9. Mitteis, *State*, p. 172.

10. Roger II succéda au titre de son père, Comte de Sicile. Quand il eut acquis la Calabre et l'Apulie, le pape Honorius l'investit comme duc d'Apulie. Lorsque Honorius mourut en 1130, deux papes rivaux furent élus. Roger, très désireux de devenir roi, prit le parti du plus faible, Anaclet qui promptement le bénit et l'investit roi de Sicile, d'Apulie et de Calabre. En 1139, Anaclet ayant trépassé, le pape Innocent II, successeur de Honorius, ajouta sa propre investiture de Roger comme roi. L'histoire est fort bien racontée par Prescott dans « *Lords of Italy*, p. 83.

11. Voir H. G. Creel, *The Origins of Statecraft in China*, vol 1, *The Western Chou Empire* (Chicago et Londres, 1970), p. 12, citant le livre d'un géographe musulman, écrit à la cour de Roger II en 1154, lequel « consacre beaucoup plus d'espace au gouvernement de la Chine qu'à celui d'aucun autre état ».

12. Voir généralement Ferdinand Chalandon, *Histoire de la Domination Normande en Italie et en Sicile* (New York, 1960) ; Douglas *Norman Achievement* ; Claude Cahen, *Le régime féodal de l'Italie normande*, (Paris, 1940).

13. Voir Charles H. Haskins, « England and Sicily in the Twelfth Century », pt. 3 *English Historical Review*, 26 (octobre 1911), 641, 655, 663-664.

14. Heinrich Mitteis, *Der Staat des hohen Mittelalters* (Weimar, 1953), p. 238. Ceci est mal traduit in Mitteis, *State*, p. 226.

15. C'était là une collection de centaines de règles de droit dans le style germanique, montrant quelque influence du droit romain survivant, mais sans la sorte de systématisation et d'intégration qui caractérise la tradition juridique occidentale de-

NOTES

puis le XII^e siècle. Voir *Liber Legis Langobardorum Papiensis Dictus*, MGH, Legum III, p. 290.

16. Max Hofmann, *Die Stellung des Königs von Sizilien nach den Assisen von Ariano (1140)* (Münster, 1915), pp. 39, 155, 174.

17. Le texte des Assises d'Ariano est reproduit dans Francesco Brandileone, *Il diritto romano nelle le leggi normane e sveve nel regno di Sicilia* (Turin, 1884).

18. Hofmann, *Stellung*, p. 65.

19. Ibid., p. 72.

20. Cité in Thomas C. Van Cleve, *The Emperor Frederick II of Hohenstaufen: Immutator Mundi* (Oxford, 1972), p. 241.

21. Voir Haskins, *England and Sicily*, pp. 642-643.

22. Ibid., pp. 644-645.

23. Ibid., pp. 647-648.

24. Voir Hofmann, *Stellung*, p. 85.

25. Prescott, *Lords of Italy*, p. 164. Prescott ajoute que Frédéric interdit aussi de construire d'autres châteaux privés et que lui-même édifia, pendant son long règne, soixante nouveaux châteaux à des endroits stratégiques. Le récit par Prescott des exploits de Roger II, Frédéric II et d'autres dirigeants d'Italie méridionale dans la période allant de la fin du XI^e au début du XIV^e siècle est certainement le plus vivant, et peut-être le meilleur résumé qui ait été écrit à ce propos.

26. Powell, *Liber Augustalis*. Les citations spécifiques de cet ouvrage sont données dans le texte.

27. Cité par Prescott, *Lords of Italy*, p. 166.

28. Powell, *Liber Augustalis*, p. xx.

29. Ibid., p. xxi.

30. Cité par Prescott, *Lords of Italy*, p. 167.

31. Voir Douglas, *Norman Achievement*, pp. 105-106.

32. Ibid., p. 144.

NOTES

33. Le décret de Guillaume est reproduit dans William Stubbs, *Select Charters and Other Illustrations of English Constitutional History from the Earliest Times to the Reign of Edward I* (Oxford, 1913), pp. 95-99.

34. *Ibid.*, pp. 99-100.

35. Voir Z. N. Brooke, *The English Church and the Papacy* (Cambridge, 1931), pp. 154-155.

36. *Ibid.*, pp. 155, 66-167, 174, 187-189, 198-199, 211-212.

37. Voir W. L. Warren, *Henry II* (Berkeley et Los Angeles, 1973). Amy Kelly, *Eleanor of Aquitaine and the Four Kings* (Cambridge Mass., 1950). Jacques Bousard, *Le Gouvernement d'Henri II Plantagenêt* (Paris, 1956).

38. Walter Map, *De Nugis Curialium*, ed. M. R. James (Oxford, 1914), p. 261.

39. *Ibid.*, p. 277.

40. Doris M. Stenton, *English Justice 1066-1215* (Philadelphia, 1964), p. 53.

41. D'autres revenus féodaux (en supplément des services de chevalier) comportaient 1) le *relief*, une somme payable par l'héritier pour pouvoir renouveler les liens au seigneur rompus par le décès du vassal ; 2) la *première saisine*, droit du seigneur à la possession des terres jusqu'à ce que le relief soit versé ; 3) la *tutelle*, droit du seigneur à l'administration du domaine et à percevoir les revenus tant que l'héritier était mineur ou une femme non mariée ; 4) le *mariage*, droit du seigneur à choisir le mari de l'héritière, moyennant son consentement ; 5) l'*eschete* (ce qui échoit), retour du sol au seigneur si le tenant n'était plus capable de fournir ses services parce qu'il avait été proscrit ou emprisonné pour délit grave, ou parce que la ligne de succession se trouvait éteinte ; 6) l'amende pour *aliénation*, due au seigneur en cas de vente ou don de la terre par le tenant à quelqu'un d'autre ; 7) les *aides*, sommes versées pour participer à divers frais encourus par le seigneur. En 1215, la Grande Charte (*Magna Carta*) réduisit le nombre des aides à trois, pour payer la rançon du seigneur captif, pour armer chevalier son fils et pour doter sa fille aînée lors de son mariage.

42. Voir Charles Haskins, *Norman Institutions* (Cambridge, Mass., 1918), p.155.

43. Voir Haskins, *England and Sicily*, pp. 651-655.

44. Voir *ibid.*, pt. 1, juillet 1911, pp. 438-443. cf. *Dialogus de Scaccario* (le cours de l'échiquier) ed. et trad. Charles Johnson (New York, 1950), pp. 35-36.

45. Le passage entier est cité in T. F. T. Plucknett, *A Concise History of the Common Law*, 5ème ed. (Boston, 1956), p. 148.

NOTES

46. L'expression est de Maitland. Voir F. W. Maitland, *The Constitutional History of England* (Cambridge, 1965), pp. 106-107.

47. Strayer, *Medieval Origins*, p. 34.

48. Ibid.

49. R. C. van Caeneghem, *Royal Writs in England from the Conquest to Glanvill*. (Londres, 1959), p. 200.

50. Ibid., p. 199.

51. Voir Ibid., p. 144.

52. G. D. G. Hall, ed. et trad., *The Treatise on the Laws and Customs of the Realm of England, commonly called Glanvill* (Londres, 1965), p.167.

53. *The Assize of Clarendon* est étudiée et des parties importantes en sont traduites dans Plucknett, *Concise History*, pp. 112-113.

54. Cours sur le Développement des Institutions Juridiques, Harvard Law School, 1968.

55. Sur l'abolition des ordalies et l'introduction du procès devant jury dans les affaires criminelles, voir Plucknett, *Concise History*, pp. 118-126. Plucknett montre la résistance à l'abolition des ordalies en Angleterre, l'hésitation sur la substitution de la procédure d'enquête et le rejet de l'option d'interrogation des parties et des jurés par le tribunal.

56. Voir Frederic William Maitland, *The Forms of Action at Common Law* (Cambridge, 1965).

57. Voir chapitre 6, notes 10 et 11.

58. Sir Frederik Pollock et Frederic William Maitland, *History of English Law*, 2ème ed. (1898, ed. réimp. Cambridge, 1968), I, 146.

59. Joûon des Longrais, *Henri II and His Justiciars : Had They a Political Plan in Their Reforms about Seisin ?* (Limoges, 1962). C'est un objectif de cette nature qui fut visé quelque quinze ans plus tôt par l'empereur germanique nouvellement élu, Frédéric Barberousse. Dans sa « loi de paix » (*peace statute*) de 1152, Frédéric décida que « un différend possessoire entre deux vassaux d'un même seigneur doit être porté devant le juge royal, de sorte que la cour féodale borne sa juridiction aux questions de propriété, qui le plus souvent n'étaient pas soulevées. Nous savons par des documents contemporains que les conflits de possession étaient réglés par la

procédure d'enquête. Exactement comme Henri II d'Angleterre, Barberousse entreprenait de créer une procédure possessoire royale, pour limiter la juridiction de la noblesse ». Mitteis, *Der staat des hohen Mittelalters*, p. 254. Mais Frédéric ne put créer un système de procédure judiciaire capable de réaliser cette ambition et, en fin de compte, décida d'encourager le développement d'une juridiction princière dans les territoires propres qui composaient l'empire. Voir chapitre 14.

60. Hall, *Treatise called Glanvill*, p.1.

61. J. E. A. Jolliffe, *The Constitutional History of Medieval England*, (Londres, 1961), p. 206.

62. Voir Charles H. Haskins, *Norman Institutions* (Cambridge, Mass., 1918). Voir aussi Charles Petit-Dutaillis, *The Feudal Monarchy in France and England from the Tenth to the Thirteenth Century*, trad. E. D. Hunt (Londres, 1936), p. 162.

63. Haskins, *Norman Institutions*, p. 192.

64. Ibid., pp. 192-193.

65. Voir Ernest-Joseph Tardiff, *Coutumiers de Normandie*, 2 vols. (Rouen, 1881, 1903).

66. Voir Maurice Jallut, *Philippe Auguste, fondateur de l'unité française* (Paris, 1963) ; Achille Luchaire, *Philippe Auguste* (Paris, 1884).

67. *Chronique rimée de Philippe Mouskès*, publ. Baron de Reiffenberg, II (Bruxelles, 1838), 427, ss. 23735-23738.

68. Le récit suivant est appuyé par les matériaux concrets, sinon toujours par leur interprétation, trouvés in François J. M. Olivier-Martin, *Histoire du droit français des origines à la révolution*, 2ème ed. (Paris, 1951) ; Emile Chénon, *Histoire générale du droit français public et privé des origines à 1815*, I (Paris, 1926) ; Mitteis, *Der Staat des hohen Mittelalters* ; Ludwig Buisson, *König Ludwig IX, der Heilige, und das Recht* (Freiburg, 1954) ; Petit-Dutaillis, *Feudal Monarchy*.

69. Olivier-Martin, *Histoire*, p. 225.

70. Thomas d'Aquin, *Summa Theologica*, pt II-I, qu. 90-97.

71. John P. Dawson, *The Oracles of the Law* (Ann-Arbor, Mich., 1968), p. 276.

72. Ibid., p. 268.

73. Voir Olivier-Martin, *Histoire*, p. 114. Voir note 85.

NOTES

74. Philippe de Beaumanoir, *Coutumes de Beauvaisis*, ed. A. Salmon, 2 vols, (Paris, 1970), I, sec. 683.

75. Henry Sumner Maine, *Ancient Law* (1861, 3ème ed. amér. New York, 1888), p. 24.

76. En l'an 1296, quelque trente-cinq ou quarante ans après que [le Parlement de Paris] eut commencé à s'affirmer comme une branche distincte de la *Curia Regis*, une ordonnance royale fixa sa composition à cinquante-cinq juges. Vingt-trois ans plus tard, en 1319, le total officiel était de soixante-sept..., en 1345 l'effectif se stabilisa autour de quatre-vingts..., le contraste avec l'Angleterre est frappant : entre 1300 et 1500, les juges permanents du *King's Bench* (Banc du Roi) et des *Common Pleas* (chambre haute pour les affaires civiles) totalisaient normalement, non pas 80 mais 8 ou 9 juges. Dawson, *Oracles*, p. 274.

77. Voir Beaumanoir, *Coutumes*, I, sec. 1 « *Ci commence li livre des coutumes et des usages de Beauvoisins* ».

78. « ... chascuns barons est souverains en sa baronnie... li roi est souverain par dessus tous et a de son droit la general garde de tout son roiaume, par quoi il puet faire tous establissements comme il li plect pour le commun pourfit, et ce qu'il establist doit être tenu ». Beaumanoir, *Coutumes*, II, sec. 1043.

79. Le traitement par Beaumanoir du rôle des *procureurs* et avocats au tribunal des baillis est résumé par Georges Hubrecht, « Commentaire historique et juridique » in Philippe de Beaumanoir, *Coutumes de Beauvaisis*, III (Paris, 1974), chaps 4 et 5. Dawson, *Oracles*, pp. 282-285 étudie le fonctionnement des procureurs et avocats au Parlement de Paris.

80. Beaumanoir, *Coutumes*, I, secs. 1122- 1223.

81. *Ibid.*, I, secs. 954-988.

82. *Ibid.*, II, sec.999. L'expression de Beaumanoir « *Convenance vaint loi* » est la traduction de la locution latine « *Conventio vincit legem* », courante en Europe à cette époque, et que l'on trouve un siècle avant dans Glanvill. Le sens en était que la volonté des parties l'emportait sur les provisions (facultatives) de la loi qui définissait les obligations des contractants « sauf s'ils en ont consenti d'autres ». Une interprétation différente en est donnée dans un essai par ailleurs fructueux de M. E. Tigar et M. R. Levy sur Beaumanoir, *Law and the Rise of Capitalism* (New York, 1977), p. 145.

83. Beaumanoir, *Coutumes*, II, sec. 1000.

84. *Ibid.*, II, secs 823-936. Dawson souligne le caractère local du droit coutumier français sur les délits, les obligations civiles (dommages et contrat), et de la procédure, affirmant que virtuellement tout le corps de règles coutumières des tribunaux royaux consistait en droit foncier, propriété des époux, héritage, donations et testaments. Cependant le droit pénal décrit par Beaumanoir ne donne pas l'impression d'être spécifique de Beauvais. Les lois sur la trahison, la contrefaçon et l'hérésie, par exemple, sont étudiées dans le même contexte que celles sur l'homicide, l'incendie, le vol et les autres crimes. De même le droit contractuel présenté par Beaumanoir ne peut guère être vu comme une simple coutume de Beauvais. Il semble plutôt coutumier (au sens de non-édicte) en tant qu'appliqué, aux cas envisagés, dans n'importe quelle cour en France, y compris les cours du roi. L'analyse de Dawson cadre avec des époques plus tardives, quand le besoin se fit sentir d'harmoniser et d'unifier les diverses coutumes des régions de la France. Voir Dawson, « The Codification of the French Customs », *Michigan Law Review*, 38 (1940), 765.

85. Olivier Martin, *Histoire*, p. 233.

86. Bracton transcrivit quelque deux mille cas des registres de tribunaux, ils figurent dans le *Note Book* de Bracton édité par Maitland. Aucun cahier de notes analogue de Beaumanoir n'a été découvert. Pourtant, il se réfère à des centaines de cas dans son traité. Son recours à la jurisprudence (*case law*, chose jugée) a été décrit comme ceci : « Parfois, il commence par exposer une règle coutumière, et cite une décision judiciaire pour l'illustrer. D'autres fois, il fait l'inverse, partant d'une décision judiciaire qu'il a vu rendre, il montre le principe dont le jugement est une application... Comme preuve d'une coutume récemment contestée, (Beaumanoir) invariablement se réfère à une seule décision judiciaire, certainement parce que l'unique précédent suffit, car il est décisif ». Hubrecht, « Commentaire », p. 4.

87. Beaumanoir, sec. 31. L'interprétation de ce passage comme se référant à des cas « similaires » et non seulement au « même » cas, est appuyée par Hubrecht, « Commentaire » p. 19. Il ajoute : « Ainsi, la jurisprudence est appliquée dans des conditions analogues à celles du droit anglais, et le juge peut décider directement, sans faire appel aux assesseurs ». Un autre passage de Beaumanoir semble contredire l'opinion que l'auteur ou la loi qu'il analyse, plaçait une haute valeur sur la cohérence des décisions judiciaires. Le passage en question (sec. 1880), déclare qu'un juge se désisterait dans un procès s'il avait pris part à un cas antérieur, pour se garder de la suspicion d'être enclin à réaffirmer ce qu'il avait décidé auparavant, même si c'était une erreur. A lire plus attentivement, il apparaît que le passage se rapporte à un procès précédent où le juge avait pris part, non comme juge mais comme une partie. Cette interprétation est renforcée par la section suivante (sec. 1881) qui requiert que le juge se désiste s'il était apparu dans un procès similaire en qualité de témoin. Voir aussi Hubrecht, « Commentaire », p. 4.

88. France et Angleterre ont ouvert le Moyen-Âge avec un fonds commun d'institutions juridiques et politiques. Une bonne partie des régions qui seraient incluses dans la France moderne a été unie à l'Angleterre sous un monarque commun.

NOTES

Les institutions politiques furent façonnées par les mêmes formes de base de l'organisation féodale. Le droit privé fut largement constitué de coutumes populaires implicites, remarquablement semblables de part et d'autre, même dans le détail. Dès le XIII^e siècle, la tendance à diverger, à la fois dans le droit et le gouvernement, se fit visible. Dawson, *Codification*, p. 765. Le professeur Dawson écrit, en cet endroit, dans la perspective du XVI^e au XIX^e siècles. Si les mêmes faits étaient décrits dans la perspective des XI^e et XII^e siècles, la phrase aurait pu être : « Jusqu'au XIII^e siècle, les similarités prédominaient sur les différences ».

14 – LE DROIT ROYAL : ALLEMAGNE, ESPAGNE, FLANDRES, HONGRIE, DANEMARK.

1. Heinrich Mitteis, *Der Staat des hohen Mittelalters* (Weimar, 1953), p. 155. Une traduction alternative peut être trouvée dans Mitteis, *The State in the Middle Ages*, trad. H. F. Orton (Amsterdam, 1955), p. 149.

2. Mitteis, *Der Staat*, p. 201.

3. Ibid., p. 256 suiv.

4. Ibid.

5. Voir Peter Munz, *Frederic Barbarossa : A Study in Medieval Politics* (Londres, 1969), pp. 250-251. Une version quelque peu différente est donnée par Carl Erdmann, « Der Prozess Heinrichs des Löwenn » in Theodor Mayer, ed., *Kaisertum und Herzogsgewalt im Zeitalter Friedrichs I*, (Leipzig, 1944), pp. 348-353.

6. Mitteis, *State*, p. 335.

7. Ibid., pp. 225-233, 310. Voir aussi Albert Brackmann, « Die Wandlung der Staatsanschauungen im Zeitalter Kaiser Friedrichs » I, *Historische Zeitschrift* 145 (1932).

8. En 1111, le privilège du pape Pascal II énumérait comme *regalia* les droits impériaux vis-à-vis des cités, des duchés, marquisats, comtés, monnaies, péages, marchés, patronages impériaux et ecclésiastiques, tribunaux de centaines etc. Hermann Conrad, *Deutsche Rechtsgeschichte*, 2ème ed. (Karlsruhe, 1962), I, 369-376.

9. Heinrich Appelt, « Friedrich Barbarossa und das römische Recht », *Römische historische Mitteilungen*, 5 (1961-62), 18-34 ; H. Koeppler, « Friedrich Barbarossa and the Schools of Bologna », *English Historical Review*, 54 (1939), 577-607.

10. Munz, *Barbarossa*, pp. 122-124.

NOTES

11 Voir Günther Schmidt, *Die Würzburgische Herzogtum und die Gräfen und Herren von Ostfranken vom 11. bis zum 17.J ahrhundert*. Quellen und Studien zur Verfassungsgeschichte des deutschen Reiches im Mittelalter und Neuzeit, vol .2 (Weimar, 1913), pp. 1-52. Schmidt dit que ce n'était pas simplement une question de pouvoir proprement dit ou de propriété de terres dans le duché, mais c'était la capacité de rendre justice qui caractérisait les états territoriaux naissants de la Germanie. Sur l'Autriche, voir Heinrich Appelt, *Privilegium Minus : Das staufische Kaisertum und die Babenberger in Österreich* (Vienne, 1973). Voir aussi E. E. Stengel, « Land- und lehnrechtliche Grundlagen des Reichsfürstenstandes », in *Abhandlungen und Untersuchungen zur mittelalterlichen Geschichte* (Cologne, 1960).

12. Voir Walter Ullmann, « The Pontificate of Adrian IV », *Cambridge Historical Journal*, 11 (1955), 243.

13. Munz, *Barbarossa*, p.31.

14. Ibid., p. 372.

15. Joachim Gernhuber, « Die Landsfriedenbewegung in Deutschland bis zum Mainzer Reichslandfrieden von 1235 ». *Bonner Rechtswissenschaftliche Abhandlungen*, 44 (Bonn, 1952), 72-102.

16. Ibid., p. 74.

17. Lorenz Weinrich, ed. et trad. *Quellen zur deutscher Verfassungs-Wirtschaft, und Sozialgeschichte bis 1250*, Ausgewählte Quellen zur deutschen Geschichte des Mittelalter, vol. 32 (Darmstadt, 1977), pp.166-167. Seulement un digeste des 1103 « paix de la terre » qui ont été conservées.

18. Ibid., p. 214. Souligné suppléé.

19. Ibid., p. 216.

20. Mitteis, *State*, p. 243.

21. Weinrich, *Quellen*, pp. 246-259.

22. Frédéric promulgua cette loi à la requête de quatre docteurs, comme récompense pour leurs services à la Diète. C'est le seul exemple d'une addition expresse aux lois de Justinien par un empereur germanique.

23. En 1186, Frédéric émit son Bref de Paix contre les incendiaires, consistant en vingt-trois articles, certains fort longs. C'était un document fort étudié, visant à amener l'incendie, menace sérieuse pour la paix territoriale, sous le contrôle impérial.

NOTES

24. Le Mouvement pour la Paix du territoire (Landfriede) ne cessa pas complètement entre 1186 et 1235, mais ne fit pas non plus de grands progrès. La plus importante des Paix édictée par Henri VII, la Trêve de Henri de 1224, était en retrait sur une forme antérieure, il n'était plus question de droit ou de paix, et beaucoup de ses règles renouvelaient simplement les limitations traditionnelles aux guerres privées. Les deux autres actes législatifs importants de cette période, le Traité avec les Princes ecclésiastiques de 1220, et le Statut en faveur des Princes de 1232, ne prétendaient pas être des Paix de terre, mais de simples concessions de Frédéric aux princes d'empire, ecclésiastiques et laïcs.

25. Weinrich, *Quellen*, pp. 462-483.

26. Voir James, M. Powell, ed. et trad., *The Liber Augustalis or Constitutions of Melfi promulgated by the Emperor Frederick II for the Kingdom of Sicily in 1231* (Syracuse, N. Y., 1971), I, 8, « Mainser Landfriede » 5.

27. Voir Heinz Angermeier, *Königtum und Landfriede im deutschen Spätmittelalter* (Munich, 1966), pp. 27-29.

28. Les réformes de Frédéric II signifiaient que les décisions des tribunaux seraient rassemblées et conservées en un seul endroit, « afin que puisse être établi le cadre légal pour les relations les plus variées de la vie publique, une norme pour la formulation du droit ». R. Scholz, *Beiträge zur Geschichte der Hoheitsrechte des deutschen Königs zur Zeit der ersten Staufer, 1138-1197*, Leipzig Studien, vol. 24 (1896), p. 26.

29. Karl August Eckhardt, ed. *Sachsenspiegel V : Landrecht in hochdeutscher Übertragung* (Hanovre, 1967) prologue et III, 78, n°2. Il n'y a pas d'édition du droit féodal en allemand moderne (bien qu'il y en ait une moderne en ancien allemand).

30. « Le pape ne peut pas bannir l'empereur sauf pour hérésie, abandon d'épouse ou destruction d'une maison de Dieu ». Eckhardt, *Landrecht* 1. 1 ; 3. 57. 1.

31. « Le bannissement (excommunication) blesse l'âme, mais ne prend la vie ni ne réduit les droits ruraux ou féodaux, à moins qu'il soit accompagné de la mise royale hors la loi ». Eckhardt, *Landrecht*, 1. 59. 1.

32. « Le juge peut juger toute sorte de plainte dans la juridiction de la cour où il siège, sauf si quelqu'un se plaint concernant sa propre terre, ou dénonce un crime contre un homme libre, que le juge ne peut juger que dans une véritable assemblée judiciaire du lieu, et sous un ban royal ». Eckhardt, *Landrecht*, 1. 59. 1.

33. Eckhardt, *Landrecht* 3. 57. 2. Le *Sachsenspiegel* posait que l'échanson avait titre au septième vote, mais comme le titulaire de cette fonction, le roi de Bohême, n'était pas allemand, il n'avait pas droit de suffrage. Néanmoins, en 1290,

l'empereur Rodolphe, s'appuyant sur l'autorité du *Sachsenspiegel*, attribua le vote à la Bohême, fixant ainsi à sept le nombre des Princes-Électeurs, qui resta fixe jusqu'au milieu du XVII^e siècle.

34. Eckhardt, *Landrecht*, 2. 66. 1.

35. Voir Adolf Laufs, *Rechtsentwicklung in Deutschland* (Berlin, 1978), pp. 21-22, citant Eckhardt, *Landrecht*, 2. 13. 1 sur divers types de punition des voleurs. Voir aussi Gerhard Kallen, « Friedrich Barbarossa's Verfassungsreform und das Landrecht des Sachsenspiegel », ZSS (germ), 71 (1938), 560. Hans von Voltellini, « Ein Beitrag zur Quellenkunde der Sachsenspiegels Landrecht, ZSS » (germ) 71 (1938), 548.

36. Laufs, *Rechtsentwicklung*, citant Eckhardt, *Landrecht* 2. 69.

37. Son impact sur le droit urbain se manifeste particulièrement dans l'évolution de la Loi de Magdebourg, le Codex de Görlitz du début du XIV^e siècle, et le Landrecht de Breslau de 1356. Il continua à accompagner les Allemands vers l'Est, et des traces peuvent en être vues aux Pays-Bas. Il a souvent fait l'objet de gloses, notamment par le chevalier et juriste de Brandebourg, Johann von Buch (formé à Bologne) après 1325, et par Nicholas Wurm, également formé à Bologne, vers 1400. En général, voir Herman Conrad, *Deutsche Rechtsgeschichte*, I, (Karlsruhe, 1954), 477-479 ; Richard Schröder et Eberhard Freiherr von Künsberg, *Lehrbuch des deutschen Rechtsgeschichte*, 7^{ème} ed. (Berlin, 1932), pp. 722-725.

38. Hans Fehr, *Die Staatsauffassung Eikes von Repgau*, ZSS (germ), 50 (1916), 159.

39. Le *Schwabenspiegel*, écrit en 1274-75, fut l'ouvrage de droit le plus influent dans le sud de l'Allemagne. Il s'inspirait du droit populaire bavarois, des lois de l'empire, des lois de Paix, du droit romain et du droit canon. Il assumait une position favorable au Pape, en opposition au *Sachsenspiegel*, pro-impérial. Le *Deutschenspiegel*, également écrit en 1274-75, s'appuyait largement sur le *Sachsenspiegel*, mais faisait un plus large usage du droit canon et du droit romain. Il n'eut pas d'influence notable. Le *Frankenspiegel*, rédigé en Hesse entre 1328 et 1338, était fortement pro-impérial. Plusieurs ouvrages mineurs parurent aussi au XIV^e siècle. Voir Conrad, *Deutsche Rechtsgeschichte*, p.479.

40. Geoffrey Barraclough, trad., *Medieval Germany 911-1250 : Essays by German Historians*, I. (Oxford, 1938), 104.

41. Ibid., p. 76.

42. Mitteis, *Der Staat*, p.330.

NOTES

43. MGH, Legum IV, I, p. 222.

44. Barraclough, *Medieval Germany*, I, 105.

45. « Confoederatio cum principibus ecclesiasticis et Statutum in favorem principium », in Weinrich, *Quellen*, pp. 382, 434.

46. Ruth Hildebrand, « Der sächsische "Staat" Heinrichs des Löwen », *Historische Studien* (Berlin), n°302 (1937), pp. 371-392.

47. Karl Jordan, *Heinrich der Löwe : Eine Biographie* (Munich, 1979), p. 148.

48. Max Spindler, *Die Anfänge der bayerischen Landesfürstentums*, Schriftenreihe zur bayerischen Landesgeschichte, vol. 26 (Munich, 1937). En général, voir Eugen Wohlhaupter, *Hoch- und Niedergericht in der Mittelalterlichen Gerichtsverfassung Bayerns*, vol. 12, pt 2, de *Deutschrechtliche Beiträge*, ed. Konrad Beyerle (Heidelberg, 1929) ; Wolfgang Schnelbogl, *Die innere Entwicklung der bayerischen Landfriebe, des 13.jahrhunderts*, vol. 13, pt. 2, de *Deutschrechtliche Beiträge*, ed. Konrad Beyerle (Heidelberg, 1932).

49. Spindler, *Anfänge*, p. 116.

50. Ibid., p. 120.

51. Ibid. pp. 166-167.

52. Ibid., pp. 176-184.

53. Ibid., p. 167.

54. Reckesvinth abrogea aussi tout recours au droit romain excepté à des fins d'étude. Cela impliquait la suppression de la *Lex Romana Visigothorum*, ou Bréviaire d'Alaricun condensé (édicte par Alaric II en 506) du droit antérieur à Justinien qui devint le chef de file des textes de ce genre.

55. Voir Eugen Wohlhaupter. *Studien zur Rechtsgeschichte des Gottes- und Landfriedens in Spanien*, vol 14 de *Deutschrechtliche Beiträge*, ed. Konrad Beyerle (Heidelberg, 1933).

56. Juan Beneyto Perez, *Manuel de Historia del Derecho* (Madrid, 1960), pp. 101-128. E. N. van Kleffens, *Hispanic Law until the End of Middle Ages* (Edimbourg, 1968), pp. 238-268.

57. La plus ancienne des Universités d'Espagne, Palencia, fut fondée entre 1208 et 1214. En 1239, elle fut transférée et fusionnée avec l'université de Salamanque,

fondée depuis une douzaine d'années. Salamanque devint un centre important pour l'étude tant du droit romain que du droit canon.

58. Beneyto Perez, *Manuel*, pp. 110-123. Van Kleffens, *Hispanic Law*, pp. 147-236.

59. Leopold A. Warnkönig, *Flandrische Staats- und Rechtsgeschichte bis zum Jahr 1305*, I (Tübingen, 1835) 127. Voir aussi Henri Pirenne, *Geschichte Belgiens*, I (Gotha, 1899). Raymond Monier, *Les Institutions centrales du Comté de Flandre de la fin du IX^e siècle à 1384* (Paris, 1949).

60. Warnkönig, *Flandrische Rechtsgeschichte*, p. 149.

61. *Ibid.*, pp. 160-162.

62. Sur la Hongrie, voir Thomas von Gogyay, *Grundzüge der Geschichte Ungarns*, I. (Pest, 1851), 66-125 ; Dominic Kosary, *A History of Hungary* (Philadelphia, 1906), p. 50-61 ; E. Pamlenyi, ed., *A History of Hungary* (Budapest, 1973), pp. 29-61.

63. Voir T. K. Derry, *A History of Scandinavia* (Minneapolis, Minn., 1975). John Danstrup, *A History of Denmark*, (New York, 1947).

64. *Das jutsche Law, aus dem Danischen übersetzt von Blasius Eckenberger*, ed. Falck (Altona, 1819).

65. Danstrup, *Denmark* pp. 28-31. Des parties du préambule sont prises directement dans le droit canon.

66. Derry, *Scandinavia*, p. 66.

67. Aristote, *Nicomachean Ethics*, 5. 10.1137b 11-28, in Richard Mckeon ed., *The Basic Works of Aristotle* (New York, 1941), p. 1020.

CONCLUSION

1. Voir Robert C. Tucker, « The Marxian Revolutionary Idea, in *Revolution* », ed., Carl Friedrich, *Nomos*, n° 8 (1966), pp. 217-246, spécialement p. 219.

2. *Ibid.*, pp. 223-224.

3. Christopher Hill, « A Comment », in Rodney Hilton, ed., *The Transition from Feudalism to Capitalism*, (Londres, 1976), p. 121.

NOTES

4. Ibid.

5. Lettre à Conrad Schmidt, 27 Octobre 1890, in Karl Marx et Friedrich Engels, *Selected Works*, III (Moscou, 1966), pp. 492-493.

6. Perry Anderson, *Passages from Antiquity to Feudalism* (Londres, 1974), p. 153.

7. Hilton, *Transition*, pp. 9-30 (quotation, p. 18).

8. W. W. Rostow, *The Stages of Economic Growth* (Cambridge, Mass., 1960), pp. 4-7.

9. Voir David Herlihy, ed., *The History of Feudalism* (New York, 1970), pp. 3, 34.

10. Perry Anderson, *Lineages of the Absolutist State*, (Londres, 1974), p. 403. Le marxiste d'Allemagne de l'Est, Rudolph Bahro voit aussi le féodalisme comme une forme économique unique qui porte en elle « une tendance immanente à se transformer » en capitalisme. Bahro écrit « féodalisme-capitalisme est essentiellement un seul phénomène » *The Alternative in Eastern Europe*, trad. David Fernbach (Londres, 1978), p. 66.

11. *Max Weber on Law in Economy and Society*, ed., Max Rheinstein (Cambridge Mass., 1966), p. 297.

12. *Proceedings of the First Conference of German Sociologists*, 1910, cités in Max Weber, *Economy and Society*, ed., Guenther Roth et Claus Wittich (New York, 1968), I lxiv.

13. Max Weber, *Gesammelte Aufsätze zur Religions Sociology* (Tübingen, 1920), p. 1.

14. Cette conclusion peut être confortée par plusieurs citations des écrits de Weber, bien que d'autres citations puissent être trouvées qui l'affaiblissent ou la contredisent. En fait, les écrits historiques de Weber sont très confus et inconsistants, encore que son analyse théorique soit juste le contraire.

15. Rheinstein, *Max Weber*, pp. 63-64.

16. Ibid., p. 305.

17. Voir Donald R. Kelley, « The Metaphysics of Law: An Essay on the Very Young Marx », *American Historical Review*, 83 (avril 1978), 350-367.

NOTES

18. Rheinstein, *Max Weber*, p. 304.
19. Ibid., p. 303.
20. Weber, *Economy and Society*, pp. 226-227 et 1070.
21. Ibid., p. 242.
22. Ibid., p. 244.
23. Ibid., p. 246.
24. Ibid., p. 76.
25. Ibid., p. 86.
26. Rheinstein, *Max Weber*, pp. 304-305.
27. Ibid.
28. Kent V. Flannery, « The Cultural Evolution of Civilisations », *Annual Review of Ecology and Systematics*, 3 (1972), 399, 407.
29. Voir Grace Goodell, « From Satus to Contract : The Significance of Agrarian Relations of Production in the West, Japan, and in 'Asiatic' Persia », *European Journal of Sociology*, 21 (1980), 285-325, spécialement 288-291.
30. Rodney H. Hilton, *Bond Men Made Free : Medieval Peasant Movements and the English Raising of 1381* (Londres, 1973), pp. 70-71, 74-75.
31. Goodell, *From Status to Contract*, p. 298.
32. Octavio Paz, « Reflections : Mexico and the United States », *The New-Yorker*, 17 septembre 1979, pp. 138, 153.

REMERCIEMENTS

REMERCIEMENTS

J'ai commencé à écrire ce livre en 1938 alors que j'étudiais en licence d'Histoire du Droit à la London School of Economics. J'étais venu à Londres sur le conseil d'Eugen Rosentock-Huessy, pour étudier l'impact de la révolution anglaise de 1640-1689 sur le développement du droit britannique. R.T.F. Plucknett, le doyen des historiens du droit anglais dans la période suivant la première guerre mondiale, m'avait dit que je ne comprendrais rien à l'histoire de droit britannique si je ne parlais des XII^e et XIII^e siècles dans Glanvill et Bracton. Je suivis son conseil, tout en étudiant les cours de R.W. Tawney sur l'histoire de l'Angleterre au XVII^e siècle. Ces trois personnages étaient tous trois de grands Européens, bien qu'ils vissent d'époques très différentes : la pensée de Plucknett s'était enracinée dans les temps qui s'écoulaient du XII^e au XVII^e ; celle de Tawney, du XVII^e au XX^e ; celle de Rosentock-Huessy dans les séquelles de ce qu'il a appelé la révolution de la guerre mondiale. J'aimerais être certain que mon travail a été digne d'aussi précieux fondements.

Dans les décennies écoulées depuis lors, j'ai bénéficié du concours de nombreux assistants, d'autres chercheurs, et de bien des collègues qui me sont autant d'amis. Je n'en citerai que trois, dont l'aide se reflète dans les graphiques de ces pages : Carmen Arevalo, qui a préparé les cartes ; Robert Chesler, qui a dressé la figure n°2, et Georges Size, pour la figure n°1.*

Ma gratitude reconnaissante va à la Houghton Mafflin Company, pour m'avoir autorisé à reproduire un passage des "Métaphores" tiré de "Human Season" d'Archibald Mac Leith (copyright en 1972 par Archibald Mac Leigh), ainsi qu'à la British Library qui m'a permis de citer un poème anglo-saxon trouvé dans les Cotton Manuscripts, "Maxime".

Je désire aussi remercier le National Humanities Center, pour m'avoir procuré le cadre profondément sympathique où j'ai achevé le manuscrit et organisé sa parution.

Harold J. Berman

* *Note de l'éditeur* : Il n'a malheureusement pas été possible, de reprendre ces cartes et figures dans la présente édition française.

REMERCIEMENTS

L'édition française n'aurait pas vu le jour sans les conseils amicaux du Professeur Leonard Liggio et le soutien généreux de la Earhart Foundation et de l'Atlas Foundation.

Que tous agréent nos très vifs remerciements.

Raoul Audoin

INDEX DES NOMS PROPRES

A

- Abélard, Pierre, IX, 41, 139, 144,
145, 153, 155, 171, 188, 200, 208,
209, 294, 303, 597, 600, 601, 602,
607, 616, 617
- Abraham, 174
- Accurse, 142, 258
- Adélaïde (mère de Roger II), 434
- Adrien IV, 175
- Alcuin, 583
- Alexandre II, pape, 108, 269, 452
- Alexandre III, pape, 204, 217, 221,
233, 245, 634, 636
- Alfred le Grand, empereur, 19, 82
- Alphonse II, roi d'Aragon, 529
- Alphonse X le sage, roi de Castille,
423
- Alphonse X le Sage, roi de Castille,
530
- Alphonse XI, roi de Castille, 530
- Ambroise, saint, évêque de Milan,
105, 402
- Anastase, empereur, 105, 293
- Anderson, Perry, 338, 340, 344, 556,
671
- André II, roi de Hongrie, 308, 532
- Anjou (d'), Charles, frère de Louis
IX, 430
- Anjou (d'), Geoffroi (comte), 451,
455, 459, 465
- Anselme, saint, archevêque de
Cantorbery, 452, 614, 615, 616,
617
- Antigone, 96
- Aquin (d'), Thomas, saint, X, 175,
188, 196, 259, 293, 301, 484, 619
- Aribert, archevêque, 402
- Aristote, X, 135, 139, 146, 153, 154,
162, 164, 173, 218, 259, 289, 293,
301, 535
- Arthur, roi, 117
- Attila, 402
- Augustin, moine, 70
- Augustin, saint (de Hippo), 43, 123,
125, 129, 188, 220, 302, 410, 615
- Azo, 303, 304, 424, 547

B

- Baldus, 259, 603
- Bandinelli, Rolandus (voir Alexandre
III), 217
- Barraclough, Geoffrey, 523
- Barth, Karl, 189
- Bartolus, 259
- Basile le Grand, 85
- Baudouin V de Hainaut, comte, 480
- Beaumanoir (de), Philippe, 322, 325,
333, 341, 489, 490, 492, 493, 496,
534, 547, 644
- Becket, Thomas, saint (archevêque
de Cantorbery), II, IX, 66, 101,
121, 126, 270, 272, 274, 277, 282,
283, 453, 454, 542
- Bède, 88, 397, 582
- Bela III, roi de Hongrie, 532
- Beowulf, 76
- Bérenger de Tours, abbé, 186
- Berenguer I^{er}, Ramon, comte de
Catalogne, 529
- Bernard de Clairvaux, saint, 209
- Blackstone, William, VI, 55, 283,
358, 561
- Bloch, Marc, 38, 58, 80, 310, 608
- Boèce, 79, 153, 154
- Bracton, 136, 307, 325, 326, 364,

473, 475, 496, 534, 547, 548
 Brakespeare de Saint Albans,
 Nicholas (voir pape Hadrien IV),
 175
 Brown, Norman O., 42
 Brown, Peter, 73, 101, 123
 Brown, Thomas, 460, 477
 Bruno, duc de Lorraine (archevêque
 de Cologne), 387
 Bulgarus, 507
 Burchard (évêque de Worms), 87,
 156, 157, 158
 Burke, Edmund, 216

C

Calasso, Francesco, 405
 Calvin, 353
 Calvin, Jean, 40
 Canut II (roi du Danemark), 532
 Capet (de), Marguerite (fille de Louis
 VII de France et veuve de Henri le
 Jeune), 532
 Cappelletti, Mauro, 264
 César, Auguste, 102
 César, Jules, 19
 Charlemagne (empereur), 19, 76, 82,
 89, 91, 102, 104, 219, 321, 402,
 423, 430, 500
 Charles II (roi d'Angleterre), 36
 Cicéron, 139, 152, 294
 Clermont (de) comte (fils de Louis
 IX), 490
 Clito, William (comte de Flandre),
 386
 Clovis (roi), 69, 80
 Cohn, Norman, 41
 Coke, Edward, V, X, 168, 292
 Columban, saint, 88
 Comte, Auguste, 551
 Confucius, VI, 96
 Conrad (duc de Zähringen), 390
 Conrad II (empereur d'Allemagne),
 314, 321, 402
 Conrad III (empereur d'Allemagne),
 506

Copernic, 37
 Cromwell, Oliver, 57, 126, 272
 Cyprien, saint, 126

D

Damien, Pierre, VIII, 108
 Daniel, 44
 Dante Alighieri, 184, 442
 Dawson, Christopher, 82
 Dawson, John P., 141, 468, 486
 Descartes, René, 168
 Deusdedit (cardinal), VIII, 216
 Diamond, A. S., 95
 Dickinson, John, 292
 Duby, Georges, 310
 Duncan (abbé), 250
 Dunstan (archevêque de Canterbury),
 83

E

Edgar (roi d'Angleterre), 83
 Edouard I^{er} (roi d'Angleterre), 423
 Edouard le Confesseur (roi
 d'Angleterre), 451
 Eléonore d'Aquitaine (reine de
 France et d'Angleterre), 455, 479
 Elliot, T. S., 271
 Engels, Friedrich, 554
 Erasme, 18
 Ethelbert (roi de Kent), 70, 80, 578
 Ethelred (roi anglo-saxon), 82, 89, 90
 Etienne, 454
 Etienne (roi d'Angleterre), 269, 270,
 272, 453, 458, 474
 Euclide, 430
 Eugène III (pape), 280
 Eusebius (évêque), 253

F

Faventinus, John, 253
 Ferdinand III (roi de Castille et de
 Léon), 423, 530
 Fiore (de) Joachim, 126
 Flahiff, G. B., 280, 281

INDEX

Flandre (de) Ferrand (comte), 479
 Flandre (de) Philippe (comte), 290, 423, 480
 Flandre (de) Robert II, 530
 Frédéric I^{er} (Barberousse) (empereur d'Allemagne), 290, 324, 325, 391, 403, 423, 430, 441, 480, 494, 502, 503, 505, 506, 508, 510, 511, 513, 516, 520, 522, 523, 527, 530, 626
 Freising (von) Otto (évêque), 126, 509
 Friedrich, Carl, 148
 Fuller, Lon L., 20
 Fustel de Coulanges, 417

G

Gaius, 150, 255, 256, 258, 303
 Galilée, 168
 Gélasé I^{er} (pape), 105, 293, 538
 Georges III (roi d'Angleterre), 37
 Geza (roi de Hongrie), 531
 Gierke (von) Otto, 229, 232
 Gilchrist, John, 262
 Giuliani, Alessandro, 168
 Glanvill, 247, 320, 325, 455, 464, 473, 475, 477, 497, 534, 547
 Gluckman, Max, 91
 Godwin, 452
 Goethe, 22
 Goldschmidt, Levin, 369
 Gordley, James, 75, 258, 579
 Gottfried, 388
 Gratien, 156, 157, 158, 159, 160, 200, 208, 216, 217, 220, 226, 233, 238, 241, 253, 256, 261, 269, 272, 294, 303, 306, 329, 471, 474, 538, 547, 565
 Greenaway, George, 274
 Grégoire de Nysse, 129
 Grégoire IX (pape), 217, 624
 Grégoire VII (pape), VI, VIII, 34, 36, 39, 66, 101, 108, 111, 118, 119, 122, 124, 126, 133, 139, 215, 220, 269, 272, 381, 403, 422, 429, 452, 456, 502, 509, 531, 590

Grimm, Jacob, 74
 Guarin, 432
 Guarnerius, (voir Imerius), 136
 Guillaume I^{er} (le Conquérant) (duc de Normandie, roi d'Angleterre), 269, 452, 520
 Guillaume I^{er} (roi de Sicile), 442
 Guillaume II (le Roux) (roi d'Angleterre), 442, 445, 452

H

Hadrien IV (pape), 337
 Hainaut (de) Baudouin (comte), 480
 Hainaut (de), Baudouin (comte), 531
 Hale, Matthew, 168
 Hampden, John, 46
 Harold, 452
 Haskins, Charles, 440, 477
 Hauteville (de) Tancrede (baron normand), 426
 Hauteville (de), Roger (grand Comte de Sicile), voir Roger I^{er}, 427
 Havelberg (de), Anselme, 126
 Heer, Friedrich, 320
 Hegel, 59, 551
 Henri I^{er} (roi d'Angleterre), 112, 121, 269, 270, 272, 385, 396, 398, 454, 458, 467, 477, 542
 Henri II, 462
 Henri II Plantagenêt (roi d'Angleterre), II, X, 126, 270, 272, 274, 277, 282, 290, 298, 325, 339, 360, 423, 453, 454, 455, 456, 458, 463, 467, 468, 469, 472, 473, 475, 477, 479, 480, 481, 505
 Henri III (empereur d'Allemagne), 107
 Henri IV de Saxe (empereur d'Allemagne), 101, 102, 110, 111, 119, 126, 272, 390, 403, 428, 429
 Henri le Jeune (fils de Henri II, roi d'Angleterre), 532
 Henri le Lion (duc de Bavière), 391, 503, 506, 524
 Henri V de Souabe (empereur

d'Allemagne), 111, 502
 Henri VI (empereur d'Allemagne),
 480
 Henri VIII (roi d'Angleterre), 277
 Herlihy, David, 324
 Hildebrand (moine) (futur Grégoire
 VII), 101, 110, 220
 Hill, Christopher, 58
 Hilton, Rodney, 339, 342, 554
 Hobbes, Thomas, 168, 292
 Hoffman, Max, 436, 438
 Hugo, 507
 Huguccio, 216, 226, 253
 Hugues Capet (roi de France), 478
 Huss, Jan, 40

I

Innocent II (pape), 209
 Innocent III (pape), 217, 257, 276
 Innocent IV (pape), 226, 445
 Irnerius, 133, 136, 139, 157, 294,
 304, 547
 Ivo (voir Yves, évêque de Chartres),
 547

J

Jacobus, 507
 Jacques de Capoue (archevêque), 444
 Jaime I^{er} (roi d'Aragon), 529
 Jean (évangéliste), 41
 Jean (Sans Terre) (roi d'Angleterre),
 X, 276, 479, 543, 548
 Jefferson, Thomas, V, 47
 Jérôme (saint), 220
 Job, 184
 Jolliffe, J. E. A., 475
 Josué, 298
 Justinien (empereur romain), 19, 25,
 132, 135, 140, 142, 144, 151, 153,
 159, 162, 166, 176, 182, 203, 205,
 214, 218, 227, 231, 244, 254, 256,
 257, 266, 293, 294, 299, 303, 304,
 324, 368, 422, 444, 488, 508, 534,
 540

K

Kantorowicz, Hermann, 162
 Kern, Fritz, 84, 93
 Knowles, David, 174, 175
 Koloman (roi de Hongrie), 531
 Kuhn, Thomas, 37
 Kuttner, Stephan, 202, 204, 215

L

Ladislas (roi de Hongrie), 531
 Ladner, Gerhard, 294
 Lanfranc (archevêque de
 Canterbury), 174, 186, 188, 452,
 453
 Le Bras, Gabriel, 112, 159, 225
 Leibniz, 168
 Lénine, 39, 50
 Léon III (pape), 82, 105
 Léon IX (pape), 107, 427
 Levi-Strauss, Claude, 72
 Leyser, K. J., 125
 Lilburne, John, 46
 Lloyd, Denis, 96
 Locke, John, 292
 Lombard, Pierre, 188, 200, 303
 Longus, Heinrich, 388
 Lopez, Robert S., 367, 369, 375
 Lothaire (duc de Saxe), 502
 Lothaire II (empereur d'Allemagne),
 324
 Louis IX (roi de France), 423, 430,
 481, 484, 487, 490
 Louis V (dernier roi carolingien), 478
 Louis VI (roi de France), 381, 383,
 384, 385, 478, 481
 Louis VII (roi de France), 455, 478,
 480, 481, 532
 Louis VIII (roi de France), 481
 Louis X (roi de France), 347
 Louis XIV (roi de France), 487
 Loyn, H. R., 76
 Lucas, 359
 Lucques (de), Anselme, 216
 Luther, Martin, 30, 31, 34, 36, 45,
 210, 353

M

Machiavel (Machiavelli, Nicolo), 45
 Maine (Sir), Henry, 95, 489
 Maitland, F. W., XI, 22, 34, 54, 65,
 66, 74, 84, 127, 243, 244, 272,
 273, 274, 276, 322, 475
 Malynes, Gérard, 358
 Manfred (empereur d'Allemagne),
 430
 Map, Walter, 455, 456
 Marsile de Padoue, 289
 Martel, Charles, 528
 Martinus, 507
 Marx, Karl, 43, 44, 59, 120, 310, 418,
 551, 552, 553, 556, 557, 559, 562,
 563, 565, 567, 569
 Mather, Cotton, 18
 Mathilde (duchesse de Toscane), 139,
 403
 Mathilde (impératrice, mère de Henri
 II d'Angleterre), 455
 Mauss, Marcel, 72
 Maximien (empereur romain), 254
 Michelet, 57
 Mitchell, William, 358
 Mitteis, Heinrich, 424, 434, 481, 500,
 503, 513, 523
 Moïse, 81, 218, 298, 301
 Montesquieu, V, 551
 Mortimer (évêque), 88
 Munz, Peter, 510

N

Nabuchodonosor, 44
 Napoléon, 430
 Nasrudin (mollah), 94
 Newton, 37, 168
 Nicolas I^{er} (pape), 107
 Nicolas II (pape), 108, 221, 427, 452,
 537
 Nietzsche, Friedrich, 17
 Nisbet, Robert, 22
 Noonan, John, 261

O

Odilon (abbé de Cluny), VII, 104,
 184
 Odoacre, 402
 Orto (de) Umberto, 324
 Othon III (empereur d'Allemagne),
 387
 Othon IV (empereur d'Allemagne),
 479
 Ovide, 294

P

Pascal II (pape), 119, 665
 Paul (juriste), 151
 Paul, saint, 181, 213, 229, 354
 Paz, Octavio, 569
 Penn, William, 46
 Perrin, John, 305
 Philippe (comte de Flandre), 530
 Philippe III, (le Hardi), 490
 Philippe le Long (roi de France), 347
 Philippe-Auguste (roi de France),
 325, 423, 433, 478, 479, 480, 484,
 490, 505, 530
 Pierre (saint), 87, 186, 427
 Pierre le Lombard, 593
 Pirenne, Henri, I, 116, 349, 352, 354,
 374, 391
 Platon, 135, 139, 145, 146, 147, 154,
 162, 164, 289, 294, 430, 616
 Plutarque, 300
 Pollock (Sir) Frederick, voir
 Maitland, F. W., 65
 Polycarpe (de Smyrne), 129
 Pomponius, 141, 255, 256
 Pound, Roscoe, 48, 54
 Powell, James M., 444
 Proudhon, 44
 Ptolémée, 430

R

Radulfus Niger, 456
 Ranke (von), Leopold, 33
 Ranulf (lord), voir Glanvill, 455

Reckesvinth (roi Wisigoth), 528
 Reppgau (von), Eike, 325, 520, 547, 548
 Richard (Cœur de Lion) (roi d'Angleterre), 461, 474, 479, 481, 548
 Richard (prince de Capoue), 427
 Robert Guiscard (duc de Pouilles et de Calabre), 427, 428, 429, 431, 452
 Roger I^{er} (comte de Sicile), 427, 434, 453
 Roger II (roi de Sicile), 290, 423, 430, 432, 433, 434, 439, 441, 442, 453, 457, 459, 475, 479, 481, 505, 514, 516, 520, 547, 658
 Rosenstock-Huessy, Eugen, 36, 43, 184
 Rostow, W. W., 555
 Rotharius (roi des Lombards), 579
 Rousseau, Jean Jacques, 47

S

Saint Ambroise, 105, 402
 Saint Anselme, 154, 189
 Saint Augustin, 43, 123, 302
 Saint Benoît, VII
 Saint Bernard, 209
 Saint Grégoire VII, 591
 Saint Jérôme, 220
 Saint Pierre, 87, 291
 Saint Thomas d'Aquin, X, 196, 293
 Saint-Simon, 551
 Salisbury (de), Jean, IX, 125, 174, 290, 293, 294, 296, 299, 301, 303, 424, 544, 548
 Salisbury (of), Jocelin (évêque), 273
 Salphaat, 299
 Savigny (von), Friedrich, 216, 559
 Scaevola, Q. Mucius, 149
 Sénèque, 294
 Sohm, Rudolf, 45
 Sophocle, 96
 Southern, A. W., 115
 Stein, Peter, 150, 151

Stenton, Doris M., 90
 Stephenson, Carl, 384, 385, 391, 396
 Strayer, Joseph R., 38, 421, 461, 462
 Suger (abbé), 481

T

Tacite, 65
 Tawney, R. H., 353
 Tertullien (de Carthage), 126, 129, 272
 Teutonicus, Johannes, 253
 Théodoric (empereur), 402
 Théodose (empereur), 105
 Tierney, Brian, 226, 227, 232, 594
 Tocqueville, 236, 551
 Toulouse (de) Alphonse, (comte), 385
 Tucker, Robert, 552, 670

U

Udall, Walter, 46
 Ullmann, Walter, 591
 Ulpian, 141, 255, 256
 Umberto, 324
 Unger, Roberto A., 56
 Uraia le Goth, 402
 Urbain II (pape), 118, 185, 428, 596
 Urbain IV (pape), 430

V

Vacarius, 140, 174
 Valdemar II (roi du Danemark), 532
 Ventadour (de), Bernard, 117
 Vernadsky, Georges, 311
 Vigne (de la), Pierre, 444
 Virgile, 294

W

Wallace-Hadrill, J. M., 91, 582
 Walter, Hubert (archevêque de Cantorbéry), 273, 461, 474
 Warren, W. L., 274

TABLE DES MATIERES

PREFACES	I
PREFACE DE CHRISTIAN ATIAS	I
PREFACE DE LEONARD LIGGIO	V
PREFACE A L'EDITION AMERICAINE	XI
SOMMAIRE	XV
INTRODUCTION	17
DROIT ET HISTOIRE	26
DROIT ET REVOLUTION	34
LA CRISE DE LA TRADITION JURIDIQUE OCCIDENTALE	49
VERS UNE THEORIE SOCIALE DU DROIT	57
PREMIERE PARTIE : LA REVOLUTION PAPALE ET LE DROIT CANON	63
L'ARRIERE-PLAN DE LA TRADITION JURIDIQUE OCCIDENTALE : LE DROIT POPULAIRE	65
LE DROIT TRIBAL	68
ELEMENTS DYNAMIQUES DANS LE DROIT GERMANIQUE :	
CHRISTIANISME ET ROYAUTE	77
LA LOI PENITENTIELLE DANS SA RELATION AU DROIT POPULAIRE	84
L'ORIGINE DE LA TRADITION JURIDIQUE OCCIDENTALE DANS LA REVOLUTION PAPALE	99
EGLISE ET EMPIRE : LA REFORME CLUNISIENNE	101
LES PRESCRIPTIONS DU PAPE	108
CARACTERE REVOLUTIONNAIRE DE LA REVOLUTION PAPALE	113
CAUSES ET CONSEQUENCES SOCIO-PSYCHOLOGIQUES DE LA	

REVOLUTION PAPALE	121
L'AVENEMENT DE L'ETAT MODERNE	127
L'ECLOSION DES SYSTEMES JURIDIQUES MODERNES	129
L'ORIGINE DE LA SCIENCE JURIDIQUE OCCIDENTALE DANS LES UNIVERSITES EUROPEENNES	133
L'ECOLE DE DROIT DE BOLOGNE	136
CURRICULUM ET METHODE D'ENSEIGNEMENT	140
LA METHODE SCOLASTIQUE D'ANALYSE ET SYNTHESE	144
LA RELATION DU SCOLASTICISME AVEC LA PHILOSOPHIE GRECQUE ET LE DROIT ROMAIN	145
L'APPLICATION DE LA DIALECTIQUE SCOLASTIQUE A LA SCIENCE DU DROIT	156
LE DROIT, COMME PROTOTYPE DE LA SCIENCE OCCIDENTALE	164
SOURCES THEOLOGIQUES DE LA TRADITION JURIDIQUE OCCIDENTALE	179
JUGEMENT DERNIER ET PURGATOIRE	180
LE SACREMENT DE PENITENCE	185
LE SACREMENT DE L'EUCARISTIE	186
LA NOUVELLE THEOLOGIE : SAINT ANSELME ET LA DOCTRINE DE RECONCILIATION	188
LES IMPLICATIONS JURIDIQUES DE LA DOCTRINE DU RACHAT	192
SOURCES THEOLOGIQUES DU DROIT PENAL OCCIDENTAL	194
LE DROIT CANON PENAL	198
LE DROIT CANON, PREMIER SYSTEME JURIDIQUE MODERNE EN OCCIDENT	213
LA RELATION DU DROIT CANON AU DROIT ROMAIN	218
LES FONDEMENTS CONSTITUTIONNELS DU SYSTEME DE DROIT CANON	219
LE DROIT DES COLLEGIALITES, COMME DROIT CONSTITUTIONNEL DE L'EGLISE.	227
LIMITATIONS DE LA JURIDICTION ECCLESIASTIQUE	234
ELEMENTS STRUCTURELS DU SYSTEME DE DROIT CANON	237
LA LOI CANONIQUE SUR LE MARIAGE	238
LA LOI CANONIQUE SUCCESSORALE	242
LE DROIT CANON ET LA PROPRIETE	249
LE DROIT CANON CONTRACTUEL	257
PROCEDURE	262
CARACTERE SYSTEMATIQUE DU DROIT CANON	265
THOMAS BECKET CONTRE HENRI II : COMPETITION DE JURIDICTIONS CONCURRENTES	269
LES CONSTITUTIONS DE CLARENDON	270

TABLE DES MATIERES

IMMUNITE DES CLERCS CONTRE LA DOUBLE SANCTION	273
LA JURIDICTION ECCLESIASTIQUE EN ANGLETERRE	274
LES BREFS DE DESSAISSEMENT	279
DEUXIEME PARTIE : LA FORMATION DE SYSTEMES JURIDIQUES SECULIERS	285
LE CONCEPT DE DROIT SECULIER	287
COMMENT APPARURENT DE NOUVELLES THEORIES SUR LE POUVOIR ET LE DROIT SECULIERS	289
JEAN DE SALISBURY, FONDATEUR DE LA SCIENCE POLITIQUE OCCIDENTALE	290
THEORIES DES JURISTES, ROMANISTES ET CANONISTES	303
LA <i>RULE OF LAW</i> (SUPREMATIE DU DROIT)	306
LE DROIT FEODAL	309
LA COUTUME FEODALE EN OCCIDENT AVANT LE XI ^e SIECLE	311
APPARITION D'UN SYSTEME DE DROIT FEODAL	316
LE DROIT DU DOMAINE SEIGNEURIAL	331
OBJECTIVITE ET UNIVERSALITE	336
RECIPROCITE DES DROITS ENTRE SEIGNEUR ET PAYSANS	338
PROCEDURE JUDICIAIRE PARTICIPATIVE	340
INTEGRATION ET CROISSANCE	343
LE DROIT MARCHAND	349
LA RELIGION ET L'APPARITION DU CAPITALISME MARCHAND	352
LE NOUVEAU SYSTEME DU DROIT MARCHAND	355
LE DROIT URBAIN	373
CAUSES DE L'AVENEMENT DE LA VILLE MODERNE	375
ORIGINES DES CITES ET DES VILLES D'EUROPE OCCIDENTALE	380
LES GUILDES ET LEURS LOIS	406
CARACTERISTIQUES PRINCIPALES DU DROIT URBAIN	408
LA VILLE COMME COMMUNAUTE HISTORIQUE	414
LE DROIT ROYAL : SICILE, ANGLETERRE, NORMANDIE, FRANCE	421
LE ROYAUME NORMAND DE SICILE	426
LE DROIT ROYAL EN ANGLETERRE	451
DUCHE DE NORMANDIE	476
EN FRANCE	478
LE DROIT ROYAL : ALLEMAGNE, ESPAGNE, FLANDRES, HONGRIE, DANEMARK	499
ALLEMAGNE	499

TABLE DES MATIERES

ESPAGNE, FLANDRES, HONGRIE, DANEMARK	528
DROIT ROYAL ET DROIT CANON	533
CONCLUSION	537
AU DELA DE MARX, AU DELA DE WEBER	549
NOTES	573
REMERCIEMENTS	673
INDEX DES NOMS PROPRES	675
TABLE DES MATIERES	681

Les institutions juridiques occidentales et leurs concepts fondamentaux trouvent leurs racines dans la révolution que les papes ont menée, il y a neuf siècles, pour établir l'unité politique et juridique de l'Eglise catholique et affermir son indépendance face à l'empereur, aux rois et aux grands féodaux. De ce bouleversement a surgi l'idée typiquement occidentale d'un système juridique intégré développé consciencieusement sur plusieurs générations, voire tout au long des siècles.

« *La Révolution du droit* est l'une de ces œuvres fortes qui sont d'une constante actualité parce qu'elles aident à comprendre ce que nous sommes et ce que nous devenons. Harold Berman est-il un historien, un théoricien du droit, de la culture ou de la civilisation ?

Dans la Révolution du droit il est assurément l'un et l'autre. En analysant les événements caractéristiques de la révolution papale et du développement du droit canon, puis de la formation des systèmes juridiques séculiers, féodal, seigneurial, marchand, urbain et royal, il brosse le tableau historique de corps de droit dont il dégage l'esprit et les particularités. La puissance de la synthèse est digne des plus grands historiens ; Berman a su maîtriser des données éparées pour faire la part des constantes provisoires et des variations permanentes. »

Extrait de la préface de Christian Atias.

ISBN 2-903449-66-X



9 782903 449667

Librairie de l'Université
d'Aix-en Provence
12, rue Nazareth
13100 Aix en Provence
www.aix-provence.com