

Une histoire juridique de l'Occident, Soazick Kerneis (dir.)

Baudouin Dupret

▶ **To cite this version:**

Baudouin Dupret. Une histoire juridique de l'Occident, Soazick Kerneis (dir.). Droit et Société : Revue internationale de théorie du droit et de sociologie juridique, 2019. hal-02122234

HAL Id: hal-02122234
https://hal.science/hal-02122234

Submitted on 7 May 2019

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

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

Soazick Kerneis (dir.), Une histoire juridique de l'Occident. Le droit et la coutume (IIIe-IXe siècle), Paris : PUF, 2018, 463 p.

Compte rendu par Baudouin Dupret (Centre d'étude des mouvements sociaux – Institut Marcel Mauss (CEMS–IMM), École des hautes études en sciences sociales, Paris)

Dirigé par Soazick Kerneis, *Une histoire juridique de l'Occident* est un ouvrage d'érudition susceptible de s'adresser à une audience plus large que celle des seuls spécialistes. En huit chapitres d'une cinquantaine de pages chacun, il entreprend de brosser un tableau du droit entre l'Antiquité tardive et le Haut Moyen Âge, c'est-à-dire dans une période de transformations et bouleversements profonds, voire radicaux. N'étant moi-même ni historien, ni spécialiste du droit romain, je ne saurais prétendre à en faire une recension pertinente, sinon peut-être sur une question que l'anthropologue et l'historien du droit ont en partage, à savoir le concept de droit et ses avatars. Dès l'entame du livre, S. Kerneis fait remarquer qu'« il est des mots qui procurent une impression de familiarité [dont] la fabrique (est) plus complexe qu'il n'y paraît » (p.1). Tel est le cas du terme « droit ». Son appartenance à notre patrimoine langagier nous fait souvent perdre de vue les aléas de sa trajectoire historique et les fluctuations de sa charge sémantique. Danger du nominalisme qui nous fait penser qu'en raison d'une identité lexicale, le concept conserve sa signification de manière atemporelle. Danger aussi de l'ethnocentrisme, qui nous amène à ne penser le concept qu'au travers des catégories de notre temps, celles de l'État-nation dans le cas qui nous occupe (p.4). À cela, S. Kerneis suggère le cheminement plus chaotique des voies de traverse. Cela conduit nécessairement à arpenter à nouveau le terrain de la définition du droit : faut-il affirmer, à l'image de Cicéron, qu'à toute société correspond un droit (*ubi societas ibi ius*) ou, à l'inverse, que notre vocabulaire du droit ne vise adéquatement que le phénomène juridique contemporain ? L'ouvrage se saisit de la question en la respécifiant, pour reprendre un terme du jargon ethnométhodologique. Plutôt que de chercher à définir le concept de droit « par le haut », il propose d'« entrer dans le paysage mental » des usagers des normes et des auteurs des sources sur lesquelles l'historien s'appuie (p. 10-11).

Je commencerai par quelques éléments glanés ici et là, au fil des chapitres, qui ont attisé ma curiosité. Ainsi en va-t-il de l'affirmation d'A. Laquerrière-Lacroix, dans son chapitre sur « *ius* et *iustitia* aux IVe et Ve siècles », que le centralisme impérial « ne doit pas masquer la réalité d'un assemblage composite de provinces, de cités et de peuples » (p. 17). Affirmation immédiatement tempérée par le rappel que cet ensemble hétéroclite n'en est pas moins unifié et harmonisé « sous l'égide du Prince ». Ma question est ici de savoir dans quelle mesure l'impression d'homogénéité ou, au contraire, de fragmentation procède de l'approche du droit que l'on a, par ses institutions et ses textes (*law in the books*) ou par ses pratiques les plus ordinaires (*law in action*). Autre chapitre, autre prise de position. Dans sa contribution sur la « *Lex christi*. Réalités et diversité de la conversion chrétienne », A. Mardirossian affirme qu'« aucune société ne peut vivre sans droit » (p. 73). Si l'on entend par ce vocable toute forme d'ordonnancement social, on ne peut qu'opiner. Si, en revanche, le concept s'entend dans son acception positiviste contemporaine, il est plus difficile d'y souscrire, tant il est vrai que, si l'on suit H. Hart, pour qui le droit est fait de l'assemblage de règles primaires (établissant des prescriptions et des interdictions) et secondaires (de reconnaissance, de changement et d'adjudication), la plupart des expériences juridiques de l'histoire témoignent de l'absence de telles règles secondaires. Le chapitre d'A. Jeannin, intitulé « *Vigor actorum* », porte sur « la mise en forme romanisante de la pratique ». Il y pose comme règle épistémologique fondamentale de « laisser aux contemporains le soin d'apporter leur propre

définition » (p. 250). Ici encore, on ne peut qu'abonder, tout en se demandant si cela ne suppose pas une définition sous-jacente d'un concept universel dont la version des « contemporains » serait une variante. On pourrait alors se demander si le terme de « droit » convient bien pour désigner cette pratique habillée, dans sa « recherche d'une autorité et d'une légitimité conférée par le passé » (p. 276), des oripeaux du *ius* romain, tant le contraste semble grand entre ce que vise de nos jours ce concept, tel que le saisit avec justesse la théorie positiviste, et les formes juridiques diverses et fragmentées que la recherche historique nous rapporte (« la quasi-absence de doctrine et de théorisation du droit », p. 250). Enfin, le chapitre de C. Archan, qui s'intéresse à « la diversité juridique dans les îles britanniques », conduit à des questions intéressantes sur la formation de la classe des juristes et, entre autres choses, sur les effets d'une colonisation préalable sur les évolutions des textes et pratiques juridiques.

Trois chapitres forment, sur la question de la coutume, le cœur de l'ouvrage. Dans « *Vox divi* et *vox populi* », S. Kerneis s'interroge sur la pluralité des droits. Convoquant la théorie et l'anthropologie du droit, elle montre de quelle façon le « droit vulgaire » gravite en quelque sorte autour d'un point de référence, le droit impérial en l'espèce. Sa thèse est que la romanisation du droit s'est réalisée de manière pragmatique, par la « pénétration dans les esprits de concepts, d'idées, de façons de penser le politique » (p. 142) dans un double mouvement, d'un côté, de rationalisation et systématisation (« les progrès de la citoyenneté, la municipalisation des provinces, le quadrillage de l'espace par les arpenteurs étaient des éléments d'une révolution de la pensée tournée vers la raison et la systématisation », p. 146), de provincialisation et de distanciation d'avec Rome, de l'autre. Un système pluraliste, en quelque sorte, où l'emprunt est constant mais où dominent en même temps des intérêts qui peuvent amener à revendiquer l'exception. Contrairement au langage du *ius*, qui se veut univoque, celui de la pratique vulgaire est ambigu (p. 162). Dans un tel contexte, la règle est respectée, non en sa qualité de loi édictée officiellement, mais en tant qu'elle est devenue un usage qui l'a établie comme une coutume ancienne (p. 173). Le droit romain vulgaire est ainsi le fruit d'un « processus d'acculturation permettant la combinaison de normes issues d'univers différents » (p. 184). De ces « espaces juridiques différents superposés, interpénétrés et mélangés » (p. 185) émergent des pratiques dont la pluralité ne doit pas masquer leur articulation à un modèle juridique de référence (p. 186). C'est dans cette conclusion que réside, à mes yeux, l'enseignement principal de ce chapitre : la norme juridique ne se réduit pas à son seul énoncé formel, mais doit se comprendre dans la relation indémêlable qui unit l'énoncé à sa pratique.

Dans « *Leges barbarorum* », J.P. Poly étudie le processus de création des lois barbares. Tout comme le droit vulgaire dont il est question précédemment, ces lois sont diverses mais en même temps centrées sur le modèle romain. Leurs modes de formation ont fait l'objet d'une littérature abondante dont le principal souci a souvent consisté à, soit exalter, d'une manière romantique, l'esprit des peuples germaniques dont ces lois étaient le reflet, soit à nier, en les « sur-romanisant » (p. 192), l'origine barbare des sociétés européennes. Ce qui ressort, c'est qu'à un système fondé « *aut de legibus aut de iure* », c'est-à-dire aussi bien des lois que du *ius* romain, succèdent des pratiques juridiques éclatées entre des « petits mondes », des « régions où la parenté et un droit coutumier prédominaient » (p. 247). Loin de n'être que des versions provinciales de la loi romaine, les lois barbares doivent se comprendre dans un rapport, ternaire plutôt que binaire, articulant la loi romaine, faite du code et de sa pratique, la coutume et les édits royaux. L'on retrouve ici le rapport complexe décrit par S. Kerneis entre les pratiques locales et le modèle de référence dont elles ne sont jamais la simple copie. Cela suscite aussi cette réflexion, quelque peu déconnectée, que le propre du concept de droit contemporain, dont ces différentes configurations juridiques semblent se démarquer, réside

peut-être dans son caractère prospectif, c'est-à-dire dans le projet d'un droit réformateur, plutôt que dans la découverte d'une loi qui serait déjà là, à savoir l'affirmation d'un droit conservateur. La ligne de partage se situerait alors au XVIII[e] siècle, dans la controverse opposant Bentham à Blackstone, ce dernier prétendant que la *common law* consiste dans l'identification de normes « déjà là » [1]alors que le premier affirmait que la loi se devait d'être édictée en fonction de son utilité sociale.

J.P. Poly et S. Kerneis unissent leurs forces dans un chapitre consacré spécifiquement à la coutume. En recourant ici aussi à l'anthropologie du droit, pour en critiquer éventuellement les attendus coloniaux, ils brossent un tableau complexe et nuancé d'une notion dont l'évidence apparente dissimule une très grande ambiguïté. Ainsi en va-t-il de l'ambition de Bronisław Malinowski, qui assignait à l'anthropologie d'accomplir « la tâche de traduire les principes du droit coutumier primitif dans les termes de nos institutions administratives modernes » (p. 344). Cet objectif de mise en forme ne servirait-il pas à asseoir la domination du droit colonial ? Ces difficultés inhérentes à la subordination juridique de la coutume ont amené d'autres anthropologues, comme Timothy Snyder, à déplacer la question du droit à celle du conflit. Karl N. Llewellyn et Adamson E. Hoebel soulignent également les insuffisances du concept, dans la mesure où, premièrement, il confond la pratique (les usages établis) et le modèle de conduite (un devoir-être idéal) ; deuxièmement, il se conjugue au singulier alors que c'est la fragmentation qui est de mise ; et, troisièmement, il se présente sous forme de certitude là où prévalent les aléas des comportements humains (p. 345). L'histoire du droit n'est pas en reste. Elle souligne à quel point le droit coutumier est souvent distinct des coutumes d'une population donnée (référence est ainsi faite à Jacob, sur les coutumiers du XIII[e] siècle ; il eut été possible aussi de convoquer A. Watson sur les transplants juridiques). Dans le contexte romain, les auteurs nous montrent que la coutume procédait comme une sorte d'envers du droit : calquant les valeurs et l'emprise du *ius* parce que traduite dans ses mots, la coutume utilisait les mots comme « des signaux à partir desquels se déployait la mémoire des cas » (p. 348). D'où la nécessité de retrouver les mots dans la signification qu'ils pouvaient revêtir pour leurs usagers. La propagation d'un vocabulaire juridique, c'est-à-dire la traduction des normes locales dans les catégories du système normatif dominant, est le propre de toute conquête de type colonial. Derrière ce langage formel, toutefois, se cachaient en réalité une constellation de normativités locales dont les concepts nous sont très étrangers. C'est, dès lors, faire fausse route que d'« exposer le droit coutumier à partir des catégories du *corpus iuris civilis* » (p. 363). Je me demande dans quelle mesure cette remarque ponctuelle ne devrait pas nous servir de gouverne dans l'ensemble des études sur le phénomène normatif en général et juridique en particulier.

Le livre dirigé par S. Kerneis réussit très bien dans l'exercice de mise en lumière de mécanismes susceptibles de se retrouver, *mutatis mutandis*, dans des contextes très différents, culturellement et historiquement. L'attention qu'il porte aux pratiques juridiques permet en outre de poser les questions en termes de rapport au paradigme normatif et à la règle formelle. L'étude des configurations juridiques ne se retrouve plus cantonnée aux seuls textes formels, mais s'étend à ce que les gens concernés font de ces textes, à leurs pratiques juridiques. De telles configurations correspondent de ce fait à l'ensemble des règles invoquées par les justiciables, quelque soit leur provenance (p. 437). Ainsi, sous couvert d'une histoire juridique de l'Occident entre le III[e] et le IX[e] siècles, le lecteur dispose en réalité d'une contribution importante à l'anthropologie juridique en général.

[1] Théorie déclaratoire, voir p. 367