



HAL
open science

P. Grossi, “ Prémises ordonnatrices (L’ordre juridique médiéval) ”, présentation et traduction de D. Fedele

Dante Fedele

► **To cite this version:**

Dante Fedele. P. Grossi, “ Prémises ordonnatrices (L’ordre juridique médiéval) ”, présentation et traduction de D. Fedele. *Clio@Thémis : Revue électronique d’histoire du droit*, 2024, *Clio@Thémis : Revue électronique d’histoire du droit*, 26, 10.4000/11sgn . hal-04612272

HAL Id: hal-04612272

<https://hal.univ-lille.fr/hal-04612272v1>

Submitted on 14 Jun 2024

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.



Distributed under a Creative Commons Attribution - NonCommercial - NoDerivatives 4.0 International License



Clio@Themis

Revue électronique d'histoire du droit

26 | 2024

Hommages à Michael Stolleis et Paolo Grossi

Prémises ordonnatrices (*L'ordre juridique médiéval*)

Paolo Grossi

Traducteur : Dante Fedele



Édition électronique

URL : <https://journals.openedition.org/cliothemis/4912>

DOI : 10.4000/11sgn

ISSN : 2105-0929

Éditeur

Association Clio et Themis

Référence électronique

Paolo Grossi, « Prémises ordonnatrices (*L'ordre juridique médiéval*) », *Clio@Themis* [En ligne], 26 | 2024, mis en ligne le 01 juin 2024, consulté le 11 juin 2024. URL : <http://journals.openedition.org/cliothemis/4912> ; DOI : <https://doi.org/10.4000/11sgn>

Ce document a été généré automatiquement le 11 juin 2024.



Le texte seul est utilisable sous licence CC BY-NC-SA 4.0. Les autres éléments (illustrations, fichiers annexes importés) sont « Tous droits réservés », sauf mention contraire.

Prémises ordonnatrices (*L'ordre juridique médiéval*)

Paolo Grossi

Traduction : Dante Fedele

NOTE DE L'ÉDITEUR

Traduction de Paolo Grossi, *L'ordine giuridico medievale*, 9^e éd., Roma-Bari, Laterza, 2002, chapitre 2, « Premesse ordinative », p. 17-35 © 1995, 2006, Gius. Laterza & Figli All rights reserved. Publié avec l'accord de l'éditeur d'origine.

Le traducteur souhaite remercier Jean-Claude Zancarini (ENS de Lyon) pour sa précieuse relecture d'une version précédente de la traduction.

I. « La dimension radicale et fondatrice de la société ». (Présentation par Dante Fedele)

- ¹ Paru en 1995, *L'ordine giuridico medievale* a fait l'objet de nombreuses éditions – en fait, des réimpressions du texte original, dont la formulation et la pagination sont toujours restées inchangées. À partir de 2006, seule une préface a été ajoutée, avec une pagination autonome, intitulée « Dix ans après (*Dieci anni dopo*) » et comprenant deux brèves notes d'Ovidio Capitani et de Paolo Grossi¹. Au fil des ans, cet ouvrage a été largement utilisé dans les cours d'histoire du droit au sein des facultés de droit en Italie, a suscité un vaste débat dans l'historiographie juridique des deux côtés des Alpes et a été traduit en espagnol et en portugais².
- ² Le chapitre 2 traduit ici, « Prémises ordonnatrices », propose quelques réflexions d'ordre méthodologique qui contribuent à éclairer non seulement l'ouvrage en question, mais plus en général la conception que Paolo Grossi se faisait du droit. Dès les premières lignes, Grossi avoue sa « réticence » à aborder des questions

méthodologiques en tant que telles. De fait, dans les années qui ont suivi la publication de *L'ordine giuridico medievale*, il devait revenir sur certaines d'entre elles – notamment dans la *Prima lezione di diritto* parue en 2003 et traduite en français en 2016³ –, mais les « Prémises » de 1995 restent néanmoins le texte où il les a abordées de manière systématique et détaillée pour la première fois, ce qui en fait tout l'intérêt et justifie qu'elles soient traduites ici séparément du reste de l'ouvrage⁴. Cette note introductive n'est pas le lieu pour une discussion en profondeur de ces questions ; elle vise simplement à fournir quelques éléments susceptibles d'aider le lecteur à situer le chapitre dans le contexte d'où il est extrait⁵.

- 3 *L'ordine giuridico medievale* s'adresse – selon les mots de son auteur – aux étudiants et aux juristes qui ne connaissent guère le droit médiéval. Il ne se veut pas un réservoir de données et d'informations, mais « une tentative de compréhension » d'une « mentalité » ou d'une « expérience » juridique. Ces deux termes de « mentalité » et « expérience » renvoient explicitement, le premier, à la Nouvelle histoire des *Annales* et, le second, aux réflexions du sociologue du droit Georges Gurvitch, du philosophe du droit Giuseppe Capograssi et, parmi les historiens du droit, de Riccardo Orestano⁶. Il s'agit d'outils conceptuels fondant une vision du droit dans laquelle celui-ci ne se réduit pas à « un ensemble de formes contraignant le devenir de la vie sociale » mais « possède une signification proprement ontologique », dans la conviction que le droit « s'enfonce dans les sources les plus profondes d'une civilisation et en exprime les racines et les valeurs ». Cet « univers submergé de valeurs historiques », susceptible de dépasser la multiplicité des faits épars pour en révéler l'unité organique, est précisément le « substrat des mentalités » que Grossi souhaite explorer⁷. La distinction entre les notions de « mentalité » et d'« expérience juridique » n'est pas nettement établie : dans les pages de *L'ordine giuridico medievale* le droit est décrit comme « expérience et mentalité »⁸ et l'expérience juridique elle-même – définie comme « une manière particulière de vivre le droit dans l'histoire, de le percevoir, le conceptualiser et l'appliquer, en relation avec une certaine vision du monde social, avec certains présupposés culturels » – est dite correspondre à une « mentalité » et à une « coutume » engendrées par « des choix fondamentaux de la vie associée »⁹. Au fond, ces deux notions traduisent toutes les deux une hypothèse relative à la sociogenèse du phénomène juridique et renvoient ainsi à son enracinement dans la vie même de la société¹⁰.
- 4 C'est au terrain des mentalités que se réfère le titre de l'ouvrage, *L'ordine giuridico medievale*. Grossi souligne la centralité de la notion d'« ordre » dans l'anthropologie médiévale, en explicitant les racines augustiniennes et thomistes¹¹. La valeur heuristique qu'il attribue à cette notion est manifeste déjà dans les deux épigraphes qui figurent en tête de l'ouvrage. La première, qui reproduit les mots de Béatrice dans le premier chant du Paradis, affirme que « toutes les choses ont ordre entre elles ; et c'est la forme qui fait à Dieu ressembler l'univers. [...] Dans l'ordre que je dis sont inclinées toutes natures »¹². La seconde reporte des mots de Thomas d'Aquin : « ce monde, en effet, est un d'une unité d'ordre, selon que certains êtres sont ordonnés à d'autres. Or tous les êtres qui viennent de Dieu sont ordonnés entre eux et à Dieu »¹³. Selon Grossi, la notion d'« ordre » est à la base d'une des attitudes les plus typiques de la conscience médiévale tout au long de son déroulement historique, à savoir l'attribution à la totalité d'une primauté ontologique sur les parties et, par conséquent, la distinction entre la perfection de la communauté et l'imperfection de l'individu, « créature [...] impensable en dehors de l'ordre naturel et social »¹⁴. C'est dans l'harmonie de cet ordre que la

multiplicité des faits naturels et sociaux trouve son sens ultime : « l'ordre est précisément ce tissu de relations par lequel un amas de créatures hétérogènes est spontanément ramené à l'unité »¹⁵.

- 5 De même, le Moyen Âge juridique se montre aux yeux de Paolo Grossi comme une expérience unitaire et autonome, marquée par forte continuité. Si la notion d'« expérience » évoque un ensemble de « réponses autonomes – historiquement cohérentes – aux questions spécifiques d'organisation et de construction juridiques » que chaque époque pose avec urgence¹⁶, l'expérience médiévale se distingue par ses caractéristiques typiques tant de l'expérience de l'Antiquité romaine que de l'expérience moderne. Pour cette raison Grossi n'hésite pas à rejeter comme anti-historique toute interprétation qui voit dans le droit médiéval un « droit romain modernisé » : il souligne à cet égard que, tout en s'appuyant sur les textes romains (lesquels fournirent le « moment de validité » de la « construction juridique » médiévale), les juristes de *ius commune* développèrent leurs concepts et leurs interprétations sur la base de « l'incandescence des faits économiques et sociaux très nouveaux de la civilisation médiévale » (le « moment d'effectivité » de ladite construction)¹⁷. Pour la même raison, Grossi refuse d'utiliser des termes tels qu'« État », « souveraineté », « loi » et « légalité », qu'il considère comme trop chargés de significations mûries uniquement dans la conscience moderne. Pour lui, la notion d'« État » implique notamment

une certaine manière d'entendre le pouvoir politique et ses tâches ; c'est avant tout un programme, un programme global ou qui, même s'il n'est pas global, tend vers la globalité ; c'est la vocation à faire coïncider l'objet du pouvoir avec la totalité des rapports sociaux, c'est la vocation à devenir un pouvoir accompli. C'est cela qui manque à l'organisme politique médiéval, qui se caractérise en revanche par son inaccomplissement précisément au niveau de la conception de pouvoir, par la raréfaction de ses tâches, par un désintéret marqué pour une large zone du social¹⁸.

Le contraste est très net : alors que la modernité a vu dans l'essor de l'État l'« incarnation historique d'un pouvoir politique parfaitement accompli » et manifestant « une volonté “totalitaire” »¹⁹, le Moyen Âge fut l'époque de l'« inaccomplissement du pouvoir politique » et de sa « relative indifférence à l'égard du droit »²⁰. Au lieu d'« État » et de « souveraineté », Grossi préfère donc parler d'« autonomie », un mot qui n'appartient pas au vocabulaire des juristes médiévaux, mais dont le caractère essentiellement « relatif » lui permet de mettre l'accent sur le réseau de relations multiples dans lequel s'inscrit tout pouvoir médiéval :

L'entité autonome n'apparaît jamais comme quelque chose qui *per se stat*, détaché de tout le reste ; au contraire, elle est pensée comme étant bien insérée au centre d'un tissu dense de relations qui la limite, la conditionne mais lui donne aussi une réalité, parce qu'elle n'est jamais pensée comme solitaire mais plutôt immergée dans la trame de relations avec d'autres autonomies. Le monde politico-juridique est un monde d'ordonnements juridiques parce qu'il est un monde d'autonomies²¹.

- 6 Cela nous amène à évoquer ce qui, avec l'« expérience juridique », est le principal outil conceptuel utilisé pour comprendre le droit médiéval, à savoir la notion d'« ordonnancement juridique (*ordinamento giuridico*) », théorisée par Santi Romano dans son célèbre ouvrage publié pour la première fois en 1918²². Cette notion permet à Paolo Grossi de penser le droit en termes pluralistes, comme une multiplicité d'ordonnements concurrents, et par conséquent de le considérer indépendamment de l'État, « ce dernier n'étant rien d'autre que l'un des mille ordonnancements qui se

sont manifestés au cours de l'histoire humaine »²³. Dans son rejet du monopole étatique de la création du droit, Grossi en vient à penser un « droit sans État » ; il distingue ainsi sa propre position de celle de Francesco Calasso, qui fut « le premier » à reprendre « le message de Romano en le faisant devenir le schéma interprétatif de toute la juridicité médiévale »²⁴. À Calasso, Grossi impute un « étatisme psychologique » qui serait à la base de son « pluralisme inaccompli » : c'est-à-dire que, dans la vision de Calasso, parmi la pluralité des ordonnancements considérés comme pleinement juridiques, un en particulier se distinguerait par sa qualité, un « ordonnancement des ordonnancements », à savoir l'État²⁵. Un jugement sévère, tempéré seulement par la reconnaissance de la dette de l'historiographie juridique envers la « présence [...] incisive et libératrice » de Calasso²⁶ ; mais un jugement qui décrit efficacement la démarche interprétative de Grossi, celle d'un pluralisme intégral qui cherche à décrire « l'ensemble des forces dont le droit est le miroir et la forme accomplie »²⁷. Si le « pouvoir politique » ne constitue qu'une des nombreuses sources du droit – « et même pas la plus importante »²⁸ –, Grossi s'efforce d'illustrer la complexité et la stratification de ces sources dans un contexte où le droit s'affirme d'abord et avant tout comme ordonnancement du social. Sa conviction est que « jamais comme au Moyen Âge le droit n'a représenté et constitué la dimension radicale et fondatrice de la société, un fondement stable qui se détache du caractère chaotique et changeant de la vie quotidienne, c'est-à-dire des événements politiques et sociaux de chaque jour »²⁹. Issue du terrain de l'analyse historique, cette considération est révélatrice de la manière dont Grossi conçoit le droit dans sa dimension méta-historique, c'est-à-dire relative à ce qui persiste dans la succession des faits historiques et qui a la capacité de les expliquer. C'est pourquoi, en présentant les prémises de sa « tentative de compréhension » de l'expérience juridique médiévale, le chapitre traduit ici nous restitue en même temps les traits saillants de sa pensée sur la nature et la vie du droit.

- 7 Un dernier mot doit être consacré à la nature de cette traduction. Le style de Paolo Grossi est très personnel, recherché et riche en métaphores, ce qui n'est pas courant dans la production académique. Tout effort a été fait ici pour garder à la fois la lettre et l'esprit de cette prose et pour les transmettre au lecteur français, même au prix de quelques lourdeurs mais – on l'espère – sans trop sacrifier la lisibilité du texte. Les capitales utilisées par l'auteur ont été conservées, tout comme la distinction entre les guillemets-apostrophes utilisés pour souligner la référence à un concept ou son usage particulier (remplacés ici par des guillemets-apostrophes doubles) et les guillemets-apostrophes doubles utilisés pour les citations (remplacés ici par des guillemets en chevrons doubles). Les références chronologiques présentes dans l'édition originale de 1995, n'ayant pas fait l'objet d'une mise à jour lors des éditions suivantes, ont été gardées telles quelles et doivent donc être lues en relation à cette année-là. Les quelques références ajoutées dans les notes en bas de page sont signalées par le sigle « N.d.T. ».

II. Prémises ordonnatrices (traduction de Dante Fedele)

A. Une précision nécessaire

- 8 L'auteur de ce livre a toujours été, est et sera probablement toujours réticent à parler de problèmes méthodologiques de manière autonome ; très respectueux de ceux qui en ont la capacité, il se sent totalement incapable de le faire.
- 9 Ces "prémises ordonnatrices" ne contredisent pas une telle attitude. En effet, si l'auteur a décidé de s'attarder sur quelques "prémises" théoriques, et sur les lignes architecturales générales à l'intérieur desquelles le Moyen Âge juridique sera observé et – nous l'espérons – compris, il l'a fait uniquement en considération des lecteurs auxquels il souhaite adresser cet ouvrage : qui ne sont – comme on l'a dit *in limine*³⁰ – ni des historiens du droit, ni des juristes cultivés, mais des étudiants d'une Faculté juridique, ou des juristes et des historiens qui connaissent peu ou pas du tout le droit médiéval. Pour tous ces lecteurs idéaux, certains éclaircissements non seulement ne semblent pas superflus, mais s'avèrent nécessaires et opportuns pour éviter les équivoques et les malentendus.
- 10 Les pages qui suivent constituent en quelque sorte une "mise au point" pour le lecteur, en lui fournissant quelques outils de lecture. Le tout est abordé sans arrogance ni prétention théorique excessive, avec un discours très simple dont nous sommes les premiers à reconnaître le caractère élémentaire : un peu de pain sec – comme on dit en Toscane – pour un lecteur à jeun.
- 11 Après quelques réflexions sur l'historicité du droit, un thème trop souvent ignoré ou écarté à dessein, nous commencerons à poser les prémises les plus proprement ordonnatrices en proposant les notions d'expérience juridique et d'ordonnement juridique comme des schémas systématisant et des outils adéquats pour comprendre le droit médiéval.

B. Historicité du droit

- 12 Il ne fait aucun doute que le droit apparaît aujourd'hui au non-juriste – ou au juriste peu averti – dans une dimension éminemment "autoritaire", c'est-à-dire comme un instrument de l'autorité de l'État qui s'exprime dans les manifestations normales de la loi, de l'acte administratif et de la décision de justice ; toutes manifestations qui marquent une supériorité et un détachement entre l'organe producteur et la communauté des destinataires.
- 13 De même, il ne fait aucun doute que ce produit typique du constitutionnalisme moderne que nous appelons habituellement l'"État de droit" – dont nous sommes les héritiers et au milieu duquel, pour bonne part, nous vivons encore – avec ses architectures formelles, sa sélection et sa séparation rigoureuses du juridique et du méta-juridique, son identification substantielle du droit avec la loi en tant que manifestation formelle de la souveraineté, renforce une image du droit comme quelque chose de séparé, ou de facilement séparable, du devenir social et culturel.
- 14 Dans cette vision, qui tend à relier "naturellement" la production du droit aux organes de l'État et à faire du droit une réalité éminemment "formelle", le phénomène juridique

est immobilisé et subit même un processus inéluctable de sclérose. La loi, qui est par nature une règle générale abstraite et rigide, s'y impose comme la source par excellence, tandis que l'ordonnement juridique assume un caractère purement législatif.

- 15 Ceci est le fruit non seulement d'une idéologie juridique précise, qui s'est consolidée au cours des deux cents dernières années, mais aussi des exigences tout aussi précises d'une circulation économique-juridique capillaire et débordante ; en d'autres termes, c'est un aboutissement inévitable du monde juridique moderne, que personne n'a l'intention de contester, mais dont les implications négatives doivent être soulignées.
- 16 En effet, bien qu'en termes théoriques ce que l'on appelle l'étatisme juridique semble avoir été définitivement dépassé par la réflexion doctrinale la plus vigilante des quarante-dix dernières années au moins, une conception rudimentaire continue à circuler dans la société en général, et aussi parmi les opérateurs du droit, qui réduit le droit à un ensemble de commandements et le producteur du droit surtout à l'autorité dotée de pouvoirs efficaces de coercition.
- 17 Il s'agit d'une conception réductrice du phénomène juridique, qui risque ainsi de subir une séparation odieuse et artificielle de l'ensemble de la réalité sociale dont il est issu et dans laquelle il vit. Le grand risque d'une telle identification est avant tout de ne pas percevoir suffisamment que l'essence du droit est son historicité, c'est-à-dire le fait qu'il consiste dans une dimension même de la vie associée, expression naturelle et inséparable de la communauté qui, en produisant du droit, vit son histoire dans toute sa plénitude.
- 18 S'il est vrai que le droit trouve aujourd'hui "normalement" ses producteurs habituels dans le législateur et l'administration publique, il est vrai aussi (et c'est un acquis désormais incontesté) que la production du droit est le privilège existentiel de tout groupement social qui entend vivre pleinement sa liberté dans l'histoire : de la structure majestueuse et monstrueuse de l'État à celle d'une communauté ténue dans l'espace et dans le temps, il y a le miracle de cette spécificité sociale qu'est le droit chaque fois que la *societas* s'organise en s'auto-ordonnant et unit au fait matériel de l'organisation la conscience diffuse de la valeur première et autonome de l'ordonnement créé.
- 19 Le droit n'est donc pas seulement le produit de la macro-entité étatique, mais aussi d'un faisceau illimité et illimitable de structures sociales au sein desquelles peuvent trouver place, sous certaines conditions, tant la communauté internationale qu'une confession religieuse, tant la famille qu'une association considérée comme criminelle, ainsi que les groupements les plus divers dits privés³¹. Selon un exemple paradoxal mais concret, même la file d'attente devant un bureau public – la communauté la plus ténue et la plus fragile que l'on puisse imaginer – peut devenir un ordonnement juridique primaire concurrent de l'État dès qu'elle s'organise d'une certaine manière et que circule en son sein la conscience que cette organisation est une valeur à préserver et à suivre³².
- 20 Retrouver une vision du droit comme ordonnement de chaque groupe social, affirmer que chacun d'entre eux peut être – et est souvent en réalité – un ordonnement juridique primaire, a donc une double signification : ramener le droit à la nature elle-même du corps social et identifier le droit comme la forme vitale de ce corps dans l'histoire.

- 21 La vision du phénomène juridique telle qu'elle nous apparaît aujourd'hui dans le contexte de ce qu'on appelle l'État de droit moderne est unilatérale et réductrice, inspirée, malgré les présupposés économiques et politiques de marque libérale, par l'absolutisme juridique le plus rigoureux³³. Le monisme rigide au niveau des sources, la hiérarchie des sources entendue comme son émanation conséquente et cohérente, le principe de stricte légalité et la certitude du droit sont des conceptions et des institutions qui peuvent bien représenter le mérite historique de l'État de droit en tant que système de garanties pour le citoyen abstrait, mais ils révèlent une construction de l'ordonnement qui tombe d'en haut sur le tissu de l'expérience, qui tend à se formaliser et à se cristalliser, ainsi qu'inévitablement à se séparer du devenir incessant de la société, avec le risque de s'identifier au message des ceux qui détiennent le pouvoir.
- 22 L'historien, qui se souvient et est conscient de la variété des expériences passées, a le droit et le devoir sacro-saints de rappeler à tout juriste qu'un tel aménagement, même s'il nous entoure et peut donc paraître naturel et immuable, n'est que le fruit d'une manière très récente et très particulière de concevoir le droit, et qu'il n'est pas permis de le figer dans une sorte de modèle. L'histoire en revanche, surtout la moins récente, nous propose des exemples d'organisation juridique établie sous le signe de la pluralité des ordonnancements la plus large et la plus rigoureuse, avec une restitution de la production juridique à la pluralité des forces de l'expérience et avec le résultat d'une construction du droit peut-être incertaine, peut-être débordante, peut-être informe, mais extraordinairement adaptée aux instances réelles de ces forces, avec un mécanisme de sources qui ne se réduit pas à la seule législation, mais s'ouvre à une articulation de la jurisprudence, de la doctrine et, surtout, de la coutume.
- 23 L'historien, tirant les conséquences de ses certitudes professionnelles, ne peut que rejoindre la réflexion philosophique – qui a rompu le lien nécessaire entre le droit et l'État – pour réclamer la restitution du droit à la nature même de la société civile, dimension incontournable de la socialité et fruit spontané de la communauté qui s'ordonne par elle-même. Plus que la rigidité, plus que l'enfermement dans des propositions normatives générales, c'est l'historicité qui apparaît comme le trait saillant du phénomène juridique. En d'autres termes, le droit appartient au relatif de l'histoire, à la vie même de la société civile dans son devenir ; bref, du fait de sa structure intime, c'est un matériau qui, au plus haut degré, peut et doit être observé, perçu et évalué historiquement.
- 24 Après avoir établi et affirmé avec décision cet axiome méthodique – élémentaire, mais trop souvent oublié –, il convient d'y apporter un complément nécessaire. S'il est vrai que le droit est histoire, mutabilité, extrême relativité dans le temps et dans l'espace, il est vrai aussi que le droit est la traduction de certains schémas d'organisation de l'indistinct social au terrain plus spécifique des valeurs, et, en tant que perception des valeurs, il ne peut manquer d'être traversé par une tension à se consolider, à jeter des racines souvent profondes, à devenir également un schéma logique, un système. La valeur – bien qu'elle soit l'expression de la variété et de la variabilité historiques – tend, précisément à cause de ce minimum de certitude qu'elle doit contenir en elle-même, à se fixer, à se séparer de ce qui est variable, à se pérenniser.
- 25 Et le droit, produit historique marqué par une historicité intime, souffre par vocation d'une lacération intrinsèque. Il est certes l'histoire d'un groupement social, jamais pourtant une histoire épisodique, tissée de données éphémères et de faits quotidiens,

mais plutôt l'histoire de structures profondes où plongent toujours les racines d'une société. Aussi bien lorsqu'il représente la traduction en règles et en institutions d'une lecture dépassionnée, c'est-à-dire cognitive, du monde environnant, que lorsqu'il réalise la conquête d'intérêts particuliers, on constate que règle et institution tendent à persister est à se fixer.

- 26 L'univers juridique, traversé par une intime contradiction, trouve idéalement sa place entre l'historicité et le système. C'est là le privilège et le drame du juriste, médiateur entre l'histoire et les valeurs, nécessairement pris dans une double disponibilité conformément à la complexité de son objet de connaissance.
- 27 Historicité donc, mais singulière, des contenus du droit, qui exige du juriste une analyse complexe afin d'identifier correctement son propre matériau d'investigation ; mais historicité encore lorsque l'émergence impérieuse des valeurs amène légitimement à la structuration d'une architecture logique, d'un système de concepts, d'une "théorie générale", d'un ensemble de notions techniques.
- 28 Il appartient au juriste, d'une part, de ne pas se moquer de la positivité d'une grammaire logique et technique qui lui est extrêmement précieuse en tant qu'instrument de connaissance admirablement approprié, et, d'autre part, de ne pas oublier que cette grammaire, avant même d'être écrite dans les pages des Codes, est écrite dans la chair des hommes, et qu'elle est donc nécessairement le signe des temps et des lieux, la voix d'une société et d'une culture, le filtre d'une expérience vivante.

C. Histoire du droit comme histoire d'expériences juridiques

- 29 Affirmer, comme nous l'avons fait, que le caractère essentiel du droit est son historicité signifie seulement dégager la voie d'un premier enchevêtrement d'équivoques et donner à notre itinéraire un axiome méthodique important : à savoir, que le droit, malgré ce que pourrait croire un observateur grossier, est un "matériau" social et culturel extraordinairement apte à être observé et évalué historiquement. En l'examinant historiquement, non seulement on ne lui fait pas offense mais on se munit de lunettes appropriées pour saisir et mettre en valeur sa trame essentielle.
- 30 Il convient d'ajouter quelques précisions sur la manière dont nous ajusterons ces lunettes à nos yeux, avec quels outils méthodiques nous organiserons notre discours historico-juridique, étant donné que l'historien du droit devrait se garder de s'identifier à un catalogueur de dates et de données, au risque de collectionner les bric-à-brac de la pseudo-histoire. Mais un flot de dates et de données est ce qui apparaît à première vue dans les presque mille ans d'histoire humaine que nous nous apprêtons à étudier, et c'est un amas complexe et envahissant qui tend à submerger le chercheur. La condition de la survie, mais surtout la garantie d'une compréhension effective du réseau essentiel de forces qui le sous-tend, est d'organiser notre aventure de connaissance de manière ferme et claire.
- 31 Un outil adéquat pour comprendre et ordonner correctement l'énorme matériau que nous avons devant nous nous semble être le schéma de l'« expérience juridique » en tant que schéma interprétatif capable d'ordonner et d'unifier le devenir historico-juridique.
- 32 "Expérience juridique" : une telle combinaison de nom et d'adjectif n'est pas accidentelle. Il s'agit plutôt, comme on le sait, d'une locution élaborée et proposée, dans

les années 1930, dans le domaine de la philosophie juridique italienne et française³⁴, avec l'intention de souligner – à une époque où l'idéalisme était dominant – l'humanité inéluctable du droit, son implication continue dans la vie. "Expérience juridique" signifie en effet une manière particulière de vivre le droit dans l'histoire, de le percevoir, le conceptualiser et l'appliquer, en relation avec une certaine vision du monde social, avec certains présupposés culturels. Il s'agit donc d'un ensemble de choix particuliers et de solutions particulières aux problèmes majeurs que pose la réalisation du droit selon les différents contextes historiques.

- 33 Cette notion représente nécessairement quelque chose de beaucoup plus large et de qualitativement différent de tel ou tel régime positif, de telle ou telle projection politique, mais elle correspond plutôt à une aire culturelle, à une mentalité, à une coutume telle qu'elles sont engendrées par des choix fondamentaux de la vie associée. Ainsi, nous aurons une expérience juridique distincte là où les grandes questions des communautés qui se succèdent dans l'histoire reçoivent une réponse spécifique et autonome au niveau du droit ; ainsi, le devenir historico-juridique peut être réduit à un enchaînement d'autant d'expériences juridiques qu'il y a de moments historico-juridiques relativement autonomes que le chercheur identifie et enregistre.
- 34 C'est un terrain dont on ne peut manquer de souligner l'extrême élasticité, défini non par des frontières nettes et clairement visibles, mais par des signes complexes et susceptibles d'être interprétés diversement par une multiplicité d'interprètes. Mais c'est aussi la seule manière correcte de tenter de maîtriser de façon non arbitraire un ensemble aussi touffu de données et de les ramener à une unité qui ne soit pas fictive ou purement formelle.
- 35 Sur le plan historique, il nous semble que nous pouvons parler d'une "expérience juridique médiévale" et d'une "expérience juridique moderne". Sur le plan positif, il est correct d'identifier une expérience juridique de *common law* (en référence aux pays anglo-saxons), une de *civil law* (en référence aux pays de l'Europe continentale, mais aussi de l'Amérique latine, qui ont tous un système juridique codifié) et, dans certaines limites, du moins jusqu'à hier, également une expérience juridique de la *koinè* des pays socialistes ; alors qu'il serait sans aucun doute indu de parler, sauf dans un sens générique, d'une expérience juridique italienne, française ou allemande, toutes expressions – malgré des manifestations normatives différenciées – d'une même tradition juridique.
- 36 La vertu du schéma de l'expérience juridique est qu'il ne se présente jamais comme une armure artificielle et contraignante dans laquelle placer de force cette réalité vivante qu'est, par exemple, le droit médiéval. Au contraire, pour ceux qui adoptent cet angle d'observation, le Moyen Âge juridique n'est pas un simple lambeau de temps tracé sur le bureau du savant avec une délimitation artificieuse de commodité, mais c'est précisément le dépassement de toute délimitation de commodité, la tentative d'acquisition de limites historiques mieux fondées.
- 37 Toute datation rigide est artificieuse, mais si, en parlant de l'expérience juridique médiévale, nous considérons comme positivement résolu le problème d'une civilisation qui se construit dans une relative autonomie, d'une coutume qui s'enracine, d'un ensemble de valeurs qui émergent et se consolident, nous ne figeons pas le devenir historique de manière conventionnelle, mais nous en proposons une scansion appropriée.

- 38 Face à cette histoire qui se déroule devant lui comme une série d'expériences juridiques dans le temps, la tâche première de l'historien du droit, dans son effort ordonnateur, est donc – pour utiliser un langage familier aux juristes – une action de fixation des termes, une reconnaissance des limites substantielles entre une expérience juridique et une autre, dans laquelle la ligne de partage est valablement indiquée non pas par des réalités épisodiques mais par des choix fondamentaux de la conscience juridique qui se transforme.
- 39 Ce sera une délimitation nécessairement élastique mais effective. Élastique, parce qu'il serait naïf et inadmissible de croire qu'il est possible de tracer des lignes très nettes et absurdes de démarcation ; il ne faut jamais oublier que toute expérience juridique porte toujours en elle – et nourrit et cultive – les cellules cancéreuses qui, tôt ou tard, la condamneront à mort, et que dans le passage d'une expérience à l'autre il y a un moment, respectivement final et initial, où tout est sous le signe de la fusion et de l'incertitude. C'est pourquoi nous parlions tout à l'heure d'autonomie relative, telle qu'elle peut émerger non pas du vide, mais de la palingénésie de l'ancien.
- 40 Il s'agit cependant d'une délimitation effective, c'est-à-dire qui adhère à des forces historiques précises et ne s'y juxtapose pas. En effet, l'expérience juridique est une notion qui, même au niveau terminologique, renvoie à la vie du droit, au fait que le droit consiste en une dimension de l'existence, au « caractère essentiellement problématique du phénomène juridique »³⁵. En bref, elle est l'instrument par lequel les dates et les données se chargent d'une humanité urgente et deviennent des problèmes pour le juriste.
- 41 Considérer l'expérience juridique comme un schéma interprétatif signifie répudier la facilité insatisfaisante des temps apparents : ses temps sont en effet toujours des temps réels, c'est-à-dire scandés non par des dates souvent inconsistantes dans leur précision purement formelle, mais par des choix intellectuels et opérationnels. Des temps apparents, et donc insatisfaisants, s'avèrent l'année 476 perçue comme l'attestation de l'effondrement d'un édifice politique déjà en ruine, ou l'année 1520 perçue comme l'éclatement d'une réforme religieuse qui mûrissait depuis deux siècles dans la nouvelle réflexion anthropologique occidentale. L'historien recherche des temps plus réels, plus profondément immergés dans la vie et plus intensément significatifs ; des temps dans lesquels – permettez-nous le paradoxe – ce ne sont pas la chronologie et la succession, qui ont du poids, mais certains enracinements profonds dans leur naissance, leur développement et leur mort.
- 42 Ceci est d'autant plus valable pour l'historien du droit, qui moins que tout autre enquêteur du passé se contentera facilement de scissions et de limites formelles. Le juriste ne peut manquer de se tourner vers les temps historiques les plus profonds, vers les racines d'une société et d'une civilisation où s'implante le droit. Disons-le encore une fois haut et fort, pour éviter au lecteur distrait d'éventuels équivoques : pour qu'un fait devienne du droit, il doit s'enraciner dans ce niveau fondateur du devenir historique que sont les temps profonds de l'histoire (et précisons que, par droit, nous n'entendons pas ici la loi arbitraire ou occasionnelle, mais l'ensemble des valeurs qu'une société croit devoir observer).
- 43 C'est pourquoi l'historien du droit, grâce à la félicité de son regard *sub specie iuris*, n'aura jamais – ou ne devrait jamais avoir – pour tâche première l'histoire d'épisodes, de dates, de faits quotidiens, mais plutôt de structures, de constructions théoriques, de réalisations durables. C'est pourquoi, tout au long de cet ouvrage – comme nous l'avons

dit au début³⁶ – nous parlerons très peu de dates et nous ne nous soucierons pas d'informer le lecteur en détail. Ce qui importe, c'est la physionomie typique de l'expérience juridique que nous avons prise comme objet d'étude, ce sont les traits essentiels et indubitables qu'elle présente. Tout le reste n'est pas illégitime, il est même louable, mais il vient plus tard, du moins dans un livre introductif comme le nôtre.

- 44 L'histoire juridique occidentale nous apparaîtra ainsi comme une succession d'expériences juridiques, de réponses autonomes – historiquement cohérentes – aux questions spécifiques d'organisation et de construction juridiques que les temps posent avec urgence. Des expériences élastiques, à facettes, complexes, avec une variété de voix et d'aspects, mais toutes soutenues par une circulation unitaire qui permet et légitime une tentative de compréhension unitaire.
- 45 En prenant pour acquis ce qui en revanche sera le difficile *thema demonstrandum* de nos pages, nous tenons à préciser au préalable, comme nous l'avons évoqué plus haut³⁷, que notre itinéraire se déroulera dans les limites de l'expérience juridique médiévale en tant qu'expérience autonome et distincte des expériences romaine et moderne.
- 46 Ce sont des références historiques qui n'ont pas de valeur absolue, au contraire, elles ont une valeur toute relative et peuvent sembler trop larges. Nous sommes conscients d'être confrontés à des expériences extrêmement complexes et variées, mais nous sommes également conscients d'être confrontés à des noyaux problématiques dont chacun est fondé sur une anthropologie autonome et unitaire, avec un arrière-plan structurel et culturel doté de particularités propres à l'une ou à l'autre, avec une vision du droit qui en découle, absolument singulière et autonome chez l'une et chez l'autre.
- 47 Le droit médiéval n'est pas seulement le droit appliqué du v^e au xv^e siècle après J.-C. ; c'est un ensemble de choix propres à cet *unicum* historique qu'est la civilisation juridique médiévale et qui, en tant que manière non fongible de sentir et de vivre le droit, constitue l'expérience juridique médiévale, avec une ossature d'appui unitaire sous ses manifestations les plus variées. Une ossature d'appui, une réalité solide, même si elle parfois n'est pas immédiatement visible ; certainement pas une abstraction³⁸.

D. L'expérience juridique médiévale et sa constitution unitaire

- 48 Le vaste déploiement d'une nouvelle mentalité juridique, incarnée par un ensemble harmonieux de comportements, de règles et de réflexions, avec sa propre physionomie intensément typique, engage l'Europe occidentale pendant près d'un millénaire : du v^e siècle après J.-C., lorsque, sur les ruines de l'ancien, le nouveau émerge avec une virulence extraordinaire, au *Trecento* et au *Quattrocento*, débordants d'idéalités étrangères à la culture du passé et marqués par des fissures qui, en s'élargissant de plus en plus, permettent au "moderne" de s'enraciner et de s'implanter.
- 49 Tel est précisément l'espace de l'expérience juridique médiévale. Le but de ce livre est d'en esquisser les traits, et nous n'avons pas l'intention d'anticiper ici de manière inopportune quoi que ce soit ; ici nous souhaitons plutôt, pour éviter des malentendus faciles, souligner sa parfaite cohérence.
- 50 Certains diront qu'il s'agit là d'une précision pléonastique : si le Moyen Âge juridique incarne ce mode autonome et singulier que nous appelons "expérience juridique", celle-ci ne peut que se caractériser par une cohérence substantielle. Cette insistance est cependant justifiée au regard des découpages auxquels la période médiévale est

souvent soumise, et parfois de façon très nette. Il est courant de la diviser en “haut” et “bas” Moyen Âge, avec une scansion qui n’est pas incorrecte (nous l’avons utilisée nous-mêmes dans le passé et pourrons encore nous y référer à l’occasion), mais qui présente deux risques sérieux qu’il nous semble bon d’éviter aujourd’hui. C’est pourquoi nous ne l’adopterons pas, du moins dans l’articulation essentielle de cet ouvrage.

- 51 Le premier risque est la confusion qui peut surgir dès que l’on s’éloigne du milieu historiographique italien : alors que pour nous il est naturel de fixer la ligne de partage entre le haut et le bas Moyen Âge vers la fin du XI^e siècle, les choses se compliquent considérablement dans les pays transalpins. Notre découpage paraît déroutant à un chercheur allemand, habitué à parler d’un *Hochmittelalter* jusqu’au milieu du XIII^e siècle, ou à un historien de la France, où diverses propositions ont été avancées³⁹.
- 52 Le second risque, plus grand encore, est qu’un tel découpage peut produire l’idée aberrante selon laquelle ces deux moments seraient à tel point autonomes qu’ils pourraient être séparés et analysés isolément. Nous préférons parler de “fondation” et de “construction”, en réaffirmant ainsi le caractère unitaire de l’édifice historique et en soulignant surtout son indivisibilité⁴⁰. Nous sommes convaincus de cette cohérence, tout comme nous sommes convaincus que le développement ultérieur est potentiellement déjà contenu dans celui qui l’a précédé, et qu’il existe une continuité profonde, intime et essentielle entre ces deux moments d’une même expérience.
- 53 Je ne parlerais pas non plus d’une époque qui préparerait l’autre. Les deux époques sont engagées dans la même construction, avec des matériaux certes différents, mais destinés à la même finalité constructive. Même si la première époque doit être considérée avant tout comme l’atelier de la praxis et la seconde comme un laboratoire sapientiel ; même si la première a une physionomie totalement agro-forestière et est l’époque de la colonisation et de la reconquête de la terre, tandis que la seconde sera bientôt aussi une époque de villes et de commerces ; même si ces considérations irréfutables précisent la nécessité de marquer les différents plans d’action et les différents outils adoptés, tout cela ne doit pas nous empêcher de saisir le fruit historique le plus massif, à savoir la construction d’une expérience unitaire.
- 54 Il convient de faire une dernière remarque : c’est sur la base de ces scrupules que nous éviterons, dans ce livre, une autre référence courante, celle qui identifie le moment de grande floraison intellectuelle qui s’ouvre vers la fin du XI^e siècle comme une “renaissance juridique”. Un grand historien italien du droit, Francesco Calasso⁴¹, en parla avec conviction, nous l’avons nous-mêmes adoptée dans notre ancien “cours” sur les situations réelles⁴², et nous la voyons récemment reproposée dans le titre d’un produit didactique tout à fait méritoire⁴³. Le scrupule ici consiste notamment à tenter d’éviter le risque d’une séparation qualitative trop marquée entre les deux époques, avant ou après le XI^e siècle ; autrement dit, le risque d’une évaluation manichéenne qui, en proposant une lecture trop intellectualisée de l’histoire du droit, relègue inévitablement et implicitement la période précédente au rang des siècles obscurs. Nous étions déjà bien conscients de ce risque en 1968, lorsque nous avons rédigé notre “cours” susmentionné, et nous nous sommes alors efforcés de préciser que l’adoption de ce schéma interprétatif équivoque ne présupposait aucun préjugé sur la qualité différente des époques historiques, puisque par “renaissance juridique” nous entendions simplement un moment de circulation sociale, économique et culturelle plus intense⁴⁴. Dans le cas présent, nous avons opté pour un choix plus clair, dans le

seul but d'épargner au lecteur – qui est presque dépourvu de connaissances historico-juridiques – d'éventuels équivoques.

E. Le Moyen Âge : une expérience juridique pour de multiples ordonnancements juridiques

- 55 Donc, le Moyen Âge juridique comme une expérience juridique, comme une expérience juridique unitaire, très compacte dans son unité.
- 56 Cependant, l'expérience juridique est une orientation et une attitude générale qui devient, pour ainsi dire, le climat général d'une civilisation historique donnée. Liée à la vie de cette civilisation dans le temps et dans l'espace, elle exprime avec vivacité les forces historiques – matérielles et spirituelles – qui circulent en son sein et les traduit en choix de vie juridique. Il s'agit donc d'un ensemble de tendances fondamentales, presque d'une grande *koinè* anthropologique, qui, pour se réaliser, a besoin d'un prisme qui la précise et la concrétise, qui traduise les attitudes et les orientations de l'action juridique en schémas de vie efficaces.
- 57 Cet instrument de spécification et de concrétisation est précisément l'ordonnement juridique, ou, pour mieux dire, les ordonnancements juridiques multiples et nombreux à travers lesquels l'expérience s'exprime : des organisations de l'action juridique générique, qui permettent de la traduire dans la discipline de la vie quotidienne. Alors que l'expérience juridique est traversée et façonnée par des principes, des idéalités, des valeurs, des tendances, l'ordonnement est constitué de schémas capables d'ordonner la réalité en vertu de sa spécificité propre.
- 58 Comme nous l'avons déjà dit, l'historien du droit n'hésite pas à adopter l'hypothèse théorique de Santi Romano, qui révèle sa fécondité également sur le plan juridico-historique. Si jusqu'à présent notre référence a été générique, parce qu'il s'agissait de faire remarquer l'historicité du droit, maintenant le discours peut et doit s'attacher à vérifier la proposition méthodologique de Romano dans le tissu de la civilisation médiévale.
- 59 Commençons par nous demander quels ont été les résultats libérateurs de cette proposition ; nous y avons déjà fait allusion, mais il convient d'y insister et de les préciser. Le droit, en tant qu'« organisation, structure, attitude de la société même dans laquelle il est en vigueur et qui par lui s'érige en unité »⁴⁵, était, par essence, dégagé du pouvoir politique et de sa projection historique la plus encombrante, l'État ; le droit pouvait, dans cette image, se passer du pouvoir et de l'État ; l'hypothèse suggestive d'un droit sans État émergeait, ce dernier n'étant rien d'autre que l'un des mille ordonnancements qui se sont manifestés au cours de l'histoire humaine. En termes positifs, le droit était relié à la société, dont il devenait non pas une contrainte, mais une dimension vitale ; entièrement restitué au social, le droit lui-même retrouvait un caractère ontique plus profond, devenait inhérent aux fondements les plus intimes du social et y acquérait inévitablement une primauté incontestable ; en effet, il était pour le social une garantie fondamentale de cohésion et d'unité.
- 60 La société était saisie par Romano comme naturellement juridique, elle était conçue juridiquement, elle était avant tout juridique. Or, ce cadre théorique semble élaboré précisément pour s'adapter à un corps historique tel que le médiéval, et il est significatif que plus d'une fois Romano lui-même s'y soit explicitement référé comme à

un champ de vérification approprié. En effet, la société médiévale est une société sans État, dans laquelle, en raison de la permanence de ce vide politique, le droit voit son rôle rehaussé, il est placé au centre du social, il représente la constitution durable en deçà (et à l'abri) du caractère épisodique de la politique au jour le jour. Ce sera la planète moderne, malgré les grandes feuilles de vigne que constituent le jusnaturalisme des XVII^e et XVIII^e siècles et la codification du XIX^e siècle, qui appauvrira le droit, le liera et le conditionnera au pouvoir, en fera un *instrumentum regni*, l'éloignant ainsi du social.

- 61 C'est ainsi qu'il faut aborder le droit médiéval : comme une grande expérience juridique qui nourrit en son sein une infinité d'ordonnements, où le droit – avant d'être norme et commandement – est ordre, ordre du social, mouvement spontané, c'est-à-dire né d'en bas, d'une civilisation qui se protège de l'agitation de l'incandescence quotidienne, en construisant ces autonomies, véritables niches protectrices pour les individus et les groupes. La société est pétrie de droit et survit parce qu'elle est elle-même, d'abord et avant tout, du droit, parce qu'elle s'articule dans des ordonnements juridiques.
- 62 La théorie de Romano peut donc se poser comme un outil adéquat pour identifier la réalité typique du droit médiéval : il n'y a pas de déformations de cette réalité, l'opération culturelle est facile à comprendre grâce à un schéma théorique approprié. À une condition, cependant : que l'historien du droit, en dialogue avec les voix provenant de la planète médiévale, soit effectivement à l'écoute, avec une disponibilité totale à enregistrer leur timbre authentique. En effet, le danger est qu'il manipule l'hypothèse de Romano en restant intérieurement soumis à l'étatisme qui circule dans ses veines, et que l'opération méthodologiquement libératrice se réduise à l'habituelle transposition forcée de modèles anti-historiques.
- 63 Nous nous expliquons mieux : l'hypothèse de Romano a connu un succès formel – un grand succès – dans la culture juridique du XX^e siècle, comme en témoigne le nombre incalculable de citations et d'approbations. Sur un plan plus substantiel, pour autant, on ne peut manquer de constater qu'elle a été abordée sans un esprit culturellement purifié, sans la purification intérieure absolue que, dans une culture juridique encore fermement et obstinément étatiste, elle exigeait et exige pour porter pleinement ses fruits.
- 64 La disponibilité des juristes a été entachée de réserves qui ont souvent pris naissance sur le terrain même de l'inconscient. En effet, le principe de la pluralité des ordonnements juridiques a été accepté, avec la libération de la présence nécessaire de l'État pour la production du droit (ce qui est sans aucun doute un premier acquis important), mais on est resté tenacement ancré dans la conviction que, de tous les ordonnements, il y en a un qui est qualitativement différent, le plus juridique, le vraiment juridique, et c'est l'État ; démontrant ainsi la permanence inébranlable d'un étatisme psychologique que l'adhésion à l'hypothèse de Romano laissait scandaleusement (et avec une rare incohérence) intact⁴⁶.
- 65 Le pire est que, de cet étatisme psychologique, témoignent pleinement les mêmes philosophes du droit qui, comme Capograssi et Cesarini Sforza, avaient accueilli avec enthousiasme la proposition de Romano et s'étaient efforcés de la revêtir d'un habit philosophique adéquat⁴⁷ ; voire Santi Romano lui-même, très grand spécialiste du droit public positif, lorsqu'il endosse l'habit du juriste publiciste.

- 66 En témoigne aussi l'historien du droit Francesco Calasso, lui qui a été le premier à reprendre organiquement le message de Romano en le faisant devenir le schéma interprétatif de toute la juridicité médiévale⁴⁸. À notre avis, l'historiographie juridique doit beaucoup à Calasso. Dès les années 1930, sa présence a été incisive et libératrice : faisant sienne la leçon la plus haute de l'idéalisme italien, il a largement contribué à libérer l'histoire du droit des hauts-fonds des histoires locales, où un culte mal compris du concret semblait la coincer, à la replacer sur le plan aéré et fertile de l'histoire de la civilisation, à souligner la place de la science juridique au centre des sources et à concevoir l'histoire du droit aussi comme une histoire de la pensée, à mettre au jour un terrain historique jusqu'alors privilégié par quelques romanistes excentriques et curieux, mais ignoré de tous ceux qui s'occupaient professionnellement de la société médiévale, à savoir le grand mouvement du droit commun. Elle est également une présence libératrice lorsqu'elle éprouve le besoin de repenser le droit médiéval comme une harmonie d'ordonnements juridiques.
- 67 Ce fut un moment unique d'accord – je dirais même de collaboration – entre l'analyse théorique et l'analyse historique, démontrant la fécondité d'une science juridique conçue de manière unitaire, sans divisions artificielles entre "histoire" et "dogme", comme on le disait maladroitement autrefois. Et une bouffée d'air frais fut apporté par la richesse de cette vision reposant sur les notions d'ordonnement et de pluralisme.
- 68 Pour autant, il s'agit malheureusement d'un pluralisme inaccompli : même pour Calasso, parmi la dense pluralité d'ordonnements qu'il se plaisait à considérer comme pleinement juridiques, il en était un qui se distinguait par sa qualité, un ordonnement des ordonnements, comme dirait Capograssi, et c'était l'État. Calasso est convaincu, à la manière d'un homme des Lumières, de la rationalité intime de l'État, et il ne peut imaginer un Moyen Âge sans cette présence forte et bénéfique. Il parle – il veut parler – d'État et de souveraineté, termes qui, pour lui, ne sont pas des mots utilisés au hasard ou trahissant par leur polysémie la volonté du locuteur. L'usage que Calasso fait de ces termes repose toujours sur une conscience lucide, comme lorsqu'il parle d'une « crise de l'État » dans le monde féodal mais rejette une « fin de l'État »⁴⁹, ou lorsqu'examinant ce qui lui semble être la « théorie de la souveraineté » des glossateurs, il nous invite à ne pas rompre « le cours naturel d'une évolution historique qui a eu ses étapes décisives, mais n'a pas connu de fractures »⁵⁰, en remontant à rebours le fil conceptuel continu qui relie l'"État" et la "souveraineté", dont parle aujourd'hui le juriste publiciste, aux manifestations de la réalité politico-juridique médiévale.
- 69 A notre avis, comme on l'a souligné avec justesse⁵¹, il y a une antinomie dans la pensée de Calasso, entièrement dominée par un étatisme psychologique qui l'empêche de se débarrasser d'un fardeau de notions qui sont de lourdes entraves à la compréhension de la société médiévale. Et la pluralité proclamée des ordonnements juridiques est une réalité conditionnée par la présence de l'ordonnement par excellence : Calasso lisait Santi Romano avec des yeux encore malades d'étatisme.
- 70 Déformé par ce positionnement intérieur, le génial historien, qui avait exhumé pour la conscience contemporaine le phénomène central du *ius commune*, le décrivant comme un système "législatif", insistant sur le principe de légalité comme le pivot fondamental du système juridique médiéval et appréhendant substantiellement comme exégétique cette doctrine dont il ressentait la grandeur et l'importance⁵², a fini par ne pas saisir pleinement la nature historico-juridique du phénomène.

- 71 Le témoignage de Calasso, admirable à bien des égards mais plein de contradictions internes, nous renforce dans la conviction que nous avons déjà exprimée au lecteur : l'hypothèse de Romano est un outil apte à nous fournir un cadre théorique capable d'ordonner le complexe univers médiéval, à condition que l'historien-juriste ne continue pas à se laisser dominer par certains modèles qui l'entourent, modèles liés à une idéologie juridique puissante – l'idéologie bourgeoise – et séparés de la *koinè* de la constitution politico-juridique médiévale. À propos de ces modèles – l'État, la souveraineté, le principe de légalité, la hiérarchie des sources – il faut constater que « le cours naturel d'une évolution historique » – pour reprendre les mots de Calasso – est certes divisé en « étapes décisives », mais il est surtout marqué par un sillon, par une césure si profonde qu'il est inutile et néfaste – du moins à notre avis – d'essayer de retrouver des fils de continuité ténus et improbables. Il vaut mieux, en revanche, prendre acte de la « fracture » – j'utilise toujours le lexique de Calasso – et écarter des concepts et des termes qui, pour le moins, ne peuvent que générer des malentendus et donner de l'ambiguïté à l'approche historiographique.
- 72 Dans ce livre, nous ne parlerons jamais d'État ou de souveraineté à propos du Moyen Âge, refusant même de donner à ces deux termes – comme on le fait habituellement, mais inconsciemment – un contenu absolument générique et neutre. Ce faisant, nous souhaitons éliminer toute ambiguïté possible dans notre démarche, et nous en expliquerons les raisons au lecteur dans le chapitre suivant, tout en sachant pertinemment que la plupart des historiens et des historiens du droit ne partage pas une position aussi tranchée. Au contraire, nous entendons rester clairs, certains qu'un choix aussi rigoureux nous permettra de percevoir sans obstacles la spécificité médiévale.
- 73 Donc : une expérience juridique pour des multiples ordonnancements juridiques, une profusion d'autonomies mais pas de souverainetés ou d'États, une expérience dans laquelle la dimension juridique est tellement forte et centrale qu'elle représente l'authentique constitution⁵³ de l'univers médiéval, une dimension ontique qui précède et surplombe la dimension politique.

NOTES

1. V. aussi le regard rétrospectif proposé dans P. Grossi, *Uno storico del diritto alla ricerca di se stesso*, Bologna, Il Mulino, 2008, p. 101-106.

2. Concernant les traductions, v. *El orden jurídico medieval*, trad. esp. par F. Tomás y Valiente et C. Álvarez, Madrid, Marcial Pons, 1996 ; et *A ordem jurídica medieval*, trad. port. par D. Rossato Agostinetti, São Paulo, WMF Martins Fontes, 2014.

3. P. Grossi, *Prima lezione di diritto*, Roma-Bari, Laterza, 2003, trad. fr. par A. Bucelli et N. Maroger, *Première leçon de droit*, Naples, Edizioni scientifiche italiane, 2016.

4. Comme l'a montré P. Cappellini, « Gli "ultimi", Felice Balbo e la fine della modernità. Ipotesi su Paolo Grossi », *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, 52, 2023, p. 279-280, certains passages de ce chapitre, notamment sur la définition d'« expérience juridique » et sur la critique des « temps apparents », ont en réalité été repris « presque littéralement » du polycopié

réalisé par Grossi à destination de ses étudiants florentins à la fin des années 1970 : P. Grossi, *Strumenti interpretativi della esperienza giuridica medievale. Lezioni di Storia del Diritto*, a.u. 1977-1978, que nous n'avons pas pu consulter. Plus en général, G. Cazzetta, « L'attrazione del reale. Storicità del diritto nel pensiero di Paolo Grossi », *Rivista di diritto agrario*, 101/3, 2022, p. 28, note 6 décrit ce polycopié comme « una sorta di primo canovaccio ciclostilato di quello che poi sarà, nel 1995, *L'ordine giuridico medievale* ».

5. Pour une discussion plus approfondie, v. les études recueillies dans *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, 52, 2023 (numéro intitulé « Il diritto come forma dell'esperienza. Per Paolo Grossi »), avec d'autres références. Pour une contextualisation de *L'ordine giuridico medievale* dans l'itinéraire de recherche de Grossi sur le Moyen Âge, v. en particulier la contribution de C. Storti, « Il Medioevo del diritto di Paolo Grossi : un lungo itinerario tra storia e attualità », *ibidem*, p. 299-327.

6. P. Grossi, *L'ordine giuridico medievale*, 9^e éd., Roma-Bari, Laterza, 2002, p. 6 et 23 (pour le dernier passage, voir *infra*, § 32). Grossi est revenu sur sa relation avec la pensée de Capograssi et Orestano dans ses essais « Uno storico del diritto in colloquio con Capograssi », *Rivista internazionale di filosofia del diritto*, 83/1, 2006, p. 13-40, désormais dans *Idem, Nobiltà del diritto. Profili di giuristi*, Milan, Giuffrè, 2008, p. 641-667 et « Testimonianza per un maestro : Riccardo Orestano », *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, 39, 2010, p. 919-926, désormais dans *id.*, *Nobiltà del diritto. Profili di giuristi II*, Milan, Giuffrè, 2014, p. 55-62.

7. P. Grossi, *L'ordine giuridico medievale*, *op. cit.*, p. 5-6.

8. *ibid.*, p. 6.

9. *ibid.*, p. 23 (*infra*, § 33).

10. Si la notion d'expérience juridique est omniprésente dans l'œuvre de Grossi – figurant en 1963 dans la Préface de son ouvrage *Locatio ad longum tempus. Locazione e rapporti reali di godimento nella problematica del diritto comune*, Naples, Morano, 1963, puis dans le titre du « cours » de 1968 (P. Grossi, *Le situazioni reali nell'esperienza giuridica medievale. Corso di storia del diritto*, Padoue, Cedam, 1968) et encore dans la vue d'ensemble proposée dans *L'Europa del diritto*, Rome-Bari, Laterza, 2007 (*L'Europe du droit*, trad. fr. par S. Taussig, Paris, Seuil, 2011), où l'histoire du droit européen du Moyen Âge au xx^e siècle est présentée comme une histoire d'« expériences juridiques » – celle de mentalité, qui apparaît à plusieurs reprises dans *L'ordine giuridico medievale*, est mise en valeur surtout dans deux articles, à savoir « La proprietà e le proprietà nell'officina dello storico » (1985), désormais dans *id.*, *Il dominio e le cose. Percezioni medievali e moderne dei diritti reali*, Milan, Giuffrè, 1992, p. 603-665 (traduit dans le présent dossier par Jean-Louis Halpérin), et « Diritto canonico e cultura giuridica », *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, 32, 2003, p. 373-390, désormais dans P. Grossi, *Scritti canonistici*, éd. C. Fantappiè, Milan, Giuffrè, 2013, p. 229-245, ainsi que dans les propos introductifs au colloque florentin de 1985, *Storia sociale e dimensione giuridica. Strumenti d'indagine e ipotesi di lavoro*, éd. P. Grossi, Milan, Giuffrè, 1986, p. 10 et 15.

11. P. Grossi, *L'ordine giuridico medievale*, *op. cit.*, p. 81-82.

12. Dante, *La Divine Comédie*, trad. fr. et présentation par J. Risset, Paris, Flammarion, 2010, Paradis I.103-105 et 109-110, p. 346.

13. Thomas d'Aquin, *Somme théologique*, trad. fr. par A.-M. Roguet, Paris, Éditions du Cerf, 1984, t. I, I^a, q. 47, art. 3, p. 492.

14. P. Grossi, *L'ordine giuridico medievale*, *op. cit.*, p. 75-80.

15. *ibid.*, p. 81.

16. *ibid.*, p. 26 (*infra*, § 44)

17. *ibid.*, p. 11.

18. *ibid.*, p. 46.

19. *ibid.*, p. 42. L'adjectif « totalitaire » appliqué à l'État ou à la souveraineté revient également *ibid.*, p. 44 (l'État comme « organismo totalitario »), 50 (« scopi "totalitarii" » de l'État) et 226

(absence de « pretese totalitarie » des autonomies médiévales). V. aussi *id.*, « Un diritto senza stato (La nozione di autonomia come fondamento della costituzione giuridica medievale) », *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, 25, 1996, p. 267-284, désormais dans *id.*, *Assolutismo giuridico e diritto privato*, Milan, Giuffrè, 1998, p. 275-292 d'où nous citons, p. 278 (« volontà totalitaria » de l'État) et 288 (souveraineté comme « nozione totalitaria ») (ce texte est traduit dans le présent dossier par Guillaume Calafat) ; *id.*, « Il diritto tra potere e ordinamento » (2005), désormais dans *id.*, *Società, diritto, Stato. Un recupero per il diritto*, Milan, Giuffrè, 2006, p. 167 (l'État comme « potere politico vorace e totalitario ») ; et *id.*, « Su : Norberto Bobbio, La consuetudine come fatto normativo » (2006), désormais dans *id.*, *Nobiltà del diritto. Profili di giuristi II*, *op. cit.*, p. 93 (« ordinamento totalitario e monistico » de l'État dans la modernité).

20. P. Grossi, *L'ordine giuridico medievale*, *op. cit.*, p. 50 et 41 respectivement.

21. *ibid.*, p. 48, où Grossi se réfère à S. Romano, s.v. « Autonomia », *id.*, *Frammenti di un dizionario giuridico*, Milan, Giuffrè, 1953 (nouvelle éd. par M. Croce et M. Goldoni, Macerata, Quodlibet, 2019). V. aussi à ce sujet P. Grossi, « Un diritto senza stato », *art. cit.*

22. S. Romano, *L'ordinamento giuridico*, 2^e éd., Florence, Sansoni, 1946 (L'ordre juridique, trad. fr. par L. François et P. Gothot, Paris, Dalloz, 1975, 2^e éd. 2002) ; l'ouvrage à fait aussi l'objet d'une nouvelle édition par M. Croce, Macerata, Quodlibet, 2018. Paolo Grossi a souligné la portée de la théorie de Romano et il est revenu sur sa rencontre décisive avec *L'ordinamento giuridico* dans « Santi Romano : un messaggio da ripensare nella odierna crisi delle fonti », *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 60/2, 2006, p. 377-395, désormais dans *id.*, *Nobiltà del diritto. Profili di giuristi*, *op. cit.*, p. 669-688, et dans « Dialogo con Paolo Grossi », *Paolo Grossi*, dir. G. Alpa, Rome-Bari, Laterza, 2011, p. 248.

23. P. Grossi, *L'ordine giuridico medievale*, *op. cit.*, p. 30 (*infra*, § 59).

24. *ibid.*, p. 32 (*infra*, § 66), avec référence à F. Calasso, *Gli ordinamenti giuridici del Rinascimento medievale*, Milan, Giuffrè, 1949.

25. P. Grossi, *L'ordine giuridico medievale*, *op. cit.*, p. 33 (*infra*, § 68). Cette critique à Calasso est reprise *ibid.*, p. 228-229 et dans *id.*, « Un diritto senza stato », *art. cit.*, p. 287-289.

26. V. également à ce propos P. Grossi, *Stile fiorentino. Gli studi giuridici nella Firenze italiana, 1859-1950*, Milan, Giuffrè, 1986, p. 95-98, 121-124 et 210-215, et *id.*, *Uno storico del diritto alla ricerca di se stesso*, *op. cit.*, p. 43-49.

27. P. Grossi, *L'ordine giuridico medievale*, *op. cit.*, p. 55.

28. *ibid.*

29. *ibid.*, p. 14.

30. Dans le chapitre 1^{er} de l'ouvrage, « Introduction », p. 5 (N.d.T.).

31. C'est le mérite indubitable d'un des plus grands juristes du xx^e siècle, Santi Romano, d'avoir défini, en 1918, une proposition théorique éminemment pluraliste dans son opuscule à succès *L'ordinamento giuridico*, 2^e éd., Florence, Sansoni, 1946 [nouvelle éd. par M. Croce, Macerata, Quodlibet, 2018 ; *L'ordre juridique*, trad. fr. de l'éd. de 1946 par L. François et P. Gothot, Paris, Dalloz, 1975, 2^e éd. 2002, N.d.T.].

32. L'exemple de la file d'attente, bien que plus nuancé, se trouve chez W. Cesarini Sforza, philosophe du droit à qui l'on doit un livre vivant de théorie générale : *Il diritto dei privati*, Milan, Giuffrè, 1963 (1^{re} éd. 1929), p. 30 [nouvelle éd., avec un essai de M. Spanò, Macerata, Quodlibet, 2018, N.d.T.].

33. Nous avons déjà traité de l'absolutisme juridique il y a plusieurs années et à plusieurs reprises. Pour le lecteur qui souhaite en savoir plus, nous renvoyons notamment, sur le plan historique, à P. Grossi, « Assolutismo giuridico e diritto privato nel secolo XIX », *Rivista di storia del diritto italiano*, 64, 1991, p. 5-17 [désormais dans *id.*, *Assolutismo giuridico e diritto privato*, Milan, Giuffrè, 1998, p. 127-141] ; et, sur le plan théorique, à *id.*, « Epicedio per l'assolutismo giuridico », *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, 17, 1988, p. 517-532 [désormais dans *id.*, *Assolutismo giuridico e diritto privato*, *op. cit.*, p. 13-31, N.d.T.].

34. Le mérite en revient surtout à certains essais du philosophe du droit italien G. Capograssi, *Studi sull'esperienza giuridica* (1932) et *Il problema della scienza del diritto* (1937) et du sociologue du droit français G. Gurvitch, *L'expérience juridique et la philosophie pluraliste du droit* (1935). Parmi les historiens du droit, celui qui a développé l'enseignement de Capograssi avec une cohérence et une lucidité singulières est R. Orestano : v. notamment ses remarques éclairantes dans « Della esperienza giuridica vista da un giurista » (1980), désormais dans *id.*, *Diritto. Incontri e scontri*, Bologne, Il Mulino, 1981, p. 487-562.
35. E. Opocher, s.v. « Esperienza giuridica », *Enciclopedia del diritto*, vol. XV, Milan, Giuffrè, 1966, p. 736 et 744.
36. V. le chapitre 1^{er} de l'ouvrage, « Introduction », p. 5 (N.d.T.).
37. V. *ibid.*, p. 9-12 (N.d.T.).
38. Une fois posé, comme nous l'avons fait, le problème du devenir historico-juridique, on évite le fardeau presque inutile de la soi-disant question de la continuité entre l'Antiquité et le Moyen Âge ; question mal posée comme la survie de telle ou telle institution, et trop souvent identifiée comme un problème de coquilles vides de sens, d'assonances formelles, et non pas de contenu historiquement vivant au cœur d'une civilisation. Pour nous, qui nous intéressons aux valeurs fondamentales d'une civilisation et aux liens symbiotiques des différentes institutions et conceptions avec cette civilisation, et qui sommes enclins à exalter de manière synchronique les liens entre le droit et les structures socio-culturelles dans leur autonomie relative, la question de savoir si la commune médiévale est ou non la continuation de formes d'association romaines ou même préromaines (une question qui a autrefois troublé l'ancienne historiographie) paraît irrecevable.
39. Un exemple : celui du remarquable historien belge François Ganshof, qui propose de parler de « très-haut Moyen Âge » jusqu'au VIII^e siècle et de « haut Moyen Âge » pour l'époque qui va du IX^e au XI^e siècle.
40. La première partie de l'ouvrage, qui porte sur l'époque allant du V^e siècle au XI^e siècle, s'intitule « Fondation d'une expérience juridique. L'atelier de la praxis » ; la seconde, consacrée à l'époque qui s'étend de la fin du XI^e siècle au XV^e siècle, s'intitule « Édification d'une expérience juridique. Le laboratoire sapientiel » (N.d.T.).
41. Dans son *Medioevo del diritto*, Milan, Giuffrè, 1954, qui peut encore aujourd'hui être lu avec profit [réimprimé, avec une postface d'A. Cecchinato, Milan, Adelphi, 2021, N.d.T.].
42. P. Grossi, *Le situazioni reali nell'esperienza giuridica medievale. Corso di storia del diritto*, Padoue, Cedam, 1968.
43. Nous nous référons à E. Cortese, *Il rinascimento giuridico medievale*, Rome, Bulzoni, 1992 [2^e éd. revue 1996, N.d.T.].
44. P. Grossi, *Le situazioni reali*, *op. cit.*, p. 131-135.
45. S. Romano, *L'ordinamento giuridico*, *op. cit.*, p. 27 [trad. fr. cit., p. 19, N.d.T.].
46. Comme l'a courageusement souligné N. Matteucci il y a plus de trente ans, dans un essai d'une extraordinaire lucidité, « Positivismo giuridico e costituzionalismo », *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 16, 1963, p. 1029-1030 [désormais dans N. Matteucci et N. Bobbio, *Positivismo giuridico e costituzionalismo*, avec Introduction de T. Greco, Brescia, Morcelliana, 2021, p. 29-156, N.d.T.].
47. Dans l'œuvre de G. Capograssi, l'essai « Incompiutezza dell'esperienza giuridica », in *id.*, *Opere*, vol. III, Milan, Giuffrè, 1959, p. 301 est particulièrement éloquent, où il explique l'idée que « sa nature [à savoir de l'État] est d'être un ordonnancement des ordonnancements ». D'un autre point de vue, il convient également de noter la position exaspérément volontariste de sa reconstruction de la théorie de l'ordonnancement juridique (l'institution comme « acte de volonté » : *id.*, « Note sulla molteplicità degli ordinamenti giuridici », in *id.*, *Opere*, vol. IV, Milan, Giuffrè, 1959, p. 190), ce qui constitue une distorsion de la vision de Romano, qui saisit au contraire l'autonomie d'un ordonnancement juridique dans sa manifestation, « bien que de

manière complètement involontaire et anonyme » (S. Romano, s.v. « Autonomia », *id.*, *Frammenti di un dizionario giuridico*, Milan, Giuffrè, 1953, p. 15 [nouvelle éd., par M. Croce et M. Goldoni, Macerata, Quodlibet, 2019, N.d.T.]). Une vision tout aussi volontariste de la société et de l'ordonnement juridique se trouve chez W. Cesarini Sforza, « *Ex facto ius oritur* » (éd. or. 1930), désormais dans *id.*, *Vecchie e nuove pagine di filosofia, storia e diritto*, Milan, Giuffrè, 1967, vol. I, p. 159.

48. Dans son ouvrage inoubliable *Gli ordinamenti giuridici del Rinascimento medievale*, Milan, Giuffrè, 1949.

49. F. Calasso, *Gli ordinamenti giuridici del Rinascimento medievale*, *op. cit.*, p. 96.

50. F. Calasso, *I glossatori e la teoria della sovranità. Studio di diritto comune pubblico*, Milan, Giuffrè, 1957, p. 20.

51. B. Paradisi, « Il problema del diritto comune nella dottrina di Francesco Calasso » (éd. or. 1980), désormais dans *id.*, *Studi sul medioevo giuridico*, vol. II, Rome, Istituto Storico Italiano per il Medio Evo, 1987, *passim* mais surtout p. 1044.

52. Qu'il suffise de citer F. Calasso, *Medioevo del diritto*, *op. cit.*, p. 477.

53. Sur le sens de ce terme "constitution", qu'il suffise de renvoyer ici aux pages éclairantes d'O. Brunner, « Il concetto moderno di costituzione e la storia costituzionale del medioevo », in *id.*, *Per una nuova storia costituzionale e sociale*, éd. P. Schiera, Milan, Vita e Pensiero, 1970, p. 1-20 [vers. or. « *Moderner Verfassungsbegriff und mittelalterliche Verfassungsgeschichte* », *Mitteilungen des Instituts für österreichische Geschichtsforschung*, Erg.-Bd. 14, 1939, p. 513-528, N.d.T.]. Constitution au sens de *Verfassung* et non pas de *Constitution*. Brunner s'inspire de Carl Schmitt (*Verfassungslehre*, 1928), pour qui *Verfassung* est « la situation globale concrète, d'unité politique et d'ordre social d'un État donné » (p. 6 de l'essai brunnerien précité). En Italie, des réflexions fines sur ces courants historiographiques allemands ont été menées par Ovidio Capitani dans un essai qu'on peut lire avec grand profit : v. O. Capitani, « Crisi epistemologica e crisi di identità : appunti sulla ateoreticità di una medievistica », *Studi medievali*, s. III, 18, 1977, p. 395-460 [désormais dans *id.*, *Una storiografia per la vita. Medioevo passato prossimo e futuro anteriore. Una storiografia per la vita*, éd. E. Menestò et G.G. Merlo, Spoleto, Fondazione Centro italiano di Studi sull'Alto Medioevo, 2015, p. 271-356, N.d.T.].

RÉSUMÉS

Le chapitre 2 de *L'ordine giuridico medievale*, intitulé « Prémises ordonnatrices », présente les questions méthodologiques fondamentales qui sont au cœur de l'ouvrage. Après avoir discuté l'historicité du droit, l'auteur introduit les notions d'« ordonnancement juridique » et d'« expérience juridique », qui sont à la base de sa compréhension du droit médiéval. Le Moyen Âge est décrit comme une expérience unitaire, caractérisée par la présence d'une multiplicité d'ordonnements juridiques.

Chapter 2 of *L'ordine giuridico medievale*, entitled « *Premesse ordinative* », presents the fundamental methodological issues at the heart of the book. After discussing the historicity of law, the author introduces the notions of « legal order » and « legal experience », which form the basis of his understanding of medieval law. The Middle Ages are described as a unified experience, characterised by the presence of multiple legal orders.

INDEX

Keywords : legal order, legal experience, legal pluralism, Middle Ages, Santi Romano (1875-1947)

Mots-clés : ordonnancement juridique, expérience juridique, pluralisme juridique, Moyen Âge, Santi Romano (1875-1947)

AUTEURS

PAOLO GROSSI

Professeur ordinaire d'histoire du droit médiéval et moderne à l'université de Florence, directeur du *Centro di studi per la storia del pensiero giuridico moderno* (rattachement institutionnel au moment de la publication).

TRADUCTEUR_DESCRIPTION

DANTE FEDELE (TRADUCTION)

Chargé de recherche HDR, CNRS, Univ. Lille, UMR 8025

CHJ – Centre d'Histoire Judiciaire,

F-59000 Lille, France