



HAL
open science

Une très brève histoire du droit dans la civilisation occidentale (1000-2000)

Alain Wijffels

► **To cite this version:**

Alain Wijffels. Une très brève histoire du droit dans la civilisation occidentale (1000-2000). Annales de droit de Louvain, 2017. hal-03328346

HAL Id: hal-03328346

<https://hal.science/hal-03328346>

Submitted on 30 Aug 2021

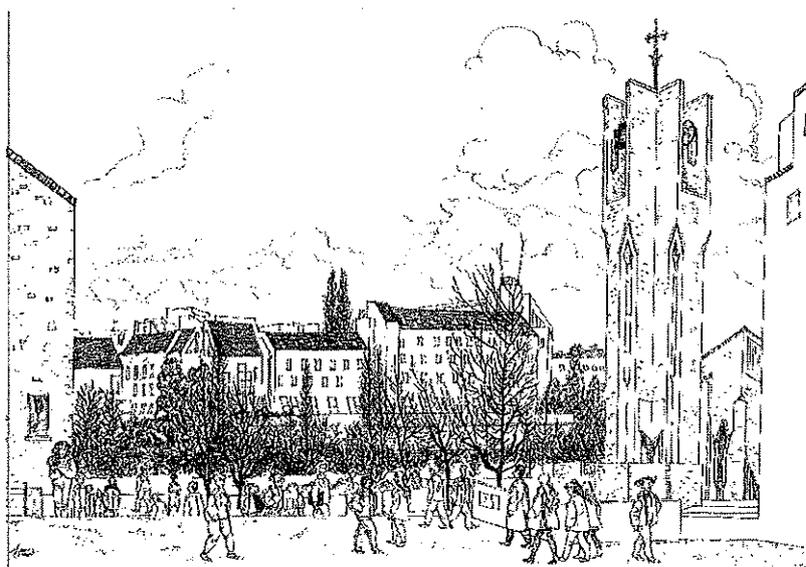
HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

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.

**Une très brève histoire du droit
dans la civilisation occidentale
(1000-2000)**

Alain Wijffels

tiré à part



Annales de Droit de Louvain 77/3 (2017 [=2019])

pp. 397-411

IDÉES ET PERSPECTIVES

Une très brève histoire du droit dans la civilisation occidentale (1000-2000)

par Alain WIJFFELS

SOMMAIRE

Il s'agit en fait d'un sommaire très condensé d'une très brève histoire... En 2018, l'auteur avait été invité à la Chaire Michel Villey à Paris¹. Les conférences données à cette occasion s'inscrivaient dans la poursuite des leçons qu'il avait présentées l'année précédente dans le cadre de la Chaire européenne au Collège de France². En attendant que ces enseignements soient publiés, quelques collègues à la faculté de droit à Louvain-la-Neuve ont eu la gentillesse d'encourager l'auteur à publier un sommaire des conférences à l'Institut Villey. Le but de ces conférences est d'amorcer, à partir d'une réflexion historique, une remise en question de la manière dont le droit est conçu de nos jours. Dans un cadre universitaire, cette remise en question impliquerait une approche fondamentalement différente de l'enseignement du droit.

Dans le sommaire qui suit, ce seront avant tout les origines médiévales de la science du droit en Occident qui seront mises en avant. La thèse centrale est en effet qu'au Moyen Âge, lorsque la civilisation occidentale s'est forgée, le « droit » portait essentiellement sur une science de gouvernance publique. Progressivement, une réduction de cette conception du droit s'est installée, par laquelle le droit a été circonscrit à un ensemble de droit positif, et la science du droit à une théorie de ce droit positif. Au Temps Présent, les insuffisances de cette conception se ressentent, mais les juristes ont perdu leur rôle-clé dans la gouvernance publique. Tout au plus observe-t-on depuis quelques décennies de nouveaux développements permettant aux juristes de reconquérir du terrain dans ce domaine : l'essor des droits de l'homme en est une manifestation.

¹ <http://institutvilley.com/Le-titulaire-de-la-Chaire-Villey,334>.

² <https://www.college-de-france.fr/site/alain-wijffels/index.htm>.

1. — LE DROIT ROMAIN, MATRICE DU BON GOUVERNEMENT (MOYEN ÂGE ET TEMPS MODERNES)

Dissipons d'emblée une représentation excessivement réductrice du droit romain parmi les juristes, que deux siècles au moins d'enseignement du droit romain ont propagé : celle d'un droit romain identifié essentiellement comme un droit privé, dont l'héritage historique se confondrait avec les fondements des droits privés contemporains, souvent codifiés, dans la prétendue famille des systèmes juridiques « romanistes ». Cette conception réductrice du droit romain est d'ailleurs un symptôme caractéristique de l'évolution de la pensée juridique qu'il convient de remettre en cause. Elle a d'autant plus contribué, ces dernières décennies, à marginaliser ou même à effacer le rôle du droit romain dans la pensée juridique du fait que, depuis les années 1960 environ, on note dans l'enseignement juridique un recul sensible du droit privé, partant un rééquilibrage dans les facultés de droit en faveur des publicistes, mais aussi des juristes du droit social, du droit économique... et d'autres disciplines juridiques qui ne sont plus tributaires du droit privé. La prédominance relative des privatistes dans la pensée juridique jusqu'à cette époque — le droit privé était conçu comme la « grammaire » du droit dans son ensemble, elle imprégnait la « théorie générale » du droit — n'était d'ailleurs que le pâle reflet de ce qu'avait été aux origines de la science du droit en Occident le droit romain : la matrice d'une science beaucoup plus large. Mais là où, au XX^e siècle, la théorie privatiste se bornait au droit, la science médiévale du droit portait sur l'ensemble de la gouvernance publique.

Malgré une continuité singulièrement forte dans l'usage de textes, de règles et de notions juridiques depuis la naissance des universités et de leurs facultés de droit, le droit tel qu'il était étudié à ses débuts ne peut être identifié avec ce que nous entendons aujourd'hui par des études de droit. Une telle projection de nos conceptions vers la science juridique médiévale ne se justifie pas. Au-delà, de la continuité, il faut reconnaître une métamorphose sur la longue durée. Le droit étudié et enseigné aux universités médiévales correspondait avant tout à une science de gouvernement, ou, quoique l'expression rencontre toujours de fortes résistances en français, à une science, voire plutôt même à un « art » de la gouvernance publique. La très brève histoire, en ce sens, se résume à une transformation ayant effectué une réduction du droit parce que cette science s'est progressivement séparée de cette vocation à être essentiellement une science de l'administration de la chose publique.

Dans la tradition de gouvernance établie au Moyen Âge — il s'agit ici du « Second Moyen Âge », c'est-à-dire à partir des XI^e et XII^e siècles — la bonne gouvernance était la condition essentielle pour que l'exercice du pouvoir

politique fût légitime, et ne s'enfoncât pas dans la « tyrannie », notion utilisée pour délégitimer un régime politique. Cette bonne gouvernance supposait que cet exercice du pouvoir fût à la fois efficace et juste. L'étude du droit romain, telle qu'elle fut entamée à cette époque, était censée apporter les notions, principes et valeurs d'une telle gouvernance efficace et juste. Cette reconnaissance explique pourquoi et comment l'Église, en tant que seule grande entité « multinationale » de l'époque, s'empara du droit romain pour développer le droit canonique et former des canonistes, qui constituèrent bientôt à tous les niveaux supérieurs les « cadres » de l'administration ecclésiastique en Europe. Cette administration ecclésiastique fit suffisamment impression pour que, dans de nombreuses cités-états et principautés territoriales, ce modèle romano-canonique fut imité et que les autorités séculières de ces territoires engagent des légistes, c'est-à-dire des hommes formés aux facultés de droit romain.

Le droit romain et le droit canonique constituent ce que l'historiographie désigne de « droits savants » (en opposition aux coutumes et législations particulières, qui longtemps, sauf exception, ne furent pas pleinement intégrées dans la science juridique), mais l'expression qui a été peut-être la plus propagée à notre époque est celle de *ius commune*. Cette expression a longtemps bénéficié d'une connotation favorable, dans la mesure où elle était associée à la formation du droit européen depuis la création des Communautés européennes. En fait, *ius commune* était davantage un terme technique du langage juridique médiéval qui répondait au besoin, dans la société de l'époque, de maîtriser la multi-normativité. Cette maîtrise constituait évidemment un élément essentiel de la gouvernance publique. Si l'expression « multi-normativité » est à la mode de nos jours, même parmi les juristes, il convient toutefois d'insister sur le caractère hétérogène de la diversité de normes dans la société médiévale, que la science du droit a précisément réussi dans une grande mesure à incorporer dans une multi-normativité juridique, partant plus homogène et maîtrisable. L'exemple le plus évident est celui des coutumes. Au départ, il s'agit de normativités sociales de différents types qui, au sein de leurs communautés, ne sont pas nécessairement perçues comme une normativité juridique. En appliquant et élaborant la notion de *consuetudo*, les juristes savants sont parvenus à apprivoiser ces normativités dans un cadre juridique, non seulement en les identifiant comme une normativité juridique, mais aussi en leur imposant des conditions de validité ou de reconnaissance, et ainsi aussi en opérant un filtrage de ces normativités sociales. Puis, une fois la coutume enrégimentée dans une théorie des sources du droit (l'un des grands accomplissements de la science juridique médiévale), elle sera soumise à la discipline des règles d'interprétation dictées par la science juridique. Dans la mesure où le droit coutumier n'a guère produit d'ensemble de doctrine ou de science

du droit au Moyen Âge, la science universitaire romano-canonique jouissait d'un quasi-monopole dans l'articulation des « règles du jeu » de cette théorie des sources du droit. La culture scientifique des facultés de droit a ainsi pu marquer fortement le développement ultérieur de la culture coutumière. Plus difficile à contrôler était la normativité religieuse : celle-ci pouvait compter sur le formidable corps social du clergé, parmi lesquels les théologiens (et les canonistes, sur lesquels il faudra revenir) constituaient un groupe universitaire tout à fait capable de résister à un accaparement par leurs collègues des facultés de droit. Pourtant, en partie sans doute en raison du prestige de la science juridique à l'époque, les théologiens les plus influents ont eux-mêmes facilité une juridisation de normes *a priori* non juridiques. Ainsi, les notions de « droit divin » et de « droit naturel » ont également été instrumentalisées jusqu'à la fin de l'Ancien Régime par la science du droit, tantôt afin de contrôler certains types de normativité, tantôt afin de délimiter les « zones d'influence » entre juristes et théologiens.

Ce que la science juridique désignera de *iura propria* (« droits particuliers » : en pratique, essentiellement les coutumes et la législation) constituaient ainsi l'essentiel du droit positif, sans que ce droit ne fasse, dans sa spécificité, l'objet d'un enseignement et d'une doctrine. Le droit romain, en revanche, se présentait davantage comme les matériaux d'une méthode, n'offrant des règles de droit positif qu'en un trompe-l'œil, créé par la perspective doctrinale.

Le droit canonique se situait à cheval sur une position semblable à celle du droit romain, et sur celle d'un droit positif, mais avec l'avantage d'un arsenal scientifique soutenu par le réseau des facultés de droit canonique. Cette connexité était, au Second Moyen Âge, exceptionnelle : les acteurs du droit que l'on peut qualifier de législateur, juge et savant étaient chacun liés l'un à l'autre dans la formation du droit. Le pape-législateur concevait une grande partie de ses décrétales à partir de demandes issues de la pratique administrative et judiciaire des autorités et juges ecclésiastiques locaux, en donnant une réponse à portée générale ; d'autre part, la législation compilée était envoyée aux universités pour y être enseignée. Les juges et administrateurs, comme il vient d'être relevé, avaient la faculté de soumettre leurs questions au pape, mais ils pouvaient également soumettre une question à une faculté de droit, ou recevoir à l'initiative d'un plaideur une consultation écrite rédigée par un ou plusieurs professeurs d'une faculté de droit. Enfin, ceux-ci enseignaient avant tout la production législative de l'Église, principalement pontificale, sous forme de compilations, la plupart officiellement sanctionnées à partir du XIV^e siècle ; d'autre part, ils étaient régulièrement sollicités par des praticiens dans le cadre de litiges et contribuaient ainsi au processus judiciaire ; ces consultations rejoignaient parfois, sous forme de recueils d'avis, la doctrine

juridique savante. Cette collaboration à double sens entre les trois principaux acteurs politiques, institutionnels et professionnels de la vie du droit peut elle-même être envisagée comme l'une des modalités de gouvernance de l'Église. Pour cette grande corporation étendant ses activités et implantant ses intérêts politiques, économiques et sociaux à travers la Chrétienté Latine, cette pratique permettait de maîtriser la complexité de son organisation, et de rechercher constamment un équilibre entre une politique générale et cohérente, d'une part, et les besoins locaux et particuliers, de l'autre.

Un exemple pris au hasard ou plutôt parce que, grâce à sa brièveté, il permet d'illustrer en quelques mots l'adaptation du droit romain dans le contexte canonique. La bulle *Rex Pacificus* du pape Grégoire IX par laquelle la compilation de décrétales dite *Liber Extra* fut promulguée en 1234 a été incorporée dans la tradition manuscrite (plus tard, imprimée) au début de cette compilation, et a ainsi tout naturellement fait l'objet d'exégèse sous forme de gloses. Dans cette bulle, le pape se réfère sommairement aux travaux préparatoires de la compilation, dirigés par Raymond de Peñafort, lequel avait à cet effet recueilli les décrétales antérieures, ainsi que des constitutions de Grégoire IX lui-même, en un volume. Le texte de la bulle précise, à propos des décrétales antérieures : *resecatis superfluis*, c'est-à-dire, « ayant élagué celles qui s'avéraient superflues ». Le mot *resecatis* fait dans la marge l'objet d'une brève glose, qui se traduit littéralement, avec en plus quelques paraphrases en guise d'interprétation : « Élaguées. Le seigneur pape peut ainsi déroger aux lois de ses prédécesseurs, malgré le principe qu'un pair n'a pas de pouvoir politique à l'égard de son pair » (paraphrase : qu'une autorité politique n'a pas de pouvoir sur une autorité politique envers laquelle elle se trouve sur pied d'égalité). Interrompons la traduction pour relever que sur ce principe « *par in parem non habet imperium* », le glossateur se réfère explicitement à un texte du Digeste : D.4.8.4, qui énonce que « les magistrats possédant une autorité supérieure ou égale ne peuvent être contraints. Il n'importe pas s'ils avaient entamé leur arbitrage avant d'accéder à leur office ou au cours de leur office. [En revanche,] ceux d'un rang inférieur peuvent être contraints ». Ce texte, extrait du commentaire de Paul sur l'Édit, tel qu'il est repris dans le Digeste, est formulé en termes plutôt généraux, et se prête ainsi facilement à l'affirmation ou justification d'une règle générale, comme celle exprimée par notre glossateur canonique. Poursuivons la traduction de cette glose : « Et la raison en est que la personne qui succède à une autre est censée être la même que celle à qui elle succède. Or, nul ne peut imposer à soi-même la règle qu'il ne lui serait pas autorisé de se soustraire à sa première volonté ». Cet énoncé est lui aussi justifié par une référence au Digeste, en l'occurrence D.32.22, dans cette longue série de titres où de nombreuses interprétations de dispositions testamentaires sont proposées. Ce texte, à propos d'un testament

particulier, observe : *nemo enim eam sibi potest legem dicere, ut a priore ei recedere non liceat* (« nul ne peut s'imposer la règle selon laquelle il ne lui serait pas permis de revenir sur sa disposition antérieure »). Ainsi, à partir de cet exemple où le pape mentionne brièvement, quelque peu en passant, qu'il a mis à profit l'élaboration de son recueil pour abroger certaines lois de ses prédécesseurs, la doctrine relève qu'il s'agit d'une compétence générale. Surtout, en accordant une permanence et identité à l'office indépendamment des titulaires individuels qui l'exercent et s'y succèdent, et, en l'occurrence, au sommet de la gouvernance ecclésiastique, on voit poindre la reconnaissance du principe de la continuité de l'institution publique, on pourrait dire avec quelque anachronisme anticipateur : de l'État. Or, cette doctrine essentielle pour la continuité de l'ordre étatique se justifie par des principes empruntés au droit romain, le premier traitant de la hiérarchie d'offices publics (à propos d'arbitrages assumés par des officiers publics), le second à partir d'un testament rédigé par un particulier. Aucun de ces deux textes de droit romain n'exprime spécifiquement le principe au cœur de cette glose, c'est-à-dire, selon l'interprétation proposée, la permanence de la fonction publique (qui suppose la permanence de l'ordre public ou étatique dont cette fonction émane), mais l'argument du glossateur canoniste n'a de sens qu'en le situant dans cette conception d'un ordre étatique permanent associé avec le système politique romain ayant produit les textes juridiques de référence. Cette glose n'est qu'un exemple pris plus ou moins au hasard. Il ne s'agit pas d'une glose spécialement importante, d'un texte fondateur ou d'une référence incontournable. Au contraire, comme une exégèse de routine, elle marque d'autant mieux un référentiel culturel et doctrinal que partageaient couramment canonistes et légistes, élaboré à travers une science juridique qui représentait en même temps une science de gouvernement.

Une gouvernance fondée et articulée par le droit

La science du droit s'est principalement développée, au cours du Second Moyen Âge, au sein de l'Église et dans les universités établies dans les villes italiennes. Pour des motifs en partie divergents (dans le cas de l'Église : l'administration d'une entité complexe et décentralisée s'étendant sur toute la Chrétienté latine à une époque où les moyens de communication étaient parfois aléatoires ; dans le cas des villes italiennes : le souci de maîtriser des rivalités souvent violentes entre les factions et groupes d'intérêts qui entendaient exercer leur contrôle sur la politique de la cité), ces acteurs politiques ont développé des systèmes de police et de justice qui s'appuyèrent sur une gouvernance s'exprimant selon des principes de droit. Le droit positif produit par ces acteurs ne pouvait opérer efficacement que moyennant une science juri-

dique. Cette science juridique fut développée par les études de droit romain, dont les textes n'étaient pas en premier lieu conçus comme un droit positif, du moins pas comme l'étaient les statuts des villes ou la législation pontificale.

C'est dans cette science de gouvernement fondée et articulée par le droit que l'on peut reconnaître les origines de la notion d'État de droit — même si l'expression elle-même est évidemment beaucoup plus tardive et peut se décliner dans différents sens dans différents contextes politiques. L'« État de droit » signifie ici avant tout la volonté de concevoir la gouvernance publique selon les notions de police et justice, et d'articuler ces notions dans une large mesure selon des notions et principes développés par des règles de droit, qui fonctionnent sur base d'une science du droit. Dans cet État de droit, la volonté politique en amont du processus décisionnel est conseillée par cette science juridique, et en aval son application est contrôlée par une administration de la justice dont les jugements se conforment au droit tout en vérifiant si l'exécution des décisions politiques légitimes s'opère selon les principes de la science juridique. Il ne peut se concevoir un moment historique où l'on passerait d'une situation de non-droit à une situation où le droit existe. Même dans les situations où une société est prise par une barbarie intense et durable, où le droit serait complètement dénaturé, ou la notion même de droit disparaîtrait, le retour de cette société à un État de droit ne peut se concevoir sans une notion préalable du droit. Ainsi, quel que soit le moment de l'histoire où l'historien du droit commence son étude, il aborde un stade où le droit existe et a déjà une histoire. Ce qui apparaît fondateur pour un ordre politique, c'est la volonté politique — comme ce fut le cas de l'Église dans la foulée de la Réforme grégorienne, ou des cités italiennes au Second Moyen Âge, d'organiser la gouvernance publique et son fonctionnement dans un cadre juridique — ou du moins, dans un cadre idéal d'un ordre juridique. Le droit n'est alors pas seulement l'instrument de la bonne gouvernance, mais l'étalon de la bonne gouvernance.

2. — LA TRANSITION DES TEMPS MODERNES

Les Temps Modernes ont été en Occident une période de « mise au pas » de la pensée et de la société. Des philosophes de l'histoire comme Michel Foucault en ont fait un thème majeur de leurs travaux. Dans le développement de la pensée juridique, cet esprit de discipline s'est traduit à travers la transformation des méthodes de raisonnement ayant imposé une taxinomie du droit par matières — une manière de pensée qui prévaut encore toujours dans l'enseignement. Dans un premier temps, que l'on peut situer entre le milieu du XVI^e siècle et le milieu du siècle suivant, on observe comment une nouvelle

littérature doctrinale se substitue à celle du Moyen Âge. Ces nouveaux travaux de doctrine s'attachent beaucoup plus fortement que la littérature antérieure à traiter de matières du droit, entraînant une « positivisation » du droit : la focalisation sur une matière implique l'application spécifique de règles de droit censées relever d'une matière déterminée. Le droit romain est ainsi réduit à un ensemble de règles positives applicables dans des domaines spécifiques, où elles font l'objet d'un arbitrage en cas de concurrence ou de conflit avec les règles, également davantage « positivisées », des coutumes ou de la législation. Le potentiel du droit romain pour le droit public et un art de la gouvernance s'en trouve sensiblement réduit. C'est à cette époque que s'amorce la conception, dans la pensée juridique, d'un droit romain essentiellement pertinent pour des matières de droit privé. Le potentiel d'une pensée d'inspiration romaniste pour saisir d'autres domaines de la gouvernance publique — ainsi, par exemple dans les domaines de la gouvernance économique ou sociale — en était d'autant plus affaibli.

L'École de la Raison (en français, encore souvent désignée comme l'École du droit naturel) vient renforcer ces tendances à partir de la fin du XVII^e siècle, imposant une taxinomie d'ensemble qui formalise encore plus la mise au pas de la pensée juridique en incorporant toutes les matières (reconnues) en un vaste plan d'ensemble — quelque peu à l'instar de ce qui se faisait à la même époque dans les sciences naturelles : on songera notamment aux classifications linnéennes du monde animal ou végétal. Avec la combinaison d'une telle taxinomie hiérarchisée et d'une « positivisation » du droit, la science du droit était parvenue au point de s'effacer devant les codifications. En même temps, les juristes avaient enfermé l'objet de leurs études et de leur expertise dans une « discipline » qui pouvait désormais d'autant moins prétendre à prévaloir sur la gouvernance publique que les sciences sociales commençaient à se développer et qu'une nouvelle conception du modèle politique de démocratie privait le juriste de la légitimité d'articuler l'idéal de justice en amont de toute décision politique.

3. — LES DROITS DE L'HOMME : MATRICE DE BON GOUVERNEMENT ?

La systématisation du droit établie au siècle des Lumières avait mis plus de deux siècles pour se mettre en place. Les codifications de la fin du XVIII^e siècle et du XIX^e siècle semblaient les consolider de manière permanente. Pourtant, deux siècles plus tard, elle n'apparaît plus que comme une structure surannée survivant dans l'édifice du droit, de moins en moins conçu selon un plan d'ensemble. À tel point qu'aujourd'hui, il est permis de s'inter-

roger sur l'unité du droit comme discipline scientifique, sans qu'un juriste puisse encore se targuer d'être un « généraliste » du droit. La prépondérance du droit privé (fondée sur une construction restrictive du droit romain aux Temps Modernes) s'est évanouie dès les dernières décennies du XX^e siècle. Aucune autre discipline (ou quelque approche métajuridique) n'a repris le rôle qu'avait assumé auparavant le droit privé. Avec ce recul du droit privé, le droit romain a graduellement perdu lui aussi son rôle de référentiel scientifique du droit positif dans son ensemble.

Ces constatations n'impliquent pas un jugement de valeur. Il s'agit d'une observation historique sur la longue durée, qui permet de suivre l'ascension et le déclin d'une construction doctrinale et scientifique. Elle permet bien sûr de remettre en question des conceptions que se font les juristes de leur propre discipline, s'imaginant souvent que le cadre de pensée qu'ils ont acquis lors de leur formation et suivi au cours de leur carrière professionnelle est fondamentalement stable ou même immuable. Des notions et principes qu'un juriste comptera parmi les éléments essentiels de son domaine peuvent ainsi s'avérer inconstants dans une période de transformations. Depuis les alentours des années 1960 et 1970, de telles mutations semblent s'accélérer. Les fondements de plusieurs matières ont ainsi été transformés : dans les matières « classiques » du droit, les notions-clé (le mariage en droit de la famille, la propriété dans les droits réels, l'autonomie de la volonté dans le droit des obligations, la souveraineté dans le droit public et dans le droit international, pour ne citer que quelques exemples) ont ainsi subi de profondes métamorphoses en l'espace de quelques décennies. À plusieurs égards, l'état du droit de nos jours évoque davantage l'état du droit à la veille du XVII^e siècle, à cette différence essentielle près, qu'à l'époque, la dynamique scientifique tendait plutôt à discipliner le droit par ce travail persévérant de systématisation et de conceptualisation, tandis que de nos jours, la dynamique tend à relâcher cette discipline et la méthode qu'elle implique.

Il se peut aussi que, depuis un demi-siècle, un changement dans l'anthropologie qui oriente le droit — un changement dont on peut sans doute reconnaître les prémices bien avant le XX^e siècle, mais dont le mouvement s'est amplifié et accéléré ces dernières décennies — ait facilité les transformations évoquées. L'individu qui apparaît comme une partie contractante à travers le Code civil de 1804, ou même encore à travers le Code civil allemand en 1900, n'est pas le même que celui qui conclut en ce début du XXI^e siècle un contrat où il bénéficiera de la protection du consommateur, notion qui se superpose à celle de co-contractant. La tendance dans la procédure civile à renforcer le rôle actif du juge s'écarte, après près de huit siècles, du principe du dispositif tel qu'il a dominé la procédure romano-canonique, modèle durable des pro-

cédures civiles en Europe continentale depuis son développement aux XII^e et XIII^e siècles. Quant au droit des personnes et de la famille, il a donné en revanche une latitude accrue à l'autonomie des individus, et s'est adapté à l'égalité des sexes, mais toujours moyennant un plus grand pouvoir de contrôle et d'intervention des juridictions.

La césure affectant de manière aiguë la pensée juridique occidentale au cours des dernières décennies du XX^e siècle reflète l'abandon de la pensée systémique du rationalisme moderne et l'abandon d'une anthropologie elle aussi reflétant l'esprit général de l'époque rationaliste moderne. Elle peut donner l'impression d'avoir conduit tout un courant de la pensée juridique occidentale vers une impasse. C'est précisément ce constat d'impasse qui semble percer dans le petit ouvrage de Michel Villey, apparemment rédigé au cours de l'été 1981, et consacré à la question « *Le droit et les droits des hommes* »³. Selon le thème central de cet ouvrage — qui ne compte pas parmi les œuvres principales de Villey⁴, mais est néanmoins, en partie parce qu'il appartient à un « genre mineur » de sa production scientifique, très significatif sur les grands axes de sa conception du droit et de son histoire —, les droits de l'homme, tels qu'ils se développaient en son temps, mais plus fondamentalement encore l'idéal même des droits des hommes, ne correspondaient pas à la conception du droit charriée dans la tradition occidentale à partir des textes de droit romain, ni à la finalité de ce que peut être un droit. Ce n'est pas le moindre intérêt de ce manifeste de Michel Villey — qui est toutefois une version tronquée de l'enseignement qu'il avait donné à l'époque sur le sujet pour aiguïser sa réflexion — d'y reconnaître très explicitement son aversion pour le courant du nominalisme, de l'« esprit de système » de la seconde scolastique et de la philosophie moderne, que Villey analyse comme une corruption de la tradition aristotélicienne et thomiste. Et c'est précisément au moment de l'avènement de cette philosophie moderne (Villey épingle, pour des motifs différents, aussi bien les constructions de Hobbes que de Locke) qu'il situe l'essor de cette aberration juridique que sont, dans sa conception du droit, les droits de l'homme. Il fustige d'ailleurs à plusieurs reprises que les droits de l'homme ont été inventés et développés par des non-juristes. Il n'y retrouve pas sa vision du droit en tant que « rapport entre des hommes » qui ne peut être saisie que par une observation des sociétés humaines et la recherche de l'idéal de justice en tant que rapport juste entre des hommes. Pour Villey, « l'apparition des droits de l'homme témoigne de la décomposition du concept

³ M. VILLEY, *Le droit et les droits de l'homme*, Paris, Presses universitaires de France, 1983. ; depuis lors réédité, chez le même éditeur, dans la collection Quadriga (2014).

⁴ Je tiens à remercier ma collègue Luisa Brunori de m'avoir communiqué le texte de sa notice consacrée à Michel Villey, sous presse au moment de la rédaction de cet article, à paraître dans la série *Christian Jurists*.

du droit ». Sa critique n'est que l'une des nombreuses critiques qui ont été émises, à partir de différentes approches, aux droits de l'homme. Dans leur ouvrage de 2016, Justine Lacroix et Jean-Yves Pranchère, *Le procès des droits de l'homme. Généalogie du scepticisme démocratique*, offrent un tableau systématique de telles approches critiques ⁵.

Les polémiques sur les droits de l'homme s'entrecroisent avec une grande diversité de thèses sur les origines historiques des droits de l'homme. Les thèses les plus divergentes ont été défendues, que ce soit en ce qui concerne la chronologie (les origines se situent de la préhistoire à une tranche récente du Temps Présent), les civilisations (certains y voient un développement caractéristique de l'Occident, d'autres reconnaissent des droits de l'homme dans les traditions où la civilisation occidentale n'en aurait pas influencé l'essor), ou le cadre idéologique (malgré la reconnaissance toute récente des droits de l'homme par la papauté, une littérature considérable s'est attelée à en trouver les origines dans le Christianisme ; pour d'autres, ils sont liés à une pensée séculière). Ces polémiques sur les origines historiques reconnues aux droits de l'homme expriment sans doute aussi des conceptions très divergentes sur le fondement, la nature et la portée des droits de l'homme. La notion peut avoir une vocation universelle, mais son acception ne l'est pas.

Plusieurs de ces théories sur les origines sont passées au crible dans les essais de Samuel Moyn recueillis dans le volume *Human Rights and the uses of history* ⁶. Moyn y réfute, principalement dans une perspective américaine, plusieurs études ayant situé les origines des droits de l'homme dans une période plus ou moins reculée — et la perspective étant américaine, l'ère des révolutions nord-américaine et française à la fin du XVIII^e siècle constitue une période déjà reculée, mais les années et événements ayant immédiatement précédé la Déclaration universelle de 1948 sont à son avis également trop éloignés du mouvement des droits de l'homme tels qu'ils se sont développés depuis lors. Pour Moyn, les années 1970 furent décisives. D'un point de vue historique, cette conception peut paraître trop myopique. Il est difficile de ne pas reconnaître un lien proche entre le discours et certaines préoccupations en rapport avec les *rights of man* et droits de l'homme au XVIII^e siècle et les discours en faveur des droits de l'homme à notre époque. De plus, le droit naturel dans sa mouture du XVIII^e siècle, c'est-à-dire rationaliste et soutenu par la méthode des sciences naturelles, maniait l'exigence d'universalité qui anticipe, fût-ce dans un tout autre contexte, l'une des conceptions les plus d'avant-garde défendues à notre époque. En revanche, on peut admettre avec

⁵ J. LACROIX et J.-Y. PRANCHÈRE, *Le procès des droits de l'homme. Généalogie du scepticisme démocratique*, Paris, Seuil, 2016.

⁶ S. MOYN, *Human Rights and the uses of history*, Londres et New York, Verso, 2014.

Moyn qu'à partir des années 1960-1970, une transformation s'est opérée et que les droits de l'homme apparaissent dans un nouveau registre de raisonnement et d'argumentation, avec une intensité sans pareille en comparaison avec des appels plus anciens à cette expression, et parfois, mais c'est l'un des aspects les plus controversés du sujet, comme une tentative de transcender le positivisme de la norme juridique tel qu'elle fut établie avec l'avènement du monopole de la légitimité démocratique.

Pour autant, il n'est historiquement pas illégitime, malgré la critique de Moyn et d'autres, de reconnaître des éléments de la conception contemporaine des droits de l'homme dans la Déclaration de 1948 ou dans celles de la fin du XVIII^e siècle. Cependant, leur impact sur l'ensemble de la pensée et la méthode dans la vie du droit est demeuré longtemps restreint : peu avant que Michel Villey ne rédigeât ses réflexions, les droits de l'homme n'étaient encore dans les programmes de droit et dans la littérature juridique qu'une sorte d'annexe aux libertés et droits constitutionnels, un domaine réservé aux publicistes. Inévitablement, la perspective demeurait le plus souvent principalement celle du rôle attribué à ces droits et libertés selon les canons du constitutionnalisme moderne classique. L'un des développements les plus remarquables, ne fût-ce que du point de vue de la méthode du droit, a été depuis lors, précisément durant la période où des auteurs comme Moyn reconnaissent les débuts historiques des droits de l'homme, et au moment où Michel Villey renonçait à intégrer ces droits dans sa conception philosophique et historique du droit, que les droits de l'homme ont participé à cette déconstruction de la systématisation classique et positiviste du fait qu'elles ont envahi en quelques décennies toutes les matières, contribuant ainsi au décloisonnement des spécialisations des disciplines.

Mais cette constatation générale sur la méthode — qui soulève entre autres la question : les droits de l'homme sont-ils susceptibles de donner une nouvelle théorie générale et fondamentale du droit, partant une unité de pensée aux juristes — n'est sans doute que le symptôme d'un développement plus critique encore, ce qui constitue l'enjeu primordial de la pensée juridique : les droits de l'homme peuvent-ils s'imposer comme une norme supérieure ? Par norme, entendons une formulation de règle, de loi, de commandement ou de convention. Par supérieure, il faut envisager des normes qui seraient hors de portée de la volonté humaine, c'est-à-dire que la volonté humaine ne peut en disposer arbitrairement, ni s'y soustraire sans se dénaturer.

Le grand danger de cette formulation est qu'elle semble récupérer ainsi d'anciennes normes supérieures qui ont été abandonnées dans la tradition occidentale : tout spécialement ce qui, pendant des siècles, a été appelé le droit divin et le droit naturel. Lorsque certains critiques parlent des droits de

l'homme en tant que « théologie des droits de l'homme », ou d'autres des droits de l'homme comme une « renaissance du droit naturel », ils n'ont historiquement sans doute pas tout à fait tort, mais c'est un cas illustrant l'observation que l'histoire ne se répète jamais à l'identique. Les constructions du droit divin dans la culture occidentale, ainsi que les constructions de droit naturel (même si l'on s'en tient aux constructions à partir du Second Moyen Âge), quelle qu'ait pu être leur articulation, ont répondu à une préoccupation toujours renouvelée — et souvent, au cours de l'histoire, en réaction à des excès structurels ou idéologiquement justifiés de l'exercice du pouvoir politique — à subordonner l'action politique — tant du pouvoir en place que de son opposition — à des principes supérieurs. Il demeurera toujours inévitablement controversé si ces principes supérieurs relèvent du droit ou non. L'historien ne peut toutefois qu'insister sur cette tendance, dans l'histoire occidentale, à construire et reconstruire ces principes supérieurs comme un droit, et par conséquent de construire un ensemble où les rapports entre ce droit supérieur et le droit de la cité se rencontrent.

En Occident, toute une tradition artistique du Moyen Âge aux Temps Modernes représentant la « bonne gouvernance » (*buon governo, gutes Regiment...*) met en évidence comment la figure allégorique de la Justice prend une place essentielle dans cette représentation de la gouvernance publique. À ces époques, les juristes formés à l'université étaient censés avoir acquis l'expertise par excellence pour définir cet idéal de justice dans la pratique gouvernementale. C'est cette position centrale des juristes qui semble de plus en plus entamée. Les vertus qui conseillent le pouvoir politique aujourd'hui sont davantage sollicitées parmi les sciences sociales. Pour ce qui est de l'efficacité de la décision politique, tant quant à sa conception qu'à son articulation, l'économiste, le sociologue et le politologue bénéficient d'une crédibilité que le juriste n'a plus. Quant à la justice de la décision politique, elle est désormais la prérogative de l' élu, seule la légitimité démocratique étant susceptible de justifier cette compétence. Reste encore, et quelque peu institutionnalisée par la doctrine de la séparation des pouvoirs, la justice particulière administrée par les tribunaux.

Pourtant, à l'occasion du formidable développement des droits de l'homme qui a été déployé ces dernières décennies, l'historien du droit peut reconnaître le potentiel d'un retour du juriste « aux affaires ». En étendant leur empire dans l'ensemble des domaines du droit, partant des domaines où l'action politique se traduit par des législations, réglementations et leur mise en pratique, les droits de l'homme sont devenus incontournables en amont du processus décisionnel politique. Toute décision politique de quelque importance aura un impact dans la sphère des droits de l'homme, et ainsi, l'expertise du juriste

reconquiert sa place sur le banc des vertus des sciences sociales qui conseillent le magistrat suprême, comme dans l'allégorie de Lorenzetti à Sienne. Cette place semble d'autant plus assurée que les droits de l'homme ne peuvent être réduits, sans être dénaturés, à une normativité des sciences sociales.

Il ne s'agit certainement pas de dévaluer les droits de l'homme par un discours quelque peu cynique. Mais il s'agit d'un sujet de réflexion que l'historien du droit peut partager avec les juristes, philosophes et collègues des sciences humaines et sociales afin d'inviter leur jugement critique et le cas échéant de corriger et d'orienter sa propre réflexion. L'articulation des droits de l'homme correspond quelque peu aux tentatives, à d'autres époques, de définir et spécifier des idéaux de justice sous forme de règles positives à l'instar du droit positif : d'où ces constructions historiques que nous avons connues en Occident d'un droit divin (y compris parfois d'un droit divin positif) et d'un droit naturel, articulé et systématisé à l'instar d'une codification doctrinale. En s'efforçant de fonder le droit divin sur une volonté divine, le droit naturel sur une normativité régissant l'ordre naturel de l'univers et de l'humanité, ces constructions recherchaient un fondement qui eût échappé à toute volonté humaine. Ainsi, ces lois divines ou naturelles devenaient absolument contraignantes et le droit produit par la volonté humaine lui était subordonné. Peu importe, pour l'argument historique, que la normativité divine ou naturelle n'eût été qu'une manière de renforcer des rapports de force dans la société de l'époque. Ce qui importe, c'est de vérifier dans quelle mesure, à partir d'une telle approche historique, on peut reconnaître un mécanisme du même type dans le développement des droits de l'homme. Les remarques proposées ci-après, énoncées en guise de perspectives, suggèrent que la science du droit peut renouer avec son ancienne tradition de l'art de la gouvernance :

- les droits de l'homme se développent selon une tendance qui s'inscrit dans l'érosion croissante de la systématisation classique du droit qui a marqué le Droit de la Raison et les codifications. Cependant, comme il appert de la critique de Michel Villey, ce n'est pas nécessairement cette systématisation classique du droit qui incite certains détracteurs des droits de l'homme à ne pas y reconnaître une conception et construction que l'on croit traditionnelle du droit en Occident. Le paradoxe s'explique du fait que lorsque, Villey rédigea son livre sur les droits de l'homme, ceux-ci étaient encore largement envisagés dans une conception systématisante du droit, et à cet effet dans le cadre des « droits et libertés » constitutionnels. En revanche, les droits de l'homme peuvent à présent être envisagés davantage comme un retour à une expertise du droit comme science auxiliaire du bon gouvernement, notamment afin de réaliser un état de justice et de droit. À cet égard, les droits de l'homme se rapprocheraient de la conception du droit que défendait Villey ;

- il ne s'agit toutefois tout au plus que d'une tendance. La culture juridique aujourd'hui reste fortement redevable des structures des derniers siècles, et nous sommes encore loin d'une nouvelle science du gouvernement où l'expertise juridique jouerait un rôle essentiel. Il n'est pas dit que ce soit la voie qui s'imposera. De toute façon, il paraît peu probable que la science juridique évolue en ce sens à partir du concept des droits de l'homme uniquement, sans apport des sciences sociales. À ce stade-ci, la culture et la méthode des juristes n'assimilent que très peu ces sciences sociales, malgré les efforts répétés depuis le XIX^e siècle ;
- les droits de l'homme devront, afin d'atteindre pleinement ce potentiel de constituer un élément essentiel de la gouvernance publique, s'émanciper de la « positivisation » qui marque fortement l'approche actuelle que leur confèrent encore souvent les juristes. Mais nous sommes dans une période de transition, où, par exemple, ces droits chevauchent les droits conçus comme des libertés et des droits civiques constitutionnels ou conventionnels. D'autre part, tôt ou tard, une redistribution devra se faire entre les principes de justice qui sont au cœur des revendications de ce que nous appelons encore les droits de l'homme et les principes qui relèvent spécifiquement des libertés et droit constitutionnels, de l'État de droit. Il n'est même pas certain qu'à l'issue d'une telle redistribution, l'être humain demeure exclusivement au centre de ces principes de justice ;
- enfin, il est évident de ce qui précède que l'expression « droits de l'homme » est réductrice. Le malaise souvent exprimé autour de la notion centrale de droit allant dans le sens d'un droit subjectif tel qu'il peut être exercé concrètement reflète sans doute que les intérêts en jeu doivent être envisagés à l'aune des relations qu'ils représentent.

Voilà quelques réflexions finales qui dépassent de loin l'expérience et l'expertise de l'historien du droit. Tout au plus, l'histoire du droit peut-elle contribuer à rappeler que, malgré l'apparence d'une grande continuité de la science juridique depuis la fondation des premières facultés de droit au Second Moyen Âge, ce que nous appelons aujourd'hui le droit, et la manière dont nous le concevons, est une discipline qui ne correspond plus que très partiellement à sa vocation originelle.

Some recent publications by Alain Wijffels

"There is a marvellous peace in not publishing. It's peaceful. Still. Publishing is a terrible invasion of my privacy". J.D. Salinger (1919-2010)

- 203** Fingerposts and Armsäulen: Comparative Legal History's Manifold Itineraries to Legal Culture, *Glossae* 15 (2018), 155-165
- 202** Intersex: some (legal-)historical background, in: Jens M. Scherpe, Anatol Dutta, Tobias Helms (eds.), *The Legal Status of Intersex Persons* (Cambridge/Antwerp/Chicago, Intersentia, 2018), 181-200
- 202bis** Le droit naturel: contrainte ou construction? Renouveau de la question à l'égard des droits de l'homme, in: Philippe Descola (dir.), *Les natures en question* [Collège de France, Colloque annuel 2017] (Paris, Odile Jacob, 2018) 101-119
- 201** Lawyers and Litigants: The Corrupting Appeal and Effects of Civil Litigation in Hendrick Goltzius' *Litis abusus*, in: Stefan Huygebaert, Georges Martyn, Vanessa Paumen, Eric Bousmar, Xavier Rousseaux (eds.), *The Art of Law. Artistic Representations and Iconography of Law and Justice in Context, from the Middle Ages to the First World War* (Cham, Springer, 2018), 181-199
- 200** Central and Peripheral Courts; Changing Historical Perspectives, in: Kjell Å. Modéer & Martin Sunnqvist (eds.), *Suum cuique tribuere. Legal Contexts, Judicial Archetypes and Deep-Structures Regarding Courts of Appeal and Judiciaries from Early Modern to Late Modern Europe* (Stockholm, Institutet för Rättshistorisk Forskning, The Olin Foundation for Legal History, 2018), 31-51
- 199** Civil Procedural Law, the Judiciary, and Legal Professionals, in: Heikki Pihlajamäki, Markus D. Dubber & Mark Godfrey (eds.), *The Oxford Handbook of European Legal History* (Oxford, Oxford University Press, 2018), 655-677 (online August 2018 DOI 10.1093/oxfordhb/9780198785521.013.28)
- 198** *Justitia in Commerciis*: Public Governance and Commercial Litigation before the Great Council of Mechlin in the Late Fifteenth and Early Sixteenth Century, in: H. Pihlajamäki, A. Cordes, S. Dauchy & D. De ruysscher (eds.), *Understanding the Sources of Early Modern and Modern Commercial Law. Courts, Statutes, Contracts and Legal Scholarship* (Leiden – Boston, Brill Nijhoff, 2018), 32-54
- 197** *Le droit européen a-t-il une histoire? En a-t-il besoin?* [Leçons inaugurales du Collège de France 271] (Paris, Fayard, 2017), 77 p.
- 197bis** <http://books.openedition.org/cdf/5036>
- 196** [Introduction] Commercial quarrels – and how (not) to handle them, *Change & Continuity* 32/1 (2017) [Merchants and Commercial Conflicts in Europe, 1250–1600], 1-9
- 195** Nicolaas Everaerts' *Topica*: een forensische dystopie?, in: Raf Van Ransbeek (ed.), *Topica en Utopia* [Acta Falconis XV] (Antwerpen/Maastricht, Intersentia, 2017), 19-38
- 194** La justice dans la représentation de la gouvernance publique en Occident: Sienne revisitée, in: Pierre d'Argent, David Renders, Marc Verdussen (dir.), *Les visages de l'État. Liber amicorum Yves Lejeune* (Bruxelles, Éditions Bruylant, 2017), 857-870
- 193** Legal History and Comparative Law, in: Samantha Besson, Lukas Heckendorn Urscheler, Samuel Jubé (eds.), *Comparing Comparative Law* (Genève-Zürich-Basel, Schulthess Médias Juridiques, 2017), 187-206
- 192** La loi dans le discours judiciaire: l'article 15 de l'Édit Pépétuel de 1611 dans le ressort du Parlement de Flandre, in: Éric Bousmar, Philippe Desmette, Nicolas Simon (dir.), *Légiférer, gouverner et juger. Mélanges d'histoire du droit et des institutions (IXe-XXIe siècle) offerts à Jean-Marie-Cauchies à l'occasion de ses 65 ans* (Bruxelles, Presses de l'Université Saint-Louis, 2016), 317-353
- 190** [Justyna Wubs-Mrozewicz & Alain Wijffels], Diplomacy and advocacy, The case of the *King of Denmark v. Dutch Skippers* before the Danzig City Council (1564-1567), *Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis/Revue d'Histoire du Droit* LXXXIV (2016), 1-53