



**HAL**  
open science

## Modernité politique et ordre juridique

Paolo Grossi, Xavier Prévost

► **To cite this version:**

Paolo Grossi, Xavier Prévost. Modernité politique et ordre juridique. *Clio@Thémis : Revue électronique d'histoire du droit*, 2024, 26, 10.4000/11sgq . hal-04609666

**HAL Id: hal-04609666**

**<https://hal.science/hal-04609666v1>**

Submitted on 12 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 - ShareAlike 4.0 International License



**Clio@Themis**

Revue électronique d'histoire du droit

26 | 2024

Hommages à Michael Stolleis et Paolo Grossi

---

## Modernité politique et ordre juridique

**Paolo Grossi**

Traducteur : Xavier Prévost

---



### Édition électronique

URL : <https://journals.openedition.org/cliothemis/5077>

DOI : 10.4000/11sgq

ISSN : 2105-0929

### Éditeur

Association Clio et Themis

Ce document vous est fourni par Université de Bordeaux



### Référence électronique

Paolo Grossi, « Modernité politique et ordre juridique », *Clio@Themis* [En ligne], 26 | 2024, mis en ligne le 01 juin 2024, consulté le 12 juin 2024. URL : <http://journals.openedition.org/cliothemis/5077> ; DOI : <https://doi.org/10.4000/11sgq>

---

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.

---

# Modernité politique et ordre juridique

Paolo Grossi

Traduction : Xavier Prévost

---

## NOTE DE L'ÉDITEUR

Traduction de l'article de Paolo Grossi, « Modernità politica e ordine giuridico », *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, 27, 1998, p. 13-39, <https://www.quadernifiorentini.eu/cache/quaderni/27/0014.pdf> ; publiée avec l'accord de l'éditeur d'origine.

Les termes, expressions et citations suivis d'un astérisque sont en français dans le texte original.

## NOTE DE L'AUTEUR

[Paolo Grossi] : La conférence introductive aux travaux du colloque « Anna Maria Battista e la modernità politica », qui s'est tenue à Naples, à l'Istituto Universitario Suor Orsola Benincasa de Naples, le 20 février 1998, est ici publiée avec l'autorisation des organisateurs. Dans cette version écrite, la structure de la conférence a été fidèlement conservée telle qu'elle fut prononcée par l'auteur, dans le cadre de la première session du colloque, sur la base d'un plan détaillé. Pour cette raison, il y a très peu de notes et elles ne servent que d'outil essentiel pour la compréhension du texte.

À la mémoire d'Anna Maria Battista

## I. « L'itinéraire décomplexé de la modernité politique » (présentation par Xavier Prévost)

- 1 Le numéro 27 des *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, paru en 1998, contient quatre contributions de Paolo Grossi. Traditionnellement, en tant que fondateur et directeur de la revue, il en signe les « pages introductives », consacrées aux soixante ans des lois raciales italiennes<sup>1</sup>. S'y ajoutent trois articles, dont celui ici traduit, qui prend la suite immédiate de l'introduction. Ce texte est la mise par écrit d'une communication prononcée le 20 février 1998 lors d'un colloque en hommage à Anna Maria Battista (1932-1988), spécialiste reconnue de la pensée politique moderne – notamment française – décédée dix ans plus tôt<sup>2</sup>. Les organisateurs napolitains de la manifestation, en écho aux travaux de la dédicataire, avaient retenu pour thème « la modernité politique ».
- 2 Paolo Grossi choisit de lier ce thème à celui de l'ordre juridique, auquel il a consacré trois ans auparavant un ouvrage, encore aujourd'hui considéré comme une référence : *L'ordine giuridico medievale*<sup>3</sup>. Ainsi, son texte doit-il être lu en regard de ce livre magistral – et largement discuté, voire contesté –, dont les « prémisses ordonnatrices » sont traduites dans ce dossier<sup>4</sup>. Comme le souligne Paolo Grossi lui-même dans sa contribution à la mémoire d'Anna Maria Battista, il faut aussi la rapprocher d'un autre de ses textes – également traduit dans ce dossier – paru dans les *Quaderni fiorentini* en 1996 : « Un diritto senza Stato (la nozione di autonomia come fondamento della costituzione giuridica medievale) »<sup>5</sup>.
- 3 L'article « Modernité politique et ordre juridique » synthétise certains apports de ces travaux précédents, tout en les prolongeant vers l'époque moderne, de la Renaissance à la Révolution française, osant même à l'occasion quelques incursions dans l'Italie du xx<sup>e</sup> siècle finissant. Le traitement que se propose de faire Paolo Grossi de la modernité politique est donc ici celui d'un historien du droit. L'auteur insiste sur ce point de manière liminaire (§10), puis tout au long de son propos (§67, 69, 77, 85), soulignant la spécificité de son regard non seulement historique, mais surtout juridique. Il s'agit pour lui d'essayer de caractériser la dimension juridique de la modernité politique, d'expliquer en quoi le passage à la modernité s'observe à travers une transformation de la conception même du droit. L'article décrypte la rupture entre la conception médiévale selon laquelle « d'abord il y a le droit ; le pouvoir politique ne vient qu'ensuite » (§17), et la conception moderne selon laquelle « la certitude élémentaire est qu'avant le droit, il y a l'État » (§95).
- 4 Paolo Grossi explique cette rupture par les « fondements anthropologiques radicalement différents » (§11) de la « civilisation médiévale » et de la « civilisation moderne », dont le seul point de coïncidence serait d'être « toutes deux des civilisations juridiques » (§12). Peut-être est-ce là le point de vue déformant du juriste que d'accorder une telle importance au droit, mais l'historien du droit propose de manière très stimulante – y compris dans les controverses qu'elle recèle – une séparation nette entre ces deux civilisations juridiques qui ne reposeraient pas en réalité sur le même concept de droit : « la présence du droit dans ces deux civilisations est intense, mais il s'agit de présences – pour ainsi dire – inversées » (§12). Cela résulte d'un « processus d'individualisation » (§30, 34, 39, 46, 47, 49, 64), qui a progressivement

conduit à distinguer chaque être singulier de ses communautés d'appartenance, qui constituaient auparavant le nœud même de son existence.

- 5 Au Moyen Âge, seuls existent véritablement des groupes et des relations : les êtres ne peuvent se saisir qu'à travers leurs multiples interdépendances. Cette conception de la société détermine celle du droit, qui « naît dans les vastes méandres du social, auquel il se mêle et s'incorpore » (§16). C'est pourquoi, « caractérisé par une irréductible factualité » (§20), le droit s'exprime principalement à travers la coutume – non par la voix du prince –, quand son « ordonnancement est mis en place par des maîtres théoriciens, des juges, des notaires ou de simples commerçants plongés dans la pratique des affaires et interprètes de ses besoins, bien plus que par des législateurs » (§18). L'expression la plus parfaite de cette conception se retrouve, selon Paolo Grossi, chez Thomas d'Aquin (v. 1225-1274), dont il commente à nouveau la célèbre définition de la *lex*.
- 6 La modernité politique rompt avec cette définition en extrayant l'individu du social et donc le droit de l'« ordre objectif » (§23, 26) auquel il appartenait. Il ne s'agit pas là d'une rupture brutale, mais d'« une route longue et accidentée, longue de près de cinq siècles » (§43), dont Paolo Grossi situe le point de départ au *xiv*<sup>e</sup> siècle. Le processus consiste en l'apparition d'un sujet qui « ne trouve qu'en lui-même les justifications à ses fins » (§49). La relation s'efface au profit de la volonté, permettant progressivement à la loi du prince de devenir l'instrument principal, si ce n'est exclusif, de création du droit. Cette loi n'a plus rien à avoir avec la *lex* thomasienne, elle est désormais une « forme pure » (§60), qu'importe son contenu, puisque seule la volonté du législateur lui confère toute légitimité. La civilisation juridique moderne se caractérise ainsi par « la mystique de la loi en tant que loi » (§61). Dès lors, à l'aube du *xix*<sup>e</sup> siècle, le droit se réduit à « un système de règles autoritaires, de commandements réfléchis et intentionnels, abstraits et inélastiques, dont le contenu est indiscutable, puisqu'ils tirent leur autorité non de leur propre qualité, mais de la qualité du sujet législateur » (§82).
- 7 Pour sa démonstration, Paolo Grossi recourt plus particulièrement au cas du « royaume de France, qui est, pour le politiste et le juriste, l'extraordinaire laboratoire historique sur le visage duquel apparaissent en premier de manière nette et toujours plus profonde les traits de la modernité » (§52)<sup>6</sup>. Quant aux faits, la lutte du roi de France contre la coutume et pour la captation de la production juridique à son profit constitue effectivement une illustration de choix du processus que décrit l'article. Quant aux idées, les écrits de Jean Bodin (1529/30-1596) et Michel de Montaigne (1533-1592) apparaissent à Paolo Grossi comme les meilleurs témoignages de cette transformation à l'œuvre. Il puise chez le second de ces deux juristes<sup>7</sup> sa réflexion sur la loi moderne, et chez le premier celle sur la souveraineté. L'historien du droit attire ici l'attention du lecteur sur le glissement sémantique qui affecte ce terme entre le Moyen Âge et l'époque moderne. Alors que la souveraineté médiévale se pense à travers un complexe réseau de relations (et dans une infériorité à Dieu), la souveraineté moderne est le fruit du processus d'individualisation, qui ne met désormais plus en scène que « deux protagonistes, l'individu et l'État » (§71). L'apparition de ces deux sujets se fait de concert dans le projet rationaliste des penseurs de la modernité, illustré dans cet article par le *Leviathan* de Thomas Hobbes (1588-1679). « Le front sur lequel se trouvent individu et État est forcément le même, car pour l'un comme pour l'autre il n'y a qu'un seul ennemi à vaincre » (§77), la complexité irrationnelle de l'ordonnancement médiéval, c'est-à-dire pour le droit, le pluralisme juridique. La modernité politique est

le résultat de cette lutte et, pour Paolo Grossi, il s'agit d'un résultat amer, résumé dans la dernière phrase de l'article, qui révèle les soubassements de sa propre pensée : « L'itinéraire décomplexé de la modernité politique, grâce à l'intensification du politique obtenue avec l'instrument sournois mais efficace de la stratégie jusnaturaliste, a abouti, pour l'histoire du droit, à un positivisme juridique fermé dont, malgré le passage du temps, nous sommes encore les victimes » (§95).

- 8 Cet « itinéraire décomplexé », qui cherche à rendre « *lo spigliato itinerario* », trahit la difficulté à traduire le style si original de Paolo Grossi, fait de métaphores et de répétitions. La traduction se veut fidèle à la lettre, ce qui occasionne sans doute quelques lourdeurs en français, mais permet de rendre – au moins partiellement – la dimension sensorielle du texte, consubstantielle à sa puissance intellectuelle ; d'autant plus que l'auteur a choisi de conserver le déroulé de la communication orale dans son article. Ainsi, lorsque la lisibilité du texte en français n'était pas compromise, la structure des phrases avec leurs nombreuses incises, leurs multiples points-virgules, leurs propositions enchâssées, a été conservée. Dès lors que le sens n'était pas trahi, les métaphores ont été conservées, malgré l'étrangeté qu'elles peuvent parfois avoir en français. Par exemple, au §11, « *a cavalcioni fra pianeta medievale e pianeta moderno* » a été traduit par « à cheval entre planète médiévale et planète moderne », à rapprocher de l'expression « *l'universo medievale* », traduite au §13 par « l'univers médiéval », et du « *mondo medievale* », rendu par « monde médiéval » au §35. Régulièrement, Paolo Grossi met des capitales à certains mots pour en accentuer l'importance, elles ont été conservées en français (Amie, Prince, Monarchie, Individu, Codes, ...). Hormis le *Leviathan*, cité dans sa traduction italienne, Paolo Grossi cite les textes historiques dans leur langue d'origine, qui n'ont donc pas non plus été traduits ici. Ainsi, un astérisque signale – à la place de l'italique originale ici remplacée par du romain du fait de la traduction – les termes, expressions et citations en français et moyen français utilisés dans cet article par l'historien du droit italien.

## II. Modernité politique et ordre juridique (traduction de Xavier Prévost)

### 1.

- 9 Les organisateurs de ce colloque ont bien fait de se souvenir d'Anna Maria Battista à l'occasion du dixième anniversaire de sa mort et de choisir un tel thème d'étude. Je n'ai aucun doute quant à l'opportunité de se souvenir de celle qui, parmi la foule sans cesse croissante des compilateurs ordinaires, s'est distinguée et s'est nettement démarquée par la finesse et la luminosité de son esprit. Je n'ai aucun doute quant à l'opportunité et à la convenance de lier le nom d'Anna Maria à une réflexion sur la modernité politique : c'est précisément sur ce nœud problématique que notre chère et regrettée Amie a écrit des pages inoubliables (il est tout à fait superflu pour moi de rappeler aux historiens de la pensée politique ses interventions joyeuses et percutantes sur les libertins et leurs précurseurs).
- 10 Pour ma part, je suis sincèrement heureux d'être parmi vous aujourd'hui et je suis reconnaissant aux organisateurs pour leur invitation que j'ai acceptée avec empressement, dans le lien – qui dure au-delà de la mort – d'amitié avec Anna Maria. Je viens à vous, cependant, avec mes compétences professionnelles limitées ; je viens à

vous et je vous parlerai en tant que juriste, en tant qu'historien du droit, pour la simple et bonne raison que je ne sais rien faire d'autre, rassuré cependant par le fait que c'est précisément ce qui m'est demandé : une réflexion sur le problème de la modernité pris dans le rapport entre pouvoir politique et dimension juridique, un contrepoint complexe entremêlé de connexions, d'oppositions, de disjonctions, mais certainement très éclairant pour une approche plus pertinente de la modernité politique elle-même.

- 11 Convaincu que l'arme la plus efficace entre les mains de l'historien est la comparaison, plus efficace pour obtenir le résultat d'une historicisation réussie, je me positionnerai idéalement à cheval entre planète médiévale et planète moderne, en identifiant les différentes solutions et en les saisissant dans la typicité de leurs messages. Deux mondes liés par une continuité chronologique, mais marqués par une discontinuité substantielle, qui est substantielle en ce que la profonde diversité des solutions adoptées découle de fondements anthropologiques radicalement différents. Se placer sur une frontière de démarcation idéale servira donc à accentuer la typicité que nous venons d'évoquer, et à exalter les particularités de la modernité politique, en conformité avec le programme et le but de notre colloque.
- 12 Sur un point seulement, civilisation médiévale et civilisation moderne semblent coïncider aux yeux de l'observateur juriste : ce sont toutes deux des civilisations *juridiques*, au sens élémentaire où elles font toutes deux grand cas du droit comme structure d'agglomération en leur sein. Toutefois, il s'agit d'une collimation formelle et apparente : pour pousser le regard plus loin, même de ce point de vue, les choix deviennent différents sinon opposés. C'est vrai : la présence du droit dans ces deux civilisations est intense, mais il s'agit de présences – pour ainsi dire – inversées : le respect total et indéniable qui, pour la dimension juridique, circule constamment dans les veines de l'organisme médiéval, n'a d'égal que l'attitude d'instrumentalisation complète qui domine l'organisme moderne ; ce qui était placé – pour le premier – parmi les fins suprêmes de la société civile, ne devient – pour le second – qu'un instrument, certes important, entre les mains d'un pouvoir politique contingent. Cette allusion liminaire suffira pour le moment ; il s'agit désormais de la reprendre et de la développer tout au long de la conférence.

## 2.

- 13 L'univers médiéval se caractérise par le regard attentif de l'historien, parce qu'il exprime en lui ce que j'ai appelé ailleurs un pouvoir politique incomplet<sup>8</sup> ; par incomplétude, j'entends non pas le manque d'efficacité (qui est souvent le cas, et qui peut parfois même évoluer en manifestations tyranniques), mais l'absence d'un projet totalisant, englobant. En d'autres termes, le pouvoir politique ne prétend pas contrôler l'ensemble du social, au contraire, il se caractérise par une indifférence substantielle à l'égard des domaines – même grands, voire très grands – du social qui n'interfèrent pas directement avec le gouvernement de la chose publique.
- 14 Et il y a une première conséquence très importante : le social, fondamentalement autonome, sans contraintes impératives, vit pleinement son histoire dans toute la palette possible de ses expressions ; laissé libre, il se livre à mille combinaisons, nœuds, sédimentations, du niveau politique au niveau économique, du niveau culturel au niveau professionnel, du niveau religieux au niveau familial, supra-familial, aristocratique, nous offrant ce paysage d'une infinité de figures corporatives qui sont la

marque du visage médiéval et, en raison de l'inertie historique, aussi post-médiéval. Si l'on ajoute à cela une psychologie collective parcourue par l'insécurité générale et marquée par l'humilité sincère des opérateurs individuels<sup>9</sup>, il en résulte une civilisation qui a deux protagonistes essentiels : à l'arrière-plan, menaçant et conditionnant, la nature cosmique avec ses faits primordiaux, perçue comme alvéole protectrice et garantie bénéfique de survie mais aussi dans son indomptable énormité ; dans les trames du tissu de l'existence quotidienne, la communauté, creuset indispensable au déroulement des événements individuels, dans les multiples manifestations qui expriment toute la complexité de la vie commune.

- 15 C'est un monde de constructions sociales qui se profile sous nos yeux, incroyablement articulé et multiforme, certainement alluvionnaire en raison de cette incessante production, intégration, stratification des dimensions communautaires les plus disparates, où l'individu est une abstraction puisque le singulier n'est pensable qu'à l'intérieur du solide réseau de relations qu'offrent ces dimensions.
- 16 C'est de là que le droit remonte, et ici qu'il s'installe. Ce n'est pas le fruit de la volonté de tel ou tel pouvoir politique contingent, de tel ou tel Prince, mais une réalité historiquement et logiquement antérieure, qui naît dans les vastes méandres du social, auquel il se mêle et s'incorpore. Le droit est un phénomène primordial et profond de la société ; pour subsister, il n'attend pas ces coagulations historiques liées au développement humain et représentées par les différentes formes de réglementation publique. Au contraire, ces organisations communautaires plus plastiques sont pour lui un terrain nécessaire et suffisant dans lesquelles le social s'ordonne et qui ne se fondent pas encore sur la *polis* mais sur le sang, sur les croyances religieuses, sur le métier, sur la solidarité coopérative, sur la collaboration économique.
- 17 En bref : *d'abord il y a le droit* ; le pouvoir politique ne vient qu'ensuite. Par cette affirmation apparemment surprenante, j'entends souligner que, dans la civilisation médiévale, on a une conscience diffuse du caractère ontique du droit, reposant dans les couches profondes et durables de la société, ossature secrète et structure cachée de cette dernière.
- 18 Et une deuxième conséquence, pertinente, émerge : il n'est pas la voix du pouvoir, il ne porte pas son empreinte, il ne souffre pas de ses inévitables immixtions, de ses inévitables particularismes. Une précision est néanmoins nécessaire : bien sûr, ici aussi, une partie du juridique est liée et connectée à celui qui détient le gouvernement de la chose publique et c'est ce que nous avons l'habitude de qualifier aujourd'hui de droit constitutionnel, administratif, voire pénal, mais le droit par excellence, cette raison civile appelée à régler la vie quotidienne des hommes, prend forme directement et immédiatement du social et il s'appuie sur ses forces éparses : ses canaux sont, au niveau génétique, un dense affleurement de coutumes, bien plus que les rares interventions autoritaires des Princes ; au plan de sa consolidation et de sa définition, un riche ordonnancement est mis en place par des maîtres théoriciens, des juges, des notaires ou de simples commerçants plongés dans la pratique des affaires et interprètes de ses besoins, bien plus que par des législateurs.
- 19 Pour la civilisation médiévale, on peut parler à juste titre de l'autonomie du juridique, relative mais autonome, de la même manière que l'on a parlé précédemment de l'autonomie du social. Sans doute, le droit ne flotte jamais sur l'histoire, au contraire, il tend toujours à s'y incarner et à s'en interpénétrer, mais ici c'est une large pluralité de forces circulant librement dans la société qui l'orientent, des forces spirituelles,



culturelles, économiques, toutes les forces circulant librement dans le social. Le social et le juridique tendent à se confondre, et une dimension juridique vue comme un monde de pures formes séparées d'une substance sociale est impensable.

- 20 Et une troisième conséquence, tout aussi pertinente et déjà sommairement esquissée dans la dernière affirmation, émerge. Le droit, émanation de la société civile dans son intégralité mais issu des couches les plus profondes, ne peut manquer d'être caractérisé par une irréductible factualité. Il faut néanmoins faire cette mise en garde : le droit n'appartient pas à la surface sociale où se consomme l'entrelacement des luttes, des bagarres, des misères et des désordres de la quotidienneté médiévale, il n'est jamais lié à une factualité épisodique. Le droit est ici une réalité enracinée, c'est-à-dire qu'il provient des racines, et des racines les plus profondes que l'on puisse imaginer : il est la concrétisation réelle des fondements de tout un édifice de civilisation et, comme tel, il est intimement lié aux grands faits primordiaux qui fondent cet édifice ; des faits en même temps physiques et sociaux, appartenant en même temps à la nature cosmique, mais considérés comme le fondement ultime et premier de toute la construction sociale.
- 21 La durée, c'est-à-dire le temps comme parcours, comme parcours durable, avec sa capacité d'affecter toute structure humaine ou naturelle ; la terre comme force magnétique qui attire à elle les personnes et les choses ; dans un premier instant aussi le sang, comme signe d'appartenance à un *ethnos*, avec sa forte caractérisation ; ce sont là les faits originels qui semblent dotés d'une normativité intrinsèque et qui déterminent – et marquent de manière indélébile – la construction socio-juridique.
- 22 Et on comprend ainsi que le moment génétique normal et la manifestation normale de la juridicité soient de caractère coutumier. La coutume – que le philosophe définit à juste titre comme un fait normatif<sup>0</sup>, qui se fait parmi les faits de la nature cosmico-sociale – est la plus terrestre des sources, elle naît de la terre, elle rampe sur le sol et exprime les nécessités qui y sont inscrites, mais elle a besoin d'être pétrie dans temps, de devenir durable pour être une norme reçue et respectée.
- 23 De notre lieu d'observation, le résultat qui ressort dans toute sa typicité historique est un droit qui ne réside pas dans les plans d'un Prince, qui ne jaillit pas de sa tête, qui ne manifeste pas ses bonnes ou ses mauvaises volontés, si puissantes soient-elles, qui n'est pas contrôlé par un marionnettiste qui manœuvre tous les fils à son gré. Ce droit a sa propre onticité, il appartient à un ordre objectif, il est à l'intérieur de la nature des choses où il peut et doit être découvert et lu.
- 24 Nul plus que saint Thomas, l'assimilateur et le coryphée, à la fin du XIII<sup>e</sup> siècle, de l'anthropologie et de la politologie médiévales, n'a aussi clairement traduit une telle certitude en une définition essentielle. C'est la définition justement célébrée de *lex*, sur laquelle il convient de s'arrêter un instant avec toute notre attention car, trop souvent, les lectures apologétiques du côté catholique, surtout, ont banalisé le contenu vigoureux de cette pensée politico-juridique, se laissant monopoliser par la référence, certes pertinente, au bien commun comme fin de la norme. Lisons-la par nous-mêmes au milieu de la *quaestio* 90 de la *Prima Secundae* consacrée précisément à l'« *essentia legis* » :
- Quaedam rationis ordinatio ad bonum commune, ab eo qui curam communitatis habet promulgata*<sup>11</sup>.
- 25 Une donnée s'en dégage : la dimension subjective cède la place à la dimension objective ; en d'autres termes, ce n'est pas tant le sujet promulgateur qui est pertinent,

mais son contenu objectif. À propos du sujet, Thomas est volontairement vague et hâtif : il parle de manière générique de celui qui gouverne la communauté et adopte une locution verbale – *promulgata* – là où la composante volitive, créative, en bref potestative, est réduite au minimum, tandis que la composante constatative et déclarative est mise en évidence. N’oublions pas que le maître de Thomas, dans une définition peu connue mais très éclairante, avait déjà apporté de fermes précisions sur le *subiectus legis*, réservant les fonctions actives et substantielles au *populus* et au *coetus iuristarum* et réduisant le Prince à celui qui se borne à offrir l’*auctoritatis sanctio* à la norme<sup>12</sup>.

- 26 Pour Thomas, en revanche, ce qui compte, c’est le contenu, qui est doublement précisé : il s’agit d’un ordonnancement, d’un ordonnancement exclusivement confié à la raison. *Ordinatio* est le mot qui déplace l’axe de définition du sujet vers l’objet, parce qu’il insiste non pas sur sa liberté mais sur les limites de sa liberté ; ordonner est en effet une activité contrainte, puisqu’il s’agit de prendre acte d’un ordre objectif préexistant et inévitable à l’intérieur duquel insérer le contenu de la *lex*.
- 27 Et c’est précisément pour cette raison que l’instrument pour ordonner est identifié dans la raison, c’est-à-dire dans une activité psychologique à prédominance cognitive : parce que la connaissance est le plus grand acte d’humilité qu’un sujet puisse accomplir à l’égard du cosmos et de la société, parce que la connaissance est la projection du sujet en dehors de sa propre individualité afin de découvrir, dans la réalité qui lui est extérieure, les vérités qu’elle contient, pour découvrir l’ordre conçu et mis en œuvre par la Divinité. Thomas le répète continuellement, comme pour en souligner l’élément vraiment essentiel : « *lex est aliquid rationis* »<sup>13</sup>, « *lex est aliquid rationis* »<sup>14</sup>, « *lex est quoddam dictamen practicae rationis* »<sup>15</sup>. Ce qui est vraiment essentiel, c’est le caractère raisonnable de la *lex*, c’est-à-dire une correspondance déterminée et très stricte de son contenu à un modèle que ni le Prince, ni le peuple, ni la communauté des juristes ne créent, mais qu’ils sont simplement appelés à découvrir dans l’ontologie de la création.
- 28 Face à cet appel lancinant au caractère raisonnable, il est facile pour le juriste italien d’aujourd’hui de faire un constat affligeant : pour que – dans notre tradition de droit public – on en vienne à parler du « caractère raisonnable de la loi », idée considérée comme intimement sacrilège pour une mentalité tenacement legaliste, il a fallu attendre les ouvertures très récentes de la Cour constitutionnelle ; mais nous n’en sommes qu’au début.
- 29 Enfin, permettez-moi un complément. Derrière ce chaleureux aiguillon rationalisateur, saint Thomas n’épargne même pas cette notion à laquelle une dimension purement potestative aurait pu sembler tout à fait convenir : l’*imperium*, le commandement. Ici aussi, le même procédé est mis en œuvre : commander ne signifie pas projeter sur un sujet inférieur l’arbitraire de la volonté du supérieur, puisque « *imperare autem est quidem essentialiter actus rationis ; imperans enim ordinat eum cui imperat* »<sup>16</sup>. Et là refait surface, mais de manière non inattendue, ce schéma central d’*ordinatio*, d’ordonnancement, sur le fondement duquel le supérieur est chargé de l’énorme responsabilité de percevoir les trames de l’ordre préexistant et d’y lier sa propre activité impérative. Nous sommes aux extrémités d’un véritable paroxysme rationalisateur, et le chemin tracé par le caractère raisonnable semble être la seule voie pour guider l’homme – qu’il s’agisse du Prince ou de tout autre dirigeant –, dans ses rapports avec la nature et avec ses semblables.

### 3.

- 30 Disons-le sans ambages : ce qui répugne à la mentalité authentiquement médiévale, c'est tout processus d'*individualisation*, c'est-à-dire tout processus qui tend à abstraire et à soustraire les individualités singulières du tissu relationnel très ordonné qu'offre la nature et surtout l'histoire, et dans lequel chaque individu se trouve situé et avec lequel il est appelé à traiter. Cela apparaît clairement dans chacune de ses filiations, depuis l'élaboration philosophique d'une théorie de la connaissance, jusqu'à l'édification d'une doctrine politique et d'une construction politique, à la conception et la structuration d'un ordre juridique.
- 31 Au cœur de la réflexion philosophique médiévale, se trouve justement la grande dispute sur les universaux : ce n'est qu'à un observateur superficiel incurablement malade de la modernité qu'elle pourrait apparaître comme une sorte de sophisme car, au contraire, ce qui est en jeu ici c'est quelque chose de vital et d'essentiel, à savoir l'affirmation d'un monde de genres, d'espèces, de relations, d'états, bref, un ordre, qui s'inscrit *de manière réaliste* dans le monde des simples réalités individuelles, constituant un irremplaçable canal et filtre de médiation entre les deux entités faibles de l'observateur individuel et de l'objet individuel. Dans les trames de la dispute, les réalistes étaient la voix originale d'une mentalité authentiquement médiévale contre ces précurseurs de la modernité qui prétendaient reléguer parmi des qualifications purement nominales les réalités des relations, libérant les individualités de la contrainte de conditionnement représentée par la médiation nécessaire des universaux.
- 32 C'est la même mentalité qui, au niveau socio-politico-juridique, prend comme pivot prédominant davantage la relation entre les sujets, davantage ce complexe de relations de connexion et de liaisons qu'est la communauté, plutôt que les sujets pris dans leur singularité. Et l'univers social est un entrelacement ordonné, bien que complexe, de groupes plus ou moins grands, et l'univers politique est un ensemble très ordonné de communautés, de la communauté œcuménique (qui inclut l'ensemble du genre humain) à l'étroite communauté spatialement et temporellement fonctionnelle, telle la plus petite des communes rurales.
- 33 Mais le résultat recherché est toujours le même : la nécessité de ne pas abstraire une individualité solitaire – qu'elle soit le sujet de la vie quotidienne ou le sujet politique – mais de l'immerger et presque de la confiner bien au sein d'un tissu relationnel protecteur et salvateur, dans un ordre extrêmement complexe qui est, en soi, une valeur à préserver et à encourager.
- 34 La primauté de la communauté se détache clairement et, derrière elle, une psychologie collective de méfiance à l'égard du singulier et de totale confiance dans la réalité intégrative cohésive qui sauve toute formation sociale, une réalité – en tant que telle – bien plus parfaite que ses faiblesses intrinsèques. Comme on le disait au début, elle rejette tout processus d'individualisation tant sur le plan purement social que politique.
- 35 C'est pour cette raison qu'il est possible – conclusion qui n'est qu'illusoirement paradoxale – de déceler dans cette configuration civilisationnelle l'absence de l'individu-personne et de l'État : il est vrai que le monde médiéval est peuplé de personnes actives et il est tout aussi certain qu'il s'articule autour d'organismes

politiques multiformes, mais celles-là et ceux-ci sont toujours pris et immobilisés au centre d'un tissu de relations. C'est l'indépendance, c'est la liberté du sujet qui sont atténuées, lequel sujet n'est jamais pris dans son individualité solitaire mais comme extrémité d'une relation.

- 36 Le protagoniste, ce n'est donc pas l'individu, mais la relation ; le protagoniste, c'est ce nœud de relations qu'est la communauté, chaque communauté, chaque formation sociale, grande ou petite. L'individu personne physique, tel que nous les modernes avons l'habitude de le penser et de le vivre, comme un microcosme chef de ses vertus et potentialités intrinsèques, de ses facultés et de ses pouvoirs, est indubitablement un projet futuriste ; de même que le protagoniste du droit civil moderne est un projet futuriste, le sujet abstrait et unitaire, unitaire parce qu'abstrait, non pas homme en chair et en os mais modèle tiré du dépôt statuaire du droit naturel et, par conséquent, entité métahistorique.
- 37 Le sujet médiéval est, au contraire, immergé dans le social et ses manifestations communautaires, à la fois élève et victime d'un ordre surplombant. La société intermédiaire (qu'il s'agisse de la famille, de l'agrégat supra-familial, de la corporation des arts et métiers, de la communauté politique, de la communauté religieuse) socialise et historicise le sujet, l'incarne, le signifie, le reconnaît, le respecte dans ses inégalités manifestes, c'est-à-dire fait de lui un paysan ou un marchand, un noble ou un plébéien, un riche ou un pauvre, un sachant ou un ignorant. Dans ce cadre, c'est l'insertion dans le contexte ordonné qui compte, et le sujet se présente comme position et relation, toujours pensé à côté d'un autre qui le surplombe, qui le sous-tend, qui vit à côté de lui, non pas dans une situation d'isolement et d'indépendance mais au sein d'un rapport relationnel. C'est l'idée de relation juridique qui se situe à la base du droit médiéval, tandis que l'idée de droit subjectif apparaît comme un projet futuriste si elle est conçue, comme dans l'individualisme moderne, comme un pouvoir lié à la volonté d'un individu physique (et dérivant de celle-ci)<sup>17</sup>.
- 38 La notion même de liberté, qui, déjà dans les incunables de la modernité, prend naissance à l'intérieur du sujet, est uniquement liée à sa volonté et est donc le signe et la garantie de son indépendance absolue, est perçue comme une situation relationnelle. Le regard relationnel-social de la liberté, que l'on retrouve déjà parfaitement saisi dans un texte classique d'Aristote<sup>18</sup>, s'intensifie. Il n'y a pas de contenu absolu à cette liberté, qui résulte d'une situation perpétuellement confrontée aux autres (et conditionnée aux autres) ; ce n'est pas déjà *la* liberté, un singulier absolutisant qui convient bien à cet absolu que sera le sujet de droit moderne, mais ce sont de nombreuses *libertates* qui n'ont pas leur origine dans les potentialités irrésistibles de celui-là et qui seraient donc absolues parce qu'engendrées et fondées dans la sphère éthique de l'*interior homo*, mais dans telle ou telle situation historique, c'est-à-dire dans les différents contextes existentiels dans lesquels il se trouve dans ses propres affaires humaines.
- 39 Le discours qu'il convient de tenir pour le sujet politique État est parfaitement identique. L'État – entendu, évidemment, non pas dans un sens générique non concluant, mais dans cette manifestation de puissance accomplie dont on parlait au début – est un absolu et se présente, d'une part, comme rupture avec le vieil universalisme politique et, d'autre part, comme dépassement de l'ancien communautarisme. Dans la vision corporative médiévale, chaque communauté se manifeste dans son autonomie ; étant précisé que l'autonomie est une notion relative, que c'est une indépendance relative, que c'est la position d'une entité conçue et résolue

dans un contexte plus large et nécessairement conditionnée dans l'inévitable rapport à l'altérité<sup>19</sup>. La communauté État, telle qu'elle surgit de manière toujours plus vive depuis le XIV<sup>e</sup> siècle, est une créature insulaire, qui rejette les conditionnements qui peuvent provenir de communautés supérieures ou contiguës, qui supprime (ou tend à supprimer) les manifestations sociales en son sein, préférant dialoguer avec l'individu solitaire. L'État est l'aboutissement le plus visible et le plus massif d'un processus d'individualisation au niveau politique ; c'est l'abandon et le dépassement d'une civilisation des autonomies, afin d'entreprendre l'édification d'une civilisation de la souveraineté, de nombreuses souverainetés, dont chacune est comprise comme une indépendance absolue, c'est-à-dire absolue au sens étymologique de dénouement (*absoluta*) de toute mortification possible par les liens. C'est l'absolu qui caractérise l'État et sa souveraineté, et en marque la différence avec la relativité des autonomies médiévales. État et souveraineté sont des créatures étrangères non seulement à la pratique politique, mais surtout à l'idéologie du Moyen Âge ; dans cette civilisation, ce sont des créatures impensables.

- 40 Une précision terminologique est nécessaire concernant le mot ambigu de « souveraineté ». En effet, le nom « État » n'est pas ambigu, puisque le lexique médiéval l'utilise dans un sens qui est foncièrement différent de celui qu'il a pris jusqu'à nous depuis l'époque moderne. Le terme de souveraineté, au contraire, est ambigu, puisqu'il est normalement utilisé en droit féodal pour désigner une position de supériorité, avec une évocation qui pourrait dérouter un observateur inattentif et lui faire penser à autre chose qu'à une pure continuité terminologique. Et la clarification nécessaire est la suivante : la souveraineté\*<sup>20</sup> est, en droit féodal, une position relationnelle typique, décrivant une situation d'autonomie, c'est-à-dire d'autonomie relative, avec un détachement conceptuel très net de ce que Bodin, par exemple, a ensuite entendu comme souveraineté\*.
- 41 Ajoutons une nouvelle précision d'une autre nature : le monde historique a toujours besoin d'un point fixe très stable auquel lier et fixer la relativité de l'histoire, c'est-à-dire du social, du politique, de l'économique ; et c'est un besoin qui a également été profondément ressenti dans la civilisation médiévale, mais elle le trouve et l'identifie au-dessus de l'histoire dans la souveraineté de Dieu, un Dieu personne, père et maître du monde. Le nouveau monde sécularisé, ou en voie de sécularisation, avec une idée panthéiste de plus en plus vague de la divinité, ne peut que chercher et trouver la souveraineté dans le monde, entre les mains du nouveau Prince, au sein du nouvel organisme politique désormais devenu le sujet spécifique État.

#### 4.

- 42 Reprenons les points clefs du discours développé jusqu'ici : dans la civilisation médiévale, l'ordre juridique est, à l'exception de quelques domaines sensibles touchant au gouvernement de la chose publique, une réalité ontique, écrite dans la nature des choses, une réalité délicieusement *radicale* parce qu'elle se développe à partir des racines d'une société et donc en harmonie avec les coutumes, avec les faits caractéristiques qui donnent son visage particulier à une civilisation historique ; en cela, assurément, il se présente toujours sous la bannière de la complexité ; une réalité – et nous touchons là au nerf du thème de notre colloque – qui naît, vit, prospère, se transforme en dehors des rouages du pouvoir politique, lequel, en vertu de son

incomplétude, n'a pas de prétentions excessives, respecte le pluralisme juridique, respecte le concours des forces qui le provoquent. Il s'agit là d'une dimension historique authentiquement médiévale que la relative indifférence du Prince à l'égard du droit, mais qui, par l'inertie qui est souvent une composante première des théâtres historiques, s'étend – même si elle est discutée, contestée, érodée – jusqu'aux grands bouleversements politiques et juridiques de la fin du XVIII<sup>e</sup> siècle ; un civiliste italien intelligent et cultivé a pu parler, à juste titre, d'un « extra-étatisme du droit civil » jusqu'aux grandes codifications du XIX<sup>e</sup> siècle<sup>21</sup>.

- 43 Nous avons dit : discutée, contestée, érodée ; et c'est bien comme cela. L'itinéraire qui a conduit à cette nouvelle vision du rapport entre pouvoir politique et ordre juridique qui, dans son parfait renversement au regard des solutions médiévales, a constitué l'archétype moderne, est une route longue et accidentée, longue de près de cinq siècles, où les nouveautés arrogantes se mêlent à la résistance ostensible d'un ordre qui a réussi à se connecter aux nerfs les plus profonds de la société. À présent, nous nous proposons donc de suivre brièvement ce chemin.
- 44 Les origines du « moderne », pour le politiste et pour le juriste, remontent à un siècle qui, pour le chronologiste pur, semble se situer en plein Moyen Âge. C'est en effet au XIV<sup>e</sup> siècle qu'un processus s'enclenche et que l'ancienne *tranquillitas ordinis* reçoit les premières secousses fatales. C'est un siècle tourmenté, qui révèle à l'historien une double crise conjointe des structures et des idéaux. Crise démographique, abandon des terres, famine et une faim de plus en plus généralisée sapent l'édifice très lentement construit au cours des siècles, tandis que les vieilles certitudes dominantes s'effondrent et qu'une psychologie collective de la méfiance émerge et progresse : cet édifice n'a pas été capable de garantir sa survie ; on réclame un nouvel ordre socio-politico-juridique, une refondation sur de nouvelles bases.
- 45 C'est là que réside la modernité du XIV<sup>e</sup> siècle : dans l'amer constat d'un naufrage, dans la condamnation conséquente de la configuration traditionnelle, dans le désir de quelque chose de nouveau qui traverse toute la société. C'est précisément le choix fondamental qui était au cœur de la civilisation médiévale qui est mis en cause : la primauté de la communauté sur le singulier, la communauté – chaque communauté – comme pilier et protagoniste du social, la perception de la société comme un fait universel mais articulé dans un nombre illimité d'organisations sociales.
- 46 La nouvelle voie que l'on commence à suivre est celle de la redécouverte de l'individu, de chaque individu, en tant que valeur en soi. Le processus qui s'enclenche est un processus d'*individualisation* de plus en plus décisif, et concerne tous les niveaux, du niveau généralement anthropologique au niveau plus spécifiquement politique, démontrant une conjonction harmonieuse des dimensions les plus disparates et signalant ainsi qu'une nouvelle civilisation est en train de se préparer.
- 47 Ce que nous avons appelé le processus d'individualisation devait partir d'une première opération indispensable : la libération de l'entité individuelle des incrustations communautaires compliquées que la vision et la pratique médiévales avaient consciemment déposées en elle. Le premier signe de la nouveauté ne pouvait que consister en ce mouvement libérateur ; libérer chaque individu de la contrainte de ce complexe de relations dans lequel il était jusque-là pensé et, de fait, immergé. La libération, en somme, consistait à réclamer pour chaque entité individuelle sa capacité d'extraction et d'abstraction du social, la capacité de trouver en elle-même des

potentialités et des possibilités concrètes de vie indépendante. Synchroniquement, l'un de ces mouvements globaux qui affectent tous les aspects d'une civilisation naît et se développe.

- 48 Le bouleversement est avant tout clairement perceptible sur le plan anthropologique : on tente de remplacer l'ancien sujet enveloppé par la nature et l'histoire, auquel on offrait principalement des outils cognitifs – qui le projetaient vers l'extérieur parce qu'ils étaient tributaires de l'extérieur – par un sujet de plus en plus autosuffisant, pilier de l'ordre nouveau. La nouvelle gnoséologie a évidemment une empreinte volontariste résolue, puisque la volonté – la plus autonome des forces psychiques du sujet, parce qu'elle trouve en lui toutes les justifications possibles – peut efficacement enfermer en elle-même le microcosme et le cimenter à l'égard de l'extérieur ; il n'est pas surprenant non plus que le volontarisme soit accouplé au triomphe du nominalisme philosophique. Le réseau relationnel des universaux peut bien se réduire à un *flatus vocis*, puisque le singulier, désormais confiant en lui-même, est capable d'une approche directe et immédiate des individualités extérieures à lui. L'échafaudage bien rangé, qui avait été à la fois protecteur et étouffant, fond comme neige au soleil.
- 49 Nous nous intéressons néanmoins avant tout au processus d'individualisation tel qu'il se déroule au niveau politique. Ici aussi, il s'agit de libération, d'élimination des incrustations communautaires : c'est-à-dire qu'il s'agit de penser et de concevoir un nouveau sujet politique, de le doter d'une armure qui en rende possible la solitude absolue, de sorte qu'il ne trouve qu'en lui-même les justifications à ses fins. Parfaite harmonie avec ce qui se passe à la fois au niveau gnoséologique et génériquement anthropologique.
- 50 Si la souveraineté médiévale signifiait seulement être supérieur à celui qui est investi de pouvoirs mais inférieur par rapport à un autre, en réservant le caractère absolu des pouvoirs au seul souverain métaphysique qu'est le Dieu de la tradition judéo-chrétienne, dans le nouveau paysage politique se dessine de plus en plus un pouvoir qui conserve encore le même terme de souveraineté, mais qui met de côté le contenu relationnel et relativisant inhérent à l'ancien ordre féodal. C'est un pouvoir qui se rapproche toujours plus de la « puissance absolue et perpétuelle »\* théorisée à la fin du xvi<sup>e</sup> siècle dans la *République* de Bodin<sup>22</sup>, et c'est le miroir de ce sujet politique profondément transformé qu'est le nouveau Prince, un sujet qui n'aime pas les mortifications venant de la réalité de ce monde, qui n'est pas en dialogue avec la nature et la société, qui ne tolère pas de s'humilier en tant que simple chef d'une relation. Celui-ci – individu d'une absolue insularité – aura tendance à projeter vers l'extérieur une volonté parfaitement définie, qui a déjà trouvé en lui toutes les justifications possibles.
- 51 Des circonstances très connues ne méritent guère d'être rapportées, mais le nouveau lien entre ce Prince et la dimension juridique est digne d'être signalée : lentement mais incessamment, à l'ancienne psychologie de l'indifférence à l'égard de larges domaines du juridique se substitue une psychologie de l'attention soutenue, une attitude intrusive, une implication toujours plus grande dans la production du droit. Tout cela, bien inséré dans une vision du pouvoir politique comme puissance totale, puissance toujours plus complète. C'est le début d'un long chemin au cours duquel le Prince a affronté sur le champ de bataille toutes les formes de pluralisme social et de pluralisme juridique.

- 52 C'est un processus que l'on peut clairement observer dans le royaume de France qui est, pour le politiste et le juriste, l'extraordinaire laboratoire historique sur le visage duquel apparaissent en premier de manière nette et toujours plus profonde les traits de la modernité. L'histoire de la monarchie française du XII<sup>e</sup> au XVIII<sup>e</sup> siècle est l'histoire d'une prise de conscience toujours plus intense de la part du Prince, de sa perception toujours plus précise de l'essentialité du droit dans le cadre du projet étatique, du besoin toujours plus ressenti de se comporter en législateur. À l'inverse, il s'agit de capturer dans la production de normes autoritaires l'emblème et la colonne vertébrale de la royauté et de la souveraineté.
- 53 Il peut être révélateur de suivre l'évolution de la politique juridique de la Monarchie, en accordant une attention particulière aux rapports entre le Souverain et le complexe coutumier, entre ordonnance\* royale et coutume\* traditionnelle.
- 54 Depuis le règne de Philippe Auguste, à partir de la vaste plateforme coutumière\*, véritable forge juridique d'une bonne partie de la France centro-septentrionale, le roi a estimé qu'il devait contrôler un espace toujours plus important, qui vient éroder la puissance productive des communautés et corporations. La ligne de démarcation se situe clairement au sein des siècles tardo-médiévaux et proto-modernes : tout d'abord, le Roi s'est occupé de faire mettre par écrit les coutumes avec une forte ingérence du pouvoir central, puis il a exigé qu'elles soient rédigées dans la langue nationale et non plus en latin, désormais considéré comme une langue étrangère, en même temps l'intervention normative directe du Prince ne cesse de s'étendre, pénétrant toujours plus dans des domaines jusqu'ici considérés comme exclus, enfin – nous sommes alors à la fin du XVII<sup>e</sup> siècle – les actes normatifs épars deviennent un tissu normatif bien planifié, soutenu par une approche organique dans la gestion des domaines pertinents de l'expérience juridique, qui tend désormais à remplacer de manière monocratique l'ancien pluralisme des sources.
- 55 C'est ici que s'établit le rôle prépondérant de la loi, non plus comprise dans le sens vague de la *lex* de saint Thomas, encline à s'estomper dans le *ius*, mais dans le sens très étroit de la *loy*\*, loi au sens moderne, volonté autoritaire du détenteur de la nouvelle souveraineté et caractérisée par les attributs de la généralité et de la rigidité.
- 56 Mais une autre distinction entre la *lex* des médiévaux et la *loy*\* des modernes doit être soulignée : alors que la première était marquée par des contenus bien définis et des finalités bien définies – le caractère raisonnable, le bien commun –, la seconde se présente comme une réalité qui ne trouve ni son sens ni sa légitimité sociale dans un contenu ou une finalité.
- 57 Sans doute personne mieux que Michel de Montaigne, observateur impitoyable mais très attentif de lui-même et du monde, n'a su exprimer cette vérité élémentaire :
- Les loix se maintiennent en credit, non par ce qu'elles sont justes, mais par ce qu'elles sont loix. C'est le fondement mystique de leurs autorité ; elles n'en ont point d'autre. Qui bien leur sert. Elles sont souvent faictes par des sots [...] \*<sup>23</sup>.
- 58 Quelques lignes plus bas, il renchérit :
- quiconque leur obeyt par ce qu'elles sont justes, ne leur obeyt pas justement par où il doit\*,
- 59 et démêle alors, d'une manière qui peut paraître impudente à un moraliste, le devoir d'obéissance du citoyen de tout point d'appui lié au contenu de la norme<sup>24</sup>.



- 60 La vision pessimiste que le juriste<sup>25</sup> Montaigne contemple avec ses yeux veinés d'un scepticisme corrosif (et qui implique aussi le patrimoine du droit coutumier lui-même<sup>26</sup>) se traduit par un diagnostic précis de ce que la *loy\** est devenue en France dans la seconde moitié du XVI<sup>e</sup> siècle : une norme qui s'autolégitime comme loi, c'est-à-dire comme la volition d'un sujet souverain. L'organisme politique, désormais constitué dans une structure robuste – toujours plus robuste – authentiquement étatique, a besoin d'un instrument normatif capable de contenir le phénomène juridique et de le lier strictement au détenteur du pouvoir, instrument indiscutable et incontrôlable, qui permette enfin de se débarrasser des anciennes garanties qui parlaient, dans un langage toujours plus inadmissible de la part de la Monarchie, de l'acceptation par le peuple ou par les organes judiciaires et corporatifs.
- 61 La loi devient une forme pure, c'est-à-dire un acte sans contenu, c'est-à-dire – pour mieux l'expliquer – un acte auquel le chrême de la légalité ne sera jamais conféré par un contenu spécifique, mais toujours et seulement par son origine dans l'unique sujet souverain. Celui-ci s'identifie toujours plus à un législateur, à un législateur encombrant, liant étroitement sa propre personne et sa suprématie à la qualité de sa créature normative.
- 62 Et c'est là que naît cette lourde hypothèque de la civilisation juridique moderne qu'est la mystique de la loi, la mystique de la loi en tant que loi, un héritage de l'absolutisme royal que la Révolution a accepté sans sourciller, en l'intensifiant et en le raidissant par rapport aux ouvertures subsistantes de l'Ancien Régime sous le couvert de simulacres démocratiques. Et, dans un climat de sécularisation conquise et ostentatoire, la loi intrinsèquement injuste a été sacrée, et la loi rédigée et promulguée par un souverain insensé a été sacrée, pour faire nôtre l'exemple offert par Montaigne lui-même.
- 63 La voix de l'observateur gascon reclus, témoin lucide de son temps, n'est pas solitaire, mais descriptive d'une conception circulante : peu après, Charron l'a reprise, en en faisant un pivot de sa construction absolutiste<sup>27</sup>, et, dans une tout autre ligne de pensée, Pascal l'a répétée, lui aussi poussé par la même contemplation réaliste et pessimiste du droit positif français<sup>28</sup>.

## 5.

- 64 Dans ce lucide incunable de la modernité qu'est Montaigne, dans ce dernier aperçu du XVI<sup>e</sup> siècle encore riche de vieilles racines mais débordant d'avenir, une nouvelle organisation juridique mûrit et s'établit, elle mûrit et s'établit sous la bannière d'un lent mais inéluctable processus de libération.
- 65 Comme nous le savons, il s'agit d'un processus d'individualisation double et conjoint qui concerne, à parts égales, le sujet privé et le sujet politique : le premier est extrait et abstrait du social, qui seul semblait lui garantir sa présence et sa survie ; le second est une substance entièrement nouvelle qui naît des cendres de l'ancien ordre politique et qui, l'enterrant sans regret, veut le remplacer entièrement. Dès ce moment, l'Individu et l'État deviennent les deux sujets protagonistes et sont – dans la conscience collective – le fruit d'une libération.
- 66 Le millénaire médiéval, compris comme une toile complexe – d'ailleurs très compliquée – faite de sédimentations historiques, sociales et institutionnelles, a étouffé la vitalité des deux réalités originelles authentiques, les a humiliées, mais aussi

contaminées et déformées. Le moderne, s'il voulait constituer un pas en avant, ne pouvait pas se proposer comme une révision et une réforme de l'ancien, dans une certaine continuité avec celui-ci. Ce qu'il fallait, c'était une refondation qui, à partir de la contemplation impitoyable des anciens méfaits, forgeât un projet pleinement neuf, si neuf qu'il puisse expulser de ses articulations les sédimentations historiques, sociales, institutionnelles qui avaient constitué le fardeau le plus grave et l'obstacle paralysant à toute individualisation affranchissante.

- 67 Le dessein encore vague et incertain, déjà perceptible dans les textes humanistes, composé dans les méditations d'un Montaigne et dans la systématisation d'un Bodin, a trouvé – plus qu'une corroboration – un nouveau visage, d'une inclinaison extraordinairement incisive et persuasive, dans le grand projet jusnaturaliste qui a peu après tourmenté les deux siècles suivants.
- 68 Un projet – parce l'entreprise de conception conserve le caractère incontestable d'une structure réfléchie –, mais aussi une stratégie – parce qu'elle ne dissimule pas sa tendance à englober le concret de la vie quotidienne et à devenir praxis<sup>29</sup> – ; un projet et une stratégie qui se présentent aux yeux de l'historien du droit avant tout sous l'aspect d'une tentative – admirable dans sa perspicacité – d'identifier histoire, société, institutions à des artifices oppressifs et de commencer à construire *plus loin*, dans un terrain libre de toute hypothèque, où l'individu privé et l'individu politique pourraient enfin se distinguer dans leur individualité claire.
- 69 Le programme semblait être : abstraire et simplifier ; l'outil : une déshistoricisation massive et, par conséquent, une désocialisation ; le résultat : une scène historique réduite à seulement deux fortes individuations.
- 70 Pour l'historien du droit, nous entrons de plus en plus dans un ordre nouveau marqué par un individualisme étatiste et par un étatisme individualiste. Cela peut paraître un jeu de mots, et certains peuvent même plisser le nez en croyant détecter une incohérence de fond. C'est là l'antinomie suprême, qui campe et domine durant ces premiers siècles de la modernité et qui voit se réunir dans un même projet le renforcement conjoint de l'individu solitaire et de l'État, qui voit naître et se développer, à partir de prémisses jusnaturalistes, le culte à venir du droit positif et l'imminence du positivisme juridique. Si l'on creuse un peu sous la surface, l'apparente antinomie devient cohérence, cohérence compacte au moins dans la lucidité et même, si l'on veut, nonchalance de la stratégie adoptée.
- 71 La demande du nouveau sujet privé – qui coïncide de plus en plus avec un *homo œconomicus* – est de voir disparaître l'ancien, et désormais insupportable, tissu des relations religieuses, économiques, sociales, de *status*, de rapports mutuels ; c'est de voir reconnaître une liberté qui n'est plus une relation, mais une faculté et un pouvoir ; c'est de ne pouvoir compter que sur soi-même et sur sa propre volonté dominatrice et appropriative.
- 72 Arrêtons-nous un instant sur cette inauguration d'une modernité aujourd'hui accomplie, telle qu'elle nous apparaît dans les programmes jusnaturalistes des XVII<sup>e</sup> et XVIII<sup>e</sup> siècles, puis revenons immédiatement après, mais avec une conscience accrue, au sujet précis de cette présentation. Nous parlions à l'instant d'un résultat remarquable d'une opération extraordinaire, qui est théorique mais qui prétend se traduire dans la pratique politique le plus tôt possible : la scène historique réduite à deux protagonistes,

l'individu et l'État, tous deux fruits d'un même processus, tous deux alliés dans une même guerre vitale contre l'ancienne idéologie et les vieilles pratiques corporatives.

- 73 La stratégie jusnaturaliste les a libérés des stratifications historico-sociales, les projetant dans une pré-histoire où ils avaient retrouvé une « naturalité » perdue dans les artifices imaginés par l'astucieuse stratégie cléricalo-corporatiste. L'histoire, les inventions sociales, les inventions juridiques viennent plus tard. Individu et État ne naissent pas du social, ils sont plutôt contaminés, déformés, trahis par le social.
- 74 Le nouvel ordre ne peut que commencer avec (et être fondé sur) un rétablissement de l'état originaire. Évidemment, état originaire pensé et construit sur le bureau du philosophe, du politiste, du juriste de droit public, puisqu'il ne peut manquer d'être l'objet d'une stratégie qui est avant tout un projet théorique et dans lequel réside son appui durable ; donc – et il est à peine nécessaire de le dire – un état originaire non moins artificiel que les socialisations médiévales. L'individu n'est plus un homme de chair et de sang, riche ou pauvre, sage ou ignorant, noble ou plébéien, paysan ou marchand ; il est, au contraire, un sujet absolu, c'est-à-dire délivré des relations humiliantes, auxquelles il répugne généralement, qui aime identifier sa propre essence dans sa dimension volitive et qui aime se présenter libre et indépendant des autres, bien qu'il soit l'égal des autres.
- 75 Dans la modélisation du moderne faite ensuite par Hobbes, la liberté est intimement liée à la volonté<sup>30</sup> et est donc avant tout insularité du singulier, tandis que l'égalité est l'unique canon de mesure<sup>31</sup>, renversant les fondements de la *polis* antique et de la communauté politique médiévale, qui se nourrissaient et vivaient d'inégalités<sup>32</sup>. Un tel individu unitaire et abstrait – pour nous, juristes, le sujet du droit civil, protagoniste des futurs Codes, le sujet qui, à la différence du sujet médiéval, a trouvé à sa convenance l'instrument de défense et d'attaque du droit subjectif (avant tout, le droit de propriété) –, un modèle d'homme plutôt qu'un homme de chair, libre mais insulaire, est une créature fragile dès qu'on la transporte hors du scénario préfabriqué de la représentation jusnaturaliste, où les acteurs ressemblent beaucoup aux bergers empoutrés et emperruqués des tableaux de Watteau.
- 76 Le processus de libération de l'individu physique en postule un second, au niveau politique, comme un soutien nécessaire et inexorable. Le premier ne peut être considéré comme effectivement réussi que si – grâce au second – il a pour résultat d'empêcher la réémergence des régurgitations corporatives de la société, qui sont toujours possibles. De l'état de nature surgit un autre sujet originel, qui n'est pas l'enfant du social, qui n'est pas compromis et conditionné dans le social, qui, au contraire, doit être muni de tous les attributs pour le contenir et le réduire à l'obéissance.
- 77 L'État, qui est souverain, qui est doté d'une force irrésistible, a une tâche fondamentale : couper à la racine la mauvaise herbe de l'ancienne complexité, supprimer les communautés intermédiaires, éliminer les inégalités, réaliser l'égalité, rendre et conserver à l'individu singulier privé une sphère de liberté qui ne dépend que de sa volonté.
- 78 C'est une nécessaire dialectique des contraires qui s'affirme : le microcosme, qui veut que sa propre vie privée soit garantie, ne peut que présupposer un macrocosme marqué par la politique la plus intense, et s'appuyer sur elle. Le front sur lequel se trouvent individu et État est forcément le même, car pour l'un comme pour l'autre il n'y a qu'un

seul ennemi à vaincre. Pour l'historien du droit, nous nous avançons sur un terrain historiquement nouveau où les dimensions public-privé se démarquent avec la clarté sans équivoque de frontières et où la primauté évidente du « privé » commence aussi à se démarquer clairement, dans un paysage juridique d'une simplicité absolue avec seulement deux protagonistes, un sujet politique qu'est désormais l'État dans la plénitude et la spécificité du concept, et un sujet privé qui a, par nature, sa propre sphère de liberté. L'antinomie théorique se comprend et se surmonte dans la stratégie commune.

- 79 Le processus de production du droit en est intimement marqué ou – dirais-je – défiguré : s'il était auparavant lié à la complexité du social et détaché du pouvoir politique contingent, aujourd'hui le rapport est renversé, ayant été soustrait aux rouages compliqués et incontrôlables d'une société aux mille têtes et ayant été confié à une volonté unitaire, claire et certaine.
- 80 Le sentiment complexe – fait à la fois de respect et d'indifférence – qui est perceptible dans un témoignage transitoire comme celui de Montaigne, devient, dans la voix de Hobbes au timbre d'une exquise modernité, le rejet et le mépris d'une réalité dominée par des forces obscures (obscures parce qu'irrationnelles) et pourtant si déterminant pour des choix purement rationnels. C'est de manière significative que cet Anglais condamne l'institution du *précédent* – « comme l'appellent, de manière barbare, les juristes chicaneurs », s'emporte le philosophe avec colère<sup>33</sup> – identifié à une lourde hypothèque du passé sur un présent qui veut se construire lui-même librement.
- 81 L'ancien chevauchement et intégration des sources – lois, coutumes, opinions doctrinales, jugements, pratiques – cède la place à la source unique identifiée à la volonté du Prince, seul personnage au-dessus des passions et de l'esprit partisan, seul capable de lire le livre de la nature et de le traduire en normes, le seul – ajouterais-je – qui soit capable – en tant que sujet fort – de s'affranchir d'un ébranlement de l'enchevêtrement inextricable mais souvent aussi irrationnel des us et coutumes.
- 82 À l'ancien pluralisme se substitue un monisme rigide : les liens entre droit et société, entre droit et faits socio-économiques émergents sont réséqués, tandis que se réalise une sorte de canalisation forcée. Le canal passe manifestement entre les faits, mais il passe entre deux digues hautes et impénétrables : la politisation (au sens strict) et la formalisation de la dimension juridique en sont le résultat le plus impressionnant mais aussi le plus substantiel.
- 83 Le droit s'est désormais transformé en loi : un système de règles autoritaires, de commandements réfléchis et intentionnels, abstraits et inélastiques, dont le contenu est indiscutable, puisqu'ils tirent leur autorité non de leur propre qualité, mais de la qualité du sujet législateur. Peu après, à la stratégie de l'état de nature, s'est ajoutée, dans le climat prérévolutionnaire et révolutionnaire, une autre stratégie beaucoup plus exigeante, à savoir la stratégie soi-disant démocratique, c'est-à-dire la coïncidence de la volonté législative et de la volonté générale. En plein cœur du sécularisme, le résultat paradoxal en est l'accomplissement parfait de la mystique de la loi, si bien perçue par Montaigne. Si plusieurs autels ecclésiastiques ont été soigneusement déconsacrés, tout autant – de profanes – ont été érigés et consacrés au culte de la loi, ainsi qu'à la théorisation d'une véritable mythologie juridique (mythologie, parce qu'elle est trop souvent soutenue par une acceptation substantiellement acritique ou, ce qui revient au même, idéologiquement motivée).

84 Pour rester dans le laboratoire historique que nous avons pris comme paradigme, la France, nous sommes désormais au seuil de la codification générale, qui a commencé précisément dans le domaine traditionnellement réservé de la manière la plus jalouse aux particuliers, à savoir les relations civiles. Un vaste chemin a été parcouru – quantitativement mais surtout qualitativement – tout au long du fil continu qui relie l’ordonnance de Montils-lès-Tours – la première prise de conscience évidente de la part de la Monarchie de l’énorme importance pour l’État français en construction du problème de la production du droit – au Code civil napoléonien, père et modèle de tous les Codes à venir.

## 6.

85 L’historien attentif perçoit la continuité de ce fil, mais ne peut manquer de remarquer la lenteur avec laquelle le processus se développe, ainsi que les nombreux obstacles qui s’opposent à son déroulement. N’oublions jamais – comme je l’ai souligné dans mon récent ouvrage sur l’ordre juridique médiéval – que la civilisation hâtivement rejetée par l’acrimonie humaniste comme *media aetas*, âge du milieu, intermède insignifiant ou – pire encore – négatif entre deux âges historiquement créateurs, a eu la possibilité de se déployer pendant tout un millénaire, de s’enraciner très profondément, de devenir – grâce aussi à l’aide de l’Église – des usages et des mentalités, de forger la conscience collective et une culture appropriée à cette conscience. C’est précisément parce que cette civilisation est devenue l’ossature de l’organisme social que ses valeurs ne peuvent pas être effacées à la hâte, la consolidation de la nouveauté est nécessairement lente tout autant que laborieuse.

86 En témoigne précisément ce xvi<sup>e</sup> siècle français, si fécond et plein de nouveautés. Un carrefour historique, où de nouvelles figures prennent forme, de nouvelles sensibilités émergent et se mêlent aux anciennes. Bodin, l’un des personnages les plus analysés de ces dernières décennies, offre à l’historien du droit – c’est-à-dire à celui qui peut faire une lecture juridique ciblée des pages écrites par celui qui avait une formation juridique – quelques prémices qui ne me semblent pas avoir reçu, jusqu’à présent, toute l’attention qu’elles méritent.

87 Il s’agit d’un texte – à mon avis, d’une grande importance historico-juridique – qui figure dans le chapitre central du livre I de la *République* consacré à la souveraineté :

il y a bien difference entre le droit et la loy ; l’un n’emporte rien que l’equité ; la loy emporte commandement du souverain usant de sa puissance<sup>\*34</sup>.

88 On sait bien comment et dans quelle mesure, dans les multiples enquêtes récentes, Bodin a parfois été placé dans l’hémisphère moderne le plus complet ou a parfois subi des analyses qui ont au contraire exalté ses veines médiévales. Notre texte est la confirmation incontestable que Bodin est le symbole fidèle du processus de renouvellement, avec son parcours ardu, et que le xvi<sup>e</sup> siècle est aussi, est encore, dans la France en construction, un carrefour de présages et de résistances.

89 C’est ce que démontre clairement l’opposition entre droit\* et loy\* que nous propose Bodin. En cela, le juriste, l’avocat plongé dans une pratique juridique pour l’essentiel encore ancrée dans le passé, fait sien ce qui avait été l’une des certitudes les plus profondes du droit médiéval, à savoir que le droit est une réalité bien différente de la loi du Prince, que celle-ci n’épuise en rien la dimension de la juridicité, laquelle – étant

une dimension ordonnatrice – ne peut être réduite à une série de commandements de ceux qui sont investis du pouvoir.

- 90 Lire cela dans la phrase bodinienne ne signifie pas se laisser prendre au piège des « postulations de continuité », fruit d'une « médiévophilie idéologique »<sup>35</sup>, mais constater que le processus de simplification et d'étatisation du droit en France était, à la fin du XVI<sup>e</sup> siècle, loin d'être achevé et que la réalité juridique apparaissait encore à l'avocat de Laon placée sous la bannière de la complexité, une réalité à plusieurs niveaux où il existait – à côté de la décision royale caractérisée non par le fait qu'elle a un contenu déterminé mais par le fait qu'elle est un commandement et seulement un commandement autoritaire – une plateforme coutumière interprétée par les juristes (maîtres et praticiens) où régnait l'équité, c'est-à-dire une mesure de justice modelée sur des faits concrets, et imprégnée de ces faits et de leur contenu.
- 91 Le processus historique français est lent, très lent et laborieux. Pour reprendre la dialectique dont Bodin est porteur, c'est l'itinéraire d'un droit qui est toujours plus loy\* et toujours moins droit\*, mais dans laquelle le droit\* résiste, et fait même preuve d'une extraordinaire capacité de résistance en tant qu'ordonnement profondément enraciné dans la société.
- 92 C'est ce que démontre l'histoire législative française, le martèlement toujours croissant des interventions royales, des ordonnances\*, à partir de l'ordonnance\* de Moulins de 1566, vigoureuse tentative du chancelier Michel de L'Hospital de revendiquer au profit du roi la fonction spécifique de la production juridique<sup>36</sup>, jusqu'à l'immense complexe législatif colbertien de la fin du XVII<sup>e</sup> siècle. Avec une précision opportune : cela touche – aussi chez Colbert – le terrain de la procédure, du droit pénal, du droit commercial et du droit maritime, mais laisse presque intact le territoire jalousement gardé du droit strictement civil, un territoire difficile à rogner et laissé à l'ordonnement traditionnel du « droit »\*. Pour avoir – dans ce domaine – un plan d'intervention suffisamment organique, il faut attendre l'œuvre du chancelier d'Aguesseau, mais nous sommes alors presque aux portes de la Révolution<sup>37</sup>.
- 93 Et l'on comprend l'observation désarmée et désolée que faisait déjà en 1787 devant l'Assemblée des notables, l'un des préambules à la Révolution, le ministre Calonne :
- On ne peut faire un pas dans ce vaste royaume sans y trouver des lois différentes, des usages contraires, des privilèges, des exemptions, des affranchissements, des droits et des prétentions de toute espèce\*<sup>38</sup>.
- 94 L'Ancien Régime porte avec lui jusqu'à la fin ce pluralisme juridique dont il était constitué jusqu'à la moelle et qui lui était connaturel. Portalis, le « législateur », le protagoniste de la Codification napoléonienne, mais aussi juriste juridiquement formé dans le climat prérévolutionnaire – et donc homme de transition et de tournant – n'avait pas tort de relever dans son *Discours préliminaire* au projet de Code civil de l'an IX (1801) qu'une codification unitaire aurait été, plus qu'impossible, impensable sous l'Ancien Régime quand « la France n'était qu'une société de sociétés\* »<sup>39</sup>.
- 95 Certes, malgré les difficultés et les lenteurs, le dénouement est le Code, le dénouement est la réduction même de l'auguste « raison civile » au Code civil\*. L'État prétend être l'unique producteur du droit afin de contrôler entièrement une dimension qui est désormais considérée comme vitale au pouvoir politique et à son plein exercice. Et l'ancienne coexistence de sources multiples, dans un panorama confus et incertain mais résolument pluraliste, devient un rapport hiérarchique conférant une primauté

absolue à la loi et, en sa faveur, une présomption indéniable d'une parfaite coïncidence avec la volonté générale.

- 96 C'est l'époque de l'absolutisme juridique, avec un renversement complet du rapport entre pouvoir politique et ordre juridique. Désormais, la certitude élémentaire est qu'*avant le droit, il y a l'État*. L'itinéraire décomplexé de la modernité politique, grâce à l'intensification du politique obtenue avec l'instrument sournois mais efficace de la stratégie jusnaturaliste, a abouti, pour l'histoire du droit, à un positivisme juridique fermé dont, malgré le passage du temps, nous sommes encore les victimes.

## NOTES

1. P. Grossi, « Pagina introduttiva (a sessanta anni dalle leggi razziali italiane del 1938) », *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, 27, 1998, p. 1-9, <https://www.quadernifiorentini.eu/cache/quaderni/27/0002.pdf>.
2. Pour une présentation en français de l'œuvre d'Anna Maria Battista, voir J.-P. Cavallé, « Anna Maria Battista, *Politica e morale nella Francia dell'età moderna*, présentation et édition Anna Maria Lazzarino Del Grosso, Gênes, Name, 1998, 333 p. », *Annales. Histoire, Sciences Sociales*, 54/2, 1999, p. 405-408, [https://www.persee.fr/doc/ahess\\_0395-2649\\_1999\\_num\\_54\\_2\\_279753\\_t1\\_0405\\_0000\\_001](https://www.persee.fr/doc/ahess_0395-2649_1999_num_54_2_279753_t1_0405_0000_001).
3. L'ouvrage a fait l'objet de multiples rééditions après sa parution en 1995, puis d'une édition augmentée, témoins de son succès : P. Grossi, *L'ordine giuridico medievale. Nuova edizione con l'aggiuntà di « Dieci anni dopo »*, Rome / Bari, Laterza, 2006.
4. Il s'agit du chapitre 2 de *L'ordine giuridico medievale*, traduit dans ce dossier par Dante Fedele.
5. L'article est traduit dans ce dossier par Guillaume Calafat.
6. Ceci justifie d'autant plus la traduction de ce texte en français.
7. Si la carrière de juriste de Montaigne ne fait pas de doute, Paolo Grossi affirme dans la note 25 que « Montaigne fut envoyé par son père étudier le droit à Toulouse », ce qui n'a toutefois pas été établi avec certitude par l'historiographie.
8. Dans l'ouvrage *L'ordine giuridico medievale*, Bari, Laterza, 1997, auquel il convient de se référer pour toute clarification et tout développement concernant le contenu de ces pages consacrées à la « planète » médiévale.
9. Voir les raisons historiques complexes signalées et développées dans *L'ordine giuridico medievale*, *op. cit.*, p. 61 et suivantes.
10. Il s'agit de N. Bobbio dans *La consuetudine come fatto normativo*, Padoue, Cedam, 1942 [note du traducteur : ce texte a été réédité en 2011 à Turin par G. Giappichelli avec une introduction de Paolo Grossi].
11. *Summa Theologica*, I IIae, q. 90, art. 4.
12. Albert le Grand, *De bono*, tract. V de *justitia*, q. II de *legibus*, art. I *quid sit lex*.
13. *Summa Theologica*, I IIae, q. 90, art. 1.
14. *Ibidem*, I IIae, q. 91, art. 2.
15. *Ibid.*, I IIae, q. 91, art. 3.
16. *Ibid.*, I IIae, q. 17, art. 1.
17. C'est un mérite incontestable de Michel Villey de l'avoir souligné (voir – en résumé – *La formazione del pensiero giuridico moderno*, trad. italienne, Milan, Jaca Book, 1986, passim mais

surtout p. 203 et suivantes), même si tout ne semble pas acceptable dans une approche trop rigide et unilatérale.

18. *Éthique à Nicomaque*, I, 7, 1097 b.

19. Nous avons récemment attiré l'attention sur cette notion fondamentale d'autonomie à la fois dans *L'ordine giuridico medievale*, *op. cit.*, p. 29 et suivantes, et dans l'article (qui développe sur un plan dogmatique la thèse de fond de l'ouvrage) « 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, et, en allemand, dans *Staat, Politik, Verwaltung in Europa-Gedächtnisschrift für Roman Schnur*, Berlin, Duncker & Humblot, 1997.

20. Note du traducteur : terme français par lequel Paolo Grossi précise ici le sens de l'italien *sovranità*. Le texte original est : « *sovranità* (souveraineté) è, nel diritto feudale, una tipica posizione di relazione, descrive una situazione di autonomia, cioè relativa, con uno stacco concettuale nettissimo rispetto a quanto, per esempio, Bodin intenderà come souveraineté ».

21. Il s'agit de F. Vassali dans *Estrastatalità del diritto civile* [1951], reproduit dans *Studi giuridici*, vol. III, t. II, Milan, Giuffrè, 1960.

22. J. Bodin, *Les six livres de la République*, Aalen, Scientia, 1977 [reproduction anastatique de l'édition de Paris, 1583], p. <sup>122</sup>.

23. *Essais*, livre III, chap. XIII.

24. J'ai le plaisir de souligner – ici – comment ce texte éloquent a attiré l'attention d'Anna Maria Battista, bien qu'à d'autres fins, dans ce qui est l'un de ses derniers écrits, un article récapitulant sa longue réflexion sur Montaigne : « Nuove riflessioni su Montaigne politico » [1990], reproduit dans *Politica e morale nella Francia dell'età moderna*, dir. A. M. Lazzarino Del Grosso, Gênes, Name, 1998, p. 289 et suivantes.

25. Comme on le sait, Montaigne fut envoyé par son père étudier le droit à Toulouse ; il a longtemps occupé la charge de conseiller au parlement de Bordeaux.

26. Lequel, malgré son « doux et humble commencement [...] nous découvre tantost un furieux et tyrannique visage, contre lequel nous n'avons plus la liberté de hausser seulement les yeux »\* (*Essais*, livre I, chap. XXIII). « La coutume »\*, à laquelle Montaigne consacre un chapitre fort connu et important des *Essais*, celui que nous venons de citer, a sans aucun doute pour objet ce que les juristes appellent au sens strict le droit coutumier, mais aussi chaque spirale coutumière qui enveloppe et étouffe l'action humaine individuelle.

27. Voir les textes rassemblés par A. M. Battista dans *Alle origini del pensiero politico libertino-Montaigne e Charron*, Milan, Giuffrè, 1966 [réimpr. 1989], p. 183-184. Chez Charron, cependant, le discours est tempéré par le regroupement auquel il procède, du point de vue de l'obéissance aveugle, des loys\* et des coutumes\*.

28. Il suffit de se reporter aux textes épars énumérés par M. Villey dans *La formazione del pensiero giuridico moderno*, *op. cit.*, p. 418.

29. Sur un autre plan, mais dans un ordre d'idées qui n'est pas différent du nôtre, G. Duso parle avec acuité de « l'utilisation stratégique de l'idée de l'état de nature » dans sa précieuse introduction « *Patto sociale e forma politica* » à l'ouvrage qu'il a lui-même coordonné : *Il contratto sociale nella filosofia politica moderna*, Bologne, Il Mulino, 1987.

30. *Leviatano*, trad. italienne G. Micheli, Florence, La Nuova Italia, 1976, chap. XXI, p. 205-206 : « un homme libre est celui qui, dans les choses qu'il est capable de faire avec sa force et son ingéniosité, n'est pas empêché de faire ce qu'il a la volonté de faire ». Sur la palingénésie moderne du sujet, sont à lire avec grand profit les pages de C. Galli, « La "macchina della modernità". Metafisica e contingenza nel moderno pensiero politico », *Logiche e crisi della modernità*, dir. C. Galli, Bologne, Il Mulino, 1991, p. 83 et suivantes.

31. Voir les textes hobbesiens les plus significatifs dans A. Biral, « Per una storia della sovranità », *Filosofia politica*, V, 1991, article approfondi que l'on recommande pour son acuité et



la lucidité de ses diagnostics (et où, par conséquent, une légère nonchalance philologique semble très pardonnable).

32. Aristote n'enseignait-il pas qu'une polis ne se constitue pas d'éléments égaux (*Politique*, II, 1261, a, 22-24) ?

33. *Leviatano*, *op. cit.*, I, XI, p. 99.

34. *Les six livres de la République*, *op. cit.*, livre I, chap. VIII « De la souveraineté »\*.

35. Comme Tarello l'affirme d'une manière insuffisamment réfléchie, par l'un de ces jugements immodérés qui n'étaient pas rares chez un homme de culture, si remarquable soit-il ; cf. G. Tarello, *Storia della cultura giuridica moderna*, Bologne, Il Mulino, 1976, p. 49, note 7.

36. Voir D. Quaglioni, *I limiti della sovranità - Il pensiero di Jean Bodin nella cultura politica e giuridica dell'età moderna*, Padoue, Cedam, 1992, p. 78.

37. Avec des interventions sur les donations (1731), les testaments (1735), les substitutions (1747) ; cf. les données proposées par J.-L. Halpérin, dans *Le Code civil*, Paris, Dalloz, 1996, p. 5-6, un petit livre qui se présente comme une initiation élémentaire mais qui se distingue par sa clarté, sa lucidité, son intelligence critique, et dont la lecture ne peut qu'être recommandée.

38. Voir la citation dans J.-M. Carbasse, « Unité et diversité de l'ancienne France », *L'unité des principaux états européens à la veille de la Révolution*, dir. P. Villard et J.-M. Carbasse, Paris, Université R. Descartes, 1992, p. 5.

39. Cité dans J.-L. Halpérin, *Le Code civil*, *op. cit.*, p. 19.

## RÉSUMÉS

Paolo Grossi entend apporter le regard de l'historien du droit à la définition de la modernité politique. Il décrypte le lent basculement qui s'opère dans la conception du droit du XIV<sup>e</sup> à l'aube du XIX<sup>e</sup> siècle, en s'appuyant en particulier sur le cas du royaume de France. Il cherche à démontrer que la modernité politique se caractérise par un processus d'individualisation qui inverse les rapports entre droit et politique : alors qu'au Moyen Âge « d'abord il y a le droit ; le pouvoir politique ne vient qu'ensuite », désormais « la certitude élémentaire est qu'avant le droit, il y a l'État ».

Paolo Grossi brings the perspective of a legal historian to the definition of political modernity. He deciphers the slow shift in the conception of law from the 14<sup>th</sup> century to the dawn of the 19<sup>th</sup>, focusing in particular on the kingdom of France. He seeks to demonstrate that political modernity is characterised by a process of individualisation that inverts the relationship between law and politics: whereas in the Middle Ages “first there is law; political power comes only later”, from now on “the basic certainty is that before law, there is the State”.

## INDEX

**Keywords** : Custom, State, individual, law, sovereignty

**Mots-clés** : coutume, État, individu, loi, souveraineté

## 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

### XAVIER PRÉVOST (TRADUCTION)

Institut de recherche Montesquieu (UR 7434 – université de Bordeaux)  
Institut universitaire de France  
xavier.prevost@u-bordeaux.fr