

Le droit et la révolution

Ceux qui sont habiles en affaires politiques témoignent sur la distinction entre ce qui est gouverner par le droit et gouverner par la force tyrannique.

Cyrille Loukaris (1571-1638) – patriarche d’Alexandrie (1602 à 1621) sous le nom de Cyrille III.

A la fin du Moyen Age [...] en Europe occidentale, se produisent une série de modifications qui permettent et nécessitent à la fois un système administratif que l’on n’appelle pas encore bureaucratie, ni même bureaux : rassemblement du territoire et renforcement de l’autorité royale, fixation de la résidence du roi, établissement de ressources fiscales permanentes, découverte de l’imprimerie et autres progrès techniques, parmi lesquels ceux de l’artillerie, destructrice de châteaux, joue un rôle appréciable. Par un curieuse ironie du sort, le grand artilleur s’appelle Bureau.

Alfred Sauvy, La bureaucratie

[...] le législateur a entouré d’une protection efficace la femme mariée. Le but principal des lois civiles n’est-il pas de protéger les incapables ?

Jean-Baptiste-Victor Coquille, Les légistes : leur influence politique et religieuse

A l’époque féodale, la société était dominée par un ordre de guerriers dont les membres étaient liés les uns aux autres par un hommage et entretenaient des relations d’homme à homme. Le pouvoir politique était patrimonial, héréditaire, mais, en raison de l’existence de centaines de seigneuries indépendantes et concurrentes les unes des autres, fragmenté et, en raison de la redéfinition régulière des frontières de ces unités politiques en fonction des guerres, des alliances, des mariages et des héritages, instable. A partir du XII^e siècle, sous l’effet de ces guerres et de ces alliances, le nombre de seigneuries se réduisit progressivement jusqu’au moment où il n’en resta plus qu’une seule, qui put ainsi se constituer en autorité politique souveraine, monopolistique.

L'« état », comme on l'appelle à partir de 1376, a le double monopole des ressources fiscales (l'autorité politique souveraine se réserve le privilège d'effectuer un prélèvement pécuniaire obligatoire sur les ressources des personnes physiques ou morales, ce qui lui permet de rétribuer ses fidèles et ses serviteurs, non plus en terres, mais en argent) et de la contrainte physique (l'autorité politique souveraine se réserve le privilège de l'emploi de la force militaire et, pour prélever l'impôt, de celui, si nécessaire, de la force armée) (1). Le monopole de la contrainte physique permet à l'Etat de défendre ce qui, à partir du XII^e siècle, est présenté, pour la défense d'intérêts particuliers, comme « bien commun », tandis que le monopole fiscal lui permet de financer les moyens d'assurer la conservation et, si possible, l'accroissement du « bien commun » (2).

Du monopole militaire et fiscal résulte la centralisation politique (les seigneurs ne sont plus souverains en leurs terres, qui, selon le légiste, ne leur appartiennent même pas, le roi étant le propriétaire de tous les biens de son royaume) (3), judiciaire (les seigneurs sont peu à peu privés de leur droit de haute et de basse justice, la compétence de leur justice est de plus en plus oblitérée par les chartes et les ordonnances royales, les codes de lois des diverses seigneuries s'uniformisent, jusqu'à ce que Louis IX proclame ses Etablissements obligatoires pour toutes les parties de la France et impose leur application dans toute l'étendue de toutes les juridictions patrimoniales) et administrative (les communes sont obligées de soumettre leur comptabilité à la section de la cour du roi qui s'occupe des finances) qui, à son tour, donne lieu à l'institutionnalisation, processus par lequel le pouvoir est dissocié de celui qui l'exerce à titre de prérogative et incorporé dans une institution étatique, c'est-à-dire une entité qui « se constitue en structure différenciée du reste de la société (et ne se réduisant pas aux individus qui l'animent à telle ou telle époque historique) » (4). La distinction qui se forme ainsi entre une sphère politique et une sphère sociale et qui trouve son origine dans la séparation que l'Eglise a établie entre le pouvoir temporel et le pouvoir spirituel se double très tôt d'une différenciation de la sphère politique en pouvoir régalien et en pouvoir judiciaire-administratif, accompagnée d'une dissociation métaphorique entre l'individualité physique du roi et la fonction royale, entre le corps naturel du roi et le corps politique du roi, entre le roi et la Couronne, dont il est présenté comme le « vassal » (5). D'une part, plus, par le biais du droit, le pouvoir royal s'affermir, plus, aussi paradoxal que cela puisse paraître, le roi est dépossédé de son pouvoir par l'administration, qu'il a lui-même créée dans sa propre « famille », dans sa propre « maison », en y introduisant ceux qui sont spécialisés respectivement dans la science juridique et ceux qui sont spécialement chargés d'administrer : les légistes et les ministériaux. D'autre part, la prépondérance attribuée au corps politique du roi sur son corps physique, au lieu d'entraîner, parce que celui-là s'incarne dans celui-ci, une sacralisation encore plus grande du roi, se traduit par l'exaltation de la permanence et de la continuité de l'entité abstraite dans laquelle réside le pouvoir politique, par-delà la mort de ceux dans lesquels cette entité se manifeste momentanément, le temps d'un règne.

L'Etat moderne, pour reprendre la définition qu'en fournit Max Weber, est « une entreprise politique de caractère institutionnel lorsque et en tant que sa direction administrative revendique avec succès, dans

l'application des règlements, le monopole de la contrainte physique légitime » « à l'intérieur d'un territoire géographique déterminable » (6) (c'est nous qui soulignons). Pour la développer, cette définition et pour en venir à ceux qui en forment les rouages, on peut dire que, « [t]out d'abord, le pouvoir de coercition n'est pas exercé arbitrairement mais, au contraire, se trouve juridiquement codifié. Les gouvernants et leurs agents adoptent, selon des procédures déterminées, les mesures juridiquement obligatoires ; ils en assurent la mise en œuvre et recourent le cas échéant à la contrainte, en respectant certaines règles. Toutes ces prérogatives sont exercées dans le cadre juridique [...] qui prévoit la répartition des compétences entre eux et hiérarchise les règles juridiques applicables, de façon à éviter les conflits de normes » ; ensuite, « ces gouvernants et ces agents n'agissent pas en vertu d'une volonté propre mais au nom d'une entité abstraite dont ils ne sont que les représentants » (7) ; que, pour citer Norbert Elias, les « simples exécutants » : « simples exécutants d'un appareil administratif aux fonctions multiples » (8) et spécialisées et qui les rend interdépendants. « [P]lus les interdépendances sont étroites et denses entre les individus, plus forte est la conscience qu'ils ont de leur autonomie, plus forte aussi est la volonté qu'ils manifestent de se différencier des autres » (9) et de faire corps. Leurs luttes intestines n'entament en rien leur cohésion grégaire. Pour al plupart issus de la bourgeoisie, ils se considèrent et se proclament les égaux de la noblesse. Le roi entretient le conflit entre la bourgeoisie et la noblesse afin de s'assurer que ces deux groupes ne s'uniront pas contre lui et de maintenir ainsi l' « équilibre des tensions » (10) nécessaire à la préservation de son monopole (11). L'Etat moderne n'est donc pas un appendice ou un instrument d'une classe dominante, mais le résultat de l'interdépendance accrue de divers groupes sociaux (12).

Entre l'Etat, le droit et la bureaucratie, il existe une « réciprocité fonctionnelle » (13). « [P]as d'administration sans Etat, c'est-à-dire sans processus d'institutionnalisation' transformant les conditions d'exercice de la domination politique, confirme un professeur en droit public qui nous détrompe en même temps sur la fonction réelle de l'administration, dont beaucoup imaginent qu'elle consiste à gérer les affaires publiques ; mais pas non plus d'Etat sans administration, c'est-à-dire sans la mise sur pied d'un appareil chargé d'encadrer et de réguler les rapports sociaux » (14). L'administration est donc le gouvernement considéré, non pas dans son action administrative, mais dans son action sociale. « [L]'administration apparaît ainsi comme l'appareil d'Etat', c'est-à-dire l'organe chargé de mettre en œuvre, de gérer, d'instrumenter la puissance de l'Etat en la projetant dans le champ social » (15). A l'époque moderne, l'Etat exerce le « monopole de la violence physique légitime » à travers la police, cependant que, à travers l'administration, il exerce une contrainte à la fois juridique, matérielle et psychologique ; celle-ci est d'autant plus efficace, qu'elle « n'est pas toujours directement et immédiatement perceptible : l'administration cherche aussi à limiter le recours à la force par la manipulation des comportements et elle pratique souvent la rétention de ses prérogatives, notamment dans le domaine économique et social. Cependant, en dépit des apparences, la contrainte demeure toujours présente dans l'action administrative : le travail de diffusion idéologique s'effectue, quand il est pris en charge par l'administration, sur un arrière-plan de violence latente, qui lui donne une coloration très particulière » (16) (c'est nous qui soulignons). L'efficacité de la contrainte à la fois juridique, matérielle et psychologique qu'exerce l'administration est d'autant plus redoutable que celle-ci avance masquée : «

par le jeu de l'institutionnalisation, l'autorité est désormais dépouillée de tout caractère d'allégeance personnelle ; son exercice renvoie à un ordre de compétences abstrait et dépend de l'observation de règles statutaires préétablies » (17). L'administration, ce n'est pas « [l]e visage de l'Etat » (18), c'en est le masque.

Le type pur de la domination légale est la direction administrative bureaucratique, dont l'exercice se caractérise par l'imposition de règles impersonnelles, supposément objectives et tout aussi supposément rationnelles et, en tout cas, décidées selon des principes généraux déterminés dérivés d'un droit abstrait (19). Le droit, il faut le voir [...] non du côté d'une légitimité à fixer, mais du côté des procédures d'assujettissement qu'il met en œuvre » (20).

En fait, c'est non seulement « [l]e système du droit [mais également] [...] le champ judiciaire [qui] sont le véhicule permanent des rapports de domination, de techniques d'assujettissement polymorphes » (21). Il est fort possible de gouverner tyranniquement – nous préférons dire « despotiquement » – par le droit et par la bureaucratie, soit directement (par ordonnances dans le premier cas, par textes administratifs, dans le second cas), soit indirectement (par « [...] [d]es institutions, [d]es procédures, analyses et réflexions, [d]es calculs et [d]es tactiques », par l'ensemble desquels « on peut constituer, définir, organiser, instrumentaliser les stratégies que les individus, dans leur liberté, peuvent avoir les uns à l'égard des autres » (22) ; par l'« ensemble » desquels « [s'exerce] cette forme bien spécifique, bien plus complexe, de pouvoir, qui a pour cible principale la population, pour forme majeure de savoir, l'économie politique, pour instrument technique essentiel les dispositifs de sécurité » (23).

Dans cette description de la genèse de l'Etat moderne telle qu'elle a été magistralement reconstituée par Max Weber, Norbert Elias et d'autres, le droit apparaît comme un facteur important, mais néanmoins subordonné aux autres ; la juridisation de l'Etat, comme une conséquence de la centralisation politique et de l'institutionnalisation.

En 1983, le juriste, historien du droit et spécialiste du droit soviétique états-unien Harold J. Berman a provoqué un fort mouvement d'intérêt dans le monde universitaire anglo-saxon pour avoir publié un ouvrage qui remettait en question la théorie, unanimement acceptée jusque-là, selon laquelle les systèmes juridiques modernes étaient nés au XVI^e siècle, affirmant au contraire que leur origine était à rechercher dans le droit canonique élaboré au XI^e siècle et, qui plus est, que l'Eglise, en créant « le premier système juridique occidental moderne », avait donné naissance à « Etat occidental moderne, dont le premier exemple, paradoxalement, était l'Eglise elle-même » (24). *Law and Revolution*, bien qu'il ne fasse pas bon toucher aux dogmes qui règnent dans un milieu aussi conservateur que celui de l'histoire du droit, n'a pas fait l'objet de recensions défavorables et même les médiévistes qui l'ont

critiqué pour avoir pris quelque liberté avec certains détails historiques (25) n'ont pas contesté la validité de sa thèse centrale (26).

Vingt ans plus tard, alors que Berman venait de donner une suite à *Law and Revolution : The Formation of the Western Legal Tradition*, intitulée *Law and Revolution II: The Impact of the Protestant Reformations on the Western Legal Tradition* (Cambridge, MA, Harvard University Press, 2003 ; [éd. fr. : *Droit et révolution : L'impact des réformes protestantes sur la tradition juridique occidentale*, Fayard, Coll. « Les Quarante piliers », 2012), le journal *Constitutional Commentary* a déclaré que le livre était devenu « le point de départ obligé de la recherche dans ce domaine » (27). Entre-temps, *Law and Revolution : The Formation of the Western Legal Tradition* avait été traduit en allemand, en chinois, en japonais, en russe, en polonais, en portugais, en espagnol, en italien, en lituanien et en français. (*Droit et révolution*, Librairie de l'Université d'Aix-en-Provence, 2002). En France, le livre est passé quasiment inaperçu – le second tome n'a guère suscité plus d'intérêt.

Les cent soixante-quinze ans qui séparent la tenue du concile de Reims (1049), où Léon IX avait excommunié l'évêque de Compostelle pour s'être arrogé le titre apostolique, à celle du quatrième concile du Latran (1215) virent la mise en œuvre de ce que l'historien de l'Eglise Augustin Fliche (1884-1951) qualifia apologétiquement de « réforme grégorienne ». Bien que Grégoire VII, pape de 1057 à 1085, n'en ait été ni l'initiateur, ni celui qui la mena à son terme, les mesures qu'il prit et que ses légats mirent en application sous son impulsion et le prestige qu'il sut redonner à la papauté justifient dans une large mesure l'application de l'adjectif grégorien à ce mouvement réformateur. Ses objectifs étaient triples : 1. L'affirmation du pouvoir du pape sur l'empereur (28) sur la base du droit canonique (29) et la réaffirmation de l'autorité du pape comme chef de l'Eglise par la mise en place d'une structure centralisée de contrôle des Eglises, l'établissement du collège des cardinaux, en possession d'élire le pape, vers 1150 et la formation, à partir du XI^e siècle, de ce que Max Weber appelle la bureaucratie cléricale, étroitement liée au développement, favorisé par la papauté – qui y recrutait des spécialistes, surtout des juristes –, des écoles urbaines et des universités ; 2. La réforme morale et disciplinaire du clergé, notamment par l'interdiction de la simonie et du mariage des prêtres et la lutte contre le nicolaïsme ; et 3. La libération de l'Eglise de l'emprise des laïcs, par la contestation de l'intervention des autorités temporelles dans la nomination des évêques, contestation qui déclencha la fameuse querelle des investitures (30). Les principes de la théocratie pontificale que la « réforme grégorienne » entendait instituer furent formulés dans la bulle *Libertas ecclesiae*, promulguée par Grégoire VII en 1079 et dans *Dictatus papae*, recueil de vingt-sept propositions publié par lui-même en 1075 et qui constitue « le véritable manifeste de la réforme », du fait qu'il « établit la primauté de l'Eglise romaine, énumère les privilèges pontificaux, comme ceux des représentants du pape, définit les pouvoirs du Saint Père vis-à-vis des clercs et des princes, fixe les obligations qui découlent de ces pouvoirs et conclut en refusant le nom de catholique à tous ceux qui ne veulent pas suivre ces préceptes » (31). Le fondement sur lequel s'appuyait le pape pour s'imposer comme le détenteur de l'autorité absolue à la fois sur l'Eglise et sur les souverains était le *jus canonicum* (32), le droit interne de l'Eglise, qui s'était constitué

progressivement depuis le 1er siècle de notre ère et dont la papauté favoriserait l'essor à mesure que son bras de fer avec les princes se durcirait (33). Pour la première fois en Europe, le droit était présenté comme la source ultime du pouvoir. C'est précisément pourquoi Berman voit dans la « réforme grégorienne » l'acte de naissance de ce qu'il appelle la « tradition juridique occidentale ».

« Par 'tradition', explique Berman, j'entends le sentiment de continuité entre le passé et l'avenir, le partenariat, comme l'a dit Edmund Burke, des générations [...] le traditionalisme [...] est la foi morte des vivants, la tradition est la foi vivante des morts. Celui-là est la simple répétition du passé, l'adhésion au passé pour lui-même, l'historicisme, par opposition à ce que j'appellerais l'historicité, l'adaptation de l'expérience à la solution de nouveaux problèmes, un sentiment de continuité historique, d'évolution »

« Par 'l'Occident', explique-t-il, j'entends la culture des peuples de l'Europe occidentale, qui, de la fin du XIe au début du XVIe siècle, ont tous été soumis à la hiérarchie papale catholique romaine et qui, du XVIe siècle au XXe siècle, ont connu une série de révolutions, dont chacune a eu des répercussions dans toute l'Europe ; et j'entends aussi les peuples non européens qui ont finalement été assujettis à la culture occidentale par la colonisation ou, comme dans le cas de la Russie, par les affinités et les échanges religieux, politiques et culturels »

« Par 'juridique', poursuit-il, j'entends les systèmes de droit positif et de science juridique qui se sont développés en Occident depuis le XIIe siècle, les systèmes juridiques qui ont des fondements historiques communs, des sources communes, des concepts communs. Le premier système juridique de ce type a été le droit canonique de l'Église catholique romaine ». A cette époque, que ce soit dans l'empire franc, dans l'Angleterre anglo-saxonne ou même ailleurs en Europe, aucune distinction nette n'existait entre les normes et les procédures juridiques d'une part et les règles et les pratiques religieuses, morales, économiques, politiques d'autre part. Il y avait certes des lois et parfois des recueils de lois, publiés par les rois ; mais il n'y avait pas d'avocats ou de juges professionnels, pas de juristes professionnels, pas d'écoles de droit, pas de livres de droit ni de science juridique. Promulgué en partie par la papauté et les conciles et appliqué par une hiérarchie de tribunaux ecclésiastiques, le droit canonique, avant la montée du protestantisme, régissait tous les membres de la chrétienté occidentale, de l'Angleterre à la Pologne et de la Scandinavie à la Sicile et a fourni le modèle des systèmes de droit royal, de droit féodal, de droit urbain et de droit commercial qui sont nés et se sont développés progressivement à l'époque. Pendant quelque quatre cent ans, ces systèmes juridiques laïques ont coexisté avec le droit canonique, parallèlement, sur tous les territoires de l'Europe. Avec les révolutions nationales protestantes des XVIe et XVIIe siècles, les différentes juridictions coexistantes ont été nationalisées ; néanmoins, l'existence de juridictions et d'une pluralité de corps juridiques au sein de chaque pays est restée une caractéristique importante de la tradition juridique occidentale, au moins jusqu'à la dernière partie du XXe siècle » (34).

Que la « réforme grégorienne » ait été une réussite ou non dans l'ordre religieux, le fait est que, comme on peut déjà le pressentir à la lecture du passage qui vient d'être cité, les bouleversements qu'elle provoqua dans les domaines moral, social, économique, culturel et politique, furent si profonds, non seulement dans un temps relativement court, mais aussi sur le long, le très long terme, que Berman n'a pas hésité à la rebaptiser « révolution papale » (35). « Le fait d'appeler cette transformation totale 'Révolution papale' ne limite pas sa portée à des questions telles que la lutte menée par le pape pour le contrôle de l'Eglise et pour la libération de l'Eglise, sous la férule de la papauté, de la domination laïque, mais, au contraire, englobe tous les changements interdépendants qui ont eu lieu à cette époque. Le nouveau concept papal d'Eglise, comme l'a dit Joseph R. Strayer, 'exigeait presque l'invention du concept d'État' » (36).

L'idée révolutionnaire qui sous-tendait la « réforme grégorienne » était qu'il existait une nette distinction entre ce qui constituait le droit et ce qui ne constituait pas le droit et – alors qu'il s'était agi jusque-là de « conserver à chacun son droit » – que le droit était un corps intégré de règles intrinsèquement capables de croissance. La nouvelle législation fut présentée comme une réinterprétation de l'ancienne législation et son historicité fut mise en rapport avec la notion de suprématie du droit sur le pouvoir politique et, partant, de ceux qui étaient spécialisés dans la science du droit sur ceux qui détenaient l'autorité politique. Il s'agissait, dans le camp papal, des spécialistes du droit canon et, dans le camp royal, des légistes. En surface, « [t]andis que les [premiers] arrivaient par la doctrine de saint Thomas, jusqu'à assimiler le pouvoir laïque à la matière nécessairement condamnée à l'obéissance, et le pouvoir pontifical à l'esprit, les premiers, enivrés des textes de Justinien et des vieux jurisconsultes romains, représentaient l'empereur comme la loi vivante, comme le droit incarné, comme la justice devenue visible dans un homme, comme le roi des rois sur la terre, image du Roi des cieux » (37). Il n'empêche que les légistes (38) et les canonistes étaient taillés dans le même bloc : ils recevaient pour beaucoup la même formation (les légistes étaient souvent des clercs), étudiaient et enseignaient dans les mêmes universités et s'influençaient mutuellement (39), au point d'avoir pour maxime commune « *natura id est deus* » (40) (« La nature, c'est-à-dire Dieu), dans laquelle il ne faudrait surtout pas « subodorer quelque panthéisme » (41), « il ne faut[dr]ait discerner aucune trace de panthéisme » (42). Les papes, qui promulguèrent une portion importante du droit canonique, étaient pour nombre d'entre eux des légistes (43) (« ces parvenus, arrogants aussitôt que nés ») (44), ce qui explique sans doute que la procédure civile fût largement influencée, surtout à partir de la fin du XIII^e, par la procédure ecclésiastique (45). A la fin du « moyen âge », la plupart des évêques, dont ceux de Rome, étaient, non des théologiens, mais des juristes – il est vrai que le salaire d'un juriste était cinq fois supérieur à celui d'un théologien (46).

Bref, les canonistes et légistes servaient des maîtres différents, respectivement la papauté et la royauté, mais, au-delà, leur maître commun était le droit, sur lequel serait fondé, en dépit ou à cause de leurs querelles et de leurs luttes, l'Etat moderne : l'Etat de droit.

« L'Etat de Droit est une expression de l'Etat Moderne conçu comme système juridique » (47). Dans un Etat de droit, la société est soumise à une règle juridique, le gouvernement est tenu d'agir conformément à une Constitution et les actes de l'administration sont soumis à un contrôle juridictionnel, toutes situations qui contribuent à la juridisation et à la juridicisation de la gestion des affaires publiques et de l'exercice même du pouvoir politique ainsi qu'à la prolifération anarchique des juridictions administratives et des lois (amendements, sous-amendements, motions de procédure, etc).

En dépit du renversement ou de la substitution des monarchies de droit divin par des organisations politiques de droit humain dans les pays européens du XIXe au début du XXe siècle, la vision théologique du pouvoir politique informe plus que jamais, rationalisée au point d'être méconnaissable, la « gouvernance » républicaine, la « gouvernementalité » – que l'on pourrait aussi bien appeler, par un jeu de mot fondé sur le caractère profondément pastoral de la chose, « gouverne(ma)ment », dans l'idéologie laïque de laquelle les fameux citoyens reconnaîtraient immédiatement les dogmes abrahamiques qui s'y dissimulent, s'ils étaient tenus, comme leurs ancêtres, de suivre des cours de catéchisme (la nécessité de recycler la morale et les dogmes du judéo-christianisme a été, il faut le dire nettement, la raison profonde et essentielle de la « déchristianisation »).

Le trait d'union entre la monarchie de droit divin et la république est précisément l'Etat de droit, défini apologétiquement comme « le principe selon lequel toutes les personnes et institutions sont soumises à une loi équitablement appliquée et mise en œuvre et doivent en rendre compte » ou comme « l'autorité et l'influence de la loi dans la société, en particulier lorsqu'elle est considérée comme une contrainte sur le comportement individuel et institutionnel ; (d'où) le principe selon lequel tous les membres d'une société (y compris ceux du gouvernement) sont considérés comme également soumis aux codes et processus juridiques rendus publics » (Oxford English Dictionary, 2018) ; pour faire court, la situation d'une société soumise à une règle juridique et, encore plus court, le gouvernement par la loi. Énoncé pour la première fois en Europe dans la Magna Carta et reconnu ensuite tant par les partisans de l'absolutisme, fût-ce sous la forme des « lois divines et naturelles » auxquelles sont sujets tous les princes de la terre, que par ses ennemis, les monarchomaques, ce pseudo-principe a été couronné sous la république (48).

L'Etat de droit trouve son parachèvement dans le droit naturel (49), ensemble des droits ou des règles soi-disant inscrits dans la nature de l'homme, au premier rang desquels la liberté et l'égalité civiles et, ajoute-on sans rire, « abstraction faite de toute institution conventionnelle » (50) – sans rire, car on ne semble pas s'apercevoir que, s'il est « [reconnu] comme de droit idéal » (51), il ne peut l'être que par une... institution.

Le Decretum Gratiani (v. 1140) dit (52) : « Le droit naturel est contenu dans la loi et l'Évangile (« Jus naturale est quod in lege et evangelio continetur ») ; mais tout ce qui se trouve dans le droit et l'Évangile n'appartient pas à la loi naturelle » (53). Pour illustrer son propos, il paraphrase la Règle d'or évangélique (« Tout ce que vous voulez que les hommes fassent pour vous, faites-le de même pour eux, car c'est la loi et les prophètes », Matthieu 7:12) (54). Elle sera reprise dans la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 (55). Du droit ecclésiastique le droit naturel passa ainsi dans le droit séculier sous la forme des « droits de l'homme ». L'Etat de droit en est le protecteur et le garant, entendons, moins apologétiquement, qu'il soumet à toutes sortes d'assujettissements mesquins et obliques les rares individus qui sont libres par nature, tout en laissant le champ libre aux masses d'esclaves au sens aristotélicien de mettre en pratique la maxime anarchiste de Thélème et d'Augustin d'Hippone, sachant que, comme la femme, s'ils ne savent pas ce qu'ils veulent, ils le veulent furieusement et peuvent tout vouloir, sauf renverser l'institution qui leur accorde le privilège susdit.

Depuis les travaux d'Herbert Spencer, d'Emile Durkheim, de Karl Marx et surtout de Max Weber (56), on sait qu'il existe une corrélation entre la genèse des systèmes juridiques et la genèse de l'Etat moderne ; ce qu'il y a de fondamental dans l'analyse qu'en fait Berman, c'est, comme nous l'avons fait apparaître dans les paragraphes précédents, qu'elle met pleinement en lumière l'antériorité et la primauté du processus de formation et de développement des systèmes juridiques dits occidentaux sur celui de l'Etat moderne et, c'est le second point fondamental à en retenir, fait ressortir avec autant de netteté les racines théologiques chrétiennes de ces systèmes juridiques et de cet Etat ; en quoi la « tradition juridique occidentale » est à mettre en parallèle, non seulement avec la « gouvernamentalité, terme par lequel Michel Foucault désigne la « gouvernementalisation » de l'Etat qui s'est produite au XVI^e siècle par suite d'une sorte de fusion entre les attributs du pouvoir pastoral, « la nouvelle technique diplomatico-militaire et, enfin, la police » (57) (dans le sens d'« administration » qu'avait ce terme à l'époque) et qui, remarque qui n'est pas non plus inintéressante, « a tout de même été le phénomène qui a permis à l'État de survivre » (58), mais également avec la théorie des deux corps du roi que, comme le montre Ernst Kantorowicz, les juristes élisabéthains du XVI^e siècle ont ficelée à partir d'emprunts massifs à la christologie, dans le but de substituer le droit à la foi comme fondement de la royauté (59) et à laquelle la théorie de la souveraineté moderne doit beaucoup. Comme Foucault et Kantorowicz, Berman montre que cette sécularisation n'est pas ce que voudrait faire croire le courant traditionaliste ou la sociologie courante, à savoir l'élimination ou la dégradation progressive de tout élément religieux, mais une translation – quasi au sens qu'il a dans l'occultisme de transport de l'âme ou d'une âme d'un homme dans un autre corps, souvent un cadavre (60) – des valeurs chrétiennes, des concepts chrétiens, des institutions chrétiennes hors de l'institution chrétienne (61). Le système doctrinal de la « révolution papale » était le catholicisme romain, celui de la Réforme était le luthéranisme ; la révolution anglaise fut façonnée par la théologie calviniste, la révolution française par des hypothèses déistes et rationalistes, la révolution américaine par les croyances protestantes, la révolution bolchevique par un athéisme fondamental, mais, religieuses ou antireligieuses, toutes ces

révolutions eurent pour combustible des espoirs messianiques dans tout ce qu'elles ont de matérialiste, terrestre, vétérotestamentaire (62).

Fort bien, dira-t-on, les racines des institutions et des concepts juridiques occidentaux modernes remontent à la « réforme grégorienne », qui permit à l'Eglise d'occident d'établir son unité politique et juridique et son indépendance vis-à-vis des rois et des seigneurs féodaux. De ce bouleversement sont sortis d'une part des systèmes juridiques intégrés et d'autre part l'Etat, l'Etat, sinon – le terme serait anachronique – de droit, du moins fondé sur le droit, c'est-à-dire, en dernière analyse, la religion, en l'espèce le judaïsme et le christianisme (63). La « tradition juridique occidentale » a été interrompue périodiquement par de grandes révolutions, dont chacune a attaqué le système de droit préexistant au nom d'une vision religieuse ou quasi-religieuse et dont chacune a fini par créer de nouvelles institutions juridiques fondées sur cette vision ; transformée, la « tradition juridique occidentale » n'en a pas moins préservée ses caractéristiques essentielles, cependant que l'Etat, modelé sur les institutions centralisées et bureaucratiques de l'Eglise catholique romaine, sortait renforcé de chacune des révolutions qui visaient officiellement à l'abattre. « Le mouvement de l'histoire, remarque Jacques Ellul à la suite de Tocqueville, ne précipite pas la chute de l'État mais au contraire le renforce : c'est ainsi que toutes les révolutions contribuent à rendre l'État plus totalitaire » (64).

Tout cela est donc fort bien, mais, objectera-t-on, ne reste-t-il pas que, du point de vue de la théorie, il existe une contradiction radicale entre le droit, fondement des règles régissant les rapports des hommes dans une même société et la révolution, changement brusque et violent des institutions politiques et sociales ? « En droit, explique Berman, un changement soudain et à grande échelle est en effet 'contre-nature'. Lorsque cela se produit, quelque chose doit être fait pour empêcher que cela ne se reproduise » (65) ; il ne dit même jamais explicitement que « le droit est révolutionnaire ». Même du point de vue empirique, n'y a-t-il pas plus conservateur dans le pire sens du terme qu'un juriste ou un fonctionnaire, cet « automate du droit », « dans lequel on insère, en haut, le fait et ses coûts, afin qu'il recrache en bas le verdict et les motifs » (66) ; plus rigidement attachée au conformisme que la classe à laquelle ils appartiennent et dans laquelle, soudés les uns aux autres, ils se reproduisent à l'identique ? Sans doute en raison de la conviction qu'il y a incompatibilité intrinsèque entre le droit et la révolution, peu d'auteurs ont affronté le problème. et les rares qui l'ont fait ne l'ont pas résolu de manière convaincante. « Qu'y a-t-il de révolutionnaire dans la construction juridique des Etats modernes ? », titre du premier chapitre d'un ouvrage qui prend comme point de départ Le Droit et la Révolution pour mieux s'en démarquer par la suite (67), laisse le lecteur sur sa faim (tout en expliquant bien les différences entre les cités et les Etats pré-modernes décentralisés et l'État moderne et en mettant en lumière tout ce qui distingue le droit romain du droit ecclésiastique, qui, d'après Berman, s'est d'ailleurs bâti, non pas sur, mais contre, le premier, ce qui est exact à condition de préciser de quel droit romain il s'agit en l'occurrence) (68) et, de toute façon, ne se propose que d'explorer l'aspect révolutionnaire de la révolution. Les réflexions du professeur de droit et de sciences sociales Paul W. Kahn sur cette question sont déjà plus profondes, en ce qu'il identifie le point commun, le liant, entre révolution et droit, ou

pour mieux dire, la tension dynamique qui existe entre les deux : la notion de liberté. La liberté, un des deux caractères constitutifs de la personnalité subjective dans la doctrine de Kant (69), qui sera mise en application par la Révolution française dans sa déclaration des droits de l'homme, est, en même temps qu'un des principes fondamentaux du droit (naturel), l'esprit même de la révolution (70). Dans l'imaginaire moderne, la révolution, menée au nom de la liberté, apporte la liberté, que le droit garantit et même impose par des lois. La liberté, selon la formule fameuse de Montesquieu, « est le droit de faire tout ce que les lois permettent » (71). « La révolution, peut donc suggérer Kahn sur ces bases, est l'actualisation d'une liberté que le droit envisage comme étant soit déjà réalisée et donc révolue, ou potentielle et donc uniquement appropriée à un moment futur [...] le droit commence et finit dans l'acte le plus contre-nature qui soit : la révolution. Le temps du droit est le temps qui s'écoule entre deux révolutions » (72). En somme, pour élargir cette proposition, on pourrait proposer que, de même que, selon l'aphorisme de Clausewitz, la politique est la continuation de la guerre par d'autres moyens, le droit (naturel) est la continuation de la révolution par d'autres moyens. Il serait la continuation de la révolution sous une forme modérée. Toute révolution est, aussi paradoxal que cela puisse paraître, conservatrice, comme le suggère l'étymologie du mot (revolutio), qui est : « retour, mouvement d'un mobile qui accomplit une courbe fermée » ; glosée, de manière fort significative, ainsi : « réitération de ce qui a été et [...] prévision de ce qui sera » (73). Comme le montre Berman, le sens étymologique de « révolution » se vérifie historiquement. Pour trouver un auteur qui affirme carrément que la révolution est révolutionnaire, il nous faut nous tourner vers l'écrivain, journaliste français du XIXe siècle Jean-Baptiste-Victor Coquille (1820-1891) qui fut lui-même jurisconsulte et qui, dans un ouvrage au ton pamphlétaire (74), qui, en dépit du fait que, en raison d'un violent parti pris chrétien qui le porte à occulter le rôle central de la papauté dans la juridisation de la société européenne et à proférer des contrevérités aussi énormes que celle selon laquelle le droit romain n'aurait pas connu le principe de la propriété privée, il oppose, comme le Bien au Mal, le droit chrétien au droit romain, sans faire la distinction, qu'il n'ignore pourtant pas, entre le droit romain antérieur à la Loi des Douze Tables, d'inspiration stoïcienne et faite sous la pression de la plèbe et le droit écrit qui en est sorti sous l'impulsion de l'école des jurisconsultes, qui, procédant philosophiquement des stoïciens, a fondé le droit civil sur la raison et a constitué la jurisprudence comme science morale (75), est traversé de vues fort pénétrantes sur la fonction historique du droit. D'abord, il rappelle que « [d]ans tous les mouvements révolutionnaires, l'adhésion des écoles de droit se fait rarement attendre » (76) ; il souligne en même temps que, au moins en Allemagne et en Italie, « c'est dans les écoles de droit que s'alimentent [...] les sociétés secrètes » (77) et que, en outre, « [c]e sont des professeurs de droit d'Ingolstadt, Weisshaupt et quelques autres, qui ont organisé l'illuminisme sur la fin du [XVIIIe siècle], et préparé, par leur savante organisation, un cadre et des chefs pour toutes les insurrections futures » ; que le révolutionnaire italien Mazzini était avocat, comme Cromwell, Robespierre, Sokolov, Kerenski, Lénine, etc. (78) ; en quoi il est, si l'on peut dire, légitime de parler de « classe révolutionnaire des légistes » (79). Au-delà des personnes, il invoque, pour expliquer la nature révolutionnaire du droit, d'abord le simple fait que « [t]outes les révolutions, toutes les révoltes invoquent le droit » (80) et ensuite ce que Berman appelle son évolutivité (« ongoingness ») – terme dont il n'est peut-être pas superflu de préciser que, en médecine, il désigne le potentiel évolutif d'une maladie : « Le développement social s'opère sur un fond préexistant [tandis que,] [l]'école révolutionnaire supprime le mouvement pacifique, régulier, subordonné aux éléments d'ordre et de stabilité, pour ne laisser

subsister qu'un principe absolu de changement » (81). « Le droit, constate le politicien Henri-Auguste-Georges du Vergier de La Rochejaquelein (1805-1867) seize après que Karl Marx avait forgé l'expression dans « La Sainte famille » (1844), est une révolution permanente » (82).

A la fin du XXe siècle, la « tradition juridique occidentale » « traverse une crise révolutionnaire plus grande que toutes celles qu'elle a connues dans son histoire, dont certains pensent qu'elle touche quasiment à sa fin » (83). Selon Berman, elle est due à « notre » ignorance « de « notre » tradition juridique ; non, contrairement à ce que pourrait penser le lecteur, « notre » ne renvoie pas à ses collègues juristes, mais au grand public, la meilleur preuve en étant que « Le Droit et la Révolution » s'adresse précisément au grand public et non uniquement ou même spécifiquement à ses collègues juristes, dont Berman n'a peut-être pas remarqué que, dans les pays « occidentaux », ils sont de plus en plus nombreux à ne pas être « occidentaux ». Ce n'est pas assez que de dire que « la remise en cause de la tradition juridique [occidentale] dans son ensemble et pas seulement de certains de ses éléments ou aspects particuliers [...] se manifeste surtout dans la confrontation avec les civilisations non occidentales et les philosophies non occidentales », il faut ajouter qu'elle n'aurait pas été possible sans l'infiltration préalable de la « tradition juridique occidentale » par des membres des « civilisations non occidentales et [donc] par les philosophies non occidentales », notamment celle dont est sorti, au IVe siècle avant notre ère, le légisme (Fa Jià), doctrine prônée par des hauts fonctionnaires et des magistrats visant à « la primauté de la loi en opposition et en contradiction aux anciens rites hiérarchiques du li des confucianistes », à « faire de la loi le centre névralgique de l'ordre social » (84). « L'Occident lui-même en est venu à douter de la validité universelle de sa vision traditionnelle du droit, en particulier de sa validité pour les cultures non occidentales », quand, de leur côté, les non-Occidentaux ne doutent pas un seul instant de la validité universelle de leur vision traditionnelle du droit. Berman ne doute pas, quant à lui, que la crise de la « tradition juridique occidentale » trouvera son remède dans sa cause. Cependant, vingt ans plus tard, il prescrira, avec des accents messianiques (85), de compléter l'étude intensive de la « tradition juridique occidentale » par « la formation d'une tradition juridique mondiale » (86).

A l'opposé, le patriote raciste blanc ne peut qu'appeler de ses vœux la liquidation de la tradition juridique « occidentale », car, à la lecture de l'ouvrage de Berman, il est difficile de ne pas la ranger parmi les processus qui ont fait tomber les communautés blanches dans la déchéance dans laquelle elles ne cessent de s'engloutir. Le patriote raciste blanc l'étudiera donc, non pas, comme Berman, pour y trouver des moyens de la sauver, mais pour enrichir sa connaissance des causes du chaos généralisé qui résulte de cette déchéance et pour pouvoir ainsi lutter plus efficacement, à son modeste niveau, contre – contre ses manifestations extérieures comme contre ce qui, en lui, peut éventuellement donner prise aux suggestions catagogiques dont est saturé le milieu actuel. Il y trouvera aussi des aperçus très éclairants sur la bureaucratisation, d'inspiration « néo-libérale », de la société « occidentale » dans son ensemble ainsi que sur la part centrale qu'a le droit, un droit fortement inspiré par le droit (révolutionnaire) soviétique (de là la mise entre guillemets de « néo-libérale ») (87), dans ce processus,

qui, à cause de la nécessité, pour ne pas dire l'obligation, d'utiliser les « nouvelles technologies », pour accomplir les actes les plus triviaux de l'existence quotidienne, touche désormais, non seulement la vie professionnelle de ceux qui n'ont pas le statut de fonctionnaire, envahie qu'elle est par les normes managériales, mais aussi la vie privée de tout le monde, fonctionnaire ou non (88), constellée qu'elle est, souvent avec l'assentiment passablement enthousiaste des intéressés, qu'elles rassurent, sécurisent, flattent (« le respect de votre vie privée est notre priorité »), de procédures et de formalités.

Contrairement au point de vue de la sociologie, dont nous citons ici les représentants d'exception, tout indique donc que ce processus, loin d'être subi par le « populus » (l'analyse que La Boétie a faite à la fin du XVI^e siècle de la servitude volontaire est toujours valide pour l'essentiel) (89), est voulu, voulu et imposé d'en haut et voulu plus ou moins consciemment et en tout cas accepté par un « populus » si peu fait pour la vie – non pas que les membres de la pseudo-élite le soient davantage – dans ce qu'elle a d'immédiat, de qualitatif, de transcendant, d'incandescent, qu'il ne supporte d'en faire l'expérience que dans une « cage de fer » (90). Le plouc moderne, c'est-à-dire le plouc policé, gère volontiers « sa » vie comme s'il s'agissait d'une entreprise, d'autant plus qu'il n'est pas « son propre patron » et est frustré de ne pas l'être, peut-être par une sorte de compensation au sens psychanalytique.

Là où la sociologie et, avec elle, l'historiographie académique « croient que l'histoire n'est faite que par les hommes qui sont sur le devant de la scène et déterminée par les facteurs économiques, sociaux et politiques les plus évidents, ne voient et ne cherchent pas d'autres explications » (91), d'autres, qui, conscients que l'histoire comprend une troisième dimension, « souterraine », cherchent, au grand dam des forces qui opèrent dans les coulisses, à l'explorer et, parce que cette dimension échappe aux moyens positifs d'investigation et que, dans ces conditions, il est facile de se laisser aller à l'imagination, ne tardent pas, au grand soulagement, si l'on peut dire, de ces forces, soit à s'y perdre, soit, dans le meilleur des cas, à se focaliser sur des sociétés dont nous sommes si précisément informés de l'idéologie et des « travaux » qu'elles ne sont plus secrètes que de nom, sur des figures dont une partie des machinations a été si largement documentée qu'elles sont presque devenues des personnages publics. Aussi nous sommes-nous proposés de braquer les feux sur l'action souterraine de deux types de personnes qui sont des « hommes de l'ombre » au sens quasi littéral : les juristes (les Etats-Unis comptent près d'un million et demi de magistrats, c'est-à-dire un pour trois cents habitants et, comme on pouvait s'y attendre, de plus en plus de magistrats, comme dans la plupart des pays « occidentaux), anciennement connus sous le nom de robins et « les fonctionnaires administratifs » (92), dont certains des « hauts » font peut-être partie de ce « cabinet noir » dont un politicard hexagonal de premier plan avait évoqué l'existence à la télévision en 2017 et auquel un de ses confrères vient juste de faire allusion dans un journal télévisé. Leur connivence, décelée et dénoncée avec virulence par Malesherbes (1721-1794) (93) lui-même magistrat, ne s'est jamais démentie au cours des derniers siècles ; leur influence non plus, à tel point que l'on a pu dire non sans raison que l'administration avait pris le pouvoir (94).

Des exécutants (s'entend de ceux qui tirent les ficelles) ? Peut-être et même sans doute, mais des exécutants terriblement malfaisants. Pour faire tomber une personne perchée tout au haut d'une grande échelle dont les pieds sont cimentés, le mieux est de scier le premier barreau.

L'introduction du premier tome du travail de Berman, que nous publions ci-dessous, constitue la première partie d'une introduction à une présentation de cette « gouvernementalité » qui a comme « modèle ancien » ce pouvoir pastoral qui plonge lui-même ses racines dans ce despotisme oriental qui a été examiné dans la troisième partie du « Pouvoir panique » ; elle sera complétée par un examen de la théorie médiévale des deux corps du roi comme modèle du concept de souveraineté ainsi que par une étude détaillée sur la naissance de la « noblesse d'Etat » – qui, avec sa clientèle, représente actuellement en France, s'il faut en croire les chiffres du « Ministère de l'Intérieur », plus ou moins 8 657 326 d'adultes (95).

Ce livre raconte l'histoire suivante : il y avait autrefois une civilisation appelée « occidentale » ; elle a développé des institutions, des valeurs et des concepts « juridiques » spécifiques ; ces institutions, ces valeurs et ces concepts juridiques occidentaux ont été consciemment transmis de génération en génération et en sont venus à constituer une tradition ; la tradition juridique occidentale est née d'une « révolution » et, de siècle en siècle, a été périodiquement interrompue et transformée par des révolutions ; au XXe siècle, la tradition juridique occidentale traverse une crise révolutionnaire plus grave que toutes celles qu'elle a connues dans son histoire, dont certains pensent qu'elle touche quasiment à sa fin.

Tout le monde ne voudra pas écouter cette histoire. Beaucoup trouveront son intrigue inacceptable ; ils la prendront pour une fiction. Certains diront qu'il n'y a jamais eu de tradition juridique occidentale. D'autres diront que la tradition juridique occidentale est bien en vie à la fin du XXe siècle.

Même ceux qui reconnaîtront que l'histoire en question est vraie et qu'elle doit être prise au sérieux ne seront pas d'accord entre eux sur le sens des termes d'« occidental », de « juridique », de « tradition » et de « révolution ». Raconter cette histoire vise en partie à découvrir la signification de ces mots dans un contexte descriptif, c'est-à-dire dans leur dimension temporelle. De ce point de vue, il serait vain de tenter de les définir au préalable. Comme l'a dit Friedrich Nietzsche, rien de ce qui a une histoire ne peut être défini. Néanmoins, un auteur d'ouvrage non romanesque a l'obligation de révéler d'emblée certaines de ses préconceptions. En même temps, il peut être utile de tenter, de manière préliminaire, de dissiper certains des malentendus qui me semblent pouvoir naître chez ceux qui pourraient juger l'histoire en question comme inacceptable.

Ce qu'on appelle « l'Ouest » dans ce livre est une culture historique ou une civilisation particulière, qui peut être caractérisée de nombreuses façons différentes, selon les objectifs de la caractérisation. On l'appelait autrefois « l'Occident » et il était considéré comme comprenant toutes les cultures héritées de la Grèce et de la Rome antique, par opposition à « l'Orient », qui se composait principalement de l'Islam, de l'Inde et de l'« Extrême-Orient ». Depuis la fin de la Seconde Guerre mondiale, les termes d'« Est » et d'« Ouest » ont souvent été utilisés pour distinguer les pays communistes des pays non communistes : dans le « commerce Est-Ouest », expédier des marchandises de Prague à Tokyo, c'est les expédier de l'Est à l'Ouest.

Il existe une autre distinction entre l'Est et l'Ouest qui est moins connue aujourd'hui : la distinction entre les parties orientale et occidentale de l'Eglise chrétienne, qui, dans les premiers siècles de notre ère, recouvrait la distinction entre les parties orientale et occidentale de l'Empire romain. Bien qu'il y ait eu des différences entre l'Eglise d'Orient et l'Eglise d'Occident dès le début, ce n'est qu'en 1054 qu'elles se sont séparées. Leur séparation a été due à la volonté de l'Occident de faire de l'évêque de Rome le seul chef de l'église, d'affranchir le clergé du contrôle de l'empereur, des rois et de différencier nettement l'Eglise en tant qu'entité politique et juridique des entités séculières. Ce mouvement, dont le point culminant a été ce que l'on a appelé la réforme grégorienne et la querelle des investitures (1075-1122) (1), a donné lieu à la formation du premier système juridique moderne, le « nouveau droit canon » (*jus novum*) de l'Eglise catholique romaine et finalement à la constitution de nouveaux systèmes juridiques séculiers, tels que le droit royal, le droit urbain et autres. Dans l'expression « tradition juridique occidentale », le dernier terme se réfère aux peuples dont les traditions juridiques découlent de ces événements. Aux XI^e et XII^e siècles, il s'agissait des peuples de l'Europe occidentale, de l'Angleterre à la Hongrie et du Danemark à la Sicile. Des régions telles que la Russie et la Grèce, restées dans l'Eglise orthodoxe d'Orient ainsi qu'une grande partie de l'Espagne, qui était musulmane, n'en faisaient pas partie à l'époque. Plus tard, non seulement la Russie et la Grèce ainsi que toute l'Espagne furent occidentalisées, mais les deux Amériques et d'autres régions du monde le furent également.

L'Occident ne se trouve donc pas à l'aide d'une boussole. Des frontières géographiques permettent de le situer, mais elles changent de temps en temps. L'Occident est plutôt un concept culturel et néanmoins il possède une dimension fortement diachronique. Mais ce n'est pas simplement une idée : c'est une communauté. Il comporte à la fois une structure historique et une histoire structurée. Pendant de nombreux siècles, il a pu être identifié tout simplement aux peuples de la chrétienté occidentale. En effet, du XI^e au XVI^e siècle, la communauté de ces peuples s'est manifestée dans leur commune allégeance à une seule autorité spirituelle, l'Eglise de Rome.

En tant que culture historique, civilisation, l'Occident se distingue non seulement de l'Orient mais encore des cultures « pré-occidentales » auxquelles il est « revenu » à diverses périodes de « renaissance ». Ces retours et renaissances sont caractéristiques de l'Occident. Ils ne doivent pas être

confondus avec les modèles dont ils se sont inspirés. « Israël », la « Grèce » et « Rome » sont devenus les ancêtres spirituels de l'Occident non pas essentiellement par un processus de survie et de succession mais essentiellement par un processus d'adoption : l'Occident les a adoptés comme ancêtres. De plus, il les a adoptés de manière sélective – il en a adopté différentes parties à différentes époques. Cotton Mathers n'était pas juif, Érasme n'était pas grec. Les juristes de l'Université de Bologne n'étaient pas des Romains.

Une partie du droit romain a assurément survécu dans le droit populaire germanique et, plus important encore, dans le droit ecclésiastique ; une partie de la philosophie grecque a survécu aussi dans l'Eglise. La bible hébraïque s'est évidemment perpétuée dans l'Ancien Testament. Mais ces survivances ne représentent qu'une petite partie de leur influence sur le droit, la philosophie et la théologie occidentaux. Ce qui explique l'essentiel de leur influence, ce sont les redécouvertes, les réexamens et les réceptions des textes anciens. Même dans la mesure où l'on peut dire que des connaissances de l'Antiquité se sont transmises à nous sans interruption, elles ont inévitablement été transformées. Ce point est particulièrement important pour la compréhension de la redécouverte et de la renaissance du droit romain : pour donner un exemple, le système juridique de la ville libre de Pise, qui, au XIIe siècle, a adopté nombre des règles du droit romain contenues dans les textes byzantins qui venaient d'être découverts, ne peut en aucun cas être comparé à celui de l'empire sur lequel régnait Justinien. Les formules étaient les mêmes, mais leurs significations étaient très différentes.

L'Occident, dans cette perspective, n'est pas la Grèce, Rome et Israël, mais les peuples d'Europe occidentale en tant qu'ils se sont inspirés des textes grecs, romains et hébreux et les ont transformés d'une manière qui aurait étonné leurs auteurs. L'Islam ne fait évidemment pas non plus partie de l'Occident ; de très fortes influences arabes se sont exercées sur la philosophie et la science occidentales mais non sur les institutions juridiques occidentales (2), surtout durant la période sur laquelle porte cette étude.

En effet, chacun des anciens éléments de la culture occidentale s'est transformé en se mélangeant avec des éléments d'origine non occidentale. Ce qui est étonnant est que des éléments aussi antagonistes aient pu être réunis dans une seule vision du monde [de là la schizophrénie de ceux qui, par affinités électives, partagent cette vision] [N. d. E]. La culture hébraïque ne tolérait ni la philosophie grecque ni le droit romain, la culture grecque ne tolérait ni le droit romain ni la théologie juive, la culture romaine ne tolérait pas la théologie hébraïque et était en grande partie incompatible avec la philosophie grecque. Pourtant, à la fin du XIe siècle et au début du XIIe siècle, l'Occident a combiné les trois éléments et a ainsi transformé chacun d'eux.

Quelque peu plus controversée est la distinction entre l'Occident et la culture des peuples germaniques et des autres tribus d'Europe avant le XI^e siècle. Si « Occident » était un terme géographique, il faudrait y inclure cette culture antérieure ; en fait, il faudrait commencer, comme le font la plupart des études de l'histoire européenne, par la guerre des Gaules de César, l'invasion de l'empire romain par les peuplades germaniques, le développement de la monarchie franque, Charlemagne et Alfred le Grand, avant d'en arriver à la Réforme grégorienne, à la querelle des investitures et à ce que l'on appelle généralement le haut Moyen-âge, ou la renaissance du XII^e siècle (qui a commencé en réalité dans la seconde moitié du XI^e siècle). Qualifier les peuples germaniques d'Europe de « pré-occidentaux » peut sembler étrange à certains. Pourtant il y a une solution de continuité radicale entre l'Europe de la période antérieure aux années 1050-1150 et l'Europe de la période postérieure à ces années.

Enfin, il convient de dire, en ce qui concerne la signification du terme d'« Occident », que, du moins aux fins de l'analyse et de l'explication des institutions juridiques, il ne faut pas faire de distinction nette entre « occidental » et « moderne » ; et, en outre, qu'il faudrait distinguer « moderne » de « contemporain », en appliquant celui-là à la période précédant les deux guerres mondiales et celui-ci à la période postérieure à 1945. L'un des objectifs de cette étude est de montrer que, en Occident, les temps modernes – non seulement les institutions juridiques et les valeurs juridiques modernes, mais aussi l'État moderne, l'Église moderne, la philosophie moderne, l'Université moderne, la littérature moderne et bien d'autres choses encore qui sont modernes – ont leur origine dans la période qui s'étend de 1050 à 1150 et pas avant.

Le terme de « juridique », comme celui d'« Occident », a une histoire. De nos jours, le terme de « droit » est généralement défini comme « corps de règles ». Les règles, à leur tour, sont généralement considérées comme dérivant de lois (statutes) et, là où le pouvoir judiciaire est reconnu, de décisions de justice. De ce point de vue, cependant, il ne saurait y avoir de « droit occidental », puisqu'il n'y a pas de législature ou de tribunal occidental. (De même, il ne peut y avoir de « droit américain », mais seulement le droit fédéral des États-Unis et le droit de chacun des cinquante États). Une telle définition du droit est bien trop étroite pour une étude qui englobe les systèmes juridiques de tous les pays occidentaux dans toutes les différentes périodes de l'histoire occidentale et ne s'intéresse pas seulement au droit dans les livres mais aussi au droit dans la pratique. Le droit dans la pratique implique des institutions et des procédures juridiques, des valeurs juridiques, des concepts et des modes de pensée juridiques ainsi que des règles juridiques. Il s'agit de ce que l'on appelle parfois le « processus juridique » ou, en allemand, le *Rechtsverwirklichung*, la « réalisation » du droit.

Lon L. Fuller a défini le système juridique comme « l'entreprise consistant à soumettre le comportement humain au gouvernement de règles » (3). Cette définition souligne à juste titre la primauté de l'activité juridique sur les règles juridiques. Mais j'irais plus loin en incluant dans l'objectif de cette « entreprise », outre l'élaboration et l'application de règles, d'autres modes de gouvernement, y compris le vote, la

promulgation d'ordonnances, la nomination de fonctionnaires et la prononciation d'arrêts. Le droit a d'autres objectifs que la gouvernance au sens habituel de ce mot. Il s'agit d'une entreprise visant à faciliter les arrangements volontaires par le biais de la négociation de transactions, la délivrance de documents (titres de crédit et titres de propriété) et l'exécution d'autres actes de nature juridique. Le droit dans la pratique consiste à légiférer, statuer, administrer et exercer d'autres activités juridiques. Il s'agit d'un processus vivant d'attribution de droits et devoirs et donc de résolution de conflits et de création de canaux de coopération.

Une conception aussi large du droit est nécessaire pour pouvoir comparer, dans un cadre unique, les nombreux systèmes juridiques différents qui ont existé en Occident pendant de nombreux siècles. Elle est également nécessaire pour explorer les interrelations de ces systèmes avec d'autres institutions, valeurs et concepts politiques, économiques et sociaux.

J'ai pris la liberté de définir le droit en termes généraux, sans référence aux institutions, valeurs et concepts qui caractérisent la tradition juridique occidentale. Ce faisant, mon but a été de répondre à ceux qui, en définissant le droit trop étroitement, à savoir comme un corps de règles, font obstacle à la compréhension de l'émergence de la tradition juridique occidentale, de l'impact des grandes révolutions de l'histoire occidentale sur elle ainsi que de sa situation présente. La conception du droit comme type d'entreprise particulière, dans laquelle les règles n'entrent que pour une part, prend tout son sens dans le contexte du développement proprement historique du droit vivant d'une culture déterminée.

Le fait de parler d'une « tradition » juridique occidentale attire l'attention sur deux faits historiques majeurs : 1) à partir de la fin du XI^e et au cours du XII^e siècle, sauf dans certaines périodes de changement révolutionnaire, les institutions juridiques occidentales se sont développées de manière continue de siècle en siècle, chaque nouvelle génération consolidant consciemment l'œuvre des précédentes, et 2) ce processus conscient de développement continu est (ou était autrefois) considéré comme un processus non seulement de changement mais en même temps de croissance organique. Même les grandes révolutions nationales du passé : la Révolution russe de 1917, la Révolution française de 1789 et la Révolution américaine de 1776, la Révolution anglaise de 1640 et la Réforme allemande de 1517, ont fini par faire la paix avec la tradition qu'elles ou certains de leurs meneurs étaient déterminés à détruire.

Le concept de développement organique conscient a été appliqué aux institutions du XI^e et XII^e siècles. Dans ce contexte, le terme d'« institutions » signifie mécanismes structurés visant à l'exécution de tâches sociales spécifiques. Les universités, par exemple, sont des institutions de transmission de l'enseignement supérieur et de formation de professionnels ; les services financiers et judiciaires du

gouvernement sont des institutions chargées d'administrer respectivement la fiscalité et la justice ; le système juridique est un ensemble structuré de mécanismes, dont l'un des principaux objectifs est de fournir des orientations aux divers services du gouvernement ainsi qu'à la population en général, sur ce qui est permis et ce qui est interdit. En Occident aux XI^e et XII^e siècles, c'est ainsi que sont venus à être regardés non seulement les universités, les ministères des Finances et les tribunaux et les systèmes juridiques, qui venaient d'être créés, mais aussi l'Eglise elle-même. Il en a été de même des structures laïques telles que les gouvernements urbains et royaux. Ces diverses institutions étaient conçues comme ayant un caractère évolutif. Elles étaient censées s'adapter progressivement à des situations nouvelles, se réformer et se développer sur de longues périodes. Pour une part, cette croissance a été planifiée : par exemple, de nombreuses cathédrales devaient être construites sur plusieurs générations ; elles disposaient de budgets, littéralement, pour un millier d'années. Pour une autre part, la croissance a été moins planifiée qu'aménagée : les administrateurs et les législateurs révisaient le travail de leurs prédécesseurs, les disciples s'efforçaient d'améliorer le travail de leurs maîtres, les commentateurs succédaient aux glossateurs. Pour une autre part encore, la croissance a été moins planifiée et aménagée que spontanée : par exemple, les architectes ont « combiné » l'art roman et l'art normand et c'est de là qu'est né le premier gothique, qui évolua en gothique tardif et ainsi de suite.

Ainsi que l'a noté Robert Nisbet, personne ne « voit » une société « croître » ou « se développer » ou « décliner » ou « mourir » (4). Ce sont là des métaphores. Néanmoins, la croyance qu'ont les gens qui vivent à un moment donné dans une société qu'elle est effectivement en train de croître, de se développer ou de décliner et de mourir est réelle. Dans la période de formation de la tradition juridique occidentale, la croyance augustinienne selon laquelle la société, la « cité terrestre », décline continuellement a été modifiée par la vue que les institutions sociales peuvent naître, croître et se reproduire. En outre, ce processus a été conçu comme étant un processus auquel participaient activement et consciemment les générations successives. Comme disait Goethe, une tradition ne s'hérite pas : elle se mérite.

Le grand historien anglais. F. W. Maitland a utilisé la métaphore biologique de la croissance pour décrire les changements qui ont eu lieu dans le droit anglais relatif aux formes de procédure civile ou pénale à partir du XII^e siècle. Il a écrit : « Nos formes de procédure ne sont pas de simples rubriques ni des catégories mortes ; elles ne sont pas le résultat d'un procédé de classification appliqué à des matériaux préexistants. Elles sont les instituts du droit (Institutes of the Law) ; elles sont, nous le disons sans scrupule, des choses vivantes. Chacune d'elles vit son existence propre, a ses propres vicissitudes, reste vigoureuse, utile et populaire plus ou moins longtemps puis tombe dans la décrépitude et vieillit sans ami. Certaines meurent à la naissance, d'autres sont stériles, d'autres encore vivent assez longtemps pour voir leur progéniture arriver aux hautes places. La lutte pour la vie est âpre parmi elles et seules survivent les plus fortes (5) ».

Ainsi, l'action en dommages-intérêts pour trouble de jouissance, que Maitland qualifiait de « mère féconde des procès », aurait « donné naissance à » ou « donné lieu à » ou « sécrété », selon le goût de chacun en matière de métaphores et selon sa conception de la continuité organique, l'action pour agression et batterie, l'action pour atteinte aux biens, l'action pour intrusion illicite sur le fonds d'autrui et bien d'autres. Elle fut aussi la « source » de l'action sur le cas, bien que, dans ce cas, la progéniture ait été sensiblement différente de son géniteur (6). Des érudits ont représenté les types d'action par un arbre au tronc et aux branches desquels sont apposées des dates. S'agit-il d'un simple dispositif pédagogique ? Est-ce peut-être une forme d'animisme ? (c'est nous qui soulignons).

Il peut être utile de faire une analogie entre le développement du droit ainsi conçu et celui de la musique. A partir des XI^e et XII^e siècles, la musique monophonique, représentée principalement par le chant grégorien, a été graduellement supplantée par des styles polyphoniques. La musique à deux, trois et finalement quatre voix s'est développée. Le style contrapuntique, illustré par le motet au XIII^e siècle, a donné naissance au siècle suivant au style harmonique de l'ars nova, illustré par la ballade. Le contrepoint et l'harmonie ont fini par être combinés. Le XVI^e siècle a vu le développement des grands chœurs protestants allemands, qui, avec les madrigaux et autres formes musicales italiens et anglais, ont jeté les bases de l'opéra, qui est apparu pour la première fois en Italie à la fin du XVI^e et au début du XVII^e siècle. La musique de la Renaissance a fini par céder la place au baroque, le baroque au classique et ainsi de suite. Aucun musicien contemporain, aussi excentrique soit-il, ne peut se permettre d'ignorer cette histoire. Il fut un temps, qui n'est pas si lointain, où un bon avocat devait pareillement connaître l'histoire du développement des institutions juridiques.

Bien évidemment, tout changement ne doit pas être considéré comme une croissance. Certains changements peuvent être considérés comme l'interruption d'une croissance. On ne peut dire, par exemple, que l'ordalie et le duel judiciaire ont donné naissance au procès devant jury ou que l'action pour intrusion illicite sur le fonds d'autrui est issue du grief de félonie. L'ordalie, le duel judiciaire et le grief de félonie avaient leur origine dans le droit tribal ou féodal ; le délit d'intrusion et le procès devant jury, dans le droit royal. De plus, ceux-là n'ont guère survécu à l'introduction de ceux-ci, alors que le concept de croissance organique implique que le parent continue de vivre dans le même temps que sa progéniture. Il est différent de celui de causalité. Ce n'est pas l'ordalie mais l'abolition de l'ordalie qui a donné naissance au procès devant jury dans les affaires criminelles.

En même temps, une croissance consciente ne signifie pas nécessairement un mouvement délibéré vers des objectifs idéaux particuliers. C'est quelque chose de moins que le progrès moral mais quelque chose de plus qu'un simple changement ou une simple accumulation. La réforme du droit a évidemment été une caractéristique récurrente de la tradition juridique occidentale depuis l'époque où elle s'est formée. Pourtant, la réforme elle-même est considérée comme faisant partie de ce que j'ai appelé le caractère évolutif de la tradition, sa continuité consciente dans le temps.

Les principales caractéristiques de la tradition juridique occidentale peuvent être résumées préliminairement comme suit :

1 – Une distinction relativement nette est faite entre les institutions juridiques (y compris les procédures judiciaires telles que l'action de faire des lois et l'arbitrage ainsi que les règles et concepts juridiques que génèrent ces procédures) et les autres types d'institutions.

Bien que le droit reste fortement influencé par la religion, la politique, la morale et la coutume, il est possible de le distinguer de ceux-ci d'un point de vue analytique. La coutume, par exemple, au sens d'habitudes de comportement, se distingue du droit coutumier au sens de normes habituelles de comportement considérées comme ayant force de loi. De même, la politique et la morale peuvent déterminer le droit, mais elles n'ont pas valeur de loi, comme c'est le cas dans d'autres cultures. En Occident, mais pas seulement en Occident, le droit est évidemment considéré comme ayant un caractère propre, une certaine autonomie relative.

2 – La netteté de cette distinction est liée au fait que l'administration des institutions juridiques, dans la tradition juridique occidentale, est confiée à un corps spécial de personnes qui pratiquent les activités juridiques à titre d'occupation professionnelle plus ou moins à plein temps.

3 – Les professionnels du droit, qu'on les appelle généralement avocats, comme dans les pays anglo-saxons, ou juristes, comme dans la plupart des autres pays occidentaux, sont spécialement formés dans un corps spécifique d'enseignement supérieur qui a sa littérature propre et ses propres écoles et autres lieux de formation professionnelle.

4 – Ce corps d'enseignement juridique qui forme les juristes a des rapports dialectiques complexes avec les institutions juridiques, puisque, d'une part, l'enseignement caractérise ces institutions et que, d'autre part, les institutions juridiques resteraient disparates et inorganisées, si elles n'étaient pas conceptualisées et systématisées et donc transformées par ce qui est dit à leur sujet dans les traités et articles savants et les salles de cours. En d'autres termes, le droit comprend non seulement, entre autres, les institutions juridiques, les instructions juridiques, les décisions judiciaires, mais aussi ce que les experts (y compris, à l'occasion, les législateurs, les juges et ceux qui, parmi les fonctionnaires, parlent et écrivent à leur manière) disent au sujet de ces institutions, instructions et décisions. Le droit

contient en lui-même une science juridique, un méta-droit, qui permet à la fois de l'analyser et de l'évaluer.

Les quatre premières caractéristiques de la tradition juridique occidentale se retrouvent dans la tradition du droit romain telle qu'elle s'est développée du II^e siècle avant notre ère aux dernières décennies de l'Empire et au-delà. Elles sont étrangères à plusieurs cultures contemporaines non occidentales et l'étaient également à l'ordre juridique qui prévalait chez les peuples germaniques d'Europe de l'Ouest avant le XI^e siècle. Le droit germanique était ancré dans la vie politique et religieuse, dans les coutumes et la moralité, comme le droit l'est aujourd'hui dans de nombreuses communautés informelles telles que l'école, le quartier, l'usine, le village. A cette époque, que ce soit dans l'empire franc, dans l'Angleterre anglo-saxonne ou même ailleurs en Europe, aucune distinction nette n'existait entre les normes et les procédures juridiques d'une part et les règles et les pratiques religieuses, morales, économiques, politiques d'autre part. Il y avait certes des lois et parfois des recueils de lois, publiés par les rois ; mais il n'y avait pas d'avocats ou de juges professionnels, pas de juristes professionnels, pas d'écoles de droit, pas de livres de droit ni de science juridique. C'était vrai aussi pour l'Eglise : le droit canonique était fusionné avec la théologie. Et, à l'exception de quelques rares collections de canons organisées d'une façon assez rudimentaire et des pénitentiels, il n'y avait rien que l'on puisse appeler une littérature de droit ecclésiastique (7).

5. Dans la tradition juridique occidentale, le droit est conçu comme un tout cohérent, un système intégré, un « corps » et ce corps est conçu pour se développer dans le temps, au fil des générations et des siècles. On pourrait penser que le concept de droit comme corpus juris est implicite dans toute tradition juridique dans laquelle le droit est considéré comme distinct de la morale et de la coutume ; et on suppose souvent qu'un tel concept était non seulement implicite mais aussi explicite dans le droit romain de Justinien (8).

Toutefois, l'expression « corpus juris Romani » n'était pas utilisée par les Romains, elle a été forgée par les canonistes et les romanistes européens des XI^e et XIII^e siècles, qui ont extrapolé ce concept à partir des travaux de ceux qui, un ou deux siècles plus tôt, avaient découvert les anciens textes de Justinien et les avaient fait étudier dans les universités européennes. C'est la technique scolastique du XIII^e siècle qui consiste à concilier les contradictions et à tirer des concepts généraux des règles et des cas qui a permis pour la première fois de coordonner et d'intégrer le droit romain de Justinien.

6 – Le concept de corps ou de système juridique ne pouvait se développer qu'en prenant appui sur la croyance au caractère évolutif du droit, à sa capacité de croissance au fil des générations et des siècles,

croyance spécifiquement occidentale. Le corpus juridique ne survit que parce qu'il contient un mécanisme intégré de changement organique.

7 – On considère que la croissance du droit a une logique interne ; les changements ne sont pas seulement des adaptations de l'ancien au nouveau mais font également partie d'un schéma de changements. Le processus de développement est soumis à certaines régularités et, du moins rétrospectivement, reflète une nécessité interne. La tradition juridique occidentale présuppose que les changements ne se produisent pas au hasard mais qu'ils procèdent par réinterprétation du passé pour répondre aux besoins présents et futurs. Le droit n'est pas seulement évolutif ; il a une histoire. Il raconte une histoire.

8 – L'historicité du droit est liée à l'idée de sa suprématie sur le pouvoir politique. Le corpus juridique en développement est conçu par certains, mais pas par tous et pas nécessairement par la plupart, comme ayant un caractère contraignant pour l'Etat lui-même, à tout moment et à long terme. Bien qu'il ait fallu attendre la Révolution américaine pour entendre parler de « constitutionnalisme », il n'en reste pas moins que, depuis le XII^e siècle, dans tous les pays occidentaux, même sous les monarchies absolues, il a été affirmé à maintes reprises et souvent reconnu que, à certains égards importants, le droit transcende la politique. Le monarque, dit-on, peut faire des lois mais il ne peut pas les faire arbitrairement et, tant qu'il ne les a pas refondues légalement, il est lié par elles.

9 – La caractéristique la plus distinctive de la tradition juridique occidentale est peut-être la coexistence et la concurrence, au sein d'une même communauté, de diverses juridictions et de divers systèmes juridiques. C'est cette pluralité de juridictions et de systèmes qui rend la suprématie du droit à la fois nécessaire et possible.

Le pluralisme juridique trouve son origine dans la différenciation entre l'entité ecclésiastique et les entités laïques. L'Eglise a proclamé qu'elle était indépendante du pouvoir temporel et qu'elle possédait une compétence exclusive dans certaines matières et une compétence concurrente dans d'autres. Les laïcs, bien que généralement gouvernés par le droit séculier, étaient soumis au droit ecclésiastique et aux tribunaux ecclésiastiques en matière de mariage et de relations familiales, d'héritage, de crimes spirituels, de relations contractuelles de vassal à suzerain ainsi que dans un certain nombre d'autres matières. A l'inverse, le clergé, bien que généralement gouverné par le droit canon, était soumis au droit séculier et à la juridiction des tribunaux séculiers, en ce qui concerne certains types de délits, certains types de litiges, etc. Le droit séculier lui-même était divisé en plusieurs types concurrents, dont le droit féodal, le droit manorial, le droit urbain, le droit commercial. La même personne pouvait être soumise aux tribunaux ecclésiastiques dans un type d'affaire, à la cour du roi dans un autre, à la cour de son

seigneur dans un troisième, à la cour du manoir dans un quatrième, à celui de la ville libre dans un cinquième ou à celui des marchands dans un sixième.

La complexité même d'un ordre juridique commun contenant des systèmes juridiques divers a contribué à la sophistication du droit. Quelle est la juridiction compétente ? Quel est le droit applicable ? Comment concilier les différences juridiques ? Derrière les questions techniques se cachent d'importantes considérations politiques et économiques : le clergé contre la couronne, la couronne contre la ville, la ville contre le seigneur, le seigneur contre le marchand, etc. Le droit était un moyen de résoudre les conflits politiques et économiques. Mais le droit pouvait aussi servir à les exacerber.

Le pluralisme du droit occidental, qui a reflété et renforcé à la fois le pluralisme de la vie politique et économique occidentale, était ou a été un facteur de développement ou de croissance – croissance juridique aussi bien que croissance politique et économique. Il était ou a été également une source de liberté. Un serf pouvait trouver protection contre son seigneur auprès du tribunal de la ville. Un vassal pouvait trouver protection contre son suzerain à la cour du roi. Un ecclésiastique pouvait trouver protection contre le roi au tribunal ecclésiastique.

10 – Il y a une tension entre les idéaux et les réalités, entre les qualités dynamiques et la stabilité, entre la transcendance et l'immanence de la tradition juridique occidentale. Cette tension a conduit périodiquement au renversement violent de systèmes juridiques par la révolution. Néanmoins, la tradition juridique, qui est quelque chose de plus grand que tous les systèmes juridiques qui la composent, a survécu et même a été renouvelée par ces révolutions.

Le droit et l'histoire

Suivre l'histoire de la tradition juridique occidentale et l'accepter, c'est se confronter à des théories implicites du droit et de l'histoire qui ne sont plus largement acceptées, au moins dans les universités. Les théories qui prévalent constituent de sérieux obstacles à l'appréciation de cette histoire.

La conception conventionnelle du droit comme ensemble de règles dérivées de lois et de décisions de justice reflétant la théorie selon laquelle la source ultime du droit est la volonté du législateur (l'Etat) ne peut absolument pas servir de fondement à une étude sur une culture juridique transnationale. Parler de tradition juridique occidentale, c'est postuler que le droit n'est pas à concevoir comme un ensemble de règles, mais un processus, une entreprise, dans laquelle les règles n'ont de sens que dans le contexte

d'institutions, de procédures, de valeurs et de modes de pensée. Dans cette perspective plus large, les sources du droit comprennent non seulement la volonté du législateur mais aussi la raison et la conscience de la communauté et de ses coutumes et usages. Ce n'est pas la conception dominante du droit. Mais elle n'est en aucun cas hérétique ; on disait, il n'y a pas si longtemps, qu'il existe quatre sources du droit : la législation, la jurisprudence, l'équité et la coutume (9). A l'époque de la formation de la tradition juridique occidentale, les lois et la jurisprudence étaient loin d'être aussi abondantes qu'elles le sont devenues dans les siècles suivants. L'essentiel du droit était dérivé de la coutume, qui était considérée à la lumière de l'équité (définie comme raison et conscience). Il est nécessaire de reconnaître que la coutume et l'équité sont autant du droit que les lois et les décisions juridiques, si l'on veut suivre et accepter l'histoire de la tradition juridique occidentale.

Au-delà de cela, il faut tenir compte du fait que le droit en Occident est formé de systèmes juridiques intégrés, dans chacun desquels les différents éléments constitutifs tirent en partie leur signification de l'ensemble du système dans son ensemble. En outre, chaque système est conçu pour être en développement ; par conséquent, la signification de chaque élément constitutif est dérivée non seulement de ce que le système a été dans le passé mais aussi de ce qu'il va devenir dans l'avenir. Ce ne sont pas non plus les vérités conventionnelles de la « jurisprudence analytique » dominante, qui postule un souverain qui promulgue des ordres sous forme de règles et impose des sanctions à ceux qui ne les exécutent pas comme « il a voulu » qu'elles le soient – ce que Max Weber a appelé la « rationalité formelle » ou le « formalisme logique » du droit occidental. Et cette caractérisation est largement considérée comme exacte, à la fois par les adversaires et par les partisans du formalisme. Weber pensait qu'elle expliquait l'utilité du droit au développement du capitalisme. Une telle conception du droit constitue un redoutable obstacle à la compréhension de l'histoire de la tradition juridique occidentale, qui trouve son origine dans ce que l'on considère généralement comme l'ère féodale et est née de la séparation de l'Eglise et de l'ordre laïc. Le fait que le nouveau système de droit canonique, créé à la fin du XI^e siècle et au XII^e siècle, ait constitué le premier système juridique occidental moderne est généralement négligé, peut-être simplement parce qu'il ne correspond pas aux théories dominantes sur la nature du droit.

Si la jurisprudence analytique ou, comme on l'appelle plus souvent aujourd'hui, le positivisme juridique, est une base théorique inadéquate pour comprendre le récit du développement des institutions juridiques occidentales, quelle est la théorie ou quelles sont les théories qui en fourniraient une meilleure ? Les principales alternatives présentées par la philosophie juridique occidentale sont la théorie du « droit naturel » et celle de la « jurisprudence historique ». En outre, une école appelée « jurisprudence sociologique » a récemment vu le jour. Toutes ces écoles ont évidemment de nombreuses variantes. Pourtant, chaque théorie, prise à part, se s'intéresse qu'à un aspect de la réalité. Aucune d'entre elles, prise séparément, ne fournit une base pour comprendre l'histoire du droit en Occident. L'histoire de la tradition juridique occidentale est elle-même en partie l'histoire de l'émergence de ces différentes écoles de philosophie juridique et de leur conflit. Elles n'expliquent pas l'histoire ; c'est

l'histoire qui les explique, qui explique la raison pour laquelle elles sont apparues et pourquoi différentes écoles ont prévalu selon les lieux et selon les époques.

A l'époque de la formation de la tradition juridique occidentale, la théorie de la loi naturelle prédominait. On croyait généralement que les lois humaines découlaient en fin de compte de et devaient être jugées en dernier ressort d'après la raison et la conscience. Selon la philosophie juridique de l'époque mais aussi selon le droit positif lui-même, tout droit positif, mis en vigueur ou coutumier, devait se conformer à la loi naturelle, sous peine de perdre sa validité en tant que législation et d'être ignoré. Cette théorie était fondée sur la théologie chrétienne ainsi que sur la philosophie aristotélicienne. Mais elle avait aussi un fondement dans l'histoire de la lutte entre les autorités ecclésiastiques et les autorités laïques et dans le pluralisme politique. On peut la comparer à la théorie qui accompagne le droit aux Etats-Unis, en vertu duquel tout droit positif doit se conformer aux exigences constitutionnelles de la « procédure régulière », de l'« égalité devant la loi », de la « liberté » et de la « vie privée » et autres, sous peine de perdre sa validité. Le « respect de la légalité (» due process of law ») est en fait une expression anglaise du XIV^e siècle qui signifie « droit naturel ». Ainsi la théorie du droit naturel est inscrite dans le droit positif des Etats-Unis. Cela n'empêche cependant pas d'en donner une explication politique (positiviste). Il est assez facile de montrer que l'Etat, ou les pouvoirs en place, ou encore la classe dominante, bénéficie de la clause de procédure régulière et la « veut ».

De même, la jurisprudence historique, théorie selon laquelle le droit tire sa signification et son autorité de l'histoire passée du peuple qu'il régit, de ses coutumes, du génie de ses institutions, de ses valeurs historiques et des « précédents », a été intégrée dans le système juridique britannique depuis la révolution anglaise du XVII^e siècle ; pourtant, la philosophie juridique anglaise a oscillé entre le positivisme et le doctrine du droit naturel et la jurisprudence historique a eu relativement peu d'adeptes, du moins au XX^e siècle. C'est l'Allemagne, qui, contrairement à l'Angleterre, a créé son droit national, surtout au XIX^e siècle, non pas tant à partir de ses propres institutions juridiques historiques qu'à partir d'un droit « étranger », à savoir le droit romain, qui a été la patrie de la jurisprudence historique, au nom de laquelle les plus grands juristes allemands ont chanté les louanges du droit allemand comme reflet de l'esprit du peuple germanique.

Ainsi, l'histoire juridique de l'Occident a été le terreau de diverses écoles de philosophie juridique, dont certaines ont prédominé à certaines époques et en certains lieux, d'autres, à d'autres époques et en d'autres lieux, souvent pour des raisons paradoxales, comme s'il s'agissait d'une réaction idéologique contre les réalités juridiques existantes. Ceux qui étudient l'histoire juridique occidentale doivent donc se prémunir contre les limites de chacune de ces écoles. Il serait plus approprié et plus « occidental » de les utiliser toutes comme des écrans à placer successivement sur l'expérience historique plutôt que de tenter de les consolider en tentant d'utiliser l'histoire comme renfort.

Si les différentes écoles de droit entravent la compréhension ou l'acceptation de l'histoire de la tradition juridique occidentale, des obstacles bien plus importants sont constitués à cet égard par les différentes théories de l'histoire, notamment celles de l'histoire du droit. Ces théories traitent de questions telles que celles de savoir si l'histoire a un sens ou une direction, si la périodisation de l'histoire est justifiée (et, dans l'affirmative, sur quelle base), si l'on peut parler de « lois de l'histoire » ou de causalité historique (par exemple, la base économique et la superstructure idéologique, ou la primauté du pouvoir), ou, à un moindre niveau de généralisation, de questions relatives à la relation entre l'histoire de chaque nation et l'histoire de l'Occident dans son ensemble, au rôle des grandes révolutions dans l'histoire de l'Occident et à la signification de concepts tels que ceux de « médiéval » et de « moderne », de « féodalisme » et de « capitalisme ».

Bien qu'il soit possible de raconter l'histoire de l'origine et des premiers développements de la tradition juridique occidentale sans tenter de résoudre ces grandes questions historiographiques, il est nécessaire d'examiner brièvement certaines questions théoriques concernant l'histoire en général et celle de l'Occident en particulier, afin de dissiper les idées reçues à leur sujet. De plus, l'histoire elle-même éclaire d'une manière remarquable certaines de ces questions théoriques.

Les questions de signification et d'orientation de l'histoire et les questions annexes de périodisation découlent inévitablement des circonstances dramatiques dans lesquelles a vu le jour la tradition juridique occidentale. Les acteurs de ce drame n'avaient aucun doute qu'ils accomplissaient un destin historique. Leur confiance n'infirme évidemment pas en soi la position adoptée par beaucoup aujourd'hui, à savoir que l'histoire n'a pas de sens, que les changements sont soumis aux aléas et que toute périodisation est arbitraire. Cependant, ceux qui vont jusqu'à nier que l'histoire a un sens, qu'elle a une direction et peut être périodisée ne devraient pas avoir plus d'objections à l'histoire racontée ici qu'ils n'en auraient à des récits plus conventionnels qui accordent simplement aux mêmes événements et aux mêmes faits moins de sens, moins de direction et en proposent une périodisation moins rigide. Si toute périodisation est arbitraire, une analyse de l'émergence des institutions juridiques et politiques « modernes » à la fin du XI^e siècle n'est pas plus arbitraire que l'analyse conventionnelle, qui affirme que tout ce qui est antérieur au XVI^e siècle est « médiéval » et qu'il n'y a pas eu de discontinuité radicale dans la période qui va de 1050 à 1150 ou 1200. De même, ceux qui pensent qu'il n'existe pas de modèles dans le développement historique des institutions occidentales ne devraient pas être plus consternés par un récit qui voit une interaction entre la révolution et l'évolution au fil des générations et des siècles qu'ils ne le sont par des récits qui ne voient qu'évolution ou révolution.

Les personnes à qui le récit raconté ici posera le plus problème sont celles qui n'ont jamais abordé directement les problèmes de sens, de direction et de périodisation de l'histoire mais acceptent sans

critique l'historiographie conventionnelle qui est généralement enseignée depuis le XVI^e siècle. Ce point de vue suppose simplement que l'histoire occidentale est divisée en trois périodes, ancienne, médiévale et moderne. L'histoire ancienne est celle de la Grèce et de Rome. Le déclin de Rome, dû aux invasions barbares, a produit un âge médiéval qui a duré en gros du Ve au XVe siècle. Puis les temps modernes ont commencé, certains diront avec la Renaissance, d'autres avec la Réforme, d'autres encore avec les deux. Ceux qui les font débiter avec la Réforme racontent peut-être une histoire légèrement différente. Israël sera introduit dans le tableau du monde antique. Le Moyen-âge sera défini par la période qui s'étend entre celle de l'Eglise primitive et celle de la rupture entre Luther et Rome. Les protestants, cependant, conviendront avec les humanistes que l'art et la pensée occidentaux remontent à la Grèce, tandis que la politique et le droit occidentaux remontent à Rome. Enfin, sous l'influence des Lumières, tous seront d'accord que, bien que la Grèce et Rome et peut-être l'ancien Israël constituent l'arrière-plan historique de la civilisation occidentale, l'histoire qui compte vraiment est celle des différentes nations, en particulier les Etats-Unis, l'Angleterre, la France et l'Allemagne.

Cette conception du passé est fondée sur l'idée que l'histoire a un sens, une orientation et est susceptible d'une périodisation. Elle est cependant tout à fait en contradiction avec les meilleures recherches historiques des cinq dernières décennies. Ces recherches ont repoussé la fin de l'« âge des ténèbres » de la période antérieure à 1450-1500 à la période antérieure à 1050-1100. Même les historiens les plus conservateurs font aujourd'hui une nette distinction entre le bas Moyen-âge et le haut Moyen-âge. En outre, la continuité de l'histoire des peuples germaniques du bas Moyen-âge avec l'histoire de l'empire romain et avec l'histoire de Rome et de la Grèce en général, qui avait été postulée précédemment, a été largement écartée. La renaissance à vaste échelle de la philosophie hellénique et du droit romain de la fin du XI^e au XIII^e siècle s'est avérée faire partie d'un tournant décisif à la fois dans l'histoire de l'Eglise d'Occident et dans celle des nations européennes et être liée à l'essor des villes européennes et à d'autres changements sociaux et économiques fondamentaux.

Ici, quels que soient les témoignages, beaucoup de gens éprouveront des doutes et de la frustration. Peut-être, se diront-ils, les schémas, les régularités dans l'histoire peuvent être nécessaires, bien qu'ils transcendent les faits, car, sans eux, il n'y aurait pas d'histoire. Mais les discontinuités radicales sont inutiles et même contre-nature. 'La nature ne fait pas de bonds'. Mais même si l'histoire occidentale a parfois fait des bonds, comme c'a été le cas avec la Révolution russe, la Révolution française et la Réforme protestante, dire qu'une discontinuité radicale s'est produite au milieu du Moyen-âge semble non seulement contre-nature mais aussi étrange. Cela semble absurde au regard de ce que l'on nous a appris sur l'Âge de la Foi. Pourquoi ne pouvons-nous pas continuer de croire que les différences entre la société européenne de l'an 1500 et celle de l'an 500 ont été le résultat d'une longue série de petits changements progressifs, qui, même s'ils ont été entrecoupés de quelques périodes de grande accélération, n'ont donné lieu à aucune transformation spectaculaire dans une même génération ou dans un même siècle ? Pourquoi ne pas continuer de croire que les villes ont été fondées (ou rebâties) progressivement, sur dix, cinq ou au moins trois siècles, plutôt que soudainement, sur quatre-vingt ou

quatre-vingt-dix ans ; que le pape est devenu le juge et le législateur suprêmes dans l'Eglise sur dix siècles plutôt que sur trois générations ; que l'empereur et les rois d'Europe ont progressivement perdu leurs fonctions sacrées et thaumaturgiques à la suite non pas de conflits politiques et religieux ouverts mais de changements d'attitude progressifs ? ».

Une étude sur les origines de la tradition juridique occidentale doit faire taire ce parti pris idéologique en faveur d'un changement progressif. Comme le droit évolue plus lentement que la plupart des autres institutions politiques, on ne s'attend généralement pas à des changements rapides et spectaculaires dans un système juridique. Néanmoins, celui qui analyse l'un quelconque des régimes juridiques européens, d'abord dans la période qui va de 1000 à 1050, puis dans celle qui va de 1150 à 1200, constate une formidable transformation. Cela est vrai avant tout pour le droit ecclésiastique.

Parler de changement révolutionnaire au sein de l'Eglise de Rome, c'est évidemment remettre en question le point de vue orthodoxe (c'est-à-dire conforme à la doctrine considérée comme vraie et enseignée officiellement par l'Eglise de Rome) selon lequel la structure de l'Eglise catholique romaine résulte de l'élaboration graduelle d'éléments qui y étaient présents depuis les premiers temps. C'est en effet le point de vue officiel des réformateurs catholiques de la fin du XI^e siècle et du début du XII^e : ils ne faisaient, disaient-ils, que revenir à une tradition antérieure qui avait été trahie par leurs prédécesseurs immédiats. Le mythe du retour à une époque antérieure est en fait la marque de toutes les révolutions européennes. Luther prônait également un retour au christianisme primitif qu'auraient trahi les papes. Les puritains anglais sous Cromwell prônaient la restauration des « anciennes libertés anglaises » après cent cinquante ans de despotisme des Tudors. La Révolution française faisait référence à l'antiquité classique et à un soi-disant état de nature pour combattre le féodalisme et les privilèges de l'aristocratie. Les bolchevistes russes annonçaient un retour à la société sans classes des tribus primitives qui ne connaissaient pas la propriété.

Une transformation radicale d'un système juridique est cependant paradoxale, car l'un des objectifs fondamentaux du droit est d'assurer la stabilité et la continuité. En outre, le droit, dans toutes les sociétés, tire son autorité de quelque chose d'extérieur à lui-même et, si un système juridique subit des changements rapides, des questions se posent inévitablement quant à la légitimité des sources de son autorité. En droit, un changement soudain et à grande échelle est en effet « contre-nature ». Lorsque cela se produit, quelque chose doit être fait pour empêcher que cela ne se reproduise. Le nouveau droit doit être fermement établi ; il doit être protégé contre le danger d'une nouvelle discontinuité. Les modifications ultérieures doivent se limiter à des changements progressifs.

Tel a été du moins l'évolution du droit occidental à la suite des transformations révolutionnaires de grande ampleur par lesquels il a été périodiquement dépassé, à commencer par celle de la fin du XI^e siècle et du début du XII^e siècle. Une dimension historique a été donnée au nouveau système juridique instauré par la révolution. En premier lieu, le nouveau système juridique est considéré comme étant historiquement enraciné dans le temps par les événements qui l'ont produit. En second lieu, on considère qu'il change non seulement en réponse à de nouvelles circonstances mais aussi selon un certain schéma historique. Le droit est envisagé comme un phénomène historique ; il est envisagé comme ayant ce qu'on pourrait appeler une historicité. Il doit non seulement évoluer mais aussi être perçu comme tel.

Néanmoins, l'historicité du droit occidental n'a pas empêché l'éclatement périodique de révolutions violentes, qui ont certes fini par revenir à la tradition juridique historique, mais qui l'ont à la fois transformée et envoyée dans de nouvelles directions.

L'historicité du droit en Occident ne doit pas être confondue avec l'historicisme dans le sens d'un asservissement à la « puissance aveugle » (selon l'expression de Nietzsche) du passé. Les partisans de l'école historique de philosophie du droit et, avec eux, les théoriciens du positivisme et ceux du droit naturel ainsi que les cyniques qui pensent que le droit n'est que la volonté du plus fort (Incidentement, quoi que cette question soit fondamentale, beaucoup pensent que le droit est la volonté du plus fort » (10), tous ceux-là sont confrontés à des institutions et des procédures juridiques, à des valeurs juridiques, des concepts et des règles juridiques qui tous ont en fait une dimension historique. Ils tirent en partie leur signification de leur histoire. Il ne suffit jamais, dans aucun système juridique occidental, de tenter d'interpréter ou d'expliquer une règle de droit (ou un concept, une valeur, une institution) uniquement en faisant appel à la logique, à la politique ou à l'équité ; il doit également être interprété et expliqué en fonction des circonstances qui l'ont fait naître et du cours des événements qui l'ont influencé au fil du temps. La méthode dogmatique, la méthode politique, la méthode de l'équité sont toujours complétées par la méthode de l'interprétation historique. La pluralité des sources de droit protège ainsi l'historicité, tout en contribuant à éviter l'historicisme aveugle.

L'historicisme aveugle est aussi contrarié par la pluralité des histoires qui se chevauchent et qui constituent la civilisation occidentale. Ce n'est pas « le passé » au sens monolithique du terme qui constitue la dimension historique du droit, mais les passés des différentes communautés dans lesquelles vit chaque personne et des différents systèmes juridiques que ces communautés ont produits. Ce n'est que lorsque les différents régimes juridiques de toutes ces communautés – locales, régionales, nationales, ethniques, professionnelles, politiques, intellectuelles, spirituelles et autres – sont absorbés dans le droit de l'Etat-nation que « l'histoire » devient tyrannique.

Tel est en fait le plus grand danger inhérent au nationalisme contemporain (11). Les nations d'Europe qui sont nées de leur interaction dans le contexte de la chrétienté occidentale se sont de plus en plus détachées les unes des autres au XXe siècle. Avec la Première Guerre mondiale, elles se sont violemment séparées et ont détruit les liens communs qui les unissaient auparavant, aussi lâches qu'ils aient pu être. Et, à la fin du XXe siècle, nous pâtissons toujours de l'historiographie nationaliste qui a vu le jour au XIXe siècle et qui a favorisé la désintégration d'un patrimoine juridique occidental commun.

L'émergence au XIXe siècle de ce que l'on appelle l'histoire scientifique, c'est-à-dire la recherche systématique et minutieuse des faits, destinée à montrer, selon la célèbre phrase de Ranke, *wie es eigentlich gewesen ist* (« ce qui s'est réellement passé »), a coïncidé avec l'émergence du nationalisme le plus intense qu'ait jamais connu l'Europe. On supposait simplement que l'histoire était synonyme d'histoire nationale. L'histoire devait être objective, mais elle devait être l'histoire de la nation. Au XXe siècle, il y a eu un certain changement à cet égard. Les historiens sociaux et économiques ont été parmi les premiers à briser la barrière nationaliste et à écrire sur l'Occident dans son ensemble. Après la Première Guerre mondiale, cette approche a été étendue par certaines personnes à l'histoire politique. Même l'histoire juridique européenne en est venue à être traitée du point de vue transnational, bien que l'histoire juridique anglaise et américaine soit restée particulièrement isolée.

Il est regrettable que l'on n'ait guère tenté d'intégrer l'histoire juridique anglaise et américaine dans le panorama des systèmes juridiques occidentaux. Une telle intégration a été rendue extrêmement difficile par l'insularité des historiens juridiques anglais et américains qui, en outre, ont morcelé le sujet de leurs disciplines respectives de manière à mystifier l'étranger qui pourrait autrement tenter de s'y immiscer. Même au cours de la période où toutes les nations de l'Occident, y compris l'Angleterre, étaient dans le giron de l'Église catholique romaine et non seulement étaient soumises au même système juridique ecclésiastique mais aussi entretenaient les liens intellectuels, culturels et politiques les plus étroits les unes avec les autres, le droit anglais a toujours été traité par de nombreux historiens du droit comme s'il était en dehors de l'histoire européenne. Ces historiens sont capables de maintenir leur orientation nationaliste en se concentrant sur ce qu'on appelle la « common law », c'est-à-dire le droit commun, le droit appliqué dans les cours royales des plaids communs et au Banc du Roi et en ignorant les autres corps de lois et les autres juridictions qui existaient en Angleterre à la même époque. Mais même la common law, dans ce sens étroit, ressemblait à bien des égards au droit royal ou ducal de la Sicile, de la France, des duchés allemands et d'autres pays d'Europe.

Edmund Burke a dit un jour : « Les lois de toutes les nations d'Europe proviennent des mêmes sources. » Pour lui, l'Angleterre faisait partie de l'Europe. Cependant, au moment où l'histoire du droit est devenue un objet de recherche scientifique, les liens historiques de l'Angleterre avec le continent ont été coupés. Cela a conduit à mettre exagérément l'accent sur les institutions, valeurs, concepts et règles juridiques qui distinguent le droit anglais des autres systèmes juridiques occidentaux. Maintenant que l'Angleterre

a rejoint la Communauté économique européenne, une révision de l'histoire juridique anglaise peut avoir lieu qui mettra l'accent sur ces institutions, ces procédures, ces valeurs, ces concepts et ces règles juridiques que le droit anglais partage avec les autres systèmes juridiques occidentaux.

En 1888, lors de sa conférence inaugurale de Downing Professor à l'université de Cambridge, Maitland a soulevé la question suivante : « pourquoi l'histoire du droit anglais n'a-t-elle pas été écrite ? » Il a d'abord répondu : « à cause de l'isolement traditionnel de l'étude du droit anglais de toute autre étude » ; il a ajouté ensuite : « [parce que] l'histoire implique une comparaison et que l'avocat anglais qui ne connaissait rien à et ne se souciait d'aucun système autre que le sien ne pouvait guère former le concept d'histoire du droit. » L'une des raisons pour lesquelles si peu a été fait pour notre droit médiéval, a-t-il continué, est, j'en suis convaincu, notre totale ignorance traditionnelle du droit français et allemand. Les juristes anglais ont, au cours des six derniers siècles, exagéré l'unicité de notre histoire juridique... J'en sais juste assez pour dire avec assurance qu'un grand nombre de lois médiévales sont très comparables aux nôtres (12). »

Le droit et la révolution

La tradition juridique occidentale a été transformée au cours de son histoire par six grandes révolutions. Trois d'entre elles – la Révolution russe, la Révolution française et la Révolution américaine – ont été qualifiées de « révolutions » par ceux qui y ont participé, bien que le sens du mot de « révolution » soit différent dans chaque cas. Une quatrième, la Révolution anglaise, n'a été appelée « révolution » (« la Glorieuse Révolution ») que lorsqu'elle s'est achevée en 1688-89 ; dans sa phase initiale (1640-1660), ses ennemis l'appelaient « la Grande Rébellion » et ses partisans « la restauration de la liberté » (13) ; la deuxième étape (1660-1685) a été appelée à l'époque « la Restauration », bien que certains écrivains contemporains l'aient également nommée « révolution ». (C'est la première fois que le mot de « révolution » a été utilisé pour désigner un bouleversement politique majeur, même si, dans le fond, son sens était celui de retour à un système de gouvernement antérieur). Ainsi, ce que la plupart des historiens appellent aujourd'hui la Révolution anglaise a consisté en trois « restaurations » successives (14).

La cinquième grande révolution, pour remonter encore plus loin dans le passé, est la Réforme protestante, qui, en Allemagne, a eu le caractère d'une révolution nationale ; commencée par l'attaque de Luther contre la papauté en 1517, elle s'est achevée en 1555 par la victoire de la Ligue protestante sur l'empereur et la signature de la paix religieuse entre les principautés allemandes. La sixième, la révolution papale de 1075-1122, qui fait l'objet de la présente étude, a également été appelée «

réforme » (« reformatio ») à l'époque ; le fait que le terme soit généralement traduit dans les langues modernes par « réforme grégorienne » dissimule encore davantage son caractère révolutionnaire.

On peut s'opposer à ce que la Réforme allemande soit qualifiée de révolution, alors qu'elle est souvent appelée ainsi par les historiens des révolutions, dont beaucoup ne sont pas marxistes. On peut s'opposer encore davantage à ce que la réforme grégorienne soit qualifiée de révolution (ou même, peut-être, de réforme). Il convient donc d'expliquer l'utilisation du mot de « révolution ».

L'histoire de l'Occident a été périodiquement marquée par de violents bouleversements, au cours desquels le système préexistant de relations, d'institutions, de croyances, de valeurs et d'objectifs politiques, juridiques, économiques, religieux, culturels et sociaux a été renversé et remplacé par un autre. Il n'y a pas de symétrie parfaite dans ces périodes de grands changements historiques ; pourtant, il y a certains modèles ou certaines régularités. Chacune a marqué un changement fondamental, un changement rapide, un changement violent, un changement durable, dans le système dans son ensemble. Chacune a cherché sa légitimité dans une loi fondamentale, un passé lointain, un avenir apocalyptique. Chacune a mis plus d'une génération à s'enraciner. Chacune a finalement produit un nouveau système juridique, qui a incarné certains des principaux objectifs de la révolution et qui a changé la tradition juridique occidentale, mais qui, en fin de compte, est resté dans le cadre de cette tradition.

Ces bouleversements n'ont constitué ni des coups d'État ou des rébellions, ni une longue série de changements progressifs dans le cadre du système préexistant. Il s'est agi de transformations fondamentales qui ont été accomplies relativement rapidement, avec beaucoup de difficultés et de passion.

Il est approprié de désigner par le mot de « révolution », malgré l'usage abusif qui en a été fait (15), ces périodes historiques, compte tenu de la connotation de violence qui est associée aux révolutions des deux derniers siècles, en particulier la russe, la française et l'américaine. Ici, par « violence » il ne faut pas entendre la force légale imposée par les gouvernements en place par le biais de la police ou des armées, mais la force illégale exercée par des individus et des groupes contre l'autorité établie. Du point de vue de l'histoire du droit occidental, il est particulièrement important de reconnaître que, périodiquement dans l'histoire occidentale, cette force illégale a été exercée pour renverser l'ordre établi et que ceux qui ont été portés au pouvoir à la suite de ce renversement ont créé de nouveaux systèmes de gouvernement et de droit durables. Le système de gouvernement et de droit de chaque nation occidentale remonte à cette révolution.

Le terme de « révolution » est utilisé pour désigner non seulement les événements violents initiaux par lesquels un nouveau système est introduit mais aussi toute la période nécessaire à l'enracinement de ce système. Comme l'a souligné Eugen Rosenstock-Huessy, il faut plus d'une génération pour faire une véritable révolution (16).

Les six grandes révolutions ont été des révolutions « totales » en ce sens qu'elles ont signifié non seulement la création de nouvelles formes de gouvernement mais aussi de nouvelles structures de relations sociales et économiques, de nouvelles structures de relations entre l'Église et l'État, de nouvelles structures juridiques ainsi que de nouvelles visions de la communauté, de nouvelles perspectives sur l'histoire et de nouveaux ensembles de valeurs et de croyances universelles (17). « La réforme du monde », slogan de la révolution papale, a trouvé son pendant presque exact dans chacune des autres révolutions. Il est certain qu'une bonne partie de ce qui était ancien a survécu et que, après un certain temps, une partie encore plus grande de ce qui était ancien a été rétabli ; cependant, à chaque révolution, l'ensemble – le paradigme – était nouveau.

Ainsi, chacune des six révolutions a produit un système juridique nouveau ou fortement remanié, dans le contexte de ce qui était conçu comme une transformation sociale totale. En effet, la mesure dans laquelle son objectif s'est finalement traduit par un nouveau droit marque le succès de la révolution.

Chaque révolution représente l'échec de l'ancien système juridique que la révolution a remplacé ou radicalement changé. Ces systèmes constituaient des échecs, ne serait-ce que dans le sens où ils ont été remplacés ou radicalement modifiés. L'un des premiers décrets qu'a rendus le gouvernement bolchevique en 1917 a été d'abolir l'ensemble du système juridique prérévolutionnaire. Désormais, seuls les décrets du nouveau gouvernement devaient être appliqués, dont les lacunes devaient être comblées par la « conscience juridique révolutionnaire ». La Révolution française a également écarté dans un premier temps le système de législation, d'administration et d'arbitrage de l'ancien régime. En Amérique, après 20 l'indépendance, les démocrates se sont battus contre l'adoption du droit anglais par les tribunaux fédéraux et les tribunaux d'Etat. En Angleterre, le Long Parlement de 1640-41 a aboli la Court of Star Chamber, la Cour de la Haute Commission et les « cours royales des prérogatives » et cette législation a été reprise par le Parlement de Charles II en 1660 ; conjointement avec la souveraineté parlementaire, une common law fortement révisée est devenue la constitution non écrite de l'Angleterre. Luther a brûlé les livres de droit canonique. Le pape Grégoire VII a dénoncé les lois impériales et royales qui régissaient l'Église, lois qui permettaient aux évêques et aux prêtres d'être nommés à leurs postes par les autorités laïques, la vente et l'achat des offices ecclésiastiques et le mariage des prêtres.

L'ancienne loi a également été un échec dans un autre sens : elle s'est révélée incapable de répondre à temps aux changements qui se produisaient dans la société. Si le gouvernement tsariste avait introduit une véritable monarchie constitutionnelle et avait redistribué les terres ; si les Bourbons avaient séparé l'Eglise de l'Etat, aboli les vestiges du féodalisme et permis la création d'institutions démocratiques ; si le roi George III avait accordé aux colons américains tous les droits de ses sujets anglais et leur avait en outre permis d'introduire des institutions démocratiques ; si les premiers Stuarts avaient accepté la souveraineté du Parlement ; si le droit canonique avait cédé au XVe siècle au conciliarisme et à d'autres pressions en faveur de la réforme ; si les empereurs et les rois du XIe siècle avaient renoncé à temps à leur suprématie sur l'Eglise (18) ; si, en somme, l'inévitable avait été anticipé et les changements fondamentaux nécessaires avaient été apportés à l'ordre juridique préexistant, les révolutions auraient vraisemblablement été évitées. Le changement dans le temps est la clé de la vitalité de tout système juridique qui se heurte à des pressions irrésistibles en faveur du changement. Une révolution au sens historique du terme est un changement rapide, discontinu et violent qui fait éclater les liens du système juridique.

Il se peut que l'incapacité à anticiper les changements fondamentaux et à les intégrer à temps soit due à une contradiction inhérente à la nature de la tradition juridique occidentale, dont l'un des objectifs est de préserver l'ordre et un autre est de rendre justice. L'ordre lui-même est conçu comme une tension intrinsèque entre le besoin de changement et le besoin de stabilité. La justice est également envisagée sous l'angle d'un mouvement dialectique qui implique une tension entre les droits de l'individu et le bien-être de la communauté. La réalisation de la justice a été proclamée comme idéal messianique du droit lui-même, idéal associé à l'origine (dans la Révolution papale) avec le Jugement dernier et le Royaume de Dieu, puis (dans la Révolution allemande) avec la conscience chrétienne, plus tard (dans la Révolution anglaise) avec l'esprit public, l'équité et les traditions du passé, encore plus tard (dans les Révolutions française et américaine) avec l'opinion publique, la raison et les droits de l'homme, et plus récemment (dans la Révolution russe) avec le collectivisme, l'économie planifiée et l'égalité sociale. C'est avant tout l'idéal messianique de la justice qui s'est exprimée dans les grandes révolutions. Le renversement du droit préexistant en tant qu'ordre a été justifié par le rétablissement d'un droit plus fondamental, la justice. C'est la conviction que le droit trahissait son but et sa mission ultimes qui a provoqué chacune des grandes révolutions.

Thomas Kuhn a expliqué les grandes révolutions scientifiques, comme les révolutions copernicienne, newtonienne et einsteinienne, comme étant le résultat des crises qui se produisent périodiquement, lorsque les phénomènes qui ne peuvent pas être expliqués par les postulats de base de la science établie et sont par là même traités comme des anomalies s'avèrent exiger de nouveaux postulats de base. Les nouveaux postulats de base qui sont conçus pour présenter comme « naturel » ce qui était auparavant considéré comme simplement « anormal » deviennent, comme le montre Kuhn, le cœur d'un nouveau « paradigme » scientifique (19). L'interaction de la révolution et de l'évolution du droit occidental offre un parallèle frappant avec l'interaction de la révolution et de l'évolution de la science occidentale. Dans le

droit occidental, comme dans la science occidentale, il est présupposé que les changements de « données » – les conditions – se produiront, que ces changements seront assimilés dans le système ou le paradigme existant, que, s'ils ne sont pas assimilés, ils seront reconnus comme des anomalies, mais que, si un trop grand nombre d'entre eux semblent être incapables d'être assimilés, eh bien, à un certain moment, le système lui-même nécessitera un changement radical. En science, L'ancienne vérité devra peut-être céder la place à une nouvelle. En droit, l'ancienne justice devra peut-être céder la place à une nouvelle.

Ainsi, les grandes révolutions de l'histoire politique, économique et sociale de l'Occident représentent des explosions qui se sont produites lorsque le système juridique s'est avéré trop rigide pour assimiler de nouvelles conditions. Certains écrivains ont traité ces explosions historiques comme une sorte de « cancer » récurrent dans la société occidentale, une « fièvre » qui doit suivre son cours (20). Mais ce n'est là qu'une des facettes de l'histoire et non la plus importante. Elles ont également constitué une grande libération d'énergie, qui, certes, a détruit une grande partie du passé mais a aussi créé un nouvel avenir. En fin de compte, on peut considérer que chacune des grandes révolutions n'a pas tant été un effondrement qu'une transformation. Chacune a dû faire des compromis avec le passé, mais chacune a également réussi à produire un nouveau type de droit qui incarnait bon nombre des principaux objectifs pour lesquels elle avait été faite.

Souligner la dimension juridique des grandes révolutions – leur rejet de l'ordre juridique préexistant et leur contribution finale à un nouveau type de droit – ne minimise pas mais, au contraire, accentue l'importance de leurs dimensions politiques, économiques, religieuses, culturelles et sociales. Les changements fondamentaux du droit sont inévitablement liés aux changements fondamentaux d'autres éléments structurels de la vie sociale. Plus particulièrement, dans la Révolution papale de la fin du XI^e et du début du XII^e siècle, la réforme du droit était intimement liée à toute « une série de transformations, très profondes et très générales » (selon les termes du grand historien Marc Bloch), qui « atteignit tour à tour presque toutes les courbes de l'activité sociale » (21). De plus, appeler cette transformation totale Révolution papale, ce n'est pas limiter sa portée à des questions telles que la lutte menée par le pape pour le contrôle de l'Eglise et pour la libération de l'Eglise, sous la férule de la papauté, de la domination laïque, mais, au contraire, c'est englober tous les changements interdépendants qui ont eu lieu à cette époque. Le nouveau concept papal d'Eglise, comme l'a dit Joseph R. Strayer, « exigeait presque l'invention du concept d'État » (22). La révolution du droit était étroitement liée à la révolution dans l'Eglise et à la révolution de l'église, qui à leur tour étaient étroitement liées à la révolution de l'agriculture et du commerce, au mouvement par lequel les villes et les royaumes sont devenues des entités politiques territoriales autonomes, à l'essor des universités et de la pensée scolastique et à d'autres transformations majeures qui ont accompagné la naissance de l'Occident tel qu'il se concevait et tel qu'il a été perçu par les autres au cours des huit siècles suivants et plus tard encore. Le terme de « Révolution papale » n'est pas à prendre au pied de la lettre ; comme le terme de « Révolution puritaine » appliquée à l'histoire anglaise de 1640 à 1660, il a une signification qui le dépasse.

La période de la Révolution papale ne se limite pas aux quelques années où elle a été pour ainsi dire à son apogée, sous le pontificat du pape Grégoire VII, pas plus que la période de la révolution russe se limite aux quelques années où Lénine a conduit les bolchevistes au pouvoir et a combattu leurs ennemis. La Révolution papale a eu lieu de 1075, lorsque Grégoire a proclamé la suprématie du pape sur l'ensemble de l'Église et l'indépendance ecclésiastique par rapport au pouvoir séculier, à 1122, date à laquelle un compromis final a été trouvé entre le pape et l'autorité impériale. Les répercussions n'ont pas cessé pour autant ; les forces qui ont été mises en mouvement par ces événements ont continué à produire leurs effets pendant des siècles.

De nombreux historiens rejettent les explications qui portent sur des périodes aussi longues. Ils préfèrent attribuer des conditions données à des causes qui sont contemporaines ou qui précèdent immédiatement ces conditions. Pourtant, pour aller au fond des choses, il est difficile de nier que les conditions d'une époque donnée sont souvent déterminées dans une large mesure par des événements qui se sont produits même des siècles plus tôt. Par exemple, si l'on veut tenter d'expliquer la crise des relations raciales aux États-Unis d'Amérique dans la seconde moitié du XXe siècle, on ne peut pas faire abstraction de la Déclaration d'indépendance de 1776, de la résolution de la question de l'esclavage dans la Constitution des États-Unis de 1789 et de la guerre civile de 1861-1864. La Révolution américaine a certainement mis en mouvement des forces qui ont abouti à l'émancipation des esclaves et, en fin de compte, à la lutte pour les droits civiques.

Le caractère occidental des révolutions nationales

Comme la Réforme protestante en Allemagne, la Révolution anglaise, la Révolution américaine, la Révolution française et la Révolution russe ont évidemment été des révolutions nationales. En revanche, la Révolution papale a été une révolution transnationale, une révolution dans toute l'Europe au nom du clergé, sous l'autorité du pape, contre la domination impériale, royale et féodale. Si, de toute évidence, la Révolution papale peut être qualifiée d'occidentale ou d'européenne, est-il correct de caractériser les révolutions nationales de la même manière ? Il convient de faire deux remarques sur cette question, qui concernent directement la compréhension de la Révolution papale.

Tout d'abord, toutes les révolutions nationales à partir du XVIe siècle, à l'exception de la Révolution américaine, ont été dirigées en partie contre l'Église catholique romaine (ou, en Russie, l'Église orthodoxe) et toutes ont transféré une grande portion du droit canonique de l'Église à l'État national et l'ont ainsi sécularisée. C'est pourquoi, en étudiant les systèmes juridiques, tant ecclésiastiques que laïcs, qui ont été créés à la fin du XIe et aux XIIe et XIIIe siècles sous l'impact de la Révolution papale, il faut

garder à l'esprit qu'un grand nombre d'éléments de ces systèmes ont finalement été intégrés dans le droit laïc de toutes les nations européennes, sous l'impact des révolutions nationales. A cet égard, les révolutions nationales ont eu un caractère international.

Ensuite, toutes les grandes révolutions nationales de l'Occident ont aussi été, dans leur nature même, des révolutions occidentales. Chacune d'entre elles a été préparée dans plusieurs pays. La Réforme protestante a été préparée par Wyclif en Angleterre et Hus en Bohême ainsi que par des mouvements de réforme en activité dans tous les pays européens, avant qu'elle n'éclate en Allemagne. Le mouvement puritain en Angleterre ne se fondait pas seulement sur l'enseignement du réformateur franco-suisse Jean Calvin, mais il avait des liens étroits avec d'autres mouvements calvinistes en Hollande et ailleurs sur le continent. Le mouvement des Lumières du XVIII^e siècle a été un phénomène entièrement occidental, qui a constitué le fondement idéologique non seulement des Révolutions américaine et française mais aussi de la lutte pour un changement radical en Angleterre et ailleurs. La révolution russe est née au sein du mouvement communiste international fondé par deux Allemands ; ses racines se trouvent dans la Commune de Paris de 1870.

De même, les révolutions nationales ont eu d'énormes répercussions dans tout l'Occident à la suite de leur déclenchement. Dès leur déclenchement, elles ont invariablement provoqué une réaction de peur et d'hostilité – peur de la propagation du virus révolutionnaire, hostilité envers la nation qui en était porteuse – dans les autres pays. Après que, vingt ou trente ans plus tard, la révolution a perdu son intensité dans son pays d'origine, les autres pays ont fini par en accepter une version modérée. Ainsi, après que la Révolution luthérienne est retombée en Allemagne, des monarchies absolues dotées d'une fonction publique forte sont apparues en Angleterre, en France et dans d'autres pays ; après que la Révolution puritaine est retombée en Angleterre, des monarchies constitutionnelles et quasi parlementaires ont vu le jour sur le continent européen à la fin des années 1600 et au début des années 1700 ; après que les Révolutions française et américaine sont retombées, les Anglais ont élargi l'électorat aux classes moyennes en 1832 ; et, après la fin de la révolution russe, des gouvernements « socialistes » ou « new deal » sont apparus dans les années 1930 en Europe occidentale et aux États-Unis.

Plus important encore, les institutions juridiques des différentes nations d'Europe, bien qu'elles soient devenues plus distinctement nationales et moins européennes à partir du XVI^e siècle, n'en ont pas moins conservé leur caractère occidental. Il en a été ainsi malgré le fait que les tribunaux laïcs et le droit laïc ont réduit de plus en plus la juridiction des tribunaux ecclésiastiques et du droit canon et que, en outre, même l'Église catholique romaine a été de plus en plus nationalisée.

Néanmoins, il existait de nombreux liens communs entre les différents systèmes juridiques nationaux. Tous ces systèmes partagent certains modes de catégorisation fondamentaux. Par exemple, ils établissent tous un équilibre entre la législation et l'arbitrage et, dans l'arbitrage, entre le droit codifié et la jurisprudence. Ils font une nette distinction entre le droit pénal et le droit civil. Dans l'ensemble, les crimes sont analysés (comme ils l'ont été pour la première fois par Abelard au début du XII^e siècle) du point de vue de l'acte, de l'intention ou de la négligence, de la causalité, du devoir et d'autres concepts. Dans l'ensemble, les obligations civiles sont divisées, expressément ou implicitement, en contrat, délit (tort) et enrichissement sans cause (quasi-contrat). Derrière ces catégories d'analyse et de nombreuses autres catégories communes se cachent des politiques communes et des valeurs communes. Par exemple, dans l'Allemagne nationale-socialiste des années 1930, lorsqu'une loi a érigé en infraction pénale tout acte qui « mérite d'être puni selon le bon sens populaire (gesundes Volksgefühl) », elle a été considérée comme une violation du concept occidental traditionnel de légalité et la Cour permanente de justice internationale a cassé une loi similaire qui avait été passée dans la ville libre de Dantzig comme étant contraire à l'État de droit (Rechtsstaat).

La poursuite du millénium (23)

Un élément important de chacune des grandes révolutions de l'histoire occidentale était sa vision apocalyptique de l'avenir. Chacune d'elles était plus qu'un programme politique, plus même qu'une lutte passionnée pour réformer le monde. Chacune représentait également une croyance et un engagement envers une eschatologie, le rêve messianique d'une fin des temps, une conviction que le dénouement final de l'histoire était proche. Dans le cas des Révolutions catholique, luthérienne et puritaine, l'eschatologie était exprimée en termes bibliques. Les révolutionnaires chrétiens prédisaient « un nouveau ciel et une nouvelle terre ». Ils envisageaient l'accomplissement de la prophétie de mille ans de paix sur la terre entre le second et le dernier avènement Jugement. « Je vis la ville sainte, la nouvelle Jérusalem, descendre du ciel, d'auprès de Dieu, belle comme une mariée qui s'est parée pour son époux.... Car ce qui était autrefois a définitivement disparu. Alors celui qui siège sur le trône déclara : – Voici : je renouvelle toutes choses. Il ajouta : – Écris que ces paroles sont vraies et entièrement dignes de confiance. » (Apoc. 21:15). Dans le cas des révolutions américaine, française et russe, l'eschatologie était séculaire : un nouveau et dernier âge de liberté et d'égalité, la fin du long passé d'oppression de l'homme, l'aube d'une société juste.

Dans son livre *The Pursuit of the Millennium*, Norman Cohn a écrit sur un autre type de « millénarisme révolutionnaire », comme il l'appelle. Il a attiré l'attention sur les nombreux mouvements chiliastiques qui sont nés parmi les « pauvres sans racines » dans l'Europe occidentale du XI^e au XVI^e siècle. Il s'agit notamment des Croisades populaires, des mouvements de flagellants, de l'hérésie de l'Esprit libre, de certaines révoltes paysannes et des Taborites. Presque tous étaient vaguement organisés, spontanés, soit anarchistes, soit communistes, soit les deux. « Il est caractéristique de ce genre de mouvement,

écrit Cohn, que ses objectifs et ses prémisses sont sans limites. Une lutte sociale n'est pas considérée [par les participants] comme une lutte pour des objectifs spécifiques et limités, mais comme ... un cataclysme dont le monde doit sortir totalement transformé et racheté » (24).

La différence entre ce que Cohn a décrit et l'apocalypse des grandes révolutions – des grandes révolutions réussies – de l'histoire occidentale est que les objectifs et les prémisses de celles-ci étaient à la fois illimitées et délimitées ; leurs objectifs étaient non seulement universels et illimités, mais aussi spécifiques et limités. Ils étaient millénaristes mais aussi bien organisés et politiquement sophistiqués. Le portrait vivant et perspicace que fait Cohn des mouvements millénaristes d'un type particulier l'a conduit et a conduit d'autres à les comparer avec les mouvements révolutionnaires modernes de gauche et de droite (25). Toutefois, les racines historiques d'au moins certains des mouvements modernes et en particulier du « millénarisme » communiste des XIXe et XXe siècles se retrouvent, non pas dans les mouvements sauvages que décrit Cohn, mais dans les révolutions réussies en marge desquelles ils sont apparus.

Les révolutions réussies étaient également fondées sur une eschatologie chrétienne, qui à son tour s'appuyait sur la vision judaïque de l'histoire comme allant vers un dénouement final, un point culminant. Contrairement aux peuples indo-européens, y compris les Grecs, qui croyaient que le temps était cyclique, le peuple hébreu concevait le temps comme continu, irréversible, historique et menant à la fin à la rédemption ultime. Mais ils pensaient aussi que le temps est divisé en périodes. Il n'est pas cyclique mais peut être interrompu ou accéléré. Il se développe. L'Ancien Testament est le récit non seulement sur le changement mais aussi sur le développement, la croissance, le mouvement vers l'âge messianique – mouvement très inégal, certes, avec beaucoup de retours en arrière mais néanmoins mouvement en avant. Le christianisme a cependant ajouté un élément important au concept juif du temps : celui de la transformation de l'ancien en nouveau. La Bible hébraïque est devenue l'Ancien Testament, son sens a été transformé par son accomplissement dans le Nouveau Testament. Dans l'histoire de la Résurrection, la mort a été transformée en un nouveau commencement. Le temps a été non seulement accéléré mais aussi régénéré. Cela a donné une nouvelle structure à l'histoire, dans laquelle il s'est produit une transformation fondamentale d'une époque à une autre. Cette transformation, croyait-on, ne pouvait se produire qu'une seule fois : la vie, la mort et la résurrection du Christ étaient considérées comme la seule interruption majeure dans le cours du temps linéaire depuis la création du monde jusqu'à sa fin complète.

Ainsi, le concept chrétien de renouveau est fondé sur la croyance en la fin du monde. Il est également fondé sur la croyance que cette fin est imminente ; elle est « à portée de main ». « Le sens chrétien de l'histoire, écrit Norman O. Brown, c'est le sens de la vie dans les derniers jours. Petits enfants, c'est la dernière heure. Toute l'ère chrétienne est dans les derniers jours ». « La prière chrétienne est une prière

pour la fin du monde : pour qu'elle vienne rapidement. L'objectif est de mettre fin à ce monde ; la seule question est de savoir comment. Une erreur dans ce domaine pourrait s'avérer très coûteuse » (26).

Rosenstock-Huessy a montré comment la croyance en une fin des temps, la fin du monde, a influencé les grandes révolutions de l'histoire occidentale. Chacune de ces révolutions a traduit l'expérience de la mort et la régénération en une conception différente de la nation et de l'Eglise (27). Lorsque l'eschatologie a été écartée par les Lumières et par la théologie libérale au XVIII^e siècle et au XIX^e siècle, une eschatologie laïque a pris sa place. « Aucun peuple, écrit Rosenstock-Huessy, ne peut vivre sans foi dans la victoire ultime de quelque chose. Ainsi, pendant que la théologie était en sommeil, les laïcs se sont tournés vers d'autres sources des « Choses Dernières » : vers l'eschatologie de Karl Marx d'une part et vers Friedrich Nietzsche d'autre part (28).

Avant le grand mouvement de réforme du XI^e siècle, l'Eglise, tant en Orient qu'en Occident, avait enseigné que la fin des temps n'est pas dans ce monde, le monde matériel, mais dans le monde spirituel – non pas dans le temps historique mais dans l'éternité. C'est l'un des principaux points du contraste qu'établit St. Augustin entre la cité terrestre et la cité de Dieu. La cité terrestre est en perpétuelle déchéance. Ceux qui vivent dans la fin des temps ne sont plus de ce monde. Pour Augustin, le même mot, *saeculum*, signifiait « le monde » et « le temps ». Le *saeculum* était sans espoir de rédemption : il ne restait qu'à l'abandonner pour le domaine de l'esprit. Saint Augustin et l'Eglise, en général, dans les dix premiers siècles, étaient contre les mouvements révolutionnaires millénaires du type de ceux qui sont décrits par Cohn et qui tentaient de transformer les réalités sociales, politiques et économiques d'ici-bas en un royaume de l'esprit. La renaissance du croyant chrétien ainsi que la régénération de l'humanité ne se réfère qu'à l'âme éternelle, qui n'a connu cette renaissance ou régénération qu'en « mourant à ce monde » – avant tout par la vie monastique.

De même, lorsque le christianisme a été introduit chez les peuples germaniques d'Europe occidentale, il y a été présenté comme une foi d'un autre monde, soucieuse du sacré et de la sainteté et ayant relativement peu à dire à la structure de pouvoir militaire, politique et économique existante, si ce n'est pour la dévaluer. À la fin du XI^e et au début du XII^e siècle, la régénération a été considérée pour la première fois comme applicable également à la société laïque. Les réformateurs se plaçaient au commencement et à la fin d'un nouveau temps laïc : ils se projetaient dans le passé pour se projeter dans l'avenir. Ils se voyaient à un tournant de l'histoire, au début d'une nouvelle ère, qu'ils pensaient être l'âge final avant le Jugement dernier. Il s'agissait d'une nouvelle interruption au sein de l'ère chrétienne ; elle combinait l'idée grecque de retour cyclique, l'idée hébraïque de mouvement linéaire vers une fin prédestinée et l'idée chrétienne antérieure d'une naissance ou d'une renaissance spirituelle.

Chacune des grandes révolutions, à commencer par la Révolution papale de 1075, a établi une nette division entre ce qui l'avait précédée, « l'ancien » et ce qui l'avait accompagnée et l'avait suivie, « le nouveau ». Du point de vue de l'histoire, chacune d'elles a aussi placé l'ancien et le nouveau dans le cadre d'une création originale, ou d'un état de nature et une fin ultime, une victoire ultime. Sans la croyance que ce monde, ces temps, les institutions laïques de la société humaine, pouvaient être régénérés et que cette régénération conduirait à l'accomplissement de la destinée ultime de l'homme, les grandes révolutions de l'histoire occidentale n'auraient pas pu avoir lieu.

Plus précisément, la croyance dans la capacité de l'homme à régénérer le monde et la nécessité pour lui de le faire afin de réaliser sa destinée ultime a jeté les bases à la fois d'une attaque consciente contre l'ordre existant et de l'établissement conscient d'un nouvel ordre. Le sacré a constitué le critère de l'ordre laïc. C'est ainsi que les réformateurs du XI^e siècle ont commencé à juger les empereurs, les rois et les seigneurs selon les principes dérivés de la loi divine et naturelle. Le parti papal a dénoncé l'empereur pour avoir trahi la fonction de chef de l'Eglise et même l'a accusé de ne pas en avoir le titre. Daniel avait porté le même défi à Nabuchodonosor : « Mene, mene, tekel, upharsin » – « tekel : tu as été pesé en la balances et tu as été trouvé léger » (Dan. 5:25, 27). « La liberté de l'Eglise », slogan de la Révolution papale, a été justifiée comme étant la volonté de Dieu. Ainsi, dans toutes les grandes périodes révolutionnaires ultérieures de l'Occident, des normes transcendantes ont été invoquées contre la structure de pouvoir existante. Lorsque Karl Marx (citant Proudhon) a dit : « La propriété est un vol », il s'exprimait dans la tradition millénariste occidentale : l'ensemble du système économique et politique a été pesé dans la balance de la fin des temps – l'eschaton – et trouvé léger.

Le droit révolutionnaire

La croyance révolutionnaire en la fin des temps, le dernier millénaire, contribue à expliquer non seulement le renversement de l'ancien droit mais aussi l'incarnation de la révolution dans un nouveau système de droit. Cela ne pouvait pas se produire tout de suite. Aucune des grandes révolutions n'a réussi à abolir le système prérévolutionnaire le premier jour et à établir un nouveau système permanent de droit révolutionnaire le deuxième jour. Par exemple, en 1917, les bolchevistes ont déclaré que l'héritage était supprimé, mais ils ont en même temps promulgué un décret stipulant que les successions d'une valeur maximale de 10 000 roubles d'or continueraient à être transmises aux héritiers selon les anciennes règles jusqu'à ce qu'un système d'administration des successions plus petites soit mis au point. Il s'est toutefois avéré impossible d'élaborer un système permettant à l'État d'hériter effectivement d'une vache, de meubles, d'objets d'art ou même d'argent. Le recours suivant a été un impôt sur les très grosses successions ; mais cette mesure s'est avérée incompatible avec les efforts visant à promouvoir la stabilité familiale et a été facilement éludé par des dons en prévision la mort.

Chacune des grandes révolutions a connu une période intermédiaire au cours de laquelle de nouvelles lois, de nouveaux décrets, de nouveaux règlements ont été adoptés et des ordonnances ont été promulguées à intervalles réguliers et ont été tout aussi rapidement modifiés, abrogés ou remplacés. Finalement, chacune des grandes révolutions a fini par faire la paix avec le droit prérévolutionnaire et a rétabli nombre de ses éléments en les incluant dans un nouveau système qui reflète les principaux objectifs, valeurs et convictions au nom desquels avait été menée la révolution. Ainsi, les nouveaux systèmes de droit établis par les grandes révolutions ont transformé la tradition juridique tout en restant en son sein.

La Réforme luthérienne et la révolution des principautés allemandes qui l'ont incarnée ont brisé le dualisme catholique romain du droit ecclésiastique et du droit laïc en délégalisant l'Eglise. Là où le luthéranisme a réussi, l'église en est venue à être conçue comme invisible, apolitique, légale ; et la seule souveraineté, le seul droit (au sens politique) ont été ceux du royaume laïc ou de la principauté laïque. C'est juste avant cette époque que Machiavel avait utilisé le mot d'« État » dans le sens nouveau d'ordre social purement laïc. Les réformateurs luthériens étaient en un sens des machiavéliens : ils étaient sceptiques quant au pouvoir de l'homme de créer une loi humaine qui refléterait la loi éternelle et niaient explicitement qu'il était du devoir de l'église d'élaborer la loi des hommes. Ce scepticisme luthérien a permis l'émergence d'une théorie du droit – le positivisme juridique – qui traite le droit de l'État comme un droit moral neutre, un moyen et non une fin, un dispositif permettant de manifester la politique du souverain et d'assurer l'obéissance à celle-ci. Mais la laïcisation du droit et l'émergence d'une théorie positiviste du droit ne sont qu'une facette de l'histoire de la contribution de la Réforme luthérienne à la tradition juridique occidentale. L'autre facette est tout aussi importante : en libérant le droit de la doctrine théologique et de l'influence directe de l'Eglise, la Réforme lui a permis de connaître un nouveau et brillant développement. Selon les termes du grand juriste et historien allemand Rudolf Sohm, « La Réforme de Luther a constitué un renouveau non seulement de la foi mais aussi du monde : du monde de la vie spirituelle en même temps que du monde du droit » (29).

La clé du renouvellement du droit en Occident à partir du XVI^e siècle a été le concept luthérien de pouvoir de l'individu de changer, par la grâce de Dieu, la nature et de créer de nouvelles relations sociales par l'exercice de sa volonté. La conception luthérienne de l'individu sera fondamentale pour le développement du droit moderne de la propriété et des contrats. Certes, il existait depuis quelques siècles, tant dans l'Eglise que dans la communauté mercantile, un droit de la propriété et un droit des contrats qui étaient élaborés et sophistiqués, mais, dans le luthéranisme, son orientation a changé. Les anciennes règles ont été refondues dans un nouvel ensemble. La nature est devenue propriété. Les relations économiques sont devenues contractuelles. La conscience est devenue volonté et intention. Le dernier testament, qui, dans la tradition catholique antérieure, avait été avant tout un moyen de sauver les âmes par des dons de charité, est devenu avant tout un moyen de contrôler les relations sociales et économiques (c'est nous qui soulignons). Par la simple expression de leur volonté, de leur intention, les testateurs pouvaient disposer de leurs biens après leur mort et les entrepreneurs pouvaient organiser

leurs relations d'affaires par contrat. Les droits de propriété et de contrat ainsi créés étaient considérés comme sacrés et inviolables, tant qu'ils n'étaient pas contraire à la conscience. C'est la conscience qui leur donnait leur caractère sacré. Ainsi, la laïcisation de l'État, au sens restreint de suppression des contrôles ecclésiastiques, s'est accompagnée d'une spiritualisation et même d'une sanctification de la propriété et du contrat.

Il est donc faux de dire que le luthéranisme n'a imposé aucune limite au pouvoir politique des monarques absolus qui régnaient sur l'Europe au XVI^e siècle. Le développement du droit positif a été conçu pour reposer en fin de compte sur le prince seul, mais il était présupposé que, dans l'exercice de sa volonté, il respecterait les consciences individuelles de ses sujets, ce qui signifiait respecter également leurs biens et leurs droits contractuels. Ce présupposé reposait – de façon précaire, il est vrai – sur quatre siècles d'histoire au cours desquels l'Eglise avait réussi à christianiser le droit dans une mesure remarquable, étant donné le niveau de la vie culturelle des peuples germaniques. Ainsi, le positivisme luthérien sépare le droit de la morale, nie le rôle législatif de l'Eglise et estime que la sanction ultime du droit est la politique de la coercition, tout en supposant l'existence d'une conscience chrétienne au sein du peuple et d'un État gouverné par des souverains chrétiens.

Une forme un peu plus ultérieure de protestantisme, le calvinisme, a également eu des effets profonds sur le développement du droit occidental, en particulier en Angleterre et en Amérique. Les puritains ont fait progresser le concept luthérien de caractère sacré de la conscience individuelle et aussi, en droit, celui de caractère sacré de la volonté individuelle telle qu'elle se reflète dans les droits de propriété et les droits contractuels. Mais ils ont mis l'accent sur deux éléments qui étaient subordonnés dans le luthéranisme : premièrement, la croyance dans le devoir des chrétiens en général et pas seulement des dirigeants chrétiens de réformer le monde (30) ; et deuxièmement, la croyance que la congrégation locale, sous l'égide de son ministre élu et de ses anciens, est le siège de la vérité, une « communauté de croyants actifs » plus élevée que toute autorité politique (31). Les congrégations puritaines actives, déterminées à réformer le monde, étaient prêtes à défier les plus hautes autorités de l'Eglise et de l'État dans l'affirmation de leur foi et elles l'ont fait pour des raisons de conscience individuelle, tout en faisant appel à la loi divine, à la loi mosaïque de l'Ancien Testament et aux concepts de droit naturel consacrés par la tradition juridique médiévale. Tout comme les premiers martyrs chrétiens avaient fondé l'église par leur désobéissance au droit romain, ainsi les puritains du XVII^e siècle, notamment des hommes comme John Hampden, John Lilburne, Walter Udall et William Penn, par leur désobéissance ouverte au droit anglais, ont jeté les bases du droit anglo-américain des droits civils et des libertés civiles tels qu'ils sont exprimés dans les constitutions respectives des deux pays : la liberté d'expression et de la presse, le libre exercice de la religion, le privilège contre l'auto-incrimination, l'indépendance du jury, le droit de ne pas être emprisonné sans motif et bien d'autres droits et libertés de ce type (32). Le congrégationalisme calviniste a également jeté les fondements religieux des concepts modernes de contrat social et de gouvernement par le consentement des gouvernés (33).

Le puritanisme en Angleterre et en Amérique et le piétisme, son homologue sur le continent européen, ont été les derniers grands mouvements au sein de l'église institutionnelle à influencer le développement du droit occidental dans un sens fondamental. Aux XVIIIe et XIXe siècles, tant l'Église catholique romaine que diverses confessions luthériennes ont évidemment continué à exercer des pressions sur le droit dans diverses directions. Il ne fait aucun doute que le christianisme prophétique a continué à jouer un rôle extrêmement important dans la réforme du droit – par exemple, dans l'abolition de l'esclavage, dans la protection du travail et dans la promotion de la législation sociale en général. Et, d'autre part, la religion organisée a sans aucun doute continué à soutenir le statu quo, quel qu'il soit. Mais le facteur significatif à cet égard au XIXe siècle et plus encore au XXe siècle a été le fait que la religion est devenue très progressivement une affaire personnelle et privée, sans influence publique sur le développement juridique, alors que d'autres systèmes de croyance – les nouvelles religions laïques (idéologies, « ismes ») ont été élevées au rang de croyances passionnées pour lesquelles les gens étaient collectivement prêts non seulement à mourir mais aussi à vivre de nouvelles vies.

Ce sont les Révolutions américaine et française qui ont préparé la voie aux nouvelles religions laïques, en répandant dans les mouvements politiques et sociaux laïcs la psychologie religieuse ainsi que de nombreuses idées religieuses qui s'étaient auparavant exprimées sous diverses formes de catholicisme et de protestantisme. Au début, une sorte d'orthodoxie religieuse a été préservée par le biais d'une philosophie déiste qui, cependant, n'était guère marquée par cette psychologie qui est au cœur de la foi religieuse. Ce qui était religieux chez de grands esprits révolutionnaires de la fin du XVIIIe et du XIXe siècle comme Rousseau ou Jefferson n'était pas leur croyance en Dieu mais en L'homme, l'homme individuel, sa nature, sa Raison, ses Droits. Les philosophies politiques et sociales issues du Siècle des Lumières étaient des religions parce qu'elles attribuaient un sens et un caractère sacré ultimes à l'esprit individuel et aussi, il faut l'ajouter immédiatement, à la nation. L'âge de l'individualisme et du rationalisme a aussi été l'ère du nationalisme : l'individu était un citoyen et l'opinion publique s'est révélée être non pas l'opinion de l'humanité mais l'opinion des Français, l'opinion des Allemands, l'opinion des Américains.

Individualisme, rationalisme, nationalisme, la Trinité de la démocratie a trouvé une expression juridique dans l'exaltation du rôle du pouvoir législatif et la réduction conséquente (sauf aux États-Unis) du rôle de créateur de lois du pouvoir judiciaire ; dans l'affranchissement des actions individuelles des contrôles publics, notamment dans la sphère économique ; dans la demande de codification du droit pénal et civil ; dans l'effort pour rendre prévisibles les conséquences juridiques des actions individuelles, là encore surtout dans le domaine économique. Ces « postulats juridiques » (comme les aurait appelés Roscoe Pound) (34) ont été considérés comme étant non seulement utiles mais aussi justes et non seulement justes mais aussi comme faisant partie de l'ordre naturel de l'univers. On pensait que la vie elle-même

tirait son sens et son but de ces principes et des principes connexes de rationalité juridique, dont les sources historiques sont évidemment les doctrines théologiques du droit naturel et de la raison humaine.

La démocratie libérale a été la première grande religion laïque de l'histoire occidentale (c'est nous qui soulignons) ; la première idéologie qui s'est séparée du christianisme traditionnel et qui, en même temps, a repris au christianisme traditionnel à la fois son sens du sacré et certaines de ses valeurs majeures. Mais, en devenant une religion laïque, la démocratie libérale a très vite été confrontée à un rival : le socialisme révolutionnaire. Et quand, après un siècle d'activité révolutionnaire dans toute l'Europe, le communisme a finalement pris le pouvoir en Russie en 1917, ses doctrines avaient acquis le caractère sacré d'une révélation impérieuse et son leadership le charisme des grands prêtres. De plus, le Parti communiste avait à la fois le caractère secret et l'austérité d'un ordre monastique (c'est nous qui soulignons). Ce n'est pas un hasard si, lors des purges de l'après-guerre, les communistes loyaux en Europe disaient : « Il n'y a pas de salut en dehors du Parti. »

Les postulats juridiques du socialisme, bien qu'ils diffèrent à bien des égards de ceux de la démocratie libérale, découlent comme eux du christianisme. Par exemple, le Code Moral Soviétique du Bâtisseur du Communisme, que les écoliers soviétiques doivent apprendre par cœur et qui sert de base à l'élaboration de la législation soviétique, contient des principes tels que : « le travail consciencieux pour le bien de la société » ; « celui qui ne travaille pas ne doit pas non plus avoir à manger » ; « le souci de chacun de préserver et d'accroître la richesse » ; « le collectivisme et l'entraide mutuelle, un pour tous et tous pour un » ; « l'honnêteté et la sincérité, la pureté morale, la modestie et la simplicité dans la vie sociale et privée » ; « l'intransigeance envers l'injustice, le parasitisme, la malhonnêteté, le carriérisme et l'appât du gain » (35) ; « l'intransigeance à l'égard des ennemis du communisme » ; « la solidarité fraternelle avec les travailleurs de tous les pays et avec tous les peuples » (36). Le droit soviétique rappelle de façon frappante le code puritain de la colonie de la baie du Massachusetts, le Corps des libertés de 1641 (c'est nous qui soulignons), dans sa punition de la déviation idéologique, de l'oisiveté et de l'immoralité personnelle (37). En outre, le système soviétique met très fortement l'accent sur le rôle éducatif du droit et sur la participation populaire aux procédures judiciaires et à l'application de la loi par l'intermédiaire des tribunaux de camarades et les patrouilles populaires et par le placement des personnes sous la garde du collectif de l'usine ou du quartier. Cela se fait en outre au nom d'une eschatologie qui prévoit la disparition définitive de la contrainte et du droit lui-même, car une société communiste est créée dans laquelle chaque personne traitera à nouveau autrui – selon les termes du Code moral du bâtisseur du communisme – comme « un camarade, un ami et un frère ». Il n'est nullement incompatible avec cette vision utopique que des mesures fortes de coercition et de droit formel soient prises pour la réaliser.

La crise de la tradition juridique occidentale

Que la tradition juridique occidentale, comme la civilisation occidentale dans son ensemble, subit au XXe siècle, une crise plus grave que toutes celles qu'elle a jamais traversées n'est pas quelque chose qui peut être prouvé scientifiquement.

C'est quelque chose que l'on sait, en fin de compte, intuitivement. Je ne peux que témoigner, pour ainsi dire, que j'ai le sentiment que nous sommes en plein milieu d'une crise sans précédent des valeurs et de la pensée juridiques, dans laquelle toute notre la tradition juridique est remise en question – non pas seulement les concepts dits libéraux de ces derniers siècles, mais la structure même de la légalité occidentale, qui date des XIe et XIIe siècles.

La crise est générée à la fois de l'intérieur et de l'extérieur de l'expérience occidentale. De l'intérieur, des transformations sociales, économiques et politiques d'une ampleur sans précédent ont mis à rude épreuve les institutions juridiques traditionnelles, les valeurs juridiques et les concepts juridiques dans pratiquement tous les pays de l'Ouest. Pourtant, dans le passé, il y a eu des périodes de bouleversements révolutionnaires qui ont également menacé de détruire les éléments fondamentaux de la tradition juridique occidentale et cette tradition a néanmoins survécu. Ce qui est nouveau aujourd'hui, c'est la remise en cause de la tradition juridique dans son ensemble et pas seulement de certains de ses éléments ou aspects particuliers ; et cela se manifeste surtout dans la confrontation avec les civilisations non occidentales et les philosophies non occidentales. Dans le passé, l'homme occidental a porté son droit avec confiance dans le monde entier. Cependant, le monde d'aujourd'hui se méfie – plus que jamais – du « légalisme » occidental. Les hommes de l'Est et du Sud offrent d'autres alternatives. L'Occident lui-même en est venu à douter de la validité universelle de sa vision traditionnelle du droit, en particulier de sa validité pour les cultures non occidentales. Le droit qui semblait autrefois « naturel » ne semble plus être qu'« occidental ». Et beaucoup disent qu'il est obsolète, même pour l'Occident.

La crise est parfois envisagée sous un jour un peu moins apocalyptique comme un défi non pas aux principes de la légalité tels qu'ils sont compris en Occident depuis neuf siècles, mais plutôt à l'application de ces principes aux nouvelles circonstances du XXe siècle, ou tout au plus comme une remise en cause de certaines des variantes « libérales » ou « bourgeoises » de la légalité qui prévalent depuis le XVIIIe siècle ou peut-être depuis le XVIIe ou même le XVIe siècle. On dit que, dans tous les pays d'Occident, le droit s'éloigne des présupposés individualistes qui ont accompagné le passage d'un ordre politique, économique et social « médiéval » à un ordre politique, économique et social « moderne » et se rapproche de l'un ou l'autre type de collectivisme. De ce point de vue, la crise du droit au XXe siècle est d'une ampleur comparable aux crises précédentes de la tradition juridique occidentale, comme celle qui a eu lieu après la Révolution française de 1789 ou après la Révolution anglaise de 1640 ou encore après la Révolution allemande de 1517. De même que ces révolutions, dit-on, ont inauguré une nouvelle

ère dans laquelle le droit bourgeois ou « capitaliste » a remplacé le droit « féodal », ainsi la révolution de 1917 a inauguré une nouvelle ère dans laquelle le droit « socialiste » remplace le droit bourgeois ou capitaliste.

Il est certainement vrai que, au XXe siècle, pratiquement toutes les nations occidentales ont introduit des contrôles gouvernementaux généralisés sur la plupart des aspects de la vie économique. De nombreux pays ont nationalisé la production industrielle et ont mis en place une planification économique intégrée de l'État. D'autres pays ont adopté une forme de capitalisme d'État dans laquelle la responsabilité immédiate de la production, de la distribution et des investissements est entre les mains des grandes entreprises, toutefois soumises à des contrôles directs et indirects de la part des organismes d'État. La déclaration de Lénine de 1921 au sujet de l'économie soviétique est de plus en plus applicable à d'autres économies : « chez nous, ce qui relève de l'économie est une question de droit public et non de droit privé. » Aux États-Unis, par exemple, les domaines du droit administratif tels que la fiscalité, les relations entre les ouvriers et les patrons, la réglementation des valeurs mobilières, le logement public, la sécurité sociale, la protection de l'environnement et une douzaine d'autres, qui n'existaient guère avant la grande dépression du début des années 1930, sont maintenant prépondérantes.

De plus, ce qui était auparavant conçu comme droit privé a également été transformé au XXe siècle par la centralisation et la bureaucratisation radicales de la vie économique, dont le socialisme, sous une forme ou autre (y compris sous celle du capitalisme d'État), est un aspect ou une conséquence. Par exemple, le droit des contrats, qui a été traditionnellement considéré dans tous les systèmes juridiques occidentaux comme un ensemble de règles permettant de rendre exécutoires les accords volontaires selon l'intention des parties, dans les limites fixées par les grandes politiques publiques, a eu du mal à s'adapter au XXe siècle à une toute nouvelle situation économique dans laquelle les conditions détaillées des principaux types de contrats sont spécifiquement requises par la législation ou bien présentées comme non négociables dans des formulaires standardisés par les grandes organisations commerciales. De même, en matière de droit de la propriété, les organismes gouvernementaux et les intérêts des grandes entreprises sont intervenus pour soustraire à la plupart des propriétaires privés une très grande partie de leurs droits de possession, d'usage et de disposition (c'est nous qui soulignons), c'est-à-dire ce qui aurait été considéré dans le passé comme leurs droits de propriété, tout en leur imposant des obligations qui s'expliquent plus par le droit administratif que par le droit civil. Dans tout l'Occident, la propriété des entreprises, des commerces et des industries, notamment le logement, est de plus en plus soumise à une réglementation administrative, alors que le propriétaire individuel peut difficilement planter un arbre ou faire faire des travaux d'agrandissement de sa cuisine sans autorisation gouvernementale.

De même, le droit de la responsabilité civile (tort law), qui a traditionnellement été conçu principalement comme un ensemble de règles visant à compenser les préjudices causés par une faute intentionnelle ou par négligence, a été transformé par la rapide extension de l'assurance de responsabilité civile pour les dommages causés par des actes de bonne foi liés à diverses formes d'activités économiques – la soi-disant responsabilité absolue, dont les fondements et donc les limites demeurent en grande partie non clarifiés. Selon certains, le « droit général des contrats », c'est-à-dire l'ensemble des concepts et doctrines fondamentaux qui a été formulé au XIXe siècle comme « droit des contrats », applicable à tous les types de transactions contractuelles, est désormais mort et que les principes de responsabilité en cas de violation des contrats se retrouvent de plus en plus dans le droit de la responsabilité civile (38) mais, selon d'autres, le droit général de la responsabilité civile, qui a également été formulé au XIXe siècle, plus ou moins simultanément avec le droit général des contrats, est également mort. La division de l'ensemble du droit en droit public et en droit privé ainsi que leur subdivision en domaines autonomes tels que le droit civil, le droit pénal, le droit administratif et d'autres encore, est le fruit de la pensée juridique des Lumières du XVIIIe siècle et a été établi par la Révolution française. Elle s'est répandue dans toute l'Europe et a finalement atteint les États-Unis. Elle n'a pas pu survivre au développement du socialisme au XXe siècle, qu'il s'agisse de l'économie socialiste planifiée à grande échelle des pays communistes ou des formes moins complètes, simplement « socialistes », de contrôle gouvernemental exercé dans les pays non communistes de l'Ouest.

Des changements fondamentaux ont eu lieu dans l'ensemble de l'Occident, non seulement dans ce qui a été traditionnellement appelé droit public et droit privé mais aussi dans ce que l'on pourrait appeler le droit social, notamment le droit de la famille ainsi que les lois relatives aux relations entre les races, les classes, les sexes et les générations. Le mariage et le divorce sont devenus de plus en plus une question consensuelle, tandis que le pouvoir des parents sur les enfants a été considérablement réduit. La famille étant de plus en plus laissée à elle-même, les relations sociales de race, de classe et de sexe ont été de plus en plus soumises à des restrictions juridiques, afin d'empêcher l'exploitation. Ces changements ont également été associés en partie au mouvement socialiste, bien qu'ils ne soient qu'indirectement liés au contrôle de l'économie par le gouvernement. En tout état de cause, eux aussi constituent des développements juridiques qui sont difficilement conciliables avec les catégories juridiques traditionnelles.

Le droit pénal a lui aussi subi des changements radicaux dans presque tous les pays occidentaux en raison de l'intégration et de la collectivisation de l'économie, de l'urbanisation, de la production de masse, de l'industrialisation et des phénomènes connexes. De nouveaux types de criminalité sont apparus : le vol à grande échelle de biens d'entreprise, qu'ils soient la propriété de l'État ou de grandes entreprises ; la criminalité en « col blanc », y compris la fraude fiscale, les détournements de fonds et les infractions aux règles de concurrence, le trafic de drogue et la criminalité urbaine qui y est associée et, à l'autre extrémité du spectre, les crimes politiques et idéologiques, qui en sont venus à prédominer sur les crimes « traditionnels » de meurtre, de viol, de cambriolage, de vol, d'incendie criminel. Les

changements cruciaux dans la nature et l'incidence de la criminalité se sont accompagnés de changements d'une importance comparable dans les théories de la criminalité et de la répression et dans les pratiques des forces de l'ordre.

Ces changements et d'autres encore dans les systèmes juridiques des pays occidentaux peuvent être qualifiés de révolutionnaires non seulement en ce sens qu'il s'agit de changements fondamentaux qui se sont produits relativement rapidement, mais aussi dans le sens où ils sont une réponse à un bouleversement politique, économique et social révolutionnaire. En Russie et dans certains autres pays, ce bouleversement a pris la forme d'une révolution de type classique, dans laquelle un type d'ordre politico-économique et social et de système de croyances a été violemment remplacé par un autre. Dans d'autres pays, les changements ont pris la forme plus modérée d'une intégration de la vie nationale par le biais de la technologie et des communications, d'une organisation croissante en unités plus importantes et du renforcement des contrôles gouvernementaux. Partout, cependant, cela a été bien plus qu'une simple révolution technologique ; cela a été aussi une révolution politique et idéologique.

L'histoire du droit occidental se trouve à un tournant aussi net et crucial que celui qui a été marqué par la Révolution française de 1789, la révolution anglaise de 1640 et la révolution allemande de 1517. Les deux générations qui se sont succédées depuis le début de la révolution russe ont été témoins, non seulement en Union Soviétique, mais dans tout l'Occident, d'une rupture substantielle avec l'individualisme du droit traditionnel, rupture avec son attachement à la propriété privée et à la liberté contractuelle, avec ses restrictions à la responsabilité pour les dommages causés par l'activité entrepreneuriale, avec son attitude fortement moralisatrice à l'égard de la criminalité et avec bon nombre de ses principes fondamentaux. A l'inverse, elles ont vu le droit prendre le virage du collectivisme, l'État et la propriété sociale prendre de plus en plus d'importance, la liberté contractuelle être réglée dans l'intérêt de la société, la responsabilité pour les dommages causés par l'activité entrepreneuriale être élargie, une attitude utilitaire se substituer à une attitude morale face au crime et de nombreux autres nouveaux postulats fondamentaux apparaître. Ces changements radicaux constituent une sérieuse remise en cause des institutions juridiques, des procédures, des valeurs, des concepts, des règles et des modes de pensée occidentaux traditionnels. Ils menacent l'objectivité du droit, car ils font de l'État – ce même État qui a fait les lois et a désigné le tribunal – une partie invisible dans la plupart des procédures judiciaires entre personnes physiques ou morales. Cette pression invisible est accrue dans les pays communistes en raison de contrôles centraux forts, non seulement sur la vie économique, mais aussi sur la vie politique, culturelle et idéologique ; et dans les pays non communistes aussi, ces contrôles centraux dans la sphère non économique se sont accrus, bien qu'ils aient généralement été exercés davantage par les grandes organisations bureaucratiques que par l'État en tant que tel. Dans la mesure où le système actuel de gestion de l'information n'est pas plus efficace que celui de l'État en tant que tel est comparable aux crises révolutionnaires qui ont frappé la tradition juridique occidentale dans le passé, les ressources de toute cette tradition peuvent être mobilisées pour

la surmonter, comme ces ressources ont été mobilisées pour surmonter les précédentes crises révolutionnaires. Cependant, la crise actuelle est plus profonde. Il s'agit d'une crise non seulement de l'individualisme tel qu'il s'est développé depuis le XVIII^e siècle ou du libéralisme tel qu'il s'est développée depuis le XVII^e siècle, ou encore de la laïcité telle qu'elle s'est développée depuis le XVI^e siècle ; c'est aussi une crise de toute la tradition telle qu'elle existe depuis la fin du XI^e siècle. Seules quatre – les quatre premières – des dix caractéristiques fondamentales de la tradition juridique occidentale restent des caractéristiques fondamentales du droit en Occident.

1. Le droit est encore relativement autonome, en ce sens qu'il reste distinct de la politique et de la religion ainsi que d'autres types d'institutions sociales et d'autres disciplines scientifiques.
2. Il est toujours confié au savoir d'experts juridiques, de législateurs, de juges, d'avocats et de juristes professionnels.
3. Les centres de formation juridique continuent de fleurir là où les institutions juridiques sont conceptualisées et, dans une certaine mesure, systématisées.
4. Cet apprentissage du droit constitue encore un méta-droit par lequel les institutions et les règles juridiques sont évalués et expliqués.

Il est important de souligner la survivance de ces quatre caractéristiques du droit, car, en Russie, pendant les premières années de la Révolution et à nouveau au début des années 1930, de vives critiques ont été faites, comme cela avait été le cas dans les grandes révolutions précédentes, contre l'autonomie du droit, son caractère professionnel et son caractère de discipline savante et de science. Dans d'autres pays occidentaux également, il a été proposé de temps en temps dans les années 1920 et 1930, en partie sous l'influence du marxisme-léninisme, que le droit et les avocats soient éliminés ou du moins fortement marginalisés parce qu'inutiles et nuisibles à la société. Dans les années 1960 et au début des années 1970, la révolution chinoise a repris cette proposition avec beaucoup de sérieux : toutes les écoles de droit ont été fermées et presque tous les avocats ont disparu. Ce n'est que depuis la fin des années 1930 dans l'Union soviétique et la fin des années 1970 en République populaire de Chine que le « nihilisme juridique » est dénoncé.

Les six autres caractéristiques attribuées à la tradition juridique occidentale ont toutes été gravement affaiblies dans la dernière partie du XX^e siècle, en particulier aux États-Unis.

5. Le droit au XXe siècle, tant en théorie qu'en pratique, a été traité de moins en moins comme un tout cohérent, un corps, un corpus juris et de plus en plus comme un méli-mélo, une masse fragmentée de décisions ad hoc et de règles contradictoires, maintenues ensemble uniquement par des « techniques » communes.

L'ancien méta-droit s'est décomposé et a été remplacé par une sorte de cynisme. Les catégorisations du XIXe siècle par domaines de droit sont de plus en plus considérées comme obsolètes. Les éléments structurels du droit encore plus anciens tels que, en Angleterre et aux Etats-Unis, les formes d'action par lesquelles le droit commun était autrefois intégré et dont Maitland a déclaré en 1906 qu'elles « nous gouvernent toujours depuis la tombe » sont presque entièrement oubliés. La division de l'ensemble du droit en droit public et droit privé au XVIe siècle a dû céder à ce que Roscoe Pound a appelé au milieu des années 1930 « le nouveau féodalisme ». Pourtant il s'agit d'un féodalisme dépourvu du concept essentiel de hiérarchie des sources du droit par lequel une pluralité de juridictions peut être conciliée et des règles juridiques conflictuelles peuvent être harmonisées. En l'absence de nouvelles théories qui ordonneraient et souderaient la structure juridique, un pragmatisme sommaire est invoqué pour justifier les règles et les décisions individuelles.

6. La croyance en la croissance du droit, en son caractère évolutif au fil des générations et des siècles s'est également en grande partie affaiblie. Beaucoup pensent que le développement apparent du droit – sa croissance par le biais de la réinterprétation du passé, que ce passé soit représenté par la jurisprudence ou par la codification – n'est qu'idéologique. Le droit est présenté comme n'ayant aucune histoire qui lui soit propre et l'histoire qu'il affirme présenter est traitée, au mieux, comme une chronologie, et au pire, comme une simple illusion.

7. Les changements qui ont eu lieu dans le droit dans le passé ainsi que les changements qui y ont lieu à l'heure actuelle ne sont pas considérés comme des réponses à la logique interne de la croissance juridique ni comme des résolutions des tensions entre la science juridique et la pratique juridique, mais plutôt comme des réponses aux pressions de forces extérieures.

8. L'idée que le droit transcende la politique – l'idée que, à tout moment, ou au moins dans son développement historique, le droit est distinct de l'État – semble avoir cédé de plus en plus la place à l'idée que le droit est à tout moment essentiellement un instrument de l'État, c'est-à-dire un moyen d'exécuter la volonté de ceux qui exercent l'autorité politique.

9. La source de la suprématie du droit dans la pluralité des instances juridiques et des systèmes juridiques au sein d'un même ordre juridique est menacée au XXe siècle par la tendance, dans chaque pays, à dissoudre toutes les juridictions et tous les systèmes dans un programme législatif central unique de législation et de réglementation administrative. Les Eglises ont depuis longtemps cessé de constituer un véritable contrepoids aux autorités laïques. La coutume des communautés ou des professions commerciales et autres communautés autonomes dans l'ordre économique et social a été supplantée par des contrôles législatifs et administratifs. Le droit international a élargi ses prétentions théoriques jusqu'à remplacer le droit national mais, dans la pratique, le droit national a soit expressément intégré le droit international, soit l'a rendu inefficace en tant que recours pour les citoyens individuels. Dans les systèmes fédéraux tels que celui des États-Unis, la possibilité de passer d'un tribunal à l'autre a considérablement diminué.

L'idée, exprimée par Blackstone il y a deux siècles, selon laquelle nous vivons sous un nombre considérable de systèmes juridiques n'a guère d'équivalent dans la pensée juridique contemporaine.

10. La conviction que la tradition juridique occidentale transcende la révolution, qu'elle précède les grands bouleversements globaux qui ont périodiquement englouti les nations de l'Ouest et qu'elle y survit est remise en question par la croyance opposée selon laquelle le droit est entièrement subordonné à la révolution. Le renversement d'un ensemble d'institutions politiques et son remplacement par un autre conduit à un droit entièrement nouveau. Même si les anciennes formes sont conservées, elles sont chargées, dit-on, d'un nouveau contenu, servent à de nouvelles fins et ne doivent pas être identifiées au passé.

La crise de la tradition juridique occidentale n'est pas seulement une crise de la philosophie juridique mais aussi une crise du droit lui-même. Les philosophes du droit ont toujours débattu et débattront sans doute toujours de la question de savoir si le droit est fondé sur la raison et la moralité ou s'il n'est que la volonté du dirigeant politique. Il n'est pas nécessaire de trancher ce débat pour conclure que, d'un point de vue historique, les systèmes juridiques de toutes les nations héritières de la tradition juridique occidentale sont ancrés dans certaines croyances ou certains postulats : c'est-à-dire que les systèmes juridiques eux-mêmes ont présupposé la validité de ces croyances. Aujourd'hui, ces croyances ou postulats – tels que l'intégrité structurelle du droit, son caractère évolutif, ses racines religieuses, ses qualités transcendantes – disparaissent rapidement, non seulement de l'esprit des philosophes, non seulement des esprits des législateurs, des juges, des avocats, des professeurs de droit et d'autres membres de la profession juridique, mais de la conscience de la grande majorité des citoyens, du peuple dans son ensemble ; et, plus encore, ils disparaissent du droit lui-même. Le droit se fragmente et se subjectivise de plus en plus, est axé de plus en plus sur l'opportunisme et de moins en moins sur la morale et est plus soucieux des conséquences immédiates et moins de la cohérence ou la continuité

(39). Ainsi, au XXe siècle, le terreau historique de la tradition juridique occidentale est en train d'être emporté et la tradition elle-même est menacée d'effondrement.

L'effondrement de la tradition juridique occidentale ne découle qu'en partie des révolutions socialistes qui ont été déclenchées en Russie à octobre 1917 et qui se sont progressivement étendues à l'ensemble de l'Occident (et à d'autres parties du monde également), bien que souvent sous des formes relativement modérées. Elle ne provient qu'en partie de l'intervention massive de l'Etat massif dans l'économie de la nation (l'État-providence) et qu'en partie de la bureaucratisation massive de la vie sociale et économique par le biais d'énormes entités corporatives centralisées (l'Etat-entreprise). Elle découle bien plus de la crise de la civilisation occidentale elle-même, qui a commencé en 1914 avec le déclenchement de la Première Guerre mondiale. C'a été plus qu'une révolution économique et technologique, plus même qu'une révolution politique. Si elle n'avait pas eu lieu, la société occidentale aurait pu adapter ses institutions juridiques pour répondre aux nouvelles exigences qui leur sont imposées, comme elle l'a fait dans les situations révolutionnaires du passé. La société occidentale serait en mesure d'intégrer le socialisme – de quelque type que ce soit – dans le cadre de sa tradition juridique. Mais la désintégration des fondements mêmes de cette tradition n'est pas susceptible d'accommodements ; et le plus grand défi pour ces fondements est l'énorme perte de confiance dans l'Occident lui-même en tant que civilisation, communauté et dans la tradition juridique qui, depuis neuf siècles, a contribué à le maintenir.

Presque toutes les nations occidentales sont aujourd'hui menacées par un cynisme à l'égard du droit, qui conduit à un mépris du droit dans toutes les classes de la population [le cynisme et le mépris de rentier des juristes n'y seraient-il pas pour quelque chose ? [N. D. E].) Les villes sont devenues de plus en plus dangereuses. Le système d'aide sociale est presque en panne en raison de réglementations inapplicables. Il y a une violation flagrante des lois fiscales par les riches et les pauvres et ceux qui se trouvent entre les deux. Il n'y a guère de profession qui ne soit empêtrée dans le contournement de la réglementation gouvernementale. Et le gouvernement lui-même, de bas en haut, est englué dans les activités illégales. Mais ce n'est pas l'essentiel. L'essentiel est que les seules personnes qui semblent avoir la conscience tranquille sur cette question sont les rares dont les crimes ont été révélés.

Le mépris du droit et le cynisme à l'égard du droit ont été stimulés par la révolte contemporaine contre ce que l'on appelle parfois le formalisme juridique, qui met l'accent sur l'application uniforme de règles générales comme élément central du raisonnement juridique et de l'idée de justice. Selon Roberto M. Unger, avec le développement de l'État-providence d'une part et de l'État-entreprise d'autre part, le formalisme cède la place à la politique publique, tant dans le raisonnement juridique que dans l'idée de justice (40). Le raisonnement juridique d'inspiration politique, écrit Unger, se caractérise par l'importance qu'il accorde aux normes générales d'équité et de responsabilité sociale. Unger relie ce changement de la pensée juridique occidentale « post-libérale » à un changement dans les croyances à

l'égard de la langue. « On n'attribue plus à la langue la fixité des catégories et la représentation transparente du monde qui rendraient le formalisme plausible dans le raisonnement juridique ou dans les idées sur la justice », écrit-il (41). Ainsi décrite, la révolte contre le formalisme juridique semble à la fois inévitable et inoffensive. Pourtant, qu'est-ce qui empêche la justice discrétionnaire d'être un instrument de répression et même un prétexte à la barbarie et à la brutalité, comme elle l'est devenue dans l'Allemagne nazie (cette affirmation n'engage que son auteur [N. d. E.] ? Unger affirme que ce qui l'en empêche est le développement d'un fort sentiment de communauté au sein des différents groupes qui composent une société. Malheureusement, le développement d'un tel pluralisme de groupe est lui-même contrecarré par certaines des mêmes considérations qui sous-tendent l'attaque contre le formalisme juridique. La plupart des communautés de taille humaine peuvent difficilement survivre longtemps et encore moins interagir les unes avec les autres, sans systèmes de règles élaborés, qu'ils soient coutumiers ou mis en vigueur. Dire cela ne revient pas à nier que, à la fin du XIXe et au début du XXe siècle, dans de nombreux pays occidentaux, il existait un souci excessif de cohérence logique du droit, qui existe encore dans certains milieux ; la réaction à son encontre perd cependant sa justification lorsqu'elle devient une attaque contre les règles en tant que telles et contre la tradition occidentale de la légalité qui établit un équilibre entre la règle, la jurisprudence, la politique et l'équité – les quatre.

L'attaque contre l'un quelconque de ces quatre facteurs tend à rabaisser les autres. Au nom de l'anti-formalisme, l'« ordre public » s'est dangereusement rapproché de la volonté de ceux qui sont actuellement aux commandes : la « justice sociale » et la « rationalité substantive » (42) sont désormais identifiées au pragmatisme ; l'« équité » a perdu ses racines historiques et philosophiques et est balayée par tous les vents de la doctrine à la mode. Le langage juridique est considéré non seulement comme nécessairement complexe, ambigu et rhétorique (ce qu'il est), mais aussi totalement contingent, contemporain et arbitraire (ce qu'il n'est pas). Ce sont des signes avant-coureurs non seulement d'une ère « post-libérale » mais aussi d'une ère « post-occidentale ».

Pas plus que l'anarchie le cynisme à l'égard du droit ne sera vaincu par l'adhésion à un soi-disant réalisme qui nie l'autonomie, l'intégrité et le caractère évolutif de notre tradition juridique. Selon les mots d'Edmund Burke, ceux qui ne regardent pas vers leurs ancêtres ne regarderont pas vers leur postérité.

Cela ne signifie certainement pas que l'étude du passé sauvera la société. La société évolue inévitablement vers l'avenir. Mais elle le fait en marchant pour ainsi dire à reculons, les yeux tournés vers le passé. Oliver Cromwell a déclaré : « L'homme n'atteint jamais un niveau aussi élevé que lorsqu'il ne sait pas où il va. » Il a compris la signification révolutionnaire du respect de la tradition en temps de crise.

Vers une théorie sociale du droit

Deux mots qui ont façonné la réflexion de l'homme moderne sur le passé font qu'il est difficile de saisir le sens de la tradition juridique occidentale.

Le premier mot est celui de « médiéval » (ou « Moyen-âge »). Il est entré en usage au XVI^e siècle pour caractériser d'une part la période entre le début du christianisme et la Réforme protestante et d'autre part la période entre l'Antiquité classique et le « nouvel humanisme » (la « Renaissance », terme forgé par Michelet trois cents ans plus tard). Le mot « médiéval » plaisait aussi aux partisans de la contre-réforme catholique, car il impliquait non seulement que le protestantisme était une innovation mais aussi que le catholicisme romain présentait une continuité ininterrompue depuis au moins l'époque de Constantin. Finalement, le mot s'est avéré commode aussi pour l'historiographie nationaliste du XIX^e siècle, car il semblait définir la période entre le déclin de l'Empire romain et la montée des États nationaux souverains.

Il est donc surprenant de découvrir que pratiquement tous les systèmes juridiques occidentaux modernes ont vu le jour au milieu du Moyen-âge !

Le second mot est celui de « féodalisme », que l'on a fini par identifier à la formation socio-économique du Moyen-âge. L'époque médiévale du féodalisme a été mise en contraste avec l'époque moderne le capitalisme. Le capitalisme a été associé à l'individualisme et au protestantisme, tout comme le féodalisme a été associé au traditionalisme et au catholicisme.

Le concept de féodalisme est presque aussi chargé d'hypothèses idéologiques cachées que le concept de Moyen-âge. L'adjectif « féodal », dérivé du substantif concret « fief » (feod), a revêtu des significations techniques, politiques, économiques et juridiques à partir du XI^e siècle ; mais le substantif abstrait « féodalisme », qui se réfère à l'ensemble du système socio-économique, n'a été inventé qu'au XVIII^e siècle (43). La Révolution française visait à abolir la féodalité et la société féodale. Un décret du 11 août 1789 a proclamé : « L'Assemblée nationale abolit entièrement le régime féodal. » Comme l'a dit Marc Bloch, « [c]omment désormais mettre en doute la réalité d'un système social dont la ruine avait coûté tant de peines ? » (44). L'ironie de Bloch est justifiée par la déclaration ultérieure du grand historien marxiste anglais Christopher Hill. Opposé à l'idée que la féodalité a pris fin avec l'abolition du servage au XVI^e siècle, Hill a fait la remarque suivante : « Si la féodalité a été abolie avec le servage, alors la France de 1788 n'était pas un État féodal et il n'y a jamais eu de Révolution bourgeoise, c'est-à-dire de renversement de l'État féodal » (45). En d'autres termes, le féodalisme ne pouvait pas avoir pris

fin deux cents ans avant 1789 ; si tel avait été le cas, la Révolution française avait été menée en vain et, plus grave encore, la théorie marxiste était erronée.

Ainsi, toutes les idéologies du XIXe siècle, y compris le marxisme, ont conspiré pour minimiser, nier ou ignorer les racines profondes des institutions et des valeurs occidentales modernes à l'époque pré-protestante, préhumaniste, préindividualiste et précapitaliste et toutes ont conspiré pour dissimuler la rupture qui s'est produite à la fin du XIe et au XIIe siècle dans l'histoire occidentale. Cette fausse périodisation de l'histoire occidentale a non seulement conduit les historiens conventionnels à se tromper du tout au tout dans l'appréciation du passage du Moyen-âge à l'époque moderne, mais a également déjoué les efforts des théoriciens sociaux pour tracer des lignes de démarcation entre une société moderne et une société « nouvelle » (socialiste, post-libérale, postmoderne).

La croyance selon laquelle la société occidentale est passée d'une époque de féodalisme à une époque de capitalisme implique que la structure fondamentale d'un ordre social est économique et que le droit fait partie d'une « superstructure idéologique » utilisée par ceux qui ont le pouvoir économique comme moyen de mener à bien leur politique. Cependant, la tradition juridique occidentale ne peut être comprise simplement comme un instrument de domination, qu'elle soit économique ou politique ; elle doit être considérée également comme un élément important de la structure fondamentale de la société occidentale. Elle est à la fois le reflet et le déterminant du développement économique et politique. Sans le droit constitutionnel, le droit des sociétés, le droit des contrats, le droit de la propriété et les autres domaines du droit qui se sont développés en Europe occidentale du XIIe au XVe siècle, les changements économiques et politiques du XVIIe au XIXe siècle, que les théoriciens sociaux contemporains ont identifiés au capitalisme, n'auraient pas pu avoir lieu.

De plus, le mot de « féodalisme » peut être utilisé pour masquer le fait que les institutions juridiques et les valeurs occidentales dans leur période de formation ont souvent remis en question le système politique et économique en vigueur. Il y avait des luttes incessantes entre le droit et l'oppression de la classe féodale, entre le droit et le pouvoir des magnats urbains, entre le droit et les intérêts ecclésiastiques, entre le droit et la domination royale. Les serfs qui s'enfuyaient dans les villes réclamaient leur liberté, en vertu de la loi urbaine, après un an et un jour. Les citoyens se rebellaient contre leurs dirigeants urbains au nom des principes constitutionnels déclarés dans les chartes des villes. Les barons exigeaient des rois des droits et des privilèges anciens. Les princes et les papes s'affrontaient, chacun affirmant que le pouvoir socio-économique de l'autre s'exerçait en violation de la loi divine et des droits légaux naturels, contre l'esprit des lois et même contre leur lettre. Dans ces luttes et dans d'autres, le droit était invoqué contre les faits et les conditions matérielles qui prévalaient ; il s'est retourné contre la structure sociale qui l'avait pour ainsi dire materné.

De même, dans l'histoire occidentale, le droit a été invoqué périodiquement contre les valeurs politiques et morales dominantes de la société, les valeurs mêmes dont on peut dire qu'elles l'ont enfanté et qu'il est censé partager. Le droit est invoqué pour protéger le dissident, l'hérétique, bien que les autorités politiques et l'opinion publique elle-même condamnent la dissidence ou l'hérésie. Le droit peut protéger la collectivité contre un individualisme dominant, ou l'individu contre un collectivisme dominant. Cette fidélité du droit à ses propres valeurs est difficile à expliquer par une théorie instrumentale qui considère les institutions juridiques comme un simple outil de la classe dominante ou de l'élite politique.

Le droit – au moins dans l'histoire occidentale – ne peut pas non plus être entièrement réduit aux conditions matérielles de la société qui le produit ou au système d'idées et de valeurs ; il doit être considéré également, c'est-à-dire en partie, comme un facteur indépendant, une des causes et non pas seulement un des résultats des développements sociaux, économiques, politiques, intellectuels, moraux et religieux.

La première tâche d'une théorie sociale du droit aujourd'hui, près d'un siècle et demi après Karl Marx et près d'un siècle après Max Weber, est d'échapper aux concepts très simplistes de causalité et de droit. Quel que soit le point de vue des philosophes sur l'idéalisme et du matérialisme, d'un point de vue historique, le fait que Hegel ait eu tort de supposer que la conscience détermine l'être ne signifie pas que Marx a eu raison de dire que l'être détermine la conscience. Dans l'histoire, dans la vie réelle, aucun des deux ne « détermine » l'autre ; ils vont généralement de pair ; dans le cas contraire, c'est tantôt l'un, tantôt l'autre qui est d'une importance décisive. Une théorie sociale du droit doit mettre l'accent sur l'interaction de l'esprit et de la matière, des idées et de l'expérience, dans sa définition et son analyse du droit. Elle doit réunir les trois écoles traditionnelles de jurisprudence : l'école politique (positivisme), l'école morale (théorie du droit naturel) et l'école historique (jurisprudence historique) dans une jurisprudence intégrative.

La seconde tâche d'une théorie sociale du droit aujourd'hui est d'adopter une historiographie appropriée à l'histoire, plutôt qu'une historiographie dérivée principalement de l'histoire économique, de l'histoire de la philosophie ou d'autres types d'histoire. Une théorie sociale du droit doit tenir compte du fait que les systèmes juridiques ont commencé à se construire en Occident à la fin du XIe et au XIIe siècle et que certaines des caractéristiques fondamentales de ces systèmes juridiques ont survécu aux grandes révolutions nationales du XVIe au XXe siècle. Un autre fait à prendre en considération est que le premier système juridique occidental moderne a été le droit canonique de l'Église catholique romaine et que ce système juridique présentait de nombreuses caractéristiques en commun avec ce que les théoriciens sociaux actuels appellent les systèmes juridiques laïcs, rationnels, matérialistes, individualistes de la société capitaliste libérale. Le dualisme des juridictions ecclésiastiques et laïques est une caractéristique spécifique, sinon unique, de la culture occidentale. Une théorie sociale du droit doit

certainement en fournir une explication. Une telle explication doit également tenir compte de la conception occidentale du pluralisme des groupes sociaux au sein de la juridiction laïque, chacun ayant son propre droit et celle de la relation de ce pluralisme avec le dualisme du laïc et de l'ecclésiastique. C'est un problème historiographique et pas seulement sociologique, car il s'agit d'une interprétation des grandes révolutions de l'histoire occidentale, par lesquelles les États nationaux ont absorbé une grande partie de la juridiction de l'Église et en définitive une grande partie de la juridiction des différents groupes sociaux au sein de l'ordre laïc également.

Une telle historiographie conduirait à une théorie sociale générale qui verrait l'histoire de l'Occident non pas principalement comme une série de transitions du féodalisme au capitalisme et au socialisme, mais plutôt comme une série de transitions de groupes sociaux pluriels au sein d'une unité ecclésiastique globale vers des États nationaux au sein d'une unité religieuse et culturelle globale mais invisible, puis vers des États nationaux sans unité globale à la recherche de nouvelles formes d'unité à l'échelle mondiale.

Dans cette perspective historique, une théorie sociale du droit s'intéresserait à la mesure dans laquelle la tradition juridique occidentale a toujours été tributaire, même à l'apogée de l'État national, de la croyance en l'existence d'un corpus juridique supérieur au droit de la plus haute autorité politique, corpus juridique autrefois appelé droit divin, puis droit naturel et récemment droits de l'homme ; et à la mesure dans laquelle cette croyance elle-même a toujours été tributaire de la vitalité des systèmes juridiques autonomes des communautés au sein de la nation (villes, régions, syndicats) ainsi que des communautés transnationales (associations commerciales et bancaires internationales, agences internationales, églises).

Une théorie sociale du droit a en outre pour tâche d'étudier le sort du droit dans les périodes de changement révolutionnaire, non pas tant pour examiner la substitution rapide de nouvelles lois aux anciennes mais plutôt afin d'examiner la manière dont, après que la révolution est retombée, les fondements d'un futur système juridique stable et juste sont ou ne sont pas jetés.

Enfin, une théorie sociale du droit doit dépasser l'étude des systèmes juridiques occidentaux et de la tradition juridique occidentale, pour s'intéresser aux systèmes et traditions juridiques non occidentaux, à la rencontre du droit occidental et du droit non occidental et à l'élaboration d'un langage juridique commun à l'humanité. Car ce n'est qu'ainsi que la tradition juridique occidentale pourra sortir de la crise qu'elle traverse à la fin du XXe siècle.

Harold J. Berman, *Le Droit et la Révolution : La formation de la tradition juridique occidentale*, Introduction, traduit de l'américain par B. K. (*)

(*) L'introduction est traduite sur la première édition (1983). Le résumé que Berman lui-même a fait de l'analyse qu'il propose dans « *Le Droit et la Révolution* » des deux révolutions protestantes, la luthérienne et la calviniste, de la Révolution dite « française », de la Révolution américaine et de la Révolution bolchévique, du point de vue du droit, sera publiée ultérieurement ci-dessous.

Notes de l'avant-propos

(1) Norbert Elias, dans le va-et-vient qu'il fait entre l'analyse de la formation de l'Etat absolutiste et l'examen de la modification des sensibilités, établit un parallèle qui semble indiscutable entre la monopolisation de la violence légitime par l'Etat et le dressage de l'homme à la retenue et, au delà même, une relation de cause et d'effet entre l'assujettissement de l'homme au contrôle de ses impulsions, de ses instincts et la volonté de domestication des forces naturelles, qui s'accroît précisément au XVII^e siècle: « Contrôle de la nature, contrôle social et contrôle individuel, indique-t-il (*La Société des individus*, Fayard, 1997p. 91), forment une sorte d'enchaînement en cercle ; ils constituent une trilogie fonctionnelle dont la vision peut servir de schéma fondamental à l'observation des problèmes humains ; aucun élément ne peut se développer sans les autres ; la mesure et la forme de l'un dépendant de la mesure et de la forme des autres ; et si l'un des trois s'effondre, les autres le suivent tôt ou tard dans sa chute. »

(2) La notion chrétienne de « bien commun » peut avoir des points de contact avec la notion cicéronienne d'« *utilitas publica* » ou d'« *utilitas communis* » (*De officiis*, III,47), elle ne coïncide pas avec elle. Dans le discours des juristes du « moyen âge », l'« *utilitas publica* » et l'« *utilitas communis* » renvoient en général respectivement au profit et par extension au bonheur de l'ensemble du corps politique et au profit et par extension aussi au bonheur de chacun de ses membres (Peter von Moos, *Entre histoire et littérature : communication et culture au Moyen Âge*, Sismel – Edizioni del Galluzzo, Florence, 2005, p. 476 ; Henri Bresc, Georges Dagher et Christiane Veauvy (dir.), *Politique et religion en Méditerranée, Moyen Age et époque contemporaine*, Editions Bouchène, 2008). Le premier à en faire un synonyme de « bonheur » ou de « bien être », en particulier matériel, est Bodin (« tout le peuple jouit du bien public, partageant à chacun les biens communs »). Servir le commerce et servir le bien commun ne font désormais plus qu'un. D'autre part, le « bien commun » implique, dans les textes des théologiens et des juristes, que « les sujets obéissent tous et sans défaillance aux lois, exercent bien les charges qu'on leur a données, pratiquent bien les métiers auxquels ils sont voués, respectent l'ordre établi dans la mesure, du moins, où cet ordre est conforme aux lois que Dieu a imposées à la nature et aux hommes. C'est-à-dire que le bien public, c'est essentiellement l'obéissance à la loi, à la loi du souverain sur cette terre ou à la loi du souverain absolu » (Michel Foucault, *Sécurité, territoire,*

population: cours au Collège de France, 1977-1978, Gallimard, 2004, p. 102). Chez Cicéron qui emprunte sans doute la notion d'« utilitas » au stoïcien à Panétios de Rhodes (J. Gaudemet, *Utilitas publica*. In *Revue historique du droit français et étranger*, n° 29, 1951 [p. 465-99]), nulle idée de prospérité ou de bonheur ou même d'obéissance n'est attachée à l'« utilitas publica » ou à l'« utilitas communis et, qui plus est, les intérêts de la patrie ne se confondent en aucune manière avec les intérêts individuels des citoyens.

Une fois que la notion de « bien commun » est établie, il ne reste plus qu'à mobiliser la métaphore organique pour justifier, entre autres, l'impôt (idéalement permanent). « [...] [P]our le service de la chose publique, déclare l'archidiacre de Tournai Henri de Gand (v. 1217 – 1293), le prince pourrait, si besoin était, utiliser les biens des sujets qui sont une partie [de la chose publique], et c'est pourquoi chacun des sujets doit contribuer au service public » (cité in Lydwine Scordia, *Images de la servitude fiscale à la fin du Moyen Âge*. In *Mélanges de l'École française de Rome. Moyen-âge*, t. 112, n°2, 2000 [p. 609-631], p. 614). Mais n'est-ce pas que « [c]e qui touche tout le monde doit être approuvé par tous » ? Assurément, sauf que, ici, la définition de « tous » est restrictive : « [l]a taxation pour le bien commun et l'utilité de tous les sujets n'est licite que de consensus et scitu principaliorum et discretiorum de communitate, c'est-à-dire du consentement et du savoir des principaux et des plus sages de la communauté », les « valentior pars » (cité in *ibid.*, p. 616), qui, pour aller vite, deviendront, sous la République, les fameux « représentants de la Nation ». « Le lien entre fiscalité et citoyenneté résulte du principe révolutionnaire du vote des lois fiscales par les représentants de la Nation », rappelle, si besoin était, un professeur des Universités ; et de citer Jean-Jacques Rousseau à ce sujet : « les impôts ne peuvent être établis légitimement que du consentement du peuple ou de ses représentants » (*Discours sur l'économie politique*, 1755) (c'est nous qui soulignons). « Le consentement à l'impôt est un principe selon lequel l'impôt ne peut être juridiquement valablement prélevé si son redevable n'a pas manifesté son accord. L'histoire de son établissement est directement au cœur de l'instauration du parlementarisme et de l'Etat constitutionnel moderne. Ce qui n'était au Moyen Age qu'une théorie de résistance au pouvoir du prince a été juridiquement consacré par les textes révolutionnaires des XVIIe et XVIIIe siècles toujours appliqués » (c'est nous qui soulignons) (Fabrice Bin, *Consentement à l'impôt (histoire du)*, 2010, https://www.academia.edu/28908993/Consentement_%C3%A0_l_imp%C3%B4t_histoire_du_). Et, ajoute de manière involontairement savoureuse l'entrée de wikipedia sur « Le Consentement à l'impôt », comme « les électeurs n'ont jamais porté au pouvoir une majorité de représentants hostiles à l'impôt, par conséquent ce consentement a toujours été validé ».

(3) Voir, au sujet du despote comme propriétaire suprême, <https://elementsdeducationraciale.wordpress.com/2019/10/28/le-pouvoir-panique-3/>.

(4) Jean-Yves Dormagen et Daniel Mouchard, *Introduction à la sociologie politique*, 5e éd. mise à jour et augmentée, De Boeck Supérieur, 2019, p. 32.

(5) *Mémoires pour le clergé de France*, 1785, p. 292. « La Couronne de cheveux des Prêtres est aussi ancienne que le Christianisme. La Couronne [coronas] de cheveux étoit si particulière aux Prêtres & aux Evêques des premiers siècles, qu'on se servoit du seul terme de Couronne pour désigner leur état »

(Jacques Martin, Explications de plusieurs textes difficiles de l'Écriture, 1730, p. 383). En ce qui concerne l'objet lui-même, dont le prédécesseur est le diadème, il était porté par les rois de Perse et c'est Alexandre le Grand qui en rapporta l'usage en Europe (Arthur Charles Fox-Davies, A Complete Guide To Heraldry, 1923). Selon Hésiode, la première tête couronnée a été Pandore. Selon Pline, Harpocraton et d'autres auteurs antiques, Bacchus est le premier à avoir introduit l'usage de la couronne (de laurier), qui l'avait aidé dans son expédition aux Indes ; les jours solennels consacrés à ce dieu sont appelés « grande couronne » (Antoine Eugene Genoude, Les pères de l'église, traduit en français, vol. 6, Paris, 1841 ; Lise Wajeman, La Parole d'Adam, le corps d'Eve. Le péché originel au XVIe siècle, 2007, Droz, Genève, p. 34, note 35). Les Egyptiens en attribuent l'invention à Isis. Selon Maimonides, les Juifs ont trois couronnes, qui, d'après d'autres auteurs (voir, par exemple, Victor Ancessi [Abbé], L'Égypte et Moïse. Première partie. Les vêtements du grand prêtre et des Lévites, Ernest Leroux, Paris, 1875), leur auraient été inspirées par les souvenirs qu'ils avaient de la couronne du grand prêtre égyptien : la couronne de la Loi, la couronne sacerdotale, qui a été donnée à Aaron (qui, au moins à l'origine, était apparemment un simple bandeau) et la couronne royale, à David (Victor Hennequin, Introduction historique à l'étude de la législation française, t. 2 : Les Juifs, Joubert, Paris, 1842, p. 204). Au sujet des ornements du « prêtre de la nouvelle loi » (le prêtre chrétien), Tertullien dit que la couronne est le caractère de son sacerdoce royal (J. -P Migne, Collection intégrale et universelle des orateurs sacrés du premier ordre, t. 17, chez l'éditeur, 1845, p. 618). La plupart des auteurs anciens conviennent que la couronne était originellement un ornement du sacerdoce. Enfin, du point de vue de l'étymologie, plusieurs sont d'avis « que le mot couronne, vient de corne, parce que [...] les couronnes anciennes étaient formées de pointes en forme de cornes, et que les cornes étaient des marques de puissance, de dignité, de force, d'autorité et d'empire; et que dans l'Écriture les cornes sont souvent prises pour signes de la dignité Royale ». « En hébreu le mot Keren signifie indistinctement corne et couronne » (Claude Drigon [Marquis de Magny], Des couronnes, des couronnes héraldiques, 3e éd., Frères Bocca Editeurs, Florence, 1878, p. 4-5).

(6) Max Weber, Économie et société, vol. 3 : Sociologie du droit, Edition Pocket, Coll. « Agora », 2003, p. 96, p 100.

(7) Philippe Braud, Penser l'Etat. Science politique, Editions du Seuil, 2004 [1re éd. : 1997].

(8) Norbert Elias, La dynamique de l'Occident, Calmann-Lévy, Paris, 1975 [1re éd. : 1939], p. 30-1, cité in Yves Déloye, Sociologie historique du politique, 3e éd., Edition La Découverte, Coll. « Repères », 2017, p. 33.

(9) Jean Duma, Norbert Elias et La Société des individus, p. 17-3, in Histoires de nobles et de bourgeois. Individus, groupes, réseaux en France. xvie-xviii siècles, Jean Duma (dir.), Presses universitaires de Paris Nanterre, 2011.

(10) Norbert Elias, La société de cour, Flammarion, 1985, p. xviii.

(11) Voir, pour un résumé de la sociogenèse de l'Etat, dont nous donnons ici un aperçu, Bernard Francq et Philippe Scieur, en collaboration avec Grégoire Lits, Damien Vanneste et Martin Wagener, Être curieux en sociologie, Presses Universitaires de Louvain, 2014, p. 250 et sqq.

(12) Roger Chartier, Norbert Elias interprète de l'histoire occidentale ? In *Le Débat*, octobre 1980, n° 5, p. 138-143.

(13) Max Weber, *Sociologie du droit*, Presses Universitaires de France, Paris, 1986, p. 44.

(14) Jacques Chevallier et Danièle Lochak, *La Science administrative*, Presses Universitaires de France, Paris, 1987 [1ère éd. : 1980].

(15) Ibid.

(16) Ibid. « Parce qu'elle détient le monopole de la coercition, l'administration n'est assimilable à aucune autre organisation sociale ; et la science administrative ne saurait donc être réduite à une simple science des organisations [...] Au lieu d'être pensée comme extérieure et subordonnée au politique, l'administration devient, non seulement une de ses composantes essentielles, mais encore son principe fondateur, son point nodal, l'instrument d'impulsion et de régulation indispensable à son équilibre et à sa survie ; c'est en effet autour du noyau dur, originaire, de l'appareil d'Etat que le système politique s'est constitué par voie de stratifications successives » (ibid.).

(17) Ibid.

(18) Ibid.

(19) Michel Coutu, *Max Weber et les rationalités du droit*, chap. 4 : Rationalité juridique et légitimité du droit, L. G. D. J. et les Presses de l'Université Laval, Paris, 1995.

(20) Michel Foucault, *Il faut défendre la société*, Cours au Collège de France 1976, Gallimard/Seuil, Coll. « Hautes Etudes », Paris, 1997, p. 24.

(21) Ibid.

(22) Id., *L'éthique du souci de soi comme pratique de la liberté*, in *Dits et Ecrits*, t. 4, Gallimard, Paris, 1994, p. 728.

(23) Id., *Sécurité, territoire, population : cours au Collège de France, 1977-1978*, Gallimard et Éditions du Seuil, 2004, p. 406.

(24) Harold J. Berman, *Law and Revolution*, Harvard University Press, 1983, p. 2, p. 113.

(25) « Néanmoins, même les critiques les plus féroces de Berman admettent que le tableau d'ensemble qu'il présente des faits et des chiffres est correct » (Andreas Thier, *Harold Berman's Law and Revolution' : A Necessary Challenge for Legal History Research*. In *Zeitschrift des Max-Planck-Instituts für europäische Rechtsgeschichte*, n° 21, 2013 [p. 173-5], p. 174).

(26) Thomas Duve, *Law and Revolution – revisited*. In *Zeitschrift des Max-Planck-Instituts für europäische Rechtsgeschichte*, n° 21, 2013 (156–9).

(27) Douglas Martin, Harold J. Berman, 89, Who Altered Beliefs About Origins of Western Law, Dies, 18 novembre 2007, <https://www.nytimes.com/2007/11/18/us/18berman.html>.

(28) Voir Jean-Edme-Auguste Gosselin, Pouvoir du pape sur les souverains au Moyen âge ou Recherches historiques, Librairie Catholique de Perisse Frères, Paris et Lyon, 1839.

(29) Voir, au sujet de la constitution du droit canonique, Jacqueline Rambaud-Buhot, La critique des faux dans l'ancien droit canonique. In Bibliothèque de l'école des chartes, 1968, t. 126, livraison 1 [p. 5-62]. « Au milieu du ix^e siècle, un véritable atelier de faussaires a fonctionné en Gaule [dans la région de Reims et peut-être aussi à Saint-Denis]. Utilisant [soit] des textes authentiques, d'origines diverses dont beaucoup de droit romain, [soit des textes fabriqués par eux-mêmes] les faussaires les ont attribués à des empereurs carolingiens (les Faux capitulaires) ou à divers papes des premiers siècles (les Fausses Décrétales), pour leur donner plus d'autorité » (Brigitte Basdevant-Gaudemet et Jean Gaudemet, Introduction historique au droit: XIII^e-XX^e siècles, L.G.D.J., 2000, p. 100) et afin de détruire le pouvoir métropolitain au profit de celui des évêques, de mettre l'Eglise entière sous la juridiction du siège de Rome et de soustraire le clergé au pouvoir des princes et de placer la papauté au-dessus des pouvoirs séculiers (voir Antonin Bourel, Etude sur les fausses décrétales, Montauban, 1844 ; Ch. De Smedt (Père) Les fausses décrétales. L'épiscopat franc et la cour de Rome du IX^e au XI^e siècle. In Etudes religieuses historiques et littéraires, 15^e année, 4^e série, t. 6, 1870 [p. 70-169])

(30) Les principaux inspirateurs de la « réforme grégorienne » sont généralement considérés comme ayant été les moines de Cluny ainsi que l'évêque Yves de Chartres (v. 1040 – 1115) qui, en 1097, lança l'idée qu'il était licite qu'un évêque reçoive l'investiture des biens séculiers de la main d'un roi, idée immédiatement rejetée par Urbain III, mais qui mit le feu aux poudres entre la papauté et les souverains européens (Augustin Fliche, La réforme grégorienne et la reconquête chrétienne [1057-1123], t. 8, Bloud et Gay, p. 332-4). Selon Fliche, « [...] l'apport de Cluny dans la formation des idées grégoriennes se ramène aux deux points suivants : 1) La congrégation clunisienne a mis à l'ordre du jour la question de la réforme morale et tué, à l'intérieur de l'Eglise régulière, les pratiques simoniaques et nicolaïtes ; 2) sa forte organisation a été un curieux exemple de centralisation dont Grégoire VII pourra s'inspirer quand il cherchera à resserrer les liens qui unissent l'Eglise séculière au Siège apostolique. A cela et à cela seulement se réduit la part de Cluny dans l'élaboration de la grande réforme religieuse du x^e siècle » (S. J. De Moreau et E. A. Fliehe. La réforme grégorienne. T. I. La formation des idées grégoriennes, t. 2 : Grégoire VII. Louvain, « Spicilegium sacrum Lovaniense ». In Revue belge de philologie et d'histoire, t. 5, fasc. 2-3, 1926 [p. 615-624], p. 617.

(31) Jacqueline Rambaud-Buhot, op. cit., p. 36. En ce qui concerne les diktats du pape, ceux qui ont lu avec attention <https://elementsdeducationraciale.wordpress.com/2019/10/28/le-pouvoir-panique-3/> y reconnaîtront maints aspects du despotisme oriental. Voici ces diktats :

- « 1. L'Eglise romaine a été fondée par le Seigneur seul.
2. Seul le pontife romain est dit à juste titre universel.
3. Seul, il peut déposer et absoudre les évêques.

4. Son légat, dans un concile, est au-dessus de tous les évêques, même s'il leur est inférieur par l'ordination, et il peut prononcer contre eux une sentence de déposition.
5. Le pape peut déposer les absents.
6. Vis-à-vis de ceux qui ont été excommuniés par lui, on ne peut entre autres choses habiter sous le même toit.
7. Seul, il peut, selon l'opportunité, établir de nouvelles lois, réunir de nouveaux peuples, transformer une collégiale en abbaye, diviser un évêché riche et unir des évêchés pauvres.
8. Seul, il peut user des insignes impériaux.
9. Le pape est le seul homme dont tous les princes baisent les pieds.
10. Il est le seul dont le nom soit prononcé dans toutes les églises.
11. Son nom est unique dans le monde.
12. Il lui est permis de déposer les empereurs.
13. Il lui est permis de transférer les évêques d'un siège à un autre, selon la nécessité.
14. Il a le droit d'ordonner un clerc de n'importe quelle église, où il veut.
15. Celui qui a été ordonné par lui peut donner des ordres à l'église d'un autre, mais non faire la guerre ; il ne doit pas recevoir d'un autre évêque un grade supérieur.
16. Aucun synode général ne peut être convoqué sans son ordre.
17. Aucun texte et aucun livre ne peut prendre une valeur canonique en dehors de son autorité.
18. Sa sentence ne doit être réformée par personne et seul il peut réformer la sentence de tous.
19. Il ne doit être jugé par personne.
20. Personne ne peut condamner celui qui fait appel au siège apostolique.
21. Les causæ majores de toutes les églises doivent être portées devant lui.
22. L'Église romaine n'a jamais erré ; et selon le témoignage de l'Écriture, elle n'errera jamais.
23. Le pontife romain, canoniquement ordonné, est indubitablement rendu saint par les mérites du bienheureux Pierre [...].
24. Sur l'ordre et avec l'assentiment du pape il est permis aux sujets de porter une accusation.
25. Il peut, en dehors d'une assemblée synodale, déposer et absoudre les évêques.

26. Celui qui n'est pas avec l'Église romaine n'est pas considéré comme catholique.

27. Le pape peut délier les sujets du serment de fidélité fait aux injustes. » (Michel Scouarnec, Deux mille ans d'Église par les textes, Les Editions de l'Atelier/Editions Ouvrières, 1999, p. 168-9)

(32) Joseph Canning, Histoire de la pensée politique médiévale (300-1450), traduction par Jacques Bernard, Editions Universitaires de Fribourg et Editions du Cerf, Fribourg et Paris, 2003, p. 128-9.

(33) Voir Jean Gaudemet, Formation du droit canonique et gouvernement de l'Église de l'Antiquité à l'âge classique : Recueil d'articles, Presses Universitaires de Strasbourg, 2019, p. 182 ; Ennio Cortese, Théologie, droit canonique et droit romain. Aux origines du droit savant (XIe-XIIIe s.). In Comptes rendus des séances de l'Académie des Inscriptions et Belles-Lettres, 146^e année, n° 1, 2002 [p. 57-74].

(34) Harold J. Berman, The Western Legal Tradition in a Millennial Perspective: Past and Future, 60 La. L. Rev. (2000), <https://digitalcommons.law.lsu.edu/lalrev/vol60/iss3/3>, p. 739-40.

(35) « Le terme 'révolution', tel qu'il s'applique aux grandes révolutions de l'histoire européenne, comporte quatre principaux éléments caractéristiques qui, pris ensemble, les distinguent de la réforme ou de l'évolution d'une part et de simples rébellions, coups d'État, contre-révolutions et dictatures d'autre part. Ce sont la totalité, c'est-à-dire son caractère de transformation totale dans laquelle les changements politiques, religieux, économiques, juridiques, culturels, linguistiques, artistiques, philosophiques et autres catégories de base du changement social sont imbriqués les uns dans les autres ; sa rapidité, c'est-à-dire la vitesse ou la soudaineté avec laquelle des changements drastiques se produisent d'un jour à l'autre, d'une année à l'autre, d'une décennie à l'autre alors que la révolution suit son cours ; sa violence, qui prend la forme non seulement de la lutte des classes et de la guerre civile, mais aussi de guerres d'expansion à l'étranger ; et sa durée sur deux ou trois générations, au cours desquelles les principes sous-jacents de la révolution sont réaffirmés et restaurés face aux compromis nécessaires avec son utopisme initial, jusqu'à ce que les petits-enfants des pères fondateurs eux-mêmes reconnaissent leur dévouement à la cause de leurs grands-parents. L'évolution peut alors avoir lieu à son propre rythme, sans craindre ni la contre-révolution de la droite ni le radicalisme d'une nouvelle gauche ».

(36) Harold J. Berman, Law..., p. 23.

(37) Adolphe Franck, Réformateurs et publicistes de l'Europe, Michel Lévy Frères, Paris, 1864, p. 105.

(38) Même si cette distinction n'est pas très importante, car elle ne tarda pas à s'effacer, il existait au XIII^e siècle plusieurs types de légistes : les légistes qui siégeaient au conseil royal, au sein duquel d'autres conseillers occupaient une place privilégiée qui n'étaient pas légistes, mais dont le nombre allait diminuant au fil du temps ; les juges et les jurisconsultes, qui ne siégeaient pas au conseil royal et étaient pour la plupart les gens du Parlement ; les légistes de l'administration (Jean Favier, Les légistes et le gouvernement de Philippe le Bel. In Journal des savants, 1969, n° 2 [p. 92-108] p. 97-9).

(39) Pierre Mayer, Droit international privé, Editions Montchrestien, Paris, 1983, p. 50 ; Riccardo Saccenti, Debating Medieval Natural Law: A Survey, University of Notre Dame Press, 2016.

(40) Brian Tierney, *Natura Id Est Deus: A Case of Juristic Pantheism?* In *Journal of the History of Ideas*, vol. 24, n° 3, 1963.

(41) Yves Congar, *Église et papauté : regards historiques*, Les Editions du Cerf, 1994.

(42) *Bulletin signalétique : Sciences humaines, philosophie*, vol. 18, n° 1-2, Centre de documentation du C.N.R.S., 1964, p. 1042.

(43) Agénor Bardoux, *L'influence des légistes au moyen âge*, Auguste Durand, Paris, 1859, p. 9.

(44) *Ibid.*, p. 1.

(45) G. d'. Espinay, *De l'influence du droit canonique sur la législation française*, Toulouse, 1856, p. 217.

(46) Robert I. Burns, S. J. (éd.), *Las Siete Partidas*, vol. 1: *The Medieval Church: The World of Clerics*, traduit par S. P. Scott, University of Pennsylvania Press, Philadelphie, 2001, p. xvi.

(47) Didier Boutet, *Vers L'État de Droit : La théorie de l'état et du droit*, Editions L'Harmattan, Paris, 1991, p. 17.

(48) Norbert Rouland, *L'Etat français et le pluralisme : histoire politique des institutions politiques de 476 à 1792*, Editions Odile Jacob, 1995, p. 334.

(49) Didier Boutet, *op. cit.*

(50) Voir, par exemple, Christian Pian, *La pensée sociale de l'Église racontée à ceux qui n'en savent rien*, Les Editions de l'Atelier/Editions Ouvrières, Paris, 2013.

(51) Gérard Cornu, *Vocabulaire juridique*, Association Capitant, 8e éd., 2007, Presse Universitaire de France, coll. « Quadrige », 2007.

(52) Le Décret de Gratien (1140) identifie le « jus naturale » à la volonté divine et le définit comme un droit qui appartient à tous les peuples et à tous les êtres humains ; d'Aquin mettra en avant le caractère « intrinséciste » du droit naturel (voir Antoine Barlier, *Thomas d'Aquin et l'analogie théologico-politique du bien commun*. In *Transversalités*, vol. 3 n° 138, Institut Catholique de Paris, 2016 [p. 13-31]).

(53) Michael Bertram Crowe, *The Changing Profile of the Natural Law*, Martinus Nijhoff, La Haye, 1977, p. 82.

(54) Jean Gaudemet, *op. cit.*, p. 115 ; voir aussi Odon Lottin, *Le droit naturel chez saint Thomas d'Aquin et ses prédécesseurs*, C. Beyaert, 1931 ; Michel Villey, *Sources et portée du droit naturel chez Gratien*. In *Revue de droit Canonique*, 1954 [p. 50-65] ; Jean-Pierre Schouppe, *Le droit divin des canonistes et le droit naturel des juristes : des facteurs stabilisateurs en asymétrie*, in Philippe Gérard, François Ost et Michel Van de Kerchove (éds.), *L'Accélération du temps juridique*, Presses de l'Université Saint-Louis, Bruxelles, 2009, p. 213-53.

(55) Jacques Godechot (éd.), *Les Constitutions de la France depuis 1789*, Garnier-Flammarion, Paris, 1970 ; l'article 6 de la Constitution du 24 juin 1793 porte : « La liberté est le pouvoir qui appartient à l'homme de faire tout ce qui ne nuit pas aux droits d'autrui : elle a pour principe la nature ; pour règle la justice ; pour sauvegarde la loi ; sa limite morale est dans cette maxime : Ne fais pas à un autre ce que tu ne veux pas qu'il te soit fait » (voir aussi Florence Gauthier, Brian Tierney, *The Idea of Natural Rights. Studies on Natural Rights, Natural Law and Church Law, 1150-1625*, Michigan/Cambridge UK, Eerdmans, 1997, 380 p., Médiévales, [En Ligne], n° 57, automne 2009, consultable à l'adresse suivante : <http://journals.openedition.org/medievales/5818>, consulté le 17 février 2020 ; Thomas Fleiner-Gerster, *Théorie Générale de l'Etat*, chap. 3 : L'État et les droits de l'homme, Graduate Institute Publications, Genève, 2014, p. 87-143 ; Michel Bastit, *Loi naturelle et droit naturel au déclin du moyen âge*. In *Revue d'histoire des facultés de droit* [p. 49-62], p. 50 ; Alain Boureau, *Droit naturel et abstraction judiciaire. Hypothèses sur la nature du droit médiéval*. In *Annales. Histoire, Sciences Sociales*, 57^e année, n° 6, 2002 [p. 1463-88].

(56) Michel Coutu et Guy Rocher (sous la dir.), *La légitimité de l'Etat et du droit autour de Max Weber*, Les Presses de l'Université Laval, 2005, p. 3 et sqq. ; Claude Didry, *Durkheim et le droit, ouvertures et limites d'une découverte sociologique*, 2006, consultable à l'adresse suivante : fffalshs00178043f, consulté le 20 février 2020.

(57) Michel Foucault, *Sécurité, territoire, population : cours au Collège de France, 1977-1978*, Gallimard, 2004, p. 112. Le terme d'« administration » pour qualifier les agents et les services publics ne s'est imposé que dans les dernières années du XVIII^e siècle. « Avant cette date, c'est le mot police qui remplissait approximativement cet office, désignant l'activité réglementaire déployée par les pouvoirs publics, en vue de la tranquillité et du bonheur des peuples » (François Burdeau, *Histoire de l'administration française : du 18^e au 20^e siècle*, Montchrestien, 1994).

(58) Ibid.

(59) Voir Sid Ray, *Mother Queens and Princely Sons: Rogue Madonnas in the Age of Shakespeare*, Palgrave MacMillan, 2012, p. 8 ; Ernst Kantorowicz (*The King's Two Bodies*, 1957, p. 31) ajoute que, « inversement, dans les premiers siècles de l'ère chrétienne, l'Eglise avait adapté à ses besoins la terminologie politique impériale et le cérémonial impérial » ; « dans une certaine mesure », aurait-il dû préciser, car, pour ne prendre qu'un exemple, aucun empereur, même pas les sémites ni les africains, ne fut présenté, comme le furent les souverains anglais par les juristes anglais de la fin du « moyen âge » et de la « Renaissance », comme « uni [...] à son royaume comme un 'serviteur mystique' [...] ». »

(60) Pierre A. Riffard, *Dictionnaire de l'ésotérisme*, Payot, Coll. « Bibliothèque scientifique », Paris, 1983.

(61) Voir, au sujet du concept de sécularisation, Jean-Claude Monod, *La querelle de la sécularisation de Hegel à Blumenberg*, J. Vrin, 2002, p. 128, 136 ; id., *Sécularisation et laïcité*, Presses Universitaires de France, 2007.

(62) Voir, au sujet du messianisme terrestre et matériel dans l'Ancien testament, <https://elementsdeducationraciale.wordpress.com/2017/08/31/la-question-juive-dans-lantiquite-2/>.

(63) Voir Harold J. Berman, *The Interaction of Law and Religion*, Abingdon Press, 1974, <http://www.socialtheology.com/docs/berman-law-and-religion-000074.pdf> ; « Le magistrat [« le prince », ou encore « le dirigeant », « l'autorité »] est serviteur de Dieu pour ton bien. Mais si tu fais le mal, crains ; car ce n'est pas en vain qu'il porte l'épée, étant serviteur de Dieu pour exercer la vengeance et punir celui qui fait le mal » (Romains, 13 :4).

(64) Jacques Ellul, *Autopsie de la révolution*, Calmann-Lévy, 1969.

(65) Harold J. Berman, *Law...*, p. 16.

(66) Cité in Hubert Treiber, *État moderne et bureaucratie moderne chez Max Weber*, Trivium [En Ligne], n° 7, 2010, consultable à l'adresse suivante : <http://journals.openedition.org/trivium/3831>, consulté le 8 février 2020.

(67) Jean-Louis Halpérin, *Five Legal Revolutions Since the 17th Century*, Springer, 2014.

(68) Luca Parisoli, *Une approche volontariste du droit naturel et de la contradiction. Une façon de bâtir la notion de hiérarchie dans la pensée latine médiévale*. In *Revus. Journal for Constitutional Theory and Philosophy of Law*, n° 21, 2013 ; voir aussi Michel Villey, *La Formation de la pensée juridique moderne*, Montchrestien, Paris, 1968.

(69) « La doctrine de Kant peut être considérée comme l'expression la plus élevée et comme le dernier terme de ce grand mouvement qui dans l'époque moderne s'accomplit par la reconnaissance de plus en plus complète du principe de la personnalité subjective dans ses caractères constitutifs, la raison et la liberté. La liberté devient pour Kant le but propre du droit et à la raison incombe la mission d'en déterminer la loi, formulée comme 'l'ensemble des conditions sous lesquelles, dans le monde sensible, la volonté de chacun peut exister avec la volonté de tous selon la loi générale de la liberté'. La raison, pour établir cette loi, ne scrute pas les rapports réels et historiques des choses et des institutions, ni les principes qui s'y manifestent, mais s'interroge elle-même et établit seulement quelques maximes et formules subjectives. Le droit n'embrasse donc pas l'ordre réel objectif des choses et de leurs rapports, dont la connaissance préalable est cependant la condition nécessaire d'une bonne législation ; il est revêtu d'un caractère subjectif, formel, abstrait, et ne tient aucun compte des rapports réels, où l'homme vit et se développe dans l'ordre social et dans l'histoire. La doctrine de Kant, poussée à ses dernières conséquences par Fichte dans l'idéalisme subjectif, finit par ériger l'homme par sa raison et sa liberté en législateur de l'ordre moral, le substitue en quelque sorte à Dieu, et le place en dehors des conditions du développement historique. La même tendance s'était manifestée quelque temps auparavant en France d'une manière encore plus énergique dans la théorie de Rousseau, qui donna l'impulsion et la première direction à la révolution française » (Heinrich Ahrens, *Cours de droit naturel ou de philosophie du droit*, 6e éd., t. 1, P. A. Brockhaus, Leipzig, 1868, p. 21-2). Ce sont précisément ces doctrines qui seront mises en application par la Révolution française.

(70) Voir J. Milsand, *La Révolution et l'esprit de liberté*. In *Revue des Deux Mondes*, 2e période, t. 38, 1862 (p. 943-66).

(71) Œuvres complètes de Montesquieu, t. 4 : De l'esprit des lois, livres XI-XXI, Garnier Frères, Paris, 1877, p. 4. Dans le même ordre d'idées, Cicéron (Discours pour A. Cluentius) a dit : « nous sommes esclaves des lois afin d'être libres. »

(72) Paul W. Kahn, *The Reign of Law: Marbury V. Madison and the Construction of America*, Yale University Press, 1997, p. 70.

(73) François Châtelet, *La Révolution sans modèle*, Mouton, 1974. A cet égard, le titre du livre publié au cours de sa campagne électorale par le roquet des Rothschild actuellement en villégiature à l'Elysée avec son gang bigarré de folles cocaïnées jusqu'au fondement nécessite quelques remarques, car c'est la première fois que la « noblesse d'Etat » appelle, par l'intermédiaire d'un des siens, à la « Révolution », c'est-à-dire à la manifestation de ce qui, en principe, constitue la menace la plus grave à son mode d'existence de parasite et à sa reproduction. Il est bien entendu qu'il s'agissait d'un appel du pied à ceux qui, possédés par le démon du changement médiatisé depuis deux décennies autant que leurs ancêtres l'étaient par le mythe du progrès, attendent si fébrilement une transformation profonde et soudaine de l'ordre social et économique qu'ils ne se sont pas aperçus que, de réforme en réforme, de 49-3 en 49-3, cette transformation profonde est en cours depuis plusieurs décennies et que leur héraut, porteur de ce que le conservatisme a de plus rigide, de plus possessif, de plus poussiéreux, de plus intégriste, de plus putride, procède à « la transformation globale du pays » par le pouvoir législatif des « ordonnances » (Arnaud-Aaron Upinsk, *Macron : Le Président Ventriloque La figure du Roi et la Magie Politique*, 2e éd. Les Editions du BIEF, p. 189). N'empêche, le mot a été dit, écrit : « Révolution. » (titre du livre que ce roquet des Rothschild a publié quelques mois avant son « élection ») La « noblesse d'Etat » se sentirait-elle donc tellement inexpugnable, invincible qu'elle n'hésite pas à commettre une telle provocation, digne d'une soupeuse ? A-t-elle au contraire joué sa dernière carte en faisant élire un « révolutionnaire » à la présidence de la République ? Laissant trancher ceux qui, notamment dans les cercles nationalistes français, se sont spécialisés dans des prédictions politiques en ligne qui ne se réalisent jamais, nous nous contenterons de souligner que le fait que le domaine « giletsjaunes.com » a été déposé juste après l'investiture du roquet en question (<https://www.whois.com/whois/giletsjaunes>) tend fortement à démontrer ce qui était déjà clair pour tout observateur lucide, à savoir que, dans la plus pure tradition du machiavélisme, du moins telle qu'elle a été présentée par Leo Strauss (*Thoughts on Macchiavelli*, The University of Chicago Press, Chicago, 1958, p. 220, 258), dont les théories ont eu une profonde influence sur la « policy » des « néo-cons » (voir Ron Paul, *Foreign Policy of Freedom*, the Foundation for Rational Economics and Education, Inc., 2007, chap. 14), ce mouvement social fait partie, sans doute à l'insu de l'immense majorité de ses membres, des ennemis intérieurs qu'elle a fabriqués pour consolider encore davantage ses positions.

(74) Jean-Baptiste-Victor Coquille, *Les légistes : leur influence politique et religieuse*, Durand, 1863.

(75) Louis-Firmin-Julien Laferrière, *De l'influence du stoïcisme sur la doctrine des jurisconsultes Romains*, Paris, 1860.

(76) Jean-Baptiste-Victor Coquille, op. cit., p. 177.

(77) Ibid.

(78) Hervé Leuwers, Les avocats défenseurs des Lumières et de la liberté ? Problèmes d'analyse autour des factums, in Olivier Chaline (éd.), Les parlements et les Lumières, Pessac, Maison des sciences de l'homme d'Aquitaine, 2012, p. 213-224. Au nombre des juristes qui passèrent à l'acte, si l'on peut dire, il faut compter aussi les clercs de procureurs du Parlement de Paris et de certaines villes de province, les Basochiens, dont nous avons déjà parlé à

<https://elementsdeducationraciale.wordpress.com/2015/07/14/theatrocratie-2/>. Pour expliquer les attermoissements de Louis XVI suite à la fronde du parlement de Bretagne en 1765, « [s]ans doute faut-il prendre la mesure du poids dans l'État des cours souveraines, de leurs relations au sein même des conseils du roi avec des ministres et des conseillers d'État, souvent issus des mêmes familles, marqués par la même formation juridique et les mêmes traditions. Sans doute faut-il se souvenir de l'influence des magistrats auprès de l'opinion éclairée et de leur aptitude à agiter par ce relais les populations urbaines. Il ne s'agissait d'ailleurs pas seulement du parlement de Paris, mais de treize parlements régionaux et de quatre conseils supérieurs installés dans les provinces périphériques, de quatre cours des aides, de douze chambres des comptes et, derrière ces magistrats, de centaines de basochiens et d'avocats, dont beaucoup allaient jouer un rôle essentiel dans les événements révolutionnaires » (Pierre Deyon, L'Europe du XVIIIe siècle, 2e éd., Hachette Supérieur, 2007). De fait, les Basochiens figurent parmi les précurseurs de la Terreur (Jean-Bernard, Histoire anecdotique de la Révolution française, Paris, 1790, p. 153 et sqq.) ; Voir aussi, au sujet des « solides analogies entre les théories poéticoartistiques de la Renaissance et les doctrines techniques des juristes médiévaux », l'étude décapante d'Ernst Kantorowicz sur La souveraineté de l'artiste. Notes sur quelques maximes juridiques et les théories de l'art à la Renaissance, traduit par Jean-François Courtine et Sylvie Courtine-Denamy. In Mourir pour la patrie et autres textes, PUF, Paris, 1984 [p. 31-57]. po-et-sie.fr/wp-content/uploads/2018/08/18_1981_p3_21.pdf.

(79) Jean-Baptiste-Victor Coquille, op. cit., p. 236.

(80) Ibid., p. 7.

(81) Ibid., p. 525.

(82) Henri-Auguste-Georges du Vergier de La Rochejaquelein (Marquis de), La politique nationale et le droit des gens, E. Denru, Paris, 1860. Plus exactement, il dit : « le droit nouveau [c'est-à-dire le droit issu de la Révolution de 1789] est une révolution permanente » ; et encore emploie-t-il l'expression « droit nouveau » par antiphrase, comme le montre le passage où il parle de « ce prétendu droit nouveau » (p. 32 ; « ce prétendu droit nouveau que l'on applique à tout ce qu'il y a de plus condamnable et de plus opposé aux principes admis dans les sociétés civilisées »).

(83) Harold J. Berman, Law..., p. 1.

(84) B. Melkevik, Un regard sur la culture juridique chinoise : l'École des légistes, le confucianisme et la philosophie du droit. Les Cahiers de droit, vol. 37, n° 3, 1996 [603-27], p. 609, consultable à l'adresse suivante : <https://doi.org/10.7202/043400ar>, consulté le 20 février 2020.

(85) Harold J. Berman, *The Western Legal Tradition in a Millennial Perspective: Past and Future*, 60 *La. L. Rev.* (2000), <https://digitalcommons.law.lsu.edu/lalrev/vol60/iss3/3>, p. 763.

(86) *Ibid.*, p. 757.

(87) « Le droit soviétique n'était à proprement parler ni du droit au sens courant ni le simple paravent d'un pouvoir arbitraire, mais plutôt un droit 'de type nouveau', caractérisé par une tension structurelle entre dépérissement du droit et édification d'un droit socialiste. Sa fonction était de rendre compatible le contrôle intégral de la vie sociale par le parti et le besoin d'une régulation juridique de l'économie et de la société » (Philippe de Lara, *Prendre le droit soviétique au sérieux*. In *Revue internationale de droit comparé*, vol. 65, n° 4, 2013 [p. 879-903], qui, en annexe, discute *Law and Revolution* (c'est nous qui soulignons).

(88) Voir Béatrice Hibou, *La bureaucratisation du monde à l'ère néolibérale*, Editions La Découverte, 2012 ; voir aussi Henry Jacoby, *Die Bürokratisierung der Welt*, Campus Verlag, 1984.

(89) Parler aujourd'hui de « gros populas », comme le faisait en son temps La Boétie, serait anachronique, car, entre-temps, le « populas » a été dégrossi.

(90) La « cage de fer » est un concept sociologique forgé par Max Weber qui fait référence à la rationalisation accrue inhérente à la vie sociale, en particulier dans les sociétés capitalistes occidentales. La « cage de fer » emprisonne les individus dans des systèmes basés uniquement sur l'efficacité téléologique, le calcul rationnel et le contrôle. Le terme allemand original est « stahlhartes Gehäuse » ; rendue par « iron cage » dans la première traduction anglaise (1958) de « *Die protestantische Ethik und der Geist des Kapitalismus* », certains sociologues estiment que cette expression serait mieux traduite par « coquille dure comme le fer ».

(91) Julius Evola, *Gli Uomini e le Rovine: e Orientamenti*, 5e éd. revue, Edizioni Mediterranee, 2001, p. 185.

(92) Voir <https://elementsdeducationraciale.wordpress.com/2019/10/28/le-pouvoir-panique-3/>, en particulier note 163.

(93) *Ibid.*

(94) Sans refaire l'histoire de l'administration, il est intéressant d'en rappeler les étapes principales : la première est signalée par l'introduction dans le langage courant du terme de « bureaumanie », forgé vers 1760 par l'économiste Vincent de Gournay pour désigner une forme de gouvernement à part entière, aux côtés de la monarchie, de l'aristocratie et de la démocratie (Georges Weulersse, *Le mouvement préphysiocratique en France (1748-1755)*

Revue d'histoire économique et sociale, vol. 19, n° 3, 1931 [p. 244-272]), forme de gouvernement dont l'une des premières manifestations concrètes remonte à la création de bureaux ministériels par un règlement de 1589 (Yves Thomas, *Histoire de l'administration*, Editions La Découverte, Paris, 1995 ; Adhémar Esmein, *Cours élémentaire d'histoire du droit français : à l'usage des étudiants de première*

année, Librairie du Recueil général des lois et des arrêts, 1892, p. 442), alors que, cependant, « on gouvern[e] [toujours] avec des hommes plus qu'avec des institutions » (Michel Antoine et al., *Origines et histoire des Cabinets des ministres en France*, Droz, Genève, 1975, p. 17) ; la deuxième est constituée par le recrutement, sous la Convention, de dizaines de milliers d'employés par le Comité de Salut Public, dans le but de surveiller les ministères, dans lesquels il n'a pas confiance (voir Yves Thomas, op. cit.) ; la troisième étape est constituée par la création par Napoléon Bonaparte d'un Conseil d'Etat et d'un réseau de préfets ; la quatrième étape est constituée par l'avènement du régime parlementaire, qui renforce le pouvoir de l'administration à proportion de ce qu'il mine l'autorité du chef de l'Etat : « Heureusement, bave le philosophe et politicien Jules Simon (1814-1896) en 1890, que, pendant qu'on se chamaille au Palais-Bourbon, cinq cents chefs de bureau et cinq cents expéditionnaires gouvernent la France tant bien que mal » (cité in François Burdeau, *Histoire de l'administration française : du 18e au 20e siècle*, Montchrestien, 1994). L'essayiste Daniel Halévy (1872-1962), avec une obscénité encore plus insolente, s'en félicite en ces termes : « En arrière des mouvements de foule et d'opinion, et de ces votes parlementaires qui sont encore des mouvements de foule et d'opinion, l'administration, le fonctionnaire apparaissent [...] La France républicaine a, en réalité, deux constitutions : l'une, celle de 1875, officielle, visible, et qui occupe la presse : elle est parlementaire ; l'autre, secrète, silencieuse, celle de l'an VIII, constitution napoléonienne qui remettait aux corps administratifs la direction du pays » (cité in Frédéric Rouvillois, Olivier Dard et Christophe Boutin [sous la dir.], *Le dictionnaire du conservatisme*, Editions du Cerf, 2017). En même temps que le pouvoir politique de l'administration augmente, ses compétences juridictionnelles s'étendent, l'autonomie de la justice administrative, au sommet de laquelle trône le Conseil d'Etat, équivalent républicain de ce qu'était le Conseil du Roi, s'accroît, cependant que le pantouflage commence (Charle Christophe. *Le pantouflage en France (vers 1880-vers 1980)*. In: *Annales. Economies, sociétés, civilisations*. 42^e année, N. 5, 1987 [p. 1115-37]) et que les jeunes diplômés des « grandes écoles » (Terry Shinn, *Savoir scientifique et pouvoir social. L'École polytechnique 1794-1914*, Presses de la Fondation nationale des sciences politiques, Paris, 1980), dont le nombre passe d'une grosse demi-douzaine à la fin de l'ancien régime à une trentaine à la fin de l'Empire. Polytechniciens et donc saint-simoniens en tête (G. W. Hoart, *Religion Saint-Simonienne : L'École polytechnique et les Saint-Simoniens*, 1832), sont de plus en plus nombreux à entrer directement dans le secteur privé, les uns dans les entreprises privées, les autres dans les banques à capitaux privés, les uns encore dans l'économie sociale (mutuelles, coopératives et association), les autres encore dans les organisations non gouvernementales (dites alors « de charité »). La Première Guerre Mondiale consolide encore le pouvoir et l'influence ubiquistes de l'administration, tout en entraînant une augmentation considérable du nombre de fonctionnaires ainsi qu'une accentuation de la « rationalisation », de la diversification, de la spécialisation et de l'alourdissement de leurs tâches (« Alors qu'il n'existait que 28 directeurs dans les ministères en 1870, on en compte un siècle plus tard 337 : 61 étaient apparus sous la Troisième République ; 25 sous Vichy ; 84 sous la Quatrième ; 139 depuis 1958 », François Burdeau, op. cit.) et, dommage collatéral, un essor des services prétendument sociaux (cantines, économats, cliniques, dispensaires et, comme on ne se refuse rien chez ces gens-là, colonies de vacances à l'usage des fonctionnaires). En effet, « [c]'est désormais à l'administration qu'il incombe de fixer les prix, de répartir les biens, de réquisitionner les produits ou de réglementer le travail [...], stimuler la production industrielle » (Joseph Schmauch, *Réintégrer les départements annexés. Le gouvernement et les services d'Alsace Lorraine [1914-1919]*, Thèse de doctorat, 2016, p. 38). Ce qui

inspirera ce commentaire au juriste Michel Augé-Laribé (1876-1954) : « l'administration s'étale sur le pays comme une inondation » (cité in François Burdeau, op. cit.).

Il n'y a donc que ceux qui n'avaient pas étudié la question qui ont été surpris d'entendre un président de conseil départemental déclarer en 2017 : « Les administrations centrales ont pris le pouvoir en France [...] Elles disposent, sous couvert des lois qui renvoient toutes à un décret d'application (y compris quand ce n'est pas nécessaire), d'un authentique pouvoir normatif, pour ne pas dire un pouvoir quasi exclusif » (<https://www.lopinion.fr/edition/politique/proliferation-normes-a-tue-democratie-administrations-regnent-temps-117338>). Pas n'importe quel président de conseil départemental : un qui avait été nommé trois ans plus tôt « médiateur des normes » suite à l'annonce par le « Président de la République » de l'époque d'un « choc de simplification », « choc de simplification » qui, sans surprise, a débouché sur « un déferlement de mesures et circulaires censées simplifier les choses » (la suite de l'interview est disponible à http://autoblog.aruba.gentilsvirus.org/chouard.org_blog_comments/?page107). « Les administrations, conclut-il, règnent, comme au temps des monarchies » ; non, elles gouvernent et par des techniques autrement plus efficaces que celles dont disposaient les fonctionnaires sous l'ancien régime : le management.

Aboutissement du technocratisme industrialiste de Saint-Simon (Pierre Musso, Le temps de l'Etat-Entreprise: Berlusconi, Trump, Macron, Fayard, Paris, 2019, chap. 4 : 'Le Lointain' : La vision du monde. Religion, politique, religion industrielle ; Patrick Gilormini, Les apports de Saint-Simon à une conception de l'entreprise comme passion de l'intérêt général. 5e congrès de l'Afep "L'économie politique de l'entreprise : nouveaux enjeux, nouvelles perspectives", Association française d'économie politique, École supérieure pour le développement économique et social-Université catholique de Lyon, Sciences Po Lyon, juillet 2015, Lyon, France. 19 p., consultable à l'adresse suivante : fffhshs-01178421f, consulté le 23 février 2020 ; voir aussi Henri Jorda, Du paternalisme au managerialisme : les entreprises en quête de responsabilité sociale, In Innovations, n° 29, 2009/1 [p. 149-68] ; nous dirons plutôt : « Du maternalisme au managérialisme »), de l'utilitarisme de Jeremy Bentham (1748-1832) ainsi que des « nouvelles vues de société » et des expérimentations en matière de gestion d'entreprise (« Son expérience la plus célèbre a été le système du moniteur silencieux. Au-dessus de chaque poste de travail de machiniste il y avait un cube en bois, dont chaque face était peinte d'une couleur différente. Les directeurs d'usine évaluaient chaque jour la qualité de la production de chaque ouvrier et tournaient le cube de manière à ce que la couleur correspondant à leur travail soit visible de tous » Tim Hindle, Guide to Management Ideas and Gurus, The Economist Newspaper Ltd, 2008, p. 284 et sqq. ; <https://www.peoplescollection.wales/items/10456>) du philanthrope, entrepreneur et théoricien du socialisme et gallois Robert Owen (1771-1858) (Manuel Santos Redondo, (2000). Robert Owen, pionero del management. Universidad Complutense de Madrid, Facultad de Ciencias Económicas y Empresariales, Documentos de trabajo de la Facultad de Ciencias Económicas y Empresariales, 2000), le texte fondateur de la « science du management », publié cinq ans avant le traité d'Administration industrielle et générale (1916) de l'ingénieur civil des mines, économiste et entrepreneur Henri Fayol (1845-1921) qui a jeté les bases de ce qu'il appelait la « fonction administrative » (Annie Bartoli et Hervé Chomienne, Le développement du management dans les services publics : évolution ou révolution ? In

Informations sociales, n° 167, 2011/5 (p. 24-35]), est généralement considéré comme étant *Principles and Methods of Scientific Management* (Les Principes et méthodes de gestion scientifique) (1911) de F. W. Taylor (1856-1915) (Pierre Musso, *La barbarie managériale. Les Cahiers européens de l'imaginaire*, 2009 [p.126-134], consultable à l'adresse suivante : fffhal-00479603f, consulté le 22 février 2020), qui affirme que la conception scientifique des environnements de travail, y compris les systèmes de rémunération et les mesures d'incitation, peuvent radicalement augmenter la productivité d'un individu et réduire les coûts.

Robert Owen peut être tenu pour le précurseur du management scientifique et donc de l'ingénierie sociale parce qu'il « combina l'idée [descartienne] que les humains étaient des machines avec l'empirisme de Locke. Il disait que les travailleurs étaient des 'machines vitales' qui avaient besoin d'autant de soins et d'attention que les 'machines inanimées' d'une usine et que 'les enfants sont, sans exception, des composés passifs et merveilleusement conçus, qui, par une préparation adéquate et une grande attention, fondées sur une connaissance correcte du sujet, peuvent être formés collectivement de façon à présenter n'importe quel caractère humain » (Owen, 1813). Par conséquent, une nouvelle société utopique 'peut être organisée, sur la base d'une combinaison appropriée des principes précédemment énoncés, de manière à retirer du monde non seulement le vice, la pauvreté et, dans une large mesure, la misère, mais aussi à placer chaque individu dans des circonstances où il jouira d'un bonheur plus permanent que celui qui peut être donné à tout individu en vertu des principes qui ont jusqu'à présent régi la société' (Owen, 1813). Son idée était de faire de New Lanark [le village d'Ecosse où il avait implanté ses manufactures] une communauté d'ingénieurs plutôt qu'une simple usine. Il ouvrit une école [...], un musée, un music-hall et une salle de bal (le premier lieu de rencontre au tournant du siècle ; voir *Orgueil et préjugés* de Jane Austen). Pour Owen, un employeur bienveillant se souciait du bonheur de ses travailleurs et pas seulement de leur productivité. Néanmoins, il attendait de travailleurs heureux qu'ils 'puissent être facilement formés et dirigés pour procurer [à leur employeur] une forte augmentation des gains pécuniaires' (R. Owen, 1813) » (Thomas Hardy Leahey, *A History of Psychology: From Antiquity to Modernity*, p. 180-1).

Comme la plupart des réformateurs sociaux du XIXe siècle

(<https://elementsdeducationraciale.wordpress.com/2019/01/31/le-pouvoir-panique/>) (voir aussi Julian Strube, *Socialist Religion and the Emergence of Occultism: A Genealogical Approach to Socialism and Secularization in 19th-Century France*. In *Religion*, vol. 46, n° 3, mars 2016 [p. 1-30]), Owen baignait dans une « solution occulte » : agnostique jusqu'à ses 83 ans, il fut converti au spiritisme en 1854 par le médium états-unien Maria B. Hayden, la première personne à tenir des séances de spiritisme (rappelons qu'on parle aussi de séances de l'Assemblée, de séances de la Chambre, de séances du Parlement, de séances du conseil d'État, de séances du conseil municipal, de séances d'un tribunal) en Grande-Bretagne et dont le salon était fréquenté par la crème de la noblesse britannique (S. B. Brittan, *Brittan's Journal of Spiritual Science, Literature, Art and Inspiration*, vol. 1, n° 1, New York, 1873, p. 265). Owen fit profession publique de sa nouvelle foi dans *The Rational Quarterly Review*, un de ses quatre journaux et dans *The Future of the Human Race ; or great glorious and future revolution to be effected through the agency of departed spirits of good and superior men and women*, manifeste qu'il publia en 1853 (Lewis Spence, *Encyclopedia of Occultism and Parapsychology*, Kessinger Publishing Company, 2003, p. 679).

Owen prétendit avoir eu des contacts médiumniques avec les esprits de Benjamin Franklin, de Thomas Jefferson et d'autres (voir, au sujet des expériences spirites des plus célèbres scientifiques anglo-saxons du XIXe siècle, <https://elementsdeducationraciale.wordpress.com/2019/04/25/marshall-mcluhan/>). Il expliqua que le but de ces communications était « de préparer le monde [plongé dans la désunion, la fausseté et la misère] à la paix universelle et d'insuffler à tous l'esprit de charité, de tolérance et d'amour » (Frank Podmore. Robert Owen: A Biography, vol. 2, D. Appleton and Company, New York, 1907, p. 604–5 ; dès 1816, il disait attendre l'avènement du "règne de l'amour universel" ; l'année suivante, il prêchait sa propre « Nouvelle Religion », fondée sur « l'idéal de la charité », Gregory Claeys, A Tale of Two Cities: Robert Owen and the Search for Utopia, 1815–17, in J. C. Davis et Miguel Avilés, (sous al dir.), Utopian Moments: Reading Utopian Texts, p. 102). Selon la Spiritualists' National Union, association spirite britannique fondée en 1901, Les Sept principes du spiritisme, son texte de référence, a été dicté par Owen en 1871, c'est-à-dire treize ans après sa mort, au médium Emma Hardinge Britten (Raymond Buckland, The Spirit Book: The Encyclopedia of Clairvoyance, Channeling, and Spirit Communication, Visible Ink Press, Detroit, 2005, p. 390).

Venues en quelque sorte d'outre-tombe, « [l]es idées d'Owen anticipaient le mouvement des relations humaines dans le commerce et l'industrie ». Voir l'exposé sur l'Origine et Fondements de l'école des relations humaines (Thomas Hardy Leahey, A History of Psychology: From Antiquity to Modernity, p. 181 ; <https://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:Lf3SWIqAYSIIJ:https://d1n7iqsz6ob2ad.cloudfront.net/document/pdf/537f09447dd52.pdf+&cd=1&hl=fr&ct=clnk&gl=fr>). Le « mouvement des relations humaines » est né des expériences en entreprise menées par le psychologue et sociologue australien Elton Mayo (1880–1949) dans les années 1920 et a lui-même donné naissance à la « gestion du personnel », récemment rebaptisée « gestion des ressources humaines ». De ces expériences il a déduit l'importance du climat psychologique qui règne dans une entreprise sur le comportement des travailleurs. Soi-disant en réaction aux excès du Taylorisme, le « mouvement des relations humaines » en est ainsi venu à préconiser que les managers devaient accorder plus d'attention aux besoins humains des employés. Les lieux de travail contenaient des « groupes naturels » et les performances sur le lieu de travail reposaient autant sur la satisfaction liée à l'appartenance à ces groupes que sur les récompenses et les sanctions prévues par l'organisation formelle. Les techniques de gestion privilégiées dans cette perspective étaient notamment des structures plus uniformes, une plus grande coopération et une plus grande implication des employés. A la fin du XXe siècle, le gestionnalisme combinait la gestion scientifique avec l'étude du comportement des personnes au travail (« human relations approach »), en mettant l'accent sur les aspects de la gestion liés à l'obtention du meilleur rendement par l'utilisation des moindres ressources et à l'efficacité ainsi que sur des « compétences non techniques » telles que la négociation, la communication, le travail en réseau et la gestion du stress. Nous en étions là, lorsqu'un abruti du nom de William Deming (1900–1993), statisticien et consultant en gestion dont les travaux ont eu, paraît-il, un grand impact sur l'industrie manufacturière japonaise, à moins que ce soit l'industrie manufacturière japonaise qui ait eu une profonde influence sur ce cerveau malade, a sorti de son chapeau le « TQM » : « La gestion de la qualité totale (GQT) est le processus continu permettant de détecter et de réduire ou d'éliminer les erreurs de fabrication, de rationaliser la gestion de la chaîne d'approvisionnement, d'améliorer l'expérience du client et de s'assurer que les employés sont au fait

des formations. La gestion de la qualité totale vise à tenir toutes les parties qui sont partie intégrante du processus de production responsables de la qualité globale du produit ou du service final. » Le GQT fait écho à certaines lubies de l'école des relations humaines, « en cherchant à faire prendre conscience (« internalize ») à tous les travailleurs qu'ils sont responsables du contrôle de la qualité par le biais du travail d'équipe et que ce n'est pas quelque chose qui doit être imposé par le contrôle et l'inspection » (Martin Painter, *Managerialism and Models of Management*, in Tom Christensen et Per Lægrevik [éds], *The Ashgate Research Companion to New Public Management*, Routledge, 2011). Pour couronner le tout, La doctrine du New Public Management (NPM) a incubé dans les années 1980. Le NPM comporte sept points (Florence Gangloff, *Le nouveau management public et la bureaucratie professionnelle. La place de la dimension européenne dans la Comptabilité Contrôle Audit*, mai 2009, Strasbourg) : « la décomposition du secteur public en unités stratégiques organisées par produit, 'manageables' ; l'introduction d'une compétition entre organisations publiques mais aussi entre organisations publiques et privées ; une plus grande utilisation des techniques managériales issues du secteur privé ; une utilisation des ressources plus disciplinée et parcimonieuse et une recherche active de moyens alternatifs de production à moindre coût ; un mouvement vers un contrôle des organisations publiques par des managers visibles exerçant un pouvoir discrétionnaire ; un mouvement vers l'adoption de standards de performance plus explicites et mesurables (ou plus contrôlables), la mise en avant de la mesure du résultat (notamment en terme de rémunération des performances). Parmi les plus importants changements intervenus dans les organisations publiques, de nouvelles dispositions concernant la comptabilité et la mesure de l'efficacité, la 'markétisation' avec notamment, le recours systématique aux appels d'offre font leur apparition. Ainsi, certaines activités hospitalières comme la restauration sont réalisées par des entreprises privées prestataires de services. Le recours à la sous-traitance devient un mode de fonctionnement quasi-obligatoire ». Le NPM a ainsi réussi à imposer, au nom (de la recherche) d'une rationalité et d'une efficacité toujours plus extrêmes, l'application des pratiques de la gestion d'entreprise à l'administration dite « publique », d'où elles se répandent à toutes les sphères de la vie sociale (associations, partis politiques, syndicats, établissements d'enseignement, santé, sports, etc., sans compter les agences, les instituts, les observatoires, les autorités administratives indépendantes, les sociétés nationales, les établissements autonomes, les entités non qualifiées dites informelles et sans oublier les institutions spécialisées dans le travail d'évaluation, de notation, de contrôle, qui existaient déjà à l'état embryonnaire sous l'Ancien Régime.

Le virus néo-managérialiste s'est propagé en France dès les années 1980 ; il y est aujourd'hui, comme dans les autres pays économiquement développés, pandémique (Marie-Laure Djelic. L'arrivée du management en France : un retour historique sur les liens entre managérialisme et Etat. In *Politiques et management public*, vol. 22, n° 2, 2004. Une génération de réformes en management public : et après ? Actes du treizième colloque international – Strasbourg, jeudi 24 et vendredi 25 novembre 2003, t. 1. [p. 1-17] ; voir aussi Christophe Nosbonne, *Le tournant managérial dans le secteur public européen : quelles conséquences sur l'action publique ?* La nouvelle revue du travail [En ligne], 2, 2013, consultable à l'adresse suivante : <http://journals.openedition.org/nrt/962>, consulté le 10 février 2020).

Psychologie appliquée, psychologie asiatique, génétique comportementale, psychologie biologique, neuropsychologie clinique, psychologie cognitive, psychologie criminelle, psychologie culturelle,

psychologie du développement, psychologie différentielle, psychologie expérimentale,, psychologie de groupe, psychologie mathématique, psychologie médicale, psychologie de la personnalité, psychologie positive, psychopharmacologie, psychologie quantitative, psychologie sociale, psychologie transpersonnelle, il n'est pas difficile de reconnaître la griffe de toutes ces sciences et d'autre s encore dans le « tissu de fictions » qu'est le discours managérial et dans « la construction au service d'individus fictifs » qu'est la pratique managériale (Le discours managérial : une construction au service d'individus fictifs, 08/10/2018, <https://cybernetique.hypotheses.org/date/2018/10>). Le managérialisme trouve ses racines dans les sciences occultes à travers elles, dont la source n'est ni plus ni moins que la métapsychie.

« La métapsychie ou métapsychique est la version française de ce qui est couramment appelée aujourd'hui la parapsychologie. Le terme a été proposé en 1905 par le physiologiste Charles Richet pour désigner : 'La science qui a pour objet des phénomènes, mécaniques ou psychologiques, dus à des forces qui semblent intelligentes ou à des puissances inconnues latentes dans l'intelligence humaine'. Comme l'a montré l'historienne Régine Plas, ces phénomènes dits 'psychiques' font partie des premiers objets de la psychologie. A l'instar de nombre de ses collègues, [Henry] Piéron effectue au début de sa carrière des recherches sur les 'phénomènes télépathiques', en l'occurrence des expériences de communications à distance avec Nicolas Vaschide, expliquées par un 'parallélisme intellectuel'. Il tiendra à partir de 1905 une rubrique 'Métapsychie' dans L'Année psychologique, exerçant son esprit critique pour repousser – et parfois pour encourager – ces recherches. En toile de fond de cette rubrique se pose la question de la place de la métapsychie dans le champ de la psychologie, que Piéron contribue alors à institutionnaliser et professionnaliser. L'écart qui se creuse implique, de la part des psychologues, de bien délimiter la frontière entre les deux, rôle qu'occupera particulièrement Piéron. En 1922, il participera ainsi à des commissions analysant, dans son laboratoire de la Sorbonne, les phénomènes physiques produits par des médiums. Piéron fait preuve d'ouverture face à ce qui se présente comme de nouveaux exemples d'objectivation physiologique de l'activité psychique, mais il ne constatera rien de probant et suspectera des fraudes. Ses interventions ont participé à l'émancipation/évacuation de la métapsychique, ce qui profita en retour à la reconnaissance accrue de la scientificité de la psychologie » (La contribution d'Henri Piéron à l'édification de la psychologie scientifique et de l'orientation professionnelle. Colloque international en hommage à Henri Piéron (1881-1964) à l'occasion du cinquantenaire de sa disparition, http://inetop.cnam.fr/medias/fichier/brochure-colloque-pieron_1412015228812-pdf ; Nicolas Marmin, Métapsychique et psychologie en France (1880-1940). In Revue d'Histoire des Sciences Humaines, n° 4, 2001/1 [p. 14-71]). La psychologie, en France, ne renie pas encore ses origines : par exemple, le médecin et psychiatre Edgar Berillon (1859-1948), pionnier de l'hypnotisme avant la Seconde Guerre mondiale, collabore à la Revue de l'hypnotisme et de la psychologie physiologique (1888-1910) (voir Juliette Courmont, L'odeur de l'ennemi [1914-1918], Armand Colin, Paris, 2010 ; en 1937, L'Année Psychologique dédiée dans son volume 38 (1837), rend hommage à d'Eugène Osty (1874-1938), directeur de l'Institut des sciences métapsychiques (Jacqueline Carroy, Annick Ohayon et Régine Plas, Histoire de la psychologie en France, Editions La Découverte, 2006, qui relate la présence, dans les couloirs du métro parisien dans les années 1930, de publicités de ce genre : « Vous êtes un mort vivant si [...] vous n'êtes pas susceptible de sentir et de comprendre que la métapsychique domine la vie intellectuelle et a fortiori la vie physique. »)

Aux Etats-Unis, « [à] la fin du XIXe siècle, des chercheurs en psychologie tels que Frederic et Arthur Myers, Edmund Gurney, Julian Ochorowicz, Charles Richet, Max Dessoir, Albert von Schrenck-Notzing, Richard Hodgson et Henry et Eleanor Sidgwick ont participé activement à la création de la science psychologique. Les chercheurs en psychologie ont initié et organisé les congrès internationaux de psychologie physiologique/expérimentale et ils ont été à l'origine d'innovations méthodologiques telles que les plans d'étude randomisés. Ils ont contribué à d'importantes découvertes empiriques en menant les premières expériences sur la psychologie des témoignages oculaires et en réalisant des études empiriques et conceptuelles éclairantes sur les mécanismes de dissociation et d'hypnotisme et des expériences et des enquêtes à grande échelle qui ont montré que la dissociation et les hallucinations n'étaient pas des phénomènes intrinsèquement pathologiques » (Hugo Münsterberg, William James et Eusapia Palladin, *Psychical research and the origins of American psychology, History of the Human Sciences*, vol. 25, n° 2, 2012 [p. 23–44]) ; le fondateur même de la psychologie académique aux Etats-Unis, William James (1842-1910), se considérait comme un chercheur en sciences psychiques et cherchait à intégrer l'étude scientifique de la médiumnité, de la télépathie et d'autres sujets controversés dans la discipline naissante » (il est vrai qu'il était le fils du théologien Henry James Sr., un disciple de Swedenborg (Gérard Deledalle, *La philosophie américaine*, p. 43 ; Joseph Hart, *Modern Eclectic Therapy: A Functional Orientation to Counseling and Psychotherapy*, Plenum Press, New York et Londres, 2012, p. 29 et sqq.). « Bien qu'elles aient eu pour objectif de vérifier les affirmations controversées de la télépathie, de la voyance et de la survie post- mortel, ces contributions ont enrichi les premières connaissances psychologiques, indépendamment du débat, toujours passionné, sur les phénomènes 'surnaturels' » (Hugo Münsterberg, op. cit. ; voir aussi M. Hale, *Human science and social order: Hugo Münsterberg and the origins of applied psychology*, Temple University Press, Philadelphia, PA, 1980). Quoi qu'il en soit, « Les chercheurs en parapsychologie ont contribué à notre connaissance des automatismes. De même, les premiers travaux de Charles Richet et d'autres chercheurs sur la perception extra-sensorielle ont contribué au développement de techniques statistiques et de procédures de randomisation en psychologie [...] une bonne partie des études psychologiques modernes sur les expériences extracorporelles ont été réalisées par des chercheurs travaillant dans le contexte de la parapsychologie et publiées dans des revues de parapsychologie » (C. S. Alvarado, *Historical writings on parapsychology and its contribution to psychology*. Parapsychology Foundation, NY Lyceum, 2003: <http://www.pflyceum.org/85.html>). Dans *The Discovery of the Unconscious* (1970), Henri F. Ellenberger démontre le lien de continuité entre les exorcistes, les magnétiseurs, les hypnotiseurs, les conceptions, toutes plus ou moins matinales d'ésotérisme et d'occultisme (voir, au sujet de l'intérêt des premiers psychanalystes pour l'occultisme et l'ésotérisme, Roderick Main : *Psychology and the Occult : Dialectics of Disenchantment and Re-Enchantment in the Modern Self*, in Christopher Partridge [éd.], *The Occult World*, Routledge, New York, 2015, p. 732–43) de Janet, de Freud, d'Adler et de Jung relatives aux structures de la vie psychique consciente et inconsciente, conceptions qui ont elles-mêmes été déterminantes dans le développement des techniques de propagande dans le sens de manipulation mentale (« brainwashing ») ou « fabrique du consentement » au cours du XIXe siècle (David Colon, *Propagande. La manipulation de masse dans le monde contemporain*, Belin Editeur/Humensis, 2019). Leurs applications sont non seulement militaires (projet MK-Ultra), commerciales et publicitaires, mais aussi managériales (Georges Masclet, *La Dimension psychologique du management : Méthodologies*

pour l'étude des organisations, Presses Universitaires du Septentrion, 2000) : LaVey les a exposées mieux que quiconque dans « The Satanic Witch » (2003).

(95) Nous n'affirmons pas qu'ils sont les seuls parasites, pas plus que nous ne nions que certains d'entre eux puissent ne pas en être ; nous affirmons simplement que, comme ont intérêt à le savoir, entre autres, ceux qui se présentent au concours d'adjoint administratif d'Etat, s'ils veulent avoir quelque chance d'entrer dans la « noblesse d'Etat », beaucoup, qui semblent s'être « faits eux-mêmes » et subvenir à leurs propres besoins, vivent en réalité – grassement – des subventions d'Etat.

Notes à l'introduction

(1) Ce mouvement est généralement appelé « réforme grégorienne » plutôt que « réforme » ; cependant, le mot de « réforme » est une traduction du terme latin original reformatio, qui, dans d'autres contextes, est presque invariablement traduit par « réforme ».

(2) Voir, pour une discussion de cette affirmation imprudente, Lisa Watanabe, The Possible Contribution of Islamic Legal Institutions to the Emergence of a Rule of Law and the Modern State in Europe, in Nayef R.F. Al-Rodhan, The Role of the Arab-Islamic World in the Rise of the West: Implications for Contemporary Trans-Cultural Relations, Palgrave MacMillan, New York, 2012, qui fait remonter, par exemple, le procès devant jury, institué sous Henri II (1133- 1189) au laïf (« Le laïf est la deuxième catégorie de preuve par témoins ordinaires », Revue du Maghreb, 3e année, n°9, 1939, p. 6, <http://bnm.bnrm.ma:86/ClientBin/images/book853663/doc.pdf>) et la procédure de la « nouvelle desaisine » (« novel disseisin ») (action possessoire que tout propriétaire « peut intenter pour récupérer une terre... qui a été prise par un autre », Bruno de Loynes de Fumichon, Introduction au droit comparé, Comparative Law Journal of the pacific/ Journal de Droit Comparé du Pacifique, Coll. « Ex Professo », vol. 3, 2013, p. 144), instituée vers 1160 (Peri J. Bearman, Wolfhart Heinrichs et Bernard G. Weiss, The Law Applied: Contextualizing the Islamic Shari'a, I.B. Tauris, 2008) au istihqaq, plutôt qu'au droit canon ou au droit romain (Richard Potz, Islam and Islamic Law in European Legal History, 21 novembre 2011 <http://ieg-ego.eu/en/threads/models-and-stereotypes/from-the-turkish-menace-to-orientalism/richard-potz-islam-and-islamic-law-in-european-legal-history#IslamasanExternalFactorinEuropeanLegalHistory> ; Marcel A. Boisard, On the Probable Influence of Islam on Western Public and International Law, International Journal of Middle East Studies, vol. 11, n° 4, juillet, 1980 [p. 429-50]).

Similairement, il est très imprudent d'affirmer que, dans tous les cas, « [l]es formules [au « moyen âge] étaient les mêmes [que celles qui avaient cours dans l'antiquité], mais [que] leurs significations étaient très différentes ».

Ces exagérations imprudentes s'expliquent par la nécessité dans laquelle se trouve l'auteur de bétonner sa thèse, qui est, répétons-le, que la « tradition juridique occidentale » est née au « moyen âge » et pas avant ; qu'elle est totalement et purement autochtone [N. d. E.]

(3) Lon L. Fuller, *The Morality of Law*, 2e éd., New Haven, Conn., 1964, p. 106.

(4) Robert A. Nisbet, *Social Change and History*, New York, 1969, p. 1. Dans cet ouvrage, Nisbet attaque l'application de ces métaphores au changement social ; cependant, il ne traite pas de leur application à la conscience ou à l'idéologie d'une société dans laquelle le changement social est considéré par ceux qui le vivent comme ayant un caractère de croissance ou de développement. Dans un travail ultérieur, il accepte ces métaphores dans la mesure où elles ne sont pas employées au sens fort (voir son *History of the Idea of Progress*, New York, 1980).

(5) Sir Frederick Pollock and Frederic William Maitland, *The History of English Law*, 2e éd., 1898 (réimpr. : Cambridge, 1968), vol. 2, p. 561.

(6) L'« action en dommages-intérêts pour trouble de jouissance » était un remède contre le préjudice causé « directement » par l'acte délictueux du défendeur ; l'« action sur le cas », apparue plus tard, était un remède contre les dommages causés « indirectement », y compris les dommages causés par la négligence et l'exécution négligente d'un accord (voir, en général, Albert K. Kiralfy, *The Action on the Case*, Londres, 1951).

(7) « L'idée d'un corps de loi ecclésiastique, dont le contenu pouvait être identifié et l'autorité était contraignante, était déjà contemplée par l'apôtre Paul dans ses épîtres aux Romains et aux Galates » (Wilfried Hartmann et Kenneth Pennington [éds.], *The History of Byzantine and Eastern Canon Law to 1500*, The Catholic University of America Press, Washington, D.C., 2012, p. 2) [N. d. E.]

(8) Au début du XXe siècle, l'historien et sociologue du droit allemand Max Weber a confirmé le fait que l'Occident a élaboré une méthode de pensée juridique qui ne se retrouve dans aucune autre civilisation (voir Max Rheinstein [éd.], *Max Weber on Law in Economy and Society*, Cambridge, Mass., 1966, p. 304-5). Cependant, il n'a identifié cette méthode que par une de ses qualités, qu'il a appelée « rationalité formelle ». C'était essentiellement la méthode des juristes du XIXe siècle, surtout en Allemagne (mais pas, selon Weber, en Angleterre), qui se préoccupaient de construire une structure logiquement cohérente de règles juridiques abstraites, en fonction de laquelle les faits essentiels d'un cas ou d'un problème juridique donné seraient identifiés et le cas ou le problème serait résolu. La méthode a été appelée par ses opposants du XIXe siècle « conceptualisme » (*Begriffsjurisprudenz*).

Max Rheinstein suggère que Weber s'est efforcé, dans sa *Sociologie du droit*, de déterminer si le raisonnement juridique ainsi conçu était une cause ou un effet de la montée du capitalisme. Rheinstein lui-même a déclaré que la méthode était caractéristique du droit civil européen, par opposition à la *Common Law* anglaise « telle qu'elle a été développée à partir du XIIe siècle dans les universités d'Italie, puis de France, de Hollande et d'Allemagne » (Max Weber, op. cit., p. 11). Pourtant, il suffit de lire la littérature juridique des XIIe et XIIIe siècles, qu'il s'agisse du droit romain (droit civil) et du droit canonique ou du droit royal, du droit féodal ou du droit urbain, que ce soit en Italie ou en France, en Angleterre ou en Sicile ou ailleurs en Europe occidentale, pour savoir que le conceptualisme au sens du XIXe siècle n'a joué qu'un rôle relativement mineur dans le raisonnement juridique des XIIe et XIIIe siècles. Dans tous les systèmes juridiques de l'époque, l'accent était également mis sur l'élaboration de règles et de concepts à partir de cas, ce qui est considéré à juste titre par Rheinstein et d'autres comme

une méthode de raisonnement essentielle dans la tradition de la Common law anglaise. Les décrets papaux, par exemple, qui ont été une source majeure du droit canonique au XII^e siècle et par la suite, étaient essentiellement des décisions rendues par la cour papale. En outre, diverses méthodes dialectiques ont été mises au point pour concilier des autorités apparemment contradictoires, y compris la mise en évidence des ambiguïtés des auteurs et l'évaluation du prestige de ces auteurs. Par-dessus tout, l'intégration des systèmes juridiques a été accomplie par l'idée, apparemment inventée par Gratien, de hiérarchie des sources du droit : dans les toutes premières lignes de sa Concordance des canons discordants, écrite vers 1140, Gratien dit que, en cas de conflit, la coutume doit céder le pas à la promulgation, la promulgation doit céder le pas à la loi naturelle et la loi naturelle doit céder le pas à la loi divine. Cela signifiait que les coutumes, qui étaient de loin la forme de droit la plus répandue à l'époque, devaient être évaluées du point de vue de la raison et que, si elles étaient jugées déraisonnables, elles devaient être rejetées. Il ne s'agissait guère de « rationalité formelle » ou de « formalisme logique » au sens weberien du terme. Pourtant, cela a servi de base à l'intégration des différents systèmes juridiques dans des « corps » de lois en développement – qui n'étaient pas seulement des règles mais aussi des principes et des normes ainsi que des procédures et des décisions. Plus généralement, la classification par Weber de tous les systèmes juridiques en trois grands types – Rationnel, Traditionnel et Charismatique – est suggestive d'un point de vue philosophique, mais trompeuse d'un point de vue historique et sociologique, puisque les systèmes juridiques occidentaux et la tradition juridique occidentale dans son ensemble combinent les trois types. Il se peut qu'une telle combinaison soit nécessaire pour une intégration efficace du droit dans une unité organique – un « corps » juridique conçu pour avoir la capacité de croître continuellement. Ces questions sont examinées plus en détail dans le dernier chapitre de cet ouvrage.

(9) Voir C. K. Allen, *Law in the Making*, 7^e éd., Clarendon Press, Oxford, 1964, p. 65-6.

(10) Berman soutient que ce sont « les cyniques qui pensent que le droit n'est que la volonté du plus fort » (cynisme mis à part, c'est aussi le point de vue de Thrasymaque dans le Livre I de *La République* [I, 338e1-6]). Beaucoup plus juste est le point de vue selon lequel « la loi est la protection des faibles (<https://www.youtube.com/watch?v=c5Scb2zF6-Q>, 48:54), à ceci près qu'il n'est guère cohérent de se féliciter, comme le fait ce financier, entrepreneur et essayiste français, qu'il en soit ainsi, tout en vilipendant, comme il le fait, cette fois, à raison, non seulement l'Etat-providence et le parasitisme social qui en découle (<https://institutdeslibertes.org/charles-gave-letat-vous-met-en-esclavage-par-tv-libertes/>), mais aussi les parasites sociaux eux-mêmes (tout particulièrement les membres de la classe politicarde et les fonctionnaires, pour lesquels il réserve habituellement ses foudres, alors que leurs poches, aussi larges soient-elles, ne sont pas suffisamment profondes pour engouffrer les dizaines de milliards d'Euros d'aides sociales qui, dans le cadre de l'achat de la paix sociale, sont indûment perçues tous les ans dans ce pays selon des chiffres qui, étant officiels, sont par définition faux – inutile de dire que les autorités administratives et le gouverne[ma]ment ont tout intérêt à les minimiser, à la fois pour ne pas offusquer et frustrer ceux qui ne font pas partie des « heureux élus » et pour ne pas attirer l'attention sur leur complicité, notamment dans des affaires telles que celle des deux millions, toujours selon les chiffres officiels, de faux numéros de sécurité sociale attribués à des personnes nées à l'étranger). Pour être cohérent à cet égard, il faut d'abord reconnaître que les parasites du haut et les

parasites du bas sont interdépendants et ensuite s'interroger sur la nature des relations qu'ils entretiennent.

Il faut se faire une raison : la protection des faibles est au détriment des forts : « la fameuse 'Lutte pour la Vie' se termine malheureusement d'une façon contraire à celle que désirerait l'école de Darwin [...] : je veux dire au détriment des forts, des privilégiés, des exceptions heureuses. Les espèces ne croissent point dans la perfection : les faibles finissent toujours par se rendre maîtres des forts — c'est parce qu'ils ont le grand nombre, ils sont aussi plus rusés... Darwin a oublié l'esprit [...] » (Friedrich Nietzsche, *Le Crépuscule des idoles, Le Cas Wagner, Nietzsche contre Wagner, L'Antéchrist, Œuvres complètes de Frédéric Nietzsche*, vol. 12, traduit par Henri Albert, Mercure de France, Paris, 1908, p. 184). « La sélection naturelle s'accomplit au détriment des forts, parce qu'elle favorise la quantité du pouvoir contre la qualité de la puissance », glosent très justement Alfred Weber et Denis Huisman (*Histoire de la philosophie européenne : Tableau de la philosophie contemporaine, de 1850 à nos jours*, Editions Fischbacher, 1967, p. 228). Qui donc peut protéger les faibles ? Les forts ? Certainement pas, car, non seulement une telle tendance n'est pas dans la nature des forts, mais ils savent que la protection des faibles signifie fatalement leur propre affaiblissement et, à plus ou moins long terme, disparition.

Qui donc a tout intérêt et est prédisposé à protéger les faibles ?

Les faibles eux-mêmes.

Il s'en suit que la loi (naturelle), « protection des faibles », est faite et ne peut être faite que par les faibles. Le droit (naturel), pour en revenir à Berman, n'est pas « la volonté du plus fort », mais, tout au contraire, la volonté des faibles. Ceux qui ont fait l'Etat (moderne), ce sont des juristes, des gratte-papier — et non des guerriers. [D. d. E.]

(11) L'auteur, qui est favorable à la constitution d'une « tradition juridique internationale », ne pouvait faire à moins que d'être farouchement opposé au nationalisme et, pour commencer, d'être aveugle à l'existence de deux nationalismes antithétiques, celui qui constitue « un phénomène de dégénérescence, car il exprime une régression de l'individu dans le collectif (la 'nation'), de l'intellectualité dans le vitalisme (le pathos et l' 'âme' de la race) » et celui qui constitue « un phénomène positif, car il exprime au contraire une réaction contre des formes de collectivisation encore plus larges telles que, par exemple, celles que présentent les Internationales prolétariennes ou la standardisation utilitariste d'inspiration économique-sociale (Amérique). Le premier (le nationalisme démagogique) vise à détruire les qualités propres et spécifiques des individus au profit des qualités 'nationales'. Dans le second (le nationalisme aristocratique), il s'agit de tirer les individus de l'état inférieur où ils sont tombés et où ils sont égaux les uns aux autres : il s'agit de les différencier au moins jusqu'à ce que le sentiment d'être d'une race ou d'une nation déterminée exprime une valeur et une dignité supérieures au sentiment d'égalité (égalitarisme et fraternalisme, 'humanité' au sens communiste) » (Julius Evola, *Universalità imperiale e particolarismo nazionalistico*, La Vita Italiana, avril 1931) [N. d. E.]

(12) F. W. Maitland, *Why the History of English Law is Not Written*, in H. A. L. Fisher (éd.), *Collected Legal Papers of Frederic William Maitland*, Cambridge, 1911, vol. 1, p. 488.

(13) Lorsque, le 30 janvier 1649, l'Angleterre devint une république, la chambre des Communes, sous le nom de Parlement, fit graver un grand sceau, avec cette légende : « L'an premier de la liberté restaurée [par la bénédiction de Dieu] » et les sceaux suivants furent identifiés comme ayant été émis en l'an premier, deux, trois, etc., de la « liberté restaurée » (voir A. and B. Wyon, *The Great Seals*, Londres, 1887), p. 36 et, pour une discussion, Eugen Rosenstock-Huessy, *Out of Revolution: The Autobiography of Western Man*, New York, 1938, p. 300, 761.

(14) Que le nom de Glorieuse révolution ait eu la connotation d'un retour à un état antérieur ressort des immenses efforts que ont été faits pour préserver la continuité avec les mesures parlementaires qui avaient été prises depuis 1640. Parce que le parlement n'était pas en session en novembre 1688, lorsque Guillaume d'Orange et sa femme Mary ont été amenés en Angleterre pour remplacer Jacques II, il a été jugé nécessaire de convoquer en session tous ceux qui avaient siégé au dernier parlement. Par ailleurs, on a réclamé à cor et à cri le remplacement du grand sceau que Jacques avait emporté avec lui et jeté avec colère dans la Tamise pendant sa fuite. Tout devait être à nouveau comme avant, sinon ce n'était pas une « révolution ».

(15) Le président John F. Kennedy, dans son livre *Strategy of Peace*, a énuméré sept « révolutions » pacifiques qui « secouent notre nation et notre monde ». Il s'agit de la révolution démographique, de la révolution agricole, de la révolution technologique et énergétique, de la révolution du niveau de vie, de la révolution de l'armement, dans les nations sous-développées et du nationalisme. En 1964, la commission ad hoc sur la Triple Révolution a présenté au président Johnson une déclaration sur la révolution cybernétique, la révolution de l'armement et la révolution des droits de l'homme. De nombreuses autres « révolutions » sont citées dans A. T. van Leeuwen, *Development through Revolution*, New York, 1970, chap. 2. Selon van Leeuwen (p. 32), le manque de clarté dans l'utilisation de l'expression « est un phénomène caractéristique en soi ». Son transfert de la sphère politique a commencé en 1884 avec la création par un historien anglais du terme « révolution industrielle » sur le modèle de celui de « Révolution française » : il fallait inventer un événement parallèle à la Révolution française de 1789 dans l'histoire britannique (voir Arnold Toynbee, *Lectures on the Industrial Revolution of the Eighteenth Century in England*, Londres, 1884). Il se peut que l'application des termes de « révolution » et de « révolutionnaire » à toutes sortes de choses depuis la fin de la Seconde Guerre mondiale, y compris aux articles de consommation les plus ordinaires (« révolution dans la bonneterie », « révolution dans les déodorants »), soit également une réaction linguistique aux révolutions communistes du XXe siècle.

(16) C'est un des grands thèmes de son livre *Out of Revolution*, New York, 1938.

(17) Rosenstock-Huessy mentionne une septième révolution, la révolution italienne du XIIIe siècle, qui a consisté en la formation du système des cités-États dans le nord de l'Italie. Voir *Out of Revolution* (p. 562). J'ai considéré la montée des cités libres comme un phénomène relevant de cet aspect laïc de la révolution papale qui a été de portée, non simplement italienne, mais européenne. Norman Cantor ne dénombre que quatre « révolutions mondiales » : La Révolution papale, la Réforme protestante, la Révolution française et la Révolution russe. Il n'explique pas pourquoi il ne prend pas en compte la Révolution anglaise et la Révolution américaine. Apparemment, ces deux dernières ne correspondent

pas à sa définition d'une révolution mondiale comme « l'émergence d'une nouvelle idéologie qui rejette les résultats de plusieurs siècles de développement organisés dans le système dominant et appelle à un nouvel ordre mondial juste » (Norman F. Cantor, *Medieval History: The Life and Death of a Civilization Médiéval*, New York, 1968, p. 300). Son récit de l'histoire de la révolution papale étaye le récit que nous en présentons.

(18) D'une part, si ces souverains européens avaient fait ce que Berman suggère qu'ils auraient dû faire pour empêcher la révolution qui les a finalement emportés, cela aurait fait d'eux des... révolutionnaires. D'autre part, ils avaient lâché du lest, au moins – nous ne pouvons pas nous prononcer sur les autres pays – en Russie et en France. « Avant Alexandre II, le système social russe était plus ou moins moyenâgeux. La terre appartenait essentiellement aux grandes familles nobles et aux grands propriétaires, dont la populace rurale, qui vivait de la terre, était entièrement dépendante. Alexandre II 'émancipa' cet élément rural, c'est-à-dire qu'il l'arracha à la terre et la rava à la masse d'une masse de parias nomades. Une grande partie des terres furent mises à la disposition de communes rurales (les *mirs*) gérées collectivement : ces terres n'appartenaient à personne, la main-d'œuvre était affectée à telle ou telle tâche et, au fond, elle était exploitée et moins bien payée que sous le régime précédent. Sous ce régime le paysan était au moins attaché à une terre, celle de son seigneur, il savait ainsi qu'il travaillait pour quelqu'un et il en était souvent fier. Devenu « libre » il fut plus ou moins transformé en prolétaire, en simple instrument automatique de travail. Ce fut là, sous Alexandre II, le vrai résultat des « nobles et généreuses idées libérales » et, de fait, la réforme de ce souverain fut saluée par les applaudissements frénétiques de la presse démocratique européenne de l'époque » (<https://evolaasheis.wordpress.com/2016/04/14/une-victime-disrael/>) ; en France, le féodalisme était vidé de sa substance, lorsque les révolutionnaires l'abolirent ; lorsqu'ils l'abolirent, « le paysan allait, venait, achetait, vendait, traitait, travaillait à sa guise. Les derniers vestiges du servage ne se laissaient plus voir que dans une ou deux provinces de l'Est, provinces conquises ; partout ailleurs, il avait entièrement disparu, et même son abolition remontait à une époque si éloignée que la date en était oubliée » (Alexis de Tocqueville, *L'Ancien Régime et la Révolution*, Michel Lévy Frères, Paris, 1856, p. 35 ; voir aussi Jean-Jacques Clere, *L'abolition des droits féodaux en France*. In *Cahiers d'histoire. Revue d'histoire critique* [En ligne], 94-95, 2005, consultable à l'adresse suivante : <https://journals.openedition.org/chrhc/1227>, consulté le 18 février 2020. [N. d. E.]

(19) Thomas S. Kuhn, *The Structure of Scientific Revolutions*, 2e éd., Chicago, 1970.

(20) Voir Crane Brinton, *The Anatomy of Revolution*, éd. rév., New York, 1965, p. 16 : « Nous considérerons les révolutions comme une sorte de fièvre... Lorsque tous les symptômes se révèlent... la fièvre de la révolution a commencé. Elle se transforme, non pas régulièrement mais par des avancées et des reculs, en crise, souvent accompagnée de délire... le Règne de la Terreur. Après la crise vient une période de convalescence, généralement marquée par une ou deux rechutes. Enfin, la fièvre est passée et le patient est à nouveau lui-même, peut-être même, à certains égards, renforcé par l'expérience... mais certainement pas entièrement transformé en un homme nouveau. » Brinton applique ce « schéma conceptuel », comme il l'appelle, aux Révolutions anglaise, américaine, française et russe.

(21) Marc Bloch, *La société féodale*, Editions Albin Michel, Paris, 1982 [1re éd. 1939], p. 66.

- (22) Joseph R. Strayer, *On the Medieval Origins of the Modern State*, Princeton, N. J., 1970, p. 22.
- (23) Voir, au sujet de la genèse de la théorie du progrès et ses racines millénaristes judéo-chrétiennes, <https://elementsdeducationraciale.wordpress.com/2019/01/31/le-pouvoir-panique/> [N. d. E.]
- (24) Norman Cohn, *The Pursuit of the Millennium*, 2e éd., New York, 1972, p. 281.
- (25) Ibid., p. 10, 11, 285, 286.
- (26) Norman O. Brown, *Love's Body*, New York, 1968, p. 219, 220.
- (27) Eugen Rosenstock-Huussy, op. cit.
- (28) Id., *The Christian Future*, New York, 1946, p. 70.
- (29) Rudolph Sohm, *Weltliches und geistliches Recht*, Munich et Leipzig, 1914, p. 69.
- (30) Voir Gerrard Winstanley, *Platform of the Law of Freedom* (cité in Eugen Rosenstock-Huussy, op. cit., p. 291) : "Toute la création tournait autour de la réforme du monde." Voir également Thomas Case, sermon prononcé devant la Chambre des Communes en 1641 : « La Réforme doit être universelle. Réformer tous les lieux, toutes les personnes et toutes les professions ; réformer les tribunaux, les petits magistrats... Réformer les universités, réformer les villes, réformer le pays, réformer les petites écoles d'apprentissage, réformer le Sabbat, réformer les ordonnances, le culte de Dieu. Chaque plante que mon Père céleste n'a pas planté doit être déracinée » (cité in Michael Walzer, *The Revolution of the Saints: A Study in the Origins of Radical Politics*, Cambridge, Mass., 1965, p. 10, 11). La réforme du XVI^e siècle a été conçue comme une réforme de l'Eglise ; un siècle plus tard, les puritains ont cherché, selon Milton, « à réformer la réforme elle-même », ce qui impliquait, comme le montre Walzer (p. 12), une activité politique radicale, c'est-à-dire le progrès politique comme objectif religieux.
- (31) Voir A. D. Lindsay, *The Modern Democratic State*, New York, 1962, p. 117,– 118 ; David Little, *Religion, Order, and Law: A Study in PreRevolutionary England*, New York, 1969, p. 230.
- (32) Chacun de ces quatre hommes a été accusé de désobéissance civile. Chacun s'est défendu lui-même en invoquant un droit de conscience supérieur ainsi que les principes juridiques fondamentaux dérivés du droit anglais médiéval (par exemple, la Magna Carta). Les procès de Penn et Hampden sont relatés dans *Procès d'État (State Trials)*, 951 (1670) et *Procès d'État*, 1 (1627) (l'affaire des Cinq Chevaliers). Un extrait du procès d'Udall se trouve, ainsi que des informations générales, dans Daniel Neal, *The History of the Puritans*, Newburyport, Mass., 1816, p. 492, 501. Le procès de Lilburne est examiné dans Joseph Frank, *The Levellers: A History of the Writings of Three Seventeenth Century Social Democrats: John Lilburne, Richard Overton, and William Walwyn*, Cambridge, 1965, p. 16.
- (33) La théorie du contrat social est généralement attribué à des philosophes du dix-septième siècle comme John Locke et Thomas Hobbes. Mais, un siècle plus tôt, Calvin avait demandé à toute la population de Genève d'accepter la profession de foi et de prêter serment d'obéissance aux Dix commandements ainsi que de jurer fidélité à la ville. Les gens ont été convoqués en groupes par la

police pour prendre part au Pacte (Covenant). Voir J. T. McNeill, *The History and Character of Calvinism*, New York, 1957, p. 142. Voir aussi les chapitres 2 et 12 de la présente étude, où la théorie du contrat social est rattachée à la Révolution papale et à la formation des villes en tant que communes assermentées.

(34) Voir Roscoe Pound, *Jurisprudence*, St. Paul, Minn., 1959, vol. 3, p. 8,– 15.

(35) Autant dire que les écoliers soviétiques étaient appelés à faire preuve d'« intransigeance » envers la Nomenklatura [N. d. E.]

(36) Le Code moral du bâtisseur du communisme fait partie du programme du Parti communiste de l'Union soviétique adopté par le vingt-deuxième Congrès du Parti en 1961. On peut le trouver dans Dan N. Jacobs, *The New Communist Manifesto and Related Documents*, 3e éd. rév., New York, 1965, p. 35.

(37) See *The Laws and Liberties of Massachusetts*, Cambridge, Mass., 1929.

(38) Grant Gilmore, *The Death of Contract*, Columbus, Ohio, 1974, p. 87,– 94.

(39) dès lors que le droit est fondé sur la morale, il s'expose aux innombrables déviations qu'identifie et déplore l'auteur. Morale et opportunisme ne sont d'ailleurs pas contradictoires ; l'opportunisme était même ce qui caractérisait, selon Blaise Pascal, la morale des Jésuites (Blaise Pascal, *Lettres écrites à un provincial*, Garnier frères, 1885, p. cxx [N. d. E.]

(40) Roberto M. Unger, *Law in Modern Society*, New York, 1976, p. 194.

(41) *Ibid.*, p. 196.

(42) Le concept de « rationalité substantive » est utilisé pour décrire certains aspects des processus décisionnels humains qui peuvent être liés à la vie personnelle, à la vie en communauté, à la prospérité économique, à l'efficacité personnelle ou sociétale. [N. d. E.]

(43) Marc Bloch, *op. cit.*, p. 7.

(44) *Ibid.*

(45) Christopher Hill, *A Comment*, in Rodney Hilton (éd.), *The Transition from Feudalism to Capitalism*, Londres, 1976, p. xvii.