

A. Sciavone, *Ius. L'invention du droit en Occident*, Paris Belin, 2011, chap. XII.

CHAPITRE XII

LE NOUVEAU PARADIGME ABSTRACTION ET FORMALISME

1

Deux schémas d'ordre coexistaient donc dans les livres de Mucius : celui qui déterminait la disposition d'ensemble, reflet de la formation du *ius civile* dans la cité (sur lequel Cicéron avait dit son insatisfaction par la bouche de Crassus) et celui qui régissait les analyses consacrées à chacun des thèmes, selon la méthode de la *diairesis* (et qui expliquait le jugement de Pomponius). Une citation de Gaius et une de Paul, concernant la tutelle et la possession, confirment bien, du reste, à titre de simples échantillons, l'entremêlement des genres à l'intérieur des *capita*¹ ; une lecture complète du traité, si elle était encore possible, révélerait probablement la forte présence de ces modèles, tout comme elle se constate dans les pages de la *Rhetorica ad Herennium*.

Il est évident que la signification d'un choix de construction aussi largement appliqué ne peut être jugée seulement sous l'angle de l'échec du système (ce que faisait le personnage de Crassus dans le dialogue de Cicéron), mais qu'elle doit être mesurée

aussi, et surtout, par rapport à l'impact des nouveaux critères sur les contenus juridiques qu'analysait Mucius.

Cette perspective nous ouvre aussitôt un horizon nouveau. Nous découvrons en effet que le plan diairétique exige toujours, dans toute application, un prérequis essentiel l'accès à un solide niveau d'abstraction dans les connaissances qu'il structure. Il est impossible de classer par genres et espèces les chevaux ou encore les qualités de l'orateur si l'on n'a pas une idée d'ensemble de la « chevalinité » et de l'art oratoire ; nécessairement, cela valait aussi pour les notions juridiques leur décomposition en éléments constitutifs supposait toujours l'abstraction des concepts d'où l'on partait. Dans la dialectique platonicienne, la connexion était évidente sur un plan, pour ainsi dire, génétique l'introduction de la division par genres était intrinsèquement liée au développement d'une base ontologique préexistante. Elle se perpétuait chez Aristote, dans la tradition stoïcienne et dans celle de l'encyclopédisme hellénistique. Dans chaque discipline, l'abstraction était toujours un prérequis, logique et historique, à la diairétique².

Mais cette condition n'allait pas du tout de soi dans le savoir juridique, avant le changement opéré par Mucius. Au contraire, du travail des pontifes jusqu'à la jurisprudence du II^e siècle, on perçoit l'effort d'un parcours laborieux et encore inachevé vers des constructions capables de dépasser le caractère strictement casuistique du *ius*. L'extension de la norme décenvirale concernant le *furtum* opérée par Brutus (puis reprise précisément par Quintus Mucius), ou les définitions d'*ambitus aedium* et de *nexum* forgées par Publius Mucius et Manilius sont,

nous l'avons vu, des témoignages précieux de ce difficile itinéraire³.

Certes, sur le fil d'une vision rétrospective, nous pouvons dire (et nous l'avons fait) que dès la fin du II^e siècle les principaux noyaux génératifs du droit privé romain étaient tous ébauchés à travers le long exercice d'une technique toujours plus subtile et d'une étroite collaboration entre juristes et prêteurs, qu'il s'agisse des droits sur les choses, des obligations ou du droit héréditaire⁴. Mais leur présence véritable ne se manifestait que dans la discipline de chaque *responsum* isolé, dans la logique concrète des cas résolus et des actions accordées (ou refusées), dans la matérialité de la vie sociale et économique, et non dans une trame homogène de catégories et de figures unitaires. Les formulations hypothétiques contenues dans les Douze Tables et dans la législation ultérieure (« si. ., [il] sera. ») allaient elles aussi dans cette direction cependant il ne faut pas oublier que leurs énoncés se bornaient toujours à l'exposition de cas, fussent-ils des cas-types (le voleur, l'homicide, le *pater* qui prononçait une formule ou convoquait en jugement...), et il en allait de même dans la rédaction des édits, au moins jusqu'au I^{er} siècle.

Ce n'est pas avant Mucius que le cadre changea de façon radicale. Il faut bien l'admettre, la conquête de l'abstraction et du concept se développa dans la pensée juridique romaine, non pas avant, mais en même temps que l'utilisation des modèles diairétiques : sa prééminence a été logique, et non historique. De ce point de vue, la position de Quintus Mucius ne ressemblait en rien à celle du maître de l'*Ad Herennium*. la jurisprudence n'était pas la rhétorique ; derrière elle nous n'entrevoions la présence d'aucun Hermagoras.

Nous devons donc considérer l'abstraction, et non la *diairesis*, comme le point central des nouveautés introduites par Mucius. Le *constituere generatim* du jugement de Pomponius prend ainsi à nos yeux une signification plus large que l'allusion à une méthode de classement qui était courante hors du savoir juridique. C'est au contraire l'indice qui ramène de façon obligée (sans abstraction, pas de *diairesis*) à la première formation d'un plan analytique tout à fait inédit. Dans cette pensée nouvelle, le *ius civile* était pour la première fois présenté à travers un réseau de concepts, répartis dans des schémas diairétiques dont la capillarité apparaît comme le signe certain d'un développement conjoint de l'abstraction. À l'intérieur de ces schémas, *caput* après *caput*, étaient disposées les séries casuistiques tirées directement de l'activité de *responsa* ou de la tradition de la discipline : nous pouvons encore en entrevoir quelques traces.

Mais que signifiait penser abstraitement le *ius civile* ?

L'explication n'est pas simple et nous entraîne loin, comme toujours quand l'explosion d'un événement a été préparée par un long travail de l'histoire mettant en jeu des plans différents, que nous ne sommes pas habitués à voir associés.

En effet, les concepts élaborés par Mucius et, après lui, par toute la jurisprudence romaine, étaient de type tout à fait particulier ; ils ne ressemblaient en rien à ceux que la philosophie utilisait en Grèce depuis des siècles. Leur point de référence n'était ni la nature, ni l'intériorité de l'homme, ni les modalités de l'éthique ou de la politique, mais la structure de la socialité « privée » dans un milieu civique désor-

mais développé et en plein déploiement impérial. Ils naissaient de la capacité à séparer analytiquement – d'abstraire, précisément – les formes fonctionnelles des rapports pris en considération par le *ius* (échanges, appartenances, obligations, prétentions, pouvoirs, sujets, actions) de la matière vive qui les composait, et de leur donner une consistance tout à fait autonome, détachée des déterminations concrètes qui en constituaient le contenu dans la réalité (telle marchandise, tel bien, tel citoyen, telle prestation, telle démarche processuelle, tel noyau d'intérêts) et qui n'avaient permis jusqu'à présent qu'une sorte de « typisation » empirique des ressemblances. En conséquence, l'ordonnancement juridique qu'on voulait atteindre allait pouvoir se rattacher de façon directe et synthétique au schéma formel ainsi obtenu et aux équilibres fonctionnels qu'il exprimait, au lieu de dépendre uniquement de l'évaluation d'une multiplicité de cas qu'une complexité sociale croissante rendait inévitablement vague et fuyante. Ce n'était plus une infinité de situations dans lesquelles on reconnaissait *a posteriori* qui achetait et qui vendait, et auxquelles pouvaient se rattacher les actions processuelles « du vendu » et « de l'acheté », mais le paradigme abstrait de l'achat-vente en tant qu'échange fonctionnel pour le transfert d'une marchandise contre un certain prix, auquel se ramenait une série de règles définissant une fois pour toutes les obligations réciproques des sujets impliqués dans la transaction, leur violation déclenchait le droit à la protection juridictionnelle à travers l'ouverture d'une action.

Chaque forme ainsi élaborée aura son propre nom (juridique) : le lui attribuer était reconnaître son existence séparée ; et les noms – dans l'esprit de celui

qui les donnait – reflétaient la substance (juridique) des choses, ils étaient une conséquence immédiate de leur vérité. Sans doute, la « typisation » des cas pratiquée par la jurisprudence républicaine (et esquissée dans les Douze Tables) mettait déjà sur cette voie et l'on pourrait voir en elle une sorte de « degré zéro » – commun du reste à de nombreuses expériences législatives antiques – du processus d'abstraction à venir. Mais le tournant mucien permettait d'amorcer un changement décisif, qui allait bien au-delà de la reconnaissance de standards dans la foule des ressemblances casuistiques pour la première fois, se construisait un droit capable d'atteindre une dimension entièrement formelle – en ce sens que, de son point de vue, rien d'autre n'était envisageable que la dimension abstraite des rapports qu'il prenait en compte – à laquelle était lié le déploiement d'une raison « pratique » spécifique, fondée sur l'évaluation « calculante » et quantitative.

Nous avons observé comment, depuis longtemps déjà, la cité avait attribué au *ius* une fonction disciplinante détachée non seulement de la religion, mais aussi de la politique, et comment cette séparation avait accentué la spécialisation technique d'un tel savoir, qui d'abord s'était greffé sur le tronc de la ritualité religieuse des origines (la technique du *ius* comme connaissance et manipulation sociale des rites), puis s'était sédimenté dans une activité de *responsa* exercée dans des situations toujours plus complexes, mais à replacer dans le cadre d'une sorte de ritualisme laïcisé, parfaitement absorbé par la culture républicaine.

Mais maintenant une autre scission se produisait, interne, cette fois, à la constitution même du droit. Grâce à la pensée abstraite, en effet, le *ius*, dans

l'esprit de ses interprètes, commençait à se détacher non seulement des sphères sociales et institutionnelles qui lui étaient historiquement contiguës, comme la religion et la politique, mais de la matérialité même de la vie à laquelle pourtant il se référait : besoins, conflits, intérêts, rapports de force, il élevait en quelque sorte une barrière épistémologique entre le monde et lui-même, et cela au moment où l'expansion impériale presque à son apogée mettait les groupes dirigeants de la république au centre de pressions et de sollicitations jusqu'alors inconcevables.

Il s'agissait néanmoins d'une distance ambiguë, qui n'éloignait pas les juristes de leur fonction pratique elle n'en faisait pas des philosophes, mais les transformait en acteurs d'une technologie sociale jusqu'alors inconnue, et les rendait capables de s'acquitter de leur tâche d'une façon extraordinairement plus efficace. L'auto-isollement des gardiens du *ius* dans un univers de pures formes, de proportions et de compatibilités définies et cachées, et l'ordonnement qu'induisaient ces abstractions, libéraient en effet une immense force de réglementation, une prise incomparable sur la vie nue, laissée (provisoirement) à l'écart dans le seul but d'être mieux maîtrisée. On voyait s'établir les difficiles protocoles d'une technique de contrôle social qui allait connaître un succès durable et inégalé. Cicéron le comprit très vite.

Cependant, la rupture incontestable que représentait la nouveauté introduite par Mucius ne doit pas nous induire à rompre les mille fils qui la rattachaient à un passé parfois très lointain. Nous venons de rappeler son indéniable lien avec ces méthodes de stylisation des cas que la pensée juridique romaine

avait élaborées depuis des siècles. Mais peut-être nous faut-il remonter encore plus loin – jusqu'au point même d'où est parti notre récit : ce syndrome ritualiste dont nous avons découvert qu'il envahissait (et expliquait) toute la Rome archaïque⁵. Il y avait là un signe – intellectuel et social – que nous ne devons pas perdre de vue, et que les développements de l'histoire de Rome permettent de suivre sans interruption. Là aussi s'était produite une manière de scission, certes élémentaire et pétrie de pensée magique – la prééminence constante de l'habillage verbal et gestuel sur la matière de chaque contenu exprimé ; l'attention quasi obsessionnelle à la symbolique du rite, du stéréotype, face à la substance de la relation à laquelle ils se référaient⁶.

Eh bien, nous pouvons considérer cette attitude, qui n'est pas propre à Rome mais y connut une intensité tout à fait particulière, comme la manifestation historique d'une sorte de formalisme de premier niveau, disons faible et de surface, dû à des conditions très spécifiques, mais destiné à n'être jamais complètement effacé dans le parcours du *ius*. Et je crois qu'on peut véritablement supposer que cette permanence tenace put aller plus loin encore, jusqu'à influencer, dans une situation très différente, sur la genèse de ce second paradigme de formalisme, fort et en profondeur, que nous cherchons maintenant à reconstituer, assurément né dans des circonstances historiques bien plus évoluées, et lié non pas à l'élaboration d'un rituel mais plutôt à la découverte d'une nouvelle *epistémè*, sans pour autant être oubliés de ce très lointain précédent.

C'est une hypothèse généalogique subtile mais cohérente que celle que nous tentons de faire émerger, fondée sur une connexion qui a des raisons aussi

bien historiques que morphologiques : la possibilité que le souvenir du ritualisme des origines – entretenu par les milieux intellectuels tardorépublicains – ait agi de façon à prédisposer la pensée juridique à cette dissociation des formes à visée disciplinante et normative, qui a été la grande découverte de Mucius, et qu'il en ait fixé une sorte de préfiguration, de moule culturel et mental. Dans les deux cas, les temps archaïques et la fin de la république, le trait commun, mais aussi la constante anthropologique, était la tendance romaine à isoler l'aspect typique et reproductible de toute relation – la simple enveloppe gestuelle et verbale ou, plus tard, son paradigme fonctionnel.

Ce n'est qu'une trace : et pourtant, si nous l'avons suivie correctement, nous nous trouvons là encore devant un des caractères originaux de toute l'histoire de l'Occident⁷.

Mais il y a plus. Les concepts abstraits construits par le regard formalisant des juristes ne furent pas considérés par Mucius, ni ensuite, comme de simples catégories de la pensée. On y vit aussi, de façon toujours plus définie, des figures de l'être, des étants réels dotés d'une vie propre et d'une objectivité incontestable, que la connaissance juridique ne faisait que refléter, dans une sorte d'adéquation de l'intellect à la chose. Savigny, en bon kantien, l'avait parfaitement compris, et dans une page célèbre que nous avons déjà évoquée, il décrira très bien cette attitude dont les implications ont été ensuite curieusement négligées par la romanistique. Que, dans une telle conception, aient joué des influences directement platoniciennes (les idées comme essences) et aristotéliennes (le dualisme entre forme et contenu, et la priorité métaphysique de la forme) nous ne

saurions le dire⁸. Mais assurément dans la révolution épistémique de la pensée romaine, c'était toute la philosophie classique grecque qui se condensait pour contribuer au changement.

Les concepts juridiques pouvaient prendre ainsi une valeur qui faisait du droit une véritable métaphysique, certes d'un type assez particulier, visant exclusivement à transformer des schémas abstraits de relations sociales en figures de l'être, où l'expérience concrète de la vie se réduisait à un nombre défini de modèles archétypiques. une véritable ontologie, qui se posait comme le moteur de tout développement du *ius*. L'obligation, le contrat, la propriété, la possession, la tutelle, l'usufruit, la servitude, le gage, la stipulation, le prêt, le dépôt, l'héritage, le legs, la vente, la location, la société, mais aussi l'équité, le dol, la bonne foi, l'erreur, ainsi de suite – ce petit groupe de formes qu'un très long usage nous a rendues familières – allaient devenir les acteurs d'une scène invisible, quasi spectrale, mais capable d'influer de façon décisive sur la réalité matérielle de la vie, qui finirait par apparaître totalement privée de sens (juridique) hors leur présence. La grande invention de la pensée romaine se révélait dans la capacité qu'elle avait eue d'associer dans un circuit unique la recherche d'un ordre juridique rigoureux et la découverte d'une métaphysique qui le justifiait d'un point de vue non pas éthique ou de pouvoir, mais ontologique. La règle juridique n'apparaîtra plus autrement que comme un acte de connaissance et non de volonté, une adéquation de la pensée à l'être, le résultat d'une opération cognitive rationnellement contrôlable dans toutes ses phases, entièrement soustraite à l'arbitraire ou à l'autoritarisme ; et cela se produisait au moment même où l'aristocratie romaine avait

réussi à concentrer autour d'elle un pouvoir énorme, auquel son extraordinaire désir de puissance offrait la capacité d'un rayonnement mondial tout à fait inédit⁹.

Dès lors, la voie menant au droit passera par ce qui sera désormais la science juridique ». Le droit s'en remettait aux principes d'une nouvelle pratique intellectuelle, dont les protocoles allaient contribuer de façon déterminante à dessiner le cadre épistémologique de tous les savoirs sociaux, et que la modernité n'hésitera pas à appeler « science », génératrice d'une logique qui réussissait à combiner positivité et abstraction – allant du cas concret à la force du concept déterminant la règle, pour revenir ensuite au cas, désormais éclairé par l'abstraction disciplinante, donc régulé par la norme¹⁰. Elle sera rapidement enfermée dans un univers possédant sa propre temporalité, rempli d'essences éternellement égales à elles-mêmes (la forme d'une vente ne peut être que celle qui lui a été donnée une fois pour toutes, et seule la définit la structure instaurée par les relations fonctionnelles entre acheteur, vendeur, marchandise, prix et échange), autosubstantes, immuables, mais susceptibles d'acquérir toujours d'autres attributs et qualités (les obligations du vendeur, celles de l'acheteur, ou encore les caractéristiques de la marchandise peuvent se décrire de façon de plus en plus analytique, en tenant compte d'un nombre chaque fois plus grand d'hypothèses et de circonstances), en un jeu de spécifications techniquement illimité et à son tour constitutif de la socialité.

L'ontologisation des concepts juridiques allait vite devenir totale, et les essences se transformer en pré-requis incontournables de toute normativité et de toute possibilité de penser la trame privée de la vie.

important du point de vue quantitatif – de toute l'économie impériale, même si l'on sait que celle-ci resta toujours un monde dominé par les relations personnelles plus que par les marchés¹³. Nous avons vu combien les nouveautés de la jurisprudence prétorienne ouverte aux étrangers avaient favorisé la première expansion importante des circuits commerciaux maritimes à l'ombre des conquêtes qui venaient d'être faites¹⁴. Mais c'est plus tard que se produira la connexion décisive, lorsque, entre les réseaux commerciaux de la Méditerranée entièrement romaine – une mer de marchandises, d'esclaves, de négociants et d'argent, comme jamais encore dans l'antiquité – et le saut qualitatif de la pensée juridique tardorépublicaine, se découvriront des symétries puissantes et révélatrices.

Le formalisme était la clé de cette relation, le nœud crucial entre le développement commercial de l'économie et les caractères originaux du droit. Dans les préoccupations antiques de la jurisprudence sévérienne, la constitution d'un lien généralisé entre marchandises et argent, se substituant à celui des temps archaïques qui mettait en contact direct la valeur d'usage des biens sans médiation de la monnaie comme dans le simple troc, représentera un événement de grande portée, appelé à déterminer un changement profond dans les schémas juridiques qui définissaient ces mécanismes.

Avec une extrême lucidité, un texte de Paul saisissait parfaitement le phénomène. Dans l'échange biens contre biens, il n'y avait aucune spécification formelle des sujets et des objets, ils ne figuraient là que dans l'indistinction de leur matérialité naturelle. « Jadis la monnaie n'existait pas, et il n'y avait pas une chose appelée marchandise et une autre appelée prix,

mais chacun selon la nécessité des temps et des circonstances troquait des objets inutiles contre des objets utiles. »¹⁵ En revanche, au stade plus évolué de la vente, il se passait (selon Paul) quelque chose de bien différent. Cette dernière ne pouvait exister et s'appeler ainsi que si les éléments la composant étaient caractérisés formellement par le rôle qu'ils tenaient dans la configuration abstraite que donnait à la circulation commerciale la présence d'une contrevaletur universelle comme l'argent (*aequalitas quantitatis*, écrivait le juriste). Dans ce cas « en effet, continuait Paul, de même qu'une chose est de vendre, une autre d'acheter, une chose l'acheteur, une autre le vendeur, de même une chose est la marchandise, une autre le prix. Mais dans le troc il est impossible de distinguer qui est le vendeur et qui est l'acheteur »¹⁶. C'était donc ce type particulier de formalisation – économique – déjà implicite dans l'échange de marchandises contre de l'argent, qui était à la base de l'abstraction correspondante – juridique – conduisant à la construction du concept de vente.

Cette relation médiée par l'argent supposait nécessairement l'existence de déterminations précises, qui ne dépendaient que de la forme de l'échange. Paul était sur ce point d'une clarté absolue : quand l'argent avait fait son apparition décisive, ce que nous pourrions définir comme l'aspect matériel de la relation (« le cas où tu aurais ce que je désirerais et où, inversement, j'aurais ce que tu voudrais acquérir »¹⁷) ne comptait plus, mais uniquement le rôle assigné à chaque sujet ou chose par leur qualification respective dans le mécanisme formalisé de l'échange : « une chose est de vendre, une autre d'acheter... une chose est la marchandise, une autre