

INTRODUCTION

« J'ai toujours eu des problèmes avec l'histoire ! ». Combien d'enseignants ont entendu cette phrase cruelle, assénée sans ambages, par un étudiant qui leur a fait croire que jamais les mathématiques ou la philosophie ne mériteraient pareille sentence ? Et combien ont entendu cette autre phrase, paradoxalement tout aussi redoutée, « J'ai toujours adoré l'histoire ! », et se sont vus abreuvés, sans avoir rien fait pour mériter pareil traitement, de détails fascinants sur le blason d'un nobliau parfaitement inconnu d'une lointaine contrée ou de demandes d'éclaircissements sur une anecdote impérisable tirée d'un roman à vocation historique ? Ma première année d'enseignement fut celle où je dus lire *Les Rois maudits* pour pouvoir répondre à la curiosité insatiable de certains étudiants quant à la véracité des dialogues. Comme je n'ai plus jamais revécu cette étrange expérience, j'ai supposé que c'était là leur manière de me faire passer le baptême du feu. Mais j'en ai tiré aussi cette leçon essentielle : qu'il ne faut rien tenir pour acquis dans le champ de la connaissance, de la critique et de la curiosité, et que l'on gagne toujours à cerner les représentations et les préjugés de ceux à qui on s'adresse.

L'historien est, c'est son lot, confronté à des dilemmes permanents : à quelle époque se consacrer ? Dans quelle zone géographique ? Au départ de quelles sources ? En construisant quelle problématique ? Au seuil de cet ouvrage et des choix immanquables qui vont le structurer, je me rassure assez lâchement en avançant que cet état culmine chez le titulaire d'un enseignement d'« histoire du droit et des institutions » en une véritable crise existentielle, qui doit beaucoup au fait que l'intitulé du cours n'y apporte aucune limite. Les questions sont alors d'une diversité qui laisse pantois. Faut-il privilégier une branche du droit ? Dans un pays comme la Belgique, à quel apport faut-il donner la préférence ? Quand faut-il commencer l'investigation ? La liste pourrait sans difficulté s'allonger indéfiniment, au risque de s'apparenter à une plainte un peu indécente.

Le constat s'impose : le champ est sans limites et appelle à voyager, surtout quand on a l'âme vagabonde et l'esprit curieux (et surtout si – je confesse que c'est mon cas – on éprouve encore quelque difficulté à répondre à la première des questions : « qu'est-ce que le droit ? »). Le périple cependant est soumis à un impératif qu'il serait totalement illégitime de perdre de vue : il doit aboutir à un enseignement général offert à un public très hétérogène d'étudiants de première année, qui ne comprennent pas toujours pourquoi diable on leur inflige d'interminables heures de cours dont ils ne voient que très vaguement le rapport avec la formation de juriste qu'ils ont choisie. Je crois me souvenir m'être interrogée de la sorte à la lecture du programme et, alors même que je n'éprouvais aucune répulsion – ni passion, je dois l'avouer –, avoir considéré le cours d'Histoire du droit et des institutions comme un épouvantail d'autant plus redoutable que le nombre d'heures qui y étaient consacrées me semblait phé-

noméal. Je me rappelle aussi, mais c'est très vague, que l'on a dû essayer, sur moi comme sur mes congénères de cette année-là, le traditionnel argument de la nécessité de connaître les racines pour comprendre l'arbre... Autant qu'il m'en souviennne, je n'ai été que très médiocrement convaincue et j'ai dû adopter un fatalisme un peu béat : c'est au programme, on n'a pas le choix !

Arrivée au terme de la licence en droit, j'ai pourtant été étreinte par un malaise diffus. Tout paraissait si cohérent, si poli, si brillamment construit. Il y avait, pour toute question, dix mauvaises réponses et une bonne ; pour toute controverse, des errements et finalement, aujourd'hui la vérité. Je retirais des enseignements très fouillés dont j'avais bénéficié l'impression dominante que le droit se définissait, sur un mode binaire, en vrai/faux ; juste/erroné ; bon/mauvais : telle cour avait raison et telle autre, tort et tel auteur de doctrine, qui avait longtemps hésité à reconnaître la validité d'une solution, s'était désormais rangé à la Raison. Peut-être avais-je mal compris, mais il me semblait qu'en fin de compte, la plupart des enseignements reposaient sur un sous-bassement dont on était prêt à reconnaître les fissures mais jamais à remettre en cause radicalement la validité : celui de la complétude et de la cohérence de règles érigées en un véritable système.

Et la réalité sociale, économique et politique, dans tout ça ? La contingence extrême des situations et des problèmes qu'elles engendraient n'avait donc aucun effet sur les solutions apportées ? Le droit, instrument de réglementation des rapports sociaux, planait-il, au moment de sa conception, dans des stratosphères telles qu'il en redescendait comme nettoyé, pur et neutre ? N'avions-nous pas aussi affaire – comme certains de mes enseignants les plus critiques l'avaient laissé entrevoir – à des règles d'abord posées et justifiées ensuite, à l'aide d'un raisonnement qui, tout cohérent qu'il est, était aussi un habillage ? Une solution n'était-elle pas juste, vraie, bonne, d'abord parce qu'elle avait été consacrée ?

Ce scepticisme, quoique peu développé, me faisait alors presque l'effet d'une tendance à l'hérésie. Je dois à la vérité de dire que cette tendance me paraît désormais très saine et qu'elle n'a fait que croître en moi. Le superbe jeu des raisonnements juridiques, jusque dans leur technicité la plus absolue, continue à me fasciner mais je suis convaincue qu'en s'y arrêtant, on se mutile. Le « système » juridique, tout rationnel qu'on peut le présenter, n'est pas qu'une évidence. Les concepts et les mécanismes les plus familiers, comme les idées les plus complexes, sont aussi les fruits de circonstances et de stratégies complexes.

Cette conviction me permet de poser les fameux choix porteurs d'angoisse et, par là même, de répondre de façon, je l'espère, pédagogiquement cohérente, à la dernière question qui aurait dû être reprise dans la litanie : à quoi doit servir un cours comme celui-ci ? La réponse me paraît désormais s'imposer, alimentée d'ailleurs par les réactions que j'ai pu voir se développer chez nombre d'étudiants : à ne pas inscrire les règles, les concepts, les institutions, les mécanismes, les raisonnements qui font la substance du droit, dans le registre de l'évidence. A tenter de faire comprendre, à des étudiants de première année, que le droit ne tombe pas du ciel, mais est produit par des hommes, animés d'intentions, mobilisés par des intérêts, enracinés dans des institutions, insérés dans des relations de pouvoir, pour répondre aux problèmes de leur époque, avec une armature intellectuelle qui n'est pas nécessairement similaire à la nôtre.

« Rien de bien neuf... ! » ; « ... marxisme de bas étage... ! » ; « ... perte de temps... ! ». Peut-être. Pas sûr. Si j'osais, je dédierais cette approche à la personne qui, lors de ma défense de thèse, m'a reproché d'insulter la magistrature parce que j'avais – quelle révolution ! – osé mentionner que, lorsqu'il motive une décision, un juge n'exprime

pas nécessairement tout ce qui a contribué à la former. Le souvenir de ce moment me rappelle sans cesse qu'il n'est pas inutile de tenter de montrer aux étudiants que des éléments qui leur seront parfois présentés comme des phénomènes quasi naturels, tels que l'Etat, le pouvoir central, la loi ou la coutume – et la motivation des décisions de justice –, ont une histoire. Et qu'en se posant quelques questions, banales aux yeux des historiens, mais peut-être trop souvent ignorées des juristes, on progresse énormément dans la compréhension : qui fait quoi ? Comment ? Pourquoi ? Avec quelles conséquences ? Il ne s'agit pas de réduire l'histoire à un pur prétexte, consistant à donner une vague méthode, mais bien de lui réserver le statut qu'elle devrait avoir, aux côtés d'autres disciplines des sciences humaines : favoriser le questionnement et en faire une saine habitude.

Arrivée à cette conclusion, il m'a paru que proposer une histoire entremêlée de la genèse de l'Etat et des rapports existant entre les sources du droit répondrait légitimement à mes aspirations. Il n'y a rien de spécifiquement original dans cette approche, dont le contenu doit beaucoup à certains ouvrages qui seront abondamment cités. Elle permet néanmoins de démontrer l'imbrication extrême du droit et du pouvoir : on y voit à chaque instant combien le droit est à la fois un enjeu et un instrument des rapports sociaux ; à quel point la définition et la formulation du droit sont l'objet de luttes incessantes et comment, une fois leur maîtrise acquise, elles permettent de renforcer l'exercice de l'autorité. Les règles, les adages, les références même les plus figées à première vue, vivent, sont interprétés, sont exploités au point même d'être parfois vidés de leur sens initial pour être réinvestis de nouvelles significations. Il est évident qu'un autre thème aurait pu aboutir à une démonstration identique : ceux abordés ici m'ont paru spécialement intéressants, entre autres, parce qu'ils soulignaient la nécessité d'une démarche d'ouverture. Il est impossible en effet de les aborder sans garder à l'esprit les apports de l'histoire des mentalités, de l'histoire de la pensée politique ou encore de l'histoire économique. Même si le centre du propos ramènera sans cesse au droit et aux institutions, ce sera en contraignant à reconnaître que tout est lié, ce qui sera déjà un acquis non négligeable.

L'ouvrage se divisera donc en une structure très classique, partant de la dislocation de l'Empire romain pour aboutir au XVI^e siècle, terminus *ad quem* qui n'a pas été choisi arbitrairement mais bien parce que l'Etat a alors acquis ses traits principaux. Un épilogue clôturera l'exposé pour l'amener jusqu'à certaines problématiques contemporaines.

Ce plan, d'un académisme alarmant, m'a d'ailleurs valu, au début de mon enseignement, des commentaires désabusés d'une étudiante qui s'ennuyait au cours, parce qu'« elle avait déjà vu les Carolingiens à l'école... ». Pourtant la linéarité du récit est trompeuse : elle dissimule la complexification croissante de l'appareil politique et administratif, les transformations parfois ambiguës du fondement de l'autorité ou encore l'évolution des sources juridiques prises en compte pour forger la substance de la souveraineté. Ces sources précisément sont explorées elles aussi, dans des « encadrés » : les grandes sources formelles du droit classiquement énumérées – la loi, la coutume, la jurisprudence, la doctrine – sont abordées ainsi en rapport avec l'évolution de l'autorité mais de façon suffisamment différenciée pour que leur histoire interne se dégage, parfois même au-delà de la période consacrée à la genèse de l'Etat. L'étudiant, à qui cet ouvrage est principalement destiné, devrait ainsi être capable de voir se construire deux histoires, intrinsèquement mêlées, et être conduit à faire ces liens qui lui échappent si souvent lors de l'examen.

Car c'est bien de cela qu'il s'agit : donner à son auditoire un instrument de travail, qui sera peut-être considéré comme intéressant par d'autres lecteurs, mais qui doit rester avant tout un « livre-cours ». D'autres que moi ont déjà pu souligner les

contraintes de cette entreprise. Elle m'a paru beaucoup plus périlleuse encore que ce que je n'avais imaginé au départ : il s'agit à la fois de fournir un texte scientifique et de le présenter de telle manière qu'il ne décourage pas des lecteurs souvent prompts à douter de leurs capacités et enclins à s'arrêter au premier obstacle rencontré. Je tiens à remercier ici la directrice des Editions de l'Université de Bruxelles : en me proposant d'en faire une deuxième édition, elle m'a permis de le remodeler radicalement sous la forme d'un ouvrage destiné avant tout aux étudiants. Une expérience de quelques années nous avait montré que la première version, sans doute trop compacte, provoquait parfois le découragement et qu'une bonne partie du public auquel le livre était surtout destiné le trouvait trop difficile pour en faire usage avec fruit. De nombreux ajustements de structure et de présentation ont été faits. C'est l'espoir d'avoir atteint désormais un équilibre entre un indispensable degré de précision et de rigueur, un niveau d'analyse qui inclut les controverses plutôt que de les éluder – mais sans rentrer dans de purs débats d'école – et la nécessité d'adapter le texte aux caractéristiques de l'enseignement, qui a modelé les pages qui vont suivre.

Les étudiants qui pensent, à juste titre peut-être, que la muse de l'histoire ne s'est pas penchée sur leur berceau, ne devraient pas rencontrer trop de difficultés : chaque fois que c'est nécessaire à la compréhension des données juridiques et politiques, les faits sont rappelés, ce qui devrait leur éviter d'accablantes recherches... Quant à ceux qui se montreraient véritablement inquiets ou, qui sait, curieux, ils devraient trouver leur bonheur dans la bibliographie. Comme le cours d'Histoire du droit et des institutions est assorti d'exercices pratiques qui permettent aux étudiants d'être en contact avec des documents, nous avons préféré ne pas alourdir la structure en présentant des sources dans le corps du livre. De même, si le processus de genèse de l'Etat retracé ici est centré surtout sur l'expérience française – dont les historiens s'accordent à reconnaître la spécificité – j'ai essayé de faire un peu plus systématiquement le lien avec la situation de nos régions : là aussi les exercices pratiques attachés au cours permettront un approfondissement. L'option de base qui a présidé à l'ouvrage est de retracer *un* modèle de construction de l'Etat, celui qui a renforcé le plus clairement les aspirations au monopole de production du droit et qui a contribué au déclin du pluralisme juridique qui caractérisait si nettement les sociétés d'Ancien Régime. Il ne s'agit bien sûr pas de nier l'utilité, voire même la nécessité, d'une démarche comparatiste. Mais un enseignement de première année doit admettre des limites qui, pour frustrantes qu'elles soient pour l'enseignant, n'en sont pas moins indispensables pour la cohérence de la démarche pédagogique.

Il convient enfin de rappeler, avant d'attaquer le vif du sujet, que cet enseignement est, au programme de la faculté de droit, considéré comme un « cours juridique ». Lorsqu'il existait encore sous la forme d'un syllabus, certains étudiants me dirent qu'« il se lisait comme un roman » ou s'attachèrent davantage à retenir le nom des personnages et la date de leur naissance qu'à être attentifs aux raisonnements et aux concepts, avec des conséquences, on le devine, assez néfastes. Puisse le « livre-cours » ne pas en pousser d'autres sur cette voie tout en répondant aux aspirations légitimes qui, je l'espère, l'ont façonné : leur faire voir « le droit » autrement.