

# IUS COMMUNE

Veröffentlichungen des Max-Planck-Instituts  
für Europäische Rechtsgeschichte  
Frankfurt am Main

X

Herausgegeben von  
DIETER SIMON und WALTER WILHELM



Vittorio Klostermann Frankfurt am Main

1983

A. M. HESPANHA

## Savants et rustiques La violence douce de la raison juridique

1. Introduction — 2. L'historiographie traditionnelle des sources du droit et de l'organisation judiciaire au Portugal — 3. L'histoire typologique et la reconstruction du monde du droit traditionnel — 4. La pratique juridique des sociétés traditionnelles — 5. Justice traditionnelle et justice étatique — 6. Cultures juridiques orales et cultures juridiques écrites — 7. Litigiosité officielle et arbitrage — 8. La pratique juridique traditionnelle dans la littérature savante — 9. Le droit des rustiques («*privilegia et iudicia rusticorum*») — 10. La spécialité du droit des rustiques et les caractéristiques du droit traditionnel — 11. Droit savant et droit traditionnel dans le système portugais des sources de droit — 12. Les acteurs de la pratique juridique traditionnelle — 13. La répression «douce» du droit traditionnel: la charge négative du concept de «rustique» — 14. Le prestige de la «science» et des «lettres» — 15. La répression institutionnelle du droit traditionnel.

1. L'objet de cette recherche n'est point quelque chose qu'on a pu prendre ouvertement dans les sources pour la traiter, ensuite, selon les procédés «objectifs» de la grande histoire positiviste. Au contraire, le conflit dont on parlera n'émerge des documents que d'une façon indirecte, s'il y est présent, c'est plutôt sous la forme d'un déguisement, d'une absence, voire d'un refoulement.

Cette situation — pas si extraordinaire qu'on le puisse supposer, au moins dans le domaine de l'histoire des mentalités et des faits symboliques — découle du fait que les sources historiques d'où on tire les données sont, elles mêmes, engagées dans un processus de conformation de la pratique; elles constituent, pour utiliser une terminologie mise à la mode par P. BOURDIEU, des investissements symboliques d'une certaine stratégie de pouvoir. Donc, si on ne veut pas rester prisonnier de cette stratégie, lire ces sources c'est les démonter, c'est surprendre l'engagement de leurs «traductions» de la réalité, de leurs silences sur la réalité, de leurs refus de la réalité. Avant tout, ce qu'il ne faut pas faire c'est se laisser abuser par l'évidence et la spontanéité de ce qu'elles racontent et tomber dans le piège de la paraphrase.

2. Dans ce domaine de l'histoire de l'organisation de la justice sous l'ancien régime au Portugal, on éprouve le besoin de dépasser le discours explicite des sources, au moment où on constate son caractère fantasmagorique — c'est-à-dire, l'ouverte incompatibilité entre, d'une part, les exigences institutionnelles des modèles d'organisation juridique et judiciaire trouvés dans les sources légales et, surtout, doctrinaires et, d'autre part, la généralité des situations vécues. En effet, confronté aux données statistiques sur le poids des magistratures savantes au XVIIe. siècle (on pourrait même dire, jusqu'aux grandes réformes judiciaires du XIXe. siècle) — d'après lesquelles le nombre des juges forains ne représentait qu'un dixième du total des juges — on comprend tout de suite que l'ensemble du discours des juristes savants sur l'organisation judiciaire était construit sur une fiction, sinon sur un refus délibéré de la réalité. S'y ajoute aussi le discours des historiens qui, depuis le XIXe. siècle, y croient pieusement et en font la paraphrase.

En effet, l'idée couramment donnée par l'historiographie portugaise des sources juridiques — plutôt tournée vers la description des sources de droit utilisées par les tribunaux centraux et vers les problèmes doctrinaux posés à ce propos par les juristes savants — est celle d'une nette secondarisation, depuis le XVe. siècle, des coutumes et du droit local. Non seulement la législation de la cour et le droit commun auraient réglementé des zones progressivement plus élargies de la vie sociale, mais la doctrine aurait, elle aussi, subordonné en définitive la coutume à la loi, en substituant sa précédente définition comme «*tacitus consensus populi*» par une autre qui la fondait sur la «*conscientia et patientia regis*». Les XVIe. et XVIIe. siècles auraient donc été au Portugal une époque d'hégémonie ouverte des droits royal et commun, celui-ci contenu notamment dans les grandes sources du Bas Moyen Âge — la Glose, les commentaires de Bartole et, pour la dernière phase, la *communis opinio* des «modernes»<sup>1</sup>.

<sup>1</sup> L'historiographie courante des sources du droit portugais n'est pas assez attirée par l'étude du droit, coutumier ou écrit, en vigueur dans la périphérie. Les historiens du droit les plus sensibles à cette question ont été M. PAULO MERÉA [cf. Questionário sobre o direito consuetudinário português, Coimbra 1923; cette enquête sur les coutumes locales n'ayant pas eu de suite] et MARCELLO CAETANO (Monografias sobre os concelhos portugueses. Plano . . ., Lisboa 1935; plan pour travaux scolaires; cf. aussi la préface à F.-P. ALMEIDA LANGHANS, Estudos de direito municipal. As posturas, Lisboa 1938). Dans la bibliographie plus récente, les références à la coutume se situent au niveau de l'histoire de la *théorie* des sources (hiérarchisation par rapport à la loi, prescription de la coutume, conditions de validité): G. BRAGA DA CRUZ, O direito subsidiário na história do direito português. «Rev. port. hist.», 14 (1973) 242, n. 65, 290, n. 115; N. E. GOMES DA SILVA, História do direito português, Lisboa 1980<sup>2</sup>, 217 ss., 303 ss. et 415 ss. L'étude de l'agencement *pratique* des sources n'y est pas, en général, envisagée.

Sur le plan de l'administration de la justice, la vision est similaire. À partir du XVe. siècle, la progressive intervention de la justice royale — par l'intermédiaire des juges forains et des corregidores — aurait provoqué la substitution des justices autonomes des communes et des seigneuries. Le déploiement de cet appareil de la justice royale aurait provoqué l'élargissement du champ d'application du droit de la cour (*ius proprium*) et du droit savant (*ius commune*), surtout après 1539 pour ce dernier, date d'une loi qui exige des corregidores et des juges forains des études élargies de droit<sup>2</sup>.

Et, en vérité, tout se combina pour que cette vision puisse feindre la réalité.

D'une part, sur le niveau politico-idéologique, s'affirme la permanence dans l'historiographie portugaise du mythe de la «centralisation du pouvoir royal», utilisé par l'historiographie du siècle dernier, soit pour vanter l'action des rois visant la correction des «abus féodaux» et la protection du troisième état (traduisant dans le contexte politique du XIXe. siècle les efforts de légitimation historique du pouvoir «modérateur» du roi, prévu par la Charte Constitutionnelle de 1826), soit pour expliquer la décadence d'un pays qui aurait été vidé de sa dynamique locale et citoyenne par les desseins politiques d'une cour monopolisatrice, lointaine et immobiliste.

D'autre part, et maintenant sur le terrain plus particulier de l'idéologie et de la dogmatique des juristes, cette idée d'une expropriation des pouvoirs locaux par le centre semblait un processus naturel à ces esprits pour lesquels la séparation entre l'État et la société civile, le monopole des compétences délibératives par le pouvoir central et, en conséquence, l'assignation à la périphérie de compétences platement exécutives, constituaient les inéluctables éléments d'un processus historique nécessaire (et désirable) d'épanouissement d'une raison naturelle dans le domaine de l'organisation politico-administrative. Si, au Portugal, ce processus s'était précocement réalisé, autant de raisons pour s'en réjouir.

Mais, à côté de ces ingrédients idéologiques, l'état des sources favorisait lui aussi une telle orientation historiographique.

D'une part, l'organisation de la vie juridique locale — basée sur l'oralité — ne pouvait se défendre efficacement contre l'oubli. Les coutumes ont été rarement rédigées; de la fin du XIVE. siècle on connaît une douzaine de rédactions de coutumes<sup>3</sup>; mais, évidemment, cela ne doit correspondre qu'à

<sup>2</sup> V. *infra* n. 11.

<sup>3</sup> Sur les rédactions des coutumes municipales, N. E. GOMES DA SILVA, *História...* p. 218 ss; A. ALMEIDA COSTA, *Estatutos municipais, Dicionário de história de Portugal*, Lisboa 1963-1971.

une partie très réduite du droit coutumier. Le reste s'est perdu malgré la disposition expresse de la loi sur la rédaction des coutumes locales (Ord. Af., I, 27; Ord. Man., I, 46; Ord. Fil., I, 66, 28), ou est encore inédit dans les livres de procès-verbaux des séances des conseils communaux. Quant aux arrêts des juges locaux, la partie la plus importante n'a pas même été mise par écrit, car les *Ordenações* promouvaient la simplicité et l'oralité de la procédure des tribunaux locaux en se contentant du registre de la décision finale tenu par le greffier<sup>4</sup>, ce qui nous empêche, aujourd'hui, de connaître la *ratio decidendi* et l'argumentation du juge. Pour ce qui est des arrêts écrits, la quasi totalité reste encore inédite; mais leur publication ne nous permettrait pas non plus une connaissance suffisante de la méthode de raisonnement du juge illettré, car — contre la règle valable en général pour le droit portugais<sup>5</sup> — le juge non savant n'était pas obligé de motiver sa décision.

Si, au plan des sources de recherche, l'historiographie traditionnelle a eu des raisons d'ignorer le droit local et le labeur des magistratures populaires, à ces raisons s'ajouta l'image que la littérature de l'époque a donnée de ce monde juridique marginalisé.

La doctrine des XVII<sup>e.</sup> et XVIII<sup>e.</sup> siècles n'est pas très loquace sur la pratique de ce monde juridique local. Les principaux juristes portugais sont, en effet, des gens du monde du droit royal ou érudit — professeurs à l'université, juges des tribunaux supérieurs (*desembargadores*) ou avocats à la cour; de toute façon, des lettrés et des officiers du roi<sup>6</sup>. Plusieurs parmi eux avaient fait leur carrière en province; et quelques uns se souviennent des questions alors vécues<sup>7</sup>. Mais, par la suite, leur vision de la vie juridique locale est déjà influencée par leur formation universitaire ou par la situation professionnelle et politique où ils se trouvaient en tant que fonctionnaires du roi. Non seulement leur attention n'est pas attirée par les magistratures locales, mais aussi, quand ils en parlent — par exemple à l'occasion du commentaire du livre I des *Ordenações*, — ils utilisent presque seulement les sources littéraires du droit commun, étrangères à la réalité portugaise, et

<sup>4</sup> Ord. Man. 1, 44, 43/45; 1, 64/69; Ord. Fil. 1, 65, 7/23/25/73.

<sup>5</sup> Ord. Man. 3, 50, 6 pourtant, Ord. Fil., 3, 66, 7; sur la règle portugaise de la motivation des arrêts (contraire à celle du droit commun), J. M. SCHOLZ, *Literaturgeschichtliche und vergleichende Anmerkungen zur portugiesischen Rechtsprechung im Ancien Régime*, «Rev. port. hist» 14, 1973, p. 125 ss.; et *Motiva sunt pars sententiae*. Atti del terzo Congresso della Soc. It. St. Dir., Firenze 1976, II, p. 581 ss.

<sup>6</sup> L'historiographie du corps de juristes portugais de l'ancien régime reste à faire; indications bio-bibliographiques, DIOGO B. MACHADO, *Bibliotheca lusitana*. 1741-1759.

<sup>7</sup> Par exemple, JOAO PEDRO RIBEIRO, *Três relações de alguns pontos de direito... sendo juiz de fora em Pinhel*, Lisboa 1643.

reproduisent des formules doctrinaires stéréotypées<sup>8</sup>, sous lesquelles on devine à peine la nature et la dynamique de la vie juridique locale. Les communes (*concelhos*) portugaises, leur droit et leurs magistrats apparaissent dans ces sources déguisés en municipes romains ou en villes italiennes du trecento. Et si la réalité locale portugaise est si frappante qu'elle suscite une remarque particulière, celle-ci est normalement dominée par l'optique du juriste érudit qui tend à dévaluer la réalité juridique autonome des communes, en la caractérisant comme une situation d'absence ou de méconnaissance du droit et jamais comme une situation de présence d'un autre ordre juridique, différent et alternatif de l'ordre juridique érudit. Sous cette perspective, par exemple, la caractéristique dominante des juges locaux ne peut être que l'*ignorantia*, la *rusticitas* ou l'*imperitia*, puisque le standard de la culture juridique n'est pas le droit local, mais le droit royal ou érudit<sup>9</sup>.

3. Si on refuse les assomptions de cette historiographie — comme on doit le faire si on veut avoir dans ce domaine une vision du passé valable pour des aires qui dépassent la cour et les quelques villes où on avait une justice savante — on prend, cependant, la lourde charge de substituer au discours fantasmagorique des sources sur l'omniprésence et la normalité (soit dans le sens statistique, soit dans le sens axiologique) d'une justice lettrée et d'un droit savant, une description historique de la vie juridique réelle hors des grands centres.

Basée sur l'oralité, refoulée par les sources écrites, la justice périphérique partage, en effet, le sort de tous ces phénomènes sociaux minoritaires et réprimés, dont le repérage sociologique ou historique pose des problèmes méthodologiques sérieux.

Dans ces domaines, le progrès de la connaissance exige qu'on ait recours à des moyens épistémologiques alternatifs pour combler les lacunes laissées par les méthodes traditionnelles. Comme hypothèse de travail, j'ai essayé une lecture symptômale des sources guidée par une référence à des modèles typiques d'organisation de la pratique juridique développés par l'anthropologie et la sociologie juridiques, lecture qui me permettra de déchiffrer, sous la surface du discours juridique savant, des réalités pratiques à peine évoquées.

<sup>8</sup> Apparemment due à la routine ou au pédantisme des juristes, cette utilisation des formules stéréotypées de la littérature juridique classique n'est pas innocente du point de vue idéologique. V., dans ce sens, P. COSTA, *Iurisdictio. Semantica del potere politico nella pubblicistica medievale (1100-1433)*. Milano 1969, 202 ss.

<sup>9</sup> V. *infra* n. 6.

À cet effet, j'ai utilisé une typologie qui, depuis M. Weber, est assez répandue, mais que des études récentes d'anthropologie et de sociologie du droit ont pu, soit confirmer dans leurs traits majeurs, soit décharger de tout le normativisme jusqu'à nos jours usité dans la tradition weberienne<sup>10</sup>.

<sup>10</sup> Il est important de compléter les précisions données, par exemple, par BOAVENTURA S. SANTOS, *O discurso e o poder. Ensaio sobre a sociologia da retórica jurídica*. Coimbra 1980, 50<sup>66</sup>, sur les conditions d'utilisation des «types idéaux» weberiens (i. e., sa fonction plutôt heuristique et «factorielle»), avec un explicite refus de la normativité qui enveloppe certaines lectures de Weber, notamment celles de T. Parsons et, plus récemment, de N. Luhmann. En effet, si on utilise ici la contraposition entre formes typiques d'organisation juridique et judiciaire, on ne prétend nullement hiérarchiser ces types, moins encore les prendre comme des paliers successifs d'un processus de «modernisation» civilisationnelle ou de «rationalisation» progressive (et désirable) de la vie sociale. Dans ce sens, l'utilisation de M. Weber devient légitime même pour une pensée critique, voire pour une orientation qui se réclame du marxisme. En effet, après quelques décennies d'utilisation idéologique — comme «le démenti le mieux fondé du matérialisme historique», selon l'avis de T. PARSONS (dans son étude sur l'éthique protestante et l'esprit du capitalisme, dans: *Capitalism in recent german literature*, «*Journal of political economy*», 37 (1929) 40) — et d'une correspondante incompréhension du côté de la pensée marxiste, d'une façon générale dogmatique et mécaniciste, de la période d'entre les deux guerres (cf., v. g., GEORG LUKÁCS, *Die Zerstörung der Vernunft*, Berlin 1955, maxime, 474-488; HANS MAYER, *Die Krise der deutschen Staatslehre von Bismarck bis Weimar*, dans «*Karl Marx und das Elend des Geistes*», Meissenheim 1948, 48-75) — l'œuvre de M. Weber mérite aujourd'hui l'attention des plus divers courants de pensée. D'une part, les courants systémiques, qui rapprochent de l'idée d'auto-régulation des systèmes l'idée d'équilibre ou de cohérence interne des types idéaux weberiens et qui pensent avoir en commun avec Weber une perspective comparatiste et anti-historique (anti-génétique) des systèmes sociaux (v. g., TALCOTT PARSONS, *Societies, evolutionary and comparative perspectives*, Englewood/Prentice Hall 1966). Voisins, mais plus attirés par une perspective neo-évolutionniste, les auteurs qui cherchent à identifier des «paliers» historiques d'évolution des sociétés humaines (v. g., R. BENDIX, *Nation-building and citizenship*, New York 1964; *Kings or people. Power and mandate to rule*, Berkeley 1978), pour aboutir à une théorie de la «modernisation» (dans un sens, parfois, nettement normatif ou même orienté vers une «technique de modernisation sociale» exigée par les problèmes posés, surtout après la guerre, par le développement social du troisième monde) cf. sur ce point, G. ROTH, *Sociological typology and historical explanation*, dans R. BENDIX et G. ROTH (eds.), *Scholarship and partisanship*, Berkeley 1971). Enfin, la pensée marxiste qui, libérée aujourd'hui d'un économicisme et d'un monocalisme étroit, est en mesure d'incorporer l'héritage d'un théoricien de la société qui n'était pas sans rapports avec la pensée marxiste.. Le legs weberien est, donc, évident — sinon déjà dans l'œuvre de Gramsci (il y a un certain parallélisme entre sa contraposition de «domination» et «hégémonie» et la distinction weberienne entre «pouvoir pur» [Macht] et «domination» [Herrschaft] —, sûrement dans le marxisme français des années soixante, notamment dans l'œuvre de N. Poulantzas, où le thème weberien de la légitimation joue un rôle central. On a même affirmé déjà que «l'ensemble de la sociologie de la religion de Weber est compatible, sans difficulté, avec les schèmes marxistes» (G. LICHTHEIM, *Marxism. An historical and critical study*, New York 1961, cit. par G. ROTH, *The historical relationship to marxism*, dans R. BENDIX et G. ROTH, *Scholarship . . .*, cit., 229). Sur les rapports actuels entre la sociologie de M. Weber et le marxisme, en plus de l'étude de G. Roth qu'on vient de citer (synthèse impressive des relations entre Weber, lui-même, et la tradition

Je me réfère à la distinction entre sociétés dominées par une matrice traditionnelle de distribution du pouvoir (*traditionale Herrschaft*) et celles dominées par un système politique de nature legal-rationnel (*rationale Herrschaft*). Distinction qui, dans la plus récente littérature, s'exprime aussi sous la forme d'une opposition entre sociétés «pré-rationnelles» et «rationnelles», «traditionnelles» et «modernes», «paysannes» et «capitalistes».

4. Dans le domaine du droit, le contraste entre ces deux types d'organisation sociale (auquel se rattache une dualité d'organisation symbolique) a été décrit par une série déjà longue de travaux, dus surtout aux anthropologues<sup>11</sup>. D'après Boaventura de Sousa Santos — qui a utilisé les outils théoriques de ces courants lors d'une recherche sur le droit «non officiel» des *favelas* de Rio de Janeiro<sup>12</sup> —, les caractères distinctifs de la pratique juridique de ces sociétés marginalisées de notre temps (dont les structures et pratiques culturelles et symboliques gardent des rapports assez étroits avec celles des sociétés traditionnelles) se laissent décrire comme suit.

marxiste — Weber a été considéré comme marxiste par quelques uns de ses contemporains, v. g., E. TROELTSCH, et la critique qu'il fait au marxisme atteint difficilement l'interprétation de Marx aujourd'hui dominante), K. LÖWITH, *Max Weber und Karl Marx /1932/*, dans D. WRONG (ed.), *Max Weber*, Englewood/Prentice Hall 1970; J. KOCKA, *Karl Marx und Max Weber. Ein methodologischer Vergleich*, dans «Zeitschrift für die gesamte Staatswissenschaft», 122 (Avril 1966) 328-57; J. JANOSKA-BENDL, *Methodologische Aspekte des Idealtypus. Max Weber und die Soziologie der Geschichte*, Berlin 1965; V. M. BADER, J. BERGER et alii, *Einführung in die Gesellschaftstheorie. 2: Gesellschaft und Staat bei Marx und Weber*, Frankfurt/Main-New York 1976. Récemment, sur la place de M. Weber dans la réflexion sociologique contemporaine, en plus de R. BENDIX et G. ROTH, *Scholarship...*, cit., W. SCHLUCHTER, *Max Webers Gesellschaftsgeschichte, Versuch einer Explikation*, «Kölner Zeitschrift für Soziologie und Sozialpsychologie» 30 (1978) 438-68; R. PREWO, *Max Webers Wissenschaftsprogramm*, Frankfurt am Main 1979 (avec des importantes indications bibliographiques); et, encore, les pages dédiées à Weber par A.-J. ARNAUD, dans *Critique de la raison juridique*, Paris 1982.

<sup>11</sup> V. g., L. FALLERS, *Law without precedent: legal ideas in action in the courts of colonial Busoga*, Chicago 1969; M. GLUCKMANN, *Politics, law and ritual in tribal society*, Oxford 1965; *The ideas in Barotse jurisprudence*. New Haven 1965; L. NADER (ed.), *Law in culture and society*, Chicago 1969; M. B. HOCKER, *Legal pluralism. An introduction to colonial and neo-colonial law*, Oxford 1975; en général, v. la vaste bibliographie citée par BOAVENTURA DE SOUSA SANTOS, *O discurso e o poder. Ensaio sobre a sociologia da retórica jurídica*, Coimbra 1980, et G. SPITTLER, *Streitregelung im Schatten des Leviathans. Eine Darstellung und Kritik rechtsethnologischer Untersuchung*. «Zeitschrift für Rechtssoziologie», 1 (1980) 4 ss. V. encore les textes publiés par L'U.N.E.S.C.O., dans le cadre des «Réunions d'experts pour examiner les premiers résultats de recherches sur les conditions du transfert des connaissances» (Venise, 26-30 juin 1978).

<sup>12</sup> BOAVENTURA DE SOUSA SANTOS, *Law against law: legal reasoning in Pasargada law*, Cuernavaca 1974.

I. Les conflits ont, en général, un caractère trans-individuel, ne se réduisant pas à une affaire purement privée; au contraire, la communauté se montre comme engagée dans les différends de ses membres, ce qui s'explique au regard de la force des solidarités qui découlent du caractère fortement collectiviste de la vie sociale. De plus, la nature traditionnelle et immanente (c'est-à-dire, non volontariste et arbitraire) de l'ordre juridique fait de chaque conflit sur le droit une affaire qui dépasse le niveau simplement technique pour devenir une mise en question des fondements (considérés comme indisponibles) de la vie sociale. En d'autres mots: l'ordre juridique n'étant pas le produit arbitraire d'une volonté (individuelle ou collective), mais le produit d'une tradition sociale presque sacrée, l'acte anti-juridique devient, plutôt qu'une simple «contravention», un défi aux règles fondamentales de la vie en commun. C'est ce caractère trans-individuel des différends qui explique, d'un côté, la fluidité des frontières entre le droit (*ius*), la morale (*fas*) et la coutume (*mos*) et la référence, permanente dans le discours juridique traditionnel, à des standards éthiques de conduite («*praecepta iuris sunt haec: honeste vivere, alterum non laedere, suum cuique tribuere*»)<sup>13</sup>; d'un autre côté, l'indistinction entre les sanctions «pénales» et les sanctions «civiles» — d'où découlent soit la «pénalisation» de questions aujourd'hui nettement civiles (comme, v. g., la prison pour dettes) ou la «civilisation» de questions maintenant de nature pénale (v. g., l'admission de formes purement privées de réparation pénale). Ce caractère fondamental de chaque différend explique, en plus, l'intervention active du tribunal et de la société elle-même (par le moyen de ses éléments les plus respectés — les *honoratores*, les vieux) dans la quête d'un équilibre entre les intérêts conflictuels qui puisse résoudre le conflit d'une façon durable<sup>14</sup>.

II. Une deuxième caractéristique est constituée par la faiblesse des moyens coercitifs institutionnalisés, ce qui explique que la résolution des conflits se fonde sur une «violence douce» du discours, orientée vers l'obtention d'un consensus qui permette, non seulement de satisfaire momentanément les intérêts, mais aussi de trouver un équilibre stable. On atteint cet objectif par des moyens divers. D'une part, par un grand investissement rhétorico-argumentatif et même émotionnel, visant à produire les bases du consensus; le discours juridique s'équipe de tous les lieux rhétoriques sur lesquels un accord existe, mobilise toute la richesse émotionnelle et topique

<sup>13</sup> D. 1, 1, 10, 1.

<sup>14</sup> Cf. BOAVENTURA DE SOUSA SANTOS, O discurso e o poder . . . , cit., 17 ss.; les considérations du texte suivent les conclusions de cet auteur.

et, loin d'isoler la question dans un étui technique et abstrait (neutre, du point de vue des conventions collectives), favorise en permanence sa liaison avec d'autres registres axiologiques de la vie sociale, en cherchant à mettre en évidence le caractère socialement indispensable (et, donc, les devoirs des parties dans ce sens) de l'obtention d'un agrément. D'autre part, la stratégie même de la décision doit faciliter l'accord des parties; dans ce sens, la décision doit être, non une décision *adjudicatoire*, mais une décision médiatrice<sup>15</sup>, fondée sur des concessions et des gains mutuels.

III. Troisième caractéristique, le faible degré d'institutionnalisation des instances de décision des questions juridiques. Cette caractéristique peut être concrétisée dans les traits suivants. D'abord, le caractère «non séparé» des institutions juridictionnelles, intégrées ou présidées non par des officiers de carrière, professionnalisés, choisis en fonction de leurs qualifications techniques, mais par des gens investis d'un prestige social antérieur à leur désignation comme juges et exerçant ces fonctions à côté d'autres fonctions sociales, dépourvus de formation technique et choisis pour leur prestige social préalable (*honoratiores*, notables). Après, le caractère non technique du langage juridique ou, au moins, le fait que sa faible technicité ne provoque pas la distanciation entre le tribunal et son auditoire<sup>16</sup>, en permettant, donc, un contrôle et une participation publique à la procédure et, enfin, au jugement. Troisièmement, la «simplification» des procédures, ce qui traduit, plutôt qu'une vraie «simplification», un essai de rapprocher les démarches judiciaires des rituels et formalités communs à d'autres domaines de la vie sociale, en excluant tous les protocoles où la fonction est sacrifiée à la forme ou, encore plus explicitement, où la solution socialement évidente et juste est abandonnée par des raisons «formelles» (v. g., fixation définitive de l'objet du procès avec la *litis contestatio*, normes tarifées d'appréciation de la preuve, perte des droits matériels par l'écoulement des délais ou par la non réalisation de certains actes de procédure). Enfin, le caractère omni-compréhensif du discours juridique, dans lequel la question juridique ne se distingue pas de la question vécue; c'est-à-dire, dans lequel on n'aboutit jamais à la construction d'un spécifique objet du procès. Ce qui explique, notamment, cette incapacité, souvent constatée, de contention des membres des communautés traditionnelles devant les limitations rigoureuses de l'objet du procès imposées par la pratique judiciaire contemporaine<sup>17</sup>.

<sup>15</sup> Sur ces concepts, BOAVENTURA DE SOUSA SANTOS, O discurso e o poder . . . , cit., 21 n. 19.

<sup>16</sup> BOAVENTURA DE SOUSA SANTOS, O discurso e o poder . . . , cit., 34 ss.

<sup>17</sup> BOAVENTURA DE SOUSA SANTOS, O discurso e o poder . . . , 26 ss.

5. L'antagonisme entre les pratiques juridiques traditionnelles et celles qui se sont développées au sein de l'État contemporain ne doit pas faire perdre de vue, au moins dans les sociétés où les pratiques juridiques des deux sortes coexistent, qu'entre elles se produisent des rapports qui ne sont pas d'opposition totale. En effet, soit la loi, soit les formalités du procès savant peuvent être reçues par le droit traditionnel; cependant, cette réception modifie désormais les règles de son utilisation au sein du discours juridique. La loi ou la formule doctrinale n'y est plus critère décisif et autoritaire pour «l'invention» de la solution juridique, mais seulement un topique à côté des autres, dans un système argumentatif dont la stratégie est maintenant dominée par la préoccupation d'atteindre un accord. Ce qui se passe avec la loi, se passe d'ailleurs avec les formules et les actes du procès savant, quant ils sont appliqués dans le contexte du procès traditionnel<sup>18</sup>. Un fait et l'autre s'expliquent par la dominance, dans ces sociétés dualistes (sous ce point de vue) d'un modèle légal-rationnel de légitimation du pouvoir, auquel appartient la croyance au caractère décisif de la forme juridique écrite, soit au niveau des normes, soit au niveau de la procédure<sup>19</sup>. La référence au droit écrit se rapporte alors<sup>20</sup> à la nécessité de «créer une atmosphère d'officialité et de normativité» qui facilite l'acceptation de la solution. De plus, la forme écrite facilite l'idée de distanciation entre le tribunal et les parties et renforce, de cette façon, cette autre idée moderne selon laquelle la réalisation de la justice exige l'hétéronomie de l'organe décideur<sup>21</sup>.

Ces rapports entre les deux types de pratiques juridiques ont même amené certains à soutenir la thèse selon laquelle le développement de la justice traditionnelle (des *dispute institutions*) suppose la coexistence d'une justice institutionnalisée sous la forme étatique (des *courts*), sous la menace de laquelle (et avec les bribes procédurales de laquelle) on agirait dans les tribunaux traditionnels<sup>22</sup>.

<sup>18</sup> G. SPITTLER, *Streitregelung . . .*, cit., 6.

<sup>19</sup> M. WEBER, *Wirtschaft und Gesellschaft . . .*, cit., II, 703 ss.

<sup>20</sup> BOAVENTURA DE SOUSA SANTOS, *O discurso e o poder . . .*, cit., 19.

<sup>21</sup> *Op. cit.*, 34.

<sup>22</sup> Telle est la thèse de G. SPITTLER (*Streitregelung . . .*, cit., 4-32) qui explique la diffusion, dans certaines sociétés, d'institutions non judiciaires (*nichtgerichtliche Institutionen*, *dispute institutions*) à partir, non de leur caractère universel (thèse universaliste) ou de leur liaison à un certain style culturel (thèse culturaliste), mais de sa dépendance par rapport aux institutions judiciaires. La thèse centrale de cet article est celle selon laquelle la grande expansion et le succès des institutions judiciaires non officielles, dernièrement étudiées par les ethnologues, se rapportent à l'existence des tribunaux étatiques, en ce sens que les communautés traditionnelles auraient besoin d'éviter l'auto-défense sans tomber

Il serait toutefois erroné de partir de ces dernières considérations vers une conception selon laquelle la justice traditionnelle et la justice étatique s'intégreraient, de façon harmonieuse et complémentaire, au sein d'un système global de résolution de différends; ou, comme les sources historiques savantes le laissent souvent supposer, selon laquelle la «division du travail» entre elles découlerait d'une *décision* du législateur qui, sagement, laisserait aux peuples le jugement des menues questions, avec la visée de, à la fois, préparer les décisions des cours supérieures (organisées selon les règles de la procédure savante) et de les débarrasser d'une partie de leur fardeau. Au contraire, quoique ces deux mondes ne soient pas cloisonnés, leurs rapports sont toujours conflictuels et les échanges qui surviennent se font toujours au prix de conversions fonctionnelles des éléments reçus; de telle façon que, plutôt que de continuité entre eux, on doit parler de rupture et de conflit, bien que ces derniers soient déguisés<sup>23</sup>.

Mais, surtout, la justice traditionnelle ne se conforme jamais à la situation de «première instance» de la justice étatique, car elle n'accepte pas volontiers le modèle d'une structure judiciaire et procédurale souvent antithétique.

En effet, les tribunaux étatiques diffèrent des traditionnels, soit sur le plan du droit de procédure, soit sur le plan du droit matériel. Sur le plan du droit matériel, par leur attachement à des normes juridiques traditionnelles différentes des normes du droit officiel et savant. Sur le plan du droit de procédure, il y a des règles de la procédure savante qui sont aux antipodes de l'organisation du procès traditionnel: d'abord, l'utilisation d'un langage technique, *maxime*, du latin; deuxièmement, les règles sur l'intervention des parties dans le procès (besoin de représentation par avocat ou procureur judiciaire, limitation du droit de parole); troisièmement, la structure des moyens de preuve (prédominance de la forme écrite) et le système des sanctions (émergence de sanctions de type pénal — v. g., prison —, en substitution aux sanctions de nature «privatiste», ne visant que la réparation de l'offensé). Tout ceci faisait du procès écrit quelque chose d'étranger, à laquelle les parties n'adhéraient pas et à laquelle elles essayaient d'échapper.

dans le champ d'action des cours officielles, pour lesquelles il y aurait une profonde antipathie. D'où l'explication du titre de l'article — la justice autonome se développerait à l'ombre (ou sous la menace) de la justice du Leviathan.

<sup>23</sup> Pour une analyse similaire des rapports entre la culture orale et la culture écrite, v. l'article, très riche du point de vue théorique, de H. BÄUML, Varieties and consequences of medieval literacy and illiteracy, «Speculum. A journal of medieval studies», 35 (1980) 237 ss.

6. Ce qui vient d'être dit sur l'opposition entre justice et pratique juridiques traditionnelles et celles étatiques pourrait être enrichi par une référence à une problématique théorique voisine — celle des différences entre cultures (et, donc, cultures juridiques) orales et écrites.

En effet, il existe aujourd'hui un important travail de réflexion qui, en rompant avec l'idée de l'homologie entre l'expression écrite et l'expression orale, cherche à saisir les traits caractéristiques des cultures sans écriture ou, autrement dit, essaie de surprendre les formes et les procédés culturels et intellectuels que seule l'écriture a rendus possibles ou reproductibles à une large échelle. Tels qu'elles ont été énoncées par l'auteur à qui revient le mérite des développements les plus importants dans cette voie<sup>24</sup>, les caractéristiques des cultures orales correspondent aux grands traits de ce qu'on a appelé la pratique juridique traditionnelle.

Tout d'abord, le caractère «traditionnel» et, en même temps, flexible de la culture. Dépourvues de textes qui puissent devenir des éléments canoniques fixes, les cultures orales vivent d'une tradition qui se transmet de bouche à oreille et qui, à chaque acte de transmission, se modifie, soit par l'incorporation de nouveaux éléments qui font désormais corps avec les anciens, soit par l'oblitération discrète des éléments anciens qui ne sont plus d'actualité. La culture orale est, donc, une culture successivement éphémère, dénuée de l'écart historique, dans laquelle le présent et les successives tranches du passé se trouvent nivelées dans une tradition anhistorique. Ce fait, qu'on peut vérifier en général pour toutes les aires de la culture, peut aussi être relevé dans le domaine spécifique de la culture juridique. Le caractère additif des ordres juridiques pré-modernes, où les normes anciennes coexistent avec les plus récentes, l'incessante intégration du droit nouveau dans l'ancien, la modification non explicitée des textes traditionnels (cf. les interpolations), l'efficacité juridique de l'us et la désuétude du droit, voilà autant de traits de la culture juridique (parfois même de la culture juridique déjà écrite) qui se rapportent à ce qu'on a dit sur les cultures orales; quelques uns de ces traits persistent dans la tradition juridique européenne pendant toute la période du droit commun.

Deuxièmement, l'impossibilité d'une pensée analytique. En effet, le traitement analytique du discours n'est possible que devant un texte écrit. Seul

<sup>24</sup> J. GOODY, *The domestication of the savage mind*, Cambridge 1977; J. GOODY et IAN WATT, «The consequences of literacy», *Comparative studies in history and society*, 5 (1963). Sur son œuvre, v. la préface de la traduction française de son livre (*La raison graphique*, Paris 1979), de J. BAZIN et A. BENSA.

le texte écrit permet de scinder et de «décontextualiser» chaque élément du discours, de vérifier sa liaison objective avec les autres, de tester son utilisation dans des moments successifs du discours. De ce fait, les procédés intellectuels de la définition, de l'élaboration de règles abstraites, de listes, de tableaux et de formules, etc., ne sont devenus possibles que dans les cultures écrites. Dans les cultures orales, ces démarches mentales sont remplacées par d'autres, moins exigeantes quant au degré d'abstraction et de généralisation, parmi lesquelles on compte le raisonnement par exemples, c'est-à-dire, l'organisation du discours (et du processus mental) autour d'un modèle ou paradigme concret, où tout le contexte vital et historique est présent et à partir duquel on progresse par des comparaisons et distinctions, sans qu'aucune réduction ou disséction analytique soit faite. Dans le domaine du droit, ce fait pourrait expliquer l'expansion de procédés argumentatifs et logiques de type concrétisateur (précédents, exemples) dans les mécanismes traditionnels de la *Rechtsfindung*, procédés qui, eux aussi, contaminent la pensée juridique savante. Cette différence entre les rouages intellectuels des cultures écrites et ceux des cultures orales contribue aussi à l'explication de l'inaccessibilité du discours juridique érudit — ancré sur les procédés logico-intellectuels de la culture écrite (v. g., glose, commentaire, citation, classification, définition) — aux membres d'une culture juridique orale.

Troisièmement, l'insertion du discours dans un climat émotionnel et affectif, provoqué par l'impossibilité de distanciation, dans le discours parlé, entre le locuteur et ce qui est dit. L'auditoire est, dans le discours oral, beaucoup plus soumis à la manipulation émotionnelle du locuteur; la rhétorique (par opposition à la logique et à la dialectique) est justement l'art de faire appel au consensus sur la base, non de la validité de ce qui est dit, mais sur l'expressivité de l'action de dire. Dans le domaine du droit, ce fait non seulement explique le rôle de la «rabula» (c'est-à-dire, le discours — de l'avocat — dirigé vers la manipulation émotionnelle et dramatique de l'auditoire) comme le confirme, sous une perspective complémentaire, ce qu'on a déjà dit sur les incessantes références du discours à des registres culturels et sociologiques extra-juridiques.

En dernier lieu, le caractère spécifique de la preuve dans les cultures orales. En contraste avec les cultures écrites, où le document écrit occupe un rôle probatoire fondamental lié à sa permanence et à sa fixité (*verba volant, scripta manent*), la mémoire de la culture orale repose sur le témoignage; mais un témoignage qui, parce qu'il ne peut pas être confirmé autrement, est cru sur la base de son autorité. Un témoignage, donc, qui ne vaut pas par

la vraisemblance de ce qu'on témoigne, mais par la crédibilité de qui témoigne ou par le caractère sacré de sa forme (v. g., serment). Il ne faut pas souligner le rapport entre ce qu'on vient de dire et, d'une part, les procédés probatoires de la procédure traditionnelle (dont certains se sont prolongés dans la procédure écrite); et, d'autre part, avec l'origine de l'argument de l'autorité, sous l'emprise duquel la culture juridique est restée jusqu'au moment où elle a pu finalement dominer les techniques d'authentification appartenant à l'univers du discours écrit (argumentation analytique, arguments «rationnels»).

Aussi les mondes de la culture orale et de la culture écrite ne se trouvent pas cloisonnés, notamment car la tradition orale peut se maintenir au sein d'une culture déjà dominée par l'expression écrite. On doit cependant tenir compte, ici encore, que la réception des traditions orales dans une culture écrite n'est possible que sous la condition de leur profonde reconversion, soit en ce qui concerne le contenu, soit quant à leur rôle dans le système de communication sociale. En effet, la tradition orale perd son rôle d'«encyclopédie culturelle de la société» (HAVELOCK) et devient un sous-système marginalisé, qui ne constitue un cadre culturel de référence que pour les couches illettrées; en outre, au moment où elle est partiellement incorporée à la tradition écrite, la tradition orale est soumise à un travail de triage et de traduction qui la rend compatible avec les principes structuraux, les besoins et les intérêts de la culture écrite. Dans le domaine du droit, ce fait explique, par exemple, le caractère apparemment fragmentaire des rédactions des coutumes.

De surcroît — et pour en finir avec ce sujet —, les frontières entre la culture orale et la culture écrite doivent être tracées compte tenu du fait que tous ceux qui ne savent pas lire n'appartiennent pas forcément au monde de la culture orale. Par contre, beaucoup d'entre eux participent à la culture littéraire en ayant recours à quelqu'un qui sache lire et écrire. C'est, par exemple, le cas des juges illettrés qui utilisent éventuellement la médiation de l'assesseur pour juger selon le droit savant<sup>25</sup>.

7. Les études sur la litigiosité sous l'ancien régime<sup>26</sup>, quoique souvent vouées à la litigiosité des cours supérieures (donc, au monde du droit savant),

<sup>25</sup> V., sur cette problématique des rapports entre culture orale et culture écrite, l'article de H. BÄUML cité dans la note 23 (*Maxime*, 239).

<sup>26</sup> Les études sur la litigiosité dans l'ancien régime sont aujourd'hui abondantes. En France, les études pionnières de NICOLE CASTAN, notamment, *Les criminels de Languedoc. Les exigences d'ordre et les voies du ressentiment dans une société pré-révolutionnaire*

ne cessent pas de confirmer ces perspectives sur l'irréductibilité et la spécificité du droit populaire traditionnel.

(1750-1790), Toulouse 1980; Justice et répression en Languedoc à l'époque des lumières, Paris 1980; mais encore P. DAURICOURT, La criminalité et la répression au Parlement de Flandres au XVIIIe. siècle (1721-1790), Lille 1912, A. ABBIAECI, F. BILLACOIS et alii, Crimes et criminalité en France, XVIIe., XVIIIe., Paris 1971; M.-M. MURACCIOLE, La criminalité dans la sénéchaussée de Rennes 1974 (mém. de maîtrise), D. MARTIN, Justice parisienne et justice provinciale au XVIIIe. siècle: l'exemple de l'Auvergne, «Bull. Soc. Hist. Moderne» 2 (1976) 5-12; LECUIR, «Criminalité» et «moralité». Montyon, statisticien du Parlement de Paris, «Rev. hist. mod. contemp.» 25 (1974) 445-493; B. SCHNAPPER, La litigiousité en France au XIXe. siècle, «Annales. E. S. C.» 34 (1979) 399-419; et encore d'autres travaux sur la vie judiciaire, quoique plus centrés sur l'étude des juristes (R. Fédou, B. Guénee, L. Martines, etc.). C'est, cependant, la littérature anglo-saxonne qui a produit le travail principal dans ce domaine; quelques uns de ses travaux portent sur la péninsule ibérique. Avant tous, le beau livre de RICHARD L. KAGAN, Lawsuits and litigants in Castille. 1500-1700, Chapel Hill 1981 (qui, avec le livre précédent de l'auteur, Students and society in early modern Spain, Baltimore 1974, fournit un panorama assez significatif de la pratique juridique castillane à l'époque moderne); après, J. S. COCKBURN, A history of english assizes, 1558-1714, Cambridge 1972; de plus, JOHN DICKINSON, L'activité judiciaire d'après la procédure civile. Le Bailliage de Falaise, 1669-1790, «Revue d'histoire économique et sociale» 84 (1976) 145-68; J. F. PERNOT, L'activité de la chambre de comptes à Paris à l'époque moderne. «Revue d'histoire moderne et contemporaine» 26 (Oct.-Déc. 1979) 612-37; R. L. KAGAN, Pleytos y poder real: La chancelleria de Valladolid. 1500-1700, «Cuadernos de investigación histórica» 2 (1978) 291-316, THOMAS L. HASKELL, Litigation and social status in seventeenth century New Haven, «Journal of legal studies» 7 (1978) 219-42, ROBERT A. KAGAN, BLISS CARTWRIGHT, LAWRENCE M. FRIEDMANN, STANTON WHEELER, The business of State Supreme Courts, 1870-1970, «Stanford Law Review» 30 (1977) 121-56, M. HASTINGS, The Court of Commons pleas in fifteenth-century England, Ithaca 1947, CHARLES W. IVES, The common lawyers in pre-reformation England, «Transactions of the Royal Historical Society» 18 (1968) 145-73, RICHARD HELMHOLZ, Marriage litigation in fifteenth century England, Cambridge 1974, W. J. JONES, The Elisabethan Court of Chancery, Oxford 1967, C. W. BROOKS, Litigants and attorneys in the King's Bench and Common pleas. 1560-1640, «Legal records and the historian» (ed. J. H. BAKER), London 1978, LAURENCE BAUM et alii, The evolution of litigation in the federal courts of appeals, 1895-1975, communication à «Annual meeting of Social Science History Association», Columbus-Ohio 1978 (cit. par R. L. KAGAN, Lawsuits..., 174<sup>b</sup>). Pour l'Espagne, en plus des travaux déjà cités de R. L. Kagan, J. B. OWENS, Despotism, absolutism and the law in renaissance Spain: Toledo versus Counts of Belcazar (1445-1574), Ph. D. dissertation, University of Wisconsin, 1972, MICHAEL R. WEISSER, Crime and subsistence: the peasants of Tierra de Toledo, 1550-1700, Ph. D. dissertation, Northwestern University, 1972. Sur l'interprétation sociologique de l'évolution de la litigiousité, en plus des pages consacrés au thème par R. L. Kagan, RICHARD J. ABEL, A comparative theory of dispute institutions in society, «Law and society review» 8 (1973) 217-347; WILLIAM L. F. FELSTINER, Influence of social organization on dispute processing, «Law and society review» 9 (1974) 63-94; MARTIN SHAPIRO, «Courts», dans FRED I. GREENSTEIN et NELSON W. POLSBY (eds.), Handbook for political science, Mass. 1975, 5, 327-331; LLOYD FALLERS, Law without precedent, Chicago 1969; LEOPOLD POSPIŠIL, The anthropology of law. A comparative theory, New York 1971; W. WILCOX, Lawyers and litigants in Stuart England, «Cornell law Quarterly», 24 (1938-9); ANDRÉ-PHILIPPE KATZ, Lawsuits and litigants in Tours: the culture of

Notamment dans les études de N. CASTAN — et surtout, dans *Justice et répression en Languedoc...*<sup>27</sup> —, une grande part de l'attention de l'auteur est tournée vers les formes de résolution des conflits qui se situaient en dehors du monde des tribunaux royaux; en effet, ceux-ci ne constituaient souvent qu'un dernier recours, devenu nécessaire après l'échec des moyens traditionnels et non institutionnalisés d'harmonisation des parties. Autant que les exactions fiscales, les immixtions de la justice royale dans la résolution des conflits des sociétés traditionnelles seraient regardées avec antipathie. La crainte du recours à la justice officielle serait partagée soit par les pauvres, dépourvus de moyens économiques pour se payer le luxe d'une affaire de justice, soit par les riches qui, à leur tour, craignaient que leur richesse ne réveillât la cupidité de l'appareil judiciaire. D'où la généralisation de l'idée selon laquelle «un mauvais accord vaut une bonne cause»<sup>28, 29</sup>, idée qui serait encore promue par les topiques chrétiens sur la solidarité, surtout après le concile de Trente.

Face à ce refus d'utilisation de la justice étatique, une panoplie de moyens pour résoudre les conflits s'offrait depuis l'arbitrage — soit des pairs des parties (arbitrage horizontal), soit des notables (arbitrage vertical, organisé notamment par les seigneurs ou par les curés)<sup>30</sup> — jusqu'aux résidus de la justice privée surtout dans des domaines comme les questions d'honneur et de propriété.

La justice officielle était, elle-même, responsable de la survivance de cette justice traditionnelle, au regard de son incapacité à satisfaire, de façon rapide et efficace, les nécessités de composition sociale.

Somme toute, on peut dire — avec N. CASTAN — que, encore à la fin de l'ancien régime, le système légaliste du droit et le système étatique de justice correspondant n'arrivaient point à dominer toute la pratique juridique et que les liens des individus — notamment en province — avec l'État sont,

litigation in the ancien régime, Ph. D. dissert., John Hopkins University 1981; JUAN JOSE TOHARIA, *Cambio social y vida judicial en España*, Madrid 1974.

<sup>27</sup> Maxime, p. 13 ss.

<sup>28</sup> N. CASTAN, *Justice et répression...*, cit., 15; sur le même proverbe en Castille, R. L. KAGAN, *Lawsuits and litigants...*, cit., 205.

<sup>29</sup> Ce qui confirme, jusqu'à un certain point l'idée déjà citée de G. SPITTLER, selon laquelle la litigiosité informelle se développe «à l'ombre du Leviathan» (c'est-à-dire, sous la menace de l'intervention de la justice officielle).

<sup>30</sup> N. CASTAN, *Justice et répression...*, cit., 15 ss. Un autre type d'arbitrage était l'arbitrage «technique», réalisé par les techniciens du droit savant, notamment les avocats (cf. op. cit., 44); ici, cependant, il ne s'agissait pas au sens strict, de l'émergence d'une justice traditionnelle, mais plutôt de l'essai de réaliser, par des moyens plus économiques, une justice qui, fondamentalement, obéissait déjà aux standards de la justice officielle.

dans les affaires de justice, encore très faibles<sup>31</sup>. Le renforcement de l'emprise de l'État dans ce domaine — plutôt qu'une augmentation des faits criminels — pourrait donc être la cause du gonflement de la criminalité à la fin du XVIIIe. siècle.

L'ouvrage de R. L. KAGAN — quoique plus centré sur la pratique judiciaire d'un tribunal supérieur (la *Chancilleria* de Valladolid) — témoigne aussi de l'opposition encore au XVIIe. siècle espagnol, entre les formes traditionnelles et modernes de résolution des conflits — entre le «pleyto», poursuivi devant une cour officielle et savante et soumis aux règles du droit écrit, et les anciens jugements *ex aequo et bono* (*juicios de alvedrio*) prononcés par les juges traditionnels et honoraires des communes et des villages, soumis au droit traditionnel, en partie contenu dans les anciens «fueros»<sup>32</sup>.

8. La ligne conductrice des pages suivantes sera d'apporter des jalons pour une reconstruction de ce monde du droit traditionnel. Cet objectif est, dès lors, confronté aux difficultés qui découlent du fait que, n'étant la pratique juridique traditionnelle basée sur l'emploi de la forme écrite — ce qui, comme on a déjà dit, n'exclue pas son usage épisodique —, on ne dispose pas aujourd'hui en général de sources à partir desquelles on puisse documenter directement cette pratique. D'autre part, le peu qui puisse avoir été écrit et conservé aux archives judiciaires, a subi, non seulement une plus forte usure du temps<sup>33</sup>, mais aussi la médiation de la culture para-érudite des écrivains.

De ce fait, on a du adopter, dans ce travail, une stratégie différente de recherche basée sur la découverte des traces de ce droit traditionnel précisément dans les ouvrages de droit savant.

En effet, malgré le caractère irréel et fictif souvent assumé par le discours

<sup>31</sup> D'après l'auteur, l'augmentation de la criminalité (de la criminalité «officielle») à la fin de l'ancien régime pourrait être expliquée plutôt par la dissolution plus rapide des communautés traditionnelles — et, donc, par la crise des mécanismes de composition non judiciaire des conflits — que par l'aggravation des facteurs de crise sociale. Néanmoins, ce mouvement d'assomption par l'État des tâches de composition sociale se heurtait aux impuissances et insuffisances de l'appareil judiciaire officiel. D'où le sentiment de crise vécu par le monde judiciaire français à l'époque révolutionnaire. Dans ses traits généraux, ce tableau s'adapte aussi à la situation d'autres zones de l'Europe. Sur le mouvement de la litigiosité des tribunaux centraux en Espagne et en Europe — montée jusqu'à la fin du XVIIe. siècle, descente après — v., comme essai d'explication, R. L. KAGAN, *Lawsuits and litigants* . . . , cit., XIX ss., 129 ss. et 211 ss.

<sup>32</sup> R. L. KAGAN, *Lawsuits and litigants* . . . , cit., 19 ss.

<sup>33</sup> Sur la perte presque totale des archives juridiques locales en Castille (quoique l'auteur s'occupe de tribunaux qui, en vérité, ne constituent plus des exemples typiques de justices traditionnelles), v. R. L. KAGAN, *Lawsuits and litigants* . . . , 79 ss.

juridique érudit<sup>34</sup>, la réalité de ce monde juridique non assimilé était tellement criante qu'elle était forcément présente dans l'horizon du juriste savant. Présente, soit comme alternative culturelle et juridique qu'on essayait de combattre et de dévaluer, soit, au moins, comme réalité non absorbée pour laquelle il fallait trouver un cadre dogmatique et institutionnel.

9. Commençons notre exposé sur la place accordée dans les ouvrages de droit savant à la pratique juridique traditionnelle par la description des cadres dogmatiques et institutionnels dans lesquels on a essayé de la ranger.

Au sein de la littérature érudite, ce monde du droit traditionnel, non savant et non écrit, était désigné comme le monde des «rustiques»<sup>35</sup>. La définition de cet univers apparaît déjà dans la littérature classique du droit commun. Selon BARTOLE, les rustiques sont tous ceux qui habitent en dehors des villes ou des terres importantes («omnes qui habitant extra muros civitatis vel castris, tamen idem intellegeremus de castris et committatis ubi non esse copia hominum et sic non sunt castra insignia») <sup>36</sup>. Encore plus expressive est, cependant, la définition de ALEXANDRE DE IMOLA, qui se réfère ouvertement à ce qui, selon lui, justifiait le statut spécial des rustiques — son ignorance ou sa rudesse («rusticus proprie est, qui opere, & conversatione est rusticus») <sup>37</sup>.

«Rustique» n'était pas, en effet, un mot neutre dans le discours du Bas Moyen Âge. On le verra en détail plus tard. Loin de constituer une simple référence au monde rural, elle contenait une connotation nettement péjora-

<sup>34</sup> Sur la fonction idéologique et politique de cet «irréalisme» ou caractère fantasmagorique du discours juridique savant, P. COSTA, *Iurisdictio. Semantica del potere politico nella pubblicistica medievale (1100-1433)*, Milano 1969, 202 ss.

<sup>35</sup> Littérature sur les «rustiques» (privilèges des, *iudicia*): ANDREAS TIRAQUELLUS, *Tractatus de privilegiis rusticorum*, Coloniae Agrippinae 1582; RENATUS CHOPINUS, *De privilegiis rusticorum*, Parisii 1575; *Des privilèges des personnes vivant aux champs*, Paris 1634 (trad. franç.); IO. ALBINI, *Opusculum de regimini rusticorum*, Moguntiae 1601; IUSTUS HENNING BOEHMER, *De libertate imperfecta rusticorum in Germania*, Halliae 1733; SICULUS FLACCUS, *De rusticorum regimen*, Moguntiae 1601; JOH. WILH. GOEBEL, *De iure & iudicio rusticorum fori Germaniae*, Helmstadt 1723; BENEDICTUS CARPZOVIVS, *Disputatio de praecipuis rusticorum privilegia*, Lipsiae 1678; IO. SUEVI, *Tractatus de privilegiis rusticorum*, Coloniae 1582; et d'autres œuvres, centrées plutôt sur les obligations féodales des rustiques ou des paysans.

<sup>36</sup> BARTOLUS, *Comm. ad Dig. infort.* [D. 2, 29, 7, 8, 2], cit., vol. IV, f. 184 v<sup>o</sup>, n. 4, letra f; identique est la définition donnée par BALDUS («rusticus dicitur quolibet habitans extra muros civitatis, vel habitans in castro, in quo est hominum penuria» (*Comm. D. de iure codic.*, l. faciantur, § codicilli, cit., t. III, p. 170).

<sup>37</sup> ALEXANDER DE IMOLA, *Consilia*, Lugduni 1563, vol. 6 con. 1. n. 3.

tive, en tant qu'équivalent de «grossier», «rude», «ignorant», par opposition à un idéal de culture littéraire qui s'affirmait de plus en plus<sup>38</sup>.

Dans la littérature juridique, le monde des rustiques surgit, donc, comme un univers doté d'une spécificité telle que l'application stricte du droit commun devient impossible. L'attitude du juriste savant devant ce monde est un mélange de sympathie, plutôt rhétorique que réelle suscitée par l'état épigonal de l'innocence primitive, et d'une condescendance hautaine à l'égard de son ignorance et de sa stupidité; et, enfin, un mépris mal déguisé pour l'insignifiance des questions qui y étaient jugées. Le rustique était, d'une part, la créature franche, naïve, incapable de malice, dépourvue de capacité d'évaluer correctement les choses en termes économiques et, de ce fait, susceptible d'être trompée<sup>39</sup>. Mais, d'autre part, il était aussi l'ignorant et le grossier, l'être incapable de s'exprimer correctement et de comprendre les subtilités de la vie, notamment de la vie juridique<sup>40</sup>. Il était, enfin, le pauvre, dont les causes n'atteignaient jamais une importance qui justifiait des formalités solennelles de jugement<sup>41</sup>.

Ce qui n'apparaît jamais dans ce discours savant sur le monde des rustiques est une quelconque ouverture vers l'idée du caractère alternatif et diffé-

<sup>38</sup> Cf. ALEXANDER MURRAY, *Reason and society in the middle ages*, Oxford 1978, 237 ss., avec beaucoup d'exemples issus des différents genres littéraires.

<sup>39</sup> «*Syncera mens agricola & aperta praebest excusationem a dolo*» écrit R. CHOPPINUS (*De privilegiis rusticorum*, cit., l. 1, p. 2, c. 4); d'où il découlait que le dol ne se présuait pas dans les contrats des rustiques, que leurs contrats de cens ne tombaient pas sous la présomption d'usuraires, qu'ils étaient autorisés à rescinder la vente faite au dessous du prix normal, qu'il leur suffisait du serment pour faire la preuve d'actes qui d'ordinaire devaient être prouvés par document (par exemple, la preuve du paiement, car on pensait que le rustique n'aurait pas la prévoyance nécessaire pour exiger un acquit), que leur responsabilité pénale n'était pas entière, au moins pour un certain nombre de crimes, etc. Sur le thème, R. CHOPPINUS, *De privilegiis* . . . , cit., l. 3, c. 1, 1 ss.; IAC. MENOCHIO, *De arbitrariis iudicium quaestionibus et causis*, Florentiae 1571, c. 194 per totum; JOH. WILH. GOEBEL, *Tractatus de iure et iudicio rusticorum* . . . , cit., s. 196 ss.

<sup>40</sup> Ainsi, il ne serait pas puni pour fausseté s'il produisait des témoignages contradictoires devant la cour; il pouvait se rétracter lors de confessions faites par lui-même ou par son avocat; il était autorisé à modifier l'objet de l'action même après la *litis contestatio*; il jouissait d'un régime spécial et plus favorable en ce qui concernait la rescision des contrats, car on présumait qu'il ne pouvait pas comprendre leurs formalités; il était dispensé de certaines formalités de la procédure comme, par exemple, de la présentation du libelle; il pouvait valider certains actes nuls par vice de forme ou par incompétence du magistrat devant lequel ils avaient été faits. Cf. la littérature et lieux cités dans la dernière note.

<sup>41</sup> Les *iudicia rusticorum* étaient rapprochés par la doctrine des *iudicia in rebus exiguis*, c'est-à-dire des questions sur des matières insignifiantes, où beaucoup de formalités étaient dispensées. V., sur ces *iudicia*, ANDREAS TIRAQUELLUS, *De iudiciis in rebus exiguis ferendo tractatus*, dans *Tractati varii*, Lugduni 1587, 449 ss., où on réfère leurs spécialités; v. aussi R. MARANTA, *De ordine iudiciorum* . . . , Coloniae 1650, p. 4, d. 9.

rent du droit traditionnel; ou, même, de l'existence d'un *droit* rustique, c'est-à-dire, d'un ordre juridique, avec des caractéristiques propres, organique, à la fin équivalent à l'ordre juridique savant. En parlant de la spécificité du statut juridique des rustiques, les juristes ne la fondent pas sur le principe du pluralisme qui dominait la théorie médiévale du droit — c'est-à-dire, sur le principe de l'autonomie des corps sociaux et de la reconnaissance de leurs attributions statutaires ou juridictionnelles —, mais plutôt sur une attitude paternaliste et condescendante, propre de qui se trouve devant une réalité juridique inférieure, précaire et qui ne se maintient que grâce à la patience du droit officiel. La réalité juridique du monde rustique est, donc, par ce biais, banalisée et expropriée de sa dignité de pratique juridique autonome.

De ce fait, le discours savant ne prend presque jamais une allure violente ou polémique par rapport à ce monde du droit traditionnel. Des expressions comme «le juge peut déchirer avec les dents une pétition inepte», qui se trouvent dans les sources à propos des contacts entre les magistratures savantes et le monde des illettrés, ne semblent pas, dans le contexte d'un style emphatique et un peu excessif comme celui de l'époque, suffisantes pour qu'on puisse parler d'une polémique ouverte et acharnée entre les deux mondes juridiques. Au contraire, s'il y avait de la violence, elle se présentait plutôt sous la forme douce du paternalisme, de la condescendance et de la commisération, ou même des banalités louangeuses sur la simplicité et la pureté de la vie des campagnes<sup>42</sup>. Paternalisme, condescendance et banalités qui, cependant, étaient inexorablement efficaces comme moyens de dévaluation de la pratique juridique des rustiques.

Le statut des rustiques, lui-même, avec tout ce qu'il contient de discriminatoire, est, en apparence, un statut protecteur, dont le trait saillant est la reconnaissance du caractère justificatif de l'ignorance et de la rusticité; ce qui se traduisait dans un régime plus favorable pour les actes des rustiques, en validant des actes qui, d'autre façon, seraient nuls, en admettant la restitution dans des cas où elle n'était pas en général admise, en dépénalisant des faits autrement punissables. Quel genre de violence était contenue dans ce statut protecteur — violence qui, comme on le verra, correspondait à une

<sup>42</sup> Les auteurs énumèrent aussi les «défauts» des rustiques; par ces références, ou en faisant la diagnose soit des divergences culturelles et idéologiques (ou axiologiques) entre les deux mondes, soit des stratégies de résistance utilisées par le monde traditionnel (auxquelles on se référera plus tard). V., pour une indication des «mauvaises qualités» des rustiques, CASTILLO DE BOBADILLA, *Politica para corregidores . . .*, II, p. 33, n. 62; sur leurs «péchés» plus communs, HENRICUS DE SUSA, *Summa*, 1537 (ed. Aalen 1967), fol. 276, n. 42.

stratégie de résistance plutôt passive du côté des rustiques —, voilà un thème qu'on développera dans un des paragraphes suivants.

10. Pour le moment, il nous faut décrire de plus de près ce statut octroyé par le droit officiel au monde de la pratique juridique des rustiques, en essayant de voir de quelle façon se traduit, sur ce plan, ce qu'on a présenté plus haut comme les caractéristiques du monde culturel et juridique traditionnel.

La généralité des privilèges des rustiques était fondée, comme on l'a déjà dit, sur la présomption de son ignorance, de sa méconnaissance des « subtilités » du droit savant (« *in rustico est presumpta iuris ignorantia* », ALEXANDER DE IMOLA)<sup>43</sup>. En effet, comme le remarque J. W. GOEBEL<sup>44</sup>, « il serait cruel de les châtier pour la transgression de lois qu'ils ne comprennent pas, qui ne leur ont jamais été communiquées ou faites connaître, ayant été plutôt souvent obscurcies par des interprétations tracassantes aux mains des érudits ». Ignorance du droit matériel, mais, surtout, de la procédure et du droit formulaire.

Dans le domaine du droit matériel, ces particularités concernent surtout le droit pénal, car on supposait une insensibilité des rustiques envers certains types pénaux — ce qu'on pourrait aujourd'hui justifier par les écarts culturels entre les sociétés paysannes plus traditionnelles et les sociétés urbaines plus modernisées<sup>45</sup>. De plus, ces particularités touchent encore quelques points du droit des contrats, quand notamment celui-ci présumait une certaine familiarité avec un système de calcul économique de type mercantile ou proto-capitaliste<sup>46</sup>. De ce fait, on ne soupçonnait pas l'existence de con-

<sup>43</sup> « *In rustico est praesumpta iuris ignorantia* », ALEXANDER DE IMOLA, *Consilia*, cit., l. 6, c. 1, n. 4; « *iura ignorare presumitur* », BALDE, *Opera* . . . , cit., t. 2, p. 100. En tout cas — comme on verra plus tard — on ne présumait pas l'ignorance du droit naturel ou des gens, au moins dans leurs dogmes « primaires » (dans les « secondaires », au contraire, l'ignorance était excusable, car « *saepe etiam peritiores hallucinantur* » (J. W. GOEBEL, *Tractatus de iure* . . . , cit., 193/4).

<sup>44</sup> J. W. GOEBEL, *Tractatus de iure* . . . , cit., 195.

<sup>45</sup> La rusticité excluait (ou, au moins, atténuait) la culpabilité dans les crimes de blasphème, d'hérésie, de parjure, de lèse-majesté, de destruction des édits ou des bans des seigneurs); cf. J. W. GOEBEL, *Tractatus de iure* . . . , cit., 192 ss.

<sup>46</sup> Cf. IAC. MENOCHIO, *De arbitrariis iudicium quaestionibus* . . . , cit., c. 194, n. 45 et 47. Son ignorance du droit justifiait encore la jouissance d'une cause justificatrice pour les contrats interdits par le droit (ibid., 53), l'inefficacité de la renonciation de son droit (ibid., n. 76), la non présomption d'existence d'une obligation sous jacente aux prestations continuées faites par les rustiques (v. g., notamment, prestations agraires mais sur ce point la doctrine était divisée, cf. ibid. 68). En plus, le rustique était exempt — en vue des travaux

trats usuraires cachés sous les contrats agraires (notamment, ceux de cens consignatif ou réservatif) des rustiques, de même présumait-on que la vente faite à un bas prix était due à l'ignorance du vendeur rustique, qui pouvait alors la rescinder, même si les conditions de rescision par lésion n'étaient pas remplies.

C'était néanmoins dans le domaine du droit formulaire et de la procédure que l'«ignorance» des rustiques acquérait une plus grande relevance. En effet, le statut des rustiques traduisait leur incapacité de compréhension des formalités du droit écrit, incapacité due à la survivance du droit traditionnel et d'un formalisme atavique, mais différent, des communautés paysannes. En général, on peut dire que toutes les formalités écrites étaient étrangères à la culture juridique traditionnelle; c'est pourquoi le statut des rustiques contient une exemption presque générale de la forme écrite, même quand elle se présentait, sur le plan du droit officiel, comme décisive — v. g., dans les cas du *libellus*, qui donnait origine à l'action judiciaire, et de la sentence<sup>47</sup>. La procédure rustique était, alors, caractérisée par sa forme sommaire et expéditive<sup>48</sup>, règle que CASTILLO DE BOBADILLA formule comme suit: «En las causas entre rusticos, que suceden en sus Aldeas, no se debe atender mucho a la observación y orden de los juicios, sino determinarlas commumente, con la comparencia y controversia de las partes ante el juez,

agricoles qui constituaient son métier — de l'obligation de la tutelle, des conséquences de la *mora* pendant la période des récoltes (J. W. GOEBEL, *Tractatus de iure* . . . , cit., 196 ss.), de la saisie de ses instruments de travail (CASTILLO DE BOBADILLA, *Politica para corregidores* . . . , cit., II, p. 33, n. 61, où on relève d'autres privilèges moins intéressants pour le moment, soit de droit commun, soit de droit national; au Portugal, pour les privilèges des paysans, v. Ord. Fil., II, tit. 25; tit. 33, §§ 15 et 22/23; tit. 58; tit. 59, § 4 et les commentaires de M. A. PEGAS, *Commentaria ad Ordinationes*, cit.

<sup>47</sup> Le «*libellus rusticis hominibus inepte concepto*» ne doit pas être refusé, mais reçu «*omissis iuris apicibus*» (R. CHOPINUS, *De privilegiis rusticorum* . . . , cit., l. 3, c. 1, p. 140); la doctrine commune était encore moins exigeante, car elle dispensait de libelle écrit (v., pour l'ensemble, ALEXANDER DE IMOLA, *Consilia* . . . , cit., lib. 2, cons. 61, n. 11); aussi la sentence sans citation était valable; d'autre part, on n'exigeait pas la forme écrite pour la sentence (cf., Ord. Fil., III, 66, 7); en Espagne, dans les causes de valeur inférieure à 100 *maravedis* la procédure était sommaire, sans écrits des avocats et avec un simple registre final de la décision (cf. CASTILLO DE BOBADILLA, *Politica para corregidores* . . . , II, p. 246); déjà dans les Siete Partidas on dispensait de la procédure écrite pour les causes de moins de 10 *maravedis* (Siete Partidas, III, 41, 22).

<sup>48</sup> «*Ius reddendi est summatim et celerrime*» (R. CHOPINUS, *De privilegiis rusticorum* . . . , cit., l. 3, p. 2, c. 1). Sur la procédure sommaire, en plus de la littérature citée par M. A. PEGAS, *Commentaria* . . . , cit., t. V, p. 14, n. 4, R. MARANTA, *De ordine iudiciorum* . . . , Coloniae 1650, p. 4, d. 9.

ó por lo que sus libellos y peticiones, si les dieren, se puede colegir»<sup>49</sup>. Aussi la formation de l'objet du procès se faisait au long de l'action, sans jamais se figer définitivement en gardant toujours des rapports avec l'objet vécu du litige; de ce fait, le rustique pouvait modifier la demande même après la *litis contestatio*<sup>50</sup>. Enfin, dans le domaine de la preuve, le caractère hermétique de la *forma probandi* savante est prise en compte pour excuser le rustique de la responsabilité pénale qui découlerait de ses éventuelles contradictions pendant les témoignages<sup>51</sup>.

La méconnaissance du droit officiel justifie encore la dérogation de quelques unes des règles du droit formulaire, notamment de celles qui concernent la confection du testament et des contrats; cependant, la plupart des auteurs réduit l'ampleur de ce droit spécial, ne l'admettant pas envers des dispositions légales impératives concernant la forme des actes<sup>52</sup>.

Plus intéressantes encore sont les règles formulées par la doctrine comme standards de décision dans les *iudicia rusticorum*, dans la mesure surtout où elles s'approchent des modèles de règlement des litiges décrits par la littérature ethnologique citée plus haut. En effet, les auteurs savants disent que, dans les causes des rustiques, à une stratégie de décision fondée dans l'application stricte du droit (*apicibus iuris*) on doit préférer une autre basée sur le sens immanent de la justice (*ex aequo et bono*). Mais ils ajoutent: plutôt que de trancher les questions avec un sacrifice irréparable et définitif d'une des parties, il sera préférable de partager les questions par moitié, en sacrifiant à la fois les deux parties mais en atteignant une solution consensuelle qui puisse être à la base d'un équilibre stable. Dans ce sens, BALDUS nous dit que les rustiques se mettent d'accord, en divisant les questions par le milieu («rustici dividunt per medium quaestiones»)<sup>53</sup>; CHOPPINUS affirme que l'équité du juge doit constituer une compensation de la rusticité des parties<sup>54</sup>; et TIRAQUELLUS soutient que, dans les questions modiques, le juge peut imposer des pertes aux deux parties simultanément, au nom de la paix et de la concorde («ut possit in modico laedere in odium et execrationem litium, quia maius est commodum pacis et concordiae, quam laesio eiusmodi itaque pacis et concordiae gratia introducta sunt arbitramenta»)<sup>55</sup>.

<sup>49</sup> CASTILLO DE BOBADILLA, *Politica para corregidores* . . . , l. 5, c. 9, n. 2.

<sup>50</sup> IAC. MENOCHIO, *De arbitrariis* . . . , cit., c. 194, n. 15.

<sup>51</sup> IAC. MENOCHIO, *De arbitrariis* . . . , cit., c. 194, n. 12/13.

<sup>52</sup> V. infra, n. 56.

<sup>53</sup> BALDUS, *Opera* . . . , cit., (in D. De negotiis gestis, l. Nessonius, n. 6) vol. I, p. 120.

<sup>54</sup> R. CHOPPINUS, *De privilegiis rusticorum* . . . , cit., l. 1, p. 2, c. 1, 32.

<sup>55</sup> ANDREAS TIRAQUELLUS, *De iudicio in rebus exiguis* . . . , cit., p. 456, n. 58.

Les autres particularités de ce monde juridique traditionnel seraient sauvegardées par le principe, en général accepté par la doctrine, selon lequel les coutumes particulières des rustiques dérogeraient au droit commun<sup>56, 57</sup>.

11. Si on prend comme exemple concret le Portugal, on peut trouver des symptômes de cette altérité du droit des communautés traditionnelles, même à l'époque moderne; bien que l'état de la recherche ne permette pas encore de dresser un tableau précis des standards de jugement alors en vigueur.

Le système des sources du droit était, depuis le XVe. siècle, fixé autoritairement par la loi (*Ord. Af.*, II, 9; *Ord. Man.*, II, 5; *Ord. Fil.*, III, 64). La primauté revenait au droit national, soit législatif, soit coutumier; au cas où celui-ci était insuffisant, on avait recours au droit commun, d'abord aux textes des droits romain et canonique, ensuite aux opinions d'ACCURSE et BARTOLE ou l'*opinio communis doctorum*<sup>58</sup>. Cette hiérarchisation des sources était évidemment soumise, dans la pratique, à des distorsions. La plus connue est celle de la tendance des juristes savants à l'application du droit commun comme droit principal (c'est-à-dire, même s'il y avait des normes applicables de droit national). À cette inclination des juristes savants des tribunaux centraux vers le droit commun correspondait un penchant des juges des tribunaux locaux à une utilisation plus poussée du droit local.

Il faut dire, cependant, que cette préférence pour le droit local avait une base doctrinale et légale suffisante.

Sur le plan doctrinal, elle pouvait trouver un appui dans le «particularisme» de la théorie médiévale des sources de droit, d'après laquelle le droit particulier (*ius proprium*) s'imposait au droit commun (*ius commune*)<sup>59</sup>.

<sup>56</sup> Dans ce sens, BALDUS (Comm. in Cod., De pactis, l. Si certis annis (C. 2, 3, 28), n. 18 — «Praeterea est rusticorum consuetudinem servanda»). R. CHOPPINUS (De privilegiis . . ., cit., l. 3, p. 3, c. 1, p. 158) défendait l'opinion plus restrictive selon laquelle la coutume des rustiques s'imposait au droit civil national dans les cas où celui-ci le permettait *expressis verbis*.

<sup>57</sup> Sur les *iudicia rusticorum*, mais sous un autre point de vue, E. M. MEIJERS, *Judicia rusticorum*, «Thémis», 77 (1916) 187-226 (= E. M. MEIJERS, *Études d'histoire du droit* (éd. R. FEENSTRA et H. F. D. Fischer), IV, Leyde 1966, 3-26), dans cet article on souligne, en tous cas, le caractère arbitraire de ces *iudicia*.

<sup>58</sup> Sur le système des sources de droit au Portugal à cette époque, v. N. E. GOMES DA SILVA, *História do direito português*, Lisboa 1981, 337 ss.; G. BRAGA DA CRUZ, *O direito subsidiário na história do direito português*, Coimbra 1975 (tirage à part de «Revista Portuguesa de História», tome XIV).

<sup>59</sup> V., sur le «particularisme» de la théorie des sources du droit, notamment au Portugal, le correspondant chapitre de mon *História das instituições. Epocas medieval e moderna*, Lisboa 1982.

Sur le plan légal, le texte des *Ordenações* accordait une nette primauté au droit local sur le droit commun. En effet, le droit local, écrit ou coutumier, prévalait, comme droit national, sur le droit commun.

Moins clairs étaient les rapports entre le droit local et le droit royal. Voyons d'abord, le droit local écrit (statuts, *posturas*). D'après les *Ordenações*, le seul signe de suprématie du droit royal sur le droit local était la disposition selon laquelle l'élaboration des *posturas* devait respecter la forme de la loi; tandis que, en ce qui concerne le contenu, on n'exigeait que leur compatibilité avec l'intérêt des peuples et le bien commun, conditions dont la vérification devait être faite lors de la confirmation royale des statuts, requise (au moins tacitement) par la loi (*Ord. Fil.*, I, 66, 28). D'autre part, les peuples avaient obtenu, encore aux Cortès du XVe. siècle<sup>60</sup>, la garantie du respect des statuts par les corregidores et les autres pouvoirs seigneuriaux<sup>61</sup>.

Plus nuancée était la position de la doctrine sur les rapports et la hiérarchie entre la coutume (notamment la coutume locale) et la loi. S'il était admis que la coutume locale s'imposait au droit commun<sup>62</sup>, l'opinion dominante considérait, par contre, que la coutume ne pouvait pas prévaloir contre la loi nationale («*consuetudo habet vim legis, ubi lex non disponat*»)<sup>63</sup>. Cependant, si on parcourt la littérature de l'époque, on trouve

<sup>60</sup> Cortès de 1498, art. 11.

<sup>61</sup> *Ord. Af.*, I, 27; *Ord. Man.*, I, 46, 9; *Ord. Fil.*, I, 66, 28-31.

<sup>62</sup> «*Consuetudo in loco dicitur ius commune*» (J. CABEDO, *Practicarum observationum . . . supremi senatus regni Lusitaniae*, ed. cons. Antuerpiae 1734, pars I, d. 211, n. 5); M. GONÇALVES DA SILVA, *Commentaria ad Ordinationes . . . Ulyssipone 1732*, (ad *Ord.*, III, 64 pr.), n. 35 et littérature citée; la coutume ne s'impose pas, cependant, au droit divin ou naturel, car une coutume qui s'oppose à leurs commandements ne serait pas «rationnelle» et, donc, n'aurait pas les caractéristiques requises par la doctrine (cf. A. CARDOSO DO AMARAL, *Liber utilissimus . . . Conimbricæ 1740*, v. «*Consuetudo*», n. 3).

<sup>63</sup> «*Consuetudo est servanda quando non datur lex in eo casu aliquid disponens*» (B. PEREIRA, *Promptuarium juridicum . . . Ulyssipone 1664*, n. 322); la coutume ne vaut pas contre les formalités établies dans la loi pour le testament (J. CABEDO, *Practicarum observationum . . .*, p. I, n. 3 — cf. *Ord. Fil.* 4, 76); la coutume vaut contre le droit commun, mais seulement au cas où il n'y a pas du droit royal (M. GONÇALVES DA SILVA, *Commentaria . . .*, cit., ad *Ord.* III, 64, pr., n. 35); M. A. PEGAS, *Commentaria ad Ordinationes . . .*, tom. 5 (ad *Ord.* I, 65, 13), gl. 15, n. 2.

Il y a cependant des affirmations dans le sens opposé: TH. VALLASCO, *Allegationes super varias materias, Conimbricæ 1731*, all. 56, n. 3 («*consuetudo param vim habet cum lege . . . & facit licitum quod alias est illicitum*»); J. CABEDO, *Practicarum observationum . . .*, p. 1, d. 110, n. 2 («*consuetudo vim legis obtinet*»); M. GONÇALVES DA SILVA, *Commentaria . . .*, loc. cit., n. 36 («*lex et consuetudo aequalis efficiunt*»); MELCHIOR PHAEBUS, *Decisiones . . .*, d. 113, n. 14; et, surtout, Luís Correia, cité par N. E. GOMES DA SILVA, *O direito subsidiário num comentário às Ordenações Manuelinas atribuido a*

fréquemment des références à des dispositions légales qu'on considère comme révoquées par des coutumes<sup>64</sup>. Ce qui s'explique, soit par la force même des situations sociologiques établies (quoique illégales), soit par la présence, dans le corpus doctrinal du droit commun (surtout dans la canonistique), d'opinions favorables à la suprématie de la coutume sur le droit écrit, opinions qui étaient utilisées de façon topique pour justifier les solutions où la force des choses imposait une dérogation à la loi par la coutume.

Somme toute, le bilan était favorable à la coutume. En effet, dans les domaines du droit privé et procédural, la plupart des normes de droit érudit étaient des normes du *ius commune*; donc, des normes révocables par les coutumes nationales (voire locales). En ce qui concerne les normes de droit national écrit, il n'est pas rare de voir la doctrine (et sûrement aussi les tribunaux) les écarter comme désuètes<sup>65</sup>. On ne peut pas dire, cependant, que la doctrine favorise la vigueur de la coutume, au moins sur le plan des conditions requises pour sa validité. En effet, elle est très exigeante, soit sur le plan des conditions de fond (durée de la coutume, *opinio iuris, scientia et patientia regis*, conformité au bien commun), soit sur le plan de la preuve (témoignage *de visu*, deux témoins pour chaque acte, témoignage d'un certain nombre d'actes)<sup>66</sup>. Il est cependant probable que, devant les tribu-

Luis Correia, Lisboa 1973, 33 ss., qui prend sur ce point une position assez nette: «videtur tamen quod prius erat recurrendum ad consuetudinem quam ad ius scriptum, cum consuetudo iuri derogat» . . . «succedente consuetudine, quae legi derogat . . .» (n. 9 et 10 de son commentaire transcrit dans l'article de N. E. Gomes da Silva).

<sup>64</sup> V. g., la loi (Ord. Fil., I 97) qui interdit l'accumulation des offices; ou la loi qui fixe les émoluments et les autres redevances des officiers de justice (cf. M. PHAEBUS, Decisiones . . ., cit., d. 110, n. 3). D'autre part, la doctrine considère que la coutume locale est décisive pour la détermination du régime et des formalités des contrats, du testament, des inventaires, de l'ordre de succession des majorats, des causes de révocation de l'emphytéose (*commissus*), etc.

<sup>65</sup> Ce qui était, cependant, critiqué, soit du point de vue de la déontologie des officiers, soit du point de vue de la politique du droit, par certains auteurs; M. A. PEGAS (Resoluciones forenses . . ., Conimbricæ 1737, t. 1, c. 1, n. 18 ss.) critique cette aisance des tribunaux envers la dérogation à la loi, observant que les officiers avaient juré l'obéissance aux lois et que cette liberté devant la loi introduisait une grande insécurité dans la vie juridique. De toute façon, même si on n'acceptait pas le principe de la révocation de la loi par la coutume, le même résultat pratique était obtenu par le principe selon lequel la loi devait être interprétée d'après les usages («consuetudo est optima legis et statuta interpretet», M. PHAEBUS, Decisiones . . ., cit., d. 10, n. 4); sur cette idée selon laquelle la pratique est la «science digestive» de la loi, N. E. GOMES DA SILVA, Humanismo e direito em Portugal no séc. XVI, Lisboa 1964, 339 ss.

<sup>66</sup> Pour les conditions de validité de la coutume et pour le régime de la preuve, v. A. VALASCO, Decisionum, consultationum, ac rerum iudicatorum, Conimbricæ 1730, c. 162, n. 9 ss.

naux locaux, la plupart de ces exigences furent dispensées au regard d'une connaissance d'office de la coutume par le tribunal (*ius novit curia*).

D'autre part, quoique la fonction des corregidores d'inspecteurs de la vie judiciaire locale — activité qui comprenait le devoir d'instruire les juges dans l'art de juger<sup>67</sup> — ait dû promouvoir l'application par les tribunaux locaux du droit érudit et royal<sup>68</sup>, ce lent glissement vers le droit savant se confrontait à un obstacle impossible à dépasser: la culture juridique ou littéraire insuffisante (ou voire l'analphabétisme) des juges.

En effet, ni la doctrine, ni les *Ordenações* n'exigeaient des magistrats locaux la connaissance du droit écrit, ni même de savoir lire et écrire<sup>69</sup>; depuis le XVe. siècle, le problème de l'analphabétisme des juges était soulevé aux Cortès, et les «peuples» soutenaient la nomination de juges ayant une culture littéraire<sup>70</sup>. Toutefois pendant les XVI et XVIIe. siècles la règle dut être contraire. En commentant les *Ordenações*, un juriste de l'époque parle de la *rusticitas* et de l'*ignorantia* des juges ordinaires et de leur analphabétisme<sup>71</sup>. En 1642 (13.12), une loi interdit l'accès des analphabètes aux magistratures ordinaires; mais des témoignages ultérieurs ne nous font pas croire à l'efficacité de cette mesure, laquelle, d'ailleurs, continuait à ne pas exiger des connaissances de droit.

En conclusion, on peut donc dire que, soit en conséquence de l'incapacité des juges à comprendre et à utiliser le droit savant, soit en vue de la théorie dominante des sources du droit, les standards de décision des tribunaux locaux étaient assez différents de ceux utilisés par les tribunaux de la cour ou des grandes villes, où siégeaient des juges savants et où le droit commun et le droit royal avaient eu dès le XIVE. siècle une assez nette primauté. Au niveau local, par contre, le droit local traditionnel était décisif. En effet, quoique les *Ordenações* aient obligé tous les juges (donc, même les juges *ordinarios*, élus et non savants) à l'observation des «ordenações e leis do reino e as posturas e ordenações do concelho»<sup>72</sup>, plus commun a dû être le

<sup>67</sup> Ord. Man. I, 39, 32; Ord. Fil. I, 58, 6; ni la loi, ni la doctrine (cf. NICOLAU C. LANDIM, *Nova et scientifica tractatio* . . ., I. De syndicato, Ulyssipone 1677, *maxime* chap. X-XV) ordonnent au corregidor d'examiner la compétence technique du juge ou de vérifier son respect par le droit royal.

<sup>68</sup> On sait très peu sur le style des sentences des juges de premier ressort; par quelques exemples connus, on pourrait croire que l'invocation expresse de la loi comme fondement de décision serait rare.

<sup>69</sup> Cf. n. 87.

<sup>70</sup> Cortès de 1434, ch. 56; 1481, ch. 172; demandant des corregidores lettrés, Cortès de 1427, ch. 1; 1490, ch. 27.

<sup>71</sup> M. A. PEGAS, *Commentaria cit.*, 5 [ad 1, 65] gl. 1, n. 28; gl. 4, n. 5; gl. 5, n. 4.

<sup>72</sup> Ord. Af., I, 26, 20; Ord. Fil., I, 5, 6; les Cortès de 1498, c. 33, ont décidé que les

recours soit au droit local, soit à un sens inné de la justice (c'est-à-dire, le recours direct aux sentiments sociaux d'équité)<sup>73</sup>. Ce qui aboutit à un tableau assez spécifique des sources du droit:

a) coutumes locales écrites ou non, dont l'existence et l'efficacité sont attestées, encore au XVIIe. siècle, par les *Ordenações* — qui chargent les «vereadores» (conseillers municipaux) de leur publication, correction et rédaction<sup>74</sup>;

b) «posturas», résultats des décisions prises par le conseil, normalement sur des matières de police; le sens du mot est, cependant, plus général, puisque, d'après la doctrine et la loi, elles peuvent se rapporter à tout ce qui concerne le bien commun et le gouvernement de la ville («ao prol e bom regimento da terra»)<sup>75</sup>;

c) privilèges locaux, octroyés par le roi ou le seigneur de la terre; droits acquis par l'usage; *praxis* des tribunaux locaux<sup>76</sup>.

juges jugeant contre les *Ordenações*, les lois des Cortès ou les privilèges paieraient une amende correspondante à trois fois les frais du procès («tresdobro»); cf., en tous cas, les dispositions légales qui rendent les juges *ordinários* exempts de la responsabilité par un jugement erroné, sauf dol (Ord. Man., I, 44, 71; Ord. Fil., I, 65, 9); d'après le droit commun le jugement contre la loi était un crime («litem suam facere») et entraînait l'infamie et le devoir de dédommager les parties; cf. M. A. PEGAS, *Commentaria* . . ., cit., t. 5 (ad I, 65, 9), gl. 11; J. CABEDO, *Practicarum observationum* . . ., cit., p. I, d. 39, n. 145; NICOLAU C. LANDIM, *Nova et scientifica tractatio* . . . I. De syndicatu . . ., Ulyssipone 1677, Tr. I, c. XII ss.

<sup>73</sup> «Hos alcaides iugen o que iaz na carta e aquello que non iaz na carta iugen deryto a seu saber» (Port. Mon. Hist. Leges et consuetudines, II, 10); «segundo seu sen» (ibid., 75); sur le droit local du moyen âge portugais, cf. N. E. GOMES DA SILVA, *História do direito português*, cit., 218 ss. et 301 ss. En général, STEPHANO MEDICIS, *De legibus, statutis, et consuetudine tractatis* . . ., Coloniae 1574; GUILLERMO AUGUSTO TELL LAFONT, *Notas sobre la teoria de los estatutos en la antigua jurisprudencia castellana*, Barcelona 1954; PIETRO CRAVERI, *Ricerche sulla formazione del diritto consuetudinario* (sec. XIII-XVI), Milano 1969; F. BÉCHARD, *Droit municipal dans les temps modernes* (XVIe et XVIIIe siècles). Paris 1966; A. H. LOEBL, *Der Sieg des Fürstenrechts*, 1916 e F. TEZNER, *Technik und Geist des ständisch-monarchischen Staatsrechts*, 1901; v. D. GERHARD, *Regionalismus und ständisches Wesen als ein Grundthema europäischer Geschichte*, «Hist. Zeits.» 1952, p. 202. Certains auteurs exigent des juges (au moins sur le plan déontologique ou moral) la connaissance de la loi, de l'opinion commune, des coutumes et du *stylus* de la cour royale. C'est le cas de NICOLAU COELHO LANDIM, *Nova et scientifica tractatio* . . . I. De syndicatu, cit., Tr I, c. 13, ns. 46-8 (p. 44) qui, au cas où le jugement ne respecte pas ces normes, se prononce par l'*imperitia* du juge et par sa responsabilité envers les parties; le même auteur exclut, cependant, la culpabilité des juges ignorants (*idiotae*) des villages ou même des villes qui ne soient pas des «lieux principaux» (cf., ibid., 46-7).

<sup>74</sup> Ord. Af. I, 27, 7/8; Ord. Man., I, 46, 7/8; Ord. Fil., I, 66, 28.

<sup>75</sup> Ord. Fil., I, 66, 28; pour la doctrine v. le commentaire de M. A. PEGAS.

<sup>76</sup> La doctrine essayait de contrecarrer l'influence de ce droit local; moyens dogmatiques utilisés: (a) la décision d'un juge inférieur ne pouvait jamais constituer ou fonder un

d) coutumes locales et normes casuistiques dictées par le sens communautaire de la justice<sup>77</sup>.

Ce droit appliqué par les juges populaires était, sûrement, un droit conservateur ou même archaïque. Les XIV<sup>e.</sup> et XV<sup>e.</sup> siècles avaient apporté des modifications sensibles à la vie locale<sup>78</sup>; dans les zones plus ouvertes à l'extérieur, on avait souffert l'influence de l'essor mercantile et colonialiste; dans les zones agraires, on avait assisté à la recomposition des matrices sociales provoquée par l'introduction de nouvelles formes de détention et de cession de la terre, comme l'emphytéose renouvelable et les majorats. Maintes coutumes et «posturas» devaient donc apparaître, aux XVI<sup>e.</sup> et XVII<sup>e.</sup> siècles, comme des formes désadaptées d'organisation de la vie collective; souvent corrigées, selon les procédés prévus dans les Ordenações; souvent re-interprétées par leur usage judiciaire. Mais l'état actuel de la recherche ne permet pas d'avancer beaucoup sur ce point.

12. Le monde des justices traditionnelles, traduit, sur le plan du droit savant, par cette reconnaissance d'un statut spécial des rustiques, n'était pas une réalité totalement dépourvue de traduction institutionnelle. Il avait, encore à l'époque moderne, une dimension organisatrice et administrative propre, bien que de moins en moins autonome et de plus en plus encerclée par les institutions de la justice officielle.

Cette réalité institutionnelle est constituée par ce qu'on pourrait appeler les magistratures populaires et découle d'une idée fortement ancrée dans la tradition politique médiévale — celle de l'autonomie juridictionnelle des corps sociaux «primaires».

L'idée selon laquelle le juge est forcément un délégué du pouvoir politique central n'a que deux siècles; elle constitue un reflet d'une pensée politique, qui pour la première fois, sépare radicalement la société civile de l'État et réserve à celui-ci le monopole du pouvoir politique, notamment le pouvoir de créer le droit (par voie législative ou par voie judiciaire).

*stylus* (M. GONÇALVES DA SILVA, *Commentaria* . . . , t. 2 /ad III 64/, n. 27; contre, l'opinion ici citée d'Altamirano, 28 ss.); (b) certains titres et droits ne peuvent pas être acquis par la coutume (cf. Ord. Fil., II, 45); (c) les «posturas» locaux ne valent qu'après la confirmation royale (expresse ou tacite) et peuvent être révoqués par le roi (cf. Ord. Fil., I, 66, 28 et commentaire de M. A. PEGAS, maxime, gl. 30, c. 7, p. 260).

<sup>77</sup> V., supra, n. 73.

<sup>78</sup> V., récemment, sur le thème, M. PESET et J. CUADRADO, *Fuero de Úbeda*, Valencia 1979, introduction, 220; aussi, J. VALDEON BARUQUE, *Los conflictos sociales en el reino de Castilla en los siglos XIV y XV*, Madrid 1979.

Par contre, la pensée juridique qui domine la longue période que l'historiographie actuelle désigne par «État d'ordres» a conçu le pouvoir politique et le droit comme quelque chose qui découlait directement d'une puissance auto-organisatrice des corps sociaux spontanés — la famille, les corporations, les villes. BALDUS DE UBALDIS a exprimé cette idée dans une formule célèbre où il affirme que le pouvoir des corps de s'organiser et de se régir est aussi naturel que l'aptitude de l'esprit et de l'âme à régir les corps des animaux.

A ce pouvoir d'auto-normation et d'auto-gouvernement des corps correspond le concept théorique de *jurisdictio*, que la Glose a défini comme le pouvoir, de nature publique, de dire le droit ou d'établir des solutions d'équité<sup>79</sup> pouvoir qui, aux termes de la formule précitée de BALDUS, était naturel à tous les corps sociaux.

Dans ce contexte, le juge apparaît comme chargé de donner une réalisation pratique à ce pouvoir d'auto-gouvernement<sup>80</sup>; le juge est, par essence, un officier de la communauté, ayant la fonction (*officium*) de résoudre les conflits selon les normes que la même communauté a établies pour soi, et non un délégué d'un pouvoir hétéronome et supérieur comme le roi<sup>81</sup>.

La doctrine du droit commun sur ces problèmes n'était, évidemment, ni homogène ni statique. Et, progressivement, une idée contraire sur la source du pouvoir de juger s'est insinuée dans ce contexte — l'idée selon laquelle le pouvoir de juger était un attribut essentiel du souverain (*regalia majora*) et la juridiction du juge (et des autres officiers) n'était qu'une juridiction déléguée. De toute façon, cette reconnaissance de l'autonomie juridictionnelle des corps inférieurs ne disparaîtra pas avant la fin de l'ancien régime et elle permettra d'expliquer en grande partie le régime des institutions judiciaires anciennes<sup>82</sup>.

<sup>79</sup> Potestas de publico introducta cum necessitate iuris dicendi, et aequitatis statuendae (glo., «potest», ff. «de iurisd. omn. iud., I. ius dicentis» (D. 2, 1.1)).

<sup>80</sup> «Jurisdictio est ius, officium (iudicis) est exercitium ipsius iuris» (PETRUS DE BELLA PERTICA, In Inst., IV, 6 de actionibus, § praeterea, n. 2). Sur ce thème, F. CALASSO, *Iurisdictio nel diritto comune classico*, «An. st. dir.», 9, 1965, p. 89 ss.

<sup>81</sup> On dira encore au XVIIe. siècle au Portugal: «patet ex hac lege (O. F., 2, 45, 13) in Lusitania non esse totam civilem potestatem, & temporalem iurisdictionem solum penes principem, cum civitates, oppida, & populi constituendi sibi iudices ordinarios habeant, & creandi magistratus qui jus litigantibus reddere valeant» (M. A. PEGAS, *Commentaria ad Ord. reg., Ulyssipone 1670-1729*, V. (ad 2, 45, 13) pr., gl. 2, 23); quoiqu'on ajoute que cela arrive par concession et grâce du prince.

<sup>82</sup> Sur les orientations de la pensée juridique médiévale à ce sujet, cf. M. SBRICOLI, *L'interpretazione dello statuto*, Milano 1969, p. 27 ss.; P. COSTA, *Iurisdictio. Semantica*

La situation qu'on vient de peindre n'était pas une rêverie intellectuelle des juristes académiques; elle correspondait plutôt à une autonomie réellement vécue par les corps inférieurs, notamment par les villes. Cette conception du droit et de l'office des juges a pu donc se développer dans une théorie complète sur les qualités et les fonctions du juge<sup>83</sup>.

Le droit local ou particulier — ou, dans le langage de la doctrine érudite, les coutumes des rustiques — était, comme on a déjà vu, le droit traditionnel de ces communautés, établi dans leurs assemblées (*concilia, junctae, capitula*) ou, plus probablement, imposé par les autorités traditionnelles (*domini terrae, Landesherren, patresfamilias*). Diffus, comme tradition, dans la communauté locale, publié par ban, il matérialisait la tradition communautaire sur le juste et l'injuste, étant, en principe, un droit intensément vécu et connu de tous. Son application n'exigeait donc pas des études académiques, mais plutôt du bon sens et une certaine connaissance du droit pratiqué. Parmi les principales qualités du juge on trouvait alors la bonté, la droite conscience, la prudence, la diligence; tandis que l'éloquence et la science n'apparaissaient que comme des qualités secondaires et modérément requises (*scientia conveniens et non eminens*)<sup>84</sup>.

Ce qui était indispensable au juge c'était l'aptitude à trouver la solution adéquate, faute de norme expresse; et aussi la connaissance, normale pour les habitants, de la coutume locale. Quant aux droits commun et même royal, leur connaissance ne serait pas fondamentale au vu de ce qu'on connaît déjà sur les rapports entre le droit savant ou royal et les droits locaux, sur le plan de la théorie dominante des sources<sup>85</sup>.

del potere politico medievale (1100-1433), Milano 1969; pour la doctrine portugaise, A. M. HESPAÑHA, *História das instituições*, cit.

<sup>83</sup> Normalement exposée dans les commentaires au tit. de judiciis; des commentateurs portugais, PEDRO BARBOSA, *Commentarii ad . . . ff. de iudiciis*, Ulyssipone 1613; des hispaniques, très cité parmi les portugais, TH. VELASCO, *Judex perfectus*, Lugduni 1652.

<sup>84</sup> Telle était l'opinion de la glose (in cap. l. 20 distinctione). Les *Partidas* admettent aussi qu'un juge ne sache ni lire ni écrire, sous la condition de recourir à l'aide d'un assesseur. Sur le thème, avec détail et indication de la littérature du droit commun, CASTILLO DE BOBADILLA, *Politica para corregidores . . .*, I, p. 33, n. 1 ss. [l. 1, c. 6, per totum]. V., encore, M. A. PEGAS, *Commentaria . . .*, cit., t. 5 [ad O., I, 65] gl. 1, n. 4; TH. VALASCO, *Judex perfectus . . .*, cit., p. 292, n. 44; NICOLAU C. LANDIM, *Nova et scientifica tractatio . . . I. De syndicatu iudicum*, cit., c. 12, n. 18; c. 13, n. 10; c. 24, n. 2-3; c. 25, n. 33 ss.; A. VALASCO, *Opera omnia. I. Decisionum, consulationum ac rerum iudicatarum. Collonia Allobrogorum 1740*, qu. 26, 1-5.

<sup>85</sup> V. les expressions des statuts portugais de la fin du XIV<sup>e</sup>. siècle citées dans la n. 73. Aussi *L'Ordenamiento de Alcalá* (32, 1, 41) exige que les juges «ayan sabiduria para judgar los pleytos derechamente por su saber, è por su seso». Le témoignage de CASTILLO DE BOBADILLA (*Politica para corregidores . . .*, cit., II, 10, 18) confirme cette situation pour le

De plus, la *peritia* — au contraire de la *prudencia* ou de la *conscientia* — était une qualité non personnelle et pouvait, donc, être suppléée par le recours à un assesseur (*assessor*) lettré. En effet, la figure de l'assesseur — expert auquel le juge pouvait avoir recours — est connue du droit commun et correspond à une pratique très ancienne<sup>86</sup>.

Ni la doctrine, ni la loi (notamment les *Ordenações*), exigent de ces juges la connaissance du droit, ou même la capacité de lire et écrire<sup>87</sup>, malgré les plaintes émises aux Cortès, depuis le XVe. siècle, contre l'analphabétisme des juges<sup>88</sup>. Toutefois, pendant les XVIe. et XVIIe. siècles, la plupart des juges devait être illettrée<sup>89</sup>. En tout cas, encore que sachant lire et écrire, les juges ordinaires étaient dans leur écrasante majorité, des personnes non initiées au droit érudit, car ses faibles rentes n'attiraient pas les lettrés<sup>90</sup>.

Cette ignorance fournit, d'ailleurs, l'occasion pour les louanges de circonstance de la littérature savante qui — ayant recours à des anciens topiques de la culture chrétienne, combinés avec les propos hostiles de la littérature de la Renaissance sur les juristes — dessine de ces juges illettrés (*indices idiotae, indices pectorales*) une image idyllique<sup>91</sup>.

XVIIe. siècle): «Los jueces inferiores, muchos con poca christandad, y los más por ignorancia (porque aún no saben gramatica), dexan de juzgar por las leyes, y juzgan, las más veces por su parecer y alvedrio; y otras veces, so color y pretexto de estilo y costumbre, como advierte Simancas; y quando estos tales juzgan, parece más el tiempo y era de Laín Calvo y de Nuño Rasura, quando se juzgaba a bien visto por uso de Villa y Fierro (aunque con más verdad, razón y sana intención que al presente) . . . »

<sup>86</sup> V. n. 81; aussi dans les statuts portugais du Moyen Age, on prévoyait le recours aux connaisseurs du droit local (v. des exemples dans A. HERCULANO, *História de Portugal*, 9<sup>a</sup> ed., VII, 300 ss.). Sur l'assesseur dans la doctrine du droit commun reçue au Portugal, v. les indications données par A. CARDOSO DO AMARAL, *Liber utilissimus* . . ., Conimbricæ 1740, v. «Assessor».

<sup>87</sup> Les électeurs étaient obligés de choisir quelqu'un digne et apte (cf. M. PHAEBUS, *Decisiones* . . ., cit., II, d. 109, n. 24/5); mais l'analphabétisme n'était pas considéré comme une inaptitude à la fonction de juge (v. M. A. PEGAS, *Commentaria* . . ., cit., t. V (ad I, 65, 10), gl. 12 et opinions ici citées. Les *Ordenações*, elles mêmes, prévoient l'hypothèse de l'analphabétisme du juge (Ord. Fil., I, 79, 29). Par contre, les notaires étaient obligés, depuis le moyen âge, de passer un examen d'aptitude (sur ce point, H. DA GAMA BARROS, *História* . . ., VIII, 422 ss.).

<sup>88</sup> Cortès de 1434, c. 56; 1481, c. 172; dans le sens de l'exigence d'études universitaires de droit pour les corregidores, Cortès de 1427, c. 1; Cortès de 1490, c. 27. Pour l'Espagne, v. BOBADILLA *Politica para corregidores* . . ., cit., I, p. 73 ss., où l'auteur se réfère à la législation sur les études des corregidores.

<sup>89</sup> Quelques témoignages de la fin du XVIIIe. siècle vont encore dans ce sens.

<sup>90</sup> Les juges ordinaires, n'avaient pas de salaire. L'«honneur» de leur fonction était, à des fins fiscales, évaluée à une somme infime par rapport aux salaires des juges royaux (1/25 et 1/50) ou même des écrivains (1/10 ou 1/20).

<sup>91</sup> «Considerandum est Moysis Socerum inter alias virtutes quibus iudicis instructos esse

Au Portugal, les magistratures populaires sont très anciennes et elles constituent un des privilèges les plus convoités par les communautés locales. En effet, avoir ses propres juges n'était pas seulement un avantage (avoir la justice chez soi), mais aussi une garantie (avoir la justice de chez soi). Élus par les principaux habitants du lieu (*meliores terrae*), les juges devaient être les gens plus sages et les plus respectés du pays. Avec la concession progressive de chartes communales (*forais*) à l'ensemble du territoire, l'administration de la justice est devenue un monopole des magistratures populaires, sauf pour les cas assez rares de terres où les juges étaient désignés par les seigneurs<sup>92</sup>. Cette situation s'est maintenue jusqu'à la fin du XVIIIe. siècle, malgré la création, après le milieu du XIVe. siècle, de juges royaux de première instance («juízes de fora», juges forains) et de fonctionnaires chargés de l'inspection des justices locales («corregedores», corrégidors)<sup>93</sup>. L'organisation judiciaire des *Ordenações*, les premiers grands codes nationaux des XVe. au XVIIe. siècles, reproduit cette situation.

Les *Ordenações*<sup>94</sup> établissent que, là où il n'y a pas de juges forains nommés par le roi, la justice sera administrée par des «juges ordinaires» (*juizes ordinários*) élus par les habitants (O. A., I, 26; O. M., I, 44; O. F., I, 66). Le processus de désignation est un mélange d'élection par l'aristocratie du lieu et de tirage au sort: les meilleurs du lieu (ceux du gouvernement) élaborent une liste des personnes qu'ils considèrent adéquates pour l'office du juger, après quoi on tire au sort les juges annuels<sup>95</sup>. Ces juges ont une compétence assez large, embrassant la surintendance administrative et fiscale des organes locaux et l'administration de la justice, sauf en matière criminelle où la

vult, non numerasse nimium interpretationes iuris acumen neque enim dicit, sint iudices subtilis, sicuti, veteratores, et callidi; neque enim tunc tantas honor malitiae habeatur, ut iis jurisconsultissimi existimaretur, qui nimio acumine subnixi varie leges interpretarentur, & simpliciter iuris eluderent; nihil magis sapientia repugnat, quam nimia subtilitas» (JERÓNIMO OSÓRIO, *De regia institutione*, lib. 7, p. 1, c. 5).

<sup>92</sup> Sur les juges et la procédure au Portugal pendant le haut moyen âge, v. A. M. HESPAÑA, *História das instituições. Épocas medieval e moderna*, Coimbra 1982 (v. index des matières, cf. «juízes», «processo»); pour l'Europe centrale, F. WIEACKER, *Privatrechtsgeschichte der Neuzeit*, Göttingen 1967, 103 et bibl. citée.

<sup>93</sup> Sur ces fonctionnaires, v. dernièrement mon cours *História das instituições...*, cit., v. «corregedores».

<sup>94</sup> *Ordenações Afonsinas*, 1446-1447; *Ordenações Manuelinas*, 1513-21; *Ordenações Filipinas*, 1603.

<sup>95</sup> Système dit «des pelouros» (petites boules de cire), car les noms des élus étaient mis dans des boules de cire et tirés au sort (loi de 12. 6. 1391); cf. Ord. Af., I, 23, 43-46; Ord. Man., I, 45; Ord. Fil., I, 68.

compétence des juges royaux (tribunaux de la cour et juges forains) était la règle<sup>96</sup>.

Même les villages les plus isolés du siège de la commune avaient eux-mêmes leurs juges populaires (juges pédanés ou de vingtaine), élus par les habitants dont la juridiction était assez modeste — jugement des contraventions aux statuts locaux, juridiction ordinaire des affaires civiles de valeur infime<sup>97</sup>.

A ces deux types de magistratures populaires on pourrait encore ajouter les juges non lettrés des domaines seigneuriaux, v. g. les «juízes das honras» dont on parle dans les *Ordenações*<sup>98</sup>.

Vers le milieu du XIVe. siècle le pouvoir royal établit dans quelques villes des juges royaux, sous prétexte d'améliorer la justice locale, c'est-à-dire de la rendre plus indépendante des puissances locales et plus égale — ce sont les «juges forains» dont la vocation serait l'application du droit royal (plus tard, aussi du droit commun) en substitution au droit local. Fortement contestés, par les peuples<sup>99</sup> les juges forains ont difficilement progressé en nombre jusqu'au XVIIe. siècle. Jusqu'au milieu du XVIe. siècle il n'y en avait que quatre dizaines, sur un total de plus de huit cents communes<sup>100</sup>. Vers le milieu du XVIIe. la situation n'était pas très différente — il n'y avait que 10 % du nombre total de juges locaux qui étaient des juges forains<sup>101</sup>. Ce n'est que par l'effort de l'État absolutiste de rationalisation de la vie administrative et judiciaire qu'un changement a été introduit dans cette situation. À la fin de l'Ancien Régime, 35 % des juges étaient déjà des lettrés<sup>102</sup>.

<sup>96</sup> Ord. Af., I; 19/21/26-7/28/29; Ord. Man. I; 44, 34/43/45/69; Ord. Fil. I, 65, 7-8/18/23/24/25.

<sup>97</sup> Ord. Man. I, 44, 64; Ord. Fil., I, 65, 73.

<sup>98</sup> Ord. Fil., II, 48, 2-3.

<sup>99</sup> Aux Cortès: 1331, art. 10; 1352, arts. 7, 10; 1361, arts. 9, 11; 1371, art. 29; 1372, art. 9; 1391, art. 5; 1394, art. 19; 1400, art. 1; 1427, ch. 4, 5; 1451, ch. 4; 1559, ch. 7, 8, 20; 1481, ch. 36; et. encore, Ord. Af., I, 25. Sur les juges forains, JOSÉ ANASTÁCIO DE FIGUEIREDO, *Sobre a origem dos nossos juízes de fora*, «Memorias de lit. de Acad. Real das Sciencias», I, 1792, p. 31 ss.

<sup>100</sup> Données sur le nombre des juges forains, JOSÉ ANASTÁCIO DE FIGUEIREDO, *Sobre a origem dos nossos juízes de fora*, cit., I (1792) 31 ss.; données sur le nombre des communes vers la même époque dans le cadastre de 1527, publié dans «Arquivo historico portuguez», vols. III, 241 ss.; VI, 241 ss.; VII, 241 ss.; VIII, 241 ss.; et par JOÃO TELLO DE MAGALHAES COLLAÇO, *Cadastro da população do reino*, Lisboa 1931. Pour les XVII/XVIIIe. siècles ANTONIO CARVALHO DA COSTA, *Corographia portugueza*, Lisboa 1706-1712.

<sup>101</sup> Source: «Livro das avalliações de todos os officios do reino. 1640» (Bibl. Ajuda, 49-12-11/12); en cours de publication par l'auteur.

<sup>102</sup> Cf., v. g., *Almanach para o anno de M.DCC.XCIII*, Lisboa, p. 330 ss.; ou *Mappa alfabetico das povoações de Portugal que tem juiz de primeira intrancia*, Lisboa 1811.

De ce monde de la justice traditionnelle font encore partie les avocats ou procureurs non lettrés, personnes spécialisées dans les démarches du droit et du procès traditionnels qui, en cette qualité, aidaient les parties à la cour. Leur rôle n'était pas, en tous cas, identique à celui des avocats savants dans les procès de droit érudit. La désignation même qui leur était donnée («vozeiros», «rábulas», chicaneur) nous permet encore aujourd'hui d'imaginer le style de leurs interventions au tribunal, plutôt destinées à attirer la faveur de la cour par des moyens rhétoriques et oratoires qu'à éclaircir de façon distanciée et analytique, les questions techniques du droit. D'autre part, leur présence à la cour n'empêchait pas la participation personnelle de l'intéressé. Plus qu'une médiation des parties, ces procureurs assuraient plutôt une coopération qui n'expropriait pas les parties de leur qualité d'éléments actifs dans la dispute procédurale.

Contre ces procureurs, qui s'arrogeaient des fonctions d'orientation technique et procédurale, s'acharnait la doctrine savante. Si le juge illettré était traité de façon bienveillante (quoique que d'une bienveillance hautaine et condescendante), la présomption de ces «techniciens populaires», qui se donnaient des airs de comprendre le droit et de rivaliser avec les avocats savants, était, par contre, lourdement châtiée. Dans la doctrine portugaise certains proposent d'éviter ces «avocats chicaneurs qu'on appelle d'habitude «procuradores do número» et de les éliminer de la république, en tant que partie extrêmement dangereuse»<sup>103</sup>. Un autre auteur fait remarquer que ces procureurs exercent leur office sans aucun diplôme, pas même un examen par un collège professionnel, comme en Espagne<sup>104</sup>.

Le romantisme de l'historiographie du XIXe. siècle, combiné avec ses préoccupations actualistes de justification historique de la politique décentralisatrice, a pris ces magistratures populaires comme un témoignage du caractère démocratique et égalitaire des communautés locales médiévales. Cependant, une description historique sans mythes ne peut pas confirmer cette vision. En effet, les magistrats populaires n'étaient recrutés qu'au sein des couches supérieures de la société locale. Même si on ne considère pas les interdictions électorales qui atteignaient les juifs, les maures, les nouveaux-chrétiens et les journaliers (*mechanici, mercenarii*)<sup>105</sup>, la nature du système

<sup>103</sup> JOH. CARVALHO, De una et de altera quarta Falcidia deducenda, vel non, p. 292.

<sup>104</sup> F. CALDAS PEREIRA, Comm. ad legem si curatorem, v. *laesio*, n. 100 (dans Opera, IV, Coloniae Allobrogorum 1745, p. 335). En tous cas, l'opinion des espagnols sur ces procureurs n'était pas tellement favorable: cf. CASTILLO DE BOBADILLA, Política para corregidores . . ., l. 3, c. 14, n. 33 ss.

<sup>105</sup> M. A. PEGAS, Commentaria, t. 5 (ad 1, 67) gl. 1, c. 1, n. 1 ss.; ibid. (ad 1, 87) gl. 1,

électoral garantissait aux *meliores terrae* le monopole des charges judiciaires et administratives électives<sup>106</sup>; cette pratique était légitimée, du point de vue idéologique, par le principe «*meliores et nobiliores sunt eligendi ad officia publica*», que la doctrine interprétait dans un sens «social» et non «professionnel»<sup>107</sup>. Par le biais de ces magistratures s'exerçait enfin le pouvoir politique et social d'une mince couche de notables locaux, nobles ou vilains; c'est-à-dire ceux qu'on appelle dans l'histoire péninsulaire du XIXe. siècle, les «caciques» et qui ont dominé — alors comme après — les différents niveaux de la vie locale: l'économie, par leur situation de gros propriétaires terriens (position maintes fois obtenue par l'appropriation des biens communaux); la politique, par le monopole des charges communales et par la protection lointaine mais efficace d'un noble de la cour; la vie culturelle et spirituelle, par leur étroite liaison avec le clergé local, parfois présenté par eux, d'après le droit de patronage.

Malgré l'insuffisance des recherches actuelles il ne me paraît pas très osé de soutenir que les magistratures populaires exprimaient surtout les intérêts de la noblesse rurale — ou ceux des vilains, propriétaires, candidats à l'noblesse — et que ceux-ci les utilisaient pour maintenir leur domination sur la vie locale. Cette image de l'agencement social des magistratures locales peut aider à la compréhension de la polémique autour de la création et de l'extension des juges forains, contre lesquels se dressaient les élites locales représentées dans les *Cortes*<sup>108</sup>, mais pour lesquels se prononçait probablement le menu peuple<sup>109</sup>.

Une autre perspective compléterait ce tableau schématique. Celle de la situation des juges ordinaires dans les hiérarchies sociales locales.

La littérature des XVIe. et XVIIe. siècles ne nous donne pas une image favorable des juges ordinaires. On pourrait dire qu'elle nous donne une image

c. 1, n. 3; où on cite des Lois de 1612 et 1649. Cf., cependant, M. A. PEGAS, *Commentaria*, cit., t. 14 (ad 1, 67), n. 35 ss.

<sup>106</sup> M. A. PEGAS, *Commentaria*, t. 5 (ad 1, 67) gl. 1, c. 1, n. 4 («*nobiliores ad officia, & reipublicae magistratus evocandi*»); il y avait des lieux où l'un des juges était forcément un noble (cf. O. A., 1, 23, 45). Cf., encore, le *Regimento* de 6. 6. 1612 (dans M. A. PEGAS, *Commentaria*, loc. cit.), et M. PHAEDO, *Decisiones* ed. cons. 1740, p. 204.

<sup>107</sup> L'idée selon laquelle les aptitudes personnelles doivent être considérées comme critère d'élection aux charges est plutôt moderne: J. VICENS VIVES, *La struttura amministrativa dei secoli XVI e XVII*, dans E. ROTELLI et P. SCHIERA, *Lo stato moderno. I. Dal medioevo all'età moderna*, Bologna 1971; sur les principes doctrinaires concernant les élections; cf. aussi JOÃO PEDRO RIBEIRO, *Obras*, cit., 1729.

<sup>108</sup> Cf. supra, n. 99.

<sup>109</sup> Cf. A. M. HESPANHA, *Historia . . .*, cit.

favorable d'aucune des professions juridiques en général; aux lettrés, elle reproche le pédantisme et le sacrifice de la justice matérielle à l'observance des étiquettes et de formules; aux greffiers, l'irrespect de la volonté des parties (le fait d'«entendre une chose et d'en écrire une autre») et la corruption; des juges, elle réproche l'ignorance et la corruption<sup>110</sup>. La représentation littéraire la plus célèbre d'un juge ordinaire est celle du «Juiz da Beira», de Gil Vicente — l'auteur le plus célèbre du théâtre portugais de critique sociale du XVIe. siècle (1465-1537): paysan illettré et rustre, mais aisé, élu juge grâce aux influences de sa femme, jeune, jolie et espiègle, Pero Marques juge selon une justice de «cadi», ignorant les *Ordenações* et la loi.

Une image pareille nous est donnée par les références faites aux juges dans la législation du XVIIe. qui crée des postes de juges forains: dominés par les puissants locaux et protecteurs systématiques de leurs intérêts, jugeant selon la passion et la haine, sacrifiant la justice (peut-être, seulement, les critères de justice du droit royal et érudit), analphabètes et sans connaissances de droit, totalement dominés par les avocats et les greffiers<sup>111</sup>.

Cette dernière référence nous introduit dans un autre et dernier thème: celui des rapports des juges avec les autres professions juridiques, notamment les greffiers et les avocats<sup>112</sup>.

Les greffiers et les notaires jouaient sûrement dans la vie juridique locale un rôle plus important que celui des juges. Sachant lire et écrire et dominant l'art notarial et les usages du barreau, ils ont été, pendant plusieurs siècles, les seuls techniciens du droit écrit au niveau local<sup>113</sup>. Avec l'expansion de la procédure d'actes, leur emprise sur les juges et la vie juridique locale s'intensifia<sup>114</sup>. La littérature de l'époque nous en donne une image probablement fidèle: contrôlant totalement les juges (analphabètes et incapables de com-

<sup>110</sup> Sources littéraires: GARCIA DE RESENDE, *Cancioneiro geral* (ed. cit., Lisboa 1973), I, 215/216, 220, 230; GIL VICENTE, *Auto da Feira, Fragoa de amores, Juiz da Beira e Auto da Barca do Inferno*; JORGE FERREIRA DE VASCONCELOS, *Comédia eufrosina* (1561).

<sup>111</sup> Cf. Alvs. 19. 11. 1631; 13. 12. 1643; 1. 2. 1655; 22. 11. 1775; 23. 5. 1776; 26. 8. 1776; 7. 2. 1782; 21. 4. 1795; 7. 5. 1801.

<sup>112</sup> V., impressif, CASTILLO DE BOBADILLA, *Política para corregidores . . .*, cit., I, III, c. 14, per totum (t. II, p. 238 ss.).

<sup>113</sup> Une partie des notaires et écrivains serait constituée par des étudiants ayant échoué à leurs études de droit (cf. CASTILLO DE BOBADILLA, *Política para corregidores . . .*, I, 6, 17). La situation était identique en Angleterre, notamment avec les clerks des assises, J. COCKBURN, *Seventeenth century clerks of assizes — some anonymous members of the legal profession*, «*American journal of legal history*» 13 (1969) 315 ss.

<sup>114</sup> Sur l'importance des notaires comme divulgateurs du droit savant dans le milieu local, F. WIEACKER, *Privatrechtsgeschichte . . .* cit., p. 120 ss.; sur la «procédure d'actes», *ibid.*, pp. 28, 94, 184.

prendre les pièces écrites), vénaux et riches des subornations des parties, leurs revenus étaient très supérieurs à ceux des juges<sup>115</sup>.

À côté des greffiers et des notaires, sont apparus les avocats. Institution très ancienne<sup>116</sup> dans le droit portugais, l'avocat est, depuis le XVIIe. siècle un technicien du droit de formation universitaire. Cette qualité lui donne sûrement une assez grande autorité sur les juges; quelques auteurs fondent même la dignité de leur office sur le fait que leur fonction est de corriger l'ineptie des juges ignorants<sup>117</sup>.

Les juges n'étaient certainement pas totalement dépendants des greffiers, des notaires et des avocats, soit pour lire les actes, soit pour s'informer sur le droit écrit ou savant applicable. Ils pouvaient, en effet, recourir à des assesseurs, c'est-à-dire, à des techniciens du droit, choisis librement par le juge et payés par lui. Quoique la déontologie morale l'obligeât à avoir recours à un assesseur s'il se croyait incapable de résoudre les questions soulevées, la nomination d'assesseurs ne devait pas être un fait très commun, en raison de la difficulté d'en trouver au niveau local et de l'impossibilité pour le juge de le payer avec ses minces ressources<sup>118</sup>.

Dans une telle situation, le prestige social des magistrats populaires ne pouvait pas être très grand, surtout lorsque la présence du droit écrit et savant fut devenue imposante même au niveau local. Nous en avons des preuves indirectes: d'une part, la fuite devant les charges de juge (et les charges communales en général), en invoquant des privilèges; d'autre part, l'évaluation extrêmement basse de la valeur (ou «honneur») des charges de juge pour des finalités fiscales. Les seuls attraits seraient — en plus de la puissance

<sup>115</sup> Le salaire d'un notaire pouvait être 30 ou 40 fois plus élevé que les revenus légaux d'un juge. Sur les fonctionnaires inférieurs de justice, notamment les écrivains, v. pour l'Europe, FILEMÓN ARRIBAS ARRANZ, *Los escribanos públicos en Castilla durante el siglo XV*, «Centenario de la ley del notariado», Sección primera. Estudios históricos, Madrid 1964; J. MARTINEZ GIJÓN, *Estudios sobre el oficio de escribano en Castilla durante la Edad Moderna*, *ibid.*, I, 263-340; F. ELSENER, *Notare und Stadtschreiber. Zur Geschichte des schweizerischen Notariats*, Köln-Opladen 1962; J. COCKBURN, *Seventeenth-century clerks* op. cit. (n. 113, p. 315 ss.). Pour le Portugal, v., en plus du chapitre de H. DA GAMA BARROS, *História da administração...*, loc. cit., (surtout pour le Moyen âge), la littérature citée par JOSÉ MARIA ADRIÃO, *Ensaio de bibliographia critica do notariado português*, Lisboa 1924.

<sup>116</sup> Sur l'histoire du barreau au Portugal, LUIS DA SILVA RIBEIRO, *A profissão de advogado*, Lisboa 1925. Pour le XVIIIe. siècle, JERÓNIMO DA SILVA ARAÚJO, *Perfectus advocatus*, 1743 (trad. port. «Boletim do Ministério da Justiça», 1969).

<sup>117</sup> M. A. PEGAS, *Commentaria*, cit., t. 4 (ad 1, 48), gl. 1, n. 9.

<sup>118</sup> Sur l'assesseur, supra n. 86 et encore, M. A. PEGAS, *Commentaria*, t. 5 (ad 1. 65) gl. 12, ns. 5-7.

politique que ces charges procuraient au niveau local — les avantages illégaux qu'elles pouvaient apporter dans une administration judiciaire que les sources nous décrivent comme étant dominée par la corruption. S'y ajoute, encore, l'idée reçue par la doctrine juridique dominante, selon laquelle les offices communaux, et surtout l'office de juge, anoblissent<sup>119</sup>.

Intéressante est aussi la question des rapports des juges ordinaires avec le monde des juristes savants, formés dans les traditions scolaires du droit commun, jugeant selon les standards du droit légal ou doctrinal, utilisant comme point de référence la problématique et les solutions d'une littérature technique internationale.

Aujourd'hui, on ne peut pas savoir grand chose sur l'attitude des juges ordinaires envers les juristes de carrière. Comme on le dira plus loin, on peut supposer que l'attitude d'ouverte résistance de la première phase de la réception se soit transformée dans une attitude d'animosité latente et dissimulée, combinée avec une admiration impuissante envers un savoir juridique qui dominait la cour et les tribunaux supérieurs.

13. Comme on l'a vu, le statut des rustiques peut être difficilement considéré — au moins si on n'y lit que ce qui est expressément dit — comme une forme de répression d'un monde juridique alternatif. Au contraire. En apparence, tout le discours savant qui le concerne est dominé par l'idée de condescendance — plutôt que de respect — envers le monde du droit traditionnel.

En tout état de cause, si on pousse l'analyse un peu plus loin, on vérifiera comment ce discours s'intègre dans une stratégie, douce mais inexorable, d'absorption et de répression. Une stratégie qui récupère au niveau symbolique et idéologique ce qu'elle a abandonné au niveau juridico-institutionnel<sup>120</sup>.

En effet, le discours sur le droit des rustiques — le mot «rustique» lui-même — est dominé par une opposition fondamentale: l'opposition entre le

<sup>119</sup> V. supra, n. 104.

<sup>120</sup> Même sur le plan institutionnel, tout n'était pas favorable aux rustiques. D'une part, il y avait des circonstances dans lesquelles les *privilegia rusticorum* n'avaient pas d'efficacité (cf. IAC. MENOCHIO, De arbitrariis iudicium quaestionibus . . . , cit., c. 194, n. 2/32); d'autre part, le statut des rustiques comprenait aussi des côtés négatifs, comme, par exemple: ils ne pouvaient jamais appartenir à la noblesse, quoique riches et honnêtes; l'offense qu'on leur faisait n'était jamais considérée comme injure, leurs privilèges ne pouvaient être opposés à leurs seigneurs directs (qui, normalement, étaient leurs adversaires principaux), etc. V. le déjà cité MENOCHIO et, encore, R. CHOPINUS, De privilegiis rusticorum . . . , cit., l. I, p. 2, c. 5.

*savoir* et l'*ignorance*. Opposition de deux termes qui ne sont pas en équilibre, puisque le savoir représente déjà l'idéal culturel d'une époque, tandis que l'ignorance n'est plus l'innocence originelle mais, par contre, l'attitude anti-naturelle de celui qui refuse son accomplissement humain. Toute la violence du discours savant réside dans ce fait. Il se classe soi-même comme le discours de la vérité, produit d'une tendance naturelle de l'homme vers le savoir; tandis que les discours alternatifs sont refoulés vers une zone de non savoir, qui les prive de toute la légitimité. En d'autres mots, le juriste savant n'envisage jamais la pratique juridique des rustiques comme l'évènement d'un *autre droit*, enraciné dans un autre ordre axiologique et social; mais toujours comme le produit d'une ignorance malsaine, de l'arbitraire, de l'erreur, enfin, de la «rusticité». Et, s'il transige avec ces pratiques, c'est toujours pour des raisons d'ordre tactique, semblables à celles qui amenaient CASTILLO DE BOBADILLA à conseiller aux corregidores une attitude de temporisation provisoire quand, par la force, ils ne pouvaient pas vaincre la résistance de leurs sujets<sup>121</sup>.

La stratégie de la condescendance (au niveau institutionnel) se combinait, donc, avec une stratégie de rejet (au niveau idéologique ou symbolique). Mais, étant donnée la force expansive de ce capital symbolique extrêmement reproductif qu'est le discours juridique savant — parce qu'il agit au niveau de la formation de tous les cadres politiques et administratifs, soit de l'administration centrale, soit, de plus en plus, de l'administration locale —, le résultat ne pouvait être que la progressive négation du droit à l'existence de cette pratique juridique traditionnelle, au nom d'un progrès de la raison, d'un processus civilisateur, d'une téléologie de l'histoire qui, aujourd'hui encore, réalisent une semblable fonction expropriatrice de la légitimité envers beaucoup d'autres faits culturels minoritaires. Dans ce sens, cet investissement dans l'idée selon laquelle le savoir juridique (tel qu'on le conçoit à l'époque médiévale et moderne dans les milieux savants) fournit la seule base légitime de la *Rechtsfindung* fonctionne comme un moyen d'expropria-

<sup>121</sup> «Ni tampoco se dira parcial el Corregidor, si por evitar escandalo, sedición ò tumulto, acudiere à favorecer al pueblo, lo qual conviene hazerse algunas veces, ò exceder en la pena, y acomodarse dulcemente al furor, ò humor del pueblo, para ponerle en razon . . . assi conviene que el prudente Corregidor viendo el pueblo ravisio, condecienda al principio con su apetito; para que insensiblemente poco a poco le pueda meter en razon: porque oponerse à una muchedumbre irritada, no es otra cosa que hazer resistencia à un ràpido torrente que cae de un alto lugar: pero despues poco à poco quitado el escandalo, yra castigando los sediciosos y culpados en la faction» (Politica para corregidores . . ., III, c. 9, n. 44 (t. II, p. 206).

tion des pouvoirs périphériques et peut être rapprochée d'autres formes contemporaines de centralisation du pouvoir<sup>122</sup>.

Cette stratégie de dévaluation culturelle du monde traditionnel commence juste par la désignation de «rustique» qui lui est accrochée. Le caractère dépréciatif du terme a été documenté de façon expressive par A. MURRAY dans l'œuvre déjà citée. D'après lui «dans les textes où les classes sociales étaient mises en contraste, «rustique» était utilisé comme synonyme de personne des «rangs inférieurs», de telle sorte que les rustiques d'une ville pouvaient être opposés aux nobles. En même temps, le mot a acquis un usage qui l'approchait de «stupide», «rude» ou «mal élevé». À l'époque de DANTE et de PETRARQUE soit en vernaculaire, soit en latin, «rustique» allait de pair avec «âne» ou «bête» et le couple «hommes rustiques et bestiaux» constituait une figure commune du discours<sup>123</sup>. Corrélativement, le mot renvoyait aussi à l'idée de simplicité d'esprit, mais d'une simplicité qui exposait au ridicule et à l'exploitation. «Oh Dieu — peut-on lire dans un texte satirique du XIIe. siècle —, toi qui as semé la discorde entre le clerc et le rustique, donne nous la grâce de vivre du travail de celui-ci, de jouir de leurs femmes, de cohabiter avec leurs filles et de jubiler le jour de leurs décès»<sup>124</sup>.

Les juristes recueillent tout ce potentiel négatif du mot; et, dans leurs textes, l'équivalence entre rustique et ignorant est courante, fournissant même, comme on l'a vu, la justification de la spécificité du statut des rustiques. De ce fait, tous les auteurs sont unanimes sur l'idée selon laquelle les *privilegia rusticorum* ne profitent qu'aux «rudes et grossiers», en excluant, par contre, les malins ou ceux qui utilisent la rusticité comme voile pour dissimuler leurs fourberies<sup>125</sup>. À un tel point que, bien que les témoins rustiques ne doivent pas être interrogés sur des questions difficiles, s'ils le sont et répondent de façon intelligente, ils doivent être considérés comme suspects<sup>126</sup>.

<sup>122</sup> V., dans ce sens de l'équivalence de la constitution d'un savoir abstrait aux autres formes de centralisation du pouvoir en œuvre à l'époque moderne, GERD SPITTLER, *Abstraktes Wissen als Herrschaftsbasis. Zur Entstehungsgeschichte bürokratischer Herrschaft im Bauernstaat Preussen*, «Kölner Zeitsch. f. Soziologie und Sozialpsychologie», 32 (1980).

<sup>123</sup> Dans un texte flamand de la fin du XIIe. siècle, on peut lire qu'un prince illettré est «un dégénéré, un rustique, comme qu'un animal» (cité par A. MURRAY, *Reason and society* . . . , cit., 238), tandis qu'un texte ironique allemand, satirisant les homosexuels, disait que «seul des rustiques . . . qu'on peut bien considérer comme des animaux, se peuvent sentir à l'aise . . . dans les rapports avec les femmes» (ibid.).

<sup>124</sup> Cit. par A. MURRAY, *Reason and society* . . . , cit., 239.

<sup>125</sup> Ce serait le cas plus commun, selon CASTILLO DE BOBADILLA (*Politica para corregidores* . . . , l. 3, t. 3, n. 61/2); v. encore IAC. MENOCHIO, *De arbitrariis iudicium quaestionibus* . . . , cit., c. 194.

<sup>126</sup> Dans une sentence transcrite par M. A. PEGAS (*Commentaria* . . . t. 9, p. 400, n. 169)

14. Comme contrepoint de l'ignorance et grossièreté rustiques, apparaissent le caractère exemplaire de la science juridique savante et l'excellence de la forme écrite d'agir en justice.

Le premier thème étant plus connu<sup>127</sup>, on ne s'occupera ici que du second.

Le prestige croissant de la forme écrite dans la culture médiévale<sup>128</sup> a influencé tout de suite le monde du droit; où, d'ailleurs, depuis l'antiquité, la rédaction (des lois, des contrats et d'autres actes juridiques) avait un caractère décisif.

Les juristes du droit commun parlent souvent de la nature et des vertus du texte écrit, notamment du point de vue du droit. Sur ce plan, le texte écrit est orné de caractéristiques presque magiques. Par exemple, il a la capacité de résister au temps et de vaincre les contraintes de l'espace; de perpétuer la voix des morts, de faire parler les absents. L'écriture, dit M. A. PEGAS — suivant des topiques communs — «a un pouvoir tellement grand que, par son moyen, ce que nous disons parle sans besoin de notre voix et se transforme en chemin vers le lecteur»<sup>129</sup>. Tandis qu'un autre juriste affirme que «l'écriture ne se tait jamais, elle clame toujours, même après la mort»<sup>130</sup>. L'importance de ces caractéristiques dans le domaine du droit est évidente. Avec la forme écrite, la vérité devient plus ferme. C'est pourquoi dans les affaires les plus importantes c'est cette forme qui doit être utilisée<sup>131</sup>. Moyen privilégié de preuve, l'écriture devient, par cette voie, un facteur de vérité et, donc, de justice — «afin que le mensonge ne porte préjudice à la vérité et l'iniquité ne prévale sur la justice»<sup>132</sup>.

Cet éloge de l'écriture était, en même temps, une dévaluation de l'oralité. Dévaluation, non seulement sur le plan culturel et idéologique, mais aussi

certaines témoins sont dévalués car, étant rustiques, étaient tenus pour incapables de comprendre les concepts juridiques.

<sup>127</sup> V., pour des références de la littérature du droit commun sur la dignité de la science, DOMINICUS CARD. TUSCIUS, *Practicarum conclusionum iuris*, Lugduni 1660-70, v. «scientia»; en général, l'œuvre précitée de A. MURRAY, *Reason and society*.

<sup>128</sup> Il existe une énorme bibliographie sur la «révolution de l'écriture»; en plus des travaux de J. GOODY (notamment des œuvres déjà cités et de l'œuvre collective *Literacy in traditional societies*, Cambridge 1968), v., pour la période médiévale, la littérature citée par F. BÄUML, *Varieties and consequences of medieval literacy*, cit., notamment l'œuvre récente de M. T. CLANCHY, *From memory to written record: England 1066-1307*, Cambridge-Mass. 1979.

<sup>129</sup> *Commentaria* . . . , t. I, (ad 1, i gl. 139, n. 5), p. 317.

<sup>130</sup> DOMINICUS TUSCIUS, *Practicarum conclusionum* . . . , cit., v. «scriptura», concl. 80.

<sup>131</sup> M. A. PEGAS, *Commentaria* . . . , cit., t. II (ad 1, 5) gl. 17, 5.

<sup>132</sup> M. A. PEGAS, *Commentaria* . . . , cit., t. III (ad 1, 24) gl. 2, n. 3/4, s'appuyant sur Saint Isidore, *Fermosinus* et d'autres.

sur celui de la pratique. Car, d'après un principe déjà connu, l'écriture devient le moyen d'expression des affaires plus graves; et, de ce fait, la forme écrite devient obligatoire pour un nombre toujours croissant d'actes juridiques<sup>133</sup>.

Une fois le droit savant et écrit institué en modèle, le monde du droit traditionnel, qui dominait ni la technique de l'écriture ni l'art légal, se voyait privé des moyens de production symbolique inculqués comme légitimes par l'idéologie dominante. Dans ce sens, l'éloge de la science et de la forme écrite ne sont pas politiquement innocents; ils représentent plutôt une forme d'obtenir et de souligner l'expropriation du capital symbolique de l'adversaire. Comme n'est pas non plus innocent l'engagement mis dans l'utilisation d'une langue technique (le latin), étrangère à la plupart des gens. Parmi les innombrables témoignages dans ce sens, on a choisi celui de la polémique autour de la publication en castillan de la maintes fois citée *Politica para corregidores y señores de vasallos*, de CASTILLO DE BOBADILLA. Quoique l'édition en langue vernaculaire s'intègre, selon BOBADILLA, dans une stratégie de vulgarisation du droit écrit et savant<sup>134</sup>, l'auteur ne laisse pas de souligner les avantages d'une publication en latin: d'un côté, le fait du plus grand prestige de la langue latine — c'est-à-dire, sa plus grande reproductibilité comme capital symbolique; d'autre part, et surtout, le fait que le caractère hermétique du latin évitait le danger que les matières de gouvernement et de justice «soient communes à tous, ce qui entraîne le danger de l'abus»<sup>135</sup>. C'est-à-dire, une option en apparence si neutre que l'adoption d'une langue scientifique différente de la naturelle se manifeste dans toute sa signification politique. Plutôt que de profiter de la plus grande adéquation ou expressivité d'un instrument linguistique, ce qu'on voulait, c'était finalement défendre un monopole du savoir et, à côté, renvoyer le discours alternatif vers le domaine de la rusticité et de l'ignorance.

<sup>133</sup> Cf. l'énumération de DOMINICUS TUSCIUS, *Practicarum conclusionum...*, cit., v. «scriptura», concl. 87.

<sup>134</sup> Dans cette stratégie de divulgation du droit savant s'intégraient: les traductions de textes doctrinaux du droit commun, l'impression des lois, les normes relatives à l'obligation imposée à tous les juges d'avoir un exemplaire des codifications officielles. Un juriste allemand du XVII<sup>e</sup>. siècle suggère que les lois soient écrites en langue vernaculaire, qu'elles soient lues à la messe et que tous les chefs de famille soient obligés d'avoir un code à la maison (JOH. WILH. GOEBEL, *Tractatus de iure et iudicio rusticorum...*, cit., p. 195).

<sup>135</sup> *Politica para corregidores...*, cit., «Proemio», n. 14 ss. Bobadilla avait eu des problèmes avec la publication de l'œuvre en castillan (v. B. GONZALEZ ALONSO, «Estudio preliminar» à l'édition anastatique de la *Politica*, Madrid 1979, 21); sur Bobadilla, FRANCISCO TOMÁS Y VALIENTE, *Castillo de Bobadilla. Semblanza personal y profesional de un juez del Antiguo Régimen*, «AHDE» 45 (1975) 159 ss.

15. L'efficacité de ce modèle idéologique dans lequel le droit savant jouissait d'un statut de standard de tout le droit, de sommet de la raison juridique, ne s'épuisait pas sur ce plan plus ou moins diffus (mais à long terme non moins efficace) de l'idéologie implicite des juristes. Elle atteignait aussi le niveau pratico-institutionnel et commençait, de ce côté, à saper l'ampleur de la protection en apparence accordée, sur ce plan, au monde juridique traditionnel.

En effet, quoique la spécificité du statut des rustiques se fondât sur son ignorance, le caractère exemplaire et naturel des solutions du droit savant a obligé d'introduire la distinction entre l'ignorance excusable et celle qui ne l'était pas. A partir de cette distinction, l'excuse de l'ignorance se trouve confrontée à d'innombrables limitations. D'abord, l'ignorance du droit naturel, du droit des gens et du droit «notoire» ou évident<sup>136</sup> devint inexcusable; avec cette restriction, étaient donc sauvegardées les bases axiologiques et normatives du droit officiel et savant. Par la suite, on développa l'idée selon laquelle, même envers le reste du droit écrit, le rustique avait l'obligation de s'informer auprès des experts, en ajoutant que cette obligation découlait de données naturelles-anthropologiques, voire de la tendance spontanée de chaque homme vers le perfectionnement et le savoir<sup>137</sup>. Enfin, l'ignorance des rustiques n'excusait pas devant des normes de droit impératif ou, d'après une formulation encore plus restrictive, n'excusait que dans les cas où le droit officiel le déclarait de façon expresse<sup>138</sup>.

C'est justement cette idée de l'inexcusabilité de l'ignorance qui explique le poids négatif progressivement pris par le discours sur les rustiques. En effet, au fur et à mesure que la conscience juridique européenne se laissait dominer par la tradition du droit savant, la situation de la rusticité devenait de plus en plus scandaleuse. Derrière chaque rustique se profilait un surnois: «rares sont ceux qui ne sont pas malins», dit BOBADILLA,

<sup>136</sup> Cf. R. CHOPINUS, *De privilegiis rusticorum . . .*, cit., l. 1, p. 2, c. 5; IAC. MENOCHIO, *De arbitrariis iudicium . . .*, cit., c. 194, n. 1; JOH. GOEBEL, *Tractatus de iure et iudicio rusticorum . . .*, cit., p. 139. Comme on l'a déjà vu, le caractère évident du droit naturel n'atteint que leurs principes premiers.

<sup>137</sup> IAC. MENOCHIO, *De privilegiis rusticorum . . .*, cit., c. 194, n. 22/24: si le rustique pouvait consulter des experts et ne l'a pas fait, son ignorance ne lui profite pas, car «tous les hommes ont le désir de savoir et il est, donc, contre la nature ne pas consulter les savants». Au Portugal, les Ordenações (Ord. Fil., I, 58, 8; I, 60, 10) incluent dans l'enquête faite par les corregidores sur l'activité des juges, «savoir si les juges se préoccupent de savoir».

<sup>138</sup> Cf. R. CHOPINUS, *De privilegiis rusticorum . . .*, cit., l. 1, p. 2, c. 5 et la littérature citée dans la n. 131.

tandis qu'autres les accusent d'utiliser leur apparente simplicité d'esprit pour se libérer de leurs devoirs envers les seigneurs<sup>139</sup>. D'où l'animosité contre les avocats populaires (les «techniciens» du droit populaire — qu'on se souvienne de la référence faite par BOBADILLA, dans le texte cité dans la dernière note, aux «paysans qui portent l'écritoire à la ceinture» . . .) et le mépris avec lequel on traitait les juges illettrés<sup>140</sup>.

La violence douce de la rationalisation et de l'ordre agissaient, toutefois, sur d'autres plans. Par exemple, dans l'imposition d'un ordre judiciaire qui expropriait les parties de l'intervention personnelle et qui les obligeait à faire passer leurs prétentions au crible d'un avocat savant. Les juristes justifiaient ces mesures par le besoin d'instaurer un ordre dans les audiences et par l'idée selon laquelle la sérénité et l'impartialité du jugement étaient incompatibles avec le brouhaha, l'indiscipline, l'incontinence et l'engagement émotionnel des parties, quand elles étaient autorisées à intervenir personnellement au procès («iudex debet procuratorum, advocatorum, vel partium clamorosam garrulitatem reprimere», écrit FLORENTINUS). Par contre, la médiation de l'avocat savant garantissait non seulement un traitement sélectif des «commérages» des parties — c'est-à-dire, la construction d'un objet procédural différent de l'objet du litige vécu —, comme assurait encore une intervention neutre, méthodique et distanciée, selon les règles de la procédure savante. En effet, ce qu'on faisait, c'était souligner des traits de la procédure écrite plus antinomique par rapport à la structure de la procédure traditionnelle, tandis qu'on réduisait au silence la dynamique et le discours juridiques alternatifs.

<sup>139</sup> «Solo es de advertir, que de los privilegios de la ignorancia concedidos a los labradores, no gozan los rusticos sagazes, como ya oy lo son casi todos, y de otras muchas malas calidades, segun escriven Tiraquelo, Otaiores, y otros, è en especial que son inclinados à hurtar, y maliciosos en el vender, y cautelosos en aguardar los tiempos de mayor necesidad, para vender mas caros los frutos de la tierra, causando la necesidad de la hambre, y que padezcan los pobres por su culpa, hasta que les suban los precios. Y estas y otras malicias usan, mayormente los labradores convezinos à pueblos grandes, y assi non ay en ellos aquella sinceridad antigua, por la qual merecio llamarse santa la rusticidad, en especial los labradores que traen escrivania en la cinta, de los quales se puede tener todo recato y zelo: y assi por esto las leyes de Partida, hablando del privilegio y favor de la ignorancia de los rusticos, requiren que sea labrador simple o aldeano necio. Finalmente no gozan los labradores de los privilegios de la ignorancia, sino en los casos expressados en derecho» (CASTILLO DE BOBADILLA, Política para corregidores . . ., t. II, p. 33 s., n. 62). Juan Gutierrez, cité par Bobadilla, considèrait le genre des rustiques comme «furacissimum et rapacissimum».

<sup>140</sup> Cf. M. A. PEGAS, Commentaria . . ., t. IV (ad 1, 58), gl. VIII, n. 4 (les corregidores doivent respecter les juges ordinaires, en s'asseyant à leur côté, quoique d'ordinaire ils les humilient).

Encore sur ce point, l'exemple des règles politiques formulées par cet auteur paradigmatique qu'était CASTILLO DE BOBADILLA continue à être très instructif. Tout ce qui signifie spontanéité, immédiateté, vivacité ou rusticité de l'audience devait être proscrit. De l'imposition d'un stricte formalisme dans la façon de convoquer l'audience<sup>141</sup>, jusqu'à l'observance d'une règle stricte de silence qui empêche l'intervention personnelle et émotive, la négociation directe («chicana»), l'interpellation rhétorique du procès traditionnel<sup>142</sup>, tout doit confluer vers une dramatisation formaliste et distanciatrice du litige.

<sup>141</sup> «Y acostumbran en algunas partes llamar à audiencia por voz de pregonero, el quel por la plaça, y escritorios pregona que vengan à audiencia; y esto me parece grosseria, y assi lo quitè en algunas ciudades è hize poner en las audiencias una campana, para que se tocasse quando se fuesse à la audiencia» (CASTILLO DE BOBADILLA, Política para corregidores . . ., cit., l. 3, c. 14, n. 13).

<sup>142</sup> «Advierta el Corregidor, que en las audiencias publicas aya silencio, quanto sea possible, ò por la major parte, suele aver confusion y turbacion de parecer de muchas voces y mala orden, y estilo, y floxedad, que algunos jueces tienen; y assi, aunque à otro proposito, dixo una ley de Partida estas palabras 'E deve otro si mandar, que los suyos esten callando, è non fablen, si non quando ge lo mandaren; è esto por dos cosas: la una, porque el royo de las machas palabras faze que los omes no se entiendan unos à otros, etc. / . . / Por el qual rumor de voces, ò por no estar atentos los jueces, muchas vezes no perciben los echos de los negocios, y proveen disparates, y fuera de propositos en desautoridad y verguença suya, y en perjuyzio de las partes. / . . / Para remedio desto se provea que las partes pidan por peticion callando, o quando esto non avia lugar, porque la gente pobre è ignorante no lo sufre, mande que encarguen los negocios à los procuradores de la audiencia, los quales los propongan por peticion, cada uno por su orden y antiguedad, diziendo el primero, y tras aquel el segundo, y assi todos los otros, hasta el utimo: ò que las lean los escrivanos por la misma orden; y no se consienta que se atreviesse alguno de los otros à turbar el juizio, ni replique al que propone, si no el que tuviere poder de la parte contraria, el qual puede alegar, è informar de la justicia de su parte, hasta que le manden callar: y desta suerte se despacharan mas negocios, y mejor entendidos. Esta orden se ha dado por juezes polidos de las audiencias y Chancillerias Reales; y en años atras avia en las audiencias ordinarias la confusion y voces que en carnicerías, hasta que se dio orden de los procuradores hiziesen autos por peticion y assi creo que es ya comun estylo en todas partes, aunque algunos dizen que dan sus dineros y causas a los procuradores, y que por ser pobres, se avian de escusar de darles poder y paga, pues ellos podian ser por si oidos. / . . / Estando en este tribunal, no conviene, ni aun se puede sufrir, que el Corregidor, à los que alli estuvieren, digan palabras ociosas, ò de burlas, ò feas, ò injuriosas, ò indecentes, ni referen cuentos ni patrañas, como algunos tienen por gracia, con que impiden su audiencia, y aun enfadan la gente de ella. No se consientan alli desacatos ni menosprecios, ni que atreven unos contra los otros / . . / Ni tampoco aya grandes risas / . . / Remedio el juez los tales excessos con graves y no injuriosas palabras, y sino callaren mandandose lo, ò ante el juez se hablare con muy altas voces, y sin el devido respecto, ò profinando en el atravessarse quando habla el juez, podra sin processo y sin acusador multar à los que lo hizieren con alguna pena para pobres, ò con prision / . . /» (CASTILLO DE BOBADILLA, Política para Corregidores . . ., l. 3, c. 14, n. 14-23).

Devant cette violence douce du monde du droit officiel, la stratégie des rustiques semble coïncider — dans la mesure où on peut la déchiffrer par le biais des indications données dans les sources savantes — avec ce qui a été décrit par les ethnologues comme une stratégie par la fuite et par la dissimulation<sup>143</sup>. Ce n'est qu'aux moments de désespoir le plus profond — comme ceux des guerres paysannes en Allemagne, de la Fronde en France, des «comuneros» en Castille ou, au Portugal, des révoltes populaires qui ont parsemé la première moitié du XVIIe. siècle<sup>144</sup> — que le monde traditionnel s'est élevé ouvertement contre la progressive immixtion du pouvoir politique central dans les affaires locales, soit dans le domaine de la fiscalité, soit dans celui de la justice<sup>145</sup>.

En général, cependant, le rustique a utilisé la fuite, la dissimulation, la réserve mentale, le mensonge, comme des moyens d'échapper aux mécanismes de la justice officielle. La résistance des rustiques à recourir au tribunal est attestée par les sources savantes; à tel point que cette peur de la justice étatique était considérée par la doctrine savante comme une cause justificative de la contumace<sup>146</sup>. Le mensonge est considéré, par contre, comme une caractéristique des populations rustiques, comme le parjure<sup>147</sup>. Les *Ordenações* portugaises considèrent le mensonge comme une habitude traditionnelle des populations du nord du pays (justement la zone où les traditions juridiques et culturelles seraient plus enracinées) et, de ce fait, créèrent un régime spécial pour le serment<sup>148</sup>. Quant à la dissimulation et à la réserve mentale, elles constituent un point obligatoire de toutes les descriptions des «fautes» des rustiques<sup>149</sup>.

<sup>143</sup> GERD SPITTLER, *Abstraktes Wissen als Herrschaftsbasis . . .*, cit., 575 ss.

<sup>144</sup> La littérature sur les révoltes paysannes et frondeuses au XVIIe. siècle est très vaste; v., pour des indications bibliographiques et orientations de recherche, P. SCHIERA (éd.), *Lo stato moderno . . .*, Bologna 1974 (surtout le troisième volume, *Accentramento e rivolta*); pour le Portugal, en plus des descriptions de l'époque (notamment celle de Francisco Manuel de Melo, rééditée par JOEL SERRÃO, *Alternações de Évora/1673*. Lisboa 1967), les articles récents de ANTÓNIO DE OLIVEIRA (*Os motins de Vila Real em 1636*, Porto 1973; *O levantamento popular de Arcozelo em 1635*, «Revista Portuguesa de História» 17 (1977) 1-17).

<sup>145</sup> Sur les rapports entre les révoltes du XVIIe. siècle et la situation de la justice, v. R. L. KAGAN, *Lawsuits and litigants*, cit.

<sup>146</sup> Cf. IAC. MENOCHIO, *De arbitrariis iudicum questionibus . . .*, c. 153, n. 7.

<sup>147</sup> IAC. MENOCHIO, *De arbitrariis iudicum questionibus . . .*, c. 194, n. 12/13.

<sup>148</sup> Cf. Ord. Fil. I, 86, 5 et le commentaire de M. A. PEGAS.

<sup>149</sup> V. le texte de Castillo de Bobadilla cité dans la note 134 et, encore, HENRICUS DE SUSA, *Summa*, 1577 (ed. Aalen 1962), fol. 276, n. 42 («péchés habituels des rustiques: homicides, faux témoignages, parjures, fornication»).

Violence douce de la «raison juridique»; résistance passive de la «rusticité». C'est ce caractère voilé et «non violent» du conflit qui risque de le cacher aux yeux de l'historiographie. Surtout quand celle-ci, elle-même dupée par les multiples formes contemporaines de violence «douce» et souvent dominée par une vision téléologique de l'histoire (c'est-à-dire, une vision selon laquelle le présent est l'accomplissement d'un progrès de la raison), s'apercevant de conflits de ce type, les banalise comme des «prix du progrès» et les range volontiers dans la catégorie des sacrifices inhérents au processus de «modernisation».