

**Relire *Le droit dans les sociétés humaines***  
**La part du droit et de l'alternativité**  
**dans le traitement du conflit médiéval<sup>1</sup>**

*Pascal Texier*  
Université de Limoges  
OMIJ (IAJ)

Chaque ouvrage peut donner lieu à des lectures bien différentes surtout, comme c'est le cas ici, lorsque le propos de l'auteur est à la fois ample par ses ambitions et sa documentation.

Pour répondre le plus exactement possible aux intentions des organisateurs de cette rencontre, je limiterai mon propos à quelques remarques suggérées par la relecture du beau livre de Louis Assier-Andrieu<sup>2</sup>. Je le ferai donc à la première personne et en m'appuyant sur mes thématiques de recherche, autrement dit sur le rôle du droit et de l'alternativité dans le traitement de la conflictualité médiévale.

Cela d'autant que la lecture de l'ouvrage non seulement instruit le lecteur, mais surtout le conduit à s'interroger sur ses propres pratiques. Si, dans un premier temps, le *droit dans les sociétés humaines*, nous

---

<sup>1</sup> Intervention présentée lors de la table ronde *Lectures de... « Le droit dans les sociétés humaines »*, le 19 avril 2019, organisée par les universités de Paris II et Paris Nanterre.

<sup>2</sup> Louis ASSIER-ANDRIEU, *Le droit dans les sociétés humaines*, Paris (Nathan Université), 1966.

aide à débusquer les routines disciplinaires, il est sans doute plus utile encore lorsqu'il incite à traquer les facilités langagières qui parfois tentent de masquer une certaine faiblesse dans l'analyse des situations et des concepts. Les exemples sont multiples, mais pour s'en tenir à notre domaine, on se contentera d'évoquer ici ceux d'« infrajudiciaire » ou d'« extrajudiciaire » qui ont le grand inconvénient de tout ramener au seul modèle judiciaire avec, comme sous-entendu, la régence du modèle étatique. Citons encore le « non-droit », souvent utilisé bien au-delà des strictes limites que lui avait assignées Jean Carbonnier.

Il en va de même pour le terme « conflit » souvent utilisé par les juristes pour qualifier toutes espèces de situations qui ne sont pas nécessairement traitées par le droit ou les institutions judiciaires.

Dans le langage courant, le terme de « conflit » n'appartient pas spécifiquement au langage du droit. L'analyse proxémique du mot montre qu'autour de lui s'articule trois univers sémantiques différents. Le premier relève de la simple *disputatio* ; il est purement descriptif et causal, renvoyant à l'existence d'une divergence, d'un plan de clivage. Le second est centré sur le traitement agonistique, en face à face, pouvant aller jusqu'à l'usage de la violence. Quant au troisième, il regroupe des termes témoignant d'un traitement institutionnalisé et rhétorique. C'est naturellement à ce troisième groupe qu'appartient le « litige », que l'on peut définir comme la part de la conflictualité traitée par les voies juridiques et judiciaires. Au-delà du fait de langage, la distinction du conflit et du litige peut-elle être documentée pour la période médiévale ? On rêverait d'une étude aussi poussée que celle que publia en 1979 Bernard Schnapper sur « la litigiosité en France au XIXe siècle »<sup>3</sup>, mais faute de sources permettant de quantifier le phénomène, il faut se contenter d'observations ponctuelles ne portant pas à proprement parler sur la distinction conflit et litige, mais sur les désistements d'instance. À partir des archives judiciaires marseillaises du XIV<sup>e</sup> siècle, Daniel Lord SMAIL<sup>4</sup> observe que seuls 10 à 15 % des

---

<sup>3</sup> Bernard SCHNAPPER, « pour une géographie des mentalités judiciaires. La litigiosité en France au XX<sup>e</sup> siècle », *Annales E.S.C.*, t. 34 (1979), p. 399–419.

<sup>4</sup> Daniel Lord SMAIL, *The Consumption of Justice: Emotions, Publicity, and Legal Culture in Marseille, 1264–1423*, Cornell University Press, 2003, p. 62–64 et 86–87.

litiges débouchent sur une sentence ou un jugement, tandis que 15 à 33 % bifurquaient vers une transaction conduite hors justice. Dans un tout autre contexte géographique et institutionnel, Raoul Charles Van Caenegem<sup>5</sup> constate que, pour les anciens Pays-Bas de la seconde moitié du XIV<sup>e</sup> siècle, les conciliations établies par les « paiseurs » sont cinq fois plus nombreuses que les délits traités pénalement par les échevins, alors même qu'en cette matière on s'attendrait à constater la dominance du traitement par la puissance publique.

Bien que limitées dans le temps et dans l'espace, ces observations témoignent de la part finalement résiduelle dévolue au droit dans le traitement des conflits. On voit par-là qu'il pourrait être utile de penser à nouveau frais la question des modes alternatifs de règlement des conflits sur deux points principaux, mais complémentaires.

#### **Alternativité et subsidiarité**

Les analyses qui viennent d'être rapportées conduisent à s'interroger sur le terme même d'« alternativité »<sup>6</sup>. Dans le langage courant, il renvoie souvent à l'idée de subsidiarité : c'est parce qu'on ne peut ou ne souhaite pas utiliser les modes juridiques que l'on aurait recours aux modes alternatifs. Autrement dit, la référence à l'alternativité induirait une différence quantitative : l'utilisation du droit et de la justice constituant la voie commune et celle des modes alternatifs la moindre part, voire l'exception. Or, nous l'avons vu, c'est exactement l'inverse que l'on observe dans les sources médiévales<sup>7</sup>. Outre les indications déjà rapportées ci-dessus on peut rappeler les observations de Claude Gauvard sur les désistements d'instance devant les juridictions parisiennes, Châtelet ou Parlement. Même si les sources ne permettent

---

<sup>5</sup> Raoul Charles VAN CAENEGEM, *Geschiedenis van het strafrecht in Vlaanderen van de XI<sup>e</sup> tot de XIV<sup>e</sup> eeuw*, Bruxelles, 1954, p. 320-321.

<sup>6</sup> Le concept d'alternativité a peu retenu l'attention des juristes, voir cependant : Emmanuel GILLET, *Les modes alternatifs de règlement des différends relatifs aux droits de propriété intellectuelle : contribution à l'analyse du concept d'alternativité*, thèse Droit, Grenoble, 2012.

<sup>7</sup> Voir les indications données ci-dessus aux notes 4 et 5.

pas toujours de faire la liaison, ces désistements d'instances sont souvent liés à la conclusion d'accords. Certains font même l'objet d'une procédure d'homologation qui les dote d'une force exécutoire<sup>8</sup> ce qui rend possible une intervention judiciaire en cas de non-respect. On voit qu'ici, le mode judiciaire n'est pas totalement écarté, mais mis entre parenthèses le temps de construire la transaction.

Si le triptyque litige/transaction/homologation permet de documenter certains usages non strictement judiciaires, il est en revanche plus difficile d'avoir de l'information sur les mécanismes principalement conduits en dehors des processus institutionnels.

C'est justement ce que permettent de réaliser les lettres de rémission. En effet, pour justifier le recours en grâce, le récit rémissionnaire replace le cas principal dans une séquence chronologique proposant une explication causale de l'homicide. Il est présenté comme précédé d'une série de situations conflictuelles secondaires, qui sont souvent associées à des processus de traitement réalisés en dehors du droit.

Dans un grand nombre de cas, il s'agit de traitements agonistiques, s'appuyant sur les liens de solidarités, actives ou passives, qui structurent les réseaux des divers protagonistes.

Comme on le voit, il suffit de sortir des sentiers battus des archives judiciaires pour que soit identifiés des processus de traitement de conflits, différents en ce qu'ils mobilisent les forces sociales en lieu et place du droit. Mais suffit-il d'opposer le droit et le social pour rendre compte de ce pluralisme ? Car d'une certaine manière les processus sociaux et les mécanismes juridiques poursuivent des buts communs : prévenir et traiter les conflits en s'appuyant sur des références partagées ; certes, elles sont différentes par leurs natures (règles juridiques – règles de solidarité), mais finalement assez proches dans leur utilisation. Elles préexistent au conflit, et permettent soit de le prévenir, soit de le traiter en rendant possible un contrôle de conformité

---

<sup>8</sup> Sur la procédure d'homologation, voir Tristan MABIN, *Transaction et justice publique : Le premier registre des accords du Parlement de Paris (1320-1335)*, thèse d'Histoire du Droit, Paris, II, 2008.

entre le *casus* et les situations reconnues comme canoniques ou transgressives.

Mais les sources médiévales mettent en évidence d'autres hypothèses, telles les *convenientiae* de la première moitié du XI<sup>e</sup> siècle.

#### ***Alternativité et modus operandi***

Paul Ourliac avait attiré l'attention sur l'impossibilité de rattacher les *convenientiae* aux modèles juridiques antérieurs, romains ou germaniques. La récente thèse de Laura Viau a prolongé cette analyse sur le terrain de la diplomatie en établissant, ici encore, la difficulté de les insérer dans une généalogie.

Ce qui paraît caractériser le mieux ce type de documents est le fait qu'ils ne soient pas fondés en autorité. Ils ne comportent ni références textuelles, ni renvoie un cadre politique ou institutionnel précis ; ils se présentent comme de simples relevés de conclusions, par lesquels les protagonistes font état de leur commune intention de faire ou de ne pas faire quelque chose. Tout se passe comme s'ils avaient été élaborés en faisant abstraction de tous mécanismes institutionnels et juridiques. Plus encore certaines *convenientiae* lombardes, visant à créer des relations solidarité entre consanguins, semblent indiquer que les mécanismes élémentaires de la vie sociale fondée sur les solidarités familiales seraient devenus inopérants<sup>9</sup>. Autrement dit, il semble que l'on soit en présence d'une véritable aporie normative, couvrant une large bande de territoires allant de la Lombardie au Sud-ouest aquitain en passant par la Bourgogne la Provence et la Catalogne, et cela sur une période assez courte, centrée autour du deuxième quart du XI<sup>e</sup> siècle. Quoi qu'il en soit de ses éventuelles extensions territoriales et chronologiques, ce phénomène témoigne d'une manière différente d'aborder la question du traitement de la conflictualité. En effet, il ne s'agit pas ici de prévenir ou de résoudre un conflit, mais de marquer une étape dans la progression de sa gestion. Le propos n'est donc plus ici

---

<sup>9</sup> Antonio PADOA SCHIOPPA, « Delitto e pace privata nel pensiero di legisti bolognesi », *Studia Gratiana*, XX, 1976, p. 270-287.

de rétablir une situation antérieure, mais de tendre vers un nouvel état d'équilibre. Sommes-nous ici toujours en présence du Droit que Louis Assier-Andrieu caractérise par « la manière dont un groupe, une culture, éventuellement sans écriture, réunit les outils nécessaires à accomplir des ouvrages juridiques ; soit : prévenir et traiter les conflits survenant dans la société au nom de référence partagée »<sup>10</sup> ?

Comme on le voit, avec les *convenientiae* plusieurs de ses « caractères » manquent, en particulier les « références partagées » et l'usage d'une démarche *ex ante* qu'elles induisent logiquement. Fort de cette observation, il est peut-être possible de revenir sur la question de la délimitation du droit, non seulement par rapport au social, mais également par rapport aux autres processus normatifs : l'hypothèse étant alors de fonder la distinction sur leurs modes opératoires, selon qu'ils font usage d'une démarche *ex ante* ou *ex post*. Ajoutons que cette dichotomie se retrouve lorsqu'on examine les fonctions remplies par ces divers procédés. Dans le premier cas, il s'agira de faire disparaître le conflit (prévention ou règlement), alors que dans le second il s'agit simplement de le « refroidir » pour conserver ce qu'il peut avoir de structurant. En réalité cette opposition n'est qu'apparente, car les modalités de traitement des conflits empruntent souvent l'une et l'autre voies, d'une manière conjointe ou successive plutôt qu'alternative. On voit par-là, que la question de la « part du droit » doit s'entendre plus en termes de proportion que d'exclusive.

#### **Alternativité approche multifactorielle de la normativité**

Une autre leçon peut, en effet, être tirée de l'analyse des sources médiévales. La typologie, esquissée à partir de l'examen des modes opératoires, ne doit pas être comprise comme décrivant des idéaux types susceptibles d'être documentés tels quels. Il s'agit bien davantage de bornes, entre lesquelles il est possible de situer les faits décrits par les textes. Les stratégies développées en matière de traitement des conflits associent intimement les mobiles — objectifs souhaités — et les motifs — moyens techniques à mettre en œuvre pour y parvenir. Si les premiers sont le fruit d'une logique *ex post*, les seconds induisent

---

<sup>10</sup> Louis ASSIER-ANDRIEU, *op. cit.*, p. 41.

souvent un raisonnement *ex ante*. Leur association au sein d'un même processus le colore en fonction des proportions mobiles/motifs et détermine son emplacement entre les bornes précédemment évoquées.

Mais bien d'autres facteurs peuvent influencer sur les stratégies de traitement de conflit. Parmi celles-ci, on peut citer la plus ou moindre capacité des processus juridique à répondre aux attentes des protagonistes. En l'absence de divorce, ce qui est le cas pour la période médiévale, la résolution du conflit entre époux ne peut recevoir de solution directement par les voies de droit, c'est donc par des chemins détournés que les protagonistes du conflit vont chercher des solutions, parfois bien singulières. C'est ainsi que le dossier de lettres de rémission sur le meurtre du sorcier, autrefois rassemblé par Pierre Braun, révèle que derrière une accusation de sorcellerie portée contre un tiers, se cache parfois une grave mésentente causée par l'impuissance de l'époux. Autant le maléfice d'impuissance peut être admis par les contemporains, autant l'infortune conjugale du mari peut être porteuse de stigmatisation sociale. Tout se passe en fait comme si le processus de désensorcellement fonctionnait à la manière d'un conflit masquant, derrière lequel subsisterait le conflit masqué. On voit par-là que la distinction conflit/après conflit mérite, elle aussi, d'être réexaminée au profit d'un *continuum* conflictuel réunissant les différentes étapes dans une même mémoire.

\* \*

\*

L'insertion de l'histoire du droit dans le cursus de formation des juristes, en 1880, conduit logiquement, à faire de cette discipline une sorte d'introduction historique au droit positif. Autrement dit, on attend des historiens juristes qu'ils expliquent par quel détour on en est arrivé là, c'est-à-dire à la construction d'un état, à la fois fort et maître du Droit.

Il en résulte une histoire téléologique qui sélectionne et interprète ses objets d'étude en fonction, non d'une analyse empirique des

sources, mais d'une grille de lecture préétablie et associée à une perspective progressiste. Dans ces conditions, comment s'étonner que la caractérisation du droit, ainsi centrée sur le rôle de l'état et de la contrainte, véhicule implicitement un modèle ethnocentrique qui fait de la construction juridique européenne le modèle de référence, par excellence, puisque considéré comme parfaitement abouti ? Lorsqu'une telle démarche est appliquée, notamment à la période médiévale, il peut en résulter de véritables contresens.

Prenons l'exemple du capitulaire de Herstal de 779<sup>11</sup> parfois présenté comme témoignant d'une volonté carolingienne d'éradication des pratiques vindicatoires. Il est vrai que si l'on s'en tient au dispositif du texte, c'est-à-dire à la manière dont il modifie l'ordonnement juridique, il accroît la puissance de la justice publique en lui conférant des compétences nouvelles. Mais si l'on inverse la perspective, en s'intéressant cette fois au *casus* déterminant le champ d'application de la mesure, on voit qu'il s'agit de situations dans lesquelles le système vindicatoire ne parvient pas à apaiser le conflit. À ce stade, on ne peut donc pas parler d'une politique anti-vindicatoire : c'est même tout le contraire. Trouver des solutions aux dysfonctionnements d'une institution, c'est en premier lieu admettre l'existence de cette institution et, en second lieu, lui permettre de mieux fonctionner en traitant les dommages collatéraux. Des conclusions similaires peuvent être tirées de l'analyse de l'*admonitio generalis* de 789<sup>12</sup>.

Prendre conscience de ces contraintes implicites, en appliquant une démarche associant anthropologie et histoire du droit, permettrait à cette dernière de ne pas se contenter d'expliquer pourquoi on en est arrivé là, mais comment on aurait pu arriver ailleurs.

---

<sup>11</sup> MGH, *Capit.*, t. I, p. 51.

<sup>12</sup> MGH, *Capit.*, t. I, p. 59.