

Présentation

Les instruments de la pensée juridique constituent un thème d'autant plus important que leur fonctionnement est, pour une bonne part, implicite. On pourra s'étonner de cette proposition pour les instruments qui procèdent, au contraire, d'une volonté explicite de clarification, de systématisation ou d'un souci exprès de rendre les sources d'une discipline plus accessibles, comme pour le genre et l'espèce, la définition, la classification, le plan, la codification, voire l'interprétation. La fiction, de même, est explicite on ne peut plus, puisqu'elle consiste à affirmer l'existence d'un fait que l'on sait contraire à la réalité, ou, inversement, à nier l'existence d'un fait dont la réalité ne fait de doute pour personne. Toutefois, si l'on pense que la fiction est une manière de fonder le droit dans son écart par rapport au monde des faits et de la nature, on s'interrogera sur cette manière singulière et, nous semble-t-il, détournée, de procéder. Ainsi, pour valider le testament du soldat mort en captivité, pourquoi la *lex Cornelia*, plutôt que d'en poser directement le principe, préfère-t-elle le détour de la fiction : « comme si le soldat était décédé dans la cité (*perinde... atque si in civitate decessisset*) »?... Dans le même ordre d'idées, le formalisme, dont on sait toute l'importance qu'il revêt dans la procédure, et ce, non seulement dans l'ordre juridictionnel, mais également dans le domaine du scrutin législatif ou électoral, sans compter l'acte juridique par excellence de l'ancien droit romain, le *nexum*, est au cœur de la tradition juridique romaine. Or, le formalisme des premiers jours, qui est même un ritualisme tant son code est complexe, offre à l'observateur une perspective originale sur la manière dont les Romains ont fait face aux forces centrifuges du corps social, conflits, divisions, rapports de force, intérêts contradictoires, pour poser, au départ de leur existence même, comme rupture, le socle de la vie commune, de la cohésion sociale et de la

bonne intelligence civique... Si ceci est instructif sur le plan anthropologique, le juriste ne sera pas en reste puisque, dans la technique du droit romain, le formalisme a notamment donné lieu au parallélisme de l'acte qui crée tel effet juridique et de celui qui l'anéantit (*nexum - nexi liberatio; stipulatio - acceptilatio...*) et fondé en quelque sorte l'ensemble de la dynamique de l'obligation depuis sa naissance jusqu'à son extinction en passant par sa transmission (novation). Le triomphe de l'abstraction (l'antinomie concret-abstrait comptant au nombre des instruments de la pensée juridique) que souhaitèrent les rhéteurs et les philosophes de la fin de la république, en appelant à la reconnaissance généralisée du consensualisme à la source des effets de droit, *ex pacto ius!*, et dont l'hypothèque constitue comme un paradigme, n'aura pas eu raison de ce passé rituel dont la trace demeure sensible jusque dans le droit de Justinien.

Et heureusement, dirions-nous, car les procédures, donc les rituels, restent la « voie royale » pour saisir une culture juridique, tant à travers eux, « elle se donne à voir presque en clair », ainsi que l'écrit Antoine Garapon¹. D'où l'intérêt renouvelé qu'un courant de la romanistique contemporaine, que la doctrine germanophone appelle « *aktionenrechtliches Denken* » leur accorde, au plan strictement juridique (et non, plus largement, anthropologique), et que Jean-François Gerkens met à profit dans les pages qui suivent.

Il revient à Jacques-Henri Michel l'honneur d'avoir fait œuvre de pionnier, pour reprendre les mots de Dominique Gaurier dans le présent recueil, en s'attachant à la question des *Instruments de la pensée juridique*. Son texte ouvre donc naturellement ce cahier du CRHIDI, où l'auteur passe en revue une quinzaine d'entre eux. Dominique Gaurier lui fait suite, qui s'interroge sur une transposition possible de ces instruments dans un autre système juridique, le droit chinois impérial. Enfin, Jean-François Gerkens se consacre tout particulièrement à l'instrument de la *regula iuris* (maxime de droit), à travers l'approfondissement de la règle *periculum est emptoris*.

Annette RUELLE

*Assistante chargée d'enseignement
en droit romain aux FUSL*

1. GARAPON A., *Essai sur le rituel judiciaire*, Odile Jacob, coll. « Opus », Paris, 1997, p. 149-150