

À quoi nous sert l'histoire du droit ?

Jacqueline Hoareau-Dodinau
Professeur d'histoire du droit
Directrice honoraire du Centre juridique de Brive

À quoi donc nous sert l'histoire du droit ?

Lors des débats qui s'organisent régulièrement au sein de l'université autour de la question des contenus des enseignements de licence en droit, l'éventualité de la réduction voire même de la disparition des volumes horaires consacrés à l'histoire du droit est inévitablement évoquée.

Si les historiens du droit se plaignent souvent de ne disposer que d'une portion congrue, tant il est vrai que chaque représentant d'une discipline souhaiterait qu'elle soit élevée au rang de discipline reine. L'honnêteté conduit tout de même à reconnaître qu'à une époque où les facultés de droit se rapprochent insensiblement des écoles professionnelles, l'histoire du droit, l'histoire des institutions, l'introduction historique au droit, l'anthropologie historique du droit ont encore, fort heureusement, une place dans l'enseignement dispensé aux étudiants, et, ce qui est particulièrement important, aux étudiants de licence.

Les enseignements historiques figurent traditionnellement dans le cursus. L'article 10 de l'arrêté du 30 avril 1997 qui réformait le DEUG de droit intégrait les cours d'introduction historique au droit, d'histoire du droit et d'histoire des institutions publiques dans les matières fondamentales. Les textes postérieurs, en particulier ceux de 2002 n'ont pas modifié ce dispositif.

Certains étudiants ont *a priori*, il faut bien le reconnaître, quelques difficultés à se pénétrer de l'intérêt qu'il peut y avoir à examiner le contenu du code d'Hammourabi (Mésopotamie, XVIII^e siècle avant notre ère), à évoquer les institutions grecques sans convoquer les habitants de l'Olympe et leurs interminables mais passionnantes chamailleries et autres histoires d'alcôve ! De même, Rome ne réveille quelque enthousiasme que lorsqu'on renvoie à Astérix pour illustrer le droit de propriété romain !

La question de l'utilité de l'histoire du droit mérite donc d'être posée.

On peut proposer les réponses classiques, celles que l'on évoque à propos de l'histoire : éclairer le présent ; construire une mémoire inaltérable contre les méfaits du temps et l'usure de l'oubli ; conserver l'héritage le plus glorieux, le plus inspirant pour les générations à venir... Toutes ces explications valent aussi pour l'histoire du droit. Les systèmes juridiques anciens nous permettent incontestablement de mieux appréhender notre droit positif (I). Mais l'histoire du droit nous permet sans doute de mieux comprendre le rôle du droit dans une société (II).

I.– Une ordonnance des 6 septembre-1^{er} décembre 1822 demandait que « *les étudiants ne reçoivent que des connaissances positives et usuelles* ». Cependant, ce texte de Louis XVIII ne remettait pas en cause l'enseignement de l'histoire du droit, elle avait un tout autre but ; reprenons le texte :

« *Considérant qu'il importe de donner plus de développement à l'étude du droit romain, qui a servi de base aux codes français et voulant disposer les cours de la Faculté de droit de Paris de manière que les étudiants n'y reçoivent que des connaissances positives et usuelles...* ».

En conséquence le décret institue un professeur d'*Institutes* de Justinien¹ aux côtés de trois professeurs de Code civil et d'un professeur de procédure civile et criminelle auxquels s'ajoutent un professeur de Code de commerce et un professeur de Pandectes².

Le même texte précisait dans son article 4 que les *Institutes* de Justinien seraient enseignées principalement dans leurs rapports avec le droit français.

Le décret, loin, donc, de renoncer à l'étude du droit romain, l'inscrivait déjà au rang des disciplines fondamentales.

En distinguant clairement entre l'étude des *Institutes* et les Pandectes, en imposant une étude du droit romain dans ses rapports avec le droit français, les rédacteurs du décret marquent leur volonté d'inscrire l'étude du droit romain dans une perspective positiviste, comme source du Code civil ; cet enseignement étant considéré comme indispensable à la compréhension du Code civil.

Le mouvement de codification du début du XIX^e siècle a en effet conduit à ne voir le droit que dans le commandement de la loi ; en conséquence, l'activité doctrinale s'est limitée à une exégèse du code civil et de ses sources directes que sont les textes de droit romain. L'intérêt de l'histoire du droit se résume effectivement aux termes de l'ordonnance de 1822 : donner aux étudiants des « connaissances positives et usuelles » en n'étudiant les textes anciens qu'en tant qu'ils sont directement utiles à la compréhension du Code civil.

Le droit romain constitue la « raison écrite » selon nos anciens jurisconsultes ; c'est un droit pragmatique, casuistique ; il ne pose pas de règle de droit *a priori*, il crée la sanction et de la sanction naît le droit. C'est dire que le droit romain a peu théorisé, laissé très peu de définitions et de principes. Pour les jurisconsultes romains, par exemple, le droit de propriété échappe à toute définition par sa simplicité et son étendue puisque c'est le droit le plus complet que l'on puisse avoir sur une chose corporelle ; en conséquence, ils se limitent à étudier les avantages que procurent la propriété et qui se résument en trois mots : *usus, fructus* et *abusus*. Il en résulte donc que le droit de propriété est un droit absolu et exclusif, limité seulement par les restrictions que la loi lui impose au nom de l'intérêt général.

Plus d'un millénaire plus tard, en 1804, l'article 544 du code civil est ainsi rédigé : « *La propriété est le droit de jouir et disposer des choses de la manière la plus absolue, pourvu qu'on n'en fasse pas un usage prohibé par les lois ou par les règlements* » ; ce qui constitue bien la synthèse des écrits de Gaius, d'Ulpian et d'autres juristes romains.

Si le droit romain fait partie de notre héritage juridique, il fait plus globalement partie du patrimoine culturel, non seulement français mais aussi européen « *au même titre que la littérature française, l'architecture italienne ou la musique allemande* » écrit René Robaye dans l'introduction à son manuel de droit romain³.

Cette filiation directe montre assez – et ce n'est qu'un exemple parmi d'autres, on pourrait aussi citer le bail emphytéotique venu tout droit du droit pharaonique ou sur une plus courte période l'essentiel du contenu de notre code de commerce demeuré à peu près inchangé du XVI^e siècle jusqu'aux dernières années du XX^e – l'intérêt immédiat de situer notre droit positif dans une perspective historique.

Il est donc important de connaître les systèmes juridiques anciens, comme sources de notre droit positif ; celui-ci résulte en effet de la fusion de deux systèmes juridiques : le droit coutumier appliqué dans le nord du royaume de France, les pays de coutume, et le droit romain suivi dans la partie méridionale du royaume, les pays de droit écrit ; mais le droit romain était aussi connu et pratiqué par les pays d'oïl, à titre supplétif, lorsque les coutumes n'apportaient pas de solution.

¹ Les *Institutes* sont un manuel d'enseignement du code de Justinien (deux éditions en 529 et 534) qui reprend les constitutions impériales depuis Hadrien (empereur 117-138) et qui est une mise à jour du code théodosien de 438 ; les *Institutes* sont inspirées des *Institutes* du grand jurisconsulte Gaius publiées au II^e siècle.

² Les Pandectes (ou Digeste), sont une encyclopédie juridique, une compilation des consultations des jurisconsultes de l'époque classique, République et Empire. Les textes des jurisconsultes sont coupés, modifiés pour les regrouper par matières.

³ René Robaye, *Le droit romain*, t. 1, Bruxelles/Louvain-La-Neuve, 1996, p. 7.

Ce serait, *a priori*, la raison nécessaire et suffisante pour étudier ce droit ; cependant, il faut remarquer que le droit romain que pratiquait nos ancêtres n'était pas celui de l'époque classique, de Cicéron ; les règles juridiques qui sont connues et appliquées en Occident sont issues du code théodosien (438) qui rassemble des constitutions impériales depuis le règne de Constantin I^{er} (mort en 337). Ce code a largement pris en compte les évolutions survenues en matière de droit privé comme en droit public dans l'organisation administrative et financière ; il a eu valeur officielle dans l'ensemble de l'Empire jusqu'aux compilations de Justinien, il a été ensuite la source essentielle de la connaissance du droit romain en Occident, ayant été repris et abrégé dans les lois romaines de Barbares. Il est en effet trop complexe pour être appliqué par les juges issus de la tradition germanique, c'est désormais un droit « vulgaire », c'est-à-dire un droit simplifié, amendé par les praticiens à l'époque franque où s'entremêlent les dispositions romaines et des règles coutumières issues des peuples germaniques.

La redécouverte au XI^e siècle des compilations de Justinien, dernier état du droit romain publiées à Byzance à partir de 529, a conduit à faire l'exégèse des textes romains mais les glossateurs s'éloignent trop du texte initial sans chercher à l'adapter aux besoins de la société médiévale ; dans un second temps, les post-glossateurs, à partir du XIII^e siècle, vont s'efforcer de retrouver l'esprit des textes, de les commenter et de les raccorder aux nécessités du temps.

Il faut en effet attendre les humanistes pour que les textes soient étudiés pour eux-mêmes et replacés dans leur contexte originel et sans doute pour découvrir pleinement que le droit romain est un fantastique outil d'apprentissage du raisonnement juridique.

Sans être d'une utilité directe pour la connaissance de notre droit positif, la lecture et l'analyse des discussions et controverses des jurisconsultes romains de l'époque classique portant sur des questions étrangères aux préoccupations très concrètes de nos droits positifs sont une excellente école de raisonnement juridique. Le grand romaniste Paul Frédéric Girard faisait remarquer, au début du XX^e siècle, que l'étude du droit romain est au raisonnement juridique ce que l'apprentissage des langues anciennes est à ce qu'il appelait « *toute instruction un peu élevée* »⁴ !

Henri Lévy-Bruhl comparait l'étude du droit romain à celle des mathématiques : « *le droit romain est pour les études juridiques ce que sont les mathématiques dans l'enseignement secondaire, cela apprend à raisonner. Les mathématiques n'ont pas d'utilité absolument immédiate ; il n'est pas absolument nécessaire de connaître la géométrie élémentaire pour vivre et agir et cependant l'étude des mathématiques est indispensable pour la culture de l'esprit. De même le droit romain est une excellente école de raisonnement juridique* »⁵. Aucun système juridique proche de notre civilisation n'a atteint ce degré de perfection. Les circonstances particulières du développement du droit romain tenant à l'histoire générale de Rome en ont fait sans doute le plus parfait monument de dialectique juridique que l'on puisse rencontrer. Il a été considéré pendant des siècles comme la raison écrite, le chef d'œuvre de la science juridique ; les juristes y faisaient l'apprentissage de la chose juridique par préférence aux droits positifs considérés comme moins achevés et dont l'étude pouvait être laissée à une formation professionnelle ou à l'apprentissage « sur le tas ».

L'étude des systèmes juridiques anciens est donc incontestablement un moyen de comprendre nos propres systèmes juridiques et institutionnels contemporains ; le droit positif est naturellement tributaire du passé, cependant, si l'intérêt est évident pour la culture juridique, il est non moins évident que le praticien du droit peut parfaitement remplir sa mission sans pour autant connaître la genèse des règles de droit qu'il applique.

Présenter l'histoire du droit comme *introduction historique* à... est insuffisant et bien souvent inutile ou erroné. Même si le droit romain constitue la base de nombre de nos institutions, cela ne justifie pas forcément d'en imposer l'étude. Certaines matières de droit positif ne justifient pas véritablement de telles introductions : il n'est pas certain qu'une introduction historique au cours de finances publiques, ou de contentieux administratif présente un intérêt direct pour l'enseignement. Par conséquent, comme l'écrit Michel Humbert, « *l'historien du droit ne réclame pas le rôle majestueux*

⁴ Paul Frédéric Girard, *Manuel élémentaire de droit romain*, 5^e éd., Paris, 1911, p. 5.

⁵ H. Lévy-Bruhl, *Cours de droit romain*, Paris, 1948, p. 1.

de l'appariteur introduisant le cours d'une discipline fondamentale »⁶ ; pour ce même auteur, l'histoire du droit est « une incitation à partir, pour un court moment, vers l'école buissonnière ».

II. – « Il ne faut pas conclure à une utilité absolument directe et immédiate du droit romain pour connaître nos institutions » écrivait Henri Lévy-Bruhl qui estimait que le droit romain était « un instrument incomparable de culture juridique et de culture historique »⁷. L'étude des droits anciens ne doit pas être menée dans le seul but de donner une perspective historique au droit positif, il s'agit aussi et peut-être surtout de permettre une réflexion profonde sur la complexité et la logique du droit. L'histoire du droit et l'anthropologie historique du droit doivent inviter à la réflexion, et probablement aussi à la modestie. « Un véritable historien [du droit] n'a pas le respect figé d'un conservatisme étroit, signe dangereux de sommeil sinon de mort » estimait Gabriel Lepointe⁸.

Au XIX^e siècle, on a voulu faire du droit une science pour répondre au scientisme ambiant. Cependant, le droit ne comporte pas les caractéristiques des sciences ; la règle change non pas parce qu'elle est fautive mais parce qu'elle est inadaptée aux besoins du temps, elle peut renaître de ses cendres si le besoin se fait à nouveau sentir. Si en tous temps, les droits anciens ou les droits étrangers ont pu être dénigrés, à l'image de Cicéron qui avaient des mots assez durs à l'encontre du droit grec⁹, les systèmes juridiques anciens ne deviennent jamais véritablement obsolètes ; leur démarche casuistique peut les faire paraître incomplets ou primitifs, cependant, à bien des égards, ils soutiennent bravement la comparaison.

Au moment où la question de la laïcité et de la religiosité du droit revient sur le devant de la scène juridique, politique et médiatique, il est particulièrement intéressant de se retourner vers le droit romain et de voir comme le rappelait Paul Frédéric Girard « au prix de quels tâtonnements les Romains eux-mêmes sont parvenus à la notion scientifique d'un droit indépendant de la religion et distinct de la morale »¹⁰. Les Romains, les premiers, ont fondé le droit en discipline à part entière en l'identifiant et le séparant de la religion et de la philosophie.

On pourrait aussi évoquer l'exemple du divorce civil et de la tentative de réforme vite abandonnée de ces dernières années¹¹ : le droit romain ne connaissait qu'un divorce privé, sans aucune intervention des pouvoirs publics, de même qu'un divorce administratif a brièvement existé pendant la Révolution française. La proposition émise dans le cadre de la réflexion sur la modernisation de l'État et des politiques publiques n'a donc rien de très original ; son rejet tient au fait qu'elle a été perçue comme un outil inadapté aux besoins et aux attentes de notre société.

Ces exemples montrent qu'on ne peut pas présenter la règle de droit *in abstracto*, détachée de toute forme de contingences matérielles. Notre droit est le produit de l'histoire, le fruit de rencontres, d'interactions entre des mondes profondément différents : le monde romain, le monde barbare et le monde chrétien. L'équilibre qui s'est construit entre ces univers juridiques profondément différents a varié au fil du temps en fonction des besoins de la société à un moment donné, et il ne peut pas être dissocié des évolutions que connaissent dans le même temps et dans le même espace la religion, la littérature ou l'art, par exemple. On ne peut donc que constater la relativité des phénomènes juridiques.

Ainsi, le code civil de 1804 marque-t-il, après le pluralisme juridique de l'Ancien Régime et les désordres révolutionnaires, un retour à l'ordre et à l'unité à la sécurité nécessaires au développement du capitalisme naissant. En un mot il répond aux attentes de la société bourgeoise du début du XIX^e

⁶ Michel Humbert, *Institutions politiques et sociales de l'Antiquité*, Paris, Dalloz, coll. « Précis », 4^e éd., 1991, *Avant-propos*, p. XVII.

⁷ H. Lévy-Bruhl, *op. cit.*, p. 15.

⁸ G. Lepointe, *Cours d'histoire des institutions et des faits sociaux*, Paris, 1960, p. 4.

⁹ Cicéron, *De oratore*, I, 44, 197.

¹⁰ Paul Frédéric Girard, *Manuel élémentaire de droit romain*, 5^e éd., Paris, 1911, p. 2.

¹¹ Dans le cadre d'une réflexion sur la modernisation de l'État et des politiques publiques confiée au Ministère des Finances, M. Éric Woerth, ministre du Budget, a déposé un rapport en décembre 2007 proposant notamment la déjudiciarisation du divorce par consentement mutuel, qui serait alors confié aux notaires. La commission Guinchard, chargée de réfléchir à la réforme du divorce, n'a pas retenu ce projet parmi ses 65 propositions (Commission sur la répartition des contentieux, *Rapport remis à Madame le Garde des sceaux, ministre de la Justice, L'ambition raisonnée d'une justice apaisée*, 30 juin 2008).

siècle. Il a conduit notre société dans un premier temps à ne voir le droit que dans le commandement de la loi, certitude vite abandonnée avec la prise en compte inévitable de la jurisprudence et la renaissance d'une véritable activité doctrinale.

Un autre effet des codifications napoléoniennes est de considérer que le droit doit occuper toute la sphère des activités sociales jusqu'à pénétrer le champ de la morale, intervenant dans des domaines jusque-là inexplorés par lui et à ne plus laisser qu'une place infime à la morale. Aujourd'hui, on en est, à l'image du doyen Jean Carbonnier, à espérer des « vacances » du droit et à rappeler avec envie ces moments, ces lieux où autrefois, à Rome entre autres, le droit cessait de s'appliquer pour permettre à la population de s'affranchir momentanément des pesanteurs juridiques et sociales.

A l'inverse, on constate que dans les sociétés extrême-orientales, l'organisation sociale repose d'abord et uniquement sur des règles de morale ancestrales, c'est seulement exceptionnellement et un peu à contrecœur que l'on a recours au droit pour lutter contre des comportements déviants lorsque la morale n'y suffit pas ; à mi-chemin entre notre conception du droit et celle des pays d'Extrême-Orient, se trouve Rome, encore une fois, qui distingue bien nettement, le *ius* du *fas*, le droit de la morale.

Les historiens et les anthropologues du droit ont, sans doute plus que d'autres, pris conscience de ces phénomènes, ayant l'habitude de sortir du cadre étroit des droits dogmatiques pour mesurer leurs intuitions, leurs analyses à des sources diverses. Les documents judiciaires et juridiques ne sauraient constituer la totalité de leur documentation ; pour l'historien du droit, il est patent que le droit ne se réduit pas à la règle de droit. De même, le cadre étatique ne peut être son unique champ d'investigation.

Certaines préoccupations sont en effet permanentes ; pour autant, il ne faut pas tomber dans le piège d'imaginer que l'Histoire a un sens unique, continu et linéaire, que l'évolution de l'humanité est une, reproductible dans l'espace et dans le temps à toutes les sociétés humaines comme le pensaient les évolutionnistes du XIX^e siècle, qui décrivaient à loisir des schémas d'évolution du droit : en matière de gestion des conflits par exemple, on serait passé d'une vengeance privée illimitée à une vengeance privée régulée (la loi du talion), puis à un système de compositions privées qui aurait ensuite évolué vers des compositions tarifées par l'autorité publique et enfin à une répression publique des crimes. Si séduisant que soit ce schéma, l'étude des droits anciens ou contemporains montre qu'il ne se vérifie pas de manière systématique.

Il n'y a pas de progrès dans le droit.

Tout comme l'étude des sociétés exotiques permet de comprendre et d'accepter la diversité juridique, une étude anthropologique des institutions juridiques de notre passé conduit à identifier une multiplicité de normes qui ne semblent pas former un ensemble homogène mais que, cependant, le groupe social accepte et applique au gré de ses besoins et parfois même de manière indépendante du pouvoir central. La cohérence du système se trouve non pas dans une structuration parfaite de la norme mais dans le pragmatisme du groupe social qui cherche à apporter la meilleure réponse au problème posé.

L'un des intérêts majeurs de l'histoire du droit et de l'anthropologie historique du droit est sans doute de constater qu'un certain nombre de ces questionnements sont récurrents, de s'interroger sur cette permanence et peut-être, à partir de ces conclusions, de fournir au législateur des éléments d'information propres à orienter son activité. C'est ainsi que leur démarche peut rejoindre la prospective juridique.

Celse, repris par Ulpien écrivait que le droit est l'art du juste et du bon¹², cette définition qui répond parfaitement à la nature casuistique du droit romain guide aussi la démarche de l'historien du droit qui doit axer ses recherches non seulement sur la règle de droit mais aussi son application ou son rejet par le corps social. Ce n'est pas là le moindre intérêt de l'histoire du droit. C'est aussi dire qu'un juriste qui ne serait que juriste serait un bien médiocre juriste !

¹² « *Jus est ars boni et aequi* », Celse repris par Ulpien, *D.* 1, 1, 1, 1, pr.