

LE DROIT ROMAIN ET LA DÉMOCRATIE : DE SALEILLES À SCHIAVONE

Nous sommes réunis aujourd'hui autour d'un livre passionnant d'Aldo Schiavone¹ qui a été et demeure une source d'inspiration pour tout juriste, historien ou historien du droit, y compris pour les non romanistes dont je fais partie. Aussi l'occasion nous est-elle offerte de proposer une lecture partielle, subjective et peut-être un peu surprenante de cette œuvre majeure de l'historiographie juridique puisqu'il s'agit de la mettre en perspective avec un texte de Raymond Saleilles (1855-1912) antérieur d'un siècle². En l'occurrence, le hasard des lectures et des recherches, si l'on peut parler ainsi, conduit à faire un rapprochement *a priori* des plus étranges, mais qui permet de revenir sur un thème commun à ces deux textes, et qui n'est autre que les liaisons tumultueuses du droit romain et de la démocratie ou, plus exactement, des lectures et des usages du droit romain et de la démocratie dans les Facultés de droit au sein de la doctrine juridique française contemporaine.

Recourir à ces deux auteurs et à ces deux textes pose toutefois quelques difficultés épistémologiques. Il ne saurait en effet s'agir de recourir à une analogie ou à une comparaison, éminemment problématiques en raison de la distance temporelle tant entre les deux auteurs qu'entre deux contextes historiques, deux méthodes et deux objectifs totalement distincts (on ne saurait ainsi confondre une approche doctrinale et l'œuvre d'érudition historique de notre savant collègue italien). De plus, sans oublier leurs formes divergentes (un article et un ouvrage), le statut de ces deux textes pose une difficulté supplémentaire puisque l'un est presque totalement oublié aujourd'hui, tandis que l'autre retient précisément notre attention, et exhumer un texte pour faire parler un second impose de multiples précautions.

1. *Ius. L'invention du droit en Occident*, Paris, Belin, traduction française 2008 ; éd. originale italienne : *Ius. L'invenzione del diritto in Occidente*, Turin, Giulio Einaudi, 2005.

2. « Le droit romain et la démocratie », *Studi di diritto romano, di diritto moderno e di storia del diritto pubblicati in onore di Vittorio Scialoja nel XXV anniversario del suo insegnamento*, Milan, Ulrico Hoepli, vol. 2, 1905, p. 711-730.

Il n'en demeure pas moins que les multiples croisements de ces textes attirent notre attention. Outre le fait que le premier est écrit par un Français et publié en Italie, alors que l'autre est un ouvrage italien traduit en français, Saleilles défend ardemment la place du droit romain dans les universités françaises tandis qu'Aldo Schiavone, tout en faisant montre d'une passion remarquable pour le droit de Rome, pose sur celui-ci un regard distancié et critique. Le premier s'inscrit résolument dans un monde apparemment immobile que le second décrit si bien de l'extérieur. Saleilles défend, postule et pense ainsi l'espace juridique dans des termes d'unité : unité du droit, unité de la culture juridique, unité qui signifie une continuité et une tradition plutôt qu'une histoire. Notre collègue florentin, quant à lui, et c'est peut-être là l'un des apports majeurs de cet ouvrage à l'histoire du droit non seulement de Rome mais également en Europe jusqu'à aujourd'hui, externalise le regard et se pose en dehors de cette unité sans avoir de nostalgie ou de regret. La démarche est alors pleinement historique, contextuelle et critique. La rationalité devient située dans le temps et l'espace, Rome redevient un lieu, le droit une invention, une machine juridique et un discours, et l'Occident un théâtre non universel.

Surtout, pour ce qui nous concerne, les deux textes posent la question du recours au droit romain et à l'histoire, et il devient dès lors possible de les inscrire dans une perspective d'histoire contemporaine des usages du droit romain et plus spécialement des rapports que ce dernier entretient avec la démocratie contemporaine. Si les deux thèmes sont bien présents dans les deux textes, se pose un nouveau problème épistémologique : le texte de Schiavone ne répond *a priori* en rien à celui de Saleilles, l'auteur de *Ius* ne connaissant pas, du moins à notre connaissance, le texte du Français décédé en 1912. Pourtant ces deux textes visent, directement ou indirectement, une même relation entre le droit romain et la démocratie, entre deux modèles qu'Aldo Schiavone met en évidence en évoquant les figures d'Athènes et de Rome, de la *polis* et du *ius*. Saleilles, pour sa part, souhaite démontrer que l'on peut user du droit romain dans une tradition renouvelée pour sauver et conforter le droit civil issu de la codification. Il défend ainsi la compatibilité entre le droit romain enseigné et la démocratie. Aldo Schiavone nous montre en revanche la distance considérable entre le droit romain, pris en lui-même et même s'il est reconstruit par l'historien, et la démocratie, non seulement telle qu'elle a été pensée dans l'Antiquité, mais également comme organisation politique ou idéologie contemporaine.

Les deux textes finissent ainsi par se rejoindre autour de nos deux thèmes, autour des usages du droit romain en démocratie ou dans une perspective démocratique, chacun en son temps. Si les réponses ne sauraient être identiques, ne serait-ce qu'en raison de l'évidente distance temporelle entre les deux auteurs, la question demeure celle du rapport du droit romain, et à travers lui, de notre enseignement du droit et donc du droit français, à la démocratie. De plus, dans les deux textes, les personnages centraux sont les juristes et ce n'est nullement une surprise puisque, pour l'un comme pour l'autre, le droit est à la fois une technique et un discours bâtis par un groupe social spécialisé qui caractérise justement le droit en Occident depuis Rome. Aussi n'est-il pas sans intérêt de reprendre plus avant le texte de Saleilles pour relire celui d'Aldo Schiavone.

En 1905, Saleilles se pose en effet clairement en défenseur du droit romain et nous offre un plaidoyer en réponse aux questionnements et critiques de son époque. Dans un contexte de réforme et de diminution du volume horaire consacré au droit romain dans les Facultés de droit³, il répond ainsi à un certain nombre de ses contemporains qui ont cessé de croire en l'efficacité, en la nécessité et en l'opportunité de l'enseignement du droit romain sous la Troisième République. S'il est difficile de dire précisément ce que souhaite Saleilles⁴, il n'en demeure pas moins que son texte s'inscrit dans un contexte de vives critiques au sein des Facultés de droit. Parmi ces dernières, celles d'Esmein, de Gaston Jèze et peut-être surtout de Lambert, pour ne citer que celles-ci, sont de toute évidence importantes dans le débat.

Dès 1889, Esmein s'oppose en l'occurrence au beau-père de Saleilles, Claude Bufnoir⁵, en privilégiant l'histoire du droit au détri-

3. Cf. le décret du 1^{er} août 1905 rendant facultatif le cours de droit romain semestriel de deuxième année ayant pour intitulé : « Droit romain : études de quelques théories importantes de droit romain ». Ce texte, bien que modifié dès 1922, est dans la ligne directe des réformes de 1889 et de 1896.

4. Sur Saleilles, cf. récemment *Raymond Saleilles et au-delà* (F. Audren, C. Chêne, N. Mathey et A. Vergne dir.), Dalloz, 2013, ainsi que M. Xifaras, « La *veritas iuris* selon Raymond Saleilles. Remarques sur un projet de restauration du juridisme », *Droits, Revue française de théorie, de philosophie et de culture juridiques*, n° 47, 2008, en particulier. p. 114-126 ; et M. Sabbionetti, *Democrazia sociale e diritto privato. La Terza Repubblica di Raymond Saleilles (1855-1912)*, Milano, Giuffrè, 2010. Cf. également la passionnante correspondance : *Lettres de François Gény à Raymond Saleilles. Une trajectoire intellectuelle 1892-1912* (C. Jamin, F. Audren et S. Bloquet éd.), LGDJ, 2015.

5. Ce dernier écrit en effet : « A nos yeux, ce qui fait le docteur en droit, c'est moins la connaissance acquise et pour ainsi dire accumulée de notions exactes sur les branches spéciales plus ou moins nombreuses de la législation, que la possession à un degré éminent de cette doctrine des principes qui fait le jurisconsulte. Cette doctrine n'existe pas en dehors d'une connaissance suffisamment approfondie du droit romain et du droit civil » (« Rapport présenté au nom de la section de droit du groupe parisien », *Revue*

ment du droit romain de plus en plus jugé inutile, élitiste et suranné au cœur de Facultés de droit qui n'ont pas encore pris la mesure des changements sociaux et de l'arrivée de nouvelles classes favorisées par la République. L'analyse d'Adhémar Esmein, en sa qualité d'historien du droit français, est symptomatique d'une tension nouvelle tendant à restreindre la part du droit romain, devenu au moins partiellement historique, pour faire place à un accroissement des enseignements d'une histoire du droit au service de la République⁶. Ce qu'il faut bien comprendre comme une concurrence disciplinaire inscrite dans une lutte idéologique se retrouve du côté des administrativistes avec Gaston Jèze, dont le propos est bien connu : les études de droit romain « habituent à interpréter des textes morts, alors que le Droit est vivant. [...] On opère sur des cadavres »⁷. Et si le regard se porte chez les privatistes, c'est sans doute avec Edouard Lambert⁸ en 1904, donc quelques mois avant l'article de Saleilles, que l'on trouve la critique la plus virulente puisqu'il n'affirme rien moins que la nécessité de rompre définitivement avec un droit romain qui symbolise la « sorcellerie juridique ». Aussi ce dernier écrit-il très explicitement :

La transformation du droit en une discipline vraiment digne du nom d'art social et la disparition des derniers procédés de divination juridique auraient des effets forts semblables à ceux qu'a produits jadis la substitution aux anciens types religieux de divination des types laïques et modernes ; elles marqueraient une étape importante dans la voie de la démocratisation du droit. [...] Beaucoup d'entre les défenseurs de l'interprétation par les principes sentent confusément, qu'avec elle, disparaîtrait l'un des meilleurs moyens dont les classes dirigeantes puissent disposer, pour résister à la poussée impatiente de la foule, et empêcher l'accélération trop rapide du mouvement de transformation de l'organisme social⁹.

internationale de l'enseignement, tome 1, 1881, p. 383-384).

6. Sur ce point, cf. spécialement J.L. Halpérin, « Adhémar Esmein et les ambitions de l'histoire du droit », *Revue historique de droit français et étranger*, 1997, p. 415-433, ainsi que J. Boudon, « La méthode juridique selon Adhémar Esmein », *Le renouveau de la doctrine française. Les grands auteurs de la pensée juridique au tournant du xx^e siècle*, Dalloz, 2009, p. 263-279 et, du même, « Une doctrine juridique au service de la République ? La figure d'Adhémar Esmein », *Historia et ius*, 2011/2, paper 1.

7. *Les principes généraux du droit administratif*, Berger-Levrault, 1904, p. iv-v, cité par J. Boudon, *op. cit.*, p. 264.

8. « Le droit civil et la législation ouvrière. La fonction dynamique de la jurisprudence et l'interprétation sociologique du droit », *Revue générale du droit, de la législation et de la jurisprudence en France et à l'étranger*, 1904, p. 152-166, 241-249, 451-463. Sur ce texte réédité de Lambert, cf. notre commentaire dans *Le droit civil et la législation ouvrière*, Paris, Dalloz, coll. tiré-à-part, 2013.

9. « Le droit civil et la législation ouvrière... », *op. cit.*, p. 462-463 (édition originale du texte). À titre d'exemple, il écrit également : « L'*Esprit juridique*, en délaissant la dogmatique romaine, pour animer désormais et féconder de préférence les doctrines civilistiques

Or, continuant et développant les arguments de Bufnoir, Saleilles défend justement cet « esprit juridique » dont l'apprentissage est intimement lié au droit romain¹⁰ car, comme son beau-père, il estime que le procès du droit romain est injustifié et inopportun. Si Saleilles n'est pas le seul, bien évidemment, à défendre le droit romain¹¹, son analyse est éclairante quant aux enjeux idéologiques qu'il n'hésite pas, contrairement à ses collègues, à mettre en exergue. Pour lui, en effet, ses contemporains font le procès du droit romain du point de vue tant démocratique que scientifique¹². Il pose alors très clairement la question principale qui n'est autre que de savoir si l'enseignement du droit romain convient à un régime démocratique moderne. Il développe ainsi une argumentation en trois temps.

Dans un premier temps, il récuse radicalement les thèses qu'il nomme « économistes » et « socialistes », la première rétrécissant à l'excès le rôle de l'interprète et donc du juriste, tendant à faire disparaître la « science de la jurisprudence », et la seconde proposant à l'inverse de faire du juge un interprète tout-puissant et souverain¹³. Le risque de ces thèses est alors de faire basculer « le mouvement démocratique moderne » dans le « chaos ». Il écrit dès lors :

Il se produit, par le fait même de cette préoccupation hâtive de donner une satisfaction immédiate à toutes les nécessités de fait et de régler toutes les questions dans leur ensemble, sans jamais tenir compte des solutions individuelles à intervenir, un véritable désarroi, qui est, en lui-même, la négation radicale de la science du droit, et la négation de toutes les réalités historiques. Car, en matière sociale, il n'y a de science que celle de la réalité historique. Nier l'une c'est détruire l'autre.

Ici l'individu, ses intérêts et sa liberté sont opposés au collectif indéterminé qu'est le groupe ou la société et, par là même, le droit à la loi. Sont mis en vis-à-vis les « à coups législatifs » et la « science du

nationales, n'a pu brusquement renouveler ses procédés. Il a seulement remplacé la caisse à double fond d'où il faisait jadis jaillir le flot intarissable de ses principes, de ses dogmes et de ses concepts, le *Corpus juris*, par des instruments moins usés, n'attirant point autant la défiance du spectateur, les *Codes civils* » (*ibid.*, p. 245).

10. Cf. également « L'enseignement du droit. Lettre de M. R. Saleilles à M. P. Desjardins », *Revue internationale de l'enseignement*, tome 56, 1908, notamment p. 290-293 ; ainsi que « Quelques mots sur le rôle de la méthode historique dans l'enseignement du droit », *Revue internationale de l'enseignement*, tome 19, 1890, p. 487-488.

11. Pour une plus ample bibliographie, cf. notre étude à paraître : « L'enseignement du droit romain dans les Facultés de droit françaises à l'époque contemporaine ou la chronique d'une mort annoncée », *Qu'est-ce qu'une discipline juridique*, Lextenso, 2016.

12. « Le droit romain et la démocratie », *op. cit.*, p. 718.

13. *Ibid.*, p. 720-721.

droit ». Il s'interroge : « La démocratie qui nous envahit doit-elle donc abolir peu à peu la science du droit » ?¹⁴ Sa réponse est bien entendu négative puisque « les grandes réglementations d'ensemble ne peuvent se succéder à jets continus ; sinon, ce serait l'anarchie législative, autre forme de l'anarchie sociale »¹⁵.

Dans un deuxième temps se pose la question de la nature et du rôle du droit romain. Si l'objet de la science du droit est l'« adaptation de la loi à la vie », face à l'impatience des « foules conscientes de leur droit », « ce qu'il faut à la démocratie, c'est une science du droit fondée sur une base largement progressive et armée d'une méthode aussi objective que possible, instrument de justice et de progrès tout à la fois »¹⁶. Saleilles l'affirme sans ambages : si la jurisprudence est nécessaire à la société, s'il lui faut s'armer d'une méthode objective, alors seul le droit romain peut lui fournir une assise solide car ce dernier « est [...] le seul qui donne le sens historique et scientifique d'évolution et de transformation du droit »¹⁷. Aussi peut-il conduire son lecteur à la conclusion évidente :

Ce dont la démocratie a besoin, avant tout, c'est d'une bonne méthode juridique, pour concilier incessamment les exigences de la justice individuelle avec celles de la justice sociale, [...] c'est une méthode que nous lui empruntons, pour servir à transposer aujourd'hui dans le domaine du droit, sans attendre la loi, toutes les solutions de fait qu'exige la conscience sociale progressive, et que nous lui empruntons afin de substituer à l'arbitraire du "Bon juge" la technique protectrice, équitable et savante, du "Juste juge". [...] Le jour où l'on aura enseigné le droit romain sous cet angle et où l'on aura montré à notre démocratie que, loin de servir à nous immobiliser dans le passé, il doit être l'instrument indispensable du progrès social par le droit, ce jour-là nos démocraties auront compris que ne pouvant vivre que par le droit, elles ne peuvent se déprendre, ni de l'expérience du passé, ni des lois de la science du droit et que, par suite, elles ont besoin du droit romain, comme base de leur éducation juridique, complément indispensable de leur éducation sociale¹⁸.

Saleilles peut ainsi en venir au troisième temps de son analyse qui est celui de la défense du rôle des juristes, non pas pour, mais par le droit romain. Ici seule la défense d'une « haute culture scientifique »

14. *Ibid.*, p. 722.

15. *Ibid.*, p. 723.

16. *Ibid.*, p. 724.

17. *Ibid.*, p. 727.

18. *Ibid.*, p. 729-730.

est susceptible d'éviter un déclin du droit et des juristes. Le paradigme est alors celui du jurisconsulte dans le droit fil de Rome et la défense d'une identité atemporelle du juriste fixée dans le modèle du *iurisconsultus* devient, à nouveau, une matrice dans laquelle il faut impérativement s'inscrire. Outil juridique, le droit romain est dès lors un outil politique :

Enfin, ces procédés de retour au système romain, qui sont les procédés de formation naturelle, au lieu des instruments artificiels que nous a légués l'école doctrinale du contrat social, ont cet autre avantage de chercher leurs éléments d'évolution, non plus en haut, dans les régions supérieures de l'idéologie abstraite, mais en bas, dans celles de la réalité des faits ; et alors, le droit perd enfin son caractère de science verbale, pour redevenir ce qu'il est, et ce qu'il doit être, une science purement sociale, empruntant ses éléments aux lois de la sociologie dominées par l'adaptation aux principes de justice ¹⁹.

Par une superbe inversion, le droit romain devient non seulement le moteur de la science, du discours des juristes, mais également un droit venant « d'en bas » alors que la loi « d'en haut » est coupée des réalités sociales (ici les idées de Savigny semblent décisives). C'est ainsi que la véritable démocratie, selon Saleilles, a besoin de filtres pour s'épanouir et rester « juste ». Et ce filtre ne peut être que le groupe social spécialisé, cette élite de juristes, juges, professeurs, avocats, notaires, etc... qui se voit dotée de la charge d'opérer une mutation sociale modérée : « Pour construire solidement en matière juridique, il faut s'inspirer sans doute des sentiments et des instincts populaires, mais à condition de les transformer par la raison en assises profondément ancrées dans les esprits. Il faut confier à la logique de l'esprit ce qui vient de l'inspiration du cœur ; sinon on bâtit sur du sable. » Or, « les Romains, ces constructeurs de génie, eurent l'instinct de ces nécessités sociales » ²⁰. Ainsi, contre les excès non pas seulement possibles mais inéluctables de la démocratie et de la loi, les juristes deviennent, grâce au droit romain, les garants d'une « démocratie » sage et respectueuse de l'ordre des choses ou si l'on préfère, même si Saleilles évite soigneusement, contrairement à Gény, de trop recourir à cette expression, à la « nature des choses ».

Saleilles, en utilisant les emblèmes du droit de Rome dont il faut porter l'étendard avec force au cœur des Facultés de droit, nous

19. « Préface », dans *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif – Essai critique*, 2^e éd., LGDJ, 1919, tome 1, p. xxiii-xxiv.

20. « Droit civil et droit comparé », *Revue internationale de l'enseignement*, tome 61, 1911, p. 21.

signifie ainsi que le droit n'est pas la loi, que le droit est en surplomb de la démocratie et que les juristes garantissent l'ordre juste des choses face au risque de chaos. Il faut ici prêter une attention soutenue au vocabulaire et au jeu des oppositions sémantiques : « chaos », « foules », « loi », « impatience », « irréflexion », « désordre », crise de la « haute culture des esprits » sont opposés trait pour trait à « science », « ordre », « réalité », « choses », « jurisconsultes », et finalement à la « culture ». Le recours au droit romain est alors bel et bien le moyen de sauver la « civilisation juridique » de la marée démocratique. Et si Saleilles est davantage acquis à l'idée d'une démocratie modérée, voire sociale, que nombre de ses contemporains au sein des Facultés de droit, Gény étant par exemple bien plus hostile, reste que son vocabulaire et son discours sont explicites à qui veut bien lire son texte en historien.

Le droit romain devient alors le symbole d'un modèle de droit qui appartient en propre aux juristes les plus experts ou plus précisément à la doctrine juridique qui est en l'occurrence une véritable aristocratie surplombant le monde politique et reléguant la démocratie au niveau médian de l'échelle créatrice des normes. Face aux nouvelles disciplines juridiques, mais surtout sociales, qui rompent l'unité et donc la suprématie civiliste fondée sur le droit romain, Saleilles propose de se fier aux professeurs de droit, dignes successeurs des jurisconsultes romains. Enseigner le droit de Rome est ici le moyen à la fois de légitimer le magistère de la doctrine juridique et d'ancrer dans le discours juridique une façon toute particulière de concevoir le droit et l'organisation sociale. Interprète de la réalité des « choses », le juriste du début du xx^e siècle doit demeurer le maître d'une politique juridique qui reste une *iurisprudencia* en réalité mythifiée, mais volontairement inscrite dans une tradition qui revêt les atours de l'histoire. Pierre angulaire de l'enseignement des Facultés de droit, le droit romain en contexte républicain est finalement d'une importance capitale et le titre de l'article de Saleilles peut être compris comme l'association du droit romain et de la démocratie qui ne dissimule guère l'utilisation du premier contre la seconde, du moins si l'on veut bien concevoir le droit comme le produit de cette dernière dans une *polis* créatrice du *ius*.

Or, si l'on se tourne vers le livre d'Aldo Schiavone, n'est-ce pas là un point central des relations qu'entretiennent le droit et la démocratie ? Alors que Saleilles nous parle logiquement de son propre temps, traitant du droit civil et des professeurs de droit de la Belle Epoque derrière les figures du droit romain et de ses juristes, Aldo Schiavone,

tout en écrivant lui-même dans son époque, suivant ses propres objectifs, nous propose d'inverser les perspectives, d'entrer dans l'histoire et de quitter, autant que faire se peut, la dogmatique juridique pour nous aventurer dans les territoires impurs de la relativité historique. Loin d'une naturalité posée une fois pour toutes, de l'évidence des reconstructions *a posteriori*, de l'unité fondamentale du droit et de sa science, l'historien et philosophe de Florence nous montre la suite des choix, des circonstances, la structuration sociale particulière à laquelle répondent une organisation politique, les luttes et finalement le chaos des acteurs réels dans l'histoire.

Lire *Ius* est une voie précieuse et privilégiée pour entrer dans cette histoire d'un modèle juridique que certains acteurs, en des temps et lieux particuliers, ont choisi de suivre. Ce que l'on appelle jusqu'à aujourd'hui encore « l'expérience indépassable du droit romain » devient l'invention d'un modèle qui structure l'Occident. Aldo Schiavone nous montre ainsi que ce modèle inventé, puis sans cesse réinventé depuis lors, n'est nullement le reflet de la vie ou de la « nature des choses », mais bel et bien une machinerie particulière et un type de discours permettant un « contrôle des relations sociales » créés à un moment déterminé de l'histoire, par des hommes identifiables et dans un contexte économique, social et politique donné. Si génie romain il y a eu, le droit redevient humain, pleinement humain.

Si le droit est bien une formalisation de la « matérialité de la vie », si le droit est une technologie sociale efficace, il n'est pas la vie ou les faits eux-mêmes, malgré la récurrence des perspectives naturalistes ou même sociologiques (on pense ici par exemple à François Gény et à Léon Duguit dans l'un et l'autre cas de figure). Or, Aldo Schiavone nous montre fort bien que le modèle romain insère la vie individuelle dans un réseau inextricable de normes qui garantissent une forme particulière (et non naturelle) de jeu social. Avec lui, nous sortons d'un modèle juridique, fruit d'une pseudo expérience et d'images normatives de la vie humaine, pour comprendre le recours à une tradition qui détermine les relations interpersonnelles et matérielles selon une anthropologie ou, si l'on préfère, une sociabilité définie à Rome puis recyclée au sein de la tradition juridique occidentale.

La question est alors, encore et toujours, à la fois celle de l'individuel et du collectif. Alors que Saleilles affirme que le modèle romain permet d'assurer finalement la protection de l'individu, sans dire qui est cet être abstrait, ce personnage muet d'un décor social apparemment calme et serein, et alors même qu'il a par ailleurs pleinement conscience des luttes et des injustices, Aldo Schiavone pointe du

doigt ce qu'il en était non seulement à Rome, mais également par la suite jusqu'à la Belle Époque pendant laquelle la mode du classicisme fait de la culture antique le « parangon du progrès des modernes »²¹.

Or, comme le souligne Aldo Schiavone avec une précision et une concision remarquable, c'est justement ce que propose la doctrine du début du xx^e siècle et avec elle Raymond Saleilles : utiliser la méthode romaine qui est « objective et rigoureuse par excellence », une « mathématique sociale » et « une forme universellement acceptable de syntaxe juridique, capable d'orienter toute la modernité »²². Les raisons toujours particulières du droit comme les sujets auxquels ce droit et ce raisonnement s'appliquent sont alors déhistoricisés sous l'égide d'une « Raison » humaine non pas toute puissante et *a priori*, mais issue d'une « expérience presque parfaite de l'humain ». Hypostasiant l'individu dans un tissu normatif lié à l'image d'un homme directement issue des conceptions romaines christianisées, Saleilles fait alors du droit une structure fondamentale d'une société dont on ne saurait négliger les potentialités adémocratiques.

Il en va de même pour la collectivité qui, avec notre collègue florentin, cesse d'être ce décor somptueux d'un droit dans lequel on feint de trouver la clef d'or d'un monde social prédéfini anthropologiquement. Le « modèle romano-bourgeois » issu du droit romain et que l'on ne saurait confondre avec lui concilie fort habilement, mais à sa manière, jouant des formes et des croyances dans un même mouvement, les figures d'Athènes et de Rome. Or, Aldo Schiavone nous aide à comprendre que la dichotomie est profonde et l'antagonisme toujours présent, malgré les grandes synthèses qui se succèdent depuis l'époque moderne. Car n'y a-t-il pas une loi de la pesanteur ou, si l'on préfère, une verticalité inscrite profondément dans les usages du droit romain jusqu'à aujourd'hui ? Ce modèle, du moins tel qu'il est perçu à l'époque contemporaine, présente en effet le risque d'étouffer tous les possibles en naturalisant et donc en figeant le social.

Ce que montre bien le propos de Saleilles et ce qu'Aldo Schiavone nous démontre est bel et bien que ce modèle romain est une façon d'occulter la *polis* et de privilégier une lecture juridique et formelle des relations interindividuelles ou collectives et des sujets de droit, comme si le *ius* n'était pas une question politique, l'affaire des masses ou des organisations, mais des seuls juristes qui excipent,

21. *Ius...*, *op. cit.*, p. 26.

22. *Ibid.*, p. 27.

justement, avec le modèle romain, d'une légitimité incomparable. Formalisme et discours juridique assurent ici un rôle d'aseptisation d'un droit apparemment épuré de ses scories politiques comme si le vrai droit, qui est aussi présenté comme le Beau droit, ne pouvait être que le fruit d'une certaine science dont Rome nous offre le modèle immarcescible. Oubliant justement ce que nous montre Aldo Schiavone au sujet de l'insertion des jurisconsultes romains dans les jeux de pouvoir, « bas » et « haut » sont confondus en même temps que « naturalité » et « artificialité », et le modèle romain devient le cheval de Troie d'un droit au présent non pas élitiste en substance, mais produit par une élite, un groupe social parvenu à se concilier ou à s'approcher du pouvoir politique, et qui présente le résultat de ses constructions, de ses inventions, non seulement comme naturel, fruit d'une expérience, mais également comme « populaire ». Confisquant en quelque sorte le pouvoir de la *polis*, dénaturant structurellement la démocratie, ce modèle porte en son sein, peut-être même dans son code génétique (comme le soulignait avec force Edouard Lambert), spécialement depuis la compilation justinienne, toute une panoplie de réflexes conditionnés, de préjugés et de notions qui ne devraient pas cesser de nous surprendre en démocratie.

Aldo Schiavone nous rappelle en l'occurrence ce qui ne saurait relever de l'évidence acquise et trop vite oubliée voire passée sous silence tant dans nos enseignements que dans nos réflexions et nos recherches :

L'Antiquité avait élaboré ces deux modèles de façon largement dissociée ; seule l'Europe moderne réussira enfin à les associer, non sans peine, cherchant à conjuguer droit et démocratie, ordre juridique et peuple souverain. D'un côté l'idée grecque de fonder l'espace public sur une architecture constitutionnelle, expression du primat de l'assemblée et de l'égalité des citoyens devant la loi, et en même temps de diluer le pouvoir des gouvernants dans la transparence et dans la possibilité de contester leurs actions. De l'autre, la vocation romaine à enserrer la vie nue – pour ce qui concerne les relations entre personnes privées – à l'intérieur des protocoles et des paramètres de procédures de réglementation contrôlables, dans un réseau de mesures et de formalismes conceptuels faisant l'objet d'un savoir spécifique, à statut fort – la science juridique – conçu comme une analytique du pouvoir et de sa normalisation rationnelle ²³.

23. *Ibid.*, p. 22.

Si nous laissons Raymond Saleilles de côté, et bien que le droit romain ne soit plus aujourd'hui le modèle qu'il a été encore à la Belle Époque, le livre qui nous retient nous invite, nous semble-t-il, à repenser ce rapport entre un droit dont on ne saurait oublier les origines et les structures « romano-bourgeoises » et l'organisation du pouvoir en société. Il nous permet, à sa manière, à l'aide d'une histoire non dogmatique intimement mariée à la philosophie, de nous pencher à nouveau sur ce problème essentiel et trop souvent escamoté dans nos disciplines juridiques qui est celui de l'articulation entre forme et pouvoir, entre droit et démocratie, entre « le seul discours public prononçable jusqu'au bout » et cette « étoile de notre futur : l'accomplissement d'un moyen véritablement moderne d'être égaux »²⁴.

Nader HAKIM
Professeur d'histoire du droit,
Université de Bordeaux

24. *Ibid.*, p. 474.