

DROIT ET HISTOIRE

On trouvera ici le texte d'une conférence donnée par Jacques Lafon alors qu'il était jeune professeur à la Faculté de droit de Dijon, dans les années 1970. Ce texte, resté inédit, a été retrouvé dans ses papiers après sa disparition brutale, survenue au Caire, où il dirigeait l'Institut de droit des affaires internationales, le 20 novembre 1999. Jacques Lafon était membre du conseil de direction de notre Société depuis l'origine. Nous avons souhaité rendre hommage à sa mémoire en publiant ces quelques pages, déjà anciennes et qu'il aurait sans aucun doute revues avant de les faire paraître, mais qui n'en restent pas moins très révélatrices de la manière dont le Professeur Lafon concevait la discipline qu'il a enseignée avec tant de bonheur, l'histoire du droit.

Il existe bien des façons de traiter ce sujet. On pourrait bien entendu procéder à une confrontation systématique des deux concepts. On montrerait alors que Droit et Histoire sont des concepts pluridimensionnels et qu'il existe entre eux certaines ressemblances. D'abord, le mot « droit », comme le mot « histoire » ont ceci en commun de désigner deux choses bien différentes : la connaissance, et l'objet de la connaissance. Le droit, c'est un état – disons le phénomène, ou les phénomènes, juridiques ; mais c'est aussi la connaissance de cet état. Quant à l'histoire, c'est aussi bien ce qui est arrivé que le récit de ce qui est arrivé. Ambiguïté terminologique, puisqu'un même mot revêt deux significations différentes, mais ambiguïté fondée : une société n'a un droit que si elle a conscience d'en avoir un et l'homme n'a une histoire que s'il le sait. La réalité et la connaissance de cette réalité sont inséparables¹. Objet de connaissance, le droit et l'histoire sont revêtus d'un sens par le juriste ou l'historien : l'un comme l'autre sont donc, aussi, des métaphysiques.

¹ En relisant ce texte, je ne suis plus d'accord avec cette phrase inspirée de Raymond Aron. La psychanalyse nous montre tous les jours que notre passé peut vivre en nous et nous influencer sans que nous en ayons conscience.

On pourrait faire comme cela, poursuivre en ce sens en affinant l'analyse, insister sur le caractère *conjectural* des deux sciences. On se heurterait alors à une différence fondamentale : le juriste, sauf s'il n'est qu'observateur², participe à la création et à l'application du droit, donc au pouvoir contraignant de l'État ; l'historien n'est jamais rien d'autre, dans le meilleur des cas, que le chantre, le griot d'une société dont il relate le passé. On pourrait... Mais je ne le ferai pas. Une telle approche, purement externe, ne répondrait probablement pas à la question que vous, juristes, vous vous posez, et qui est celle de *l'action de l'histoire sur le droit*. Cette action me paraît indiscutable. Et je voudrais le démontrer en prenant d'abord l'histoire et le droit dans leur sens le plus général. Puis je descendrai d'un cran en m'interrogeant sur la relation qui s'établit dans les officines où s'opère la transmission du savoir juridique, les Universités, entre l'histoire du droit et le droit positif.

I. – Le droit envahi par l'histoire

Cette invasion, elle se vérifie à un double point de vue, qui correspond aux deux visages de l'histoire. L'histoire, c'est le *passé*, un tas de photos jaunies que l'on découvre en vrac dans un tiroir, une série de plans fixes. Mais c'est aussi la mise en ordre de ces photos, leur classement, l'établissement d'un fil conducteur, l'introduction du mouvement, *donc du temps*. Le droit porte en lui ces deux visages de l'histoire. En tant qu'ensemble matériel, c'est le grand déversoir du passé dans le présent ; mais en tant qu'ordre juridique, il n'est jamais qu'une étape d'un mouvement.

Le droit, projection du passé

Il faut ici examiner les règles de droit indépendamment de l'ordre juridique auquel elles appartiennent. Ces règles de droit ne sont pas pour la plupart d'entre elles des créations du présent, mais des adhésions du présent au passé. Le droit positif ressemble à un vaste puits : en se penchant sur la margelle, on voit émerger les régimes matrimoniaux récemment réformés par le législateur, mais au delà on peut scruter jusqu'au régime dotal romain, en passant par la société d'acquêts du pays bordelais au moyen âge. Le droit positif constitue un gigantesque *patchwork* de solutions juridiques.

² Car s'il n'y a qu'un historien, il y a au moins deux juristes, celui qui crée le droit et celui qui l'explique. Mais, sauf s'il est historien du droit, le second agit parfois de façon plus ou moins perceptible sur le droit positif.

Certaines sources du droit traduisent mieux que d'autres cette continuité du passé au présent et cette consécration du passé par le présent : la jurisprudence bien entendu, mais surtout la coutume, d'autant plus authentique qu'elle est plus ancienne. N'oublions pas la distinction qu'établissait au XIII^e siècle Beaumanoir entre la coutume immémoriale, la seule vraie coutume, et la *falsa costuma*, dont on connaît le point de départ et qui n'a pas la même valeur obligatoire. Mais le législateur, surtout d'ailleurs en matière de droit privé, a lui-même beaucoup de mal à rompre avec le passé. Les codifications napoléoniennes ont certes un caractère novateur par l'assemblage des solutions, mais rarement par la création de règles complètement nouvelles empruntées pour bon nombre d'entre elles aux dépouilles du droit romain ou du droit coutumier, déjà taillées une première fois par les ordonnances de Louis XIV et Louis XV.

Cela signifie-t-il que les révolutions ne rompent pas avec le droit de la société qu'elles prétendent détruire ? Toute révolution comporte une radicale remise en cause du droit. Contestant l'ordre établi dont le droit constitue un élément essentiel, la révolution s'attaque nécessairement au droit établi. Elle le fait en profondeur. Par ses dimensions morales et métaphysiques, elle dépasse l'ordre du droit positif, et elle le juge. Mais en vertu de quoi ? Les révolutions anglaise et française invoquent le droit. La révolution marxiste, quant à elle, semble s'opposer à toute idée d'ordre juridique ; mais comme les autres elle fait appel à un sens de la justice pour mettre en accusation l'ordre établi. Car toute révolution a une prétention justicialiste. Il y a donc toujours une substitution d'un ordre juridique à un autre, cette substitution se faisant par destruction du premier, donc par rupture de la légalité.

Mais l'adoption d'un ordre juridique nouveau n'implique pas l'abrogation de tout le droit positif existant. Celui-ci est plutôt réorienté, il change de sens. Prenons deux exemples. Et d'abord celui de la Révolution française de 1789. Elle a certes modifié assez profondément certains secteurs du droit privé monarchique pour les rendre compatibles avec les principes de liberté et d'égalité qu'elle portait en elle. Elle a admis le divorce, limité la puissance paternelle, supprimé le droit d'aînesse et le privilège de masculinité, redéfini la propriété en supprimant la féodalité. Il n'en demeure pas moins qu'elle a été incapable, malgré sa volonté affirmée en 1790 et reprise dans la Constitution de 1791, de rédiger un code général. Trois projets furent bien préparés par Cambacérès, les deux premiers sous la Convention, le dernier sous le Directoire ; ils furent tous rejetés. Pour l'essentiel, la Révo-

lution française a maintenu le droit privé existant, et ce rattachement au passé est consacré par le décret du 22 septembre 1792. La Révolution russe de 1917 a été plus ambitieuse. Alors que la précédente ne préconisait que la substitution d'un ordre juridique à un autre, le marxisme cherche, lui, à éliminer le statisme de l'ordre juridique. Marx annonce le dépérissement de l'État et du droit comme instruments de la classe dominante. Mais le marxisme en place avec Lénine renforce l'État et conserve « le droit d'un État bourgeois sans bourgeoisie ». Les juridictions sont bien supprimées ; mais la législation n'est pas abrogée. C'est ce que proclame le Décret du Conseil des commissaires du peuple du 27 novembre 1917 qui, en maintenant le droit ancien, interdit d'appliquer les autres en les interprétant « selon le programme minimum des Sociaux Démocrates et des Socialistes Révolutionnaires russes ».

Ceci nous montre que ce n'est pas par la création du droit, mais par l'interprétation du droit ancien, que l'idée de droit révolutionnaire s'incarne dans la vie juridique. Il y aurait beaucoup à dire sur ce problème qu'André-Vincent a abordé dans son livre *Les révolutions et le droit*. Il faudrait en particulier étudier la question d'un droit appliqué par des juristes nécessairement formés par l'ancien système. On aboutirait sans doute à des conclusions analogues à celles qui ont été formulées à propos du rôle des anciens administrateurs dans la reconstitution de la bureaucratie. Ainsi, le droit positif apparaît comme une somme de règles juridiques dont les origines sont très disparates. Seulement, chaque époque effectue un tri dans le passé. Tout ordre juridique est donc l'expression du mouvement.

Le droit, expression du mouvement

Nous posons là le problème de l'*historicité du droit* qui implique la conscience de l'histoire et qui constitue une réalité que nul ne conteste aujourd'hui dans la mesure où elle a pénétré les doctrines les plus allergiques à l'histoire. La conscience de l'histoire n'est rien d'autre que la prise en compte de la différence, la certitude que la période vécue est unique, donc différente des autres. Cette conscience de l'histoire traduit une révolution mentale qui n'est certainement pas antérieure au XVIII^e siècle. Auparavant, il existe bien des œuvres historiques, chez les Grecs qui nous ont légué le mot *istoria*, chez les Romains, au moyen âge ou sous la Renaissance, mais leurs auteurs ne pratiquent pas l'histoire au sens où nous l'entendons ; ils pratiquent l'*istoria* au sens étymologique du terme, c'est-à-dire l'enquête. Ils se renseignent sur la vie de César ou sur celle de Saint Louis,

ils découvrent les événements piquant la curiosité, mettent en valeur les faits, les gestes édifiants et surtout *imitables* : c'est-à-dire transposables. Car *le temps est immobile* ; les conditions de vie restent les mêmes et, comme le dit Michel Villey, le drame d'Andromaque peut se transporter en tout autre moment de l'histoire³. Tout a été dit sur la doctrine profondément immobiliste des anciens. Une fois dépassé l'état de nature, et organisée la cité, tout demeure invariable : il y a un droit naturel, une morale, une nature inaltérables. Même la théorie des cycles et le mythe de l'éternel retour que l'on trouve chez Platon constituent une négation de l'histoire, puisque les choses reviennent toujours à leur point de départ. L'humanité n'a pas d'histoire.

Ce qui va faire décoller l'histoire, c'est la doctrine de l'évolution qui trouve une application scientifique au XVIII^e siècle en se sécularisant. Car jusque là il existe seulement une théologie de l'histoire fondée sur le dogme judéo-chrétien du salut. Née du mouvement philosophique français, cette doctrine de l'évolution, conçue dans le sens du progrès, va s'épanouir dans un milieu fort différent de celui du rationalisme français : le romantisme allemand. L'auteur le plus représentatif de cette tendance est sans doute Hegel. Nulle originalité dans sa métaphore de l'humanité représentée comme un arbre qui s'élève. Mais, à la différence de Voltaire et de Condorcet, il ne déprécie pas les étapes intermédiaires au profit du stade ultime. Chaque âge a ses beautés propres et le moyen âge est aussi parfait que le siècle des Lumières. Chaque peuple est unique et irremplaçable, possède son esprit spécifique, le *Volksgeist*. Tout l'historicisme du XIX^e siècle exprime cette conscience de l'histoire et cette philosophie du progrès : on les retrouve dans l'évolution du monde dépeinte par Hegel et Marx au rythme ternaire du raisonnement dialectique.

C'est de la conscience de l'histoire interprétée par le romantisme allemand que va naître l'*Ecole historique du droit*, fondée par Savigny et Puchta, dont il n'est pas nécessaire de rappeler longuement la doctrine. Le droit est un produit de l'histoire, et non un système de règles déduites d'une nature universelle. Comme la langue, la poésie, les usages de chaque peuple, il naît et se développe sous l'action de l'esprit populaire. Dès lors, source du droit

³ La loi du genre veut qu'il ne soit pas fait état d'une bibliographie. Les disciples de Michel Villey découvriront tout ce que cette conférence, et particulièrement ce passage, doit au maître.

est la coutume, non les lois compilées dans les codes prétendument déduits d'axiomes universels et qui figent le droit. Le juriste n'a qu'un rôle : décrire la coutume, la mettre au clair, en faire la science, surtout pas tenter d'en arrêter le développement spontané. *Le droit apparaît donc comme une science positive, historique.* L'historicité du droit a pénétré presque toutes les métaphysiques juridiques. Ne parlons pas du positivisme sociologique qui ne fait que reprendre et prolonger le positivisme historique. Bien sûr, il existe un positivisme juridique dont la théorie la mieux construite a été élaborée par Kelsen dans la Vienne bouillonnante de 1911, mais le positivisme étatique de Kelsen, qui a longtemps fasciné les esprits épris de géométrie, n'est pas totalement satisfaisant puisqu'il laisse dans une ombre épaisse la fameuse norme d'origine. De toute façon, si le positivisme juridique refuse la métaphysique, il n'exclut pas expressément l'historicité du droit : le juriste, bien à l'abri dans son système juridique en subit les répercussions, même s'il n'en a pas conscience.

Surtout, la conception apparemment la mieux à l'abri de l'historicisme, celle du droit naturel, vient d'ouvrir une porte à l'histoire. Michel Villey a montré que la recherche de l'absolu n'exclut pas l'historicité. Le droit naturel est un droit muable et historique comme la nature elle-même. Seulement, « nous ne sommes pas qu'historicité parce que la nature n'est pas non plus que mouvement et dynamisme ». Cette invasion du droit par l'histoire, la tentation de l'historicisme qu'elle provoque chez certains, les réactions de rejet qu'elle entraîne chez d'autres, pose évidemment le problème du type de rapport qui peut aujourd'hui s'instaurer entre l'histoire du droit et le droit positif.

II. – Histoire du droit et droit positif

Je m'attacherai à définir le rôle que l'historien du droit peut jouer et que j'articulerai en trois propositions : faire de l'histoire ; mesurer le temps ; participer à l'élaboration de la théorie juridique.

Faire de l'histoire

C'est une évidence qui ne l'est pas. Les historiens du droit sont des juristes, formés comme les autres juristes, participant des mêmes valeurs. Dès lors, plutôt que d'apporter aux autres la conscience de l'histoire, c'est-à-dire du mouvement, ils appliquent à leur discipline, faussement appelée histoire, la vision que les juristes ont du droit et qui est rarement évolutive.

On se trouve en présence d'un véritable cercle vicieux. Certes, idéologiquement, l'accord se trouve réalisé ; mais à ce moment là l'histoire du droit, conçue comme du droit positif rétrospectif, n'intéresse plus personne ; tout son pouvoir corrosif, critique, se trouve supprimé.

Qu'est ce donc, alors, faire de l'histoire ? C'est d'abord, c'est avant tout, refuser l'anti-histoire. Refuser de traiter à plat, de façon statique, un système de droit ou une période extraits du passé et étudiés pour leur valeur exemplaire et *intimidante*. C'est ainsi que l'on étudiait le droit romain dans les facultés du XIX^e siècle. Celui-ci n'avait d'ailleurs pas été considéré par les fondateurs de l'université napoléonienne comme une matière historique mais comme un ensemble de règles à la lueur desquelles on pourrait expliquer le droit français. Les romanistes ont bien respecté l'objectif anti-historique en n'étudiant que le droit dans son dernier état, les *Institutes* de Justinien considérées comme dogme et non comme construction empirique. En outre, victimes de la méthode exégétique, ils l'ont appliquée à leur matière sans aucun souci d'éclairer le droit positif. Ils en ont fait une matière technique complètement hors du temps, mais reflétant scrupuleusement le fixisme juridique ambiant. Il y aurait beaucoup à dire aussi sur la façon dont on enseigne parfois l'Ancien Régime, considéré comme terme d'une évolution, aboutissement suprême d'une trajectoire brutalement interrompue par une Révolution qui marque la fin de l'histoire.

Or l'histoire, c'est *un mouvement du présent au passé*. Marc Bloch l'a dit il y bien longtemps, celui qui n'a pas « le contact perpétuel avec aujourd'hui » ne peut pas comprendre le passé. Ce discours est directement transposable à l'historien du droit. Celui-ci, sous peine de parler dans le désert, ne peut se permettre d'ignorer le langage, les concepts, du droit positif. Réfléchissant sur les difficultés que rencontre le juriste de droit positif, il doit creuser dans le passé pour y déceler de possibles éléments de réponse. L'histoire devient alors un des éléments d'explication du droit positif. Fouillant le passé, l'historien du droit mesure le temps.

Mesurer le temps

L'historien du droit ne se borne pas à décrire les règles de droit. Il s'interroge sur les raisons de leur disparition ou de leur survivance. Pour répondre à cette question – en réalité la seule importante – il mène une double démarche synchronique. La première se déroule à l'intérieur même du système juridique et consiste à établir le rapport entre la règle de droit

ou l'institution considérée et les autres. Il existe des interférences dans le droit français du XIX^e siècle entre le droit de propriété et la liberté contractuelle ; toute remise en cause d'une de ces notions est la remise en cause du système lui-même, fondé sur le droit subjectif. Ce qui revient à dire que toute règle étrangère à ce système tend à être rejetée par lui. La seconde consiste à mettre en rapport le système juridique, ou un élément participant de ce système juridique, et la société elle-même. Le droit de propriété du Code civil, la liberté contractuelle ne peuvent se comprendre que dans le contexte de la révolution bourgeoise, de l'avènement du capitalisme industriel, de l'ère libérale. Sitôt remis en cause les fondements de la société libérale, le droit secrété se dégradant, la propriété privée est moins absolue, la fiction de la liberté contractuelle rejetée. *Les systèmes juridiques meurent aussi*, mais toutes les composantes d'un système ne meurent pas en même temps. En recensant ces morts et ces survies, en établissant le pourquoi de ces décalages, l'historien du droit définit le temps du droit, évalue la durée d'un système juridique, et *constitue ainsi des ensembles*.

En quoi la démarche de l'historien du droit peut-elle être utile au juriste de droit positif ? Eh bien, raisonnant lui aussi en termes d'ensemble, le juriste pourrait être à la fois moins dupe et plus efficace. Prenons un exemple, celui de la décentralisation, tarte à la crème de tous les débats politiques depuis cent cinquante ans. Tous les partis d'opposition se gargarisent à plaisir des mesures décentralisatrices qu'ils prendront lorsqu'ils seront au pouvoir. C'est peut-être l'historien du droit qui peut rappeler que la centralisation est fondée sur le principe hiérarchique emprunté par la société laïque à la société ecclésiastique au moyen âge, généralisé et durci par Bonaparte. Comme toute la société repose sur le principe hiérarchique, les mesures décentralisatrices ponctuelles que l'on peut prendre sont immédiatement anéanties par ces réflexes centralisateurs (qui sont des réactions de rejet de dispositions allogènes par le système dominant). Ainsi, la loi communale de 1884 est effectivement un texte décentralisateur, mais par le biais du contrôle juridictionnel sur le personnel communal, le Conseil d'État a immédiatement récupéré ce qui avait été concédé. Nous avons bien une loi de 1968 qui consacre l'autonomie des universités ; des événements récents ont montré que des agents de l'État sont prêts à rétablir la centralisation. Est-ce à dire que le juriste doit se résigner, laisser faire le *Fatum* ? Non, cela signifie seulement qu'il doit agir sur plusieurs fronts, sinon il se paye de mots. Décentraliser, cela suppose que le juriste fasse en sorte qu'une mesure décentralisatrice ne soit pas immédiatement battue en

brèche par un comportement juridique (notamment jurisprudentiel). Décentraliser, cela suppose la multiplication des mesures décentralisatrices, et non l'extase devant la mesure-gadget. Décentraliser, c'est à la longue aussi la modification du système social et la remise en cause du principe hiérarchique. Le souhaitons-nous ?

Raisonner en terme d'ensemble donne le sens des perspectives. Dans la magnifique préface de la *Méditerranée...*, Fernand Braudel définissait les trois niveaux du temps : le temps immobile, celui des rapports de l'homme avec la nature, le temps social qui a la durée des sociétés humaines, le temps individuel qui s'éteint avec chaque vie humaine. Le temps juridique n'est incontestablement qu'un des éléments du temps social. L'historien du droit le sait bien, et il doit le proclamer bien fort : l'unité de référence du droit, c'est le groupe envisagé dans son épaisseur et non l'individu, groupe dont il s'agit de privilégier les intérêts durables sur les intérêts provisoires.

Participer à l'élaboration de la théorie juridique

Fouillant dans le droit passé, l'historien du droit en découvre le fil conducteur qu'il peut transmettre au juriste de droit positif. Il peut ainsi contribuer à déceler le sens caché d'un droit de plus en plus technique. Travaillant de concert avec des juristes de plus en plus enfoncés dans leur spécialité, il peut participer à une prise de conscience qui ne manquera pas de se produire. La technique est un refuge commode qui permet d'éviter les choix idéologiques. Le moment s'annonce pourtant – nous le voyons survenir – où ni les enseignants, ni les étudiants ne se satisferont de ces faux-semblants, où les juristes de toutes disciplines s'interrogeront sur ce qui les rassemble, où il faudra reconstruire la théorie juridique. Généraliste du droit, le seul, l'historien du droit peut jouer là un certain rôle.

Jacques LAFON