

## LE DROIT FUT-IL EXCLUSIVEMENT INVENTÉ PAR LES ROMAINS EN OCCIDENT ?

Le *Ius* d'Aldo Schiavone a été, pour moi, une « lanterne du droit » (*lucerna juris*) sur une route cherchant à combiner histoire et théorie du droit. La lecture de Kelsen m'avait convaincu que le droit était une « technique », qu'à ce titre il n'était pas inné à la nature humaine ou consubstantiel à l'état social. Le sous-titre d'Aldo Schiavone, *L'invenzione del diritto*, confirmait cette idée : comme toute technique, comme la roue ou la monnaie, le droit avait été inventé et, en Occident, cette invention revenait à des Romains du v<sup>e</sup> siècle avant Jésus-Christ. Puisqu'il est fait état ici de lectures personnelles, je me permets d'ajouter que, dans le même été 2006, je lisais un autre grand livre d'un savant italien, *Oltre la Bibbia* de Mario Liverani qui consacre un long développement à l'invention de la loi mosaïque, sinon de la figure même de Moïse, au retour de l'exil de Babylone et autour du scribe Esdras, peut-être dans la seconde moitié du v<sup>e</sup> siècle (ou dans la première moitié du iv<sup>e</sup> siècle). Le sous-titre complet de *Ius, L'invenzione del diritto in Occidente* me paraissait éclairer ces lectures combinées avec celles d'une littérature en langue anglaise sur les découvertes archéologiques bouleversant nos connaissances sur l'ancien droit chinois. La technique juridique avait pu être inventée dans l'Antiquité en plusieurs points du globe de manière indépendante, ce qui écartait le reproche d'ethnocentrisme. À celles et à ceux qui trouveraient banale cette reconnaissance de la figure de l'invention du droit, il faut rappeler que les historiens du droit, comme beaucoup d'autres juristes, ont été volontiers portés à débiter leur cours par la formule latine *Ubi societas, ibi ius*, comme si cette affirmation d'une parfaite correspondance entre l'état social et la présence du droit justifiait la nécessité de l'histoire de droit (si toute société a un droit, toute société a une histoire du droit) <sup>1</sup>.

---

1. Pour ce que la formule a de tautologique, la *societas* étant un concept juridique, qui suppose donc du droit et une science du droit élaborée et pas seulement inventée, voir la communication qui précède de P. Bonin.

Je reviens, rassurez-vous, à Aldo Schiavone. Tout son ouvrage est une magnifique démonstration ce que peut signifier l'invention du droit en Occident par les Romains. Ce qui m'intéresse ici ce sont les premières pages où il écrit que « nous projetons le paradigme romain sur des pratiques prescriptives » d'une autre nature quand « nous parlons de droit mésopotamien, grec, égyptien, hawaïen ou aztèque »<sup>2</sup>. La thèse positiviste de l'invention du droit amène logiquement à ne pas voir du droit partout dans le monde et dans toutes les civilisations de l'Antiquité, du Moyen Âge ou des Temps modernes. Exit le prétendu droit aztèque ou hawaïen, ce qui n'est pas une marque de mépris pour ces cultures ou d'ignorance de l'anthropologie, mais une réponse positiviste aux théories pluralistes les plus folles pour utiliser l'expression de Brian Tamanaha<sup>3</sup> : le droit se distingue d'autres normativités tendant à réguler les sociétés et, si l'on suit Herbert Hart, cette différenciation peut être identifiée à travers la combinaison de règles primaires de comportement avec des règles secondaires de reconnaissance, de changement et d'adjudication. Exit l'impossible droit pharaonique en l'absence de mention d'une législation écrite avant l'époque démotique. Je réserve la problématique de ce qu'on appelle « droit mésopotamien » pour une autre occasion. Reste la question du « droit grec » qui me semble importante dans la démarche d'Aldo Schiavone défendant la primauté des Romains sur les Grecs dans l'invention du droit en Occident.

Je ne suis nullement spécialiste du droit grec, mes réactions comme mes lectures sont celles d'un historien du droit généraliste qui, en enseignant les institutions de l'Antiquité, traitait de la Grèce, de Dracon, de Solon et de Périclès, avant d'aborder Rome et son droit, sans vraiment se poser la question de l'antériorité ou non de la loi des XII Tables par rapport à ce qui serait l'invention du droit en Grèce. Après avoir lu *Ius*, je suis passé par trois phases successives : l'enthousiasme pour l'idée qu'il n'y avait pas de « droit » en Grèce avant le début du IV<sup>e</sup> siècle, les doutes par rapport à cette thèse trop violemment hypercritique, l'espoir qu'une conciliation est possible à travers l'étude parallèle des processus d'écriture du droit en Grèce et à Rome. Après la thèse, l'antithèse et finalement la synthèse qui, j'espère, nous ramène sur la voie d'Aldo Schiavone.

1. Aussi paradoxale qu'elle paraît au premier abord, l'idée que la loi des XII Tables aurait vu l'invention du droit à Rome au milieu du

---

2. P. 5 dans l'édition italienne.

3. *Journal of Law and Society*, 1993.

v<sup>e</sup> siècle, à une époque où l'Athènes de Périclès serait dépourvue d'un ordre ou système juridique peut trouver assez rapidement des arguments en sa faveur. Dans l'Athènes de Périclès, où nous avons tendance à penser que l'*ecclesia* est souveraine et à ce titre « vote des lois », nous n'avons rien d'équivalent à la loi des XII Tables et pas même une loi de droit privé que l'on puisse attacher au grand stratège et à son époque. C'est, enseigne-t-on, que les grands législateurs d'Athènes sont antérieurs à Périclès : Dracon vers 621-620 avant notre ère, Solon vers 594-593, Cléthène en 508. Le problème est que la prétendue législation de Dracon ou de Solon, comme les réformes de Cléthène ne se présentent pas du tout, dans nos sources, de la même manière que la loi des XII Tables.

Les débats sur l'authenticité de la loi des XII Tables paraissent aujourd'hui bien apaisés par rapport à ce qu'ils étaient il y a un siècle. Un consensus solide s'est formé pour considérer que les 146 dispositions (ou versets), attestées par près de 300 citations juridiques (dont environ la moitié au *Digeste*), correspondent à un texte législatif produit (avant de connaître peut-être des remaniements de langage) au milieu du v<sup>e</sup> siècle avant Jésus-Christ. L'hypothèse d'une forgerie de l'annalistique romaine est écartée au motif que des juristes et des avocats n'auraient pas manqué de dénoncer les références faites à la loi des XII tables devant les juges, si celle-ci avait été soupçonnée d'être un faux. Rien de comparable à Athènes. L'essentiel de ce que nous connaissons sur les lois de Solon, et sur l'abrogation qu'elles auraient contenue des lois « trop sévères » de Dracon excepté la loi sur l'homicide, vient de la *Constitution d'Athènes* d'Aristote et de la *Vie de Solon* de Plutarque. Des textes postérieurs de plusieurs siècles aux événements législatifs qu'ils sont censés relater (ce qui est aussi le cas pour les citations de la loi des XII Tables), mais surtout des références qui n'émanent pas de juristes et qui ne relèvent pas d'une tradition juridique (supposant l'emploi de ces textes devant les tribunaux) continue. Nous pouvons croire à la sincérité de Plutarque quand il nous dit avoir vu à Athènes dans le Prytanée de petits fragments sur des tablettes de bois censées contenir des lois de Solon, mais cela ne signifie nullement qu'il ne s'agit pas d'une tradition inventée. Nous ne savons rien de Lycurgue (sinon là aussi qu'il est l'objet d'une *Vie* de Plutarque, reconnaissant que tout était sujet à controverse sur ce personnage), nous n'avons aucun texte de la « constitution de Sparte », la « Grande Rhêtra ». Ne peut-on pas conjecturer que Solon ou Dracon sont des figures légendaires ou des personnages historiques auxquels a été attribuée, tardivement, une législation qui

n'existait pas à Athènes avant le v<sup>e</sup> siècle, voire le début du iv<sup>e</sup> siècle marqué, avec le rétablissement de la démocratie, par la décision (peut-être non suivie d'effet réel) d'inscrire la loi de Dracon sur l'homicide et six lois de Solon sur un mur de la *Stoa Basileus* ?<sup>4</sup>

En faveur de cette thèse de l'invention d'une tradition à Athènes autour de Dracon et Solon<sup>5</sup>, on peut ajouter toutes les réflexions qui ont été faites sur l'allergie des Grecs, jusqu'à Aristote compris, à envisager des changements dans les *nomoi*. Au regard du critère des règles secondaires de Hart, l'on peut constater que les Grecs ont eu, en dépit d'une réflexion philosophique et littéraire (à travers le théâtre) sur les lois, beaucoup plus de mal que les Romains à reconnaître les lois (par un vocabulaire spécialisé) et à mettre en place des procédures de changement, ce qui témoigne d'une grande réticence à admettre l'abrogation d'une norme ancienne par une norme nouvelle : c'est tout le sens des procédures de contrôle des décrets de l'Assemblée (*pséphismata*) par les Nomothètes (501 à 1501 tirés au sort parmi les jurés de l'Héliée) et de la *graphé paranomon* instituées au début du iv<sup>e</sup> siècle. Et, si l'on remonte plus loin dans le temps, l'écriture des premières lois dans le monde grec (comme les lois de Gortyne en Crète dans le « Grand Code » remonterait au milieu du v<sup>e</sup> siècle avant Jésus-Christ) aurait été associée à des dispositions interdisant, sous peine des plus grandes malédictions, de les changer<sup>6</sup>. Le passage de la transmission orale des normes (dont on peut se demander, dans le schéma de Hart, si elles forment du droit) à leur rédaction écrite aurait été difficile en Grèce, il se serait manifesté dans certains cas (comme à Gortyne, dans un milieu où l'usage de l'écriture était rare et où nous ne savons rien de l'exercice de la justice ou des processus politiques) par l'érection de monuments destinés à être vus plutôt que lus : les prétendues lois auraient eu un caractère purement symbolique<sup>7</sup>, elles ne seraient pas à l'origine du droit positif.

2. À tous ces doutes sur la tradition du droit grec, que nous trouvons exprimés dans les ouvrages des spécialistes récents (notamment en langue anglaise), il est possible d'opposer des contre-arguments (parfois chez ces mêmes auteurs) ramenant à l'hypothèse d'une antériorité des Grecs sur les Romains dans l'invention du droit.

4. M.H. Hansen, *The Athenian Democracy in the Age of Demosthenes*, 1991, p. 163.

5. « Beaucoup de légende qui se mêle à beaucoup de propagande » écrivait Jacqueline de Romilly, *La loi dans la pensée grecque*, 1971, p. 12.

6. Giorgio Camassa in *Les savoirs de l'écriture en Grèce ancienne*, 1988, p. 130-155.

7. J. Davies, in M. Gagarin et D. Cohen, *The Cambridge Companion to Ancient Greek Law*, 2005, p. 309.

Alors que nous ne disposons pas d'inscription sur la loi des XII Tables, les lois de Gortyne nous offrent une série d'inscriptions avec des textes de datation diverse (entre le VI<sup>e</sup> et le IV<sup>e</sup> siècle), en particulier le « Grand Code » sur plus de 1,75 m de haut et 8 m de long, avec des lettres dont certaines sont de grande taille (12 cm) et pouvaient donc être lues<sup>8</sup>. S'il n'y a pas dans ces textes de mot spécifique pour désigner le droit, il est bien question d'interdire le recours à la vengeance privée et de soumettre certains comportements à des peines ou à des règles susceptibles d'être sanctionnées en justice. Les diverses datations des inscriptions indiquent des remaniements de ce texte et donc la possibilité d'amendements, même si nous n'en connaissons pas la procédure et les modalités.

Du côté d'Athènes, il existe dès le V<sup>e</sup> siècle des références littéraires aux lois de Solon et Dracon, par exemple chez Aristophane, et une littérature plus abondante au IV<sup>e</sup> siècle qui fait état de lois inscrites sur des stèles ou dont l'on pouvait demander la lecture devant les juges<sup>9</sup>. La tradition est relativement solide pour attester que les lois de Solon étaient consultables, avant l'épisode (peut-être réel) de la *Stoa Basileus* en 410 sur des pyramides (*axones*) ou colonnes (*kyrbeis*) mobiles autour d'un axe qui donnaient à lire des textes inscrits sur des tables en bois (que nous avons perdus pour cette raison). Il y a plusieurs dizaines d'inscriptions sur des stèles en pierre qui confirment les citations (notamment des plaidoyers des logographes) parlant de lieux où les magistrats et les simples particuliers pouvaient lire les lois. À la fin du V<sup>e</sup> siècle, le bâtiment du *Metroon* fut destiné à recueillir les archives de la cité : les magistrats et peut-être les plaideurs, avec l'aide d'un esclave public, pouvaient probablement y consulter les lois. À partir de la fin du V<sup>e</sup> siècle, les textes étaient datés en fonction des années d'archontat, ce qui aurait permis de tenir compte des éventuelles abrogations et expliquerait des procédures pour régler les conflits de normes comme la *graphé paranomon* et les *paragraphai*, dont nous avons quelques dizaines d'exemples au IV<sup>e</sup> siècle. En harmonie avec ce que nous savons de l'Athènes de Périclès, des débats opposant Socrate et les sophistes, des discours des orateurs attiques se référant à des procès dans la période des Trente Tyrans et juste après, il est possible d'envisager des lois (connues à l'époque par des inscriptions ou des tablettes) remontant à la seconde moitié du V<sup>e</sup> siècle, et donc à une époque proche de celle des XII Tables. Les lois de Dracon

8. M. Gagarin in E. M. Harris, L. Rubinstein, *The Law and the Courts in Ancient Greece*, 2004, p. 177.

9. J.M. Sickinger in Harris, Rubinstein, *op. cit.*, p. 93.

et de Solon ne relèveraient pas du mythe et auraient fait partie, au moins depuis le v<sup>e</sup> siècle, des règles permanentes de la cité athénienne, intégrées dans des processus de « révision » des lois fonctionnant avant l'institution des nomothètes. Les discours d'Antiphon, logographe entre – 430 et – 410 (il est alors condamné pour avoir fait partie de l'Oligarchie des Quatre-Cents), puis celui d'Andocide sur les Mystères (-400/399) sont les plus anciens « plaidoyers » judiciaires connus (à une époque où nous n'avons aucun témoignage du même type à Rome) qui citent des lois, faisant référence notamment à la loi de Dracon sur l'homicide (dont le fragment transmis par la tradition concerne l'homicide involontaire, supposant des dispositions perdues sur l'homicide volontaire) et aux lois de Solon. La familiarité de certains Athéniens (les orateurs attiques, Socrate et les sophistes, les tragiques) avec les lois et leurs sentiments de respect pour ces normes à la fin du v<sup>e</sup> siècle et au début du iv<sup>e</sup> siècle ne pourraient s'expliquer sans une invention antérieure, une étape dont nous aurions perdu les traces à Athènes, mais dont les lois de Gortyne pourraient nous donner une idée (comme une loi d'Olympie du vi<sup>e</sup> siècle frappant de nullité un jugement rendu contre le texte, *to graphos*, ou la plus ancienne inscription à Dreros en Crète même en – 650).

3. Les Grecs auraient-ils inventé le droit avant les Romains et les Romains auraient-ils volé cette idée aux Grecs ? Aldo Schiavone laisse entendre que la tradition d'une ambassade mandatée par les décemvirs rédigeant la loi des XII Tables pour s'enquérir des lois de Solon reflète, malgré la fausseté des détails, une influence grecque certaine sur la loi des XII Tables, dont l'originalité viendrait de la combinaison du paradigme du *nomos* grec avec un *ius* romain qui puiserait sa source dans l'activité des pontifes. La Loi des XII Tables aurait cherché à prendre modèle sur la loi grecque pour tenter d'éliminer les pontifes, projet qui aurait échoué d'un point de vue politique mais aurait été à l'origine de la spécificité du droit romain (une sorte de deuxième étape dans l'invention du droit), le développement d'un droit jurisprudentiel à partir de la pratique des Prudents, membres de la *nobilitas* dont les premiers auraient été pontifes.

J'avoue avoir été toujours sceptique à l'égard d'hypothèses sur ce que pouvaient faire et dire les pontifes en termes de droit avant le iii<sup>e</sup> siècle avant Jésus-Christ, pour lequel nous disposons de quelques noms. Nous sommes trop dépendants, à mon avis, de l'*Enchiridion* de Pomponius et de l'idéologie des « prêtres du droit » exposée au début du Digeste (dès le premier fragment venant d'Ulpien) pour avoir quoi que ce soit de solide sur le rôle juridique des pontifes dans les

premiers siècles de la République romaine. Logiquement, l'invention du droit a dû susciter l'apparition de connaisseurs, voire d'experts (on ne parle pas ici de « professionnels ») de cette technique, mais qu'en est-il des hommes qui ont réalisé l'invention : faut-il les imaginer comme des experts sur d'autres normes (religieuses) proches de ce que vont devenir les normes juridiques ou comme des « pré-experts » qui vont revendiquer une expertise après leur invention ?

Plus généralement, il nous paraît possible de combiner des données qui font état de lois en Grèce au v<sup>e</sup>, voire au vi<sup>e</sup> siècle, avec l'idée d'une invention romaine résultant de la loi de XII Tables. Du côté grec on a, en effet, des textes épars dont les uns sont connus par l'épigraphie (il s'agit essentiellement de normes individuelles relatives à des honneurs ou des décrets désignant des proxènes pour accueillir des étrangers) et dont les autres (les lois au caractère permanent) pourraient correspondre à une transition par étapes d'une tradition orale à une révision/actualisation postérieure de plusieurs siècles. Du côté romain on a une législation procédant *uno actu*<sup>10</sup> suivie, peut-être après un long intervalle de temps, de développements jurisprudentiels pour combler les « lacunes » de cette loi<sup>11</sup>. En Grèce comme à Rome, un pré-droit<sup>12</sup> précède l'invention proprement dite du droit qui, dans les deux configurations, prend des formes différentes au milieu du v<sup>e</sup> siècle avant Jésus-Christ. À Rome, l'avènement d'une littérature juridique et une extraordinaire continuité jusqu'aux compilations de Justinien donne, de manière rétroactive, un caractère capital à l'invention du droit, alors qu'en Grèce le déclin d'Athènes, puis la formation des royaumes hellénistiques sont moins favorables à la formation d'une science du droit. L'invention du droit serait davantage un processus qu'une révolution soudaine ; si l'on veut faire avec l'invention du feu une analogie (aussi risquée que nos connaissances sont limitées sur toutes ces questions), les Grecs auraient fait quelques « feux de brousse » avec la technique juridique, les Romains auraient allumé un foyer entretenu à travers les siècles.

Jean-Louis HALPÉRIN  
Professeur d'histoire du droit,  
École normale supérieure,  
Membre de l'Institut Universitaire de France

10. Comme l'avait noté Max Weber, *Sociologie du droit*, 1986, p. 196.

11. Une idée que les Grecs n'ont jamais eue selon Michael Gagarin, *loc. cit.*, p. 36, avec un respect de la loi écrite paradoxalement plus important qu'à Rome.

12. Selon l'expression célèbre de Louis Gernet, *Droit et Institutions en Grèce antique*, 1982, p. 9, qui trouve un écho, sans doute involontaire, chez Hart.