



Les juristes et l'histoire. Pour une nouvelle archéologie du droit

Résumé : Cet article s'interroge sur la crise du droit dans le monde globalisé, et sur la formation d'un nouveau paradigme du "juridique". Il envisage dans ce cadre le rôle et les perspectives des travaux des historiens du droit d'aujourd'hui.

Mots clés : droit – globalisation – histoire – Europe

Abstract : This article questions the crisis of the statutory law in a global world, and the formation of a new paradigm of "legal". In this context, it considers the tasks and the perspectives today's legal historians have to embrace.

Keywords : Law – Globalization – History – Europe

I

1. Je me limiterai à quelques observations qui, je l'espère, pourront être utiles pour le développement du débat. Elles concernent surtout le scénario dans lequel nous nous trouvons¹.
2. Nous vivons une époque difficile. La révolution qui transforme le profil et les contenus de notre civilisation renverse les certitudes sur lesquelles nous avons construit un monde que nous sommes en train de perdre complètement. Un des piliers en voie d'effondrement intéresse le rapport même avec le passé, avec l'ensemble de notre passé, qui est devenu un lien incertain, problématique, fragile, peut-être – désormais plusieurs sont ceux qui le pensent – totalement inutile.
3. En cette saison de désorientation et d'attente, même le grand édifice du « juridique », tel que nous l'avons connu jusqu'ici – un emblème de l'Occident consolidé depuis presque cinq siècles d'histoire de la modernité – semble blessé et en danger, peut-être irrémédiablement compromis. À de nombreux égards cette construction imposante, dominée par la haute formalisation de ses catégories et de ses procédures, nous apparaît comme un barrage jadis puissant, mais désormais incapable de faire face aux tempêtes dont elle devrait nous protéger, au risque plus que jamais menaçant du chaos et de l'anomie, de pouvoirs hors de toute mesure et de toute règle. En tant qu'historiens du droit, nous ne pouvons ignorer cette condition dramatique de précarité et de doute, dont dépend le sens même de notre travail.
4. Trois points de rupture dominant, il me semble, l'horizon de cette crise.
5. Le premier est l'incapacité – culturelle, avant même que politique – de concevoir et de conceptualiser ce dont au contraire nous aurions le plus besoin : à savoir un ordre juridique global mais en même temps dépendant d'aucun modèle impérial ; l'incapacité de penser un ordre juridique du monde sans centre et sans souverain, construit sur les sujets et sur la citoyenneté, et non sur les marchandises et sur le capital

¹ Les pages qui suivent présupposent mon *Ius. L'invenzione del diritto in Occidente*, Turin, 2005 ; 2^e éd. Turin 2017 ; tr. fr. Paris, 2008 ; réimpr. Paris, 2011, surtout les trois premiers et le dernier chapitre.

financier ; un système qui résolve la connexion cruciale entre règles et puissance en évitant de recourir au primat d'un acteur politique unique, d'une hégémonie solitaire.

6. La seconde rupture me semble constituée par la croissante et en apparence irrémédiable fatigue de la démocratie représentative, dont le fonctionnement a été, sous beaucoup de points, un aboutissement de la combinaison moderne entre droit et politique : un épuisement visible sur toute la planète, mais particulièrement dans sa partie technologiquement plus avancée ; et surtout un épuisement paradoxal car il a commencé à se manifester au moment même où la démocratie représentative, durant la dernière partie du vingtième siècle, a été perçue comme une institution sans alternative, victorieuse de ses adversaires qui, à droite comme à gauche – fascisme et communisme – l'avaient remise en question avec succès pendant une bonne partie du siècle dernier. Celle-ci a entamé son déclin alors que beaucoup commençaient à la voir comme une acquisition définitive dans notre histoire. Mais j'ai déjà eu l'occasion de m'arrêter sur ce sujet².

7. Le troisième et dernier point de rupture – et peut-être le plus grave – se trouve, à mon avis, dans une espèce de clivage de ce que nous pourrions définir comme le rapport entre norme et une vie dominée par le marché et par l'individuel, mais, malgré tout, jamais complètement réduite à sa configuration capitaliste ; dans l'impuissance de plus en plus évidente des dispositifs de formalisation juridique de notre tradition à exprimer de près, et à réglementer de façon efficace, les contenus économiques, sociaux et technologiques – travail, besoins, demandes, attentes, organisation de l'espace et du temps qui déterminent l'existence qu'il nous est concédé de mener.

8. Il s'agit, comme on le voit, de difficultés assez graves dont il ne sera pas facile de sortir. Elles annoncent un vrai passage d'époque que nous ne pouvons ignorer. Nous devons l'admettre sans réticence : la transformation à laquelle nous sommes confrontés comporte un changement total de paradigme dans le « juridique » de l'Occident. Soit nous sommes capables de défaire le nœud et d'orienter positivement la mutation, c'est-à-dire de lui donner le signe de l'émancipation et d'un développement ultérieur des potentialités humaines, soit ce changement adviendra quand même, mais de la pire des façons, sous le signe de la régression et de la dissipation, de nouvelles inégalités inouïes, si ce n'est de la violence ouverte.

9. Dans cette transition tourbillonnante vers une nouvelle dimension du « juridique », nous savons bien quel est le paradigme en déclin, qui nous a guidés jusqu'à maintenant, et que nous sommes en train de perdre : c'est celui que j'ai ailleurs défini « romano-bourgeois »³, définitivement mis au point au dix-neuvième siècle, et déjà en difficulté, mais pas encore complètement dépassé au cours de notre époque ; un modèle fortement ancré dans les expériences nationales de sociétés compactes, avec des États forts et des structures sociales de classe déterminées par la production industrielle – plus rigides en Europe, plus flexibles en Amérique.

10. Au contraire, ce qui nous attend est beaucoup moins déchiffrable : une nouvelle configuration du « juridique » dont les contenus et les coordonnées doivent encore être tous écrits. Celle-ci commence cependant à se dessiner comme moins abstraite et plus granulaire et non-homogène que la précédente ; et en même temps plus délocalisée et déformalisée : sans aucun doute parce que les puissances financières et technologiques qui construisent le siècle nouveau appuyent dans cette direction ; mais probablement aussi parce qu'elles orientent dans le même sens les pressions des nouvelles subjectivités qui, pour la première fois, émergent à l'horizon de l'histoire. Un « juridique », pourrait-on dire, pour un monde qui est en train de créer, à la fois, une plus grande proximité, une plus grande interconnexion – que nous confondons souvent, par erreur, avec une plus grande égalité – mais aussi une bien moindre équité.

II. Nous devons savoir sonder tout ce processus, pour le corriger et l'orienter ; et d'abord le maîtriser analytiquement : c'est un travail énorme qui nous reste à faire, théorique aussi bien que politique. Mais je

2 Voir mes « Crise de la représentation et démocratie en Europe », *Incidence*, 10, 2014, p. 57 sq., et « Political Theory of Democracy from an Italian Perspective », dans S. Grundmann et J. Thiessen (éd.), *Recht und Sozialtheorie im Rechtsvergleich / Law in the Context of Disciplines*, Tübingen, 2015, p. 69 sq.

3 Dans *Alle origini del diritto borghese. Hegel contro Savigny*, Rome-Bari, 1984, p. 61 sq.

ne crois pas non plus qu'il soit possible de le commencer sans l'aide de la pensée historique : ceci nous implique directement, et je crois que cela met en cause de façon particulière l'intelligence européenne. La crise que nous traversons et le lendemain qui s'annonce de manière désordonnée nous permettent de voir dans le passé des choses qui nous avaient échappé auparavant ; des choses dont pourrait également dépendre notre futur. Si nous savons les trouver, peut-être pourrions-nous préparer un avenir meilleur.

II

12. Les études d'histoire du droit ont eu une tradition glorieuse, au cœur du parcours intellectuel européen. À partir de l'Italie du quatorzième siècle, la redécouverte du droit romain en Occident a contribué de manière décisive à fonder le laboratoire politique et institutionnel dans lequel s'est formée la modernité. Sans l'incessante réélaboration de cet héritage, l'histoire de l'Europe n'aurait pas été celle que nous connaissons.

13. Et pourtant, malgré un tel passé, nos études – je pense à l'histoire du droit romain ; pour les historien du droit moderne les choses sont un peu différentes – bien avant que ne débute la crise qui a envahi notre époque, apparaissaient comme une discipline qui ne réussissait plus à se faire entendre en dehors du cercle de ses spécialistes ; suspendue entre une science juridique de plus en plus éloignée d'elle, et une recherche historique à l'intérieur de laquelle elle n'avait jamais réussi à se trouver. Ce dernier aspect est peut-être un peu moins vrai pour la France – et pour l'Angleterre – mais pour le reste de l'Europe c'est une réalité incontestable. Les grandes transformations de ces vingt dernières années n'ont fait qu'accentuer encore plus l'isolement, imprimant sur notre travail une inquiétante patine de marginalité et d'insignifiance.

14. Cela aurait été, je crois, le devoir des spécialistes de ma génération de réussir à faire face et à dépasser cette condition, et à faire atteindre à notre discipline une dimension culturelle à partir de laquelle il aurait été possible de jeter un regard bien plus pénétrant sur ce qui allait se passer – sur ce qui se passe aujourd'hui – et à intégrer dans le même domaine de recherche des perspectives et des méthodes différentes – et avant toute science juridique et connaissance historique. Être enfin capable de réunir ces voies qui avaient séparé le chemin de Savigny de celui de Gibbon et de Niebhur : un objectif que Mommsen lui-même allait par la suite manquer presque complètement, car la distance qui sépare la « Römische Geschichte » du « Staatsrecht » n'est pas moins importante que celle qui distingue la « History » de Gibbon du « System » de Savigny.

15. Au contraire, notre présence académique et scientifique – surtout en Allemagne et en Italie, mais aussi en France et en Angleterre (il faudrait tenir un autre discours pour les États-Unis) – n'a presque jamais été vraiment à la hauteur de cette tâche ; et nous payons le prix, et non des moindres, pour notre échec : un revers qui commence à devenir une évidence bien reconnue – je pense par exemple aux belles pages de Peter Birks dans le livre consacré aux « Jurists Uprooted »⁴.

16. La conséquence la plus importante, qui concerne surtout les spécialistes de droit romain, se reflète en un manque. En effet, nous n'avons pas encore réussi à placer à la nouvelle lumière produite par les transformations du présent le phénomène grandiose qui se dessine derrière nous, et auquel j'ai déjà fait allusion : la formation sur des bases « néo-romaines » – j'utilise le terme de Skinner⁵, je dirais « romano-bourgeoises » – de tout l'ordre juridique moderne : directement le droit privé, indirectement le droit public et international, le « *ius publicum europaeum* » – et ceci ne vaut pas seulement pour l'Europe du continent, mais aussi pour l'Angleterre : il est inutile de rappeler ici la ligne de pensée qui va de Bracton à

4 P. Birks, *Roman Law in Twentieth Century England*, dans J. Beatson et R. Zimmermann (éd.), *Jurists Uprooted. German-speaking Emigré Lawyers in Twentieth Century Britain*, Oxford, 2004, p. 249 sq.

5 Q. Skinner, *Liberty before Liberalism*, Cambridge, 1998, p. 38 sq., mais aussi *The Foundations of Modern Political Thought*, Cambridge, 1978, vol. I, p. 84 sq., 207 s., et vol. II, p. 269 sq.

Bentham, à Sumner Maine ; et cette présence s'est également reflétée dans la culture juridique américaine, du moins jusqu'aux années cinquante du vingtième siècle.

17. Nous n'avons effectivement pas réussi à assez expliquer comment et pourquoi ce long cycle historique, bien qu'essentiel, est aujourd'hui complètement refermé, et comment son accomplissement a, en quelque sorte, favorisé la crise actuelle, même si cette dernière renvoie à d'autres causes. L'intégration moderne du droit romain à l'intérieur de l'ordre juridique de l'individualisme bourgeois, disons aussi la transcription et la conceptualisation du droit romain dans le cadre de la rationalité juridique qui a accompagné la naissance et la consolidation des grands États nationaux européens tels la France, l'Angleterre, l'Espagne puis plus tard l'Allemagne et l'Italie – de la propriété au contrat, à la bonne foi, à la liberté individuelle, jusqu'à l'idée même de souveraineté – a sans aucun doute été un processus qui a demandé des siècles de réflexion – de Grotius et Domat jusqu'à Schmitt et Kelsen. Mais celui-ci, bien qu'il soit un parcours encore en grande partie à raconter du point de vue historiographique, est toutefois un processus entièrement épuisé et il n'a plus d'avenir devant soi.

18. Et ceci est vrai dans un double sens. D'abord parce que l'absorption moderne des éléments anciens – et en premier lieu l'invention d'un droit formel (dans le sens d'Hegel et de Weber) et la réélaboration de certains de ses mécanismes et catégories – a été entièrement réalisée dès la moitié du dix-neuvième siècle (Puchta la considère comme un fait accompli)⁶, et de ce point de vue le droit romain n'a plus rien à offrir depuis longtemps.

19. Deuxièmement, parce que le dispositif juridique – et j'irais jusqu'à dire le modèle anthropologico-juridique – de l'individualisme bourgeois apparaît aujourd'hui, si ce n'est vraiment brisé, du moins assez épuisé, fêlé par les nouveautés bouleversantes des dernières décennies, en particulier dans la partie la plus porteuse et rapide de l'Occident. Les nouvelles relations entre technique et vie, entre direction politique et ordre social, et entre capital, marché et nouveau travail post-industriel rendent, en effet, de plus en plus problématique et invraisemblable la référence à une réglementation où le point de rencontre entre expérience romaine et modernité européenne – la modernité aujourd'hui perdue de l'industrie et des classes – avait eu lieu sous le signe d'une continuité entre ancien et moderne forcée à la limite extrême de sa résistance (il ne faut jamais oublier que le monde du droit romain renvoyait toujours à une réalité des échanges et des marchés inscrite dans une tradition centrée sur le « statut » et non sur les classes, sur la patrimonialité foncière et non sur la production industrielle, et sur une représentation statiquement propriétaire et esclavagiste de la structure économique et sociale).

20. Certes, dans la philosophie européenne contemporaine – surtout italienne et française – certaines catégories provenant plus ou moins directement de l'expérience juridique romaine comme « *sacertas* », « *immunitas* », « *imperium* », « *persona* », semblent être revenues avec une force et une intensité inattendues. Mais dans ces cas aussi, le rappel à la pensée ancienne agit plus comme suggestion évocatrice que comme renvoi à des données fondées historiquement. Il y a les noms, en somme, beaucoup plus que les choses. Et je ne crois pas que ce soit la voie pour une histoire du droit aux yeux ouverts et à l'esprit clair.

III

21. Mais il y a plus encore, dans l'effondrement du paradigme juridique « néo-romain » ou « romano-bourgeois ». Le rapport en lui entre forme et vie – entre abstraction de la règle et pression de la vie dans l'historicité de ses manifestations – a toujours été fortement déséquilibré du côté des formes. Dans ce déséquilibre calculé résidait son secret, de même que l'explication de son succès et de sa durée. De points de vue très différents, mais relativement plus convergents que ce qu'on a pensé jusqu'ici, Marx, Nietzsche et Foucault ont écrit sur cela des pages mémorables.

⁶ G. F. Puchta, *Cursus der Institutionen*, I^o, (éd. P. Krüger), Leipzig, 1893, p. 7-14.

22. Il s'agit toutefois d'un déséquilibre qui ne tient plus. La nouvelle vie qui intègre en son intérieur la technique – la vie qui multiplie à l'infini ses potentialités – est en train d'en briser la force et la prise. La crise du formalisme juridique moderne, sur lequel certains juristes italiens ont écrit des travaux importants ces dernières décennies, passe entièrement, il me semble, par cette déconnexion.

23. Mais le problème est qu'à travers la faille qui s'est ouverte, peuvent entrer des choses très différentes : l'anomie la plus injuste et sauvage, la subordination intégrale des individus aux concentrations inouïes de pouvoir que l'alliance entre technique et capital produit continuellement – réellement le « *mysterium iniquitatis* » de la tradition évangélique ; ou bien peut prendre corps un nouvel équilibre, fruit d'un rapport plus mûr et historiquement plus dense entre les deux composants de la relation, forme et vie : et donc un formalisme plus proche de la vie et moins destructif de son historicité (qui n'a pas traversé les déserts de glace de l'abstraction, dirait Adorno)⁷, plus disponible au qualitatif et à la diversité ; et une vie à son tour pas seulement représentée par cette cascade intarissable de singularité – que la modernité a inventée et appelée « individus », en compétition incessante entre eux – qui semble maintenant se présenter dans sa forme la plus extrême et atomisée.

24. Mais si nous nous mettons sur cette ligne de pensée – la formation d'un nouveau paradigme du « juridique » à l'intérieur duquel trouvent leur place ces figures et parcours de la subjectivité qui sont en train d'émerger de la transformation de ces décennies – on comprend bien quelle serait la signification pour nous, aujourd'hui, d'une recherche généalogique sur le formalisme romano-bourgeois : une sorte d'archéologie de la pensée juridique, indispensable et précieuse : une généalogie de notre présent en mutation, comme clé pour anticiper et orienter l'avenir qui nous attend. Non pas parce que le passé explique le présent (c'est plutôt exactement le contraire), mais parce que – du moins dans ce cas – sa compréhension nous aide à nous en éloigner de façon correcte : c'est-à-dire à empêcher que son simple refoulement, au lieu de son élaboration, facilite la voie du chaos, plutôt que d'un nouvel ordre.

25. Le fond juridique des grandes révolutions du dix-huitième siècle en Europe et en Amérique est, en grande partie, un contexte dépendant de la pensée romaine, comme il apparaît déjà, bien que selon des perspectives différentes, dans le regard de la culture philosophico-juridique allemande entre le dix-neuvième et le vingtième siècle : avant Hegel et Savigny ; puis Puchta ; enfin Weber et Schmitt. En travaillant sur la pensée juridique dans cette direction, on écrirait un chapitre essentiel de cette critique de la raison juridique moderne – dans le sens de Kant, avant que de Marx – qui reste à être achevée et qui nous semble un immense domaine à explorer.

26. C'est un objectif que nous devons considérer, je crois, comme essentiel : c'est justement au moment de son déclin, quand émergent avec plus d'évidence ses limites et ses contradictions, que le paradigme juridique qui a jusque-là rempli notre modernité révèle son essence profonde : une façon hautement spécifique – inventée par les Romains et portée par les modernes jusqu'à son point de tension maximale – de séparer les formes de la vie et de soumettre cette dernière aux premières, les ayant chargées, historiquement et socialement, d'une fonction de domination. Ceci rend enfin possible sa critique : un objectif échappé en grande partie à Marx, et entrevu par moments par Foucault : plus par le Foucault historien, à vrai dire, que par le Foucault théoricien et épistémologue : mais tous deux – Marx et lui – n'ont pu observer ce que nous voyons.

27. En revanche, l'autre versant de cette recherche – l'autre visage du même parcours critique – nous mène directement vers l'ancien : il consiste en la pleine contextualisation historique de la pensée des juristes romains – d'où tout commença – comme travail généalogique pour mettre au jour le noyau génétique de la raison juridique moderne, ce noyau même qui est en train d'éclater aujourd'hui. C'est un objectif pour lequel nous sommes désormais prêts, aussi bien du point de vue philologique, de la restitution des textes, que de celui plus proprement théorique et historiographique.

28. Toute l'histoire de la pensée juridique de Rome se développe autour d'un axe ou motif central, que nous n'avons pas encore réussi à mettre correctement en évidence. Et c'est un thème qui revient

⁷ Th. W. Adorno, *Negative Dialektik*, Francfort-sur-le-Main, 1966, p. 7.

aujourd'hui, bien que dans un certain sens renversé. C'est le rapport entre ordre et puissance, ou, si nous le voulons, entre forme et puissance, image reflétée de celui entre forme et vie. Sans l'extraordinaire concentration de pouvoir produite par la conquête d'un empire-monde, la pensée romaine n'aurait jamais été capable d'inventer, pour la première fois dans l'histoire, le mécanisme logique d'un droit formel, d'une rationalité prescriptive autonome et autocentrée, séparée de la politique, de la religion, de l'éthique. D'inventer un droit conçu non plus comme acte de volonté – peu importe qu'il soit issu du souverain ou du peuple – mais comme acte de connaissance, comme adaptation de l'intellect à l'objectivité cachée des choses.

29. Aujourd'hui, comme je le disais au début, nous nous trouvons face à un problème symétrique. Un ordre juridique global est-il possible hors de la puissance d'un empire ? Une forme ordonnatrice – et quelle forme, enfin ? – qui renvoie à quelque chose de différent d'une concentration de puissance impériale est-elle concevable d'une façon réaliste ?

30. Naturellement ces nœuds ne se défont pas seulement par la force de la pensée. Mais nous devons au moins réussir à y penser, si nous ne voulons pas désespérer des temps qui sont devant nous.

Aldo SCHIAVONE