

## MISCELLANEA

Le texte qui suit est celui d'un exposé présenté à la dernière réunion des historiens du droit et romanistes suisses à Neuchâtel le 25 mai 2002. Antérieur à la mise en application du «modèle de Bologne» dans les Facultés de droit suisses et retraçant les différentes réformes de l'enseignement des disciplines historiques dans l'une d'entre elles, ce texte revêt un double intérêt historique; c'est ce qui nous a déterminés à le publier dans les *Commentationes Historiae Iuris Helveticae*. Pour une approche plus générale de la problématique de l'utilité des disciplines historiques, on se reportera avec profit à l'étude critique consacrée à deux *Festschriften*\* portant sur ce sujet par Pio Caroni, «Nutzlos, nützlich, notwendig», in *Zeitschrift für Neuere Rechtsgeschichte*, 2007, No 1–2, pp. 131–140 (Note de la rédaction).

*Alfred Dufour*

### UN DROIT SANS HISTOIRE?

Sous ce titre *énigmatique*, je voudrais tenter de répondre à la demande des organisateurs de cette réunion de traiter sous l'angle historique d'une situation particulière de tentative de démantèlement des acquis historiques, soit des disciplines historiques en Faculté de Droit. Je veux parler de celle que nous avons vécu depuis un demi-siècle dans ma Faculté d'origine, la Faculté de droit de Genève.

Le sous-titre de ce bref exposé pourrait être ainsi: «Un demi-siècle d'expériences genevoises». Il s'en faut de beaucoup cependant que je m'en tienne à la micrologie d'une histoire locale comme si les expériences genevoises étaient exemplaires. Je pense simplement que ces expériences locales sont significatives de processus et de tendances plus générales qu'il vaut la peine de chercher à situer dans l'histoire générale de la pensée et de la science juridique occidentale. Ce sera l'objet de la I<sup>ère</sup> Partie de ce bref exposé.

\* Il s'agit de la *Festschrift für Hans Hermann Seiler zum 24.12.1999, Rechtsgeschichte und Privatrechtsdogmatik*, hrsg.v.R.Zimmermann, R.Knütel u.J.P. Meincke, 1999, et de la *Festschrift für Hans Hattenhauer zum 8.9.2001, Der praktische Nutzen der Rechtsgeschichte*, hrsg.v.J.Eckert, 2003

## I.

Comme l'a finement suggéré en 1914 déjà un Hermann Kantorowicz dans son étude magistrale «Die Epochen der Rechtswissenschaft»<sup>1</sup>, c'est périodiquement que se fait jour dans l'histoire de la pensée et de la science juridique occidentale ce que j'appellerai le *mirage* d'un *Droit sans histoire*.

Car l'alternance ou l'opposition que décrit Kantorowicz d'une orientation *formaliste* et d'une orientation *finaliste*, qui serait caractéristique de l'histoire de la science juridique occidentale et que l'on pourrait suivre de l'École de Bologne, aux XII<sup>e</sup> et XIII<sup>e</sup> siècles, au «modèle de Bologne» du début du XXI<sup>e</sup> siècle, correspond bien à l'insistance ou à l'impasse faite sur l'*histoire* dans la formation et la méthode de travail des juristes au cours des siècles.

Du courant des *consiliateurs* au XIV<sup>e</sup> siècle à celui du *rationalisme juridique* du XVII<sup>e</sup> siècle et jusqu'aux divers *positivismes* contemporains, les époques et les Écoles ne manquent donc pas où la formation des juristes comme leur méthodologie font tout simplement l'impasse sur l'histoire, cultivant ainsi précisément un *Droit sans histoire*.

Mais, selon l'alternance et le mouvement de retour du balancier observé et décrit par Kantorowicz, les mouvements de réaction à cette impasse faite sur l'histoire, voire à cette ignorance de l'histoire, ne manquent pas non plus. C'est ainsi que le pragmatisme utilitaire et la méconnaissance croissante des sources romaines par les *consiliateurs* vont déterminer la réaction des *humanistes*. Ce sera l'essor de l'*humanisme juridique*, avec son *retour aux sources* et sa *critique* philologique et historique, qui est à l'origine, sinon de ce qu'on a pu appeler une première *École historique*, en tout cas d'une singulière revalorisation de l'histoire dans la formation et la méthode des juristes. Il en résultera, d'une part, toute une série d'éditions critiques, tout à la fois des sources romaines et des sources germaniques, les fameuses *Leges Barbarorum*, d'autre part, une incontestable relativisation du droit romain au profit des droits coutumiers nationaux.

Mais l'*humanisme juridique* n'est pas seulement gros de tout un courant de *critique* philologique et historique, qui se prolongera dans l'*Elegante Jurisprudenz*. Il est également riche de tout un courant *systématique*, tendant à réaliser le projet cicéronien de réduire le Droit en système (*jus in artem redigere*). C'est ce courant *systématique* – notamment illustré par Hugues Doneau et François Le Douaren – qui s'épanouira par l'intermédiaire de Grotius dans l'*École du Droit naturel moderne*. A cet égard, si les Fondateurs de l'*École*

<sup>1</sup> Cf. H.U. KANTOROWICZ, «Die Epochen der Rechtswissenschaft», in *Die Tat*, 1914, p. 345ss.

du *Droit naturel moderne*, de par leurs fonctions d'historiographe comme de par leur formation historique, ont encore une pensée juridique ouverte sur l'histoire, il n'en ira plus de même des systématiseurs du *rationalisme juridique* des Lumières, comme Wolff et ses disciples Darjes et Nettelblatt et de leurs émules en France, *Encyclopédistes* et *Philosophes*. Dans leur rigueur systématique et leur rationalisme abstrait, les uns et les autres vont également faire table rase de l'*histoire*. Ils prépareront ainsi, bon gré mal gré, la voie à un nouveau *Droit sans histoire* comme celui qu'illustreront les radicales innovations de la Révolution française en matière de législation civile et ses funestes exportations en matière constitutionnelle.

Mais à nouveau, selon la loi d'alternance ou le simple mouvement de retour du balancier décrit par Kantorowicz, les excès du *rationalisme jusnaturaliste* des Lumières comme du *législativisme* innovateur de la Révolution française vont déterminer la vaste et puissante réaction de l'*Ecole du Droit historique*. Car l'*Ecole du Droit historique* de Savigny se définit au premier chef comme un mouvement de pensée et de politique juridique en réaction tout à la fois contre le *rationalisme juridique* de l'*Ecole du droit naturel moderne* du XVIII<sup>e</sup> siècle, ne reconnaissant pour fondement du Droit qu'une Raison universelle s'imposant à l'ensemble du genre humain, et contre le *législativisme révolutionnaire* inspiré de l'idéologie du mouvement de codification et porté à identifier le Droit à la Loi.

Si l'*Ecole du droit historique* de Savigny mérite tout de même quelque attention pour notre sujet, c'est pour deux raisons:

1. la première, c'est qu'il est peu de courants de pensée juridique qui aient pareillement insisté sur le caractère fondamentalement historique du Droit, tant à raison de son enracinement dans la conscience populaire de chaque nation qu'à raison de son développement organique au cours des siècles, soit par voie coutumière, soit par voie d'élaboration scientifique.
2. la deuxième raison de prêter quelque attention à l'*Ecole du Droit historique* de Savigny, c'est l'ampleur de son influence, d'une part, sur la pensée juridique helvétique dominante concernant les rapports entre Droit et Histoire, d'autre part sur les programmes d'études de nos Facultés de Droit.

Pour le premier point relatif à l'ampleur de l'influence de l'*Ecole du Droit historique* sur la pensée juridique helvétique dominante concernant les rapports entre Droit et Histoire, vous me permettrez de vous citer un peu longuement comme témoignage privilégié les considérations d'Eugen Huber, le rédacteur du Code Civil suisse, dont on va fêter le centenaire, sur l'utilité de connaissances historiques pour le droit. Ce sont celles qu'il expose au seuil du quatrième volume du *System und Geschichte des schweizerischen Privatrechts* de 1893. Pour le second point, relatif à l'ampleur de l'influence de l'*Ecole du Droit historique* sur les programmes d'études de nos Facultés de Droit

jusqu'aux années 70 du XXe siècle, je m'en tiendrai comme annoncé à l'exemple que je connais le mieux, à savoir l'exemple genevois. Et ce sera précisément le point de départ de la II<sup>ème</sup> Partie de mon exposé sur les tentatives de démantèlement des acquis historiques du dernier tiers du XXe siècle.

Pour revenir au premier point et au témoignage d'Eugen Huber, voyons ce qu'écrit le rédacteur du Code Civil suisse:

«La connaissance de l'Histoire», commence-t-il par relever, «ressemble à l'expérience personnelle. Toutes deux n'ont de valeur pour nous que celle que notre conscience est à même de leur donner (*Die Kenntnis der Geschichte gleicht der persönlichen Erfahrung. Sie beide besitzen für uns nur den Wert, den ihnen unser Bewusstsein zu geben imstande ist.*). Des connaissances mortes sont des connaissances qui n'ont subjectivement ou objectivement aucune signification. N'est vivant que le savoir qui est en mesure de rattacher le passé à notre présent et de conférer forme et contenu à notre conscience. (*Tote Kenntnisse sind subjektiv oder objektiv bedeutungslose Kenntnisse. Lebendig ist nur das Wissen, das die Vergangenheit mit unserer Gegenwart zu verknüpfen und unserem Bewusstsein Gestalt und Inhalt zu verleihen vermag.*)»<sup>2</sup>.

Fort de quoi, Eugen Huber pose en ces termes la question même de l'utilité de l'*histoire du droit*:

«Quant à la question de l'utilité des connaissances d'histoire du droit, il y a trois réponses possibles, dont seule la troisième touche à l'essentiel. On peut dire, en effet, tout d'abord que l'histoire du droit sert à l'explication du droit en vigueur là où celui-ci n'est pas clair par lui-même. Ce service, l'histoire du droit est à même de le rendre au mieux en rapport étroit avec l'étude du droit positif, de telle sorte qu'il suffit alors dans l'exposé du droit positif de donner chaque fois qu'il le faut les explications historiques nécessaires. Telle est la réponse du praticien du droit»<sup>3</sup>.

Mais il est une autre perspective, une autre réponse à la question de l'utilité des *connaissances historico-juridiques*:

«On peut aussi trouver que la connaissance du droit national dans son développement spécifique renforce le sentiment national et parfait en tout cas notre culture. En ce sens des connaissances d'histoire du droit forment le pendant des rudiments de littérature, de l'histoire de l'art ou d'autres éléments de la culture générale. Telle est la réponse de l'amateur d'histoire et du lettré parmi les juristes à la question de l'utilité de l'histoire du droit»<sup>4</sup>.

<sup>2</sup> Cf. E.HUBER, *System und Geschichte des schweizerischen Privatrechts*, Bd. 4, Bâle, 1893, § 106, p. 1.

<sup>3</sup> *Op.cit., loc.cit.*

<sup>4</sup> *Op.cit.,loc.cit.*

Ces deux réponses-type ont chacune leur bien-fondé pour notre auteur. Ce n'est cependant pour Eugen Huber que d'un autre point de vue que les connaissances d'histoire juridique s'élèvent au-dessus des querelles d'interprétation et des antiquités juridiques des siècles passés.

Qu'est-ce à dire? Eh bien, pour citer une dernière fois notre législateur civil, c'est que seule cette troisième réponse assigne à l'histoire du droit pour fonction:

«...la saisie de l'évolution historique dans son réseau incommensurable de causes et d'effets comme un tout et comme un plan qui sert à la compréhension de notre conception du droit et de notre conscience juridique. Cela implique d'abord, par rapport à notre conscience, que nous postulions dans notre façon de considérer l'histoire l'idée d'un perfectionnement et d'un progrès dont le droit soit susceptible, progrès qui se réalise, quoique différemment selon les temps, les lieux et les modalités, cependant également partout et en dépit de toutes les forces contraires. Cela implique ensuite par ailleurs, par rapport à la recherche scientifique, que nous recherchions dans le plan du développement historique les principes qui commandent l'essor du droit, depuis les origines de toute connaissance historique au temps présent. Et notre objectif n'est dès lors pas seulement de montrer comment se présente le droit des époques primitives, mais surtout de mettre en relief pour quelle raison il en était ainsi du droit des époques primitives et quelles causes ont déterminé les changements et les mutations qui se sont opérées depuis lors et jusqu'au temps présent»<sup>5</sup>.

Beau témoignage assurément quant à l'ampleur et à l'influence de la pensée juridique de l'*Ecole du droit historique* ! A défaut d'être un modèle aujourd'hui encore, même dans sa remarquable ouverture philosophique qui se prolongera, on le sait, dans son *Recht und Rechtsverwirklichung*<sup>6</sup>, Eugen Huber demeure un témoin de valeur inestimable pour l'approche des rapports entre *Droit et Histoire*.

Mais, nous le relevions à l'instant, l'ampleur de l'influence de l'*Ecole du droit historique* est surtout perceptible dans l'aménagement des programmes d'études des Facultés de Droit helvétiques jusqu'au dernier tiers du XXe siècle, à raison de la place faite aux disciplines historiques en général et à l'histoire du droit en particulier. C'est précisément le point de départ de la deuxième partie de ce bref exposé.

---

<sup>5</sup> *Op.cit., loc.cit.* pp. 2-3.

<sup>6</sup> Berne 1921.

## II.

Concernant la place faite sous l'influence de l'*Ecole du droit historique* aux disciplines qualifiées d'historiques en général et à l'histoire du droit en particulier dans le programme d'études de la Faculté de Droit de Genève que j'ai choisi de prendre pour exemple, l'on constate, pour s'en tenir au dernier demi-siècle, que jusqu'à la fin des années 60, selon les règlements d'études de 1950 et de 1958, *Droit romain* et *Histoire du droit* faisaient l'objet à Genève:

1. de *cours obligatoires* de I<sup>ère</sup> année;
2. de *cours* de 5 à 6 heures par semaine;
3. de *deux examens* chacun de I<sup>ère</sup> et II<sup>ème</sup> années.

C'est en m'en tenant à ces trois critères

1. du caractère obligatoire
2. du nombre d'heures hebdomadaires
3. du nombre d'examens

que je voudrais examiner maintenant l'entreprise de *démantèlement* des *disciplines historiques* en cours depuis un tiers de siècle à Genève.

Au départ donc:

1. *droit romain* et *histoire du droit et des institutions politiques* constituent d'abord tous deux des *disciplines obligatoires* de I<sup>ère</sup> année;
2. le *droit romain* est donné à raison de 6 heures par semaine avec en plus une *conférence facultative* de 2 heures en été pour les débutants et un *séminaire d'une heure en été* pour les étudiants avancés.

Quant à l'*histoire du droit* c'est à raison de 7 heures par semaine en hiver et de 4 heures en été que le cours est donné, comprenant l'*histoire des institutions politiques suisses et genevoises* en été.

3. Quant au régime des examens, il implique *deux examens de droit romain* (soit théorie et interprétation de textes) en fin de II<sup>e</sup> année et *deux examens d'histoire du droit*, d'abord, en I<sup>ère</sup> année pour l'histoire du droit et II<sup>ème</sup> année pour l'histoire des institutions politiques suisses et genevoises, puis dès 1958 les deux en I<sup>ère</sup> année.

A relever enfin qu'en fait d'*examens obligatoires*, les *examens de droit romain* et d'*histoire du droit* représentent près du tiers des examens des deux premières années, soit 4 sur 14 examens.

C'est ce régime d'études et d'examens des disciplines historiques qui va faire l'objet dès 1970 d'une véritable *entreprise de démantèlement* au fur et à mesure des nouvelles réformes des études.

A trois reprises en effet, lors des réformes des études de 1969/70, de 1979/80 et de 1992/93, le régime des disciplines historiques va faire l'objet de remises en cause sérieuses, mais heureusement toujours moins substantielles.

I. D'abord, en un *premier temps*, c'est dans la foulée de mai 1968 que la réforme des études *décidée d'en haut*, en forme de récupération du mouvement étudiantin, va drastiquement réduire la place des *disciplines historiques* quant au *nombre d'heures de cours* et quant au *régime des examens*, mais non quant à leur *caractère obligatoire*.

C'est là en fait la seule grande réforme dans ce dernier demi-siècle concernant les études de droit, puisqu'elle substituera à une *première année de type général* ou *propédeutique* une *première année d'immersion dans les branches de droit positif* (droit civil, droit pénal et droit constitutionnel).

Le contrecoup en sera la *réduction*, sinon la *marginalisation*, des disciplines historiques, qui demeureront cependant obligatoires et en 1<sup>ère</sup> année.

Cette réduction se traduira quant au *nombre d'heures de cours* par la *diminution* de *6 heures par semaine* à *4 et 3 heures par semaine* pour le *droit romain* et par celle de *7 et 4 heures* à *3 et 4 heures par semaine* pour l'*histoire du droit et des institutions politiques*.

Quant au *régime des examens*, il n'y aura plus que *deux examens* en fin de 1<sup>ère</sup> année, soit un pour le *droit romain* et un pour l'*histoire du droit et des institutions politiques* et ces deux examens ne représenteront plus qu'un *cinquième* des examens de la 1<sup>ère</sup> série de 10 examens.

II. C'est ce nouveau régime d'études, focalisé sur les disciplines de droit positif en 1<sup>ère</sup> année et arrêté par un Règlement de 1970, qui va être remis en cause en un 2<sup>ème</sup> temps à la fin des années 1970 par une grande commission de réforme, préoccupée notamment par l'importance à donner en 1<sup>ère</sup> année aux *sciences sociales*, à la *logique* et à la *théorie juridique*.

Le contrecoup en sera une nouvelle tentative de *marginalisation des disciplines historiques*. Celle-ci se traduira, d'une part, par une tentative de  *mutilation* du droit romain réduit à *2 heures par semaine* en 1<sup>ère</sup> année, d'autre part, par un essai de *mise à option obligatoire* de l'*histoire du droit*, les étudiants devant choisir entre *histoire du droit privé* et *histoire des institutions politiques* en 1<sup>ère</sup> année. Enfin, ce projet tendra à l'*élimination* pure et simple du cours d'*histoire des institutions politiques de la Suisse* intégré dans le cours de *droit constitutionnel suisse*.

C'est dire qu'avec la réalisation de ce projet de réforme, c'est un *Droit sans histoire* auquel auraient été formées des volées d'étudiants soit en *droit privé*, soit en *droit public* selon leur choix d'option obligatoire.

Fort heureusement, grâce à la vigoureuse réaction du tout nouveau département d'histoire du droit et des doctrines juridiques et politiques et de son premier directeur Ivo Rens, ce projet de réforme radical va céder la place à un projet plus modéré, maintenant en substance les acquis historiques.

C'est ainsi qu'à partir de 1983 un nouveau règlement d'études maintiendra à 4 et 3 heures par semaine en I<sup>ère</sup> année l'enseignement du *droit romain* et fixera à 3 heures par semaine en I<sup>ère</sup> année celui de l'*histoire du droit et des institutions politiques générales et suisses*, ajoutant même une option semestrielle de deux heures et pour le *droit romain* et pour l'*histoire du droit*.

III. Il n'empêche que ce régime d'études pour les *disciplines historiques* n'en sera pas moins une nouvelle fois partiellement remis en cause lors de la dernière réforme du début des années 1990 instituant formellement à Genève la licence en quatre ans.

C'est ainsi qu'après de nombreuses péripéties, si l'enseignement et l'examen obligatoires de *droit romain* seront maintenus en I<sup>ère</sup> année à raison de 3 heures par semaine avec un séminaire dans les années ultérieures, l'enseignement d'*histoire du droit privé* passera, à raison de 2 heures par semaine, en 3<sup>ème</sup> semestre et l'examen d'*histoire du droit et des institutions politiques* passera en II<sup>ème</sup> année comme examen anticipé à la session de mars. En plus, une option et un séminaire bisannuel seront prévus en alternance.

Voilà pour les expériences genevoises de ce dernier demi-siècle, voire de ce dernier tiers de siècle concernant les régimes d'études et d'examens des disciplines historiques au fur et à mesure des différentes réformes des études.

Ces réformes, quant à elles, me paraissent illustrer une *entreprise de démantèlement* des acquis centenaires de l'*Ecole du droit historique*.

Si les *conditions* et les *circonstances* en sont assez évidentes, de mai 68 à la poussée et à la mode des sciences sociales en passant par l'abolition de l'exigence du latin, les raisons alléguées sont moins claires.

Et ces raisons, comme elles émergent des différents rapports de réforme des études, vont du sentiment de *superfluité* et d'*inutilité* des branches historiques des étudiants de I<sup>ère</sup> année, mentionné dans le Rapport de 1979, à l'argument de l'extension du champ des disciplines à étudier.

Face à cette entreprise de démantèlement périodiquement réactivée et qui nécessite une vigilance constante des historiens du droit et des romanistes, notamment à chaque nouvelle vacance de poste historique, on peut être tenté par le découragement. Et en ce début de XXI<sup>e</sup> siècle, on peut se demander ce qui demeure de convaincant des considérations d'Eugen Huber sur l'utilité des connaissances d'histoire du droit. A l'heure de la mondialisation et de l'intégration européenne, à quoi bon s'attacher à connaître la spécificité de



*droits nationaux* appelés à s'*eurocompatibiliser*, sinon à disparaître? Pareillement avec l'universalisation de la démocratie et de la religion des Droits de l'Homme, pour ne rien dire de la perspective d'une *fin de l'histoire*, quel sens peut encore bien revêtir l'idée de perfectionnement et de progrès dont le droit serait susceptible? Alors finalement ne serait-ce pas tout simplement à l'explication du droit en vigueur que serait ordonnée l'histoire du droit en rapport étroit avec le droit positif selon la perspective dite du praticien du droit? L'historien du droit ne devrait-il pas se résigner ainsi à ne plus être que le *Figaro des praticiens*?

En fait, je crois qu'il y a une autre attitude que celle du découragement face aux tentatives de *démantèlement* des disciplines historiques. Et c'est celle de la *patience* dans l'attente du retour du balancier décrit par Kantorowicz dans son évocation des époques de la science du droit. C'est aussi celle de l'*imagination* dans la conception de la place des disciplines historiques dans le processus de *mondialisation du droit* face à la réaffirmation concomitante des *identités nationales*. Mais c'est surtout celle de la *sérénité* face aux revendications récurrentes des praticiens du droit à l'égard des Facultés de droit. C'est l'attitude à laquelle incite la lecture de ce brouillon de lettre du Doyen Hornung au Recteur Carl Vogt du 8 juin 1875:

«Dans notre démocratie la science est souvent méconnue. Ainsi parmi nos avocats, il y en a beaucoup qui ne comprennent pas ce que doit être une Faculté de droit à notre époque: la Commission, nommée pour la réorganisation de nos études de droit, propose de diminuer tout ce qui est théorique et historique, et par exemple tout ce qui tient à la science de l'Etat. Est-ce à vous, Monsieur, qui savez ce que c'est que la grande et libre science, de décourager ceux qui tâchent d'en maintenir la tradition dans notre Université?».

---

<sup>7</sup> Citée in Chs. BORGEAUD, *Histoire de l'Université de Genève – L'Académie et l'Université au XIX<sup>e</sup> siècle 1814–1900*, Genève, 1934, p. 481.