

# L'INVENTION DU DROIT PAR LES JURISCONSULTES ROMAINS

*M. François VALLANCON – 17 décembre 2018*

## **Introduction :**

La justice en tant que telle a beau être immortelle, les sens que les hommes lui donnent peuvent varier beaucoup. C'est un des domaines où la crise du sens se fait sentir. Je vais donc tenter – non pas de faire la lumière sur la justice, car la justice est la source de la lumière, mais de recueillir un peu de cette lumière et de vous l'offrir pour y voir un peu plus clair.

Bethléem a été le berceau de la miséricorde. Rome a été celui de la justice et du Droit. Or, c'est en saisissant une chose à sa naissance, et en la suivant dans sa croissance jusqu'à la maturité qu'on en saisit le sens.

C'est à Rome que le droit est né de l'avis de tout le monde, notamment de celui des chrétiens. Pour eux, ce qui est romain dans le droit est comme divin : comme le dit l'adage, « *romanum est, divinum est* ».

Ce soir, nous allons ouvrir la première page du Digeste, et commenter les premières phrases, à la manière de Michel Villey, lequel s'écartait beaucoup des romanistes du XXème siècle. Ceux-ci avaient eu beau mettre le droit romain au pinacle, c'était plutôt un piédestal sur lequel placer leur propre grandeur. Il y a en effet eu plusieurs écoles d'étude du droit romain : au XIIIème avec Gratien, au XVIème avec les humanistes (Cujas), au XIXème avec l'école historique de Savigny, à la fin du XIXème avec des gens comme Kroll, etc... Mais nous ne ferons pas d'érudition ici.

## **Description du Digeste :**

Le Digeste est un manuel de droit romain composé sur ordre de l'empereur Justinien par son préfet des prétoires Tribonien en 529, à Constantinople. C'est une illustration du droit naturel classique, à opposer au droit naturel moderne (i-e les droits de l'homme naturels et sacrés). Une autre illustration de ce droit naturel classique aurait dû se trouver dans le préambule du Code Civil, rédigé par Portalis et écarté par Bonaparte.

Le Digeste est un résumé du Droit Romain, et même un résumé de résumés puisqu'il synthétise 2000 volumes, ou 3 millions de fragments – l'intempérance législative ne date pas d'aujourd'hui. Il s'agit d'un recueil de citations de jurisconsultes ou jurisprudents retranscrites 600 ans après leur première édition. Le titre de jurisconsultes leur a été donné en reconnaissance de la justesse de leurs réponses aux questions privées qui leur étaient posées sur le partage et les échanges des biens extérieurs.

Contraste entre ces pages romaines et nos codes, nos lois, nos règles, toutes contraignantes. Renversement de sens dû à un changement de philosophie. Ce soir, nous changeons de paradigme.

Le titre signifie « ce qui a été digéré ». C'est donc l'essentiel de tout ce qui a été écrit d'intéressant sur le Droit.

## **Traduction de la première page :**

Le 1<sup>er</sup> sous-titre « *de justicia et jure* » signifie « de la justice et du droit ». Il nous dit quelle est la vision des jurisconsultes.

La justice n'est pas la tempérance ou le courage. Le droit n'est pas une vertu morale comme la justice. C'est le résultat in objectus – en réalité – du travail de l'homme juste ou du juriste – et ce résultat s'inclut dans la justice.

La première phrase du Digeste n'est pas un décret ou un article de loi. C'est une citation du jurisconsulte Ulpien, auteur privé qui vivait 600 ans avant Tribonien :

DOMINI NOSTRI SACRATISSIMI PRINCIPIS  
IUSTINIANI  
IURIS ENUCLEATI EX OMNI VETERE IURE COLLECTI  
DIGESTORUM SEU PANDECTARUM  
LIBER PRIMUS

1, 6

I<sup>1</sup>  
DE IUSTITIA ET IURE

1 **ULPIANUS** libro primo institutionum Iuri operam daturum prius nosse oportet, unde nomen iuris descendat. est autem a iustitia appellatum: nam, ut eleganter Celsus definit, ius est ars boni et aequi. Cuius merito quis nos sacerdotes appellet: iustitiam namque colimus et boni et aequi notitiam profiteamur, aequum ab iniquo separantes, licitum ab illicito discernentes, bonos non solum iura poenarum, verum etiam praemiorum quoque exhortatione efficere cupientes, verum nisi fallor philosophiam, non simulatam affectantes.

2 Huius studii duae sunt positiones, publicum et privatium. publicum ius est quod ad statum rei Romanae spectat, privatium quod ad singulorum utilitatem: sunt enim quaedam publicae utilitates, quaedam privatae. publicum ius in sacerdotibus, in magistratibus consistit. privatium ius tripartitum est: collectum etenim est ex naturalibus praeceptis aut gentium aut civilibus. Ius naturale est, quod natura omnia animalia docuit: nam ius istud non humani generis proprium, sed omnium animalium, quae in terra, quae in mari nascuntur, avium quoque commune est. hinc descendit maris atque feminae coniunctio, quam nos matrimonium appellamus, hinc liberorum procreatio, hinc educatio: videmus etenim cetera quoque animalia, feras etiam istius iuris peritiam censeri. Ius gentium est, quo gentes humanae utuntur. quod a naturali recedere facile intellegere licet, quia illud omnibus animalibus, hoc solis hominibus inter se commune sit.

2 **POSTONIUS** libro singulari enchiridii. Veluti erga deum religio: ut parentibus et patriae pareamus.

3 **FLORENTINUS** libro primo institutionum. ut vim atque iniuriam propulsemus: nam iure hoc evenit, ut quod quisque ob tutelam corporis sui fecerit, iure fecisse existimetur, et cum inter nos cognationem quandam natura constituit, consequens est hominem homini insidiari nefas esse.

4 **ULPIANUS** libro primo institutionum. Manumissiones quoque iuris gentium sunt. est autem manumissio de manu missio: id est datio libertatis: nam quamdiu quis in servitute est, manui et potestati subpositus est, manumissus liberatur potestate. quae res a iure gentium originem sumpsit, utpote cum iure naturali omnes liberi nascerentur nec esset nota manumissio, cum servitus esset incognita: sed posteaquam iure gentium servitus invasit, secutus est beneficium manumissionis. et cum uno naturali nomine homines appellaretur, iure gentium tria genera esse co-

perunt: liberi et his contrarium servi et tertium genus liberti, id est hi qui desierant esse servi.

5 **HERMOGENIANUS** libro primo iuris epitomarum. Ex hoc iure gentium introducta bella, discretas gentes, regna condita, dominia distincta, agris termini positi, aedificia collocata, commercium, emptiones venditiones, locationes conductiones, obligationes institutae: exceptis quibusdam quae iure civili introductae sunt.

6 **ULPIANUS** libro primo institutionum. Ius civile est, quod neque in totum a naturali vel gentium recedit nec per omnia ei servit: itaque cum aliquid addimus vel detrahimus iuri communi, ius proprium, id est civile efficiamus. Hoc igitur ius nostrum constat aut ex scripto aut sine scripto, ut apud Graecos: τὸν νόμον ἢ τὴν ἑγγράφον, ἢ δὲ ἄγραφον.

7 **PAPINIANUS** libro secundo definitionum. Ius autem civile est, quod ex legibus, plebis scitis, senatus consultis, decretis principum, auctoritate prudentium venit. Ius praetorium est, quod praetores introduxerunt adiuvandi vel supplendi vel corrigendi iuris civilis gratia propter utilitatem publicam. quod et honorarium dicitur ad honorem praetorum sic nominatum.

8 **MARCIANUS** libro primo institutionum. Nam et ipsum ius honorarium viva vox est iuris civilis.

9 **GAIUS** libro primo institutionum. Omnes populi, qui legibus et moribus reguntur, partim suo proprio, partim communi omnium hominum iure utuntur. nam quod quisque populus ipse sibi ius constituit, id ipsius proprium civitatis est vocaturque ius civile, quasi ius proprium ipsius civitatis: quod vero naturalis ratio inter omnes homines constituit, id apud omnes peraeque custoditur vocaturque ius gentium, quasi quo iure omnes gentes utuntur.

10 **ULPIANUS** libro primo regularum. Iustitia est constantis et perpetua voluntas ius suum cuique tribuendi. Iuris praecepta sunt haec: honeste vivere, alterum non laedere, suum cuique tribuere. Iuris prudentia est divinarum atque humanarum rerum notitia, iusti atque iniusti scientia.

11 **PAULUS** libro quarto decimo ad Sabinum. Ius pluribus modis dicitur: uno modo, cum id quod semper aequum ac bonum est ius dicitur, ut est ius naturale. altero modo, quod omnibus aut pluribus in quaerente civitate utile est, ut est ius civile. nec minus ius recte appellatur in civitate nostra ius honorarium. praetor quoque ius reddere dicitur etiam cum inique decernit, relatione scilicet facta non ad id quod ita praetor fecit, sed ad illud quod praetorem facere convenit. alia significatione ius dicitur locus in quo ius redditur, appellatione collata ab eo quod fit in eo ubi fit. quem locum determinare hoc modo pos-

sumus:

Traduction libre : « Ceux qui se consacrent à l'étude du droit doivent connaître d'abord d'où descend cette science. Le droit tire son nom de la justice : or, selon la définition élégante de Celse, le droit est l'art de connaître ce qui est bon et équilibré.

Nous méritons en effet le nom de prêtres, dont on nous appelle : c'est la justice à laquelle nous rendons une espèce de culte, que nous cultivons, que nous professons. Nous ne faisons pas que

*l'enseigner, nous séparons l'égal de l'inégal, nous discernons le licite d'avec l'illicite. Ce faisant nous encourageons les bons citoyens, non seulement par la crainte des peines, mais encore et bien davantage par l'espoir des récompenses auxquelles nous les exhortons à prétendre. En quoi consiste la vraie philosophie, et non un simulacre affecté de celle-ci.*

*Le droit public est celui qui concerne l'Etat, (c'est-à-dire le bon Etat, c'est-à-dire la bonne santé) de la chose romaine (de Rome). Le droit privé est celui qui regarde l'utilité des particuliers pris dans leur singularité. Le droit public s'intéresse aux choses sacrées, aux prêtres et aux magistrats. Le droit privé est le recueil des préceptes de la nature, des préceptes du droit des gens, et des préceptes du droit civil.*

*Le droit naturel est celui que la Nature a enseigné à tous les vivants : « quod omnia animalia docuit. » Car ce droit n'est pas propre au seul genre humain, mais à tous les êtres vivants : à tous les animaux sur terre, en mer et dans les airs. C'est la conjonction du mâle et de la femelle que nous autres hommes appelons le mariage car c'est de là que vient la procréation des petits, et que vient aussi leur éducation ».*

*Fragment X : « la justice est la volonté constante et perpétuelle d'attribuer à chacun son droit. Les préceptes de ce droit sont : « Honeste Vivere » vivre avec honneur, ne pas léser autrui, attribuer à chacun ce qui lui revient justement.*

*La jurisprudence est la connaissance des choses divines et humaines ; c'est la science du juste et de l'injuste.*

*Plus loin : « La règle c'est ce qui énonce brièvement l'affaire dont s'agit. Ce n'est pas de la règle qu'est tiré le droit. C'est au contraire du droit tel qu'il est préexistant qu'on tire la règle.*

---

### **Commentaire :**

Pour nous le Droit est une règle de comportement. Pour les romains, c'est d'abord un partage de choses. Pour nous la règle de comportement est sanctionnée – donc contrainte. Pour les romains, l'objet du droit est un équilibre de biens – non une contrainte.

Pour nous la première chose à connaître ce sont les sources du droit. Au contraire, les romains commencent par examiner la finalité du Droit – et c'est la justice.

Si tous les hommes poursuivent la justice, tous ne l'atteignent pas. Seuls ceux qui l'atteignent méritent d'être écoutés. Nous allons donc redécouvrir le sens et le goût de notre mission – qui n'est pas d'être la bouche de la loi, comme le voudrait Montesquieu, lequel assimile le magistrat à un être inanimé – mais d'être au contraire le serviteur, l'auxiliaire de la justice. Le niveau de notre vocation est ici rehaussé.

**1. Le mot jus :** Il peut recevoir – et a reçu des étymologies fort diverses.

- On a d'abord rattaché jus à jubere : commander. C'est là une vision verticale, normative, volontariste du Droit. Cette vision volontariste va accoucher d'une vision volontariste de la propriété, des échanges, et souverainiste de la magistrature.
- On a rattaché le mot à « jurare » : jurement. C'est une vision sacrale, théologique du Droit. Ce sens sacré va peu à peu sacraliser les concepts, les auteurs, la loi et le législateur (type

Mélenchon : « ma personne est sacrée »). On va sacraliser les droits, la propriété, le travail ou les travailleurs selon les idéologies.

- On a rattaché jus à jugum, au joug, au lien social, à ce qui fait aller ensemble les hommes par force. « le vivre ensemble » remplace le « vivre bien ». La loi est marquée au fer rouge – elle qui fait tenir ensemble les individus sous peine de perdition. Le contrat sera seulement ce qui lie les cocontractants – indépendamment du bien pour les parties et la Cité. Le mariage fera tenir les époux : « Loysel : « On attache les bœufs par les cornes et les hommes par des paroles ».
- On a rattaché jus à juvare qui a donné jubilatio. C'est ce qui réjouit, est utile. Conception romantique et utilitariste du droit. Le droit est un lubrifiant. C'est ce qui permet à la machine sociale de marcher sans peine.

Toutes ces acceptions se retrouvent aujourd'hui.

Les juristes, pour leur part, attachent le droit à la justice : c'est la chose juste. Le justum. *Ipsa res justa* (St Thomas) et c'est de là que dérivent les principes du droit.

L'étymologie est beaucoup moins la recherche du sens le plus ancien que du sens vrai.

**2. « *Ars boni et aequi* »** Le jus est l'art de ce qui est bon et équilibré.

Le bon est tout ce qui est dans son aspect attirant ou désirable « *bonum est quod omnia appetuntur* » : *le bien est que tous les vivants désirent*.

L'égal est le milieu entre un excès et un défaut. Un milieu objectif – de proportion, dans les partages, et arithmétique, dans les échanges. A ces égalités sont associés deux types de légalité : la loi naturelle, et la loi des hommes.

*Ars* : au sens grec de *techne*. C'est le rappel de la première phrase de l'Éthique à Nicomaque : « *Tout art et toute délibération tendent vers un certain bien c'est pourquoi on a eu raison de dire que le bien est ce que tout le monde désire* ».

Cet art repose sur la nature, mais ne la détruit pas plus qu'il ne la divinise. L'art est ce qui imite la nature.

La nature au sens classique est, rappelons-le, cosmique (harmonieuse), dynamique (vivante), eudémonique (orientée vers le bien).

L'art est une imitation, mais ce n'est pas une copie conforme ou un bouleversement de la nature. L'art est « *ce que l'homme sait faire de mieux ajouté à ce que la nature offre de meilleur* ». La nature fait des monstres – il ne s'agit pas de l'imiter. Ex : la Venus de Milo – rien de plus naturel, pourtant on en a jamais vu comme ça dans la nature. Voilà ce que le juriste doit faire avec la justice.

Une illustration classique : le philosophe scythe. Un sage et un sot s'opposent car tous deux sont possesseurs d'un jardin mais le cultivent différemment. Le sot, d'abord écolo, s'obligeait à ne rien toucher – c'était la friche. Il observe que le sage coupe, donc il coupe tout « *sans observer temps ni saisons, lune ni vieille ni nouvelle* ». Il détruit dans un cas comme dans l'autre. Or, le sage coupe sagement car il observe la mesure. Il coupe les branches mortes et permet aux vivantes de prospérer. On choisit – on discerne ce qu'il y a de mieux pour abandonner le membre mort.

3. « C'est à bon droit qu'on nous appelle des prêtres car nous cultivons la justice, professons la connaissance de ce qui est bon est égal, séparons l'équitable de l'inéquitable, le licite de l'illicite, et nous efforçons d'encourager les gens de bien à prospérer par la crainte des peines mais surtout par l'espoir des récompenses. »

*Sacerdotes* : le sacerdoce est l'homme mis à part des autres hommes pour réaliser sa mission. Cette élévation du sacerdoce n'a aucun sens si ce n'est pour préserver les choses saintes des atteintes des autres hommes, pour en faire le modèle des choses profanes, embellir et augmenter les choses saintes de manière à ce qu'elles attirent et gouvernent de mieux en mieux les hommes non saints dans leurs relations avec leurs autres hommes. Sinon, le sacerdoce usurpe son nom.

Cela ne peut être obtenu que si la justice est au-dessus de tous les hommes, et si les juristes lui offrent un culte comme à quelque chose de supérieur, au-delà de l'atteinte des hommes, dont l'absence est source de tous les maux. *La corruption des choses les meilleures est la pire.* La corruption des magistrats est la pire.

Si la justice vient aux hommes, elle a un sens. Si elle vient des hommes, elle a un sens opposé.

L'indépendance de la magistrature, tant vantée depuis l'abolition de toute référence au sacré n'a pas du tout le même sens selon qu'on en fait une conséquence du sacerdoce des magistrats, lesquels rendent un culte à la justice, loin de l'opinion, de l'argent, de la mode, ou alors un ersatz du sacré selon lequel tous les droits viendraient des magistrats sans rien au-dessus d'eux qu'un diplôme ou une nomination.

Nous rendons un culte à la justice : donc ni à la majorité, ni à la richesse, à la pauvreté, à la carrière ou aux honneurs. Ce n'est pas une bannière syndicale ou un argument électoral. Ce n'est pas conservation de tout ce qui existe, ou destruction du donné au nom d'une évolution indéfinie (mythe du Progrès). C'est une culture de ce qui est déjà donné dans la nature. On fait rendre ce que donne la nature 5, 10 ou cent pour un. Rien sans droit naturel, presque rien sans la culture d'un droit positif.

Nous professons la connaissance de ce qui est bon et équilibré. Evoque profession de foi, témoignage public en faveur du bon et de l'équilibre. Car on ne professe pas pour soi, mais autrui. Cela évoque aussi la profession, le métier de celui qui a déjà appris et perfectionne ses connaissances tout au long de sa vie.

Cela évoque aussi le professeur : celui qui enseigne, non pas des mots ou un programme, mais la beauté de ce qui est bon et équilibré, la laideur de ce qui ne l'est pas, et éclaire les étudiants à la lumière de la justice, non à sa propre lumière. On n'enseigne pas des mots mais des choses.

Le juriste sépare l'équité de l'iniquité. Ils sont donc habituellement mêlés. L'un est à protéger, l'autre à bannir. Sont exclus les deux fléaux qui défigurent notre présent droit : le **manichéisme** et le **relativisme**. Le manichéisme consiste à faire comme si tout ce que dit la loi est bon, tout ce qui n'y est pas n'existe pas, et doit être légalisé pour devenir bien. A tout problème, il faut une loi. Le relativisme consiste à faire comme si la loi pouvait décréter que le bleu d'aujourd'hui est le blanc de demain. Tout se vaut, rien ne vaut sinon ce que dit le législateur.

« *Licium et illicitum discernentes* ». Le discernement du licite ne requiert pas toujours le recours d'un magistrat expérimenté. Mais aujourd'hui, le licite est souvent obscur et demande un œil professionnel. Nul n'est censé ignorer la loi, mais personne ne connaît toute la loi (environ 30 000 textes). Contresens sur l'adage latin qui disait plutôt « *nemo censitur ignorare jus* » : personne n'est censé ignorer ce qui est juste.

L'égal n'est pas toujours facile à voir. Le juriconsulte aide ceux qui ont une mauvaise vue à voir ce qui est difficile à discerner. Ainsi il y a l'inégal visible, et l'inégal invisible. Le visible n'est qu'un commencement, on ne peut s'en contenter. Ce qui est invisible n'est pas à la portée de tous. Discerner l'invisible demande le concours de professionnels. Quand on dit que tous les hommes sont égaux, se réfère-t-on à l'égalité visible ou invisible ? On peut avoir une inégalité spectaculaire et une égalité en profondeur beaucoup plus précieuse que ce qui apparaît aux sens. On aurait intérêt à utiliser cette distinction dans la fameuse équation 1 homme = 1 femme.

Le juriste est l'homme au coup d'œil expérimenté en ce qui concerne les partages et échanges des choses extérieures. Le maquignon est capable d'évaluer à 30m de distance le poids exact d'un taureau qu'il souhaite acheter. Un marin est capable d'apercevoir à 20kms qu'un plaisancier est tombé de son bateau, et d'appeler les secours. Le juriste aperçoit mieux que quiconque les variations de la balance, et mieux que quiconque les corrige.

Le jurisprudentiel voit non seulement le monde comme résultat du passé, mais aussi gros de ce que sera le futur. En tout être il aperçoit le possible. Il n'éteint pas la mèche qui fume encore (le passé) et allume le feu s'il voit le bois tout préparé.

Le juriste mérite son nom s'il fait tout cela. Il encourage les gens de bien à continuer, à accélérer dans la voie de la justice par la crainte des peines, mais aussi par l'espoir des récompenses. Affirmation de la préséance du bien sur le mal, du juste sur l'injuste, de la récompense sur la peine. On ne mentionne même pas les hommes mauvais. On ne perd pas de temps à parler des hommes mauvais, et d'encombrer son silence intérieur avec du vide. Socrate : « *Vous n'avez de raison de m'écouter que si ma parole est supérieure à votre silence* ». Et selon Platon : « *La philosophie est la conversation silencieuse de l'âme avec elle-même* ».

Sont pris en compte les bons, et non les malfaiteurs. Tout a un prix, le bien comme le mal, d'où l'indécence de l'égalité de principe entre les hommes. Tout bien appelle un prix, la récompense, et tout mal appelle une peine. Si un homme a pris sur lui la charge du bien, au juriste de rétablir l'équilibre de la balance. Quiconque a fait le mal, a rejeté sur les autres la charge du bien à faire, au juriste de peser sur l'autre plateau pour l'abaisser. « *Quiconque s'élève sera abaissé, quiconque s'abaisse sera élevé* ». C'est évangélique et juridique.

Ainsi, l'espoir de la récompense est utile à ceux qui marchent déjà dans la voie du bien, et peinent. C'est un encouragement à persévérer, et à entraîner les autres à les suivre. A ceux-là, la crainte est inutile. Dire que la sanction doit être la même pour tous, c'est commettre une injustice. La crainte de la peine est utile aussi mais différemment. Elle n'est pas plus utile à ceux qui sont déjà décidés à mal faire, qu'à ceux qui sont décidés à bien faire. Elle ne peut pas retenir les malfaiteurs endurcis, mais ceux-là seulement qui hésitent, sont sur le point de s'arrêter, croient que les malfaisants sont seuls récompensés. C'est la grande idée de Sade : la vertu est punie, le vice récompensé.

La crainte de la punition et l'attrait de la récompense sont du droit positif ajouté au droit naturel. Les peines et récompenses naturelles ne suffisent pas à tous les hommes. Si tous les hommes étaient naturellement bons ou mauvais, les récompenses et les peines seraient inutiles : mais voilà que grandes sont les différences entre les hommes, grandes leurs inégalités en droit et à l'égard de la justice. Il y a les très bons – les optimi, les nobiles, les aristoi – ils aiment tellement la justice qu'ils sont au-dessus de toute récompense. Ce sont des modèles de gratuité, de magnanimité. Il y a en-dessous les bons – les boni viri, les agatoi – qui sont justes, au niveau des récompenses, et les réclameraient si on les oubliait. Au-dessous il y a les médiocres, le français moyen, la foule silencieuse, qui ne parle pas de justice, et à

qui il faut en parler, car ils n'agiraient pas bien s'il n'y avait pas pour les émouvoir l'attrait des récompenses, et pour les empêcher de mal faire la crainte des châtements. « *Pas vu, pas pris* » - c'est la peur du gendarme. Au-dessous il y a les mauvais, passibles de châtements. Tout en bas, il y a les incurables, qu'on châtie parce qu'ils ne méritent rien d'autre et risquent de contaminer autrui.

Le droit positif vient au secours du droit naturel par suite des défaillances de la nature humaine. Il est fait des récompenses – et c'est en grande partie le droit public. Il est aussi fait des châtements – et c'est surtout le droit pénal. Mais au-dessus des deux il y a le droit civil qui règle plutôt les poids et les mesures, et régit l'égalité. De là l'extrême gravité de celui qui fausserait les mesures ou les poids. Le faux-monnayage est un crime.

La justice n'est pas seulement une connaissance, mais aussi une œuvre - operam. L'amour de la justice rejoint l'amour de la sagesse. Qui aime la justice récompense une action bonne et châtie le crime, selon la mesure. Le métier de juge est donc envisagé avec crainte et tremblement – puisqu'il est si délicat.

Par là se voit que le droit positif – celui des jurisprudents – est un adjuvant au droit naturel. Il y a continuité entre les deux. Le droit est naturel dès lors que tout vivant en a connaissance – le vivant l'a appris en naissant. Le droit naturel est l'ensemble des biens et équilibres qui favorisent la venue au monde et la croissance des êtres vivants. Le jus naturel permet à quiconque a reçu la vie de la redonner : c'est là une première égalité, et une égalité bonne. Quiconque, dans la nature, recevrait la vie sans vouloir la redonner serait cause d'une inégalité.

La définition du droit naturel par le Digeste reprend trois exemples, qui suffisent à le définir : *conjunctio, proclatio et dicatio*. L'union du mâle et de la femelle, commune aux animaux et aux hommes, est appelée mariage chez les hommes – la femme est à l'honneur. Pourquoi appelle-t-on l'union de l'homme et de la femme du nom de la mère : *matrimonium* ? Chez les romains, le père de famille a un rôle supérieur. Pourtant, c'est un adage bien connu chez les romains que les romains commandent au monde, et les romaines aux romains. Le mot *patrimonium* existe : le patrimoine est confié plutôt au père. Le mariage est appelé *matrimonium* car disent les anciens (et le droit canon) dans cette affaire la mère est plus à la peine que le père. Avant l'accouchement, la mère a un enfant plus lourd à porter que pour le père ; pendant l'accouchement, elle a un enfant plus douloureux. Après l'accouchement, il lui demande plus de soins. Là où il y a plus de charge, il est normal qu'il y ait plus d'honneur. C'est grâce au mariage – et à la mère - que la Cité continue. Il serait donc injuste de donner le nom de mariage à ce qui est par essence stérile.

#### **4. *La justice est la volonté constante de rendre à chacun ce qui lui est dû.***

Une des phrases les plus célèbres de l'histoire du droit. Le mot le plus important est « tribuere » : le droit est pour les romains le résultat d'une attribution. Avant toute attribution il y a un tout qui n'a pas été distribué aux parties. On ne raisonne pas de l'individu vers de l'unité – mais de l'unité vers la pluralité.

Tout ce que chacun possède est l'effet d'une attribution, d'une distribution, d'un partage. Je ne possède rien que je n'aie au préalable reçu. Toute propriété est d'abord l'effet d'un don que je peux ensuite faire valoir par mon activité ou mon travail.

On aperçoit deux façons opposées de concevoir le travail : d'un côté, il est conséquence d'une attribution première ; de l'autre, il est la seule cause – et source légitime d'appropriation. Ou bien je

me procure les choses par moi-même et pour moi-même. Ou bien je les reçois par distribution pour les faire valoir et les redistribuer.

Les romains faisaient un lien entre tribunal et tribuere, entre tribuere et tribut. Le tribut, c'était la part que devaient payer les trois parties du peuple romain comme impôt. C'était un impôt, une répartition de charges plutôt que d'avantages. Répartir les charges avait cet avantage qu'on n'avait pas besoin comme aujourd'hui de laisser faire pour redistribuer ensuite massivement par l'impôt devant les inégalités créées par une égalité stricte des chances au départ. Nous ne distribuons plus au départ et sommes donc contraints de redistribuer massivement après coup. Le grand gagnant est alors l'Etat. Commencer par une répartition – ou plutôt par une partition – permettait d'affiner celle-ci progressivement, au lieu d'entamer une redistribution toujours insuffisante et flottante.

Attribuer à chacun un avoir en proportion de son être et selon sa participation au tout et à l'ensemble a encore cette vertu de calquer peu à peu l'avoir sur l'être, et non comme nous le faisons en théorie de calquer l'être sur l'avoir. Au XIXème, on est « *propriétaire* » : si j'ai de l'avoir, j'ai de l'être. Au propriétaire s'oppose le prolétaire ou travailleur... autant d'appellations que nous interprétons souvent comme des qualités découlant des quantités.

Depuis qu'a été instauré en droit public et privé le règne de la quantité, nous avons ainsi substitué l'impôt de quotité à l'impôt de répartition. On avait besoin de telle somme, donc on la répartissait entre provinces, communes et foyers. Aujourd'hui, l'impôt est fondé sur un barème quantitatif, un pourcentage.

Si nous regardons les attributions à travers les attributaires, on y verra plus clair. Sinon, manque de transparence.

La justice ressemble à la musique en ce sens que l'une et l'autre composent des partitions, des répartitions. L'une met chaque note à sa place, l'autre chaque héritage ou domaine à sa place. C'est là une notion dont le droit contemporain a horreur ; puisque tous les hommes sont égaux, il n'y a plus de place, et tout le monde peut briguer la première. Depuis 200 ans nous disons que l'égalité arithmétique est cause de la justice, avec des résultats pas franchement satisfaisants.

Alors, qu'est-ce qui nous retient d'appliquer le Digeste, de voir le tout au-dessus des parties, de placer la mélodie au-dessus des notes ? Si *la musique est* d'après Mozart *ce qui est entre les notes*, la justice est ce qui est entre les lois, et l'objet d'une recherche constante. Mozart n'a pas emprisonné la musique, et a couru toute sa vie après l'harmonie parfaite. De même, le juriste ne pourra jamais emprisonner la justice dans ses lois.

« *Cuique* » peut avoir le sens d'individu. On risque alors d'attribuer à chacun la même part. C'est la négation du droit romain. Mais *cuique* peut aussi vouloir dire à chaque père de famille, ou fils, ou membre de la Cité – partie du tout.

« *suum* » : on attribue à l'individu ce qui est à lui. Il faut distinguer l'acte de la puissance. Le *suum* est ce qui revient à chacun selon la justice pour que les avoirs correspondent peu à peu aux êtres. Les uns doivent recevoir plus car ils ont plus de charges, les autres doivent recevoir moins car ils ont moins de charges.

Tout homme a des droits en un sens mais comme partie d'un tout. Chacun a une partie d'un tout. Le droit romain n'est ni absolutiste ni individualiste ; le *suum*, le *cuique* et le *jus* sont relatifs à la justice. Quel coup d'œil ne faut-il pas pour apercevoir tout écart par rapport à cet équilibre !



« *Constans et perpetua voluntas* » : Si nous sommes kantien, le bien est ce qui vient de la volonté humaine. Si nous sommes machiavéliens ou hobbesiens, le bien est ce qui a réussi. Si nous sommes aristotéliens ou romains, le bien est ce que vise toute volonté, et peut être atteint ou manqué. Toutes les bonnes volontés ne sont pas également bonnes : toutes tendent à un bien, mais les biens auxquels elles prétendent sont d'un degré de bonté inégal. Il y a les volontés à encourager, les autres à châtier. La volonté a un point d'appui - le droit naturel - et une finalité, le bien naturel. C'est un bien extérieur qui est visé, et il faut une volonté pour le désirer, pas seulement une intelligence pour le connaître. Cette volonté imprime au droit un dynamisme dont il a besoin chaque fois qu'il s'écarte de la justice. C'est un dynamisme cause de stabilité.

*Constans* se réfère à *stare* : *tenir debout*. « *Stabat mater dolorosa* ». Qui dit constance dit beaucoup plus et beaucoup mieux qu'indépendance. La constance s'appuie sur un fondement, le droit naturel. S'il y a bien quelque chose d'inconstant, c'est la volonté elle-même livrée à elle-même. Ce n'est pas la volonté qui est source de solidité, mais la justice, qui lui donne sens, car elle est à l'abri des inconstances des hommes. A l'inverse, le volontarisme repose sur la volonté humaine seule, et oscille de droite et de gauche. On comprend qu'il soit nécessaire de recourir à la sanction pour tenir un tel droit.

Pourquoi le droit dure-t-il ? Parce que c'est la répétition des actes de justice qui fait le juriste. Une hirondelle ne fait pas le printemps. Il faut une succession d'actes justes pour qu'ils deviennent une vertu un habitus, jusqu'à la mort. Si l'on dit avec les rationalistes que la justice est fruit de la volonté humaine, il faudra la coucher par écrit à cause des éclipses de la raison, pour la faire durer et garantir l'accès au droit. Mais selon le Digeste, la durée du droit est garantie par la pérennité de la justice elle-même : on n'écrit pas le droit naturel pour le déclarer, mais pour le compléter. Seule la naturelle est perpétuelle.

### **Conclusion :**

Ainsi, la philosophie sous-jacente à ce texte est aristotélienne et dégage les quatre points cardinaux du droit :

- La finalité du droit : la justice, le genre : le bonum. L'espèce : l'aequum, géométrique et arithmétique
- Le droit porte sur des choses extérieures et bonnes, qui nous incitent à vivre bien. Donc le domaine du droit est le partage et l'échange, non le comportement des citoyens
- Les moyens : récompense du bien et châtement du mal. Les autres moyens sont la dialectique et la délibération.
- Les acteurs : les acteurs du droit naturel sont tous les animaux. Les acteurs du droit des gens sont tous les hommes. Les acteurs du droit civil sont les membres de la cité. Dans la cité certains valent mieux que d'autres, ce sont les jurisprudents, les optime, qui discernent le droit.

Exhortation finale : devenons les meilleurs juristes possibles – des optime, des aristoï, des jurisprudents.