

LA REMISE EN QUESTION DE L'IMAGE ET DE LA PLACE DU DROIT ROMAIN DANS LA CULTURE JURIDIQUE EUROPÉENNE

Elena GIANNOZZI

Professeur d'histoire du droit et des institutions, Université de Reims Champagne-Ardenne

La culture juridique européenne est une thématique qui ne peut qu'interpeller profondément un romaniste. En effet, en tant que spécialiste du droit romain, on croit fermement à l'idée que Rome est le fondement même du droit en Europe, et, plus encore, on considère souvent que les romains ont été les inventeurs du droit en l'érigeant en véritable science.

Si personne ne peut contester que Rome a joué un rôle essentiel dans l'histoire juridique européenne, il n'en reste pas moins qu'en tant que romanistes, nous vénérons souvent une idole que nous avons nous-mêmes bâtie, tels les hébreux qui vénéraient le veau d'or.

En effet, la place de Rome dans la culture juridique européenne est indissolublement liée à des mythes et à des fantasmes qui n'ont parfois pas beaucoup de rapport avec la réalité historique. Des mythes et des fantasmes qui ont des origines lointaines, vieilles de plusieurs siècles, et qui ont conduit des générations de savants à considérer le droit romain comme étant l'expression d'une rationalité parfaite, un système juridique capable de produire des normes applicables en tout temps et en tout lieu.

Depuis la redécouverte des *Compilations* de Justinien, les juristes européens ont été confrontés à ce recueil de textes qui se présentait à leurs yeux comme un ouvrage accompli et expression de la volonté normative de l'empereur d'Orient. Cette belle mosaïque que sont les *Compilations* de Justinien n'était rien d'autre que la remise en ordre de plusieurs siècles d'expérience juridique romaine.

Justinien et ses compilateurs ont donné un ordre et un esprit nouveau à la longue tradition juridique romaine. En ce qui concerne le *Digeste*, ils ont recueilli et recomposé des milliers de passages de juristes romains, en les insérant, comme les articles d'un code, à l'intérieur d'un texte doté d'une rationalité qui leur était étrangère¹.

1. M. Brutti, *Dal Digesto ai giuristi*, in D. Mantovani et A. Padoa Schioppa (éd.), *Interpretare il Digesto. Storia e metodi*, Pavia, 2014, p. 597 sq.

Les *Compilations* ont certes sauvé les jurisconsultes de l'oubli, mais, en même temps, ils les ont rendus remarquablement indistincts et difficiles à saisir. Ce n'est pas un hasard, si encore en 1946, Fritz Schulz écrivait, lors de la première édition de son *History of Roman legal science*, que « si nous ne pouvons découvrir, parmi les juristes classiques, des personnalités ayant une originalité scientifique prononcée, cela est dû au fait qu'elles n'ont jamais existé² ».

Dans ce passage de Schulz, nous percevons clairement le souvenir de l'enseignement de Savigny qui avait affirmé le caractère fongible des juristes romains. Dans son *Beruf*, Savigny en effet écrivait que « même si nous avions la totalité de leurs écrits sous les yeux, nous y trouverions beaucoup moins d'individualité que dans aucune autre littérature ; tous travaillent pour ainsi dire à une seule et même grande œuvre [...] »³.

La négation de l'individualité des juristes romains, qui trouve son chantre par excellence dans Savigny, était destinée à avoir un grand succès dans les études romanistiques⁴. Mais si cette idée allait avoir un important retentissement, elle puisait ses racines dans le passé.

En effet, l'étude historiographique de Jean-Louis Ferrary⁵ a révélé que depuis l'époque humaniste quelques enquêtes prosopographiques sur les jurisconsultes avaient été effectuées. En outre, toujours à partir de l'humanisme, plusieurs auteurs avaient commencé à étudier le *Digeste* en valorisant le caractère individuel des juristes romains⁶. Toutefois, comme l'a souligné Massimo Brutti, cet effort d'étude individuel et personnalisé des juristes romains est demeuré assez périphérique⁷.

Ce qui a primé, en revanche, a été l'étude des différentes institutions juridiques. Une telle démarche a trouvé un moment d'impulsion important avec Leibniz et le jurationalisme, et elle a mené à une prédilection pour l'abstraction et à la construction de systèmes. L'approche systématique est prédominante et l'histoire des juristes est alors réduite à une simple histoire extérieure, n'ayant pas véritablement d'importance

2. F. Schulz, *History of Roman legal science*, Oxford, 1967⁴, p. 125 : « *If we cannot among the classical jurists discover personalities of pronounced scientific originality, it is because none such existed* ». Cf. M. Brutti, *Storie di dogmi, storie di giuristi : una transizione incompiuta*, in A. Schiavone (éd.), *Giuristi romani e storiografia moderna. Dalla Palingenesia iuris civilis agli Scriptores iuris Romani*, Torino, 2017, p. 35.

3. F. C. Von Savigny, *De la vocation de notre temps pour la législation et la science du droit*, Paris, 2006, traduit par A. Dufour, p. 64. Cf. l'original en langue allemande : Von Savigny, *Vom Beruf unserer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft*, Heildeberg, 1814 [reproduction anastatique Goldbach, 1997], p. 29 : « *selbst wenn wir ihre Schriften vollständig vor uns hätten, würden wir darin weit weniger Individualität finden, als in irgend einer andern Literatur, sie alle arbeiten gewissermaßen an einem und demselben großen Werke [...]* ». Voir : Brutti, *Storie di dogmi, storie di giuristi*, cit., p. 25.

4. Voir la reconstruction effectuée par Brutti, *Storie di dogmi, storie di giuristi*, cit., p. 18 sq.

5. Voir l'enquête menée par J. L. Ferrary, *Le Digeste à l'envers. La palingénésie dans les travaux des juristes jusqu'à Lenel*, in Mantovani et Padoa Schioppa (éd.), *Interpretare il Digesto*, cit., p. 535 sq.

6. Brutti, *Dal Digesto ai giuristi*, cit., p. 614 sq.

7. Brutti, *Dal Digesto ai giuristi*, cit., p. 615 ; Id., *Storie di dogmi, storie di giuristi*, cit., p. 21-22.

pour la compréhension du droit, qui est décomposé alors de plus en plus dans un ensemble d'entités abstraites, qui doivent être raccordées les unes avec les autres⁸.

Une telle démarche a trouvé avec Savigny son parachèvement⁹, qui estime en effet que « les concepts et les principes de leur [*scil.* des juristes] science ne sont pas à leurs yeux le produit de leur libre volonté, ce sont des êtres réels dont l'existence et la généalogie leur sont devenue familières à la faveur d'une longue intimité¹⁰ ». Ainsi, le raisonnement juridique acquiert un tel degré de certitude que, pour Savigny, il n'a pas d'équivalent, exception faite pour le raisonnement mathématique. Les juristes romains auraient ainsi calculé avec leurs concepts¹¹.

Cette idéalisation de la jurisprudence romaine est fonctionnelle. Elle permet la création d'un système, dans lequel les textes des jurisconsultes sont utilisés et exploités sans aucun égard pour la personnalité de leurs auteurs. De toute façon, chaque juriste n'était rien d'autre qu'une voix, dépourvue de personnalité propre, qui se somrait aux autres dans la création d'un système parfaitement rationnel, qui dépassait les limites spatiales et temporelles de chacun de ses auteurs¹².

L'enseignement de Savigny, qui a trouvé son expression la plus accomplie dans son *Système du droit romain actuel*¹³, aura une influence décisive sur la science juridique allemande (mais également italienne à partir surtout de la seconde moitié du XIX^e siècle)¹⁴.

La pandectistique portera à son paroxysme la tendance systématisante déjà incarnée par Savigny¹⁵. Ainsi, des nombreux ouvrages vont avoir comme objet la reconstruction d'institutions juridiques ainsi que des rapports qui les lient. Ces auteurs procèdent alors à la reconstruction systématique de groupe d'institutions et de domaines du droit. C'est la méthode de la *Begriffspyramide* (pyramide de concepts), terme employé même par certains de ces auteurs¹⁶.

La fin du XIX^e siècle est également le moment dans lequel une nouvelle tendance s'affirme dans la romanistique : la recherche des interpolations. Une telle démarche pourrait sembler comme contredisant les tendances antihistoricistes et abstraites de la

8. Cf. Brutti, *Storie di dogmi, storie di giuristi*, cit., p. 18-22.

9. Brutti, *Storie di dogmi, storie di giuristi*, cit., p. 23 sq.

10. Von Savigny, *De la vocation*, cit., p. 64. Cf. l'original : Id., *Vom Beruf*, cit., p. 29 : « die Begriffe und Sätze ihrer Wissenschaft erscheinen ihnen nicht wie durch ihre Willführ hervorgebracht, es sind wirkliche Wesen, deren Dasein und deren Genealogie ihnen durch langen vertrauten Umgang bekannt geworden ist ». Voir : Brutti, *Storie di dogmi, storie di giuristi*, cit., p. 24.

11. Brutti, *Storie di dogmi, storie di giuristi*, cit., p. 24.

12. Von Savigny, *De la vocation*, cit., p. 64. Cf. l'original : Id., *Vom Beruf*, cit., p. 29. Voir : Brutti, *Storie di dogmi, storie di giuristi*, cit., p. 25.

13. F. C. Von Savigny, *System des heutigen Römischen Rechts*, Berlin, 1840-49.

14. R. Orestano, *Introduzione allo studio del diritto romano*, Bologna, 1987, p. 259 sq.

15. Orestano, *Introduzione*, cit., p. 246 sq. ; Brutti, *Storie di dogmi, storie di giuristi*, cit., p. 26 sq.

16. Voir : A. Lovato, *Storicità del diritto e ius controversum nella riflessione di Orestano e Raggi*, in Schiavone (éd.), *Giuristi romani e storiografia moderna*, cit., p. 89.

pandectistique. En réalité, ce n'est pas le cas. En effet, la recherche interpolationniste est le fruit mûr de la pandectistique¹⁷.

La recherche des interpolations est le mécanisme par lequel on peut parvenir à supprimer toutes les contradictions présentes dans les sources, en attribuant celles que l'on rejette à la plume des maîtres byzantins. De la sorte, on parvient à la création de deux systèmes juridiques cohérents, l'un, parfait, constitué par le droit classique, l'autre, dépourvu de la perfection atemporelle du droit classique, constitué par le droit byzantin¹⁸.

Il faut en effet souligner que la recherche des interpolations était souvent motivée par des pétitions de principe, par la conviction de l'incompatibilité de certains passages avec la prétendue perfection du droit classique¹⁹.

Or, dès la fin du XIX^e siècle, des voix se sont levées contre ces tendances systématiques qui ont occulté l'individualité des juristes romains. Pendant des décennies ces voix ont été minoritaires, mais aujourd'hui la tendance est au contraire de plus en plus forte à valoriser l'apport individuel de chaque juriste. La romanistique essaie de plus en plus de retracer les individualités des juristes romains (I). Cette remise en cause s'accompagne à des interrogations de plus en plus lancinantes sur la place du droit romain dans la culture juridique européenne à venir (II).

I. La recherche de l'individualité des juristes romains

Depuis la fin du XX^e siècle, plusieurs efforts ont été faits pour essayer de retracer les contours des différents juristes romains²⁰. C'est notamment le cas de ce chef-d'œuvre constitué par la *Palingenesia* d'Otto Lenel²¹. En 889, au moment du triomphe du pandectisme, l'éminent savant essaye d'effectuer le processus contraire à celui mené par Tribonien et les siens. Il défait la belle mosaïque du *Digeste* et il cherche à reconstituer les œuvres de chaque jurisconsulte.

Outre Lenel, d'autres auteurs avaient essayé, ou, au moins, imaginé de travailler à la recherche de la physionomie des anciens juristes²², mais leurs efforts avaient

17. Orestano, *Introduzione*, cit., p. 540 sq.

18. Cf. Brutti, *Storie di dogmi, storie di giuristi*, cit., p. 27.

19. À titre d'exemple, on peut mentionner le préjugé selon lequel le concept de *vir bonus* était incompatible avec le droit classique. Ainsi, G. Beseler, « *Romanistische Studien* », *ZSS*, 50, (1930), p. 23, affirme que *vir bonus* est caractérisé par un « *christlich-humanitären, also byzantinischen Geist* ».

20. Brutti, *Storie di dogmi, storie di giuristi*, cit., p. 28 sq.

21. O. Lenel, *Palingenesia iuris civilis. Ein Versuch zu dessen Wiederherstellung*, Leipzig, 1889.

22. C'est par exemple le cas du projet d'études du droit romain imaginé par L. Mitteis, « *Antike Rechtsgeschichte und römische Rechtsstudium* », *Mitteilungen des Vereins der Freunde des humanistischen Gymnasiums Wien*, 18, (1918), p. 56 sq. Cet article, publié dans une revue d'accès difficile, peut être plus facilement consulté dans sa traduction italienne : « *Storia del diritto antico e studio del diritto romano* », *Annali del Seminario giuridico dell'Università di Palermo*, 12, (1929), p. 479 sq. En effet, à la page 492, nous pouvons lire que Ludwig Mitteis se proposait l'analyse de la naissance et de l'évolution des concepts juridiques en montrant ainsi l'activité individuelle des juristes romains. Sur le projet de

principalement rencontré le scepticisme. L'état gravement interpolé des textes ainsi que la fongibilité des juristes romains auraient rendu ce travail impossible²³.

C'est à partir de la moitié du xx^e siècle qu'on commence à assister à une progressive inversion de tendance. En 1952, quelques années à peine après la première publication de *History of Roman legal science* de Schulz, Wolfgang Kunkel consacrait un ouvrage aux juristes romains, intitulé *Herkunft und soziale Stellung der römischen Juristen*²⁴. Il s'intéressait, comme le titre l'indique, à l'origine et à la position sociale des jurisconsultes. Par cette étude, on commençait à mettre en crise le mythe de la fongibilité des juristes romains en essayant ainsi d'identifier des caractéristiques qui étaient propres à chaque juriste.

Au cours de la seconde moitié du xx^e siècle, se multiplient alors les œuvres qui remettent entièrement en discussion l'approche systématique et abstraite qui avait dominé jusqu'à présent la romanistique²⁵.

Ce processus s'accompagne de l'abandon progressif de la méthode interpolationniste dont les excès sont alors de plus en plus critiqués : une recherche philologique plus prudente refuse de condamner des fragments entiers sur la base de mots considérés comme suspects ou de notions réputées incompatibles avec le droit classique²⁶.

De manière croissante, on conteste l'idée de l'existence d'un système juridique clôt et parfait, expression d'une rationalité atemporelle. De nombreux romanistes ne se contentent plus de l'étude de seules institutions en essayant plutôt de mettre l'accent sur l'apport de chaque juriste, en l'étudiant en connexion avec le contexte dans lequel il vit. Le postulat de Schulz, à savoir l'*Isolierung*²⁷ des juristes, est alors remis en discussion.

Une nouvelle image du droit romain, différente par rapport à celle qui avait dominé la culture juridique européenne, commence alors à émerger : un droit casuistique, créé principalement par des juristes dans un dialogue continu les uns avec les autres, de génération en génération.

L. Mitteis, cf. Brutti, *Dal Digesto ai giuristi*, cit., p. 632-633 ; Id., *Storie di dogmi, storie di giuristi*, cit., pp. 31-32.

23. A. Schiavone, *Singularità e impersonalità nel pensiero dei giuristi romani*, in Id. (éd.), *Giuristi romani e storiografia moderna*, cit., p. 4.

24. W. Kunkel, *Herkunft und soziale Stellung der römischen Juristen*, Weimar, 1952. Voir : Brutti, *Storie di dogmi, storie di giuristi*, cit., p. 37-38.

25. Brutti, *Storie di dogmi, storie di giuristi*, cit., p. 38 sq.

26. Schiavone, *Singularità e impersonalità nel pensiero dei giuristi romani*, cit., p. 4.

27. Sur le terme *Isolierung*, cf. F. Schulz, *Prinzipien des römischen Rechts*, Berlin, 1954, p. 13 sq. Cette expression indique la démarche qui aurait caractérisée les juristes romains, à savoir une attitude à la séparation et à l'isolement du droit. En employant le terme *Isolierung*, F. Schulz renvoie à l'expression analogue *Scheidkunst* utilisée par R. von Jhering, *Geist des römischen Rechts auf den verschiedenen Stufen seiner Entwicklung*, t. II, Aalen, 1993¹⁰, p. 39. Cf. Y. Thomas, *Mommsen et l'« Isolierung » du droit*, in Th. Mommsen, *Le droit public romain*, t. I, Paris, 1982, p. 1 n°* (réimpression de l'édition de 1892, trad. par P. F. Girard).

La notion même de système juridique commence à faire l'objet des critiques. Dans la romanistique italienne, notamment sous l'impulsion de Riccardo Orestano, on commence à se servir plutôt de la notion d'expérience juridique²⁸. Cette expression, introduite dans le langage juridique par Giuseppe Capograssi²⁹, est privilégiée puisqu'elle n'indique pas un ensemble fermé et clos sur lui-même, mais au contraire ouvert et flexible.

Les résultats obtenus par la recherche précédente sont parfois entièrement inversés. Certains éléments qui avaient été considérés comme des indices d'interpolation sont au contraire valorisés comme étant des caractéristiques typiques de la jurisprudence romaine. C'est notamment le cas du recours aux techniques de la rhétorique.

Schulz avait considéré comme incompatible avec le droit classique la présence d'éléments propres à la rhétorique. L'*Isolierung* de la jurisprudence classique n'aurait pas permis aux juristes d'employer les mêmes techniques que les rhéteurs.

Ainsi, en se fondant sur le recours fréquent à des argumentations rhétoriques, Schulz avait critiqué de manière radicale les *Quaestiones* de Papinien en affirmant qu'elles avaient été profondément remaniées au cours de l'Antiquité tardive. En effet, dans son *History of Roman legal science*, nous pouvons lire l'affirmation suivante :

Pratiquement chaque fragment des *Quaestiones* montre les dégâts causés par un éditeur postclassique, qu'on peut reconnaître constamment par sa compréhension incertaine du droit classique.

Et Schulz continue en soulignant que cet éditeur postclassique « révèle souvent sa présence par une rhétorique pompeuse et sentimentale qui est assez inappropriée pour des affirmations ayant un précis caractère juridique ». Une telle rhétorique, conclut Schulz, sert simplement « à brouiller la décision³⁰ ».

Le rejet de toute contamination entre rhétorique et droit ne pourrait pas être plus clair. Mais une telle position de Schulz, qui s'accompagne de la proclamation de l'*Isolierung* de la jurisprudence classique, trahit plus que l'analyse objective des sources – à supposer que l'on soit jamais en mesure d'analyser les sources de manière parfaitement objective – le vécu de l'auteur.

28. Voir à ce propos les observations de Lovato, *Storicità del diritto e ius controversum*, cit., *passim*, *praecipue* p. 79 sq.

29. Giuseppe Capograssi a été un philosophe du droit et membre de la Cour constitutionnelle italienne. Voir la notice biographique de P. Grossi, in I. Birocchi et alii (éd.), *Dizionario biografico dei giuristi italiani (XII-XX secolo)*, t. I, Bologna, 2013, p. 429 sq. Voir aussi celle d'U. Pomarici, in *Enciclopedia italiana di scienze, lettere e arti. Il contributo italiano alla storia del pensiero. Diritto*, Roma, 2012, p. 575 sq.

30. Schulz, *History*³, cit., pp. 234-235 : « Careful study of this difficult work shows that what Justinian's compilers had before them, was not the true classical text but the original text intensively worked upon, altered, abbreviated and added to in the early postclassical period. Almost every surviving fragment exhibits the ravages of the postclassical editor, who is constantly recognizable by his uncertain grasp of classical law, and often betrays himself by a pompous and sentimental rhetoric which is quite unsuitable for precise legal statements and serves only to darken counsel ».

Schulz voit sa carrière interrompue par l'avènement du national-socialisme. En effet, non seulement il appartenait à la social-démocratie, mais il était marié à une femme dont la généalogie ne correspondait pas à la prétendue pureté arienne. Il assiste impuissant à la progression fulgurante des collègues qui au contraire s'étaient ralliés au régime. Enfin, il doit s'exiler à Oxford en 1939³¹.

Dans le contexte de l'Allemagne des années trente et des autres dictatures européennes, l'*Isolierung* des juristes était impossible à atteindre. Cette même *Isolierung* qui est niée dans le présent, Schulz la projette sur la jurisprudence romaine qui est alors idéalisée et transfigurée.

Ce portrait idéalisé effectué par Schulz a été entièrement remis en discussion. Le recours aux techniques de la rhétorique loin d'être un indice d'interpolation a été considéré par plusieurs auteurs comme étant non seulement parfaitement compatible avec le droit classique, mais même un élément distinctif.

C'est notamment le cas de l'exemple précédemment cité des *Quaestiones* de Papinien. Des études récentes ont valorisé le recours à la rhétorique comme l'une des caractéristiques principales du style de ce juriste³².

Ce processus de réflexion et de réécriture de l'image que nous avons du droit romain se poursuit encore aujourd'hui. La pensée va plus particulièrement à un très important projet qui a été lancé au cours de ces dernières années et qui a déjà donné lieu à des importantes publications³³. Il s'agit du projet *Scriptores iuris romani* qui est dirigé par Aldo Schiavone et auxquels participent des nombreux romanistes.

Ce projet s'attaque de manière frontale à l'image du droit romain ainsi qu'il a été transmis par les *Compilations* de Justinien et, par ce biais, à la culture juridique européenne³⁴.

L'objectif est de reprendre le travail de Lenel en reconstituant à rebours les œuvres de juristes romains, en les traduisant et en les accompagnant d'un commentaire et d'un appareil critique³⁵.

Dans une contribution destinée à introduire ce long travail, Schiavone affirmait alors de manière explicite que ce projet « demande l'acquisition d'une donnée préliminaire très importante : la séparation, de la manière la plus radicale possible, de

31. Brutti, *Storie di dogmi, storie di giuristi*, cit., p. 35, n° 55. Adde la communication de G. G. Archi, in A. Schiavone et A. Giorgio Cassandro (éd.), *La giurisprudenza romana nella storiografia contemporanea*, Bari, 1982, p. 98 qui décrit, en ayant été témoin, les années difficiles vécues par Schulz sous le régime national-socialiste.

32. Voir à ce propos U. Babusiaux, *Papinians Quaestiones. Zur rhetorischen Methode eines spätclassischen Juristen*, München, 2011 ; R. Knütel, *Geschenkt und gekränkt. Papinians Gutachten in D. 39.5.31.1*, in E. Chevreau, C. Masi Doria et J. M. Rainer (éd.), *Liber amicorum. Mélanges en l'honneur de Jean-Pierre Coriat*, Paris, 2019, p. 421 sq.

33. Parmi les contributions déjà publiées, nous pouvons mentionner à titre d'exemple : J. L. Ferray, A. Schiavone et E. Stolfi, *Quintus Mucius Scaevola. Opera*, Roma, 2018. Pour les autres travaux voir [En ligne] URL : <http://www.scriptores-iuris-romani.eu/it/content/publicazioni>.

34. Schiavone, *Singolarità e impersonalità nel pensiero dei giuristi romani*, cit., p. 2.

35. Schiavone, *Singolarità e impersonalità nel pensiero dei giuristi romani*, cit., p. 2.

l'événement historique, constitué par le droit romain, de l'histoire de sa tradition et de sa fortune, à partir de l'époque de Justinien jusqu'au xx^e siècle³⁶ ».

Seulement en laissant de côté la tradition du droit romain, y compris le droit byzantin, on pourrait alors espérer reconstituer les contours du droit classique et de ses protagonistes, à savoir les jurisconsultes.

Il s'agit alors tout simplement de repenser la place du droit romain au sein de la culture juridique européenne : il faudrait oublier l'attirail dogmatique qui depuis des siècles étouffe et encercle le droit romain en laissant ainsi émerger de nouveau, après de siècles d'oubli, la voix des protagonistes, les juristes. Pour reprendre la formule de Schiavone, l'histoire des juristes serait la vraie histoire du droit romain. Une histoire qui n'aurait jamais été racontée avec la conséquence, selon Schiavone, de nous avoir caché une partie de nous-mêmes³⁷.

L'abandon du dogmatisme aurait alors comme conséquence le définitif abandon du regard antihistorique qui serait encore aujourd'hui partiellement porté sur le droit romain. Il faudrait alors acquérir la pleine conscience que, si les droits contemporains, se basent sur des concepts et des catégories dont les origines sont romaines, cela ne signifie pas pour autant que le droit romain incarne des réalités éternelles, situées au-delà de l'histoire³⁸.

La mise en crise de l'image traditionnelle du droit romain, le rejet du dogmatisme opéré par une partie de la doctrine et les appels à la valorisation du caractère historique du droit romain ne peuvent que susciter des interrogations lancinantes sur la place du droit romain dans la culture juridique européenne. Des interrogations qui sont loin d'être nouvelles.

36. Schiavone, *Singularità e impersonalità nel pensiero dei giuristi romani*, cit., p. 2 : « *l'impresa cui ci accingiamo richiede l'acquisizione di un dato preliminare molto importante : la separazione, nel modo più radicale possibile, della vicenda storica del diritto romano dalla storia della sua tradizione e della sua fortuna, dall'età giustiniana sino al ventesimo secolo [...]* ».

37. Schiavone, *Singularità e impersonalità nel pensiero dei giuristi romani*, cit., p. 3 : « *La loro storia [scil. des juristes romains] – che è, nel suo senso più forte, la vera storia del diritto romano – per troppo tempo non è mai stata raccontata : e questa omissione, oscurando un punto decisivo del nostro passato, ha finito con il sottrarci una parte di noi stessi* ».

38. Schiavone, *Singularità e impersonalità nel pensiero dei giuristi romani*, cit., p. 8.

II. La place marginalisée du droit romain dans la culture juridique européenne

En 1881, un très jeune Vittorio Scialoja³⁹, seulement âgé de vingt-cinq ans, adresse une lettre publique à Filippo Serafini⁴⁰, un éminent collègue, dans laquelle il écrit clairement que « le droit romain pur » était désormais un « droit mort⁴¹ ».

Dans cette lettre, Scialoja critiquait la manière, qui était traditionnelle au cours du XIX^e siècle, d'enseigner le droit romain dans les facultés de droit, à savoir de l'étudier pour commenter et analyser le droit contemporain⁴². Cet enseignement traditionnel trouve en revanche en Serafini un partisan important⁴³.

Scialoja pose alors clairement le problème, qui allait tourmenter sans cesse les romanistes, à savoir quelles étaient les relations entre droit romain et droit contemporain et, en filigrane, quelle était la place que le droit romain allait retenir au sein de la culture juridique européenne⁴⁴.

Le problème de la place du droit romain est perçu de manière de plus en plus aigüe au cours des décennies à venir. Un exemple célèbre de ces interrogations est constitué par le livre de Paul Koschaker, romaniste et spécialiste des droits de l'Orient

-
39. Sur la figure très importante de Vittorio Scialoja, voir la notice d'E. Stolfi, in *Enciclopedia italiana di scienze, lettere e arti*, cit., p. 397 sq. Voir aussi la notice de G. Chiodi, in I. Birocchi et alii (éd.), *Dizionario biografico dei giuristi italiani (xii-xx secolo)*, t. II, Bologna, 2013, p. 1833-1837. Adde M. Brutti, *Vittorio Scialoja. Diritto romano e sistema nel tardo Ottocento*, in *BIDR*, 105, (2011), p. 13 sq. ; E. Stolfi, *Ancora su Vittorio Scialoja (ed Emilio Betti)*, in I. Piro (éd.), *Scritti per Alessandro Corbino*, t. VII, Tricase, 2016, p. 61 sq.
40. Sur Filippo Serafini, voir la notice d'E. Stolfi, in *Birocchi et alii* (éd.), *Dizionario biografico dei giuristi italiani*, t. II, cit., p. 1850-1851.
41. V. Scialoja, « *Sul metodo dell'insegnamento del diritto romano nelle Università italiane* », *Archivio giuridico*, 26, (1881), p. 489.
42. Sur la lettre de Scialoja à Serafini, voir : Orestano, *Introduzione*, cit., p. 506 sq. ; F. Amarelli, « *L'insegnamento scientifico del diritto nella letteratura di Vittorio Scialoja e Filippo Serafini* », *Index*, 18, (1990), p. 59 sq. ; Brutti, *Vittorio Scialoja*, cit., p. 56 sq. ; A. Di Porto, *I giuristi romani nella cultura giuridica italiana del xx secolo. Una discussione in forma di dialogo*, I, in Schiavone (éd.), *Giuristi romani e storiografia moderna*, cit., p. 114-115. Il faut par ailleurs observer que cette lettre se situe dans un contexte particulier. Professeur à l'Université de Sienna à partir de l'année académique 1880-1881, Scialoja avait provoqué la colère des étudiants de cette université en proposant un enseignement extrêmement difficile dans son cours consacré aux droits réels. Exaspérés par la complexité du cours, les étudiants avaient alors empêché Scialoja de le dispenser. Seule l'intervention du ministre de l'Instruction Guido Baccelli permettra à Scialoja de recommencer à dispenser cet enseignement. Voir sur ce point : Brutti, *Vittorio Scialoja*, cit., p. 54 sq.
43. À ce propos, voir : A. Schiavone, *Un'identità perduta : la parabola del diritto romano in Italia*, in Id. (éd.), *Stato e cultura giuridica in Italia dall'Unità alla Repubblica*, Bari, 1990, p. 278 sq.
44. En dépit de cette polémique de jeunesse, Schiavone, *Un'identità perduta*, cit., p. 283 sq. a souligné la continuité entre l'approche de Serafini et celle de Scialoja en observant même que « *è nel lavoro di Vittorio Scialoja, e poi nella sua scuola, che l'indicazione di Serafini trovò la realizzazione più completa* » (p. 283). Cf. Brutti, *Vittorio Scialoja*, cit., p. 58 selon lequel l'historicisation proposée par Scialoja dans sa célèbre lettre est approximative et faible. Ce qui prime, selon Brutti, est le système.

ancien, *Europa und das römische Recht*⁴⁵, publié pour la première fois en 1947, dans une Europe encore ravagée par les conséquences de la guerre. Cet ouvrage, qui a eu un écho très important chez les romanistes, notamment en Italie⁴⁶, avait été précédé de quelques années par un autre écrit, intitulé *Die Krise des römischen Rechts und die romanistische Rechtswissenschaft*⁴⁷, publié en 1938. Ce texte reproduit une communication prononcée devant l'*Akademie für Deutsches Recht*.

Le dernier chapitre d'*Europa und das römische Recht* s'intitule aussi *Die Krise des römischen Rechts*⁴⁸. Koschaker constate ici que pour la première fois, depuis huit cents ans, le droit romain est étudié comme un seul phénomène historique⁴⁹. Cette historicisation constitue l'essence même de la crise traversée par le droit romain. Koschaker souligne avec force cette fracture qui met fin à une tradition séculaire⁵⁰.

Qui plus est, il observe que « le droit romain est devenu étranger dans les facultés de droit, non seulement la pratique juridique ne lui prête plus aucune attention, mais de surcroît il est étranger et antipathique à nos jeunes juristes⁵¹ ».

L'étude dans une perspective purement historique du droit romain était donc à l'origine de cette grave crise, ressentie d'autant plus fortement dans le monde germanique que le régime hitlérien s'était révélé particulièrement hostile au droit romain⁵².

Pour dépasser ou, au moins, mitiger la crise, Koschaker préconisait la présence, à côté d'études purement historiques, d'une branche de la romanistique qui sache maintenir un lien avec la dogmatique du droit contemporain⁵³.

Quelques décennies après la publication de l'œuvre de Koschaker, nous pouvons affirmer que la crise dont il parlait, loin d'être résolue, s'est encore aggravée⁵⁴. La

45. P. Koschaker, *Europa und das römische Recht*, München, 1966. Sur la figure de P. Koschaker, voir la monographie récente de T. Beggio, *Paul Koschaker (1879-1951) : rediscovering the Roman foundations of European legal tradition*, Heidelberg, 2018.

46. Sur ce point : Guarino, *Cinquant'anni*, cit., p. 44 sq.

47. P. Koschaker, *Die Krise des römischen Rechts und die romanistische Rechtswissenschaft*, München, 1938.

48. Koschaker, *Europa und das römische Recht*, cit., p. 337 sq.

49. Voir les remarques d'Orestano, *Introduzione*, cit., p. 494 sq. qui souligne que l'emploi par P. Koschaker du terme *Historisierung* pour indiquer la cause de la crise du droit romain est source d'équivoques. À la page suivante, R. Orestano poursuit en observant que « *la Historisierung dei procedimenti non è "causa", ma essa stessa "effetto" di una Historisierung che ha involto non solo il rapporto fra il "diritto dei Romani" e noi, ma anche e soprattutto il rapporto fra noi e la "tradizione romanistica"* ».

50. Koschaker, *Europa und das römische Recht*, cit., p. 342.

51. Koschaker, *Europa und das römische Recht*, cit., p. 342 : « *das römische Recht ist ein Fremdling in den Rechtsfakultäten geworden, die Praxis nimmt von ihm überhaupt nicht mehr Notiz, es ist aber auch unsern jungen Juristen fremdartig und unsympathisch* ».

52. Koschaker, *Europa und das römische Recht*, cit., p. 342.

53. Koschaker, *Europa und das römische Recht*, cit., p. 343.

54. Orestano, *Introduzione*, cit., p. 507 souligne que cette crise a existé et en partie continue à exister. Or, il semble que par cette phrase l'éminent auteur n'a pas mesuré l'ampleur et la profondeur de la crise qui s'est sans doute aggravée après sa disparition en 1988. Cf. Guarino, *Cinquant'anni*, cit., p. 48.

romanistique a perdu sa place centrale dans le débat intellectuel⁵⁵, même dans d'un pays, comme l'Italie, dans laquelle elle avait été traditionnellement très forte⁵⁶.

Schiavone a pu alors écrire que « l'histoire des études du droit romain dans l'Italie du xx^e siècle est l'histoire d'une identité perdue et jamais retrouvée et, par conséquent, dans son ensemble, elle est l'histoire d'un déclin qui apparaît désormais comme étant irréversible [...] »⁵⁷.

Or, pour Schiavone, il y a une seule voie pour sortir de cette impasse : il s'agit justement de l'étude qu'il mène pour reconstituer les différentes personnalités des juristes romains⁵⁸. C'est en interrogeant les juristes romains, en étudiant leur travail que nous pouvons redonner un nouveau souffle à une discipline qui languit à cause de la répétition de solutions vieilles et stéréotypées.

L'appel de Schiavone à un changement de perspective ouvre sans doute la voie à des recherches riches et fructueuses. Mais, cette nouvelle perspective, pour importante soit-elle, n'est pas à elle seule suffisante pour redonner l'importance perdue à notre discipline dans les facultés de droit.

Elle cache en effet un danger : celui de se couper définitivement des juristes de droit contemporain pour se fondre avec les historiens non juristes. Il semble en effet incertain que les juristes de droit contemporain puissent trouver beaucoup d'éléments d'intérêt dans des études qui se proposent de rejeter tout dogmatisme pour se consacrer à une pure recherche juridique historique⁵⁹.

Pour continuer à avoir une place dans la culture européenne, il paraît important, en tant que romanistes, de défendre notre double nature, celle de juristes et d'historiens.

L'influent historien Arnaldo Momigliano, lors du premier Colloque International de la Société Italienne d'Histoire du droit de 1963, avait ouvert sa communication

55. Pour un bilan établi cinquante ans après la publication de *Die Krise des römischen Rechts und die romanistische Rechtswissenschaft*, voir Guarino, *Cinquant'anni*, cit., p. 46 sq. Il faut toutefois observer que la crise du droit romain n'est pas, contrairement à ce que l'éminent auteur écrivait, une seule crise de l'enseignement du droit romain.

56. On peut renvoyer, à titre d'exemple, aux remarques effectuées dans les contributions suivantes, rédigées respectivement par un privatiste et par un publiciste : G. Alpa, « *I giuristi romani nella cultura giuridica italiana del xx secolo. Una discussione in forma di dialogo* », II, in Schiavone (éd.), *Giuristi romani e storiografia moderna*, cit., p. 121 sq. et M. Luciani, « *I giuristi romani nella cultura giuridica italiana del xx secolo. Una discussione in forma di dialogo* », III, *ibid.*, p. 130 sq.

57. A. Schiavone, « *La storia del diritto romano* », in *Enciclopedia italiana di scienze, lettere e arti*, cit., p. 734 : « *La storia degli studi di diritto romano nell'Italia del Novecento è la storia di un'identità perduta, e mai ritrovata – ed è perciò, nel suo insieme, la storia di un declino che appare ormai come irreversibile [...]* ».

58. Schiavone, *Singolarità e impersonalità nel pensiero dei giuristi romani*, cit., p. 3 et p. 9.

59. On peut par ailleurs remarquer que Luciani, *I giuristi romani nella cultura giuridica italiana del xx secolo*, cit., p. 130 affirme clairement que l'intérêt des publicistes pour les juristes romains est assez réduit. Aux pages 135-136, il ajoute les observations suivantes : « *Perché c'è una fungibilità dei singoli scriptores (quella di cui ha parlato Aldo Schiavone) ? Perché la vasta ricerca ch'egli ha promosso non è ancora compiuta e non è a disposizione dei giuristi positivi ? Lo vedremo, ma intanto possiamo dire, con qualche sicurezza, che la realtà è quella di un sostanziale disinteresse, che non può sorprendere più di tanto se si condivide la premessa esplicitata più sopra, e cioè che il diritto costituzionale e il diritto amministrativo sono intimamente legati alla modernità* ».

exprimant un souhait qui est resté célèbre⁶⁰. Un souhait, qui aux yeux des romanistes, est apparu comme une sorte de malédiction :

J'imagine, je veux imaginer, que nous sommes ici pour célébrer un événement historique d'une certaine importance, à savoir la fin de l'histoire du droit comme branche autonome de la recherche historique⁶¹.

Depuis 1963, les romanistes essayent d'exorciser cette malédiction et empêcher qu'elle se réalise⁶². Il est incontestable que la romanistique a perdu la centralité dont elle jouissait jadis dans la culture juridique européenne. Un tel phénomène, par ailleurs, n'est pas propre au seul droit romain, mais il concerne l'ensemble de la culture classique, qui devient de plus en plus marginale pour la culture européenne⁶³.

En dépit de ce phénomène, il est encore tôt pour considérer que le droit romain est inévitablement condamné à la disparition. La constante réflexion méthodologique et la riche production scientifique révèlent que la romanistique demeure un acteur dans le monde du droit européen.

Plusieurs décennies après la parution de *l'Europa und das römische Recht* et *Die Krise des römischen Rechts Die Krise des römischen Rechts*, la réflexion de Koschaker semble d'actualité⁶⁴.

60. Cette phrase est, par exemple, citée par Schiavone, *Un'identità perduta*, cit., p. 275 sq. ; F. Amarelli, « *Contro tendenza. Riflessioni minime* », in *Studi in onore di Remo Martini*, t. I, Milano, 2008, p. 1 ; Di Porto, *I giuristi romani nella cultura giuridica italiana del xx secolo*, cit., p. 118 e n° 17. La mention qui en est faite par L. Capogrossi Colognesi, « *Un futuro senza storia ?* », *Index*, 39, (2011), p. 50, mérite d'être transcrite : « *troppo di frequente, infatti, c'imbattiamo in una produzione scientifica che mostra una consistente perdita di capacità tecniche. Dove la specificità della ricostruzione storico-giuridica sembra dissolversi sovente all'interno di più generiche interpretazioni di taglio sociologico e in più indeterminati quadri storiografici, che sembrano inverare il famoso – e velenoso – auspicio sempre citato di Momigliano. In effetti la prima delegittimazione di noi romanisti viene da noi stessi : quando appunto cessiamo di fare il nostro mestiere per parlare d'altro* ».

Thomas, *Mommsen et l'« Isolierung » du droit*, cit., p. 9, n° 36, rappelle également la position de Momigliano. Certaines de ses remarques doivent être soulignées : « ce que la plupart des historiens s'obstinent à méconnaître, et parmi eux bien des historiens du droit qui pensent par emprunt, c'est que le juridique, avec son langage, ses normes et sa durée propre, qui n'est pas celle des autres phénomènes sociaux, constitue un domaine singulier. Sous le prétexte qu'il est fallacieux d'interpréter les dogmes romains à l'aide de dogmes contemporains, selon la méthode romanistique traditionnelle, on en vient à oublier que les dogmes ont une existence et une histoire, inscrite dans la très longue durée : bref, le lieu commun le plus répandu est de confondre la méthode avec l'objet, de nier l'existence du second en raison de la faiblesse du premier ».

61. A. Momigliano, « *Le conseguenze del rinnovamento della storia dei diritti antichi* », in *Atti del primo congresso della Società italiana di storia del diritto (Roma, 1963)*, Firenze, 1966, p. 21. [= Id., in *Rivista storica italiana*, 76, (1964), p. 285 = Id., *Terzo contributo alla storia degli studi classici e del mondo antico*, Roma, 1966, p. 285].

62. Voir les remarques de Schiavone, *Un'identità perduta*, cit., p. 276-277.

63. Voir les pénétrantes observations de Capogrossi Colognesi, *Un futuro senza storia ?*, cit., p. 55-56.

64. *Contra* Orestano, *Introduzione*, cit., p. 502.

Son invitation à cultiver les deux âmes de notre discipline, l'une dogmatique et l'autre historique, pourrait encore aujourd'hui montrer la direction à suivre⁶⁵. Il est sans doute impossible d'accueillir la démarche de Koschaker dans son intégralité. L'auteur ne s'est pas limité en effet à insister sur la nécessité de maintenir une démarche dogmatique, mais il a également invoqué explicitement une « actualisation⁶⁶ » de l'enseignement du droit romain avec le mot d'ordre « *zurück zu Savigny*⁶⁷ ». L'emploi du terme actualisation n'emporte pas l'adhésion, en dépit des nuances apportées par Koschaker⁶⁸ et de sa limitation au seul domaine de l'enseignement⁶⁹.

Ce n'est pas l'actualisation qui paraît nécessaire, mais plutôt le maintien d'une démarche dogmatique. Celle-ci semble essentielle pour la sauvegarde du droit romain au sein des facultés de droit et, de manière plus générale, pour la sauvegarde de sa spécificité disciplinaire⁷⁰.

La multiplication des approches méthodologiques ne peut que rendre la discipline plus vive et lui permettre de continuer le dialogue avec d'autres branches du savoir⁷¹. En empruntant les remarques lucides de Yan Thomas, il ne faut pas renoncer à écrire une histoire des dogmes⁷², ayant dans le droit romain son point de départ pour la culture juridique européenne. Une telle œuvre n'est pas opposée à une étude historique du droit, mais au contraire elle lui est complémentaire, voir même nécessaire.

C'est par une étude des dogmes qu'il est en possible de montrer que le droit romain n'a pas posé de principes fondamentales et éternels⁷³, mais que les notions juridiques ont une histoire et qu'elles connaissent des évolutions et des adaptations au fil du temps.

65. Koschaker, *Europa und das römische Recht*, cit., p. 343.

66. Sur les réactions à l'« *Aktualisierung der romanistischen Vorlesung* », voir Guarino, *Cinquant'anni*, cit., p. 45-46.

67. Koschaker, *Die Krise des römischen Rechts*, cit., p. 76 : « *was wir brauchen, ist vielmehr Aktualisierung der römischen-rechtlichen Vorlesung, die in den Studenten das Gefühl erwecken soll, daß ihnen die Kenntnis des römischen Rechts auch für die Gegenwart nütze* ».

68. Koschaker, *Die Krise des römischen Rechts*, cit., p. 84.

69. C'est ce que fait Guarino, *Cinquant'anni*, cit., p. 54.

70. Sur ce point, nous ne pouvons que souscrire pleinement aux remarques suivantes de Koschaker, *Die Krise des römischen Rechts*, cit., p. 79-80 : « [...] *und ich möchte meine Ausführungen nicht dahin mißverstanden sehen, als ob ich mich gegen die Rechtsgeschichte als solche wende. Was ich bekämpfe, ist nur die Ausschließlichkeit und die Einseitigkeit, mit der heute die Rechtsgeschichte romanistische Forschung und Unterricht beherrscht, weil damit ein Überhandnehmen nicht juristischer Betrachtungsweise verbunden ist und so die romanistische Wissenschaft den Juristen immer mehr entfremdet und schließlich der Fortbestand des römischen Rechts im Rechtsunterricht und der juristischen Bildung gefährdet wird* ».

71. Voir le *caveat* de Capogrossi Colognesi, *Un futuro senza storia ?*, cit., p. 51.

72. Thomas, *Mommsen et l'« Isolierung » du droit*, cit., p. 9, n° 36.

73. Orestano, *Introduzione*, cit., p. 508.