



RÉFLEXIONS SUR LE RAPPORT DU DROIT ROMAIN AVEC LES AUTRES DROITS DE L'ANTIQUITÉ

Gábor HAMZA*

Para citar este artículo puede utilizarse el siguiente formato:

Gabor Hamza (2014): « Réflexions sur le rapport du droit romain avec les autres droits de l'Antiquité », en *Revista europea de historia de las ideas políticas y de las instituciones públicas*, nº 8 (diciembre 2014). Puede leerse este artículo en línea en: <http://www.eumed.net/rev/rehipip/08/droit-romain-droits-antiquite.html>.

RESUMEN: Estudio de las diversas teorías sobre las relaciones entre el Derecho romano y los derechos de la antigüedad. Se destaca fundamentalmente la doctrina alemana. Se pone de relieve también el pasado indoeuropeo e incluso se encuentran semejanzas entre el Estado de Armenia y el Estado romano cuando era una monarquía. También se resalta la importancia que la doctrina alemana, en los años treinta del pasado siglo XX, otorgó a la idea de etnia común en las investigaciones de Derecho romano.

PALABRAS CLAVE: Anselm Feuerbach, Anton Friedrlic Justus Thibaut, Karl Theodor Pütter, Eduard Gans et Joseph Unger, Karl Salomo Zachariae, Christian Charles Josias von Bunsen, Julius Oppert, Henry Sumner Maine.

RESUM: Estudi de les diverses teories sobre les relacions entre el Dret romà i els drets de l'antiguitat. Es destaca fonamentalment la doctrina alemanya. Es posa en relleu també el passat indoeuropeu i fins i tot es troben semblances entre l'Estat d'Armènia i l'Estat romà quan era una monarquia. També es ressalta la importància que la doctrina alemanya, en els anys trenta del passat segle XX, va atorgar a la idea d'ètnia comuna en les recerques de Dret romà.

PARAULES CLAU: Anselm Feuerbach, Anton Friedrlic Justus Thibaut, Karl Theodor Pütter, Eduard Gans et Joseph Unger, Karl Salomo Zachariae, Christian Charles Josias von Bunsen, Julius Oppert, Henry Sumner Maine.

1. En passant en revue l'œuvre des principaux représentants de la tendance de l'histoire générale du droit on peut indiquer que la position de l'École historique (en allemand : *Historische Rechtsschule*), opposée en général à la comparaison juridique (en allemand : *Rechtsvergleichung*), ne deviendra pas la *communis opinio* de la jurisprudence européenne. Anselm Feuerbach, Anton Friedrlic Justus Thibaut, Karl Theodor Pütter, Eduard Gans et Joseph Unger — parmi lesquels certains se proclament ouvertement successeurs de Friedrich Carl von Savigny — ainsi que Pütter et, dans les années suivant la publication de *Die Ehe in ihrer welthistorischen Entwicklung*, Unger — proclament la nécessité des recherches comparées. L'École historique ne réussit pas à rendre dominante sa position, même dans la question relative à la comparaison des droits « modernes ». Cela est prouvé par l'existence de la *Kritische*

* Professeur de droit, membre numéraire de l'Académie des Sciences de Hongrie. Université Eötvös Loránd, Budapest.

Zeitschrift für Rechtswissenschaft und Gesetzgebung des Auslandes, fondée en 1829, dont les 26 volumes parus jusqu'en 1853 — traitant en premier lieu du droit pénal, ainsi que de la criminologie — sont riches et contiennent une matière appartenant à la sphère du droit comparé.¹

La *Kritische Zeitschrift für Rechtswissenschaft und Gesetzgebung des Auslandes* permit aux juristes allemands de connaître le droit étranger et joua dans ce sens en premier lieu un rôle d'information. À notre avis, la parution de la *Kritische Zeitschrift* fut une sorte de déclaration de guerre « ouverte » à l'École historique, guerre dont l'âpreté est tout au plus adoucie par le fait que la revue n'embrasse pas prioritairement la sphère du droit privé. La position de l'École historique, opposée à la comparaison, explique la phrase de Karl Salomo Zachariae, essayant de justifier la fondation de la revue que nous citons ci-dessous : « *Wenn nun aus dieser Übersicht des jetzt unter den europäischen Völkern bestehenden literarischen Verkehrs und des dermaligen Rechtszustandes der europäischen Staaten der Schluss gezogen werden darf, dass das, was in irgend einem europäischen Staate für die Gesetzgebung oder für die Rechtswissenschaft geschehe, auch die Übrigen europäischen Staaten und Völker mehr oder weniger interessiere, so bedarf wohl der Plan der vorliegenden Zeitschrift, der Versuch, dem deutschen Publikum die Bekanntschaft mit den Rechten und den rechtswissenschaftlichen Schriften des Auslandes zu erleichtern, nicht erst einer Entschuldigung.* »²

La limitation de l'intérêt des adeptes de l'École historique pour le droit romain et le droit allemand médiéval ne se manifesta pas seulement dans la sphère de recherche des droits antiques. Ainsi, on peut rencontrer des efforts de droit comparé dans le livre de Christian Charles Josias von Bunsen publié en 1813 et qui s'occupe du rapport entre les lois de Manu et le droit romain. Bunsen est le premier qui, dans son traité intitulé *De iure hereditario Atheniensium* (Göttingen, 1813), examine les rapports entre le droit romain et les autres droits indo-européens. Il constate que l'ordre du droit des successions chez les indiens, les athéniens et les romains est le même : « *sic igitur hoc ex omnibus perspicuum eandem fuisse apud Indos, Athenienses Romanosque iuris hereditari rationem.* »³

2. Le camp des chercheurs des rapports entre le droit romain et le droit des peuples indo-européens est déjà assez considérable vers le milieu du XIX^e siècle.⁴ L'apparition de cet intérêt, réel ou seulement supposé, peut être expliquée par la reprise des recherches orientalistes philologiques et historiques. Sur cette reprise influe — entre autres — le concours mis sur pied en 1824 par l'Académie des Sciences de Berlin et incitant à dresser systématiquement la carte du droit judiciaire attique.⁵ Les bases idéologiques

¹ Voir L.-J. Constantinesco, *Einführung in die Rechtsvergleichung I.*, Köln, Berlin, Bonn, München, 1971, p. 113.

² Voir *Kritische Zeitschrift für Rechtswissenschaft und Gesetzgebung des Auslandes*, 1 (1829), p. 25.

³ Cité par Onorato Bucci. Voir O. Bucci, *La pretesa unità religiosa e giuridica dei popoli cosidetti indoeuropei a proposito di una recente pubblicazione*, dans *Rivista Italiana di Scienze Giuridiche*, 13 (1969), p. 348 et sqq.

⁴ Voir Bucci, *La pretesa unità*, p. 349 et p. 29.

⁵ Comme résultats de ce concours étaient publiés les ouvrages suivants : *Der attische Prozess und die Klagen bei den Attikern*, I.—II., Darmstadt, 1824-1825. Cf. A. Biscardi, *Profilo di diritto greco antico. Lezioni raccolte a cura dell'assistente L. Lepri*, Siena, 1961, p. 7 et sq.

du droit comparé reposant sur le rapport ethnique — de même qu'en ce qui concerne la plupart des représentants de la tendance de l'histoire générale du droit — remontent à la philosophie hégélienne mais également à celle de Johann Gottlieb Fichte. Comme nous l'avons déjà indiqué en analysant l'*Erbrecht* de Gans, Georg Friedrich Wilhelm Hegel analyse minutieusement dans son traité *Vorlesungen über die Philosophie der Weltgeschichte* la voie, le processus du progrès de l'humanité.

Les œuvres linguistiques et d'histoire des langues comparées de Franz Bopp et Jacob Grimm, s'appuyant en grande mesure sur les derniers résultats de la linguistique comparée, jouent un rôle sérieux dans le domaine de la philologie allemande.⁶ À l'intérieur de la dite tendance philologique apparaît à partir de sa naissance la tendance aryenne ou, en d'autres termes, la tendance indo-européenne, qui souligne l'importance de l'ethnie commune, tendance qui peut être rattachée pour sa naissance au nom de Bunsen. Ici nous n'entendons parler que des aspects philosophiques généraux de la « théorie aryenne ».

3. Nous devons souligner que les recherches orientalistes ne mènent pas nécessairement au développement d'une sorte de « théorie aryenne » dans le domaine de l'analyse juridique. Comme exemple on peut se référer à l'ouvrage de l'excellent spécialiste des droits cunéiformes, Julius Oppert, *De Iure Indorum Criminali*, publié en 1847 à Berlin, qui ne comporte aucune trace de création d'hypothèses anti-scientifiques et de recherches forcées d'analogies avec le droit romain.⁷ Ainsi, l'orientaliste allemand est plus celui qui en porte le nom que le véritable créateur de la « théorie aryenne », à la valeur scientifique douteuse — Volterra rattache en fait à la parution du livre d'Oppert ci-dessus mentionné la nouvelle tendance⁸ — et se présentant comme le résultat des recherches orientalistes. À cet égard, nous devons rappeler le livre de Karl Theodor Pütter, publié en 1846, c'est-à-dire un an avant la parution du livre d'Oppert, et où il y a de nombreuses références au droit indien. Cette tendance « aryenne », ou en d'autres termes la tendance de l'histoire générale du droit à accentuer excessivement le rôle de l'ethnie commune, représente en réalité une déviation de celle-ci.

La théorie « aryenne » ou, autrement exprimée, « indo-européenne », gagne du terrain même dans la sphère des recherches relatives directement aux diverses institutions du droit romain. Ce gain de terrain est excellemment illustré par l'ouvrage de August Rossbach intitulé *Untersuchungen über die römische Ehe* (Stuttgart, 1853). Dans la partie de « droit comparé » du livre l'auteur soumet à l'analyse les droits indien, grec et germanique en examinant les différents modes de conclusion du mariage.

Dans la première partie de son ouvrage Rossbach souligne déjà que la *manus* caractérise partout la situation des femmes des peuples indo-européens. Comme il écrit : « *Die hausherrliche Gewalt und mit ihr die Manus ist so alt wie die erste indogermanische Familie* ». ⁹

⁶ Voir A. F. Schnitzer, *Vergleichende Rechtslehre*, 1961², p. 13 et sq.

⁷ Gilson écrit à juste titre : «... M. Oppert joint la plus scrupuleuse conscience... ». Voir J. Gilson, *L'Étude du droit romain comparé aux autres droits de l'Antiquité*, Paris-Strasbourg, 1899, p. 28.

⁸ Voir E. Volterra, *Diritto romano e diritti orientali*, Bologna, 1937, p. 27.

⁹ Voir A. Rossbach, *Untersuchungen über die römische Ehe*, Stuttgart, 1853, p. 37.

Selon l'opinion de Rossbach, la conclusion du mariage repose essentiellement sur les mêmes bases dans ces différents droits. Et bien que, comme il l'écrit, il n'y ait pas de données historiques dignes de foi à ce propos, et que tout cela ne soit qu'une hypothèse (*sic* ! G.H.), l'affirmation repose tout de même sur des analogies indubitables.¹⁰ Le savant allemand explique la possibilité ou plus précisément la raison d'être de la comparaison par la parenté des peuples indo-européens et par le maintien de liens étroits, ce que renforce encore la supposition du « *derselbe Entwicklungsgang* ».¹¹

4. La fonction du droit romain est différente dans l'*Ancient Law* de Sir Henry Sumner Maine.¹² De cet échange de rôles ou de fonctions il résulte — si on le confronte avec le livre de Rossbach — que pour Maine le droit romain est l'un des « *ancients laws* ». Maine, qui a commencé sa carrière comme romaniste, a une haute estime pour le droit romain, ou plus précisément pour la *jurisprudence romaine*. Cela est prouvé même par le texte cité ci-dessous extrait de sa première étude, *Roman Law and Legal Education* : « *We are driven to admit that the Roman Jurisprudence may be all that its least cautious encomiasts have ventured to pronounce it, and that — the language of conventional panegyric may even fall short of the unvarnished truth.* »¹³ L'importance du droit romain réside fondamentalement en ce que, ayant atteint le plus haut degré du développement, il sert d'orientation à tous les droits modernes.¹⁴

Dans son ouvrage, Maine — inspiré surtout par les résultats de la linguistique comparée épanouie à cette époque — limite l'examen comparé à la sphère des peuples indo-européens ou autrement dits aryens. Il fait des recherches presque uniquement sur la base des sources écrites, en limitant ses examens au droit romain et en moindre mesure au droit anglais, en se référant selon les cas au droit grec ou au droit indien.¹⁵ Dans le domaine de l'examen des soi-disants *Ancient Codes*, la Loi des XII Tables, La Loi de Solon et les Lois de Manu sont dans l'ensemble décrites avec la même importance. Le fait que le droit romain soit — à l'opposé par exemple du droit indien — le produit d'une société dite typiquement progressiste (« *typical progressive society* »¹⁶) ne change pas cette identité d'importance.

5. Pendant les deux dernières décennies du XIX^e siècle, on voit se formuler l'exigence de la reconstruction de « l'*Urrecht* » indo-européen. L'auteur de la *Graeco-italische Rechtsgeschichte*, Burkard Wilhelm Leist, qui traite dans cet ouvrage des diverses institutions des droits antiques *les unes à côté des autres*, ce qui relègue à l'arrière-plan la comparaison juridique, la mise en lumière des traits parallèles et la reconnaissance des différences, se charge de reconstruire le « *ius gentium* » et le « *ius civile* » aryens. (*Alt-arisches Ius gentium*, I.—II.,

¹⁰ Voir Rossbach, *Untersuchungen*, p. 192.

¹¹ Voir Rossbach, *Untersuchungen*, p. 198.

¹² Le titre complet de cet ouvrage : *Ancient Law : Its Connection with the Early History of Society and its Relations to Modern Ideas*, London, 1861.

¹³ Voir *Roman Law and Legal Education*, Cambridge Essays, London, 1856, p. 29.

¹⁴ Voir P. Stein, *Legal Evolution. The Story of an Idea*, Cambridge, 1980, p. 86 et sq.

¹⁵ Son séjour en Inde constitue la source de sa connaissance du droit indien. Voir Stein, *Legal Evolution*, p. 92.

¹⁶ Voir Maine, *Ancient Law*, p. 13 et sq.

1889 et *Alt-arische Jus civile*, I.—II., 1892). La volonté de souligner la communauté ethnique indo-européenne explique pourquoi Leist ne s'occupe pas — en empruntant sans aucune critique la méthode de la linguistique comparée — des institutions des peuples sémites, hamites et autres. Comme le titre des ouvrages l'indique, Leist se sert, au cours de la reconstruction de l'ancien droit aryen, de la terminologie du droit romain.

L'expansion de la théorie de Leist concernant la recherche des racines du droit romain dans le droit des peuples aryens explique le fait que même Rudolf von Jhering, faisant des études comparées au cours des dernières années de sa vie, suit essentiellement cette tendance dans son traité posthume : *Vorgeschichte der Indoeuropäer*.¹⁷ Nous voudrions souligner que nous ne saurions avoir pour tâche la mise en lumière minutieuse des rapports entre Jhering et le droit comparé.¹⁸ Dans ce domaine nous nous contentons de constater que Jhering, en critiquant la tendance dogmatique de la science du droit romain, souligne une sorte de caractère instrumental de ce droit, ce qui signifie, selon la formulation de Wilhelm, que le droit est cherché par Rudolf von Jhering dans le droit romain.¹⁹ C'est de cette façon que Jhering devient le précurseur de l'École appelée « comparaison juridique fonctionnelle » dont les fondateurs au XX^e siècle seront Ernst Rabel et Edouard Lambert.²⁰

Jhering reconnaît d'ailleurs clairement la particularité de la manière de voir des romains qui peut être exprimée pour le mieux par leur « *Alles, was Rom ist, erwirbt und leistet, verdankt es sich selbst und seiner Kraft; alles wird gemacht und organisiert, in allem ist Planmässigkeit, Absicht, Berechnung (...) Nichts wird von aussen entlehnt mit Ausnahme des Völkerrechts; Staat, Recht, Religion, alles produziert Rom aus sich heraus.* »²¹ Ce détachement caractéristique des romains explique peut-être que cet ouvrage de Jhering donne à plusieurs égards de l'importance à la comparaison juridique.

L'aspect critique de Jhering, relatif au droit positif, s'entrelace avec l'attitude historique qui caractérise dans une si large mesure ses ouvrages. Le changement indispensable du droit positif — dont la base est chez Jhering le « *Zweckdenken* »²² suppose l'analyse du droit sur des bases historiques. L'analyse du caractère historique — ou selon Bierling, l'observation du soi-disant *Kausalitätsgedanke* — joue un rôle décisif²³, s'étendant à la fois aux influences intérieures et extérieures. Dans la sphère des influences extérieures — au sujet du développement du droit — on procédera à l'analyse du droit des

¹⁷ R. Jhering, *Vorgeschichte der Indoeuropäer*, Aus dem Nachlass hrsg. von V. Ehrenberg, Leipzig, 1894.

¹⁸ Zweigert s'occupe d'une façon détaillée du rapport entre Jhering et la méthode comparative. Voir K. Zweigert, *Jherings Bedeutung für die Entwicklung der rechtsvergleichenden Methode*, In: Jherings Erbe. Göttinger Symposium zur 150. Wiederkehr des Geburtstages von Rudolf von Jhering, Göttingen, 1970, p. 238 et sqq.

¹⁹ Voir W. Wilhelm, *Das Recht im römischen Recht*. In: Jherings Erbe. Göttinger Symposium zur 150. Wiederkehr des Geburtstages von Rudolf von Jhering, Göttingen, 1970, p. 230 et sqq.

²⁰ Voir M. Rheinstein, *Einführung in die Rechtsvergleichung*, München, 1987², p. 44.

²¹ Voir R. Jhering, *Geist des römischen Rechts auf den verschiedenen Stufen seiner Entwicklung I.*, Leipzig, 1852–1865, p. 93.

²² Voir W. Fikentscher, *Methoden des Rechts in vergleichender Darstellung*, III., Tübingen, 1975, p. 277. Cf. encore F. Wieacker, *Jhering und der „Darwinismus“*, In: Festschrift für K. Larenz, München, 1973, p. 77 et sqq.

²³ Voir E. R. Bierling, *Juristische Prinzipienlehre V.*, Tübingen, 1894–1917, (réimpression Scientia, Aalen 1961), p. 35, n. 26.

peuples et des États qui ont pu exercer une influence sur le développement du droit en question. Chez Rudolf von Jhering, la conception de la « spontanéité intérieure » est remplacée par celle de la « causalité extérieure ».²⁴ L'examen des impulsions extérieures amène Jhering à analyser, lors de la rédaction de l'histoire du droit (« *Entwicklungsgeschichte des römischen Rechts* »), le droit de « l'*arisches Muttervolk* ».²⁵

L'épine dorsale de la *Vorgeschichte der Indoeuropäer* est constituée par l'analyse du droit, des habitudes de la « communauté originaire indo-européenne » (Jean Gaudemet).²⁶ La mesure de l'accentuation des traditions aryennes peut être caractérisée par le fait que Jhering ne tient compte des traditions juridiques des peuples sémites (Babyloniens, Phéniciens, Carthaginois) que dans la mesure où celles-ci ont été transmises aux romains par l'intermédiaire de peuples aryens.

Les imperfections de l'ouvrage ne résultent pas en dernier lieu du fait que Jhering ne réussit pas à le terminer. Sur ces imperfections Ehrenberg attire l'attention²⁷ dans la préface de l'ouvrage posthume édité par lui. Il indique que la révélation précise du droit du « peuple-mère aryen » constitue une tâche impossible puisque ce droit ne s'inscrivait pas encore dans les cadres d'un État.²⁸

Pour Jhering, le droit romain joue un rôle décisif même dans le domaine de la comparaison reposant sur des bases ethniques. Cela est montré par le fait que l'examen du droit archaïque des peuples indo-européen devient nécessaire du seul fait que Jhering souhaite écrire l'histoire du développement du droit romain. En effet, la *Vorgeschichte der Indoeuropäer* — comme nous l'avons déjà indiqué ci-dessus — est faite sous une forme conçue pour devenir la partie introductive d'une étude destinée à représenter l'histoire du développement du droit romain.²⁹ La théorie aryenne dans l'ouvrage de Jhering — comme base de la comparaison — constitue un moyen servant à inventorier l'histoire du droit romain.

La tendance aryenne, dont la base est avant tout philologique, survit et exerce son influence effective également au cours du XX^e siècle. L'accentuation du passé indo-européen commun permet à Amaduni, spécialiste du droit arménien, de faire la comparaison entre l'État arménien et l'État romain de l'époque du *regnum*.

6. En partant du passé indo-européen commun où le commencement de la linguistique est manifeste, Garabed Amaduni fait le parallèle entre l'État arménien organisé sur la base archaïque clanique et l'État romain de l'époque de la monarchie. À son avis, l'ethnie indo-européenne commune constitue le

²⁴ Voir Bierling, *Juristische Prinzipienlehre V.*, p. 36. et sqq.

²⁵ Voir la préface de Ehrenburg à l'ouvrage *Vorgeschichte der Indoeuropäer* de Jhering, *Vorgeschichte*, p. I.

²⁶ Voir J. Gaudemet, *Organisme et évolution dans la conception de l'histoire du droit chez Jhering*, In: *Jherings Erbe. Göttinger Symposium zur 150. Wiederkehr des Geburtstages von Rudolf von Jhering*, Göttingen, 1970, p. 141.

²⁷ Concernant l'évaluation de cet ouvrage de Jhering cf. encore Bucci, *La pretesa unità*, p. 351, n. 30.

²⁸ Voir Jhering, *Vorgeschichte*, p. IX.

²⁹ Selon Fikentscher l'ouvrage *Vorgeschichte der Indoeuropäer* appartient au domaine de l'anthropologie juridique ou — peut être — à la sphère de la sociologie historique. Voir Fikentscher, *Methoden des Rechts*, III., p. 250.

fondement des diverses institutions parallèles du droit romain et du droit arménien. Comme il écrit : « *Fra il diritto romano et quello armeno vi fu certo un fondo comune, di provenienza etnica comune indo-europea (...). Un fondo commune tra due diritti fu l'identità etnica* ». ³⁰

L'accentuation de l'ethnie commune constitue une base d'analyse, et cela pas uniquement dans l'examen des institutions semblables de plusieurs droits. L'ethnie commune joue un rôle très considérable, même dans le domaine de la recherche des institutions du droit romain. Dans l'Allemagne des années 1930, l'accentuation de l'ethnie commune dans les recherches sur le droit romain acquiert un contenu directement politique. Pour écarter l'accusation de l'individualisme énoncée à propos du droit romain, Ernst Schönbauer en accentue d'autant plus fortement la dite *Gemeinschaftsbezogenheit*. ³¹ Ensuite, il s'efforce de rapprocher le droit romain du droit germanique dont les qualités « positives » offrent une protection adéquate pour le droit le plus développé du monde antique. Le moyen de ce rapprochement est la référence à la « *indogermanische Blutsverwandschaft* ». ³²

7. Dans son rapport, Ernst Schönbauer cherche à prouver que l'intérêt de la communauté jouit nécessairement d'une priorité chez les Romains — au moins jusqu'à l'époque du Principat — face à l'intérêt individuel. En outre, les communautés romaines sont les soi-disant *Führungsgemeinschaften*, qui impliquent déjà en elles-mêmes une sorte de garantie de la prise en considération de l'intérêt de la communauté. La défense du droit romain face au nouveau système politique qui le considère comme un droit « cosmopolite » — c'est ici que nous renvoyons au point 19 du programme du parti nazi de 1920 qui sera encore analysé plus tard dans la sphère de l'« *antike Rechtsgeschichte* » — motive considérablement la référence aux arguments reposant sur l'« *indogermanische Blutsgemeinschaft* ». Des arguments de nature semblable se trouvent — à vrai dire sans la mention de l'ethnie commune — même dans l'étude de Max Kaser intitulée *Römisches Recht als Gemeinschaftsordnung*, publiée en 1939. ³³ Il faut mentionner encore que les arguments de Schönbauer ne sont pas reconnus par les germanistes (ni par Schwerin), qui continuent à se référer à la différence majeure entre le droit germanique et le droit romain. ³⁴

C'est donc sur la base de l'ethnie que la théorie réunit les droits de certains peuples parents ou estimés parents. D'autre part, cette théorie aryenne, motivée politiquement, « se développe » jusqu'à nier la possibilité d'une

³⁰ Voir G. Amaduni, *Influsso del diritto romano giustiniano sul diritto armeno e quantità di tal influsso*. In: Acta Congressus Iuridici Internationalis, II, Roma, 1935, pp. 244 et 257.

³¹ Voir E. Schönbauer, *Zur Erklärung der „lex metalli Vipascensis“*, ZSS (Rom. Abt.) 46 (1926) p. 181 et sqq., idem, *Untersuchungen zum römischen Staats- und Wirtschaftsrecht*, ZSS (Rom. Abt.) 47 (1926) p. 264 et sqq., idem, *Studien zum Personalitätsprinzip in antiken Rechten*, ZSS (Rom. Abt.) 49 (1929) p. 345 et sqq. et idem, *Zur Frage des Liegenschaftserwerbs im Altertum*. In: Atti del IV Congresso Internazionale di Papirologia, Milano, 1936, p. 195 et sqq.

³² Schönbauer formule cette pensée au *Deutscher Rechtshistorikertag* qui s'est tenu en l'an 1936. Voir H. Conrad-G. Dulckeit, *Bericht über den 5. Deutschen Rechtshistorikertag in Tübingen vom 12-15. October 1936*, ZSS (Rom. Abt.) 57(1937) p. 539 et sqq.

³³ M. Kaser, *Römisches Recht als Gemeinschaftsordnung*, Münster, 1939. Concernant l'évaluation de cet ouvrage voir M. Stolleis, *Gemeinwohlformeln im nationalsozialistischen Recht*, München, 1973, pp. 35-37.

³⁴ Cf. Stolleis, *Gemeinwohlformeln*, p. 35.

comparaison entre les droits de peuple sans rapport ethnique les uns avec les autres. C'est sur cette base que Schönbauer rejette la comparaison entre le droit germanique et le droit romain.³⁵ La conception de Schönbauer est vivement critiquée par Koschaker selon lequel on ne doit pas attribuer à la race une importance particulière dans la sphère des recherches en histoire du droit.³⁶ Dans l'examen des droits antiques le soi-disant *Kulturkreis*, qui n'est pas en premier lieu de racine ethnique, ne fournit aucune explication sur le cautionnement, connu dans les droits germaniques, slave, grec et babylonien — écrit Paul Koschaker. Dans les recherches sur l'histoire concrète des institutions, l'observation du rapport ethnique se présente évidemment aussi sans racisme politiquement motivé. Ainsi, par exemple, dans son étude analysant la notion de la culpabilité et du préjudice dans l'Antiquité, Slavomir Condanari-Michler parle du « *arisches Prinzip der Verschuldenshaftung* » et de « *semitische Erfolgshaftung* ».³⁷

8. C'est ici que nous mentionnons que Franz Bernhöft a reconnu dès les années 1880, dans ses études sur l'histoire du droit de famille, la valeur fortement relative du rapport ethnique.³⁸ En reconnaissant l'importance du rapport reposant sur la base non ethnique, il écrit : « *Basken und Magyaren stehen uns in ihren Sitten und ihrem Recht viel näher als die indogermanisch sprechenden Inder* ».³⁹

La théorie du droit indo-européen commun exerce son influence, pendant la seconde moitié du XX^e siècle, surtout dans le domaine des recherches du droit romain archaïque. Les représentants de cette théorie identifient les institutions du droit romain, que l'on ne peut pas reconstituer aujourd'hui, aux institutions connues sur la base des sources originaires du droit de chacun des peuples indo-européens. Raymond Bloch est d'avis que, lors de la reconstruction des diverses institutions de l'ancien droit romain, l'analyse comparée des droits des peuples indo-européens est indispensable. Bloch tient non seulement pour opportun mais, expressément, pour nécessaire l'examen comparé. Il s'exprime ainsi : « les problèmes qui se posent, divers dans le monde du plus ancien droit romain doivent (...) être envisagés en comparaison avec ce qui se passe à la haute époque, chez les peuples indo-européens. »⁴⁰

Quant au fond, l'une des variantes de la conception de la soi-disante *communauté de sort* (*Schicksalsgemeinschaft*) est la théorie de l'unité italo-celtique, « laquelle limite à un territoire plus étroit, notamment à la sphère des peuples vivant sur la péninsule italienne, le droit d'origine commune. » La théorie de « l'unité italo-celtique », marquée par le nom de Paul Jules Antoine Meillet,⁴¹ est la version nuancée et plus fine de la conception primaire d'un droit indo-européen commun se présentant au sein de l'unité indo-européenne, car

³⁵ Schönbauer, *Zur Frage des Liegenschaftserwerbs*, cit.

³⁶ P. Koschaker, *Was vermag die vergleichende Rechtswissenschaft zur Indogermanenfrage beizusteuern?*, In: Festschrift für F. Hirt I., Heidelberg, 1936, p. 147.

³⁷ S. Condanari-Michler, *Über Schuld und Schaden in der Antike*, In: Scritti C. Ferrini III, Milano, 1948, p. 28 et sq.

³⁸ Voir F. Bernhöft, *Zur Geschichte des europäischen Familienrechts*, I.: *Stand der Frage*, Zeitschrift für Vergleichende Rechtswissenschaft, 8 (1889), pp. 160-221.

³⁹ Bernhöft, *Zur Geschichte*, I., p. 19.

⁴⁰ R. Bloch, *Réflexions sur le plus ancien droit romain*, In: Studi G. Grosso I., Torino, 1968, p. 233.

⁴¹ Voir Bloch, *Réflexions*, p. 234.

elle souligne la nécessité de la stratification, du groupement conformément au territoire.

La conception d'un droit « préhistorique » se présentant sous la forme d'un droit indo-européen commun — dans ce cas abstraction faite de son contenu éventuellement politiquement rétrograde (cf. Schönbauer) — est erronée parce qu'elle suppose nécessairement un progrès historique homogène.

9. Edoardo Volterra estime que la supposition d'un soi-disant droit préhistorique est de valeur relative. En outre, il considère que cette supposition est directement nuisible du point de vue de la reconstruction des diverses institutions du droit romain, puisque cette hypothèse est bâtie sur le sol mouvant du développement uniformisé de l'histoire du droit de tous les peuples de l'Antiquité.⁴²

En laissant de côté les voies de développement historique différant entièrement les unes des autres, Georges Dumézil compare la *confarreatio* et l'*usus* connus chez les romains avec les divers rites de mariage habituels en Inde et croit découvrir une identité entre les institutions des deux droits se développant sur une même base tout en différant l'une de l'autre.⁴³ Le représentant de la théorie affirmant l'identité des formes de la célébration du mariage dans les deux droits est Giacomo Devoto, mais il « révèle » uniquement les parallèles de la *confarreatio* et de la *coemptio* dans le droit indien, et sa théorie est du reste loin d'être homogène.⁴⁴

Les ouvrages inspirés par la comparaison juridique, fondés sur le rapport ethnique jugent différemment le poids du droit romain. Il est vrai que dans les études de Bunsen et d'Oppert le déplacement du centre de gravité découle du caractère du thème traité alors que le droit romain ne remplit quasiment qu'un rôle de *tertium comparationis*.

10. En revanche, dans l'ouvrage de Rossbach, examinant le mariage romain, l'analyse reposant sur le droit romain est complétée, élargie, par un coup d'œil sur le droit des peuples aryens. Maine suit aussi avec une attention particulière le droit romain et ainsi, les institutions du droit romain sont confrontées de manière décisive avec l'analyse de l'*Ancient Law*. La circonstance que Sir Henry Sumner Maine suive avec attention les thèses et les traditions des droits grec et indien n'y change rien. Le rôle de l'hypothèse est encore relativement minime chez lui. L'analyse des droits antiques restant en dehors du droit romain joue chez Jhering de manière presque déclarée une fonction-outil. On peut constater qu'au XIX^e siècle le droit romain maintient son importance centrale dans cette tendance de la recherche. Par conséquent, on ne peut dans l'ensemble qu'observer l'élargissement considérable du terrain de l'analyse. C'est vraiment une réaction aux aspects de l'École historique — restant réfractaire à la comparaison — qui s'affirme selon les tendances.

11. La tendance ethnique, reposant sur les résultats de la linguistique comparée, survit. Dans des circonstances historiques spéciales cette tendance

⁴² E. Volterra, *Istituzioni di diritto romano*, Roma, 1961, p. 330.

⁴³ G. Dumézil, *La religion romaine archaïque, suivi d'un appendix sur la religion des Etrusques*, Paris, 1966, p. 585 et sq.

⁴⁴ G. Devoto, *Origini indoeuropee*, Firenze, 1962, p. 323.

de la recherche gagne encore un contenu politique — illustré en premier lieu par les ouvrages de Schönbauer — motivée en partie par l'effort de *légitimation*, ou en d'autres termes, de défense du droit romain. La théorie aryenne à contenu politique conduit en dernier lieu à un rétrécissement considérable du terrain des analyses comparées — bien qu'elle mette en relief le rôle éminent du droit romain — car elle exclut les droits des peuples non aryens de la sphère des analyses possibles.

Dans le domaine des recherches relatives au droit romain archaïque, y compris dans les dernières décennies du XX^e siècle (voir les ouvrages de Devoto, Dumézil, Bloch et Meillet), on retrouve cette théorie mais parfois dans une forme restreinte au seul territoire de l'Italie. « L'Unité italo-celtique » n'est qu'une variante de la tendance ethnique — quant à l'*origo*, cette conception est aussi de nature philologique.

Recibido el 11 de enero de 2015. Aceptado el 14 de febrero de 2015