

REVUE D'HISTOIRE

DES FACULTÉS DE DROIT
ET DE LA CULTURE JURIDIQUE

LECTURES DE... N° 4 :

*LE SENS DES LOIS,
HISTOIRE DE L'INTERPRÉTATION
ET DE LA RAISON JURIDIQUE*
(Bruylant, 3^e éd., 2011),

de BENOIT FRYDMAN

Journée d'étude organisée le 16 mars 2018 à l'université
Panthéon-Assas (Paris II), textes mis en ligne le 15 mars 2022.

Pour citer cet article : Aldo Schiavone, « B. Frydman et les juristes
romains », *Revue d'histoire des Facultés de droit*, 2022, Hors série *Lectures
de... n° 4 : Le sens des lois, histoire de l'interprétation et de la raison juridique*
(Bruylant, 3^e éd. 2011), de Benoît Frydman, p. 7-12.

En ligne sur :

[https://univ-droit.fr/docs/contributions/3437310/2-rhfd-
lectures-de-n-4-b-frydman-le-sens-des-lois-par-a-schiavone.pdf](https://univ-droit.fr/docs/contributions/3437310/2-rhfd-lectures-de-n-4-b-frydman-le-sens-des-lois-par-a-schiavone.pdf)

B. FRYDMAN ET LES JURISTES ROMAINS

Aldo SCHIAVONE
Professeur de droit romain,
Université “La Sapienza” (Rome)

1. Je veux commencer par dire que le livre dont nous sommes amenés à discuter aujourd’hui est un travail important, qui mérite pleinement le succès qu’il reçoit. Puisque je m’occupe de droit romain et donc d’Antiquité, il m’a été accordé de prendre la parole le premier, et j’ai voulu partir d’une affirmation et d’un jugement très clairs et très nets – qui n’ont pas besoin d’être interprétés – et qui, j’en suis certain, seront partagés par tous ceux qui interviendront après moi. J’espère ainsi avoir contribué à donner d’emblée le ton juste pour notre journée.

Et pourtant, la lecture de ce livre a également suscité en moi une certaine souffrance – même s’il s’agit d’une sensation à laquelle je suis malheureusement habitué depuis longtemps. Cette lecture m’a aussi rappelé que les leçons d’humilité et de modestie ne sont jamais trop nombreuses – non pas tant pour moi personnellement (même si on en a toujours besoin), que pour la discipline que je pratique depuis plus de cinquante ans : je veux dire pour l’histoire du droit romain. En effet, dans une recherche consacrée à « l’histoire de l’interprétation et de la raison juridique » des Grecs jusqu’à nous, les juristes romains – par lesquels tout a commencé – sont complètement absents : y sont consacrées moins de douze lignes au total ; ils sont traités comme un objet tout à fait négligeable, surtout parce qu’ils « ne nous ont laissé aucun traité d’interprétation »¹ (observation, par ailleurs, absolument vraie). Comment cela est-il possible ?

¹ B. Frydman, *Le sens de lois. Histoire de l’interprétation et de la raison juridique*, Bruxelles, 2011, 6^e éd. 2016, p. 44.

Je me suis alors rappelé les grands textes des juristes romains sur l'interprétation – sur l'interprétation de normes fondamentales dans l'histoire de Rome et de la civilisation juridique occidentale : de la loi des XII tables, des *leges publicae* – par exemple de la *lex Aquilia*, ou des lois d'Auguste sur le mariage – ou du *ius civile*, ou de l'édit du préteur, ou des *constitutiones principum*. J'ai revu les débats, imprégnés de théorie et d'expérience de terrain, à travers lesquels, entre l'époque de Labeon et celle d'Ulprien, les juristes romains se sont confrontés aux fondements de l'admissibilité de l'interprétation analogique – *pro portione* dans la langue des auteurs du II^e siècle – pour favoriser l'élargissement et la croissance de l'ordre juridique – du *ius civile* comme du *ius honorarium* – sans la nécessité de recourir à chaque fois à une intervention du préteur, des assemblées populaires ou du prince² ; et je me suis souvenu des pages et des pages que nous historiens du droit avons consacrées pour chercher à remettre au grand jour la signification politique, et pas seulement épistémologique, cachée dans les replis de ce débat, qui s'est prolongé durant plus d'un siècle (nous aussi, hélas, nous avons lu Foucault – mais en vain, à ce que je constate).

Je me suis souvenu de Servius Sulpicius Rufus, quand il écrit que « la réponse juridique est entièrement dans l'interprétation du cas » (*respondit in causa ius esse positum*)³, ou quand il déclare : *respondit non oportere ius civile calumniari neque verba captari, sed qua mente quid diceretur, animadvertere convenire*, (« qu'il ne fallait pas faire un usage abusif du droit civil, ni user des mots de manière captieuse, mais qu'il convenait de déterminer dans quel esprit une disposition était adoptée »)⁴ qui, en quelque sorte, clôt un débat entre rhétorique et pensée juridique qui avait impliqué au moins deux générations de savants. Et je me suis rappelé aussi de Sextus Pedius, quand il écrit que *quotiens lege aliquid unum vel alterum introductum est, bona occasio est cetera, quae tendunt ad eadem utilitatem vel interpretatione vel certe iurisdictione suppleri* (« toutes les fois que tel ou tel cas est traité par la loi, c'est l'occasion pour que les autres cas, qui tendent à la même utilité, soient intégrés, ou bien par l'interprétation des juristes, ou bien par la juridiction du

² ... *utrum id contractus genus pro portione emptionis et venditionis est* : Cels., 3 dig. en D.12.4.16.

³ Alf., 2 dig., en D.9.2.52.2.

⁴ Paul., 4 *epit. Alf.*, en D.10.4.19.

magistrat »)⁵, où est tracé un programme de collaboration entre magistrats et juristes, destiné à marquer une époque et à élaborer un modèle qui allait résister jusqu'à la modernité, encore présent dans la réflexion de Domat et de Savigny ; sans parler de Javolenus, quand il dit avec une exaspération sceptique authentique mais unilatérale que « toute définition est dangereuse dans le droit civil ; en effet, il est bien rare qu'elle ne puisse être renversée » (*omnis definitio in iure civili periculosa est : parum est enim, ut non subverti potest*)⁶ ; ou encore de Neratius qui, presque à la même époque, mais sur un versant opposé d'un point de vue théorique, affirmait que *in omni parte error in iure non eodem loco quo facti ignorantia haberi debet, cum ius finitum et possit esse et debeat, facti interpretatio plerumque etiam prudentissimos fallat*⁷ – un authentique monument de rationalisme juridique et de dogmatisme conceptuel ; ou de Iuventius Celsus quand, quelque temps plus tard, d'une position encore différente, il écrivait avec fureur que *incivile est nisi tota lege perspecta una aliqua particula eius proposita iudicare vel respondere*⁸ – un manifeste d'interprétation structuraliste *ante litteram* d'une rare efficacité ; ou enfin d'Ulpien quand, dans le célèbre *incipit* de ses *Institutiones*, utilisé par les compilateurs de Justinien pour ouvrir le *Digeste*⁹, il affirmait, quoiqu'avec une pointe de nicomédisme, que l'interprétation des juristes – *sacerdotes iuris* – était la seule à pouvoir juger de la légitimité substantielle – de la conformité au *ius* – des actes législatifs du prince, bien que celui-ci soit considéré *legibus solutus*¹⁰ : et ici, dans cette dialectique, on retrouve toute l'histoire de l'État moderne, condensée comme dans un foudre.

Mais non, rien de tout cela ne m'apparaît à la lecture : de l'histoire perdue. Pourtant, le livre de Frydman est un travail appuyé sur les sources et une robuste culture, plein de doctrine et d'idées, avec des passages d'importance absolue. Je répète donc : comment cela est-il possible ? Et comment est-il possible, par exemple, que ne soit cité aucun écrit d'un historien du droit romain, si ce n'est datant de presque cinquante ans ? Avons-nous donc gâché nos vies ?

⁵ Ulp., 1 *ad ed. aed. cur.*, en D.1.3.13.

⁶ Jav., 2 *ep.*, en D.50.17.202.

⁷ Ner., 5 *membr.*, en D.22.6.2.

⁸ Cels., 9 *dig.*, en D.1.3.24.

⁹ Ulp., 1 *inst.*, en D.1.1.1.1.

¹⁰ Ulp., 13 *ad leg. Iul. Et Pap.*, en D. 1.3.31 ; mais cf. aussi Ulp., 1 *inst.*, en D.1.4.1.

2. Jusqu'ici, la souffrance, comme je le disais. Mais ensuite, voilà la leçon d'humilité et de modestie. Il est impossible que la responsabilité de ce vide revienne à Benoît Frydman. La faute est uniquement et entièrement la nôtre. Une autre vérité s'impose, comme la seule possible. Si, dans un livre important d'un chercheur brillant et attentif comme celui dont nous parlons, consacré à l'histoire de l'interprétation, la pensée juridique romaine est complètement absente, c'est simplement dû au fait que la tradition des études de droit romain n'est pas parvenue, durant tout le XX^e siècle, à construire et à faire passer hors du cercle étroit des spécialistes une image un peu plus forte et persuasive de ce qu'a vraiment été la jurisprudence romaine, de ses acquis théoriques, la manière dont elle a travaillé, ses horizons intellectuels et les arrière-plans politiques qui l'animaient. Telle est la réalité, et il ne nous reste, à nous, historiens du droit romain, qu'à l'accepter pour ce qu'elle est. L'absence des juristes anciens dans un livre comme celui de Frydman dénonce, avec une évidence qui ne cesse de m'impressionner, la crise de toute une discipline. Si les études de droit romain sont aussi négligées, même par les savants qui devraient se sentir les plus proches de nous, c'est parce que nous n'avons pas réussi à leur parler avec une voix qui sache se faire entendre ; nous ne sommes pas parvenus à insérer nos recherches à l'intérieur de la culture de notre époque : historiographique, philosophique, juridique ; nous avons échoué à raconter des histoires crédibles. Dans le livre de Frydman, comme je le disais, l'historiographie sur le droit romain des quarante-cinq dernières années est complètement ignorée : un silence qui sonne à mes oreilles comme la pierre tombale refermée sur toute une tradition.

3. En réalité, la pensée juridique romaine – toute la pensée juridique romaine – ne naît pas autrement que comme une longue et consciente activité d'interprétation. Interprétation d'elle-même avant tout, de sa tradition la plus reculée, conservée à travers une mémoire orale tenace ; interprétation autoptique, pourrions-nous dire : on interprète les obscures paroles des *mores*, les rituels très anciens de la cité à ses origines, pour en tirer des indications et des règles pour le présent.

Puis, en pleine époque républicaine, on développe la confrontation entre deux paradigmes : le paradigme, appelons-le

ainsi, « démocratique » de la *lex*, de la *lex publica* qui ramenait à la primauté des assemblées populaires ; et le paradigme « aristocratique » du *ius*, qui ramenait aux connaissances exclusives et toujours plus spécialisées d'un groupe réduit de savants appartenant aux grandes familles de la noblesse. Et, de nouveau, le problème qui se pose concerne toujours et uniquement l'interprétation : interprétation ritualiste et formaliste du *ius* le plus ancien, et interprétation plus souple des *leges publicae* et des édits des préteurs. Et c'est justement ces deux modèles alternatifs qui ont conduit à la mise en place des deux plus importantes structures normatives du droit romain : le *ius civile* et le *ius honorarium*.

Quand ensuite, à partir de la fin du II^e siècle av. J.-C., la pensée juridique romaine allait passer de l'oralité à l'écriture, le genre littéraire qui bientôt allait devenir dominant fut, précisément, celui du commentaire, et donc de l'interprétation des textes reçus de la tradition : toute nouveauté – même la plus radicale et la plus innovante, comme celle de l'invention d'un droit formel et abstrait (au sens de Hegel, de Weber et de Kelsen) – allait être introduite par la forme transversale du commentaire, et de l'interprétation du passé.

Les commentaires lemmatiques de l'édit et du *ius civile*, écrites par les juristes de l'époque du principat – de Labeon, de Sabinus, de Pedius, de Pomponius, de Paul, d'Ulpien – que nous pouvons reconstituer à partir des fragments qui nous sont parvenus à travers le *Digeste* de Justinien, sont celles-là, dans leur ensemble, les grands traités romains sur l'interprétation juridique. Et ce sont leurs techniques d'argumentation qui sont devenues le laboratoire où s'est formée et développée la pensée juridique moderne, sur la base d'un savoir qui n'était pas moderne.

Dans la deuxième partie du livre de Frydman se trouvent des pages très belles et notables sur ce qu'il appelle « la science des modernes »¹¹. Eh bien, cette science, quand elle se référait au droit, était entièrement construite sur des matériaux et des catégories romaines. L'individualisme moderne – même quand il se reflétait chez ses critiques les plus précoces et géniaux, comme Spinoza – s'est construit avant tout selon un paradigme juridique, plutôt et

¹¹ *Les sens des lois, op. cit.*, p. 229.

avant que politique, économique ou sociologique : mais cette création aurait été impossible sans la pensée romaine.

Et c'est ce que nous, aujourd'hui, nous avons encore à demander au droit romain : non pas tant, bien sûr, des modèles valables pour notre présent, mais ce que nous laisse découvrir l'histoire qui nous a permis de devenir ce que nous sommes. Sans cette histoire, je crains qu'il soit difficile de nous préparer sérieusement à l'avenir qui nous attend.