

Considerazioni su alcuni temi di storia costituzionale romana

Lo scopo di questo scritto, dedicato alla memoria di uno studioso, un maestro che ha dato contributi illuminanti alla storia del diritto pubblico romano ed indicato nuove vie di ricerca, non è di tracciare, sia pure in sintesi, un quadro completo della storiografia romanistica, ma solo di individuare alcune questioni importanti sollevate da studiosi che affermano chiare finalità rinnovatrici. In via preliminare si può dire che mentre da un lato la critica si rivolge principalmente contro la concezione ispiratrice dello Staatsrecht di Mommsen, dall'altro lato questo rimane come un riferimento inimitabile per gli storici, compresi quelli del diritto. Inoltre si deve registrare con rammarico una certa chiusura come in repubbliche separate, non solo fra storici e storici del diritto, ma anche fra studiosi della stessa disciplina, ma di nazionalità differenti. Questo non vale solo per gli storici inglesi di cui è nota la parsimonia nelle citazioni, ma ora anche per quelli di lingua tedesca nei confronti di quelli italiani, che, di solito, sono i più inclini alla conoscenza dei contributi stranieri. Si diffonde l'uso di non citare opere di grandi dimensioni, il che è giustificato per le parti in cui si espongono risultati comuni a tutta la storiografia, ma non lo è per questioni controverse discusse approfonditamente magari con conclusioni originali. (1). Veniamo appunto a tali controversie.

Cominciamo dal grande Mommsen e dal lungo saggio che è stato premesso alla ristampa in francese dello Staatsrecht, uno scritto ricco di cultura ed informazione sullo stato della scienza giuridica pubblicistica nella Germania del tempo. Nell'esaltazione del sistema mommseniano sono condannati senza eufemismi gli studiosi che hanno percorso vie diverse da quelle del grande predecessore.

(1) Il compianto De Francisci, al termine di un lungo esame del IV vol. della mia Storia (BIDR. 1966, 1-84) concludeva: "Purtroppo l'esperienza, fatta a mie spese, mi ha avvertito che queste opere di sintesi di rado vengono fatte oggetto di un esame approfondito e sono invece spesso considerate come libri di consultazione e collocati a dormire negli scaffali, finché un problema particolare non costringa a ricorrere ad essi...." Egli augurava che non sia tale la sorte riservata al frutto delle fatiche del De M. Eravamo negli anni sessanta, figuriamoci ora, nell'età in cui si lavora con il computer.

Confesso di non sentirmi affatto colpito dalla critica di essere tornato, in buona compagnia, ad una tradizione superata dal grande Mommsen, quella dominante ai suoi tempi, della visione "cronologica ed evolutiva" del diritto pubblico, od alla malfamata *Verfassungsgeschichte*, ripudiando la maggiore conquista del secolo XIX, la scienza del diritto pubblico come sistema di norme e principi dotati di una loro autonomia teorica e logica, che lo pone al di sopra e fuori della storia, capricciosa, mutevole e irrazionale(1). L'accostamento ai giuristi e pensatori tedeschi, contemporanei di Mommsen, von Gerber, Laband, Jellinek, i quali diedero vita alla scienza del diritto pubblico, superando la linea di demarcazione tra il sistema pandettistico ed il resto relegato nella storia, è puramente estrinseco. E' chiaro che essi intendevano costruire una scienza autonoma per i rapporti pubblicistici, che valeva per il presente e per il futuro(2), come i giuristi avevano fatto per il diritto privato, che era il sistema delle Pandette, nel quale si erano raccolte, come diritto vigente prima della codificazione, le decisioni tratte dalle fonti romane. Al contrario il costituirsi di una scienza del diritto pubblico non poteva essere assunto per un oggetto, che apparteneva al passato, il diritto pubblico di venti secoli prima. Inoltre mentre la Pandettistica disponeva delle fonti dei giuristi romani pervenuteci principalmente con la compilazione giustiniana, gli studiosi delle istituzioni pubbliche di Roma e del diritto che regolava i poteri dello stato e la posizione dei cittadini, non avevano nulla di simile, perchè non ci erano pervenute le opere che trattavano dal lato giuridico di queste materie e quindi nemmeno la loro sistematica, ammesso che ciò fosse possibile per uno stato che aveva un millennio di vita ed il cui assetto aveva subito mutamenti profondi. Lo sapeva bene lo stesso Mommsen, il quale nel formulare la famosa definizione del Principato proprio nello *Staatsrecht*(3).

(1) La critica è di Yann Thomas, Mommsen et l' "Isolierung" du droit, premesso alla ristampa anastatica della traduzione francese di Girard (1892), Paris 1984, nella quale, oltre questo accurato saggio e l'Avant Propos di Nicolet, sono utilmente richiamate nelle singole pagine la numerazione dell'originale.

(2) Vedi su questo le giuste considerazioni di Bleicken, *Lex publica*, Berlin-New York 1975, 13 ss.

(3) StR. II, 1, 1133; acute e giuste considerazioni in Heuss, Theodor Mommsen und die revolutionäre Struktur der römischen Kaisertum, ANRW II, 1 (1974), 78 ss.

lo rilevava apertamente : "Der römische Principat ist nicht bloss praktisch, sondern auch theoretisch eine durch die rechtlich permanente Revolution temperate Autokratie. Man wird nicht erwarten diesen schroffen Satz in der zahnen uns erhaltenen Litteratur niedergelegt zu finden; aber gelebt hat er in den Gemüthern, und wenn nicht Bücher, so ist Geschichte damit gemacht werden"(1).

Lo Staatsrecht è in realtà costruito su di una molteplicità di dati storici, fonti letterarie, epigrafiche, numismatiche, che non potevano non essere datate e valutate criticamente. L'impresa di trarre da esse un sistema di norme giuridiche, razionale e coerente in tutte le sue parti, era un'impresa sovrumana e senza speranza. Solo una personalità eccezionale e multiforme, poteva misurarsi con essa e farne lo scopo principale della sua vita di studioso, come affermano i suoi biografi. Ma è possibile ridurre la storia a sistema, magari perfino inserendo nel sistema l'immaginario ed il fantastico? Un secolo ed oltre di ricerche in questo campo ha dato una risposta negativa, come risulta non solo dalle opere, che il Thomas cita come esempio, E. Meyer, P. De Francisci, F. De Martino e J. Bleicken(1), ma da tutti gli storici del diritto romano, fra i quali vi sono scienziati di grande statura, la cui formazione culturale andava ben oltre il loro specifico campo. Nessuno in più di cento anni ha pensato di scrivere anche alla luce dei nuovi documenti venuti alla luce un nuovo Sistema del diritto pubblico romano. Forse perchè Mommsen aveva raggiunto la sommità del cielo e più in alto non era possibile spingersi? E' difficile crederlo. O piuttosto perchè la costituzione dello stato romano, come gli antichi vantavano a loro gloria era opera di molte generazioni(2) e quindi irriducibile ad un sistema... La critica a mio parere decisiva contro la cosiddetta Isolierung del diritto pubblico è però un'altra, è contro il rifiuto della storia della costituzione, come se non fosse proprio questa il fondamento essenziale di uno stato, e proprio la statuizione dei principi che lo reggono e delle istituzioni, che ne sono gli strumenti. In questo rifiuto vi è una poco comprensibile confusione di idee, che identifica la storia costituzionale con il suo funzionamento, quindi con i fatti e spesso con l'irrazionalità dei fatti. Non è così: la costituzione è

essa stessa un sistema, che è mutato più volte nel corso del tempo, cioè un complesso di regole, poi vi è la sua esperienza storica, cioè il modo del suo funzionamento. E quella romana più di tante altre offre esempi clamorosi di come, con la stessa costituzione, il potere possa essere esercitato in modo dispotico ovvero umano ed illuminato, fino a farci porre il problema se era lo stesso stato quello governato da Caligola o Nerone od al contrario da Traiano ed Adriano.. Altro che autocrazia temperata dalla rivoluzione permanente! Il punto debole nella costituzione augustea, formalmen-

(1) Thomas, scr. cit. 12

(2) Cic. de rep. 2.1.2 tratto da Catone

7 princeps

te immutata sotto i successori, consisteva nella mancanza od insufficienza dell'equilibrio dei poteri e sebbene ad essa non sia applicabile il principio *legibus solutus*, è incontestabile che l'imperator aveva una posizione preminente fondata sul potere militare, esclusivo o quasi, dato che nella ripartizione delle province con il senato, in alcune di esse vi erano poche legioni al comando di proconsoli nominati dal senato. La formula diarchica inventata da Mommsen non corrisponde alla reale soggettività del potere. Forse nemmeno la costituzione mista proposta da chi scrive definisce la natura effettiva del principato, ma almeno non spinge all'errore di considerarlo una continuazione della repubblica, come ci induce a fare la collocazione nel sistema dello *Staatsrecht* mommseniano, nel quale il princeps è considerato un magistrato. Solo l'astrazione dalla realtà può indurre a fare del magistrato l'organo fondamentale dello stato romano, come soggetto del potere derivante dal consenso del popolo, una sorta di sovranità popolare⁽¹⁾, che poi addirittura si confonde con l'opinione pubblica, interprete della quale nell'impero è il senato⁽²⁾..

In realtà il sistema dello *Staatsrecht* quanto ad impianto non differisce grandemente da quello di Bekker⁽³⁾, dal quale deriva. La diversità consiste nella qualità dell'opera, nella straordinaria padronanza di tutta la documentazione disponibile, nella geniale originalità di varie soluzioni adottate, nella capacità di descrivere la costituzione romana, che è il vero oggetto dello *Staatsrecht* e non il diritto pubblico nel suo complesso dal momento che il diritto amministrativo vi appare soltanto nella definizione delle competenze dei magistrati. Lo stesso Mommsen lo ha riconosciuto, allorché nella Prefazione alla 2a edizione del volume sul Principato (1877), cita come esempio di monografie ~~di monografie~~ necessarie per integrare l'esposizione generale le *Untersuchungen* di O. Hirschfeld sui procuratori e funzionari imperiali, divenute un classico nella materia. In tale prefazione si avverte lo sforzo

(2) StR. II, 1, 1132

(3) Vedi in senso ancora più reciso Giovannini, cit. più oltre

(1) Fra i numerosi passi, tassativo e lapidario è StR. II. 2, 749: "Wie die frühere Republik, so ruht auch der Principat auf der Volkssouveränität".. Fondamentale conferma di tale principio è citato Res Gest. 6.2, dove però la restituzione dei poteri è al senato ed al popolo. Vedi le considerazioni critiche di Bleicken, *Lex publica* Berlin-New York 1975, 28 ss.

dell'A. per far rientrare il Principato nella categoria sistematica della magistratura. In modo sorprendente egli afferma che il diritto repubblicano dello stato romano era stato esposto scientificamente ed anche raccolto sistematicamente, mentre il principato non avrebbe trovato il suo giusto posto in questo sistema. Che di opere repubblicane di tal genere siano esistite è indubbio, ma ci sono giunti solo frammenti, insufficienti per una ricostruzione sistematica. Nelle opere di Cicerone, pervenuteci non senza lacune, il *de republica* ed il *de legibus*, sarebbe ardito vedere una trattazione scientifico-sistematica del diritto pubblico repubblicano e nemmeno una concezione dello stato il cui organo fondamentale sia la magistratura. Il modello di costituzione del terzo libro delle leggi è nulla di più di un miscuglio di arcaismi e di idee dell'oratore di quel che dovrebbe essere una buona costituzione. Data la mancanza di una trattazione nelle fonti di carattere sistematico del principe come magistratura, Mommsen comincia col riconoscere la difficoltà del compito di definire teoricamente una magistratura, che nelle forme repubblicane con colore militare impersona tutto il potere e per la cui sostanza non vi erano nomi e per il nome non vi era un contenuto di potere. Nonostante tale constatazione, almeno una cosa risulterebbe con tutta chiarezza, che il principato era una magistratura straordinaria e che l'ordine repubblicano di essa è continuato a vivere nello schema a lato o al di sopra di esso. Proprio come nel processo privato, dove si continuava a parlare di formule, mentre la *cognitio extra ordinem* le aveva tolto di mezzo. Il paragone poco felice manda per aria la teoria diarchica.

Con poche parole, si può dire, una battuta, vengono liquidati Appiano e Dione Cassio, che essendo di origine egiziana l'uno e dell'Asia minore l'altro, non erano in grado di comprendere l'essenza del principato, cosa del resto non tentata nemmeno dai più puri romani o non riuscita, dimenticando peraltro, che Tacito, di fronte alla realtà ormai consolidata del nuovo stato, non aveva sentito il bisogno di andare alla ricerca di un nome nuovo, ma aveva chiamato Augusto *princeps* ed il nuovo stato *principatus*(1).

In qual modo nel sistema mommseniano una rivoluzione permanente può divenire carattere fondamentale della costituzione si deve trarre dal contesto, che è quello dei poteri straordinari e della successione. Ma qui il paradosso diviene ancora più assurdo se possibile. Se il potere si estingueva con la fine di un

(1) ann. 1.9; 1.2 e 3; 3.28; Strab. 17.3.25 p. 840 ha *προστασία τῆς ἡγεμονίας καὶ πολέμου καὶ εἰρήνης... κύριος δὲ βίον*.

... il principe e spettava al senato ed al popolo di investire un altro, quale rivoluzione permanente temperava l'autocrazia? A. Heuss ha tentato con attenta considerazione del testo di cercare le possibili spiegazioni del suo significato e ha rilevato con molti altri passi la debolezza ed anzi l'inconsistenza di una concezione del principato sospeso come in un limbo tra repubblica e monarchia e le molte contraddizioni che sorgono tra la pretesa giuridicità di determinati atti, come nell'investitura di un nuovo principe, e la reale mancanza di potere negli organi previsti. Lo sforzo di conciliare l'idea del principato come prosecuzione² compimento della democrazia romana, con il suo reale annientamento è tanto evidente che non si comprende come sia possibile ignorarlo. Ad Heuss non appare altra spiegazione che quella di intendere la rivoluzione in questo passo come una minaccia latente.

Non approfondisco la questione se l'ideologia politica abbia influito sulla concezione dello Staatsrecht. Mi limito ad osservare che le idee liberal-democratiche professate da Mommsen, che non era un freddo professore fuori della vita reale e solo intento a costruire schemi formali giuridici, ma era un politico pieno di passione, hanno potuto influire sull'ispirazione dello Staatsrecht: sovranità popolare e supremazia della legge. Anche l'idea di ridurre la storia di un millennio a sistema giuridico, è in fondo derivante da tale ideologia. Ma la sovranità popolare non è romana e storicamente è nata nell'età delle grandi rivoluzioni moderne, sebbene i suoi precedenti si trovino nell'elaborazione teorica di Marsilio da Padova e prima ancora nei glossatori, che interpretavano imprecise espressioni di fonti del Digesto, che molto probabilmente sono brevi sommari giustinei o postclassici⁽¹⁾. E' infatti improprio dire che il populus trasferiva all'imperatore il proprio imperium, nonchè il potere di approvare le leggi, perchè nella costituzione repubblicana il popolo non aveva affatto l'imperium. Anche il progetto riformatore dei Gracchi, che mirava ad accrescere il potere delle assemblee popolari e ridurre quello del Senato, non si può far rientrare nella teoria della sovranità popolare⁽²⁾.

Nonostante la critica penetrante e fondata di Heuss, di Bleicken e tanti altri è incontestabile che lo Staatsrecht rimane un riferimento ancora straordinariamente attuale per storici e romanisti. A me pare che in buona parte si possano condividere le ragioni che Nicolet ha addotto nel suo Avant-Propos alla ristampa del Droit public. Da parte mia accentuerei l'utilità pratica di un'esposizione sistematica, che rende possibile ad agevole di conoscere anche in minuti dettagli argomenti determinati e la documentazione testuale. D'altra parte in Nicolet è chiara la distanza dalla rigida esposizione di Thomas per quel che riguarda la presenza della storia anche nel sistema.

(1) I testi più importanti sono D.I.4.2 (Ulp.1 inst.) uguale a Inst.I.2.3.6 e I.3.32.2 (Iul.LXXXIII dig.)

(2) Questione controversa: vedi cit. nella mia Storia, II, 498 n.130

Per quanto riguarda il Principato non conosco ricerche, salvo quella di Fabbrini, realmente rinnovatrici sulla definizione della forma dello Stato. Tali non si possono considerare quelle che vengano presentate in questa luce nel manuale, per altri versi utile, di Scheid e Jaques(1), che considerano vittoriosa la teoria della restaurazione della repubblica e stranamente indicano il libro di Castritius(2), come se avesse chiuso in modo definitivo la lunga controversia. A parte il fatto che la teoria della forma repubblicana del Principato ha vari ed autorevoli sostenitori, non vi sono argomenti nuovi a sostegno di essa. Bisogna intanto distinguere tra il rivestimento di forme repubblicane di una sostanza= le monarchia e l'effettiva restaurazione della repubblica come essa era prima dell'età della crisi. Già il Savigny aveva rilevato che "in tutta la costituzione della potestà imperiale noi troviamo costantemente mantenuta la massima di non introdurre nulla di completamente nuovo, ma di usare antichi istituti della repubblica per far sorgere inosservatamente dalla loro unione fin allora inusata ciò che era realmente nuovo"(3).

Per quanto riguarda il libro di Castritius, del quale non si può non lamentare una quasi totale ignoranza della pur copiosa letteratura italiana(4), esso è in gran parte un confronto con le idee di Bleicken. La sua repubblica restituita non è la restaurazione dell'antica repubblica, né la semplice continuazione dei poteri straordinari dell'età della crisi, ma consiste nel ritorno ad istituzioni repubblicane, comizi per la scelta dei magistrati e le leggi, amministrazione senatoria delle province, almeno in parte, termini di tempo negli uffici e collegialità, che si manifesta particolarmente con i correggenti(5). Al Principato di Augusto si potrebbe dunque adattare l'idea ciceroniana (de leg. agr. 2.17) che tutto il potere promana dal popolo. Qualunque studioso delle vicende dell'Impero è in grado di giudicare quanto tutto questo corrisponda alla realtà del potere.

Non credo si possa annoverare l'opera di Fabbrini(6), se non in modo parziale ed anomalo, fra quelle della restaurazione repubblicana, sia per la sottovalutazione delle deviazioni delle forme tipiche, sia principalmente per la singolare costruzione della duplicità dell'ordinamento, il quale ci appare più come il riflesso di idee vagheggiate dall'Autore sull'ordine internazionale, che una ricostruzione storicamente fondata dei fatti. La duplicità colpisce; da un lato la repubblica, dall'altro un ordine sovranazionale del quale Augusto è come un protettore. Non si può non ricordare che Arangio Ruiz, fin dalla scoperta dell'iscrizione di Cirene nel

(1) Jacques-Scheid, Rome et l'integration de l'Empire (2a ed. PBU 1992)

(2) per römische Prinzipat als Republik, Husum 1982

(3) Sistema del diritto romano attuale (trad. it. V. Scialoja, Torino 1896) VI, 533 (originale ted. 1847)

(4) Fa eccezione solo la mia Storia, che però non è discussa, mentre una insufficiente critica è riservata al mio studio in La Rivoluzione romana

(5) Su questo tema un utile contributo è il libro di Roddaz su Agrippa, del quale non mi sento di condividere l'idea che i poteri erano di fatto. Quanto alla ricostruzione di Gullotta su Germanico v. le mie riserve critiche nello studio citato sul SC. de Pisone

(6) L'impero di Augusto come ordinamento sovranazionale, Milano, Archivio Storico

1928, nella quale si contiene uno schema di costituzione in un accordo fra gli organi della πόλις ed il suo alto protettore, un Tolomeo d'Egitto(1), aveva molto genialmente tratto l'idea che la costituzione augustea si potesse considerare come un rapporto di protettorato fra la respublica romana ed il principe Augusto che di essa era protettore. Arangio non si dissimulava l'obiezione che un rapporto di protettorato presuppone l'esistenza di due stati, ma pensava di poterla superare con la considerazione che nel mondo ellenistico si erano creati rapporti del genere fra un monarca e le libere πόλεις. Ma tale forma di rapporti non toglie di mezzo l'ostacolo, perché il monarca impersonava uno stato e la polis anch'essa uno stato. Né un aggancio con le fonti è possibile, perché in esse ricorrono frequentemente i termini cura e tutela o analoghi, ma come ha osservato Béranger a suo tempo non vi è mai l'espressione cura et tutela reipublicae, nella quale le due nozioni intessendosi divengono l'essenza stessa del principato(3). Premerstein riteneva che esse fossero tradotte nell'espressione di Dione Cassio (4) προντίδα τήν τε προστασίαν, della quale ricorrerebbe l'eco in fonti romane(5), ma l'uso del termine προστασία in Dione non equivale a potere protettivo, difesa, conservazione, bensì a posizione preminente, che Vrind (6) traduce con principato. La costruzione di Arangio come anche le altre che risalgono al von Premerstein e si fondano sull'estensione del rapporto di clientela, non danno una raffigurazione della natura giuridico-istituzionale del Principato e del suo senso politico-storico. Esse sono un tentativo, geniale se si vuole, ma senza successo, di sfuggire all'ambiguità di tale forma di governo, che non corrisponde a nessuna delle forme di governo classiche, repubblica o monarchia o democrazia. Nel caso di Augusto, la fantasia della storia non si lascia rinserrare negli schemi. Il lungo travaglio di varie generazioni di studiosi diviene come la tela di Penelope, prendere tempo in attesa che alla fine si giunga l'eroe atteso. O se si vuole, la nostra fatica di afferrare Proteo è senza sosta, perché Proteo è inafferrabile. Anche quest'idea, elaborata con tanta ricchezza di particolari e sottili confronti, non afferra nulla, perché si può dire tutto dell'impero, si può discutere sul fatto se sia o meno "colonialista", ma non che fosse costituito da varie nazioni ordinate sotto un reggitore comune, una sorta di protettore universale. E poi anche offrirne un'immagine coincidente con quella della Chiesa cattolica, sul quale ultimo punto la confutazione di Frezza è definitiva(7).

(1) Oliverio, RFC. n.s. 6, 1928, 183 ss.; Arangio Ruiz, L'epigrafia cirenaica e il diritto pubblico dell'antichità, Atti 1° Congr. studi coloniali, Firenze 1931.; Storia dir. romano, 7a ed. 1957, 222ss. ed ed. precedenti. V. anche Una nuova iscrizione sul protettorato dei Tolomei in Cirenaica, RFC. n.s. 1937, 266 ss. ripub. in Studi epigrafici e papirologici. Napoli. 1974. 147 ss.

(2) Fonti in Béranger, Recherches sur l'aspect idéologique du Principat, Basel 1953, 186 ss.; 257 ss.

(3) ivi, 204

(4) 53.12.1

(5) Egli cita Val. Max. VII.6.6; Hor. Carm. IV.14.42 s.; Ovid. fast. I.529-531, in nessuno dei quali vi è realmente il binomio di Dione.

(6) De Cassii Dionis vocabulis quae ad ius publicum pertinent; Hagae 1923, 154

(7) Sul problema del Principato, SDHI. XLI, 1975, 339 ss.

L'ordinamento sovranazionale, nella terminologia comune, implica l'esistenza di varie nazioni, come stati che accettano o sono costretti ad accettare principi ed obblighi comuni. L'espressione è tipica del diritto internazionale moderno e si è impiegata per organismi, come la Società delle Nazioni dopo la prima guerra e le Nazioni Unite dopo la seconda. Non ha nulla di comune con le province dell'Impero di Augusto e dei suoi successori e non vi è alcuna utilità sistematica nell'usarla per esse. E' vero che Fabbrini ritiene che le varie parti dell'impero erano nazioni, cui Roma aveva lasciato la propria autonomia ed il diritto proprio. Fra di esse era anche la res publica Romanorum, cioè Roma e l'Italia, cui però egli è costretto a riconoscere una posizione egemonica. Ma i vari popoli assoggettati a Roma non avevano alcuna indipendenza politica, l'ordinamento provinciale implicava il governo di un magistrato o funzionario romano, il pagamento di tributi in forme varie, salvo i casi delle città libere ed immuni, quelle con ius italicum etc. Non vi erano garanzie costituzionali, né il possesso della terra era un diritto di proprietà. Fino alla costituzione di Caracalla del 212 i sudditi delle province non avevano la cittadinanza ed anche dopo di essa rimase una parte di essi fuori della concessione, sebbene sulla loro identificazione si continui a discutere, data la lacuna del famoso papiro di Giesse. Dipendeva dunque dagli orientamenti generali

del governo centrale e dei personaggi inviati a reggere le province se la dominazione fosse più mite o più dura. Non ci lasceremo ingannare dalle espressioni apologetiche di Elio Aristide per credere che nell'età degli Antonini i sudditi di monarchi illuminati avessero raggiunto il massimo di prosperità e di felicità, come hanno creduto grandi storici da Gibbon a Rostovzev. Per altro verso, le organizzazioni sovranazionali dell'epoca attuale, a cominciare dall'ONU, non hanno la pienezza del potere che aveva il governo romano imperiale sui territori dell'Impero e sempre dipendeva da sue scelte politiche dar vita a quella molteplicità di statuti giuridici delle comunità sottoposte, città libere e federate, municipi, colonie ius italicum, città autonome ed infine comunità non rientranti in nessuna di quelle enumerate e che a stretto rigore erano di peregrini dediticii, di fatto lasciate nella condizione in cui si trovavano, con i loro organi ed il diritto nazionale, salvo i casi nei quali questo era o diveniva un pericolo per il potere romano (2). Tale molteplicità di situazioni difficilmente si può concepire come un ordinamento sovranazionale, per non parlare della conquista di territori dove erano popolazioni primitive senza alcuna L

(1) Così esplicitamente Barile, Istituzioni di diritto pubblico, 3a ed. Padova 1978, 29
 (2) Su tali tipi di organizzazione v. la mia Storia, IV, 2, 745 ss. (2a ed. 1975 con bibl. Successivamente Fabbrini, op. cit. 257 ss.

L'organizzazione statale o politica, che furono o romanizzate o restarono allungo potenziali nemici

La definizione del Principato di Augusto è esemplare per comprendere come sia impossibile senza una approfondita ricerca storica fissare almeno le linee essenziali di tale forma di governo e quindi sia inutile fatica tentarne la riduzione ad un sistema. Possiamo più agevolmente definire i poteri dei vari organi ed il rapporto tra di essi e meglio ancora cercare nei fatti e nell'esercizio di tali poteri farci un'idea complessiva della legalità costituzionale e delle garanzie esistenti. Da questo lato sono di grande utilità ricerche come quella di Pani(1) o quelle dirette a ricostruire il funzionamento della giustizia penale, come è stato fatto dalla De Marini Avonzo, da Santalucia e per ultimo dal saggio di Brutti su Seneca(2). In questo campo la vicenda di Germanico, sulla quale si è concentrata l'attenzione degli studiosi, dopo le recenti scoperte epigrafiche ed in ispecie del Senatuconsulto de Pisone patre(3) ci permette di approfondire la natura del potere imperiale e gli intrecci tra politica, intrighi dinastici e governo delle province e territori d'oltremare. Il fiorire degli studi sulla politica dell'impero nel campo religioso ed in particolare (4) sulla diffusione del Cristianesimo e l'alternarsi di periodi di pace con persecuzioni individuali o di massa, sono di grande utilità per conoscere quanto vi fosse di arbitrario in un potere, che pure si fondava sulle leggi, alle quali si richiamano gli stessi Apologeti cristiani dei primi due secoli. Infine, per limitarci ai fattori di maggiore rilevanza, la conoscenza delle basi economiche e dei suoi riflessi sociali, ci rende oggi possibile di avere un'idea migliore, anche se non sempre soddisfacente, delle condizioni materiali della società del tempo. Mi sia permesso di ricordare che ad esse chi scrive ha tentato di collegare anche gli sviluppi costituzionali, senza considerarli come i soli fattori determinanti, come talvolta ingiustamente mi è stato attribuito, ma necessari per venir fuori dal formalismo delle definizioni astratte e logiche e porre le istituzioni, che sono create da gli uomini e da essi governate, nella realtà dei rapporti. Nel ricostruire pazientemente l'esercizio del potere nei vari campi e quindi risalire alle espressioni giuridiche formali o non che siano si può definire l'ordinamento nel suo valore concreto di costituzione sostanziale. Questo metodo è il solo realmente innovativo(5).

(1) Ancora su Principato e Società, in Epigrafia e territorio. Politica e società, II, Bari 1987, 173 ss.

(2) De Marini Avonzo, Il Senato romano nella repressione penale, Torino 1977; Santalucia,

Brutti, Il potere, il suicidio, la virtù. Appunti sulla 'Consolatio ad Marciam' e sulla formazione intellettuale di Seneca, in Seminari di storia e diritto (a cura di Calore), Milano 1995, part. 80 ss. Sui contrastanti giudizi su Seneca v. la bella Introduzione di Canfora alla traduzione italiana di Diderot, Saggio sui regni di Claudio e Nerone e sui costumi e gli scritti di Seneca, Palermo 1987.

(3) Vedi il mio scritto in Studi in memoria di Lepore

(4) Citazioni nel mio contributo negli Studi in onore di F. Tessitore (in corso di stampa)

(5) Non intendo con questo svalutare i dati propriamente giuridici, sui quali v. Pugliese, Linee generali del diritto penale pubblico durante il principato, ANRW, II, 14 (1982), 722. L'importanza della lex Iulia de vi publica (D. 48.6.7) è indubbia ed essa dettava garanzie per il cittadino anche in provincia, come prova l'episodio dell'Apostolo Paolo: Venturini, Processo penale e società politica nella Roma repubblicana, Pisa 1996, 84.

II

Il tema della costituzione imperiale è certo di grandissimo interesse, ma non è il solo nel quale si tentano vie nuove. Vi è una questione più generale, che riguarda la ricostruzione storica dello Stato romano dalle sue origini. Tale questione è stata posta in anni recenti, ha avuto in A. Heuss una radicale espressione e poi in tempi più recenti è stata posta in termini ancora più estremi da A. Giovannini, il quale è andato alla ricerca della vera costituzione romana, che fino ad oggi nessuno avrebbe veramente scoperta. Questo studioso originale non teme di esprimersi per paradossi. Il suo punto di arrivo è che i Romani avevano una vera costituzione scritta, le cui norme si trovavano nei libri degli Auguri, veri e propri custodi della legalità costituzionale, una sorta di collegio di giudici costituzionali dell'antichità(1). Se Heuss aveva detto che bisognava ricominciare da capo, dal punto in cui Mommsen si era allontanato da Niebuhr, collegandosi a Rubino(2), Giovannini pensa che si debba andare più lontano nel tempo, oltre i moderni, risalire alle fonti, delle quali svelare il segreto nascosto. Naturalmente le analogie con gli organi moderni delle garanzie costituzionali sono un dettaglio non necessario e nemmeno molto felice in un quadro già abbastanza scintillante per aver bisogno di qualche fregio di arte moderna. Che gli Auguri potessero avere annotato le varie leggi ed i principi non scritti dell'attività degli organi costituzionali è verosimile. Di Messalla si sa che aveva anche scritto un libro de magistratibus. Ma questo non vuol dire che vi fosse una costituzione scritta, anche perché lo Stato romano e le sue norme si vennero introducendo via via e le norme erano mutevoli. L'Autore è giunto alla conclusione che si è un breve riassunto ~~in breve~~ movendo da una contestazione più limitata del sistema di Mommsen intorno alla nozione di imperium domi - militiae ed alla riforma sillana dell'imperium dei consoli (3). Intorno a queste opinioni si è aperto un dibattito, che non si può considerare ancora concluso(4). Esso si svolge separatamente da un altro grande dibattito che da tempo vede impegnati gli storici ed al quale anche nell'ultimo decennio hanno dato contributi importanti studiosi giovani e meno giovani(4), che riguardano lo sviluppo del processo penale e delle garanzie costituite dalla provocatio e dal potere dei tribuni, temi fondamentali per l'identità di

(1) Magistratur und Volk: Ein Beitrag zur Entstehungsgeschichte des Staatsrecht, in Eder, Staat und Staatlichkeit in der frühen römischen Republik, Stuttgart 1990, 406 ss. ; De Niebuhr à Mommsen, Remarques sur la Genèse du "Droit public", Cahier du Centre Glotz III, 1992, 167 ss.

(2) Theodor Mommsen und das 19. Jahrhundert, Kiel 1956, 23; 42 e 56. Anche Rubino per altro, come Bekker, diretto predecessore di Mommsen, si ricollegava a Niebuhr.

(3) Vedi nota 1 pag. seguente

(4) Un ampio esame di questo tema è nel saggio di Venturini già citato edito ora per la prima volta come premessa alla raccolta di suoi precedenti studi, del quale costituisce il 1° Cap. Lo 'Strafrecht' mommseniano ad un secolo di distanza, pp. 13-83. Fra gli studiosi italiani è giusto segnalare oltre Santalucia, Garofalo e Mantovani

di una forma di governo. Devo limitarmi a questo breve accenno e tornare al libro di Giovannini(1). Esso prende come bersaglio l'opera di Mommsen sul diritto pubblico e la storiografia che in vario modo vi si richiama, in particolare le basi della grande ricostruzione sistematica. Mommsen avrebbe commesso due errori, ereditati da precedenti studiosi, il più vicino Bekker, il più lontano Hotman. Questi errori consisterebbero nell'aver creduto che il pomerium ed il primo miliarium segnavano il limite della provocatio del cittadino ed inoltre nell'aver inventato la riforma di Silla che avrebbe tolto ai consoli l'imperium militiae durante il loro anno di carica. Da questi due errori sarebbero derivate varie contraddizioni ed interpretazioni delle fonti non accettabili. Giovannini ha ragione allorché nega che la divisione domi-militiae sia puramente territoriale e sostiene che il vero ed esclusivo carattere del potere magistratuale sia dato dagli auspicia. Egli pensa così di svalutare l'importanza del pomerium, che ne ha invece una grandissima, perché delimitava il territorio entro il quale si dovevano compiere determinati atti. E' per questo che il pomerium e l'ager effatus ad esso adiacente segna la fine degli auspicia urbani(2). Questo non significa che si aveva la fine anche dell'imperium, come in modo non chiaro avevo detto nella mia Storia(3), dato che l'imperium continuava ad esistere fuori del pomerium, ma più semplicemente che non si potevano compiere atti per i quali erano richiesti auspici urbani ed erano stabiliti limiti costituzionali, che invece non esistevano fuori del pomerio nell'esercizio dell'imperium militiae. Era considerato nefas che i comizi centuriati, la cui origine era militare, si riunissero entro il pomerium, mentre era ammesso che il luogo di riunione fosse entro il primo miliarium. Il luogo consueto era il campo di Marte, che si trovava entro questo limite territoriale. La ragione di ordine religioso- nefas- non è definita, ma è legittimo pensare che essa consistesse nella natura dei comizi centuriati diversa da quella dei comizi curiati, che avevano una stretta connessione con il diritto augurale, come è stato posto in chiaro da Catalano(4). Più comprensibile è la norma del primo

(1) Consulare imperium, Schweiz. Beiträge zur Altertumswissenschaften, Basel 1983

(2) Gell. 13.14.1: Varr. l. lat. 5.143. In senso critico sul criterio etimologico Liv. 1.44.4

(3) I, 128

(4) Contributo allo studio del diritto augurale, Torino 1960, 266
 Pre quanto mi riguarda devo replicare alla critica di Giovannini di non aver rilevato il rapporto curie-auspici. Ne parlo alla nota 142 di p. 157. Quanto agli auspici I, 127 s.; 133; 136; 139 e n. 74; 268; 463; 469; 470; 486 e più volte negli altri volumi. Stipisce l'osservazione in Cahier du Centre Glotz, III, 1992, 175 che jusqu'ici nessuno ha rilevato il ruolo fondamentale degli Auguri nella vita politica romana: vedi invece SCR. I, 138 "questo collegio aveva un'enorme autorità ed anche nell'età storica e nei tempi avanzati della repubblica difficilmente un magistrato avrebbe avuto l'audacia di tenerlo in non cale". Solo nelle posizioni più estreme vi fu disprezzo ed ironia per interventi diretti ad impedire il voto di leggi sgradite ai conservatori, come nel caso di Saturnino; App. b.c. 1.30.133; de vir ill. 73.7.V. SCR. III, 39. Si chiede troppo se si domanda che un giudice severo prima di pronunciare una condanna, si informi seriamente dei fatti?

T. St. con. ant.

miliarium, perché entro di esso si fece valere il diritto di provocatio, che garantiva i cittadini dalla coercitio dei magistrati, come lo stesso Giovannini riconosce. Bisogna dunque avere ben chiaro che il rapporto domi-ager Romanus è storicamente determinato, abbandonando l'idea che purtroppo non è estranea alle correnti riformatrici, di sostituire alla costruzione sistematica di Mommsen, ricostruzioni diverse, ma pur sempre sistematiche. Al contrario occorre ricercare il significato del pomerium e del suo rapporto con l'imperium; nonché quello dell'ager Romanus, che si trova fuori del pomerium: ed è suscettibile di modifiche con l'estendersi del potere di Roma, prima nelle vicine terre del Lazio, poi in Italia. Non sempre le fonti storiche sembrano rendersi conto della diversità tra pomerium ed ager Romanus. Seneca afferma: italico solo adquisito, proferre (sc. pomerium) moris apud antiquos fuit(1). Gellio a sua volta conferma che chi accresceva con conquiste di territorio nemico l'ager Romanus aveva il diritto di proferre pomerium(2). Anche Tacito attesta che Cesare pomerium urbis auxit, more prisco iis qui protulere imperium, etiam terminos urbis propagare datur. Ma subito dopo aggiunge nec duces Romani, quamquam magnis nationibus subactis, usurpaverunt nisi L. Sulla et divus Augustus(3). Mommsen rileva la contraddizione, ma forse si può supporre che Tacito pensi a conquiste extraitaliche, come in modo esplicito Seneca(4), il quale spiega che il mos di proferre pomerium riguardava l'ager Italicus, non quello provinciale. Dalla tradizione non risulta che vi furono mutamenti nel pomerium, salvo che per Silla(5) si dovrebbe pensare che le fonti credano che l'estensione del pomerio sia avvenuta di pari passo con quella dell'ager Romanus e cioè, implicitamente, i maggiori magistrati abbiano fatto uso del potere di estensione del sacro circuito. Mommsen riteneva che si trattava di un potere regio, mancante nei magistrati repubblicani(6), ma questo è in contrasto con le fonti. Bisogna ammettere comunque che vi sono oscurità su questa tipica sopravvivenza di un arcaico rito collegato alla fondazione della città, la cui origine etrusca è assai verosimile, cui si può ricondurre il sistema augurium-auspicium-imperium. Data la sua arcaicità e singolarità, già gli antichi antiquari avevano incertezze. Gellio ricorda che ai suoi tempi l'Aventino era rimasto fuori del pomerio, a differenza degli altri sei monti sui quali sorgeva la città primitiva e vi erano spiegazioni contrastanti sulle cause. Egli riferisce quella di Messalla augure, ma non di altri. Che cosa dicessero non sappiamo, forse la ragione stava nel fatto che l'Aventino era un colle plebeo ed il pomerium con gli auspici risalivano alla città patrizia(7). Il tema del diritto augurale è stato approfondito dagli storici moderni, tra i quali principalmente Catalano(8) che ha sviluppato, integrato e corretto le ricerche di Valetton. Anche Magdelain ha dato contributi di grande acutezza, che meglio consentono di valutare la complessità del tema sotto una luce nuova ed originale(9). Ma egli non ha negato nella sua revisione critica il rapporto pomerium-provocatio e la distinzione domi-militiae.

(1) dial. De brev. vit. 13.8

(2) 13.14.3 e 4

(3) ann. 12.23.1-2

(4) de brev. vit. cit. Sullam ultimum Romanorum protulisse pomerium, quod numquam provinciali sed Italico agro adquisito proferre apud antiquos fuit

(5) Oltre Seneca cit. Dio Ca. 43.50.1. Hurlet, La dictature de Sylla, IHRF. Bruxelles 1993, 129 s. ritiene che l'estensione comprendesse tutto il territorio conquistato in Italia con la creazione della nuova provincia della Gallia Cisalpina; V. anche gli Autori ivi cit.

(6) II, 738 e n.5

(7) Diversa è la spiegazione di Alföldi, Das frühe Rom und die Latiner (trad. tedesca, Darmstadt 1977), 94; 285, cui sembra ricollegarsi Magdelain, Le pomerium archaïque et le mundus, in Jus Imperium Auctoritas, EFR. 1990, 156 e n.7

(8) Contributi allo studio del diritto augurale, Torino 1960

(9) Oltre lo scritto cit. alla nota 7, L'auguraculum de l'arx à Rome, ivi 193 ss.; L'inauguration de l'urbs et l'imperium, ivi 209 ss.; Notes sur la lex curiata et les auspices des magistrates, ivi, 307 ss. In questi contributi M. precisa l'ipotesi di pomerium come di una linea interna alle mura, distinguendo l'arx dal Capitolium e pone in chiaro il senso di finis urbani auspici.

Il testo di Livio nel quale si contiene la famosa distinzione domi-militiae (3.20.4) offre una notizia interessante per comprendere come si sia cercato di superare le difficoltà nascenti dal pomerium finis urbani auspici. Questo testo narra della lex Terentilia Harsa ut quinque viri creentur legibus de imperio consulari scribundis, che fu il primo tentativo plebeo per ottenere una legislazione scritta. Nel corso delle lotte che seguirono e degli scontri tra tribuni e consoli sul dilectus per la guerra da intraprendere contro i Volsci, il console suffectus succeduto a Valerio morto nel frattempo, convocò al lago Regillo i cittadini già reclutati in precedenza dal collega per riprendere il Capitolium occupato dai ribelli. Quelle reclute avevano già prestato il giuramento di fedeltà al comandante. Non occorre dunque un nuovo dilectus, né i tribuni avrebbero potuto opporsi all'esecuzione del giuramento prestato od intervenire al campo, dove si sarebbero radunati i soldati in armi, perché esso era appunto fuori del pomerium. Con molta perspicacia Giovannini osserva ~~che~~ che questa era un'adunata di soldati, non una qualsiasi assemblea di cittadini(1). Egli però non tiene conto di un altro particolare di grandissima importanza, che si era saputo che al lago Regillo erano stati convocati anche gli Auguri, con lo scopo di fare inaugurare da essi un luogo dove auspicato si potesse agere cum populo, ut quidquid Romae vi tribunicia rogatum esset id comitiis ibi abrogaretur. Non si trattava dunque solo di riunire al lago Regillo un esercito che aveva prestato giuramento di fedeltà e doveva quindi eseguire gli ordini del comandante, ma anche di far dichiarare dagli Auguri

(2) ager effatus un luogo dove prendere gli auspici e così convocare i comizi per fare abrogare da essi leggi fatte votare a Roma dai tribuni. Si potrebbe osservare che l'episodio somiglia troppo agli espedienti che nella tarda repubblica si adoperarono nell'impiego delle armi religiose a fini di parte, per essere attendibile. Ma questo importa poco. Importa di più che Livio e la sua fonte ritengono possibile che alla metà del V secolo con l'intervento degli Auguri si rendesse un luogo fuori del pomerium idoneo per prendere gli auspici. Che la dottrina augurale sospinta dalle esigenze della politica romana lavorasse fin da epoca molto antica per la definizione del territorio risulta dalle fonti antiquarie: ut nostri augures publici disserunt, agrorum sunt genera quinque: Romanus, Gabinus, peregrinus, hosticus, incertus(3). Evidentemente questa classificazione risale ad un'età molto antica, precedente all'espansione di Roma nel Lazio, che non è ancora tutto incorporato nell'ager Romanus e nel Gabinus, nei quali soltanto era possibile trarre gli auspici. Nonostante l'opposizione tribunicia, nel 357 si trova un altro caso di votazione di

(1) Consulare imperium cit., 23 s.

(2) Su ager effatus Gell. 13.14.1; Varr. l. lat. 6.53; Serv. ad Aen. 6.177; Cic. de leg. 2.8.21 (efflata); Liv. 10.37.15; Fest. p. 146 (L) minora templa.

(3) Varr. l. lat. 5.33, testo di interpretazione controversa, in specie per ager hosticus

una legge apud castra, che secondo la tradizione accolta da Livio diede luogo ad una legge dei tribuni, che vietava la *sevocatio populi* con la sanzione della pena capitale contro il trasgressore(1). La motivazione addotta è che i soldati in armi, tenuti all'obbedienza verso il comandante, non avevano libertà di scelta e quindi avrebbero dovuto votare qualsiasi cosa, anche se pernicioso al popolo. Livio sottolinea che si trattava di un novum exemplum. Indipendentemente dall'attendibilità della tradizione, che a me continua a sembrare dubbia per quanto riguarda la vicesima manumissionum(2), il caso è ben diverso da quello del lago Regillo, perché ora non vi è traccia di tentativi di dichiarare idoneo agli auspici mediante il pronunciamento degli Auguri, un luogo fuori del pomerium, ma si ebbe un colpo di mano, che però, a quanto pare, non diede luogo ad una invalidazione della legge, forse perché i tribuni non avevano questo potere.

Con gli esempi suddetti non si individuano le cause storico-politiche, che impedirono di proseguire nel tentativo di convocare legalmente i comizi fuori del pomerium. Questa ricerca non si trova nella critica rinnovatrice di Giovannini e di quelli che l'hanno accolta, critica che riduce la distinzione *domi-militiae* solo alla potestà di provocatio dei cittadini, se divengono milites. Altrove ho indicato le cause della cosiddetta inadeguatezza della costituzione repubblicana rispetto ai compiti dello stato romano, prima durante l'espansione in Italia, poi nel governo delle province. Esse consistono nell'interesse della classe di governo di mantenere in Roma la massima concentrazione del potere e nel decadimento delle correnti riformatrici dopo i Gracchi, mentre al tempo dell'ascesa della nobilitas patrizio-plebea le riforme riguardarono, oltre che la distribuzione delle terre, una certa attenuazione dei poteri del senato rispetto ai comizi ed una maggiore garanzia dei cittadini nei confronti del magistrato. E' giusta questa ricostruzione? A giudicare dal silenzio della storiografia rinnovatrice, si deve giungere alla constatazione, che essa pur nella critica a Mommsen, ne rimane in qualche modo prigioniera e forse arretrata rispetto a quel grande, perché se Mommsen giurista offriva un sistema troppo rigido per contenere la mutevole realtà della vita costituzionale romana, il Mommsen storico aveva creato un affresco di straordinaria vivacità nel quale in primo piano stavano gli uomini veri, come li poteva vedere un uomo del XIX secolo impegnato in lotte civili per la libertà, per le quali aveva pagato il suo prezzo all'autoritarismo e che sperava nella formazione di una monarchia illuminata nella Germania e vedeva nella monarchia di Cesare l'epilogo della cosiddetta rivoluzione romana(3).

(1) Liv. 7.16.7-8

(2) Nonostante la critica nell'eccellente saggio di Di Porto, Il colpo di mano di Sutri e il plebiscitum de populo non sevocando, in Sereno, Legge e società nella repubblica romana, I, Napoli 1981, 364 ss. Neanche Cassola-Labruna, Linee di una storia delle istituzioni repubblicane, Napoli 1978, 162 ss., che pure danno un lucido quadro della vicenda, dubitano della tradizione.

(3) Le mie idee sono esposte in Storia della Costituzione romana, II, 6 e Storia economica di Roma antica, 70, quelle generali anche in Il modello della città-stato, in Storia di Roma (Torino 1989) IV, 444 e rilievi critici su "rivoluzione romana", ivi 450.

L'ultima questione sulla quale conviene riflettere riguarda sia la legge Cornelia di Silla detta *de provinciis ordinandis*, sia gli sviluppi successivi al ritiro di Silla, con Pompeo e Cesare. Secondo Mommsen e la storiografia predominante (1), la prima avrebbe privato i consoli durante l'anno di carica dell'*imperium militiae*, conferendolo ai proconsoli, cioè ai consoli stessi dopo l'uscita dalla carica. Con tale legge si sarebbe distinto l'*imperium consulare* da quello proconsulare. Giovannini contesta l'esistenza stessa di tale legge, anche nella versione ridotta che la riferisce ai pretori, e contesta altresì che dopo Silla vi siano state altre norme in questo senso. Solo con Augusto nel 27 sarebbe avvenuta la separazione dell'*imperium militiae* dai poteri dei consoli.

A dire il vero qualche divergenza dall'opinione di Mommsen si era manifestata tra gli storici. In modo netto il Valgiglio (2) aveva ritenuto inconciliabile con la concezione politica di Silla, "aristocratico e reazionario", una misura di carattere rivoluzionario, eversiva del *mos maiorum* e degli interessi dell'aristocrazia. Ai consoli non fu dunque mai tolto l'*imperium militiae* e come prima essi lo potevano esercitare fuori del pomerio, non in Italia; dato che il pomerio sarebbe stato esteso a tutta l'Italia. A sua volta Siber (3) respinge la tesi che i consoli fossero stati privati del comando militare e ritiene che la legge li avrebbe solo vincolati alla residenza in città per adempiere ai loro compiti, salvo diverse disposizioni del Senato per condurre operazioni belliche fuori d'Italia. Last sostiene che già prima di Silla aveva cominciato ad affermarsi la distinzione fra magistrati e promagistrati come consuetudine, mentre Silla avrebbe sospinto il processo più oltre, irrigidendo il costume in una norma. Ma questa non consisteva nel privare i consoli del comando militare, che essi continuarono ad avere e che esercitarono in determinati momenti (4). Anche Willems aveva pensato che la legge di Silla riguardasse il conferimento delle province pretorie, i cui governatori sarebbero stati i pretori alla fine del loro anno di carica, assumendo il titolo di proconsoli (5). La diversità delle opinioni deriva dallo stato delle fonti e dall'interpretazione che è possibile per le più importanti di esse. Giovannini ha ripreso in modo organico l'esame delle fonti ed ha posto in evidenza che più

(1) Die Rechtsfrage zwischen Caesar und dem Senat, *Schriften*, IV, 118 s.; *StR.* I, 57; II, 94, 128; III, 1086, 1104 e n. 2

La bibliografia è citata nella mia *Storia*, III, 96 n. 104 e in Giovannini, 76 ss. note 10 ss. Anche in manuali recenti si segue la tesi di Mommsen: Cassola-Labruna, *Linee di una storia della costituzione repubblicana*, Napoli 1978, 325; AA.VV. *Lineamenti di storia del diritto romano* (2a ed.) Milano, 1989, 287 (Santalucia), con riferimento ai pretori; Giliberti, *Elementi di storia del diritto romano*, Torino 1994, 153; Crifò, *Lezioni di storia del diritto romano*, Bologna 1996, 141; Burdese, *Manuale di diritto pubblico romano* (3a ed.), Torino 1987, 132 s.; Guarino, *Storia del diritto romano* (10a ed.), Napoli 1994, 234 ritiene che la legge riguardasse i pretori, ma non sembra che avesse avuto durevole applicazione.

(2) Silla e la crisi repubblicana, Firenze 1969, 132 s.

(3) *Römisches Verfassungsrecht*, Leipzig 1952, 191 e già in *ZSS.* 1944, 237 ss.

(4) *CAH.* IX (1932), 295

(5) *Le Sénat de la République romaine*, Louvain, 1878-1883, II, 578 ss.; *Droit public romain* (7a ed.) 198 s.

volte tra l'80 ed il 53 i consoli hanno esercitato il comando militare durante l'anno di carica(1). Egli ha anche sottoposto ad un riesame approfondito le fonti addotte da Mommsen a sostegno della sua tesi. Il metodo è stimolante ed io stesso devo oggi riconoscere che la mia adesione a tale tesi era stata alquanto superficiale. Rileggo con sorpresa in Mommsen: "Die Belege....zu sammeln verlohnt nicht die Mühe"(2). Ne vale invece la pena e come, a cominciare dalle fonti addotte a sostegno della riforma sillana. I due testi di Cicerone/sono di incerta interpretazione e non costituiscono una (3) prova sicura che i consoli assumevano l'imperium militare dopo avere deposto gli auspici. Giovannini ha obiettato che il contesto rende necessario di intendere le parole gerere bella nostri duces incipiunt cum auspicia posuerunt nel quadro della critica alla negligenza della nobilitas rispetto ai doveri religiosi tanto fermi nel passato. Si può aggiungere la considerazione che tutti i comandanti militari erano tenuti a prendere gli auspici prima di partire per la guerra. Questo avveniva, secondo la ricostruzione di Magdelain sull'arx capitolina, che era considerata fuori del pomerium(4). Se Cicerone deplora la violazione degli antichi principi, egli pensa evidentemente al fatto che i consoli non prendevano i nuovi auspici necessari per l'impresa militare(5). Rimane però quella frase insufficiente ed incompleta cum auspicia posuerunt, che allude necessariamente alla fine degli auspici urbani. Del pari insufficiente è la frase dell'altro testo riferita a proconsoli e propretori, qui auspicia non habent, che può significare sia che non li avevano in assoluto, sia che non li avevano perché non li avevano presi (6). Più chiara è la narrazione di Velleio, che Pompeo avrebbe giurato che sarebbe andato in provincia ex eo magistratu(7), cioè dopo la fine della magistratura. Una conferma terminologica si ha anche in Cicerone, il quale scrive ad Attico di avere consigliato Cassio di non recarsi in provincia neque nunc neque ex praetura (8). Non vale osservare che si tratta di un uso secondario di ex, che in termini costituzionali denota il titolo

(1) Consulare imperium, 83 ss.

(2) Rechtsfrage, Schriften IV, 118

(3) de deor. nat. 2.3.9; de div. 2.36.76-77

(4) L'inauguration de l'urbs et l'imperium cit. 224

(5) Fest. 276 L, con la storia del comando militare nella Lega latina. Suicida riti della partenza, Mommsen, StR. I, 101 li limita alla nuncupatio dei voti sul Campidoglio, ma dopo aver sostenuto che dopo Silla i comandanti militari non avevano auspici, poi subito dopo parla degli auspici che essi potevano prendere al campo (i. vi, 103)

(6) Contro Mommsen, I, 101 e n. 1, il quale considera del tutto chiare le parole di Cicerone, ma rileva l'opinione opposta di Rubino.

(7) 11.31.1

(8) ad Att. 17.11.1

lo giuridico di un atto. Ex ha molti significati anche nel lessico cicero-
niano e nessuno è secondario rispetto ad altri. Piuttosto la lettera è
stata scritta in una fase di aspro scontro con Antonio, è datata "a.d.VI
Id.Iun.710" cioè l'8 giugno del 44, quando le norme sulle province erano
state modificate da Antonio con leggi di cui si contestava la validità. Il
consiglio ha un valore politico e non può riferirsi a norme sulle provin-
ce, come quelle attribuite a Silla.

L'esame dei singoli casi è dunque utile per desumere da essi l'esistenza
o meno di una norma. Non possiamo rifarlo in questa sede, ma ci limitiamo
ad osservare la varietà delle situazioni, che rende problematico un risul-
tato sicuro. Ad esempio il caso di Metello, inviato da Silla in Spagna per
combattere Sertorio è legato ad una particolare emergenza. Metello fu
nella provincia sicuramente nel 79 e vi rimase molti anni, fino al 71 data
del suo ritorno e trionfo. Sembra più il conferimento di un comando mili-
tare per una determinata impresa bellica che il governo di una provincia
prorogato anno per anno(2). Non vi è alcuna elemento per dire che Silla
inviò il suo collega nel consolato prima della scadenza per governare da
solo(3). In Appiano, la cui cronologia è abbastanza confusa, il governo di-
spotico di Silla dipendeva dal terrore di tutti, che neutralizzava le as-
semblee popolari, e non dall'assenza del collega.

Un diverso esempio è quello del breve frammento di Sallustio(4), in cui si
riferisce che i due consoli del 79 non raggiunsero entrambi le rispettive
province, perché uno di loro, Appius Claudius Pulcher, ammalatosi, si fermò
a Taranto. Nel frammento è chiamato collega e Giovannini pensa di poterne
desumere che essi erano partiti durante il consolato. Ma non è impossibile
che lo storico usi tale termine perché i due erano stati colleghi nel con-
solato fino al momento di assumere la provincia. D'altra parte l'intera carriera
di Claudio suscita dubbi. Egli non raggiunge la provincia nel 78, è a Roma come
interrex nel 77, poi in Macedonia nel 76, indi si ammala e muore. Qualcuno
dubita che sia stato proprio lui l'interrex nel 77 e pensa ad un'ominimia(5)
Per altri versi non si può ignorare che dalle fonti risulta che quasi sem-
pre almeno per un certo numero di anni consoli e pretori risultano esse-
re stati governatori di province nell'anno seguente a quello di carica.

(1) Merguet, Handlexikon zu Cicero, rist. Hildesheim 1964, 238 ss.

(2) Broughton, MRR.II, 83, per gli anni successivi 93, 98, 104, 111, 117 e 123

(3) le parole invocate sono in bel.civ.1.97.450: ἡφ' ἑαυτοῦ
per l'invio di Metello ἐξ ἑαυτοῦ (non ἐξ ἑτέρου)

(4) hist.fragm.1.127 M

(5) Cit. In Broughton cit. 92 n. 4

Non è possibile per ragioni di spazio procedere ad un riesame di tutte le fonti, ma solo esprimere la conclusione cui sono giunto dopo aver rimeditato su di esse in forza delle ricerche di Giovannini. Penso che sia difficile negare che Silla abbia dettato nuove norme concernenti il governo delle province ed i doveri dei governatori⁽¹⁾. Ma che esse contenessero la netta separazione dell'imperium militiae dal potere dei consoli è assai dubbio. In realtà se vi era una guerra in atto, come poteva venire in mente a politici, in ispecie conservatori, rendere impossibile ai consoli di assumerne il comando, anche se erano generali sperimentati? Nel corso del tempo con l'aumento delle province, che nell'età di Silla erano dieci, rendeva necessario disporre di un numero adeguato di governatori. Vi era certo un ritardo dell'ordinamento costituzionale nell'adeguare le norme alle nuove esigenze, che in una larga misura non erano di carattere militare, ma di semplice amministrazione e per questo l'imperium militiae era in un certo senso anacronistico. Buona parte di questi governatori non avevano eserciti, ma solo modesti contingenti per mantenere l'ordine e la sicurezza della provincia. Ma le norme continuavano ad essere quelle tradizionali ed i magistrati che si recavano in provincia dovevano osservarle, sia che effettivamente dovessero assumere il comando di un esercito, sia che così non fosse. E' abbastanza curioso che essi dovessero rivestire gli abiti militari, il paludamentum, dopo avere sul Campidoglio pronunciato i voti prescritti. E' inverosimile che Silla abbia stabilito la rigida distinzione che Mommsen e molti con lui, compreso chi scrive, hanno creduto. Non lo è invece per norme che riordinassero il metodo di assegnazione delle province, impiegando i magistrati usciti di carica in modo da non pregiudicare le funzioni urbane, ma comunque con una qualche discrezionalità da parte del Senato. Questa è una disciplina razionale, ma non possiamo dire che vi sono prove sicure per sostenerla. Inoltre in questo campo, le fonti di cui disponiamo ed in ispecie quelle di Cicerone, sono più o meno fortemente influenzate dalle vicende politiche di questo periodo, che sono di contrapposizioni spesso violente, nelle quali il diritto veniva impiegato sia nelle leggi che avevano di mira interessi di parte contingenti, sia nell'interpretazione che se ne dava. Per questo anche nella questione famosa dello scontro tra Cesare ed il Senato, non si può fare altro che esporre le ragioni che venivano addotte dalle parti in contrasto.

(1) Una lex Cornelia è citata da Cic. ad fam. 3.6.3, con uno strano ut opinor, che stabiliva un termine di 30 giorni per lasciare la provincia; una lex senza nome in ad Quint. fr. 1.1.9.26 col divieto di accettare danaro per erigere tempi e monumenti; una lex Cornelia autorizzava il promagistrato a conservare l'imperium fino all'ingresso in città, ad fam. 1.9.25. Era punito invece chi lasciava la provincia, portava via l'esercito, faceva una guerra di testa sua, ma in forza di una lex Cornelia maiestatis, in Pis. 21.50; un caso di maiestas per aver sollevato una legione è in pro Cl. 35.97

Questa era la conclusione cui ero pervenuto in passato e non penso che vi sia molto da modificare. Io non ho definito "isteriche" le reazioni di Cicerone alla fine dell'anno 50, come risultano dalle sue lettere⁽¹⁾. Ho detto che erano agitate e piene di passione. Come si poteva dire altrimenti per chi accusava Cesare di agire come Annibale, di occupare il luogo più idoneo per invadere la patria, di ordire altri seicento misfatti? Mi era parso che non si dovessero assumere come prova dell'illegalità della pretesa di Cesare. Nell'esame delle varie fasi dell'intera vicenda, in cui si alternavano tentativi di compromesso ed estremizzazioni dello scontro, il diritto era divenuto uno strumento della lotta politica. Per stabilire con obiettività da quale parte fosse la ragione, almeno sulla base delle leggi fatte votare per dare garanzie alle parti contendenti, bisognerebbe conoscerne il testo. Ma noi della lex Vatinia e della Pompeia Licinia abbiamo solo le notizie che ci vengono da fonti interessate.

Le lettere di Cicerone scritte quasi nell'imminenza della guerra civile sono un documento di indubbio valore politico, per comprendere lo stato d'animo di un uomo, che aveva concorso con le sue incertezze ed i suoi tentativi di compromessi a peggiorare lo stato delle cose. Ma quale storico, che intende porre in evidenza la realtà della lotta per il potere, potrà credere mai che un evento così terribile, come quello che stava per verificarsi, fosse davvero causato da un contrasto giuridico nell'interpretazione di leggi emanate per regolare la spartizione dei comandi? Con questo non intendo svalutare l'importanza del diritto anche e soprattutto nel campo della legalità costituzionale, della quale il termine di durata dei poteri è un elemento fondamentale. Intendo dire che la crisi era giunta ad un punto tale, che era possibile solo con lo scontro armato risolvere il contrasto. Può darsi che Cesare avesse qualche ragione, ma sta di fatto che egli è stato il precursore della fine della repubblica e della nascita dell'impero, anche se può essere utile comprendere quale forma di stato egli avesse in animo di creare⁽²⁾.

(1) L'espressione è attribuita anche a me da Giovannini, *Consulare imperium*, 145 n.48, che però in fondo esprime un giudizio analogo al mio, ponendo in rilievo che le parole di Cicerone sono quelle di un uomo politico in procinto di un evento così drammatico. Ma la deduzione è forse alquanto forzata, che cioè solo alla fine del termine si poteva avere la certezza che Cesare non intendeva di osservarlo. Quella certezza derivava dai preparativi militari e non da altro.

(2) Vedi su questo la chiara esposizione di Christ, *Caesar. Annäherungen an einen Diktator*, München 1994, 298 ss. Il quadro dell'insorgere della guerra civile è a p.46

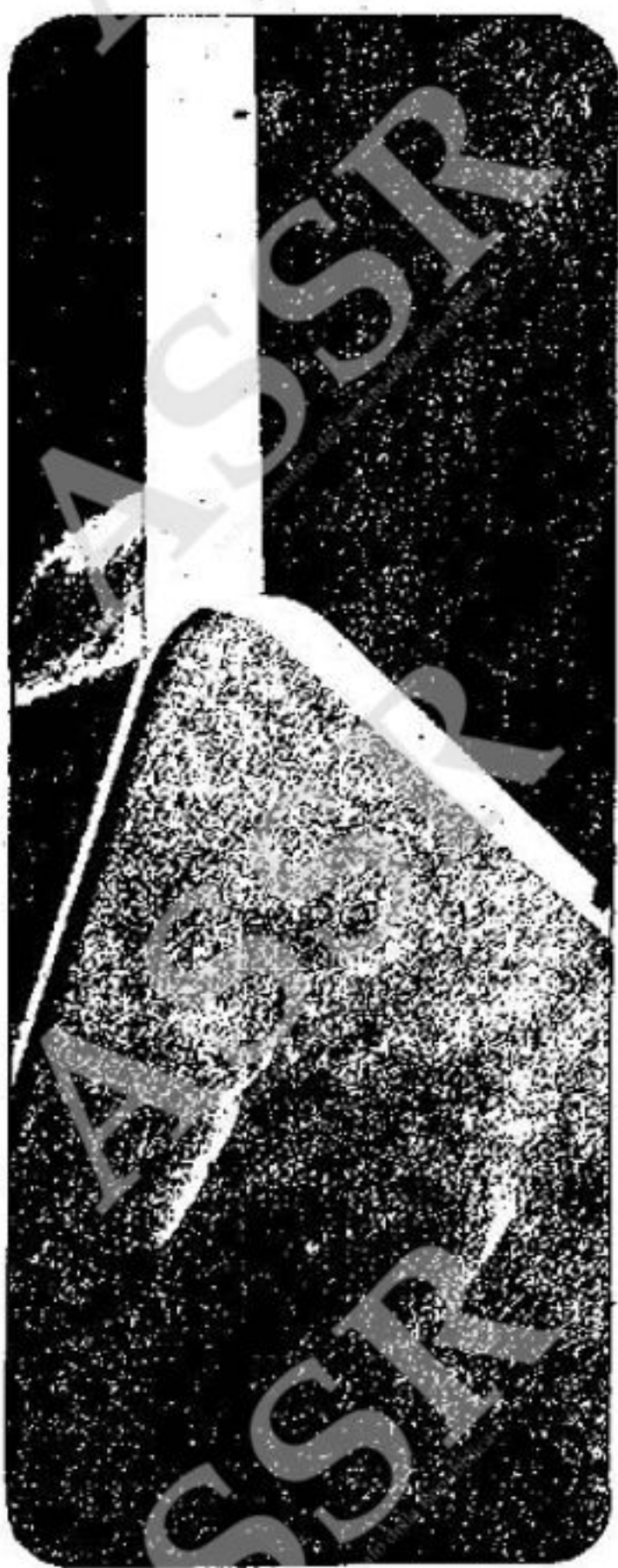
ag. ind
d.
l. d.

7.767
4.001
6.848
18.616

25 e. 37.

Phott. dirc. 35.9

diario e di osservazioni
e note



Mommsen
Rechtsproze
Schrift. IV, 118
St. Via de von
Vie la potter
meyer in la jonne
K. Loma a utare
Vell. 2.81
Lies b 6-1.6
Vic. de d.n.
23.9
e de div. 2. 36 76
77 -

affari lo cum
latal. 289

alex com. de
pro r. out. (Prot. 353)

ad fun. 1.9.13 ven c'è la legge
8.6.13 (a 3
w = 30 giorni per natura, at
lege op'ione comela

II - 10.3 un persona (utata da
Protomix un
da me)

III 15.2 (ut da
me - un persona)

ad 2. fr. 1.1.9 (ut da R
un persona per in me
Aria e lista e da me)

1.1.27 tot (Prot. 1.1.26)
e do

1. fr. aut Hispanis aut
suis praefessit

Phil. 10 11 26 conferimento V
a lezione Roma per cond.

da Sini, Populus et religio Arch. St. Grice. Sardo 3
de Sani - 1995

Divisione Tra vis e nefas - fra - da - et
antica -

Schuly, Principien -

Piontelli Una ricerca su ritmi in epoca
antica St. Grice VI. 236

Voci Dintro sano romano in etna a casa
StDHJ. 19, 1953, 42

Cotardano Per lo studio del vis del visum
St. Met. St. Rel. 1962, 129

Fabbri Res divini in vis WDJ XV, 35

Kaser (a n. 9)

Gioffredo Bugliore Winkler (n. 9-11)

Bretone da stoni del diu. rom. fr. oc. gric.
e antichista Jura 1991, 14 - etna (n. 35)

Ota Religio und superstitione e altn (n. 13
& ss. - vis aut.)

Latetans - ANA R. II, 16.1 (1978), 445

Aspetti spindici del sistema quindici-
celigoro erano 440-453

mundus templum ubi ager datus dte

augustinum 472

Templum in augustinum e pomeni (475)

Pomenium e urbs (479)

augustinus e iugum - distinguere domi - militum
(481) -

pra. deorum 77 (Voci - Sochi Montani)

Sini tellam nefandam. Virgilio e il piobles
del dinto interm. antico Sassari 1991

Humbert Dicit et religio. dans la
Rome antique

Sini A quibus una civitatis praesentibus
Ricicle nel quindici del III sec. n. C. Tome 1995

Voti

Bowles - Levere.

Marguerite II², 1885 266

(de ville chez le Romain
I, 1889, 315)

Wissowa R. R.² 381

Fontan 84GR 5, 969

Magdalen ffrasio - Mailles.

PW Legge XIV 964.

Visky 2e votum in Riv. 2m.

Print Index 1991 313.

Albert: St. Pissard IV, 29

Voces - Enc. Virg. IV, 629

Leventis p. m. 84 m.

Vol. marm. - in 184

populi -

Ensayé la caligine

umaine archaïque

Problemi da approfondire

Se i giuristi al momento della
partenza dovevano prendere gli auspici
(sull'Ara Capitolina - vedi Magdelain) o
solo compiere il voto.

In di mai v. la voce Vota in P.W. Suppl.

XIV (1974) di Eilenhut, 964 ss. part. 967 ss.

Pariti II 626

terr. trasilavole - fruti nella lex Cornelia

la prax. ord. ad laur. 1.2.25. 1.9.13 3.6.3 - 15.9.2
Phil. 10.14.26 ad 2-fr. 1.1.9; 3.2.3. de dir. 2.30-76 Plut.
le province erano 10 (ivi n. 4) due 35.9

Rostovti in laur. 1.9.13; 3.6.1-3; 10.3
ad 2 f 1.9.26 Phil 10.11.26 Plut Luc. 35
op. Div. la 36.37 - 39.39

1.9.13 cum in Hispaniam interitum cum imperio obtinere
neque res publica consules praetores, sed mercatores
provinciarum et sollicitudinem servos ac ministros (i. Terr.
a. 699 = 55)

2 consoli anno Pompei e M. Licinio Crasso
fecero una legge che o esplicitamente o in forma
implicita per cinque anni il territorio delle
Galie e vietava le discussioni prima del 1 marzo 50
(Meth. di Broughton 215)

3.6.3 (K. repr. 703 = 51) : 30 giorni per lasciare la
provincia secondo la legge cornelia, ut opinor -

frum. 15. 9. 2 (M. Cic. per G. Marcello
 l. ut aut mihi succedat quoniam
 proximum aliquis, ut ne quid accadat
 temporis ad id quod tu mihi et
 tenatus c. et lege finitur...

ad 2. fr. 1. 9. 26 (Roma 694 (60) o 695 (59)
~~non~~ nominati magis, lex exigent ut et
 templum et monumentum capere liceat
 ut lex

Non vedo che con c' altri Phil. 10. 11. 26 relativi
 alla critica delle province dopo la morte di Cesare, in
 la quale Cic. propone un sc. a integro del mentoni-
 mento a Roma delle province d. Macedonia, Illiria e Grecia
 con altri poteri, la cui efficacia era stata
 compromessa nel supremo interesse della repubblica. E
 hanno a mai della lex Julia de permutatione prov.
 la redazione del Senato presieduta dal console C. Vibius
 Pansa, come le altre che riguardavano gli Aferi
 hesani e la provincia di M. Antonio
 (frum. in Broughton II. 346 1.)

Numero complessivo fogli 855

spazi media 70

segni latini 60-65

Limiti 41 000 terzo
62 000 terzo e note

auguri e comiti - I, 468 e n. 47
469

non per il flauto I, 486

Lex Aelia et Fufia obnoxio
(dei magistrati) contro tribuni
peruosi (più parte di legge perniciosa)
II, 431

Lex Clodia III. 30,

e parte in n. 3, principalmente
di lic. de natura di fine po-
lita della legge e l'assenza di
istruzioni o muni non religiosi,
auspicio reus

di legge 30 di Istituzioni per obnoxio
tratto da A. Auguri III, 139

lex Rhodia
bille ut. in fuvino, dinto
Pivato Romano¹⁰ Napoli 1994
p. 924 n° 87.8 -

consultare

Henss T. M. und die revolutionäre Strukturen des röm.
Kaisertums ANRW II, 1, 1974, 77 (de M. Yann Thomas)
p. 10)
Verfassungsrecht und Ideologie, Sighele
Annapolis Riv. I, 340

Costituzione di un sistema giuridico nel quale
sono le norme del diritto pubblico romano, indipen-
dente dalla realtà storica, volutamente tenuta fuori
come irraggiungibile, contro la responsabilità del sistema
giuridico. Elemento fondamentale è lo Stato come
doppio del potere, che si esprime mediante la
magistratura - Senato e popolo, con marginali e
l'As. come è stato già osservato e più
in un momento V M.

In storia della costituzione, Verfassungsgesch., è
rappresentata nell'antichità - giudizio negativo
su tutti i contemporanei, con poco interesse
per la storia ai dati storici - Solo fu Pichius
qualche eccezione - Tutti i moderni costituzi-
onisti e autori di una storia della

Antichissima sua religione ~~fu~~ ^{fu} ~~in~~ ⁱⁿ ~~ordine~~ ^{ordine} -
 mente nell' antichità, riprendendo
 un vecchio argomento presso un usitano
 (p. 12).

Incisione STR I 15
 pro magistrali e imperialis -
 non ammesso l'elezione popolare
 la nomina
 motivo il comando militare si fonda
 su Augustus urbanus, quindi egli nominava
 e ingiunge nella opera urbana, in quel
 caso non è proibita secondo la costit.
 nota 1) esempio nomina popolare di S. Iuliano che
 poteva prendere gli auspici nel campo di battaglia o
 o più raramente l'esercito senza auspici.

p. 57 comando in Italia

63 comando militare fino al p. 101

p. 101 n. 1 (in div. e div. not.)

SENATO DELLA REPUBBLICA

per la (ne nella nota) sezione
 monte di mare ^{Senato della Repubblica} ^{Archivio Storico}
 (es. Rubino 47) -

Carta da minuta

giocavimmi 37 n. 26 afferono de OM
 I, 406-455 nm dice nelle sugli auspici
 a p. 52 n. 75 che la relazione tra curie
 e auspici mi è interamente sfuggita -

ver però fta I, 157 n. 142 e 158 n. 145

A p. 463 il cui fia non pote n
 come tanti si ingratia nella para
 intinamente con inter alla religione even
 gli auspici -

p. 469 auspici pnn nell'araplex

p. 470 lungo degli auspici

p. 486 auspici e tenuto -

p. 127 s. pomerio - più auspici intai

impennim tenuto con gli auspici, la più
 degli auspici deturum non anche quella
 nell'impennim intadum

p. 133 auspici e deturum -

136 auspici allegati all'impennim -

In linea generale non si capiva plotz
 III, 1992, 20 continui ad affermare che l'ingratia
 degli auspici patiti, longtempis negligis per les
 servants e se non una mag delatit - Recherches
 sur l'imp. (1968)

Carta da minuta

SENATO DELLA REPUBBLICA

a p. 139 e n. 74 legge con la

l' imperium - consularis delle magistrature

p. 268 interregio - tornare ai
patres imperium e auspici -auspici ad patres redeant, ma in
realtà qual che forma è tutto il potere
nell'italiani opinioni diverse -

III: 331 ss. estensione del governo

distinto dall'estensione dei confini dell'Italia
e invece per il potere urbano dei mag.
in il pomerio - ma la distinzione
imperium domus - militare non coincide con
il confine dell'Italia. I proconsoli continuano
a esercitare il loro imp. mil. anche quando
l'Italia era diventata ager Romanus. Importante
spiegabile con la sopravvivenza di motivi religiosi
religiosi in cui si è al templum di ager

effetti per gli auspici -

ager Romanus Catalani 269 e n. 89

A 264 le varie n. riunivano all'interno del pomerium secondo una norma cui non si derogò neanche nel periodo delle lotte tra Cesare e Pompeo. Ca. 41.43.2-3. A 265 n. 69 ricostruzione relazione Terenzio - i Pompeiani avevano reso ager Romanus un luogo e lo avevano inaugurato per le attività pubbliche, fra per tenere i comizi centuriati per eleggere i nuovi magistrati, ma ciò non fu possibile perché i comiti non avevano ricevuto l'imp. con la lex curiata. Ci si riferì quindi a per proprio dei comiti. l'impedimento dei magistrati in una

la norma relativa ai comizi centuriati era applicata per la conversione con il dir. augustinus delle curie - non con quella del comizi centuriato (es. Regib)

Il Pomerio come circuito, omnia n. consistere religiosi, proteggere le norme e separare la più alta aspicie urbana - Allora non aveva una distinzione tra imp. urbana e imp. extramurana]

Carta da minuta

SENATO DELLA REPUBBLICA

Vedere

Larsen da teoria della costituzione in un'epoca
nell'età imperiale romana (1990)
rec. Selow JRS 1994.274 ss.

[Per storia Senato

Chartagnol, Le Sénat romain à l'ép.
que impériale (1992)
rec. Talbot JRS 1994.228]

A vedere per ricerca in corso

Lindorska. The augural law ANRW II,
16.3 (1986) 2146-2312] (vi
manus)

fonti in *Eden Staat u. Staatlichkeit* (1990)

Carta da minuta

Per Impuniti

SENATO DELLA REPUBBLICA

Girardet, Die Entmachtung
des Konsulats etc. Festgabe
Steinmetz, Stuttgart 1990, 88 ss.

Cahier Glotz IV. 1992
V 1994

Jacques - Scheid, Rome et l'intégration
de l'Empire EBU 2^e ed 1992 (a succedeva)

Leaders a. masses in the R. W.
(Stud. Yavetz)

Ch. Meier Cesare - Impetora e omigolunza
di in elitura - (Einaudi 38.100)

Murlet de dictature de Sylla i monarchie
ou magistrature républicaine? (Institut belge
de Rome 30 - 1993 (de mme. 575)

impia ai come clienti esclus. da un box univ. : pag. 149
(Miyakawa 180)

Giannini in *Eden Staat u. Staatsbüchheit*
p. 406-436 - part. 409-15

Kreuz F. Krommensen und des 19 JH.
Kiel 1986, 44-57

Sedanken und Vermutung zur
frühen röm. Regierungsgewalt
nach. *AK: Göt. 10. 1982. 425*

In Kreuz e Giannini

Venturini *Procedo jemole*, 1996,
52 ss.

Harlet C. Glatz v. 1994 von *discrete* le
wie *mitigato*, per i *poteri* N. *Argento* In
partic. *dis* a 53.32.5 (p. 259 e n. 20)

In Krommensen e Hegel *Tonolo*, Proflo 8

Isola di Broughton

M. Darwinis Lysans Pr. 81 pram. 80

C. Monachus hirs Pr. 81 - pram. 80

M. Comeluis Solabelli Cos. 81 Pr. 80

prc. Macedonia 80-77 (Tr.)

M. Comeluis Solabelli Pr. 81

L. ? Fufi Mij Pr. 81

Pr. 81

M. Mimus Thonny

Pr. 81

M. Pompeius Maximus

pr. p. Africa

L. Lucius Metell. Pij

81 < 80-79 Trionfo

C. Claudius Mure.

Pr. 80

cos 80 prc. 79

C. Claudius Mure.

Pr. 81

prcos 79

prcos 79

M. Mimus Gubius

Pr. 80

prc 79

L. Lucius Metell. Pij

C 80 (pr 89)

prc 78

L. Lucius

pr 79

Spagn - 76

pr. 78

Carta da minuta

SENATO DELLA REPUBBLICA

Ap. Claudius Pulcher cos 79 78 pr. mact
 e 77
 ? C. Cossinius pr. 89? prc 78 Allynianus 78
 L. - Manlius pr 79? prc 78 Galus 77
 P. Servilius Vatin (Favianus) cos. 79 Transalp
 prc. tibia 78
 (Entr. 6.3 ex console)
 M. Aemilius Lepidus cs. 78 prc. Transalp 77
 L. Cornelius Ffricanus pr. 78 prp(?) Sili 77
 L. Licinius du nullas pr. 78 prp? Afric 77
 Q. Lutatius Catulus as. 78 prc. Annis?
 Cn. Pompeius M. imperium pr. p. contra Lepidus 77
 prc cos contra Sexton
 P. Servilius Vatin (Favianus) cos. 79
 ? Terentius Varro pr. 78? prc 78-77
 govern. Asia 77
 L. Valerius Terentius pr. 78? prp Sardin 77
 Vane Pa. 76 prp 73-70 Sordani

in deris

Burdese

manuale di dir. pubbl. 2014 n. 3

Fonho ~~1987~~ 1987 132 s.

Santolucci

Talamone di altri documenti n. 2. 2.

mismo 2 1989

287 riferisce ai pretori

Gibberti

Elementi di storia del diritto

romano

Torino 1994, 153

Lecchia - Lazzarini come a un storia

~~trattato~~ delle istit. repubblicane

Nap. 1978, 325

lavori, i casi di emergenza e autorità. Invece al
conferimento nell'anno successivo loro è certamente riservato in molti
casi, un dove esistano esigenze belliche è dovuto più a lungo
fuori al termine della guerra o a situazioni adeguate -

non l'integr. forte per v. cons. 7.17
non è tanto erronea -
E' vero che le stesse persone potevano
essere definite ambasciari o pretori (f. 65) non
non potevano essere governate internaziona-
lmente dai consoli e dai pretori
I casi in cui questo è accaduto
sono sempre di emergenza belliche. Inoltre
dato il modo imp. dei consoli essi
potevano sempre intervenire in un pro-
vincia pretoria [vedi i casi cit. in f.
69 s.]
La (prima) riforma di Sulla introduce
un cambiamento fondamentale nella
int. romana. (f. 72)

Si può supporre in base alle fonti che
Sulla abbia fatto un riordinamento complessivo
del governo delle province e del potere dei magi-
strati, di cui la Cornelia parla l'iscrizione di
(alla fine?). - modifica dei termini e delle
dei governatori etc. - non questo non implicava
una soppressione dell'imp. civ. bensì una
soppressione del suo status durante l'anno di

lege Cornelia Cic. Ann. 3.6.3 -
1.9.25

Corn. maiest. Cic. Pis. 21.50

A. 1.2.2.32

Enn. et Holman records 8.

Cic. Phil. 1.8.19 - un anno prov-
priet. due le consolat. - Non si poteva di-
venire legge di Cesare, che si era sollecitato
da tempo, ma non aveva potuto essere
approvata prima -

ad Ann. 3.6.5 provincia annua - ma
in una legge speciale per conferire a Cicerone
e tribulus l'imp. - un esente magistrato -

[H può essere per sempre un termine annuo
che si poteva - non era più compromessa
di una norma generale persistente?]

Brounmon

7 2 M. Antomis laticus pr. 74
 proc. 74. 73. 71 (117)

Q. Arvis: pr. 73 ?

M. Anselis Co. 74
 proc. B. Hy mi due anni (117)

Michele

C. leroi donoma Co. 73

proc. l'edipira - vnto da

spartano a mntan 117

? M. Fontenis pr. 75 pr. p. Transalpin
 74

M. Licinus nasoy d'iva p. 73?

proc. contro spartano 118

Pompeo

~~118~~

118

proc. in spagna - vince

serpente e schiava

C. Sabinus contro l'ultimo resistenza

Co. 76

Senato della Repubblica - Archivio Storico

proc. in aedem

118

Intorno a... da un gruppo
di... (118)

48

Intorno a... da un gruppo

cos. 73

118

P. Varini fr. 73. 66?

Virus fr. 74

Carta da minuta

SENATO DELLA REPUBBLICA

Appunto su Imperium

Sant'elucà su Liv. 42.49.1-5 mi

Principi libertatis - Luca 1992 267

Il principio ma in intermento dove sono
i mille anni

Carta da minuta

SENATO DELLA REPUBBLICA

Th. Thomas 36 n. 131 A differenza di

Rubio non si pone il problema della mobilità
delle fonti, se non in termini di esemplarità, con
frequenza, anziché il leggendario e l'immagine e
campi della storia quotidiana.

nel popolo intende teoricamente la sovranità
che è il fondamento del potere Th. 40 e n. 149
(cit. DP v p. 6 s. Attrib 191)

Stk. II, 2, 749 :- fradamentale - (rinvio
alla concezione di Augusto dove 746 n. 1 (non è
2).

Veolere

Elder Staat u. Staatlichkeit (1990)

Hess Synteleia A. R. I, 340

Hindolenski The augural law ARRW II, 16, 3

Monumenten I

Blicken exp. ! lex publica

De agricultura - In memoriam P.W. de Heere
 I.C. Gieben Amsterdam 1993

Ampolo - Ital. Arch.

Rome archaïque : une société pastorale ?
 in Pastoral Economics in classical
 Antiquity (ed. Whitlaker Cambridge Phil.
 Soc. Suppl. X IV Cambridge 1988, 120 m.)

La grande Roma dei Tarquini
 Mestre 1991

Edler Staat und Staatslichkeit in der
 (ed.) frühen römischen Republik
 Stuttgart 1990

aux analyses chronologiques ou iconographiques, elles livrent l'essentiel du dossier, sans rentrer dans le détail de discussions plus générales. W. se montre d'ailleurs, en ce qui concerne les datations, d'une sage prudence: ainsi pour le n°44, un sarcophage attique représentant Achille, pour lequel l'auteur s'en tient à une datation large, 150-70, considérant comme illusoire, et à juste titre, la datation trop précise (165) proposée par d'autres.

W. a déjà manifesté ailleurs son intérêt pour les aspects techniques de la sculpture romaine. On ne s'étonnera donc pas de l'attention portée ici à ces questions: nature des marbres (W. donne p. 11 d'excellentes remarques sur l'intérêt de l'analyse isotopique et ses limites), examen des traces d'outils (illustrées par trois planches), dessins du profil des cuves.

Un regret, mais qu'on imputera pas à l'auteur: les illustrations parfois insuffisantes, de dimensions trop réduites, ou trop grises pour qu'on puisse distinguer tous les détails utiles.

Le détail des notices n'appelle guère de remarques. Nous ferons seulement quelques brèves observations à propos de quelques reliefs.

— n°4: le sarcophage de Balbin, auquel il est fait allusion, est, à notre sens, avant tout allégorique, plutôt qu'il ne rappelle la victoire sur Maximin le Thrace.

— n°7: l'hypothèse d'une *sparsio* de noix parmi les enfants, comme en signale l'inscription *CIL* X, 5853 mérite d'être soulignée mais reste une hypothèse.

— n°8: il n'y a guère de raisons convaincantes, nous semble-t-il, de supposer que le couvercle du sarcophage de Q. Petronius Melior, au Louvre (Baratte-Metzger, n°2) représente une *pompa circensis*.

— n°10: il est impossible que le personnage sous l'arche représente le *dominus*, en raison de son costume (il porte l'exomide).

— n°21: l'origine phrygienne de ce fragment nous laisse sceptique.

— n°28: on regrettera peut-être que les inscriptions, relativement nombreuses, n'aient pas fait l'objet d'un commentaire. Mais c'eût été sans doute sortir du cadre choisi pour ces notices. La remarque vaut également pour le n°26.

— n°37: on hésitera à considérer cette pièce comme un sarcophage plutôt que comme une urne.

— n°42: cet intéressant sarcophage pose le

problème délicat du rapport des ateliers romains (ici peut-être campanien) avec leurs homologues attiques ou orientaux, illustré par plusieurs autres cuves à la fin du IIIe s. et au début du IVe s. La référence à d'hypothétiques peintures triomphales n'emporte pas notre conviction.

Sur la plupart de ces points d'ailleurs, W. s'est exprimée d'une façon parfaitement prudente. L'équilibre des analyses, mais aussi leur grande précision sont effectivement deux des caractéristiques principales de ce catalogue, qui apporte une contribution précieuse à l'étude des sarcophages.

Paris

François Baratte

Eduard Meyer. *Leben und Leistung eines Universalhistorikers*. Hrsg. von William M. Calder III und Alexander Demandt. Leiden: E. J. Brill 1990. IX, 537 S. 1 Taf. (Supplements to Mnemosyne. 112.) 205 hfl.

Eduard Meyers Wirkung und Nachleben nahmen einen eigenartigen Verlauf. Unmittelbar nach seinem Tode äußerte Victor Ehrenberg, der ihm in stets kritischer Distanz verbunden war: «Unsere Wissenschaft ... hat ihren Vater verloren ... niemanden gibt es jetzt mehr, der, auch nur in entferntem Abstand von ihm, sich Universalhistoriker des Altertums nennen dürfte!»¹ In ähnlichem Tenor waren die Nachrufe gehalten.² Doch schon wenige Jahre später wurden Meyers universalhistorische Konzeption wie seine Bemühung um die Geschichte des Alten Orients von einem Wortführer nationalsozialistischer Althistorie in einem aufseherregenden Methodenstreit kategorisch abgelehnt;³ eine Universalgeschichte im Sin-

¹ Brief an Frau Meyer vom 1. 9. 1930 – Zitiert nach: Eduard Meyer – Victor Ehrenberg. Ein Briefwechsel 1914–1930. Hrsg. von G. Audring u. a. Berlin/Stuttgart 1990, 132.

² Erwähnt seien lediglich U. Wilcken – W. Jaeger, Eduard Meyer zum Gedächtnis: Zwei Reden. Stuttgart 1931; W. Otto, Eduard Meyer und sein Werk, Zeitschrift der deutschen morgenländischen Gesellschaft 85, 1931, 1–24.

³ H. Berve, Zur Kulturgeschichte des Alten Orients, Archiv für Kulturgeschichte 25,

ne Eduard Meyers erschien damals nicht mehr 'zeitgemäß'.

Nach 1945 scheiterten die Versuche von Joseph Vogt und anderen,⁴ die Universalgeschichte des Altertums wiederzubeleben. Zwar blieben Meyers wissenschaftliche Hauptwerke, nicht zuletzt dank des Einsatzes von H. E. Stier, in Nachdrucken präsent,⁵ doch die wissenschaftliche Leistung insgesamt rückte mehr und mehr in den Hintergrund. Ins Licht gezerzt wurden jetzt dagegen Meyers politische Äußerungen aus der Zeit des I. Weltkrieges, seines anschließenden Berliner Rektorates und aus der Weimarer Republik: der nationalistische Professor, der sich aus voller Überzeugung mit der preußischen Monarchie identifiziert hatte, der Befürworter einer entschiedenen Kriegführung, speziell eines uneingeschränkten U-Bootkrieges, der Annexionist und Verfasser von Kriegsschriften über England und die USA, der Rektor, der 1919 den Nachweis der erforderlichen Vorbildung für ein Universitätsstudium zu fordern und der zu behaupten wagte: «Eine Hochschule für alle ist kein Hochschule mehr»,⁶ war so recht als Angriffsziel all jener geeignet, die in isolierenden, überwiegend emotional geführten Debatten die Heroen von gestern zu stürzen suchten.⁷ Wem dies alles immer noch nicht genügte, der konnte M. I. Finleys polemische Verdikte⁸ über Meyers wirtschafts- und sozialgeschichtliche Wertungen nachsprechen.

Eine kritische, ausgewogene und primär sachbezogene Spezialforschung über Eduard Meyers wissenschaftliches Werk setzte dagegen erst relativ spät ein. Neben den Dissertationen von Chr. Hoffmann⁹ und J. Jantsch¹⁰ sowie weiteren Einzelstudien¹¹ ist hierbei vor allem die Edition von Meyers Briefwechsel mit V. Ehrenberg hervorzuheben,¹² diejenige des in wissenschaftsgeschichtlicher Sicht noch bedeutsameren mit K. J. Beloch steht bevor.¹³ Alle diese dankenswerten Initiativen, die hoffentlich eines Tages auch zu einer adäquaten wissenschaftlichen Biographie Meyers führen werden, aber wurden nun durch die vorliegende Publikation der Akten eines von William M. Calder III und Alexander Demandt vom 10. bis 14. 11. 1987 in Bad Homburg organisierten Eduard Meyer-Colloquiums übertroffen.

Von den 18 Beiträgen des Bandes befaßt sich ein Drittel mit Problemen von Meyers Biographie. Da der Nachlaß lange Zeit keine

1935, 216–230. Zur anschließenden Diskussion vgl. K. Christ, *Neue Profile der Alten Geschichte*. Darmstadt 1990, 170f.

⁴ J. Vogt, *Geschichte des Altertums und Universalgeschichte*. Wiesbaden 1957 = Ders., *Orbis*. Freiburg 1960, 362–379; Ders., *Wege zum historischen Universum*. Stuttgart 1961.

⁵ Von Eduard Meyers *Geschichte des Altertums* erschien 1984 in Essen eine 9. Auflage in 8 Bänden, ein unveränderter Nachdruck der zuvor 1952–1958 veröffentlichten Auflage.

⁶ Eduard Meyer, *Kleine Schriften*. II². Halle 1924, 565.

⁷ Eine Zusammenstellung der umfangreichen, einschlägigen Literatur bietet in dem hier besprochenen Band B. Sösemann, 446, Anm. 2.

⁸ M. I. Finley, *Die Sklaverei in der Antike*. München 1981, 52 ff.

⁹ Chr. Hoffmann, *Juden und Judentum im Werk deutscher Althistoriker des 19. und 20. Jahrhunderts*. Leiden 1988, 133–189.

¹⁰ J. Jantsch, *Die Entstehung des Christentums bei Adolf von Harnack und Eduard Meyer*. Bonn 1990.

¹¹ L. Canfora, *Intelletuali in Germania tra reazione e rivoluzione*. Bari 1979; A. Momigliano, *Max Weber and Eduard Meyer: Apropos of City and Country in Antiquity*, in: Ders., *Sesto Contributo alla storia degli studi classici e del mondo antico*. Roma 1980, 285–293; Ders., *Premesse per una discussione su Eduard Meyer*, *Rivista Storica Italiana* 93, 1981, 384–398 = Ders., *Settimo Contributo ...*. Roma 1984, 215–231; E. Gabba, *Cesare e Augusto nell'Interpretazione di Ed. Meyer*, *Rivista Storica Italiana* 94, 1982, 581–588; L. Capogrossi Colognesi, *Eduard Meyer e le teorie sull'origine dello stato*, *Quaderni Fiorentini* 13, 1984, 451–469; M. Mazza, *Meyer vs Bücher: Il dibattito sull'economia antica nella storiografia tedesca tra otto e novecento*, *Società e storia* 29, 1985, 507–546; F. H. Tenbruck, *Max Weber und Eduard Meyer*, in: W. J. Mommsen – W. Schwentker (Hrsg.), *Max Weber und seine Zeitgenossen*. Göttingen 1988, 337–379.

¹² Vgl. Anm. 1.

¹³ Siehe vorläufig L. Polverini, *Il carteggio Beloch-Meyer*, in: K. Christ – A. Momigliano (Hrsg.), *Die Antike im 19. Jahrhundert in Italien und Deutschland*. Bologna 1988, 199–219.

Beachtung fand, waren die Erkenntnisfortschritte hier besonders groß. So konnten *Chr. Hoffmann* die intellektuelle Entwicklung des jungen Eduard Meyer im Zeitraum zwischen 1855 und 1879 klären und mit der Publikation besonders aufschlußreicher Jugendbriefe verbinden (208–254), *M. Chambers* in seiner Studie 'The 'Most Eminent Living Historian, the One Final Authority': Meyer in America' (97–131) erstmals eine systematische und minutiöse Rekonstruktion von Meyers Verhältnis zu den USA vorlegen, *E. Badian* Meyers faktisch nicht mehr bekannte Publikationen in den USA in Erinnerung rufen (1–40). Die Referate von *B. Sösemann* (446–483) und *J. von Ungern-Sternberg* (484–504) vertiefen unsere Kenntnis von Meyers politischen Aktivitäten, dasjenige von *W. Unte* erhellt Meyers starkes Engagement in der Notgemeinschaft der deutschen Wissenschaft (505–537).

Eine zweite Hauptgruppe der Beiträge ordnet Meyer in das wissenschaftliche und geistige Spannungsfeld seiner Zeit ein. Für den kritischen Vergleich Meyers mit *Wilamowitz* konnte *W. M. Calder III* erstmals den Briefwechsel der beiden Gelehrten auswerten, Gegensätze wie Gemeinsamkeiten eindrucksvoll herausarbeiten, vor allem aber den fundamentalen Gegensatz zwischen Philologie und Althistorie in ihren Positionen exemplarisch erfassen (41–73). Von ähnlich weitreichender Bedeutung waren die Beiträge von *J. Deininger* über Eduard Meyer und Max Weber (132–158) und von *A. Demandt* über Eduard Meyer und Oswald Spengler (159–181).

Eng damit verbunden sind jene Studien, welche die Grundlagen und Methoden von Meyers historischer Konzeption zu klären suchten. Warum der erst nachträglich beige-steuerte Beitrag von *B. Näf* über Eduard Meyers Geschichtstheorie (285–310) noch einmal ausführlich auf Weber und Spengler eingehen mußte, bleibt unerfindlich. In ihren Resultaten überzeugender erscheinen *W. Nippels* Prolegomena zu Eduard Meyers Anthropologie (311–328) sowie *H. Schneiders* ausgewogene und differenzierte Analyse der Bücher-Meyer-Kontroverse (417–445). Anregend, mitunter wohl auch provozierend, wirkt der Beitrag von *R. Schlesier* 'Religion als Gegenbild. Zu einigen geschichtstheoretischen Aspekten von Eduard Meyers Universalhistorie' (368–416). Dabei handelt es sich um eine erweiterte Neufassung des offenbar kontrovers diskutierten

Bad Homburger Vortrags. Die Thesen, daß für Eduard Meyers Konzeption der Universalgeschichte Religion grundsätzlich als «Gegenbild», «Theologie als Feindbild» (375) fungierten, führen gewiß in das Zentrum seines Denkens wie seiner persönlichen Überzeugungen, waren indessen in der vorliegenden Form und in ihrer religionspsychologischen Akzentuierung kaum zu beweisen.

Eine letzte Gruppe der Referate befaßte sich schließlich mit Einzelbereichen von Eduard Meyers Werk. Der souveräne Beitrag von *F. Parente* über die Monographie 'Die Entstehung des Judentums' (329–343) kommt zu dem Resultat: «Meyers Buch bleibt jedenfalls das bei weitem wichtigste Werk, das je über die Entstehung des Judentums geschrieben worden ist» (343). *J. Mansfeld* untersuchte Meyers Beurteilung der griechischen Philosophie in dessen Hauptwerk, wobei die orphische Lehre, die frühe milesische Philosophie, die historische Dimension der frühgriechischen Philosophie sowie Sokrates und Platon im Mittelpunkt standen (255–284). *L. Canfora* gab eine Analyse 'Eduard Meyer tra Cratippo e Teopompo', das heißt eine Studie des Problemkreises um den Verfasser der 'Hellenikā' von Oxyrhynchos, mit dem sich Meyer wie Wilamowitz wiederholt befaßt hatten (74–96). Auf Eduard Meyers 'Ursprung und Anfänge des Christentums' ging *E. Plümacher* in seinem Referat ein (344–367), wobei er sich in exemplarischer Weise auf Meyers Jesusbild konzentrierte und dessen Nähe zur liberalen Theologie des 19. Jh. unterstrich. Erfreulich ausgewogen ist auch *A. Henrichs'* Untersuchung des Mormonenbuches (182–207), eine Studie, die sowohl Meyers Einbeziehung der Religionsgeschichte in die allgemeine Geschichtswissenschaft als auch sein spezifisches Interesse an den Stiftern von Offenbarungsreligionen, an Mohammed wie an Joseph Smith, plausibel begründet.

Wie jedes vergleichbare Sammelwerk so zeigt auch dieses Defizite und Mängel: Es ist bedauerlich, daß Ägyptologie, Orientalistik, aber auch die Römische Geschichte nicht adäquat vertreten sind, bedauerlich, daß die Beiträge von *Br. Croke*, *G. A. Lehmann* und *L. Polverini* nicht abgedruckt werden konnten, ein Register ebenso fehlt wie die im Inhaltsverzeichnis (VI) angekündigten Anschriften der Autoren. Doch all das muß zurücktreten hinter dem großen Verdienst der

Initiatoren, endlich ein breiteres Interesse für einen unserer Klassiker geweckt zu haben. Anerkennenswert sind aber auch die intensiven Bemühungen der Autoren, die in ihren stets gut dokumentierten Studien nahezu durchweg ein hohes wissenschaftliches Niveau erreichten. Über die wichtigen Einzelresultate hinaus zeigt dieser hervorragend gedruckte Band nicht zuletzt jene Möglichkeiten auf, die sich wissenschaftsgeschichtlicher Forschung in den Altertums- und Geschichtswissenschaften bieten, Aufgaben, die gerade bei der Neuorganisation der deutschen Institutionen endlich in Angriff genommen werden sollten.

Marburg

Karl Christ

PETER MUSIOLEK †

Am 28. November 1991 verstarb nach kurzer schwerer Krankheit Dozent Dr. Peter Musiolek im Alter von 64 Jahren. Sein Schicksal spiegelt in besonders ergreifender Weise die Peripetien wider, die die deutsche Geschichte unseres Jahrhunderts Menschen seiner Generation zugemutet hat. Wir stehen vor der Biographie eines Mannes, die in allen Höhen und Tiefen etwas Exemplarisches hat. Sie ist exemplarisch gerade auch deshalb, weil sich hier jemand bis zuletzt diesem Schicksal nie gebeugt oder angepaßt hat, sondern stets sich seine persönliche Würde und seinen lautereren Charakter so bewahrte, daß er ein Vorbild war und bleibt.

Aus traditionsreicher Wiener Familie stammend, Sohn eines Chemie-Ingenieurs, mußte er bereits als Sechzehnjähriger in den Krieg ziehen. Nach kurzer Gefangenschaft schickte er sich an, als Student der Chemie an der Textilingenieurschule in Cottbus in die Fußstapfen seines Vaters zu treten. Am 19. Dezember 1950 wurde er, aus heiterem Himmel und ohne jeden erkennbaren Grund, vom KGB verhaftet und von einem sowjetischen Militärgericht in einem Prozeß, dessen Verlauf er mangels Sprachkenntnissen gar nicht verfolgen konnte, als angeblicher Spion zu 15 Jahren Zwangsarbeit verurteilt. Nur auf Grund eines Zufalls – er kam in ein deutsches Kriegsgefangenenlager – wurde er im Dezember 1955 im Gefolge des Adenauer-Besuches entlassen. Die Zeit in den Lagern, darunter das besonders berüchtigte in Workuta, konfrontierte Musio-

lek mit einer Welt des Grauens, das für ihn buchstäblich unaussprechlich war. Sie hat seinem weiteren Leben das Gepräge gegeben, nicht im Sinne der Resignation, sondern dem der Selbstbehauptung, des Stolzes und der Menschenwürde. Sich gerade in den schlimmsten Momenten zu sagen: 'Die kriegen mich nicht unter' – das gab ihm Halt und so viel Lebensmut, daß er sogar andere damit beflügeln konnte. Dank der Begegnung mit anderen Gefangenen aus verschiedenen Ländern Europas, des Kennenlernens der russischen Sprache und Mentalität, der diversen geistigen Strömungen, die Gesprächsthema gerade unter den politischen Häftlingen waren, sah er in der Gefangenschaft sogar einen Gewinn, eine 'zweite Universität'.

Aus familiären Gründen in die damalige DDR zurückgekehrt, studierte Musiolek von 1956 bis 1960 an der Humboldt-Universität Berlin, vor allem Alte Geschichte. Geprägt hat ihn Elisabeth Charlotte Welskopf, die eine undogmatisch-marxistische Perspektive im Fachlichen mit bürgerlich-vornehmer Souveränität und engagierter Menschlichkeit im Persönlichen verband. Ihr Beispiel lebte in Musiolek weiter: Besonders die mütterliche bzw. väterliche Fürsorge für die Studenten (gerade die 'Unbequemen') war neben der strengen Schulung im Fache für die Lehrtätigkeit des Assistenten und Dozenten bestimmend. Das verlangte in den schwierigen Zeiten, als die Universität vollends in die Gewalt des SED-Regimes geriet, ein Höchstmaß an Eigenständigkeit und Mut. Es bedeutete aber auch, daß Musiolek nach der 3. sozialistischen Hochschulreform im Jahre 1968, welche die Gängelung der Lehre vervollkommnete, keinen Platz mehr an der Universität hatte. Der begnadete Lehrer fand am Institut für Wirtschaftsgeschichte der Akademie der Wissenschaften der DDR eine 'Nische', die er auch anderen öffnete. Zum Glück für manche hatte er dann doch Gelegenheit, durch Lehraufträge an der Humboldt-Universität zu demonstrieren, wie ein Studium in geistiger Selbstständigkeit aussehen konnte.

Die Freiheit des wissenschaftlichen Denkens bewahrte Musiolek auch als Forscher an der Akademie. Diesen Drahtseilakt richtig zu würdigen wird wohl nur denen gegeben sein, die das System gerade der historischen Forschung in der DDR selber kennengelernt haben. Als Mitherausgeber des Jahrbuchs für Wirtschaftsgeschichte (JWG)

CAHIERS DU CENTRE G.GLOTZ

-III-



De Boccard

Autour de l'*Imperium*.

Claude Nicolet

Nous avons tous appris, et enseigné, que depuis Sylla existait une règle constitutionnelle qui interdisait aux magistrats supérieurs, en tout cas aux consuls, d'exercer un commandement militaire dans une province pendant la durée de leur magistrature. Cette dernière prenant donc, légalement, un caractère purement civil. Ce fut le mérite d'A. Giovannini en 1983¹ de montrer clairement que cette "règle", imaginée en fait par F. Hottmann au XVI^e siècle, était contredite par la pratique politique constante des années 80 à 50. Ce n'est pas que cette dernière ait violé une règle (ce qu'on admettait jusqu'ici) ; c'est que la règle, en fait, n'existait pas. Ce n'est qu'en 52 que Pompée, par une loi consécutive à un sénatus-consulte, fit décider qu'un intervalle de cinq ans devait séparer l'exercice d'une magistrature de celui d'un commandement provincial. Laquelle loi ne fut que très brièvement appliquée, du fait des guerres civiles (Dion, 40, 56, 1 ; 30, 1 ; 46, 2 ; César, B.C. I, 85, 9).

Cette jolie découverte nous inspira de manière indépendante, à Klaus Girardet² et moi-même³, la même hypothèse. Est-ce que la mesure faussement attribuée à Sylla, due en fait à Pompée (et aux sénateurs) en 52, mais non appliquée, ne fut pas, en fait, mise en vigueur par Auguste lui-même ? Je soutenais, quant à moi (suivant Dion Cassius) que cette décision intervint dès l'année 27. K. Girardet, dans un article beaucoup plus développé sur "La destitution du consulat", proposait la date de 18 av. J.-C. De toute manière, l'hypothèse avait plusieurs conséquences intéressantes. D'une part, accuser encore plus fortement cette continuité, ou ce mimétisme, entre le régime augustéen et les précédents, ou le "modèle", pompéiens. Vieux thème historiographique sans cesse invoqué, depuis Mommsen, Eduard Meyer⁴, et surtout Pierre Grenade⁵. D'autre part, nous conduire à nous interroger encore

¹ A. Giovannini, *Consulare Imperium*, Schweizerische Beiträge zur Altertumswissenschaft, Heft 16, Bâle, 1983.

² K. Girardet, "Die Entmachtung des Konsulates im Uebergang der Republik zur Monarchie und die Rechtsgrundlagen des Augusteischen Prinzipats", dans *Pratum Saraviense*, Festgabe für P. Steinmetz, *Palingenesia* XXX, Stuttgart, 1990, 88-126 (Je remercie vivement l'auteur d'avoir bien voulu me communiquer, entre autres, le manuscrit de cet article).

³ "Le modèle impérial", dans *Rendre à César*, Paris, Gallimard, 1988, 298-299.

⁴ E. Meyer, *Caesars Monarchie und das Prinzipat des Pompeius*, Stuttgart/Berlin, 1922, part. p. 165 ; 177 ; 179 et suiv.

⁵ P. Grenade, "Remarques sur la théorie cicéronienne dite du principat", *Mél. Arch. Hist.* 57, 1940, 32-63 ; id., "Autour du De Republica", *REA*, 29, 1951, 162-183 ; id., *Essai sur les origines du Principat*, Paris, De Boccard, 1961.

une fois, mais à frais nouveaux, sur la nature des pouvoirs d'Auguste lui-même, en particulier entre 27 et 23, période quelquefois qualifiée de "principat consulaire".

D'où l'idée d'en avoir le cœur net, et de consacrer à ces problèmes une Table-ronde que voulurent bien organiser, le 23 novembre 1990, Mme S. Demougin et M. Michel Christol dans le cadre de l'U.A. 0994 du CNRS que j'ai eu, jusqu'en 1990, l'honneur de diriger. Je les en remercie bien vivement. A cette table Ronde participèrent - outre ceux qui avaient en somme relancé le débat - deux autres savants : M. John Scheid⁶, que son étude exhaustive des Actes des Frères arvaux avait conduit à reconsidérer le calendrier des "comices" impériaux et, par là, de la tant discutée (depuis les juristes romains du III^e siècle eux-mêmes) "*lex de imperio*"; et M. J.-M. Roddaz⁷, qui, autour du personnage d'Agrippa, avait rencontré, lui aussi, les problèmes liés à l'*imperium*. Je les remercie tous bien vivement. Ce sont les contributions à cette Table-ronde qu'on lira ci-dessous. Elles n'abordent pas forcément les problèmes à la façon dont ils avaient été soulevés à l'origine - les auteurs le plus souvent n'ayant pas voulu se répéter, ce dont il leur faut avoir gré. Mais les points de vue ou les faits nouveaux apportés contribueront aussi, j'en suis sûr, au débat initial.

Je voudrais pour ma part soulever seulement, à titre de simples esquisses, quelques problèmes qui, à mon sens, restent encore pendants.

1) D'abord, la situation constitutionnelle exacte de Pompée en 55 et en 54. Il est, avant cette date, titulaire (en tant que *privatus*) d'un *imperium* (de nature consulaire bien sûr) au titre de sa *procuratio* de l'annone, en vertu de la loi consulaire Cornelia-Caecilia. Peu nous importe ici la façon (*professio in absentia*, ou désignation par l'*interrex*) dont il a été élu consul avec Crassus en 55. La *lex Trebonia* de cette année a attribué des provinces consulaires ; et, en novembre 55, Pompée aurait dû partir pour les Espagnes, comme Crassus pour la Syrie (Broughton II, 215). C'est lui-même, d'après Dion, qui "préféra" rester à Rome (hors du *pomerium*) et en Italie, et qui, fait sans précédent aussi net, envoya des légats gouverner ses provinces (Dion, 39, 39, 3-4). Ce sont, d'après Dion, des tribuns qui tentent d'empêcher les levées et le départ des consuls, ce qui, en fait, satisfaisait grandement Pompée. Ces conflits juridico-politiques ne montrent-ils pas qu'il y eut réellement, à cette occasion, cumul de pouvoirs et même "conflits de loi" sur la nature de ceux d'un même

⁶ J. Scheid, *Romulus et ses frères*, Bibl. École Française de Rome, 1990, en part. p. 335 et suiv..

⁷ J.-M. Roddaz, *Marcus Agrippa*, Bibl. École Française de Rome, 1984, part. 335 et suiv..

et unique titulaire ? Une étude complète, avec une chronologie fine, de la *cura annonae* de Pompée demeure, à mon avis, toujours nécessaire⁸.

2) K. Girardet ("Entmachtung...", p. 116-117) pense toujours que la mesure concernant la suppression des pouvoirs militaires du consulat n'est pas antérieure à 19-18 av. J.-C.. Dion, en réalité, la mentionne formellement (53, 14, 1-4, part. 1 et 2) sous l'année 27 (cf. aussi 53, 13, 6). Sans doute, nous savons que Dion, dans ce tableau précieux des institutions impériales, a pu parfois procéder par anticipations. Mais il ne mentionne rien concernant les magistratures sous les années 19-18 (54, 10-11). K. Girardet doit reconnaître lui-même qu'entre 28 et 23 (p. 110), aucun des collègues au consulat d'Octave-Auguste (Agrippa, T. Statilius Taurus, M. Junius Silanus, C. Narbanus Flaccus, Cn. Calpurnius Piso et L. Sestius Quirinalis) n'a eu de province durant l'année de sa charge, et que la plupart de leurs gouvernements attestés ont eu lieu, en fait, plusieurs années après leur magistrature. K. Girardet estime qu'il est inutile de supposer la mesure concernant le consulat pour l'année 27, puisqu'il admet pour cette date - comme je le fais - l'existence d'une *lex de imperio* en faveur d'Auguste, lui attribuant des provinces pour dix ans. Mais l'existence d'une loi spécifique en faveur du personnage qui, dès cette date, assume le titre de *princeps* n'exclut en rien qu'il ait fait adopter en même temps, à titre de précaution ou pour régulariser les choses, une mesure qui reprenait formellement celle de Pompée en 52. Sinon, il aurait pu se faire qu'un consul, son "collègue", reçoive lui aussi une province, par exemple *inermis* ; cela n'est pas. Je pense que la mesure générale est bien intervenue dès 27 : aucun consul ni aucun préteur en exercice n'aurait désormais de province. Auguste lui-même étant consul, ce n'est pas en tant que tel qu'il en reçoit, mais en vertu d'une loi qui règle ce que Dion qualifie d'ὑπεμονία et de προστασία (53, 12, 1) : une "lex de imperio", comme Velleius en atteste l'existence pour Tibère (et pour Auguste) en 13 ap. J.-C. (Vell. II, 121). Cela me semble confirmé par l'énumération des pouvoirs strictement militaires du Prince par le même Dion : lui seul a le droit de faire des levées (Dion, 53, 15, 6 : à l'exclusion de tout gouverneur de province 1 ; 53, 17, 5 ; 54, 25,5) ; sa maison est le quartier général (στρατήγιον, 53, 16, 5), etc.

3) Pourquoi dans ces conditions, objectera-t-on, le *Princeps* a-t-il tenu à assumer personnellement, jusqu'en 23, un consulat ainsi réduit, en tout cas dépouillé de tout *imperium militiae* ? Une première réponse pourrait être que la loi qui empêchait un consul en charge d'avoir une province n'avait rien enlevé au consulat de cette suprématie générale et de principe qu'il pouvait, même au temps de la République, revendiquer sur tout l'État et même sur toutes les provinces (Costa, *Cicerone Giureconsulto*, p. 375-376 : Cic., *de lege agr.* II, 100 ; *Phil.* IV, 9 ; *ad Att.*, 8, 15, 3)⁹. Mais le consulat comportait

⁸ Cf. en dernier lieu C. Virlouvet, *Famine et émeutes à Rome des origines de la République à la mort de Néron*, Coll. E.F.R., 1985, (spéc. p. 45 et suiv.) ; elle doit reprendre en détail cette question.

⁹ Droit qualifié un peu vite de "Fiktion" par E. Meyer, *o.c.*, p. 165.

aussi une série de compétences constitutionnelles très précises, d'ordre civil, qu'Auguste avait utilisées à plein entre 27 et 23. Parmi celles-ci, le droit de convoquer et de présider le Sénat, avec en outre un droit de priorité pour les *relationes* qu'il lui soumettait. J'ai montré récemment¹⁰ que ce droit de priorité hiérarchique (attesté par Varron, dans Aulu-Gelle XIV, 7, 4) était décisif. En particulier, parce qu'il mettait le consul au-dessus des tribuns de la plèbe. La preuve en est, à mon avis, qu'en abdiquant le consulat en 23, et tout en se faisant donner la puissance tribunicienne, l'Empereur s'est fait attribuer aussi "le droit de soumettre une affaire au moment où il le voulait, à chaque séance du Sénat (Dion 53, 32, 5), "κἄν μὴ ὑπατεύῃ". Droit qu'il fit compléter en 22 (Dion 54, 3, 3) par le droit de convoquer le Sénat "chaque fois qu'il le voudrait".

Mais sur ce point encore, il faut, comme nous y engage A. Giovannini, faire de manière précise l'archéologie de notre savoir. Ce point essentiel, échappé curieusement à Mommsen, avait été parfaitement vu par un érudit français du XVIII^e siècle à tort oublié par l'érudition allemande - et donc par la nôtre -, l'Abbé de la Bléterie, dans une série de *Mémoires* remarquables, lus à l'Académie des Inscriptions. Immortalisé (par dérision) par Voltaire dans la douteuse querelle sur Julien l'Apostat qui passionnait un siècle incrédule, l'Abbé de la Bléterie, bien qu'il songeât peut-être à la "guerre des Parlements" quand il composait ces *Mémoires*, méritait mieux que cet oubli ; et doit figurer en bonne place dans la patiente lignée des savants qu'a intrigués la nature ambiguë des "pouvoirs d'Auguste"¹¹.

¹⁰ "La Tabula Siarensis, la lex de imperio Vespasiani et le ius relationis de l'Empereur au Sénat", *MEFRA*, 1988, 2, p.827-866.

¹¹ Abbé de la Bléterie, "Dissertation sur l'Empereur romain dans le Sénat", dans les *Mémoires de l'Académie des Inscriptions*, XXVII, 1761, p. 469 et suiv.

MANUEL

DES

ANTIQUITÉS ROMAINES

PAR

THÉODORE MOMMSEN & JOACHIM MARQUARDT

TRADUIT DE L'ALLEMAND SOUS LA DIRECTION DE

M. GUSTAVE HUMBERT

Professeur honoraire à la Faculté de Droit de Toulouse, ancien Garde des Sceaux,
ancien Vice-Président du Sénat, premier Président de la Cour des Comptes.

TOME PREMIER

LE DROIT PUBLIC ROMAIN

PAR THÉODORE MOMMSEN

TRADUIT SUR LA TROISIÈME ÉDITION ALLEMANDE AVEC L'AUTORISATION DE L'AUTEUR

PAR

PAUL FRÉDÉRIC GIRARD

Professeur agrégé à la Faculté de Droit de Paris.

TOME PREMIER



ISTITUTO di DIRITTO ROMANO
dell'UNIVERSITÀ di NAPOLI
Inv. 829

PARIS

ERNEST THORIN, ÉDITEUR,

LIBRAIRE DU COLLÈGE DE FRANCE, DE L'ÉCOLE NORMALE SUPÉRIEURE,
DES ÉCOLES FRANÇAISES D'ATHÈNES ET DE ROMME,
DE LA SOCIÉTÉ DES ÉTUDES HISTORIQUES
7, RUE DE MÉDICIS, 7

1892

Réimpression

DIFFUSION DE BOCCARD

11, rue de Médicis - 75006 PARIS

Senato della Repubblica - Archivio Storico

1984

AVANT-PROPOS

Épuisée depuis trop longtemps, la traduction française du *Droit Public Romain* de Mommsen devait être rééditée. Tous les spécialistes de l'antiquité classique, philologues, archéologues, historiens et juristes mesurent en effet chaque jour leur dette envers une œuvre qu'ils considèrent d'abord, à juste titre, comme un ouvrage de référence fondamental. Ouvrage que n'a démodé aucune des contributions postérieures – ni la *Real-Encyclopädie*, ni aucune histoire des institutions ou de la constitution de Rome (1). Ce n'est en effet ni par paresse, ni par snobisme qu'on peut enseigner parfois à ceux qui abordent l'étude de l'Antiquité romaine que « tout commence avec Mommsen », et qu'ils peuvent donc, à la rigueur, se dispenser, dans leurs enquêtes bibliographiques, de remonter plus haut. C'est qu'en vérité Mommsen occupe, dans l'histoire de ces études, une position exceptionnelle et privilégiée, dont il faut dire un mot aujourd'hui, alors que l'attention portée à l'historiographie se généralise enfin et qu'on aime à réfléchir non seulement sur l'histoire, mais sur les historiens (2). Et c'est d'abord, et tout naturellement, comme à un historien que l'on s'adresse à Mommsen. Non sans raison, il faut le reconnaître. D'abord parce qu'une partie considérable de son œuvre est tout simplement de l'histoire : un récit, ou un exposé, selon l'ordre des temps, d'événements, à la fois contingents et toujours susceptibles (à ses yeux) de connaissance « scientifique » : qu'il s'agisse de la toujours si vivante *Histoire Romaine* par laquelle il avait accédé à la gloire littéraire, ou

1. C'est une des raisons pour lesquelles il ne peut être question de faire une édition « aggrégat » du *Droit Public*. Le livre d'ailleurs ne comportait que fort peu de références bibliographiques, très peu de discussions des auteurs modernes (exception faite pour la polémique avec Willem à propos du Sénat). Ceux qui veulent s'informer des discussions depuis Mommsen doivent les chercher dans les histoires les plus récentes de la constitution romaine, ou dans d'innombrables ouvrages particuliers. Cf. en général J. Gaudemet, *Les institutions de l'Antiquité* 2, Paris Sirey, 1982, et surtout F. de Martino, *Storia della costituzione romana* 2, Naples, Jovene, 1972-1975, dont le traitement chronologique, en rapport avec l'histoire sociale, est à l'opposé de celui de Mommsen.

2. Cf. les remarques de C.-O. Carbonell, « Pour une histoire de l'historiographie », *Storia della storiografia*, 1982, 1, 7-25 ; ailleurs qu'en France, ce genre d'études est traditionnel : qu'il suffise de citer la canonique *History of classical scholarship* de J.H. Sandys, 3 vol. Cambridge 1903-1908 ; U. von Wilamowitz (le gendre de Mommsen), *Geschichte der Philologie*, 1921 (déformais traduit en anglais, *History of classical scholarship*, Londres, 1982) ; toute l'œuvre d'A. Momigliano, considérable (voir désormais le choix limité mais représentatif dans *Problèmes d'historiographie ancienne et moderne*, Paris, Gallimard, 1982). Une des dernières présentations de Mommsen dans le cadre d'une histoire de l'histoire ancienne est celle de K. Christ, *Von Gibbon zu Rostovtzeff, Leben und Werk führender Althistoriker der Neuzeit*, Darmstadt, 1972, 84-118.

des multiples études de textes, de documents, ou de problèmes qui ont été réunies par lui dans ses *Römische Forschungen* ou, après sa mort, dans ses *Gesammelte Schriften*, dont elles constituent plus du tiers.

Mais Mommsen est «historien», et indispensable aux historiens, à un autre titre encore, comme le savent bien tous ceux qui doivent remonter aux sources et affronter les documents. Il a été peut-être en son temps le plus illustre et le plus exemplaire représentant de cette rencontre enfin définitive entre le «genre» historique (en train de devenir science), et les diverses études ou disciplines particulières qui constituaient jusque vers le début du XIX^e s. l'*Antiquarier*, l'étude spéciale et érudite des divers types de «monuments» du passé — bâtiments, «œuvres d'art», monnaies, inscriptions, mais aussi textes transmis par des manuscrits, ou bientôt par des papyrus (3). Il s'agit là d'un mouvement tout à fait général en Europe, préparé par un certain aspect des Lumières vers la fin du XVIII^e siècle, et qui se cristallise un peu partout dans la première moitié du XIX^e, diversement favorisé par les grands États centralisés. Ce vaste mouvement a un double aspect. D'une part, chacune des branches d'études «spéciales» se constitue en discipline, sinon en science, autonome, c'est-à-dire invente (ou plutôt découvre) les règles empiriques, mais logiques et perfectibles, de lecture, de classement, de critique et d'utilisation des types de documents qu'elle étudie. Déchiffrement d'écritures inconnues, méthode critique de classement des manuscrits, des séries monétaires, lecture, datation, restitution des inscriptions grecques et latines, dans tous ces domaines on assiste en quelques décennies, dans presque tous les pays d'Europe, à des progrès considérables. D'autre part, on accède enfin à l'idée fondamentale que seuls les progrès de l'érudition, c'est-à-dire de la collection, de l'établissement critique, et de la mise en série des documents, quels qu'ils soient, peuvent servir de base au travail de l'historien, qui n'a donc plus seulement à «mettre en formes» une matière, mais, au sens propre, à en «inventer» une (même s'il travaille sur des documents déjà connus, mais mal transmis ou mal utilisés). Sonne donc dans toute l'Europe l'heure de l'organisation des grands dépôts d'archives, des bibliothèques, des instituts archéologiques, des «écoles» spécialisées. Comme sonne l'heure des grandes entreprises systématiques de recueils de documents. Bref, l'histoire est d'abord une mémoire, elle doit d'abord disposer d'un stock complet, exploitable et intelligible, de documents. Tel est l'esprit du siècle; il est passionnant d'en chercher les raisons, d'en étudier les modalités : prenons-en simplement acte pour l'instant.

Et c'est dans ce domaine que la gloire de Mommsen est la plus éclatante. Tout historien de Rome pense naturellement au fameux *Corpus Inscriptionum Latinarum*, qui n'a vu le jour que grâce à lui. Et non pas seulement parce qu'il avait le sens de l'organisation, comme il le disait modestement (4). Sans doute, les projets d'une telle réalisation n'avaient pas manqué, depuis ceux de Scipione Maffei et J.-F. Ségurier en 1742, jusqu'à ceux de Kellermann et A.W. Zumpt, en passant par le projet

français patronné par Villemain (5). Et il est, vrai aussi que d'autres savants, avant Mommsen ou en même temps que lui (Maffei, Séguier, Marini, Borghesi, ou Léon Renier, pour n'en citer que quelques-uns), avaient élaboré et pratiqué les règles de l'épigraphie. Mais Mommsen, dès 1847 (et sans doute même avant, lors de son éphémère collaboration au projet français) avait mieux que tous les autres compris le genre de services que devait rendre un *Corpus*, c'est-à-dire le type d'information qu'on devait en attendre. D'où se déduisait avec une impeccable logique la forme — le plan — qu'il devait adopter, la façon dont les textes devaient être classés, présentés et — c'est essentiel — *indexés*. Cette disposition (essentiellement géographique et chronologique) permettait donc une utilisation des inscriptions qui dégagerait une histoire, faite de séries multiples, présente à l'état potentiel dans le *Corpus*, et que chaque historien pourrait actualiser, inventer en quelque sorte, selon ses besoins. Mais Mommsen donnait lui-même, soit dans le commentaire poussé de telle inscription (6), soit dans les monographies exemplaires qu'il consacrait, en guise d'introductions particulières au recueil de leurs inscriptions, à chaque cité ancienne, des modèles de ce que l'histoire pouvait tirer de l'épigraphie.

Si le *CIL* nous éblouit toujours, il ne faut pas oublier que Mommsen a fourni aux historiens de Rome (ou même du haut Moyen-Age) des instruments presque aussi importants, avec son *Histoire de la monnaie romaine* (7), ou sa participation aux *Monumenta Germaniae Historica*. Bref, il nous apparaît comme un historien complet, modeste, prudent et efficace quand il pense à la constitution de la mémoire, audacieux et prenant ses risques lorsqu'il écrit l'histoire de Rome tirée de cette mémoire. A cet égard, il faut d'ailleurs rectifier une erreur souvent commise à propos de l'achèvement de l'*Histoire Romaine* (8). Il est vrai que le récit continu des événements intérieurs et extérieurs s'arrête à la bataille de Thapsus (vol. III, 1856). Mommsen, dit-on parfois, n'a jamais pu ou voulu écrire l'histoire de l'Empire. Ce faux mystère est en fait parfaitement éclairci par la seule lecture de la préface, datée de 1885, écrite par Mommsen pour le volume V (seul paru il est vrai), qui n'est pas seulement, comme on le dit, un «tableau» des provinces de l'Empire, mais une véritable histoire de leur conquête, de leur développement, des guerres frontalières dont elles ont été le théâtre. Ce que Mommsen n'a pas écrit, il le note très clairement lui-même : c'est d'une part «la lutte des Républicains contre la monarchie créée par César, et l'établissement définitif de cette monarchie»; de l'autre «les fluctuations de la monarchie, les caractères généraux de ce gouvernement modifiés suivant le génie individuel des empereurs». Et les raisons de son silence (relatif) sont très vraisemblablement celles qu'il donne : cette histoire a été abondamment écrite, par les Anciens ou par les Modernes. L'histoire des provinces, en revanche, ne l'était pas, et d'ailleurs ne pouvait l'être, en partie, que grâce aux faits nouveaux révélés par les inscriptions.

5. Mise au point et découvertes dans J. Scheid, «Le projet français d'un recueil général des inscriptions latines», dans B. Borghesi, *Scienza e Libertà*, Bologne, 1982, 337-354.

6. Par ex. ceux des grandes lois républicaines et municipales réunis par la suite dans *Gesammelte Schriften, Juristische Schriften*, I, 1-392.

7. *Geschichte der röm. Münzwesen* (1850), (trad. fr. Blacas-de Witte, 1865-1875).

8. Position de la question et juste remarques dans L. Wickert, *Theodor Mommsen, eine Biographie*, III, Frankfurt, 1969, 399-422; mais voir aussi les témoignages de ses proches apportés par A. Wucher, *Theodor Mommsen, Geschichte der Wissenschaft und Politik*, Göttingen, 1956, 144-158.

3. Sur ce point essentiellement A. Momigliano, «Ancient History and the antiquarians», *Journ. of Warburg and Courtauld Institutes*, 13 (1950), 285-315 = *Studies in historiography*, 1969, 1-39 = *Problèmes d'historiographie*, 244-293; et la thèse attendue de M. Raskolnikov, *Naissance de l'histoire critique*.

4. Sur l'histoire des divers projets de *Corpus*, et un général, de l'épigraphie latine, L. Calabi Limentari, *Epigraphia latina*, Milano, 1968, en part. 39-142; J.P. Walzing, *Le recueil général des inscriptions latines et l'épigraphie depuis cinquante ans*, Louvain, 1892.

On pourrait d'ailleurs ajouter que, si l'on n'a pas écrit cette histoire politique de l'Empire qui devrait faire suite à celle de la République, il en a fourni quand même la matière dans ce monumental *Droit Public* qu'il publie, pour la refonte du *Manuel* de Bekker-Marquardt, entre 1871 et 1887. Et c'est pourquoi je disais que tout historien des institutions de Rome doit toujours consulter le *Droit Public* comme un ouvrage de référence fondamental ; c'est, bien sûr, une évidence banale. Je veux dire simplement par là que l'on y trouve d'une part une sorte de *Corpus* du matériel, des «sources», littéraires, juridiques, épigraphiques qui constituent cette mémoire documentaire. L'initiative récente de J. Malitz (9), qui a donné un précieux *Stellenregister* du *Staatsrecht* en 285 pages, montre l'ampleur de la compilation. D'autre part, l'histoire n'est pas absente du *Droit Public* : l'évolution dans le temps, les modifications de telle institution y sont toujours mentionnées ou étudiées. Et — quelles que soient les rectifications que, sur tel ou tel point, la science contemporaine a pu apporter aux vues de Mommsen — c'est en ce sens que le *Droit Public* demeure un ouvrage d'actualité, une somme que les contributions postérieures ont pu rectifier ou compléter, mais non pas, au sens propre, remplacer.

Pourtant, ce n'est pas seulement ainsi qu'on doit le lire. Car si personne n'était plus conscient que Mommsen de l'historicité profonde, inéluctable, de toute institution réelle, telle qu'elle a été pratiquée et vécue, ce n'est pas en fait une histoire qu'il a voulu écrire, mais un système. En d'autres termes, il n'a pas cherché à donner une description ou une «explication» d'institutions contingentes qui, tant bien que mal juxtaposées ou coordonnées, formeraient une «constitution», celle des Romains. Il faut prendre garde aux mots : il a cherché à comprendre et à expliquer la façon dont les Romains conceptualisaient et normalisaient les *Staatsrecht* (le *Droit Public*, si l'on veut). Ce qui suppose une réalité nommée *Droit Public*, dont on peut certes définir des modalités historiques, mais qui n'en est pas moins réelle et, du coup, susceptible de connaissance scientifique. Or, c'est là une question qui appartient en propre à la science juridique. Et qui se posait tout particulièrement en Allemagne, mais aussi dans presque tous les pays d'Europe où se dégageaient peu à peu un droit constitutionnel et un droit administratif, qui devaient se situer, établir leur légitimité, inventer leurs concepts, en particulier par rapport à ceux du droit privé. Lequel, dans les pays germaniques, était encore, à cette date, fondé en grande part sur le droit romain. Or Mommsen, on l'oublie un peu, était par sa formation première un juriste et avait toujours gardé la nostalgie de cette discipline. Si nous ne devons pas prendre au pied de la lettre la modestie apparente du fameux codicille à son testament (publié seulement en 1946), c'est ainsi qu'il faut en comprendre la première phrase : «Dans ma vie, malgré mes succès apparents, je n'ai pas donné ce que j'aurais dû. Des circonstances extérieures m'ont rangé parmi les historiens et les philologues, alors que ma formation et mes dons étaient insuffisants pour ces deux disciplines».

9. Jürgen Malitz, *Theodor Mommsen. Römisches Staatsrecht. Stellenregister*, München (Beck), 1979.

Il était donc indispensable, si l'on ne voulait pas être infidèle au dessein parfaitement clair, mais singulièrement méconnu, de Mommsen, de demander à un juriste, à la fois historien et théoricien du droit, d'étudier et d'expliquer comment et par rapport à quoi Mommsen a pu concevoir son entreprise. Je n'aurai garde, dans mon incompetence d'historien, d'en dire plus. Mais le lecteur, j'en suis sûr, sera comme je l'ai été, infiniment reconnaissant à M. Yann Thomas, Professeur à l'Université de Rouen, de savoir joindre tant d'érudition à tant de profondeur et de clarté. On verra avec lui que c'est en réalité, à travers sa forme romaine, toute une philosophie juridique de l'État que Mommsen a cherchée et exprimée. On verra comment on ne peut comprendre le *Römisches Staatsrecht* que par rapport à une triple tradition qu'éblouit par l'éclat de Mommsen nous oublions trop souvent : d'une part les historiens des institutions de Rome, d'autre part les pandectistes (théoriciens, plus qu'historiens, de son droit privé), enfin les théoriciens du *Staatslehre*, ou Science Politique. Dès lors le *Römisches Staatsrecht* doit cesser d'être seulement l'instrument d'une histoire (celle de Rome), pour devenir à son tour objet d'histoire : un moment de la pensée allemande, de la philosophie de l'État, exprimée indirectement dans une réflexion qui s'applique à Rome. Mommsen dans un sens avait voulu expulser l'histoire (ce «droit public historifié» dont il parle) au profit des «normes fondamentales» et des «représentations» de l'État que se faisaient les Romains. La lecture que nous faisons aujourd'hui du *Römisches Staatsrecht* ne peut être complète que si l'on connaît et comprend le système auquel il aboutit ; elle assure paradoxalement la revanche d'une histoire. Mais ce n'est plus celle de Rome, c'est celle de Mommsen. Et ce sujet, éclairé par M. Yann Thomas, est bien digne de l'autre.

Claude NICOLET

Note de l'Éditeur. Dans la présente réimpression, les chiffres en marge renvoient à la pagination de la troisième édition allemande.

MOMMSEN ET L'«ISOLIERUNG» DU DROIT

I

Lorsqu'il publie en 1871 le premier volume de son *Römisches Staatsrecht*, Mommsen s'engage dans un travail monumental, où se réalise probablement le projet majeur de sa carrière scientifique. Il le poursuivra jusqu'en 1888, avec le traité du Sénat, sur quoi se termine l'ouvrage. Entre temps, les différents volumes entre lesquels se distribuaient les trois parties — théorie de la Magistrature, magistratures particulières, Peuple et Sénat — avaient connu de nombreuses rééditions (1). Encore faudra-t-il attendre le *Droit Pénal*, en 1899, pour que l'ensemble soit véritablement achevé (2) : sur le terrain de la peine, qu'il considère comme l'un des paramètres essentiels du pouvoir politique, Mommsen confirme expérimentalement, par le jeu d'un opérateur privilégié, la validité et la cohérence de son système. En 1893, enfin, paraît l'*Abrégé du droit public romain*, où figure en quelque trois cent cinquante pages la synthèse du *Droit public* (3). C'est dans l'*Abrégé*, pratiquement inconnu en

* L'emprunte ce terme à F. Schulz, *Prinzipien des römischen Rechts*, Berlin 1954, chap. 2, par lequel ce romaniste caractérise la méthode des juristes à Rome, dès la plus haute époque. F. Schulz renvoie à R. von Ihering, qui parle de «Scheidungskunst», expression équivalente (*Geist*, II, p. 39). L'entreprise de Mommsen, on va le voir, se fonde sur le même principe. Par souci de simplicité, les références au *Droit Public romain* s'ordonnent à la pagination de l'édition française de P.F. Gizard, ici reproduite. Pour les analyses conceptuelles, cependant, je renvoie au texte allemand de la troisième édition, dont la pagination est indiquée dans les présents volumes, en concordance avec le texte français. Les autres ouvrages allemands sont cités dans le texte original — sauf C.F. von Gerber, *Ueber öffentliche Rechte*, 1852, et *Grundzüge des deutschen Staatsrechts*, 1865, auxquels je n'ai pu avoir directement accès lorsque je rédigeais cette préface, et dont je n'ai lu que la traduction italienne de P.L. Luchini, *Diritto pubblico*, 1971, qui regroupe ces deux essais.

1. Les deux premières parties (théorie de la magistrature, magistratures particulières) connurent une première édition (1871 et 1875, respectivement) puis une seconde, remaniée et complétée, à partir de 1876. Doivent s'y ajouter, à partir de 1888, les deux parutions successives de la troisième partie (le Peuple et le Sénat). L'ensemble fut réédité une troisième fois, à partir de 1887. La traduction française de P.F. Gizard, parue entre 1889 et 1896, a porté successivement sur la première édition de la troisième partie, puis sur la troisième édition de la première.

2. *Römisches Staatsrecht*, Leipzig 1899; trad. française de J. Duquesne, Paris 1907, 3 vol.

3. *Abrégé des romischen Staatsrecht*, Leipzig 1893; trad. de F. Bonfante, *Diritto di Diritto Romano*, Milan 1904; trad. V. Arango Ruiz, 1945.

France, qu'il faut lire l'état définitif de cette extraordinaire construction intellectuelle.

Prises dans leur ensemble, ces œuvres ont occupé la maturité et la vieillesse de Mommsen, qui mettait son *Staatsrecht* au dessus de tous ses travaux, et y voyait son principal sujet de satisfaction. Tout, à vrai dire, le destinait à fonder la science du droit public romain, à produire cette somme qui demeure aujourd'hui encore le seul traité systématique dont nous disposons, puisqu'en dépit d'attaques dont telle partie a fait l'objet, il n'a pas été remplacé, et plus encore peut-être l'unique encyclopédie sur le sujet, grâce à l'étendue, à la mise en ordre d'une information pratiquement exhaustive. C'est là le résultat de trente années de travail et l'aboutissement de ce qui, dès le départ de sa carrière, apparaît bien comme la vocation de Mommsen. Ses premières recherches, au sortir de l'Université de Kiel, avaient porté sur le droit public, et plus particulièrement sur l'épigraphie juridique (4). Il avait consacré sa thèse, en 1843, à la loi sur les scribes et les appariteurs (5), suivie de deux ouvrages sur les collèges et les solidarités, puis sur les tribus (1844) (6). Dès ce moment, lui était apparue la nécessité de disposer d'un corpus d'inscriptions latines, comparable au corpus d'inscriptions grecques entrepris par August Boeckh ; sa monographie sur les collèges se terminait par le souhait que le philologue et épigraphiste Otto Jahn, qui l'avait initié à la philologie, continuât le travail commencé en Italie par le danois Kellermann, condition indispensable pour que puissent se poursuivre ses propres recherches en droit public (7). Dès son livre sur les tribus (*Die römischen Tribus in administrativer Beziehung*), il déplorait l'absence d'instruments de travail : « seule ma conviction », écrivait-il, que l'état romain ne peut s'éclairer qu'à la lumière de la jurisprudence romaine, me retient de passer entièrement à une autre discipline » (8). En réalité, la formation juridique qu'il avait reçue à l'université de Kiel s'était doublée de solides études de philologie. Il avait notamment suivi, en dehors de ceux d'O. Jahn, les cours d'Osenbrüggen, philologue passé au droit, qui enseignait alors les antiquités publiques (9). Auprès de lui, le jeune Mommsen avait appris à combiner ces deux disciplines qui, avec l'épigraphie, devaient lui permettre d'aborder, et de tous les points de vue, l'ensemble des sources dont il avait besoin dans le domaine immense du droit public. Lorsqu'à l'aide d'une bourse danoise il entreprit son

voyage en Italie (10), ce fut, officiellement, pour y constituer un recueil complet d'inscriptions juridiques. Il avait à cette occasion proposé de collaborer à l'édition française d'un Corpus, dont le projet ne fut d'ailleurs jamais réalisé, en se chargeant du chapitre de *legibus et senatus consultis* (11). Ces *monumenta legalia*, Mommsen finira par les donner dans le premier tome du *Corpus inscriptionum latinarum*, dont l'académie de Berlin devait lui confier la direction en 1858. Mais on sait que son voyage en Italie lui permit de dépasser de très loin son champ d'enquête initial. Sur le conseil de Borghesi (12), il devait recueillir l'ensemble des inscriptions d'Italie du Sud et, passant du droit à l'épigraphie, à la philologie et à la linguistique, rapporter de son voyage, en 1847, le matériel dont il allait tirer ses *Inscriptiones du Royaume de Naples* (1852) — repris dans les tomes IX et X du CIL —, mais aussi ses *Inscriptiones marse* (1846), ses *Inscriptiones messapiennes* (1848) et ses *Dialectes de l'Italie méridionale* (1850). Son intérêt premier, pourtant, ne s'était pas déplacé. Ses grandes études sur les droits municipaux des communautés latines de *Salernum et Malaca* (1855), ses travaux sur la *lex Rubria* (1858), sur la *constitution municipale de Ciria* (1856), ses commentaires sur les *leges* et sur les *senatus-consultes* publiés au CIL (*lex repetundarum*, *lex agraria*, etc.), montrent bien que toute son entreprise documentaire reste dans une large mesure inspirée par le souci de fonder l'histoire institutionnelle du monde romain sur des sources monumentales à l'abri des traditions suspectes et des interprétations subjectives. Même si, incontestablement, le travail consacré à l'établissement et à la publication des sources — CIL, *Digeste*, *Code Justinien*, collaboration aux *Gromatici veteres* de Lachmann (1852), etc. — était devenu une fin en soi et se justifiait suffisamment à ses yeux par la nécessité de préparer le terrain pour la science à venir, en organisant systématiquement le matériel documentaire (13), le mouvement premier qui mit en branle une telle

10. Le récit très détaillé de ce voyage occupe le second volume de la biographie de L. Wickert, II, *Wanderreise, Frankreich und Italien*, 1964.

11. L. Wickert, II, p. 4 sq. Sur les différents projets de Corpus, voir Noël des Vergers, *Lettre sur les divers projets d'un recueil général des inscriptions latines de l'Antiquité*, adressée à M. Letronne, Paris, Didot, 1847. Sur Mommsen épigraphiste, voir C. Nicolet, dans sa préface à *L'histoire romaine*, éd. Laffont, 1970, p. 32 sq. J. Scheid, « Le projet français d'un recueil général des inscriptions latines », in *Bartolomeo Borghesi. Scienza e libertà*, Bologne, 1982, p. 337-353.

12. Sur le comte Bartolomeo Borghesi, ministre des affaires étrangères de la République de San Marino, et grand antiquaire en correspondance avec tout ce que l'Europe comptait de savants, voir P. Treves, *Lo studio dell'antichità classica nell'Ottocento*, Milan-Naples 1962, p. 829 sq. et, récemment, *Bartolomeo Borghesi. Scienza e libertà. Colloquio internazionale AIEGL*, Bologne, 1982, dont on retiendra particulièrement l'étude d'A. Fraschetti, *Per Bartolomeo Borghesi : antiquari e classicisti nella cultura italiana dell'Ottocento*, p. 135 sq., qui traite des rapports avec l'érudition allemande et avec Mommsen. Les lettres de Borghesi à Mommsen figurent dans les volumes 7 et 8 des Œuvres de Borghesi, Paris, 1872. Quelques lettres de Mommsen à Borghesi ont été publiées par E. Costa à la suite du discours inaugural prononcé à l'Université de Bologne en 1904 (*Theodore Mommsen. Discorso inaugurale per l'anno di studi 1904-1905*, Bologne, 1904). Sur les rapports entre Mommsen et Borghesi, voir L. Wickert, II, p. 120 sq., et : Mommsen U. Borghesi, dans *Concordia Decennalis. Festschr. der Un. Köln z. 10. Jhr. Bestehen des Deutsch-italienischen Kulturinstituts Petrarcahaus*, Cologno, 1941, p. 281 sq. A. Fraschetti, op. cit., et de même auteur, B. Borghesi, Th. Mommsen et il metodo combinatorio (In margine alle parentesi di Selenio), *Helikon*, XV-XVI, 1975-1976, p. 253 sq.

13. Cf. le discours d'entrée à l'Académie, dans *Reden und Aufsätze*, p. 37 : « es ist die Grundlegung der historischen Wissenschaften, dass die Archive der Vergangenheit geordnet werden ».

4. Sur les études de Mommsen à Kiel, voir K. Larenz, dans *Festschr. zum 275. Jährigen der Christian Albrechts Universität*, Kiel, 1940, p. 116 sq. ; A. Heuss, *Theodor Mommsen und der 19. Jahrhundert*, Kiel, 1956, p. 9 sq. ; toute l'information disponible est recueillie dans le premier volume de L. Wickert, *Theodor Mommsen. Eine Biographie. I, Lehrjahre (1817-1844)*, Frankfurt, 1959, p. 133 sq.

5. *Ad legem quam dicunt de scribis vistoribus praecomibus annotationes*, publié dans les *Juristische Schriften*, III, p. 455 sq.

6. *De collegiis et sodalitatibus romanorum*, Kiel, 1843 ; *Die römischen Tribus in administrativer Beziehung*, Altona, 1844.

7. *De collegiis*, op. cit., p. 129.

8. *Die römischen Tribus*, conclusion.

9. Sur O. Jahn, à part J.E. Sandys, *A History of Classical Scholarship*, III, Cambridge, 1908, p. 220-221, voir la notice nécrologique que lui consacra Mommsen, dans *Reden und Aufsätze*, 1905, p. 459. La correspondance entre Mommsen et Jahn a été publiée par L. Wickert, *Theodor Mommsen — Otto Jahn Briefwechsel, 1842-1868*, éd. Kellermann, Frankfurt, 1962. Sur Osenbrüggen, voir A. Heuss, op. cit., p. 16-17, et L. Wickert, I, p. 164 sq.

puissance de travail fut, il ne faut pas l'oublier, sa curiosité passionnée pour le droit public de Rome, pour l'histoire de l'état et de l'administration du monde romain.

C'est là un domaine qui, traditionnellement, était livré aux spéculations d'antiquaires et où l'histoire proprement dite ne s'était engagée, notamment avec Niebuhr et son école, qu'à partir d'un matériau essentiellement annalistique, soumis à la critique philologique, certes, mais avec une liberté d'interprétation, une imagination constructive qui devaient susciter de grandes réserves chez Mommsen (14). Une double exigence l'animait. La systématisation juridique, tout d'abord, liée à ce qui avait été sa formation première et le porta très tôt à concevoir le droit, comme tous les pandectistes de son temps — et notamment Savigny et Puchta, qui dominaient alors la théorie et lui furent transmis par l'enseignement de G. C. Buchardt et de J.F. Kierulff —, en termes de construction intellectuelle rigoureusement logique, abstraite et déductive (15); une certitude documentaire, ensuite, vers quoi le pressait l'essor contemporain de la philologie et de l'épigraphie. Dès ses premiers travaux de droit public, s'était manifesté le sentiment, partagé avec son ami O. Jahn, que la tâche la plus urgente était de renouveler les sources et d'en rendre possible un usage positif. Cette double exigence marque, dès le départ, les lignes de force de l'entreprise mommsenienne. Mais elle ne pouvait être satisfaite, et trouver à s'investir dans un chef-d'œuvre, qu'à deux conditions. Il fallait d'abord que le système ou que l'idée de système, qui s'épanouissait pleinement dans la science du droit privé, pût être transféré au droit public. On verra les raisons pour lesquelles ce processus de translation n'a pu s'opérer, en Allemagne, avant les années 1870. Il y avait là un obstacle tout à la fois épistémologique et idéologique auquel Mommsen, pas plus qu'un autre, ne pouvait échapper. Il fallait ensuite, pour des raisons de fait, que le corpus des sources fût assuré. Pour le droit public romain, dont les données sont éparpillées dans la totalité de la tradition écrite et n'ont fait l'objet, de la part des auteurs anciens, d'aucune tentative de regroupement thématique, non plus d'ailleurs que d'un effort de mise en ordre didactique, comparable à celui du plan des *Institutes* pour le droit privé, Mommsen partait de rien. A une époque où le travail d'édition scientifique des textes était à peine engagé, où les indices étaient pratiquement inexistantes, où les inscriptions latines n'étaient que très partiellement et très imparfaitement publiées, il lui fallait, sur tous ces plans, se constituer de toutes pièces ses propres instruments de travail. La plupart de ces travaux documentaires — le *CLL*, le *Digeste*, le *Code*,

le *Code Théodosien* qu'il n'eut pas le temps d'achever — sont devenus la base de notre travail. D'autres sont perdus dans les fichiers de Mommsen : la lecture des notes du *Droit Public* et du *Droit pénal* rend évidente l'utilisation d'un *vocabularium*, de tables de concordances grecques et latines. Devant un tel labeur, on est tenté de trouver assez relatif l'effort que certains historiens dépensent aujourd'hui à échafauder une théorie de l'approche de sources dont ils trouvent naïve la lecture de ceux qui les ont établies, alors que le travail fondamental, sans lequel rien n'est possible, n'est toujours pas achevé. Mommsen consacra sa vie non pas à régir l'utilisation, mais à transmettre à ses successeurs la matière même d'un patrimoine documentaire sur lequel ils vivent encore. En même temps, mais avec une lenteur aujourd'hui surprenante, mûrissait en lui le modèle interprétatif qui devait rendre possible son *Droit Public*. Cette œuvre est bien, au sommet de la production scientifique de Mommsen, la cause finale d'un prodigieux travail de préparation, de maturation et de spéculation dans les champs non pas conjugués, mais hiérarchiquement ordonnés de la philologie, de l'épigraphie, de l'histoire et du droit, lequel domine l'ensemble et le justifie. De ce point de vue, l'ouvrage n'avait pas de précédent.

Le traité de W.A. Becker, qui fut l'ouvrage de référence jusqu'à Mommsen, se trouvait irrémédiablement dépassé. Par la richesse du matériel utilisé, il était le meilleur jamais paru dans ce domaine. Becker avait collaboré avec Marquardt à la première grande tentative de synthèse érudite de la première moitié du siècle. Le *Manuel des Antiquités romaines* (16) appartenait à la fois à la tradition antiquariste — dont il suivait le plan fixé dès le XVI^e siècle par Flavio Biondo dans sa *Roma triumphans* : antiquités publiques, militaires, religieuses et privées — et à l'histoire critique dont les méthodes avaient été renouvelées par Niebuhr. Les *Institutions politiques* de Becker (trois volumes publiés de 1844 à 1849, le dernier étant de la plume de Marquardt), sont en réalité une histoire de la constitution romaine (17). Chaque institution y est suivie dans son développement historique, et d'après l'ordre de son apparition. Procédé que l'on trouvait déjà dans l'*Histoire romaine* de Niebuhr, dont l'influence se fait sentir jusque dans les interprétations proposées (par exemple sur l'origine du patriciat et de la plèbe, sur la signification du Sénat patricien, etc.). Le Becker-Marquardt, paru entre 1843 et 1867 (18), devait être remplacé, à partir de 1871, par le Marquardt-Mommsen. Marquardt se chargea des antiquités administratives, financières, militaires, religieuses et privées : sur presque tous les plans, son œuvre est aujourd'hui inutilisable, à cause d'abord de l'enrichissement d'une documentation en grande partie épigraphique, à cause aussi d'une approche purement antiquariste, fermée aux questions que pourtant l'on commençait à soulever dans des champs aussi variés que la théorie juridique, la linguistique, ou même l'anthropologie comparée (19). Le *Droit public* et le *Droit pénal* de Mommsen, en revanche, n'ont pas vieilli. Non seulement en raison de leur qualité scientifique,

14. Sur les réserves de Mommsen à l'égard des constructions imaginatives de Niebuhr et de son école, voir son compte-rendu du livre de A. Th. Wölfflin, *Das Staatssystem und des Provocationsverfahren*, dans *Juristische Schriften*, III, p. 346. Sur Niebuhr et Mommsen, cf. A. Heuss, *Niebuhr und Mommsen. Zur Wissenschaftsgeschichtlichen Stellung Theodor Mommsens*, dans *Antike u. Abendland*, 14, 1968, p. 1 sq.

15. Sur la formation juridique de Mommsen, voir A. Heuss, *Th. Mommsen*, op. cit., p. 33 sq. Sur Kierulff, voir R. Stintzing - E. Landberg, *Geschichte der deutschen Rechtswissenschaft*, III 2, Munich - Leipzig, 1910, p. 492 sq.; R. Döhning, *Geschichte der deutschen Rechtspflege seit 1500*, Berlin, 1953, p. 336 sq., 346 sq.; K. Lorenz, cité n. 4. Mommsen nous a laissé quelques écrits théoriques sur ce qu'il pensait du pandectisme : le compte-rendu du livre de G. von Beseler, *Volksrecht und Juristenrecht*, où il prend la défense de Savigny (*Juristische Schriften*, III, p. 494 sq.). Un discours prononcé en 1848 (à Leipzig, probablement), dans *Jur. Schr.* III, p. 580 sq.; un discours de 1852 à Zürich, dans *Jur. Schr.* III, p. 591 sq., sans oublier la préface de la 1^{re} éd. du *Staatsrecht* ni celle de l'*Abriß*.

16. *Handbuch der römischen Alterthümer*, Leipzig, 1843-1867.

17. Ils forment la deuxième partie du *Manuel*, après une topographie également rédigée par Becker.

18. I, topographie, 1843; II 1-2-3, institutions politiques, 1844-1849; III 1, administration de l'Italie et des provinces, 1851; III 2, administration financière et organisation militaire, 1853; IV, religion romaine, 1856; V 1-2, antiquités privées, 1864-1867.

19. Le voisinage de Mommsen nuit probablement à Marquardt, auquel l'historiographie ne s'intéresse pas. Son nom n'est même pas mentionné par Sandys, op. cit.

qui demeure exemplaire : à cause aussi de la fécondité de certaines hypothèses qui ont su alimenter l'historiographie et susciter des recherches jusqu'à nos jours. Méthodologiquement, surtout, ils marquent une avancée dont les bénéfices ne sont toujours pas épuisés. Car bien des remises en cause contemporaines, inspirées d'une vision de l'histoire qui prétend ignorer que normes et réalités sociales font deux, que les premières ne sont pas le reflet des secondes, qu'elles ont aussi leur histoire propre et leur fonction, ne serait-ce que par l'idée que les hommes en ont, représentent en fait, comme on va le montrer, un retour à des problématiques pré-mommsemiennes : une régression.

Pour prendre une première mesure de cet apport, le plus simple est de commencer par interroger les contemporains de Mommsen et ses successeurs immédiats. La plupart retiennent d'abord le caractère systématique, dogmatique de l'ouvrage. J. Bernays, en 1875, en publia un important compte-rendu, sous la forme d'une histoire du droit public romain jusqu'à Mommsen : le philologue était moins frappé par la maîtrise des sources et les procédés d'interprétation, que par le maniement de concepts juridiques, par ce qu'il appelle la « métaphysique du Droit Public » (20). La même année paraissait le *Droit public romain* de Niebuhr à Mommsen, d'E. de Ruggiero (21). Le diagnostic est le même, encore que de Ruggiero fût le premier à comprendre que cette conceptualisation n'était que la contrepartie d'un « traitement scientifique des pouvoirs et des fonctions de l'État » (22) : traitement qui exclut tout naturellement la description institutionnelle et l'exposé des évolutions ; l'une, parce qu'elle a pour objet des faits positifs, des phénomènes — alors que ce que Mommsen tente de saisir, ce sont les notions, les catégories de pensée juridique qui se réalisent dans des institutions (23) ; l'autre, parce que précisément demeure, derrière les transformations qui affectent les parties singulières de la constitution, une structure conceptuelle et normative, où se maintient inchangée la relation de chaque élément au tout (24). Autrement dit, pour De Ruggiero, le génie de Mommsen consiste à avoir découvert que le droit public, comme le droit privé, se construit sur des invariants auxquels seuls s'intéresse la science : le reste doit être abandonné aux antiquaires ou à l'histoire descriptive.

Juristes et publicistes, auteurs de manuels ne montraient pas tous une égale perspicacité. Ils se contentaient pour la plupart de rejeter intuitivement une approche qui dérangeait leurs habitudes : mais ils rendaient d'autant plus évidente, dans leur refus,

la rupture épistémologique opérée par Mommsen (25). On peut prendre l'exemple du belge P. Willems, auteur d'un traité d'antiquités publiques paru en 1870, mais dont les éditions postérieures devaient porter, sous l'influence de Mommsen, le titre de *Droit Public romain* (26). Cet ouvrage médiocre est divisé en deux parties : Royauté et République, Principat (pour lequel Willems reprend le terme de dyarchie) et Monarchie. Sont distinguées, dans la première partie, une « période de formations » et une « période d'achèvements ». En réalité, ce découpage banal consiste à juxtaposer deux approches successives, dont rien ne vient assurer la synthèse : à une histoire des origines jusqu'à la constitution de Servius Tullius succède un tableau systématique de la constitution républicaine, conçu dans la plus pure tradition antiquariste (corps civique, assemblées, sénat, magistrature, selon un ordre de spécification progressive qui fait passer du tout au particulier et dissimule, derrière ce critère apparemment objectif, une absence de réflexion théorique). Willems se réclamait de Mommsen pour le « système », sans avoir d'ailleurs compris en quoi il s'opposait à la notion qu'en avaient les antiquaires, et de L. Lange, pour l'histoire (27). Ce dernier avait publié un *Manuel des antiquités romaines* dont les trois volumes, parus entre 1856 et 1871, ne traitent que du droit constitutionnel (28). La matière y était disposée en une série d'étapes qui prétendaient concilier diachronie et synchronie, évolution organique — c'était là l'un des lieux communs de l'école historique de droit, depuis Savigny et Pacht — et système. A l'intérieur de ses six périodes, dont l'ensemble recouvrait toute l'histoire de Rome des origines à Dioclétien, étaient associés un récit de l'évolution politique et sociale où chacune trouvait ses facteurs de singularité, et un organigramme institutionnel, conçu comme immobile. S'opposent donc, d'un côté, un continuum d'évolutions mises bout à bout et, de l'autre, une série fractionnée de coupes successives. Ainsi Lange prétendait-il faire apparaître les « phases de l'évolution d'un être permanent », en avertissant ses lecteurs que « (ses) périodes sont les parties d'un système conçu dans son évolution organique, historique, et (ses) coupes systématiques représentent la succession historique des institutions particulières ou, en d'autres termes, la croissance de l'organisme (29) » : on ne saurait être à la fois plus confus dans la pensée, et plus clair dans l'expression des obstacles qui empêchaient que le message de Mommsen fût compris. De fait, dans la préface de sa troisième édition, L. Lange dénoncera le dogmatisme du *Römisches Staatsrecht* : les Romains n'ayant eux-mêmes pas fondé scientifiquement leur droit public, il était

25. Sur les réactions hostiles aux positions du *Römisches Staatsrecht*, notamment de la part des publicistes italiens, voir G. Lottano, *Note su editto romano e scienza di diritto pubblico nel XIX secolo*, index, 7, 1977, p. 70 sq. Ces critiques visent d'une part l'ordre systématique, d'autre part la prémisses accordée à la magistrature par rapport au peuple : elles furent reprises par Costa, dans son discours cité n. 12. Voir à ce sujet, et plus généralement sur l'opposition de la culture jacobine italienne aux prémisses de la *Staatslehre* allemande, dont Mommsen est un représentant, P. Catalano, dans *Populus Romanus Quirites*, Turin, 1974, p. 52 sq.

26. Les *antiquités romaines envisagées au point de vue des institutions politiques*, Louvain, 1870. Les deuxième et troisième éditions, parues en 1872 et en 1874, portent le titre de *Droit public romain* jusqu'à Constantin et les trois éditions suivantes, de 1880 à 1883, celui de *Droit public romain jusqu'à Justinien*.

27. Voir la préface de la deuxième édition. 28. *Römisches Alterthümer*, Berlin. Voir la préface de la troisième édition, 1876, où Lange défend, contre la systématisation juridique, la méthode antiquariste, purement descriptive.

29. Préface, p. 46.

20. J. Bernays, *Behandlung des römischen Staatsrechts bis auf Theodor Mommsen*, *Deutsche Rundschau*, 2, 1875, p. 54 sq. Sur la réaction de Mommsen contre une critique purement philologique de son ouvrage, incapable d'admettre les concepts et de considérer le tout, voir sa lettre du 8 novembre 1887 au juriste H. Degenkolb, citée par L. Wickert, III, p. 559.

21. *Studi sul diritto pubblico romano da Niebuhr a Mommsen*, Florence, 1875. Sur De Ruggiero et Mommsen, cf. Santo Mazzarino, « Storia e diritto nello studio dello società classiche », in *La Storia del diritto nel quadro delle scienze storiche*, Florence 1966, p. 39 sq., où est envisagée à propos de l'*edictio*, la divergence de méthode entre le maître, plus « dogmatique », et son élève, plus « historien ».

22. *Op. cit.*, p. 133.

23. *Op. cit.*, p. 135.

24. *Op. cit.*, p. 134.

vain de prétendre combler leur lacune (30). En l'absence d'interprétations ou de spéculations anciennes qu'il pût servilement reproduire, l'historien du droit n'avait plus qu'à suivre linéairement le développement séparé de chaque institution en s'arrêtant, par paliers, à des tableaux récapitulatifs.

Le manuel d'E. Herzog, *Histoire et système de la constitution romaine* (3 vol., 1884-1891), est bâti sur des préceptes analogues (31). Son incontestable supériorité n'ajoute rien à la banalité de sa méthode et ne le fait pas échapper davantage à la contradiction de deux points de vue dont la synthèse se réduit à un artifice de la composition. Herzog, à son tour, mettait en cause Mommsen, dans des termes très proches de ceux de Lange. On retrouve cette même incompréhension, ou ce même malentendu, dans le traité de Droit public et administratif romain (1881-1882) du grand philologue danois J.N. Madvig (32), qui refusait d'admettre que «ce qu'on sait positivement, c'est-à-dire les formes et les mécanismes institutionnels, pût s'éclairer à l'aide de notions et de théories inconnues des Romains : il critiquait particulièrement la théorie de la collégialité, celle de la dyarchie ou, plus gravement encore, la notion d'une magistrature prise dans l'unité fictive de ses pouvoirs (33). Encore Madvig évitait-il l'embaras d'avoir à concilier l'histoire et le système, et présentait-il un tableau purement didactique des institutions, à la manière des antiquaires : en partant des structures globales — le peuple et ses subdivisions — pour passer en revue les organes politiques (comices, Sénat, magistrats) puis administratifs, dans l'ordre de leur plus grande spécificité (ainsi les finances, l'armée et le culte précèdent des fonctions plus spécialisées comme la police des mœurs, des routes, l'instruction publique, etc.). Madvig, ainsi que la plupart de ses contemporains, s'intéressait aux mécanismes concrets, aux faits institutionnels positifs, saisis dans leurs regroupements pratiques et dans leurs articulations évidentes. Ce dont il fallait rendre compte, c'était d'un fonctionnement réel — d'où chez lui la place éminente réservée au Sénat (34), qui contrôle l'ensemble de la vie politique (alors que pour le théoricien Mommsen, au contraire, le Sénat est un appendice extérieur au système, et inassimilable juridiquement puisque, malgré l'étendue de son action, il ne donne formellement que des avis dépourvus d'un pouvoir de contrainte ; mais la forme du droit est pour lui fondamentale : ce n'est pas seulement la méthode qui se déplace de Mommsen à Madvig, mais bien plus encore l'objet de l'enquête) ; d'où également la qualité

30. *Ibid.*, p. 6 cf. également le compte-rendu critique du premier volume du *Staatsrecht*, publié en 1872 (voir *Kleine Schriften* II, p. 154 sq.). Lange refuse l'isolierung du droit public, et défend la conception traditionnelle des antiquités publiques et de la «Verfassungsgeschichte».

31. *Geschichte und System der römischen Staatsverfassung*, Leipzig. Voir préface, pp. 38 sq., où est mise en cause la notion mommsienne de *Rechtssystem*. En dehors de sa méthode proprement dite, Herzog reprochait à Mommsen un plan qui ne rendait pas compte de la réalité politique romaine ; il proposait à la place une bipartition entre magistrature et Sénat d'un côté, peuple et institutions de défense du peuple (essentiellement, le tribunal de la plèbe), de l'autre. Voir à ce sujet G. Lobrano, *Fondamento e natura del potere tribunitio nella storiografia giuridica contemporanea*, Index, 3, *Omaggio a Max Kaser*, 1972, p. 242 sq. Sur Herzog, v. P. Götzel, *Ernst Herzog*, dans *Württembergische Vierteljahrshefte für Landesgeschichte*, 41, 1935, p. 138 sq.

32. *Die Verfassung und Verwaltung des römischen Staates*, 2 vol. Leipzig, 1881-1882 ; trad. franç. Ch. Morel, *L'Etat romain*, 5 vol. Paris, 1882-1883.

33. *Op. cit.*, préface.

34. *Op. cit.*, chap. 4.

de «fonctionnaires» attribuée aux magistrats (35) qui, en fait, exécutent les décisions du Sénat : position symétriquement inverse de celle que Mommsen attribue à la magistrature par rapport au conseil, parce que, une fois de plus, les réalités politiques cachent pour lui des représentations juridiques qu'il faut découvrir sous la surface mobile des événements et des intérêts.

Ce sont là quelques exemples caractéristiques. On pourrait les multiplier. Une vision purement externe du système, d'une part, le projet de combiner système et histoire, d'autre part, telles sont les deux tendances marquantes d'une historiographie par rapport à laquelle Mommsen fait figure d'exception. D'où le reproche unanime qui lui est fait de rapporter les phénomènes institutionnels à des notions implicites, cachées aux romains eux-mêmes. D'où, subsidiairement, l'accent porté sur les institutions singulières, plutôt que sur les catégories qui les regroupent : de sorte que l'unité d'une constitution se réduit à des rapports de force, à des interactions effectives, et non à ses fondements conceptuels, à ce que J. Bernays appelait «métaphysique du droit public».

Les contemporains de Mommsen et ses successeurs ont entretenu avec sa pensée un malentendu qui n'est toujours pas dissipé. Ils ont refusé de comprendre, ou d'accepter, le plan d'analyse sur lequel il avait choisi de se situer. Le paradoxe était que le plus grand historien du XIXe siècle fût attaqué sur ce terrain par des antiquaires ou de purs philologues ; que, plus tard, des juristes vinssent protester qu'il était insuffisamment historien, à partir de considérations sur l'histoire qui dépassent rarement la référence obligée à l'évolution des structures économiques et sociales, et au rapport très étroit — dont la nature n'est jamais précisée — que le droit entretient nécessairement avec elles (36) ; qu'enfin ce fût au maître-d'œuvre du C.I.L., à l'auteur de *l'Histoire de la monnaie romaine*, à l'infatigable découvreur de réalités qu'on osât reprocher sa distance par rapport aux faits : mais ce paradoxe-là est aussi celui de Mommsen, ou il est plutôt son génie. Mommsen savait attendre, considérer

35. *Ibid.*, chap. 5.

36. Voir par exemple E. Meyer, *Römischer Staat und Staatsgedanke* Zurich 1948, qui prétend traiter «historiquement» de la constitution romaine ; et, contre le positivisme, J. Bleicken, *Lex publica*, chap. 1 «Kritik der Staatslehre von Th. Mommsen», p. 16-50, Berlin, 1950. Plus généralement, voir la catégorique analyse que fit en 1965 A. Momigliano du droit, discipline sans objet spécifique : le droit n'étant que «formulation des rapports sociaux» trop divers pour être l'objet d'une étude spécialisée, il relève de l'histoire sociale générale, prise dans ses différentes spécialités. L'affirmation paraît d'autant plus péremptoire qu'est imprécise l'expression «formulation», empruntée à tout ce qui s'écrit de plus général sur le droit, depuis un bon demi-siècle. («Le conseguenze del rinnovamento della storia dei diritti antichi», *La storia del diritto nel quadro delle scienze storiche*, Florence 1966, p. 21 sq., not. p. 23, avec un renvoi à l'autorité du grand Marc Bloch, dont on ne sait pas qu'il ait jamais contribué à une réflexion originale sur la spécificité du droit, comme objet d'histoire — contrairement à un L. Gernet ou à un G. Dumézil, pour nous en tenir à de grands noms étrangers au monde de la basoche, et que l'on ne peut suspecter d'ignorer les sciences humaines). 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 de la première. — Archivio Storico

les moyens et les fins, et surtout distinguer des niveaux complémentaires d'analyse : l'histoire du droit et l'histoire du reste, qu'il savait ne pas confondre. De sorte qu'au nom du positivisme, ce qu'on lui a surtout reproché, c'est de n'avoir pas tout mélangé (37).

Avant d'en venir au système du *Römische Staatsrecht*, dont on vient d'analyser les premières réactions qu'il a suscitées, il faut définir les courants entre lesquels se partage, au XIXe siècle, l'histoire du droit public romain (38). Ils nous feront mieux comprendre sur quelles traditions s'appuient les critiques de Mommsen ; mieux saisir, surtout, l'importance du saut qualitatif réalisé par lui. Le premier courant peut être qualifié d'antiquariste (39). S'y rattache apparemment Mommsen (40), si l'on ne tient pas compte du fait que, de l'intérieur, il l'a complètement subverti. Cette approche domine les études constitutionnelles depuis le XVIIe siècle. En est exclue l'analyse des forces sociales et plus généralement celle des facteurs de tous ordres qui agissent sur le droit pour le transformer. Le cadre chronologique est absent, ou secondaire. Reste un tableau plus ou moins complet d'institutions regroupées par affinités apparentes. La logique qui préside à ces exposés systématiques est, si l'on peut dire, une logique de la contiguïté. Sigonius (41), voulant définir le citoyen romain et reconstruire à travers lui toutes les relations juridiques en vigueur dans la cité, commençait par envisager son cadre territorial, ses divisions par curies, tribus et centuries : sous-ensembles par rapport auxquels chaque citoyen se situe. Viennent ensuite les prérogatives qui lui sont reconnues : d'où une étude de la loi, source des droits, et des droits substantiels eux-mêmes, lesquels embrassent de proche en proche l'ensemble des statuts et des rapports privés et publics : liberté, sacre, mariage, puissance paternelle, propriété, testaments, tutelle ; sur le cens, qui sert de charnière

37. Sur les limites d'une méthode qui voudrait combiner synchronie et diachronie, et sur la nécessité de choisir entre le droit et l'histoire, voir les remarques pertinentes d'A. Momigliano, à propos des critiques faites communément au juridisme de Mommsen, dans *J.R.S.*, 1949, p. 155 sq. = *Secondo contributo*, p. 395 sq.

38. Il n'existe aucune étude d'ensemble sur l'historiographie du droit public romain au XIXe siècle, contrairement à l'historiographie du droit privé, qui a suscité de nombreux travaux, en raison de l'influence exercée par le pandectisme sur la théorie juridique contemporaine. Outre les ouvrages très anciens de Bernays et de De Ruggiero, cités n. 20 et 21, on peut consulter E. Landsberg, *Geschichte des deutschen Rechts*, op. cit., III, 2, et plus récemment E.W. Böckendorff, *Die deutsche Verfassungsgeschichte* (im 19. Jahrhundert, 1961) ; O. Brunner, dans *Land und Herrschaft*, 1965, p. 111 sq. (sur l'école historique et la théorie de l'état) ; mais le droit romain n'y est pas spécialement envisagé. A. Heuss, *Theodor Mommsen*, op. cit., chap. 2, p. 33 sq., reste très général, de même que A. Wucher, *Theodor Mommsen. Geschichtsschreibung und Politik*, Zurich - Berlin - Frankfurt, 1956, p. 31 sq. Indications intéressantes dans P. Catalano, *Populus Romanus Quiritum*, op. cit., p. 21-95, mais uniquement sur le thème du rapport entre *civis* et *populus*. Voir aussi G. Lohrman, cité n. 25. Le long excursus que J. Bleicken consacre à Mommsen, dans *Lex publica. Gesetz und Recht in der römischen Republik*, Berlin, 1975, pp. 16-51, ne tente pas de situer historiographiquement le droit public romain.

39. Sur les Antiquaires, voir A. Momigliano, *Ancient history and the antiquarian*, *Journ. Warburg. Inst.*, 13, 1950 = *Contributo alla storia degli studi classici*, Rome 1955, p. 67 sq.

40. A. Momigliano, op. cit., p. 99 sq. ; cf. *Secondo contributo*, p. 395 où les Antiquaires sont présentés comme des prédecesseurs de Mommsen ; p. 421 sq. : rapport entre les structures du droit public mommsien et l'ordre systématique des antiquaires publics.

41. *De antiquo iure civium romanorum*, 1560, dans le *Thesaurus antiquitatum Romanorum* de Graevius, vol. 1.

entre les sphères domestique et politique (42), vient se greffer l'étude des obligations et des prérogatives qui s'attachent au *status civitatis*, depuis le service militaire, le suffrage, la brigue des magistratures, jusqu'aux sacerdoces (d'où un exposé synthétique de la constitution romaine), en passant par les impôts et la fiscalité. Le plan, on le voit, obéit à un schéma circulaire : Sigonius part du tout qu'est la cité pour considérer en elle le citoyen dans ses activités familiales et civiques. Les frontières entre vie publique et vie privée s'effacent au profit de la structure englobante qui les contient et les transcende. Ce n'est pas le lieu de nous demander si une telle vision de la cité est ou non préférable à celle des juristes du XIXe siècle, qui postulent au contraire la valeur absolue de l'opposition entre la société civile et l'état. Mommsen appartient en ce sens au pandectisme, non seulement parce qu'il en est méthodologiquement tributaire, mais parce que surtout l'autonomie du droit public supposait que fût hypostasée d'abord l'autonomie du droit privé, qui devait lui servir de modèle : on reviendra plus loin sur ce rapport dialectique qui noue en un mouvement d'opposition puis d'imitation les deux branches de la science du droit au XIXe siècle. Ce qui est en cause, pour l'instant, c'est cette conception « holiste » de la cité, telle que nous la transmettent les antiques. Elle est incompatible avec celle de Mommsen, fera prévaloir. Heineccius (43), Vico (44) et L. De Beaufort (45) au XVIIIe siècle, Niebuhr, Becker et Lange au XIXe siècle, participent entre autres de la même vision globalisante selon laquelle s'emboîtent et s'enchaînent des institutions publiques et privées composant toutes ensemble un corps ou, selon l'expression la plus utilisée au XIXe siècle, un organisme politique.

Les *Antiquités romaines* de Niebuhr (46), publiées vingt six ans après sa mort, sont peut-être l'exemple le plus frappant de cette étonnante continuité historiographique. La question dont part Niebuhr est analogue à celle que posait Sigonius presque trois siècles avant lui : dans quelles aires de relations juridiques faut-il considérer le citoyen romain pour avoir une vue complète des normes qui régissent son existence ? Celui-ci apparaît successivement comme membre d'une communauté

42. Le premier livre, consacré au citoyen et à la cité, comprend vingt et un chapitres. Les treize premiers définissent le citoyen dans son espace, ses divisions territoriales, son statut personnel et familial. Les chapitres quinze à vingt-et-un traitent de la participation politique du citoyen : de *iure militum*, de *iure tribunorum*, de *iure suffragiorum*, de *iure honorum*, de *sacerdotum*, de *magistratibus*, de *imperio*. Entre ces deux masses, le chapitre quatorze, de *iure consuum*, fait la transition.

43. *Antiquitatum romanorum jurisprudentiam illustrantium synagoga*, 1719 (à consulter dans la 19e édition de Haubold, 1822, avec des notes de Hugo, tenant compte de la découverte de Gaius). Le livre 1, qui traite de la loi, des sources du droit et des statuts personnels et familiaux, contient un long appendice de *iure quiritium* et *civitatium*, où Heineccius reproche à Tribonian d'avoir négligé le *status civitatis*, dans les chapitres de *divisionibus personarum* (Dir. 1,5 sq.). Le *iur civitatis* comporte notamment les droits publics et les garanties des citoyens, la *libertas suffragandi*, le cens, les impôts, des honneurs. Comme on le voit, le droit public est ici inclus dans un exposé du droit privé.

44. *De universa iuris uno principio et fine liber unus* (vol. 8 des *Opere* de G. Vico, ed. G. Ferrar, Milan, 1835).

45. *La République Romaine ou plan général de l'ancien gouvernement de Rome*, La Haye, 1756, 2 vol.

46. *Vorträge über römische Alterthümer*, Berlin, 1828, qui forment la quatrième partie des *Historische und philologische Vorträge an der Universität Bonn gehalten*, Berlin, 1846-1858.

politique : constitution, administration, juridiction ; comme membre d'une armée ; puis d'une famille : droit domestique ; comme individu, pris isolément : mœurs, occupations privées. Subsiste bien sûr la division quadripartite classique (antiquités publiques, militaires, privées, religieuses), réarticulée toutefois en fonction d'un principe d'individualité vers quoi l'ensemble paraît tendre progressivement (il est symptomatique, en ce sens, que la religion soit conçue comme l'ultime moment dans ce qui est une genèse de l'individu). La sphère du droit familial est d'autre part introduite séparément, alors que chez Sigonius, chez Paulus Manutius, chez Heineccius, la famille était traitée à l'intérieur du *jus civitatis*, comme un faisceau de prérogatives civiques. Cependant reste essentielle chez Niebuhr cette construction englobante, cette gradation de principes ou de sphères d'action qui mènent en ordre descendant de la cité au citoyen et, en ordre ascendant, du citoyen à la cité. Chacun est le point d'ancrage de tous les codes sociaux qui semblent se développer concentriquement autour de lui. Les normes ne sont pas prises encore dans leur généralité abstraite, dans l'autonomie de leur organisation interne. Niebuhr comme Sigonius n'envisageait que le faisceau d'institutions concrètes dont le citoyen romain disposait idéalement et qui étaient autant de signes d'appartenance sociale, autant de moyens légitimes d'action.

Le second courant est celui de la *Verfassungsgeschichte* (histoire constitutionnelle) (47). C'est celui que L. Lange et G. Herzog, parmi d'autres, ont tenté de concilier avec la tendance systématique à laquelle ils appartenaient aussi. Contrairement à ce que l'on croit, l'histoire de la constitution romaine fut un genre pratiqué bien avant que ne se soit manifesté, chez les historiens et les juristes, le besoin de réagir contre la vision antiquariste, renouvelée par Mommsen, d'un droit public figé dans ses permanences. Ce n'est pas parce que récemment, et de plus en plus, le droit public romain s'immerge dans l'histoire politique et sociale (ainsi, dans les œuvres d'Ernst Meyer, de P. de Francisci, de F. de Martino de J. Bleicken) et s'affranchit des perspectives mommseniennes, qu'il faut oublier que ce contre quoi Mommsen entreprenait de réagir, il y a un siècle, était précisément une vision historique — c'est-à-dire, en son temps, chronologique et évolutive — du droit public. Au nom de l'histoire, en réalité, se reprend un vieux argument pré-mommsenien, se renoue une tradition dépassée par celui dont on prétend répudier aujourd'hui l'héritage anachronique.

Rappelons seulement, pour l'instant, que la plupart des travaux publiés au siècle dernier sur le droit public romain appartiennent au genre historique : à commencer par l'*Histoire romaine* de Niebuhr (1811) (48) qui, dans la trame du récit des événements antérieurs à la première guerre punique, insère des dissertations consacrées aux institutions sociales, à la vie publique, à la constitution de Rome à

l'époque la plus ancienne. Des chapitres entiers font le point sur les *gentes* et les *curies*, le sénat et l'interrègne, les tribus, le système centuriate, la dictature, le tribunal de la plèbe, la ligue latine, le droit latin, le *princeps Senatus*, l'origine du consulat, les décevirs, les tribuns militaires avec puissance consulaire, etc. Comme nombre de ses contemporains, Niebuhr était venu à l'histoire romaine par passion politique. Conformément à l'optique libérale de la fin du XVIII^e siècle, c'est dans les constitutions que se résolvait pour lui les tensions sociales et que se réalisaient les projets politiques. Ses premières recherches, directement inspirées par l'actualité révolutionnaire en France, avaient porté sur l'*ager publicus* et sur les lois agraires à l'époque des Gracques. Il avait tenté de découvrir, à travers l'exemple romain, les équilibres institutionnels qui garantissaient l'égalité civile et le droit de propriété ou, au contraire, les ruptures qui les mettaient en péril. Il devait montrer que, à Rome, les lois agraires se bornaient à répartir les terres publiques et laissaient hors d'atteinte les terres privées (49) ; que la constitution républicaine, à son âge d'or, assurait l'équilibre et l'harmonie entre les classes ; que la constitution mixte, qu'il admirait tout comme la constitution anglaise (50), devait s'analyser comme un compromis entre noblesse et peuple, entre patriciens et plébéiens, préservant les citoyens de l'oppression réactionnaire des uns et de l'injustice révolutionnaire des autres (51). Bref, derrière le modèle de la constitution patricio-plébéienne, telle qu'il croyait la voir fonctionner jusqu'aux guerres puniques, c'était en réalité l'ordre social, la liberté individuelle et la propriété privée dont il faisait l'apologie. L'essence de l'État romain pris en tant que tel, la science du droit public ne l'intéressaient pas. Sa démarche est aux antipodes de celle qu'adopta Mommsen. Pour Niebuhr, la recherche en droit public est subordonnée à un projet politique rétrospectif. Le lien de la constitution avec l'histoire allait de soi, dès lors que, au delà des mécanismes politiques dont la cohérence formelle, dont le fondement juridique l'indifférait, l'objet qu'il fallait reconstruire était l'origine du patriciat et de la plèbe, leurs luttes et leurs compromis dans le partage du pouvoir.

Ses *Antiquités romaines*, on l'a vu, relèvent apparemment d'un autre esprit. Pourtant, la matière en avait été préparée pendant les premières années de son enseignement à Berlin, alors qu'il rédigeait son *Histoire*. L'évolution constitutionnelle et administrative de Rome avait été l'objet de ces leçons. A l'intérieur des divisions traditionnelles étaient retracés, pour chaque institution, son origine et son destin. L'histoire s'ordonnait ainsi à un schéma antiquariste et cette combinaison des deux genres — qui se retrouvera chez Lange et chez Herzog, parmi d'autres — reprenait, mais en la renversant au profit des structures, l'association du récit et du tableau systématique.

49. Voir les *Vorträge über römische Geschichte* I, Berlin, 1846, p. 252 sq., sur son intérêt décisif pour le *jus agrarium*. Sur ses recherches « zu den Ackergesetzen », voir A. Heuss, op. cit., p. 2 sq. Niebuhr revient sur ce thème, dans son *Histoire romaine*, à propos de la loi agraire de Licinius Stolon. Sur la question agraire en Prusse et en France dans l'inspiration historique de Niebuhr, cf. Zvi Yavetz : « Why Rome ? Zeitgeist and ancient historians in early century Germany », *Am. J. Phil.* 1976, p. 276-291 ; S. Rytiköva, op. cit. chap. V.

50. Sur son admiration pour la constitution anglaise, voir les *Lebensnachrichten*, III, 1838, p. 379. Sur l'intérêt porté aux constitutions antiques, dans le contexte de la révolution française, cf. les *Vorträge über römische Alterthümer*, p. 6.

51. *Römische Geschichte*, I, 3, 1828, p. 662 sq., à propos des luttes de la plèbe, du tribunal, et de la liberté des citoyens.

47. Sur le courant d'histoire constitutionnelle en général, et particulièrement chez les germanistes, cf. E.W. Böckenförde, *Die deutsche Verfassungsgeschichtliche Forschung*, op. cit.

48. *Römische Geschichte*, I-II, 1811-1812 ; I 3, 1828 ; II 2, 1830 ; III, 1832. Sur Niebuhr, voir S. Rytiköva, *Bart. G. Niebuhr als Politiker u. Historiker*, Helsinki, 1968 ; A. Momigliano, C.G. Lewis, *Niebuhr e la critica delle fonti*, *Riv. Stor. Ital.*, 1952, p. 208 sq. = *Primo contributo*, p. 249 sq. (sur la méthode critique de Niebuhr) ; S. Mazzarino, *Storie romane e storiografia moderna*, Naples, 1954, p. 31 sq. ; A. Heuss *Niebuhr und Mommsen*, op. cit. ; R. Günther, *Bernhold Georg Niebuhr*, dans *Studien über die deutsche Geschichtswissenschaft*, éd. J. Streiland, 2e éd. Berlin, 1969.

Association que cultivait avec talent J. Rubino dans un livre injustement oublié, et que Mommsen, contrairement à son habitude, citait régulièrement : *Recherches sur la constitution et l'histoire de Rome* (I, 1839) (52). Ce n'était pas un ouvrage d'antiquaire, malgré le plan didactique du seul volume publié. Rubino traitait successivement de la transmission des magistratures, de la royauté, du Sénat et du patriciat, des assemblées populaires. Comme plus tard pour Mommsen, le principe de la magistrature y est fondamental. Le Sénat et les comices sont privés de toute indépendance d'action, de toute autonomie par rapport aux titulaires de l'imperium ou de la regia potestas. Mais, face aux magistrats, la plèbe, unie sous ses représentants, constitue un contre-pouvoir. En elle, selon Rubino, réside le principe de la souveraineté populaire. Alors que le *populus* est soumis à l'autorité («Obrigkeit») des magistrats, la plèbe possède un pouvoir («Macht») autonome, incarné par les tribuns. Deux constitutions parallèles, irréductibles, expriment chacune à sa façon l'ensemble de l'État («dans Ganze des Staatskörpers») dont l'unité dynamique, écrit Rubino, est celle d'un organisme vivant (53). Le volume qui devait être consacré à la constitution plébienne ne vit jamais le jour. Mais, par sa conception d'ensemble, l'ouvrage doit être situé dans la filiation de l'histoire romaine de Niebuhr. Est privilégiée l'antithèse du patriciat et de la plèbe, qui se traduit par un double régime constitutionnel : à l'ensemble formé d'un côté par la magistrature, le sénat et le *populus*, répond l'organisation plébienne de l'autre. Or cette opposition n'est pas, en soi, juridique. Le double principe de l'«Obrigkeit» et de la «Macht» est étranger au monde du droit. Ce sont des approximations, des notions mal définies, qui servent à délimiter des réalités politiques et sociales. De ces réalités seulement Rubino, comme Niebuhr, voulait écrire l'histoire. Son livre appartient bien au genre de la *Verfassungsgeschichte*.

Dans la première moitié du XIX^e siècle, cette tendance est dominante. Le droit public romain, qui attend d'être fondé par Mommsen, n'existe pas encore comme discipline autonome. Mais se poursuit la tradition des antiquités publiques, lesquelles, à la suite de Niebuhr, tendaient à se transformer en histoire de la constitution romaine. Ce rapprochement des antiquités et de l'histoire a souvent été souligné,

52. *Untersuchungen über römische Verfassung und Geschichte*, Cassel, 1839. L'importance de Rubino a été reconnue par A.W. Zumpt, *Das Gründrecht der Römer*, I, 1, Berlin 1865, p. VIII ; par E. Herzog, *Geschichte und System...* (op. cit.), p. XIII sq. ; par E. Taubler, *Römisches Staatsrecht und römische Verfassungsgeschichte*, dans *Historische Zeitschrift*, 120 (1919), p. 208 sq. Cependant, son œuvre a depuis été injustement oubliée. Voir cependant les réhabilitations récentes d'A. Momigliano, dans *Secondo Contributo*, op. cit., p. 397 et de S. Tordella, dans *Profilo di storia costituzionale romana*, Milan, 1981, p. 18 sq. Indications biographiques dans E. Landsberg, op. cit., p. 488 sq. Sur Rubino et Mommsen, voir A. Heuss, op. cit., p. 23 sq.

53. Le système de Rubino est exposé dans l'introduction de son ouvrage. La première partie est divisée en quatre chapitres : I, sur la transmission de la Magistrature romaine ; II, sur la royauté ; III, du Sénat et du Patriciat ; IV, Des assemblées populaires. Le système plébien devait apparaître comme une contrepartie : on sait précisément que Mommsen eut les plus grandes difficultés à intégrer la constitution plébienne dans celle de l'État romain. Herzog adopta un plan assez proche de celui de Rubino : Magistrature et Sénat d'un côté, Peuple et droits du Peuple de l'autre (la Regierung et le Volk). Mais il est beaucoup moins audacieux que lui, et surtout moins historien : *populus* et *plèbe* sont rapprochés, alors que Rubino n'hésite pas à admettre, face à la constitution officielle de l'État, l'existence de contre-pouvoir organisés.

sur le plan des méthodes (54) : on sait que les historiens, depuis Gibbons et surtout depuis Niebuhr, apprirent des antiquaires à diversifier leurs documents. Le champ des sources s'ouvrait progressivement à l'archéologie, à l'épigraphie, aux monnaies ; l'historiographie ancienne perdait de son monopole. Les antiquaires, à l'inverse, s'efforçaient de situer leur objet dans son contexte historique. Mais, ce que l'on sait moins, c'est qu'un tel rapprochement fit naître des genres d'études nouveaux, qu'un domaine commun aux uns et aux autres apparut avec notamment l'histoire constitutionnelle, située à mi-chemin entre l'histoire politique et le système des *antiquitates publicae*. Les historiens (Niebuhr — mais aussi Gibbon déjà avant lui, dans le chapitre 44 de son *Decline and fall of the Roman Empire*, vaste synthèse à la fois systématique et chronologique du droit romain public et privé —) (55) peinent l'habitude de suspendre leur récit pour y introduire, comme autant de haltes, des chapitres où trouvaient place des tableaux descriptifs. Les auteurs d'*Alterthümer*, quant à eux, se mirent à combiner leur système avec l'histoire, pour retracer l'une après l'autre l'évolution d'institutions prises singulièrement (c'est ce que font notamment le Niebuhr des *Antiquités romaines*, Rubino, Becker et Herzog), ou pour découper en périodes successives un développement organique appréhendé globalement, mais par paliers (Lange).

Contrairement à une thèse accréditée (56), le domaine du droit public n'est pas le dernier, dans le champ des *antiquitates*, à être passé à l'histoire ; les antiquités militaires, religieuses et privées n'ont pas précédé, par un transfert analogue, ce mouvement. Il suffit de citer, après le livre de Rubino, et à peu de temps d'intervalle, l'*Histoire de la constitution de l'État romain depuis la naissance de la Ville jusqu'à la mort de César* de K.W. Götting (1840) (57) : *Les époques de l'histoire constitutionnelle de la République romaine*, de K. Peter (1841) (58) ; les *Recherches dans le domaine de l'histoire constitutionnelle romaine*, de W. Ihne (1847) (59) ; les *Recherches sur la crédibilité de l'histoire de la constitution romaine à l'époque archaïque*, d'O. Bröcker (1858) (60) etc.

II

La *Verfassungsgeschichte* n'est cependant pas née seulement d'une rencontre fortuite de l'histoire avec les antiquités publiques. Epistémologiquement, cette rencontre a été préparée et pensée par les juristes, sur le terrain qui était le leur.

54. A. Momigliano, *Ancient History and the antiquarians*, op. cit. S. Mazzarino, op. cit., p. 31 sq. ; C. Nicolet, *Préface à l'histoire romaine de Mommsen*, op. cit., p. 28 sq.

55. Ce long chapitre a été traduit et commenté par Hugo, puis édité à Liège en 1822, par Wernkenig, dans la traduction de Guizot. Ihing en faisait grand cas, y voyant la seule histoire organique du droit romain, respectant l'homogénéité du mouvement historique (*Esprit du Droit romain*, trad. fr. I, Paris 1886, p. 57, n. 88).

56. A. Momigliano, op. cit., p. 200 sq.

57. *Geschichte der römischen Staatsverfassung von Erbauung der Stadt bis zu C. Cäsars Tod*, Halle.

58. *Die Epochen der Verfassungsgeschichte der römischen Republik*, Leipzig.

59. *Forschungen auf dem Gebiete der römischen Verfassungsgeschichte*, Frankfurt.

60. *Untersuchungen über die Glaubwürdigkeit der ältesten römischen Verfassungsgeschichte*.

Ce qu'on appelle école historique de droit (61) a consisté surtout à faire le partage, dans la tradition juridique romaine, entre ce qui pouvait entrer dans un système de droit positif actuel, et ce qui devait être abandonné à la spéculation érudite. Dans l'esprit d'un Savigny, la philologie et l'histoire servaient à dégager la partie vivante du droit romain de toutes les scories qui n'appartenaient plus qu'au passé : distinguer les institutions mortes et faire porter toute la réflexion sur celles qui avaient traversé l'épreuve du temps, voilà qui paraissait la condition d'une régénération de la science du droit, débarrassée de ses erreurs subjectives, revivifiée par une théorie dont le modèle romain était le garant (62). Certes, la valeur paradigmatique du droit romain était depuis longtemps reconnue. La théorie juridique, aux XVII^e et XVIII^e siècles, avait puisé ses références dans ce que l'on considérait alors comme la « raison écrite ». Mais l'originalité du pandectisme tenait à ce que la science du droit, construite sur les catégories élaborées par l'école du droit naturel, fût dans son contenu, dans son matériau, une science du droit romain, et exclusivement cela ; que corrolairement l'histoire, conçue comme connaissance chronologique du passé, ne servit plus qu'à décanter le droit de tout ce qui n'était pas essentiellement lui, de tout ce qui portait la marque du temps. Or, si l'on fait la somme de ces rejets, on se rend compte qu'y figurent principalement le droit familial, le droit public et les sources du droit. Il faut montrer la cohérence de cet ensemble dont le statut, dans la science juridique, est désormais négatif ; dont la position est périphérique, extérieure au système : celui-ci se comprend synchroniquement, logiquement, tandis que la famille et l'État sont pour les pandectistes soumis au changement, relatifs, irréductibles à toute autre forme de savoir que le récit de leur origine et de leurs transformations. Il n'y a pas de « Staatsrecht » possible, mais seulement une « Verfassungsgeschichte », située à mi-chemin entre l'histoire et la politique.

L'opposition du droit privé et de tout ce qui relève de l'histoire externes du droit scande la littérature juridique des XVII^e et XIX^e siècles (63). C'est vers les années 1860-1880 seulement que l'État, en Allemagne, devient un objet de droit ; que naît un Staatsrecht construit lui aussi, selon la démarche des pandectistes, sur quelques principes dont se déduit un système clos de concepts hiérarchiquement ordonnés ; que le statut scientifique de cette nouvelle discipline est assuré, en dehors de l'histoire, par la structure logico-déductive de son discours et par la cohérence

interne de ses parties. Bref, ce sont les contemporains de Mommsen, et Mommsen au premier chef, qui, vers le moment où se constitue l'état bismarckien, récusent cette marginalisation du droit public, revendiquent pour lui sa place à l'intérieur du savoir juridique, le constituent dogmatiquement sur la base même des définitions qui avaient d'abord servi à l'en exclure. Gerber (64), Mommsen, Laband (65), Jellinek (66), déplaceront la ligne de partage entre le « système » (c'est-à-dire le droit privé du *Pandektenrecht*) et l'histoire (de la constitution et des sources du droit) : ils conquerront pour le droit théorique un nouveau territoire, en érigeant en « science du droit public » (romain pour Mommsen, allemand pour Gerber et Laband, général pour Jellinek) tout cet espace institutionnel laissé aux antiquaires, aux historiens, ou aux juristes, lorsqu'ils sortaient de leur propos essentiel et décrivaient le « cadre externes » du droit privé. Mommsen et les grands publicistes et théoriciens du droit du dernier tiers du XIX^e siècle ont eu l'audace, chacun dans son domaine propre, de penser juridiquement l'État à l'aide du modèle qui avait d'abord servi à le rejeter sur les pourtours du droit, du côté de l'évolution organique. Le pandectisme est donc bien un détour nécessaire pour comprendre le *Römischer Staatsrecht* de Mommsen. Moins, comme on le croit, à cause de l'imitation qu'il en fit — quoiqu'il soit vrai qu'il représentât pour lui, comme pour ses contemporains, la référence majeure — que pour le renversement qu'il lui permit d'opérer au profit du droit public. Renversement où se saisit le contexte, l'histoire intellectuelle de l'entreprise mommsénienne.

Le fondement du système pandectiste, tout comme celui du jusnaturalisme, reste la théorie du sujet de droit (67). L'ensemble des droits se conçoit comme

64. C.F. von Gerber (1823-1891), professeur à Jena puis à Leipzig, ministre des cultes en Saxe à partir de 1871, collaborateur de Hering aux *Jahrbücher für Dogmatik des heutigen römischen und deutschen Privatrechts* (*«Jahrbücher»*), qui sont à partir de 1857 l'organe de combat de la nouvelle science positiviste du droit. Partisan du droit privé allemand, mais plus proche de Savigny que des germanistes, Gerber est le premier à avoir appliqué la méthode pandectiste au droit public, dont il est le fondateur en Allemagne. Il publie en 1852 *Über öffentliche Rechte* et, en 1865, les *Grundzüge des Deutschen Staatsrechts* (ces deux courts ouvrages ont été publiés en italien à Milan, en 1971, sous le titre *Diritto pubblico*). Sur Gerber, voir essentiellement : W. Wilhelm, *op. cit.* (notamment les chapitres 3 et 4), et M. Fioravanti, *Gli inizi e costituzione politica dell'ottocento tedesco*, Milan, 1979, pp. 115 sq., 151 sq., 256 sq.

65. P. Laband (1838-1918), professeur de droit public sur la chaire créée par Bismarck à Strasbourg. Son *Staatsrecht des deutschen Reiches*, 4 vol., Tübingen, 1876-1882, aura un immense succès, et connaîtra sept éditions, dont deux après sa mort. Laband réalisa le projet de conceptualisation et de formalisation qu'avait énoncé Gerber. C'est sur ce point précisément qu'il sera le plus durement contesté, notamment par le grand théoricien de la personnalité associative de l'État, O. Gierke, dans un compte-rendu de 1883. Gierke plaide contre l'isolement du droit public, pour ses liens avec l'histoire, avec les réalités économiques, politiques et sociales (*Labands Staatsrecht und die deutsche Rechtswissenschaft*, éd., Darmstadt, 1961). Sur P. Laband, voir W. Wilhelm, *op. cit.*, p. 6 sq. et M. Fioravanti, *op. cit.*, pp. 357 sq., 372 sq.

66. G. Jellinek (1851-1911), philosophe du droit et professeur de droit public à Vienne puis à Heidelberg, auteur d'une *Allgemeine Staatslehre*, 1900, et théoricien des droits publics subjectifs, érigés en catégorie fondamentale. Sur Jellinek, voir Fioravanti, p. 391 sq.

67. Sur le pandectisme en général, cf. P. Wieacker, *op. cit.*, chap. 2, W. Wilhelm, chap. 1 et 2 ; K. Larenz, *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, Berlin, 1960, chap. 1 et 2 (sur Savigny, Puchta et la « jurisprudence des concepts ») ; R. Orestano, *op. cit.*, p. 218 sq. Les présumptions subjectivistes du pandectisme ont été soulignées par R. Orestano, *op. cit.*, p. 224 sq. et *Diritti individuali e diritti senza soggetto, linee di una vicenda concettuale*, dans *Jur.* II, 1960, p. 1 sq.

61. La littérature sur le sujet est immense. A part le vieux Landsberg, toujours indispensable d'un point de vue biographique, les meilleures synthèses sont G. Solari, *Storicismo e diritto privato*, Turin, 1940 ; F. Wieacker, *Privatrechtsgeschichte der Neuzeit*, Göttingen, 1967 3, p. 381 sq. (trad. ital. *Storia del diritto privato moderno*, II, Milan, 1980, p. 18 sq.) ; W. Wilhelm, *Zur juristischen Methodenlehre im 19. Jahrhundert*, Frankfurt, 1958 (trad. ital. *Metodologia giuridica nel secolo XIX*, Milan, 1974, chap. I) ; R. Orestano, *Introduzione allo studio storico del diritto romano*, 3e éd., Turin, 1963, p. 204 sq. ; E.W. Böckenförde, *Die historische Rechtsschule und das Problem der Geschichtlichkeit des Rechts, das Staat, Gesellschaft, Freiheit. Studien zur Staatstheorie u. zum Verfassungsrecht*, Frankfurt, 1976, p. 9 sq. ; A. Mazzacane, *Savigny e la storiografia giuridica tra storia e sistema*, Naples, 1974.

62. Voir sur tout ceci la préface du *Système du droit romain actuel* dans la trad. de Ch. Guenoux, Paris, 1840, et le pamphlet de 1814, *Ueber den Beruf unserer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft*, (trad. ital. Vénise, 1857).

63. Cf. L. Raggi, *Storia esterna e storia interna del diritto nella letteratura romanistica*, *SI DR* 62, 1959, p. 199 sq.

prolongements de l'individu, comme appartenant à la sphère de liberté de chacun. Tout droit est un prédicat du sujet. *Subiectum iuris* s'emploie pour désigner, chez les théoriciens du droit naturel de la fin du XVIII^e siècle, l'individu juridiquement autonome, l'homme abstrait qui, défini dans l'absolu et en dehors de toute détermination sociale (ce qui n'était précisément pas le cas de *persona*, dans la tradition juridique romaine), ne reconnaît d'autre loi que sa propre volonté. Dans la scolastique médiévale, comme chez les juristes humanistes du XVI^e siècle, ce syntagme appartenait à la sphère du débat, de la définition, de la notion (68). Il voit désormais son contenu s'inverser, puisqu'il ne signifie plus l'objet-droit mais au contraire le sujet qui déploie sa volonté et réalise unilatéralement son autonomie par appropriation des choses extérieures selon des modalités auxquelles correspondent les deux espèces du droit réel et personnel : possession et propriété d'un côté, contrat et obligation de l'autre (69). D'autre part, les droits dont le sujet est le pivot sont considérés comme premiers : ils ne sont pas la contrepartie d'un ordre légal, d'une habilitation du droit objectif. La fiction juridique du contrat social, comme chacun sait, réalise précisément la synthèse entre la sphère purement subjective des droits *a priori* et l'existence de lois, de normes objectives conçues *a posteriori*. Encore cette fiction appartient-elle à la branche libérale, anglaise et française, du juralisme. Les pandectistes, eux, refuseront de penser la loi — et par conséquent l'État — comme contrepartie, voulue par les sujets et pour eux nécessaire, de leurs droits naturels. Face à la sphère des droits subjectifs, où se déploie intégralement leur système, Savigny et Puchta n'imaginent aucune science de droit public. Ils s'en dispensent au nom des pouvoirs naturels qu'il n'y a pas à fonder en droit, puisqu'ils existent déjà en fait : ils sont inscrits dans l'organisme social, dans l'esprit du peuple, et leur histoire se confond avec celle de la constitution et des sources du droit. L'ordre de la liberté s'arrête au droit privé ; le reste, ce que les libéraux appellent l'état de droit, appartient à l'ordre de la nécessité (70). C'est un des traits marquant de l'idéologie juridique

Cependant, il manque sur ce très important sujet une étude de fond, philosophique et juridique. La plupart des travaux sur le pandectisme traitent essentiellement de Savigny. De celui-ci, on se borne le plus souvent à commenter ses propos explicites sur sa méthode historique et sur sa théorie des sources du droit (ainsi G. Marin, *Savigny e il metodo nella scienza giuridica*, Milan, 1964). Mais le discours implicite du pandectisme — ses présupposés idéologiques, son incapacité à penser le droit public, les artifices par lesquels il inclut dans son système un droit de la famille rebelle à la catégorie de sujet de droit (voir infra), les déplacements qu'il opère dans la science du droit entre les différentes manes qui la composent, etc. — tout cela attend encore l'étude de fond qui serait une véritable histoire de la pensée, et pas une paraphrase de ce que les textes programmatiques (comme le *Beruf* ou les préfaces de Savigny) disent déjà. Pour une lecture plus approfondie de Savigny (où la culture juridique se mêle à une nostalgie, à un mythe qu'incarne la référence au modèle du droit prétorien), voir cependant M. Bretone, *Il «Beruf» e la ricerca del «tempo classico»*, in *Quaderni Fiorentini*, 9, 1981, p. 187 sq.

68. Voir R. Orcesano, *Diritti soggettivi*, op. cit., p. 2-3.

69. Voir des derniers chapitres de M. Villey, *La formation de la pensée juridique moderne*, Paris, 1961, et, du même auteur, *Leçons d'histoire de la philosophie du droit*, Paris, p. 249 sq. et p. 321 sq., ainsi que sa préface à la *Métaphysique des mœurs* de Kant, 1, doctrine du droit, éd. A. Philonenko, Paris, 1971.

70. Voir Savigny, *Traité de droit romain*, Livre I, chap. 2, § 4, où le droit est défini comme «pouvoir de l'individu» et § 7, «de l'origine du droit», à propos de l'esprit général qui anime les membres d'une nation, et sur le «droit préexistant» en dehors de toute intervention de la volonté humaine (au même titre que les usages ou la langue) : ces développements continuent

allemande du XIX^e siècle, que droit privé et État — ou ordre juridique — n'y soient pas pensés à l'aide de catégories homogènes, mais situés sur des plans différents ; que la question de leur synthèse, centrale chez Hobbes et chez Rousseau, comme dans la philosophie des droits de l'homme et dans la pensée des Constituants français, demeure en suspens, non formulée ; que l'individualisme n'y soit pas intégral, unifiant le champ des droits subjectifs et du droit politique, mais se trouve limité, de l'extérieur, par la hiérarchie politico-sociale — ce que les allemands appellent l'*Organismus* — et par l'histoire. Organisme social et histoire s'imposent indépendamment de toute construction de la pensée. On reconnaît là, appliquée à la théorie du droit ou plus exactement à ce domaine qui embrasse les sources du droit et leur cadre politique, une thématique d'écrivains contre révolutionnaires, anti-libéraux et surtout anti-jacobins. Les références hostiles à la Révolution française parsèment l'œuvre de Savigny, de Puchta, mais aussi de la plupart des germanistes — K.F. Eichhorn, J. Grimm, G. Beseler, C.F. von Gerber dans ses travaux d'histoire du droit allemand. Même libéraux, c'est-à-dire adversaires des structures politiques féodales et engagés dans la révolution de 1848 (comme G. Beseler, notamment), ces juristes ne conçoivent pas l'État autrement qu'en termes de développement organique (71). Il y a donc deux raisons, étroitement liées, à la dévalorisation juridique de l'État chez les pandectistes allemands : leur théorie des droits subjectifs, qui ne reconnaît aucune contrepartie dans une théorie équivalente du droit objectif, et leur idéologie politique, qui vient aggraver cette dissymétrie entre le droit privé, conceptuellement unifié, et l'État, vu sous l'angle de son développement naturel, de son histoire.

Commençons par la première raison. Elle tient à la logique même d'un système développé autour de l'idée de sujet. À partir de cet unique principe, le droit romain se réorganise en un bloc homogène de droits patrimoniaux d'où son exclue les institutions qui ne peuvent s'y réduire. Ce qu'on appelle système, ou part «internes» du droit, trouve sa cohérence et sa continuité dans une représentation individualiste des rapports juridiques. Les liens d'autorité, en revanche, les régimes statutaires, la hiérarchie et les pouvoirs, s'intègrent mal dans cette vision. La famille et l'État, comme on l'a dit, font problème. De Hugo à Savigny, en passant par Thibaut et Puchta, on pourrait suivre pas à pas un double processus d'intégration partielle du droit familial, et de rejet de l'État en dehors de la sphère du droit, du côté de l'histoire. Ces phénomènes sont liés, ils s'enchaînent dialectiquement. Les juristes

suivent une marche régulière et obéissent à un enchaînement de circonstances invariables dont chacune tient par un lien spécial aux diverses manifestations de l'esprit du peuple au sein duquel le droit prend naissance. § 8, «le peuple» : le peuple, considéré dans l'unité concrète de ses générations successives, est une communauté naturelle, et non pas une aggrégation d'individus qui aurait «inventé» le droit ; Savigny dénonce ici l'hypothèse du contrat social : «cette réunion accidentelle d'un certain nombre d'hommes est une hypothèse arbitraire, sans l'ombre de vérité ; et si jamais une société pareille existait, elle serait impuissante à créer le droit». § 9 : l'État n'est que la traduction visible de l'unité organique du peuple. Il naît naturellement, comme le droit lui-même, d'une «nécessité supérieure», de l'action d'une «force interne» à la société. Il n'y a pas de droit public, mais un «droit politiques» qui révèle la «manifestation organique» du peuple. Tous ces thèmes avaient déjà été évoqués dans le mémoire de 1814, cité n. 62, chap. I.

71. Sur l'organicisme, voir M. Fioravanti, op. cit., p. 178 sq. et G. Solari, *Storismo e diritto privato*, p. 133 sq. (sur le romantisme allemand) ; p. 162 sq. (sur le Volkgeist chez Savigny et Puchta).

allemands du siècle dernier donnent de la famille une analyse qui la fait appartenir à la fois à la sphère politique et à celle des droits privés. Savigny, opposant le droit privé des individus au droit politique organisant les groupes, reconnaît expressément que la famille, qui est un ensemble organique, est en rapport d'analogie avec l'État (*System des heutigen Römischen Rechts*, Berlin, 1840, I, § 9). Comme système de relations de pouvoirs, la famille supplée aux insuffisances (d'âge ou de sexe) qui empêchent chacun d'être sujet de droit : la matière des rapports familiaux est la nature organique de l'homme, et c'est en quoi la famille « contient le germe de l'État » (ibid., § 53). Mais en même temps, ces rapports domestiques revêtent, primitivement, les caractères de la propriété (§ 104). Pacht est encore plus clair : la relation juridique n'engage que des personnes (des sujets) ; ces personnes sont des abstractions, des isolats. Comme membres d'une maison, elles n'intéressent le droit que sous l'aspect du patrimoine : le reste, c'est-à-dire le pouvoir et la morale, se rattache à l'État et à l'Église (*Cursus der Institutionen*, 1841, I, Livre premier, *Encyclopédie*, Ch. 3 : das Gebiet des Rechts). A l'origine du droit romain, l'ordre privé était mêlé d'ordre public : la famille porte encore les traces de son essence politique (*Cursus II, System und Geschichte des römischen Privatrechts*, ch. I, A, b : Arten von Rechte nach Stellung der Personen). Pour Ihering, la famille ressortit d'abord à l'idée d'État (et l'État romain devra certains de ses caractères au principe familial), de sorte que, avec la *gens*, se réalise l'unité de ces deux composantes (*Geist des römischen Rechts*, 1852, I, §§ 16 et 17 : voir, dans la trad. française de 1886, p. 184 sq.) ; mais la famille est aussi lieu d'occlusion, asile où, sous la forme originaire de la propriété, est contenu le germe de toutes les puissances que le chef de maison exerce souverainement, et sans aucune médiation externe, sur ses fils, sa femme et ses esclaves (*Geist II*, titre II, chap. 3, §§ 36 sq., pages extraordinaires où se donne libre cours, à propos de Rome, le modèle bourgeois de l'amour et de la paix domestique au XIX^e siècle). Il n'est pas heureux de distinguer, avec L. Capogrossi-Colognesi, entre tenants de la famille-politique et tenants de la famille-propriété (*La Struttura della proprietà e la formazione del iura praediorum nell'età repubblicana I*, Milan 1969, p. 71-73). Le problème n'est pas seulement de savoir s'il existe sur ce sujet des opinions divergentes, qui finiraient par se rapprocher. Il faut prendre chaque œuvre dans son ensemble et le pandectisme comme un tout : le postulat de l'unité originaire des pouvoirs (72) le traverse de part en part, et il est vain d'isoler tel passage chez tel auteur pour répartir ensuite les thèses dans un camp ou dans l'autre (cette méthode est d'ailleurs courante en historiographie

72. Sur ce topos des pouvoirs originellement confondus, cf. particulièrement l'œuvre de P. Bonfante, depuis son mémoire de 1888 (*«Res Mancipi» e «res Mancipia»*) repris dans les *Scritti II*, Turin 1918 ; sous le titre : «Forme primitive ed evoluzione della proprietà romana», jusqu'à son *Corso di diritto romano I*, Rome 1925, et les travaux de F. De Visser : «la notion de puissance dans l'organisation de l'ancien droit romain» ; dans *Nouvelles études de droit romain*, Milan 1949, p. 265 sq., et «Mancipia et res Mancipia», ibid., p. 230 sq. Une grande controverse est née de la thèse «politique» de Bonfante, reprise et amplifiée par de Visser. La littérature que ce sujet a suscitée est d'une telle profusion qu'il suffira de consulter la revue qu'en fait L. Capogrossi-Colognesi, op. cit., pp. 74-146. Mais le débat n'est toujours pas épuisé : voir récemment G. Grosso, *Schemi giuridici e società*, Turin, 1970, chap. 2 : L'antico potere del paterfamilias ; C. Gioffredi, «Funzioni e limiti della patria potestas», in *Nuovi Scritti di dir. Greco e Romano*, Rome, 1980, pp. 77-112.

juridique), lorsqu'on a affaire, comme ici, à un mythe fondateur du droit. La *Staatsrechtslehre* se fonde sur le même principe : Mommesen voyait dans la famille le noyau de l'État (*Droit Public VI*, I, p. 8 sq. ; *Abriss des römischen Staatsrechts*, ch. I), tout en l'estimant «privée», ou mêlée de public et de privé (voir notamment *Droit Pénal*, p. 16 sq.).

Cette contrepartie du subjectivisme passe généralement inaperçue. La littérature consacrée au pandectisme insiste à bon droit sur sa systématisation du droit privé (voir références n.67). Mais si elle voit bien ce que le système pandectiste inclut, elle ignore pratiquement ce qu'il exclut, comme si ce qu'une pensée juridique rejette hors de son champ n'avait pas autant d'importance, pour en saisir l'économie, que ce sur quoi elle se construit. La liaison qui vient d'être établie entre les structures étrangères au droit mérite d'être analysée de plus près. L'histoire du droit public romain pré-mommésien réside essentiellement dans cette marginalisation, dont il faut saisir la signification, à l'intérieur même du mouvement de la pensée juridique dont Mommesen est le produit.

Le grand traité de G. Hugo (73), (*Lehrbuch eines civilistischen Cursus*, sept volumes publiés à partir de 1789), qui domine la science juridique de son temps et sera revendiqué par l'école historique de droit, situe déjà le droit public sous le signe de l'extériorité. Dès le premier volume (*Encyclopédie juridique*), Hugo pose les définitions fondamentales du *iur* : liberté et sphère d'appropriation du sujet, d'une part, constitution organique du peuple, conçu comme totalité («*Verbindung des Ganzen*»), d'autre part (74). Mais aucune synthèse ne vient unifier sous des représentations communes le droit subjectif et la constitution du peuple. La sphère du sujet, qu'appréhende la théorie du *mi* et du *ti* (die Lehre vom *Mein und Dein*) (75), est première et autonome ; en regard et sur un tout autre registre, la constitution régit les rapports du peuple avec les organes de gouvernement. Le privé et le public ne connaissent ni rapport d'inclusion (comme dans la figure traditionnelle du *iur civile*), ni rapport d'induction (comme dans la théorie moderne de la loi). Bien plus, le droit subjectif est seul à relever d'un ordre conceptuel, à se prêter aux abstractions permettant une approche systématique de son objet : tout le reste relève de la constatation de pur fait qu'il existe un ordre politique et social (76). D'où une première contradiction, non résolue par Hugo : les statuts personnels et familiaux, dans la mesure où il ne les réduit pas encore à l'idée de capacité juridique du sujet, apparaissent comme un corps étranger dans l'ensemble des droits individuels ; ils perpétuent

73. Sur Hugo, voir Landsberg, op. cit., III, 2, p. 1 sq. ; F. Wieacker op. cit., chap. 21 ; G. Marini, op. cit., p. 138 sq. ; Solari, op. cit., p. 8 sq.

74. *Juristische Encyclopädie* § 1 sq., *Begriff des Rechts*.

75. *Ibid.*, § 7.

76. *Ibid.*, § 6-7. (Es gibt unzählige grössere und kleinere, unabhängige, wie man sagt : politische oder auch bürgerliche Verbindungen, worin die Menschen leben, und zwar so, dass gewöhnlich gerade diejenigen Menschen, welche sich, dem Orte nach, die nächsten sind, zu denselben gehören...).

(1667), la jurisprudence historique se distribuait en *pars interna* — développement des normes, de la *substantia iuris* — et *pars externa* ou histoire qui, de l'extérieur, venait éclairer la première. L'histoire romaine, en particulier, servait d'*admiraculum* pour l'intelligence du *ius civile*, et l'histoire contemporaine était au service du droit public, conçu comme actualité. Le juriste J.V. Gravina avait repris cette distinction en 1701, puis Nettelblatt en 1764, dans ses *Initia historiae litterariae iuridicae universalis* : la ligne de partage passait désormais à l'intérieur même du droit, séparant l'histoire des droits subjectifs, c'est-à-dire l'exposé des *iura et obligationes*, de l'histoire des sources, notamment de la littérature jurisprudentielle. Comme on le voit, Hugo radicalise une division qui isole non plus seulement les droits privés substantiels de leurs sources formelles, mais, plus fondamentalement, les droits subjectifs de tout ce qui les entoure et leur sert de contexte ; aux sources du droit se rapporte désormais la constitution de l'État.

Thibaut (84) suivra cet exemple : à côté du *Système du droit des Pandectes*, qui est un exposé du droit subjectif, l'*Histoire et Institutes du droit romain* juxtapose une «innere Geschichte» à une «äußere Geschichte», où l'évolution constitutionnelle est annexée à celle des sources du droit. Savigny, on le sait, publiera d'abord une *Histoire du droit romain au Moyen-Âge* (7 vol., 1815-1831), histoire littéraire et culturelle du droit savant, au sens de Nettelblatt, puis un *Système du droit romain actuel*, centré sur la permanence des droits de l'individu autonome : droit sans histoire, mais aussi droit sans État (85). Puchta (86), enfin, semble à première vue récuser l'opposition de l'intérieur et de l'extérieur, au profit d'une vision plus organique du tout dont chaque élément peut être suivi dans son évolution chronologique : et, de fait, le second volume de son *Manuel des Institutes* (1841) s'intitule «*Système et histoire du droit privé romain*». Pourtant, l'antithèse du droit privé et de l'histoire, à laquelle appartient le droit public d'une manière exclusive, est maintenue sous d'autres termes. Le premier volume, «*Histoire du droit du peuple romain*», comprend une encyclopédie, où le droit privé s'analyse en un système de droits subjectifs ; la famille et l'État s'y trouvent expressément exclus de la sphère

84. Sur Thibaut, voir Landsberg, op. cit., III.2, p. 69 sq. ; G. Solari, *Storicismo e diritto privato*, op. cit., p. 28 sq., p. 48 sq. ; F. Wieacker, op. cit., chap. 21, § 1 (à propos du code) Thibaut est surtout connu pour la réponse que Savigny rédigea contre son mémoire en faveur d'une codification du droit allemand (*über die Nothwendigkeit eines allgemeinen bürgerlichen Rechts für Deutschland*). Sur le système de classification de Thibaut, notamment par rapport à celui de Heine, voir, outre Solari, loc. cit., R. Orestano, op. cit., p. 103 sq.

85. Le *Système des heutigen römischen Rechts* paraît à Berlin, à partir de 1840. Non seulement toute référence au droit public en est exclue, mais la théorie des sources du droit qui y est exposée (cf. infra) réclame au second plan la loi, par rapport à la création spontanée, coutumière, du droit, médiatisée par le travail spécialisé des savants. Sur Savigny, voir la bibliographie citée n.61 et 67, à quoi il faut joindre Landsberg, III.1, p. 181 et, parmi une immense production, F. Wieacker, *Gründer und Bewahrer* Göttingen, 1959, p. 107 sq.

86. Sur Puchta, Landsberg III.2 p. 439 sq. ; W. Wilhelm et K. Laren loc. cit. ; Wieacker, *Privatrechtsgeschichte*, op. cit., chap. 21, p. 23 Orestano, op. cit., p. 219 sq. Le *Curus der Institutionen*, 2 vol. Leipzig, se compose successivement d'une *Geschichte des Rechts bei dem römischen Volk*, suivie d'une *Geschichte des römischen Civilprozess* et d'un *System und Geschichte des römischen Privatrechts*.

des droits (87). La famille parce que, selon Puchta, les rapports juridiques n'intéressent que les individus isolés, pris abstraitement, et non les hommes pris concrètement comme membres des communautés naturelles (88) ; l'État pour les mêmes raisons, puisque «le lien national, comme la famille, est un lien naturel qui unit des hommes et non des personnes (eine natürliche Verbindung der Menschen, nicht der Personen)» (89), de sorte que si l'État a un «aspect juridique» (eine rechtliche Gestalt), qui consiste dans le maintien de l'unité du peuple sous un pouvoir souverain (Obrigkeit), et dans l'obéissance que chacun doit à cette autorité, le rapport fondamental qui le constitue est naturel et historique : c'est l'«unité spirituelle du peuple», la «totalité nationale». Le droit public se réduit alors à la constitution, c'est-à-dire «à la formation des organes par lesquels agit l'action publiques» (90). Précisément, les deux autres livres de cette «Histoire du droit» comprennent une histoire de la constitution et des sources d'une part, et une histoire de la procédure d'autre part (91). On voit une fois de plus, après Hugo et après Thibaut, que si le droit privé peut

87. *Geschichte des Rechts*, § 21 sq. (= 90 sq., 1831, p. 29 sq.). Puchta oppose les Beziehungen der Personen (le concept de personne reposant sur une abstraction, et correspondant à la notion Willenssubjekt) aux rapports d'intégration dans des ensembles, qui n'affectent pas la personnalité subjective. Seul le premier type de rapports appartient au droit privé.

88. *Ibid.*, § 24 (= p. 34 sq.) : Die Familie als eine natürliche, nicht auf dem Willen beruhende Verbindung liegt nicht in dem Rechtsgebiet, sie ist eine Verbindung der Menschen, nicht der Personen. En réalité, le droit n'intéresse la famille, selon Puchta, que dans la mesure où il est patrimonial. De même Savigny, *Droit romain*, Livre III, chap. 1, § 53.

89. *Geschichte des Rechts*, § 25, p. 35 : auch die Volksverbindung ist, wie die Familie, eine natürliche, und daher eine Verbindung der Menschen, nicht der Personen, mit andern Worten : sie ist kein Rechtsverhältnis : «Comme la famille, le peuple constitue un lien naturel, et donc il n'est un lien qui unit entre eux des êtres humains, non pas des personnes ; en d'autres termes : il n'est pas un rapport juridique». La famille rejoint l'État dans l'organicisme, hors du droit. Ces implications du pandectisme — c'est-à-dire du subjectivisme juridique poussé jusqu'à ses plus extrêmes conséquences, et sans aucune contrepartie dans une théorie juridique des pouvoirs, représentés en termes d'ordre naturel des choses — sont généralement reconnues : c'est sur elles pourtant que repose toute la romanistique postérieure. Savigny, on l'a vu, exclut pratiquement de son traité le droit de la famille : d'autres (comme Hugo et Puchta) en traitaient relativement à la capacité des personnes : c'est ce que fait encore aujourd'hui M. Kaser (R.P.R., I, p. 270 sq. : l'esclavage, le mariage, la patria potestas ne prennent leur sens que dans la perspective de la «Person» et de la «Handlungsfähigkeit».

90. *Ibid.*, p. 36.

91. L'histoire du droit romain se divise en quatre périodes : époque archaïque jusqu'à la première sécession de la plèbe, époque républicaine, principat, dominat. A l'intérieur de ce cadre chronologique, l'histoire des institutions politiques et sociales précede un tableau des sources et de la science du droit. Il est à noter aussi que le procès civil rejoint l'histoire. Se fixe ainsi un plan qui deviendra définitif, puisque c'est encore celui des *Storia di diritto romano* en Italie, des *Römische Rechtsgeschichte* en Allemagne, des *Institutiones de l'Antiquité* en France.

s'étudier de deux points de vue, comme l'histoire et comme système (92), le droit public, au contraire, ne s'analyse que dans son développement relatif : sources du droit, constitution et procédure varient en raison de l'esprit de tel ou tel peuple. L'État est subsumé dans le peuple, qui n'est pas un sujet abstrait de droit, mais une communauté historique, naturelle et vivante.

On atteint ici à la seconde raison de la dévalorisation juridique de l'État chez les pandectistes, et plus généralement chez les tenants de l'école historique de droit, romanistes ou germanistes. A la logique exclusive d'un système fondé sur l'idée de sujet de droit, et au regard duquel la famille comme l'État représentaient des facteurs allogènes, s'ajoute le motif purement idéologique de l'évolution organique, de l'esprit du peuple, par rapport à quoi l'État, qui n'est que nécessité historique, perd toute singularité (93). D'un côté, la sphère du droit privé ne connaît que l'individu, la propriété, l'autonomie de la volonté et le contrat. De l'autre côté, les principes d'organisation, les médiations politiques ou éthiques n'ont aucun mode autonome, notamment juridique, d'existence. Organisme social, conscience du peuple et histoire produisent naturellement les arbitrages, les hiérarchies et les pouvoirs nécessaires. Aucune conception abstraite de l'État, fondée par exemple sur l'idée de contrat ou de souveraineté du peuple, n'est opposée à la société civile des sujets de droit (94). Savigny, Puchta et leurs contemporains ont su concevoir un modèle de coexistence juridique épuré de toute contrainte hiérarchique ou statutaire : la famille en est en tant que telle exclue, ou réduite à une théorie de l'incapacité des personnes ; le droit public en est absent. En contrepartie, ils n'ont pas su penser la catégorie complémentaire d'un État-sujet de droit, réagissant du dehors, par sa volonté propre, c'est-à-dire par la loi, cet espace social du droit privé, théoriquement amputé de ses régulations internes. Sur un tout autre registre que celui du droit, ils s'abandonnent à dessiner, à côté de l'utopie libérale, qu'ils font leur, d'une société civile intersubjective, et sans aucun rapport avec elle, l'utopie contre-révolutionnaire d'un développement organique des communautés naturelles : familles, corporations, villes, peuples. L'État fait corps avec le Peuple, il est inclus dans sa croissance historique. Deux utopies se contredisent, l'une annulant idéologiquement les implications politiques de l'autre. Est refusé, avant tout, le modèle jacobin de l'État, qui sera repensé par Hegel et les juristes libéraux du Vormärz (95), avant d'être redécouvert et reconstruit sur d'autres bases, plus conformes à la tradition juridique allemande, par les grands théoriciens du droit public des dernières décennies du XIX^e siècle : Gerber, Mommsen, Laband.

On trouve cette réflexion négatrice de l'État dans les passages que Savigny et Puchta consacrent au problème des sources du droit (96). Il s'agit de montrer que la loi est une source subsidiaire et supplétive ; que le droit, en dehors de toute action positive, naît spontanément dans la conscience des peuples, interprétée et mise au jour, puis rationalisée par les savants spécialistes de jurisprudence. D'où une vogue littéraire du thème de la coutume, qui trouve un écho favorable dans le romantisme allemand (97). Face au bloc cohérent des droits subjectifs, des droits de la *Persönlichkeit*, le droit objectif, le complexe des normes positives disparaît alors au profit d'une notion très imprécise d'histoire, se voit nié à l'intérieur même d'un processus d'autogénération où le pouvoir politique de poser des règles se dilue dans le mouvement même du droit, et où l'État, par conséquent, est privé de tout rôle propre. Il est comme entraîné par le courant de l'évolution organique du peuple, que le cas échéant il complète, pour satisfaire à un besoin de certitude du droit : la loi explicite et renforce le caractère obligatoire des normes qui lui préexistent. Refus de la loi et de la codification, rejet de l'autonomie juridique de l'État, immergé dans l'histoire — organisme dont on peut décrire les parties et les fonctions, mais qui ne s'analyse pas en termes de sujet capable de vouloir et d'agir —, tels sont quelques-uns des lieux communs qui se rattachent à l'école historique de droit.

Se comprend mieux ainsi, dans cette longue première moitié du siècle qui se prolonge jusqu'à l'émergence de l'état bismarckien, l'absence d'une véritable science du droit public en Allemagne. Raisons idéologiques et politiques, liées au maintien de structures quasi-féodales, à la survie d'états patrimoniaux — que Gerber et Bluntschli continueront encore, dans les années 1850, à proposer en modèle —, à la persistance du vieil « *Obrigkeitsstaat* ». L'état absolutiste traditionnel, expression d'une société d'ordres dont les deux piliers restaient l'aristocratie foncière et l'armée, n'était dénoncé, par les libéraux, que dans certains de ses aspects : tout au plus souhaitaient-ils une évolution du régime dans un sens parlementaire (98). Les juristes qui encadraient la Paulskirche (cercle d'opposition libérale, dont les membres siégeront à l'Assemblée de Francfort en 1848) n'étaient ni républicains, ni démocrates : la plupart excelaient la Révolution française. Aucun n'était en mesure d'imaginer une théorie politique en dehors des lieux communs conservateurs de la nature organique et de l'histoire. La seule réponse critique à l'idéologie organiciste provenait de milieux hégéliens peu influents dans l'Université. Sur la base de la philosophie du droit et de l'état de Hegel, quelques juristes isolés comme E. Gans ou L. von Stein avaient dénoncé sévèrement les positions de Savigny, à qui ils reprochaient de n'avoir

96. Savigny, *Ueber den Beruf unserer Zeit*, chap. 1 à 5 ; *Droit romain*, Livre 1, chap. 2 (§ 6 sq.) et chap. 3. Puchta, *Geschichte, I*, Encyclopédie, chap. 2, *Von der Entstehung des Rechts*.

97. Voir par exemple le *Gewohnheitsrecht* de Puchta, Erlangen, 1828, la *Philosophie des Rechts* du théoricien conservateur F.J. Stahl, Munich, 1829 — Erlangen, 1833-37, et le *Volksrecht und Juristenrecht* du germaniste G. Beseler, Leipzig, 1843 (Mommesen fit un compte-rendu sévère de cet ouvrage, qui attaquait de front Savigny et les prétentions de la romanistique allemande à s'ériger en source majeure du droit : cf. *Archiv für Rechtswissenschaften*, III, p. 494 sq.). Cette vogue pour la coutume prit également en France, où elle fut à l'origine de l'école historique du droit Français, dont le véritable fondateur, H. Klunzsch, fut formé en Allemagne à l'école du germaniste Mittermaier, et ne cessa de s'autoriser de l'école historique allemande.

98. Voir M. Fioravanti, pp. 171 sq.; 223 sq.

92. C'est précisément l'objet du second volume du *Cursus : System und Geschichte des römischen Privatrechts*. A l'intérieur des grandes divisions du système : sujets de droit et droit de la personnalité, droits réels, droits personnels, successions, les institutions particulières sont suivies dans leur développement relatif.

93. Sur le thème du *Volksgeist*, voir en particulier G. Solari, *Storicismo*, op. cit., p. 162 sq., et une ample bibliographie dans Paridhi, *I nuovi orizzonti della storia giuridica*, dans *Riv. italiana Sc. giurid.*, 1952-53, p. 139.

94. Cf. supra, n. 70. Mêmes motifs chez Puchta, *Geschichte*, § 10 sq.

95. Sur ce refus, voir les excellentes analyses de M. Fioravanti, op. cit., p. 39 sq., 58 sq., qui confronte notamment à Savigny le juriste hégélien Lorenz von Stein, auteur d'un important compte-rendu critique du *System des heutigen römischen Rechts*. (p. 75 sq.).

pas au envisager de contrepartie à une société civile pensée sous la forme du droit privé (99). En dehors de l'hégélianisme, le juriste libéral Albrecht avait même lancé, en 1837, l'idée, qui ne s'imposera pas avant les années 1870, de la personnalité juridique de l'État, conçu comme sujet autonome (100). Mais ce sont là, avant la révolution de 1848, des thèmes exceptionnels. La pensée juridique dominante reste celle de l'école historique. Conservateurs et libéraux, romanistes et germanistes divergeaient surtout, en définitive, par leurs références culturelles respectives. Les uns défendaient la primauté de la science du droit, seule capable de constituer un système unitaire adapté aux besoins du temps présent : c'était la position des romanistes — encore qu'un germaniste comme Gerber ait pu, en 1846, y adhérer pleinement. C'était aussi la position du jeune Mommsen, telle que nous la connaissons par un vibrant plaidoyer pour Savigny, publié en 1845 à l'occasion d'un compte-rendu critique du « *Volksrecht und Juristenrecht* » de G. Beseler (101). Les autres, représentés précisément par G. Beseler, opposaient au « droit des juristes », d'essence étrangère et romaine, le droit populaire, la coutume nationale dont les spécialistes du droit devaient se faire les interprètes : la connaissance du droit passait nécessairement par une enquête historique sur les traditions du passé germanique. Ce courant regroupait plutôt les libéraux : de fait, Dahlmann, G. Beseler, J. Grimm étaient affiliés à la Paulskirche (102). Mais ce conflit entre la science et la coutume, entre le droit romain et le droit germanique était en réalité secondaire par rapport à l'unité des convictions et des cadres mentaux. Histoire, Peuple, évolution organique représentaient, chez les romanistes conservateurs comme chez les germanistes nationaux, les mêmes obstacles idéologiques à la constitution d'un droit public spécifique. Assez confusément, la *Staatsrechtslehre* se trouvait au carrefour de la philosophie politique, de l'histoire et des sciences de la société (103). Dans ces conditions,

99. Cf. *supra*, n. 95.

100. Voir E.W. Böckenförde, *Die Einheit von nationaler und konstitutioneller politischer Bewegung im deutschen Frühliberalismus*, dans *Moderne Verfassungsgeschichte, 1815-1918*, Böckenförde éd., Cologne, 1972, p. 32 sq.

101. Cf. *supra*, n. 15.

102. M. Fioravanti, p. 130, n. 2 et 3.

103. L'étude de l'état ne relève pas de la Rechtswissenschaft, mais de l'histoire, de la politique ou de la philosophie. Voici quelques titres significatifs parmi les ouvrages marquants : la *Deutsche Staats- und Rechtsgeschichte*, du germaniste K.F. Eichhorn (1808), cofondateur avec Savigny de la *Zeitschrift für geschichtliche Rechtswissenschaft* ; la *Geschichte der Rechtsphilosophie* (1829) et la *Rechts- und Staatslehre auf der Grundlage christlicher Weltanschauung* (1833-1837), qui composent les deux parties de la *Philosophie du droit* de F.J. Stahl, professeur à Berlin et représentant du courant ultra conservateur (le français H. Klemm, qui est le vrai fondateur de l'école historique du droit en France, fera en 1837 un vibrant compte-rendu du premier volume de cet ouvrage, qu'il résumera pour en vulgariser les thèmes : cf. H. Klemm, *Travaux sur l'histoire du droit français*, recueillis par M.L.A. Warnkönig, I, Paris 1843, p. 441-536) ; la *Politik* (1835) de F.C. Dahlmann, qui définit l'État en termes d'ordre naturel nécessaire, propre à l'humanité (on reste à l'intérieur des catégories aristotéliciennes de la politique : cf. H. Meier, *Die Lehre der Politik an den älteren deutschen Universitäten*, dans *Politische Wissenschaft in Deutschland*, München, 1969, p. 15 sq.) ; la *organische Staatslehre auf philosophisch-anthropologischer Grundlage* (1850-1852), d'H. Ahrens ; les *Philosophische Vorlesungen über den Staat* (1851), de J.E. Erdmann, violemment hostile à la Révolution française, à la théorie de l'État de droit, et théoricien des communautés naturelles qu'il définit du point de vue de l'esthétique (voir M. Fioravanti, p. 146 sq.) ; la *Gesellschaftswissenschaft* (1859), d'H. von Treitschke, autour d'une monumentale *Histoire de l'Allemagne au XIXe siècle*, qui est un hymne à l'état bismarckien ;

on conçoit qu'il ait été intellectuellement prématuré de fonder, sur le modèle du droit privé, une science du droit public romain. Dès 1844, on l'a vu, Mommsen avait eu à l'esprit d'utiliser la méthode de la « jurisprudence romaine » pour nourrir ses réflexions sur l'État romain. Mais cette intuition programmatique ne pouvait être encore réalisée. En 1852, dans un discours inaugural à l'université de Zürich (*Die Bedeutung des röm. Rechts*, dans *jur. schr.* III, p. 591 sq.), il observe que si le droit privé appartient à la science, parce qu'il forme système, le droit public romain relève de la description antiquariste et de l'histoire : tout comme le droit sacré, le droit pénal et le droit familial. Bref, Mommsen partage les convictions de son temps. Il ne croit pas encore à la nature juridique de l'État. Modérément libéral, il fait siennes les thèses organicistes de l'école historique. Et il ne changera d'avis, dans les années 1870, qu'avec la science contemporaine.

Les années 1850 virent précisément triompher cette idéologie où meurent définitivement les idéaux du Vormärz. Un esprit aussi critique que L. von Stein finit par s'y rallier. L'hégélianisme tourne au conservatisme. L'état monarchique et la société statutaire représentent un ordre en faveur duquel les juristes invoquent d'étranges cautions : Dieu, la nature et l'histoire. D'une manière encore plus explicite qu'avant 1848, le modèle révolutionnaire français est dénoncé : la « *Philosophie du droit et de l'état* » d'H. Ahrens (1850-1852), les « *Leçons philosophiques sur l'état* » de J.E. Erdmann (1851), et surtout le « *Droit public général* » de J.K. Bluntschli (1857) (104) sont à cet égard de véritables manifestes d'une contre-révolution établie en doctrine dominante, avec toutes les adaptations que cela suppose. Adaptation au monde moderne, d'abord : Erdmann introduit le thème du progrès économique et technologique ; est confortée dans la modernité la vision passéiste d'une société progressant organiquement et harmonieusement, forte de ses équilibres internes, indépendamment de toute impulsion politique. Adaptation à la réalité historique de l'État, surtout : après l'échec de 1848, conservateurs et libéraux ralliés à l'ordre monarchique voient en lui un objet d'analyse juridique, et non plus seulement l'enjeu d'un débat politique derrière lequel se profilait le spectre de la Révolution française (105). Le droit privé ne monopolise plus l'attention des juristes, comme à la grande époque de Savigny et de Puchta, ou lorsque Gerber défendait dans son « *Principe scientifique du droit privé commun allemand* » la primauté de la science, seule médiatrice d'une production purement historique du droit.

Chez Bluntschli, par exemple, l'État devient le véritable sujet de l'histoire : c'est en lui que se réalise le peuple. Le rapport du peuple à l'État se renverse, puisque la figure du Volk est incluse dans l'organisme qu'est le Staat, seul détenteur de la souveraineté, et construit sur une hiérarchie de pouvoirs dont aucun, y compris celui du monarque, ne lui est extérieur. Intégré dans l'État, le peuple n'existe plus, constitutionnellement, qu'en position subordonnée : il n'a pas de capacité juridique autonome, il n'est le siège d'aucune volonté propre. Il est ce membre du corps politique qui, par voie d'élection, a pour fonction de choisir les hommes capables, non pas de le

le Staat und Gesellschaft vom Standpunkte der Geschichte, der Menschheit und des Staates (1861-1865), de J. Held ; la *Geschichte des allgemeinen Staatsrechts und der Politik* (1864), de J.K. Bluntschli, professeur à Munich puis à Heidelberg, etc.

104. Références n. précédente.

105. Sur tout ceci, voir *Ensayo sobre el liberalismo* 1979 sq. - Archivio Storico.

représenter, mais de participer à la gestion des affaires publiques. Les élections ne sont pas un acte de souveraineté, mais un mécanisme banal, un mode de désignation des titulaires de certains organes de l'État (106). Celui-ci, en définitive, est compris comme totalité et comme développement historique — à la place exacte que tenait, chez Savigny ou chez Beseler, le devenir culturel du Volkgeist. Plus nettement encore, Gerber (107), passant du droit privé au droit public, transpose au bénéfice de l'État cette vision organiciste par laquelle sa condition de structure englobée s'inverse, relativement au peuple, en une position de structure englobante. Son essai «*Sur les droits publics*» (1852) est une première tentative pour constituer cette discipline à partir des «concepts juridiques formels qui, en droit privé, sont analysés dans leur simplicité et dans leur pureté élémentaires» (108). S'annonce déjà une caractéristique majeure de l'entreprise gerberienne : mais aussi du *Römischen Staatsrecht* de Mommsen, inséparable de ce mouvement qui porte toute la science juridique allemande à partir des années 1860. Gerber en reste cependant à une conception encore très proche de celle de Bluntschli. Car la «volonté» dont il parle est en quelque sorte flottante, elle n'est pas la volonté d'un sujet : il refuse l'idée d'une personnalité juridique de l'État. Celui-ci n'est pas une entité juridique, mais un «cadre précédemment établi» — c'est-à-dire une production de l'histoire. Le plan d'analyse n'a pas changé : «organisme moral qui se meut... en vertu de son propre principe vital», être mouvant, saisi dans son développement, et qui est «tout autre chose qu'un concept juridique» (109). Sa définition ressortit «à la théorie générale de la politique et de l'éthique» (110). Se décrivent, en revanche, les organes

106. *Geschichte des allgemeinen Staatsrechts*, I, p. 436 sq. On trouve la même analyse chez Gerber et, comme on va le voir, Mommsen la transpose au droit public romain : le peuple comme la magistrature occupent des fonctions spécifiques à l'intérieur de l'État.

107. Gerber est ici cité dans la traduction italienne de P.L. Lucchini, *Diritto pubblico*, Milan, 1971, qui regroupe les deux essais de 1852, *Ueber öffentliche Rechte* («*Sur les droits publics*», pp. 8-87) et de 1865, *Grundzüge des deutschen Staatsrechts* («*Lineamenti di diritto pubblico tedesco*», pp. 91-213). Sur C.F. von Gerber, voir supra n.64. Le problème de son influence sur Mommsen a été généralement abordé de manière négative : ainsi A. Hons, *Theodor Mommsen*, op. cit., p. 47-48, qui souligne que la formation pandectiste commune à Gerber et à Mommsen suffit à expliquer, chez l'un comme chez l'autre, le souci de formalisation abstraite. Mais le parallèle, comme on va le voir, dépasse de loin la méthode juridique : les concepts fondamentaux sont les mêmes et au-delà des concepts, le système des rapports entre l'État, le Peuple et la Magistrature. J. Bleicken, *Lex publicus*, op. cit., p. 19 sq., évoque à juste titre le fond de culture juridique contemporaine sur lequel se détache l'œuvre de Mommsen : il cite Gerber et Laband, sans se prononcer sur leur influence directe. Peu importe, à vrai dire, que Mommsen ait ou non lu cette littérature de droit public. L'essentiel est de constater que les convergences existent, jusque dans le détail. Une pensée juridique ne se réduit pas à des influences singulières, elle est généralement collective, et c'est ce qui justifie qu'on en fasse l'histoire.

108. *Dir. pub.*, p. 34. Le chapitre 3 est consacré aux rapports entre droit privé et droit public : il ne s'agit pas pour Gerber d'étudier les zones de contact entre ces deux branches du droit, mais de considérer l'ensemble du droit public «du point de vue du droit privé», c'est-à-dire du point de vue de ses catégories formelles (personne, sujet, facultés juridiques, etc.).

109. *Dir. pub.*, p. 21.

110. *Dir. pub.*, p. 22. Gerber rapproche à ce propos l'état de la famille, qui est elle aussi une réalité d'ordre éthique, et non pas juridique... ; le droit présuppose l'institution familiale comme une donnée préalable qu'il ne considère que pour en préciser juridiquement certains aspects ; de même, «l'état comme organisme est un concept qui relève du domaine de l'éthique. Il en résulte que le droit n'a pas à déterminer la nature juridique de l'état dans son ensemble...». On reconnaît, dans ce rapprochement entre la famille et l'état, communément exclus du droit, l'un des thèmes essentiels du pandectisme, analysé plus haut.

particuliers, leurs rapports, leurs interactions : droits du monarque, assemblées — qui n'ont aucun pouvoir de représentation —, sujets, membres du peuple qui n'a aucune existence séparée, qui ne fonde pas l'État, mais est au contraire englobé par lui (111). État englobant, d'un côté, et absorbant en soi toutes les hiérarchies et tous les pouvoirs qui se distribuent en son sein, absorbant même ce peuple et cette société civile qui ne sont plus dès lors le véritable sujet de l'histoire, mais État qui d'un autre côté n'accède pas encore à l'autonomie du sujet de droit, et ne peut s'analyser séparément, juridiquement, parce qu'il est précisément le lieu d'un mouvement historique et d'un jeu de forces sociales, plus que leur moteur et leur cause impulsive : tels sont les traits cardinaux de cette pensée juspubliciste qui, dans l'Allemagne des années 1850, opère une sorte de transaction entre l'école historique de droit et un hégélianisme conservateur, entre la tradition organiciste et l'exigence désormais reconnue d'aborder positivement, et de plein front, le problème du droit public.

Le revirement majeur, dans la conception du *Staatsrecht*, date des années de la crise constitutionnelle, qui s'ouvre en 1862, avec la victoire écrasante des libéraux aux élections du 6 mai, et s'achève en 1866, après la victoire sur l'Autriche et le succès de la politique d'unité nationale qui débouche sur la Ligue des États du Nord. Pendant ces quatre années, Bismarck gouverne contre la Chambre : le budget ne sera pas voté, mais le chancelier imposera la continuité d'action de l'État contre le respect d'une constitution qui n'est pour lui qu'un compromis de forces politiques, dont, en cas de nécessité, on doit se passer. A travers ces années de *Realpolitik* émerge une conception bismarckienne de la *Staatsouveränität*, axée sur l'idée de volonté de l'État, d'unité du pouvoir (*Herrschaft*) contre quoi ne peuvent prévaloir les procédures constitutionnelles. Pour les juristes qui continuent d'exprimer l'opinion traditionnelle, l'État est un organisme dont la constitution doit refléter les hiérarchies, les fonctions et les équilibres sociaux : pour Bismarck, au contraire, il est un sujet qui veut et commande indépendamment de toute constitution. Il n'est pas un organisme pluraliste, mais un centre autonome de décision (112).

Les *Grundzüge* de Gerber, en 1865, font la théorie de ce nouvel État qui se veut détenteur de la «Macht» et de la «Herrschaft». On aborde là un moment capital de la science allemande du droit public. Moment où, en même temps que la réalité politique qu'il veut exprimer, le *Staatsrecht* se constitue, en dehors de tout renvoi à l'histoire ou aux sciences sociales, sur des catégories exclusivement juridiques ; où la tendance à l'étatisme, qui avait déjà marqué l'organicisme des années cinquante, se précipite en une vision délibérément scientifique, c'est-à-dire conceptuelle, abstraite de toute observation empirique, de tout facteur contingent ou idéologique ; où la science de l'État est une science des concepts élémentaires sur lesquels le construire dogmatiquement, à la manière des pandectistes qui construisaient le droit privé sur quelques principes évidents. Moment où le rapport du droit privé et du droit public se renverse, puisque le centre de la théorie juridique n'est plus le sujet de droit par rapport auquel le reste n'est que mouvement et histoire, mais l'État-sujet, à partir

111. Voir les chapitres 5 : des droits du monarque ; 6 : des droits des agents de l'État ; 7 : des droits des sujets (où est abordée la question des chambres des représentants).

112. Sur cet État bismarckien, je reprends intégralement l'analyse de M. Fioravanti, chap. 3, p. 213 sq., qui est remarquablement conduite et documentée.

n'y aura aucun hasard s'il en va de même chez Mommsen) une sorte de doublement. Il est à la fois l'État, et un organe de l'État, un mécanisme interne. Comme Peuple-État, il est sujet suprême de droit; mais ce sujet théorique est, si l'on peut dire, sans voix: des instances déléguées sont chargées d'exprimer sa volonté. Comme assemblée représentative, il n'est qu'une institution qui collabore avec le monarque à la manifestation d'une volonté dont il n'est pas l'instrument principal. Exalté juridiquement, comme sujet abstrait, le peuple est nié politiquement. Il n'est plus, dans la réalité institutionnelle, que le partenaire mineur d'un magistrat qui incarne la *Herrschaft*, la *Staatsgewalt* (Mommsen dira: l'*imperium*). Avec Gerber, le *Volk* passe de la pseudo-réalité de l'histoire à la fiction pure du droit: le concept qui l'érige en sujet le dépouille de toutes ses déterminations concrètes, l'hypostasie dans l'idéalité juridique. Mais sur cette ombre peut se construire une science du *Staatsrecht*. Comme le droit privé, le droit public s'émancipe des données empiriques pour s'édifier dans l'absolu des idées pures.

Ainsi s'achève un mouvement de pensée qui, parti d'une négation juridique de l'État, finit par l'intégrer dans la science du droit, en déplaçant à son profit la notion de sujet. Or ce parcours théorique est presque achevé — le *Staatsrecht* de P. Laland paraît en 1876 — lorsque Mommsen publie le premier volume de son *Droit public romain*. Ces années voient triompher le positivisme juridique, caractérisé en Allemagne par une prééminence de la *Staatsrechtslehre*. Primauté grâce à quoi, précisément, la géographie du droit se recompose, puisqu'à la dualité de l'intérieur et de l'extérieur, à la division en deux espaces qualitativement distincts du droit subjectif et des institutions de pouvoir surgies dans l'histoire, succède désormais un ordre unique mais hiérarchisé: droit public et droit privé sont inclus dans un enchaînement de normes suspendues à une même source; chaque prérogative individuelle est conçue comme l'aboutissement d'une suite continue de règles d'habilitation qui se rapportent en dernier lieu à l'État. Les propositions du subjectivisme sont dès lors retournées: on considère dans l'individu un attributaire de droits, tandis que l'État, traditionnellement défini comme un cadre régulateur, comme le produit d'un développement organique, revêt la qualité éminente de sujet.

Se réalise ainsi l'unité d'un nouveau discours juridique, dont les domaines (droit public, droit privé) sont homogènes, s'articulent en des plans de pensée qui se font écho. Lorsque Mommsen entreprend d'étudier systématiquement l'État romain, il choisit lui aussi, de propos délibéré, le droit contre l'histoire. À travers les particularités de la constitution romaine, qu'il connaît mieux que personne parce qu'il est historien, philologue et épigraphiste, il cherche à remonter, en juriste, jusqu'aux principes élémentaires qui fondent la science du droit public de son temps — qui la situent sur un registre commun avec la science du droit privé.

Les biographes de Mommsen ont depuis longtemps souligné les correspondances formelles qui existaient entre sa méthode systématique et la remise en ordre du

Pandektenrecht (122). Il était facile de s'en apercevoir, puisque Mommsen ne cesse de revendiquer explicitement cette filiation. D'entrée de jeu, le lecteur est averti du caractère non historique de la démarche: «l'essai de faire suivre dans un travail de ce genre le cours du développement historique doit nécessairement échouer et ne peut que rendre l'orientation plus difficile; je ne l'ai pas tenté» (123). L'histoire «externes» est délibérément rejetée au profit d'une mise en ordre des notions qui, dans la très longue durée, constituent l'unité du droit public romain, son armature idéale. Dans cette quête de la structure et de la permanence, Mommsen rompt avec le positivisme factuel et chronologique. Dès 1845, il plaide pour l'histoire philosophique et pour la vérité des systèmes conceptuels (124). Dans l'*Abrégé du droit public romain*, il opposera à une certaine histoire «qui se croit autorisée à laisser de côté ce qui, jamais ni nulle part, ne s'est produit», la «compréhension génétique» de la science du droit, capable de synthèse et d'intelligence des ensembles (125). La préface de la première édition du *Droit public* invoque aussi les «concordances de fonds», c'est-à-dire les régularités, les rapports invariables qui, d'un bout à l'autre de l'histoire des institutions romaines, réunissent en unités significatives des éléments apparemment disparates: «de même que les principes des Obligations dominent les théories de la Vente et du Louage, le Consulat et la Dictature ne seront considérés que comme deux aspects particuliers de l'idée générale de Magistratures». La supériorité du droit privé lui vient de ce qu'il est un composé de notions dégagées d'abord par la jurisprudence romaine, par la doctrine moderne ensuite, qui les a «exposées systématiquement en dehors de leurs applications particulières et au-dessus d'elles» (126). Les institutions politiques, au contraire, «sont nées d'une manière historique, donc irrationnelles» (127). Contre l'irrationalité de l'histoire, le droit public romain ne peut donc s'affirmer comme science que s'il construit lui aussi son objet, à la manière du droit privé, «sur des principes fondamentaux appliqués avec logique» (128). On se souvient qu'à l'époque où il enseignait les *Pandectes* à Zürich, en 1852, Mommsen ne croyait pas encore que la vertu du système dépassât les frontières du droit civil. Le droit public, comme les droits sacré, criminel, familial, étaient objet d'histoire. Formes de pouvoir, peines, procédures, rapports d'autorité dans la famille, rien de tout cela n'était «immédiatement intelligible» (129), car aucune grille universelle de pensée ne pouvait selon lui rendre compte de ces institutions particulières à une société, à un temps donnés. Or, en 1871,

122. A. Heuss, *op. cit.*, chap. 2, notamment p. 48 sq.; J. Bleicken, *op. cit.*, p. 20 sq.; A. Wucher, *Theodor Mommsen, op. cit.*, p. 36 sq., sous-estime l'importance de la tradition juridique à laquelle Mommsen appartient, lorsqu'il soutient que l'intérêt porté au droit constitutionnel n'est pas chez lui le fait du juriste mais du libéral. Le *Römisches Staatsrecht* obéit à des schémas formels et conceptuels qui, de toute évidence, en font un ouvrage de droit, et sont irréductibles à toute tentative d'explication politique.

123. *Droit Public*, préface le éd., p. xxii.

124. *Jurist. Schr.* III, p. 546 sq.

125. *Abrégé*, Vorwort: «Vor der Flathheit derjenigen historischen Forschung, welche das was sich nie und nirgend begeben hat, bei Seite lassen zu dürfen meint, schätzt den Juristen seine genetischen Verständnis fördernde Wissenschaft».

126. *Droit Public*, préface le éd., p. XXIII.

127. *Abrégé*, Vorwort: «Die einzelnen Institute sind historisch entstanden, also irrational».

128. *Droit Public*, préface le éd., p. XXIV, cf. *Abrégé*, Vorwort.

129. *Jurist. Schr.* III, p. 594.

Mommsen, élargissant la méthode pandectiste non pas seulement, comme l'avait fait Gerber, à la théorie générale de l'État, mais à l'étude d'une constitution historique, rejoint et même dans une certaine mesure dépasse, les préoccupations scientifiques de son temps.

Choisir de dégager un ordre de la multiplicité des faits, à travers le flux des changements où se présente à nous l'État romain depuis l'époque royale jusqu'à la fin du Principat, c'est prendre le parti de centrer son enquête sur les catégories juridiques qui fondent un même système normatif. Le facteur temps ne peut en être écarté que parce que les données positives sont réduites à l'idée qu'elles réalisent. On pourrait parler en ce sens d'un «transformationnisme» mommsénien, dans la mesure où des concepts élémentaires paraissent se distribuer en institutions dont le mouvement reproduit, par combinaisons successives, le principe qui les a engendrées. D'où une tension continue, qui traverse toute l'œuvre, entre l'évacuation d'une histoire qui ne retient l'attention que lorsqu'elle est exemplaire, c'est-à-dire chargée d'un sens normatif, et l'effort pour reconstruire, à travers leurs revêtements successifs, les idées pures du droit public romain.

Comme on va le voir, la genèse et la transformation des modalités concrètes du pouvoir n'est pas ce qui intéresse le plus Mommsen. En revanche, il n'hésite pas à convoquer les récits légendaires ou mythiques que contient la tradition. Sur ce point, pourtant, l'historiographie allemande suivait encore dans sa grande majorité la tendance, héritée de Niebuhr, à isoler des récits des annalistes, par hypothèse suspects, les quelques éléments que l'ancienneté relative de leur source, ou leur vraisemblance contextuelle, laissent apparaître les plus crédibles. A partir d'eux se laissait reconstituer, par induction, l'histoire politique et sociale des premiers temps de Rome : mais c'était au prix d'une séparation radicale, dans le matériau, entre ce qui était jugé historique et ce qui ne l'était pas (130). Or Mommsen déplace la question des origines du plan de la réalité sociale et constitutionnelle à celui des représentations juridiques. La crédibilité de tels récits ne tient pas pour lui à leur exactitude, mais aux principes fondamentaux qu'ils nous transmettent sous une forme imaginaire (131). Ainsi, le récit de la fondation de la Ville par Romulus renvoie, sous la figure de l'antériorité temporelle, à l'antériorité de la Magistrature, au caractère original de l'*imperium* par rapport au peuple (132). La double royauté de Romulus et de Titus Tatius n'a rien à voir avec ce que l'on sait quel synœcisme, mais fonde par anticipation la collégialité consulaire (133). La notice de Cicéron sur l'avis qu'aurait rendu le Sénat, à la mort

130. Sur la méthode de Niebuhr, critiquée par Mommsen (*supra*, n. 14). Cf. A. Momigliano, C.G. Lewis, Niebuhr e la critica delle fonti, *Riv. Stor. Ital.*, 1952, p. 208 sq. — *Primo contributo*, p. 249 sq.; et, récemment S. Tondo, *Profilo di storia costituzionale romana*, Milan, 1981, p. 3 sq. (chapitre introductif : «Critica del modello niebuhriano»).

131. J. Rubino avait déjà souligné que certaines traditions constitutionnelles et juridiques avaient pu résister, mieux que d'autres, purement événementielles, à l'épreuve du temps (*Unter-suchungen*, op. cit., p. V sq.). Mais Mommsen se pose moins la question de la crédibilité des sources, en termes de réalité, que celle de leur exemplarité. Ce faisant, il annexe le légendaire et l'imaginaire au champ de l'histoire juridique.

132. *Droit Public* I, p. 1; III, p. 3.

133. *Droit Public* III, p. 6, n. 1 et 3. Voir également sur ce thème *Historische Schriften* I, *La légende de Romulus* (1881), où la Reconstitution qui fait être le fondateur de la ville se résout pour Mommsen au problème de la priorité et du roulement des faiseurs lorsqu'il y a double *imperium*; et *La légende de Tatius* (1886), interprétée comme un récit étiologique du double consulat.

de Romulus, de transmettre le pouvoir par roulement à une succession d'interrois, et la notice de Tite-Live selon laquelle Servius Tullius aurait voulu introduire des magistrats annuels sont fausses historiquement, mais excellentement construites, du point de vue du droit public, sur le principe républicain de l'annalité de la magistrature supérieure et sur son complément, l'interregne (134). Le récit de l'affichage des *leges regiae* illustre le droit d'*edictum*, inhérent à la magistrature, que les théoriciens d'époque augustéenne reconnaissent au roi (135). On pourrait multiplier les exemples : l'histoire des abus et de la chute des décevants illustre *a contrario* le principe républicain du terme fixé aux magistratures, et l'idée qu'en l'absence d'une telle limite, les excès de pouvoir mènent inévitablement à la révolution (136). Ou bien encore, l'histoire des neuf tribuns de la plèbe châtés et brûlés vifs par leur dixième collègue fait ressortir l'absence de base constitutionnelle, la nature purement factuelle et révolutionnaire du tribunat, qui n'est pas dans son principe une charge régulière, et risque de disparaître lorsque ses titulaires commettent la faute de ne pas pourvoir à leur succession (137).

Il n'est pas jusqu'aux silences de l'historiographie, jusqu'aux hésitations des sources, qui ne revêtent pour Mommsen une signification juridique et qui, loin de dénoncer pour lui l'incertitude de faits qu'il faudrait tâcher d'établir sur des bases fragiles, ne marquent au contraire, positivement, la plénitude du droit. Ainsi l'on ne connaît pas, historiquement, les conditions exactes dans lesquelles sont apparues les restrictions portées à l'*imperium* dans le territoire de la ville (annalité sans prorogation, collégialité trouvant son expression dans l'intercession entre collègues, *provocatio ad populum*) : c'est que l'esprit juridique des romains, ayant conçu ces limites comme coextensives au régime républicain, et antinomiques de la royauté, n'a pu, sans se contredire, en représenter le développement progressif : il fallait les montrer «comme étant arrivées à la vie avec la République elle-même, de suite et dans la plénitude de leur notions» (138). Ou bien encore, la tradition est inconsistante et fluctuante sur l'origine de la dictature : ce qui signifie qu'elle n'a pas été introduite isolément et qu'elle fut conçue, dès le principe, comme partie intégrante de la constitution républicaine (139). L'interprétation des sources est moins historique — elle ne cherche pas à faire apparaître la singularité des faits survenus — que paradigmatique : par le récit, dans ses pleins comme dans ses silences, des normes sont mises en action. Dès lors, si la philologie peut être utilisée pour dégager des notions juridiques, elle ne l'est généralement pas, à la manière de Niebuhr, pour décanter le vrai du faux. Chez Mommsen, le mode de lecture des sources est indissociable d'une recherche des normes fondamentales et des représentations du pouvoir, plutôt que des institutions par lesquelles, dans la réalité historique, il se réalise.

Au delà des rapprochements de fond qui lui font choisir la longue durée (notamment pour la théorie de la Magistrature, pour l'*imperium* et les auspices, et de

134. *Droit Public* III, p. 17-18, n. 1 (cf. I, p. 242).

135. *D.P.* III, p. 49.

136. *D.P.* IV, p. 442-443.

137. *D.P.* III, p. 321, n. 2.

138. *D.P.* I, p. 74.

139. *D.P.* III, p. 163.

manière plus significative encore lorsque le Principat est traité, théoriquement, comme une magistrature républicaine — cf. plus bas —, ou lorsque le *populus* incarne, face aux rois comme à l'égard des magistrats républicains ou du *princeps*, l'idée immobile d'État, c'est la catégorie même du temps que Mommsen remet en cause en érigeant la séparation de l'histoire et du droit en présupposé de méthode. Ainsi postule-t-il l'identité conceptuelle d'institutions que séparent pourtant de profondes ruptures historiques ou, au contraire, la spécificité, l'irréductibilité juridique de fonctions qui, dans l'histoire, apparaissent continues.

La Magistrature, dans son essence, n'est pas atteinte par les transformations qui n'affectent que ses modalités d'exercice. Est fondamentale, sur toute la durée de l'État romain depuis sa naissance, l'idée d'un pouvoir originel, d'un *imperium* qui se transmet et se complète soi-même. Or à cette représentation générale de l'unité de la puissance publique, qu'incarne le roi et que figure, on l'a vu, le mythe de la fondation de la Ville, correspondent aussi des mécanismes républicains que Mommsen interprète comme autant de manifestations d'un pouvoir qualifié par lui d'autocratique : la nomination consulaire, par exemple, sur laquelle se greffe, sans en anéantir le principe, le choix électoral du peuple (140) ; l'interrègne, surtout, à travers quoi se découvre, en cas de vacance, la survie des auspices et de l'*imperium* qui, privés de titulaire, retournent comme à leur source pure à l'assemblée des sénateurs patriciens, qui les gèrent à tour de rôle (141) ; l'institution qui assure la continuité de la puissance publique en dévolue en même temps la nature, en permet la théorie, de sorte qu'un même concept, de part et d'autre de la révolution qui fit succéder la République à la Royauté, est analysé à travers ses revêtements institutionnels successifs.

Ce qui vaut pour l'*imperium* et pour la Magistrature en général, dont la notion « plane » au-dessus des différentes catégories entre lesquelles historiquement elle se distribue (142), est également vrai de ses principales attributions. Prenons l'exemple caractéristique du droit de coercition des magistrats : toute l'analyse de Mommsen consiste à déchiffrer, dans le détail des procédures, l'idée juridique qui ramène à la plénitude originelle du pouvoir (143). Le droit constitutionnel républicain limite, à l'intérieur de la ville, la coercition des magistrats supérieurs ; dans le territoire *domi*, l'exécution capitale d'un citoyen est notamment suspendue à un jugement populaire (*provocatio ad populum*), ce qui exclut pratiquement le châtiment corporel suprême de l'exercice du pouvoir disciplinaire. Comment penser dès lors un pouvoir absolu dans son principe, malgré les garanties qui lui font obstacle ? Comment justifier une persistance de sa nature originelle, à travers les transformations mêmes qu'il subit ? Mommsen raisonne en juriste, séparant le droit du fait, le fond de la forme. La *provocatio ad populum*, souligne-t-il, ne change rien, quant au fond, au pouvoir de la coercition : elle ne l'entame que dans son application. Son domaine propre est en effet celui de la faute pénale et du châtiment expiatoire qu'elle appelle ; l'indiscipline et la contrainte par corps, au contraire, appartiennent à un autre

registre ; il ne s'agit pas de la transgression d'un devoir moral sanctionné par le droit pénal, mais d'insubordination à l'égard des officiers de la puissance publique. Cependant, par la force des choses, les procédures pénales se sont étendues au droit disciplinaire : à l'intérieur des limites de la ville, la *provocatio* fait naître un espace juridiquement protégé, où la coercition finit par imiter les mécanismes de la juridiction. Dans la sphère militaire du pouvoir, en revanche, dans l'espace *militaire*, la coercition des magistrats se libère des garde-fou dont elle est accidentellement affectée *domi* : elle s'y manifeste dans sa vraie nature originelle et permanente (144). Comme on le voit, Mommsen réussit à surmonter la difficulté que présente pour sa thèse l'existence de la *provocatio ad populum*, en l'utilisant comme un moyen pour faire ressortir, par contraste, la pureté originelle de l'*imperium* pris dans sa permanence, dans son concept. Autrement dit, la multiplicité des formes institutionnelles surgies dans l'histoire n'est pas, pour Mommsen, un obstacle à l'analyse des structures élémentaires du droit : ces formes lui servent tout au contraire de points d'appui pour dégager des idées qui ne peuvent être atteintes directement, mais seulement à travers les institutions où elles sont inscrites.

Si l'on prend maintenant les magistratures particulières, ce n'est pas à travers l'histoire de leur apparition ou de leur développement que leur signification juridique se découvre. D'emblée, elles reçoivent avec leur acte de naissance une place idéale dans la topique des fonctions dont la grille dessine le paysage abstrait des pouvoirs. La magistrature supérieure républicaine apparaît, dès le principe, comme collégiale et annuelle : la gestation du double consulat n'intéresse pas le droit public. Pour la dictature, on l'a vu, Mommsen retourne l'incertitude et le flottement des sources en instrument d'un axiome juridique : cette magistrature non permanente (parce que liée aux dangers exceptionnels, de nature militaire ou civile) est un élément constitutif de l'ordre républicain. Les magistratures extraordinaires — comme le *decemvirat consulari imperio legibus scribendis*, la dictature *legibus scribendis et reipublicae constituendae* de Sylla, le consulat de Pompée en 51, les dictatures de César, le *triumvirat reipublicae constituendae* de 43, etc. — sont, en dépit de la grande diversité de leurs contextes respectifs, assimilées par leur fondement (elles requièrent toutes une loi spéciale), et par leur contenu : elles sont nécessairement constitutives ; elles font surtout que la magistrature supérieure, modelée sur la puissance royale quant à la « forme » (c'est-à-dire quant à l'essence de l'*imperium*, que symbolisent notamment les licteurs, communs aux rois et aux consuls), finit par s'en rapprocher aussi quant au « fond », puisque les limites de la magistrature républicaine y sont partiellement écartées (145). Produit hybride de la Royauté et de la Magistrature ordinaire, à mi-chemin entre le pouvoir illimité du roi et le pouvoir réglementé du magistrat républicain, cet ensemble de fonctions, très divers d'un point de vue historique (quoi de commun, en effet, entre les *decemviri* du Ve siècle, la dictature de Sylla et le *triumvirat* d'Octave, de Lépide et d'Antoine ?), constitue pour Mommsen une espèce juridiquement homogène et même un opérateur privilégié pour l'étude de ces « concordances de fond » qui assurent l'unité du droit public romain. Sur le terrain

140. *Droit Public*, I, p. 242 sq.

141. *D.P.* I, p. 103.

142. *D.P.* I, p. 6 ; *Abstr.*, p. 81-82.

143. Pour tout ce qui suit, *D.P.* I, p. 157 sq. ; p. 170.

144. *Droit Public* I, pp. 161 et 170. *Droit Pénal* I, p. 29 sq., p. 64 sq., et particulièrement p. 72.

145. *D.P.* IV, p. 146 sq. Dans l'*Histoire romaine*, déjà, Mommsen procédait à la même analyse à propos de la « monarchie » de César. Cf. trad. fr. vol. VIII, Paris 1872, p. 71 sq.

de la magistrature, les pouvoirs extraordinaires constituants permettent en effet de penser théoriquement, on vient de le voir, le rapport de la Royauté et de la République : ils permettent aussi de penser le rapport de la République et du Principat.

Dans les études d'histoire constitutionnelle, le Principat échappe par excellence, de nos jours, à l'approche juridique abstraite. S'imposent ici plus qu'ailleurs les impératifs d'une chronologie fine, d'une description très concrète des mécanismes politiques par lesquels la monarchie s'est installée dans les institutions traditionnelles, les transformant de l'intérieur sans les supprimer formellement. Par chance, les sources nous permettent en plus d'assister, d'une manière exceptionnelle pour l'histoire antique, à des transformations en série — sociales, économiques, militaires, religieuses, juridiques — : l'éternelle question des causalités en histoire trouve là, comme dans la chute de l'Empire Romain, l'un de ses moments privilégiés. Dans tout ce jeu de forces plus ou moins déterminantes mises à contribution par les historiens, y compris par les juristes, le droit public ne figure généralement plus alors qu'au titre du trompe-l'œil idéologique. La nature même du régime fondé par Auguste, monarchique sous un vêtement républicain (lequel d'ailleurs finira par s'user puis disparaître) inspire le plus souvent une analyse qui se croit autorisée à qualifier d'empirique une réalité dont l'apparence juridique est trompeuse. Or Mommsen, au contraire, ne craint pas de donner une interprétation juridique du Principat : plus précisément, de comprendre en termes de continuité, par rapport à la Magistrature républicaine, la nature des pouvoirs d'Auguste et de ses successeurs.

D'une part, le Principat n'est pas pour lui une monarchie mais une dyarchie, puisque le pouvoir y est partagé entre l'Empereur et le Sénat, lequel continue le conseil républicain et hérite progressivement, au surplus, les fonctions des assemblées populaires qu'il représente (146). D'autre part, et surtout, l'élément monarchique de ce système s'apparente juridiquement pour lui à la Magistrature (147). Après avoir revêtu des pouvoirs constituants extraordinaires, Octave les avait restitués au Sénat et au Peuple le 13 janvier 27. Par là, il aurait mis fin à ce qui, traditionnellement, se rapprochait le plus de la royauté (148). Les « formes juridiques » sous lesquelles celle-ci ressurgissait parfois, dictature perpétuelle ou triumvirat constituant, auraient été abandonnées pour un type de pouvoir qui non seulement se paraît de titres anciens et réfère à des fonctions connues (puissance tribunitienne ou *imperium proconsulaire*) mais qui, surtout, conservait malgré son caractère viager l'essentiel de l'idée de la Magistrature. L'essentiel, parce que pour Mommsen son fondement demeurerait théoriquement la souveraineté du peuple, de sorte que le pouvoir du *princeps* ne s'exerce pas au nom d'un droit qui lui fût propre, mais en quelque sorte par représentation (149). D'où la soumission du *princeps* aux lois, principe de droit constitutionnel tiré d'une interprétation restrictive de l'adage

146. *D.P.* V, p. 4 ; VII, p. 467 sq. ; *Abstr.* p. 340 sq.

147. *D.P.* V, avant-propos de la 2^e édition et p. 1 sq. ; *Abstr.* p. 190 sq.

148. *D.P.* V, p. 4.

149. *D.P.* V, p. 6 sq. ; *Abstr.* p. 191. Sur les modalités d'entrée en fonctions, par lesquelles se manifeste cette souveraineté, voir p. 53 sq. Sur la représentation mommsénienne du Volkswille dans les successions dynastiques, voir A. Heuss, *Theodor Mommsen und die revolutionäre Struktur des römischen Kaiserturns*, dans *Aufstieg und Niedergang Röm. Welt* II 1, 1974, p. 77 sq.

princeps legibus solutus (150), caractéristique d'une vision libérale de l'Empire que Mommsen continuait après Gibbon et Savigny, et qui lui servait surtout à confirmer son hypothèse d'une survivance des principes républicains. On verra plus loin ce que représente le « Peuple » dans le système mommsénien : figure juridique plus que politique, il exprime l'unité et la complétude de l'État. Contentons-nous de souligner ici que si Mommsen introduit la souveraineté du Peuple dans la définition de la Magistrature et du Principat, c'est pour établir, à travers ce commun dénominateur, une concordance de fond entre des modes de pouvoir que sous-tendent les mêmes catégories juridiques, malgré la diversité de leur fonctionnement réel. La démarche est d'autant plus frappante que le critère qui sert à postuler cette continuité est introduit de manière exceptionnelle dans la notion même de Magistrature (151). Partout ailleurs chez Mommsen la souveraineté du peuple est une fonction complémentaire et concurrente de celle des magistrats : elle devient ici une composante de leur définition. Ce déplacement sert à assurer, en théorie, la continuité des principes qui fondent le droit public romain.

L'histoire n'est donc pas nécessairement bonne à penser pour le droit public. Celui-ci a sa logique propre. Ses structures profondes ne sont pas perceptibles dans le flux et les parcours du temps. A l'inverse, il connaît parfois des mutations qui ne s'accompagnent d'aucune transformation apparente. Spontanément, des essences juridiques se succèdent, dont il faut étudier les oppositions terme à terme : décrire le passage, la transition de l'une à l'autre n'appartient pas à la science du droit mais, sur un tout autre plan, à l'histoire. Confondre ces deux registres risquerait de faire perdre à l'enquête, chemin faisant, la vue de son objet.

On ne peut en donner de meilleur exemple que le traitement très différent que Mommsen réserve aux origines de la plèbe, dans l'*Histoire romaine* d'une part et dans le *Droit public* d'autre part. Historiquement, la plèbe lui paraît résulter d'un lent processus d'affranchissement de la clientèle : d'où une étude des conditions économiques et sociales de cette libération, liée notamment à l'émergence de la propriété individuelle de la terre (152). Juridiquement, en revanche, la plèbe s'oppose à la

150. *D.P.* v, p. 7 et 8.

151. Dans la théorie des rapports entre le Peuple et la Magistrature, Mommsen distingue toujours soigneusement le Peuple comme État abstrait et le peuple comme instance politique concrète : c'est de la souveraineté de ce peuple institué, exprimant par des voies diverses sa volonté politique, qu'il est ici question. Sous la République, assemblées et magistratures ont une égale vocation à représenter l'État ; mais, dans l'évolution des choses, le magistrat finit par être conçu comme le mandataire de ceux qui l'ont élu. Dès lors, on peut dire que la *Bürgerchaft* l'emporte sur la Magistratur, que « jene ist der Herr und diese die Dienerschaft » (*Staatrecht* III, 1, p. 301). Cependant, Mommsen considère cette évolution comme un accident politique, qui n'altère pas l'essence juridique de la Magistrature. Celle-ci ne se définit comme « Ausfluss und Organ der Volkssouveränität » que par extension ; mais c'est précisément à cet aspect second de sa nature que se réduit la caractérisation juridique du Principat (*Abstr.* p. 191 : « wenn ... die Magistratur gefasst wird als Ausfluss und Organ der Volkssouveränität, so fällt unter diesen Begriff auch der augustische Principat »).

152. *Histoire Romaine* I, Paris, 1863, p. 115 sq. Contrairement à la théorie de Niebuhr, Mommsen rattache la plèbe à des facteurs d'évolution internes à la société romaine : incorporation progressive des villes conquises, affranchissement des clients, le tout lié à l'individualisation de la propriété foncière (voir sur ce point p. 258 sq.). D'une manière caractéristique,

clientèle ; leur rapport résulte de deux conceptions antithétiques de l'État. On ne peut suivre à la trace, lit-on dans le *Droit public romain*, une évolution imperceptible dans la mesure où, concrètement, la différence est presque nulle entre la situation des non-citoyens protégés, les clients, et celle des citoyens de rang inférieur, les plébéiens (153). Mais, d'un point de vue juridique, la distinction est fondamentale. Les clients ne sont pas citoyens, tandis que citoyenneté et participation politique, qu'elles qu'en soient les modalités inégales, unissent patriciens et plébéiens en un même *populus* (154). Face aux rois puis aux magistrats supérieurs, le peuple patricio-plébéien s'érige en une entité politique homogène et souveraine, que Mommsen appelle tour à tour Peuple (*Volk*), corps civique (*Bürgerschaft*), communauté politique (*Gemeinde, Gemeinwesen*), État (*Staat*) : Peuple abstrait, sujet de droit public, agissant par le moyen de la magistrature ou de l'assemblée, et qui constitue la version romaine, selon Mommsen, de l'idée moderne d'État ; mais peuple qui ne réalise cette idée, dans l'histoire, qu'à partir du moment où les différenciations en son sein ne vont pas jusqu'à l'exclusion pure et simple de tout droit politique. De l'état patricien, mélange composite de citoyens de plein droit et de dépendants de statut inférieur, libres mais non citoyens, à l'état patricio-plébéien, véritable cité où l'ordre juridique s'unifie et s'étend à la règle simple d'une opposition entre citoyens et étrangers (155), la transition n'est pas pensable juridiquement : ce sont là deux modèles irréductibles. D'où la nécessité où se trouve Mommsen, pour les penser théoriquement, de remonter jusqu'à l'acte juridique qui les constitue chacun respectivement. D'un côté, le fondement du droit de cité et du droit corrélatif à la propriété de la terre dépend d'une concession royale : on reconnaît là l'essence du mythe romuléen ; le roi fonde une ville, crée un peuple, distribue des terres : sa volonté est seule en cause, et se conçoivent alors toutes les discriminations possibles, y compris celle qui consiste à faire des clients des membres passifs de cette communauté. De l'autre côté, avec l'état patricio-plébéien, symbolisé par la constitution de Servius Tullius, les conditions d'appartenance à la cité sont fixées par la loi, c'est-à-dire par un accord de volontés entre le roi et le peuple organisé en ses assemblées (156) : or le peuple, qui participe à la loi, ne peut sans absurdité se diviser soi-même au point de se nier comme Sujet : il ne peut renoncer à son unité constitutive au moment même où, par la loi, il s'affirme comme Sujet indivisible. Telles

Mommsen néglige, dans son *Histoire*, les oppositions juridiques entre clientèle et plèbe ; il ne reconnaît que des différences de fait : « Certes il n'y a pas de différence de droit entre le client et le plébéien, le subordonné et l'homme du peuple ; en fait, il en existe une grande. Le client, c'est l'homme assujéti au patronage fort et lourd d'un des citoyens ; le plébéien est le Romain auquel manquent les privilèges politiques » (p. 121). En 1859, cependant, Mommsen commença à envisager le statut de la clientèle du point de vue du droit, de la capacité juridique et de la citoyenneté (*Das römische Gastrecht und die römische Clientel*, dans *Sybel's historischer Zeitschrift*, 1859 = *Römische Forschungen* I, 1864, p. 321 sq.).

153. *Droit Public* VI, 1, p. 142 : « Le passage de la clientèle au plébéat, du peuple patricien au peuple patricio-plébéien, est... au point de vue historique, un phénomène de nature fugitive, puisque la protection légale des individus appartenant à la cité sans être citoyens et le droit de cité intégral se confondent en fait ».

154. *D.P.*, *Ibid.* : « Mais, au point de vue du droit public, il y a théoriquement une distinction profonde, liée à l'idée de souveraineté du peuple et d'expression de sa volonté souveraine donnée par l'assemblée des citoyens ».

155. *Abrixi*, p. 22.

156. *Droit Public* VI, 1, p. 143.

sont les séries de correspondances juridiques qui permettent à Mommsen de concevoir l'antithèse de la clientèle et de la plèbe, sur le plan du droit. L'une tire sa nature de l'acte même par lequel un roi la fonde arbitrairement ; l'autre, en revanche, ne se prête à l'analyse qu'une fois qu'elle est juridiquement constituée, puisque le caractère de la plèbe est de participer de la nature du sujet de droit qu'est le *populus* : le peuple patricio-plébéien n'est un comme sujet, et ne se trouve dans l'impossibilité de nier cette unité, qu'à partir du moment où il existe comme tel. C'est là nous semble-t-il tout le sens d'une remarque apparemment anodine, mais qui nous aide à reconstituer le raisonnement de Mommsen : pour étudier les causes qui y font entrer et sortir, il faut supposer que le peuple patricio-plébéien soit déjà constitué : « Unter Voraussetzung der constituirten patricischplebejischen Bürgerschaft... » (157). Se manifeste une fois de plus ici le refus de l'histoire comme moyen d'analyse du droit public. Des catégories et des systèmes peuvent se succéder, mais leur transition n'est jamais intelligible en droit ; on ne peut les comprendre que dans leurs oppositions, ce qui conduit à privilégier, à côté des continuités, les ruptures : lorsque Mommsen décrit des évolutions, il prend soin de préciser que cela n'intéresse pas le droit, mais l'histoire.

La composition du *Römisches Staatsrecht* soulève à première vue quelques perplexités. La Magistrature occupe à elle seule les deux-tiers de l'ouvrage. Le Peuple, pourtant reconnu comme souverain, se voit assigner une part de la troisième livre et le Sénat une autre, en dernière position. Que signifie un tel choix ? On pourrait croire qu'il reflète les données institutionnelles, le déroulement de la procédure. Les magistrats, détenteurs de la puissance publique (*Träger der Staatsgewalt*) (158), convoquent et interrogent les assemblées dont il portent la décision au Sénat, pour confirmation. L'*auctoritas patrum* correspond à l'ultime étape du contrôle et de la ratification. Mais cette raison ne rend pas compte du rôle du Sénat patricio-plébéien, qui n'est pas tout ensemble engagé dans le mécanisme de l'*auctoritas patrum*. Elle disparaît surtout à partir de la *lex Hortensia*, en 287, lorsqu'il est réduit à la fonction de conseil, et disparaît comme troisième facteur de la puissance publiques (159). Par son rôle probouleutique aussi bien que par sa composition, le Sénat est plutôt un prolongement de la Magistrature. Bien plus, l'institution de l'interrègne, qui ne fut jamais abolie, fait apparaître le Sénat patricien, au sein duquel renaissent les auspices, comme le « vrai détenteur de la magistrature, l'expression vivante de la Royauté qui plane éternellement au-dessus du Peuple » (160). On s'attendrait donc, en toute logique, à ce que Mommsen rattachât le Sénat à l'une des deux premières parties, plutôt qu'à la troisième. En réalité, sa nature juridique est ambiguë. Dans sa dimension patricienne, il est la source virtuelle des auspices et de l'*imperium*, dont il participe quant au fond. Sous le Principat, au contraire, il représente historiquement le Peuple, dont la souveraineté trouve en lui son symbole (161). Entre ces deux

157. *Staatsrecht* III, 1, p. 138 = *D.P.* VI, 1, p. 143.

158. *Abrixi*, p. 82 ; *Staatsrecht* III, 1, p. 300.

159. *Abrixi*, p. 326.

160. *Abrixi*, p. 306 : « Der patricische Senat ist, insofern jedes Mitglied desselben dem Begriffe nach König ist und tatsächlich als solcher fungieren kann, der rechte Träger der Magistratur, der lebendige Ausdruck des ewigen über der Bürgerschaft stehenden Königtums... » cf. *Droit Public* VI, 1, p. 103.

161. *Abrixi*, p. 340 ; *D.P.* VIII, p. 467.

limites, le Sénat républicain assume la réalité et assure la durée du pouvoir : mais ses avis ne sont pas obligatoires ; ses décisions n'ont qu'un poids politique. La théorie mommsénienne du Sénat veut donc que son principe soit emprunté aux deux autres facteurs de la constitution qui, en amont et en aval, bourent son histoire républicaine. Il n'existe juridiquement que pour autant que, sous la Royauté et dans ce qui en survit à travers l'inter règne, il incarne l'idée de la Magistrature, et en dévoile l'essence permanente ; et que, sous le Principat, il est devenu le réceptacle d'une souveraineté populaire qui trouve en lui son agent formel — au moment même où, dans la réalité, il a perdu sa prééminence politique. Réduit entre ces deux pôles à n'être qu'un conseil, le Sénat n'a pas de nature juridique propre. Il renforce seulement la magistrature (162). Ni l'idée de la souveraineté du peuple, remarque Mommsen, ni celle d'autorité du magistrat n'ont été transférées à son profit (163). Son étude relève uniquement de l'histoire, mais d'une histoire considérée négativement, à partir du droit. Mommsen se contente de décrire des sphères de compétence dont l'accroissement est interprété en terme d'empiètements, d'usurpations, de révolution continue (164). Pourquoi dès lors associer en un même livre le Peuple et le Sénat ? L'unique raison est que l'un et l'autre sont incapables d'agir sans le concours d'un magistrat : ils ont en commun d'être seconds par rapport à la Magistrature (165). Mais là s'arrête le rapprochement. Le Sénat n'a pas de nature juridique (il n'est qu'une institution de pouvoir, dont l'étude relève de l'histoire), alors que le Peuple en a une. Mommsen dit du Sénat, et c'est la seule définition juridique qu'il en donne, qu'il n'est pas un sujet de droit abstraits : or le *populus*, en droit public romain, revêt précisément cette qualité (166). Nous touchons ici au cœur même du système

162. D.P. VII, p. 224.

163. D.P. VII, p. 231.

164. D.P. VII, p. 221 sq. ; *Abstr.*, p. 306 : «Für die geschichtliche Zeit ist der patricische Senat eine absterbende Institution, der patricisch-plebejische die Gemeinderregierung ; jener hat die Fülle der Rechte bei dem Mangel der Macht, dieser die Fülle der Macht bei dem Mangel der Rechte. Sur le gouvernement du Sénat, voir déjà *Histoire romaine* IV, Paris, 1865, p. 48 sq. et *Römische Forschungen* I, p. 250 sq. (*Der patricisch-plebejische Senat der Republik*).

165. *Abstr.*, p. 297 ; D.P. VII, p. 223.

166. D.P. VII, p. 223 = *Staatsrecht* III, 2, p. 1025-1026 : «Es ist dem Senat mit der Bürgerschaft gemein, das beide nur in Gemeinschaft mit dem Magistrat zu handeln vermögen ; ihre Action ist nie mehr als Cooperation mit demjenigen des Magistrats. Aber die Bürgerschaft ist ein Rechtsobjekt im abstracten Sinn ; der Senat ist dies nicht. La question de la capacité juridique des personnes publiques avait déjà été abordée par Mommsen dans ses travaux de jeunesse mais uniquement du point de vue du droit privé. Ainsi dans le *De Collegiis et sodalitatibus Romanorum*, Kiel, 1843, p. 34 sq., le *populus* était reconnu titulaire de droits patrimoniaux ; dans l'étude de 1853, *Die Stadtrechte der lateinischen Gemeinden Salpensa und Malaca*, *Juristische Schriften* I, p. 357 sq., était analysée la nature juridique, par rapport au droit privé, des actes passés par les magistrats au nom de l'Etat romain : problème sur lequel Mommsen devait revenir en 1885, dans son étude sur les origines des contrats de vente et de location, *Die Anfänge von Kauf und Miete*, dans *Jurist. Schriften* III, p. 132 sq. Avec le *Droit Public*, il s'agit de tout autre chose que de la capacité patrimoniale des personnes publiques (encore que ce problème y soit également envisagé : ainsi D.P. I, p. 267). «Sujet de droits» signifie désormais sujet d'un pouvoir de droit public, sujet d'une volonté politique. Dans le passage cité ci-dessus, Mommsen donne certes pour preuve de ce que le Sénat n'est pas un «Rechtsobjekt», le fait qu'il ne possède ni patrimoine foncier, ni caisse qui lui soit propre ; mais cette incapacité de droit privé accompagnée une incapacité plus fondamentale de droit public : le Sénat n'est rien d'autre qu'une «Verstärkung der Magistratur», et se contente de donner des avis quand on le lui demande. C'est en ce sens qu'il n'est pas un sujet de droits.

du *Droit public romain*. La définition du Peuple comme sujet de droit engage en effet une conception de l'Etat très proche du modèle élaboré par la science allemande des années 1870 ; d'elle dépend en outre toute l'interprétation des rapports entre le Peuple et la Magistrature dont Mommsen fait l'axe permanent de la constitution romaine aux différentes époques de son histoire.

Qu'est-ce d'abord que ce Peuple ainsi caractérisé ? Lorsqu'on aborde avec le livre III la théorie du *populus romanus*, Mommsen, d'emblée, propose *Staat* comme équivalent (167). Souvent, il est vrai, la notion en est rendue par *Gemeinde*, *Gemeinwesen*, ou *Gesamtheit*, c'est-à-dire par l'idée de Communauté politique (168). Mais elle-même est synonyme d'Etat ; elle ne désigne pas la réalité historique d'un peuple présent sur la scène militaire et politique, réalisant directement ses droits par l'action collective ou individuelle de ses membres. *Gemeinde* renvoie pour Mommsen à une entité abstraite, à une unité distincte des personnes et des groupes qui la composent. C'est elle le titulaire des droits politiques, et non pas les citoyens qui, en tant que tels, n'en sont pas les véritables sujets (169). C'est pourquoi, dans le système mommsénien, le concept de souveraineté ne s'applique pas aux assemblées populaires, organes de la démocratie romaine : *Souveränität* se rapporte toujours à l'Etat, à la communauté politique idéalisée en personne morale. Il faut prêter attention, ici, aux nuances d'une terminologie que la traduction de Girard, pourtant si remarquable d'élégance et de clarté, ne respecte pas suffisamment. Mommsen parle de *souveräne Gemeinde* (170), d'*ideale Gemeindegouvernement* (171), de *souveräne Wille der Gemeinde* (172) ; mais cette souveraineté s'exerce par le moyen d'une représentation (*Vertretung*) (173), elle trouve son expression (*Ausdruck*) dans l'action de la magistrature, ou dans l'action conjuguée (*Zusammenhandeln*) de la magistrature et du peuple (174). Or, dans cette fonction de représentation, d'expression de la souveraineté de l'Etat, le peuple ne s'appelle plus *Gemeinde*, mais *Bürgerschaft* (avec d'autres composés comme *Bürgerschaftsversammlung*, *Bürgerversammlung*, *Gliederung der Bürgerschaft*, etc.) (175). Autrement dit, Mommsen considère le *populus* sous deux

167. *Staatsrecht* III, 1, p. 3 : «*Populus* ist der Staat» ; également p. 300 : «ist ihm (i.e. le droit public romain) der Staat nicht der rex, sondern der populus».

168. Ainsi : *Staatsrecht* III, 1, pp. 142, 301-303, 305. *Abstr.*, pp. 81, 297, 300.

169. Sur ce point, Mommsen s'oppose radicalement à la vision de Ihering, pour qui le sujet de droit public n'est pas à Rome l'Etat, mais les citoyens eux-mêmes. (*Esprit du droit*, I, p. 211).

170. *Staatsrecht* III, 1, p. 127 (à propos de l'Etat patricio-plebéien).

171. *Staatsrecht* III, 1, p. 300.

172. *Ibid.*

173. *Abstr.*, pp. 81, 297, 300. *Staatsrecht* III, 1, p. 300 ; p. 301 (Mandat).

174. *Staatsrecht* III, 1, p. 3 ; pp. 300, 301, 302.

175. *Abstr.*, p. 297 : le *Gemeinwesen* est représenté par la *Bürgerschaft* ; p. 300 : la *Gemeindehandlung* est confiée aux magistrats avec le consentement de la *Bürgerschaft*. *Staatsrecht* III, p. 3 : volonté du roi et de la *Bürgerschaft*, ou du magistrat et de la *Bürgerschaft* ; p. 301 : idem ; p. 302 : la gestion du *Staat* revient soit aux magistrats, soit à la collaboration des magistrats et de la *Bürgerschaft* (de la *Bürgerversammlung*, de la *Gliederung der Bürgerschaft* ; p. 303) ; p. 303 : il n'y a pas d'acte unilatéral de la *Gemeinde* : la magistrature la représente à elle seule, mais la *Bürgerschaft* ne le peut qu'avec l'accord de la magistrature (il est cependant aussi question d'un *Gemeindebeschluss*, qui réfère aux décisions des assemblées : flottement terminologique que rend possible la précision du contexte) ; p. 305 : vaut comme décision de la *Gemeinde*, celle prise par la

aspects distincts : comme État (*Staat, Gemeinde*) et comme collectivité de citoyens ayant vocation à se réunir en assemblées politiques (*Bürgerschaft*) ; comme entité souveraine et comme organe de la constitution. Le peuple est alternativement le tout et partie du tout, notion abstraite et institution concrète. Dans cette dernière acception, le peuple se situe sur un plan comparable à celui de la magistrature : il collabore à l'expression d'une volonté politique dont il n'est qu'un des médiateurs. Mais, en tant que sujet idéal, il est l'unique détenteur des droits publics. A lui se rapportent en dernière analyse les prérogatives de la communauté politique romaine. Pour exprimer cette idée, Mommsen fait appel à la langue du droit privé ; il puise dans l'arsenal conceptuel du pandectisme, comme l'avait fait Gerber avant lui, comme le feront à leur tour Laband et Jellinek. Plutôt que de parler de souveraineté, dont les connotations politiques obscurcissent la représentation purement juridique qu'il en a, il préfère jouer des notions de capacité juridique (*Handlungsfähigkeit*), de volonté, (*Wille*) de l'État, de ses « manifestations de volonté » (*Willensäußerung*). Ce vocabulaire appartient à la théorie de l'acte juridique volontaire et du sujet du droit. Catégories par lesquelles Mommsen, rejoignant les préoccupations de son temps, construit une science du droit public romain sur des bases qui ne sont ni institutionnelles ni historiques.

On aurait tort de croire que le concept de sujet de droit n'ait qu'une vocation doctrinale et soit inopérant pour dégager les traits originaux de la constitution romaine. Il permet d'unifier dogmatiquement les deux registres où se distribuent les rapports de la Magistrature et du Peuple. On comprend mal, généralement, que la Magistrature puisse être dite première et le Peuple, en même temps, souverain ; que la loi ait été définie par Mommsen comme un contrat entre deux parties égales, dont l'une est par ailleurs le représentant de l'autre. Ces difficultés s'estompent et le système se remet en ordre, lorsqu'on distingue soigneusement l'État abstrait d'une part et les assemblées politiques d'autre part ; la *Gemeinde* et la *Bürgerschaft*. D'un côté, alors, le *populus-État* est bien représenté par ses magistrats, « Träger der staatlichen Action » : l'imperium régulier, à lui seul, donne corps à l'idée d'État (« Verkörperung des Staatsbegriffs ») ; la métaphore de la tutelle ou de la représentation légale, qui revient à plusieurs reprises pour rendre compte de l'action des magistrats, porte-paroles de l'État (176), comme de celle des prêtres, porte-paroles des dieux (177), combine en une même image les idées complémentaires de sujet de droit, de personne morale, et d'incapacité des personnes morales à manifester directement leur volonté (178). La nécessité d'une telle incarnation de l'État par la magistrature est telle que Mommsen va jusqu'à se demander s'il n'y a pas, de la communauté représentée au roi qui la représente, duplication du sujet, *doppeltes Rechtssubjekt* (179). D'un autre côté, l'action commune de la Magistrature et de la *Bürgerschaft*

majorité des curies, des centuries, des tribus : p. 306 : la déclaration de volonté de la *Gemeinde* revient au roi, qui plus tard aura besoin du consentement de la *Gliederung der Gemeinde*, c'est-à-dire de la *Bürgerschaft* réunie en curies.

176. *Droit Public* I, p. 267 ; III, p. 25. *Abstr.*, p. 81.

177. *D.P.* III, p. 22.

178. *D.P.* loc. cit. *Abstr.*, p. 281.

179. *Abstr.*, p. 83 ; cf. *D.P.* VI, 1, p. 351, où la loi est présentée comme un accord entre deux sujets de droit, le magistrat et le peuple réunis en ses assemblées.

situe sur un même plan deux organes de l'État, investis l'un et l'autre de la puissance publique. A ce niveau, le principe de l'imperium est antérieur à celui de la « *Volksouveränität* », qui désigne en réalité la fonction électorale et législative des assemblées : le magistrat convoque le peuple, est maître de l'ordre du jour, donne son nom à la loi qu'il propose ; au reste, il peut agir seul, alors que la décision du peuple suppose l'existence de la magistrature (180). C'est ici également que, selon l'articulation de leurs rôles constitutionnels respectifs, la position du détenteur de l'imperium connaît des changements relativement au peuple, passant de la prééminence du roi à la subordination républicaine du magistrat élu et investi d'un mandat, pour finir, sous le Principat, par un déplacement qui rétablit la situation originelle de « *Vorherrschaft der Magistratur* » (181). Ce rythme à trois temps est une combinaison qui laisse planer au-dessus d'elle, préservée en sa permanence, l'unité d'un État diversément représenté. Et cette unité, à son tour, cette subjectivité, cette autonomie de l'État explique que la magistrature reste unique en son concept, puisqu'à travers les modalités successives qu'elle revêt, de l'époque royale au Principat, elle représente toujours le même sujet de droit.

Permanence d'un *Rechtssubjekt* dont la volonté s'exprime à travers l'action unilatérale du magistrat, ou à travers l'accord du magistrat et de l'assemblée populaire, tel est en gros le système où le *Droit public romain* trouve son unité. Échappent à ce cadre le Sénat, comme on l'a vu, et peut-être aussi le tribunat de la plèbe, malgré l'effort déployé par Mommsen pour l'intégrer à la magistrature, en rattachant la prohibition et l'intercession tribunitiennes au principe de la *major potestas* (182). On lui a beaucoup reproché, sur ce point, son excès de juridisme, et la violence faite aux réalités romaines pour les soumettre à une conception monolithique de l'État (183). Ce reproche n'est qu'en partie justifié. Car Mommsen ne cesse d'affirmer que la plèbe, et pas seulement à ses origines, mais alors qu'elle constituera pratiquement à elle seule la cité et que ses assemblées légiféreront pour l'ensemble du *populus romanus*, s'analyse comme un État dans l'État : ses pouvoirs ne sont pas constitutionnels, mais fondés sur une *lex sacra*, sur un serment révolutionnaire d'où les tribuns tirent leur statut et leurs pouvoirs. La catégorie, par définition non juridique, de révolution, continue selon lui à rendre compte de la nature des représentants de la plèbe, que ni la théorie intégrative du *foedus*, ni même la *lex Valeria Horatia* de 449 n'ont suffi à assimiler à des magistrats ordinaires, dans la mesure où la plèbe n'a jamais abandonné la référence du serment fondateur, pas plus qu'elle n'a renoncé à la puissance « sacrée » des tribuns (184) : de sorte que la coercition tribunitienne échappe, contrairement à celle des magistrats supérieurs, à la *provocatio ad populum*, fait auquel Mommsen attache la plus grande importance (185). Le concept même de « révolution permanente » situe l'organisation plébienne en dehors de

180. *D.P.* VI, 1, p. 344 sq.

181. *D.P.* VI, 1, p. 341 sq.

182. *D.P.* VI, 1, p. 29 ; III, p. 353 sq.

183. Voir P. Catalano, *Tribunato e resistenza*, Turin, 1971, et G. Lottano, *Fondamento e natura del potere tribunitio nella storiografia giuridica contemporanea*, op. cit., avec de nombreuses références bibliographiques.

184. *D.P.* III, p. 348 sq., p. 351.

185. *D.P.* III, p. 352.

l'État : si par hypothèse cette révolution avait été terminée, souligne Mommsen, s'en serait suivi le fin de l'État romain, et le commencement d'un autre (186).

Le Sénat d'un côté, la plèbe et ses tribuns de l'autre : voilà les deux grands exclus de la systématisation mommsénienne. Exclus, mais pas passés sous silence : le pouvoir réel, la force de la révolution, le poids de l'histoire fascinent Mommsen d'autant plus que le droit n'a pas su les résorber, qu'ils offrent des résistances inévitables. Sur les marges d'un *Staatsrecht* épuré et conceptualisé, fait irruption une histoire institutionnelle et sociale que Mommsen contient pour préserver son modèle, mais sans l'y réduire.

Certains préféreront sans doute ses études partielles, plus satisfaisantes pour l'historien, rassemblées en 1864 et en 1879 dans les deux volumes des *Römische Forschungen*. Y sont traités des problèmes de sources (*Fabius et Diodore*, 1871 ; *Les Tables Capitolines*, 1875 ; *La catastrophe gauloise*, 1878, un chef-d'œuvre de la Quellenforschung) ; les anticipations de l'annalistique (avec des études exemplaires et définitives sur les procès légendaires de Coriolan, en 1870, et des trois démagogues Sp. Cassius, M. Manlius et Sp. Maelius, en 1871) ; les institutions patriciennes et plébéiennes, prises dans leur histoire républicaine (*Les droits patriciens et plébéiens dans les assemblées de citoyens et au Sénat*, 1864). Mais l'histoire romaine, ses sources, sa crédibilité et ses méthodes appartiennent à ces travaux préparatoires qui ont occupé, d'une manière ininterrompue, la jeunesse, l'âge mûr et même la vieillesse de Mommsen, jusqu'à la troisième édition du *Staatsrecht* où sa pensée juridique est fixée définitivement. Le *Römische Staatsrecht* n'est pas, et se proclame n'être pas un livre d'histoire. C'est sur ses intentions, extrêmement novatrices en leur temps, qu'il doit être jugé et compris. Après tant d'années de travail documentaire et critique, Mommsen n'eût sans doute pas brassé la totalité du matériel existant, s'il n'avait eu à l'ordonner autour d'une théorie unitaire de l'État, née du pandectisme et de la *Staatsrechtslehre* qui en est issue. Nous pouvons aujourd'hui le lire autrement, et ce livre génial résiste à toutes les lectures, y compris à une lecture anthropologique qui nous orienterait vers les représentations du pouvoir et du droit chez les Romains. Mais il faut le soumettre auparavant à une mise en perspective historiographique. Mommsen fondait sa recherche sur l'isolierung du droit. Il ne pouvait le faire qu'en partant de notions opératoires. Tout lecteur du *Römische Staatsrecht* est alors convié à isoler à son tour la représentation de l'État qu'eut en Allemagne, à la fin du siècle dernier, un très grand historien de Rome qui se doublait d'un très grand juriste.

BIBLIOGRAPHIE MOMMSENNIENNE

Cette bibliographie sommaire ne comprend que les ouvrages et articles traitant, en totalité ou en partie, du *Römische Staatsrecht* et de la méthode juridique de Mommsen. On en a donc exclu les titres consacrés aux autres aspects de son œuvre, et particulièrement à la *Römische Geschichte* (dont on trouvera la liste des comptes rendus dans A. Wucher, *Theodor Mommsen*, p. 230 sq. citée plus bas, sauf lorsque y sont traitées les questions de méthode ou de sources qui peuvent intéresser la conception du *Droit public romain*). Sont également exclues les biographies purement anecdotiques, sauf les deux premiers volumes de L. Wickert, qui contiennent quelques aperçus sur la formation de Mommsen.

- G. Boissier, l'Allemagne contemporaine (III Th. Mommsen), in *Revue des deux mondes* 98, 1872, p. 798 sq.
- G. Freytag, Th. Mommsen und sein römisches Staatsrecht, in : *Im neuen Reich* 2/1 (1872), p. 913 sq.
- J. Bernay, «Die Behandlung des römischen Staatsrechtes bis auf Theodor Mommsen», *Deutsche Rundschau* 2, 1875, p. 54 sq. = J. Bernay, *Gesam. Abhandl.* II, 1885, p. 255 sq.
- L. Lange, *Römische Alterthümer*, 3e éd., Berlin, 1876, I, avant-propos.
- E. de Ruggiero, *Studi sul diritto pubblico romano da Niebuhr a Mommsen*, Florence, 1875.
- E. Herzog, *Geschichte und System der römischen Staatsverfassung*, Leipzig, 1884-1891, vol. I, introduction, p. XXXIV sq.
- L. Lange, c.r. du *Staatsrecht* I, in *Kleine Schriften aus dem Gebiete der klassischen Altertumswissenschaft* II, Göttingen 1887, p. 154 sq.
- J.B. Mispoulet, c.r. du *Droit public romain*, traduit sur la 1e éd. allemande par P.F. Girard, 1887. NRHD 1888, p. 647 sq.
- E. Esmein, c.r. du *Droit public romain*, trad. P.F. Girard, tome I, 2e éd., NRHD 1893, p. 693 sq.
- O. Hirschfeld, Mommsen (Rede zum 80. Geburtstag 1897), in *Der Zeitgeist-Beiblatt zum Berliner Tageblatt*.
- C. Bardt, *Th. Mommsen*, Berlin 1903.

- V. Scialoja, T. Mommsen, in *Rendiconti dell'Accademia dei Lincei* V/12, 1903, p. 455 sq.
- E. Costa, T. Mommsen, Bologna, 1904.
- G. de Sanctis, T. Mommsen, in *Riv. Fil. Classica* 32, 1904, p. 214 sq.
- O. Gradenwitz, Th. Mommsen, in *ZSS, Roman. Abteil.*, 25, 1904, p. 1 sq.
- O. Hirschfeld, Gedächtnisrede auf Th. Mommsen (1904), in *Kleine Schriften*, Berlin 1913, p. 931 sq.
- C. Jullian, Mommsen, in *Rev. Hist.*, 84, 1904, p. 113 sq.
- L. Mitteis, *ZSS, Roman. Abteil.*, 24, 1904, p. V sq.
- E. Schwartz, Rede auf Th. Mommsen, in *Nachr. d. Gesellschaft d. Wissenschaften zu Göttingen*, fasc. I, 1904.
- L. Wenger, Th. Mommsen, in *Allg. österr. Gerichtszeitung*, 1904, n° 5 et 6.
- L. Hartmann, *Th. Mommsen-Eine biographische Skizze*, Gotha 1908.
- E. Meyer, Th. Mommsen (1903), in *Kleine Schriften*, Halle 1910, p. 539 sq.
- R. Stinzinger - E. Landsberg, *Geschichte der deutschen Rechtswissenschaft*, III, 2, Munich 1910, p. 866 sq.
- R. v. Pöhlmann, Th. Mommsen, in *Aus Altertum und Gegenwart*, 2e éd., Munich 1911, p. 330 sq.
- A. Stein, Th. Mommsen, in *Vergangenheit und Gegenwart* III (1918), p. 55 sq.
- U. v. Wilamowitz, Th. Mommsen, in *Sokrates*, 1918, p. 1 sq.
- W. Weber, *Th. Mommsen - Zum Gedächtnis seines 25. Todestages*, Stuttgart, 1929.
- L. Wickert, Mommsen und Borghesi, in *Concordia decennalis - Festschr. der Univ. Köln aus Anlass des 10. Bestehens des Deutsch-italianischen Kulturinstituts*, Cologne 1941, p. 261 sq.
- L. Wickert, l'illustre Maestro - Zum Th. Mommsen 125. Geburtstag, in *Deutschlands Erneuerung* 26, 1942, p. 523 sq.
- E. Meyer, *Römische Staat und Staatsgedanke*, Zürich et Stuttgart, 1948.
- A. Momigliano, c.r. d'E. Meyer, *Römischer Staat und Staatsgedanke*, in *JRS* 39, 1949, p. 155 sq. = *Contributo alla storia degli studi classici*, Rome 1955, p. 395 sq.
- E. Meyer, Th. Mommsen in Zürich (1852-1854), in *Schweizer Beiträge zur allg. Geschichte* 12, 1954, p. 99 sq.
- L. Wickert, *Th. Mommsen - Lebendige Gegenwart. Gedächtnisrede zum 50. Todestage*, Berlin-Dahlem, 1954.
- H. Bengtson, Th. Mommsen, in *Die Welt als Geschichte* XV, 1955, p. 87 sq.
- A. Momigliano, *Ancient History and the antiquarians* (1950) = *contributo alla storia degli studi classici*, Rome 1955, p. 67-104.
- A. Heuss, *Th. Mommsen und das 19. Jahrhundert*, Kiel, 1956.

- A. Wucher, *Theodor Mommsen. Geschichtsschreibung und Politik*, Zürich, Berlin, Frankfurt, 1956.
- L. Wickert, *Theodor Mommsen. Eine Biographie I. Lehrjahre, 1817-1844*, Frankfurt 1959.
- A. Momigliano, c.r. d'A. Heuss, *Th. Mommsen und das 19. Jahrhundert* (citè ci-dessus), in *secondo contributo*, Rome 1960, p. 421 sq.
- W. Kunkel, c.r. Wickert, *Theodor Mommsen I*, *ZSS, RA*, 78 (1961), p. 521 sq.
- F. Sartori, Mommsen storico e politico, in *Paidéia*, XVI, 1961, p. 3 sq.
- A. Heuss, Verfassungsrecht und Ideologie, in *Synthesele Arancio Ruiz*, I, Naples 1964, p. 340-48.
- L. Wickert, *Theodor Mommsen, II Wanderjahre (Frankreich und Italien)*, Frankfurt, 1964.
- Santo Mazzarino, Storia e diritto nello studio delle società classiche, in *La storia del diritto nel quadro delle scienze storiche*, Florence 1966, p. 39-69.
- A. Heuss, Niebuhr und Mommsen. Zur wissenschaftsgeschichtlichen Stellung Mommsens, in *Antike u. Abendland*, 14, 1968, p. 1-18.
- W.D. Fritz, Theodor Mommsen, Ludwig Traube und Karl Strecker Mitarbeiter der *Monumenta Germaniae Historica, Altertum* XIV, 1968, p. 235-244.
- Cl. Nicolet, Préface à *l'Histoire Romaine de Mommsen*, Club Français du Livre, Paris, 1970, p. XXIII-LV.
- P. Roehle, *Digestorum Editio maior* und Theodor Mommsen, *BIDR* 73, 1970, p. 19-34.
- G. Lobrano, Fondamento e natura del potere tribunitio nella storiografia giuridica contemporanea, *Index* 3, 1972, p. 235 sq.
- P. Catalano, *Populus Romanus Quirites* (ch. 1, p. 41 sq.), Turin, 1974.
- A. Heuss, Theodor Mommsen und die revolutionäre Struktur des römischen Kaisertums, in *Aufstieg und Niedergang* II, 1, 1974, p. 77-90.
- A. Angelini, Lo Staatsrecht nell'epitolario Mommsen-Wilamowitz, in *SDHI* 1975, p. 363-390.
- J. Bleicken, *Lex Publica* (ch. I : «Kritik der Staatslehre von Th. Mommsen», p. 16-50), Berlin, 1975.
- A. Fraschetti, Th. Mommsen e il «metodo combinatorio», *Helikon* 5-16, 1975-1976, p. 253-279.
- K. Christ, Theodor Mommsen und die «Römische Geschichte», in vol. 8 de la *Römische Geschichte*, rééd. Munich, 1976.
- G. Liberati, Mommsen e il diritto romano, in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, 6, 1976.
- G. Lobrano, Note su «diritto romano» e «scienze di diritto pubblico» nel XIX secolo, *Index* 7, 1977, p. 70 sq.
- J. Bleicken, *Staat und Recht in der römischen Republik*, Wiesbaden 1978.

- J. Beranger, Mommsen et l'Histoire Auguste, in *Beiträge zur Historia-Augusta Forschung*, H.A. Colloquium, Bonn 1980, p. 1-16.
- O. Motte, Camille Jullian, élève de Mommsen à l'Université de Berlin, *Ius commune* IX (Max Planck Institut für Europäische Rechtsgeschichte, Frankfurt), 1980, p. 315-453.
- K. Christ, Theodor Mommsen und sein Biograph, *Hist. Zeitschr.* 1981, p. 363 sq.
- A. Fraschetti, Per Bartolomeo Borghesi: antiquari e atecnici nella cultura italiana dell'ottocento, in *Bartolomeo Borghesi. Scienza e libertà. Colloquio internazionale AIEGL* Bologna, 1982, p. 135 sq.
- J. Scheid, Le projet français d'un recueil général des inscriptions latines, in *Bartolomeo Borghesi. Scienza e libertà*, op. cit., p. 337-353.
- F. Grelle, Stato e province nell'analisi mommseniana: dalla Schleswig-Holsteinische Zeitung alla Römische Geschichte, in *quadern di storia* 19, 1984, p. 81-108.

AVERTISSEMENT DU TRADUCTEUR

Le tome premier de la traduction française du *Droit public romain* de M. Théodore Mommsen a paru au début de 1887. Peut-être ne sera-t-il pas inutile d'expliquer simplement et franchement les raisons qui déterminent à en donner une nouvelle édition au bout de cinq ans, assurément avant le temps où l'eussent réclamé de pures considérations commerciales.

Quand le tome I de cette traduction a été publié, l'ouvrage de M. Mommsen déjà arrivé à sa pleine célébrité, déjà parvenu à sa seconde édition allemande, ne se composait que de deux livres consacrés à la théorie générale de la Magistrature et à l'étude particulière des diverses magistratures. Le livre troisième, relatif au Peuple et au Sénat, était seulement annoncé comme devant paraître à une date indéfinie. Depuis lors, l'illustre auteur a achevé son œuvre par les volumes du peuple et du sénat, publiés à bref intervalle il y a tantôt quatre ans. Mais, avec la rare conscience qu'il apporte à tous ses travaux, il ne s'est pas contenté de juxtaposer matériellement cette construction nouvelle

Senato della Repubblica - Archivio Storico

LE PROBLÈME DU QUORUM SÉNATORIAL À ROME SOUS L'EMPIRE

par

André CHASTAGNOL

Nous partirons d'un passage de l'*Histoire Auguste* (*Vita Alexandri Severi*, 16, 1) qui a été souvent discuté, depuis les observations faites à son sujet par Karl Hoenn en 1911¹. Le dernier commentateur a été, sauf erreur, Johannes Straub en 1963².

Le texte lui-même concerne en fait le Conseil impérial et ne mentionne l'Assemblée sénatoriale que par le biais d'une incidente allusive : *Leges de iure populi et fisci moderatas et infinitas sanxit neque ullam constitutionem sacravit sine viginti iuris peritis et doctissimis ac sapientibus viris isdemque disertissimis non minus quinquaginta, ut non minus in consilio essent sententiae, quam senatusconsultum conficerent*. « Il consacra d'excellentes et innombrables lois aux droits du peuple et du fisc, mais ne promulguait (jamais) une constitution sans la présence de vingt juristes ainsi que d'hommes très doctes et sages et aussi très éloquents au nombre d'au moins cinquante, en sorte qu'il ne reçoive pas moins d'avis en son Conseil qu'il n'y en a lorsqu'il s'agit de faire un sénatusconsulte. »

Laissons de côté pour l'instant l'indication finale relative au quorum sénatorial. Car c'est la composition du Conseil qui retient en premier lieu l'attention. L'auteur, le pseudo-Aelius Lampridius, ne précise pas ce qu'était auparavant le *consilium principis* ; le fait nouveau serait que, comme pour le Sénat, Sévère Alexandre aurait institué une sorte de quorum pour l'adoption des constitutions ; l'empereur est certes le responsable de la législation, les conseillers n'ont que voix consultative ; encore faut-il qu'au moment de cette consultation le Conseil comprenne au moins un nombre de membres préalablement fixé. Selon l'interprétation traditionnelle, qui s'appuie

¹ K. Hoenn, *Quellenuntersuchungen zu den Viten des Heliogabalus und des Severus Alexander im Corpus der Scriptores Historiae Augustae*, Leipzig, 1911, p. 91.

² J. Straub, *Heinische Geschichtsapologetik in der christlichen Spätantike. Untersuchungen über Zeit und Tendenz der Historia Augusta* (« Antiquitas », R. 4, B. 1), Bonn, 1963, pp. 41-43.

sur le sens apparent d'une texte latin passablement alambiqué, ce chiffre serait de soixante-dix: vingt juristes et cinquante hommes sages. Contrairement à une exégèse trop fréquente, le texte, pris comme il est, ne dit nullement que les cinquante *doctissimi* doivent être des sénateurs². On sait du reste que le Conseil comprenait un assez grand nombre de chevaliers, qui n'étaient pas uniquement des juristes; parmi ces derniers figurait Ulpien au début du règne³. Le nombre de soixante-dix conseillers est déjà très élevé, si on le compare par exemple à l'effectif du temps de Marc-Aurèle, car, dans une séance de 177, il comprenait seulement douze membres: six sénateurs et six chevaliers⁴. Il est vrai que l'effectif général dans lequel on pouvait pour chaque séance devait être nettement plus important. Certes, il est permis de penser que l'effectif du Conseil s'est accru à l'époque des Sévères, du fait que cet organisme, servant en même temps de tribunal impérial, a pris de plus en plus d'importance avec l'extension de la *cognitio* et de la juridiction d'appel ou de première instance réservée à l'empereur. On pourrait donc admettre, à titre d'hypothèse, que le Conseil ait effectivement compté soixante-dix membres au total; il demeure beaucoup plus difficile de penser que ce chiffre de soixante-dix représente seulement un quorum, laissant supposer que l'effectif complet du Conseil devait être alors beaucoup plus important. Nous sommes ainsi amenés à considérer que cette notice trop précise est pure fiction, présomption fortifiée par le caractère très romancé des passages qui la précèdent et la suivent.

Une telle conclusion reste valable si l'on préfère pour ce texte de toute manière ambigu une interprétation différente selon laquelle le Conseil comprendrait en tout cinquante membres, censés être globalement des sages, parmi lesquels est mise en valeur en premier lieu la présence de vingt juristes. Le chiffre total serait alors plus vraisemblable; lui non plus n'impliquerait pas une proportion précise entre chevaliers et sénateurs, et, bien entendu, le passage ainsi compris ne saurait vouloir dire que le chiffre de cinquante représentait un quorum supplantant un nombre de conseillers plus élevé.

Or il se trouve que Dion Cassius et Hérodien ont tous deux fait également allusion, mais d'une manière fort différente, à la composition du Conseil mis en place par Julia Mamaea en 222, au début du

² Cf. A. Jördé, *Études critiques sur la vie et le règne de Sévère Alexandre*, Paris, 1923, p. 25: « Il n'est pas douteux qu'en raison des préférences de Sévère Alexandre, les cinquante notables ne soient pris dans le Sénat: les sénateurs ont donc la majorité dans le Conseil, et ainsi s'efface l'antagonisme entre le Sénat et le *consilium principis*. Les décisions du Conseil, discutées et votées par cinquante sénateurs au moins, peuvent se confondre avec de véritables *senatus-consulta*, dont le vote ne requiert pas plus de sénateurs présents. On s'explique que l'auteur de la *Vita* ait en une même phrase rapproché la composition du Conseil et la règle de validité des *senatus-consulta*. » Le raisonnement, trop habile, paraît quelque peu forcé.

³ *Alex. Sev.*, 28, 4 et 51, 4: Dio, 80, 1 (éd. H. Cary, Loeb, IX, 1969, p. 478); *Éutr.*, 8, 23. Cf. H. Syme, *BAHAC 1968-1969* (1970), pp. 113-115; Id., *Emperors and Biography*, Oxford, 1971, pp. 147-149; G. Cella, *ANRW*, II, 15 (1976), pp. 765-767.

⁴ *A.E.*, 1971, 534 = *J.R.M.*, 94. Cf. W. Seston et M. Euzennat, *CRAI*, 1971, pp. 468-490.

règne personnel de Sévère Alexandre. Dion, d'après le résumé qu'en donne Zonaras, nous apprend que l'impératrice-mère fit appel à des hommes sages (*oioi*) pour qu'ils servent de modèles au jeune prince, et qu'elle leur adjoignit comme conseillers les sénateurs les plus vertueux⁵. L'historien divise bien, comme l'*H.A.*, les conseillers en deux catégories, mais les sages sont dans le second groupe dans la *Vita*, dans le premier chez Dion. Hérodien évoque la même réforme en deux passages. Le premier parle d'un conseil de seize membres choisis parmi les sénateurs se recommandant par leur âge et leurs mérites⁶; comme John Crook l'a bien vu, ce n'était pas là l'effectif total du Conseil puisque, à côté des sénateurs, il y avait dans le Conseil des chevaliers, parmi lesquels Ulpien⁷. On a donc alors seize sénateurs, au lieu de six par séance en 177; si la même proportion était maintenue entre sénateurs et chevaliers, le Conseil de Sévère Alexandre compterait trente-deux membres. Le second passage nous montre que les sénateurs membres du Conseil furent chassés par Maximin lorsque ce dernier prit le pouvoir en 235, et laisse entendre que ces conseillers étaient choisis par l'Assemblée sénatoriale elle-même⁸. On se rend ainsi mieux compte des sources dont l'*H.A.* a pu disposer, Hérodien surtout peut-être, et des déformations qu'elle leur a fait subir. L'effectif du Conseil ne s'élevait certainement pas à soixante-dix membres, et l'idée qu'il ait pu y avoir un quorum élevé dans un organisme nommé directement par l'empereur et consulté par lui à la demande, sans qu'il ait été tenu par ses avis, est difficilement croyable. Un quorum se justifie seulement lorsqu'il y a un vote et une décision relevant des votants, ce qui n'est justement pas le cas des séances politiques auxquelles le texte fait allusion puisqu'il s'agissait selon lui de la préparation des constitutions impériales. C'est uniquement dans le cas où le Conseil siègeait en tribunal, au moment du verdict, qu'un quorum aurait pu être exigé.

Un point peut être considéré comme certain dans cette description du Conseil: c'est qu'elle contient des reminiscences de Suétone. Selon ce biographe, Tibère prit pour conseillers ses vieux amis et familiers et leur adjoignit vingt parmi les plus éminentes personnalités de Rome: *super veteres amicos ac familiares viginti sibi e numero principum civitatis depoposcit velut consilarios in negotiis publicis*⁹. Le chiffre de vingt pour l'une des deux catégories peut fort bien venir

⁵ Zon., XII, 15, p. 571 = Dio, éd. Boissonade, III, p. 477, fr. 2 = éd. Cary, IX, p. 488.

⁶ Hérod., 6, 1, 2 (éd. C.R. Whitaker, II, p. 73).

⁷ J. Crook, *Consilium principis. Imperial Councils and Counsellors from Augustus to Diocletian*, Cambridge, 1955, pp. 86-88.

⁸ Hérod., 7, 1, 3 (éd. Whitaker, II, p. 159).

⁹ Suét., *Tib.*, 55, 1. Cf. C. Lécrivain, *Études sur l'Histoire Auguste*, Paris, 1904, p. 214. Dion, 53, 6, 45, nous apprend qu'en 27 av. J.-C. Auguste institua un Conseil de quinze membres tirés au sort tous les six mois dans le Sénat, auxquels s'ajoutaient des magistrats de l'année, afin de préparer les projets à présenter ensuite dans le Sénat: c'est ce conseil des quinze qui, selon Dio, 56, 23, 2-3, fut remplacé en 13 ap. J.-C. par vingt conseillers annuels, renforcés par des magistrats et des membres de la famille impériale, avec la même charge.

de là. La Vie de Néron fournit un autre parallèle : *Quotiens autem ad consulandum secederet, neque in commune quicquam neque propriam deliberabat, sed conscriptas ab uno quoque sententias tacitus ac secreto legens quod ipsi libuisset perinde atque pluribus idem videretur pronuntiabat*¹¹. Cette fois, c'est avec la phrase qui suit dans l'H.A. que le rapport est le plus étroit, même si l'on note des divergences plus ou moins apparentes dans la formulation : *et id quidem ita ut iretur per sententias singulorum ac scriberetur, quid quisque dixisset, dato tamen spatium ad disquirendum cogitandumque, priusquam dicerent, ne incogitati dicere cogerentur de rebus ingentibus* (Alex. Sev., 16, 2)¹². Enfin, la Vie d'Auguste emploie le verbe *conficere* dans l'allusion qu'elle fait au quorum à propos de la commission sénatoriale mise en place pour les mois de septembre et d'octobre : *Sauit neve Septembri Octobri mense ullos adesse alios necesse esset quam sorte ductos, per quorum numerum decreta confici possent* (Aug., 35, 3). L'influence de Suétone est diffuse, ne l'oublions pas, dans toute l'H.A.

II

Attachons-nous maintenant plus précisément à la question du quorum sénatorial, c'est-à-dire du nombre minimum de sénateurs nécessaire pour que le vote d'un sénatusconsulte soit valable. La façon même dont l'H.A. traite de la question, avec la répétition de *non minus*, démontre que, pour elle, ce quorum est de cinquante et non pas, comme certains ont pu le croire¹³, de soixante-dix, et cela quelle que soit, parmi les deux interprétations possibles concernant la composition du Conseil, celle que l'on adopte.

Il convient de passer en revue les indications que l'on a par ailleurs sur ce sujet. Sans prendre position sur la question de savoir dans quels cas un quorum était prévu sous la République dans le Sénat, nous nous attacherons seulement aux témoignages qui signalent un quorum et le nombre minimum de sénateurs nécessaire. Le premier de ces témoignages, chronologiquement parlant, nous est fourni par l'inscription de l'Ager Teurinus (Tiriolo, en Bruttium) qui reproduit le texte du *Senatusconsultum de Bacchanalibus* en 186 av. J.-C. : *ut ei senatus nosse decerneret, dum ne minus senatoribus*

¹¹ Suet., Nero, 15.

¹² Cf. C. Lévain, op. cit., p. 214, avec les observations de W. Thiele, *De Severo Alexandro imperatore*, Berlin, 1909, p. 11; K. Hoern, op. cit., p. 91; A. Jarry, op. cit., pp. 22-23.

¹³ Ainsi, Cassaubon, éd. de Leyde, 1621, p. 905; Mommsen, *Staatsrecht*, III, p. 990, n. 4 = *Le droit public romain*, VII, p. 181, n. 2; P. Lambrechts, *La composition du Sénat romain de Septime Sévère à Dioclétien* (Dissert. Fannon, 1, 6), Budapest, 1937, p. 93. Mais voir la bonne solution dans A. Jarry, op. cit., p. 25; F. de Martino, *Storia della Costituzione romana*, 2^e éd., t. IV, 1, Naples, 1974, p. 574, n. 82.

*C adesent quom ea res cosoleretur*¹⁴. Tite-Live confirme cette donnée : *cum senatu centum non minus essent* (XXXIX, 18, 9). On voit ainsi que, dans la première partie du 1^{er} siècle avant notre ère, le quorum, dans ce cas particulier, était de cent, alors que l'effectif total du Sénat était probablement déjà de trois cents membres¹⁵. On relève surtout que la fin du texte de l'H.A. apparaît dans son libellé très proche de celui de Tite-Live, avec une transposition du Sénat au Conseil : *ut non minus in consilio essent sententiae, quam senatusconsultum conficerent*.

Or, un quorum différent, de cent cinquante et non plus de cent, est noté par Tite-Live quatorze ans plus tard, mais il s'agissait alors non d'un sénatusconsulte à valeur législative, mais d'une résolution à prendre au sujet d'une grande fête votive ; en 172 en effet, « un consul fit voter de donner des jeux et de dépenser pour les offrandes la somme qu'aurait fixée par décret le Sénat avec un quorum de cent cinquante membres : *vovit consul ludos fieri donaque dari, quanta ex pecunia decrevit senatus, cum centum et quinquaginta non minus adessent* (XLII, 28, 9). C'est que le quorum normal du tiers des sénateurs inscrits ne s'appliquait pas dans toutes les circonstances ; comme on le constate, lorsqu'il s'agissait d'un cas un peu particulier, on pouvait admettre un chiffre plus faible ou plus élevé, et il appartenait au magistrat qui présidait l'Assemblée, ici celui qui était l'auteur du vote, de fixer le taux lors de la convocation. Dion Cassius nous confirme d'ailleurs qu'encore à l'époque d'Auguste et ensuite pendant toute l'époque du Haut-Empire, le montant du quorum n'était pas uniforme et variait selon la nature des questions traitées¹⁶. C'est seulement pour le vote des décrets législatifs qu'une règle stable paraît avoir été établie, au moins dans quelques cas précis.

Nous avons ensuite des informations un peu plus nombreuses pour l'époque claudienne, plus précisément pour la période où, de la dictature de Sylla à celle de César, l'effectif légal de l'Assemblée fut de six cents membres. Le seul chiffre qui soit alors fourni, par un passage d'Asconius, est de deux cents, ce qui est conforme à la règle du tiers des inscrits ; il s'agissait des modalités prévues, en 67 av. J.-C., par la *Lex Cornelia de privilegiis* lorsqu'on accordait des exemptions aux restrictions légales pesant sur les individus : *tum Corneliis ita ferre rursus coepit, ne quis in senatu legibus solveretur nisi CC adfuissent*¹⁷. Nous apprenons au reste, notamment par Cicéron, que le nombre des présents n'était vérifié au moment du vote que si la chose était prévue à l'avance ou si un membre le demandait, sinon

¹⁴ *C.I.L.*, II, 581, et X, 104 = *I.L.S.*, 18 = S. Riccoboni, *F.R.A.*, I, p. 280, n° 30 = *I.L.L.R.P.*, II, 511, lignes 7, 9-10 et 18-19. Traduction française dans P. Grimal, *Le siècle des Sévères. Rome et l'Occident au temps des guerres pontiques*, 2^e éd., Paris, 1973, pp. 360-361. Sur le quorum à l'époque républicaine, voir M. Bonifazi, *Le Sénat de la République romaine de la guerre d'Hannibal à Auguste*, Rome, à paraître.

¹⁵ C'est l'avis de O'Brien Moore, *R.E.*, Suppl. VI (1935), col. 767, et de A. Degrand, ad *I.L.L.R.P.*, II, p. 15, n. 8 ; *tertia pars totius senatus*.

¹⁶ *Ibid.*, 55, 3, 2. Voir *infra*.

¹⁷ Asconius, in *Cornelianum*, 51-52 (éd. Clark, Oxford, p. 59).

on n'en faisait pas le compte et le vote était acquis sans problème, sauf lorsque les présents étaient vraiment en trop petit nombre. Celui qui réclame le comptage des présents crie à l'adresse du président de séance : « *Numerati* ! »¹⁸. Déjà en 193 Tite-Live avait signalé la remise d'un vote à une séance ultérieure : *de ea re nihil temere decerni placuit, ad frequentiores consultatio dilata est*¹⁹. Cicéron nous offre un cas analogue en 51 : *In kalendis res relicta est, ne frequentiam quidem efficere potuerant*²⁰. Une autre fois, en 54, un débat fut reporté des nones d'avril aux ides de mai pour la même raison, dans la perspective d'un *frequens senatus*²¹. C'est peut-être en ces cas de report de séance que, pour obtenir plus sûrement le *frequens senatus*, on frappa d'amende les absents. Cicéron fait allusion à ces amendes qui poussaient les sénateurs à se rendre à l'Assemblée, il est vrai, en 44²², si bien que cette contrainte pécuniaire peut n'avoir été instituée que depuis la dictature de César.

Il faut attendre l'époque d'Auguste pour recueillir quelques informations complémentaires. Dion Cassius nous apprend d'abord que, dans les années qui précèdent 11 av. J.-C., le quorum était de quatre cents, chiffre énorme qui avait sans doute été fixé par César quand il avait porté l'effectif du Sénat à neuf cents membres ; on sait qu'après Actium il y avait plus de mille sénateurs. Auguste réduisit ensuite progressivement le nombre des *patres conscripti* et le porta à six cents en 18 av. J.-C., chiffre qui fut maintenu par la suite. Le quorum de quatre cents était dès lors difficile à maintenir. Il est vrai que le prince avait stipulé en même temps que la présence des sénateurs aux séances de leur Assemblée était obligatoire en principe et avait à nouveau prévu des amendes, peut-être plus lourdes que les précédentes, pour ceux dont les absences étaient nombreuses ou répétées²³. On s'explique dans ces conditions qu'il ait laissé d'abord le quorum à un niveau aussi élevé, mais il se rendit compte bientôt qu'il avait surestimé la conscience et la ponctualité des sénateurs, qui manifestaient leur mécontentement, entre autres mouvements bien connus pour cette même période, par l'absentéisme. Alors Auguste prit acte de l'évolution, et, lors de la *lectio senatus* de 11 av. J.-C., il admit que le quorum désormais obligatoire dans tous les cas, fût abaissé un peu en-dessous de quatre cents²⁴. Deux ans plus tard, en 9, toujours selon

¹⁸ Cicéron, *Ad Attic.*, 3, 4, 2 (éd. L.A. Constant, III, p. 212) : *Curandus autem hactenus ne quid ad senatum « conuocatus » aut « moneretur »* ; Festus, p. 170, s.v. « *Numerati* ». Cf. Mommsen, *Droit public*, p. 174, n. 3.

¹⁹ Tite-Live, 35, 7, 1.

²⁰ *Ad familiar.*, 8, 9, 2 (éd. L.A. Constant et J. Bayet de la « Correspondance », « Budé », IV, 1950, p. 37). (Voir aussi Dio, 30, 20, 3 en 50.)

²¹ *Ad familiar.*, 1, 9, 8 (éd. L.A. Constant, III, p. 120) : *Quia etiam Marcellinus et Philippo consulibus nonis Aprilibus nihil est senatus adessens, ut de agro Campano frequentem senatu idibus Maiis referretur*.

²² Philostrate, 1, 3, 12 (éd. P. Willems, « Budé », tome XIX des « Discours », tome XIX des « Discours », 1972, p. 60) : *conuocatus enim non pigrioribus*.

²³ Dio, 54, 18, 3 en 18 av. J.-C. Cf. aussi 55, 3, 3 en 9 av. J.-C. et 60, 11, 8 en 42 ap. J.-C.

²⁴ Dio, 54, 35, 1. Sur le mécontentement des sénateurs à cette époque, A. Chastagnol, *Revue des études classiques* de l'Institut de l'Université de Rome, 1979, II, pp. 463-476.

Dion Cassius, le prince fit fixer par une loi — sans doute un sénatusconsulte — un nouveau quorum, plus bas évidemment que le précédent et qui, comme nous le confirme l'historien, variait selon la nature des questions traitées et des séances spécialisées²⁵. Dion ne nous donne pas le chiffre précis qui fut alors retenu. Une dernière notation du même auteur nous est fournie pour l'année 6 apr. J.-C. : en raison d'une famine, il fut permis aux sénateurs de quitter Rome s'ils le désiraient, et, en conséquence, on leva pour un temps la règle du quorum « afin que leur absence ne pût empêcher les décisions d'être prises » ; tous les sénatusconsultes adoptés par ceux qui étaient restés dans la Ville et avaient assisté à la séance étaient validés quel que fût le nombre des présents²⁶. Mais c'était là une mesure de circonstance qui fut appliquée peu de temps, et l'on en revint bientôt à la pratique du quorum énoncée en 9 av. J.-C. Suétone ajoute une dernière précision, que nous avons déjà évoquée : pendant les deux mois de vacances, en septembre et octobre de chaque année, le Sénat était représenté par une commission dont les membres tirés au sort étaient en tel nombre qu'elle atteignait le quorum nécessaire pour le vote des sénatusconsultes, *per quorum numerum decreta confici possunt* (Aug., 35, 3). Nul doute que cette décision fit partie du règlement de 9 av. J.-C. dont nous parle Dion Cassius et que le quorum dont il est ici question soit précisément celui qui fut institué en cette année-là.

Ces quelques indications appellent diverses remarques. En premier lieu, Dion nous confirme que le quorum n'était pas uniforme et variait selon le type d'affaire traité. Cela nous rappelle que l'H.A. apporte ses précisions à propos de l'un ou de deux de ces types, les questions liées au fisc (cf. le titre C. Theod., X, 1 : *de iure fisci*) et celles, plus énigmatiques à première vue, concernant le peuple : *leges de iure populi et fisci* (cf. Dig., 48, 20, 1 et les *Sententiae Pauli*, V, 12), mais répétons-le, il s'agit alors des délibérations et des décisions dans le Conseil et non pas au Sénat, et, là où, en fin de phrase, le quorum du Sénat est cité, le chiffre de cinquante est signalé pour les sénatusconsultes en général, sans distinctions faites parmi eux entre diverses catégories.

D'autre part, si Dion ne donne pas le chiffre ou les chiffres constituant désormais le quorum sénatorial, nous rencontrons quelques indices par ailleurs. Nous observons — et cela s'explique précisément par cette règle du quorum — que les procès verbaux des séances et le texte officiel des sénatusconsultes notaient assez souvent le nombre des sénateurs présents, peut-être parce que, depuis le temps de César, de manière obligatoire, le comptage était fait à toutes les réunions avant le vote ; en tout cas, cette pratique fut mise en vigueur de manière stricte par Auguste en 9 av. J.-C., pour toutes les sortes

²⁵ Dio, 55, 3, 2.

²⁶ Dio, 55, 26, 2.

d'affaires, sauf lorsque l'empereur lui-même assistait à la séance²⁷. On relève ainsi 405 ou 409 présents à une séance en 23 av. J.-C.²⁸, ce qui confirme le quorum de quatre cents pour les années antérieures à 11, puis 285 présents à une autre réunion, en 19 ap. J.-C., au temps de Tibère, 383 ensuite en une circonstance semblable vers 45, sous le règne de Claude²⁹, enfin un nombre compris entre 250 et 299 en 138³⁰; on admet que, pendant les deux premiers siècles de l'Empire et même au moins la première moitié du III^e siècle, l'effectif de six cents membres a été maintenu³¹. On est dès lors amené à supposer qu'en règle générale le quorum prévu par Auguste en 9 av. J.-C. et conservé par la suite pendant l'ensemble du Haut-Empire devait être de deux cents sur six cents, ce qui réintroduisait la proportion du tiers de l'époque présyllanienne et précésarienne où il était, nous l'avons vu, de cent sur trois cents, puis de deux cents sur six cents. Cette présomption est confirmée par le sénatusconsulte de 4 av. J.-C., connu par une inscription de Cyrène, qui note que l'Assemblée chargée de procéder au tirage au sort des membres d'une commission judiciaire devra comporter au moins deux cents membres présents: *αὐθιγὰς ἐκαστοῦ τῆς βουλῆς, ὅστε μὴ ὀλιγότερον διακοσίων εἶναι*³². Nous parvenons ainsi à une conclusion à peu près assurée, au moins pour les séances les plus communes, celles consacrées aux décisions législatives et aux élections.

III

Il ressort de nos analyses précédentes que, pendant toutes les époques qui ont précédé le IV^e siècle, le quorum sénatorial a été fixé, au plus bas, à cent présents (sur trois cents) et, au plus haut, à quatre cents (sur neuf cents et, durant un court moment, sur six cents). La règle du tiers des inscrits a été la plus fréquente. De toute manière, le chiffre très bas — cinquante — indiqué dans l'H.A. n'est alors jamais signalé et se justifie fort mal dans une Assemblée qui, sous

²⁷ Cf. Dio, 55, 3, 4.

²⁸ C.J.L., VI, 3222 = F.I.R.A., I, p. 280, n° 30 = Bruns, *Fonles*, p. 164, n° 36: *Centi(m)ali, (re) (senatu) (fuerunt) CCCCV* [...]. Les abréviations L.A.F. sont explicitées par le grammairien Probus, *Litt. ling.*, 3, 21, éd. Keil des *Grammatici Latini*, t. IV (1864), p. 273.

²⁹ Sur la séance de 19, la *Tabula Silurum*, publiée par J. González, Z.P.E., 55, 1984, p. 76: *(n) (senatu) (fuerunt) CCLXXXV*. Sur celle des environs de 45, C.J.L., X, 1401 = I.L.S., 6043 = F.I.R.A., I, p. 289, n° 45: *senatusconsultum de aedificiis non diruendis, In senatu fuerunt CCLXXXIII*. Sur le sénatusconsulte suivant, en 56: *Conuere, In senatu fuerunt* [...].

³⁰ C.J.L., VIII, 2326 = 1345 = F.I.R.A., I, p. 292, n° 47: *In senatu fuerunt CCL* [...]. Cf. P. Lambrechts, *op. cit.*, p. 93.

³¹ Cf. F. Jacques, « Le nombre de sénateurs aux I^{er} et III^e siècles », *Revue de l'histoire et de l'ordre sénatorial* (Tituli, 4, Rome, 1982), I, pp. 137-142.

³² S.J.G., IX, 4, V, lignes 24-25 du sénatusconsulte = V. Ehrenberg et A.H.M. Jones, *Documents illustrating the reigns of Augustus and Tiberius*, 2^e éd., Oxford, 1935, p. 142, lignes 106-107 = K. Sherck, *Roman Documents from the Greek East, Balaiaure*, 1967, n° M, p. 176, lignes 106-107 = F. de Vischer, *Les édits d'Auguste trouvés à Cyrène*, Louvain-Paris, 1940, p. 24.

Sévère Alexandre, paraît bien comprendre encore six cents membres. On peut certes se demander si le quorum ne fut pas modifié — de façon très légère — sous le règne de Caracalla ou un peu après lorsque l'obligation du domicile romain fut levée dans la pratique et qu'un sénateur d'origine provinciale fut autorisé légalement à résider dans sa patrie, ce qui revenait à prendre son parti de l'absentéisme d'une minorité de ces provinciaux³³. Encore n'est-il nullement certain que cette nouvelle disposition se soit accompagnée d'un abaissement du quorum. Cela ne suffirait pas, en toute hypothèse, à justifier qu'on soit alors passé en une fois de deux cents à cinquante.

Un quorum réduit de manière aussi drastique à cinquante se comprend seulement soit dans une époque de grande crise, ce qui n'est pas le cas du règne de Sévère Alexandre, surtout dans la perspective offerte à son sujet par l'H.A., soit en un moment où l'effectif de l'Assemblée était notablement inférieur à six cents membres.

Or, en dehors de l'H.A., il existe un seul témoignage qui fasse référence à un quorum de cinquante : c'est la loi de Constance II C. Theod., VI, 4, 9, datant du 11 avril 356. Il est naturel que, depuis Godefroy, on ait toujours songé à mettre en parallèle ces deux documents, d'autant plus que les ressemblances textuelles entre eux sont assez évidentes. La constitution déclare de manière concise et quelque peu curieuse³⁴: *Placet, ne minus quinquaginta c[laris]im[is] veniant in senatum; certum est namque hoc nu[m]ero[rum] large abundare substantiam virtuti omnim[od]o*. « Il sied que jamais moins de cinquante clarissimes viennent au Sénat, car il est certain que par ce chiffre la nature intime des choses (?) est très abondamment pourvue de toute vertu. » On a l'habitude de dire que ce quorum de l'année 356 est seulement valable, dans ce texte, pour les séances où l'on procédait à l'élection des préteurs et des questeurs, du fait que cette constitution se trouve incluse dans le titre *De praetoribus et questoribus*; reconnaissons cependant que, isolée des autres et prise à la lettre, elle semble avoir une portée beaucoup plus générale³⁵. On l'a parfois interprétée en ce sens restreint en la comparant à la constitution du 3 mai 361, C. Theod., VI, 4, 12, de cinq ans seulement plus tardive, qui ne mentionne pas le quorum, mais précise que, parmi les membres présents lors de la désignation des préteurs par un sénatusconsulte, devaient figurer au moins dix anciens consuls ou préfets ou proconsuls (y compris Thémistius, qui a exercé une sorte de vice-proconsulat en 358-359)³⁶; on se rend compte qu'il s'agit là d'une séance

³³ Cf. A. Chastagnol, *Mélanges offerts à Léopold Sédar Senghor*, Dakar, 1977, pp. 43-54.

³⁴ Cf. G. Dagron, *Naissance d'une capitale. Les institutions de Constantinople de 330 à 453*, Paris, 1974, p. 120: « surprenante dans sa formulation ».

³⁵ En ce sens, A. Jardy, *op. cit.*, p. 23: « Rien ne prouve que le même minimum n'ait pas été également suffisant pour d'autres votes du Sénat. »

³⁶ Sur cette partie du texte, G. Dagron, *L'Empire romain d'Orient au IV^e siècle et les traditions politiques de l'hellénisme: le témoignage de Thémistius, dans Travaux et mémoires du Centre de recherche d'histoire et civilisation byzantine*, Paris, 3, 1968, p. 268, p. 216. L'interprétation donnée par H. Stern, *late*

un peu particulière et que seuls peuvent participer à l'élection — c'est ce que fait comprendre la suite du texte — ceux qui ont déjà assumé la préture ou qui se trouvent être d'un rang supérieur à cette magistrature par le bénéfice d'une *adlectio inter praetorios*. Nous sommes par suite là dans un cas très spécial où le quorum devait être plus bas qu'en d'autres occasions, mais nous ne pouvons pas affirmer que ce quorum, en 361, est de cinquante, et cela d'autant plus — nous allons y revenir — que les conditions générales dans lesquelles se meuvent ces deux textes législatifs sont fort différents à cinq de distance, entre 356 et 361.

Depuis K. Hoenn, il est souvent affirmé que l'H.A. s'est inspirée des stipulations de la loi de 356 et donc que la rédaction de la *Vita Alexandri Severi* est postérieure au règne de Constance II : c'est ce que retiennent en particulier Norman Baynes et J. Straub³⁷. Or, étant donné, ainsi que nous allons voir, que, à ce qu'il semble, le quorum de cinquante n'avait jamais été en usage avant 356 et qu'il n'est demeuré en vigueur que très peu de temps (deux ou trois ans, au plus cinq ans), nous nous trouvons contraints de penser que l'auteur de l'H.A. a eu effectivement connaissance de cette législation toute transitoire et, par conséquent, du texte même de la loi de 356 bien que cette dernière ne fût plus — et sans doute depuis longtemps — appliquée au moment où il rédigeait son œuvre.

Il est en effet un point qu'aucun des commentateurs de la loi de 356 n'a considéré. C'est qu'elle ne s'appliquait pas au Sénat de Rome, mais au nouveau Sénat de Constantinople. Promulguée en effet à Milan le 11 avril parce que l'empereur se trouvait alors en Italie du Nord, elle fut lue dans l'Assemblée le 9 mai par le proconsul Araxius³⁸. On ne saurait douter qu'Araxius était un sénateur de Constantinople et non de Rome, et qu'il fut proconsul de la ville même de Constantinople précisément en 356, comme l'ont reconnu Otto Seeck, Paul Petit, A.H.M. Jones et John Martindale, enfin, en dernier lieu, Gilbert Dagron³⁹. Le fait est d'importance, car, à cette époque, le Sénat de Rome devait compter quelque 2.000 membres pour lesquels un quorum de cinquante serait tout à fait disproportionné et invraisemblable. Au contraire, le Sénat de Constantinople, créé à mon avis en 328⁴⁰, en était encore à ses débuts : il s'est gonflé lentement peu

et destinataire de l'Histoire Auguste. Paris, 1933, p. 87, n. 8, est inexacte et forcée : il y voit un quorum de 50 sénateurs formés de 10 consulaires, 10 proconsulaires, 10 anciens préfets de la Ville (7) et 20 candidats désignés à la préture ; rien de tout cela n'est dans le texte.

³⁷ K. Hoenn, *op. cit.*, p. 91 ; N. Baynes, *The Historia Augusta: Its Date and its Purpose*, Oxford, 1926, pp. 45 et 126 ; J. Straub, *op. cit.*, pp. 42-43.

³⁸ *Dactyl. III Id(ua) April(is) Mediolano, lecta ab Araxio proconsule die VII Id(ua) Mai(ia) August(a) VIII et Iuliano Cæs(ar)e cons(ulib(us))*.

³⁹ O. Seeck, *Die Briefe des Libanius zeitlich geordnet*, Leipzig, 1906, réimpr. Hildesheim, 1960, pp. 82-83 ; P. Petit, *L'Antiquité Classique*, 26, 1957, p. 336 ; A.H.M. Jones et J. Martindale, *P.L.R.E.*, I (1971), p. 94 ; G. Dagron, *Naissance d'une capitale*, pp. 123 (n. 6), 223-226 et 303.

⁴⁰ Cf. A. Chastagnol, *Acta Antiqua Academiae Scientiarum Hungaricae*, 26, 1952, p. 344 ; Id., *Mélanges de l'École Franç. de Rome, Antiquité*, 91, 1981, pp. 397-

à peu, et l'on comprend mieux dans ces conditions un quorum de 50 à un moment où son effectif devait tout au plus approcher de plus ou moins près les trois cents membres qui nous sont attestés deux ans plus tard par Thémistius. Le philosophe, investi de sa mission de recrutement en 358-359, fit passer le Sénat, nous dit-il lui-même, de 300 membres à 2.000⁴¹. Il est par suite évident que le quorum de cinquante institué en 356, ne demeura pas valable : il était intelligible pour une assemblée de trois cents membres à peine, mais fut certainement porté à un niveau beaucoup plus élevé une fois achevée la mission de Thémistius, probablement par la grande loi organisatrice du 3 mai 361 dont nous avons évoqué le fragment relatif à la séance d'élection des préteurs, loi valable également pour le seul Sénat de Constantinople ainsi que le nom de Thémistius, qui figure dans son texte de manière expresse, le laisse pressentir au premier regard⁴².

S'il en est bien ainsi, l'auteur de l'H.A. a reporté sur le règne de Sévère Alexandre une règle de la procédure sénatoriale qui fut seulement en usage à Constantinople entre 356 et 361. Il eut donc connaissance au moins de la teneur de la loi de 356. K. Hoenn supposait qu'il écrivait après 438 et avait eu sous les yeux les constitutions regroupées dans le Code Théodosien. Une telle conclusion ne paraît pas nécessaire dans la mesure où chaque loi, dès qu'elle fut promulguée, a été rendue publique et s'est trouvée par là-même appliquée ou applicable ; l'auteur a donc pu la connaître bien avant la codification⁴³. Il est de fait qu'il s'est servi de plusieurs constitutions datant des règnes de Constance II et de Julien, quelle qu'ait été pour lui la façon dont elles sont venues à sa disposition⁴⁴. Il a ainsi utilisé une loi qui s'appliquait seulement au Sénat de Constantinople et l'a froidement transposée à une époque antérieure où le Sénat de Rome était seul à exister⁴⁵. En l'occurrence, nous sommes fondés en tout cas à considérer l'année 356 comme un *terminus post quem* pour ce passage de la *Vita Alexandri Severi*.

⁴¹ *Themist. Or. XXXIV*, 13 (éd. Dindorf, p. 456). Cf. P. Petit, *loc. cit.*, p. 330 ; G. Dagron, *L'Empire romain d'Orient*, p. 35 ; Id., *Naissance d'une capitale*, pp. 129-130 ; A. Chastagnol, *Acta Antiqua*, 26, 1957, p. 350.

⁴² G. Dagron, *Naissance d'une capitale*, pp. 133-134.

⁴³ Cf. J. Straub, *op. cit.*, p. 43 : « Eine Abhängigkeit der H.A. vom Codex Theodosianus zu postulieren, ist nicht erforderlich. »

⁴⁴ Cf., par exemple, A. Chastagnol, *BIFAC* 1977-1978 (1980), pp. 63-64 pour C. Theod., IX, 2, 1, de 362, et *Vita Carl.* 5, 2.

⁴⁵ Par exemple, selon J. Straub, *op. cit.*, pp. 145, les lois C. Theod., II, 33, 3 et 4.

Luranchi su *Foodus, ius Latii, deitas. Aspetti costituzionali della romanizzazione in Transpadana*, dalla problematica moderna e puntuale. Ma ancor più mi riferisco al volume del Geraci, *La genesi della provincia romana d'Egitto*, che già nel titolo si oppone alla dottrina tradizionale, che il Luzzatto riprende. Per questi, ricordiamo, l'Egitto non è mai stato considerato né provincia senatoria né imperiale, ma piuttosto una riserva nella quale l'imperatore aveva un potere esclusivo come continuatore dei dinasti ellenistici. Meno sicuro che tale continuità e la stessa annessione si possano legittimare col richiamo al testamento di Tolomeo Alessandro. Per il Geraci l'annessione è un fatto di conquista, in funzione spiccatamente annessionaria, e l'Egitto diventa una provincia di Roma, sia pure con particolarità statutarie. E da respingere la teoria corrente che il regime instaurato in Egitto abbia subito da parte delle ancestrali strutture monarchiche del paese condizionamenti determinanti e sia, di conseguenza, da ritenere una mera continuazione di quello dei Lagidi. Sul punto dell'annessione sarei più vicino al Geraci che al Luzzatto, che alle volte dà troppa importanza ai testamenti dei re ellenistici. Quanto al resto, le due tesi così antitetiche non sono neanche incompatibili. È naturale che nelle istituzioni locali la tradizione si mescoli con le esigenze romane e con l'evolgersi dei tempi. Ma è soprattutto questione di punti di vista. Che per gli Egizi il lontano imperatore e il più vicino prefetto appaiano un re col suo vicere o mi sembra credibile: diverso sarà magari lo spirito col quale si rivolgono al nuovo sovrano gli abitanti della *χώρα*, più pronti all'ubbidienza, ed Alessandrini ed Ebrei, più irrequieti e ribelli. Che Augusto pensi di tenere per sé l'Egitto, tenendo lontani i senatori e i cavalieri illustri, è altrettanto credibile. Ma non lo è che questa sua intenzione vada decodificata a Roma, in un clima di potere faticosamente conquistato e costituzionalmente equivoco. Il suo atteggiamento di abile politico sarà la stessa che gli permetterà di scrivere nelle *Res Gestae*: *Aegyptum imperio populi Romani adiecit*.

L'interesse dello storico del diritto, che lo porta a sfogliare immediatamente il libro del Luzzatto, lo porta anche, per il momento, a trascurare il libro del Mansueti. Ma se dovrà studiare specifici problemi delle province si avvicinerà anche a questo, che per province singole o gruppi di province gli fornisce tutta una serie di preziosi dati che riguardano la rete stradale e le comunicazioni, l'urbanizzazione, la cultura nei suoi diversi aspetti, letterari, scientifici, artistici. Sono tutti quei dati che permettono di ricostruire una provincia nella sua realtà geografica, urbana, sociale, economica, sulla quale fondare una più rigorosa ricostruzione giuridico-amministrativa. I punti sui quali, al termine della sua minuziosa analisi, il Mansueti si sente di fare un consuntivo sono, per sua espressa dichiarazione, i seguenti:

1) Il contributo romano alla conoscenza geografica, visto come complementarizzazione della ricerca scientifica e della diretta acquisizione di dati sulle condizioni fisiche e antropiche.

2) La politica di urbanizzazione (e d'intervento nei tessuti urbani) intesa come profilo storico di una programmazione organica, dai suoi primi accenti dell'epoca gracciana alle opere di consolidamento e restaurazione dell'età tetrarchica.

3) Gli aspetti religiosi precristiani, in quanto denotativi di fisionomie culturali radicate negli strati di supporto della romanizzazione e di un aspetto della circolazione culturale che contribuisce alla conoscenza della convivenza romana nella varia gerarchia dei suoi livelli.

4) La cultura artistica, letteraria, filosofica e la ricerca scientifica al di fuori delle categorie tradizionali e specialistiche, ma vista nei suoi aspetti soprattutto come definizione dei settori in stad e in sviluppo, dei centri motori della rappresentatività e dell'avanzamento e infine del contributo provinciale alla vita culturale di Roma.

Ad essi egli dedica una densa conclusione, osservando, peraltro, che i problemi si potrebbero pure ridurre ad uno solo, del significato storico della civiltà del mondo romano, che è quanto dire della libertà critica di principio e della consistenza delle dicotomie o poltomie su cui ordinariamente si fonda lo studio di quella civiltà e dei suoi aspetti. Aggiungerò che anche per lo storico del diritto, davanti alla progressiva romanizzazione dell'impero, nella quale s'inseriscono e si contemporano gli apporti provinciali, si va perdendo il senso della dicotomia tra Roma e le province.

Mario Amelotti

A PROPOSITO DELLA RISTAMPA DEL 'DROIT PUBLIC ROMAIN' DI MOMMSEN *

1. - In questi ultimi decenni si è avuto gran fervore di studi in campi che, dal diritto criminale alle strutture organizzative, dal pensiero pubblicistico alla costituzione e in generale al diritto pubblico, avevano attirato solo eccezionalmente l'attenzione dei romanisti, acquietati piuttosto dalle grandi sistemazioni

* *Théodore MOMMSEN - Le droit public romain*, tomes I-VII, trad. P.F. GRAND, Paris, Ed. Thorin éd. [I, pp. XXXVI-436; II, pp. 403 (1882); III, pp. 387 (1883); IV, pp. 477 (1884); V, pp. IV-496 (1886); VI, 1, pp. IV-481 (1889); VI, 2, pp. 494 (1889); VII, pp. 514 (1891)], Réimpression, Diffusion De Boccard, Paris 1984 (I-V), 1985 (VI, 1-2, VII), con un 'avant-propos' di C. NICOLLEY ed un saggio di Y. THOMAS, *MommSEN et l'histoire du droit*: LAPAN, V, 8, 124-52, 1980.

mommseniane. Grazie a ricerche, motivate da una più matura coscienza storiografica¹, dalla più ampia documentazione p. es. epigrafica e archeologica², ma spesso anche da riflessioni sul nostro tempo³, si è avviata una programmatica revisione dell'intero complesso delle esperienze pubblicistiche romane, di cui l'atteso Manuale del Kunkel e dei suoi collaboratori, diretto non tanto a aggiornare quanto a sostituire lo *Stoetrecht* di Mommsen, rappresenterà certamente un risultato importante. Ma anche quegli studiosi che, ribadendone talune posizioni, preferiscono star fermi all'insegnamento mommseniano, non hanno mancato, alla luce delle attuali discussioni, di verificarne nuovamente le ragioni. Si è dunque ormai lontani, in omaggio, del resto, all'affermazione dello stesso Maestro ("wir würden üble Schüler sein, wenn wir nicht darüber hinaus gelernt hätten"⁴) da accezioni acritiche e ripetitive di quell'insegnamento.

Il quale è sostanzialmente affidato, appunto, al *Römisches Stoetrecht*⁵, opera - scriveva l'autore in una lettera al Wilamowitz al momento della pubblicazione del III volume - "in der doch ein Leben steckt" e della quale lo studioso che forse più di ogni altro ha diversamente orientato le successive prospettive di ricerca, M. Gelzer⁶, poteva dire che solo partendo da qui e discutendolo è a tutt'oggi possibile indagare scientificamente lo stato romano⁷.

¹ Per qualche indicazione v. Latte, 19, 1973, 365.

² Si pensi, p. es., all'iscrizione di Satricum.

³ P. es. G. LUGAZZI, *Stati Stordici*, 4, Milano 1963, 239 ss.

⁴ Con riferimento all'opera di W.A. Becker: MOMMSEN, *Vorwort* alla 1^a ed. del vol. I (rist. 3^a ed., J. Graz 1932, VII).

⁵ 1^a ed. del vol. I: 1871; 1^a ed. del vol. III, 2: 1898; rist. (e 4^a ed.) Graz 1932-1933. Si aggiunga J. MALRYZ, Th. Mommsen, *Römisches Stoetrecht. Stellenregister*, München 1979. - Quanto si dice nel testo è particolarmente vero per l'ambito francofono, al quale non può dirsi familiare (cfr. THOMAS, Mommsen et l'«*École*» de droit, l. c.) l'abito des *Römisches Stoetrecht*, Leipzig 1933, 1907². Lo stesso non è per l'ambito italiano, grazie alla traduzione bonfantiana del 1903 (pubbl. 1907) ed alla sua rappresentazione con modifiche ad opera di Arango-Irujo nel 1943 (non: 1949, Thomas), con ulteriore ristampa (CELUG, Milano) nel 1973. A tener conto, inverso, dell'abito, si chiariscono bene, nel loro carattere strumentale, talune rigide impostazioni concettuali del Mommsen. A titolo d'esempio v. *Disegno del diritto pubblico romano*, 233 s., che discute in *Costituzione romana e crisi della repubblica* a cura di G. Crifò, Napoli 1966 (un volume che raccoglie gli atti del convegno di Perugia sull'opera di E. Betti, *Le crisi della repubblica e la genesi del principato in Roma* a cura di G. Crifò, Roma 1962 e nel quale si troveranno materiali di notevole interesse storiografico sui problemi della «costituzione» e del «diritto pubblico» romani).

⁶ Il quale si era contrapposto esplicitamente, fino dalla prefazione del lavoro del 1912 sulla *mobilitas*, al modo in cui Mommsen concepiva lo stato romano: cfr. J. BLEICKEN - Ch. MEIER - H. STRASSBURGER, *Matthias Gelzer und die römische Geschichte*, Kallmünz 1977.

⁷ *Gnomon*, 23, 1953, 486 (rec. alla ristampa dello *Stoetrecht*).

2. - Si dispone ora d'una ristampa anastatica della traduzione francese che dello *Stoetrecht* fu fatta da un romanista della statura di P.F. Girard¹. Si tratta di un'iniziativa di grande rilievo, che sembra dovuta più all'interesse degli antichisti che non a quello dei romanisti. Ma, molto opportunamente, è appunto a un romanista, Y. Thomas, che è stato affidato il compito difficile di tentare un inquadramento storico, a riconoscimento che l'auspicabile soluzione della tradizionale frattura tra 'storia' e 'diritto' non significa ignorare la specifica logica e il carattere di lunga durata propri degli istituti giuridici² e dunque la necessità di un approccio tecnico non sostituibile da generiche riconduzioni alla sfera dell'economico-sociale e del politico³. Lo stesso Mommsen, del resto, la cui intera attività era rivolta al superamento della frattura⁴, paradossalmente (almeno agli occhi di osservatori non avvertiti) aveva contribuito con la sua 'scientificizzazione' dell'esperienza pubblicistica romana a costruire un sistema di diritto pubblico che con la storia sembrava aver poco a che fare, se p. es. i casi concreti testimoniati dalle fonti venivano presi in considerazione in quanto interpretabili come paradigma di una normatività prestabilita e attuazione di principi che non risultavano espressi⁵.

Ma il paradosso e la contraddizione erano solo apparenti, come ben sappiamo. Per non dire di un elemento d'interpretazione generale, che non credo solo esterno e che non mi risulta mai preso in considerazione, vale a dire le dediche dei volumi, rispettivamente, per il I, al capo riconosciuto del liberalismo, Gustav Freytag, per il II, ad Adalbert Deibüch, l'amico e consulente finanziario, per il III, a Eduard Zeller, il grande storico della filosofia, nonché il fatto che, tra i collaboratori pubblicamente ringraziati, l'unico giurista fosse A. Pernice⁶. Tutto ciò mi parrebbe rivelatore d'una esplicita convinzione, per la quale il 'giurista' Mommsen⁷ consapevolmente costituiva il proprio conclusivo lavoro

¹ E ciò a partire dal 1887. La traduzione attuale è invece condotta sulla 3^a ed. tedesca per i tomi I-V e sulla prima per i tomi VI, I-2 e VII.

² Indicazioni in merito in *Interpretazione e cambiamento* a cura di G. GALLI, Torino 1965, 58 ss.

³ Mi pare del tutto da condividere l'osservazione critica del Thomas (p. n. 36) da un lato sull'autonomia della storia del diritto e la rivendicazione degli strumenti euristici della dogmatica moderna e, da un altro lato, sugli atteggiamenti storiografici di tipo sostanzialmente sociologico applicati al diritto. V. su ciò Scola delle *Annali* e storia del diritto: la situazione italiana, in *MEFR*, 40, 1963, 1, 483 ss.

⁴ Indicazioni in *Quaderni fiorentini* 7, 1975, 108 ss., 200 s. e nota.

⁵ Ciò che del resto è servito ad anettere anche il leggendario e l'immaginario al territorio della storia giuridica (THOMAS, 36 n. 181).

⁶ Nella prefazione alla 3^a ed. del vol. I.

⁷ Si v., con questo titolo (*Theodor Mommsen als Jurist*) lo scritto postumo di W. KUNKEL, *Stoetrecht* 15, 1963, 330 ss. - Archivio Storico

sulla "parte generale della descrizione della costituzione romana"¹³ come un aspetto di quella *Kulturgeschichte* che, unendo politica, letteratura, esperienza pratica e storia, superava qualsiasi specializzazione.

3. - È persino banale ricordare la "stupenda Quellenkenntnis" (Göler) posseduta da Mommsen¹⁴ e può dirsi che la linea di massima si sia colta nel giusto quando si è scritto che "ceux qui viennent après lui auront bien fouillé les textes et les monuments, ils feront rarement une découverte qui ait pour résultat d'augmenter le nombre des faits qu'il a observés"¹⁵. Perciò, anche a un secolo di distanza, sembrerebbe discutibile l'idea, che pure l'Arrangio-Ruiz non trovava assurda¹⁶, di arricchire di nuovi dati testuali e d'una bibliografia lo *Stoiserrecht*¹⁷. Opportuna sarebbe invece una traduzione italiana, che verrebbe a giovare del fatto che la traduzione francese rappresenta essa stessa un aggiornamento rispetto all'originale. In effetti, non solo Mommsen l'aveva aggiornata e, nel seguito, aveva indicato al Girard talune sue nuove posizioni scientifiche, ma inoltre quest'ultimo aveva provveduto in più luoghi a dar conto di affermazioni del Mommsen successive al 1887-88 e a effettuare i possibili rinvii al *CIL* ed alla bibliografia¹⁸.

Che non sia comunque il caso di procedere ad aggiornamenti vale quanto dire che lo *Stoiserrecht*, a parte la sua intatta utilità per gli storici di Roma¹⁹, è un classico, dal quale è possibile certamente trarre un'informazione scientifica

¹³ Secondo la tr. francese (prefazione ad I, XXVIII) dell'edizione tedesca (prof. XIII ad I): "der allgemeine Theil der Darstellung des römischen Gemeinwesens".

¹⁴ In questa come in altre sue opere. Così il Kunkel ha potuto parlare per il *Römisches Staatsrecht* di "erstaunliche Vollständigkeit": *Untersuchungen zur Entwicklung des römischen Kriminalverfahrens*, München 1962, 18 (e 19 n. 83 per la riprova).

¹⁵ J.B. MARIOLLE, *Les institutions politiques des Romains*, I, Paris 1882, IV.

¹⁶ Introduzione a *Disegno* cit., 2.

¹⁷ In senso contrario anche il NICOLY, *op. cit.* a I, I n. 1.

¹⁸ Sopprimendo peraltro, in questo ultimo caso, l'indicazione di qualche riferimento soppresso: *Avertissement du traducteur* in I, XIII. Va anche detto che non sempre i rinvii del Girard sono esatti: p. es. Mommsen I, 138 n. 3 rinvia all'*Handbuch* V 574 e non a V 573, come invece fa il Girard a (tr.) I 156 n. 1; oppure Mommsen I 200 e n. 2 per il quale occorre rinviare a Girard (tr.) I 228 e n. 3 e non a 228 n. 1. Cfr. *Avertissement* cit. XIII n. 1. Per l'indicazione di molteplici novità mommseniane v. anche *Avertissement* cit. X n. 1; per rinvii e correzioni, ivi XIII e n. 1, nonché II 395; VI 2 436; 506.

¹⁹ NICOLY, *op. cit.* a I, IV, per l'eccellente rilievo che il *Droit public* dà la materia della non scritta storia politica dell'impero. È noto, a quest'ultimo proposito, che di recente sono stati ritrovati in antiquariato i quaderni delle lezioni tenute da Mommsen nel 1882-83 e nel 1886, redatti da Sebastian Hensel e relativi rispettivamente a *Kaiserzeit* I (fino a Vespasiano), II (fino a

di altissima qualità, ma che deve essere interpretato come oggetto di storiografia. E allora è importante rilevare l'esemplarità con la quale Mommsen ha applicato l'idea della necessaria connessione tra lo stato e il diritto: e perché il contenuto del diritto romano è "dato dalla coscienza giuridica e da tutta la storia del popolo romano"²⁰ e perché "lo stato romano si può comprendere solo alla luce della giurisprudenza"²¹.

4. - È a questo proposito che viene in questione il vero problema, identificato da tempo nella unilateralità con la quale le testimonianze vengono utilizzate, alla luce d'una concezione d'insieme del diritto pubblico che i Romani non si erano curati di elaborare teoricamente. Ed è qui che è istruttivo ripercorrere nuovamente, con il Thomas, le coordinate storiche del costituzionalismo tedesco dell'Ottocento²², le concettualizzazioni e il sistematicismo che ne caratterizzano gli esiti costruttivi, in rapporto con quel positivismo pandettistico secondo il quale, come si sa, "considerazioni morali, politiche o economiche non riguardano il giurista come tale"²³; esiti e impiego di categorie per mezzo delle quali è possibile - in consonanza con le tendenze speculative dell'epoca - costruire "une science du droit public romain sur des bases qui ne sont ni institutionnelles ni historiques"²⁴.

Diocleziano), III (fino a Stilicone e Alarico). Non si tratta, certamente, del IV volume della *Storia di Roma*, che avrebbe dovuto precedere quello sulle province. Ma non c'è dubbio che quando sarà possibile leggere questa esposizione (se ne attende l'edizione a cura di A. e B. Demant) si avranno elementi consistenti per valutare meglio il rapporto tra il Mommsen storiografo "politico" e storiografo "giuridico", tanto più data la sostanziale contemporaneità con la conclusione dello *Stoiserrecht*.

²⁰ Così E. De Ruggiero cit. da S. MAZZARINO, *Storia e diritto nello studio delle società classiche*, in *La storia del diritto nel quadro delle scienze storiche*, Firenze 1906, 48.

²¹ Mommsen 1844 (cfr. THOMAS, 2). V. anche l'appello alla necessaria "Verschmelzung von Geschichte und Jurisprudenz" (Niebuhr e Savigny) nel discorso accademico del 1858, assunto a motto da U. v. LÜBOW, *Das römische Volk*, Frankfurt 1935. Cfr. inoltre l'affermazione hegeliana sullo stato e sul diritto come vera essenza della storia di un popolo, ripresa da BURRI, *Le crisi* cit. 171 n. 76 e, su di essa, quanto si dice in *Costituzione romana* cit., p. es. 10, 131, 146 n. 142.

²² In proposito, peraltro, andrebbe segnalata anche la grande influenza avuta sulla scienza giuridica tedesca dallo studio dell'esperienza parlamentare inglese e dalla recezione, grazie a O. Mayer, del diritto amministrativo francese. È importante, ad es., comprendere il senso dell'affermazione "Verfassungsrecht vergeht, Verwaltungsrecht besteht". V. di recente E.V. HERTZ, *Otto Mayer. Studien zu den geistigen Grundlagen seiner Verfassungsrechtswissenschaft*, Berlin-München 1981 nonché A. HUBER, *Otto Mayer. Die 'juristische Methode' im Verwaltungsrecht*, Berlin-München 1982.

²³ B. WINTSCH, *Gesammelte Reden und Abhandlungen*, Leipzig 1904, 112.

²⁴ THOMAS 48.

In tal modo vengono sottolineati il carattere 'giuridico' dell'opera: il fatto che il diritto, privato e pubblico, ha una sua propria logica; e, di conseguenza, che "ses structures profondes ne sont pas perceptibles dans le flux et les parcours du temps. À l'inverse, (le droit public) connaît parfois des mutations qui ne s'accompagnent d'aucune transformation apparente"²⁷: una rivendicazione, in definitiva, della dogmatica giuridica.

Ma questa operazione, opportuna in sede di chiarimento polemico, non va forzata e non deve mai far perdere di vista la strumentalità del metodo. Né le esigenze del formalismo né "les idées pures du droit public romain"²⁸ hanno senso - sono cioè utili - staccate dal loro oggetto, che è la storia: storia, appunto, di un popolo. E, nel caso specifico di questa lettura interpretativa del Thomas, si eccede, a mio avviso, quando si giunge ad affermare l'irriducibilità a qualsiasi tentativo di spiegazione politica di quegli schemi formali e concettuali che fanno dello *Staatsrecht* un'opera giuridica²⁹. Di questa postulata avalutabilità politica si potrebbe invece discutere, e a lungo³⁰. Qui, comunque, ci si può almeno chiedere - sulla scorta del resto della condotta analitica delle ideologie ottocentesche e la loro mediazione giuridica - se queste costruzioni scientifiche formalizzate o, per lo meno, costruite in modo sistematico-formale non fossero un modo di sottrarsi a tentazioni politiche, proprio nel momento in cui maggiormente si poneva il problema del professore-funzionario e della cultura universitaria come supporto dell'assetto politico-sociale³¹.

Il discorso - ovviamente non limitato al *Römisches Staatsrecht* - sembrerebbe spostato, in tal caso, dalle categorie all'uso, che di esse si faceva. Qui non si sarebbe lontani, p. es. dall'interpretazione che in anni recenti è stata avanzata sull'uso del formalismo giuridico durante il fascismo, contro le tentazioni ideologiche del regime. Se si rimane invece al primo livello, delle categorie prese per se stesse, non bisogna dimenticare che le categorie giuridiche non sono "intuizioni pure" e "categorie logiche, ... concetti immanenti a priori nella nostra mente", bensì "concetti rappresentativi desunti dall'esperienza"³². La vicenda del

²⁷ *Id.*, 41.

²⁸ *Id.*, 35.

²⁹ *Id.*, 35 n. 122.

³⁰ Non è questa la sede. Cfr. comunque per molteplici indicazioni *Costituzione romana cit.*

³¹ Ciò ha naturalmente una portata diversa da quella dell'interpretazione di A. WUCHER, *Theodor Mommsen. Geschichtsschreibung und Politik*, Zürich, Berlin, Frankfurt 1966, 36 s., per il quale Mommsen si interesserebbe al diritto costituzionale per motivazione politica e non giuridica (cfr. THOMAS, 35 n. 122).

³² E. BERTI, *Diritto romano e dogmatica odierna* (1928), 141 n. 1, ora in *Questioni di metodo*, I (a cura di G. Luraschi e G. Negri), ed. New Press s.r.l. (ma 1984), 44 n. 1.

concetto o schema dello stato, essenziale per intendere il sistema mommseniano e ampiamente illustrata dal Thomas, sta proprio a mostrare questa valutabilità in chiave politica, se si pensa ad es. che in quel clima culturale, di cui l'esperienza bismarckiana costituisce il discrimine su entrambi i versanti temporali, si assiste allo spostamento (che non è poca cosa) dalla connotazione del *Rechtsstaat* a quella del *Gesellschaftsstaat*. Né si potrebbe negare, per dare altri esempi, la possibilità del giudizio politico nei confronti della teoria pura del diritto o la validità, pur perniciosa, dei tentativi di demistificare "le formule magiche della scienza giuridica".

Insomma, le categorie dello *Staatsrecht* mommseniano sono pur esse "l'espressione in forma logica di contenuti storici ... rilevati nelle norme come dati rappresentativi di una materia fenomenica variabile"³³, "funzioni logiche della nostra mentalità giuridica" acquisite "con la tradizione e l'esperienza, quindi scientificamente controvertibili e storicamente contingenti"³⁴ ed è ovviamente anche per ciò che l'opera mommseniana può essere ripensata³⁵. L'occasione felice di questa ristampa - un'iniziativa di gran valore di cui tutti gli studiosi del mondo romano debbono essere grati - potrebbe mostrarlo in concreto³⁶.

Giuliano Crifò

³³ P. DE FRANCISCI, *Dogmatica e storia nell'educazione giuridica* (1923), 388, ora in *Questioni cit.*, 17.

³⁴ BERTI, o.s.c., 144 e cfr. n. 2 (*Questioni cit.*, 47 e n. 2). Sul problema del rapporto tra dogmatica giuridica moderna e storia del diritto v. indicazioni in *Quaderni fiorentini cit.*, specie 261 ss.; inoltre *Costituzione romana cit.*, passim.

³⁵ Che è certo il modo più congruo per affermare, con il Fazzia, *SDHI*, 42, 1976, 556 e altrove, "zurück zu Mommsen!"

³⁶ Opportuno è anche il richiamo del Thomas alle *Untersuchungen über römische Verfassung und Geschichte* di J. Rubino (14 s. e n. 52-53, 36 n. 131) del quale il Mommsen è stato per più versi profondamente debitore. Su ciò v. da ultimo R. BRUNO EGOLA, *Joseph Rubino ed Emilio Betti in Costituzione romana cit.*, 192 ss. - Quanto al valore della traduzione del Girard, se anche fosse in grado di giudicare, non è certo possibile darne qui le prove, né ricordo ora dove si è segnalata qualche falsa interpretazione. È noto invece il capovolgimento di senso che, di un punto di grande importanza del Disegno, ebbe a fare il Bonfante: un punto "mal tradotto, ma anche a mio avviso ben pensato", come annotava l'Arangio-Ruiz (*Introduzione cit.*, 15). Ricordo che della questione si era a suo tempo efficacemente occupato G. TIEBER, *Sull'opera di Pietro Bonfante in Rend. Ist. Lomb.*, CL Lettere, 163, 1909, 308 ss. Fossoro davvero di questo tipo gli eventuali difetti di traduzione, non potremmo che rallegrarcene. - Infine, è stato utile l'aver aggiunto in margine della traduzione la paginazione della 3ª ed. tedesca. Peccato invece che non siano stati pubblicati, se non le tavole degli indici preannunciati dal Girard nel suo *Avertissement* insieme alla bibliografia completa delle opere citate, almeno gli indici analitici che nell'ed. tedesca si trovano a III 2, 1272-1336.

GNOMON

KRITISCHE ZEITSCHRIFT
FÜR DIE GESAMTE
KLASSISCHE ALTERTUMSWISSENSCHAFT

HERAUSGEGEBEN VON
ERICH BURCK · WALTER SCHMITTHENNER
ERNST VOGT · PAUL ZANKER

SCHRIFTFÜHRUNG
ERNST VOGT (VERANTWORTLICH) UND
HEINZ-WERNER NÖRENBERG

Band 59/1987

DIPARTIMENTO DI DIRITTO
ROMANO E STORIA DELLA
SCIENZA ROMANISTICA

N. Inv. 416
UNIVERSITA' NAPOLI



1987

C.H. BECK'SCHE VERLAGSBUCHHANDLUNG MÜNCHEN

centre autonome de décision. La diffusion du nouveau discours juridique sur la "Seimrecht" coïncide avec l'élaboration du "Römisches Staatsrecht".

Reste que, si la conception de l'ouvrage est indissociable de ce nouveau cadre historique et idéologique, il porte la marque de son auteur. En même temps qu'il coïncide avec la pensée juridique naissante dominante, celle de l'école historique et celle des pandectistes, celui-ci n'en restait pas moins fidèle aux exigences dont il était redevable à sa formation: goût de la systématisation conceptuelle (sur laquelle nous reviendrons) ouverture maximale du champ des sources qui implique un travail d'établissement et de mise en série des documents en question. Il suffit sur ce dernier point de parcourir le "Stellenregister" du "Römisches Staatsrecht" récemment dressé par J. Malitz pour acquiescer la preuve que cette dogmatique est l'œuvre d'un juriste qui fut aussi un maître de la philologie et de l'épigraphie. Tels sont les deux principes à partir desquels, tout au long de son analyse, M. entreprend de "dégaucher un ordre de la multiplicité des faits".

Malis, de ce que l'histoire "externe" n'y a pas droit de cité et de ce que l'ensemble est pensé dans la perspective des contrastes et des leviers, il ne s'agit pas que les évolutions ou les modifications soient passées sous silence. Il n'est pas impossible que, sur ce point, T. ait sacrifié quelque peu à l'esprit de système.

La structure de l'ouvrage découle de la conception que M., tribunaire sur ce point de Gerber se forme du peuple. Sujet suprême de droit, le peuple-Etat ou "Gemeinde" exerce la souveraineté par le moyen d'une représentation, c'est-à-dire dans l'action de la magistrature ou dans l'action conjuguée de celle même magistrature et de la "Bürgerchaft" ou collectivité des citoyens réunis en assemblée politique. En d'autres termes, si le peuple est souverain, la magistrature n'en est pas moins première. D'où le plan du "Römisches Staatsrecht" qui s'articule successivement autour de la magistrature (1-2 = "Droit public romain" 1-2), du peuple envisagé dans sa composition et dans ses assemblées ("R.S." 3 = "D.P.R." 4, 1-2) et enfin du Sénat ("R.S." 3 = "D.P.R." 7). De manière significative tout l'analyse consacrée à la magistrature est placée sous le signe de l'identité conceptuelle et de la continuité puisque, après avoir développé les principes généraux, M. traite tour à tour du roi, des magistrats et du princeps puis sur le même plan que la magistrature républicaine: sous ces trois épithètes en effet, c'est à ses yeux une même notion qui s'incarne.

Quant à la place faite au Sénat qui vitait en dernière position dans l'ouvrage, elle ne laisse pas, aujourd'hui encore, de susciter des interrogations puisque, à plus d'un titre, cette assemblée peut apparaître comme "un prolongement de la magistrature" (43). Si elle ne manque pas d'allure, la réponse de T. à cette objection virtuelle laisse en tout cas entier un problème fondamental. En notant à propos du Sénat qu'il n'est pas "un sujet de droit abstrait" ("D.P.R." 7, 21), M. n'a-t-il pas reconnu ipso facto que le *consilium publicum* est comme un corps étranger dans son livre. Le problème se pose en des termes identiques pour le tribunat de la plèbe, en dépit du lien établi par M. entre prohibition et intercession tribunitiennes et principe de la *maior potestas*.

T. gardera à coup sûr le mérite d'avoir mis en pleine lumière la genèse du "Römisches Staatsrecht" en le situant par rapport aux courants de la pensée juridique allemande de son époque. Nul doute que cet éclairage ne facilite la compréhension en profondeur du système mommsénien, et tout spécialement à ceux des lecteurs de l'ouvrage qui en ignorent l'environnement épistémologique et historiographique. Il reste d'autre part aux yeux que T. donne une adhésion pleine et entière à la démarche intellectuelle et à la doctrine de M. Comme nous l'avons suggéré, il tend parfois à être plus mommsénien que... M. lui-même. Telle qu'elle se dégage du "Römisches Staatsrecht", est-il sûr que la pensée juridique de celui-ci ait épuisé toute dimension historique, s'il est vrai que l'Abriss, qui en est comme la quintessence postérieure de quelques années, s'ouvre sur un livre entier de considérations historiques dans lequel il faut se garder de voir une simple concession aux lois du genre?

Plus généralement parlant, la condamnation sans appel que T. formule à l'encontre de la "Verfassungsgeschichte" soulève bien des questions qui dépassent largement les figures de L. Laage, E. Herzog et J. N. Madvig (épilogues pour "Die Verfassung und Verwaltung des römischen Staates"). Ce rejet dans les ténébreuses cénacles d'ouvrages dont deux au moins méritent d'être pris en considération ne laisse pas de surprendre. Au plus des hommes en premier lieu, s'il est vrai que tout chercheur est nécessairement tributaire d'un environnement idéologique et que la science ne progresse pas nécessairement à coup de ruptures. Au plus des principes ensuite, dans la mesure où la vision chronologique et évolutive du droit public qui sous-tend sa pratique ne saurait condamner la "Verfassungsgeschichte" à être un genre mineur.

Il va de soi que l'admiration d'une dogmatique ne saurait aller... sans quelque dogmatisme. L'essentiel est bien à nos yeux que T. se soit acquiescé des droits à la reconnaissance de ses lecteurs en les mettant à même de mieux comprendre par rapport à quoi et en relation avec quoi M. conçut et élabore son imposant système. Saluons enfin l'initiative d'une réédition qui offre l'avantage de comporter dans la marge de chaque page une concordance avec la pagination du "Römisches Staatsrecht".

Paris

Jean-Claude Richard

Roman Political Life 90 B.C. - A.D. 69. Ed. by T. P. Wiseman. University of Exeter: Dept. of History and Archaeology 1981. VI, 81 S. (Exeter Studies in History. 7.) 1,75 £.

Das Department of History and Archaeology der Universität Exeter gibt seit 1980 eine Paperback-Reihe mit Beiträgen zu den verschiedensten Themen der Weltgeschichte einschließlich Archäologie heraus. Für die Leser dieser Zeitschrift dürfte neben dem hier zu besprechenden Band noch die Beiträge zu archaischen Datierungsfragen in ESH 4. 1981, herausgegeben von B. Orme, von Interesse sein. "Roman Political Life" enthält eine Einführung und drei jeweils mit Anmerkungen und bibliographischen Hinweisen versehene Beiträge, biographische Notizen zu den drei Autoren und eine chronologische Tabelle.

Ja der Einführung begründet Wiseman die gewählte Zeitspanne. Unmittelbare Einsicht in das politische Leben der Römer beginnt erst, mit Gesprächspartnern des jungen Cicero, und erst ab bald, mit den Ansätzen des Tacitus als seinem spätesten Werk, d.h. mit Neros Selbstmord, der mit dem Ende der ersten Kaiserdynastie gleichbedeutend ist. Tacitus' Historien, die auch in ihrem fragmentarischen Zustand über das Jahr 69 hinausreichen, und damit wenigstens der Beginn der flavischen Zeit werden nicht einbezogen. Das für den gewählten Zeitraum verfügbare Quellenmaterial zeigt, daß trotz aller verfassungstechnischen Veränderungen in den Bürgerkriegen und im Prinzipat des Augustus das politische Leben innerhalb der Senats-Oligarchie seine charakteristischen Züge behielt.

Der erste Beitrag (1-19), von T. P. Wiseman verfaßt, behandelt "Wendebewerb und Zusammenbruch" in drei Abschnitten, deren erster und zweiter, "Prätor, maximus, optimus" und "Das heroische Ebor", einen noch mentalitäts-

geschichtlichen Zugang zur römischen Geschichte in einem bislang nicht selbstverständlichen Zugriff öffnet und deren dritter auf der so gewonnenen Grundlage zu der viel diskutierten Problematik "Politik und Familienstruktur" Stellung nimmt. Anhand insbesondere von Inschriften aus republikanischer Zeit weist W. nach, daß römische Senatoren vom 3. Jh. v. Chr. bis in die frühe Kaiserzeit sich in ständigem Wettbewerb mit ihren gleichgestellten befunden haben: Jeder wollte der "erste, größte, beste" in militärischen Erfolgen, Straßenbau, Anlage und Fortn usw. sein. Deutliches Sichbarmachen dieser Wettstreits nach der Triumph, in dem der Triumphator nicht zollig als Abbild des "besten und größten" Jupiter auftrat. Dieser Wettbewerb war zugleich objektiv vorhandene Lebenssituation des römischen Senates und günstige Haltung. Diese, von W. als "Wendebewerbsinstinkt" bezeichnet, nahm in der letzten Generation der Republik stark zu. In der Tradition des republikanischen Konkurrenzdenkens stehen noch die Sieges- und Erfolgsverleihungen des ersten römischen Sunahnen von Ägypten, C. Cornelius Gallus, und auch des Augustus. Überhaupt verhielten sich die - zumeist kongenialen - Feldherren der frühen Kaiserzeit ebenso. Allerdings klappten die Prinzipales in ihrem eigenen Interesse die Möglichkeiten der Privat-, Wettbewerbsverfolge darzustellen: Es gab bald keinen Triumphator mehr außerhalb des Kaiserhauses, und hervorragende Vornehmesprivats galt nur noch in Verbindung mit pietas für den Kaiser als ertraglich.

Interessant an diesem Abschnitt ist zum einen die Feststellung, daß eine gewachsene Verhaltensform einer Gesellschaftsordnung unter deutlich veränderten politischen Bedingungen weiterlebt und erst durch teilweise gewaltsame Eingriffe und auch dann nur allmählich zum Absterben gebracht wird, zum anderen eine von W. nicht genogene Schlussfolgerung: Indem W. den zeitlichen Rahmen seines Beitrags bis in das 3. Jh. v. Chr. erweitert, gibt er deutliche Hinweise dafür, daß das radikale Befolgen ausschließlich des eigenen Interesses, wie es für die Zeit der Bürgerkriege Christian Meier herausgearbeitet hat, recht früh schon im Wettbewerbsdenken der römischen Senatoren angelegt gewesen ist und daß man hiermit eine langhin wirkende, genuine römische Ursache für den Zerfall der Republik hat.

Im Abschnitt "Das heroische Ebor" untersucht W. die Frage, ob Konkurrenzverhalten und -denken sich in konkreten Entscheidungssituationen als Motivierung ausgewirkt hat. Die