

DROIT ET MÉTHODOLOGIE LES *PROLUSIONI ACCADEMICHE* EN ITALIE AU XIX^e SIÈCLE ¹

1. La *prolusione* : signification du terme

Le terme italien *prolusione* définit habituellement un discours solennel prononcé par un professeur des Universités à l'occasion de l'inauguration de son cours à la Faculté. Il faut tout d'abord souligner que le terme *prolusione* n'a pas de correspondant exact en langue française, on pourrait cependant le traduire par « leçon inaugurale ». Il dérive du terme latin *prolusio* [-onis] qui signifiait « exercice préparatoire ».

À l'époque moderne s'était établie la tradition selon laquelle le professeur lisait un discours particulièrement solennel pour ouvrir le cours. Ce discours était appelé *Prolusio Academica* ou *Praelectio*, à savoir « leçon préliminaire ». Cette tradition se développa notamment dans les Facultés de droit italiennes en représentant une sorte de *liturgie académique* ².

Il s'agissait, en effet, d'une leçon grâce à laquelle le professeur expliquait sa doctrine, sa conception du droit et sa méthode de recherche et d'interprétation juridique. La *prolusione* avait perdu sa fonction d'introduction au cours – et en effet, le professeur ne parlait pas du programme du cours et de ses buts – pour devenir l'occasion de développer des réflexions méthodologiques. C'était désormais un vrai « manifeste méthodologique ».

1. Les paragraphes n° 1, 2, 3, 7, 8 ont été rédigés par Paolo Alvazzi del Frate ; les n° 4, 5, 6 par Dario Di Cecca.

2. La bibliographie sur l'histoire des universités italiennes est très riche. Il suffit de rappeler ici, pour les facultés de droit au Moyen Age, les ouvrages de M. Bellomo, *Saggio sull'università nell'età del diritto comune*, Rome 1992 et d'E. Cortese, *Il diritto nella storia medievale*, 2 vol., Rome, 1995. Il existe une revue dédiée à l'histoire des universités italiennes, les *Annali di storia delle università italiane* I (1997). Sur le XIX^e siècle, voir G. Fois, « *La ricerca storica sull'università italiana in età contemporanea. Rassegna degli studi* », *Annali di storia delle università italiane*, III (1999), p. 241-257.

Il faut préciser que la *prolusione* la plus importante était le discours prononcé par le professeur inaugurant son premier cours auprès de la Faculté dans laquelle il avait été élu. C'était la façon de se présenter aux collègues, aux étudiants et même aux citoyens. La vie académique était jadis très populaire et suivie par les citoyens, surtout dans les « villes universitaires », c'est-à-dire les villes dont la notoriété et l'économie étaient largement liées à l'université. Elles furent très nombreuses en Italie jusqu'au xix^e siècle. Il suffit de rappeler – par exemple – les villes de Bologne, Pise, Padoue, Pérouse, Pavie, Sienne, Camerino, Macerata, ou Catane en Sicile.

La *prolusione* d'un nouveau professeur représentait un « événement mondain » pour l'université et pour les milieux intellectuels de la ville³.

À cette occasion, la venue des collègues de la Faculté, des assistants, des élèves du professeur et des étudiants était habituelle. Parfois il arrivait que l'attente de la *Prolusione* du nouveau professeur fût très vive à cause de sa célébrité ou des polémiques et des rumeurs que son élection avait provoqués.

2. Caractères de la *prolusione*

L'intérêt tout particulier que revêtait la *prolusione* dérivait surtout de son caractère *methodologique*. C'était l'occasion pour les universitaires d'illustrer leurs conceptions juridiques et la méthode scientifique qu'ils se proposaient de suivre. Il s'agissait de tracer un panorama de leur discipline et de repérer des perspectives pour son développement.

La *prolusione* changea son but originaire (l'introduction au cours universitaire) pour devenir une conférence tout à fait indépendante du cours universitaire qui l'avait occasionnée. Il est donc impossible de trouver des renseignements pour les étudiants, ni le programme du cours. En effet le professeur s'adressait exclusivement aux collègues des universités et, plus en général, à la communauté scientifique.

La *prolusione* représentait aussi l'occasion pour répondre à cette « communauté des juristes », par exemple à des critiques qui avaient été formulées, ou pour exprimer, à son tour, des critiques à l'endroit de telle ou telle doctrine ou pour alimenter des polémiques (souvent violentes). Ce discours permettait parfois de mener de véritables « attaques scientifiques » ou de se venger des calomnies et des agres-

3. À cet égard, les souvenirs du romaniste Pietro Cogliolo sont très intéressants : P. Cogliolo, *Malinconie universitarie*, Florence, Barbera, 1897.

sions que l'on avait subies. L'importance de la *prolusione* était confirmée par sa publication sous la forme de livret ou d'article dans une revue juridique.

Selon la tradition, le texte de ce discours était cité – même après sa publication – comme « la *prolusione* », suivie par la ville siège de l'université où ce discours avait été prononcé. Il suffit de rappeler qu'on cite encore aujourd'hui le célèbre article du publiciste Santi Romano « *Lo Stato moderno e la sua crisi* » comme « la *prolusione pisana* », car ce texte avait constitué la *Prolusione* de Santi Romano à l'Université de Pise en 1909 ⁴.

On peut affirmer que les *prolusioni* académiques ont réellement fait l'histoire de la doctrine juridique italienne au XIX^e siècle. Nous nous proposons ici d'analyser brièvement certaines *prolusioni* parmi celles qui ont le plus marqué l'évolution de la pensée juridique des années 1880.

3. Renouveau méthodologique

Pendant la première moitié du XIX^e siècle, suite à la domination napoléonienne et à la codification inspirée du Code Napoléon, la doctrine française exerça une influence prépondérante dans la péninsule. Comme en France, les études universitaires étaient caractérisées par la méthode exégétique du Code Napoléon ⁵.

Les commentaires et traités des civilistes français – entre autres, ceux de Merlin, Pardessus, Delvincourt, Toullier, Demolombe, Marcadé, Troplong, Laurent, Aubry et Rau – furent traduits en italien et ils ont provoqué la prépondérance de la doctrine française jusqu'aux années 1970. Mais il faut noter que l'adhésion à la méthode de l'exégèse ne fut jamais complète, ni convaincue, à cause surtout de la tradition des études en droit romain qui garda son importance fondamentale.

À partir de la moitié du siècle, on assiste à une diffusion progressive des doctrines de Savigny grâce à la traduction en italien de ses ouvrages. La première traduction de la *Geschichte des römischen Rechts im*

4. Voir P. Grossi, « *Lo Stato moderno e la sua crisi (a cento anni dalla Prolusione pisana di Santi Romano)* », *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, LXI (2011), p. 1-22.

5. À ce propos voir surtout les études de R. Ferrante, *Dans l'ordre établi par le Code civil : la scienza del diritto al tramonto dell'illuminismo giuridico*, Milan, 2002 ; Id., *Codificazione e cultura giuridica*, 2^e éd., Turin, 2008. Sur l'histoire de la culture civiliste italienne : N. Irti, *La cultura del diritto civile*, Milan 1990 ; Id., *Scuole e figure del diritto civile*, 2^e éd., Milan, 2002 ; G. Alpa, *La cultura delle regole : storia del diritto civile italiano*, Rome-Bari, 2000 ; P. Grossi, *La cultura del civilista italiano. Un profilo storico*, Milan, 2002. En général sur l'évolution de la science juridique il faut se référer au remarquable ouvrage de P. Grossi, *Scienza giuridica italiana : un profilo storico, 1860-1950*, Milan, 2000.

Mittelalter parut à Florence en 1844, celle du *System des heutigen römischen Rechts* en 1845 (en 1886-1898 en nouvelle traduction par Vittorio Scialoja), celle de *Vom Beruf unserer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft* à Naples en 1847 ⁶.

Le succès de Savigny favorisa le développement des études en droit romain, études qui ont toujours été cultivées en Italie. L'exégèse, considérée comme aride, fut abandonnée progressivement en faveur d'une étude « systématique » inspirée des doctrines allemandes.

L'influence de la culture juridique allemande se développa rapidement avec la traduction d'autres juristes de l'École historique, comme Gustav Hugo, Georg Christian Burckardt, Georg Friedrich Puchta, et des Pandectistes Karl Ludwig Arndts, Bernard Windscheid et Christian Friedrich Glück ⁷. Cette prédominance de la doctrine allemande se traduit par : 1) l'affirmation de la *continuité* entre droit romain, *jus commune* et droit civil codifié, selon le principe du « droit romain actuel » ; 2) la *centralité du droit civil*, considéré comme le droit par excellence, sur lequel les autres disciplines juridiques doivent se modeler ; 3) l'*exaltation du rôle* des juristes, grâce à la théorisation savignienne du *Juristenrecht*.

Ce renouvellement réalisa une forme d'hégémonie de la science juridique civiliste sur les autres branches du droit et un lien indissoluble entre « droit civil » et « droit romain » qui caractérisa longtemps la doctrine italienne. Même le droit public adopta les méthodologies et les principes des civilistes après les *prolusioni* de Vittorio Emanuele Orlando de Messine (1886) et de Palerme (1889).

Les *prolusioni* qui ont marqué la décennie 1880, que nous nous proposons d'analyser brièvement ici, nous montrent avec efficacité la transformation radicale de la doctrine italienne suite à l'intérêt tout particulier pour les doctrines allemandes et à l'abandon de l'exégèse française.

4. Les *prolusioni* en droit privé : Enrico Cimbali

La perte de vitesse de la méthode exégétique en faveur de la méthode pandectiste conduisit la doctrine civiliste italienne à la construction d'une dogmatique fortement inspirée de la tradition romaniste. À côté de cette doctrine dominante qui contribua de façon

6. Sur l'importance des traductions des textes juridiques en Italie voir M. T. Napoli, *La cultura giuridica europea in Italia : repertorio delle opere tradotte nel secolo 19*, 3 vol., Naples, 1986-1987.

7. G. Alpa, *La cultura delle regole*, op. cit., p. 152 et suiv.

décisive à doter l'Italie post-unitaire d'une nouvelle législation⁸, se profilait la naissance d'un nouveau courant, le « socialisme juridique »⁹. Il comprenait un ensemble hétérogène de jeunes juristes qui s'inspiraient de personnalités comme Menger, Jellinek, Gierke et Duguit, et avaient en commun une sensibilité aux doctrines marxistes, l'intérêt pour le positivisme philosophique et la conviction de la nécessaire entrée des sciences naturelles dans le domaine du droit. Les dernières découvertes scientifiques, comme la théorie évolutionniste de Charles Darwin et la naissance de nouvelles branches du savoir comme la sociologie d'Herbert Spencer, ne devaient pas rester étrangères au monde juridique. Les ferments sociaux et idéologiques s'unirent à un enthousiasme, peut-être ingénu et excessif, à l'égard de la science et de la multidisciplinarité dans l'étude du droit. Dans les dernières décennies du XIX^e siècle, les mots « sociologie », « socialisme » et même « darwinisme » firent leur entrée dans le monde juridique, à travers les titres de quelques célèbres *prolusioni* universitaires¹⁰.

Cette volonté d'innovation investit aussi le domaine du droit privé. Le mouvement fut amorcé en 1881 par la *prolusione* d'un jeune professeur de droit civil, Enrico Cimbali (1855-1887)¹¹, qui influença profondément la doctrine italienne. Il s'agit du discours « L'étude du droit civil dans les Etats modernes »¹², prononcé à la Faculté de droit de l'Université de Rome le 25 janvier 1881. Des témoins nous rappor-

8. Parmi les plus célèbres « romanistes civilistes », rappelons Filippo Serafini, Vittorio Scialoja, Carlo Fadda, Alfredo Ascoli, Roberto De Ruggiero, Gino Segré, Giovanni Pacchioni, Carlo Longo. Voir M. Nardoza, *Tradizione romanistica e 'dommatica' moderna, Percorsi della romano-civilistica italiana nel primo Novecento*, Turin, Giappichelli, 2007.

9. Cette définition fut formulée par Antonio Loria au début des années 1890 : voir A. Loria, « Socialismo giuridico » dans *La scienza del diritto privato*, A.I. IX, sept. 1893. Voir G. Alpa, *La cultura delle regole, op. cit.*, p. 223 et suiv. Et l'ouvrage collectif « Il "Socialismo giuridico", Ipotesi e letture », *Quaderni Fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, N° 3-4, 1974-1975, qui comprend également une riche bibliographie de M. Sbriccoli, « *Elementi per una bibliografia del Socialismo giuridico italiano* », p. 873-1035.

10. Par exemple : Pietro Cogliolo, *La théorie de l'évolution darwinienne en droit privé, Prolusione* du 21 novembre 1881 au cours de droit romain, Université de Camerino ; Giampietro Chironi, *Le darwinisme dans le droit*, Discours pour la commémoration de Darwin du 21 mai 1882, Université de Sienne ; Giampietro Chironi, *Sociologie et droit civil, Prolusione* du 25 novembre 1885 au cours de droit civil, Université de Turin ; Giuseppe Salvio, *Les défauts sociaux du code civil pour les classes pauvres et ouvrières, Prolusione* du 9 novembre 1890 à l'Université de Palerme ; Emanuele Gianturco, *Individualisme et socialisme dans le droit contractuel, Prolusione* de 1891 au cours de droit civil, Université de Naples. Pour un panorama plus complet sur les *prolusioni* de l'époque nous renvoyons à l'Annexe.

11. Voir la notice de B. Busacca dans *Dizionario biografico degli Italiani*, XXV, Rome, Istituto dell'Enciclopedia Italiana, 1981, p. 556-558.

12. E. Cimbali, « *Lo studio del diritto civile negli Stati moderni* », *Studi di dottrina e giurisprudenza civile*, Lanciano, Carabba, 1889, p. 5-33.

tent que la salle était bondée de collègues et d'étudiants désireux de faire la connaissance de ce jeune civiliste sicilien dont on parlait comme d'un novateur.

Sa *prolusione* commençait par une exaltation de la personnalité et du rôle du juriste, « apôtre d'équité et organe vivant de la conscience populaire »¹³. L'Empire romain avait pu s'étendre par la force des armes, mais c'était seulement grâce à ses lois qu'il avait pu maintenir sa domination sur les peuples conquis ; de surcroît, l'œuvre des jurisconsultes survivrait durant de longs siècles à sa désagrégation. Ainsi, il était encore nécessaire de confier la création d'un nouveau droit national au *Juristenrecht*. L'influence de la doctrine de Savigny était notable. « Le législateur ne doit plus se considérer comme l'arbitre et le créateur des lois », soutenait Cimbali, mais comme « le vrai représentant de l'esprit national, l'organe immédiat et légitime de la conscience populaire »¹⁴. Dans ces mots on peut reconnaître la théorisation savignienne du *Volksgeist* et la conception de la loi inspirée de l'esprit national. Malgré son admiration pour les méthodologies allemande et française, Cimbali ne manquait pas de remarquer leurs points faibles : « l'esprit éminemment spéculatif » de la première conduisait à un rationalisme excessif, tandis que l'esprit « éminemment empirique » de l'école française avait minimisé le rôle de l'interprète¹⁵. L'Italie devait s'affranchir des deux modèles étrangers dominants pour élaborer le sien. Toutefois, alors qu'en Allemagne le *Bürgerliches Gesetzbuch* sera adopté en 1900 – après avoir attendu que la doctrine eût élaboré une structure conceptuelle convenant à « l'esprit » allemand, sur laquelle construire la codification – la science juridique italienne devait se limiter à se confronter à un droit civil déjà consolidé. Le Code civil de 1865, selon Cimbali, fut « modelé uniquement sur le Code civil français » et appartenait désormais « à l'histoire de la législation »¹⁶.

Pour affronter la nécessaire entreprise de renouvellement de la législation civile, il souhaitait la naissance d'une science civiliste italienne, une sorte de juste milieu entre les méthodes allemande et française¹⁷. Cette nouvelle doctrine civiliste italienne, dans l'esprit

13. *Op. cit.*, p. 7.

14. *Op. cit.*, p. 12 ; nous soulignons.

15. *Op. cit.*, p. 17.

16. *Op. cit.*, p. 14.

17. « Entre l'aride mécanisme français et l'abstraction de l'organisme allemand, existe un juste milieu où peuvent se fonder et se tempérer les extrêmes. Voilà ce que serait le concept réellement et positivement organique d'une école italienne », *op. cit.*, p. 29.

d'une approche méthodologique interdisciplinaire où « toutes les branches du savoir visent constamment à établir entre elles un lien harmonieux »¹⁸, devrait s'affranchir de la sujétion au droit romain et tenir compte des récents acquis des sciences naturelles. Le droit devait être étudié non plus abstraitement et théoriquement, ni ne devait être reçu comme une hérédité immuable d'un passé glorieux et unique : il fallait reconnaître que, « désormais, comme la *physiologie* de la société en est son miroir, nous avons également la *physiologie* du droit »¹⁹. En étudiant le droit comme un organisme vivant, on devait reconnaître sa naturelle tendance à l'unité, que l'on atteindrait en l'ordonnant à l'intérieur d'un système cohérent et actuel. « Le droit est la vie », affirmait-il, et en tant que tel il devait « se transformer constamment »²⁰, en s'adaptant aux transformations sociales. Les nouveaux juristes avaient pour tâche, à travers des écrits et des études ciblées, de préparer la voie au législateur et de poser les bases d'un nouveau « droit civil national »²¹.

5. Cesare Vivante et l'unification du droit privé

Dans le sens d'un renouvellement méthodologique, s'ajoutaient ces années-là de nouvelles instances solidaristes. L'attention du socialisme juridique aux classes défavorisées se traduit par une tentative d'intercéder en faveur d'une législation sociale qui, en modifiant surtout le domaine du droit du travail, tempérait l'égoïsme dont le droit civil était accusé d'être empreint. Loin des doctrines socialistes révolutionnaires, ces juristes se proposaient de réformer le système graduellement et de l'intérieur, en adaptant les lois de l'époque aux nouvelles exigences sociales. Leur cible principale fut bien évidemment le Code civil italien de 1865, considéré comme bourgeois et réactionnaire, mais ils n'épargnèrent pas non plus les critiques au Code de commerce, largement inspiré du Code français de 1807 et donc arriéré à l'égard des exigences nouvelles.

La promulgation du nouveau Code de commerce en 1882 fut encore insuffisante à faire taire les critiques. Quelques voix influentes commençaient à demander l'unification des matières civile et commerciale dans un code unique, tout en proposant des solutions pratiques différenciées. Peu d'années après sa *prolusione* palermitaine, Cim-

18. *Op. cit.*, p. 21-22.

19. *Op. cit.*, p. 22.

20. *Op. cit.*, p. 26.

21. *Op. cit.*, p. 27.

bali réexposait l'exigence d'unité et de systématisme du droit civil, dont la codification devait inclure aussi le droit commercial. La constante expansion et spécialisation des secteurs d'activité privée ne pouvait conduire à l'adoption d'un code *ad hoc* pour chaque matière. Il souhaitait en revanche la naissance d'un « Code de droit privé social » ouvert aux nouvelles sensibilités sociales, à l'intérieur duquel le Code de commerce aurait eu sa place ²².

Quelque temps après, Cesare Vivante, influent juriste et professeur de droit commercial à l'université de Bologne, affronta de façon encore plus directe et incisive le problème de la législation commerciale italienne ²³ et le fit par le biais d'une *prolusione* académique, la célèbre « Pour un code unique des obligations » du 14 janvier 1888 ²⁴.

En s'adressant à l'auditoire, il s'interrogeait sur les raisons pour lesquelles le droit civil et le droit commercial étaient encore divisés. La distinction entre ces deux branches du droit privé, inconnue aux juristes romains, semblait être le produit artificiel d'une « barrière législative, étayée de fictions et présomptions légales » ²⁵. Après la chute de l'Empire romain, le droit commercial, élaboré par et pour les marchands, s'était diffusé grâce aux puissantes corporations et avait toujours joui d'une certaine faveur dans les tribunaux, en raison de sa ductilité qui lui permettait de s'adapter rapidement à l'évolution des exigences économiques. Enfin, il avait été étendu au simple citoyen, le contractant faible stipulant occasionnellement avec un marchand. Le législateur moderne, en adoptant le critère objectif selon lequel était « commerçant » quiconque faisait acte de commerce, avait consolidé et accentué cette injustice en imposant à tous les citoyens de se soumettre aux usages que le commerce avait créés au cours du temps pour protéger ses propres intérêts.

L'adhésion de Vivante au socialisme juridique le conduisit toutefois à affirmer qu'une « préoccupation assidue tenaill[ait] la société

22. E. Cimbali, *La nuova fase del diritto civile nei rapporti economici e sociali con proposte di riforma della legislazione civile vigente*, Turin, 1885 – dans les *Opere complete*, t. I, Turin, UTET, 1895, p. 357 et suiv.

23. Sur les événements qui conduisirent à la codification unitaire du droit privé en Italie, voir F. Galgano, *Lex mercatoria*, Bologne, il Mulino, 1976 ; C. Ghisalberti, *La codificazione del diritto in Italia, 1865-1942*, Rome-Bari, Laterza, 1985 ; R. Teti, *Codice civile e regime fascista. Sull'unificazione del diritto privato*, Milan, Giuffrè, 1990 et M. Caravale, « Perché mai il diritto privato è ancora diviso in due campi, il civile e il commerciale ? » dans *Negozianti e imprenditori. 200 anni dal Code de commerce*, Milan, Mondadori Università – Sapienza Università di Roma, 2008, p. 81-116.

24. C. Vivante, « Per un codice unico delle obbligazioni, Prolusione al corso di diritto commerciale letta nell'Università di Bologna », dans *Archivio Giuridico*, XXXIX (1887), p. 497-515.

25. *Op. cit.*, p. 497.

moderne, celle de tempérer les grands égoïsmes du capital au bénéfice de ceux qui la font fructifier », d'où dérivait « la nécessité de contenir les forces écrasantes du capital en faveur des intérêts sociaux »²⁶. L'instrument législatif le plus adapté pour composer les différents intérêts pouvait justement être un code unique des obligations. L'unification législative des matières civile et commerciale aurait tout d'abord défendu aux marchands de codifier les normes inhérentes à leurs affaires, privilège qui avait conduit à des abus comme les clauses de non-responsabilité dans les contrats de transport maritime. Un code unique aurait aussi éradiqué un important problème juridictionnel : en effet, quiconque recourait au juge pour lui demander de se prononcer sur une controverse dans une matière ne relevant pas immédiatement d'un des deux secteurs du droit privé, était contraint à une cause préliminaire afin qu'on puisse établir la compétence du tribunal civil ou commercial, avec un surcoût important de temps et d'argent.

Certains objectaient que si le droit commercial perdait son individualité, avec celui-ci disparaîtraient aussi les usages, la source de production normative la plus vive et dynamique du système juridique. Vivante répondait que, ainsi divisés, les domaines du droit civil et commercial présentaient tous deux d'importants points faibles. Le droit civil, sans la contribution des coutumes, risquait de devenir « asphyxiant » par excès de dogmatisme et d'abstraction, tandis que le droit commercial, orienté presque exclusivement vers la pratique, péchait au contraire par la « grande pauvreté des règles générales » entraînant une « faiblesse scientifique » au regard des autres matières²⁷. La fusion des deux branches du droit privé aurait créé le juste compromis entre l'élaboration théorique et la nécessaire attention à la praxis. En faveur de l'adoption d'un code unique des obligations étaient donc en jeu non seulement des raisons d'ordre éthique et politique, mais aussi des arguments pratiques et scientifiques.

Dans le raisonnement de Vivante, on peut déceler une ambiguïté de fond : d'un côté, il semblait appeler de ses vœux l'unification de toute la matière civile et commerciale, et de l'autre, sa référence à un code unique *des obligations* devait comporter l'exclusion des autres secteurs du droit privé²⁸. Cependant, Vivante revint plusieurs fois

26. *Op. cit.*, p. 504.

27. *Op. cit.*, p. 508-509.

28. M. Caravale, *Perché mai il diritto privato è ancora diviso in due campi, il civile e il commerciale ?*, *op. cit.*, p. 90-92 et 102-105.

sur la question ²⁹ et sa *prolusione* bolognaise eut un large écho dans la doctrine italienne, en augmentant les rangs des partisans de l'unification des deux codes. Au fil des années, la confrontation s'intensifia, alimentée de surcroît par les instances solidaristes du socialisme juridique, et finit par s'affaiblir et s'éteindre presque à l'improviste à l'aube du siècle dernier. Entre-temps, Vivante avait brusquement changé d'opinion et s'était prononcé en faveur d'une absorption graduelle de la matière des obligations à l'intérieur du Code de commerce. La circonstance qu'en 1919 il fut appelé à présider la commission ministérielle chargée de rédiger un projet pour un nouveau Code de commerce nourrit les soupçons d'opportunisme politique. Malgré la richesse de la discussion doctrinale à cette époque, l'unification effective du droit privé fut mise en œuvre seulement sous le fascisme. Sous l'impulsion et la direction de Dino Grandi, et dans l'intention de valoriser le nouveau système corporatif, le nouveau Code civil italien entra en vigueur en 1942.

6. « Les nouveaux horizons » du droit pénal italien : Enrico Ferri et l'École positive

Les dernières décennies du XIX^e siècle furent riches de nouveautés dans la vie juridique de l'Italie, non seulement pour la doctrine du droit civil et commercial, mais aussi pour le droit pénal. À l'unification politique récente devait maintenant correspondre une unification législative qui puisse doter le pays d'un code pénal neuf et moderne, tâche à laquelle la doctrine du droit pénal était appelée à donner sa contribution fondamentale. Mais les modalités furent vivement discutées. L'histoire du droit identifie généralement les protagonistes de ce débat selon l'appartenance à deux écoles de pensée opposées, l'« École classique » et l'« École positive » ³⁰.

29. *Ancora per un codice unico delle obbligazioni (storia e polemica)*, Rome, 1892 ; *Introduzione al Trattato di diritto commerciale*, I, Turin, 1893 ; « *Le nuove influenze sociali nello studio del diritto commerciale* », *Monitore dei tribunali*, t. XXXV, 1894 ; « Les défauts sociaux du Code de commerce », *prolusione* au cours de droit commercial, Université de Rome, dans *Riforma sociale*, t. IX, 1899.

30. Il faut toutefois éviter d'accentuer outre mesure l'opposition des deux écoles. En effet, outre le risque d'une simplification excessive, on sous-estimerait les nombreux éléments d'unité et de continuité, en donnant une importance excessive aux partisans des positions les plus polémiques, au détriment de personnages remarquables mais moins enrégimentés : en ce sens, voir Mario Sbriccoli, « *Il diritto penale sociale, 1883-1912* », *Quaderni Fiorentini, Il socialismo giuridico. Ipotesi e letture*, III-IV (1974-75), p. 557 et, *id.*, « *Caratteri originari e tratti permanenti del sistema penale italiano (1860-1990)* », *Legge Diritto Giustizia, Storia d'Italia, Annali*, XIV, dir. par L. Violante, Turin, Einaudi, 1998, p. 497 et suiv. Pour un panorama du droit pénal italien de cette période, outre les publications déjà citées, voir

En matière de culture pénaliste, l'Italie possédait une longue tradition libérale qui, de par ses racines dans les doctrines abolitionnistes de Beccaria et celles qui s'inspiraient de la philosophie des Lumières à Naples, Florence et Milan, comptait parmi ses partisans des juristes comme Giandomenico Romagnosi, Giovanni Carmignani et surtout Francesco Carrara qui fut considéré comme le chef de file de l'« École classique »³¹. Cette dernière prônait un droit pénal moins sévère, s'opposant à l'arbitraire pénal et à la peine de mort en faveur d'un adoucissement des peines, d'une réforme du procès multipliant les garanties individuelles, et d'une amélioration des conditions de vie des détenus. Si, du point de vue idéologique, elle était caractérisée, comme on l'a observé, par la « vocation à l'ouverture culturelle, à la perméabilité politique et à la sensibilité civile »³², du point de vue méthodologique elle se fondait sur une attention rigoureuse aux dogmes et au système.

L'onde positiviste qui, comme nous l'avons vu, avait investi le droit civil, n'épargna pas le droit pénal. Psychologie, sociologie, anthropologie et statistique commençaient à être considérés comme des instruments utiles à l'étude du phénomène criminel et à sa répression. Celui qui ouvrit cette voie fut Cesare Lombroso, professeur éclectique de médecine légale et auteur du célèbre ouvrage *L'homme délinquant*³³, où il théorise le lien entre les tares physiques congénitales et les prédispositions au délit³⁴. Lombroso, considéré comme le fondateur de l'anthropologie criminelle et chef de file de « l'École positive », soutenait la nature pathologique du « délinquant-né ». Les anomalies physiques étaient la base de la déviation morale qui l'induisait à accomplir des actions criminelles. Dans le domaine pénal, le corollaire de cette théorie était le principe d'irresponsabilité.

aussi, de M. Sbriccoli, « *Il diritto penale liberale* », *Quaderni fiorentini, Riviste giuridiche italiane (1865-1945)* » XVI (1987) et « *La penalistica civile - Teorie e ideologie del diritto penale nell'Italia unita* » in *Stato e cultura giuridica in Italia dall'Unità alla Repubblica*, dirigé par A. Schiavone, Rome-Bari, Laterza, 1990.

31. Sur Carrara, voir la notice de A. Mazzacane, dans *Dizionario Biografico degli Italiani*, XX, Rome, Istituto dell'Enciclopedia Italiana, 1977, p. 664-670, pour les références bio-bibliographiques, et l'ouvrage collectif *Francesco Carrara nel primo centenario della morte : atti del Convegno internazionale, Lucca-Pisa 2-5, giugno 1988*, Milan, Giuffrè, 1991.

32. M. Sbriccoli, « *Caratteri originari e tratti permanenti del sistema penale italiano* », art. cité, p. 496.

33. C. Lombroso, *L'uomo delinquente studiato in rapporto alla antropologia, alla medicina legale ed alle discipline carcerarie*, Milan, Hoepli, 1876.

34. Lombroso crut, par exemple, avoir localisé dans une fossette de quelques centimètres à la base du crâne l'anomalie somatique commune à un nombre important de criminels et aliénés.

Dans ce climat de ferment idéologique, ce fut justement une *prolusione* académique qui servit de détonateur et provoqua la confrontation entre les deux écoles du droit pénal italien. Le 6 décembre 1880, Enrico Ferri³⁵, jeune professeur de droit pénal, tint à l'université de Bologne la *prolusione* intitulée « Les nouveaux horizons du droit et de la procédure pénale »³⁶. C'était juste un mois avant la leçon qu'Enrico Cimbali tint à Rome, et ces deux événements furent pour la culture juridique italienne des « bourrasques fracassantes »³⁷. Les auteurs, éloignés tant du point de vue géographique que scientifique, avaient toutefois en commun leur très jeune âge, la curiosité envers les nouvelles sciences, ainsi que la volonté d'influer sur la construction d'un projet et de lancer un message de changement à une doctrine perçue comme toujours plus autoréférentielle et enfermée dans son formalisme.

Après s'être acquitté des hommages dus à ses professeurs et prédécesseurs, Ferri, dès les premières phrases, revendiqua un rôle d'avant-garde et d'innovation pour sa génération : l'âge leur conférait « l'avantage de pouvoir, justement, regarder de haut et à travers de nouveaux instruments la mer infinie de la science »³⁸. Quels étaient ces nouveaux instruments, ce point fut éclairci d'emblée. Les études d'astronomie de Pierre-Simon Laplace, les travaux sur la mesure du crâne et du squelette dirigés par Camper, White et Blumenbach, les recherches sur l'embryon de Ernst Haeckel et les théories de Charles Darwin confirmaient, selon Ferri, la centralité de « cette loi universelle d'évolution qui, désormais, dominait et renouvelait tout le monde scientifique, y compris les sciences morales et sociales, parmi lesquelles se trouvait justement le droit pénal »³⁹. Du point de vue méthodologique, il est évident que le fossé se creusait à l'égard de la tradition pénaliste italienne. À la dogmatique et au système, la nouvelle orientation substituait les sciences naturelles et sociales.

35. Enrico Ferri (San Benedetto Po, Mantoue, 1856-Rome, 1929). Diplômé en Droit en 1877 à l'Université de Bologne, il fréquenta à Pise un cours de perfectionnement en droit pénal tenu par Francesco Carrara. Il fut professeur de droit pénal à Bologne, Sienna, Pise et Rome. À son engagement scientifique et académique, il joignit la carrière d'avocat et celle d'homme politique, qui le conduisit à passer d'une position socialiste à une position radicale, jusqu'à s'approcher du fascisme, quoique sans y adhérer formellement. Voir, pour la référence bibliographique également, l'article de G. Sircana dans *Dizionario biografico degli Italiani*, XLVII, Rome, Istituto dell'Enciclopedia Italiana, 1997, p. 139-145.

36. E. Ferri, *I nuovi orizzonti del diritto e della procedura penale*, Bologne, Zanichelli, 1881. À la première édition suivront, jusqu'en 1929, quatre autres, mises à jour selon les évolutions de la pensée de Ferri ; à partir de la troisième édition, l'auteur adoptera le nouveau titre *Sociologia criminale*.

37. P. Grossi, *Scienza giuridica italiana*, op. cit., p. 13.

38. E. Ferri, *I nuovi orizzonti del diritto e della procedura penale*, op. cit., p. 3.

39. Op. cit., p. 4.

L'être humain était considéré comme un organisme vivant qui, à l'instar des autres, répondait aux lois de la nature, immuables, et surtout hors de son contrôle. L'Homme ne peut contrôler complètement ses propres actions, dans la mesure où elles sont insérées dans une chaîne soumise à la « loi universelle de causalité », selon laquelle à certains *stimuli* externes doivent correspondre des réactions déterminées ». Sa sphère de détermination autonome en résulte tellement diminuée qu'elle conduit l'auteur à déclarer que « la psychologie positive a démontré que le "libre-arbitre" n'est qu'une illusion métaphysique »⁴⁰. Une fois contredit le principe du libre-arbitre, sur lequel se fondait l'imputabilité du délit, il fallait légitimer l'exercice de la puissance punitive de l'Etat sur quelque chose d'autre. Ce problème, déjà affronté dans une de ses précédentes études⁴¹, semblait pouvoir se résoudre à travers un raisonnement « extrêmement simple » : de même que le délinquant n'est pas libre de ne pas commettre le délit, « la société n'est pas libre de ne pas se défendre contre l'agresseur »⁴². Cette fonction, quant à elle, aurait trouvé son explication dans la « loi universelle de conservation, d'où provient celle de lutte pour l'existence »⁴³ : de même que chaque organisme répond à l'instinct d'auto-défense pour conserver sa propre existence, la défense sociale doit être activée chaque fois que l'auteur d'un délit met en péril la survie de la société⁴⁴.

Si les sciences naturelles et sociologiques avaient fourni les instruments pour élaborer de nouvelles théories sur le libre-arbitre, l'imputabilité et la puissance punitive, de même la psychologie, la médecine et l'anthropologie contribueraient à renforcer la répression du phénomène criminel en déterminant le profil typique de l'auteur du délit et en permettant ainsi de l'isoler « à temps ». On passait de l'étude du délit à l'étude de son auteur. Puisque « l'anthropologie criminelle montre par les faits que le délinquant n'est pas un homme normal, mais constitue une classe spéciale qui, en raison d'anormalités organi-

40. *Op. cit.*, p. 5.

41. E. Ferri, *La teoria dell'imputabilità e la negazione del libero arbitrio*, Florence, Barbera, 1878.

42. *I nuovi orizzonti del diritto e della procedura penale*, *op. cit.*, p. 15.

43. *Op. cit.*, p. 22.

44. « À ce propos », selon l'auteur, « il est facile de voir comment, selon l'orientation expérimentale du droit punitif, perdent beaucoup de leur importance les nombreuses discussions pour la formule générique de la non-imputabilité (art. 94 Cod. pén.). En effet, un des principes de la nouvelle école doit être le suivant : même dans le cas où il n'y aurait pas de réelle imputabilité, le délinquant lui-même, qu'il soit fou ou né incorrigible, doit également être placé dans les établissements adaptés, en raison de la nécessité de défendre la société » (p. 122).

ques et psychiques, représente un retour atavique aux races sauvages »⁴⁵, Ferri estimait pouvoir distinguer cinq catégories d'« homme délinquant » : fou, inné, habituel, par passion, occasionnel. La peine pouvait avoir une réelle efficacité préventive seulement à l'égard des deux dernières catégories : les criminels par passion et les occasionnels, non enclins « par nature » à commettre des délits, pouvaient être découragés d'entreprendre des actions criminelles s'ils étaient confrontés à la perspective d'une punition adaptée. Pour les « criminels fous », étaient « insuffisants et inutiles tant l'asile que la prison », et il était donc nécessaire de recourir à la maison de correction pour criminels⁴⁶ ; pour les « criminels-nés » ou « habituels », étant donné l'impossibilité de leur récupération, il était nécessaire de recourir à la détention à vie, afin de protéger définitivement la société de leur menace.

À cet égard, Ferri se demandait s'il ne valait pas mieux recourir à une méthode plus efficace et définitive pour neutraliser les criminels irrécupérables : la peine de mort. Il est intéressant de remarquer comment il parvint à donner une réponse négative, mais à travers une argumentation tout à fait originale. En contraste avec la vieille tradition abolitionniste italienne inaugurée par Beccaria, il commençait son raisonnement en posant que « la peine de mort est écrite par la nature dans chaque coin de l'univers et dans chaque moment de la vie du monde ». Par conséquent, conformément aux lois de l'évolution et de la conservation, la société possédait le droit d'extirper de son propre corps les éléments nocifs représentés par certaines catégories criminelles⁴⁷. Toutefois, seule une « application sérieuse » de la peine de mort aurait permis un véritable « assainissement » de la société. Il aurait donc été nécessaire de l'étendre à tous les crimes graves et de mettre en œuvre un nombre très élevé d'exécutions. À la peine capitale, il n'opposait pas de griefs d'ordre éthique, et encore moins juridique, mais simplement les grandes difficultés d'ordre pratique pour accomplir une telle quantité d'exécutions. Jouait aussi, nous semble-t-il, la crainte de l'impopularité que les auteurs du projet auraient subie⁴⁸.

45. *Op. cit.*, p. 5.

46. *Op. cit.*, p. 36.

47. *Op. cit.*, p. 39.

48. « Ou bien on veut tirer quelque utilité de la peine de mort, et alors il faut l'appliquer sérieusement et avoir le courage de tuer, chaque année en Italie, au moins 2000 individus », correspondant *grasso modo* au nombre de condamnations pour homicide recensées annuellement à cette époque, « ou bien la peine de mort reste lettre morte dans les codes pénaux, comme épouvantail inutile et jamais appliquée, et alors, pour être sérieux, il

Les seuls instruments répressifs, malgré la contribution récente des sciences, avaient une efficacité très limitée pour combattre le phénomène criminel. Les études statistiques semblaient démontrer l'existence d'une « loi de saturation criminelle » selon laquelle, chaque année, l'association de différents facteurs de type anthropologique, naturel et social, produisait un niveau de délinquance quantitativement déterminable et sujet à des variations minimales, indépendantes des transformations des mesures répressives adoptées par la législation pénale. L'objectif de la diminution du nombre de délits devait être atteint à travers la connaissance et l'élimination de ces facteurs : « Il faut prévenir les délits en supprimant les causes, plutôt que les réprimer inutilement »⁴⁹. La solution serait constituée de « substituts pénaux », interventions ciblées de la législation sur l'ordre économique, politique, scientifique, religieux, éducatif et familial, qui permettraient, à travers la solution des principaux problèmes sociaux à l'origine de « la poussée criminelle », de diminuer durablement le nombre de délits.

Si cette *prolusione* avait représenté *grosso modo* le manifeste méthodologique de Ferri, celle qu'il tint deux ans après apparut clairement sous des traits plus spécifiquement politiques et programmatiques⁵⁰. Cette dernière donnerait officiellement naissance à l'École positive, dont le « principal critère d'orientation [...] dans l'ordre théorique » serait « l'étude du délit, comme phénomène naturel, comme action concrète, dont il fallait donc déterminer les causes également naturelles »⁵¹. Après avoir réexposé la répartition des délinquants en différentes catégories anthropologiques ainsi que la théorie des substituts pénaux, Ferri pouvait envisager les nombreux auspices d'une plus grande interdisciplinarité dans l'étude du droit pénal. Outre les références à Lombroso, Galilée, Comte, Ardigò et Wundt, abondaient celles à la sociologie, et surtout, à Herbert Spencer. Ferri en arrivait à soutenir que la « science criminelle » devrait « devenir une branche de la sociologie, qui aura donc pour fonde-

faut l'abolir. Ce ne seront pas les huit ou dix exécutions par an qui assainiront la société malade, [...] en réveillant d'un côté la compassion des gens de bien et l'antipathie pour la loi, et de l'autre, les instincts féroces des foules, malgré les exécutions secrètes » (p. 42). « Par conséquent », concluait-il, « étant donné que je ne serai sans doute pas celui qui demandera l'application de cette extermination médiévale, je parviens ainsi, par d'autres voies, à être un abolitionniste convaincu, heureux de me trouver en même temps d'accord avec les maîtres les plus renommés de notre science » (p. 44).

49. *Op. cit.*, p. 78.

50. *La scuola positiva di diritto criminale. Prelezione al corso di diritto e procedura penale nella R. Università di Siena pronunciata il 18 novembre 1882*, Sienna, Torrini, 1883.

51. *Op. cit.*, p. 37.

ment les sciences préliminaires de la psychologie, l'anthropologie et la statistique »⁵².

Toutefois, on se rappelle surtout cette *prolusione* comme le défi que Ferri lança ouvertement aux tenants de la tradition pénaliste libérale. En effet, ce fut en ce lieu qu'il employa à l'égard de Francesco Carrara et ses disciples le terme d'« École classique »⁵³, destiné à être unanimement adopté par l'historiographie jusqu'à nos jours. Le choix lexical laissait déjà transparaître la volonté de situer ses antagonistes « dans un passé sans futur »⁵⁴. De son point de vue, la science pénaliste italienne avait produit bien peu de résultats dans les dernières années, enfermée dans le culte des doctrines passées et dans une abstraction excessive. L'objectif de la diminution des peines et « l'étude aprioristique du délit, comme entité juridique abstraite »⁵⁵, lui semblaient contenir une très faible utilité pour la répression du phénomène criminel. La spéculation théorique excessive et l'éloignement de la réalité quotidienne qui en résultaient avaient eu pour conséquence qu'« après vingt années de travaux préparatoires, le législateur italien n'ait pu encore donner une forme positive [...] à ces spéculations »⁵⁶. Allusion au problème de la codification pénale, au cœur des critiques adressées à l'École classique. On comptait en effet parmi ses thuriféraires le professeur Luigi Lucchini, magistrat et homme politique considéré, avec Giuseppe Zanardelli, comme le « père » du nouveau code pénal de 1889. L'exclusion de Ferri provoqua un ressentiment qui fut à l'origine de l'exacerbation des positions et d'une levée de boucliers dans la confrontation des deux écoles.

L'analyse de ces deux *prolusioni*, où Ferri tenta d'exposer et de condenser son manifeste idéologique et méthodologique, permet de relever certains points faibles de son école. Un idéalisme peut-être excessif, sans le corollaire du poids politique, l'avait relégué aux frontières de l'activité législative post-unitaire, en risquant de tomber justement dans l'abstraction dont étaient accusés ses adversaires. L'exaltation de la science n'était pas, non plus, corroborée par des connaissances techniques adéquates et souvent ne trouvait pas d'appui véritable dans ces disciplines qui, bien que prometteuses, se trouvaient encore à l'état embryonnaire. Cela pourrait expliquer l'adhésion aux théories phrénologiques de Lombroso. Si cela condui-

52. *Op. cit.*, p. 31.

53. *Op. cit.*, p. 11.

54. P. Grossi, *Scienza giuridica italiana, op. cit.*, p. 15.

55. E. Ferri, *La scuola positiva di diritto criminale, op. cit.*, p. 12.

56. *Op. cit.*, p. 13.

sit à reléguer Ferri à une dimension « marginale et hérétique »⁵⁷, cela n'efface pas cependant la vitalité qu'il sut donner au débat pénaliste de son époque.

7. Vittorio Emanuele Orlando et la doctrine du droit public

Dans les dernières décennies du XIX^e siècle, les transformations méthodologiques furent très importantes en droit public. Ce changement culturel profond se réalisa grâce au publiciste sicilien Vittorio Emanuele Orlando (1860-1952) qui est considéré, de façon unanime, comme le fondateur de la science du droit public italien⁵⁸.

Une série de *prolusioni* de Vittorio Emanuele Orlando à Modène en 1885 (*Ordre juridique et ordre politique*), à Messine en 1886 (*La nécessité d'une reconstruction juridique du Droit constitutionnel*) et à Palerme en 1889 (*Les critères techniques pour la reconstruction juridique du droit public*) établit les fondements scientifiques de la nouvelle science du droit public, aussi bien dans le domaine du droit constitutionnel, que dans celui du droit administratif. La « campagne » de renouvellement culturel fut menée par Vittorio Emanuele Orlando à travers ses écrits méthodologiques (les *Prolusioni*), la création de la revue *Archivio di diritto pubblico* (1891-1896) et la publication des volumes *Principes de droit constitutionnel* en 1889⁵⁹ et *Principes de droit administratif* en 1891⁶⁰.

Le but de cette campagne fut la création d'une « mentalité juridique » des publicistes italiens⁶¹. Le modèle scientifique choisi par Orlando était celui du droit privé et notamment du droit civil romain. En revendiquant la véritable juridicité du droit public, il reprochait à

57. P. Grossi, *Scienza giuridica italiana, op. cit.*, p. 16.

58. Voir surtout M. Galizia, « *Diritto costituzionale (profili storici)* », *Enciclopedia del diritto*, XII, Milan, Giuffrè, 1964, p. 966-968 ; G. Cianferotti, *Il pensiero di V.E. Orlando e la giuspubblicistica italiana fra Ottocento e Novecento*, Milan, Giuffrè, 1980 ; Id., « *La prolusione di Orlando. Il paradigma pandettistico, i nuovi giuristi universitari e lo Stato liberale* », *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, XXIX (1989), p. 995-1024 ; P. Grossi, *Scienza giuridica italiana, op. cit.*, p. 28-37 ; M. Fioravanti, *La scienza del diritto pubblico. Dottrine dello Stato e della costituzione tra Otto e Novecento*, Milan, Giuffrè, 2001, p. 67-275 ; D. Quagliioni, « *Ordine giuridico e ordine politico in Vittorio Emanuele Orlando* » in *Le Carte e la Storia*, 2007, p. 17-26 ; J.-Y Frégné, « Gaetano Mosca et Vittorio Emanuele Orlando : deux idéologues majeurs de l'Italie transformiste », *Revue d'histoire moderne et contemporaine*, L (2003), p. 92-111 ; S. Cassese, *Culture et politique du droit administratif*, Paris, Dalloz, 2008.

59. V. E. Orlando, *Principii di diritto costituzionale*, Florence, Barbera, 1889 ; trad. fr. *Principes de droit public et constitutionnel*, Paris, Fontemoing, 1902.

60. *Principii di diritto amministrativo*, Florence, Barbera, 1891. Voir P. Grossi, *Scienza giuridica italiana, op. cit.*, p. 29-30.

61. Ce sont les mots même de V. E. Orlando dans « *Nota dell'autore del 1925 all'autore del 1885* » in *Diritto pubblico generale. Scritti vari (1881-1940) coordinati in sistema*, Milan, Giuffrè, 1940, p. 37.

la doctrine italienne d'avoir introduit dans le droit public des considérations et des méthodes non-juridiques, tirées de la philosophie et de la politique. Dans le panorama des études juridiques, le droit privé apparaissait au juriste sicilien comme le domaine le plus avancé grâce à la tradition romanistique, à son histoire millénaire et à sa maîtrise parfaite des termes et des catégories juridiques. Par contre, il observait que le droit public, et davantage le droit international, devait encore définir sa méthodologie ⁶².

La *prolusione* la plus importante d'Orlando fut sans doute celle de Palerme de 1889, dédiée aux *Critères techniques pour la reconstruction juridique du droit public* ⁶³ et considérée comme le manifeste italien du « pandectisme » en droit public ⁶⁴.

Dès le début de la *prolusione*, il affirmait avec force la nécessité d'attribuer au droit public une signification exclusivement juridique. Les publicistes étaient « trop des philosophes, trop des politiciens, trop des historiens, trop des sociologues et trop peu des juristes » ⁶⁵. Pour changer cette situation, il fallait se référer à la science juridique par excellence, à savoir à la science du droit civil romain. Les études en droit public étaient caractérisées au niveau européen d'un côté par la pure et simple exégèse des textes législatifs et, de l'autre, par l'excès de philosophie. Orlando observait qu'en droit civil on n'avait pas la nécessité d'éclairer philosophiquement les concepts de base comme *propriété*, *famille* ou *personnalité juridique*, tandis que les publicistes dédiaient beaucoup de temps à la discussion sur l'idée d'*Etat*, de *souveraineté*, de *gouvernement*, etc. Tout cela a empêché le développement d'une vraie étude scientifique du droit public, car l'aspect juridique a été mêlé à des considérations politiques et philosophiques ⁶⁶. Si, pour les civilistes, les principes du droit représentaient un acquis certain et indiscutable, pour les publicistes ils apparaissent comme des fruits de l'arbitraire : au lieu donc de la clarté et de la précision du droit privé, on se retrouve face à l'incertitude, à l'obscurité et à la confusion du droit public. Mais, selon Orlando, l'exégèse aussi avait provoqué des dégâts : l'utilisation de la méthode des civilistes français, critiquable en droit privé, l'était davantage en droit public. L'exé-

62. V. E. Orlando, « *Nota dell'autore* », art. cité., p. 34.

63. Voir surtout G. Cianferotti, *La prolusione di Orlando*, *op. cit.* ; P. Grossi, *Scienza giuridica italiana*, *op. cit.*, p. 28 et suiv.

64. Voir G. Cianferotti, « *La prolusione di Orlando* », *op. cit.*, p. 995.

65. V. E. Orlando, « *I criteri tecnici per la ricostruzione giuridica del diritto pubblico* » in *Diritto pubblico generale*, *op. cit.*, p. 6.

66. *Op. cit.*, p. 10-14.

gèse avait concentré l'intérêt des publicistes uniquement sur les textes législatifs, en excluant une conception systématique du droit public. La construction d'une véritable science du droit public dérivait par contre d'un réel effort de systématisation.

Il ne s'agissait pas « d'entourer le droit d'une sorte de muraille de Chine ⁶⁷ », mais de distinguer clairement l'aspect juridique de l'aspect philosophique, et la science juridique de la pure et simple exégèse législative. Il était nécessaire de considérer le droit public – de la même manière que le droit privé – comme étant fondé sur des principes juridiques organisés systématiquement.

À la suite de V.E. Orlando, le positivisme, le formalisme et le dogmatisme devinrent les caractères fondamentaux de la doctrine publiciste italienne du xx^e siècle ⁶⁸.

8. Conclusion

Les *prolusioni* académiques représentent un genre littéraire typiquement italien. Grâce aux considérations méthodologiques développées dans ces textes, elles établirent un trait d'union fondamental entre la science et l'enseignement universitaire.

L'âge d'or des *prolusioni* juridiques fut la période entre les dernières décennies du xx^e siècle et la Première guerre mondiale. Ce fut une époque de transformations culturelles et scientifiques profondes qui se manifestèrent avec l'affirmation en Italie de la prépondérance de la culture juridique allemande et du pandectisme.

La Guerre mondiale et le fascisme étouffèrent la liberté du débat scientifique en provoquant la crise des *prolusioni* académiques. Les liens avec la culture allemande devinrent encore plus étroits tandis

67. *Op. cit.*, p. 19. Nous nous permettons de citer quelques lignes en italien de cette célèbre *Prolusione* : « Certo il diritto pubblico non può fare a meno della politica. Certo il diritto in genere non può rinunciare ad una sistemazione di indole filosofica... certo una scienza giuridica determinata non potrà affatto prescindere dal commento esegetico dei documenti legislativi. Ciò che noi censuriamo, ciò che è stato esiziale al fisiologico sviluppo del diritto pubblico non è già il servirsi sussidiariamente del criterio filosofico o del criterio esegetico, ma bensì il non aver tenuto distinti ed autonomi ordini scientifici diversi, ma bensì l'aver dimenticato che altro è diritto, altro filosofia, altro scienza del diritto, altro cognizione delle leggi. Noi censuriamo che, col pretesto di usufruire il necessario contributo di altre discipline, si è imbastita una scienza di diritto pubblico come si farebbe per un mosaico, ravvicinando pezzetti di storia, di politica, di economia, ecc. ; e, tanto per giustificare il nome di diritto che a questa scienza si attribuiva, si è data parte preponderante al commento esegetico, cioè all'ultima, alla meno nobile e degna manifestazione del pensiero e della attività creativa giuridica. [...] il rimedio adeguato non consiste già in una contemperanza eclettica, ma nel ricondurre il diritto pubblico al suo vero fine. E il mezzo è semplicissimo, almeno ad enunciarlo ; cioè che il diritto pubblico si consideri, nel modo stesso che il diritto privato, come un complesso di principi giuridici sistematicamente coordinati » (p. 20).

68. Outre les ouvrages déjà cités voir F. Lanchester, *Pensare lo Stato. I giuspubblicisti nell'Italia unitaria*, Roma-Bari, Laterza, 2004.

que les échanges avec les autres pays s'affaiblirent de plus en plus. Le progrès culturel et scientifique dérive évidemment de la liberté de circulation des connaissances. La limitation des échanges produisit un renfermement de la doctrine juridique italienne sur elle-même qui nuisit lourdement à la qualité du débat scientifique universitaire.

Après la Seconde guerre mondiale et la chute du fascisme, l'Université se transforma rapidement. La multiplication des centres universitaires et des effectifs des étudiants et des professeurs modifia profondément les styles et les rites de la vie universitaire. L'Université de masse succéda à la traditionnelle université élitiste qui avait généré le phénomène des *Prolusioni accademiche*.

Paolo ALVAZZI del Frate,
Professeur d'histoire du droit à l'Université Roma Tre
Dario DI CECCA,
Doctorant en histoire du droit à l'Université Roma Tre

ANNEXE

Les *Prolusioni* principales de 1879 à 1891 (ordre chronologique)

- Serafini (Filippo), *Il metodo degli studi giuridici in generale e del diritto romano in particolare*, 1872, *Prolusione* au cours de droit romain.
- Scialoja (Vittorio), *Il diritto positivo e l'equità*, 23 novembre 1879, *Prolusione* au cours de droit romain, Université de Camerino.
- Ferri (Enrico), *I nuovi orizzonti del diritto e della procedura penale*, 6 décembre 1880, *Prolusione* au cours de droit pénal, Université de Bologne.
- Cimbali (Enrico), *Lo studio del diritto civile negli stati moderni*, 25 janvier 1881, *Prolusione* au cours de droit civil, Université de Rome.
- Cogliolo (Pietro), *La teoria dell'evoluzione darwinista nel diritto privato*, 21 novembre 1881, *Prolusione* au cours de droit romain, Université de Camerino.
- Fadda (Carlo), *L'equità e il metodo nella concezione dei giureconsulti romani*, 1881, *Prolusione* au cours de droit romain, Université de Macerata (Macerata, Bianchini, 1881).

- Chironi (Giampietro), *Il diritto civile nella sua ultima evoluzione*, 17 janvier 1882, *Prolusione* au cours de droit civil, Université de Sienne.
- Chironi (Giampietro), *Il darwinismo nel diritto*, 21 mai 1882, Discours pour la commémoration de Darwin, Université de Sienne.
- Ferri (Enrico), *Le ragioni storiche della scuola positiva di diritto criminale*, 18 novembre 1882, *Prolusione* au cours de droit pénal, Université de Sienne.
- Salvioli (Giuseppe), *Il metodo storico nello studio del diritto civile*, novembre 1881, *Prolusione* au cours d'histoire du droit italien, Université de Palerme.
- Polacco (Vittorio), *Prelezione al corso di istituzioni di diritto civile*, 26 novembre 1884, *Prolusione* au cours de droit civil, Université de Padoue.
- Polacco (Vittorio), *La funzione sociale della legislazione civile attuale*, 22 janvier 1885, *Prolusione* au cours de droit civil, Université de Camerino.
- Brugi (Biagio), *Le cause intrinseche dell'universalità del diritto romano*, 1^{er} décembre 1885, *Prolusione* au cours d'Instituts de droit romain, Université de Padoue.
- Chironi (Giampietro), *Sociologia e diritto civile*, 25 novembre 1885, *Prolusione* au cours de droit civil, Université de Turin.
- Orlando (Vittorio Emanuele), *Ordine giuridico e ordine politico*, 4 décembre 1885, *Prolusione* au cours de droit constitutionnel, Université de Modène.
- Filomusi Guelfi (Francesco), *La codificazione civile e le idee moderne che ad essa si riferiscono*, 3 novembre 1886, *Prolusione* au cours de droit civil, Université de Rome.
- Vidari (Ercole), *La legislazione sociale in Italia*, 3 novembre 1886, *Prolusione* au cours de droit de commerce, Université de Pavie.
- Orlando (Vittorio Emanuele), *La necessità di una ricostruzione giuridica del Diritto costituzionale*, 2 décembre 1886, *Prolusione* au cours de droit constitutionnel, Université de Messine.
- Venezian (Giacomo), *Le reliquie della proprietà collettiva in Italia*, 20 novembre 1887, *Prolusione* au cours de droit civil, Université de Camerino.
- Gabba (Carlo Francesco), *Attorno al concetto e all'orbita del diritto civile*, 15 décembre 1887, *Prolusione* au cours de droit civil, Université de Pise.

- Vivante (Cesare), *Per un codice unico delle obbligazioni*, 14 janvier 1888, *Prolusione* au cours de droit de commerce, Université de Bologne.
- Simoncelli (Vincenzo), *Le difficoltà attuali della scienza del diritto civile*, 17 novembre 1889, *Prolusione* au cours de droit civil, Université de Camerino.
- Orlando (Vittorio Emanuele), *I criteri tecnici per una ricostruzione giuridica del diritto pubblico*, 8 janvier 1889, *Prolusione* aux cours de droit administratif et constitutionnel, Université de Palerme.
- Salvioli (Giuseppe), *I difetti sociali del codice civile in relazione alle classi non abbienti e operaie*, 9 novembre 1890, *Prolusione* au cours de histoire du droit italien, Université de Palerme.
- Gianturco (Emanuele), *Individualismo e socialismo nel diritto contrattuale*, 1891, *Prolusione* au cours de droit civil, Université de Naples.
- Sraffa (Angelo), *La lotta commerciale*, 1894, *Prolusione* au cours de droit de commerce, Université de Macerata.
- Vivante (Cesare), *I difetti sociali del codice di commercio*, 1899, *Prolusione* au cours de droit de commerce, Université de Rome.