

LA SUERTE DEL «MOS GALLICUS» EN LA FRANCIA CONTEMPORANEA (*)

SUMARIO 1.—Planteamiento, 2.—La reforma de 1954 y sus consecuencias; 3.—Observaciones retrospectivas; 4.—Presupuestos metodológicos para la enseñanza actual del Derecho romano.

1. PLANTEAMIENTO

En unos momentos en que la enseñanza y la misma institución universitaria están siendo objeto de una profunda y necesaria revisión, es inevitable el replanteamiento del tema de la razón de ser del Derecho romano en el marco de los estudios jurídicos. Del punto de vista que se adopte ante esta problemática dependerá la decisión sobre la metodología que deba utilizarse actualmente en la enseñanza del Derecho romano; en ello parece estribar, justamente, el problema de la crisis¹ que aqueja al Derecho romano desde la aparición de las modernas codificaciones.

(*) Comunicación presentada el día 19 de septiembre de 1969 en Amsterdam, con ocasión de la XXIV Sesión de la *Société internationale "Fernand de Visscher" pour l'histoire des droits de l'antiquité*.

1. Sobre la crisis del Derecho romano, vid., entre otros: CARRELLI, *A proposito di crisi del diritto romano*, *SD* 9 (1943), pp. 21 ss.; D'ORS, *Presupuestos críticos para el estudio del Derecho romano*, Salamanca, 1943, pp. 11 ss.; ALVAREZ SUÁREZ, *Horizonte actual del Derecho romano*, Madrid, 1944, pp. 99 ss., con amplia bibl.; NOAILLES, *La crise du droit romain* *Mémorial des études latines*, París, 1943, pp. 398 ss.; KOSCHAKER, *Europa y el Derecho romano*, Madrid, 1955, pp. 475 ss.; BIONDI, *Crisi e sorti dello studio del diritto romano*, Trieste, 1950; D'ORS, *La crisi attuale del diritto nell'impostazione romanistica*, *Ius*, 1951, pp. 341 ss.; FUENTESICA, *Crisis y perspectivas en el estudio del Derecho romano*, *Rev. Der Not.* 7 (1955), pp. 183 ss., con bibl.; BIONDI, *Crisi del diritto e marxismo*, *Ius*, 1957. CRUZ, *Da "solutio"*, Coimbra, 1962, pp. XXV ss.

En general, el tema de la crisis del Derecho romano ha sido planteado tradicionalmente desde un punto de vista doctrinal, es decir, tomando en consideración la metodología con arreglo a la cual aquél debía ser investigado. Con ello se olvida, en buena parte, que "el método está en función del objeto que nos proponemos estudiar", y que, por consiguiente, "la médula del problema radica en el modo de concebir el Derecho romano, en el concepto que de él nos formemos y adoptemos para la práctica de la enseñanza universitaria"². Por tanto, la cuestión de fondo que la moderna crisis del Derecho romano tiene planteada no es otra cosa que la de la metodología didáctica con la que en la actual coyuntura histórica debe ser enfocado para que pueda seguir presentándose en el futuro como un instrumento insustituible en la formación de los juristas modernos. Tal es la problemática que se desprende de la encuesta de Labeo en 1956³, y tal ha sido también la idea central de nuestro trabajo sobre *Los estudios de Derecho romano en Francia después del Código Napoleón*⁴ siguiendo la línea del de J. Gaudemet, *Tendances et méthodes en Droit romain*⁵. En efecto, desde el punto de vista en el que nos hemos colocado, la experiencia francesa presenta un interés excepcional; la historia de los estudios de Derecho romano en Francia después de 1804 podría resumirse, en buena parte, como la sucesión de una serie de tentativas para encontrar el método que debía presidir la enseñanza de un Derecho derogado por el *Code civil*. Este hallazgo no sólo no parece haberse producido, sino que, además, se ha llegado, a partir de la reforma de 1954, a un planteamiento de los estudios histórico-jurídicos que ha conducido al Derecho romano a una situación tal, que llevó en 1963 a P. Jaubert a manifestar un temor fundado sobre el posible eclipse de los estudios romanísticos en la enseñanza del Derecho en Francia.

Es evidente que ni entonces nos propusimos, ni ahora tenemos

2. D'ORS, *Presupuestos*, cit. n. 1, p. 11.

3. *Lo studio e l'insegnamento del Diritto romano*, *Labeo*, 2 (1956), páginas 327 ss.

4. La presente comunicación constituye un extracto de este estudio (en prensa) realizado en París con la ayuda económica de la Dirección General de Relaciones Culturales de Francia.

5. *Revue philosophique*, 1955, pp. 122 ss.

la intención de ofrecer una solución al problema de la crisis por la que en Francia, al igual que, en mayor o menor medida en todos los países, atraviesa el Derecho romano. La romanística francesa tuvo que enfrentarse sola, por primera vez, ante el necesario cambio de orientación que, tras el *Code Civil*, precisaban los estudios y, en particular, la enseñanza del Derecho romano. Por ello, el análisis de los intentos para encontrar nuevas orientaciones metodológicas, la reflexión sobre los avatares del cultivo del Derecho romano en un ambiente hostil, la comprobación de la suerte que corrieron las diversas tendencias sucesivamente cultivadas por los romanistas franceses hasta llegar a la situación actual, constituyen una lección sumamente útil a la hora de pensar en la posibilidad de la conveniencia de un cambio de orientación en la didáctica romanística.

Necesariamente, en el momento de extraer las consecuencias que se derivan de esas reflexiones, desde el punto de vista didáctico, no podemos hacer abstracción de nuestras personales experiencias, adquiridas en el contacto con la didáctica profesada por nuestro maestro, el Profesor d'Ors, que ha sabido encontrar el equilibrio "entre unos libros que exigen una atención histórico-crítica y unos alumnos que reclaman una enseñanza conveniente para su formación de juristas" ⁶.

Una vez más se nos presenta dotada de la máxima actualidad la afirmación de Helebrand de que "si no adaptamos los estudios romanísticos a nuestra Edad, nuestra Edad no adoptará los estudios romanísticos, ya que la vieja concepción del Derecho romano cae francamente fuera de la *patria potestas* del espíritu de nuestra época" ⁷. Creemos que esta adaptación debe buscarse hoy, más que nunca, en el campo de la didáctica; no cabe duda de que G. Cornil estaba en lo cierto cuando afirmaba en 1921 que "l'aversion courante pour l'étude du droit romain et en général pour l'histoire du Droit procède sans doute d'un vice de l'enseignement" ⁸; tal es, realmente, a nuestro modo de ver, la problemática a la que con urgencia debe prestar su atención la romanística.

6. *Derecho privado romano*, Pamplona, 1968, p. XI.

7. *Gnomon*, 1939, p. 172; cit. por d'Ors, *Presupuestos*, cit. n. 1, p. 19.

8. *Aperçu d'histoire sommaire "ad usum cupidae legum urventutis"*, Bruselas, 1921, *Intr.*, p. 7.

2 LA REFORMA DE 1954 Y SUS CONSECUENCIAS

El progresivo arraigo que fue tomando la corriente sociológico-comparativista en el campo de los estudios históricos, y la necesidad de encontrar una base común para las especialidades de Derecho privado, Derecho público y Ciencia política, y Economía política, fueron los factores inmediatos que determinaron la nueva orientación que, respecto al Derecho romano, impuso en Francia la reforma de 1954. El régimen anterior (1925), sin especialización, comprendía: en primer año un curso anual de Derecho romano, del que se excluía la materia de obligaciones, objeto de un semestre en el segundo año. En 1954 el Derecho romano desaparece como materia autónoma en el cuadro de los estudios históricos de los dos años comunes, y queda incluido en el primer curso dentro de la *Histoire des institutions et des faits sociaux, des origines à l'aube du Moyen-âge*, que se completa en el segundo año con otro curso análogo en el que se analiza la historia jurídica hasta el *Code Napoléon*. Para los alumnos que hubieran elegido la especialidad de Derecho privado preveía la reforma un semestre, en el tercer año, dedicado a la propiedad y otro a las obligaciones, en Derecho romano y en el antiguo Derecho francés, y un semestre, en el cuarto año, para los regímenes matrimoniales, las liberalidades y las sucesiones, también en Derecho romano y en el antiguo Derecho francés, además, la reforma introdujo un curso de Historia de las ideas políticas y un curso de Historia del pensamiento económico, en las especialidades de Derecho público y Ciencia política, y Ciencias económicas, respectivamente.

Es cierto que en esta reforma los estudios históricos, y el mismo Derecho romano ganaban considerablemente en importancia cuantitativa respecto al sistema anteriormente vigente; sin embargo, no cabe duda de que el Derecho romano resultaba muy perjudicado cualitativamente, al ser incluido en un ámbito de amplitud tan considerable. Por otra parte, es muy dudoso que de este estudio indiscriminado puedan derivarse las mismas ventajas para la formación de los futuros juristas, de las que presentaba el gran curso de Derecho romano mantenido por la reforma de 1925. La falta de viabilidad del planteamiento de los estudios romanísticos dentro de los Derechos de la Antigüedad había sido justamente advertida por

P. Noailles en 1943: dice, en efecto, P. Noailles, refiriéndose a los peligros de la metodología comparativista en el terreno pedagógico:

“... ces études ont considérablement enrichi notre discipline par l'étude des autres droits de l'antiquité, par le droit comparé. Mais ces comparaisons, en replaçant le droit romain dans son cadre historique, sont surtout propres à faire ressortir les traits caractéristiques pour lesquels il est un droit antique, se rapprochant d'autres qui nous sont étrangers, mais s'éloignant davantage du droit moderne. Je suis très loin de vouloir nier les mérites et les avantages du droit comparé. Je reconnais le profit que peut en tirer la connaissance du droit romain. Je note, cependant, que le fossé se creuse davantage entre le cours d'histoire du droit antique et le cours de droit appliqué”⁹.

Los riesgos de la metodología comparativista habían sido denunciados también por el propio Koschaker¹⁰, uno de los más genuinos representantes del método comparado para el estudio de los Derechos de la Antigüedad; similares reservas habían sido hechas también por otros autores con ocasión de la encuesta de *Labeo*¹¹; concretamente, opinaba de Visscher.

“Les droits de l'antiquité n'offrent, à l'heure actuelle au moins, aucun cadre précis dans lequel le droit romain puisse être situé avec un réel profit au point de vue de l'histoire générale des institutions”¹².

Sin embargo, otros autores, y entre ellos decididamente J. Gaudemet, aun reconociendo la innegable preeminencia del Derecho romano sobre los demás Derechos de la Antigüedad¹³, se pronun-

9. L. cit. n. 1, p. 391.

10. *Ibid.*, p. 391.

11. Cit. n. 2, pp. 340 s.

12. *Ibid.*, p. 341.

13. Dice, en efecto, este ilustre romanista “l'étude des droits antiques, autres que le droit romain, paraît donc pouvoir tenir une certaine place, qui laissera au droit romain son indéfectible prééminence et qui contribuera même peut-être à la rendre plus manifeste” (l. cit. n. 2, p. 341); J. GAUDEMET, no puede, pues, dejar de comentar con satisfacción (*Labeo* 2, 1956, pp. 126 s.) la reforma de 1954. La reforma es comentada también fa-

ciaron en favor de este planteamiento, plasmado en la reforma de 1954. De este modo, y no sin cierta paradoja, se dio en Francia un perfecto cumplimiento de la ordenanza alemana de 18 de enero de 1935 que regulaba los estudios jurídicos, incluyendo el Derecho romano dentro de la Historia del Derecho antiguo, fórmula que, a pesar de su relación con las tendencias propugnadas por Mitteis y Wenger, no era sino consecuencia de las luchas del Nacionalsocialismo contra el Derecho romano¹⁴.

La realidad iba a mostrar muy pronto en Francia los perjuicios que presentaba este método para la formación de los futuros juristas, y para la propia suerte de los estudios históricos en general, y el Derecho romano en particular. Ante la inexistencia de un sistema preciso en el campo de los Derechos de la Antigüedad, a que aludía de Visscher en la encuesta de *Labeo*, lo que se produce en la práctica como advierte Burdesse¹⁵, es la exposición de “un insieme di notizie su sistemi giuridici per la massima parte reciprocamente strani e su modi di vivere l'esperienza giuridica e di concepire il diritto per lo più tanto lontani gli uni dagli altri de non permettere un'utile opera di comparazione”. No es, pues, nada extraño que pueda ponerse seriamente en tela de juicio, “que possa trarsi un protieno insegnamento, ai fini della comprensione del fenomeno giuridico in sé e per sé considerato, dall'esame di mondi giuridici, come quelli anteriori al romano, in cui tale fenomeno non è stato fatto oggetto di una conoscenza concettuale e di una interpretazione sistematica”.

Por otra parte, y aun reconociendo la utilidad de un planteamiento sociológico del Derecho¹⁶, opina Burdesse que “un appron-

vorabilmente por el mismo G. CARDASCIA (*Iura* 7, 1956, pp. 643 s.), que dedica, en cambio, severas críticas a la reforma de 1960-62 (*Iura* 14, 1963, pp. 216 ss.).

14. KOSCHAKER, ob. cit. n. 1, pp. 441 ss

15. Recensión a la obra de MONNIER, en colaboración con G. CARDASCIA y J. IMBERT, *Histoire des institutions et des faits sociaux des origines à l'aube du Moyen-âge* (París, 1956), en *Labeo* 2 (1956), p. 107.

16. *Ibid.*, p. 107.—La crítica de BURDESSE no es aceptada por G. CARDASCIA quien afirma, a este respecto “.. la connaissance des institutions préromaines, précisément parce que celles-ci n'offrent pas una construction doctrinale systématique, permet de mieux évaluer le progrès que les prudents ont fait faire au droit; placée au seuil de l'étude du droit romain, elle

dimento in tal senso non sia possibile per ambienti che non hanno avuto una giurisprudenza o comunque conosciuto una elaborazione concettuale del diritto". En tales circunstancias, desde el punto de vista didáctico, "l'analisi di siffatti ambienti sociali e l'essame dei correlativi sistemi giuridici parmi si riduca piuttosto alla presentazione di una massa di nozioni, tanto più complessa quanto più estesi sono i mondi presi in considerazione, che avrà un indubbio valore culturale, ma nessuno, o per lo meno ben scarso, valore formativo specifico per lo studio del fenomeno giuridico" ¹⁷.

Diez años después del Decreto de 27 de marzo de 1954, P. Jaubert constataba plenamente los errores de la reforma, en un análisis sobre la situación de la enseñanza del Derecho romano en Francia, presentado en 1963, en Bruselas, con ocasión de la XVIII sesión internacional de la *Société des Droits de l'Antiquité*. Se preguntaba,

donne en quelque sorte l'échelle des grandeurs. Cette connaissance porte d'ailleurs d'autres fruits, d'une valeur intrinsèque et nous ne saurions souscrire, pour notre part, à la thèse qui, restraignant arbitrairement le droit à la doctrine, dénie tout intérêt didactique aux comparaisons qui ne porteraient pas sur deux systèmes organisés de doctrines juridiques". Por su parte, J. GAUDEMET escribe "Grâce à cette conception, les étudiants verront comment se posent les problèmes juridiques et les problèmes économiques, comment ces problèmes s'insèrent dans la vie sociale, comment la vie réagit sur eux, quelle est l'action des hommes et celle des événements, quelle est l'action des forces spirituelles et celle des forces matérielles. Telle est, me semble-t-il, l'utilité essentielle des études historiques" (*Rev. de l'enseign. sup.* 1963, 1. p. 72). En realidad, pues, los frutos que pretenden derivarse del estudio del Derecho romano dentro de los Derechos de la Antigüedad son los de mostrar la superioridad de aquél respecto a todos los demás; así lo proclamaba recientemente G. CARDASCIA: "... il tempo dedicato allo studio dei diritti cuneiformi non viene sprecato a danno del diritto romano. Un sia pur breve ragguaglio su questo dato dell'esperienza giuridica costituisce anzi una introduzione della massima utilità. Esso è indispensabile per mostrare ai giuristi ciò che poteva essere un diritto, che non fosse fecondato dall'opera romana." (*Le tavolette cuneiformi e il Diritto, Antologia Giuridica romanistica ed antiquaria*, I, Milán, 1968, p. 13 de la sep.); si esto es así, no vemos la necesidad de privar a la enseñanza del Derecho romano de su autonomía, ya que en su exposición caben perfectamente las referencias a otros Derechos que no han alcanzado la perfección del romano y que, por tanto, si merecen ser estudiados y enseñados es para lograr una mejor comprensión, y una más alta valoración del Derecho romano.

17. *Ibid*, p. 108.

en efecto, P. Jaubert, en relación con el curso de *Histoire des Institutions et des faits sociaux des origines à l'aube du Moyen-âge*:

... comment analyser et expliquer, en moins de 80 heures, un véritable tour du monde des droits antiques aussi différents que les droits cunéiformes, le droit égyptien, les droits helléniques, le droit romain, et même le droit de l'époque franque? Malgré la bonne volonté des enseignants comme des enseignés, ce survol de quatre millénaires des origines à l'aube du *Moyen-âge* ne pouvait se faire qu'à très haute altitude. Il n'en est résulté généralement pour cet étudiant néophyte, ignorant tout encore des structures et de la terminologie juridiques, que chaos et confusion. Quand on lui demandait, par exemple, de comparer la condition juridique du métèque et celle du pèlerin, ou d'opposer la conception du pouvoir politique dans les monarchies hellénistiques et la monarchie franque, la diversité des régimes étudiés était responsable d'un affreux salmigondis"¹⁸.

Es probable que nada demuestra mejor el perjuicio que supuso para el Derecho romano la reforma de 1954 que el hecho de verlo suprimido en el primer año, poco tiempo después; en efecto, un Decreto de 6 de agosto de 1960, "premiante acto, dice P. Jaubert¹⁹, de cette carence ou de ces difficultés, supprimait le droit romain, ou plutôt *L'Histoire des Institutions de l'Antiquité* du programme de première année pour lui substituer une *Histoire des Institutions et des faits sociaux*, relative à la France, depuis l'époque franque jusqu'à la Révolution". Tal fue el resultado del triunfo en los planes de estudio de la tendencia sociológico-comparativista, y de la persistencia de un hecho, denunciado por el propio P. Jaubert, al que van ligados fatales consecuencias para el Derecho romano, y es que "à l'encontre de certains pays, la France ne sélectionne pas de *romanistes*, mais des *historiens du droit*, qui seront appelés à enseigner aussi bien le droit romain que les divers aspects de l'ancien droit français, ou, plus récemment encore, l'Histoire des faits économiques, celles des idées politiques, etc..."²⁰. En el segundo año, la enseñanza histórica se refiere a las *Institutions politiques et sociales de l'Antiquité*,

¹⁸ *L'enseignement actuel du droit romain en France*, *RIDA* 11 (1964), p. 372 ss

¹⁹ *Ibid.*, p. 372.

²⁰ *Ibid.*, p. 373.

dentro de las que ocupan un lugar las relativas a Roma; todo ello habrá de ser expuesto en un semestre (= cuarenta horas). Sólo en la especialidad de Derecho privado podrán seguirse cursos de Historia del Derecho privado —referente tanto al Derecho romano como al antiguo Derecho francés²¹— sobre las obligaciones y la propiedad (dos semestres en tercer año), la familia y la herencia (un semestre en cuarto año). En virtud del carácter optativo que ahora presentan estos cursos, es perfectamente posible, en principio, que un licenciado en Derecho en Francia desconozca por completo el Derecho romano, como muy bien advierte P. Jaubert:

“ au moins théoriquement, le futur licencié en droit, qui n'a plus de droit romain en première année, pourra —grâce au jeu des options— achever son cycle quadriennal, sans avoir soupçonné à l'existence d'une civilisation qui a donné des leçons de droit à toutes les nations du monde. Le programme officiel l'aura obligé, seulement en deuxième année, à entendre quelques explications sur l'organisation politique, les magistratures et les classes sociales à Rome ”²².

Este testimonio de P. Jaubert no es el único en poner de relieve en Francia los fatales resultados de las reformas de 1954 y 1960-62; a pesar del amable juicio de Ripert²³, es una observación de Villey la que da clara idea de la impopularidad del Derecho romano en la Francia actual, tanto entre los intelectuales como entre el vulgo:

21. Vid., p. e., la obra de P. OURLIAC y J. DE MALAFOSSE, *Droit romain et ancien droit*: I. *Les obligations* (París, 1957) y II *Les biens* (París, 1961). Una obra representativa de las enseñanzas históricas en los cursos comunes, conforme a la reforma de 1960-62 es el *Cours d'institutions politiques et sociales de l'Antiquité* (París, 1965-66), y aún mejor las *Institutions de l'Antiquité* (París, 1967) de J. GAUDEMET.

22. *I. cit.* n. 18, p. 374.

23. *Droit civil*, París, 1956, I, p. 19: “ . l'étude des anciennes règles est indispensable pour comprendre le droit actuel, soit qu'il ait purement et simplement maintenu des règles, soit qu'il les ait amendées ou modifiées à raison des circonstances nouvelles. A ce titre il faut spécialement noter l'extreme importance que présente l'étude du droit romain pour la compréhension du droit civil moderne. Loin d'être un simple objet de curiosité et un modèle technique, le droit romain, surtout dans la partie des obligations, est indispensable à la formation du juriste”.

“C'est devenu, à ce qu'il nous semble, une mentalité commune que le mépris du droit romain, le moindre journaliste lorsqu'il s'efforce à varier son vocabulaire, ne trouve pas de meilleure injure pour un homme politique que celle de romaniste”²⁴.

Desde el punto de vista científico, G. Cardascia considera el plan de estudios como esterilizador; en efecto, dice Cardascia:

“Comment pourra-t-on susciter des vocations de romanistes dans un système d'enseignement qui ne permet pas au professeur de faire toucher du doigt la valeur formatrice du droit romain et l'importance de son apport à notre civilisation? Comment la lignée des grans manuels français, comme ceux de Cuq, de Girard et de Monier, pourrait-elle être prolongée dans un système où la matière est morcelée et privée de sa base?”²⁵.

En resumen, dice P. Jaubert:

“.. à ne considérer les choses que superficiellement, pour reprendre une expression qui, depuis un demi-siècle, a soulevé d'ardantes polémiques et une littérature fluviale, il s'agit d'une éclipse qui pose même le problème de la survie du droit romain au sein des études juridiques”²⁶.

24. *Le droit romain*, París, 1946, p. 117. VILLEY cita, a este respecto, la frase de un periodista que, refiriéndose a RIPERT, dice: “un de ces juristes qui imaginent enfermer la vie dans una formule héritée du droit romain”.

25. L. cit. n. 13, p. 219. Este autor juzga, sin embargo, de modo diametralmente opuesto ambas reformas (vid. n. 13); nos parece, con todo, que la primera no hizo sino abrir el camino para llevar a cabo, con la segunda, la supresión del Derecho romano, incluso dentro de los Derechos de la Antigüedad. Tal vez sea ya difícilmente salvable el error de la reforma de 1960-62; las actuales orientaciones a las que pretende acomodarse la enseñanza superior en Francia no acarrearán, probablemente, una suerte más favorable a los estudios histórico-jurídicos, especialmente por lo que se refiere a su rango dentro de los planes de estudio.

26. L. cit. n. 18, p. 375. Este “eclipse” se ha producido ya, en realidad, en el doctorado, según testimonia este mismo autor (pp. 375 s.). de hecho, al menos en provincias, sólo los candidatos a la agregación eligen las pruebas del D. E. S. (*Diplome d'Etudes Supérieures*) de Historia del Derecho y Derecho romano; en las Facultades de provincias, las tesis en Derecho romano son cada vez más escasas, e incluso en algunas no existe ninguna desde hace bastante tiempo.

Después de emitir un juicio de esta naturaleza, creemos que no pueden estimarse como “fiches de consolation”, los resultados aparentemente beneficiosos que P. Jaubert pretende que se han derivado de las reformas de 1954 y 1960-62.

La primera consiste en señalar como progreso importante que, “avant 1954, les programmes arrétaient l'étude du droit romain au droit de Justinien, d'où cette lacune maintes fois soulignée de laisser de côté ces douze siècles compris entre les compilations byzantines et le Code civil rendant incompréhensible le passage du droit romain au droit moderne”²⁷, vacío que había sido llenado por los programas de tercero y cuarto año, al prescribirse el estudio conjunto del Derecho romano y la Historia del Derecho francés.

Ante todo, hay que tener en cuenta que este planteamiento enlaza con la vieja concepción de la Ley del 22 *ventôse*, que prescribía el estudio del Derecho romano “dans ses rapports avec le droit français”, por lo que, en principio, cabe considerarlo como una regresión anti-histórica a una fórmula que debería estar ya sobrepasada. Pero, además, se olvida con ello una cuestión de la máxima importancia, y es la de la necesidad de un estudio autónomo del Derecho romano, como acertadamente postula J. Macqueron, cuya idea recoge el propio Jaubert:

“Le mélange droit romain-vieux droit français, actuellement à la mode, est mortee pour le droit romain. C'est une discipline particulière qui demande un enseignement cohérent”²⁸.

Por otra parte, así como, con palabras de Burdese²⁹, “l'impostazione sociologica della storia giuridica tende a sminuire lo specifico valore formativo dello studio del diritto romano”, se llega a un resultado igualmente negativo con un planteamiento meramente descriptivo de las instituciones de Derecho romano encaminado a mostrar su eventual plasmación en los Derechos nacionales. En efecto, en uno y otro caso se olvida que “l'interesse dell'indagine, e quindi dell'insegnamento romanistico, abbia il suo fulcro, del punto de vista giuridico, nell'accertamento, e quindi nella presentazione, del modo

27. *Ibid*, p 376.

28. *Ibid.*, p. 377, n. 37.

29. *I. cit.*, n 15, p 108.

in cui quell'ordinamento giuridico ha saputo rispondere, nel suo più capillare contenuto normativo grazie in particolare all'apporto di una scienza del diritto eccezionale per sensibilità ed acutezza, alle esigenze della realtà sociale del momento" ³⁰. Por último, aun admitiendo la conveniencia de estas ampliaciones del campo de enseñanza de la Historia del Derecho, creemos, con G. Cardascia, que "cette ouverture d'horizon ne devait pas se faire au détriment du droit romain" ³¹.

Tampoco nos merece un juicio favorable que P. Jaubert presente como hecho positivo la observación de Giffard de que "le morcellement des enseignements de Licence a été en partie compensé par l'élargissement des matières romanistiques envisagées en Licence et en Doctorat" ³²; esto parece olvidar que el Derecho romano no es objeto en la Licenciatura de un estudio autónomo, e incluso que es optativo y que en provincias pocas posibilidades de oyentes ofrece en el Doctorado el curso de *Histoire du droit privé de l'Antiquité*, de carácter especializado. Además, la ausencia del Derecho romano en los cursos comunes, y su sustitución por amplias exposiciones histórico-culturales, no puede reportar una excesiva formación jurídica a los alumnos. La ausencia del Derecho romano en estos cursos ha sido justificada, incluso por romanistas, bajo la idea de que "pour la plupart des carrières économiques ou même administratives, le droit romain peut être remplacé par d'autres enseignements" ³³. Evidentemente, no vamos a poner en duda la exactitud de esta afirmación, aunque pensemos, con G. Cardascia, que de ello no resultan sino perjuicios para la formación de los estudiantes, los cuales, "ont grand besoin d'être formés, comme juristes, avant d'être informés, en tant que techniciens" ³⁴; sin embargo, aquel planteamiento nos parece erróneo desde más amplias perspectivas: la falta de separación existente en Francia entre los estudios económicos y los jurídicos. A este hecho va unido, en buena parte, como antes apuntamos, el sentido de las reformas de 1954 y 1960-62 por lo que se refiere

30 *Ibid.*, p. 108

31. *L. cit.* n. 25, p. 218.

32. *Cours de droit romain approfondi*, 1945-46, *Les cours de Droit*, París, p. 19; cit. por P. JAUBERT, *l. cit.* n. 18, p. 377 n. 38.

33. CARDASCIA, *l. cit.* n. 25, p. 219.

34. *Ibid.*, p. 217.

al Derecho romano y a las enseñanzas de Historia del Derecho, en general. No nos cabe duda que G. Cardascia está en lo cierto al dudar de que con tales reformas “l'unité de la faculté de droit et des sciences économiques ait été sauve définitivement”, puesto que, “le sens de l'évolution porte vers la séparation...”³⁵. Por desgracia, este deseo de mantener la cohabitación entre juristas y economistas produjo desastrosos perjuicios para el Derecho romano y para los mismos estudios jurídicos, hasta el punto de que G. Cardascia no duda en afirmar que este error “contribuera inéluctablement au progrès de la barbarie juridique”³⁶.

No nos cabe ninguna duda de que, como dice G. Cardascia, “le juriste français de demain ne sera pas suffisamment formé par un enseignement d'ou l'on aura extirpé le droit romain”³⁷; por consiguiente, no puede estimarse satisfactorio el hecho de que tras la reforma de 1960-62 se haya conseguido, según palabras de P. Jaubert, “plus de poids lourds ou même de poids morts parmi l'auditeur, ce qui constitue un allégement appréciable et permet une progression beaucoup plus rapide dans l'enseignement”³⁸. Esta “fiche de consolation” prescinde por completo de la misión formativa que corresponde al Derecho romano en las Facultades de Jurisprudencia, quizá a causa de considerar aquel Derecho y la Historia jurídica en general, como dirigidos a “informar” más que a formar a los juristas modernos. Es el peso “historicista” que arrastra Francia desde antiguo y que en tantas ocasiones convierte la Historia del Derecho en erudición, lo que no puede sino ir en detrimento de la enseñanza. La realidad de esta última observación se desprende claramente a través del análisis de la génesis histórica de los estudios y la enseñanza del Derecho romano en Francia después del *Code civil*; sin embargo, creemos que, por todo lo dicho hasta aquí, no cabe sino suscribir plenamente la conclusión de G. Cardascia de que “la réforme française de 1960-62 est un exemple à ne pas suivre”³⁹.

35 *Ibid*, p. 220; así está ocurriendo, en efecto, actualmente.

36. *Ibid.*, p. 220.

37. *Ibid*, p. 220.

38. *I.* cit., n. 18, p. 377.

39 *I.* cit n 25, p 220.

3. OBSERVACIONES RETROSPECTIVAS

La promulgación del *Code civil* estaba llamada a producir, necesariamente, un cambio radical en el modo de concebir el estudio y la enseñanza del Derecho romano; el artículo 4.º de la Ley del 30 *ventôse*, año XII (21 de marzo de 1804), convirtió al *Code* en ley general y exclusiva de la nación⁴⁰; por consiguiente, si el Derecho anterior, y con él el Derecho romano, merecía la pena de ser estudiado, debía ser con el fin de servir de base para la comprensión del *Code civil*, es decir, “dans ses rapports avec le Droit français”, según prescribía expresamente el artículo segundo de la Ley del 22 *ventôse*, que reorganizaba los estudios de Derecho. Tal era, después de todo, la idea de los redactores del *Code*, para quienes el estudio del Derecho romano constituía un presupuesto indispensable para comprender la nueva legislación⁴¹, este culto por el Derecho roma-

40. “A compter du jour où ces lois sont exécutoires, les lois romaines, les ordonnances, les réglemens, cessent d'avoir force de loi générale ou particulière, dans les matières qui sont l'objet des dites lois composant le présent Code” A pesar de las pretensiones de generalidad del *Code*, de este principio derogatorio cabe deducir, lógicamente, la subsistencia del vigor de algunas disposiciones del antiguo Derecho nacional relativas a materias no contenidas en el *Code civil* *vid.*, COLIN y CAPITANT, *Curso elemental de Derecho civil*, 1, Madrid, 1941, pp. 21 s—Sobre el Derecho anterior al *Code*, *cfr* BRISAUD, *Manuel d'histoire du Droit privé*, París, 1908; ESMFIN, *Cours élémentaire d'histoire du Droit français*, 11 ed., París, 1912; GAVET, *Sources de l'histoire des Institutions et du Droit, Manuel de Bibliographie historique*, París, 1899; *vid.* amplia bibliografía en COLIN y CAPITANT, *ob. cit.*, p. 21 n. 1.

41. Buena prueba del respeto y estimación hacia el Derecho romano son las siguientes palabras de PORTALIS, en la *exposición de motivos* del *Code civil*: “Ce ne sera pas connaître nos Codes, que de les étudier seulement eux-mêmes, il faut pour comprendre le Droit français, remonter au Droit romain. Le Législateur français a rassemblé un certain nombre de principes, leur a donné force de loi, mais c'est dans le Droit romain que se trouve le développement de ces principes, et que la loi est reconnue l'oeuvre et le produit de la raison” (cita tomada de ALVAREZ SUÁREZ, *ob. cit.* n. 1, p. 31). El mismo PORTALIS declaraba en un discurso pronunciado el 23 de noviembre de 1905 en la Academia de Legislación (*Moniteur*, año XII, p. 253; tomamos esta cita de ONOFRIO, *l. cit.* n. 47, p. 8): “Une législation civile vient d'être donnée à la France; mais n'allez pas croire que vous puissiez abandonner comme inutile tout ce qu'elle ne renferme

no era natural en unos juristas como los redactores del *Code civil*, que “habían estudiado con los profesores encargados de explicar el *droit français*, el cual, por el edicto de Luis XIV, de 1679, adquirió carta de naturaleza en las Facultades de Derecho; eran, al propio tiempo, discípulos de los grandes prácticos del siglo XVIII, entroncados por tradición con sus predecesores del siglo XVI, los cuales habían iniciado una práctica jurídica que reconocía por fundamento un *droit comun français* en conexión con el Derecho romano”⁴².

Esta concepción del Derecho romano se desarrolló originariamente al margen de las Universidades, en las que prevalecía el Humanismo jurídico; sin embargo, la dirección humanística se vio desplazada paulatinamente por la metodología utilizada por los profesores-prácticos, y paralelamente, la progresiva emancipación del Derecho nacional francés desvió hacia él la atención de los juristas. De ello se deduce que el Derecho romano era estudiado “dans ses rapports avec le Droit français”, mucho antes de que lo ordenara así la Ley del 22 *ventôse*, que no hace otra cosa que continuar la tendencia tradicional en el estudio del Derecho romano, de acuerdo con la concepción de Luis XIV y Napoleón respecto a las Escuelas de Derecho, que no debían tener sino un carácter utilitario. la formación de juristas prácticos⁴³. Así, el *Droit civil français* es sustituido por el Derecho del *Code civil*, como punto de referencia para el planteamiento del estudio y la enseñanza del Derecho romano, en base a las *Institutiones* de Justiniano.

Todo ello impidió que los romanistas franceses de este tiempo supieran ver que “le changement des raisons pour lesquels on enseigne le Droit romain commende un changement parallèle dans la manière de l’enseigner”, como justamente apuntó Girard⁴⁴, o tal vez no acertaron a encontrar la metodología didáctica adecuada. La decadencia en la que se encontraba la Ciencia jurídica en el período

pas. Jamais vous ne saurez le nouveau Code si vous n’étudiez que ce Code. Les philosophes et les jurisconsultes de Rome sont encore les instituteurs du genre humain. C’est en partie avec les riches matériaux, qu’ils nous ont transmis, que nous avons élevé l’édifice de notre législation nationale. Rome avait soumis l’Europe par ses armes, elle l’a civilisée par ses lois”.

42. KOSCHAKER, ob. cit. n. 1, p. 272.

43. *Vid* P. JAUBERT, l. cit n 18, p. 364 y n. 5.

44. *L’enseignement du Droit romain en 1912*, *RH*, 1912, pp. 2 s

pre y post-codificador ⁴⁵, dificultó todavía más el cambio de metodología que precisaba el Derecho romano tras el *Code civil*; así, siguiendo el ejemplo de la escuela de exégesis de los primeros comentaristas del *Code* ⁴⁶, los romanistas hicieron uso de la misma metodología en el estudio de las *Institutiones* de Justiniano, intercalando ocasionalmente las eventuales relaciones con el Derecho del *Code civil*.

Es evidente que una metodología de esta naturaleza era totalmente inviable para el estudio y la enseñanza del Derecho romano ⁴⁷. Es cierto que la romanística francesa, incluso en estos momentos, no dejó de percibir los efectos de los hallazgos que en el segundo decenio del siglo XIX tuvieron lugar en Alemania en el campo de la Historia del Derecho ⁴⁸; sin embargo, las obras de los romanistas

45. "On voudrait vainement se le dissimuler, l'étude du droit (j'en accuse, non pas les hommes, mais les méthodes), n'a pas fait chez nous les progrès auxquels on aurait dû s'attendre; depuis bientôt dix années et davantage, elle tourne presque continuellement dans le même cercle", P. BRAVARD DE VEYRIÈRES, *De l'étude et l'enseignement du Droit romain et des résultats qu'on peut en atteindre*, Paris, 1837, p. 4.

46. La utilización del método exegético en el campo del Derecho civil no era sino consecuencia del espíritu con que fue recibido el *Code* en medio de un ambiente jurídico de bajo nivel científico; dice, a este respecto, PLANIOL, *Traité élémentaire de Droit Civil*, Paris, 1900, p. 41. "Ces premiers générations de commentateurs, qui avaient été témoins de l'écroulement de l'ancien régime et du renouveau qui avait suivi, furent victimes d'une illusion bien naturelle. Ils s'imaginèrent que le Code était quelque chose de tout neuf, sans attache avec le passé, et ils le commentèrent en l'isolant de tout le reste, comme s'il était tombé du ciel. La science juridique moderne se renferma ainsi dans la contemplation du Code seul, avec une sorte de superstition pour son texte. C'était appliquer à l'étude des lois une procédé tout à fait factice, une méthode purement dogmatique".

47. Varios son los testimonios de autores de la época que reflejan este hecho. J. B. ONOFRIO, *De l'étude du Droit romain depuis la promulgation du Code civil*, *Mélanges de Jurisprudence et d'économie politique*, Lyon 1842, pp. 3 ss.; P. BRAVARD DE VEYRIÈRES, l. cit. n. 45, pp. 8 ss.; J. L. ELZÈAR ORTOLAN, en el prólogo, pp. VII ss., de su *Explication des Institutes de Justinien*, Paris 1827, acusa también la inexistencia de una metodología didáctica adecuada en el campo del Derecho romano, y el menosprecio de que éste era objeto.

48. La *Historia de Roma* (1811-1832) de NIEBUHR, el descubrimiento del Gayo de Verona (1816), los hallazgos de BLUHME sobre las reglas de la

franceses del primer tercio del siglo XIX no presentan ningún valor original, ni poseen altura científica⁴⁹. La posibilidad del nacimiento de la metodología histórica en este período se vio seriamente dificultada por las deficiencias que pesaban sobre la enseñanza⁵⁰ y por el influjo de la concepción dogmática de la “Escuela Histórica”: ya desde su famoso *Recht des Besitzes* (1803), Savigny, y la metodología por él utilizada, habrían de marcar en Francia el rumbo en el estudio de las instituciones romanas. Las orientaciones científicas pre y post-codificadoras constituían un campo abonado para esa recepción metodológica. Esto determinó, sin embargo, un nuevo retraso en el camino hacia la metodología histórica, que tenía que recorrer necesariamente la romanística francesa, ya que la situación del Derecho romano en Alemania era muy distinta de la de una Francia que se regía ya por el *Code civil*. Esta dualidad metodológica —histórica en el campo de las fuentes y dogmática en el de las instituciones— va a presidir los estudios y la enseñanza del Derecho romano en Francia, por lo menos hasta fines del siglo XIX.

En 1842 aparece la *Histoire de la législation romaine*, de Ortolan, obra en la que se aprecia ya un intento serio de estudiar el Derecho romano históricamente⁵¹, y lo mismo cabe decir de Ch. Gi-

compilación del Digesto (1819), las investigaciones de BOECKH en el campo del Derecho público griego y de DIRKSEN en el del Derecho romano primitivo, la edición de los Basilicos por HEIMBACH, los estudios de ZACHARIA VON LINGENTHAL sobre la jurisprudencia romana oriental posterior a Justiniano; *vid.* WIEACKER, *Historia del Derecho privado de la Edad Moderna*, Madrid 1957, p. 367 s.

49. RIVIER, *Introduction historique au Droit romain*, Bruselas 1881, p. 632 s.

50. Dice, a este respecto, BERRIAT DE SAINT-PRIX, *Histoire du Droit romain*, *Intr.*, p. 3 “Il est probable que le défaut de style ou de critique de quelques-unes des histoires du Droit, la proximité ou la plus grande étendue de plusieurs autres surtout le relâchement générale de l'enseignement et des études dans nos anciennes universités, l'auront écartée avant même qu'on ait cherché à l'apprécier”

51. La preocupación histórica está vivamente presente en ORTOLAN: “l'idée qui m'a donné —dice en el prólogo de su obra— c'est que la législation romaine étant une législation morte, est tombée dans le domaine de l'histoire, et doit être examinée en France principalement sous ce rapport le Droit romain, législation morte, entrée dans l'histoire, est à étudier historiquement —la méthode historique seule peut nous en donner l'intelligence”

raud, Poncellet, Troplong y otros, todos ellos precursores del amplio campo que iba a abrirse a los estudios históricos en la segunda mitad del siglo XIX con la fundación de la *Revue historique* (1855), que vino a ser en la Francia de la segunda mitad del siglo XIX el instrumento de canalización de los estudios históricos, dentro de cuyo amplio marco quedaba comprendido ya el Derecho romano.

La perspectiva que orienta la tendencia histórica, bajo la que nace la *Revue historique*, es la concepción sociológica del Derecho⁵², de lo que se deriva necesariamente la formulación del postulado de prestar atención a los estudios históricos más allá de los ámbitos hasta entonces cultivados, interesándose por los Derechos de Oriente y los demás Derechos de la Antigüedad y no sólo por el romano, para cuyo estudio se abrían, sin embargo, grandes perspectivas⁵³, a través de investigaciones que no debían limitarse al Derecho privado, sino alcanzar al Derecho criminal, ni reducirse a los textos de la Compilación justiniana, sino ampliarse al análisis de las fuentes epigráficas y literarias⁵⁴.

Es indudable que las ideas contenidas en el programa de Laboulaye marcan las líneas directrices de los estudios históricos en Francia durante la segunda mitad del siglo XIX; aunque tales ideas hayan de ponerse en relación con la labor emprendida por la romanística francesa a partir de 1830 y con los logros de la Historiografía

52. LABOULAYE declara expresamente en el programa que traza en el primer número de la *Revue* (p. 2) "Ce qu'on veut connaître aujourd'hui, cest la vie de l'homme, c'est le développement de la société; et, loin de poursuivre l'abstraction en essayant de retrancher des faits observés tout c'est qui est individuel, on ménage et on recherche au contraire les traits particuliers, a fin de reconstituer la physionomie des âges écoulés, et de mieux comprendre l'esprit et les besoins de notre siècle".

53. LABOULAYE, l. cit. n. ant., p. 9. "... assurément, s'il est un sujet qui semble épuisé, c'est celui-là: depuis plus de six siècles, on a fouillé cette mine féconde, et on ferait une énorme bibliothèque avec les seuls livres qui ont traité du Droit romain. Cependant, j'ose dire, sans crainte d'être accusé de paradoxe, qu'il n'y a point aujourd'hui de partie de la jurisprudence qui promette davantage, et ou il y ait plus à découvrir".

54. LABOULAYE cierra el cuadro de su programa con el presupuesto de carácter sociológico que lo informa (p. 21). "... en étudiant ainsi l'histoire et en comparant la marche diverse des nations, on arrive bientôt à reconnaître qu'il y a certains stages de civilisations pour chaque peuple, comme il y a des âges différents pour l'individu".

jurídica alemana, es justo reconocer su novedad, no sólo en Francia, sino en toda Europa, y no es menos importante destacar el amplio alcance que con su programa abría Laboulaye a la Historia del Derecho. Una vez más, Francia se encontraba en la ocasión de ser la difusora de las nuevas perspectivas metodológicas que con la *Revue historique* pretendían abrirse camino, pero tampoco en esta ocasión la romanística francesa supo desempeñar plenamente aquella misión. Aunque el Derecho romano iba perdiendo vigencia práctica a medida que avanzaba el movimiento codificador, la doctrina jurídica continuaba pendiente de las construcciones de la dogmática alemana; Francia no pudo escapar a este influjo, y ello ocasionó en el campo del Derecho romano un desequilibrio metodológico considerable al entrar en colisión la cada vez más floreciente tendencia histórica con el estudio dogmático de un Derecho como el romano, que nada tenía que decir en ese sentido a la Francia del *Code civil*.

Por otra parte, las orientaciones que, de acuerdo con el programa de Laboulaye, siguió la romanística francesa de la segunda mitad del siglo XIX, adolecieron en buena medida de rigor científico en el estudio histórico-jurídico del Derecho romano, cuya juridicidad fue desvirtualizada por efectos de una orientación de carácter "historicista", en el cuadro de unas enseñanzas que debían ajustarse a las *Institutiones* de Justiniano, de acuerdo con la reforma de 1853; todo ello, unido al viejo lastre de erudición que pesaba sobre los estudios históricos, determinó que los intentos de exposición histórica del Derecho romano se convirtieran en un elenco de curiosidades históricas, en un anecdotario de referencias al pasado, a los que con muy poco fundamento podía atribuirse valor formativo. La utilización de las tendencias comparativista y sociológica en la enseñanza, en un momento en que estaban absolutamente faltas de desarrollo científico contribuyó a aumentar la carga de erudición y generalidad que ya pesaba sobre la enseñanza histórico-jurídica.

Así, a pesar del notable impulso que experimentaron los estudios históricos en Francia después de la fundación de la *Revue historique*⁵⁵, la enseñanza siguió adoleciendo de los defectos tra-

55. Entre los representantes de la ciencia romanística del período 1855-

dicionales y la crisis del Derecho romano continuó subsistente. Las palabras de Accarias que recogemos a continuación reflejan claramente el estado de cosas que reinaba en los primeros decenios de la segunda mitad del siglo XIX:

“Les cours de Droit romain, si goûtés jadis, sont aujourd'hui je ne le sais que trop, redoutés de la généralité des étudiants et frappés d'une indue suspicion par les gens du monde”⁵⁶

El deseo de liberarse de la sujeción al programa oficialmente impuesto en 1853⁵⁷ se logró trabajosamente en virtud de la reforma de 1889-1895, que sancionó legalmente el estudio histórico del Derecho romano, coincidiendo con la época en la que aparecen en Alemania los grandes trabajos que convirtieron a la romanística en una Ciencia realmente histórica⁵⁸. Con todo, la reforma de

1880 merecen ser citados, entre otros CH. GIRAUD, C. ACCARIAS y P. GIDE a quien cabe el mérito de haber comenzado a introducir el método histórico en la enseñanza. Cuando en 1905 la *Revue historique* cumple medio siglo, sus entonces redactores no pueden menos que celebrar el éxito del programa trazado en 1855 por LABOULAYE, tras examinar retrospectivamente el progreso alcanzado desde entonces por los estudios históricos en Francia: “Aujourd'hui la cause que nous défendions en 1855 est définitivement gagnée. L'enseignement s'est élargie et transformé. Il a produit des livres d'une grande valeur. L'école française ne reste pas en arrière des celles des pays voisins. Elle rappelle déjà les souvenirs longtemps oubliés de nos grands jurisconsultes du XV^e. siècle” (*RH* 1905, p. 7 s).

56 *Précis de Droit romain*, París, 1869, p. 4

57. Este anhelo es patente hacia 1880; dice, al respecto, CUQ: “Malgré leur désir, les professeurs ne peuvent donner à l'histoire qu'une place secondaire, souvent même très effacée. Leur bonne volonté s'arrete devant un obstacle, ils sont liés par les programmes imposés pour les examens” (cita tomada de APPLETON, *Notre enseignement du Droit romain, ses ennemis et ses défauts*, *Mél.* CORNIL, París 1926, p. 20), “On a souvent déploré, que l'initiative du professeur fut restreinte dans les limites trop étroites d'un programme mal conçu. Le programme officiel n'a jamais trouvés de défenseur, tout le monde s'accorde à le critiquer, les étrangers le traitent d'insensé... pourtant s'impose” (*Ibid.*); “privés de toute liberté par des programmes surannés et étroites, les professeurs sont trop souvent réduits à commenter les textes. Quand obtiendront-ils cette liberté de méthode sans laquelle il n'y a pas d'enseignement supérieur digne de ce nom?” (LYON-CAEN, *Ibid.*, p. 21).

58 Así, el *Edictum perpetuum* (1884) de LENEL, las *Interpolaciones en las Pandectas* (1887) de O. GRADENWITZ y el *Derecho imperial y Derecho*

1889-1895 supuso una transacción entre la tendencia histórica y la dogmática, de acuerdo con las corrientes entonces en vigor⁵⁹; el aspecto más importante de la evolución que se inicia a partir de aquella reforma es el de la tensión entre un planteamiento metodológico de la enseñanza del Derecho romano de carácter histórico-jurídico y otro, en el que la preocupación "historicista" es la prevalente, enlazando con las tendencias comparativista y sociológica iniciadas en 1855 y animadas ahora por la influencia de la Escuela de Viena⁶⁰. El progresivo arraigo de esta última orientación produjo un exceso de erudición en la enseñanza y en los manuales a

popular (1891) de L. MITTEIS; la edición crítica de las fuentes, iniciada por MOMMSEN con el *Corpus inscriptionum latinarum* (desde 1863), la *Collectio librorum iuris anteuustiniani* (1877-1879), y sobre todo con la edición de los *Digesta Iustiniani* (1886-1870), ambos en colaboración con KRUGER, sienta las bases para la crítica de interpolaciones, cfr. WIEACKER, ob. cit. n. 48, p. 370 siguiente.

59. "L'étude historique du droit romain doit avoir sa place à côté de l'étude dogmatique", decía CUGO en 1886 (*Rev. int. de l'enseign.*, 1886, II, p. 477).

60. Las ideas patrocinadas por MITTEIS en su *Reichsrecht un Volksrecht an ostlichen Provinzen des Römischen Rechts* (1891), que abrió el cauce al estudio de los Derechos de Oriente, atrajeron vivamente la atención de los romanistas franceses, para quienes aquella concepción debía de resultar sumamente grata, después de los primeros ensayos que habían tenido lugar desde mediados del siglo XIX. Con el mismo entusiasmo fue acogida también la línea metodológica de WENGER enunciada en su *Römische und Antike Rechtsgeschichte* (1904), de incluir el Derecho romano dentro del estudio comparado de los demás Derechos de la Antigüedad, idea rechazada por MITTEIS (*Antike Rechtsgeschichte und römische Rechtstudium*, 1917). El interés por los estudios del más antiguo Derecho romano experimenta desde entonces un notable incremento, y lo mismo sucede con los estudios de papirología y epigrafía jurídica; la extensión de las investigaciones al Derecho de los Babilonios y los Asirios efectuada por KOSCHAKER, encontró también eco en la *Historiografía jurídica francesa*; *vid.* NOAILLES, l. cit. n. 1, pp. 403 ss. La tendencia a ampliar en extensión la Historia del Derecho romano, incluyéndola dentro del campo de los Derechos de la Antigüedad, venía en buena medida facilitada en Francia por el auge que después de 1880 experimentaron los estudios de Historia general del Derecho: en 1881 se crea con este nombre una cátedra en el primer curso de las Facultades de Derecho. ESMFIN inaugura esa cátedra en París, y escribe a tal efecto el *Cours élémentaire d'histoire du Droit* (1892), que alcanzó extraordinario éxito.

ella destinados, hecho del que se hace eco Appleton en 1921, recogiendo una observación de J. Acher formulada en 1905:

“Je ne crois pas m'éloigner beaucoup de la vérité en disant que supprimer dans nos manuels de droit romain ce qui n'est que pure hypothèse serait réduire de moitié leur volume”⁶¹.

Este exceso de erudición, justamente repudiado como estéril⁶² y perjudicial para la formación de los futuros juristas⁶³, era debido en gran parte a la predilección por la enseñanza de la prehistoria del Derecho romano⁶⁴, materia muy del gusto de la Historiografía jurídica francesa. “Comme les livres, dice Appleton⁶⁵, l'enseignement oral donne trop de place au droit romain primitif et même à sa préhistoire... loin de se résigner à *l'ars nescienti*, on a une prédilection pour les hypothèses et le vaste champ qu'elles ouvrent à l'imagination”.

Por otra parte, la vieja idea de la ley del 22 *ventôse* de estudiar el Derecho romano en relación con el francés vigente continuaba teniendo virtualidad; de la fórmula del decreto de 30 de abril.

61. *Rev. gén. du Droit* 30 (1906), p. 500; cit. por APPLETON, l. cit. n. 57, p. 5. n. 1.

62. APPLETON, *Ibid.*, pp. 46 ss.

63. “L'abondance des hypothèses a une influence fâcheuse sur la formation d'esprit des jeunes gens...”, decía justamente J. ACHER, cit. por APPLETON, l. cit. n. 57, p. 21 n. 2.

64. Este campo era especialmente idóneo para las metodologías comparativista y sociológica. Nos permitimos citar, a este respecto, las observaciones de d'ORS en sus *Presupuestos*, cit. n. 1, p. 31 s.. “Todavía se dirá que el método comparativo presenta cierta utilidad para la investigación del más antiguo Derecho romano Puede ser. Pero es que tampoco creemos que el romanista deba prestar demasiada atención a los tan sugestivos como oscuros problemas de orígenes. La prehistoria es algo que no debe interesar al jurista”; y después de traer a colación el ejemplo de MOMMSEN, que en su historia general del pueblo romano prescindió de la prehistoria itálica, prosigue: “sea o no aceptable este proceder desde el punto de vista puramente histórico, sí cabe decir que para el jurista no es útil ni conveniente, sino incluso necesario para no caer en el caos de las divagaciones hipotéticas y de las pseudo-interpretaciones sociológicas”. Esto es, justamente, lo que ocurrió en Francia.

65. *Rev. gén. du Droit* 1921, p. 212.

de 1895 para la enseñanza de las instituciones romanas en segundo año (“*matières spéciales intéressant particulièrement le droit français*”), se pasó en 1922 a prescribir la obligatoriedad del estudio de la materia de obligaciones en relación con el Derecho francés, cosa que, en realidad, venía haciéndose ya en la práctica ⁶⁶.

Tales son las líneas generales de la enseñanza del Derecho romano durante el período de 1880-1930, época, con todo, de gran esplendor para los estudios de Derecho romano en Francia. En ella descuellan las figuras de P. Girard ⁶⁷, Ch. Appleton, A. Audibert, A. Fliniaux y P. Collinet ⁶⁸, entre muchos otros cultivadores de la metodología histórico-jurídica en diversos campos; dentro de las tendencias comparativista y sociológica destacan las figuras de R. Dareste, F. Senn, A. Esmein, pero sobre todo E. Cuq ⁶⁹ y P. Huvelin ⁷⁰. Es además, una época en la que Appleton

66. A pesar de estos intentos de aproximación al Derecho moderno, no pocos civilistas se unieron al grupo de los detractores del Derecho romano; “. . . on a vu aussi les civilistes, non sans quelque surprise, prendre part, dans une certaine mesure, à cette campagne contre le droit romain”, APPLETON, l. cit. n. 57, p. 45.

67. Su *Manuel élémentaire de Droit romain* (1895-1897) es la obra más representativa de la tendencia histórico-dogmática de fines del siglo XIX; la metodología y la temática de GIRARD, muy influido por la Ciencia alemana, inspira la de buena parte de los romanistas de los años siguientes. Sobre la valoración del *Manuel* y la figura de GIRARD, *vid.* COLLINET, *RH.* 1928, p. 322; P. FOURNIER *ibid.*, p. 592 s. Buena parte de la producción científica de GIRARD fue recogida en *Mélanges de Droit romain. I. Histoire des sources* y *II. Droit privé et procédure* (Paris 1912-1913).

68. Ningún romanista francés estudió con más amplitud el Derecho bizantino que P. COLLINET; sus más valiosas aportaciones en este campo están constituidas por los *Études historiques sur le Droit de Justinien. Le caractère oriental de l'oeuvre de Justinien* (1912); *Histoire de l'École de Droit de Beyrouth* (1925); *La nature des actions, des interdits et des exceptions dans l'oeuvre de Justinien* (1947); *La genèse du Digeste, du Code et des Institutes de Justinien* (1952).

69. Su obra *Les Institutions juridiques des Romains, envisagées dans leurs rapports avec l'état social et avec le progrès de la jurisprudence* (I. *L'ancien Droit*, 1891; II. *Le Droit classique et le Droit du Bas-Empire*, 1902), constituye un claro exponente de la orientación sociológica, de la que se había declarado partidario ya en 1886 “L'histoire du droit privé des romains, comme toute autre histoire, doit comprendre l'étude des faits politiques, religieux, moraux et économiques, qui ont déterminé la formation des institutions

formula un programa de metodología didáctica, al que nos referiremos en breve, que de haber sido seguido, probablemente hubiera contribuido poderosamente a superar los defectos que arrasaba la enseñanza del Derecho romano en Francia.

En 1934 aparece el *Manuel élémentaire de droit romain* de R. Monier, quizá la obra más valiosa de las aparecidas antes de la reforma de 1954⁷¹; la producción de P. Noailles se refiere, en un primer momento, al Derecho justiniano⁷², pero sus mayores aportaciones están constiutidas por sus estudios relativos al Derecho primitivo⁷³, en los que destacó la importancia del elemento religioso para la comprensión del mismo. Hacia los años cuarenta es, así, patente el triunfo de la tendencia sociológica, dentro de la que destaca la personalidad de H. Lévy-Bruhl, en cuyos estudios de sociología jurídica dio a los problemas del primitivo Derecho ro-

juridiques, ou qui ont contribué à les développer, à les modifier ou à les détruire .." (*Rev. int. de l'enseign.*, 1886, p. 477). Por una reacción antialemana, a causa de la conflagración de 1914-1918, la obra es objeto de una refundición en 1917, que aparece con el título de *Manuel des Institutions juridiques des romains*, cuya metodología se acerca a la del *Manuel* de GIRARD.

70. Al igual que *Les Institutions* de CUG, el *Cours élémentaire de Droit romain* (París 1927-1929) de HUVÉLIN es típicamente representativo de la tendencia sociológica, dentro de la producción de este autor cabe destacar sus *Études sur le "furtum" dans le très ancien droit romain*, I *Les sources* (Lyon 1915), *Les tablettes magiques et le droit romain* (París 1902), y otros estudios dedicados al Derecho primitivo, campo fecundo para la utilización del método sociológico.

71. Al planteamiento impuesto por esta reforma respecto al Derecho romano responden ya, *Les obligations en droit romain et dans l'ancien droit français* (París 1954) y la *Histoire des institutions et des faits sociaux des origines à l'aube du moyen-âge* (París 1956), en colaboración con G. CARDASCIA y J. IMBERT.

72. *Les collections des Novelles de l'empereur Justinien. Origine et formation sous Justinien* (Burdeos 1912), *Les collections de Novelles de l'empereur Justinien. La collection grecque des 168 nouvelles* (Burdeos 1914).

73. *Les tabous du mariage dans le droit primitif des romains* (París 1937); *La législation des douze Tables, cours de doctorat 1938/1939* (París 1919); "Manum injicere", *RH*, 1942, pp 1 ss I *Le procès de Virgine*, *Rev des et lat.*, 1942, pp. 106 ss.; *Du droit sacré au droit civil Cours de droit romain approfondi 1941-42* (París 1949), "Fas" et "Ius", *études de Droit romain* (París 1948)

mano un interés nuevo, al analizar las mentalidades para buscar en ellas la regla jurídica ⁷⁴.

Se produjo así en la Historiografía jurídica francesa una concepción "historicista" que se plasmó en las reformas de 1954 y 1960-62, cuyas consecuencias han sido puestas de relieve al principio en base a los testimonios de los propios romanistas franceses. Los resultados negativos a que ha conducido esta orientación, que podemos considerar un nuevo "mos Gallicus", parecen invitar a una reflexión seria sobre la conveniencia de abandonarla en el campo de la enseñanza. La cuestión es del máximo interés puesto que, si tal orientación resulta realmente inviable, los perjuicios que de ella pueden derivarse no afectarán tan sólo a Francia, sino también a muchos otros países, debido a la influencia que en el mundo entero ejerce la cultura francesa. No se nos oculta que la suerte del Derecho romano no depende tan sólo de un cambio metodológico, pero también creemos que en aquélla puede influir poderosamente el hecho de que pueda presentarse el estudio del Derecho romano con una metodología adecuada a las exigencias de los nuevos tiempos. Cuál sea esta metodología es precisamente lo que se trata de descubrir; por nuestra parte, nos hemos permitido poner reparos a que las orientaciones del moderno "mos Gallicus" resulten idóneas para salvar la crisis del Derecho romano en nuestro tiempo; con intención meramente indicativa, y no sin afirmar el profundo respecto que nos merecen los logros de la romanística francesa, queremos apuntar aquí algunas consideraciones sobre un posible enfoque de la enseñanza del Derecho romano, en las que no hacemos otra cosa que seguir las líneas directrices de la didáctica del Profesor d'Ors, a lo largo de veinticinco años de docencia universitaria.

74. *Esquisse d'une théorie sociologique de l'esclavage à Rome* (Paris 1931). *Quelques problèmes du très ancien droit romain. Essai de solution sociologique des problèmes du très ancien droit romain* (Paris 1934); *Les origines du mariage "sine manu"*, TRG 14 (1936), pp. 453 ss.; *Le très ancien procès romain*, SD 18 (1952), pp. 1 ss.; *Recherches sur les actions de la loi* (Paris 1960).

4. PRESUPUESTOS METODOLÓGICOS PARA LA ENSEÑANZA ACTUAL DEL DERECHO ROMANO

El punto de vista que debe presidir la enseñanza del Derecho romano en las Facultades de Jurisprudencia es el histórico-jurídico, específicamente orientado a la formación jurisprudencial de los juristas modernos. Este planteamiento excluye una enseñanza de carácter "historicista" y erudita, a la que parece conducir la tendencia sociológico-comparativista, y se contrapone a una exposición dogmática de las instituciones romanas, las cuales, dice d'Ors⁷⁵, "deben ser estudiadas en su misma historicidad, en la misma peripecia histórica a que van conexas, no limitadas al solo plano histórico de la codificación justiniana, fase final de su evolución, sino en una escrupulosa perspectiva histórica, dentro de la que cada momento cobra su plena y completa significación. .".

La eficacia formativa del Derecho romano para el jurista moderno postula necesariamente su estudio autónomo, por lo que no parece conveniente su enseñanza en función del Derecho moderno, ni tampoco en relación con el propio Derecho histórico nacional. Esta idea, mantenida en una u otra forma en los planes de estudio franceses desde la ley del 22 *ventôse*, es defendida por algunos romanistas por la razón de que, de este modo, se puede afirmar la utilidad de los estudios de Derecho romano alegando que facilitan la comprensión del Derecho moderno⁷⁶. El error de esta concepción estriba en no valorar suficientemente el hecho innegable de que el Derecho romano y el moderno van distanciándose cada vez más, por lo que ninguna ventaja puede derivarse para aquél de esta relación; por otra parte, ésta sólo tendría objeto en el campo del Derecho privado, mientras que si se concibe el Derecho romano como instrumento de formación jurídica, queda liberado de aquella servidumbre, y colocado en un plano superior que permite defender su utilidad con argumentos realmente convincentes, sea cual sea la especialidad, pública o privada, a la que el futuro jurista pretenda orientar su interés.

No cabe duda de que el más real de todos los adversarios del

75. *Los romanistas ante la actual crisis de la ley*. Madrid 1952, p. 29.

76. P. JAUBERT. l. cit. n. 18, pp. 383 ss.

Derecho romano es el pragmatismo, el utilitarismo moderno, “con-
séquence, dice P. Jaubert⁷⁷, d’un humanisme un baisse avec le
discrédit qui s’attache souvent aux enseignements de culture, con-
sidérés comme des investissements à trop long terme”; pero los
argumentos contra ese utilitarismo no cabe tomarlos de la idea
según la cual el Derecho romano facilita la comprensión del De-
recho moderno; al menos, no es un argumento que deba mane-
jarse como decisivo, sencillamente porque no es exacto ni real, por
más que se trate de una opinión difundida. Una concepción de
este tipo, de raigambre tradición francesa, lleva a excluir del es-
tudio, como advierte d’Ors⁷⁸, “todo aquello que no sirve para
explorar el Derecho moderno; todo aquello que supone una dis-
posición mental repugnante a la del moderno legista, queda así
excluido y desperdiciado. Inevitablemente, al encauzar así nuestro
interés por el Derecho romano tendemos a aproximarlo al Derecho
moderno, y, en consecuencia, nos puede servir sí para la explica-
ción de éste, pero no para su crítica”. De este modo queda trun-
cada la principal virtualidad de la misión formativa del Derecho
romano en la actualidad que estriba, según d’Ors⁷⁹, en “dotar al
joven jurista de un elevado espíritu de independencia frente a la
ley estatal y de la más alta estima de la jurisprudencia como fuente
creadora del Derecho”. De ahí que el mejor método para la en-
señanza del Derecho romano sea hoy el mismo utilizado por los
juristas romanos, esto es, el casuismo jurídico⁸⁰. Es precisamente
en el casuismo donde podemos captar mejor el *modus operandi*
de la jurisprudencia romana⁸¹, y de donde se derivan los mejores
resultados en pro de la reclamada “utilidad” del Derecho romano.
Haber descubierto en Francia esta perspectiva para la enseñanza
del Derecho romano fue un gran mérito de Ch. Appleton.

77. *Ibid.*, p. 383 s.

78. *L. cit.* n. 75, p. 29.

79. *Ibid.*, p. 31.

80. *Ob. cit.* n. 6, p. 7.

81. D’ORS, *l. cit.* n. 75, p. 36. Sobre la importancia de los casos prácticos
en la enseñanza del Derecho romano, *vid.*, ALVAREZ SUÁREZ, *ob. cit.* n. 1,
p. 459 y bibl. en n. 271; un instrumento sumamente útil para la enseñanza
con esta metodología es el libro *Casuismo y Jurisprudencia romana* (San-
tiago 1965 de M. GARCÍA GARRIDO.

Ya en 1909 André Ronast había puesto de manifiesto⁸² las ventajas y el éxito alcanzado en Alemania en la explicación de las obligaciones mediante ejercicios prácticos con textos del Digesto. Una impresión igualmente favorable de esta metodología fue obtenida años más tarde por Appleton cuando estuvo en Alemania y asistió a un curso de este género dado por Zitelmann; dice, en efecto, Appleton:

“La formation pratique des juristes modernes par le droit romain m'avait semblé une paradoxe jusqu'au jour où j'ai pu juger par moi-même du parti que ce professeur a pu tirer des Pandectes au moyen d'une méthode assez particulière”⁸³.

P. Jaubert considera, justamente, esta enseñanza histórico-jurídica, en la que la técnica del caso debe desempeñar un papel importante, como uno de los principales objetivos didácticos en Francia, hasta el punto de estimar que de este método de ejercicios prácticos, “dependra peut-être, dans une certaine mesure, l'avenir du droit romain en France”⁸⁴. Con esta metodología, rectamente encauzada, se evitará la erudición, el criticismo textual, y los planteamientos didácticos puramente informativos, que tienden a destacar lo curioso y accidental en la enseñanza. De esta forma podrán tal vez superarse las dificultades del moderno “mos Gallicus”, y el Derecho romano podrá cumplir su misión de medio indispensable de formación “práctica” de los juristas modernos; de ello se infiere la conveniencia de situar su estudio en los cursos preparatorios de la enseñanza del Derecho, como reclamaba en Francia el propio Ripert⁸⁵, y la necesidad de depurar las Facultades

82. *La méthode allemande des exercices pratiques dans l'enseignement du Droit, Rev. int. de l'enseign.* 1909, I, pp. 37 ss

83. *Les exercices pratiques dans l'enseignement du Droit romain et plan d'un cours sur l'abus des droits, Rev. int. de l'enseign.* 1924, pp. 142 ss

84. *L. cit.* n. 18, pp. 388 ss.

85. *Droit civil*, París 1956, p. 19. n. 1. Dice D'ORS la colocación de la asignatura de Derecho romano en este primer curso es correcta, y un cambio en este orden sería un perjuicio, no sólo de la eficacia de la enseñanza de esta materia, sino de la formación total de todos los estudiantes de Derecho. Siendo el fin primordial del Derecho romano precisamente el prevenir a los alumnos contra el positivismo legalista, su estudio debe preceder y:

de Jurisprudencia de estudios meta-jurídicos como los económicos y los sociológicos, al menos en aquello que no interese desde el punto de vista jurídico; esta tendencia a anegar la Ciencia jurídica en el océano de la Sociología y la Economía ha sido acertadamente denunciada por d'Ors como una clara manifestación del "vulgarismo jurídico moderno" ⁸⁶.

Nada mejor, para concluir, que las siguientes palabras de Appleton, cuya actualidad es, por todo lo dicho hasta aquí, bien manifiesta:

"Assez longtemps nous avons agi comme si nous pensions que la valeur et la dignité de notre enseignement devait se mesurer à son utilité pratique. Il est temps de changer de méthode et de montrer aux étudiants le parti que l'on peut tirer de cette discipline. Pour y arriver, le procédé des exercices pratiques semble le meilleur" ⁸⁷.

El carácter activo de una metodología así concebida dota al Derecho romano de una fluidez didáctica considerable, y hace posible el estudio de las instituciones a través de una dialéctica jurídica mediante la que se logra una eficacia formativa que no puede ponerse en duda ⁸⁸.

ALEJANDRINO FERNÁNDEZ BARREIRO

no seguir al del Derecho positivo" (*Programa de Derecho romano*, Pamplona, 1969, p. 3).

86. *Volgarismo jurídico odierno*. *Bull. inform. dell'Ist. giur. sc. in Roma*, 1966, pp. 3 ss., esp., p. 4 ss.; de acuerdo con ello, declara en su *Programa* (cit. n. ant., p. 3 s.) "La disciplina del Derecho romano constituye también un baluarte contra la constante histórica del vulgarismo jurídico, que se manifiesta hoy como disolución de las categorías propiamente jurídicas en el sociologismo económico. No debe sorprender, por tanto, que en un momento de intenso vulgarismo como el que amenaza el orden mental en nuestro tiempo, el Derecho romano vuelva a ser objeto de dura "contestación", pero sea también una fuerte esperanza".

87. L. cit. n. 83, p. 182.

88. Un tema tan discutible como el de la metodología didáctica, relacionado directamente con las experiencias de cada profesor, es lógico que ofrezca siempre motivos de crítica. Queremos agradecer aquí las observaciones que nos han sido hechas en Amsterdam en el coloquio que siguió a la exposición de las ideas centrales de esta comunicación por varios de los asistentes; de

entre ellas nos parece justo destacar las puntualizaciones del profesor G. CARDASCIA, que ha tenido la gentileza de enviarnoslas posteriormente por escrito y con detalle. Aunque continuemos manteniendo nuestros puntos de vista respecto a las reformas francesas de 1954 y 1960-62 y a la orientación impuesta por ambas al estudio del Derecho romano, creemos con aquel profesor que es la reforma de 1960-62 la que merece más duras críticas, por lo que hacemos nuestra la hecha por él en *Iura* (cit. n. 13), a la romanística francesa corresponde reflexionar sobre ella, aunque la situación no parezca ser suficientemente propicia, según se desprende de las palabras pesimistas con las que G. CARDASCIA finaliza su crítica a la reforma de 1960-62: "L'auteur de ces lignes n'est pas le moins du monde persuadé que sa faible voix ait quelque chance d'être entendue en France. L'indifférence dans laquelle cette néfaste réforme a été accueillie et subie le garde de toute illusion. Sa protestation ne lui vaudra qu'une mince satisfaction personnelle. celle d'avoir déchargé sa conscience en dénonçant une malfaçon lourde de conséquences et, peut-être, de se voir rejoint et approuvé par quelques esprits clairvoyants". Para todos pueden valer sus últimas palabras "A ceux chez qui la vague du modernisme barbare n'a pas encore déferlé sa dénonciation est un cri d'alarme. La réforme française de 1960-62 est un exemple à ne pas suivre" (l. cit. n. 13, p. 220).