

*à Monsieur Salomon Reinach,
hommage respectueux et dévoué
P.C.*

pas d'estr
LE ROLE

DE LA DOCTRINE ET DE LA PRATIQUE

DANS LE

DÉVELOPPEMENT DU DROIT ROMAIN PRIVÉ

AU BAS-EMPIRE

ESSAI DE MISE AU POINT DE LA CONTROVERSE

PAR

Paul COLLINET

PROFESSEUR A LA FACULTÉ DE DROIT DE PARIS



LIBRAIRIE

DU

RECUEIL SIREY

(SOCIÉTÉ ANONYME)

22, Rue Soufflot, PARIS, 5^e

—
1929

Bibliothèque Maison de l'Orient



135601

LE ROLE
DE LA DOCTRINE ET DE LA PRATIQUE
DANS LE
DÉVELOPPEMENT DU DROIT ROMAIN PRIVÉ
AU BAS-EMPIRE

ESSAI DE MISE AU POINT DE LA CONTROVERSE

(Extrait de la *Revue historique de droit français et étranger*,
année 1928, p. 551-583; année 1929, p. 5-35).

LE ROLE
DE LA DOCTRINE ET DE LA PRATIQUE
DANS LE
DÉVELOPPEMENT DU DROIT ROMAIN PRIVÉ
AU BAS-EMPIRE
ESSAI DE MISE AU POINT DE LA CONTROVERSE

PAR

Paul COLLINET

PROFESSEUR A LA FACULTÉ DE DROIT DE PARIS



LIBRAIRIE
DU
RECUEIL SIREY
(SOCIÉTÉ ANONYME)
22, Rue Soufflot, PARIS, 5^e

—
1929

LE ROLE
DE LA DOCTRINE ET DE LA PRATIQUE
DANS LE
DÉVELOPPEMENT DU DROIT ROMAIN PRIVÉ
AU BAS-EMPIRE
ESSAI DE MISE AU POINT DE LA CONTROVERSE

Au niveau où, sous l'influence constante de la méthode historique et grâce à l'érudition de nombreux savants de tous pays, la science est parvenue à l'heure actuelle dans la reconstitution du développement du Droit romain, le problème général qui semble le plus pressant à résoudre est celui que pose le titre même de cette étude.

De tout temps, à Rome ou dans le monde romain, après la période obscure des origines, le progrès du Droit s'est accompli sous l'action de facteurs que l'on peut ramener à trois : 1° *la Loi* (au sens le plus large du mot), œuvre des autorités investies du pouvoir législatif; 2° *la Pratique*, c'est-à-dire l'activité des hommes

(1) Le présent article n'est pas la réimpression du *Rapport* qui avait été demandé à l'auteur sur la question par le « Comité international des sciences historiques » pour le récent Congrès international des Sciences historiques tenu à Oslo (14-18 août 1928), rapport édité dans le *Bulletin of the International Committee of historical Sciences* (Number 5, July, 1928), p. 623-631. Si les idées de l'auteur restent au fond les mêmes, elles ont reçu ici des développements et des justifications qui auraient été déplacées dans un *Rapport* de forme essentiellement concise. Pour éviter toute confusion entre les deux études, le titre de celle-ci a été précisé.

mêlés à l'exercice de la justice; 3^e *la Doctrine*, qui est l'activité des hommes de science, tantôt confondus avec les « hommes de loi », tantôt séparés d'eux.

Durant la période ancienne et durant la période classique de l'histoire du Droit romain, la part de chacun de ces trois facteurs ou de chacune des *sources du Droit* — c'est la même chose — dans l'élaboration des institutions, des règles ou des constructions juridiques est, en gros — qu'on nous passe le mot — reconnaissable. En ce qui touche la période postérieure au Droit classique, la période qu'on appelle aujourd'hui couramment la « période postclassique » et qui pourrait être aussi bien dénommée la « période intermédiaire », celle qui s'étend du III^e siècle après J.-C. à la codification de Justinien au VI^e siècle, notre science est beaucoup moins avancée : personne, je crois, n'en disconvient.

Déterminer si, dans cette période intermédiaire, les transformations du Droit romain, que l'on reconnaît de plus en plus avoir été profondes, se sont produites sous l'influence de la loi, de la pratique ou de la doctrine — ou mieux, déterminer dans quelle mesure les trois facteurs ont agi sur le développement du Droit, — telle est la question que la science actuelle a à résoudre et à laquelle, on le sait, elle n'a répondu encore qu'assez imparfaitement.

En plus des raisons connues qui justifient son retard sur ce point — le faible intérêt que prennent les juristes à la période de décadence du Bas-Empire —, son excuse se trouve dans la difficulté même du problème (§ I), difficulté que nous ne saurions dissimuler, ne serait-ce que pour nous excuser, à notre tour, de ne pas apporter ici une solution définitive, dont nous montrerons plus loin l'impossibilité. Nous croyons pourtant le moment venu de dresser le bilan des hypothèses proposées (§ II), de les examiner, et surtout, après avoir relevé (§ III) quelques textes probants qui, tous, n'ont pas encore été produits

dans la controverse, de tâcher de dégager la méthode qui conduirait à faciliter la découverte d'une solution (§ IV) et dont nous ferons en terminant quelques applications (§ V).

On ne saurait, d'ailleurs, prétendre traiter ici le problème dans toute son ampleur. Cela reviendrait à retracer dans son ensemble l'histoire du Droit romain privé entre le III^e siècle et le VI^e. Il s'agit, plus modestement, d'une mise au point, qui ne sera peut-être pas inutile, étant donné l'actualité de la question (1).

I

Position du problème.

La difficulté, qui était visée plus haut, de déterminer quelles influences se sont exercées sur la transformation du Droit romain classique en Droit byzantin, ou la difficulté de doser ces influences respectives, vient principalement du fait que le nombre des documents légués par l'Antiquité rend impossible — sauf dans quelques cas très rares qui ne manqueront pas d'être relevés plus tard — la solution directe du problème, comme on résout avec une approximation suffisante le problème

(1) L'ordre d'idées où nous nous sommes engagé en préparant les *Etudes historiques sur le Droit de Justinien* nous menait directement à réfléchir sur ce grave problème; aussi l'avons-nous déjà effleuré dans nos conférences d'Oxford. Mais l'attention du monde savant a été appelée encore davantage sur son importance par les travaux érudits tout récents de l'éminent maître de Palerme, M. S. Riccobono: l'un paru dans les *Mélanges Cornil*, t. II, 1926, p. 235-381 (I. *Fasi e fattori dell'evoluzione del Diritto romano*. — II. *L'arbitrium boni viri nei fedecommissi*. — III. *Legati e fedecommissi-verba e voluntas*. — IV. *Influsso della cognitio extra ordinem sul ius civile*); l'autre publié dans le « vol. XII degli *Annali del Sem. giuridico di Palermo* — a. 1928 », p. 477-637 (*Storia del Diritto antico e studio del Diritto romano di Lodovico Mitteis*. — *Punti di vista critici e ricostruttivi a proposito della dissertazione di Lodovico Mitteis*). Ce deuxième travail nous est parvenu par les soins aimables de l'auteur, juste au moment où nous achevions d'écrire ce mémoire (octobre 1928): nous en avons fait état, sans pouvoir le discuter point par point.

parallèle pour l'histoire des Droits plus récents et même pour l'histoire du Droit romain ancien et classique. Car, pour ce dernier, les lacunes que présente la tradition de l'histoire juridique jusqu'au III^e siècle de notre ère sont souvent profondes et déplorables; néanmoins les sources sont assez abondantes et assez précises pour autoriser les interprètes à déclarer que telle institution vient, par exemple, de la coutume des ancêtres ou d'un emprunt au Droit grec, que telle sanction vient de la loi ou du préteur ou du Sénat, que telle réforme est due à la doctrine des Prudents, à la *Jurisprudentia*; et même, parfois, les textes sont assez explicites pour dévoiler le propre nom de l'auteur ou des auteurs de telle loi, de tel édit, de telle doctrine.

Pour le Droit privé du Bas-Empire, il n'y a guère, avec quelques constitutions impériales antérieures, que l'œuvre de Justinien qui permette d'obtenir un résultat analogue : ses constitutions du Code, certains passages de ses Institutes, ses Nouvelles, apportent des témoignages directs sur les réformes accomplies par lui, mettent les savants en mesure de proclamer que le facteur de création ou de réformation du Droit privé, c'est la Loi.

Mais en dehors de ces documents formels, l'historien demeure dans une obscurité presque totale, s'il veut déterminer — comme c'est son devoir — d'où viennent les innovations opérées dans les matériaux anciens par les commissaires de l'Empereur, au Code, au Digeste et aux Institutes, sous la forme des interpolations, ou d'où viennent les innovations du même ordre enregistrées par les commissaires. L'historien n'est pas moins embarrassé s'il veut déterminer — question qu'il doit se poser aussi — d'où viennent les réformes contenues dans les constitutions personnelles de Justinien ou de ses prédécesseurs.

Pour fixer l'origine des interpolations comme l'origine des réformes personnelles des Empereurs, pour pouvoir assigner à chacune d'elles sa source précise — Pratique

ou Doctrine —, il est clair qu'il faudrait au chercheur des témoignages précis et antérieurs à 528, date de l'entreprise de la codification par Justinien. Or, de tels témoignages manquent pour la plupart, à peu près même intégralement.

Reprenons, en effet, les trois facteurs indiqués :

1° L'influence de la Loi sur le développement du Droit privé au Bas-Empire a été, nous le savons, très faible, jusqu'à Justinien. Les constitutions de Dioclétien et Maximien, conservées par bonheur en assez grand nombre à l'état pur, c'est-à-dire en dehors du Code de Justinien, semblent, en majeure partie, refléter le Droit classique romain (1). Les constitutions de Constantin, de Théodose II ou des autres prédécesseurs de Justinien, connues par les Codes Théodosien et Justinien, n'ont porté qu'accidentellement sur le Droit privé. Il est donc fort probable que les changements au Droit classique opérés par les commissaires de Justinien ou, quand ils étaient antérieurs à lui, accueillis par eux dans la codification ne dérivent pas — sauf exceptions — de la Loi. Et c'est pourquoi les historiens négligent la législation préjustinienne comme source des interpolations et des réformes justiniennes pour concentrer leur attention sur les deux autres facteurs.

2° L'importance de la Pratique dans l'évolution du Droit privé ne serait mesurable que si l'on possédait des restes suffisants des documents dus aux praticiens :

a) Actes passés par les particuliers (aliénations, contrats, testaments, etc...) et rédigés d'après les conseils des « hommes de loi » ;

b) Jugements des autorités judiciaires, du plus humble *iudex pedaneus* au tribunal souverain de l'Empereur ;

c) Travaux juridiques écrits par des praticiens ou

(1) Cf. R. Taubenschlag, *Das römische Privatrecht zur Zeit Diokletians*, Cracovie, 1923.

refontes d'ouvrages juridiques classiques effectuées par des praticiens.

En tirant de ces documents ce qu'ils contiendraient de nouveautés par rapport aux documents classiques de même nature, on établirait l'évolution de la pratique notariale ou celle de la jurisprudence ou celle de la science des praticiens et l'on s'assurerait de la part qui leur revient respectivement à chacune dans les nouveautés de la codification justinienne.

En fait, bien rares ou bien peu importants parfois sont les documents de la pratique postclassique parvenus jusqu'à nos jours en latin ou en grec.

3° On ne saisisait le rôle de la Doctrine, ou science des professeurs, dans la transformation du Droit que si l'Antiquité nous avait transmis au moins quelques cours complets des *antecessores* latins et grecs, au moins quelques-uns des ouvrages composés par eux, s'échelonnant de siècle en siècle, à partir du III^e, en Occident et en Orient.

En fait, il n'existe plus, de cette masse de pages qu'ont dû écrire les maîtres ou leurs élèves d'après eux, que de rares débris, tout à fait insuffisants pour permettre de suivre d'âge en âge l'évolution des doctrines juridiques entre l'ère des grands jurisconsultes romains et les commentaires grecs de la codification, morcelés dans les Scolies des Basiliques.

En face, donc, du bilan des documents qu'il nous faudrait avoir pour obtenir une connaissance précise des facteurs de développement, la tradition offre peu de chose : quelques textes épars ; c'est — en presque totalité — la pénurie, la carence.



Faute de documents fournissant des *preuves directes*, les romanistes se sont vus réduits à attaquer le problème par des voies indirectes qui, naturellement, sont moins

sûres et qui, au demeurant, ont été jusqu'ici peu suivies.

Par l'emploi de tous les moyens en leur pouvoir, juridiques, historiques, philologiques, ils ont essayé de discerner sous les passages interpolés le facteur responsable de la modification du Droit. Leurs efforts se sont accentués depuis la découverte — dans le Digeste surtout, la plus étudiée des quatre œuvres de Justinien — des retouches que l'on groupe, un peu confusément, peut-être, sous le nom générique d'*interpolations préjustiniennes* (1).

Le nombre de ces interpolations reconnues par les auteurs augmente sans cesse; il est déjà assez considérable : un critique hardi, comme M. G. Beseler, en a signalé, à lui seul, plus que tous les autres critiques réunis. On en trouvera ci-après (2) un exemple particulièrement démonstratif, puisqu'il provient d'une source sûre.

Toutefois, en venant compliquer la situation — si l'on peut dire, — qui ne voit que la reconnaissance des interpolations d'origine préjustinienne facilite, dans une certaine mesure, la solution du problème posé ici : celui des facteurs de développement du Droit au Bas-Empire ?

Sans doute, l'historien aura pour premier soin de séparer des Tribonianismes proprement dits les interpolations d'une antiquité plus haute; il aura aussi à distinguer dans ces dernières des couches successives et à s'efforcer de préciser, au moins par approximation, leurs dates : peu nombreux encore, malheureusement, sont les auteurs qui se préoccupent et du classement et de l'âge de ces altérations aux textes classiques. Mais, une fois opéré le triage, l'historien aura peut-être, à notre sens, plus de commodité pour se prononcer sur la nature de la source de l'altération : Pratique ou Doctrine. C'est

(1) Pour le classement de ces interpolations, v. *infra*, § IV.

(2) V. *infra*, p. 33.

ce qu'ont saisi les rares auteurs dont les opinions sont présentées et discutées ici. C'est là qu'est la clef, ou l'une des clefs, de la solution du problème complexe envisagé par nous.

II

Les Thèses en présence.

Deux thèses — on le sait — sont en présence pour expliquer les changements manifestes du Droit classique en Droit byzantin :

1° L'une qui, dans l'évolution de la période intermédiaire, donne la prépondérance à la Doctrine et surtout à la Doctrine de l'Orient;

2° L'autre qui voit dans la Pratique de l'Occident, et spécialement de l'Italie, l'agent de l'évolution.

Nous résumerons brièvement l'une et l'autre thèse, toutes deux connues de nos lecteurs, et nous indiquerons les principales objections qu'on peut faire à l'une comme à l'autre, en attendant que nous exposions notre propre thèse au paragraphe suivant.

PREMIÈRE THÈSE : L'Influence de la Doctrine.

La majorité des auteurs qui ont fait allusion à l'origine des innovations préjustiniennes passées dans les interpolations du Digeste les tire plutôt de la Doctrine, de la Doctrine de l'Orient, et assez souvent même, en précisant davantage, de l'enseignement de l'École de droit de Beyrouth.

Cette thèse (1) trouve ses appuis principaux dans plusieurs constatations de divers ordres :

(1) Cette thèse a été posée principalement par les beaux travaux du regretté G. Rotondi (*Scritti giuridici*, t. I, Milan, 1922, *passim*) qu'une mort prématurée a empêché de développer sa pensée tout entière en la précisant. Elle a été appuyée par plusieurs romanistes italiens et allemands. On la retrouve, en dernier lieu, soutenue par M. P. de Francisci (*Esquisse*

1° Au point de vue de la forme, le style didactique de nombreuses phrases porte ses partisans à les rattacher plutôt à l'enseignement qu'à la pratique;

2° Au même point de vue, les expressions ou les tournures qui reproduisent en latin des termes grecs ou des façons grecques de penser (lorsque, ajouterons-nous, ces critères n'appartiennent pas spécifiquement à la langue de Tribonien) les conduisent au même résultat;

3° Au point de vue du fond, l'application dans les textes interpolés de concepts philosophiques ou juridiques d'origine hellénistique — tel que la *natura (actionis, etc.)* évoquant la *φύσις* grecque —, ou l'emploi de procédés de la dogmatique grecque — comme la généralisation, la construction harmonique — les entraînent vers l'hypothèse d'une influence pédagogique hellénistique;

4° Au point de vue historique, l'état de décadence de la science du Droit en Occident après les grands juristes, attesté par des textes divers, littéraires ou autres, et s'opposant à la floraison en Orient (à Beyrouth en particulier) d'un enseignement brillant attesté par des textes concordants, les pousse à induire qu'en l'absence de documents positifs, il y a plus de chance que les réformes soient sorties de cet enseignement que d'une pratique affaiblie, même en Orient.

de Droit romain, extr. de la *Thémis polonaise*, 3^e série, 3^e volume, Varsovie, 1926-27, p. 40 et s.) qui ne manquera certainement pas de l'exposer plus complètement dans le t. II de sa remarquable *Storia del Diritto romano*. — Nous-même l'avons acceptée dans le t. I de nos *Ét. hist. sur le droit de Justinien* (1912), mais sans prétendre lui accorder une portée aussi large que le croit M. Riccobono : nous avons voulu donner à l'influence hellénistique sa part seulement là où elle pouvait être démontrée, sans prétendre que toutes les innovations du Bas-Empire venaient de l'Orient. Nous espérons dissiper toute méprise à cet égard dans la 2^e édition de l'ouvrage (en préparation). Quant au rôle de l'École de droit de Beyrouth, s'il a paru à nos critiques que nous l'exagérons trop complaisamment (au t. II de ces *Ét. hist.*), nous espérons également que le présent exposé remettra les choses au point.

Ces arguments d'ordre général, nous nous demandons (en exposant notre thèse personnelle) s'il n'est pas possible d'en fortifier les conclusions par des preuves directes (1). Mais cette annonce ne nous dispense aucunement de faire sur la portée de la thèse susdite une réserve dont on mesurera sans peine la gravité.

S'il ne nous semble pas douteux que l'Ecole de Beyrouth a joué un rôle dans l'élaboration du Droit nouveau, il ne nous paraît pas moins incontestable ou probable — car personne ne peut fournir de certitudes à cet égard — qu'elle ne l'a pas joué dès sa fondation (au II^e siècle), mais seulement lors de l'avènement de ses professeurs les plus illustres, les « maîtres œcuméniques », au V^e siècle. Or il existe, bien avant le V^e siècle, des preuves de l'altération des sources classiques dont les adeptes de la 1^{re} thèse ne recherchent pas toujours l'origine. D'autre part, il existe également des preuves que, soit en Occident, soit en Orient, la pratique a réellement accompli des réformes rendues légales par Justinien. Sans nier la valeur de la 1^{re} thèse, nous pensons donc qu'elle a le tort de négliger une grande partie des interpolations et qu'en se tournant exclusivement vers Beyrouth ou vers l'Orient en général, elle pêche par omission : car, *a priori* il n'est pas concevable que l'Occident n'ait tenu aucune place dans le mouvement d'ample envergure qui préparait l'œuvre de Justinien (2).

DEUXIÈME THÈSE : L'Influence de la Pratique.

La seconde opinion (3) forme avec la première une antithèse complète, en soutenant que toutes les innova-

(1) V. *infra*, p. 34-35.

(2) Nous précisons au § III. Cf. également, p. 30-34, 36-37.

(3) Cette opinion a été soutenue par M. S. Riccobono, dans les deux articles cités plus haut, p. 7, n. 1, avec une érudition et une vigueur qui entraînent l'admiration ; elle aurait reçu, d'après lui, l'adhésion de plusieurs

tions (ou la plupart d'entre elles) seraient dues à la Pratique, à la Pratique de l'Occident et plus spécialement à celle de l'Italie, dont les hommes de loi auraient opéré la refonte du droit classique au sortir même de l'ère des grands jurisconsultes, au III^e ou au IV^e siècle.

Les arguments les plus frappants de son défenseur, M. S. Riccobono, nous semblent se détacher comme suit :

1^o D'abord une contradiction directe de la 1^{re} thèse : les tenants de l'influence doctrinale n'apportent aucune preuve d'une influence quelconque de l'enseignement de Beyrouth sur la législation de Justinien ;

2^o Puis la construction : cette théorie attribue les progrès du droit à la Pratique en montrant que les innovations ont été souvent beaucoup moins profondes qu'on ne le croit, car nombre de phrases suspectes sont simplement des « réécritures » de textes classiques ;

3^o Elle regarde comme l'instrument du plus grand progrès la fusion du *ius civile* et du *ius praetorium* sous l'influence de la disparition des formules après le triomphe de la procédure extraordinaire : ici ce serait la jurisprudence des tribunaux qui serait responsable du progrès ;

4^o Le progrès de l'écriture a transformé substantiellement les actes juridiques — par exemple la stipulation ; et cette transformation peut se vérifier dans la pratique en Occident : alors ce serait l'activité des notaires et autres hommes de loi qui aurait dirigé le mouvement.

En un mot, la seconde thèse regarde les nouveautés révélées par les interpolations du Digeste comme des traces de la continuité du Droit romain classique, comme les fruits d'un développement interne du Droit romain, à

auteurs, entre autres de M. L. Wenger (*Der heutige Stand der römischen Rechtswissenschaft*, dans les *Münchener Beiträge zur Papyrusforschung und antiken Rechtsgeschichte*, 1927).

l'exclusion de toute influence orientale (ou hellénistique, c'est tout un en la matière) — sauf sur quelques points assez rares.



La thèse de M. Riccobono a été provoquée, peut-on penser, par les exagérations de certains critiques récents d'Allemagne et d'Italie qui, accentuant à l'extrême leur méfiance envers les textes du Digeste, ne laissent presque plus rien debout du Droit romain classique; elle est une réaction contre l'hypercritique, venant après d'autres (1), mais plus véhémente; et, comme il arrive à tout mouvement de réaction, quoique inspirée par la prudence, elle prend parfois dans sa vigueur les allures de la polémique.

Quelque jugement, d'ailleurs, que l'on porte sur le fond, il convient de louer l'auteur du grand service qu'il a rendu à notre science dans la discussion du problème, en le traitant avec ampleur et en appelant l'attention sur l'importance des altérations postclassiques et sur leur liaison avec le Droit classique. Pour notre part, comme lui, nous croyons à l'existence au Digeste de maints passages qui, tout en étant altérés (interpolés au sens large du mot), ne font que répéter le Droit classique, n'en sont que des « réécritures », des rajeunissements (2).

Est-ce à dire cependant que la majorité des interpolations (sauf les Tribonianismes dûment avérés) datent, comme le suggère M. Riccobono, de l'ère postclassique (III^e-IV^e siècles) et proviennent d'un développement interne du Droit romain en Italie, tandis que, par contre, la Doctrine de l'Orient ou la Pratique de l'Orient n'au-

(1) Par exemple le très prudent article de W. W. Buckland, *Interpolations in the Digest* (Yale Law Journal, February 1924, Vol. 33, N^o 4).

(2) V. *infra*, § IV.

raient joué qu'un rôle infime dans le développement du Droit antéjustinien? Nous ne saurions aller jusque-là et nous estimons avec quelques romanistes italiens que sa thèse est trop absolue (1).

Pour que la thèse emportât la conviction, il faudrait trouver dans les sources postclassiques de l'Occident, non seulement les changements de forme qui y sont visibles, mais aussi les changements de fond par rapport au Droit classique, les changements mêmes qu'offrent les interpolations du Digeste ou, au moins, les plus significatifs d'entre eux : par exemple, la *natura (actionis ou contractus)*, les dénominations nouvelles d'actions, telle que *actio praescriptis verbis* (2). En consultant les sources postclassiques de l'Occident, soit issues de la Pratique, comme les Sentences de Paul ou les Règles d'Ulpian, soit issues de la Doctrine, comme l'*Interpretatio Gai* d'Autun, on constate qu'elles ne renferment aucunement ces notions nouvelles. Ce sont des sources assez proches de leurs modèles classiques, plus proches de ces modèles que tant de passages interpolés du Digeste, des sources plus interprétatives que créatrices. Il n'en faut pas déduire qu'elles doivent être négligées dans la reconstitution de l'histoire du Droit romain postérieur au Droit classique (3); mais pour le problème dis-

(1) Cfr. P. de Francisci, *loc. cit.*, p. 30 et suiv.; P. Bonfante, *Riv. del dir. commerciale*, a. xxv [1927], p. 14, n. 3, cité par S. Riccobono, *Annali*, vol. XII, p. 563, n. 1.

(2) Nous prenons ces exemples, parce qu'on les retrouvera, le moment venu, au § V.

(3) L'étude lue en août 1928 à Oslo par M. Ernst Levy, *Osten und Westen in der nachklassischen Entwicklung des römischen Rechts* (VI^e Congrès international des Sciences historiques. — Résumés des communications présentées au Congrès, Oslo, 1928, p. 227-228), se proposait d'attirer l'attention sur les sources de l'Occident trop négligées (dit-il avec raison), de montrer leur tendance simplificatrice en vue de la pratique, d'examiner leur terminologie particulière (l'auteur prépare un Vocabulaire des sources latines postclassiques) et de souhaiter qu'on se préoccupe scientifiquement de résoudre la question des rapports du Droit de l'Occident avec celui de l'Orient (réception de l'un par l'autre ou parallélisme d'évolution?).

cuté ici, elles ne répondent certainement pas, nous semble-t-il, à l'attente de ceux qui croient y saisir la transformation profonde du Droit.

Si, en effet, les remaniements opérés dans les œuvres classiques par les praticiens d'Italie avaient, comme le soutient M. Riccobono, déjà contenu la plupart des interpolations des mêmes œuvres telles qu'elles figurent au Digeste, comment comprendre que Justinien ait écrit au § 17 de la Const. *Δέδωκεν* ceci : malgré l'abondance des livres de droit, les juges décidaient des procès seulement d'après un petit nombre d'auteurs et de livres, « pour s'épargner la peine de découvrir dans ces livres les éléments encore utiles » (1)? Cette phrase prouve, au contraire, que les ouvrages dont les juges auraient dû se servir étaient ceux mêmes de l'époque classique ou leurs copies altérées, mais encore proches des originaux classiques (2), puisque les juges, pour remplir leur mission consciencieusement, n'auraient pu les utiliser tels quels, c'est-à-dire reflétant en maint endroit un Droit périmé.

La Pratique de l'Occident, et spécialement de l'Italie, ne paraît pas avoir été largement novatrice. Elle donne, au contraire, l'impression d'avoir été plutôt routinière et si M. Riccobono, au lieu d'étudier avec une compétence digne d'éloges la stipulation, avait porté ses regards sur les destinées d'autres institutions anciennes — la mancipation, par exemple —, il serait arrivé à une conclusion toute différente; car l'on sait que le formulaire des Papyrus de Ravenne des v^e et vi^e siècles reproduit presque mot pour mot le formulaire des actes du ii^e siècle, tandis que la codification de Justinien supprime de ses matériaux classiques toute mention de la mancipation : opposition qui prouve, à n'en pas douter, l'influence de l'Orient.

(1) V. *infra*, p. 28.

(2) Tels les remaniements des *Libri ad Sabinum* visés plus bas, p. 31.

Certes, l'Occident a eu sa part dans l'évolution du Droit au Bas-Empire et Justinien a profité de cette évolution en acceptant, dans son Digeste, des passages d'œuvres anciennes remaniées ou rajeunies par les praticiens de l'Occident (Sentences de Paul, Règles d'Ulpien, etc...). Rotondi (1), cependant partisan de l'influence de la Doctrine de l'Orient, constatait, lui-même, l'existence de concepts nouveaux communs aux deux mondes romains : tel le concept de l'*universitas* accueilli par l'auteur de l'*Interpretatio Gai*. Mais de là à affirmer que toutes les innovations viennent de l'Occident et que l'Orient n'a rien créé, il y a une grande distance.

M. Riccobono admet bien la réception dans le Droit romain de la basse époque de certaines institutions d'origine orientale (hellénistique ou sémitique), mais il en réduit le nombre : *arrha sponsalitia*, « *osculo interveniente* », donation *propter nuptias*, tutelle conférée aux femmes, *manumissio in sacris ecclesiis* « *ed altre simili istituzioni e norme* » (2), sans qu'il précise quelles elles sont.

Pour les autres institutions, pour les règles ou les réformes rattachées par la 1^{re} thèse à l'Orient (par exemple, la *natura actionis* ou *contractus*), il en nie l'origine orientale.

Tout en reconnaissant qu'on peut diverger d'opinion sur le degré de profondeur de l'influence hellénistique — point qui n'est pas en cause ici —, il semble, en s'en tenant aux grandes lignes, que la négation de l'auteur se heurte à de graves objections.

De l'avis général, l'influence grecque s'est exercée sur le développement du Droit romain tout au long de son histoire : dès la Loi des XII Tables (pour ceux qui admet-

(1) G. Rotondi, *Scritti giuridici*, t. 1, p. 409. — V. aussi plus bas p. 33.

(2) *Annali*, vol. XII, p. 520-521.

tent son authenticité) et, en tout cas, dès l'époque primitive (l'emprunt des mots *poena* ou *calumniā* au grec le prouve); pendant la République, elle s'est exercée sur le Droit civil ou sur le Droit honoraire par la réception d'institutions grecques, et aussi sous la forme connue de l'action de la philosophie; sous l'Empire, elle s'est exercée plus particulièrement sur certains jurisconsultes, comme Ariston et Papinien. Passant à la période byzantine, on retrouve la même influence dans la législation de Constantin et de ses successeurs; elle est manifeste dans telle ou telle réforme de Justinien. Il serait bien surprenant que, dans la période intermédiaire, cette influence se soit réduite à la réception de quelques rares institutions, alors que cette période fut celle où l'Hellénisme reprit une vigueur nouvelle.

Spécialement, il serait bien surprenant que l'influence grecque n'ait eu qu'une portée médiocre sur l'enseignement des « maîtres œcuméniques » de Beyrouth, alors que tout fait présumer, au contraire, qu'ils ont dû réellement la subir : le fait qu'ils professaient en grec; le fait qu'ils avaient reçu leur formation secondaire (rhétorique et philosophie) dans un milieu grec, à Alexandrie, fréquemment; le fait que la nationalité grecque s'était réveillée; le fait enfin que certaines pratiques grecques étaient passées dans le Droit romain vivant de l'Orient ou que certaines pratiques romaines ne s'y étaient pas adaptées (1).

Les indices que Partsch (2) découvrait en faveur de l'influence exercée sur le Droit par la rhétorique ou la philosophie grecques au v^e siècle après J.-C., M. Riccobono (3) les fait remonter au vii^e siècle de Rome — six siècles en arrière — parce que les juristes romains de cette époque

(1) V. t. I de nos *Etudes hist.*, *passim*.

(2) *Z. S. S.*, t. XLIII, p. 16. — Cf. *A. P. F.*, t. VII, p. 278.

(3) *Annali*, vol. XII, p. 633.

sont fortement imbus de la culture hellénique. Personne n'en doute. Mais de ce que l'influence grecque sur le Droit romain est visible au VII^e siècle de Rome, s'ensuit-il que tout ce qui, au Digeste, se révèle comme d'origine hellénistique doive être reporté rétrospectivement jusqu'à cette date ou reporté même seulement jusqu'à la période postclassique (III^e-IV^e siècles de notre ère), alors qu'on n'a aucune preuve que les praticiens de l'Occident, si peu instruits, se laissent encore pénétrer par la culture grecque ? De plus, la philosophie qui a agi sur les maîtres de Beyrouth du V^e siècle n'est plus celle qui régnait à la fin de la République; elle est la philosophie antique renouvelée; et les règles ou les constructions juridiques qui apparaissent dans les interpolations du Digeste sont — nous croyons l'avoir démontré au tome I^{er} de nos *Études* — plus proches des concepts philosophiques du néoplatonisme que des concepts de l'ancienne philosophie.

En faveur de l'activité créatrice des professeurs grecs du V^e siècle, il existe, du reste, quelques preuves dans les *Scholia sinaitica* et dans les Scolies des Basiliques : nous en ferons état un peu plus tard (1).

Passons à un autre ordre d'idées.

D'après M. Riccobono, l'instrument du plus grand progrès du Droit au Bas-Empire, celui qui aurait préparé le Droit nouveau élargi reflété par les interpolations du Digeste, aurait été la fusion du *ius civile* encore rigide malgré ses progrès avec le *ius praetorium* plus souple, fusion réalisée grâce au triomphe de la procédure extraordinaire et à la disparition des formules, dans la pratique des tribunaux, beaucoup plus tôt que ne le voudrait la thèse qu'il combat; et fusion réalisée en Occident, en Italie.

Sur cet argument dont la force logique ne saurait être

(1) V. *infra*, p. 34-36, 40-41.

rabaissée, il faut s'arrêter un peu, en raison même de son importance.

On peut, croyons-nous, fournir quelques preuves que l'introduction de la procédure extraordinaire n'a pas, comme la logique le commanderait, révolutionné le Droit romain comme par un coup de baguette.

En attendant que nous nous occupions de la dénomination des actions (1), voici un contre-argument qui paraît venir ici à sa place.

Les auteurs n'ont pas, à notre connaissance, insisté sur le fait que la rédaction des œuvres des grands juriconsultes, Papinien, Paul, Ulpien, au début du III^e siècle, concorde avec l'introduction, à Rome même, de la procédure extraordinaire dans le domaine judiciaire, après qu'elle y avait été utilisée depuis deux siècles pour des causes administratives (en particulier, les fidéicommiss) et après qu'elle avait été employée dans les provinces, pour toutes sortes de causes, même civiles.

Dans la question de l'introduction de la procédure extraordinaire à Rome même, on fait toujours ressortir, depuis le travail fameux de Pernice, les applications de la procédure nouvelle aux matières administratives. On laisse de côté son application — à Rome, répétons-le — aux matières du droit civil. Or, il nous semble qu'on possède au moins un texte prouvant que la procédure extraordinaire était employée dès le début du III^e siècle à des cas relevant du droit civil : c'est la célèbre Loi *Lecta* (*Dig.*, 12, 1, 40) (2), dans laquelle Paul rapporte un procès visant les intérêts d'un prêt et qui s'était déroulé devant le tribunal de Papinien, siégeant comme préfet du prétoire. Par ailleurs on doit se rappeler que les trois grands juriconsultes ont participé à l'administration de

(1) V. *infra*, § V.

(2) Cf. P.-E. Viard, *Les Pactes adjoints aux contrats en droit romain classique*, Paris, Sirey, 1928, p. 21 et s.

la justice, non comme des magistrats, non comme préteurs, mais comme des fonctionnaires impériaux, Papien étant préfet du prétoire, Paul et Ulpien étant ses assesseurs, avant de devenir tous deux, à leur tour, préfets du prétoire (1).

Les affaires dont ces jurisconsultes avaient à connaître à la Préfecture du prétoire se déroulaient suivant la procédure extraordinaire. Et cependant ce sont les mêmes hommes, appliquant journallement la procédure nouvelle, qui ont écrit, ou bien des commentaires étendus, des *Libri ad Sabinum* et des *Libri ad Edictum*, ou bien des *Responsa*, toutes œuvres dans lesquelles le Droit est étudié et présenté comme il l'eût été sous le régime de la procédure formulaire régnant seule, comme il eût pu l'être au siècle précédent, au II^e siècle, par Celse ou par Julien qui, eux, avaient été des magistrats, des préteurs.

Que prouve cette façon de traiter le Droit de la part de juristes mêlés, par leurs fonctions mêmes, à l'exercice de la procédure extraordinaire, sinon ceci que, dans la pratique, les choses se passaient encore comme si la procédure formulaire était seule en vigueur, comme si les parties venant en appel à la Préfecture du prétoire avaient lié leur procès par la formule ?

Aussi, peut-on penser que l'introduction de la procédure extraordinaire dans le domaine judiciaire n'a pas amené tout de suite de révolution dans les théories juridiques. En particulier, qu'elle n'a pas déterminé *ab initio* la fusion du *ius civile* et du *ius praetorium*, lesquels restent encore tout à fait séparés dans les grandes œuvres du III^e siècle et le resteront d'ailleurs encore, en grande partie, sous Justinien (*Rei vindicatio* et Publicienne, etc...), quoique l'intérêt à les opposer l'un à l'autre eût souvent disparu.

(1) Edouard Cuq, *Manuel des institutions juridiques des Romains*, 2^e éd., Paris, 1928, p. 36.

D'ailleurs les formules d'action — c'est un fait connu — servent encore de base aux commentaires des professeurs des IV^e et V^e siècles, mais, qu'on le remarque, aussi bien en Occident qu'en Orient. Si les maîtres de Beyrouth peuvent être traités par M. Riccobono de « conservateurs », parce que les Scolies des Basiliques se référant à leurs œuvres gardent encore des traces du Droit classique, l'auteur anonyme occidental de l'*Interpretatio Gai* ne saurait être, pour sa part, traité de « novateur ». Où sont alors les « créateurs » ? Les praticiens, les hommes de loi, les juges ? Nous verrons bientôt ce que pensaient d'eux les Empereurs (1).

En vérité et en résumé, la thèse de M. Riccobono offre, elle aussi, prise à bien des réserves.

III

Exposé d'une thèse synthétique.

Placé devant le problème à résoudre : « Quels facteurs ont agi sur le développement du Droit au Bas-Empire ? », l'historien — c'est incontestable — doit s'efforcer avant tout de découvrir les textes susceptibles de l'éclairer : ces textes seront, si possible, des textes extérieurs à la compilation de Justinien, puisque l'œuvre de Justinien ne peut être à la fois juge et partie dans sa propre cause ; ou bien, à la rigueur, ce seront des textes de la codification, lorsqu'ils ne prêtent à aucune discussion.

Il est clair aussi que l'historien ne pourra donner sur le problème de conclusions inébranlables que quand il aura réuni un nombre de textes suffisants pour entraîner la conviction. Comme ces textes probants sont, d'après notre propre expérience, assez rares, il sera forcé de se livrer à un travail de dépouillement considérable ; car il devra les chercher dans tous les documents, de l'Occi-

(1) V. *infra*, p. 26 et s.

dent et de l'Orient, écrits du III^e au VI^e siècle, documents de natures très diverses : les textes littéraires, les Papyrus grecs et latins, les œuvres des Pères de l'Eglise latins ou grecs.

Quant aux textes juridiques, spécialement, dont il aura à faire l'examen critique, sa tâche sera relativement facilitée par les Vocabulaires déjà parus ou par ceux en préparation : l'*Index* auquel travaille M. Ernst Levy pour les textes juridiques latins postclassiques (1), le recueil des passages parallèles du *Corpus Iuris civilis* et des sources extérieures que donnera bientôt, nous l'espérons, M. Lauro Chiazzese (2).

Encore la tâche restera-t-elle très ardue et de longue haleine.

C'est dire que, n'ayant pas accompli cette tâche immense, nous n'apportons pas ici de conclusions complètes. En utilisant certains textes plus aisément accessibles, nous aurions le dessein plus modeste de tracer (en ce § III) une sorte d'ébauche de ces conclusions et d'indiquer ensuite (au § IV) une méthode susceptible, peut-être, de mener à des résultats plus complets.

Laisant parler les textes eux-mêmes, sans idée préconçue, nous en tirerons les enseignements qu'ils comportent et nous verrons qu'ils fournissent des arguments tant en faveur d'une influence de la Doctrine qu'en faveur d'une influence de la Pratique. Car — nous l'avons déjà fait prévoir dans la critique de chacune des deux thèses en conflit — les deux facteurs ensemble ont joué leur rôle dans le développement du Droit au Bas-Empire. Phénomène qui n'a rien que de normal, d'ailleurs, et qu'il serait extraordinaire qui ne se fût pas produit dans le monde romain après le III^e siècle comme auparavant.

(1) Z. S. S., t. XLV, 1926, p. 287-289.

(2) Recueil dont la confection est annoncée par M. Riccobono, *Mél. Cornil*, t. II, p. 279, n. 1.

Notre thèse sera donc une thèse synthétique que le moment est venu d'esquisser avec l'appui des textes.



Les auteurs qui font allusion à l'état de la science du Droit au Bas-Empire ne manquent pas d'en dévoiler la profonde décadence en utilisant les témoignages qu'apportent certains textes littéraires d'Ammien Marcellin, dans ses récriminations contre la vénalité ou l'ignorance des avocats, de Mamertin, d'Eunape et autres ; tous déjà relevés par l'admirable érudition de Jacques Godefroy (1).

Mais c'est sur des textes plus précis, cités ou non par les auteurs, qu'il convient de s'appuyer.

1° Rappelons d'abord les deux déclarations si significatives des plus hautes autorités de l'Empire, des Empereurs mêmes, Théodose II et Valentinien III, en premier lieu, Justinien, en second lieu, lesquels, au moment de promulguer le Code Théodosien ou le Digeste, devaient être renseignés mieux que quiconque sur l'état de la connaissance du Droit chez les jurisconsultes de leurs temps.

a) Au *princ.* et au § 1 de la constitution *Saepe nostra clementia*, préface du Code Théodosien (an. 438), Théodose et Valentinien justifient leur entreprise ainsi qu'il suit :

« Saepe nostra clementia dubitavit, quae causa faceret,
 « ut tantis propositis praemiis, quibus artes et studia
 « nutriuntur, tam pauci rarique extiterint, qui plene
 « iuris civilis scientia ditarentur et in tanto lucubrati-
 « num tristi pallore vix unus aut alter receperit solidita-
 « tem perfectae doctrinae. 1. Quod ne a quoquam ulte-
 « rius sedula ambiguitate tractetur, si copia immensa

(1) *Codex Theodosianus (Prolegomena, cap. I, § IV)*, éd. de Mantoue, t. I, p. CCXXXIII-CCXXXIV. — Cf. Edouard Cuq, *op. cit.*, p. 49.

« librorum, si actionum diversitas difficultasque causa-
 « rum animis nostris occurat, si denique moles constitu-
 « tionum divalium... discussis tenebris conpendio bre-
 « vitatis lumen legibus dedimus,... ne iurisperitorum
 « ulterius severitate mentita dissimulata inscientia
 « velut ab ipsis adytis expectarentur formidanda res-
 « ponsa, cum liquido pateat, quo pondere donatio defe-
 « ratur, qua actione petatur hereditas, quibus verbis
 « stipulatio colligatur, ut certum vel incertum debitum
 « sit exigendum... ».

Quatre faits ont produit la *sedula ambiguitas* à laquelle les Empereurs veulent mettre fin : l'abondance des livres (c'est-à-dire des ouvrages classiques), la diversité des actions, la difficulté des causes (c'est-à-dire des procès), enfin la masse des constitutions impériales. Tout cela aboutit (selon la deuxième phrase) à la *severitas mentita*, à la *dissimulata inscientia* des *iurisperiti*. Il faudra revenir sur l'interprétation de ce terme si important dans la présente discussion. Et la partie finale du passage donne la mesure de leur ignorance, en prenant quelques exemples démonstratifs : des choses les plus claires (*cum liquido pateat*), disent les Empereurs, ils ne savent rien : ni le taux de la donation (ceci vise sans doute l'insinuation), ni par quelle action on réclame une hérédité, ni par quelles paroles on lie une stipulation, pour qu'elle engendre la dette d'un *certum* ou d'un *incertum*.

Le point intéressant pour nous est de savoir contre qui est dressé ce terrible réquisitoire : les *iurisperiti* visés, sont-ce les hommes de la Doctrine ou les hommes de la Pratique ? Il nous semble évident que le texte se réfère plutôt à ces derniers (1); car la *severitas mentita*

(1) M. Riccobono, *Annali*, vol. XII, p. 548-549, cite le texte, mais il le rapporte, sans distinction, aux professeurs comme aux praticiens de l'Orient, ce que le contexte dément, on va le voir.

comme les *formidanda responsa* « qui semblent sortir des abîmes mêmes » évoquent les décisions de juges, comparables à la Pythie redoutée, plutôt que les professeurs qui, interprétant dans leurs cours les grands ouvrages classiques et les constitutions impériales, ne peuvent ignorer les choses élémentaires que les Empereurs reprochent aux *iurisperiti* de ne point connaître.

b) Il faut croire que, malgré la promulgation du Code Théodosien, la capacité des juges ne s'était pas accrue, puisque, près d'un siècle après 438, en 533, Justinien reprend contre eux — et, cette fois, ils sont désignés par leurs noms, *iudices* — les accusations de ses prédécesseurs.

Au § 17 de la Constitution *Tanta-Δέδοικεν*, la 3^e préface du Digeste, l'Empereur s'exprime de la sorte :

Mirabile autem aliquid ex his libris emersit, quod multitudo antiqua praesente brevitate paucior invenitur. homines etenim, qui antea lites agebant, licet multae leges fuerant positae, tamen ex paucis lites perferebant vel propter inopiam librorum, quos comparare eis impossibile erat, vel propter ipsam inscientiam, et voluntate iudicium magis quam legitima auctoritate lites dirimebantur...

Τοσούτων δὲ ὄντων τῶν ἔμπροσθεν γεγραμμένων βιβλίων ἐξ ἐλαχίστων νομοθετῶν τε καὶ βιβλίων ἐκρίνετό τὰ τῶν ἐν δικαστηρίοις ἀγώνων, τῶν μὲν, ἐπεὶ βιβλίων ἠπόρουσαν, τῶν δὲ, ἐπεὶ οὐκ ἔρχοντο πόνους πλείους, εὐρεῖν τὰ πολλὰ τῶν χρησίων οὐκ ἰσχυρότων...

Constatons d'abord que le texte de la Const. *Tanta* et le texte de la Const. *Δέδοικεν* ne concordent pas absolument en ce § 17, pas plus que dans les autres paragraphes : la première n'est pas une traduction littérale de la seconde et c'est, de l'avis des plus récents auteurs, la constitution en

grec qui est l'original ou mieux qui forme la version originale (1).

Les deux textes s'accordent pourtant à reconnaître qu'antérieurement (à 533) l'abondance des livres de droit était considérable et (plus loin au cours du § 17) que le but de Justinien a été de réduire une telle multitude d'ouvrages à un ouvrage relativement court, aux 50 livres du Digeste. Ce sera là (sous-entendu) le remède aux vices de la justice, telle qu'elle était administrée avant la réforme. Ces vices, les voici. Quoiqu'il existât une masse énorme d'ouvrages, cependant les juges décidaient des procès seulement d'après un petit nombre d'auteurs et de livres, et cela pour deux raisons : 1° les uns, parce qu'ils manquaient de livres (la Const. *Tanta* a ajouté pour quel motif les juges en manquaient : il leur était impossible d'en acheter, *quos comparare eis impossibile erat*; le parchemin était rare et cher à cette époque, l'usage des palimpsestes à deux ou trois écritures superposées le prouve); 2° les autres, pour s'épargner la peine de découvrir dans ces livres les éléments encore utiles. Ainsi s'exprime la Const. $\Delta\epsilon\delta\omega\kappa\epsilon\nu$. La Const. *Tanta* dit en une phrase plus ramassée, *vel propter ipsam inscientiam*, à cause de leur propre ignorance. La même Const. *Tanta* est la seule à tirer (dans une phrase ajoutée à la Const. grecque $\Delta\epsilon\delta\omega\kappa\epsilon\nu$) la conséquence de la conduite des juges : il s'ensuivait, dit-elle, que les procès étaient tranchés bien plus d'après la volonté arbitraire des juges que d'après l'autorité de la loi : *et voluntate iudicum magis quam legitima auctoritate lites dirimebantur*.

Les déclarations de Justinien équivalent à celles de Théodose et de Valentinien : elles sont comme un écho des premières; les mêmes termes ou les mêmes pensées sous d'autres termes s'y retrouvent : « ignorance », « arbi-

(1) Cf. notre *Hist. de l'École de droit de Beyrouth*, p. 144-145.

traire des juges » correspondent aux « réponses formidables semblant sortir des abîmes ». Les unes et les autres constituent des témoignages *directs*, explicites et accablants sur la faiblesse de la justice, pour ne pas dire plus.

S'il en était ainsi, comment imaginer que ce serait la jurisprudence (au sens moderne du mot) qui aurait été le facteur le plus puissant de l'évolution du Droit, puisque les juges mettaient à l'écart l'autorité même de la loi, la *legitima auctoritas*, en l'ignorant ?

Et si les juges étaient d'une telle faiblesse d'esprit et de caractère, que penser des auxiliaires de la justice, les avocats, les notaires ? Comment supposer qu'ils leur étaient supérieurs et comment serait-ce à eux que serait due l'évolution du Droit ?

En définitive, les déclarations concordantes des législateurs de 438 et de 533 nous paraissent amener à la conclusion que — de l'aveu même des Empereurs — la Pratique a été impuissante. Ce qui ne veut pas dire — il ne faut jamais aller à l'absolu — que la Pratique n'a eu aucune action sur l'œuvre de Justinien ; on le montrera plus tard.

2° Il est au Digeste des interpolations, qui se prouvent aisément grâce à la confrontation de deux passages géminés ; c'est là le critérium le plus certain. Devant des interpolations de ce genre, le critique, qui veut faire œuvre d'historien, doit se demander si ces retouches au modèle classique ont pour source le travail d'un praticien ou d'un professeur. La réponse, on le devine, reste souvent impossible à donner d'une façon nette.

Voici cependant un exemple où, par bonheur, la réponse semble possible et en faveur de la Doctrine.

Les divers éditeurs des *Fragmenta Vaticana*, Mommsen et autres, n'ont fait aucune remarque critique sur le F. V. 76 ; ils laissent croire que ce § 76 appartient, comme le § 75 et le § 77, au contexte même de l'ouvrage dont sont

extraits ces §§ 75 et 77, le livre XVII *ad Sabinum* d'Ulpien. Or, il n'en est rien. Si l'on prend soin de mettre en regard, comme ci-dessous, le § 76 et les passages des §§ 75 et 77 dont il se rapproche, on s'apercevra sans peine que le § 76 n'est pas un morceau de l'œuvre originale d'Ulpien :

F. V. 76 :

Iulianus scribit si servo communi et Titio usus fructus legetur et unus ex dominis amiserit usum fructum, non adcrecere Titio, sed soli socio, quemadmodum fieret, si duobus coniunctim et alteri separatim esset relictus.

Sed qui diversam sententiam probant, quid dicerent? Utrum extraneo soli an etiam socio adcrecere? Et qui Iulianum consuluit, ita consulit, an ad utrum pertineat, quasi possit et ipsi socio adcrecere.

Atquin quod quis amittit, secundum Pomponi sententiam, ipsi non accedit.

F. V. 75, 77 :

75 (3). Idem (*sc.* Iulianus) ait et si communi servo et separatim Titio u. fr. legatus sit, amissam partem usus fructus non ad Titium, sed ad solum socium pertinere debere quasi solum coniunctum.

Quam sententiam neque Marcellus neque Mauricius probant...

77... Vindius tamen dum consulit Iulianum, in ea opinione est, ut putet non alias ius adcrecendi esse quam in coniunctis...

75 (4). Pomponius ait libro VII ex Plautio, ... nec enim magis socio debere adcrecere,...

Ulpien rapportait là [§ 75 (3)] l'opinion de Julien sur le sort de l'usufruit légué à un esclave, propriété commune de deux maîtres, et séparément à Titius, lorsque l'un des deux maîtres a perdu sa part de l'usufruit. Suivant Julien, la part perdue écherra, non à Titius, mais au seul maître associé, comme si un seul légataire conjoint existait.

Ulpien continue en signalant des opinions divergentes de Marcellus, Mauricianus, Papinien [§ 75 (3)], de Pomponius [§ 75 (4)]. Et il conclut en approuvant la solution de Julien, mais pour d'autres motifs [§ 75 (5)]. Quel besoin aurait éprouvé Ulpien, aussitôt après en avoir fini avec cette controverse, de revenir sur elle (§ 76), et dans des termes moins bons ou en posant simplement les deux questions *Sed qui — quid dicerent? Utrum — ad crescere?* sans y répondre? De même, plus tard (§ 77), Ulpien relatait le fait d'une consultation demandée à Julien par Vindius qui pensait que l'accroissement ne devait pas se régler autrement qu'entre légataires conjoints. Si le passage (§ 76), qui, antérieurement au passage ci-dessus visé, traite de la même consultation, sans d'ailleurs donner le nom du consultant, était d'Ulpien, quelle singulière méthode eût été la sienne. Enfin, pourquoi Ulpien, s'il était réellement l'auteur de la phrase finale *Atquin — accedit*, faisant allusion à une opinion de Pomponius (§ 76), aurait-il reproduit à nouveau dans cette phrase ce qu'il avait écrit déjà plus haut avec plus de précision [§ 75 (4)]?

Sans insister davantage, il est facile de voir dans le § 76, non l'œuvre d'Ulpien, mais une *interpretatio* sur les *Libri ad Sabinum* d'Ulpien, *interpretatio* postclassique et évidemment antérieure à la confection du *corpus* de textes que représente le manuscrit du Vatican (iv^e ou v^e siècle), puisque le morceau d'*interpretatio* avait déjà passé dans le contexte des *Fragmenta Vaticana*, en se distinguant par là de leurs scolies (1).

La nature du § 76 ainsi établie, on constate avec une certaine surprise qu'une phrase de l'*interpretatio* se retrouve dans le fragment du Digeste correspondant au passage d'Ulpien et qui porte comme inscription : *Ulpia-*

(1) Nous développons ici en la rectifiant une note de notre *Hist. de l'Éc. de droit de Beyrouth*, p. 270, n. 1.

nus libro septimo decimo ad Sabinum (D. 7, 2, 1, 2)⁽¹⁾ :

Ulp. 1. 17 *ad Sab.*, D. 7, 2, F. V. 76 :
1, 2 :

idem est, si duobus coniunctim et alteri separatim usus fructus esset relictus. quemadmodum fieret, si duobus coni. et alteri separatim esset relictus.

Alors que les autres paragraphes de la loi 1 (D. 7, 2) et une grande partie du § 2 de cette loi également sont, non pas la copie intégrale de l'œuvre d'Ulpien (telle qu'elle est reproduite aux *Fragm. Vatic.*, §§ 75, 77, 78), mais un résumé de cette œuvre, la phrase du § 2 transcrite ci-dessus reproduit presque littéralement une phrase de l'*interpretatio*. Cela prouve que le manuscrit des *Libri ad Sabinum* d'Ulpien utilisé par les commissaires du Digeste contenait des altérations analogues à celles du manuscrit du même ouvrage découpé dans les *Fr. Vat.* (2).

Le résultat de ces rapprochements de textes est donc d'abord de fournir un exemple incontestable d'une interpolation préjustinienne. Mais c'est sur un autre point que l'attention doit se porter.

Peut-on déterminer l'origine de l'*interpretatio* et décider d'où est issue la phrase du § 2? Est-elle d'origine occidentale ou d'origine orientale? Est-elle due à la Pratique ou à la Doctrine? Il semble qu'on puisse conclure dans le sens de l'origine occidentale, du fait même que les *Fragm. Vatic.* ont été compilés en Occident et même si le manuscrit (altéré) des *Libri ad Sabinum* ayant servi aux commissaires du Digeste avait été écrit en Orient.

On peut, avec plus de sûreté, choisir entre l'origine pratique ou doctrinale de l'*interpretatio* qui a fourni la

(1) Les éditeurs des *Fragm. Vatic.* et nous-même avons eu le tort de suivre Mommsen qui donne mal sa référence (*Dig.*, 7, 1, 1, 2).

(2) Cf. *op. cit.*, p. 270, n. 1.

phrase du § 2. Nous avons déjà (1) indiqué nos préférences pour la provenance doctrinale. En effet, dans les Ecoles de droit, la matière des legs, formant l'objet des cours de 1^{re} année, était enseignée d'après les *Libri ad Sabinum* d'Ulpien (2). Il est donc assez vraisemblable que l'auteur de l'*interpretatio*, devenue le § 76 des *Fragm. Vatic.* et passée en partie au D. 7, 2, 1, 2, est un professeur plutôt qu'un praticien. Ce serait là, avec l'*Interpretatio Gai* d'Autun, la trace la plus ancienne de la méthode nouvelle d'enseignement consistant dans le commentaire des grandes œuvres classiques (3).

3° Les traces des commentaires grecs écrits avant Justinien sur les sources juridiques anciennes sont extrêmement rares, pour la raison évidente que, la codification impériale une fois faite, on jugea inutile de les recopier. C'est par miracle, peut-on dire, qu'il en subsiste quelques restes.

Cependant parmi ces débris si réduits, quelques passages permettent de démontrer qu'après la Doctrine du iv^e siècle — date probable de l'*interpretatio* dont il vient d'être parlé — la Doctrine du v^e siècle, en Orient cette fois, a, elle aussi, fait subir aux sources anciennes des modifications et, cette fois, des changements de fond.

a) En premier lieu, les *Scholia sinaitica* antérieures à Justinien fournissent une preuve formelle d'un emprunt fait par les commissaires du Digeste aux commentaires grecs de l'Orient : tel est l'avis de certains auteurs (4) qui se fondent sur le § 9 de ces Scolies, contenant mention du *ius tollendi* pour les impenses voluptuaires (cf. *Dig.*, 25, 1, 9). M. Riccobono (5) explique la concordance de ce passage ou la concordance d'autres passages (*Schol.*

(1) *Op. cit.*, p. 270, n. 1.

(2) *Op. cit.*, p. 225.

(3) Cf. *op. cit.*, p. 220, 221.

(4) Edouard Cuq, *op. cit.*, p. 917.

(5) En dernier lieu, *Annali*, vol. XII, p. 550.

sinait., § 8; cf. *Dig.*, 25, 1, 3, 4) avec le Digeste par des interpolations qui auraient été insérées, d'après le Digeste, dans le manuscrit du Sinaï. Son hypothèse paraît bien compliquée et partant difficilement acceptable. Elle supposerait, en effet, qu'un professeur enseignant après la publication du Digeste (533) aurait enseigné le même cours que le professeur du v^e siècle, en le mettant au courant de la législation justinienne sur un ou deux points seulement (car, pour le reste, les *Scholia sinaitica* se rapprochent du Droit classique et diffèrent du Droit de Justinien) ou qu'il aurait réédité ce cours sans l'améliorer, intégralement. Hypothèse bien invraisemblable, étant donné la faiblesse du cours professé, et étant donné qu'après 533 avaient paru de grands commentaires composés sur le Digeste et d'une bien autre valeur que les *Scholia sinaitica*.

b) Les œuvres des « maîtres œcuméniques » de Beyrouth ne sont connues que par les relations dues aux juristes byzantins du temps de Justinien, dont les travaux sont découpés aux Scolies des Basiliques.

Nous avons signalé ailleurs (1) que deux de ces Scolies montrent de la façon la plus explicite l'origine beyrouthine d'interpolations faites dans le Code de Justinien aux constitutions originales.

L'auteur inconnu (Thaléléé ?) de la Scolie Τζύτην (Heimbach, t. I, p. 403) rapporte que la retouche opérée par les commissaires du Code pour donner une portée générale à la Const. 6 (*Code*, 2, 11 [13]) a sa source dans une opinion de Patricius combattant l'opinion de ses collègues Domninus, Démosthène et Eudoxius.

De son côté, Théodore (Scolie Θεοδώρου, Heimbach, t. I, p. 704) attribue formellement à Patricius l'interprétation d'une constitution de Dioclétien et Maximien (*Code*, 2, 4,

(1) *Les Preuves directes de l'influence de l'enseignement de Beyrouth sur la codification de Justinien*, dans *Byzantion*, t. III (1926), p. 3 et s.

18), aux termes de laquelle Patricius admettait la transaction seulement pour les accusations publiques entraînant la peine du sang et non pour toutes les accusations capitales, comme le voulait Eudoxius. Théodore rapporte que le texte nouveau au Code a confirmé l'interprétation de Patricius (1).

Ces Scolies offrent de l'intérêt en ce qu'elles fournissent un appui incontestable à la thèse qui, jusqu'ici sans autres bases que des vraisemblances, soutient que l'École de Beyrouth a exercé son influence sur les innovations de la compilation justinienne.

S'il n'existe pas de preuves analogues pour d'autres passages du Code ou s'il n'en existe aucune pour les interpolations du Digeste, cela est dû aux lacunes des sources byzantines : car personne ne peut, croyons-nous, s'imaginer que les commissaires de Justinien n'aient pris aux travaux des « maîtres œcuméniques » de Beyrouth que ces deux solutions.

En tout cas, il y a là des témoignages directs irrécusables en faveur de la thèse de la Doctrine et de la Doctrine de l'Orient.

3° En bonne critique, il semble qu'on soit en droit d'attacher une valeur probante de la même force aux rapports que l'on peut saisir entre les constitutions de réformes de Justinien et les textes établissant l'état de la pratique antérieure à lui.

Il est facile de se rendre compte que les lois de Justinien simplifiant les formes de l'adoption (*Code*, 8, 47 [48] 11) et celles de l'émancipation (*Code*, 8, 48 [49], 6) ne faisaient que rendre légales les formes simplifiées déjà suivies dans la pratique de l'Orient, puisque l'on possède

(1) Nous ne faisons pas ici état d'un troisième témoignage sur les doctrines de Patricius, parce que, précisément, les *Basiliques* (23, 3, 74, Heimbach, t. II, p. 730) nous apprennent qu'en l'espèce Justinien avait abrogé « le droit » créé par le professeur de Beyrouth (V. l'article cité de *Byzantion*, p. 9-12).

des points de comparaison grâce aux descriptions des mêmes actes dans les *Leges saeculares* (ou *Livre syro-romain*) ou dans les Papyrus (1). — De même, Justinien rendait légale la rédaction en grec de la *scriptio* des actes de compromis (*receptum arbitri*) (*Code*, 2, 55 [56], 4, 6), *scriptio* semblable aux formules mêmes des Papyrus (2).

En revanche, dans les matières en cause — adoption, émancipation — l'Occident continuait à suivre le formalisme romain.

De ces constatations, il résulte que la Pratique de l'Orient a exercé — chose toute naturelle — son influence sur certaines innovations de la codification.

Ainsi des textes relevés et qui, croyons-nous, ne prêtent guère à discussion, se dégagent la conclusion que des témoignages certains existent pour prouver l'influence sur la rédaction des textes de Justinien, à la fois de la Doctrine et de la Pratique.

Il s'agit maintenant de tirer parti des enseignements qu'ils comportent pour tâcher de découvrir la méthode qui conviendrait à une étude générale du problème.

IV

La méthode préconisée.

Cette méthode, que nous fonderons sur les données mêmes des textes réunis plus haut, s'établit ainsi, nous semble-t-il, sur un terrain solide, sur le terrain historique lui-même, selon les exigences de la science moderne.

Comment la constituer ?

La première indication qu'apporte l'examen des textes rassemblés est de montrer que, pour la solution du pro-

(1) Cf. nos *Ét. hist.*, t. I, p. 52-58.

(2) Cf. nos *Ét. hist.*, t. I, p. 58.

blème envisagé, il faut considérer tout autant les innovations réalisées par Justinien personnellement au Code, aux Institutes et aux Nouvelles, que les interpolations du Digeste, du Code et des Institutes. Ces innovations, avons-nous vu, n'ont souvent d'autre but que de rendre légales des pratiques de l'Orient ou de soumettre à un nouveau règlement des pratiques de l'Orient (1). C'est donc en dépouillant avec soin les documents de l'Orient qu'on découvrira de nouvelles données sur l'origine pratique des innovations de Justinien restées encore obscures.

La seconde indication qu'apportent les textes ci-dessus présente un intérêt plus grand, puisqu'elle concerne les interpolations elles-mêmes. L'examen critique de ces textes fait ressortir que, dans l'étude des interpolations, il faut désormais tenir compte de leurs âges différents et de leurs sources différentes, et montre sur quelles bases l'interprète, poussant plus loin que la simple critique, s'élèvera jusqu'à l'histoire.

I. — Les textes étudiés étaient encore bien peu nombreux et étaient pris plutôt comme des sortes d'échantillons. On voit cependant, rien que d'après eux, comment on peut tenter de dresser le schéma d'un classement chronologique entre les interpolations.

1° La confrontation du passage du Digeste (7, 2, 4, 2) avec sa source (*Fragm. Vatic.*, 76) a révélé que certaines interpolations du Digeste dérivait à coup sûr des remaniements opérés aux textes classiques par la Doctrine postclassique. Mais, comme il ressort de la comparaison de ces remaniements avec leurs sources (*Fragm. Vatic.*, 75, 77), ils ne sont autre chose que des *Interpretationes*; partant, les interpolations qui en dérivent sont d'essence purement « interprétatives » et

(1) Ainsi, la Nov. 99 pour l'ἀλλολεγεγύνη (cf. nos *Et. hist.*, t. I, p. 124 et suiv.). Sur la nature du cautionnement mutuel, voir Edouard Cuq, *op. cit.*, p. 656, n. 4 et p. 924.

ne contiennent aucune nouveauté par rapport au Droit classique : elles ne sont en aucune façon « créatrices ».

Leur date remonte au III^e ou au IV^e siècle, ainsi qu'il est prouvé de la façon la plus sûre par la présence de tels remaniements dans un recueil du IV^e siècle, les *Fragm. Vatic.*

Dans la forme, les remaniements de cette nature ressemblent d'assez près aux *scolies* latines que l'on rencontre aussi dans les *Fragm. Vatic.* ; elles, non plus, n'apportent rien de nouveau, ne sont pas créatrices et, elles aussi, datent du IV^e siècle, mais sortent plutôt de la Pratique et si nous parlons à cette place des *scolies*, c'est qu'il est souvent impossible de distinguer dans les interpolations du Digeste ce qui peut venir des *scolies* et ce qui peut venir des *Interpretationes*. Leur âge seul paraît être commun, la période proprement postclassique ; leurs sources (la Doctrine ou la Pratique) peuvent différer : leur lieu d'origine (l'Occident ou l'Orient) est bien indéterminable. Et l'on voit par là combien d'obscurités entourent le problème qu'on a voulu, dans un camp comme dans l'autre, résoudre d'une façon simple.

2° Par contre, l'origine reconnue de quelques interpolations du Code dans l'enseignement personnel de Patricius, professeur à Beyrouth au V^e siècle, nous permet d'attribuer aux interpolations de cet ordre une autre source : la Doctrine de l'Orient. Il en est de même des interpolations qui correspondent aux témoignages des *Scholia Sinaitica* (1).

Leur âge et leur source sont donc différentes de celles des retouches visées plus haut. Aussi les qualifions-nous d'« interpolations préjustiniennes » ou « d'origine scolastique et préjustinienne », comme l'a suggéré M. André

(1) Joignez à nos remarques personnelles (ci-dessus, p. 34-35), celles toutes récentes de M. Albertario (*Arch. Giurid.*, vol. C, 1928, p. 239-240).

Boyé (1), parce qu'à la différence des précédentes altérations, elles appartiennent à une époque plus proche de Justinien et plus éloignée de l'ère classique. Enfin, ce qui est le point le plus important, leur caractère aussi est différent. Ces interpolations sont véritablement « créatrices », puisque leur auteur connu, Patricius, changeait, dans ses commentaires, les règles établies par les Empereurs.

Aux scolies relevées par nous plus haut (2) en faveur de l'influence exercée par les doctrines de ce maître sur les interpolations du Code, une notice toute récente de M. Emilio Albertario (3) ajoute un complément précieux. Quoique la référence eût été mieux à sa place au § III de cette étude, nous n'hésitons pas à la donner tout de même ici, en raison de son intérêt. Dans la scolie Καὶ τοῦτο (Heimbach, t. I, p. 692), Thaléléa relate la controverse soulevée entre Démosthène, d'un côté, Eudoxius et Patricius, de l'autre, sur un rescrit d'Alexandre Sévère (*Code*, 2, 4, 3, an. 223), relatif à une transaction faite sur un procès résultant de la gestion d'un curateur. D'après Thaléléa, Démosthène, interprétant le texte, en restreignait la portée au *iudicium negotiorum gestorum*. Eudoxius et Patricius, au contraire, étendaient la règle du rescrit à tous les *iudicia bonae fidei* (parce que, dit M. Albertario, si la règle avait été posée à propos du *iudicium negotiorum gestorum*, c'était en raison de sa *natura* de *iudicium bonae fidei*). Suivant le même auteur, l'original du rescrit mentionnait donc expressément le *iudicium <negotiorum gestorum> quod est*

(1) Notre disciple, aujourd'hui notre collègue, M. A.-J. Boyé, dans son *Essai critique sur une cruz juris : la loi Mater* (Dig., V, 2, 19) et le *Papyrus de Heidelberg 1272* (*Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis*, t. V, 1924), a fait aux p. 475 et suiv. une très heureuse application à cette loi obscure des idées exposées par nous à Oxford.

(2) V. *suprà*, p. 35-36.

(3) *Arch. Giurid.*, vol. C, 1928, p. 240-241.

bonae fidei, sans quoi l'opinion de Démosthène ne se comprendrait pas. Les rédacteurs du Code ont supprimé, là comme partout, dans les rapports du mineur et du curateur, la mention du *iudicium negotiorum gestorum*. L'interpolation par suppression qui en résulte apparaît ainsi comme la preuve directe de la préférence qu'ils donnent à l'opinion d'Eudoxius et de Patricius : c'est ce que d'ailleurs déclare expressément Thalélée dans la phrase finale de la scolie : ἀλλὰ καὶ τὰ ῥητὰ τῆς διατάξεως ἐπὶ ὅλων τῶν βόνα φίδε τὸ εἰρημένον ἐπὶ τῆς διατάξεως ταύτης κρατεῖν.

II. — Pour parfaire le classement chronologique des interpolations il ne serait pas d'une bonne méthode de s'en tenir aux résultats ci-dessus, puisque l'on peut obtenir encore quelques autres résultats certains visant aux mêmes fins.

1° C'est chose connue que, outre les remaniements de passages classiques signalés plus haut, il en est de bien plus importants, les rééditions des œuvres classiques (comme les Règles d'Ulpien et les Sentences de Paul), qui datent, elles aussi, des III^e-IV^e siècles et sont dues à la Pratique de l'Occident.

2° On verra plus tard (§ V, D) que les Sentences de Paul qui, dans l'ensemble, reflètent la doctrine classique, contiennent au moins (5, 6, 10) une création, sous la forme d'un nom nouveau d'action, l'*interdicti actio*, que nous démontrerons être sortie, comme la compilation des Sentences mêmes, de la Pratique de l'Occident. Il s'agit là d'une véritable interpolation d'origine préjustinienne.

3° En dernier lieu, on sait de source sûre qu'il existe des interpolations imaginées par Tribonien et ses collaborateurs, celles, par exemple, qui ont pour but de mettre les textes classiques en harmonie avec la législation de Justinien.

Nous nous croyons donc autorisé à faire entrer tous

ces résultats ensemble dans le Tableau suivant du classement des interpolations d'après leurs variétés, leurs dates, leurs sources et leurs caractères.

Variétés des altérations.	Dates.	Sources.	Caractères.
1 ^o Scolies ou gloses sur les textes classiques....	III ^e -IV ^e siècles.	Pratique.	Altérations interprétatives.
2 ^o Remaniements post-classiques.....	III ^e -IV ^e siècles.	Pratique et Doctrine (Occident).	Altérations interprétatives.
3 ^o Interpolations d'origine préjustinienne.....	III ^e -IV ^e , surtout V ^e siècle.	Pratique (Occident) ou surtout Doctrine (Orient).	Altérations créatrices.
4 ^o Tribonianismes.....	VI ^e siècle.	Loi ou Pratique (Orient).	Altérations tantôt interprétatives tantôt créatrices.

De ce Tableau, il résulte qu'à l'égard de l'âge des altérations visibles dans les textes préjustiniens ou justiniens, c'est une quatrième position qui est prise ici, les critiques ayant pris déjà sur le problème des interpolations trois positions successives :

1^o position. — A l'exemple des anciens auteurs (Cujas, Favre, etc...), les auteurs modernes ont commencé par considérer toutes les interpolations comme ayant une origine commune et unique, l'initiative de Tribonien ;

2^o position. — Certains critiques (Rotondi, etc...) ont rompu l'unité de provenance trop simple à leur jugement ; ils ont séparé des Tribonianismes les interpolations préjustiniennes et ont assigné à celles-ci pour source l'enseignement des Ecoles d'Orient (V^e siècle).

3^o position. — En vive réaction contre les partisans de l'origine hellénistique des interpolations préjustiniennes, M. Riccobono fait remonter encore davantage, jusqu'à l'ère postclassique (III^e-IV^e siècles), la plupart des altérations qu'il suppose venir d'Italie (sauf les Tribonianismes, cela va de soi).

4^o position. — Le Tableau ci-dessus distingue, dans les altérations, plusieurs couches s'échelonnant sur les III^e, IV^e, V^e et VI^e siècles.

Depuis que nous avons émis l'idée d'un tel classe-

ment (1), sans avoir trouvé encore l'occasion de la justifier, M. Otto Gradenwitz a senti, lui aussi, la nécessité de diversifier les retouches faites à certains textes du Code. Son Mémoire lu à l'Académie de Bologne le 9 avril 1925, porte pour titre : *Metodo per iscoprire periodi storici nel Codice Giustiniano* (2). Il commence par l'examen critique d'un texte fameux de Paul, *l. 6 quaest. (Dig., 24, 3, 45)*, dans lequel il distingue une série de gloses antéjustiniennes couronnées par le Tribonianisme : *Sed permittendum est*, etc... Il examine ensuite la loi si controversée de Dioclétien et Maximien (*Code, 3, 3, 2*) réglant la répartition des compétences entre les gouverneurs de provinces et les *iudices pedanei*; il y relève trois gloses préjustiniennes provenant, selon lui, de réflexions et décisions mises sur le feuillet du registre de la Chancellerie impériale qui portait le rescrit original des Empereurs. Enfin, considérant du même point de vue le rescrit d'Alexandre Sévère (*Code, 2, 4, 3*), il découvre encore dans la version qui en est donnée au Code des additions provenant d'annotations ou gloses dues également aux employés de la Chancellerie et mises autour de l'original du registre de la Chancellerie, à l'époque antéjustinienne. Mais ici l'une des annotations aurait été, selon lui, créatrice en ce sens que le mot *curae* (de la glose marginale) marque déjà la tendance à supprimer le *iudicium negotiorum gestorum* en matière de curatelle (3).

En somme, la méthode qu'applique, sans la formuler,

(1) En 1922, à Oxford (cf. *The general Problems raised by the Codification of Justinian*, dans la *Tijdschrift v. Rechtsgeschiedenis*, t. IV, 1922, p. 1 et suiv.).

(2) *Memorie della R. Accademia delle Scienze... di Bologna. — Classe di Scienze morali. — Seria II, Tomi VIII-IX (1923-25)*, p. 165-170.

(3) Il est regrettable que M. Albertario étudiant le même rescrit (cf. ci-dessus, p. 40) n'ait pas profité des conjectures de M. Gradenwitz dont il avait pourtant signalé le Mémoire avec éloge (*Arch. Giurid.*, vol. XCV, 1926, p. 146).

M. Gradenwitz, consiste à dégager du texte des constitutions, telles qu'elles se présentent au Code de Justinien, les gloses préjustiniennes par l'emploi de raisonnements logiques et d'en reconnaître pour auteurs les employés mêmes de la Chancellerie, donc la Pratique. La plupart de ces gloses sont purement interprétatives (1). L'auteur ne leur assigne pas de dates précises. Si l'on préfère sa conjecture à celle qui y verrait des produits de l'enseignement, comme il serait possible, elles appartiendraient plutôt à la première catégorie de notre Tableau, à la catégorie des scolies ou gloses.

Pour en revenir au Tableau de classement des altérations, il n'a certes pas la prétention d'épuiser toutes les sources possibles de changements aux textes classiques. Pour les lacunes qu'il contient sans aucun doute, le champ reste ouvert aux hypothèses. Sans nous engager dans ces hypothèses et confiant que la science arrivera à de meilleurs résultats par l'étude méthodique de nouveaux textes, demandons-nous dans quelles conditions on pourra faire rentrer une interpolation donnée dans telle ou telle série du cadre établi ci-dessus?

On verra par le Mémoire de M. Gradenwitz et l'on constatera aisément par l'examen critique de nombreux textes, en particulier par la confrontation de la version pure du texte avec sa version altérée dans l'œuvre de Justinien, que, bien souvent, les altérations consistant en simples mots ou en courtes phrases ne renferment aucun des critères de forme qui, d'ordinaire, servent à décèler l'interpolation (2). Elles nous semblent alors

(1) On joindra aux exemples de l'auteur allemand un exemple donné dans notre tome I des *Et. hist. sur le Droit de Justinien*, p. 179-180 [Valérien et Gallien, *Code*, 8, 54 (55), 1, an. 258]; mais en 1912, la critique ne reconnaissait guère les gloses préjustiniennes, et c'est à tort que nous avons attribué aux commissaires du Code le remaniement du *princ.* de cette loi fameuse.

(2) Les critères sont, on le sait, relevés dans le très précieux *Indice* de M. Guarneri Citati, dont la 2^e édition a tant amélioré le contenu.

appartenir à la catégorie des scolies ou des gloses.

Lorsqu'il s'agit d'altérations au texte classique constituant de véritables interpolations, comment les répartir entre les trois dernières catégories du Tableau ?

Il est manifeste que, dans l'état le plus favorable, si, par bonheur on possède la version pure du texte, la comparaison entre cette version pure et la version altérée ne fournit que bien rarement des éléments pour fixer l'âge et la source de l'interpolation. C'est un résultat tout à fait exceptionnel que celui qui a pu être obtenu ci-dessus (1) dans la fixation de la date à laquelle remonte le § 76 des *Fragm. Vatic.*, grâce à la présence des textes purs aux *Fragm. Vatic.* eux-mêmes. En règle générale, la comparaison se fait entre le texte pur conservé par une source indépendante de l'œuvre de Justinien et le texte altéré de cette œuvre même sans aucun intermédiaire postclassique (analogue aux *Fragments du Vatican*). Ou bien, lorsque les versions intermédiaires existent (par exemple, les *Règles d'Ulpien*, les *Sentences de Paul*), ce sont les versions pures de ces mêmes œuvres qui font défaut. Et plus fréquemment encore, l'on ne possède que la seule version (altérée par hypothèse) du texte du jurisconsulte au *Digeste* ou aux *Institutes* (2) ou de la loi impériale au *Code*.

Comment donc, dans les conditions plutôt mauvaises que bonnes où est placée la critique, comment répartir les interpolations entre : 1^o les remaniements postclassiques; 2^o les interpolations d'origine préjustinienne; 3^o et les Tribonianismes ?

La tâche est parfois difficile ou impossible, on ne se le dissimulera pas. Souvent la provenance de l'altération ne sera déterminable que par approximation, à l'aide de

(1) V. *suprà*, p. 30 et suiv.

(2) Bien peu nombreux sont les fragments géminés des jurisconsultes, révélateurs d'interpolations.

certains critères de fond ou de forme sur lesquels nous n'insisterons pas, car l'objet de la présente étude n'est aucunement de donner un traité complet du classement chronologique des interpolations ni même l'esquisse d'un tel traité (1).

Grâce aux critères de forme on peut assez aisément séparer les Tribonianismes des autres altérations, en observant que les premiers rappellent par leur vocabulaire ou leur style la langue même des constitutions de Justinien.

D'autre part, grâce aux mêmes critères, on peut assez aisément aussi distinguer les remaniements postclassiques, provenant d'*Interpretationes* doctrinales et marquant une réécriture, un rajeunissement des textes purs, car, tout en s'éloignant par le style de la langue des jurisconsultes, elles suivent de près leurs doctrines (2). La forme pédagogique que prennent les interpolations de ce genre aide aussi à les reconnaître (3).

Pour les critères de fond : il va de soi qu'une altération sera un Tribonianisme si elle concorde avec une réforme connue de Justinien ; en dehors de cela, il va de soi également que le critique n'a plus pour se reconnaître parmi les couches différentes d'interpolations que des critères généraux d'ordre historique, philosophique, économique, ceux que l'on a coutume de rassembler sous un mot synthétique « l'ambiance, l'atmosphère » : termes

(1) M. Albertario a annoncé, depuis 1922, qu'il travaillait à un ouvrage sur les scolies postclassiques et interpolations préjustiniennes. Nous espérons voir bientôt paraître cet important travail de notre éminent collègue milanais. Aux dernières nouvelles (*Arch. Giurid.*, vol. XCV, 1926, p. 146) (*l'opera*) *potrà esser data presto a stampare*.

(2) Cf. pour un exemple pertinent, les passages des *Libri ad Sabinum* d'Ulpien dans leur forme originale (*Fragm. Vatic.*, 75, 77, 78) et les mêmes passages (*Dig.*, 7, 2, 1) réécrits par un « interprète » différent de l'interprète du § 76, *Fragm. Vatic.*; une phrase seule leur est commune (ci-dessus, p. 33).

(3) Cette forme est visible aux *Fragm. Vatic.*, 76. Cf. ci-dessus, p. 31.

d'ailleurs moins vagues qu'il ne paraît à certains (1).

En résumé, la méthode que nous préconisons (en l'absence de preuves directes) consiste donc dans l'examen *particulier* de chaque innovation personnelle à Justinien ou de chaque altération; elle consiste dans la présentation pour chaque cas d'une hypothèse sur la date, sur l'origine doctrinale ou pratique de l'interpolation, d'après les critères indiqués ci-dessus. C'est, en somme, une méthode essentiellement *complexe et relative* dont l'emploi est à peine inauguré. Elle seule, cependant, à notre avis, peut conduire à déterminer le rôle probable de la Doctrine et de la Pratique dans les innovations de la codification de Justinien.

L'emploi de la *méthode complexe et relative* paraît d'autant plus légitime qu'il cadre avec la complexité même de l'évolution du Droit en général, avec la complexité particulière de l'évolution du Droit du Bas-Empire, époque où la marche du Droit se poursuit dans des mondes à la fois différents et semblables, l'Occident et l'Orient, durant trois siècles (de 228 environ, mort d'Ulpian, à 528, début de la codification justinienne), et sous l'action tant des professeurs que des praticiens. Dès maintenant, il paraît impossible, nous nous excusons de le redire, que la science fasse rentrer tous les changements qu'elle constate entre le Droit classique et le Droit byzantin dans un système simple et les explique tous par une hypothèse unique : Doctrine ou Pratique.

(1) Cf. Rotondi, *Scritti giuridici*, t. I, *passim*, et nos *Et. hist. sur le Droit de Just.*, t. I, *passim*. On accuse ce facteur d'être trop vague. Cependant, qui pourrait nier que l'ambiance a de tout temps joué son rôle dans l'évolution du Droit et le joue encore de nos jours?

V

Quelques applications : « natura », dénomination des actions, action « praescriptis verbis », « interdicti actio ».

Quelques exemples des résultats auxquels nous ont conduit personnellement la méthode qui vient d'être esquissée seront indiqués ici très brièvement : les techniciens du Droit romain sont assez au courant des problèmes agités sur les points visés pour reconstituer, par eux-mêmes, les détails des démonstrations.

A. — L'origine du concept
de « natura (actionis ou contractus) ».

M. Riccobono a tout à fait raison quand, réagissant contre l'hypercritique, il déclare que les notions de *natura*, d'*animus* (1), etc... étaient déjà connues du Droit classique, et, par conséquent, ne sont aucunement des inventions de basse époque. Mais il ne suffit pas, à notre sens, que ces notions aient été connues du Droit classique pour en induire, avec M. Riccobono, que l'extension de ces notions — telle qu'on la constate dans les textes interpolés du Digeste — procède d'un développement interne du Droit romain accompli en Italie aussitôt après l'ère des grands jurisconsultes du ⁱⁱ siècle.

Pour nier le byzantinisme de l'expression *natura* (*contractus*, *actionis*, etc...), le savant professeur de Palerme se fonde sur la présence du mot *natura* chez Gaius. Que penser de son argumentation ?

Le terme *natura* se trouve bien onze fois dans les Institutes de Gaius. Mais, sur ces onze passages, il y en a

(1) Malgré la promesse faite à Oslo, nous ne traitons pas ici de la question de l'*animus*, qui nous eût entraîné trop loin.

neuf où le mot est employé dans des sens autres que ceux qui nous intéressent. Il reste donc seulement deux passages à examiner : Gaius, III, 149; IV, 33.

1° Dans les éditions, le texte de Gaius, III, 149, renferme l'expression *contra naturam societatis* qui caractérise (avec son pendant, *secundum naturam...*) les interpolations du Digeste relatives à la *natura contractus* (1). Si les mots *contra naturam societatis* figuraient dans le palimpseste de Vérone, l'origine classique de l'expression serait indiscutable. Mais le palimpseste présente ici une lacune et les trois mots sont restitués d'après le passage correspondant des Institutes de Justinien, 3, 25, 2. Ainsi l'autorité décisive leur manque. Et même, lorsqu'on examine de près le manuscrit, il semble qu'il n'y ait pas eu de place pour eux dans le texte de Gaius.

Voici, d'après l'*Apographum* de Studemund, la reproduction du passage altéré :

Codex Veronensis, fol. 17r.

l. 17 tasutquismaiorempartemluceturminorem

l. 18 damnip̄stetquintusmucius | et̄p̄ualuitsentē.

La lacune comprend un certain nombre de mots entre *Mucius* et *et(iam)*. Les éditeurs l'ont comblée par l'emprunt aux *Inst. Just.*, 3, 25, 2, des mots

(Mucius) <contra naturam societatis esse existimavit. Sed Ser. Sulpicius cuius> (etiam...).

Mais l'insertion de ces mots dans le contexte paraît peu satisfaisante. La lacune du palimpseste ne peut s'expliquer, en effet, que par l'inadvertance du copiste qui, trompé par la similitude approximative des finales des mots *Mucius* et *cuius* (écrit *cui*), a omis une ligne de son modèle (c'est un cas de « saut du même au même », faute si fréquente de la part des copistes). Or pour remplir la ligne sautée, les mots empruntés à Justinien sont trop nombreux. Le modèle eût-il fait dans

(1) Cf. nos *Et. hist.*, t. I, p. 195 et suiv.

cette ligne le maximum d'abréviations (\overline{ee} = *esse*, s' = *sed*, *ser* = *Servius* (1), *sul* = *Sulpicius* (2), *cui* = *cuius*) que la composition de cette ligne dépasserait encore la moyenne du nombre de lettres des lignes du palimpseste. D'autre part, le verbe *existimavit* (réintégré dans la lacune) se retrouve un peu plus loin au même § 149, à propos de l'opinion de Servius Sulpicius : Gaius eût manqué d'élégance en l'écrivant déjà dans la ligne en lacune. Sans doute Gaius s'était-il borné à dire simplement que Q. Mucius n'admettait pas la constitution de la société avec partage inégal du gain et de la perte, sans dire pour quelle raison, sans parler du *contra naturam societatis esse*. De toute manière, en bonne critique, on ne saurait faire état d'un texte restitué avec l'expression même qu'il s'agit de contrôler.

Passons au second passage.

2^o Gaius, IV, 33, dit que la formule de la *condictio* ne comporte aucune fiction de *legis actio* et que, partant, nous devons comprendre que les formules de *condictiones* valent par leur propre force : *sua vi ac potestate valere*. Le texte continue :

eiusdem naturae sunt actiones commodati, fiduciae, negotiorum gestorum et aliae innumerabiles.

Les actions de bonne foi indiquées et d'autres innombrables sont de même nature que la *condictio*; elles valent également sans fiction de *legis actio*, par leur propre force. En vérité, le terme *natura* se présente bien ici en liaison avec *actio*, comme dans l'expression *natura actionis*, qui est suspecte aux yeux des romanistes italiens (3) et, en conséquence, ou du moins en

(1) Cette abréviation (fol. 43^r, l. 8) est balancée par *Servius* écrit en entier (fol. 43^v, l. 1).

(2) Cette abréviation (fol. 43^r, l. 8) n'existe pas au fol. 43^v, l. 1, où on lit *Sulpicius* en entier.

(3) V. nos *Ét. hist.*, t. I, p. 193 et suiv.

apparence, le concept de *natura actionis* serait d'origine classique.

Toutefois, nous nous demandons s'il faut attacher au passage de Gaius une si grande portée. L'expression *eiusdem naturae* qu'il emploie en relation avec certaines actions nous paraît avoir un sens bien vague : c'est une expression de la langue usuelle, une expression générale qui s'applique à toutes choses. Dans la *natura actionis* des textes interpolés, le terme offre, au contraire, un sens technique, peut-on dire, individuel, particulier : au lieu de l'élément qui est commun à un groupe d'actions, comme dans Gaius, elle vise (et cela est capital) les éléments propres à telle ou telle action, ses éléments caractéristiques et différentiels : c'est pourquoi les textes interpolés emploient le terme *natura* dans les expressions *secundum naturam actionis*, *contra naturam actionis*. Si l'on découvrait dans Gaius ces expressions significatives, on n'hésiterait pas à donner gain de cause à M. Riccobono, mais on ne découvre chez Gaius l'emploi de *natura* que dans un sens trop banal pour conclure à l'existence en droit classique d'un concept défini de *natura actionis* (tout différent, remarquons-le, de celui de *natura actionum*).

Ainsi, ni la théorie de la *natura contractus* ni la théorie de la *natura actionis* n'ont leur point de départ dans les Institutes de Gaius : aucune autre source classique pure ne les renferme. Il faut donc se résigner à voir dans ces théories de véritables créations postérieures à l'époque classique.

Quels ont pu être les juristes créateurs de ces nouveautés ? Là s'entre-choquent les deux opinions. L'école de Rotondi répond : les maîtres de l'Orient au v^e siècle. M. Riccobono (en refusant à ces juristes le titre d'inventeurs) répond : les praticiens de l'Italie du III^e ou du IV^e siècle.

En plus de l'argument *a silentio*, tiré de l'absence de la

natura contractus ou *actionis* dans les sources latines authentiquement postclassiques, un autre argument paraît tout aussi probant en faveur de la première opinion : si les grands jurisconsultes romains des II^e et III^e siècles n'ont pas été capables de dégager les concepts de *natura contractus* ou *actionis*, il y a bien des chances pour que les hommes qui leur ont succédé en Italie ne les aient pas non plus inventés, car, d'après ce qu'on sait, d'une façon sûre, de leur activité, ils ont été capables, tout au plus, de faire des résumés, des *epitomés* de certaines œuvres classiques ou de découper les œuvres classiques pour les ranger en un *corpus*, tel que les *Fragmenta Vaticaná*, ou enfin de rajeunir les textes classiques en des *interpretationes* non créatrices.

Est-ce à dire qu'en attribuant aux maîtres de l'Orient du V^e siècle ces créations de la *natura contractus* ou *actionis*, nous entendions leur donner une valeur supérieure à celle des Julien ou des Papinien ? Nullement. Mais nous pensons que, même juristes médiocres, ils ont été conduits à faire ces créations sous l'influence d'idées qui n'avaient cours ni à l'époque classique ni même à l'époque postclassique en Occident : les idées philosophiques du plotinisme qui sont bien différentes de la philosophie grecque inspiratrice des jurisconsultes à l'époque de Cicéron.

B. — La dénomination des actions.

M. Riccobono fonde son système tout particulièrement sur les répercussions qu'a entraînées dans le Droit le triomphe de la procédure extraordinaire. Il a été dit déjà plus haut (1) qu'il fallait se montrer très réservé quant à l'effet révolutionnaire qu'aurait produit la procédure nouvelle. En plus des preuves antérieurement données, une

(1) V. *suprà*, p. 22 et suiv.

autre preuve a été annoncée, celle qui concerne la dénomination des actions.

S'il est un domaine où, à partir de l'avènement de la procédure extraordinaire, la Pratique aurait dû se montrer particulièrement féconde, sous l'influence, et par la vertu même, de cette procédure, c'est, à n'en pas douter, le domaine de la dénomination des actions. L'un des traits les plus caractéristiques de la procédure extraordinaire, en effet, est qu'on y agit sans formules d'action. Gaius, II, 278, le laisse entendre *a contrario* à propos des fidéicommiss qu'il oppose aux legs que *per formulam petimus*; les Sentences de Paul (1, 4, 10 Dig., 3, 5, 46) le disent expressément dans un passage interpolé; et M. Samter a pu intituler un livre sur la procédure extraordinaire d'une façon qui, à la vérité, a paru à certains auteurs quelque peu obscure : *Nichtförmliches Gerichtsverfahren*.

Les formules étant mises de côté dans la procédure nouvelle, il semblait aller de soi qu'il fallait des noms pour désigner les actions, celles du moins qui n'en possédaient pas traditionnellement (comme la *rei vindictio*, la *hereditatis petitio*, l'*actio certae creditae pecuniae*, etc.). Pour faire reconnaître chaque action, les noms devaient remplacer les formules. En conséquence, en suivant la logique pure, il semblerait que ces noms nouveaux eussent dû être créés tous de bonne heure (dès le III^e siècle) et par la Pratique, c'est-à-dire par les hommes de loi qui lançaient les actions, par les avocats qui plaidaient sur elles, par les juges qui tranchaient les procès.

Cette création paraissait d'autant plus nécessaire que, dans la procédure extraordinaire, le demandeur devait mentionner, avec l'objet de la demande, le *genus* des :

Diocl. et Max., an. 295, *Consult.*, 5, 7 :...

petitor cogitur specialiter genus litis edere... spe-

cialiter designari debet petitionis summa vel quantitas, cum genus litis editur.

Or, il est quelques textes qui prouvent nettement que la Pratique n'avait pas obéi à ce qui paraît être, au premier abord, une nécessité de la logique pure. Les voici :

1° Les Sentences de Paul, dans l'état où les ont transmises les manuscrits, sont (on est d'accord sur ce point aujourd'hui) non l'œuvre originale du jurisconsulte, mais un remaniement dû à la Pratique et datant du iv^e siècle. Les Sentences, traitant de la sanction donnée pour le cas où le vendeur a présenté mensongèrement à l'acheteur l'esclave vendu, contiennent ce passage :

Sent. Paul., 2, 17, 6 :

Si, ut servum quis pluris venderet, de artificio eius, vel de peculio mentitus est, actione ex empto conventus, quanto minoris valuisse emptori praestare compellitur, nisi paratus sit eum redhibere.

Les Sentences de Paul continuent donc à donner l'action *empti* pour le *quantum minus* et ne prononcent pas le nom de l'action *quanti minoris* qu'on trouve seulement au Digeste et par interpolation (1). Cela prouve que la Pratique, au iv^e siècle, n'avait pas encore inventé le nom de l'action *quanti minoris*.

2° Le P. Lips. 33 de l'année 368 (2) est le procès-verbal d'une *denuntiatio ex auctoritate* rendue nécessaire par la contumace des défendeurs à une action en pétition d'hérédité et sollicitée du président de la province de Thébéaïde. Au cours de l'instance en *denuntiatio ex auctoritate*, le demandeur (ll. 14 et s.) indique l'objet de sa *denuntiatio* et, pour obéir aux prescriptions de la loi de Dioclétien et Maximien rappelée plus haut, nomme aussi l'action qu'il intente. Cette action, il la désigne comme suit (l. 17) :

(1) M. R. Monier le démontre dans son ouvrage (sous presse) : *Les Vices rédhibitoires en Droit romain*.

(2) Girard, *Textes de Droit romain*, 5^{me} éd., p. 912 et suiv.

ἀγωγὴν δὲ τὴν ἔξτρα [ἑρδι]νε[μ] χ[ογ]νιτιόνεμ (actionem vero : extra ordinem cognitionem).

On ne peut manquer d'être surpris de voir là qu'au lieu de désigner l'action par son nom exact, *hereditatis petitio*, le demandeur (ou mieux l'homme de loi qui a rédigé sa *denuntiatio*) emploie l'expression de *extra ordinem cognitio*. En l'espèce, le *genus litis*, le nom de l'action, n'était cependant pas difficile à découvrir et il n'était aucunement besoin que le praticien, conseil du plaideur, se mette en peine d'imaginer un nom nouveau. Le praticien a préféré néanmoins employer dans la cause l'expression *extra ordinem cognitio*. S'il a choisi cette expression vague, cette expression passe-partout, peut-on dire, qui convient à tous les procès quelconques de son temps (368 apr. J.-C.), un tel fait ne prouve-t-il pas, de la façon la plus claire, que la Pratique négligeait de parti pris les noms spécifiques des actions? Comment, après cela, venir soutenir que les noms nouveaux d'actions seraient sortis de la Pratique, puisque les praticiens ne sont même pas capables de trouver dans l'arsenal des noms traditionnels le nom adéquat au procès mené?

Quelle illustration donne ce P. Lips. 33 au réquisitoire accablant pour les praticiens que devaient prononcer quatre-vingts ans plus tard les Empereurs Théodose et Valentinien, illustration d'autant plus piquante que la constitution *Saepe nostra clementia* vise précisément, comme on l'a vu, l'ignorance par les praticiens de la *hereditatis petitio*.

3° Mais, touchant la carence de la Pratique à l'égard des noms des actions, on peut corroborer encore les démonstrations précédentes par l'examen de la tactique que suivait en cette matière la Chancellerie impériale elle-même. Sous l'Empire, depuis Hadrien jusqu'à Constantin, tant que les rescrits ont été en usage, la Chancellerie a été le guide constant de la Pratique et spéciale-

ment de la Jurisprudence des tribunaux. L'Empereur, fréquemment sollicité par les plaideurs et faisant répondre à leurs requêtes par sa Chancellerie, avait, en effet, maintes occasions de leur indiquer soit les actions qu'ils pouvaient intenter, soit les règles à observer dans leurs attaques en justice contre leurs adversaires ou réciproquement. Les rescrits du Code de Justinien sont nombreux qui contiennent des réponses de ce genre adressées aux consultants. Ils se placent — personne ne songe à le contester — sur le terrain même de la Pratique et, en conséquence, leur poids dans la controverse que nous essayons de mettre au point n'est nullement négligeable. Voyons comment procède la Chancellerie :

a) Considérons d'abord ce qu'elle répond pour les conditions d'exercice des actions. En lisant les deux rescrits qui seront analysés ci-dessous, on verra que la Chancellerie prend pour base de sa réponse la structure des formules de ces actions et cela, après l'abolition des formules mêmes, sous le règne de la procédure extraordinaire.

Le 1^{er} rescrit [Diocl. et Maxim., *Cod. Just.*, 8, 15 (16), 6, an. 293] est relatif à la *Serviana actio* (1); les Empereurs font savoir à Zozime que l'hypothèque constituée par une femme à son créancier sur un bien-fonds donné à ses fils ne peut nuire à ceux-ci propriétaires,

cum Serviana etiam actio declarat evidenter iure pignoris teneri non posse, nisi quae obligantis in bonis fuerint.

Cette condition faisait partie, comme on le sait, de l'*intentio* de la formule de l'action Servienne (2).

Le 2^e rescrit [Diocl. et Maxim., *Cod. Just.*, 8, 30 (31), 3, an. 293] est plus démonstratif encore, car les mêmes

(1) C'est à mon cher collègue et ami, M. F. de Visscher, que je dois l'indication de ce texte et l'idée qui en découle.

(2) Lenel, *Ed. perp.*, 3^e éd., p. 494.

Empereurs, voulant justifier le droit du débiteur, qui s'est libéré, à la restitution des choses par lui engagées à son créancier, invoquent en 293, en plein triomphe de la procédure extraordinaire, l'autorité de l'Edit perpétuel :

cum etiam, edicto perpetuo actione proposita (1), pecunia soluta creditori vel si per eum factum sit, quominus solveretur, ad reddenda quae pignoris acceperat iure eum satis evidentiter argueri manifestum sit.

Que la Chancellerie procède encore de la sorte à la fin du III^e siècle (nous ne pouvons descendre plus bas que Dioclétien et Maximien, puisque les rescrits ont été supprimés par Constantin), après la généralisation de la procédure extraordinaire, cela ne corrobore-t-il pas la constatation faite plus haut (2) que l'on n'était pas passé brusquement et sans transition du régime des formules au régime sans formules et que la Chancellerie elle-même, quoique émanation de l'Empereur, n'entendait pas révolutionner le Droit ?

b) La création des noms pour les actions qui n'en possédaient pas traditionnellement semblait, en théorie, s'imposer, non seulement sous la procédure extraordinaire, mais même déjà sous la procédure formulaire. Cependant, en fait, sous la procédure de l'*ordo*, à toutes les formules ne correspondaient pas des noms : il y avait plus de formules que de noms, de même que, suivant la remarque judicieuse d'Ulpien, *l. 30 ad Sab.* (*Dig.*, 19, 5, 4),

natura enim rerum conditum est, ut plura sint negotia quam vocabula.

(1) L'édition Krueger porte après *perpetuo* une virgule qui me semble fausser le sens du texte : « l'action étant proposée dans l'Edit perpétuel (mot à mot) ».

(2) V. *suprà*, p. 22-23.

Par exemple, il existait, selon nous, dès l'époque classique, une formule pour la sanction, par la *condictio*, de la dette d'un *incertum* et il n'existait pas de nom pour la désigner, l'expression *condictio incerti* étant, à notre avis, ignorée des classiques.

Pourtant, sous le régime formulaire, déjà, des cas se présentaient où il était nécessaire de désigner les formules innommées. C'était, en particulier, les cas où l'Empereur, consulté par un plaideur sur l'action qu'il était en droit d'exercer, devait lui faire répondre par sa Chancellerie. En des cas pareils on s'attendrait à ce qu'un nom nouveau et adéquat ait surgi de l'imagination d'un membre du conseil impérial ou d'un employé de la Chancellerie. Quoi qu'en dise l'adage vulgaire, il faut bien croire que le besoin ne crée pas l'organe, puisqu'un rescrit du Code de Justinien montre que la Chancellerie se dispense de ce moyen si simple en apparence et recourt à une périphrase calquée sur la formule en cause, mais périphrase suffisamment claire pour permettre au plaideur de connaître l'action pertinente. Cette méthode apparaît dans un rescrit fameux d'Alexandre Sévère (*Cod. Just.*, 2, 4, 6, 1, an. 230) : consulté sur la sanction d'une transaction que la partie adverse n'aurait pas respectée, l'Empereur répond aux Pomponii, les consultants, par une distinction :

aut enim, si stipulatio conventioni subdita est, ex stipulatu actio competit; aut, si omissa verborum obligatio est, utilis actio, quae praescriptis verbis rem gestam demonstrat, danda est.

Si la mention de la stipulation a été ajoutée à la convention — et une telle addition était courante — l'action *ex stipulatu* compète aux demandeurs. Si la clause stipulatoire a été omise, si la transaction est une convention nue, « l'action utile, qui décrit dans des phrases de tête l'acte passé », devra être accordée. L'action prévue à la fin du § 1 de la loi 6 est celle que l'on dénomme

aujourd'hui normalement l'action *praescriptis verbis*, sanction connue du contrat innommé de transaction.

Mais, ce qu'il importe de relever, c'est que la Chancellerie ne baptise pas cette action du nom attendu d'action *praescriptis verbis* : elle ne dit pas : « *actio praescriptis verbis danda est* ». Elle se sert d'une périphrase équivalente pour rester plus près de la formule avec *praescripta verba* qu'elle vise en l'espèce (1). Ce fait ne prouve-t-il pas à l'évidence que la création des noms nouveaux (et ici la création eût été facile) répugne, pour ainsi dire, aux hommes du III^e siècle et même aux plus haut placés d'entre eux, à l'Empereur et à son entourage ?

En résumé, des témoignages présentés ici, témoignages de provenances diverses, mais tous pris dans des documents de la Pratique et non de la Doctrine, il ressort que la Pratique du III^e et du IV^e siècle, tant en Occident qu'en Orient, s'est montrée ou bien purement conservatrice à l'égard des formules d'action ou bien incapable d'un effort pourtant facile à l'égard des noms courants ou des noms à créer. L'étude des textes relevés dans ce paragraphe ne fait donc que confirmer les idées générales exprimées antérieurement (au § III). Le succès de la procédure extraordinaire au III^e siècle n'a pas eu d'effet immédiat, et en quelque sorte magique, sur la transformation du Droit classique. Il a simplement préparé, facilité les réformes qui caractérisent le Droit romain définitif, le Droit byzantin, celui de la codification de Justinien. Il faut donc croire que les réformes ne sont venues que plus tard (au V^e siècle) et, en grande partie, croyons-nous, de la Doctrine et, plus vraisemblablement, de la Doctrine de l'Orient.

(1) L'emploi de la périphrase prouve, selon nous, la pureté du texte, laquelle est confirmée par le commentaire même de Patricius (Scol. 'Ο μὲν, Heimb., t. I, p. 694), selon la juste remarque de M. Phil. Meylan, Th. Lausanne, 1919, p. 60 (citée *in/rà*, p. 62, n. 1).

En ce qui concerne spécialement les noms nouveaux des actions, ils forment un contingent assez imposant dans les passages interpolés du Digeste, du Code et des Institutes. Parmi ceux dont le caractère non classique n'est guère discuté, il suffira de citer l'action *confessoria*, la *condictio triticaria*, la *condictio incerti*, l'*actio praescriptis verbis* (et ses synonymes, tels que *actio civilis in factum*).

Ces noms ne sont pas, comme les auteurs l'ont enseigné tout d'abord, des créations de Justinien; car ils se rencontrent déjà dans des sources grecques préjustiniennes : dans certaines Scolies des Basiliques et dans le Catalogue grec *De Actionibus*.

Puisqu'il a été démontré ci-dessus que la Pratique postclassique de l'Occident comme de l'Orient n'avait aucun goût ou aucune aptitude à l'invention onomastique, il faut se tourner délibérément, pour en découvrir les inventeurs, vers la Doctrine.

Le besoin de dénommer les actions pouvait être nul pour les praticiens d'esprit inférieur du Bas-Empire (1). Il était pressant pour des professeurs, obligés de désigner à leurs élèves les actions dont ils rencontraient les formules innommées dans les œuvres des grands jurisconsultes qu'ils commentaient à leurs cours. Encore fallait-il que ces professeurs possèdent un degré assez élevé de culture. C'est pourquoi l'on est tenté de songer plutôt aux maîtres de l'Orient qu'à ceux de l'Occident. Le professeur anonyme de Gaule qui dictait à ses auditeurs une *Interpretatio Gai* sans originalité témoigne de la décadence profonde de l'enseignement du Droit en Occident. A Beyrouth, par contre, à la même époque ou un peu plus tard, les Docteurs œcuméniques, d'après

(1) Voy., sur leur infériorité, le jugement sévère d'un savant dont personne ne récusera la compétence, L. Mitteis, *Reichsrecht u. Volksrecht in den östl. Provinzen des röm. Kaiserreichs*, Leipzig, 1891, p. 199-201.

des documents incontestables, se montraient capables, en discutant les constitutions des Codes antéjustiniens, d'émettre des avis personnels sur leur interprétation; comment n'auraient-ils pas été tout aussi capables d'interpréter d'une façon personnelle les *Libri ad Sabinum* d'Ulpien, les *Libri ad Edictum* de Paul et les *Responsa* de Papinien, et — tâche plus aisée, on en conviendra — de donner aux actions innommées qu'ils trouvaient dans les œuvres, des noms? L'activité des Docteurs œcuméniques se place surtout après 438, date de promulgation du Code Théodosien. La préface de ce Code, la const. *Saepe nostra Clementia*, appelait l'attention des juristes sur le nom des actions. Serait-il interdit d'imaginer que les avertissements des Empereurs ont dû, parmi ces juristes, trouver un écho chez les professeurs de l'École la plus fréquentée de l'Orient?

Pourtant, vouloir rattacher tous les noms nouveaux d'actions à une même École et à un même groupe de professeurs, c'est peut-être se laisser entraîner au-delà des limites qu'impose l'emploi de la méthode historique. Le respect de ses exigences impératives autorise, en l'état des sources, une première conclusion : la dénomination des actions paraît avoir été plutôt l'œuvre de la Doctrine, non de la Pratique. Et cette conclusion va se trouver vérifiée en ce qui concerne l'un de ces noms nouveaux auxquels allusion était faite plus haut et le plus célèbre de tous : le nom de l'action *praescriptis verbis*.

Encore montrerons-nous que cette conclusion est loin d'être absolue, car elle sera balancée par une seconde idée inverse, à savoir qu'il existe un exemple certain de l'origine d'un nom nouveau d'action dans la Pratique de l'Occident : l'*interdicti actio* (examiné sous la lettre D).

C. — L'origine du nom de l'action
« *praescriptis verbis* ».

Les romanistes (1) sont aujourd'hui à peu près d'accord pour dénier au nom de l'action qui sanctionne les contrats innommés, au nom d'*actio praescriptis verbis*, le caractère classique. Sur la date de sa création, les Manuels continuent toutefois à enseigner, conformément à la doctrine déjà ancienne de M. Gradenwitz, qu'elle vient seulement de Justinien, c'est-à-dire des commissaires du Digeste, du Code et des Institutes. Cette opinion est certainement inexacte, puisque l'on possède deux mentions du nom de l'*actio praescriptis verbis* antérieures à Justinien dans les œuvres d'Eudoxius (2) et de Patricius (3), tous deux professeurs à Beyrouth au v^e siècle, et une allusion faite par Justinien en personne à l'existence de l'action antérieurement à lui en matière de dot (*Code*, 5, 13, 1, 13, an. 530).

Le mérite de la découverte des deux mentions dans les Scolies des Basiliques revient à M. J.-C. Naber (4). Faut-il conclure avec lui de sa découverte que le nom d'*actio praescriptis verbis* était classique? Nous ne pensons pas que la présence du nom dans les œuvres des professeurs du v^e siècle oblige à réagir aussi fortement contre la doctrine de la majorité. Et, en fait, l'éminent professeur d'Utrecht n'a pas réussi à convaincre les romanistes, parmi lesquels Audibert défendit avec talent le byzanti-

(1) Les abondantes et divergentes théories modernes sur l'action *praescriptis verbis* sont exposées avec beaucoup de soin dans l'historique du problème présenté par M. Phil. Meylan, *Origine et nature de l'action praescriptis verbis*, Th. Lausanne, 1919, p. 10-53. V. cet ouvrage pour la bibliographie qui n'est pas donnée ici.

(2) Schol. Τοῦ εὐδοξίου, *Bas.*, 47, 1, 72; Heimb., t. IV, p. 593.

(3) Schol. Ὁ μὲν, *Bas.*, 11, 2, 3; Heimb., t. I, p. 695.

(4) *Observat. de iure rom.*, XLVIII (*Mnemosyne*, t. XXII, 1894, p. 70 et suiv.).

nisme du nom de l'action. C'est aussi le sentiment exprimé par l'auteur de l'ouvrage le plus considérable consacré aux contrats innommés, M. P. de Francisci (1).

Celui-ci a utilisé d'une autre façon la découverte de M. J.-C. Naber. De la présence du nom d'*actio praescriptis verbis* chez les Beyrouthins il conclut que ce sont eux (et non les commissaires) qui sont les inventeurs, non seulement du nom, mais même de la sanction civile indépendante des contrats innommés, en niant que les classiques aient jamais connu aucune formule civile et de bonne foi pour sanctionner les contrats innommés.

Nous prendrons, à notre tour, sur la base des scolies grecques, une position toute différente : contrairement à M. J.-C. Naber et d'accord avec la majorité, nous pensons que le nom d'*actio praescriptis verbis* n'est pas classique; contrairement à la doctrine générale, nous pensons qu'il ne vient pas de Justinien; enfin, contrairement à la thèse extrémiste de M. de Francisci, nous sommes convaincu que des formules civiles indépendantes existaient en la matière dès le n^o siècle après J.-C. (2). En somme, nous estimons que les jurisconsultes de Beyrouth ne sont pas les inventeurs de la sanction civile des contrats innommés et qu'ils seraient, tout au plus, les créateurs du nom d'*actio praescriptis verbis*, ce qui n'est pas le moins du monde la même chose.

Encore n'irons-nous pas jusque-là et tout ce qui nous paraît démontrable, historiquement, c'est que le nom de

(1) Συλλάγραμμα. *Storia e dottrina dei cosiddetti contratti innominati*, Pavie, t. I, 1913, t. II, 1916.

(2) L'inventeur de ces formules est, pour nous, Mauricien, comme en témoigne Ulpien l. 4 ad Ed. (Dig., 2, 14, 7, 2). Voir notre Cours de Pandectes, 1928-29 (autographié). — En acceptant l'origine classique des actions civiles qui, à côté d'actions *in factum* prétoriennes, sanctionnent les contrats innommés (et au premier chef l'*aestimatum*), nous nous séparons aussi de M. Meylan, pour lequel les formules classiques en la matière auraient toutes été prétoriennes et *in factum*.

l'action — mais, répétons-le, non point l'action même — peut être attribuée à la Doctrine préjustinienne.

Entre tous les arguments à invoquer contre l'origine classique du nom de l'*actio praescriptis verbis* et que ce n'est pas ici le lieu de rappeler, l'argument le plus fort est un argument qui n'est pas mis assez en relief par les auteurs, c'est l'argument qu'on peut tirer de la const. 6, § 1 (*Cod. Just.*, 2, 4) d'Alexandre Sévère relatée ci-dessus. L'emploi (pour désigner l'action qui sanctionne la convention de transaction) de la périphrase *utilis actio quae praescriptis verbis rem gestam demonstrat* suffit à prouver l'inexistence en 230 du nom d'action *praescriptis verbis* aussi bien dans les œuvres des jurisconsultes que dans la Pratique dirigée d'ailleurs alors par les juristes et par la Chancellerie; autrement la Chancellerie aurait eu plus vite fait de donner dans sa réponse ce nom.

Au point de vue historique, le texte prend de l'importance par sa date même, 230, l'extrême fin de la période des grands jurisconsultes. Ainsi l'on peut placer l'époque de la création du nom *actio praescriptis verbis* entre 230 et le ^{ve} siècle où les professeurs de Beyrouth, eux, le connaissent et en particulier Patricius (1) sur le rescrit même du Code (2, 4, 6, 4). Comme entre ces deux dates, on n'en trouve aucune mention dans les ouvrages de la Pratique postclassique (2), il y a des chances pour que le nom vienne de la Doctrine.

(1) Schol. 'Ο μὲν, Heimb., t. 1, p. 695.

(2) On rencontre bien dans les Sentences de Paul (5, 6, 10), comme sanction du précaire, une *civilis actio huius rei, sicut commodati*, qui n'est autre que notre action. Mais, d'une part, le passage ne renferme pas le nom d'action *praescriptis verbis* et, d'autre part, l'invention de la *civilis actio huius rei* ne peut être rapportée, ni à Paul (de son temps, aucune action ne sanctionne le précaire, et puis l'expression est d'un latin déplorable), ni même au compilateur des Sentences. La période [*nam et civilis actio huius rei, sicut commodati, competit*] est le produit d'une glose (Girard, *Textes*, 5^e éd., p. 435, n. 3). Cette glose d'ailleurs est postérieure,

Dans l'organisation définitive de l'enseignement du Droit avant les réformes de Justinien, les professeurs commentaient en 5^e année les constitutions d'après les Codes Grégorien et Hermogénien. On peut donc supposer qu'ils ont tiré le nom en question de la périphrase même de la loi 6, § 1; simplifiée, elle donne, en effet, le nom d'*actio praescriptis verbis*, lequel est de structure si bizarre qu'il ne peut s'expliquer que par une locution périphrastique comme celle de la constitution d'Alexandre Sévère (1).

Quant à soutenir, comme le fait M. de Francisci, que le nom a été créé par les « Docteurs œcuméniques » de Beyrouth, cela est possible; cela n'est pas sûr. Il peut aussi bien avoir été forgé par un maître inconnu de l'École de Beyrouth ou d'une autre École. Sa naissance (cela va de soi) restera toujours ignorée, à moins qu'on ne découvre un jour pour lui un certificat d'origine aussi explicite que le texte d'Ulpien (*Dig.*, 2, 14, 7, 2) pour l'origine des formules avec *praescripta verba*.

Mais le fait que le nom nouveau, qui devait connaître une si belle fortune, se rencontre pour la première fois dans des textes d'Eudoxius et de Patricius, permet au moins de conclure à son origine doctrinale et c'est là tout ce que nous prétendions démontrer contre la thèse trop absolue qui dénie à la Doctrine préjustinienne toute force créatrice.

D. — L'origine du nom d' « *interdicti actio* ».

Il existe un cas où le nom nouveau d'une action dérive incontestablement, non de la Doctrine, mais de la Pratique et de la Pratique de l'Occident. C'est à elle, selon

non à Paul, comme le dit Girard, mais à la compilation des Sentences (11^e siècle) comme d'autres gloses des mss. de la *Lex rom. Visigoth.*

(1) Cette origine du nom de l'action a été aperçue par M. Betti, *B. I. D. R.*, t. XXVIII, 1916, p. 31.

nous, qu'est due l'expression *interdicti actio* dont la singularité avait frappé M. Albertario (1) sans qu'il en eût découvert la source. Le savant professeur de Milan a justement noté que l'expression *actio [...interdicti...]* du *Dig.*, 49, 4, 13, 12, ne saurait appartenir à Ulpien, l'auteur du fragment, car elle concorde trop directement avec le nom d'*actio ex causa interdicti* donné par Justinien (*Inst.*, 4, 13, 8) à la voie de droit substituée dans la procédure extraordinaire à l'interdit même. Mais cette expression n'appartient pas non plus, comme le croyait M. Albertario, à Justinien seul (*che così scrive soltanto lui*), attendu qu'elle se rencontre déjà dans un passage des Sentences de Paul se référant au précaire et qui lui a échappé :

Sent. Paul., 5, 6, 10 :

Redditur interdicti actio, quae proponitur ex eo, ut quis quod precarium habet, restituat...

Du passage visé on doit déduire : 1° que l'expression est d'origine postclassique (III^e-IV^e siècles); 2° qu'elle est sortie de la Pratique occidentale d'où provient le texte rajeuni des Sentences de Paul inséré au Bréviaire d'Alaric.

Ce cas exceptionnel se justifie assez aisément. Autre chose était la création de noms nouveaux correspondant à des formules classiques, autre chose la création du nom d'*interdicti actio*. Pour inventer ce dernier nom, un praticien n'a eu besoin que de rendre par un nom le fait qu'il avait sous les yeux quotidiennement, à savoir que l'interdit (*de precario*, par exemple) était, dans la procédure alors en usage, la procédure extraordinaire, mis en mouvement sous la forme d'une action commune (ordinaire, au sens moderne du mot).

La découverte de l'origine pratique d'un nom nouveau

(1) Dr. Emilio Albertario, « Actio » e « Interdictum » [*Nota esegetica*], Pavie, 1911, p. 11.

d'action ne détruit pas, pour autant, la conclusion précédente et de portée plus générale, que les noms nouveaux ont une origine doctrinale. — Les deux conclusions se combinent et font ressortir une fois de plus la complexité du travail qui, durant trois siècles, s'est opéré pour transformer le Droit classique en Droit byzantin.

IMPRIMERIE
CONTANT-LAGUERRE



BAR-LE-DUC