

ACCADEMIA POLACCA DELLE SCIENZE
BIBLIOTECA E CENTRO DI STUDI A ROMA

CONFERENZE E STUDI

76

WITOLD WOŁODKIEWICZ

LES ORIGINES ROMAINES
DE LA SYSTÉMATIQUE DU DROIT
CIVIL CONTEMPORAIN

OSSOLINEUM

Copyright by
Zakład Narodowy im. Ossolińskich — Wydawnictwo
Wrocław
1978

Redaktor wydawnictwa
ELŻBIETA GRUSZKA

Zakład Narodowy imienia Ossolińskich
Wydawnictwo Polskiej Akademii Nauk
Wrocław, Oddział w Warszawie, 1978.
Wydanie I. Nakład: 1250 egz. Objętość:
2,50 ark. wyd.; 2,50 ark. druk.
Papier: druk. sat. III kl., 80 gr., 70 × 100.
Oddano do składania 5 III 1978. Podpisa-
no do druku 9 XII 1978. Wydrukowano
w grudniu 1978, w Warszawskiej Dru-
karni Naukowej — nr zam. 154/78.
Cena: 15,— zł

CONFERENZE E STUDI

76

WITOLD WOŁODKIEWICZ

LES ORIGINES ROMAINES
DE LA SYSTÉMATIQUE DU DROIT
CIVIL CONTEMPORAIN

WROCLAW • WARSZAWA • KRAKÓW • GDAŃSK

ZAKŁAD NARODOWY IMIENIA OSSOLIŃSKICH
WYDAWNICTWO POLSKIEJ AKADEMII NAUK

1978

SOMMAIRE : 1. L'importance de la systématique du droit (p. 3). — 2. Les origines de la systématique du droit à Rome (p. 6). — 3. La systématique dans les oeuvres présentant le système de droit civil (p. 7). — 4. La systématique inspirée de l'édit du préteur (p. 14). — 5. La systématique des manuels didactiques et ses origines (p. 16). — 6. La division du droit dans l'oeuvre didactique de Gaius (p. 19). — 7. La division gaienne du droit en *personae, res et actiones* dans les *Institutes* de Justinien et dans la *Paraphrase* de Théophile (p. 23). — 8. Le développement de cette division au Moyen Age et au siècle des Lumières (p. 27). — 9. Reflets de la division du droit en *personae, res et actiones* en droit civil du XIX^e siècle (p. 38).

1. Le problème de la systématisation des dispositions juridiques se rattache étroitement à la notion de système du droit. Il exprime, plus ou moins parfaitement, la volonté du législateur ¹.

Mais il faut distinguer expressément entre un système du droit et la systématique (système) des règles juridiques. Comme le font judicieusement observer Joffe et Szargorodzki : « En systématisant les règles juridiques, on tient compte des caractéristiques objectives des rapports sociaux, cependant la systématisation se fait d'après un critère de classification subjectivement choisi par celui qui classe, conformément au caractère des tâches qu'il a à résoudre. Aussi les seules et mêmes règles juridiques sont-elles, lors de la classification, réunies en groupes différents suivant le critère adopté pour une systématisation donnée et en fonction des buts de celle-ci » ².

¹ Cf. O.S. JOFFE, M.D. SZARGORODZKI, *Zagadnienia teorii prawa (Problèmes de la théorie du droit)*, Warszawa 1963, p. 310 ; K. OPALEK, *Problemy metodologiczne nauki prawa (Problèmes méthodologiques de la science du droit)*, Warszawa 1962, pp. 158 et suiv., 164 et suiv. ; S. EHRLICH, *Wstęp do nauki o państwie i prawie (Introduction à la science de l'État et du droit)*, Warszawa 1971, pp. 132, 141. V. aussi F.C. SAVIGNY (*Traité de droit romain*, 5^e éd. franç., t. 1, Paris 1855, p. 395) qui souligne l'importance de la forme de présentation du droit. Pour le problème de la notion de systématique, tant en aspect général qu'en droit romain, cf. récemment L. LANTELLA, *Il lavoro sistematico nel discorso giuridico romano (Repertorio di strumenti per una lettura ideologica)*, Torino 1975, pp. 16 et suiv.

² O.S. JOFFE, M.D. SZARGORODZKI, *op.cit.*, p. 310.

La systématisation du droit, tout en restant liée au contenu des règles en vigueur dans un État donné, n'en renoue pas moins avec les réalisations durables, perpétuellement valables de la doctrine. C'est une manifestation de la réception largement entendue, où un grand rôle incombe à la réception des notions particulières ou de tout un réseau de notions aussi bien qu'à la doctrine juridique³. Non moins importante pour l'évolution du droit peut aussi être la matière au sens formel, qui alimente le développement des institutions juridiques nouvelles. L'exemple en peut être la formation du droit civil moderne au XVIII^e siècle, lorsqu'en avançant des solutions nouvelles, fondées sur les concepts du droit naturel, on s'appuyait le plus fréquemment sur la matière tirée du droit romain⁴, également en ce qui concerne leur systématisation.

Le mode de présentation du droit dans la Rome antique était essentiellement différent de celui que nous connaissons de nos jours. Un système moderne du droit prend naissance, en règle générale, à partir de l'activité créatrice de normes de l'État qui édicte, à travers ses organes, des actes normatifs de divers rang et portée. A Rome, le processus de la création du droit suivait une voie tout à fait différente. Cependant, le rôle croissant du droit statué n'aboutit pas à la création d'actes normatifs réglant une vaste gamme de problèmes juridiques. Les lois et plébiscites votés sous la république et, plus tard, sous l'empire, les sénatus-consultes et les constitutions impériales, réglaient certains problèmes particuliers, parfois extrêmement importants⁵.

Il est curieux de constater que deux actes juridiques, par lesquels le législateur réglait avec autorité de vastes domaines de la vie juridique (la loi des Douze Tables et l'oeuvre de Justinien), aient été édictés au commencement et à la fin de l'évolution du droit romain, alors que durant toute la période, où les conceptions et les institutions juridiques nouvelles furent les plus abondantes, la création du droit était empreinte de casuistique. Cela contribuait à l'évolution du droit par l'interprétation originale

³ Cf. J. BARDACH, *La réception dans l'histoire de l'État et du droit*, dans *Le droit romain, et sa réception en Europe. Les actes du colloque organisé par la Faculté de Droit et d'Administration de l'Université de Varsovie avec l'Accademia Nazionale dei Lincei*, Varsovie 1978, pp. 27 et suiv.

⁴ Cf. F. CALASSO, *Introduzione al diritto comune*, Milano 1951, p. 339; K. SÓJKA-ZIELIŃSKA, *Rola prawa rzymskiego w pracach kodyfikacyjnych wieku oświecenia (Le rôle du droit romain dans les travaux de codification du siècle des Lumières)*, « *Czasopismo Prawno-Historyczne* », vol. 27, 1975, fasc. 1, pp. 118 et suiv.

⁵ Cf. G. ROTONDI, *Leges publicae populi Romani*, Hildesheim 1962, pp. 189 et suiv.

des jurisconsultes. Pour donner une idée du rôle de l'interprétation dans la création du droit romain, on peut citer le fait que l'une des notions de *ius civile* signifiait précisément le droit créé par les jurisconsultes⁶.

Le fait que l'édit prétorien a été codifié sous Hadrien ne fait aucunement mettre en doute le bien-fondé de cette affirmation. L'édit prétorien renfermait des solutions concrètes, pratiques de la magistrature, qui, en s'accumulant progressivement, furent seulement réunies dans un seul recueil. La « codification » de l'édit sous Hadrien ne fut — quelle que soit la qualification donnée à cet acte⁷ — que l'aboutissement d'un processus long de plusieurs siècles. Du reste, la disposition même de l'édit, peu claire et incohérente, milite en faveur d'une telle interprétation. Rien d'étonnant donc que la systématique de la présentation des normes juridiques par le législateur n'ait pas été un point fort du droit romain.

Dans les États contemporains, quel que soit leur système socio-économique, c'est le législateur qui décide, en règle générale, de la systématisation des normes juridiques⁸, en les groupant dans d'importants recueils (codes) où, nécessairement, elles sont disposées selon des critères déterminés. Dans le cadre du système — sans cependant toujours être systématisées et réunies par le législateur en un tout plus important — demeurent de nombreuses branches du droit, celles notamment qui régissent des institutions nouvelles réglant des problèmes nouveaux de la vie sociale⁹.

⁶ Contrairement aux objections de SCHULZ (*History of Roman Legal Science*, Oxford 1946, p. 74), il semble qu'en se basant sur Pomponius (D.1.2.2), on peut admettre que le terme *ius civile*, dans une signification d'*interpretatio prudentium*, avait été appliqué au temps de la République. Cf. récemment M. BRETONE, *Techniche e ideologie dei giuristi romani*, Napoli 1971, p. 168 (v. compte rendu de W. WOŁODKIEWICZ dans « *Czasopismo Prawno-Historyczne* », vol. 27, 1975, fasc. 2, pp. 313 et suiv.) ; F. SERRAO, *Classi, partiti e legge*, Pisa 1974, pp. 133 et suiv.

⁷ Cf. A. GUARINO, *La legenda sulla codificazione dell'editto e la sua genesi*, dans *Atti del Congresso internazionale di diritto romano*, Verona 1948, t. 2, Milano 1953, pp. 171 et suiv.

⁸ La question se pose autrement dans les pays anglo-saxons adoptant le système de *common law*, oeuvre de la coutume. En conséquence, en droit anglo-saxon un grand rôle dans la présentation du droit doivent jouer les études où la systématique n'est pas l'oeuvre du législateur mais celle de leurs auteurs. C'est le rôle joué, p.ex., par les *Commentaries* de Blackstone (v. W.W. BUCKLAND, A.D. McNAIR, *Roman Law and Common Law*, Cambridge 1952, p. 22).

⁹ P. ex. le droit du travail, le droit agraire.

Une branche du droit qui implique de façon majeure la nécessité de systématisation, c'est le droit civil. Quel que soit le critère utilisé pour la séparation du droit civil des autres branches du droit ¹⁰, on peut admettre que son objet est en principe similaire dans les plus importants codes civils contemporains. La tradition plusieurs fois séculaire du développement des institutions particulières et de la portée de ce droit n'a pas été non plus sans incidence sur la détermination de son objet.

Ce serait un truisme que d'affirmer que toute la science contemporaine du droit civil, tant bourgeoise que socialiste, remonte au droit romain. L'influence de la doctrine romaine sur les solutions des institutions particulières du droit civil contemporain varie d'un cas à l'autre. Mais elle n'est pas moindre s'il s'agit de la systématique de ce droit.

2. La nécessité d'une systématique du droit à Rome est aussi ancienne que l'apparition de la littérature juridique. Il semblerait comme le plus naturel que cette systématique s'inspire des actes normatifs existants, tels que la loi des Douze Tables ou l'édit prétorien. Or, fait extrêmement caractéristique, on ne voit nulle part la littérature juridique romaine renouer — sauf bien entendu des commentaires — avec la systématique des Douze Tables. Quant à l'édit, sa systématique n'apparaît que depuis Hadrien.

La littérature juridique romaine se caractérise par une grande variété des formes: recueils de réponses à des questions juridiques concrètes (*responsa, quaestiones*) ¹¹ réunies d'une manière méthodique (*digesta*), commentaires de l'édit prétorien ou des lois particulières, études monographiques des institutions particulières, ou enfin des oeuvres à caractère élémentaire, destinées principalement à l'enseignement du droit (*institutiones, regulae, sententiae, manualia, enchiridia*).

Dans cette vaste gamme d'oeuvres, dont malheureusement nous ne connaissons surtout que des fragments indirectement transmis par la

¹⁰ V. A. STELMACHOWSKI, *Wstęp do teorii prawa cywilnego (Introduction à la théorie du droit civil)*, Warszawa 1969, p. 12, qui ne reconnaît que le critère fondé sur la méthode. Il semble qu'il faille appliquer conjointement le critère s'appuyant sur l'objet et celui fondé sur la méthode.

¹¹ Une question qui demeure controversée est celle de savoir si *Quaestiones* et *Responsa* sont une seule et même forme (ainsi F. SCHULZ, *op.cit.*, p. 224), ou bien des formes différentes (ainsi V. ARANGIO-RUIZ, *Storia del diritto romano*, 7^e éd., Napoli 1957, p. 273).

compilation justinienne, la question de la disposition et de la clarté devait se poser comme primordiale aux auteurs de certains genres d'oeuvres. Cela concerne principalement les études visant à exposer l'ensemble ou bien une partie d'un système juridique.

Les caractères spécifiques de la transmission de sources à travers la compilation justinienne ne nous permettent pas de reconstituer sûrement et exactement la systématique des oeuvres de jurisconsultes particuliers. Si l'on essaie de porter un jugement de valeur sur la systématique des oeuvres de jurisconsultes transmises par les *digesta*, il faut se servir des critères suivants: 1° le caractère de l'oeuvre — il s'agira d'oeuvres qui, selon l'intention de leurs auteurs, devaient exposer le système dans son ensemble; 2° l'intégralité de la source — on ne peut se prononcer sur la systématique d'une oeuvre que si l'on dispose d'un nombre suffisant des fragments d'une telle oeuvre; 3° l'époque de la création de l'oeuvre.

Le tableau à la page 8 permet de se rendre compte combien il est difficile de reconstituer la systématique des jurisconsultes romains du fait que leur oeuvre nous est parvenue incomplète.

On voit, sur ce fond, l'importance que présentent pour les recherches sur la systématique romaine les *Institutiones* de Gaius, oeuvre presque totalement conservée.

Dans les oeuvres de jurisconsultes romains on peut mentionner trois genres fondamentaux de systématization:

- 1) du droit civil,
- 2) des édits,
- 3) des manuels dits institutes.

3. Les origines des oeuvres présentant le système de droit civil remontent au I^{er} siècle av.n.è. L'oeuvre la plus ancienne de ce genre est celle de Q. Mucius Scaevola — 18 livres de droit civil. De la disposition de l'oeuvre peuvent témoigner aussi bien les citations indirectes peu nombreuses que l'on trouve chez des jurisconsultes postérieurs, que, surtout, le vaste commentaire de Pomponius, comptant 39 livres, et dont 106 fragments ont été transmis par le *Digeste*.

Nombre de fragments transmis dans le <i>Digeste</i>	République	I ^{er} s.	II ^e s.	III ^e s.
plus de 500	Q. Mucius Scaevola ¹² (2 versions)	Sabinus ¹⁵	Iulianus ²⁰	Papinianus ²⁶ (2 oeuvres)
plus de 200		Sabinus ¹⁵ (2 versions)	Celsus ²¹ , Marcellus ²²	
plus de 100		Plautius ¹⁶	Africanus ²³ , Cervidius Scaevola ²⁴ (2 oeuvres)	
plus de 50	Labeo ¹³ (2 versions)	Cassius ¹⁷	Cervidius Scaevola ²⁴	Ulpianus ²⁷ , Triphoninus ³² , Modestinus ³⁰
moins de 50	Alfenus Varus ¹⁴ (2 versions)	Minicius ¹⁸ Urseius Ferox ¹⁹	Florentinus ²⁵	Ulpianus ²⁷ (2 oeuvres), Licinius Rufinus ³³

¹² Quintus Mucius Scaevola, dont les dix-huit livres *De iure civili* se sont conservés dans le *Digeste* dans des sources indirectes (44 fragments cités par Lenel dans *Palinogenesia*) et dans le commentaire de Pomponius (107 fragm.). Cet auteur fut le premier, d'après Pomponius, à exposer le droit civil de façon systématique (D.1.2.1.41). Cf. F. SCHULZ, *op.cit.*, pp. 94 et suiv.

¹³ Labeo : abrégé de l'oeuvre *Pithanon* rédigé par Paul (37 fragm.) et *Posteriorum a Javoleno epitom.* (80 fragm.). Cf. F. SCHULZ, *op.cit.*, pp. 206 - 210, 226.

¹⁴ Alfenus Varus, dont le *Digeste* s'est conservé en deux versions abrégées, l'une par un auteur anonyme (30 fragm.), l'autre par Paul (44 fragm.). Malgré ce caractère abrégé, on peut se faire une idée de la disposition de cette oeuvre datant de la fin de la République. Elle varie sensiblement selon la version : alors que la version anonyme renoue nettement avec l'édit prétorien, celle de Paul est différente (cf. F. SCHULZ, *op.cit.*, pp. 205 - 206).

¹⁵ Sabinus, dont l'oeuvre sur le droit civil a été transmise dans le *Digeste* par trois auteurs : Pomponius (426 fragm.), Ulpien (527 fragm.) et Paul (296 fragm.).

¹⁶ Plautius, dont l'oeuvre est transmise par Javolenus (18 fragm.), Pomponius (40 fragm.) et Paul (160 fragm.).

¹⁷ Cassius, dont l'oeuvre sur le droit civil nous est connue par l'intermédiaire de Javolenus (69 fragm.).

¹⁸ Minicius, transmis par Iulianus (40 fragm.).

¹⁹ Urseius Ferox, transmis par Iulianus (46 fragm.).

Le schéma de Q. Mucius Scaevola devait se présenter comme suit (d'après le commentaire de Pomponius)³⁴ :

- *De testamentis*,
- *De legatis*,
- *De legitima hereditate*,
- *De stipulationibus* (?),
- *De tutelis* (?),
- *D. lege Aquilia* (?),
- *De statuliberis*,
- *De his qui in aliena potestate sunt* (?),
- *De possessione et usucapione*,
- *De emptionibus et venditionibus*,
- *De aqua* (?),
- *De contractibus earum personarum quae in aliena potestate sunt* (?),
- *De societate* (?),
- *De captivis et postliminio*,
- *De furtis* (?).

Peut-on déclarer dans le schéma de l'oeuvre de Q. Mucius une systématization scientifique? D'après Pomponius, c'est précisément Q. Mucius

²⁰ Iulianus, 90 livres de *Digeste* (839 fragm.).

²¹ Celsus, 39 livres de *Digeste* (274 fragm.).

²² Marcellus, 31 livres de *Digeste* (267 fragm.).

²³ Africanus, 9 livres de *Quaestiones* (121 fragm.).

²⁴ Cervidius Scaevola, 40 livres de *Digeste* (131 fragm.), 6 livres de *Responsa* (102 fragm.) et 20 livres de *Quaestiones* (54 fragm.).

²⁵ Florentinus, 12 livres d'*Institutiones* (41 fragm.).

²⁶ Papinianus, 37 livres de *Quaestiones* (324 fragm.) et 12 livres de *Responsa* (263 fragm.).

²⁷ Ulpianus, 10 livres de *Disputationes* (144 fragm.), 6 livres d'*Opiniones* (64 fragm.), 2 livres d'*Institutiones* (25 fragm.) et 7 livres de *Regulae* (20 fragm.).

²⁸ Paulus, 26 livres de *Quaestiones* (155 fragm.), 23 livres de *Responsa* (154 fragm.), 5 livres de *Sententiae* (141 fragm.).

²⁹ Marcianus, 16 livres d'*Institutiones* (142 fragm.).

³⁰ Modestinus, 10 livres de *Regulae* (108 fragm.), 19 livres de *Responsa* (66 fragm.), 12 livres de *Pandecta* (62 fragm.).

³¹ Hermogenianus, 6 livres de *Iuris epitomarum* (104 fragm.).

³² Triphoninus, 21 livres de *Disputationes* (71 fragm.).

³³ Licinius Rufinus, 12 livres de *Regulae* (17 fragm.).

³⁴ D'après LENEL (*Palingenesia Iuris Civilis*, t. 2, Lipsiae 1889, colonnes 60 - 79) — Pomponius, fragm. 219 - 325. Les doutes de Lenel marqués par un point d'interrogation. Cf. A. WATSON, *Law Making in the Later Roman Republic*, Oxford 1974, pp. 143 et suiv.

qui *ius civile primus constituit generatim in libros decem et octo redigendo* (D.1.2.1.41), ce qui semble suggérer la division des matières, faite par ce jurisconsulte, en *genera*, division d'intérêt essentiel pour le savoir antique en matière de systématisation.

Il n'est pas possible, malheureusement, de reconstituer la systématisation de Servius Sulpicius Rufus qui, de l'avis de Cicéron, devait avoir la priorité sur Q. Mucius³⁵.

Les oeuvres de ces deux jurisconsultes étaient rédigées dans le I^{er} siècle av.n.è., à l'époque où l'enseignement grec sur la systématique pénétrait de plus en plus dans Rome³⁶. L'idée de la création d'un système scientifique du droit sur la base de la science de la systématique (τέχνη — ars) est à maintes reprises soulevée par Cicéron, estimant que tout le droit civil doit être divisé en un petit nombre de *genera* lesquels, ensuite, devraient être subdivisés en problèmes, et ces derniers seulement peuvent être convenablement décrits et définis. Le droit civil devrait être ramené *in artem*, comme cela a déjà été fait pour la musique, la géométrie, l'astrologie, la grammaire.

Cicero, *De oratore* 1.190 : *Si enim aut mihi facere licuerit, quod iam diu cogito, aut alius quispiam aut me impedito occuparit aut mortuo effecerit, ut primum omne ius civile in genere digerat, quae perpauca sunt, deinde eorum generum quasi quaedam membra dispertiat, tum propriam cuiusque vim definitione declaret, perfectam artem iuris civilis habebitis, magis magnam atque uberem quam difficilem et obscuram*³⁷.

Cicéron lui-même était, comme nous en informe Aulu-Gelle, l'auteur d'un ouvrage sur la systématique du droit (*De iure civili in artem redigendo*)³⁸ lequel, malheureusement, ne s'est pas conservé.

L'influence exercée par la science grecque de la systématique sur les

³⁵ Cicero, *Brutus* 152 : *Etiamne Q. Scaevolae Servium nostrum anteponis ? Sic, enim, inquam. Brute, existimo, iuris civilis magnum usum et apud Scaevolam et apud multos fuisse, artem in hoc uno ; quod numquam effecisset ipsius iuris scientia, nisi eam praeterea didicisset artem, quae doceret rem universam tribuere in partis, latentem explicare definiendo, obscuram explanare interpretando, ambigua primum videre, deinde distinguere, postremo habere regulam, qua vera et falsa iudicarentur et quae quibus propositis essent quaeque non essent consequentia [...]. Cf. CICERO, *De oratore* 1.185.*

³⁶ Q.M. Scaevola, consul en 95 av.n.è. L'ouvrage de Servius a dû paraître entre 55 et 46 av.n.è., car quand Cicéron écrivait *De oratore* (55), l'ouvrage de Servius n'existait pas encore. Dans *Brutus* (46), Cicéron mentionne déjà, au § 152, l'ouvrage de Servius.

³⁷ Cf. CICERO, *De oratore* 1.185, 189 et *Topica* 28.

³⁸ AULUS GELLIUS, *Noctes Atticae* 1.22.7.

études de jurisconsultes romains n'éveille plus aucun doute dans la doctrine contemporaine³⁹.

D'après cette science, ramener le droit *ad artem*, à *τέχνη* aristotélicienne, consistait à :

1° déterminer expressément les limites de l'objet;

2° diviser la matière en quelques branches fondamentales et la ensuite subdiviser. La *divisio in genera et species*, principe de la dialectique, est le fondement de tout le système. Elle est déduite de l'enseignement d'Aristote sur la construction scientifique, selon lequel il faut, au préalable, trouver des éléments de base (*τα πρώτα*) et, ensuite, créer l'unité d'un traité scientifique au moyen de *διαίρεσις κατ' εἶδη*⁴⁰;

3° définir et commenter les questions particulières.

Ces règles furent popularisées par Cicéron qui proposait de composer à partir d'elles un système de droit civil dont les dispositions étaient mélangées et disséminées. L'énonciation précitée de Cicéron (*De oratore* 1.190) prouve qu'à son avis les études existantes ne remplissaient pas les conditions requises.

On peut à juste titre arriver à la conclusion que dans la jurisprudence sous la République il n'y avait pas encore de systématique dans le sens donné à ce terme par la dialectique⁴¹. Malgré des essais d'application de la méthode scientifique grecque à la définition de notions et à la division en *genera et species*, la jurisprudence du temps de la République en restait toujours aux considérations sur des cas d'espèce. Il est aussi difficile sans doute de parler d'une systématique conséquente chez Q. Mucius Scaevola et dans d'autres études postérieures du système de droit civil.

Les recherches de Schulz, d'Arangio-Ruiz et, récemment, de Sche-

³⁹ Cf. W. WOŁODKIEWICZ, *Obligaciones ex variis causarum fuguris. Ricerche sulla classificazione delle fonti delle obbligazioni nel diritto romano classico*, « Rivista Italiana per le Scienze Giuridiche », vol. 14, 1970, pp. 140 - 147. *Ibidem*, analyse de la bibliographie, notamment p. 141, note 56. Cf. également D. NÖRR, *Divisio und partitio*, Berlin 1972 ; A. WATSON, *op.cit.*, pp. 186 et suiv.

⁴⁰ La notion de *διαίρεσις* englobe aussi bien *partitio* que *divisio*. Cf. NÖRR (*op.cit.*, pp. 20 et suiv.) qui, se référant à Cicero, *Topica* 28, conclut à l'origine académique et stoïcienne d'une telle procédure de systématisation.

⁴¹ H. COING, *Zur Metodik der republikanischen Jurisprudenz : Zur Entstehung der grammatisch-logischen Auslegung*, dans *Studi Arangio-Ruiz*, t. 1, Napoli 1953, pp. 365 - 388. Cf. A. WATSON, *op.cit.*, pp. 159 et suiv.

rillo⁴² permettent d'admettre qu'avant l'apparition, dans les études de jurisconsultes, d'une systématique fondée sur l'édit prétorien, les études fondées sur le système de droit civil avaient certains schémas déterminés.

Les traités du système de droit civil peuvent être classés, conformément à la classification de Scherillo⁴³, en cinq groupes:

- 1) l'oeuvre de Q. Mucius Scaevola, la première étude de ce genre;
- 2) les digestes d'Alfenus Varus;
- 3) les oeuvres de Labéon (transmis en abrégé par Paul et Javolenus) et de Sabin;
- 4) les oeuvres de Cassius et de Plautius (transmis par Javolenus);
- 5) un groupe constitué par le commentaire du *Ad Minicium* de Julien et, bien postérieures, les *Quaestiones* d'Africanus (cette dernière oeuvre réunit les deux systèmes : droit civil et édit prétorien).

Le mérite essentiel des recherches susmentionnées de Scherillo consiste à avoir déduit toutes ces oeuvres de la systématique de Q. Mucius⁴⁴.

La systématique des oeuvres particulières du système de droit civil montrait des différences de détail. Mais on peut affirmer que, dans toutes ces oeuvres, se retrouve un trait commun : les premiers problèmes exposés étaient toujours ceux des successions à cause de mort : testaments et legs. En revanche, il est difficile de prouver si toute la classification était fondée sur les testaments et les *legisactiones*, ou bien sur le testament et la *stipulatio*⁴⁵.

On peut se demander comment s'explique le fait que les oeuvres du « système de droit civil » ne renouent pas avec le système de la loi des Douze Tables. Au lecteur moderne, les dispositions de celle-ci peuvent paraître brouillées et incohérentes, néanmoins on peut y déceler un ordre déterminé⁴⁶.

⁴² F. SCHULZ, *op.cit.*, p. 147 ; V. ARANGIO-RUIZ, *La società*, Napoli 1950, pp. 47 et suiv. ; G. SCHERILLO, *Il sistema civilistico*, dans *Studi Arangio-Ruiz*, t. 4, Napoli 1953, pp. 445 et suiv. ; IDEM *Gaio e il sistema civilistico*, dans *Gaio nel suo tempo*, Napoli 1966, pp. 154 et suiv.

⁴³ G. SCHERILLO, *Il sistema* [...], p. 454.

⁴⁴ G. SCHERILLO, *Il sistema* [...], p. 463.

⁴⁵ G. SCHERILLO, *Il sistema* [...], p. 467.

⁴⁶ Les normes concernant la procédure judiciaire — tables 1 - 3 ; la famille — tables 4 - 5 ; la succession — table 5 ; les rapports économiques entre les familles — table 6 ; les droits de voisinage — table 7 ; le droit pénal — table 8 ; la constitution et le droit sacré — tables 9 - 10 ; les normes diverses — tables 11 - 12. V. *Fontes iuris romani ante-justiniani*, ed. S. Riccobono, t. 1, Firenze 1941, pp. 26 et suiv.

L'explication du fait que les juriconsultes ne suivent pas la systématique de la loi des Douze Tables (sauf, bien entendu, dans leurs commentaires) peut être fournie par un fragment de l'*Enchiridion* de Pomponius, où il est question de *Tripertita* de Sextus Aelius (D.1.2.2.38): *Sextum Aelium etiam Ennius laudavit et existat illius liber qui inscribitur „tripertita”, qui liber veluti cunabula iuris continet: tripertita autem dicitur, quoniam lege duodecim tabularum praeposita iungitur interpretatio deinde subtextitur legis actio.*

Le nom de *tripertita* vient de ce que ce « berceau du droit civil » (*cunabula iuris*)⁴⁷ comprenait un commentaire sur les dispositions de la loi des Douze Tables, l'*interpretatio* et les *legis actiones*. Il est intéressant que dans l'*Enchiridion* Pomponius adopte, dans la partie consacrée aux sources de l'ancien droit, un schéma semblable : après avoir mentionné la loi des Douze Tables (D.1.2.2.4), il définit le *ius civile quod sine scripto venit compositum a prudentibus* (D.1.2.2.5), et ensuite parle de *legis actiones* (D.1.2.2.6)⁴⁸.

Le *ius civile* entendu comme *interpretatio prudentium*, apparaît à 12 reprises dans l'histoire du droit de Pomponius. Il signifie un savoir indépendant des lois, créé par les juriconsultes par la voie d'interprétation créatrice. La création d'un *ius certum* par la loi des Douze Tables, fit naître la possibilité et la nécessité de son interprétation, ce qui, à son tour, faisait évoluer le *ius civile*⁴⁹. Le terme de *ius civile* apparaît dans les sources sous diverses significations : opposé au *ius gentium* ou au *ius honorarium*, et chez Pomponius — dans le sens du droit créé par l'*interpretatio prudentium*. Ce mode de création du droit dans la Rome archaïque était déterminé par le fait que les juriconsultes, notamment à l'époque de la jurisprudence sacrée, exprimaient les intérêts de la classe des patriciens qu'ils représentaient⁵⁰. Ce processus était aussi fortement influencé par la lutte politique entre les patriciens et les plébéiens. Le compromis réalisé au début du III^e siècle av.n.è. ne fut que provisoire⁵¹.

⁴⁷ Huschke estimait que, dans le texte D.1.2.2.38, il y aurait l'expression *cunabula iuris civilis* (dans l'édition *Dig. ad h.l.*). Cela aurait été conforme à l'argumentation de Pomponius et à la façon dont il entendait le *ius civile* dans le sens d'un droit créé par les juriconsultes (*interpretatio*).

⁴⁸ Ensuite seulement il traite des sources postérieures du droit, telles que *plebiscita*, *senatus consulta*, *edicta magistratum*, *constitutiones principum* (D.1.2.2.8 - 11). Cf. à ce propos M. BRETONNE, *op.cit.*, pp. 126 - 127.

⁴⁹ Cf. F. SERRAO, *op. cit.*, p. 140.

⁵⁰ Cf. F. SCHULZ, *op.cit.*, p. 23.

⁵¹ Cf. F. SERRAO, *op. cit.*, pp. 135 - 137.

L'expression *ius civile*, dans le sens de l'*interpretatio*, est employée par Pomponius à maintes reprises encore. Ainsi, évoquant les jurisconsultes du II^e siècle av.n.è. — Publius Mucius, Brutus et Manilius — il écrit qu'ils *fundaverunt ius civile* (D.1.2.2.39). A propos de l'ouvrage de Quintus Mucius, il écrit que celui-ci fut le premier qui *ius civile* [...] *constituit generatim in libros decem et octo redigendo* (D.1.2.2.41).

Ne pourrait-on pas faire valoir l'argument que l'*interpretatio* que Pomponius identifie au *ius civile* avait été appliquée bien avant les jurisconsultes énumérés au D.1.2.2.39 ? Mais à cet argument on peut répondre que Pomponius voulait souligner que Publius Mucius, Brutus et Manilius avaient créé l'*interpretatio* entendue comme un savoir autonome, indépendant des lois que leurs prédécesseurs suivirent fidèlement dans leurs interprétations⁵². De même, à l'époque contemporaine, le rôle de l'interprétation n'est pas le même dans la première période après l'entrée en vigueur d'un code — quand elle est axée sur l'explication de ce dernier — qu'après une période plus longue de la force obligatoire du code, quand elle commence de plus en plus à transformer la loi en vigueur et à s'écarter de ses dispositions⁵³.

C'est pour ces raisons sans doute que le « système civiliste » utilise une systématique tellement éloignée de celle de la loi des Douze Tables, dont l'interprétation donne naissance à l'activité des jurisconsultes.

4. La disposition renouant avec le système des édits du préteur se manifeste dans des œuvres postérieures à celles susmentionnées, du système de droit civil. En principe, on peut admettre que la systématique en question fit son apparition seulement après Hadrien. Pour ce qui est des auteurs antérieurs, seul renouait avec ce système Plautius cité dans le commentaire de Paul. Mais il est difficile de juger sur cette base quelle fut, en réalité, la disposition de l'œuvre de Plautius, et l'on peut parler plutôt de la manière dont Paul, jurisconsulte de l'époque classique tardive, adapte l'œuvre à la systématique dominant à son époque⁵⁴.

⁵² Cf. M. BRETONÉ, *op. cit.*, pp. 168 - 169.

⁵³ Cf. p.ex. le problème de la transformation des fondements de la responsabilité encourue au titre d'*effusum vel deiectum* dans la doctrine française, tendant à fonder la responsabilité sur le principe du risque. Cf. également la présentation en France du cours de *Code civile* selon le schéma des pandectes.

⁵⁴ Cf. G. SCHERILLO, *Il sistema* [...], p. 448, qui accepte sans doute à tort la version sur deux ouvrages de Plautius. L'un d'eux aurait fait l'objet des commentaires de Iavolenus et Pomponius, l'autre — fondé sur l'édit — de Paul.

Le système fondé sur l'édit prétorien apparaît dans les oeuvres suivantes :

Digesta de Julien,
Digesta de Celsus,
Digesta de Marcellus,
Digesta, Responsa et Quaestiones de Cervidius Scaevola,
Disputationes d'Ulpien,
Quaestiones, Responsa et Sententiae de Paul,
Disputationes de Triphoninus,
Responsa de Modestin,
Epitomae iuris d'Hermogenien ⁵⁵.

On ne mentionne pas ici les commentaires de l'édit, où la disposition en question est évidente, ni les oeuvres dont le *Digeste* de Justinien conserve un nombre de fragments trop petit pour qu'on puisse reconstituer leur ordre.

Parmi les oeuvres susmentionnées prédomine le schéma suivant ⁵⁶ :
 — la première partie renoue avec l'édit prétorien ⁵⁷; on y trouve parfois des textes complétant les problèmes inconnus de l'édit, tels que les fidéicommiss et l'usucapion;

— la seconde partie commente les différents *leges* et *senatus consulta*.

⁵⁵ Cf. F. SCHULZ, *op.cit.*, pp. 229 et suiv.

⁵⁶ A l'exception de Triphoninus et d'Hermogenianus.

⁵⁷ La systématique de l'édit d'après O. LENEL, *Das Edictum perpetuum*, 3^e éd., Leipzig 1927 : Pars I : 1 — *De his qui in municipio colonia foro iure dicundo praesunt*. 2 — *De iurisdictione*. 3 — *De edendo*. 4 — *De pactis conventis*. 5 — *De in ius vocando*. 6 — *De postulando*. 7 — *De vadimoniis*. 8 — *De cognitoribus et procuratoribus et defensoribus*. 9 — *De calumniatoribus*. 10 — *De in integrum restitutionibus*. 11 — *De receptis*. 12 — *De satisdando*. 13 — *Quibus causis praeiudicium fieri non oportet*. Pars II : 14 — *De iudiciis*. 15 — *De his quae cuiusque in bonis sunt*. 16 — *De religionis et sumptibus funerum*. 17 — *De rebus creditis*. 18 — *Quod cum magistro navis, institore eove, qui in aliena potestate est, negotium gestum erit*. 19 — *De bonae fidei iudicis*. 20 — *De re uxoria*. 21 — *De liberis et de ventre*. 22 — *De tutelis*. 23 — *De furtis*. 24 — *De iure partonatus*. Pars III : 25 — *De bonorum possessionibus*. 26 — *De testamentis*. 27 — *De legatis*. 28 — *De operis novae nuntiatione*. 29 — *De damno infecto*. 30 — *De aqua et aquae pluviae arcendae*. 31 — *De liberali causa*. 32 — *De publicanis*. 33 — *De praedictoribus*. 34 — *De vi turba incendio ruina naufragio rate nave expugnata*. 35 — *De iniuriis*. Pars IV : 36 — *De re iudicata*. 36a — *De confessis et indefensis*. 37 — *Qui neque sequantur neque ducantur*. 38 — *Quibus ex causis in possessionem eatur*. 39 — *De bonis possidendis proscribendis vendundis*. 40 — *Quemadmodum a bonorum emptore vel contra eum agatur*. 41 — *De curatore bonis dando*. 42 — *De sententia in duplum revocanda*. Pars V : 43 — *De interdictis*. 44 — *De exceptionibus*. 45 — *De stipulationibus praetoris*.

Cette systématique devient celle des recueils postérieurs : du *Code* de Théodose, du *Code* de Justinien et, surtout, du *Digeste* de Justinien.

Comment peut-on s'expliquer le succès de la systématique de l'édit prétorien, laquelle, du point de vue des règles de la classification scientifique, est, à vrai dire, la négation de toute systématique⁵⁸, alors qu'elle est, précisément, la systématique suivie par la littérature fondamentale du droit romain⁵⁹ ? Ce succès se laisse sans doute expliquer seulement par le fait que cette systématique renoue avec l'acte normatif en vigueur lequel, en outre — avant d'être codifié sous Hadrien⁶⁰ — avait l'avantage d'être souple. Cela permettait aux juristes exposant les problèmes particuliers de les disposer selon le schéma pratique — et pour cette raison parfaitement connu des Romains — de l'édit prétorien. Ces oeuvres avaient pour destinataires les praticiens pour qui les solutions particulières, et non leur systématique, présentaient une importance. On pourrait, par quelque analogie, affirmer la même chose à l'égard du juriste praticien contemporain qui préférera, pour trouver une solution donnée, le commentaire du code au manuel rédigé suivant une classification scientifique.

5. A côté de deux genres d'oeuvres susmentionnés, fondés sur le système de *ius civile* et sur l'édit prétorien, on peut distinguer un groupe encore : la littérature élémentaire (isagogique). Cette littérature est étroitement liée à l'apparition sous le Principat d'une nouvelle méthode d'enseignement du droit.

Les règles d'enseignement systématique (*παιδεία*), développées et jouissant d'une grande faveur dans le monde hellénistique, n'étaient pas favorablement accueillies à Rome du temps de la République⁶¹, au point qu'en 161 av.n.è., le sénat fit expulser de Rome les philosophes et rhéteurs, en mandant au préteur M. Pomponius *ut animadverteret curaretque, ut si*

⁵⁸ Cf. F. SCHULZ, *op.cit.*, p. 151.

⁵⁹ Cf. F. SCHULZ, *op.cit.*, p. 223.

⁶⁰ Il est sans importance ici de savoir si l'édit a effectivement été codifié sur l'ordre de l'empereur Hadrien ou si seulement, à son époque, il fut interdit d'apporter des modifications à l'édit déjà fixé (cette dernière opinion — A. GUARINO, *op.cit.*, pp. 171 et suiv). Il est difficile de partager l'opinion de J. KODRĘBSKI, *Sabinianie i Prokulianie. Szkoły prawa w Rzymie wczesnego cesarstwa (Sabinians et Proculians. Écoles de droit à Rome sous le Haut Empire)*, Łódź 1974, p. 155, qui prétend que « dans la systématique de l'édit (scil. de Hadrien) on voit l'influence du système sabinien, mais l'ossature antérieure de l'édit prétorien est restée intacte ».

⁶¹ Cf. H.J. MARROU, *Histoire de l'éducation dans l'antiquité*, 5^e éd., Paris 1960, pp. 333 et suiv.

ei e republica fideque sua videretur, uti Romae ne essent ⁶². Près de 70 ans après le sénatus-consulte en question, l'édit de censeurs datant de 92 av.n.è. condamne les rhéteurs qui enseignent la nouvelle discipline d'une manière non conforme au système d'enseignement pratiqué par les ancêtres ⁶³.

La répugnance à l'enseignement systématique se manifestait aussi, au dernier siècle de la République, dans l'enseignement du droit. Cet enseignement était une sorte d'apprentissage sous l'oeil du maître donnant des *responsa* ou agissant dans le *forum* devant un magistrat ou en justice. C'est la formation professionnelle dont parle Tacite : *Apud maiores nostros ille, qui foro et eloquentiae parabatur, imbutus iam domestica disciplina, refertus honestis studiis deducebatur a patre vel a propinquis ad eum oratorem, qui principem in civitate locum optinebat. Hunc sectari, hunc prosequi, huius omnibus dictionibus interesse sive in iudiciis sive in contionibus adsuescebat, ita ut altercationes quoque exciperet et iurgiis interesset, atque sic dixerim, pugnare in prolio disceret* ⁶⁴. La même voie fut suivie par le jeune Cicéron venu d'Arpinum à Rome pour — profitant de la protection de Lucius Licinius Crassus — y étudier la rhétorique et observer l'activité des jurisconsultes de l'époque. Ensuite, il devrait approfondir ses connaissances dans les académies grecques ⁶⁵.

Ce système d'enseignement, aristocratique par principe, était précédé d'études de rhétorique qui développaient chez le jeune homme la souplesse de l'esprit et le savoir de formuler sa pensée. D'éminents jurisconsultes de la République, même en réunissant autour d'eux d'importants groupes d'élèves, ne constituaient pas d'écoles au sens d'institutions d'enseignement académique ⁶⁶.

C'est seulement sous le Principat, avec la demande croissante en juristes appelés à remplir les fonctions publiques qui ne cessaient de se multiplier, qu'une base a été offerte à l'enseignement du droit dans les écoles de caractère institutionnel. C'était également conforme à la politique des premiers empereurs ⁶⁷. Les problèmes des deux écoles de droit fonctionnant

⁶² Suetonius, *Rhet.* 1 ; Aulus Gellius, *N.A.* 15.11 (FIRA, t. 1, p. 247).

⁶³ Suetonius, *Rhet.* 1 ; Aulus Gellius, *N.A.* 15.11 (FIRA, t. 1, p. 306).

⁶⁴ Tacitus, *Dialog.* 34.

⁶⁵ K. KUMANIECKI, *Cyceron i jego współczesni (Cicéron et ses contemporains)*, Warszawa 1959, pp. 28 et suiv., 82 et suiv.

⁶⁶ Cf. J. KODRĘBSKI, *op.cit.*, pp. 44 et suiv.

⁶⁷ Cf. J. KODRĘBSKI, *op.cit.*, pp. 60 et suiv.

à cette époque à Rome, des Sabiniens et Proculiens, demeure toujours ouvert ⁶⁸. Ces écoles que Pomponius qualifie de *sectae* (D.1.2.2.47), n'étaient pas — comme l'affirme avec raison Schulz — des écoles groupant des savants représentant une doctrine déterminée, mais des établissements d'enseignement ⁶⁹.

Du manque de tradition des écoles juridiques de ce genre à Rome témoigne le fait que, contrairement aux écoles de grammaire, de rhétorique et de médecine reconnues corporations à l'époque de Vespasien, les écoles de droit à la même époque ne bénéficiaient pas de ce statut, et leurs professeurs ne jouissaient pas des privilèges qu'avaient les professeurs d'autres écoles ⁷⁰.

Ulpien encore, cité dans *Fragmenta Vaticana* (Fr. Vat. 149, 150), oppose les privilèges des enseignants de philosophie, de médecine, de rhétorique et de grammaire, qui avaient le droit de se faire dispenser de la tutelle, à la situation des enseignants de géométrie et de droit, qui n'avaient point ce privilège : *Neque geometrae neque qui ius civile docent a tutelis excusantur* ⁷¹. Une opinion différente est formulée par Modestin dans D.27.1.6.12. Il fait distinction entre les privilèges des enseignants dans les provinces et à Rome. Seuls ces derniers auraient eu le *ius vacationis* ⁷². Sans entrer dans le problème de l'origine postclassique du remaniement du texte de Modestin, celui-ci n'en confirme pas moins le fait que les privilèges des professeurs de droit et leur position sociale n'étaient pas encore, au milieu du II^e s. de n.è, définitivement consolidés ⁷³.

⁶⁸ Cf. les dernières recherches de Kodreński (*op.cit.*) qui prétend que ces écoles s'étaient formées à l'issue de la transformation de l'ancien procédé, familial et aristocratique, d'enseignement de droit en une forme nouvelle, moins individualisée et plus démocratique. Cet auteur admet que ces écoles, tout en étant en principe des établissements didactiques, étaient en même temps des associations ou des clubs des juristes liés par des relations personnelles et représentant des tendances doctrinales diverses. Cependant, les différences doctrinales n'étaient pas une source d'organisation différente, mais une conséquence de cette dernière (pp. 299 - 300).

⁶⁹ Ainsi SCHULZ, *op.cit.*, p. 121. Opinion semblable chez KODREŃSKI, *op.cit.*, pp. 83 et suiv. et 300. Cf. B. KÜBLER *s.v. Rechtsschulen* dans PAULY-WISSOWA, *Realenzyklopädie, zweite Reihe* (R - Z), Stuttgart 1920, pp. 380 et suiv.

⁷⁰ F. SCHULZ, *op.cit.*, p. 121.

⁷¹ *Fr. Vat.* 150.

⁷² D.27.1.6.12 (en traduction latine) : *Qui ius civile docent in provincia vacationem non habent. Romae docentes habent.*

⁷³ Cf. F. SCHULZ, *op.cit.*, p. 273, note 12, d'après qui le texte dans *Fr. Vaticana* est très abrégé et ne concerne que les précepteurs dans les provinces.

Les écoles publiques de droit datent seulement de l'époque de Dominat. Les trois principales écoles de droit : à Rome, à Beyrouth et à Constantinople (celle-ci depuis 425), fonctionnaient d'après des programmes d'enseignement⁷⁴, et leurs professeurs étaient rétribués par l'État⁷⁵.

A défaut de sources, il est impossible de reconstituer le programme détaillé de cet enseignement, et notamment à l'école de Rome. Il devait toutefois prévoir une introduction au savoir juridique dans un style vraiment accessible aux auditeurs grâce à la simplicité de son plan. Or la disposition antididactique de l'édit prétorien, qui était de nature à satisfaire un praticien, ne pouvait pas être facilement assimilable aux étudiants débutants. Justinien le souligne expressément dans sa constitution *Omnem*, en disant, à propos de l'ancien plan des études, qu'aux étudiants de première année l'enseignement était dispensé principalement selon les oeuvres de Gaius *non secundum edicti perpetui ordinationem* (*Omnem*, § 1^{er}).

6. C'est par ces besoins de nature didactique qu'on peut expliquer le succès, à l'époque de Dominat, de l'oeuvre de Gaius et d'autres oeuvres de la littérature isagogique. D'après le *Digeste*, six auteurs avaient écrit les *Institutes* : Gaius (II^e s.), Florentin (II^e s.), Ulpien (première moitié du III^e s.), Paul (première moitié du III^e s.), Callistrate (première moitié du III^e s.) et Marcien (seconde moitié du III^e s.).

La valeur unique de l'oeuvre de Gaius pour les recherches sur le droit romain consiste surtout dans le fait que ses *Institutes* se sont conservées presque intactes jusqu'à nos jours, en permettant ainsi de bien connaître avant tout leur disposition. Que saurions-nous sur le contenu, et notamment sur la disposition de l'oeuvre de Gaius, si nous n'avions pas le texte de Vérone ? Nos informations sur les *Institutes* auraient été fondées seulement sur 15 fragments transmis par le *Digeste* de Justinien⁷⁶ et sur des mentions dans les constitutions *Omnem* (§ 1^{er}) et *Imperatoriam* (§ 2). Mais sur cette base, il aurait été impossible de créer une palingénésie des *Institutes* de Gaius, tout comme il est impossible de reconstituer complètement les *Institutes* d'autres auteurs, tels que Florentin, Ulpien, Paul, Callistrate ou Marcien⁷⁷.

⁷⁴ C.2.7.22.4 - C.2.7.24.2. *Constitutio Omnem*.

⁷⁵ P. COLLINET, *Histoire de l'école du droit romain de Beyrouth*, Paris 1925, p. 197.

⁷⁶ 9 fragments du livre I, 5 fragments du livre II et 1 fragment du livre III.

⁷⁷ Cf. F. WIEACKER, *Griechische Wurzeln des Institutionensystems*, *Zeitschrift der Savigny Stiftung für Rechtsgeschichte*, Rom. Abt., t. 70, 1953, pp. 122 - 123 ; W. WOLDKIEWICZ dans la critique du recueil *Gaio nel suo tempo*, « *Czasopismo Prawno-Historyczne* », vol. 21, 1969, fasc. 2, pp. 208 - 209.

Une question qui demeure controversée est celle de la position de l'oeuvre de Gaius au regard des études de *ius civile*⁷⁸. La disposition des *Institutes* de Gaius diffère essentiellement de celle des études en question⁷⁹. Contrairement à celles-ci, le droit successoral (testaments, *successio ab intestato*) se trouve dans la partie concernant les choses. Cette dérogation extrêmement importante en ce qui concerne le principe fondamental de la systématique du droit civil, fut possible grâce à la division, opérée par ce jurisconsulte, des *res* en *corporales* et *incorporales*.

Les points de départ du système de *ius civile*, c'étaient les actes juridiques archaïques quotidiennement accomplis, tels que le testament et la *sponsio*⁸⁰. Il se pourrait que ce fussent les testaments et les *legis actiones*⁸¹.

Il en est autrement chez Gaius. Chez lui, la systématique est fondée sur des considérations rationnelles. L'auteur utilise avec conséquence la division en *genera* et *species*. Conformément aux règles susmentionnées de la systématique, cette division remplissait une fonction sémantique fondamentale. Les *genera* et *species*, traités comme points de référence (*loci*, τόποι), doivent se compléter mutuellement, conformément à la règle que ce qui se laisse ramener à *genus*, peut l'être aussi à *species*, et vice versa⁸². Ces divisions devraient, selon les règles exposées par Cicéron, être accomplies de façon que *genus universum in species certas, ut nulla neque praetermittatur neque redundet, partietur ac dividet*⁸³.

Il semble bien, comme l'a fait remarquer Michel Villey, que l'unique affirmation certaine au sujet des sources de l'oeuvre de Gaius soit qu'une certaine influence aurait pu être exercée sur elle par des personnes du milieu de Cicéron⁸⁴.

⁷⁸ Cf. M. VILLEY, *Recherches sur la littérature didactique du droit romain*, Paris 1945, pp. 34 et suiv. ; F. SCHULZ, *op.cit.*, pp. 156 et suiv. ; F. WIEACKER, *Griechische Wurzeln* [...], pp. 97 et suiv. ; G. SCHERILLO, *op.cit.*, dans *Studi Arangio-Ruiz*, t. 4, pp. 465 et suiv. ; IDEM, *op.cit.*, dans le recueil *Gaio nel suo tempo*, pp. 151 et suiv.

⁷⁹ Kodrębski prétend à tort (*op.cit.*, p. 52) que Sabinus et Gaius avaient adopté, « avec certaines corrections », le système de Q. Mucius Scaevola. La systématique des ouvrages du système civil était fondée sur un schéma tout à fait différent de celui des *Institutes*.

⁸⁰ Cf. G. SCHERILLO, *op.cit.*, dans *Studi Arangio-Ruiz*, t. 4, p. 467.

⁸¹ Cf. V. ARANGIO-RUIZ, *La società*, Napoli 1950, pp. 47 et suiv.

⁸² Cf. W. WOŁODKIEWICZ, *Obligaciones* [...], pp. 146 et suiv. *Ibidem*, analyse de la bibliographie. Sur le problème de la différence de la systématique de Gaius en comparaison de la systématique précédente, cf. récemment G. GROSSO, *Problemi sistematici nel diritto romano. Cose — contratti*. A cura di Lelio Lantella, Torino 1974, pp. 3 et suiv.

⁸³ CICERO, *Orator* 117.

⁸⁴ M. VILLEY, *op.cit.*, pp. 36, 60.

Gaius a toujours suscité et continue à susciter des controverses. Depuis la foi aveugle en *Institutes* de Gaius en tant qu'unique source certaine de notre connaissance du droit classique, certains arrivaient à cette affirmation extrême qu'il n'était pas un juriste classique⁸⁵. Le représentant de cette dernière opinion, Max Kaser⁸⁶, abandonnant une formule aussi catégorique, avance de nos jours que Gaius fut un vrai classique, mais d'un type tout à fait différent de la majorité des classiques, car il enseignait dans une école juridique. Contrairement aux juristes de la période classique, usant de la méthode casuistique, Gaius appliquait la méthode scolastique, consistant à exposer les matières divisées en *genera* et *species*. En ce sens, de l'avis de Kaser, Gaius était précurseur des écoles juridiques de la partie orientale de l'empire, et des scolastiques postérieurs de Bologne⁸⁷.

La controverse sur la question de savoir si Gaius était un « classique », un « postclassique » ou un « précurseur des postclassiques », est en fait une controverse purement terminologique. L'activité de Gaius se rattache à l'enseignement dans une école différente des écoles de la République, et son rôle impérissable pour la doctrine du droit consiste surtout en ce que ses *Institutes* ont agi, à travers les *Institutes* de Justinien, sur le développement ultérieur du droit privé.

Il a été plus d'une fois souligné que les *Institutes* de Gaius sont une oeuvre mûre⁸⁸. On a même affirmé que c'est « le meilleur manuel de droit romain qui fût jamais écrit »⁸⁹.

La division du droit tout entier en trois parties concernant respectivement les *personae*, *res* et *actiones* était, selon le principe posé par l'auteur des *Institutes*, une division exhaustive. La tendance à avoir ce caractère complet se retrouve maintes fois dans les *Institutes*, et elle est pour ainsi dire traitée comme une tendance de programme : la division du droit tout entier (*omne ius*) en parties concernant, respectivement, les *personae*, *res* et *actiones*; de tous les hommes (*omnes homines*) en hommes libres et esclaves;

⁸⁵ La discussion analysée dans la critique précitée de W. WOŁODKIEWICZ, « *Czasopismo Prawno-Historyczne* », vol. 21, 1969, fasc. 2, pp. 205 - 206.

⁸⁶ M. KASER, *Gaius und die Klassiker*, « *Zeitschrift der Savigny. Stiftung für Rechtsgeschichte* », Rom. Abt., t. 70, 1953, pp. 127 et suiv.

⁸⁷ V. M. KASER dans le recueil *Gaio nel suo tempo*, Napoli 1966, p. 47.

⁸⁸ Cf. G. SCHERILLO, *op.cit.*, dans le recueil *Gaio nel suo tempo*, p. 153.

⁸⁹ J.C. VAN OVEN, *Remarques sur Gai 3.91*, « *Iura* », vol. 1, 1950, p. 30.

de toutes les obligations (*omnes obligationes*) en contractuelles et délictuelles ; des actions — en actions *in rem* et *in personam* ⁹⁰.

Cette mentalité de Gaius, cherchant à présenter les matériaux de façon complète, est illustrée aussi par cet énoncé dans le commentaire de la loi des Douze Tables : *sed quod in omnibus rebus animadverto id perfectum esse quod ex omnibus suis partibus constaret [...]* ⁹¹. On a souligné que chez Gaius on ne rencontre pas d'expressions qui trahissent une opinion propre de cet auteur ⁹². Cependant, dans l'énoncé précité, le jurisconsulte est tout à fait ferme.

Les *Institutes* satisfaisaient-elles au postulat d'être une oeuvre complète ? Oui, dans une certaine mesure, bien qu'il y ait — chose naturelle — des défaillances et des inconséquences dans la présentation de différentes matières du traité. Citons, par exemple, les deux classifications des sources des obligations qui se font concurrence : contrats — délits et *obligationes contractae re, verbis, litteris et consensu*. Ces classifications ne semblent pas toujours subordonnées les unes aux autres. La division en obligations contractuelles et délictuelles, que l'on trouve dans Inst. 3.88, ne renferme pas la *condictio indebiti*, débattue dans Inst. 3.91, ce que le jurisconsulte mentionne expressément. Il rectifie du reste son opinion dans une oeuvre postérieure : *Res cottidianae* ⁹³.

La division en *personae, res* et *actiones* rivalise chez Gaius avec une autre, découlant de la classification des modes d'acquisition du patrimoine. La division des *res* en *corporales* et *incorporales* (Inst. 2.12 - 14) sert de fondement à séparer les branches telles que le droit des choses (au sens propre du mot), le droit successoral et les obligations ⁹⁴. Cependant, dans le cadre du droit des choses et du droit successoral, Gaius a utilisé le critère du mode d'acquisition d'un droit sur les choses particulières (Gai 2.19) ou sur le patrimoine tout entier (Gai 2.97). Mais il avoue lui-même de manquer ici d'esprit de conséquence : les legs, selon le critère d'acqui-

⁹⁰ A l'occasion de cette dernière division dans Inst. 4.1., Gaius discute la distinction entre les notions de « *genus* » et de « *species* ». Cf. M. VILLEY, *op.cit.*, pp. 48 et suiv. ; F. CASAVOLA, *Gaio nel suo tempo*, dans le recueil *Gaio nel suo tempo*, pp. 10 - 11. V. aussi W. WOŁODKIEWICZ, *Obligationes [...]*, pp. 130 - 135.

⁹¹ D. 1.2.1.

⁹² Cf. F. CASAVOLA, *op.cit.*, pp. 4 - 5.

⁹³ Cf. W. WOŁODKIEWICZ, *Obligationes [...]*, pp. 121 - 122, 226.

⁹⁴ Cette division est reprise par Gaius dans les *Institutes* 3.83 à l'occasion de l'analyse des effets patrimoniaux de la soumission d'une personne *sui iuris* au pouvoir d'une autre personne (*adoptio, conventio in manum*).

sition des droits, devraient être considérés comme modes d'acquisition des choses particulières; or, dans les *Institutes*, ils sont traités en même temps que les successions (Gai 2.97) : *Hactenus tantisper admonuisse sufficit, quemadmodum singulae res nobis adquirantur : nam legatorum ius, quo et ipsi singulas res adquirimus, opportunius alio loco referamus. Videamus itaque nunc, quibus modis per universitatem res nobis adquirantur.*

Il est curieux qu'Ulpien admet dans les *Institutes* (D.1.3.41) comme critère de division l'acquisition, la protection ou la limitation du droit : *Totum autem ius consistit aut in acquirendo aut in conservando aut in minuendo : aut enim hoc agitur, quemadmodum quid cuiusque fiat aut quemadmodum quis rem vel ius suum conservet, aut quomodo alienet aut amittat*⁹⁵.

Quoi qu'on dise des imperfections de la systématique de Gaius, il demeure irréfutable que sa division fondamentale en *personae*, *res*, *actiones* et, dans le cadre des *res*, en *res corporales* et *incorporales*, était le point de départ de toute la systématique postérieure du droit⁹⁶.

Le tableau à la page 24 représente le schéma des *Institutes* de Gaius (les problèmes qui s'écartent du schéma fondamental sont mis en italique).

7. De l'importance attribuée par les compilateurs byzantins aux *Institutes* de Gaius en tant qu'oeuvre de systématisation peut témoigner — outre que sa disposition a été adoptée et utilisée dans une grande mesure dans les *Institutes* de Justinien — le fait que sur 15 fragments des *Institutes* de Gaius cités dans le *Digeste*, 7 concernent des divisions du droit⁹⁷.

La division en *personae*, *res* et *actiones* a été adoptée par Justinien comme une division de programme. Elle est utilisée par les *Institutes* de Justinien (I.1.2.12) et citée par le *Digeste* (D.1.5.1). Aussi bien les *Institutes* de Justinien que le *Digeste* citent également la division — fondamentale pour le schéma des *Institutes* de Gaius — en *res corporales* et *incorporales* (I.2.15.pr.; D.1.8.1). Mais dans la partie fondamentale de la compilation, c'est le système de l'édit, issu de la pratique, qui fut adopté.

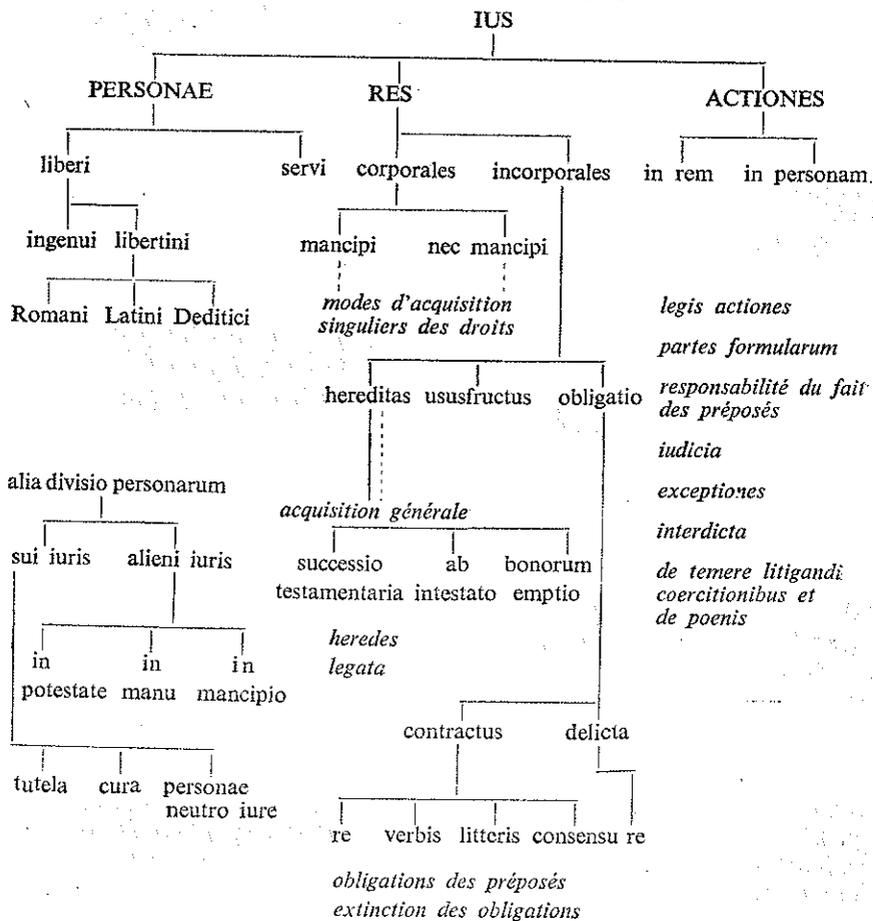
Alors que les quatre livres des *Institutes* de Gaius correspondaient

⁹⁵ Cf. F.X. AFFOLTER, *Das römische Institutionensystem*, Berlin 1897, p. 1, qui au premier plan de son oeuvre avance cette division.

⁹⁶ Cf. G. PUGLIESE, « *Res corporales* », « *res incorporales* » e il problema del diritto soggettivo, « *Rivista Italiana per le Scienze Giuridiche* », 1951, pp. 263 - 264 ; F. WIEACKER, *Griechische Wurzeln* [...], pp. 103 et suiv. ; M. Kaser (dans *Gaio nel suo tempo*, p. 52) souligne que la division de Gaius en *res corporales* et *incorporales* est devenue, malgré ses imperfections, « uno spunto da cui è partito tutto l'ulteriore sviluppo del sistema. Questo concetto resta merito di Gaio ».

⁹⁷ D.1.1.9 ; D.1.5.1 ; D.1.5.3 ; D.1.6.1 ; D.1.7.2 ; D.1.8.1 ; D.44.7.2.

nettement à la division des matières en trois parties (1^{er} livre — *personae*; 2^e et 3^e — *res*; 4^e — *actiones*), cette division est bouleversée dans les *Institutes* de Justinien. Dans le 1^{er} livre restent *personae*; le droit des choses, le droit successoral et les obligations se trouvent dans les livres 2 et 3 et dans une partie du livre 4; la partie concernant les *actiones* est sensiblement abrégée et sa structure complètement modifiée. Cela est dû principalement au fait que Justinien ne suivait plus le plan, déjà historique pour lui, de cette partie des *Institutes*. Une autre cause, c'est que dans la compilation justinienne les *obligationes* et les *actiones* sont étroitement associées⁹⁸, cette

Schéma des *Institutes* de Gaius

⁹⁸ Voir D.44.7 ; C.4.10 ; I.4.6.pr.

association remontant à l'édit prétorien qui utilisait le système des *actiones*. Mais malgré cette association, les *Institutes* de Justinien s'en tiennent à la division fondamentale de Gaius, comme en témoigne le fait que l'*obligatio* est traitée dans la partie concernant la *res*⁹⁹.

La question se pose tout à fait autrement dans la paraphrase grecque des *Institutes*, oeuvre de Théophile (3.13.pr.). Là, après avoir traité des *res*, on passe aux obligations, cette branche étant considérée comme une partie autonome. Théophile dit expressément que, conformément à la division de l'ensemble, annoncée dans le livre I, en *personae, res* et *actiones*, il aurait dû passer aux *actiones*. Il explique la dérogation à cet ordre par le fait qu'en parlant des *obligationes* on expose en même temps les *actiones*, car « la mère de l'*actio* est l'*obligatio* » (μητέρες γὰρ τῶν ἀγωγῶν αἱ ἐνοχαί). C'est seulement après une assez longue défense de la systématique ainsi modifiée par rapport aux *Institutes* de Justinien, que Théophile passe à rapporter les divisions des obligations conformément à la classification justinienne.

Voici le fragment évoqué de la paraphrase de Théophile dans la traduction de Ferrini¹⁰⁰ :

I.3.13.pr

Nunc transeamus ad obligationes.

Obligatio est iuris vinculum, quo necessitate adstringimur alicuius solvendae rei secundum nostrae civitatis iura.

Teofili, paraphrasis Inst.3.13.pr.

Cum de rebus dixerimus, transeamus ad obligationes. Sed erit fortasse qui eiusmodi ordinem reprehendat, et dicat nos non ex instituto nostro de obligationibus loqui. In prima enim Institutione, ubi definivimus ad quae romanorum ius pertineat, diximus ad haec pertinere, ad personas scilicet, ad res, ad actiones. Cum igitur de personis locuti simus, et de rebus quoque tractaverimus, convenienter nunc de actionibus esset dicendum. Cur ergo, actionibus relictis, ad obligationes conversi sumus ? Sed defendi sane eiusmodi ordo potest, nam qui de obligationibus loquitur, paullatim tacito quodam modo etiam de actionibus tractat : matres enim actionum obligationes sunt. Ordinis igitur nostri ratione defensa, videamus quid sit obligatio ? Obligatio est vinculum iuris, quo quis necessitate adstringitur id quod debet solvendi secundum nostrae civitatis iura [...]

⁹⁹ En tant que *res incorporales* — 1.2.2.

¹⁰⁰ *Institutionum graeca paraphrasis Teophilo*, version latine de F. C. Ferrini, Bero- lini 1884.

Il est caractéristique que, dans la paraphrase de Théophile, les divisions du droit ne sont pas avancées au premier plan autant que dans les *Institutes*.

Dans le fragment de la paraphrase, correspondant aux *Institutes* 1.12.12, où le droit est divisé en *personae*, *res* et *actiones*, on ne trouve pas cette division. C'est seulement dans le titre suivant que l'on trouve, mentionnée en passant, cette division des matières.

1.1.2.12

Omne autem ius, quo utimur, vel ad personas pertinet vel ad res vel ad actiones.

Teofili, paraphrasis Inst.1.3.pr.

Cum iustitiam definierimus, iurique generalem divisionem exposuerimus et didicerimus quinam olim iura conderent, et quomodo singulorum iura appellarentur, nec non legum quasdam scriptas quasdam non scriptas esse, ad alium argumentum veniamus, ac discipiamus circa quod ius romanorum versetur. Circa tria autem versetur, circa personas circa res circa actiones [...]

La division des choses en *corporales* et *incorporales*, que l'on trouve dans les *Institutes* 2.2.pr., dans la paraphrase de Théophile n'est pas formulée à un rang aussi avancé que dans les *Institutes*. On peut parler autant du classement des *obligationes* dans les *res incorporales*.

1.2.2.pr.-2

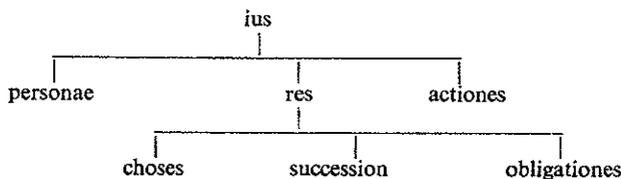
pr. Quaedam praetera res corporales sunt, quaedam incorporales. 1. Corporales hae sunt [...] 2. Incorporales autem sunt, quae tangi non possunt, qualia sunt ea, quae in iure consistunt : sicut hereditas, usus fructus, obligationes quoquo modo contractae.

Teofili, parafrasis Inst. 2.2.pr.-1

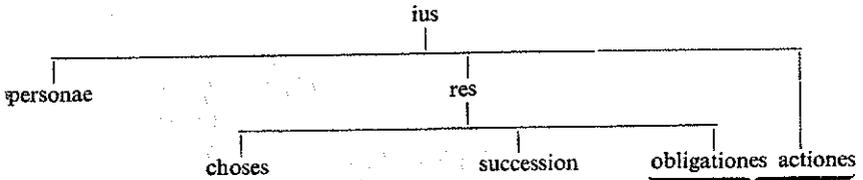
pr. [...] Sed haec omnia de corporalibus rebus intellegi debent. 1. Rerum enim quaedam corporales sunt quaedam incorporales. Corporales est res [...] Res incorporales sunt quae in iure consistunt, veluti hereditas. Et quid est hereditas ? [...] Adde et usumfructum. Ususfructus est [...] Adde et obligationes quomodocumque contractas [...] Et quid est obligatio ? [...]

On trouvera la meilleure illustration de ce qui précède dans les schémas ci-après des principaux points de référence des systèmes des *Institutes* de Gaius, des *Institutes* de Justinien et de la *Paraphrase* de Théophile :

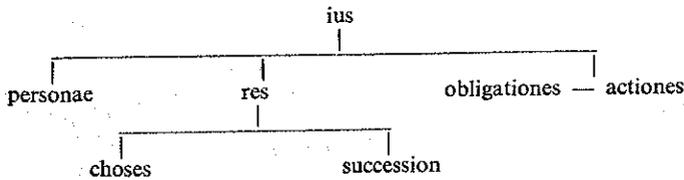
Institutiones de Gaius



Institutiones de Justinien



Paraphrase de Théophile



8. Les jurisconsultes du Moyen Age, en admettant l'ordre légal, n'étaient pas intéressés à créer leur propre systématization¹⁰¹. Leurs affirmations concernant la systématique et les divisions du droit avaient un caractère purement déclaratif.

La technique de travail des glossateurs de l'école de Bologne et de leurs successeurs consistait à expliquer un texte et à rechercher des liens internes entre les différents fragments. Dans ces conditions, les recherches sur la systématique n'intéressaient personne. Ce qu'on appelle les *continuationes titulorum*, dans lesquelles on s'efforçait de donner une explication rationnelle de l'ordre des titres et des fragments dans le *Digeste* ou dans le *Code*, ne fut qu'une tentative de systématization sans valeur pratique. Il n'en reste pas moins que les glossateurs eux-mêmes ressentaient l'aspect négatif de leur exégèse qui répartissait le droit dans son ensemble en un nombre infini de questions juridiques non liées entre elles. De même, les « sommes » écrites par les glossateurs, malgré l'abandon de la forme de glose, s'en tenaient à l'ordre des titres du *Digeste* ou du *Code*. La division

¹⁰¹ Cf. S. WRÓBLEWSKI, *Zarys wykładu prawa rzymskiego (Précis de cours de droit romain)*, Kraków 1916, p. 196 ; H.F. JOŁOWICZ, *Roman Foundation of Modern Law*, Oxford 1957, p. 62 ; P. WEIMAR, *Die legistische Literatur der Glossatorenzeit*, dans *Handbuch der Quellen und Literatur der neuen europäischen Privatrechtsgeschichte*, hg. von H. Coing, 1 Bd., München 1973, pp. 142 et suiv.

du *Digeste* en trois parties (*Digestum vetus*, *Infortiatum*, *Digestum novum*), qui s'est maintenue encore au XVI^e siècle, n'était pas dictée par des considérations rationnelles, mais résultait de l'ordre dans lequel on découvrait les différentes parties de ce texte¹⁰².

Les postglossateurs, appelés aussi commentateurs, en effectuant des élaborations dogmatiques de différentes questions juridiques, ont créé avec le temps un système dit de *loci ordinarii* : « une topographie particulière de la science juridique, se laissant classer dans l'ordre alphabétique et délivrant ainsi l'auteur de la peine de rechercher une systématique rationnelle »¹⁰³. Le *mos italicus iura docendi*, avec sa méthode de rechercher des questions subtiles spéciales, ne donnait pas l'impulsion à la recherche d'une telle systématique.

L'intérêt porté à la systématisation des dispositions juridiques s'accroît parmi les représentants de l'école humaniste et du droit naturel. Les aspirations à la codification du droit impliquait nécessairement la recherche d'un système rationnel qui eût remplacé celui du *Digeste*¹⁰⁴. Le postulat de reconstruction de la codification justinienne ainsi que de ses sources menait les uns (par exemple, Cujas) seulement à une exégèse critique, sans intention d'édifier leur propre systématique, tandis que les autres (par exemple Doneau) associaient les travaux de reconstruction du droit justinien à sa systématisation et à son utilisation pour les besoins de la pratique.

Dans son *Commentarius de iure civili*, Doneau revient au postulat cicéronien de ramener le droit *in artem*. Il mentionne à ce propos que de nombreux savants se contentent de suivre l'ordre du *Digeste*. Doneau n'attend pas de la nouvelle systématique un changement dans le contenu du droit, mais estime que la modification du système le rendra plus assimilable¹⁰⁵. Des exemples de l'intérêt à une nouvelle systématique se

¹⁰² Cf. F. PATETTA, *Sull'introduzione del Digesto a Bologna*, « Riv. Italiana per le Scienze Giuridiche », vol. 14, 1892, pp. 15 et suiv. (= *Studi sulle fonti giuridiche medievali*, Torino 1967, pp. 213 et suiv.).

¹⁰³ S. WRÓBLEWSKI, *op.cit.*, p. 198. Voir F. CALASSO, *Il negozio giuridico*, 2^e éd., Milano 1967, pp. 23 - 24.

¹⁰⁴ Voir M. VILLEY, *op.cit.*, p. 32 ; H.F. JOŁOWICZ, *Roman Foundation* [...], p. 63 ; K. SÓJKA-ZIELIŃSKA, *Wielkie kodyfikacje cywilne XIX wieku (Les grandes codifications civiles du XIX^e siècle)*, Warszawa 1973, p. 98.

¹⁰⁵ HUGO DONELLUS, *Comentarius de iure civili*, Hanoviae 1610, lib. 1, cap. 1, p. 1 : *Atque hoc quidem in his libris, quos institutimus, de iure in artem redigendo, eodemque arte in via explicando consilium nostrum est, ut ante praefati sumus. Sed erunt etiam ex doctissimis, qui hac parte inanem operam et a nobis, et ab aliis omnibus qui idem conentur*

trouvent dans l'oeuvre de Duaren, auteur du livre *De compositione ordine et metodo*, chez Bodin, auteur de l'oeuvre *Universi iuris distinctio*, et chez Domat, auteur de l'ouvrage *Les lois civiles dans leur ordre naturel*¹⁰⁶. Domat, représentant de l'école du droit naturel, recherchait un ordre naturel pour exposer le droit privé qu'il identifiait au droit romain¹⁰⁷. Il est le précurseur de la future systématique des pandectes.

L'époque des Lumières, avec ses transformations socio-économiques et ses espoirs de reconstruction de l'ordre juridique existant, croyait qu'il était possible de créer une législation idéale. Déjà les codes du XVIII^e siècle et les tentatives de codification différaient des recueils antérieurs de droit par la division selon les parties du droit, et non d'après le caractère de ses sources¹⁰⁸.

Les tentatives polonaises de codification dans la seconde moitié du XVIII^e siècle sont, elles aussi, caractéristiques. En confiant, en 1776, à Andrzej Zamoyski la mission de préparer un nouveau projet de code, la Diète ordonnait « qu'en prenant toujours la justice naturelle *pro primo obiecto*, il ne s'attachât indésistenter à aucune législation antérieure, mais qu'en tenant compte de la nature des circonstances où se trouve notre nation, ainsi que des moeurs de ladite nation, il conservât *in formando novo codice* des anciennes lois tout ce qu'il ne trouvera pas contraire

sumi docent ; qui nos intra ordinem in Pandectis traditum contineant, et hunc optimum esse contendunt. Quibus ne forte frustra progrediamur longius initio facisfaciendo puto. Vellem equidem, ita esset, ut illi tam studiose defendunt. Minus laborum et illis, et nobis in hoc studio versantibus subeundum esset, et maior fructus rediret ex operis nostris quotidianis ad studiosos. Sed res non patitur, ut concedam. Quid ergo in illa compositione desideramus ? Si de rebus quaeritur, non modo nihil, sed etiam eadem illae ipsae res sunt, quibus utimur, ad quas et ipsi tum retinendas, tum explicandas accedimus. Si de ordine et collocatione, requirimus omnia.

¹⁰⁶ Donellus — Hugo Doneau (1527 - 1591), Duarenus — François Duaren (1509 - 1559), Bodinus — Jean Bodin (1529/30 - 1596), J. Domat (1625 - 1696). Cf. M. VILLEY, *op.cit.*, p. 32 ; R. HUBE, *Pisma (Oeuvres)*, t. 1, Warszawa 1905, pp. 21 - 23.

¹⁰⁷ Cf. K. SÓJKA-ZIELIŃSKA, *Rola prawa rzymskiego [...]*, p. 112.

¹⁰⁸ Cf. F. WIEACKER, *Privatrechtsgeschichte der Neuzeit*, Göttingen 1967, pp. 275 et suiv. ; K. SÓJKA-ZIELIŃSKA, *op.cit.*, pp. 7, 9 ; S. SALMONOWICZ, *Od Justyniana do Kodeksu Napoleona. Rozważania nad problematyką i terminologią zbiorów prawnych feudalnej Europy (De Justinien au Code Napoléon. Considérations sur la problématique et la terminologie des recueils juridiques de l'Europe féodale)*, « Czasopismo Prawno-Historyczne », vol. 21, 1969, fasc. 1, p. 194. Les codifications et recueils du XVIII^e s. adoptaient la classification par matières, p. ex. : *Recueil des coutumes de Paris* de 1747 (personnes et biens, acquisition de biens, usage de biens, disposition de biens, actions) ; *Landrecht* prussien de 1794 (personnes, droit des choses, successions, obligations). Cf. également les tentatives faites en Pologne d'avant les partages de créer un code de droits.

à l'amélioration par nous envisagée de la justice »¹⁰⁹. Le projet de Zamoyski renoue expressément avec la division en *personae, res* et *actiones*. (« Cet ordre que la nature même nous indique, était suivi par les législateurs romains dans la rédaction des lois »). L'auteur précise toutefois que bien que « dans l'ordonnement de l'oeuvre je me sois conformé à l'ordre romain, je n'ai jamais oublié dans mon travail que j'écrivais les lois pour mes concitoyens et non pour les Romains »¹¹⁰.

Comment, à ces grandes étapes d'évolution du droit et de sa systématisation, utilisait-on la division romaine en *personae, res* et *actiones* ?

Dans la glose d'Accurse, qui récapitule l'activité des glossateurs, le fragment de *Gai libro primo Institutionum* présenté dans D.1.5.1 (*Omneius quo utimur vel ad personas pertinet vel ad res vel ad actiones*) n'est pas tout à fait bien compris. La glose, après avoir déclaré que cette division *videtur esse falsum* — en confondant ainsi cette division avec celle des *actiones in rem* et *in personam* — constate que *quare satis esset si dixisset ad personas vel ad res. Sed hoc dixit, ut plenius quod intendebat exprimeret [...] Casus : Intendit Juricons, demonstrare ordinem, quo fit processurus. Nam primodicturus est de personis qualibet circa statum obligentur et liberentur. Secundo de rerum divisione. Postea actiones ostendet quae et quales sint, et qualiter in iudicio proponuntur*¹¹¹. Dans une autre version, la glose¹¹² mentionne sans doute l'*utilitas* de la division du droit, adoptée par Gaius, mais constate que l'ordre légal établi par le législateur, c'est-à-dire celui du *Corpus iuris civilis*, doit jouer un rôle important dans la présentation du droit.

Glose ad D.1.5.1. : *Sed dic quo ad utilitate est verum quod dicitur hic : sed quod ad tractatum superior lex locum habet.*

¹⁰⁹ *Volumina legum. Przedruk zbioru praw staraniem xx Pijarów w Warszawie, od roku 1732 do roku 1782 wydanego [Volumina legum. La réimpression du recueil de droit édité à Varsovie en 1732 - 1782, par l'Association des prêtres « Pijar », t. 8, Petersburg 1860, p. 543.*

¹¹⁰ *Zbiór praw sądowych przez ex-kanclerza Andrzeja ordynata Zamoyskiego ułożony i w roku 1778 drukiem ogłoszony (Recueil de droit arrangé par l'ancien chancelier Andrzej Zamoyski et édité en 1778), éd. W. Dutkiewicz, Warszawa 1884, p. VI. Sur le projet postérieur de Hieronim Strojnowski, arrangé d'après la systématique des pandectes (personnes, droit de la famille, propriété, contracts et successions), cf. S. SALMONOWICZ, *Le droit romain en Pologne à l'époque des Lumières*, dans *Studi Volterra*, t. 2, Milano 1971, p. 368.*

¹¹¹ *Corpus iuris civilis*, éd. François Fradin, t. 1, Lugduni 1511 : glose ad D.1.5.1. Aussi dans l'édition du *Corpus iuris civilis* avec la glose d'Accurse, Venetiis 1591 (cité ci-après — Venetiis 1591).

¹¹² *Corpus iuris civilis* avec la glose d'Accurse, Lugduni 1600 (cité ci-après — Lugduni 1600).

La *superior lex* qui, selon la glose, doit être applicable dans l'établissement de l'ordre de présentation du droit, c'est le fragment grec du livre 2 *excusationum* de Modestin (D.1.4.4), dont la traduction latine est la suivante : *Posterior leges plus valent quam quae eas fuerunt*. L'absence de cette affirmation ne doit pas nous étonner dans les éditions plus anciennes, où les textes grecs n'étaient pas cités ¹¹³.

La glose d'Accurse des *Institutes* 1.2.12 ¹¹⁴, où il est question de la division, qui nous intéresse, en *personae*, *res* et *actiones*, renoue avec cette division. Cependant, la glose ne fait pas ressortir la mise en ordre que signifie cette division, mais explique pourquoi les problèmes des personnes se trouvent à la tête des *Institutes*.

Glose ad I.1.2.12 : *Casus [...] Et reditur ratio quare primo de personis est videndum, quae ratio talis est : Quis nihil prodest scire iura, nisi primo sciremus de personis et conditionibus personarum quarum personarum causa seu gratia et earum favore iura condita et composita sunt [...]* ¹¹⁵.

Il en est autrement dans la *Somme* datant du tournant des XII^e et XIII^e siècles (« *Iustiniani est in hoc opere* ») et provenant probablement du sud de la France ¹¹⁶. La division en *personae*, *res* et *actiones* a ici le sens évident d'une mise en ordre : elle est mentionnée au début avec les autres divisions (la division susmentionnée étant cependant celle de l'oeuvre) ¹¹⁷, au début de la partie consacrée aux choses ¹¹⁸ et avant l'analyse des *actiones* ¹¹⁹.

¹¹³ Cf. l'édition du C.I.C., Lugduni 1511 (cité — Lugduni 1511).

¹¹⁴ I.1.2.12 cité *supra*, p. 26.

¹¹⁵ Éditions du C.I.C. : Venetiis 1591 et Lugduni 1600. Cf. aussi la *Summa Azonis ad I.1.3.* du XII^e siècle (Bâle 1575, p. 1026) : *Sed quia omne ius, quo utimur pertinet ad personas, vel ad res, vel actiones [...] digniores autem sunt personae [...] quarum causa statuta sunt omnia iura [...] de personis primo videamus.*

¹¹⁶ La *Summa Institutionum* « *Iustiniani est in hoc opere* » (Manuscrit Pierpont Morgan 903), éditée par Pierre Legendre, dans « *Ius Commune* », Sonderhefte 2, Frankfurt am Main 1973, p. 4.

¹¹⁷ 1.2.46 - 50 : *Omne ius auid consensus fecit, auid necessitas naturalis, it servitutum, constituit, auid firmavit consuetudo. Totum autem ius consistit auid in adquirendo, auid in conservando, auid in admittendo. Omne ius quo utimur, vel ad personas pertinet, vel ad res, vel ad actiones. Prius est ut de personis videamus* (éd. citée à la note précédente, p. 27).

¹¹⁸ 2.1.3 - 6 : *Primo libro superius dixit : « Omne ius quo utimur pertinet vel ad personas, vel ad res, vel ad acciones ». Tractavit superiori libro de personis. Modo vult tractare de rebus, qualiter fiunt in patrimonio et qualiter sunt extra patrimonium* (éd. citée à la note 116, p. 42).

¹¹⁹ 4.5.2 - 4 : *In primo libro superius dixit omne ius vel ad personas vel ad res vel ad acciones pertinere. Et quia de personis et de rebus tractavit, modo vult tractare de eo quod in proposito restat, idest de accionibus* (éd. citée à la note 116, p. 124).

Les juriconsultes humanistes français appréciaient la valeur de cette division en tant que facteur de systématisation. Duaren estimait que tout le droit peut être renfermé dans cette division ¹²⁰.

Il est caractéristique que de nombreux auteurs, soulevant le problème de la division du droit en *personae*, *res* et *actiones*, font ressortir l'argumentation fondée sur un fragment de Hermogénien (D.1.5.2), justifiant l'ordre adopté par l'idée que tout le droit doit servir les hommes, c'est pourquoi le droit concernant les personnes est le plus important et doit se trouver en premier lieu ¹²¹.

Dans la division en *res corporales* et *incorporales*, dont l'importance est capitale pour la systématique des *Institutes* de Gaius, la glose ne voit pas sa valeur de systématisation. Elle voit seulement le lien unissant cette division à la différenciation des modes d'acquisition de la propriété (gl. *Accurs. ad I.2.2.pr.*) et développe, en s'appuyant sur la catégorie de *res incorporales*, la notion de droit subjectif (gl. *Accurs. ad D.1.8.1.1*).

Glose *ad I.2.2.pr.* [...] : *Quaedam incorporales. Quid hac divisione nos jurisconsulti legemus? Respons. Quia multa incorporalibus locum habent, quae non observantur in corporalibus. Incorporalia enim non traduntur, nec usucapiuntur regulariter : [...]*.

Glose *ad D.1.8.1* : [...] *Nam in definitione cuiuslibet rei incorporalis oportet te assumere ius : et ecce, hereditas est ius succedendi [...] Item ususfructus est ius utendi [...] Item obligatio est iuris vinculum [...] Actio est ius persequendi [...] Sic de aliis familiis* ¹²².

La valeur que la division en *res corporales* et *incorporales* présente pour la mise en ordre, se laisse apercevoir dans la *Somme des Institutes* (« *Iustiniani est in hoc opere* »). L'auteur analyse à propos de cette division le bien-fondé de la séparation des *actiones* qu'il classe parmi les *res incorporales* (4.5.4 - 13) : *Sed cum superius tractasset de rebus corporalibus et incorporalibus et actiones sint res incorporales, querit aliquis : quare de actionibus hic specialiter tractat? Solutio. Vere actiones sunt res incorporales*

¹²⁰ Duaren (1505 - 1559), cité dans l'édition glosée du *Digeste* de Godefray *ad D.1.5.1 (Corpus iuris civilis...)* DIONISIO GOTHOFREDO auctore, Francofurti ad Moenum 1663). Duaren est également cité dans l'édition Venetiis 1591 *ad D.1.5.1* : *Hoc sentit nullam partem iuris esse, nullum contractum, nullum negotium, nullam actionem, nullum iudicium, in quo tractando haec loca simul non incurvant.*

¹²¹ V. Cujas, *Opera*, t. 1, Napoli 1772, p. 726 : *Expositis partibus iuris, quae omnis sunt constitutae hominum causa, incipit tractare de hominum ipsorum iure, sive de statu, conditionis cuiusque [...]*.

¹²² Cité d'après C.I.C., Venetiis 1591 et Lugduni 1600.

*et superius dictum est de rebus incorporalibus et tamen cum summa ratione hic tractari meruit. Quia quod superius dictum est de rebus incorporalibus quantum ad acquisitionem earum dictum esse intelligendum est veluti de obligationibus, hic vero de actionibus ideo ponit ut omnibus innotescat res sibi acquisitas non rapiendo, non furtim subripiendo, non eas invadendo esse persequendas set per acciones, idest per competentem iudiciorum ordinem*¹²³.

Enfin, le troisième texte d'importance fondamentale pour la systématique des *Institutes* de Gaius, c'est le passage, après l'analyse du droit successoral, aux obligations (*nunc transeamus ad obligationes*). Dans la glose apparaît l'argumentation sur l'étroite liaison de l'*obligatio* et de l'*actio*, que l'on trouvait déjà dans la paraphrase de Théophile. Dans les éditions des *Institutes*, assorties de la glose d'Accurse, on trouve avant le titre 13 du livre III¹²⁴ l'affirmation sur la naissance de l'*actio* à partir de l'*obligatio*. Cela doit expliquer pourquoi les *actiones* sont traitées après les *obligationes*.

Glose ad I.3.13 : *Tertiam iuris civilis partem expositurus, de obligationibus unde actiones seu ex matre oriuntur*¹²⁵.

La même argumentation se répète avant le titre 6 du livre IV des *Institutes*, au début de l'analyse des *actiones* (I.4.6. pr. : *Superest, ut de actionibus loquamur*).

Remarques avant le titre I.4.6 : *Annota, tertia iuris civilis partem, quae actiones rescipit, aggredietur Imperator : quas merito tractatui obligationum postposuit : cum ab obligationibus utpote a matre originem ducant*.

Glose : *Superest. Sed quid superest ? Resp. forma [...] Vel dic, quod supra tractatum est de obligationibus quarum filiae sunt actiones [ut= =D.3.3.42.2]. Ideo de filia post matrem ponit quasi ordine successorio*¹²⁶.

De même Azo écrit dans la *Somme des Institutes* (3.14) : *Supra in principio I libri diximus omne ius, quo utimur pertinere ad personas, vel ad res (et de istis dictum est) vel ad actiones, et de his videamus : sed quia*

¹²³ La *Summa Institutionum* [...], p. 124. V. également 3.2.1-6 (p. 89), où avant de commencer l'analyse des obligations, l'auteur renoue avec la division commentée des *res* : *Superius dixit : « rerum alie sunt corporales, alie incorporales ». Corporales sunt que tangi possunt, de quibus tractavit in primis. Incorporales sunt que tangi non possunt ut ea que in iure consistunt sicuti usus fructus, habitatio, hereditas, obligationes. Tractavit de ceteris. Nunc autem vult tractare de obligationibus.*

¹²⁴ Dans les éditions antérieures *lib. 3 tit. 14*.

¹²⁵ Cité d'après *C.I.C. Venetiis 1591 et Lugduni 1600*.

¹²⁶ Éditions comme *supra*.

actiones nascuntur ex obligationibus, et de obligationibus tamquam de matribus earum primo loquamur ¹²⁷.

Dans la *Somme* d'Azo du Code, l'éditeur du XVI^e siècle P. Prateius développe la pensée de l'auteur en écrivant que dans le manuscrit du Code, le titre 10 du livre II est incorrectement appelé *De actionibus et obligationibus* : *Cum obligatio procedat actionem nam ex obligatione nascitur actio* [il cite comme preuve D.3.3.42.2] *ergo obligatio mater praecedere debet filiam actionem*. Prateius invoque la paraphrase de Théophile, mais souligne que déjà Azo estimait que le titre devait s'appeler *De obligationibus et actionibus* ¹²⁸.

Une argumentation semblable se trouve dans le *Liber iuris florentinus* datant du tournant des XII^e et XIII^e siècles ¹²⁹. Ce recueil divise les matières selon le schéma *personae — res — actiones*, renouant avec les *Institutes* de Justinien. Cependant, dans le cadre des différentes parties, il admet une autre division. La question qui nous intéresse y apparaît à deux reprises.

IV.11.1 : *Et quia de iure personarum hucusque dictum est, de iure actionum aliqua discenda sunt. Sed quia ex obligationibus nascuntur actiones, de obligationibus primo pauca attingemus*.

IV.12.1 : *Quia obligatio est quasi mater actionum, cum de ea sit dictum, de illa est dicendum primo generaliter, deinde secundum ordinem Codicis specialius* ¹³⁰.

Comment peut-on expliquer le fait que, chez les glossateurs, on trouve la même argumentation que chez Théophile ? On sait que la paraphrase grecque des *Institutes* fut découverte à Venise par Angelo Poliziano (1454 - 1494) et que sa première édition grecque parut seulement en 1534. Du reste, les textes grecs n'étaient pas analysés par les glossateurs ¹³¹.

¹²⁷ La *Summa Azonis*, édition citée à la note 115, pp. 1074 - 1075. Cf. aussi *Summa in I.4.6* : *Explicuimus de obligationibus : et quia ex his oriuntur actiones tamquam ex matribus, audiamus de actionibus [...]*.

¹²⁸ Azo, édition citée à la note 115, p. 306.

¹²⁹ Éd. M. CONRAT (COHN), *Das florentiner Rechtsbuch. Ein System römischen Privatrecht aus der Glossatorenzeit*, Berlin 1882.

¹³⁰ L'édition citée à la note 115, p. 64.

¹³¹ La première édition grecque de la *Paraphrase* de Théophile fut l'oeuvre de Vigilius de Zuichen, éditée à Bâle en 1534. La première édition en traduction latine date de 1536. De nombreuses éditions ont suivi. H.E. TROJE, *Graeca leguntur*, Köln - Wien 1971, pp. 246 et suiv. Cf. aussi J. FRÉGIER, *Paraphrase grecque des Institutes de Justinien par Théophile traduite en français, précédée d'une introduction et de divers travaux critiques par [...]*, Paris 1847, p. 64, selon qui il y avait 34 éditions aux XVI^e

Cependant, l'affirmation que l'*actio* procède de l'*obligatio* n'est pas dans la glose une reproduction fidèle du texte de Théophile. D'autre part, cette affirmation n'a pas chez les glossateurs le sens de systématisation qu'elle avait dans la paraphrase. Les glossateurs ne cherchaient pas à approfondir la logique du système, en cherchant seulement à décrire ce qui existait.

Dans la glose latine de Turin du VI^e siècle, qui restait sous l'influence de la paraphrase de Théophile et qui exerça une influence sensible sur les glossateurs¹³², la question qui nous intéresse ne trouve pas de reflet. Dans le texte que nous possédons de cette glose, on ne trouve pas de remarques sur I.3.13.

On ne trouve pas non plus une telle affirmation expresse dans la *Summa Institutionum* (« *Iustiniani et in hoc opere* »). Cependant, la tendance à lier l'*obligatio* et l'*actio* se laisse observer dans les considérations sur le classement des *actiones* dans les *res incorporales*¹³³.

Par conséquent, peut-on parler d'une influence indirecte de la paraphrase de Théophile sur les glossateurs en ce qui concerne le point qui nous intéresse, encore avant la découverte du manuscrit de Venise ? On ne saurait prouver une telle influence, bien qu'elle soit tout à fait plausible par une voie qui ne nous est pas connue. Cela d'autant plus que les *Institutes* précisément furent dans le bas Moyen Age la partie la plus connue de la codification justinienne, étudiée dans les écoles où l'on enseignait

et XVII^e siècles. Le nombre des éditions témoigne de la grande estime dont jouissait la *Paraphrase* de Théophile. Cujas aussi bien que le pandectiste Hugo du XIX^e siècle trouvaient que la *Paraphrase* de Théophile était le meilleur commentaire des *Institutes*.

¹³² Pour le texte de la glose de Turin, v. P. KRÜGER, *Die turiner Institutionenglosse*, « *Zeitschr. f. Rechtsgeschichte* », vol. 7, 1868, pp. 44 et suiv. Cf. M. CONRAT (COHN), *Geschichte des Quellen und Literatur der römischen Rechte im früheren Mittelalter*, 1 Bd., 1 Abt., Leipzig 1888, pp. 108 et suiv. ; F. PATETTA, *Contributi alla storia del diritto romano nel Medio Evo*, p. II, « *Bulletino dell'Istituto di Diritto Romano* », vol. 4, 1891, pp. 45 et suiv. (= *Studi sulle fonti giuridiche medievali*, Torino 1967, pp. 81 et suiv.) ; F. CALASSO, *Medio Evo del diritto*, t. 1, Milano 1954, pp. 285 et suiv. ; P. STEIN, *Regulae iuris. From Juristic Rules to Legal Maxims*, Edinburgh 1966, pp. 126 - 127. Cf. la glose de Turin imprégnée de l'argumentation de Théophile. Un exemple de l'inspiration de la glose de Turin par les tendances de classification de la *Paraphrase* de Théophile est fourni par la comparaison du fragment 53 de cette glose (éd. P. Krüger, p. 56) (= *ad. I. 2.1*) — avec la *Paraphrase* de Théophile (*ad I.2.1.pr.*) :

Paraphr. de Théophile (trad. de Ferrini)
Divisio autem est indefinita materiae bre-
vis quaedam comprehensio.

Glose de Turin, fragm. 53

Divisio est innumerabilis materiae brevis comprehensio.

¹³³ Cf. *supra* p. 32 - 33.

le droit¹³⁴. D'un autre côté, il convient de rappeler que les glossateurs trouvaient dans le *Code* et le *Digeste* des affirmations qui autorisaient à rattacher l'*obligatio* à l'*actio* (C.4.10 et D.44.7). Le fragment D.3.3.42.2 est également caractéristique pour l'illustration de ce lien (*Ea obligationem, quae inter dominum et procuratorem consistere solet mandati actionem parit*). La glose invoque précisément ce texte pour justifier le lien entre l'*obligatio* et l'*actio*¹³⁵.

Cujas, qui qualifiait Théophile de *noster interpres fidelissimus et anti-quissimus*¹³⁶, le cite à propos de l'appellation du titre 7 du livre 44 du *Digeste*. De l'avis de Cujas, ce titre devrait s'intituler non pas *De actionibus et obligationibus*, comme ce fut le cas dans les éditions anciennes, mais *De obligationibus et actionibus*. L'argument en faveur de cette thèse est que *actiones oriuntur ex obligationibus, obligatio parit actionem, ut inquit [...]* [= D.3.3.42.2]. *Et ut Theophilus noster ait, est mater actionis, quod proprie tamen dicitur tantum de actione in personam: nam actionem in rem obligatio non parit*¹³⁷.

L'influence directe de la paraphrase de Théophile se laisse voir également dans les éditions de *Corpus iuris civilis*, munies de commentaire humaniste de Godefray.

Commentaire de Godefray *ad I. 3.13: De personis et rebus dixit. Dicturus consequenter de actionibus praemittit tractandum de obligationibus. Est enim obligatio actionis mater*¹³⁸.

A la conception de la liaison entre l'*obligatio* et l'*actio* s'opposaient les juristes du XVI^e siècle. Appellus affirmait que le système de droit se concentrait autour des deux notions fondamentales : *dominium* et *obligatio*, et que la *vindicatio* et les *actiones in personam* étaient uniquement un effet du *dominium* et des *obligationes*¹³⁹.

Doneau également s'opposait à la liaison entre l'*obligatio* et l'*actio*, mais en affirmant que le *dominium* et l'*obligatio* étaient des subdivisions

¹³⁴ Cf. F. CALASSO, *Il negozio giuridico*, 2^e éd., Milano 1967, p. 173.

¹³⁵ V. la glose *ad I. 4.6*.

¹³⁶ *Not. posterior. ad tit. de inoff. test.* (cité d'après J. FRÉGIER, *op.cit.*, p. XVII).

¹³⁷ CUJAS, *Opera omnia*, t. 8, Napoli 1722, p. 316.

¹³⁸ *Corpus Iuris Civilis [...]* Dionisio Gothofredo auctore, Francofurti ad Moenum 1663. Cf. M. VILLEY, *op.cit.*, p. 45.

¹³⁹ J. APPELLUS, *Dialogus de studio juris recte instituendo exercendoque* (1^{re} éd. 1540), Spire 1588, p. 190. Cité d'après H.F. JOLOWICZ, *Obligatio and actio*, « Law Quarterly Review », vol. 68, 1952, p. 472, note 16.

de la catégorie plus large *quod nostrum est*¹⁴⁰. Contre la séparation des *obligationes* et des *res* s'élèvent Vinnius¹⁴¹ et Huber¹⁴².

Aux XVIII^e et XIX^e siècles on rencontre fréquemment l'opinion unissant l'*obligatio* et l'*actio*¹⁴³.

La discussion sur le point de savoir si Théophile, en identifiant l'*obligatio* et l'*actio*, avait transmis la pensée authentique de Gaius, devint superflue après la découverte, en 1816, à Vérone, du manuscrit des *Institutes*. Ainsi pour Savigny, à la lumière des travaux portant sur ce manuscrit, la systématique authentique de l'oeuvre de Gaius ne suscitait plus de doutes. Cet auteur, considérant les *obligationes* comme les droits patrimoniaux, n'hésite pas à les classer dans la catégorie de *res*. Savigny donne deux sens à la catégorie d'*actiones* : un sens formel, englobant les questions de procédure, et un sens matériel, lié à la notion de droit subjectif¹⁴⁴.

La tendance à créer un système juridique complet, excluant tous les doutes d'interprétation, était un rêve des juristes et des hommes d'État du XVIII^e siècle. Un code fondé sur les principes rationnels et logiques devait être aussi un code complet¹⁴⁵.

Ces postulats pouvaient-ils être trouvés dans l'oeuvre de Justinien ? La technique de composition du *Digeste* et du *Code* ne correspondait certainement pas à ces postulats. En revanche, ces derniers pouvaient être comblés, du moins dans une certaine mesure, par les *Institutes* de

¹⁴⁰ DONELLUS, *Comm. de iure civ.* (1^{re} éd. 1589), lib. 2 cap. 7. D'après H.F. JOLOWICZ, *Obligatio* [...], p. 472, note 17.

¹⁴¹ VINNIUS (1588 - 1657), *Comm. ad I.3.14.* D'après H. F. JOLOWICZ, *Obligatio* [...], p. 472, note 18.

¹⁴² HUBER (1636 - 1694), *Praelect ad I.3.14.* D'après H.F. JOLOWICZ, *Obligatio* [...], p. 472, note 19.

¹⁴³ V. AYLIFFE, *A New Pandect of the Civil Law*, publié après la mort de l'auteur en 1734 (d'après H.F. JOLOWICZ, *Obligatio* [...], p. 473, note 21) ; G. HUGO (1764 - 1844), cité par SAVIGNY, *op.cit.*, p. 391). G.A.W. DU ROI, « Archiv. f. Ziv. Praxis », t. 6, 1823, p. 437 — d'après F.X. AFFOLTER, *op.cit.*, p. 395.

¹⁴⁴ F.C. SAVIGNY, *op.cit.*, t. 1, p. 391 ; cf. H.F. JOLOWICZ, *Obligatio* [...], p. 473.

¹⁴⁵ Cf. S. SALMONOWICZ, *Od Justyniana* [...], p. 188 ; K. SÓJKA-ZIELIŃSKA, *Wielkie kodyfikacje* [...], pp. 9, 19 ; K. SÓJKA-ZIELIŃSKA, *Rola prawa rzymskiego* [...], p. 116. Le postulat d'un système juridique complet a trouvé son expression dans de nombreuses codifications modernes dont les auteurs croyaient avoir créé une oeuvre complète. Il en est ainsi avec l'art. 4 du Code Napoléon, qui permet de condamner un juge qui aurait refusé d'appliquer la loi « sous prétexte du silence, de l'obscurité ou de l'insuffisance de la loi ». Cf. V. ARANGIO-RUIZ, *Rariora*, Camerino 1970, p. 234. V. également R. HUBE, *op.cit.*, p. 49. Cf. P. KOSCHAKER, *Europa und das römische Recht*, 2^e éd., München-Berlin 1953, p. 251.

Justinien avec leur division des matières selon le schéma *personae — res — actiones* ¹⁴⁶. Cette division, diversement entendue, comme nous l'avons vu, offrait des possibilités de son application originale dans les grands codes civils du XIX^e siècle.

9. Parmi les trois codes civils fondamentaux du XIX^e siècle, deux — le code français et le code autrichien — renouent directement avec la systématique des *Institutes*. Il est cependant curieux de constater que tant la doctrine française qu'autrichienne adoptent généralement le système des pandectes. Cette systématique, qui n'a rien de commun avec la composition du *Digeste*, remonte à Domat qui fut le premier à séparer le droit successoral. Chez cet auteur, la succession cesse d'être traitée comme l'un des modes d'acquisition de la propriété ¹⁴⁷. Des auteurs de l'*usus modernus pandectarum*, tels que H. Vulnejus, J. Althusius, G. A. Struve, J. H. Berger ou S. Pufendorf, élaboraient peu à peu la nouvelle systématique des pandectes. Mais l'élaboration définitive de cette systématique est l'oeuvre du courant romaniste de l'école historique allemande du XIX^e siècle; ses précurseurs immédiats furent Gustav Hugo et Georg Arnold Heise ¹⁴⁸. Cette systématique distingue les parties séparées suivantes : droit des choses, obligations, droit de la famille, droit des successions. La partie dite générale est comme une pièce d'assemblage qui boucle le tout.

Le Code Napoléon de 1804 est divisé en 3 livres : I — Des personnes; II — Des biens et des différentes modifications de la propriété; III — Des différentes manières dont on acquiert la propriété. Cette disposition, renouant formellement avec la division en trois parties des *Institutes* de

¹⁴⁶ Il est intéressant de constater que la littérature juridique polonaise des XVII^e et XVIII^e siècles utilisait les schémas des *Institutes* pour exposer le droit polonais (p. ex. Śliwnicki, Przyłuski, Ostrowski). On rencontrait également des opinions qu'une imitation prudente de la systématique romaine devait permettre de mieux rédiger les lois polonaises nouvelles (cf. B. SUCHODOLSKI, *Nauka polska w okresie Oświecenia* [La science polonaise à l'époque des Lumières], Warszawa 1953, p. 328, qui cite une opinion de J. Potocki, énoncée en 1722). Ce schéma fut également utilisé dans le projet de Andrzej Zamoyski. Cf. J. BARDACH, dans *Historia państwa i prawa Polski* (Histoire de l'État et du droit polonais), t. 2, Warszawa 1966, p. 269; S. SALMONOWICZ, *Le droit romain en Pologne* [...], pp. 366 et suiv.

¹⁴⁷ J. DOMAT, *Les lois dans leur ordre naturel*, Paris 1659, p. 17. Cf. R. HUBE, *op.cit.*, p. 22; A. SCHWARZ, *Zur Entstehung des modernen Pandekten-Systems*, « Zeitschrift der Savigny Stiftung für Rechtsgeschichte », Rom. Abt., t. 42, 1921, p. 600.

¹⁴⁸ Cf. A. SCHWARZ, *op.cit.*, p. 584; P. KOSCHAKER, *op. cit.*, pp. 279 et suiv.; F. WIEACKER, *Privatrechtsgeschichte* [...], pp. 373 et suiv.

Justinien, a aussi, malgré quelques différences, la même répartition des matières. Il est caractéristique que là aussi sont appliqués les deux critères utilisés dans les *Institutes* : critère par rapport à l'objet (*personae — res*) et critère par rapport à l'acquisition de droits. Les *actiones* sont exclues de cette division, conformément à la tendance du droit moderne de formuler les règles de procédure séparément, dans un code spécial¹⁴⁹.

Le code civil autrichien de 1811 avait trois parties : I — Droit des personnes; II — Droit des choses entendu comme droit des biens, traitant des droits réels au sens propre du terme (opposable *erga omnes*) et du droit successoral ainsi que des droits réels et personnels (obligations); III — Dispositions communes aux droits des choses et des personnes. Là aussi on renoue nettement avec la systématique des *Institutes*, avec les deux critères de division susmentionnés.

Le troisième grand code du XIX^e siècle, le code civil allemand de 1896, a adopté une systématique tout à fait différente, dérivant des pandectes. Il comporte cinq parties : I — Partie générale; II — Obligations; III — Droit des choses; IV — Droit de la famille; V — Droit successoral.

La systématique des *Institutes* de Justinien, renouant avec les *Institutes* de Gaius, fondées sur les principes de la systématique scientifique grecque, a joué un grand rôle dans la formation du système du droit civil contemporain.

¹⁴⁹ Cf. A. SCHWARZ, *op.cit.*, pp. 580 et suiv. Cf. S. GRZYBOWSKI, *System prawa cywilnego. Część ogólna (Système de droit civil. Partie générale)*, Wrocław 1974, pp. 24 et suiv. Un exemple de cette tendance en France peut être l'exclusion des règles de droit processuel dans l'ordonnance royale de 1667 sur la procédure civile.

**ACCADEMIA POLACCA DELLE SCIENZE
BIBLIOTECA E CENTRO DI STUDI A ROMA**

Direttore: Bronislaw Billński

**2, Vicolo Doria (Palazzo Doria)
00 187 Roma
Tel. 679.21.70**