

Les instruments de la technique juridique

Jacques-Henri MICHEL

Spécificités du droit

1. Envisagé dans l'ensemble des domaines rationnels qui constituent le savoir humain, le droit offre la particularité d'être une discipline normative dans la mesure où elle énonce des règles auxquelles doivent obéir et la société tout entière et chaque individu en particulier. Mais il faut bien voir que, même s'il est la manifestation la plus frappante et la plus développée des corps de normes, le droit partage ce caractère avec toute espèce de morale, les règles de politesse ou les usages du protocole.

Le droit offre en outre avec ces ensembles normatifs l'originalité d'être étroitement lié à une société déterminée — peu en importent l'étendue ou l'importance. Il n'existe point de droit universel, non plus qu'une morale qui viserait à l'universalité, encore moins une politesse cosmopolite ou un protocole valable en tous lieux.

Enfin, chaque système de droit positif entretient une relation supplémentaire avec la société qui l'a en quelque sorte secrété, et c'est par la langue dont elle use. Un rapport rigoureux unit le droit à la langue, au point qu'il est parfois difficile de décrire un système de droit positif dans une langue autre que celle qui le véhicule. L'exemple le plus frappant de ce fait réside dans l'opposition qui s'établit entre les droits de l'Europe continentale, issus de la tradition romaine, et la *common law* anglo-saxonne. Rien de plus malaisé que

de rendre compte de celle-ci en français ou, inversement, d'exposer en anglais le droit français ou allemand.

On ajoutera encore que la langue est l'unique outil du juriste, qui ne saurait faire appel comme le mathématicien ou le physicien à des symboles ou à des formules. À ce titre, le droit compte au nombre des sciences du texte, de la même façon que la philosophie, l'histoire ou la psychologie. Et c'est là un lien de plus entre la langue et la science du droit.

2. On ne se dissimulera pas que la présente partie du cours* est, plus que toute autre, une ébauche vouée à rester imparfaite, même si elle représente le fruit de réflexions poursuivies depuis un quart de siècle. Si, malgré tout, on la propose au lecteur, c'est en espérant qu'il sera à son tour en mesure de la corriger, de la compléter et de l'améliorer, c'est aussi parce qu'on croit, peut-être à tort, qu'elle a quelque chance d'être, en partie au moins, assez nouvelle.

D'autre part, il est évident que les rubriques réunies ici courent inévitablement le risque du disparate, allant de quelques notions élémentaires de la logique traditionnelle à l'évocation trop brève de méthodes diverses en passant par tels procédés typiques du droit. Il n'empêche que, telles qu'elles s'offrent à la vigilante critique du lecteur, elles sont peut-être de nature à lui permettre de s'initier un peu mieux à la science du droit. C'est là leur seule justification.

3. Plan

- I. Genre et espèce (n° 4-12) ;
- II. La définition (n° 13-21) ;
- III. De la classification au plan (n° 22-27) ;
- IV. La fiction (n° 28-39) ;
- V. La présomption (n° 40-49) ;
- VI. Concret et abstrait (n° 50-57) ;
- VII. Subjectif et objectif (n° 58-61) ;
- VIII. L'analogie (n° 62-66) ;
- IX. L'induction et la déduction (n° 67-68) ;
- X. Le formalisme (n° 69-72) ;
- XI. La casuistique (n° 73-76) ;
- XII. L'interprétation (n° 77-80) ;
- XIII. La terminologie (n° 81-83) ;
- XIV. Les maximes du droit (n° 84-87).
- XV. La codification (n° 88-91).

* « Eléments de droit romain à l'usage des juristes, des latinistes et des historiens », ULB, Centre de droit comparé et d'histoire du droit, Bruxelles, 1998

Pour mesurer la part respective de la contribution qu'ont apportée, à l'élaboration de la science romaine du droit, les jurisconsultes classiques et les juristes du Bas-Empire du droit, on se reportera à Fritz SCHULZ, *History of Roman Legal Science*, 2e éd., Oxford, Clarendon Press, 1953 ; *Storia della giurisprudenza romana*, trad. ital. par Guglielmo NOCERA, Florence, Sansoni, 1968.

I. GENRE ET ESPÈCE

4. La terminologie est claire : en grec *génos* et *eidos*, en latin *genus* et *species* et, en français, « genre » et « espèce ».

Pour l'étymologie, le grec *génos* et le latin *genus* représentent le même mot indo-européen (cf. *gens* ; voir *Pers.*, n° 6). Le français « genre » est emprunté au latin dès les environs de 1200. Quant au gr. *eidos* et au lat. *species*, ils se rattachent à deux racines différentes, mais exprimant l'une et l'autre l'idée de voir, d'où le sens d'apparence ou de type.

Tout ce qu'il est possible de dire est que le genre a plus d'extension que l'espèce. Rapportés à la théorie des ensembles, les genres correspondent à des ensembles ou à des sous-ensembles, éventuellement englobés les uns dans les autres.

L'espèce, elle, correspond au singleton, l'ensemble qui ne comporte qu'une seule unité. Pour user d'un terme traditionnel, c'est une *res sui generis*, une chose individualisée, donc une *species*, mais qui, à elle seule, constitue un genre. C'est ainsi que *species* peut désigner également le cas d'espèce.

5. CIC., *De oratore* 1, 42, 188 *Genus autem id est quod sui similes communiōne quadam, specie autem differentes, duas aut plures complexitur partes.*

Le genre est ce qui rassemble des parties qui lui sont semblables par quelque élément commun, mais différentes par l'espèce, au nombre de deux ou plus.

Les notions de **genre** et d'**espèce**, qui fondent aujourd'hui encore la nomenclature de la botanique et de la zoologie, remontent à la philosophie grecque, spécialement celle d'Aristote, et à la rhétorique de l'antiquité.

L'oeuvre d'Aristote est connue à Rome à partir de 84 av. J.-C. quand Sylla ramène en Italie ses oeuvres dites ésotériques qui représentent les cours du Lycée. D'où, aussitôt, la *Rhétorique à Hérennius* et le *De inventione*, de Cicéron, peut-être aussi le *Liber singularis « Horôn »* (= Définitions) de Q. Mucius Scaevola ; plus tard, les *Topiques* de Cicéron encore.

On illustrera l'opposition entre genre et espèce par un unique exemple tiré d'Ulpien : *Dig.* 50, 16, 194 *Inter donum et munus hoc interest quod inter genus et speciem : nam genus esse donum...*

munus speciem. Nam munus esse donum cum causa, ut puta natalicium, nuptalicium. Entre *donum* et *munus*, il y a la [même] différence qu'entre genre et espèce : car le genre est le don, le cadeau, l'espèce. Car le cadeau est le don avec une cause, comme par exemple le cadeau d'anniversaire, de mariage.

6. Première application en droit romain : le genre (*genus*), la chose de genre (*B.*, n° 122 ; *C.*, n° 80, 92), opposée à la *species*, la chose déterminée, le corps certain, *res certa* (*Ibid.* et *C.*, n° 100, 107).

Des choses de genre (*genera*), les jurisconsultes romains donnent une définition purement utilitaire : GAIUS 3, 90 ...(*Res*) *quae pondere, numero, mensura constant, qualis est pecunia numerata, vinum, oleum, frumentum, aes, argentum, aurum.* Les choses qui sont estimées (*lit.* qui coûtent) par le poids, le nombre, la mesure, tels la monnaie, le vin, l'huile, le blé, le bronze, l'argent, l'or.

D'où la règle qui exclut les choses de genre du domaine de la responsabilité contractuelle : *Genera non pereunt* (*C.*, n° 80).

Quant à *species*, elle fonde en outre le concept de spécification parmi les modes d'acquisition de la propriété (*B.*, n° 63).

7. Autre application : *Dig.* 50, 17, 80 *In toto iure generi per speciem derogatur et illud potissimum habetur quod ad speciem directum est.* Dans l'ensemble du droit, on déroge au genre par l'espèce et la préférence va à ce qui concerne l'espèce.

Cf. *Dig.* 48, 19, 41 ...*nec ambigitur in cetero omni iure speciem generi derogare.*

8. On citera encore deux textes caractéristiques. GAIUS 4, 53d *Causa plus petitur... si quis genus stipulatus sit, deinde speciem petat, veluti si quis purpuram stipulatus sit generaliter, deinde Tyriam specialiter petat... Idem iuris est si quis generaliter hominem stipulatus sit, deinde nominatim aliquem petat, velut Stichum, quamvis vilissimum.*

C'est par l'objet qu'il y a demande excessive... si quelqu'un a stipulé un genre, qu'ensuite il réclame une espèce, comme si quelqu'un a stipulé de la pourpre en général, qu'ensuite il réclame spécialement celle de Tyr... Même [solution] en droit si quelqu'un a stipulé en général un esclave, qu'ensuite il en réclame un nommé, comme Stichus, quoique d'une bien moindre valeur.

Sur la demande excessive (*plus petitio*), on verra *Pr.*, n° 78 et 80.

9. GAIUS 1, 188 *Ex his apparet quot sint species tutelarum. Si vero quaeramus in quot genera hae species diducantur, longa erit disputatio. Nam de ea re valde veteres dubitaverunt nosque diligentius hunc tractatum executi sumus et in edicti interpretatione et in his libris quos ex Q. Mucio fecimus. Hoc tantisper sufficit admonuisse quod quidam quinque genera esse*

dixerunt, ut Q. Mucius, alii tria, ut Ser. Sulpicius, alii duo, ut Labeo ; alii tot genera esse crediderunt quot etiam species essent.

D'où il appert combien il y a d'espèces de tutelle. Mais si nous cherchons à combien de genres ces espèces se ramènent, longue sera la discussion. Car, sur le sujet, les anciens ont beaucoup douté et nous l'avons traité avec plus d'attention et dans notre commentaire de l'édit et dans les livres que nous avons tirés de Q. Mucius [Scaevola]. Ici, il suffit d'avoir rappelé que certains ont dit qu'il y en avait cinq genres, comme Q. Mucius, d'autres trois, comme Servius Sulpicius, d'autres deux, comme Labéon ; d'autres ont cru qu'il y en avait autant que d'espèces également.

L'intérêt de ce texte est de montrer que, dès le début du Ier siècle avant notre ère, les jurisconsultes — et Q. Mucius Scaevola sans doute le premier — se préoccupent d'appliquer à la science du droit romain la distinction entre genre et espèce.

10. Mais le manuel de Gaius montre surabondamment que, si la distinction est claire, l'emploi que l'auteur fait de l'un et l'autre terme est à peu près indifférent, sauf lorsqu'il les oppose.

GAIUS 3, 88 *Nunc transeamus ad obligationes. Quarum summa divisio in duas species diducitur : omnis enim obligatio vel ex contractu nascitur vel ex delicto. Et prius videamus de his quae ex contractu nascuntur. Harum autem quattuor genera sunt : aut enim re contrahitur obligatio aut verbis aut litteris aut consensu.* (Cf. 3, 163.)

3, 173 *Est etiam alia species imaginariae solutionis per aes et libram. Quod et ipsum genus certis in causis receptum est...* Ici *species = genus !*

On pourrait voir encore : 2, 101-102 *Testamentorum genera...* (voir B., n° 32) ; 192 *Legatorum itaque genera sunt quattuor : aut enim per vindicationem legamus, aut per damnationem, aut sinendi modo, aut per praeceptionem.* 3, 183 *Furtorum genera...* avec la divergence entre Ser. Sulpicius et Masurius Sabinus (trois) et Labéon (deux). 4, 1 *...Quot genera actionum sint, verius videtur duo esse, in rem et in personam.* (Cf. *Inst.* 4, 6 [1].)

11. **Conclusion.** L'usage incertain de l'un et l'autre terme dans l'enseignement du droit romain, chez Gaius, contraste notamment avec la clarté de l'opposition que la technique juridique établit entre les choses de genre (*genera*) et le corps certain (*species*). Même hésitation, finalement corrigée, chez Paul (à moins qu'il s'agisse d'une interpolation) :

Dig. 41, 2, 3 [21] *Genera possessionum tot sunt quot et causae acquirendi eius quod nostrum non sit, velut pro emptore, pro donato, pro legato, pro dote, pro herede, pro noxae dedito, pro suo sicut in his quae terra marique vel ex hostibus capimus vel quae ipsi ut in*

rerum natura essent fecimus. Et in summa magis unum genus est possidendi, species infinitae. (Voir B., n° 85.)

Il y a autant de genres de possessions que de causes (aussi) d'acquérir ce qui n'est pas à nous : ainsi en qualité d'acheteur, comme donné [ou] légué, au titre de la dot, en qualité d'héritier, par abandon noxal, comme sien propre, tel ce que nous prenons sur terre et sur mer ou à l'ennemi ou ce que nous avons fait exister. Et, au total, il vaut mieux dire qu'il y a un seul genre de possession, [mais] des espèces innombrables.

Un point de grammaire

12. On croit bien faire en signalant encore une application de l'opposition entre genre et espèce à la grammaire latine. Quand l'adjectif épithète sert à distinguer une espèce au sein d'un genre, le latin classique le place après le substantif :

res mea, civis Romanus, praetor urbanus, edictum perpetuum, ius civile. C'est la position **spécificative** ou déterminative de l'adjectif (*Gramm. de base du latin*, § 548).

Cet usage se perd progressivement au cours de l'époque impériale : on dira alors indifféremment *fides bona* ou *bona fides*, *fenus nauticum* ou *nauticum fenus*.

REMARQUE FINALE. En plus de sa signification propre, l'opposition entre genre et espèce détermine, d'une part, le mécanisme de la définition (n° 13) et, d'autre part, les divers procédés de classification (n° 22).

II. LA DÉFINITION

Remarque préliminaire

13. Chez les jurisconsultes romains, *definitio* peut désigner parfois une maxime du droit (*regula iuris*). Ainsi dans le texte célèbre de Javolénus :

Dig. 50, 17, 202 Omnis definitio in iure civili periculosa est. Parum (rarum corr. Haloander) est enim ut non subverti posset. Toute maxime est périlleuse en droit civil. Il s'en faut de peu [ou : il est rare], en effet, qu'elle ne puisse être tournée.

De même, *C. Just. 7, 34, 4*, de Dioclétien, et *6, 38, 4 [2]*, de Justinien.

Notion

14. CIC., *Top.* 5, 25 *Definitio est oratio quae id quod definitur explicat quid sit.* La définition est l'énoncé qui, pour la notion définie, développe en quoi elle consiste.

Définir, c'est borner (en grec, la définition = *horos*, la borne), délimiter (lat. *finis*, la frontière), circonscrire une notion de manière à la fois à en préciser l'étendue et à tracer les limites qui la séparent des notions voisines.

La définition procède par genre prochain [= des genres réduits de proche en proche] et différence(s) spécifique(s) sur le modèle suivant :

notion N = genre G + restrictions successives.

REM. La définition se traduit aisément dans la théorie des ensembles par une suite de sous-ensembles de plus en plus restreints jusqu'au singleton qu'est la notion à définir.

Parmi les juriconsultes classiques n'ont publié des recueils de définitions que P. Mucius Scaevola (*Liber singularis Horôn*, en un livre), cité par Cicéron dans les *Topiques*, et Papinien (n° 17).

15. OBSERVATION PÉDAGOGIQUE. Le juriste, n'ayant d'autres symboles à sa disposition que les mots, — à la différence de ce qui se passe dans les sciences de la nature —, se doit de les définir avec toute la précision possible. L'apprenti juriste, qui doit savoir que la définition représente une manifestation typique de la logique abstraite (voir *Ann.*, n° 2-3), fera donc bien de commencer par acquérir soigneusement les définitions de la terminologie juridique. Plus tard, il sera en mesure de les forger lui-même. Au terme de son apprentissage, il aura découvert que les définitions n'ont qu'une valeur relative — qu'il se souvienne de Javolénus ! — et il s'apercevra que l'emploi, voire l'abus des définitions, dans notre doctrine moderne, est lié à l'exposé du droit sous une forme volontiers déductive.

Formes

16. Les définitions appartiennent à deux types différents. Il y a la définition par *inventaire* ou *énumération*, qui est une sorte de définition inductive. D'autre part, il y a la définition par *caractérisation*, c'est-à-dire par spécification progressive à partir d'un genre. Il est évident que celle-ci est la seule pertinente du point de vue logique.

17. Par énumération. *CIC., Top. 5, 28 Definitio est... partitionum cum res ea quae proposita est quasi in membris discernitur, ut si quis ius civile dicat esse quod in legibus, senatusconsultis, rebus iudicatis, iuris peritorum auctoritate, edictis magistratum, more, aequitate consistat.*

Il y a définition par les parties quand la notion proposée est en quelque sorte décomposée en ses membres : comme on dirait que le droit civil est ce qui consiste en lois, sénatusconsultes, choses jugées, autorité des jurisconsultes, édits des magistrats, coutume, équité.

On comparera au *Dig. 1, 1, 1 [2] Publicum ius in sacris, in sacerdotibus, in magistratibus consistit*. Le droit public consiste dans les actes du culte, les prêtres, les magistrats.

Et frg. 7 PAP. libro secundo definitionum *Ius autem civile est quod ex legibus, plebiscitis, senatusconsultis, decretis principum, auctoritate prudentium venit.*

Le droit civil est ce qui vient des lois, des plébiscites, des sénatusconsultes, des décisions des princes, de l'autorité des jurisconsultes.

18. Par caractérisation. *Top. 6, 29 Sic igitur veteres praecipunt, cum sumpseris ea quae sint ei rei quam definire velis cum aliis communia, usque eo persequi dum proprium efficiatur quod nullam in aliam rem transferri possit. Ut haec... Gentiles sunt inter se qui eodem nomine sunt. Non est satis. Qui ab ingenuis oriundi sunt. Ne id quidem satis est. Quorum maiorum nemo servitatem servivit. Abest etiam nunc. Qui capite non sunt deminuti. Hoc fortasse satis est. Nihil enim video Scaevolam pontificem ad hanc definitionem addidisse.*

Voici ce que prescrivent les anciens : quand on a pris les éléments qui, à la notion qu'on veut définir, sont communs avec d'autres, on continue jusqu'à trouver ce qui lui est propre sans pouvoir convenir à aucune autre. Par exemple... : les membres de la *gens* sont ceux qui partagent le même nom. Ce n'est pas suffisant. Qui sont nés d'ingénus. Même ceci n'est pas suffisant. Parmi les ancêtres desquels personne n'a connu l'esclavage. Il manque encore quelque chose. Qui n'ont pas été frappés d'incapacité. Ceci suffit peut-être. Je ne vois rien, en effet, que Scévola le pontife ait ajouté à cette définition.

19. Du point de vue historique, on notera que, dans l'élaboration d'un savoir nouveau, une fois délimité le domaine qu'il va explorer, la définition et la classification des concepts étudiés constituent les premières démarches nécessaires (n° 68). C'est bien pourquoi Aristote est, par excellence, le fondateur de la plupart des sciences de la nature, de l'homme et de la société.

Définition et essence

20. L'essence (*essentia*, dérivé savant et tardif d'*esse*) est ce qui constitue la nature d'un être par opposition aux accidents qu'il peut présenter. L'essence est ce qui fait qu'il est ce qu'il est et ce sans quoi il ne serait pas.

D'où, en droit, la distinction entre *essentialia* (par ex. *contractus*), les éléments essentiels d'un acte juridique, et *accidentalia*, les éléments accidentels ou facultatifs — on dit aussi naturels, ce qui est moins pertinent — qu'il peut présenter sans changer de nature.

Seule l'essence admet une définition. C'est pourquoi il ne saurait y avoir de définition d'un contrat innomé (*C.*, n° 231-234).

Histoire

21. — Les manuscrits de Platon conservent un opuscule intitulé *Horoi* (litt. « les bornes »), « Les définitions », dont l'attribution est à juste titre contestée.

Ce petit ouvrage comporte 184 rubriques. On relèvera, touchant le droit : 23 *Justice*, cinq définitions ; 28 *Équité*, trois. On citera : 103 *Définition* : « Le discours dont les éléments sont la différence et le genre. »

— Mais le technicien par excellence de la définition est Aristote qui, à ce titre, joue le rôle de fondateur pour la plupart des sciences de la nature, de l'homme et de la société. La *Métaphysique* est, avant tout, un traité de la définition.

— Dans la science du droit romain, la définition apparaît dès le milieu du II^e siècle avant notre ère sous l'influence de la philosophie grecque, mais surtout avec l'oeuvre d'Aristote connue à Rome à partir de 84 av. J.-C. D'où, peut-être, le *Liber singularis « Horôn »* de Q. Mucius Scaevola (mort en 82), cité plus haut (LENEL, *Paling.*, t. I, p. 762), et, à coup sûr, mais plus tard, les *Topiques* de Cicéron.

— Les jurisconsultes romains n'ont guère le goût des définitions, lié chez les modernes à l'exposé déductif de la doctrine juridique. Il n'empêche qu'elles figurent en grand nombre dans le titre 50, 16 du *Digeste* : *De verborum significatione*.

— L'intérêt pour les définitions réapparaît, sans doute sous l'influence grecque, dans les écoles de droit du Bas-Empire. Cette tradition a pu inspirer les juristes byzantins et, en Occident, les glossateurs et les post-glossateurs.

RENVOI. Tout au long du cours, le lecteur a pu trouver les définitions proposées par les jurisconsultes romains eux-mêmes pour les notions suivantes :

— Première partie (Introduction) : *ius civile* et *ius gentium* (n° 25), *lex* et *plebiscitum* (n° 27), *senatusconsultum* (n° 30), *constitutio principis* (n° 32), *edictum* (n° 34), *responsum* (n° 36).

— II^e partie (Procédure) : *iurisdictio* (n° 47).

— III^e partie (Personnes) : *nuptiae* (n° 79). Mais Gaius se contente d'opposer *sui iuris* (donc *pater familias*) à *alieni iuris* (n° 10).

— IV^e partie (Biens) : *genus, genera* (n° 122), *bona* (n° 131). On rappelle qu'il n'y a pas de définition de la propriété (n° 47), ni de la *iusta causa traditionis* (n° 85). Celle du *peculium* est purement analogique : ...*quasi patrimonium pusillum* (n° 131).

— V^e partie (Délits) : *furtum* (n° 25) et *dolus* (n° 75), mais non *metus* (n° 70).

— VI^e partie (Contrats) : *commodatum* (n° 106 ; Doneau), contrats consensuels (n° 118), *pecunia* (n° 135) et *donatio mortis causa* (n° 261).

Enfin, on a pu constater que les jurisconsultes remplacent volontiers une définition par l'exposé d'une classification : ainsi pour les interdits (*Pr.*, n° 58-62) ou les choses (*B.*, n° 117-125).

III. DE LA CLASSIFICATION AU PLAN

Notion

22. La classification met en oeuvre, d'un côté, les notions de genre et d'espèce et, d'autre part, la hiérarchie qui s'établit entre genres, sous-genres et espèces. On observera d'emblée que la science du droit est classificatoire et hiérarchisante beaucoup plus qu'hypothético-déductive, contrairement à ce qu'imaginent trop de juristes.

REM. — On trouve très tôt dans l'histoire romaine un exemple remarquable de classification empirique : le système centuriate, dit de Servius Tullius. (On verra : *Intr.*, n° 28 ; *Pr.*, n° 110 ; *Pers.*, n° 9, 78 ; *B.*, n°2-3 ; *C.*, n° 190 ; *S.*, n° 15, 34.)

— La nomenclature binominale de Linné (1707-1778), en botanique et en zoologie, fait appel à des catégories décroissantes : ordres, familles, genres et, finalement, espèces. En revanche, la table de Mendéléév (1834-1907) ordonne les corps simples de la chimie d'après leur poids atomique en chimie. On observera, enfin, que les essais de classifications des sciences se sont révélés décevants.

Il arrive souvent aux scientifiques — et plus spécialement dans le domaine des sciences de la nature, qui restent les plus avancées à

notre époque —, de se demander si la classification relève bien de la démarche scientifique. Pourvu qu'on soit attentif à l'histoire des sciences et des savoirs, la réponse ne fait pas de doute : il suffit précisément de se rappeler Linné au XVIII^e siècle.

23. Au terme de ses étapes successives, la classification doit aboutir à élaborer un plan qui permettra d'organiser rationnellement la matière juridique constituée par les sources du droit, les ouvrages de la doctrine et les exposés pédagogiques. À cet égard, force est de constater que, si l'enseignement du droit romain a su produire des manuels élémentaires, en revanche, les sources du droit et les ouvrages des jurisconsultes n'ont pas atteint, et de loin, le même niveau de systématisation. On va le montrer maintenant.

REM. Il est bon de rappeler au préalable que les lois républicaines et les sénatusconsultes du Haut-Empire n'ont pas fait l'objet de recueils d'ensemble, qu'ils fussent officiels ou privés.

24. En laissant de côté la loi des XII Tables, dont l'ordonnance n'est pas clairement assurée par la reconstitution traditionnelle des modernes, on constatera que l'**édit du préteur**, s'étant développé d'une manière empirique soustraite à nos investigations, offre un plan qui, même dans la codification de l'Édit perpétuel due à Salvius Julien, n'obéit absolument pas à notre exigence de rationalité. Or, à travers les commentaires détaillés que les grands jurisconsultes classiques lui ont consacrés ensuite, c'est l'édit du préteur qui a déterminé l'ordre des 50 livres du Digeste et, dans une mesure moindre, celui des 12 livres du Code de Justinien.

Si l'on se rappelle que la culture romaine s'est donné une riche tradition encyclopédique — depuis Caton l'Ancien, dès le II^e siècle av. J.-C., et surtout Varron, en passant par Pline l'Ancien (au I^{er} siècle apr. J.-C.) et Martianus Capella (vers 400), jusqu'à Isidore de Séville (autour de 600) —, on en conclura que la science des juristes, qui a su concevoir les manuels élémentaires d'*Institutiones*, ne s'est pas préoccupée de mettre en oeuvre les sources du droit romain dans des recueils synthétiques, se contentant de les rassembler en de **vastes collections** cumulatives : à savoir, successivement, le Code Théodosien, le Digeste et le Code de Justinien.

REM. Rapprochement inattendu, mais instructif, entre l'*Histoire naturelle* et le Digeste : dans sa préface (§ 17), Pline l'Ancien signale que, pour réunir la matière de ses 37 livres, il a consulté 2000 *libri* (au sens romain du terme), le même nombre que mentionne Justinien dans la const. *Omnem* (§ 1) pour les sources du Digeste.

25. Historiquement, la classification et le plan représentent une lente conquête de la science romaine du droit. À en juger par mainte allusion de ses successeurs, Q. Mucius Scaevola, mort en 82 et auteur

du premier ouvrage d'ensemble sur le droit privé — *De iure civili libri XVIII* — a dû être le pionnier en cette matière comme dans nombre d'autres. Pomponius a écrit de lui :

Dig. 1, 2, 2 [4] Q. Mucius Publii filius pontifex maximus ius civile primus constituit genera t i m in libros decem et octo redigendo.

Quintus Mucius, fils de Publius, grand pontife, a le premier constitué le droit privé en le ramenant par genres à dix-huit livres.

26. L'étape décisive, mais qui restera limitée au genre du **manuel élémentaire**, paraît réalisée par Gaius qui, après une brève introduction (1, 1-7), distingue : *personae*, les personnes (livre I) ; *res*, les choses au sens large (livres II et III) et la procédure, *actiones* (livre IV). Le plan de ses *Institutiones* déterminera, par l'intermédiaire des *Institutes* de Justinien, celui du Code civil.

REM. Le lecteur pourra découvrir, tout au long du manuel de Gaius et des *Institutes* de Justinien, les articulations logiques du plan constamment explicitées dans le cours du texte.

Dans le Code civil, le plan est donné par les intitulés des livres, des titres, des chapitres et des sections.

Plan du cours

27. Il paraît de bonne méthode d'analyser et de justifier ici le plan que le présent cours a adopté pour exposer le droit privé de Rome. Car il est vrai que ce plan est hybride, combinant l'histoire et l'ordonnance logique de la matière.

Il est historique dans la mesure où il commence par la procédure, où l'on voit l'origine même de tout droit positif. Pour le reste, il obéit au plan des manuels élémentaires de Gaius et de Justinien en examinant successivement les personnes et les choses au sens large (c'est-à-dire les biens et les obligations, mais avant les successions).

En revanche, l'exposé redevient historique, dans la IV^e partie consacrée aux biens, en décrivant la mancipation et la possession avant la propriété et, pour les obligations, en étudiant les délits (V^e partie) et les contrats (VI^e partie) avant les éléments d'une théorie générale des obligations (VII^e partie), les successions (VIII^e partie) clôturant le tout.

IV. LA FICTION

Notion

28. La fiction est le procédé de la technique juridique qui, pour atteindre un but jugé légitime, consiste à admettre comme vrai un fait contraire à la réalité. On citera Gaius: 4, 37 *Item civitas Romana peregrino fingitur si eo nomine agat aut cum eo agatur si modo iustum sit eam actionem etiam ad peregrinum extendi*. De même, la cité romaine est supposée au pérégrin s'il procède à ce titre ou si l'on procède avec lui, pourvu qu'il soit juste d'étendre cette action aussi au pérégrin.

On peut voir, dans la fiction, une attitude typique de la mentalité archaïque dont il est frappant de trouver d'autres manifestations dans la société romaine.

29. Il en est ainsi de la mascarade qui accompagne le *postliminium*. On sait que le citoyen romain fait prisonnier de guerre devenait l'esclave de l'ennemi et, par conséquent, était frappé de la *capitis deminutio maxima*, étant tenu pour mort : sa succession s'ouvrait, sa femme désormais était veuve, ses enfants devenaient *sui iuris*. Mais s'il parvenait à échapper à la captivité, au moment même où il regagnait le territoire romain, il recouvrait tous ses droits à titre rétroactif (*Pers.*, n° 64 ; ici, n° 35).

Cette fiction évidente se concrétisait par toute une mise en scène que nous décrit Plutarque (*Quest. rom.* 5, sans doute d'après Varron) : véritable revenant, l'heureux rescapé rentrait dans sa maison non par la porte, mais en escaladant le toit et en descendant par l'*impluvium* au moyen de câbles. Tout se passait donc comme s'il n'avait jamais quitté sa maison pendant toute la durée de son absence.

30. De la même manière, la religion romaine nous montre que l'observation des **présages** se prêtait à d'indiscutables manipulations. Celui qui se chargeait de recueillir ces signes venus des dieux n'hésitait pas à sélectionner ceux dont il tiendrait compte et ceux qu'il préférerait ignorer. Caton disait ainsi : *Quod ego non sensi nullum mihi vitium facit* (FESTUS, v° *prohibere comitia*, p. 268 L.). Ce que je n'ai pas aperçu ne me gêne pas. Cicéron, d'ailleurs, s'en plaint (*De div.* 1, 28). De même le consul M. Claudius Marcellus, augure au surplus, se faisait transporter en litière fermée pour ne pas percevoir des signes qui auraient contrarié ses plans (*De div.* 2, 77).

31. Homologue romain de l'exterritorialité des ambassades aujourd'hui, près du temple de Bellone (déesse de la guerre), situé hors du *pomerium*, se dressait la *columna bellica*, colonne qui

représentait le territoire ennemi et sur laquelle le fécial (*fetialis*) jetait sa lance pour déclarer la guerre à une nation étrangère que la distance rendait inaccessible à sa démarche.

32. L'intérêt de ces exemples tirés de la tradition romaine est de montrer que la fiction, à l'origine, est concrète et ancrée dans la **mentalité archaïque**. Quand et pourquoi a-t-on recours à la fiction ? Chaque fois qu'il s'agit de tourner l'obstacle à l'innovation que constituent l'inertie des mentalités et l'enracinement des habitudes.

C'est ce que l'on voit clairement aujourd'hui encore à la lumière de ce qui est peut-être le seul exemple actuel de fiction, à savoir l'heure d'été. Quand, au cours de la première guerre mondiale, le législateur a cru utile de faire lever les gens plus tôt qu'ils en avaient l'habitude, le plus simple a encore été d'avancer les horloges d'une heure...

33. Il est inutile de reprendre ici en détail les emplois de la fiction signalés, à la suite de Gaius (4, 32-38), dans le cadre de la **procédure formulaire** (*Pr.*, n° 115-116). On y ajoutera cependant l'action accordée par le préteur au créancier du débiteur dont les dettes, en strict droit civil, s'éteignent par l'effet de la *capitis deminutio minima* résultant de l'adrogation du *pater familias* ou de la *conventio in manum* de la femme *sui iuris* (GAIUS 3, 84).

Mais on fera spécialement place ici aux autres manifestations de la fiction en droit romain.

34. Le subjonctif imparfait, marquant l'**irréel** du présent, — ou le subjonctif plus-que-parfait, pour celui du passé (*Gramm. de base du latin*, § 508) —, et qui, à ce titre, s'emploie dans les formules à fiction, apparaît également dans la question que le grand pontife pose aux comices curiates pour l'*adrogatio* d'un *pater familias* :

AULU-GELLE, *N. Att.* 5, 19, 9 *Eius rogationis verba haec sunt* : « *Velitis, iubeatis, uti L. Valerius L. Titio tam iure legeque filius siet quam si ex eo patre matreque familias eius natus esset utique ei vitae necisque in eum potestas siet uti patri endo filio est. Haec ita, uti dixi, ita vos, Quirites, rogo.* »

Voici les termes de la question : « Veuillez ordonner que Lucius Titius ait pour fils Lucius Valérius aussi valablement de par le droit et la loi que s'il était né de lui comme père et de son épouse, et qu'il ait sur lui le droit de vie et de mort qui appartient au père sur son fils. Voici, comme j'ai dit, ce qu'à vous, Quirites, je demande. »

NOTES. On relèvera, outre les formes archaïques *siet* et *endo* : 1) la mention de l'épouse à côté de l'adrogeant ; 2) celle du *ius vitae necisque* comme unique attribut de la *patria potestas*.

On croit bien faire en signalant au passage qu'Aulu-Gelle nous fournit, dans ce texte, le seul exemple conservé de *rogatio* législative.

35. Exemple exceptionnel sans doute d'une **fiction** d'origine **législatif** : celle qu'établit une *lex Cornelia*, probablement de Sylla (vers 81 av. J.-C.), relative au testament du Romain décédé en captivité.

ULP., *Tit. 23, 5 Si is qui testamentum fecit ab hostibus captus sit, testamentum eius valet, si quidem reversus fuerit, iure postliminii, si vero ibi decesserit, ex lege Cornelia, quae perinde successionem eius confirmat atque si in civitate decessisset.*

Si celui qui a fait un testament a été fait prisonnier par l'ennemi, son testament est valable, une fois qu'il est revenu, en vertu du droit de retour (n° 29), mais, s'il est décédé au loin, conformément à la loi Cornélia qui confirme sa succession exactement comme s'il était décédé dans la cité.

Le préteur en a étendu le bénéfice à la succession ab intestat (*Dig. 38, 16, 1 pr. ; 49, 15, 10 [1] et 22 pr.*).

D'où la généralisation telle que l'énonce le même Ulprien : *Dig. 49, 15, 18 In omnibus partibus iuris is qui reversus non est ab hostibus quasi tunc decessisse videtur cum captus est.* Dans tous les domaines du droit, celui qui n'est pas revenu de chez l'ennemi est censé être décédé quand il a été fait prisonnier.

36. On le sait, le possesseur d'une chose litigieuse est toujours en mesure d'échapper à la revendication du propriétaire en la lui restituant avant ou pendant le procès. Les Romains disent que nul n'est tenu de défendre une chose (*rem defendere*).

En revanche, si le possesseur de la chose litigieuse s'en est débarrassé pour se soustraire à la revendication du propriétaire, il restera passible d'un procès comme si la chose était encore toujours entre ses mains. Il s'agit là d'une véritable fiction issue de la doctrine des jurisconsultes qui l'énoncent par la maxime : ***Dolus pro possessione est*** (*Dig. 50, 17, 131, 150 et 157 [1]*). Cette fiction est notamment à la base de la *condictio furtiva* (voir *D.*, n° 31). On ajoutera :

Dig. 5, 3, 36 [3] Si dolo desiit possidere, ita condemnatur atque si possideret. Si c'est par dol qu'il a cessé de posséder, il est condamné comme s'il possédait. *43, 24, 15 [10] ...eum, qui dolo malo fecerit quominus possit restituere, perinde habendum ac si posset.* Celui qui, par dol, a fait en sorte de ne pouvoir restituer doit être traité comme s'il pouvait. Cf. *6, 1, 52 et 68 ; 23, 3, 25 [1] et 43, 3, 1 [7]*.

37. *Conceptus pro nato habetur quotiens de commodis suis agitur.* L'enfant conçu est tenu pour né chaque fois qu'il s'agit de ses intérêts — *Pers. 21 ; DEKKERS 1, n° 46 ; 3, n° 803 et 976.*

La maxime n'est pas romaine sous cette forme. On citera : *Dig. 1, 5, 7 Qui in utero est perinde ac si in rebus humanis esset custoditur*

quotiens de commodis ipsius partus quaeritur. L'enfant dans le sein de sa mère est protégé comme s'il était en vie [*lit.* dans la réalité humaine] chaque fois qu'on vérifie les intérêts de celui qui est mis au monde. Cf. *Dig.* 1, 5, 26.

Conclusion

38. I. La fiction paraît propre au droit classique. C'est un procédé utilisé d'abord et surtout par le préteur, peu par la loi, dans la suite, sans doute aussi, comme instrument d'analyse et d'innovation par les jurisconsultes.

II. Dès le droit romain — par ex. pour l'*adrogatio* (n° 34) —, mais surtout dans notre droit contemporain, on rattachera à la fiction le procédé de l'**assimilation** qui en constitue comme la version rationalisée. Pour le reste, hormis le cas de l'enfant conçu tenu pour vivant dans la mesure de ses intérêts, la fiction paraît absente de notre droit moderne à part, peut-être, une unique survivance : à savoir le mécanisme de la représentation en matière successorale (C. civ., art. 739).

REM. Dans l'histoire du droit anglais, c'est aussi par le moyen de la fiction que les cours royales ont étendu leur compétence en matière commerciale en considérant « comme ayant été conclu en Angleterre tout contrat passé à l'étranger ». (KIRKPATRICK, *Initiation au droit anglais*, p. 53.)

39. En fin de compte, on retiendra que la fiction, née de la mentalité archaïque, conserve à travers toute l'histoire du droit romain quelque chose de son origine concrète alors que la présomption est exclusivement une démarche logique et abstraite, ainsi qu'on va le voir.

V. LA PRÉSUMPTION

Notion

40. La présomption est un raisonnement par lequel, en partant d'un fait connu, établi, avéré, on conclut à la réalité ou à l'inexistence d'un fait contesté (C. civ., art. 1349-1353).

La présomption mucienne

41. En droit romain, le plus ancien exemple connu en est la présomption mucienne, ainsi nommée parce qu'elle a été introduite par le jurisconsulte Q. Mucius Scaevola (consul en 95 et grand pontife, mort en 82), auteur du premier traité élémentaire de droit privé.

Dig. 24, 1, 51 POMP. libro quinto ad Quintum Mucium Quintus Mucius ait, cum in controversiam venit ad mulierem quid pervenerit, et verius et honestius est quod non demonstratur unde habeat existimari a viro aut qui in potestate eius esset ad eam pervenisse. Evitandi autem turpis quaestus gratia circa uxorem hoc videtur Quintus Mucius probasse.

Quintus Mucius dit que, lorsque fait l'objet d'un différend ce qui est parvenu à la femme, il est plus vraisemblable et plus honorable d'estimer que ce dont l'origine n'est pas démontrée lui est parvenu de son mari ou de quelqu'un sous la puissance de celui-ci. C'est évidemment pour éviter une enquête gênante au sujet de l'épouse que Quintus Mucius a approuvé ce point.

NOTES. On se rappellera qu'à l'époque de Q. Mucius Scaevola les donations entre époux ne sont pas encore prohibées. La règle a peut-être été formulée d'abord dans le mariage avec *manus* pour les legs par lesquels le testament du mari confirmait à l'épouse survivante les donations qu'il lui avait faites pendant le mariage.

C. Just. 5, 16, 6 (de 229) [1] Nec est ignotum quod, cum probari non possit unde uxor matrimonii tempore honeste quaesierit, de mariti bonis eam habuisse veteres iuris auctores merito credidissent. On n'ignore pas que, lorsqu'il n'est pas possible de prouver d'où l'épouse, durant le mariage, a acquis honorablement, les jurisconsultes d'autrefois ont admis avec raison qu'elle avait reçu des biens de son mari.

La présomption mucienne, qui existait dans le régime dotal des pays de droit écrit sous l'ancien régime, a été rejetée par la Cour de cassation de France (cf. art. 1402 du C. civ.), mais elle resurgit peut-être dans notre droit contemporain par le biais des biens réservés (avec la loi belge du 20 juillet 1932 = C. civ., art. 226 *septies*), et elle s'applique de toute façon à l'épouse du failli (C. comm., livre III, art. 555, 558 et 560).

Autres exemples

42. La présomption mucienne provient sans doute de la pratique judiciaire. Il faut savoir que Cicéron avertit le juge de la procédure formulaire d'accorder plus de foi à son propre raisonnement qu'aux témoignages, trop souvent suspects de complaisance :

CIC., *De Rep.* 1, 38, 59 *Apud bonum iudicem argumenta plus quam testes valent.* Auprès d'un juge avisé, les raisonnements valent plus que les témoins. On pourra comparer tout l'exposé où AULU-GELLE, *N. Att.* 14, 2, s'attarde plus aux mérites respectifs des deux plaideurs qu'aux preuves produites par le demandeur.

On relèvera en outre que la dénomination de présomption mucienne ne se trouve pas dans les sources romaines et que le terme même de *praesumptio* est postérieur à Cicéron, apparaissant pour la première fois chez Sénèque :

Epist. ad Luc. 117, 2 *Multum dare solemus praesumptioni omnium hominum et apud nos veritatis argumentum est aliquid omnibus videri.* Nous accordons d'ordinaire beaucoup de poids au sentiment premier de tous les hommes et, pour nous, c'est une preuve de vérité que quelque chose soit évident aux yeux de tous. Pourrait-on ici traduire *praesumptio* par « intuition » ?

43. Le droit romain, à l'époque classique, n'a donc connu que les présomptions de l'homme, c'est-à-dire du juge, qui les tire de la pratique quotidienne. Ce qui veut dire que le préteur, s'il a utilisé la fiction, n'a pas recouru à la présomption.

Le titre 22, 3 du Digeste s'intitule : *De probationibus et praesumptionibus.* Mais il ne doit pas faire illusion : il ne comporte guère de données relatives à des présomptions. On en mentionnera les exemples suivants, tirés d'autres textes du Digeste.

44. La présomption de **paternité** : *Dig.* 2, 4 *de in ius vocando*, 4 ULP. [3] *...Sed et si vulgo quaesitus sit filius, matrem in ius non vocabit*, 5 PAUL. *quia semper certa est, etiam si vulgo conceperit ; pater vero is est quem nuptiae demonstrant.*

Mais, même s'il s'agit d'un fils naturel, il n'assignera pas sa mère, parce qu'elle est toujours certaine, même s'il est illégitime ; mais le père est celui qu'indique le mariage.

Cette présomption, chez Paul, s'applique seulement à l'interdiction que l'édit fait au fils (ou à la fille) d'assigner devant le préteur son père ou sa mère (*Dig.* 2, 4, 4 [1]).

45. L'**autorité de la chose jugée** (*Proc.*, n° 70), mais sans la valeur absolue que lui confère le Code civil (art. 1350) :

Dig. 1, 5, 25 *Ingenuum accipere debemus etiam eum de quo sententia lata est quamvis fuerit libertinus, quia res iudicata pro veritate accipitur.* Cf. 50, 17, 207.

Nous devons tenir pour ingénu même celui qui a fait l'objet d'un jugement quoiqu'il fût fils d'affranchi, parce que la chose jugée est tenue pour vérité.

Pour appliquer la *lex Papia Poppeia* qui prohibe le mariage entre un membre de l'ordre sénatorial et un[e] affranchi[e] (*Dig.* 23, 2,

44), Ulpien envisage les effets du *praeiudicium an quis libertus sit* (GAIUS 4, 44), ...si quelqu'un est affranchi.

46. On signalera enfin le rapport entre la présomption et les **clauses** devenues d'usage dans les contrats de bonne foi, même si elles restent **tacites** : tel l'interdit salvien qui sanctionne le gage du bailleur sur les meubles du locataire (*Dig.* 43, 33, 20 [4] ; *C. Just.* 8, 14, 7 ; *C. civ.*, art. 1752). Appliqué seulement à Rome et à Constantinople, il est étendu aux provinces par Justinien : *C. Just.* 8, 14, 7 (de 532) *Sancimus de invecitis a conductore rebus et illatis, quae domino pro pensionibus tacite obligantur, non solum in utraque Roma et territorio earum hoc ius locum habere, sed etiam in nostris provinciis. Tali enim iusta praesumptione etiam omnes nostros provinciales perpotiri desideramus.*

Nous décidons, touchant les meubles introduits par le locataire, qui sont le gage tacite du bailleur pour les loyers, que non seulement dans l'une et l'autre Rome et leur territoire ce droit ait lieu, mais aussi dans nos provinces. Que d'une telle juste présomption nos provinciaux aussi disposent totalement, nous le désirons.

47. REM. — En revanche, le dol ne se présume point ; il doit toujours être prouvé (*Dig.* 22, 3, 18 [1] ; *C. civ.*, art. 1116, al. 2). Le droit romain et notre droit moderne ignorent donc la notion de *dolus re ipsa*, le dol évident par lui-même (voir *Th.*, n° 15).

— Il ne me paraît pas assuré que l'ébauche de la théorie des comourants (*C. civ.*, art. 721-722) se trouverait déjà en droit romain : les textes semblent loin d'être décisifs (*Dig.* 24, 1, 32 [14] et 34, 5, 9 [2]-[4]).

48. Les Institutes de Justinien n'évoquent la présomption qu'à propos de la novation, mais c'est explicitement pour écarter celles des jurisconsultes classiques en la matière, qui lui paraissent imprécises, et pour exiger que les parties expriment clairement leur volonté d'opérer novation. C'est l'*animus novandi* (*Inst.* 3, 29 [3a] ; voir *Th.*, n° 113).

Conclusion

49. L'apparition encore timide de la présomption dans le droit de Justinien va de pair avec la primauté de la volonté réelle sur la volonté déclarée, et les deux phénomènes accroissent l'un et l'autre la liberté d'appréciation du juge.

REM. On rappellera, pour finir, que les juristes, y compris les Anglo-Saxons, usent traditionnellement de l'expression *juris et de jure* pour désigner les présomptions que la loi qualifie d'irréfragables parce

qu'elles excluent la preuve contraire, qualifiant les autres de présomptions *juris tantum*. Il est regrettable que les juristes ne se demandent jamais d'où ces dénominations peuvent provenir et ce qu'elles signifient exactement. J'avoue que, pour ma part, je suis incapable de répondre à l'une et à l'autre question.

VI. CONCRET-ABSTRAIT

50. L'opposition entre concret et abstrait s'exprime en latin par le couple *corporalis-incorporalis*, chez Cicéron d'abord, mais de manière implicite, et, chez les juristes, pour la première fois, à notre connaissance du moins, chez Gaius.

CIC., *Top.* 5, 26-27 *Definitionum autem duo genera prima : unum earum rerum quae sunt, alterum earum quae intelleguntur. Esse ea dico quae cerni tangique possunt, ut fundum, aedes, parietem, stillicidium, mancipium, pecudem, supellectilem, penus et cetera... Non esse rursus ea dico quae tangi demonstrative non possunt, cerni tamen animo atque intellegi possunt, ut si usucapionem, si tutelam, si gentem, si agnationem definias, quarum rerum nullum subest corpus, est tamen quaedam conformatio insignita et impressa intellegentia, quam notionem voco.*

Il y a deux sortes principales de définitions. L'une des choses qui existent, l'autre de celles qui sont conçues. Je dis exister celles qui peuvent se voir et se toucher, comme un fonds, une maison, une paroi, une gouttière, un esclave, un troupeau, l'équipement ménager, la nourriture et ainsi de suite... En revanche, je dis ne pas exister les choses qui ne peuvent se toucher ni se montrer, qui cependant peuvent se voir en esprit et être conçues, comme si on devait définir l'usucapion, la tutelle, la gens, l'agnation, des choses sans le support d'un corps, pourvues cependant d'une sorte de forme reconnaissable et d'un concept compréhensible que j'appelle notion.

SÉN., *Epist. ad Luc.* 53, 5 *Naturalis pars philosophiae in duo scinditur : corporalia et incorporalia.* La partie naturelle de la philosophie se divise en deux : concret et abstrait.

APULÉE, *De Platone* 1, 6 *Quaedam... res corporales sunt, quaedam incorporales.*

GAIUS 2, 12 *Quaedam praeterea res corporales sunt, quaedam incorporales.* 13 *Corporales hae sunt quae tangi possunt, velut fundus, homo, vestis, aurum, argentum et denique aliae res innumerabiles.* 14 *Incorporales sunt quae tangi non possunt, qualia sunt ea quae iure consistunt, sicut hereditas, ususfructus, obligationes, quoquo modo contractae.*

En outre, certaines choses sont corporelles, d'autres, incorporelles. Corporelles sont celles qui peuvent se toucher, comme un fonds, un esclave, un

vêtement, l'or, l'argent et, en un mot, d'autres choses innombrables. Incorporelles sont celles qui ne peuvent se toucher, telles sont celles qui existent par le droit, comme une succession, l'usufruit, les obligations contractées de quelque manière.

Seules les choses corporelles sont susceptibles de tradition, de possession et d'usucapion (*B.*, n° 121).

51. Le participe parfait *abstractus*, au sens d'abstrait, est employé par Isidore de Séville à propos du nombre (*abstracta quantitas*) qu'étudient l'arithmétique, la géométrie, la musique et l'astronomie :

Etym. 2, 24, 14 *Abstracta quantitas dicitur quam intellectu a materia separantes vel ab aliis accidentibus, ut est par, impar, vel ab huiuscemodi, in sola ratiocinatione tractamus (= 3 Praef.).*

Est appelée quantité abstraite celle qu'en la séparant, par l'intelligence, de la matière ou de ses autres accidents, comme pair, impair, et d'autres semblables, nous traitons par le seul raisonnement.

Mais Isidore ne paraît pas avoir d'autre antonyme à opposer à *abstractus* que *corporalis*, qu'il continue par ailleurs à utiliser en face d'*incorporalis* :

Etym. 1, 7, 3 *Nomina... corporalia dicta quia vel videntur vel tanguntur, ut caelum, terra; incorporalia quia carent corpus, unde nec videri nec tangi possunt, ut veritas, iustitia.*

Des noms... appelés corporels parce qu'ils se voient ou se touchent, comme le ciel, la terre ; incorporels parce qu'ils sont privés de corps, donc ne peuvent ni se voir ni se toucher, comme la vérité, la justice.

En français, **c o n c r e t**, comme antonyme d'abstrait, n'apparaît qu'à la fin du XVII^e siècle.

52. On le voit clairement. Est concret ce qui tombe sous les sens. On pourrait dire aussi tangible, matériel ou palpable. Est abstrait ce qui n'existe que par une vue de l'esprit. Ainsi, il est permis d'affirmer que, par opposition aux choses qu'il concerne et aux êtres humains auxquels il s'applique, le droit tout entier, même celui que nous appelons positif, est abstrait, qu'il s'agisse des règles qu'il énonce ou des notions qu'il met en oeuvre.

Mais, outre que la frontière est parfois malaisée à tracer entre le concret et l'abstrait, il faut bien voir qu'il existe des degrés dans l'abstraction. L'évolution et, dans une certaine mesure, le progrès de la technique juridique vont du concret vers l'abstrait, comme du particulier au général, du fragmentaire vers l'exhaustif, de la simple collection à l'ensemble structuré.

En voici deux exemples. Dans la terminologie du droit romain, *mancipium* désigne à la fois l'acte *per aes et libram* et l'esclave dont il sert à transférer la propriété (*B.*, n° 10). D'autre part, *furtum* est à la

fois le vol, comme délit, et l'objet volé, sans compter que le mot est dérivé de *fur*, le voleur, qui paraît bien être primordial aux yeux des plus anciens Romains (*D.*, n° 24).

REM. On notera que le latin est en mesure d'exprimer l'abstraction par des substantifs au plus tard à partir des deux derniers siècles de la République : c'est alors que *mancipatio* remplace *mancipium* pour l'acte *per aes et libram*, mais *sponsio* peut remonter à la loi des XII Tables (*Pr.*, n° 35).

L'évolution sémantique va du concret vers l'abstrait dans nombre de termes de la langue du droit : *agere, alea, caput, casus, dominium, fiscus, ius, manus, nectere, norma, obligare, ordo, persona, ratio, regula, secundum* (prép.), *solvere*.

53. De même, le **formalisme** (n° 69) consiste à faire dépendre la validité d'un acte juridique de l'accomplissement d'actes matériels. Le formalisme est particulièrement riche pour la mancipation. Mais la stipulation requiert encore l'échange oral de la question du créancier et de la réponse du débiteur. De même, le contrat réel se forme par la tradition de la chose, et le contrat innomé ne donne lieu à une action que moyennant la prestation effective de l'un des deux contractants. En d'autres termes, l'abstraction achève d'investir le droit romain des obligations avec les contrats consensuels et, plus clairement encore, avec l'hypothèque (*B.*, n° 113).

Pour conclure, on dira que le formalisme marque la prépondérance initiale et, aujourd'hui encore dans la mesure où il subsiste, une certaine intrusion du concret dans la technique juridique.

54. La **preuve** d'un fait — telle la possession — est plus facile que celle d'un droit — comme la propriété : c'est la *probatio diabolica*. Particulièrement malaisée la preuve de la bonne foi subjective du possesseur qui lui vaudra d'usucaper. C'est pourquoi les jurisconsultes romains lui ont substitué la notion de *iusta causa traditionis*, qui suppose pourtant la preuve d'un acte juridique (*B.*, n° 85).

De même il est difficile d'établir un fait négatif, parce qu'il s'agit en réalité d'une abstraction : d'où le renversement de la charge de la preuve qu'introduisent la *querela* et l'*exceptio non numeratae pecuniae* (*Pr.*, n° 91 ; *C.*, n° 31).

REM. De la sorte, le droit, en général, le droit romain, en particulier, évolue du concret — le procès, les actions — vers l'abstrait : la règle de droit, l'acte juridique, enfin les droits subjectifs.

55. On énumérera encore, à titre d'**exemples** de l'opposition entre concret et abstrait, — sans s'y attarder davantage et en renvoyant chaque fois à l'exposé du cours —, les données que voici :

— la possession a précédé la propriété (*B.*, n° 37) ; *corpus* et *animus* en tant qu'éléments constitutifs de la possession (*B.*, n° 41) ;

les délits apparaissent avant les contrats comme source des obligations (*D.*, n° 4) ;

— l'évolution du concept de causalité, à partir du *damnum corpore corpori datum*, pour l'application de la *lex Aquilia* (*D.*, n° 42) ;

— la conception concrète du patrimoine en droit romain (*B.*, n° 137), en face de celle, plus abstraite, de notre droit moderne.

Pour l'abstraction, en revanche, on ne pourra guère évoquer que l'hypothèque (*B.*, n° 113) et l'on a vu qu'il fallait discuter le concept d'obligation abstraite (*C.*, n° 88).

Relève enfin de l'évolution du concret vers l'abstrait la primauté progressivement reconnue à la volonté réelle (*animus*) sur la volonté déclarée (par ex. *verba*) des actes formalistes, et qui s'affirme dans le droit de Justinien.

56. En matière de **responsabilité contractuelle**, le Code civil apprécie en général (art. 1137, al. 1er) la conduite du débiteur par référence au modèle abstrait, universel, objectif du bon père de famille normalement soigneux. La responsabilité du débiteur est donc engagée s'il commet une *culpa levis in abstracto*.

Au contraire, et par exception, dans les contrats gratuits qui profitent au créancier (dépôt, art. 1927 ; mandat, art. 1992 ; voir *Th.*, n° 81), la manière dont le débiteur doit s'acquitter des obligations nées du contrat se mesure par rapport au soin qu'il apporte habituellement à ses propres affaires. (C'est la *diligentia quam suis rebus adhibet* des *Inst.* 3, 25 [9].) Il est dès lors responsable de sa *culpa levis in concreto*.

Ces termes latins proviennent de la doctrine française de l'ancien régime (PLANIOL, t. 2, n° 7071, p. 247). On ajoutera, pour finir, que la *culpa levis in abstracto* fournit un critère objectif, tandis que la *culpa levis in concreto* est subjective, se rapportant à la personne du débiteur.

À propos du jugement de Fritz Schulz sur les pontifes

57. Au crédit des pontifes, en leur qualité d'exégètes de l'ancien droit, Fritz Schulz (*History*, p. 32 = *Storia*, pp. 63-64) croit pouvoir porter la faculté de généralisation abstraite dont il reconnaît deux manifestations dans l'usage étendu de la stipulation comme forme contractuelle et dans l'emploi de la mancipation à des fins multiples alors qu'au départ elle n'était qu'une vente au comptant. S'il est indiscutable que la mancipation et la stipulation ont vu ainsi s'agrandir

presque à l'infini leur champ d'application, l'interprétation de Fritz Schulz me paraît pourtant discutable.

D'abord, parce qu'un tel développement peut relever de l'extension de proche en proche par simple analogie aussi bien que de la généralisation abstraite. Ensuite, parce que la faculté de généraliser l'abstraction, à la supposer aux pontifes romains, se serait affirmée avec plus de netteté s'ils l'avaient employée à étendre à tous les actes juridiques la valeur légale que la loi des XII Tables conférait à la seule mancipation (Table VI, 2), ce qui n'a pas été le cas. Enfin, et surtout, celui qui serait tenté d'accorder une telle maturité logique aux pontifes-juristes, jusqu'au III^e siècle avant notre ère, devrait encore expliquer pourquoi leurs successeurs, pourtant éclairés par la philosophie grecque, n'ont jamais retrouvé un savoir-faire aussi miraculeux.

D'autre part, l'exemple supplémentaire que Fritz Schulz tire des moyens formalistes d'éteindre une obligation (*nexi liberatio*, *acceptilatio*) n'est pas plus heureux. Au lieu d'en imaginer un seul — ce que fera la stipulation aquilienne autorisant la généralisation de l'*acceptilatio* —, l'ancien droit romain en utilise un différent pour chaque source formelle d'obligation. Belle manifestation d'un formalisme étroit !

En fin de compte, tout ce que je puis accorder aux Romains de l'époque archaïque, c'est une indiscutable tendance à la laïcisation du droit privé (par opposition au droit public) et à une rationalité empirique, mais l'une et l'autre se situent toujours au niveau de la logique concrète, et non point abstraite. (Voir *Ann.*, n° 2 et 20.)

VII. SUBJECTIF-OBJECTIF

58. Est subjectif ce qui est relatif au sujet, c'est-à-dire à une personne. Est objectif ce qui est indépendant de toute personne. Le latin n'a pas de termes propres pour exprimer l'opposition entre subjectif et objectif. Les modernes en identifient pourtant diverses manifestations en droit romain.

59. On partira de l'expression *ius Quiritium*. Dans l'affirmation de la propriété romaine : *Hunc ego hominem ex iure Quiritium meum esse aio*, telle que la présentent la mancipation (GAIUS 1, 119) et la revendication (4, 16), il s'agit du droit romain. Ailleurs, *ius Quiritium*, comme *civitas Romana*, peut désigner la nationalité romaine (*Pers.*, n° 71 ; par ex. GAIUS 1, 32c-35). Ces deux emplois de *ius Quiritium*

illustrent l'opposition que les modernes établissent entre le droit objectif, qui est le droit positif — ici le droit romain —, et tel droit subjectif reconnu à la personne — la nationalité romaine.

On se reportera à l'*Index latin-français* pour distinguer les expressions où *ius* prend soit le sens de droit objectif, soit celui de droit subjectif.

60. Autre application : la notion de **bonne foi**. S'il s'agit de la bonne foi qui confère l'usucapion au possesseur, elle est subjective puisqu'elle consiste dans sa conviction que l'aliénateur dont il tient la possession était effectivement propriétaire de la chose transférée (*B.*, n° 66). Au contraire, la bonne foi qui apparaît dans les formules d'actions (*ex fide bona*) est une bonne foi objective, puisqu'elle est faite des usages qui règlent le contrat envisagé (*Pr.*, n° 86 ; *C.*, n° 219 ; *GAIUS* 3, 137 et 155). Telle reste d'ailleurs la bonne foi applicable aux conventions aux termes de l'art. 1134, al. 3, du Code civil.

61. Enfin, l'application de la *lex Aquilia*, dès le début du droit classique, se fonde sur la faute (*culpa*, bientôt *levissima*) de l'auteur, ce qui correspond à une conception subjective (*D.*, n° 52), alors que la responsabilité contractuelle, définie par la *custodia* et naissant du risque, est objective (*C.*, n° 109). D'une manière générale, cependant, la responsabilité contractuelle évoluera dans la suite en direction d'une conception subjective qui, elle aussi, met en oeuvre la notion de *culpa* (*Th.*, n° 76 et 83-84). Sur la *culpa levis in abstracto* ou *in concreto*, dans notre droit moderne, on renvoie plus haut au n° 56.

On se rappellera que la responsabilité civile, en droit moderne, continue de se fonder sur la faute. Elle repose sur le risque — elle est alors objective — dans des cas exceptionnels où la réparation est due dès qu'il y a dommage : ainsi, chez nous, dans la matière des accidents du travail (loi du 24 décembre 1903).

VIII. L'ANALOGIE

62. Le terme d'**analogie** vient du mot grec *analogia* qui désigne proprement la proportion, spécialement en mathématiques. Mais, en grec déjà, l'analogie s'applique par extension à une proportion imparfaite ou approximative en dehors du domaine des mathématiques, donc à toute ressemblance par voisinage.

On peut en tirer d'emblée la constatation que l'analogie constitue l'un des comportements à la fois typiques et spontanés de l'esprit humain, en dehors même de tout raisonnement intellectuel.

63. CIC., *Timée* 4 ...*Id optime assequitur quae Graece analogia, Latine — audendum est enim, quoniam haec primum novantur — comparatio proportiove dici potest.* C'est ce qu'atteint ce qui en grec peut s'appeler analogie, en latin, — il faut s'y risquer puisque ce sont là des nouveautés —, comparaison ou proportion.

REM. Cette phrase est extraite de la traduction latine, fragmentaire, que Cicéron a donnée du *Timée* de Platon.

VARRON, *De lingua Lat.* 10, 37 ...*ratio pro portione : ea Graece vocatur analogon.* 68-69 ...*haec denique perfecta... ut sutor et pistori* (masc.), *sutori pistori* (dat.), ce qu'on pourrait représenter par le double schéma suivant :

sutor : sutori = pistori : pistori
ou *sutor : pistori = sutori : pistori.*

Varron a fait un usage systématique de l'analogie pour rechercher la régularité dans la langue, spécialement en morphologie (déclinaison et conjugaison). D'où, d'ailleurs, une polémique avec les tenants de l'anomalie, qui s'attachaient plutôt aux formes irrégulières. César lui-même avait écrit un traité de grammaire intitulé : *libri ad M. Ciceronem de analogia* (AULU-GELLE, *N. Att.* 19, 8 ; SUÉT., *Caes.* 56).

64. Le terme d'*analogia* est absent des sources du droit romain. Mais le procédé de l'analogie est familier aux praticiens, qu'ils soient magistrats ou jurisconsultes.

— Il en est ainsi du préteur qui introduit les actions *in factum* et les actions utiles *ad exemplum legis Aquiliae* (voir *Pr.*, n° 105 ; *D.*, n° 43 et 54-55).

— Le terme d'*interdictum* ne s'applique proprement qu'aux interdits prohibitifs dont la formule comporte ou bien le mot *interdicam*, ou bien la clause *vim fieri veto* ; c'est par analogie que le nom s'est appliqué à l'ensemble de ces moyens de procédure (*Pr.*, n° 56).

— Le *peculium castrense* du soldat de métier, sous le Haut-Empire, est étendu aux fonctionnaires du Bas-Empire sous le nom de *peculium quasi castrense* (*Pers.*, n° 56).

— C'est l'image de l'esclavage qui amène, chez les juristes du Bas-Empire, l'application du terme de *servitus* aux servitudes foncières et personnelles (*B.*, n° 89).

— La *poena* des actions pénales donne lieu au terme de *stipulatio poenae* pour la clause pénale (*C.*, n° 54).

— Toute la terminologie de la *locatio-conductio* s'est développée par analogie à partir de cas particuliers (*C.*, n° 167-168).

— Le curateur du mineur de 25 ans apparaît sous le Haut-Empire sur le modèle de celui du *furiosus* et du prodigue (*Pers.*, n° 41).

— La capacité d'exercice limitée reconnue aux incapables inspire la faculté, attribuée à l'esclave et à l'*alieni iuris*, de conclure un acte juridique au profit du *pater familias* (*Pers.*, n° 54).

— Par extension du régime de la vente, l'estimation de la chose confiée au débiteur lui en transfère le risque (*C.*, n° 227).

— Dans la *querela inofficiosi testamenti*, le *color insaniae* invoqué contre le testateur n'est qu'une analogie partielle, car son aliénation mentale (*furor*) entraînerait la nullité du testament (*S.*, n° 34).

65. En revanche, l'analogie est exclue par l'interprétation restrictive : ce qui est le cas, en droit romain, dans la procédure formulaire, pour les actions de droit strict et, à l'heure actuelle, en droit pénal et, en droit civil, pour les dispositions d'ordre public. On en conclura, a contrario, que l'analogie, en droit romain, trouvait son domaine d'élection dans les actions de bonne foi.

On rappelle que le droit anglo-saxon de la *common law* reste, aujourd'hui encore, fidèle au principe de l'interprétation restrictive (*Pr.*, n° 122).

66. On sera attentif à une leçon essentielle de l'épistémologie. La première démarche de la recherche intellectuelle est l'**invention des idées**. Nous ne concevons jamais d'idées neuves qu'à la suite d'une expérience qui nous vient du monde extérieur ou par association d'idées, à savoir par analogie ou par contradiction. La sollicitation externe, l'association d'idées ou la contradiction ne paraissent pas poser de difficultés particulières. Mais il faut sans doute expliciter le statut de l'analogie.

L'**analogie** n'est acceptable que dans l'invention des idées. Elle ne représente jamais un mode de raisonnement valable pour la démonstration d'une idée nouvelle. C'est ainsi qu'on dit habituellement que « comparaison n'est pas raison ». Cette leçon critique est sans doute l'un des apports les plus importants de l'épistémologie, même pratiquée au niveau le plus modeste.

IX. L'INDUCTION ET LA DÉDUCTION

67. L'induction consiste à partir du particulier, du concret, du fragmentaire pour en tirer une hypothèse plus large, voire un principe général. La déduction réside dans l'opération inverse qui, à partir

d'une règle générale, résout un problème plus restreint ou tire une conséquence particulière.

L'induction offre notamment l'occasion de s'intéresser à la manière dont se constitue et se développe un savoir rationnel.

Comment une science se constitue-t-elle ?

68. Toute science nouvelle, tout savoir original, depuis le passé le plus lointain jusqu'à l'heure actuelle et même si les spécialistes des diverses disciplines n'en ont guère conscience, se constitue nécessairement selon un plan immuable, et d'ailleurs parfaitement logique, qu'il est possible de décrire sommairement de la manière suivante.

L'étape initiale consiste à délimiter le domaine à explorer, à l'intérieur duquel on va recueillir les manifestations diverses, les faits, les éléments qu'il s'agit d'étudier. Les données ainsi réunies devront être décrites, puis désignées par des dénominations qui constitueront la terminologie de la discipline nouvelle. C'est ce qu'on pourra appeler l'étape de la **nomenclature**, qui peut parfaitement rester encore empirique.

Les données ainsi rassemblées et nommées devront alors faire l'objet de la **classification**. En réalité, cette opération s'accomplira en plusieurs phases successives qui représenteront autant de progrès de l'entreprise. Cette démarche est décisive parce que c'est la classification qui permettra de proposer les hypothèses qui vont constituer pas à pas le savoir nouveau au moyen de formulations de plus en plus extensives.

Car l'étape essentielle, pour tout savoir nouveau, est celle qui lui permettra d'énoncer enfin des **lois** d'abord particulières, puis de plus en plus générales, capables de rendre compte fidèlement des phénomènes isolés qui constituent le champ propre de ses investigations.

On pourra en conclure que toute science, tout savoir se constitue et se développe par induction, même si la recherche de la cohérence et un légitime souci pédagogique aboutissent généralement à en proposer un exposé qui s'ordonne le plus souvent par la voie de la méthode déductive. Le lecteur pourra tirer, du présent exposé (n° 24-26, 57 et 74-77), une brève vision d'ensemble de la manière dont s'est développée, imparfaitement sans doute, la science romaine du droit.

X. LE FORMALISME

Notion

69. Le formalisme consiste à faire dépendre la validité d'un acte juridique du respect de certaines formes ou formalités étrangères au contenu propre de l'acte lui-même. Il peut s'agir : de la présence des parties et de témoins, de gestes ou de paroles obligatoires, de la rédaction d'un écrit qui, le cas échéant, sera soumis à son tour à des exigences de forme. Toute faute contre le formalisme entraîne la nullité de l'acte pour vice de forme.

Le formalisme domine l'ancien droit romain, se maintient à travers la période classique et il laisse des traces jusqu'à l'époque de Justinien. Les exemples les plus typiques en résident dans la mancipation et ses applications diverses, le contrat verbal — sponson, puis stipulation — et la procédure des actions de la loi (d'où l'*in iure cessio*).

Dans la technique du droit romain, le formalisme a donné lieu au parallélisme de l'acte qui crée tel effet juridique et de celui qui l'anéantit (*B.*, n° 27 ; *C.* n° 48 ; *Th.*, n° 108-109). D'où le tableau suivant :

<i>Conventio in manum</i>	<i>confarreatio</i>	<i>diffarreatio</i>
	<i>coemptio</i>	<i>remancipatio</i>
Obligations	<i>nexum</i>	<i>nexi liberatio =</i>
		<i>solutio per aes et libram</i>
	<i>stipulatio</i>	<i>acceptilatio</i>
contrat consensuel	<i>consensus</i>	<i>mutuus dissensus</i>
droit moderne	dette en général	remise de dette

70. Le formalisme présente des **avantages** indiscutables. Quand il exige la présence de témoins ou la rédaction d'un écrit, il assure la publicité de l'acte et en organise d'avance la preuve (que les juristes qualifient de préconstituée). Il manifeste, au-delà de tout doute possible, la volonté déclarée des parties et, enfin, il produit à coup sûr les effets qu'elles en attendent. Élément non négligeable, au surplus, dans la pratique quotidienne : la signification d'un acte formaliste est directement accessible à l'entendement du plus grand nombre. On pourra en conclure que le formalisme offre la meilleure garantie de sécurité juridique.

En revanche, le formalisme a ses **inconvéniens** : la lourdeur, bien illustrée par la mancipation, les risques de nullité liés au nombre des formalités, le particularisme du *ius civile*, une adaptabilité limitée malgré certaines ressources (comme celles qu'offre la *nuncupatio* de la mancipation).

Caractéristique de la mentalité archaïque par ses aspects concrets et objectifs, échappant aux problèmes de l'interprétation, le formalisme de l'ancien droit romain est parfaitement adapté à la vie rurale. C'est assez dire qu'il sera battu en brèche par l'évolution infiniment diverse que va connaître la société romaine à partir du III^e siècle avant notre ère.

71. Les avantages du formalisme expliquent la survie, jusqu'au III^e siècle de notre ère, de la *nexi liberatio* ou *solutio per aes et libram*, — alors que le *nexum* lui-même était tombé en désuétude dès la fin du IV^e siècle —, comme le maintien de la *mancipatio familiae*, relayée il est vrai par la souplesse du testament prétorien, ou encore de l'*in iure cessio*. Il en est de même de l'*acceptilatio* qui se perpétuera jusque sous Justinien pour réaliser une remise de dette.

72. Pour finir, on constatera que le latin du droit romain ne fait pas usage d'un terme caractéristique qui, d'une manière générale, désignerait le formalisme ou les formes qu'il requiert. Tout au plus peut-on citer l'adjectif *sollemnis* (dont l'origine est obscure), « annuel », d'où « régulier ». On en trouvera un exemple dans la constitution d'Antonin le Pieux citée au *Dig.* 4, 1, 17 (*Pr.*, n° 54).

XI. LA CASUISTIQUE

73. La casuistique tire son nom des casuistes (d'abord espagnols, au XVI^e siècle) qui, à la lumière de la théologie morale, élucidaient — notamment pour les besoins de la confession — les cas de conscience (*casus*) en les classant et en les distinguant par des différences de plus en plus fines. D'où le sens péjoratif que prend parfois le mot pour désigner la propension à subtiliser à l'excès.

Mais les modernes appliquent aujourd'hui le terme à n'importe quelle technique intellectuelle qui s'attache à analyser, à classer et à distinguer les cas concrets qui se présentent à elle. Il en est ainsi, dans l'histoire du droit et de la science juridique, des jurisconsultes romains et, depuis le moyen âge, des juristes anglais, qui étudient la *common law* comme une *case law* fondée avant tout sur le précédent.

74. En effet, les jurisconsultes romains de l'époque classique préfèrent l'exégèse des cas pratiques à l'énoncé de règles générales et, chez eux, le goût de la casuistique l'a emporté durablement sur toute autre méthode rationnelle. D'où leur méfiance, déjà signalée, à l'égard de la définition, de la maxime du droit et, surtout, de l'exposé de synthèse ou de la recherche des notions générales.

Caractéristique sur ce point le verbe *diffindere* qu'Horace met dans la bouche de Trébatius : *Sat.* 2, 1, v. 79 *Equidem nihil hic diffindere possum*. Je ne puis ici trouver le défaut de la cuirasse. Car telle est la démarche qui permet à un jurisconsulte d'innover en recherchant, dans le cas pratique qui lui est soumis, la moindre différence de détail (*differentia, distinctio*) de nature à justifier une décision dans un sens contraire à la tradition reçue jusqu'alors.

Sur ce sujet, on renvoie à Fr. SCHULZ, *Hist. of Rom. Legal Science*, 1953, pp. 126 et 130-131, dont on doit se borner à citer la fin :

Manuels et monographies d'aujourd'hui ne sauraient donner la moindre idée de cette tournure d'esprit des juristes classiques, pour l'excellente raison que chaque ouvrage moderne sur le droit romain fait ce que les jurisconsultes s'abstenaient délibérément de faire : c'est-à-dire réduire leur casuistique à des principes abstraits.

75. Témoignage typique à cet égard : les recueils de *Quaestiones* et de *Responsa* des jurisconsultes classiques. *Quaestiones* : Fufidius, les deux Celse, père et fils, Africanus, Scaevola, Papinien, Callistrate, Tertullianus et Paul.

Responsa : Ofilius, Labéon, Sabinus, Nératius Priscus, Marcellus, Papirius Fronto, Scaevola, Papinien, Paul, Ulpien et Modestin. De ce dernier, on citera aussi les *Differentiae*.

À titre d'exemple, on citera l'unique fragment des *Responsa* de Labéon parce qu'il est conservé dans deux sources différentes :

Collatio 12 de incendiariis, 7 ULP. [3] *Item si quis insulam voluerit exurere et ignis etiam ad vicini insulam pervenerit, Aquilia tenebitur lege vicino, etiam non minus inquilinis ob res eorum exustas. Et ita L a b e o libro XV Responsorum refert.*

De même, si quelqu'un a voulu incendier un immeuble de rapport et que le feu ait atteint aussi l'immeuble du voisin, il sera passible de la loi Aquilia à l'égard du voisin, non moins que des locataires pour leurs biens détruits par le feu. Et c'est ce que rapporte Labéon au livre XV de ses *Réponses*.

= *Dig.* 9, 2, 27 [7] *Si quis insulam voluerit meam exurere et ignis etiam ad vicini insulam pervenerit, Aquilia tenebitur etiam vicino ; non minus etiam inquilinis tenebitur ob res eorum exustas.*

76. On pourra rattacher encore à la méthode casuistique les controverses entre jurisconsultes et, notamment, celles qui ont séparé Sabinien et Proculien, telles qu'elles nous sont spécialement connues grâce à Gaius (*Intr.*, n° 8, 40 ; *Pers.*, n° 39 ; *B.*, n° 63 ; *C.*, n° 136 ; *Th.*, n° 138).

REM. L'histoire de ces deux traditions, qui marquent la science du droit romain d'Auguste à Hadrien, est retracée par Pomponius dans l'exposé rétrospectif que constitue le plus long fragment du *Dig.* 1, 2, 2, spéc. *in fine* [47]-[53], qui s'achève avec Salvius Julien.

XII. L'INTERPRÉTATION

77. Interpréter, c'est traduire, c'est donner un sens à ce qui est ambigu, obscur ou contesté. *Interpretari* vient d'*interpres*, qui n'a pas d'étymologie sûre. Mais le rapprochement avec *pretium* est appuyé par l'emploi le plus ancien du mot au sens d'intermédiaire d'une négociation, commerciale ou autre :

PLAUTE, *Curc.* v. 434 *Quod te praesente isti egi teque interprete* (pour l'achat d'un esclave). Ce que j'ai accompli là en ta présence et par ton intermédiaire. CIC., *Ad Fam.* 10, 11, 3 *Utor in hac re adiutoribus interpretibusque fratre meo et Laterense et Furnio nostro*. J'use, dans cette négociation [avec Lépide], comme assistants et intermédiaires, de mon frère, de Laterensis et de notre ami Furnius. (ERNOUT-MEILLET, *Dict. étym.*, p. 320.)

78. En droit, la nécessité d'interpréter apparaît avec la stabilité de la loi, car la coutume en vigueur n'a guère besoin d'interprétation. Mais la nécessité d'interpréter s'étendra bientôt aux actes juridiques conclus entre particuliers.

Les premiers interprètes de la loi des XII Tables ont été les pontifes. Ce serait pourtant une erreur de croire que, dans la suite, les jurisconsultes auraient tiré la totalité du droit romain de la seule interprétation des XII Tables. Même les lois républicaines n'ont joué qu'un rôle secondaire. Pour l'essentiel, le droit romain, dès le début de la période pré-classique, s'est développé au contact des besoins de la pratique auxquels le préteur et les jurisconsultes ont adapté les règles existantes.

79. La doctrine des jurisconsultes et la science romaine du droit se sont déployées avant tout dans les vastes commentaires à l'édit du préteur qui, pour la plupart, sont apparus dès la rédaction de l'Édit perpétuel par Salvius Julien sur l'ordre d'Hadrien.

Salvius Julien lui-même était l'auteur de *Digesta*, litt. « mis en ordre », en 90 livres, selon le plan suivant : livres 1-58, l'édit du préteur ; 59-90, lois et sénatusconsultes.

Le Digeste conserve des fragments provenant des commentaires des jurisconsultes suivants : *Ad edictum praetoris* : Gaius (10 livres ; incomplet ?) ; Pomponius (150 livres peut-être) ; Paul (80 livres, plus deux sur l'édit des édiles curules) ; Ulpien (83 livres). *Ad edictum provinciale* : Gaius (32 livres).

N.B. Les extraits tirés des oeuvres d'Ulpien représentent environ le tiers du Digeste dans son ensemble.

À partir du milieu du III^e siècle, l'interprétation relève exclusivement de l'autorité de l'empereur et des juristes, désormais anonymes, de la chancellerie impériale.

Exemples

80. — On citera d'abord trois maximes relatives à l'interprétation. *Dig.* 1, 3, 18 *Benignius leges interpretandae sunt...* Les lois doivent s'interpréter avec assez de bienveillance. Sur l'interprétation de la loi, on verra ce titre 1, 3 en général. On comparera les art. 1156-1164 du Code civil relatifs à l'interprétation des conventions.

45, 1, 38 [18] *Verba contra stipulatorem interpretanda sunt.* Les termes [du contrat] doivent s'interpréter contre le stipulant. (C. civ., art. 1162.)

50, 17, 172 *Ambiguum pactum contra venditorem interpretandum est.* La clause ambiguë doit s'interpréter contre le vendeur. (C., n° 156 ; C. civ., art. 1602.)

— Exemple de l'interprétation extensive que les jurisconsultes ont donnée de la loi des XII Tables : les obligations du vendeur d'un immeuble (C., n° 146).

— La mention explicite *servum servamve alienum alienamve*, dans l'art. 1er de la *lex Aquilia*, suppose qu'à l'époque où la loi a été faite l'interprétation restrictive était de rigueur (D., n° 40).

— C'est précisément dans la mise en oeuvre de la *lex Aquilia* que l'interprétation des préteurs et des jurisconsultes s'est donné libre cours par prédilection au cours des deux derniers siècles de la République (D., n° 36-62).

— Le délit de *rapina* consiste dans les violences ou le vol commis en bande ou à main armée. L'édit de Lucullus visait vraisemblablement les dommages résultant de pillages ou de violences accomplies collectivement. L'interprétation des jurisconsultes l'a étendu au vol à main armée perpétré par un seul coupable (D., n° 99).

— Le terme de *favor* s'applique à l'interprétation bienveillante qui est appliquée au mariage (*Pr.*, n° 97), à la liberté par rapport à l'esclavage dans la *causa liberalis* (*Pr.*, n° 25), et au testament (*Th.*, n° 39).

— La formule de l'action résultant de la violation de l'interdit *uti possidetis* comporte la clause estimatoire *quanti ea res est*, « à concurrence de la valeur de la chose », dont l'interprétation a évolué au cours du temps dans la doctrine romaine (*Pr.*, n° 63).

— Depuis le milieu du III^e siècle de notre ère, l'interprétation appartient exclusivement à l'empereur : ainsi pour l'évolution du régime de la stipulation pour autrui tel qu'il s'applique à la donation avec charge (*C.*, n° 38-39).

XIII. LA TERMINOLOGIE

81. On l'a déjà dit, mais on ne le répétera jamais assez : le juriste ne dispose que des mots pour élaborer la science du droit. D'où le rôle essentiel de la terminologie : la précision des termes est indispensable, et il convient de dissiper tout risque d'équivoque. Le Code civil lui-même n'y est pas toujours parvenu, ainsi qu'on peut en juger par la thèse de BÉCQUART, *Les mots à sens multiples dans le Code civil*, Lille, 1928.

Rien d'étonnant, dès lors, si la terminologie latine du droit romain, qui s'est constituée de manière empirique, n'est pas à l'abri des approximations, malgré les efforts des jurisconsultes dont témoigne le titre 50, 16 du Digeste : *De verborum significatione*.

82. On se bornera à deux exemples : frg. 188 PAUL. *Habere duobus modis dicitur, altero iure dominii, altero optinere sine interpellatione id quod quis emerit.*

Habere se dit de deux façons : d'une part, en vertu du droit de propriété, de l'autre, [pour] tenir sans contestation ce qu'on a acheté.

Paul signale de la sorte que le verbe *habere* s'emploie, à la fois, pour la possession et pour la propriété (et le juriste moderne ajouterait : pour la détention, dépourvue de terme propre en latin).

Du même jurisconsulte, le fragment suivant : 189 *Facere oportere et hanc significationem habet ut absteineat quis ab eo facto quod contra conventionem fieret et curaret ne fiat.*

Devoir faire a aussi le sens de s'abstenir du fait qui aurait lieu contre la convention et de veiller à ce qu'il n'ait pas lieu. Donc : l'obligation de faire entraîne celle de ne pas faire.

On trouvera plus haut (n° 5) le texte d'Ulpien relatif à *donum et munus* (*Dig.* 50, 16, 194).

REM. Aelius Gallus (au milieu du I^{er} siècle av. J.-C.) avait composé un ouvrage intitulé *De verborum quae ad ius civile pertinent significatione libri*, mais, dans la suite, il est cité plus par les lexicographes, comme Festus, que par les juristes.

L'étymologie

83. A. Les **jurisconsultes**, à l'exemple des grammairiens (Varron) et des lexicographes (Festus), évoquent plus d'une fois l'origine d'un terme technique du droit romain, parfois par une intuition heureuse grâce à un rapprochement avec le grec, comme pour *fur* (*D.*, n° 24) et *spondere* (Festus et Gaius : *C.*, n° 16). Quand ce n'est pas le cas (tel *nexum* chez Varron : *C.*, n° 5), il peut s'agir d'un jeu de mots à intention pédagogique : ainsi l'explication de *mutuum* par Gaius (3, 91 ; *C.*, n° 93).

On fera une place ici à ISIDORE DE SÉVILLE. Évêque de Séville (*Hispania*), Isidore (570?-636) assure la transition entre l'antiquité, dont il recueille l'héritage, spécialement dans ses *Etymologiae* ou *Origines* (en 20 livres), et le moyen âge, qui le lira et le recopiera surabondamment.

Isidore de Séville consacre au droit la première partie de son livre V (*De legibus et temporibus*, chap. 1-27). Mais il s'arrête au code Théodosien (chap. 1, 7), négligeant la codification de Justinien.

B. Grâce à la **grammaire comparée** des langues indo-européennes, les modernes sont souvent en mesure d'éclairer la préhistoire des mots, voire des notions de l'ancien droit romain. On a signalé de la sorte : *gens* (*Pers.*, n° 7), *genus* (ici, *Instr.*, n° 4), *heres suus* (*Pers.*, n° 28 ; *S.* 4), *ius* (*Pr.*, n° 12 ; ici, *Instr.*, n° 60), *mutuum* (*C.*, n° 93), *soror* (*S.*, n° 4), *spondere* (*C.*, n° 16), *vadium* > gage, *vas* (*C.*, n° 111 ; *Th.*, n° 131), *vindex* (*B.*, n° 8 ; *Th.*, n° 130).

REM. Pour *ius*, les parallèles en indo-iranien (védique *yos*, « salut ! ») et avestique *yaoz-*, « pur ») orientent vers la sphère du magique ou du sacré, mais le latin est seul à avoir développé aussi largement la famille du mot (ERNOUÏT-MEILLET, *Dict. étym.*).

N'ont pas d'étymologie assurée : *culpa* (*D.*, n° 52), *provincia*, *vectigal* (*B.*, n° 103). D'autre part, on a relevé la fausse étymologie savante qui explique l'orthographe du franç. « posthume » (*S.*, n° 20).

C. On sera attentif aux cas où il y a eu **emprunt** : — au grec, pour *dolus* (*D.*, n° 74) et *poena* (*D.*, n° 19), par l'intermédiaire de l'étrusque pour *persona* (*Pers.*, n° 2) ;

— à une langue sémitique, via le grec, pour *arrhabon*, *arrha* (*C.*, n° 123).

D. Enfin, on ne négligera pas les éclaircissements que procure, sur la terminologie du droit romain, l'analyse de la **formation des mots latins**. On citera de la sorte: *dominium* (B., n° 45), *mancipium* (B., n° 10), *pater et mater* (Pers., n° 100), *possidere* (B., n° 45), *pecu* et ses dérivés *pecunia* et *peculium* (Pers., n° 55-56 ; B., n° 131), *praedium* (B., n° 92), *sacramentum* (Pr., n° 26), *sedulo* (< *dolus* ; D., n° 74), *stipulatio* (C., n° 17), *stellionatus* (B., n° 113), *testis*, d'où *testari*, *testamentum*, *contestari* (Pr., n° 19 et 67 ; S., n° 8), *victima* (Pr., n° 26).

XIV. LES MAXIMES DU DROIT (*REGULAE IURIS*)

84. Les commissaires de Justinien ont eux-mêmes réuni un ensemble de maximes du droit romain à la fin du Digeste. C'est le titre 50, 17 *De diversis regulis iuris antiqui*, qui comporte 211 fragments. Il commence précisément par définir la maxime de droit :

Dig. 50, 17, 1 PAUL. libro sexto decimo ad Plautium Regula est quae rem quae est breviter enarrat. Non ex regula ius sumatur, sed ex iure quod est regula fiat. Per regulam igitur brevis rerum narratio traditur et, ut ait Sabinus, quasi causae coniectio est, quae simul cum in aliquo vitiata est perdit officium suum.

La maxime est ce qui énonce brièvement la réalité existante. Ce n'est pas de la maxime que le droit devrait se tirer, mais c'est du droit qui existe que devrait se tirer la maxime. Par la maxime se transmet un bref exposé des réalités et, ainsi que le dit Sabinus, elle est comme une synthèse de la chose, qui, dès qu'elle est viciée sur quelque point, perd son utilité.

On constatera que, de la sorte, c'est toute la conception déductive du droit que le jurisconsulte romain écarte au profit de la démarche inductive, typique au surplus de la casuistique maniée par la science romaine du droit.

On sera toujours attentif au fait que, depuis le moyen âge, les juristes ont continué à produire des maximes de droit rédigées en latin. Il en résulte que, chaque fois qu'il en rencontre une, le lecteur fera bien de vérifier si elle remonte, ou non, au droit romain de l'antiquité.

85. Même s'il en forge une qui est promise à un brillant avenir (Pers., n° 63) : 1, 53 *Male nostro iure uti non debemus*, **Gaius** fait peu de place à la *regula iuris*, pourtant si féconde, à nos yeux, du point de vue pédagogique. Deux exemples cependant.

1, 82-83 ...*Ex ancilla et libero iure gentium servus nascitur, et contra ex libera et servo liber nascitur. Animadvertere tamen debemus ne iuris gentium regulam vel lex aliqua vel quod legis vicem optinet aliquo casu commutaverit.* D'une esclave et d'un homme libre, d'après le *ius gentium*, naît un esclave et, inversement, d'une femme libre et d'un esclave naît un enfant libre. Nous devons cependant vérifier si cette règle du *ius gentium* n'a pas été modifiée dans quelque cas par une loi ou ce qui en tient lieu.

4, 112 *Est enim certissima iuris regula ex maleficiis poenales actiones in heredem nec competere nec dari solere.* C'est, en effet, une règle du droit bien vérifiée que les actions pénales [nées] des délits ne valent pas contre l'héritier et ne lui sont pas d'ordinaire accordées. (*D.*, n° 20.)

De Gaius, on a déjà cité : *Dig.* 50, 17, 100 *Omnia quae iure contrahuntur contrario iure pereunt.* (Voir *Th.*, n° 109.)

Regula Catoniana

86. *Dig.* 34, 7, 1 CELS. pr. *Catoniana regula sic definit quod, si testamenti facti tempore decessisset testator, inutile foret, id legatum, quandocumque decesserit, non valere. Quae definitio in quibusdam falsa est.* (Sur ce dernier point, voir frgg. 3-5.)

La règle catonienne précise qu'au cas où, à supposer que le testateur fût décédé au moment où il le faisait, le testament serait nul, le legs, quel qu'ait été le moment du décès, est nul.

La *regula Catoniana* est la seule qui porte le nom du jurisconsulte qui l'a proposée. Mais de quel Caton s'agit-il ? Sans doute est-ce le fils de Caton l'Ancien : AULU-GELLE, *N. Att.* 13, 20, 9 ...*Ex maiore autem Catonis filio, qui praetor designatus patre vivo mortuus est et egregios de iuris disciplina libros reliquit.* ...Le fils aîné de Caton, qui, élu préteur, mourut du vivant de son père et a laissé des livres remarquables sur la science du droit.

Rejetée par les auteurs de l'ancien droit, la règle catonienne a été abandonnée par le Code civil (art. 906).

87. Ont écrit des recueils de *Regulae* : Nératius Priscus, Gaius, Pomponius, Scaevola, Marcien, Paul, Ulpien et Modestin. Mais il faut noter qu'à en juger par les nombreux fragments conservés de ces oeuvres, elles ne se distinguaient pas nécessairement des autres ouvrages des jurisconsultes.

Les maximes du droit évoquées tout au long du cours sont trop nombreuses pour être reprises ici. Le lecteur les trouvera à leur place alphabétique dans l'*Index latin-français* et, d'autre part, on croit bien faire en mentionnant les paragraphes qui en citent.

Liste Première partie (Introduction) : 42 *Iuris ignorantia nocet...*

II^e partie (Procédure) : 18 et 34 *Indefensus...*, 45 *Praetor ius dicit* ; 51 *Confessus...*, 69 *Ante litem contestatam...*, 70 *Ne bis de eadem re* ; *Res iudicata...*, 89 *Reus in exceptione...*, *Ex nudo pacto...*, 94 *Actori incumbit probatio* ; *Reus...*, 96 *Res inter alios iudicata...*

III^e partie (Personnes) : 21 *Conceptus pro nato...*, 26 *Affinitas affinitatem non parit* ; 27 *Quot generationes, tot gradus* ; 50 *Auctor in rem suam esse non potest* ; 63 *Male iure nostro...*, 67 *Indefensus...*, 83 *Nuptias non concubitus...*

IV^e partie (Biens) : 62 *Superficies solo cedit* ; 66 *Indefensus pro iudicato habetur*.

V^e partie (Délits) : 7 *Vim vi repellere licet* ; 16 *Nulla poena sine lege* ; 20 *Nemo delictis exuitur...*, 44 *Libertas inaestimabilis est* ; 51 *Volenti non fit iniuria* ; 52 *In lege Aquilia et culpa levissima venit* ; 76 *Dolo facit...*, 79 *Dolus pro possessione est* ; ...*Temporalia ad agendum, perpetua ad excipiendum*.

VI^e partie (Contrats) : 26 *Solvendo quisque...liberat* ; 51 et 255 *Ex nudo pacto...*, 80 *Genera non pereunt* ; 110 *Adiuvare...beneficio oportet* ; 153 *Periculum est emptoris*.

VII^e partie (Théorie des obligations) : 4 *Confessus...*, 24 *Nemo praecise cogi potest ad factum* ; 26 *Ius publicum...mutari non potest* ; 65 *Dies interpellat...*, 69 *Genera non pereunt* ; 109 *Omnia quae iure contrahuntur...*, 123 *Impossibile nulla obligatio*.

VIII^e partie (Successions) : 38 *Praetor heredes facere non potest*.

IX^e partie (Instruments) : 13 *Definitio...*, 36 *Dolus pro possessione est* ; 37 *Conceptus pro nato...*, 44 *Pater is est quem nuptiae demonstrant* ; 45 *Res iudicata...*, 80 *Interprétation*, 85 *Male iure nostro...*

REMARQUE FINALE. On observera pour finir qu'il est peu de maximes du droit romain qui aient donné lieu à un article du Code civil. Et encore : quand c'est le cas, il faut toujours y voir de plus près. Par ex. *Pater is est quem nuptiae demonstrant* (n^o 44).

XV. LA CODIFICATION

88. Le concept de codification apparaît en français au début du XIX^e siècle, à la suite du Code Napoléon, le Code civil promulgué en 1804. Quant au terme de code, il vient du lat. *codex*, *icis* désignant le livre relié fait de feuilles de parchemin, tel qu'il se répand à la fin du

Haut-Empire, par opposition au *liber*, qui s'applique au rouleau de papyrus (*volumen*).

À l'origine, *codex* est le tronc d'arbre et *liber*, la pellicule qui se trouve entre le tronc et l'écorce. L'un et l'autre ont servi à date ancienne de support à l'écriture.

Aussitôt introduit dans l'usage des Romains, le *codex* a servi pour les recueils de constitutions impériales réalisés dès le début du règne de Dioclétien (284-305) : le *codex Gregorianus* et le *codex Hermogenianus* ; d'où, ultérieurement, le code Théodosien (en 438) et le Code de Justinien (529).

REM. Il va de soi que l'usage systématique du *codex* pour les oeuvres littéraires comme pour les archives administratives a exigé un intense travail de copie qui, comme pour les sources historiques du droit romain, a entraîné maints remaniements dans les textes ainsi transmis.

Les codes archaïques

89. Les historiens du droit ont pris l'habitude désigner sous le nom de codes les plus anciens recueils de lois attestés dans le passé : tel le code d'Hammourabi, en Mésopotamie (vers 1750 av. J.-C.), le code de Gortyne, en Crète (au milieu du V^e siècle avant notre ère) ou la loi des XII Tables. On peut étendre une telle dénomination aux lois germaniques qui datent du début du moyen âge, par exemple la loi Salique, dont la version la plus ancienne remonte au règne de Clovis (mort en 511).

On ne manquera pas de constater que la rédaction de ces codes archaïques est directement liée à l'introduction de l'écriture. C'est ainsi que les auteurs de la loi des XII Tables portent le titre de *decemviri legibus scribundis*, les dix commissaires chargés de mettre les lois par écrit. De même, les plus anciennes lois germaniques sont en latin, qui était la langue des seuls scribes disponibles à l'époque. (Les lois anglo-saxonnes, qui sont les premières à être rédigées dans un idiome germanique, remontent au VII^e siècle.)

Pour le contenu, ces codes archaïques ne sont jamais conçus comme exhaustifs. Ils restent toujours fragmentaires et le plan, — à supposer qu'on puisse en découvrir un —, purement empirique. Telle la loi des XII Tables qui est faite d'une collection d'amendements à une coutume qui continue d'être en vigueur pour le surplus.

REM. Si l'on est attentif à ce qui vient d'être dit de l'apparition des premiers codes archaïques, déterminée par l'invention de l'écriture, et de l'influence décisive du *codex* sur la réunion des constitutions impériales à Rome, on s'avisera que le moyen technique — l'écriture — et le matériau qui lui sert de support ont joué un rôle déterminant dans l'histoire du droit et spécialement dans le phénomène de la codification.

Les codifications romaines

90. On a déjà dit plus d'une fois que les Romains, après la loi des XII Tables, n'ont jamais rassemblé en un recueil les lois républicaines ni les sénatusconsultes du Haut-Empire. D'autre part, il faut bien voir que c'est seulement par une analogie commode que les modernes peuvent parler de codification pour désigner les sources — formelles et historiques — du droit romain, à savoir :

— l'édit du préteur, qui se constitue aux deux derniers siècles de la République et qui reçoit sa forme définitive dans l'Édit perpétuel, rédigé par Salvius Julien sur l'ordre d'Hadrien (empereur de 117 à 138) ;

— les premiers recueils de constitutions impériales, d'abord officieux, sous le règne de Dioclétien (284-305), avec le *Codex Gregorianus* et le *Codex Hermogenianus* ; ensuite officiel pour le *Codex Theodosianus* (438) ;

— mais surtout la codification de Justinien, appelée dans la suite le *Corpus iuris civilis* et qui comporte quatre parties — les Institutes, le Digeste et le Code, complété par les Nouvelles.

En bonne méthode, on ne saurait assez s'étonner de l'ordonnance singulièrement imparfaite du Digeste et du Code, qui constituent deux recueils monumentaux, certes, et infiniment précieux pour l'histoire du droit, mais aussi peu satisfaisants que possible, — à nos yeux du moins —, pour les praticiens du droit qui devaient en faire usage. On ajoutera, toujours du point de vue historique, que ce sont précisément ces défauts du *Corpus iuris civilis*, et du Digeste tout spécialement, qui allaient inspirer en Occident, à partir du XI^e siècle, l'activité des glossateurs et des post-glossateurs, dont nous restons les lointains héritiers.

Le code synthétique

91. Les historiens du droit et, plus spécialement, ceux de la science du droit devraient relever plus souvent qu'ils ne le font la singularité que représente la date tardive à laquelle apparaît, au début de l'époque moderne — plus exactement à la fin du XVIII^e siècle —, le code synthétique qui s'assigne pour fonction de réunir en un nombre limité d'articles, généralement deux à trois mille, la totalité des règles qui gouvernent une branche du droit (civil, commercial et pénal, en premier lieu).

En France, malgré la qualité de la synthèse proposée dès 1694 par Domat avec *Les lois civiles dans leur ordre naturel*, il a fallu

attendre les bouleversements de la Révolution et la remise en ordre opérée par Napoléon pour réaliser une telle oeuvre trop longtemps attendue. Les juristes ne méditeront jamais assez sur la lenteur avec laquelle s'affirment à la fois les progrès de leur discipline intellectuelle et les innovations véritablement durables du législateur.
