

LES CARACTERES GENERAUX DES OEUVRES POST-CLASSIQUES OCCIDENTALES (*)

par

Jean GAUDEMET

Professeur à la Faculté de Droit et des Sciences
Economiques de Paris

En parlant hier du pouvoir impérial au Bas-Empire nous avons déjà évoqué à plusieurs reprises la législation et par là même le droit. C'est à lui que je souhaiterais consacrer cette seconde leçon. Mais ici encore nous laisserons de côté l'oeuvre prestigieuse de Justinien, qui est fort bien connue et je préfère tenter de caractériser le travail moins illustre et de moins de valeur certes qui fut fait en Occident entre la fin du III^e s. et le milieu du Ve. Ces oeuvres ont suscité depuis quelques décades d'amples débats et il n'est pas sans intérêt de faire le point de ces discussions.

Ces oeuvres, quelles sont-elles? quand furent-elles composées? et à quelle fin?

Ce sont là les trois questions préalables qui nous serviront d'introduction. Puis après les avoir ainsi situées, nous tenterons d'en préciser les traits caractéristiques.

INTRODUCTION

Pour comprendre le travail qui sera fait entre 300 environ et 450 en Occident il faut se représenter la situation dans laquelle se trouvaient les juristes à l'époque de Dioclétien (284-305).

(*) Conférence donnée le 22 avril 1965 à la Faculté de Droit d'Istanbul.

La grande lignée des jurisconsultes classiques est tarie. Elle s'est achevée avec la triade Papinien-Paul-Ulprien (ce dernier mort en 228). Ces juristes, surtout le troisième, ont été souvent déjà plus des compilateurs que de grands esprit novateurs. Mais ils ont beaucoup écrit. Leur oeuvre immense s'ajoute à celle de la longue série de leurs prédécesseurs depuis les "Veteres" de la fin de la République. C'est donc une oeuvre de trois siècles et demi, diverse, désordonnée qu'il faudrait posséder et dominer. Les manuscrits des oeuvres anciennes sont rares, onéreux. Une littérature surtout casuistique est d'utilisation difficile. Sans doute les manuels du type des *Institutiones* de Gaius ou d'Ulprien sont plus pratiques. Mais ils sont vieillis. Car au cours du III^e siècle le droit a évolué. La procédure formulaire a définitivement cédé devant la procédure administrative utilisée devant les fonctionnaires. Les règles savantes proposées par la jurisprudence classique résistent difficilement à la pression des traditions locales ou de simplifications proposées par les praticiens. La faiblesse du pouvoir l'oblige à sanctionner plus sévèrement ses prescriptions.

Et en même temps un changement technique apparaît qui va obliger à réécrire les oeuvres anciennes: le codex sur parchemin se substitue au rouleau sur papyrus trop fragile et peu maniable.

Ce que souhaitent les praticiens ce sont des oeuvres adaptées au droit nouveau, maniables et simples, donc sommaires.

La réécriture imposée par le triomphe du *Codex* fournit l'occasion de cette mise à jour et de cette simplification. C'est dans cet esprit que furent composés :

- a) — Les *Res Quotidianae*, attribuées à Gaius et datant probablement de la fin III^e siècle.
- Les *Sententiae Pauli*, vers 300, avec des remaniements successifs jusqu'au milieu du Ve siècle.
- Les *Regulae Ulpiani*, vers 320-342.

b) En même temps que ces abrégés, sont composées vers la même époque des compilations empruntant aux oeuvres des juristes classiques et à la législation impériale, mais groupant par matière les divers fragments.

Les Fragments du Vatican, début du IV^e s., qui dans les éléments qui nous ont été conservés traitent de la vente, de l'usufruit, de la dot, de la tutelle, des donations, de la représentation en justice.

La Collatio mosaicarum et romanarum legum, vers 320.

Le travail de rédaction semble alors s'être arrêté pendant plus d'un siècle. Il reprend au milieu du Ve siècle car, c'est à cette date sans doute, qu'il faut attribuer des oeuvres d'un autre genre, se bornant à résumer, à paraphraser et aussi parfois à adapter au droit nouveau des textes anciens :

Les Institutes de Gaius dans l'Építome Gai :

Les Constitutions impériales - dans les *Interpretationes* du C.Th. Et peut-être s'agit-il là d'oeuvres faites en Gaule à une époque où la domination romaine n'y était plus guère effective.

Telles sont les oeuvres maitresses (il y a quelques autres oeuvres mineures), leurs dates probables, leur but général. Un trait - tout extérieur - frappe aussitôt. Ces oeuvres ne sont pas anonymes, mais elles sont l'oeuvre d'inconnus. En effet, elles se disent faites par *Gaius*, *Ulpian*, *Paul*, dont les noms figurent parmi les cinq grands juristes de la loi des citations, c'est à dire par les plus célèbres jurisconsultes, sans doute les mieux connus.

Mais il est évident que ces oeuvres sommaires et médiocres ne peuvent leur être attribuées. Il s'agit du travail d'auteurs mineurs qui ont voulu mettre leur compilation sous l'autorité de patrons illustres. Conscients de leur faiblesse ils ont tenté de la masquer en invoquant les princes de la jurisprudence. Et de nombreuses générations de romanistes s'y laisseront prendre, et parmi eux les plus grands comme P. F. Girard ou Krüger. Aujourd'hui, rares sont ceux qui restent fidèles à ces attributions traditionnelles. Cette apparente modestie qui, discrètement, tait le nom de l'auteur, est peut-être l'aveu du peu d'autorité dont il jouissait, et au fond de sa médiocrité.

Est-ce à dire que ces oeuvres soient sans aucun mérite? Le soutenir serait ici encore se montrer injuste envers le Bas-Empire, méconnaître les besoins propres à cette époque, ne pas tenir compte des difficultés au milieu desquelles les juristes devaient oeuvrer.

Il fallait s'adapter à une société nouvelle, en pleine crise, ce qui signifie qu'il fallait, à la fois tenir compte du médiocre niveau des juristes, et leur rendre service en adaptant le droit classique à l'époque nouvelle.

Exigence de forme ou de méthode,

Exigence de fond ou d'adaptation.

Tels sont les deux traits que nous retiendrons.

I) LA METHODE

Deux traits frappent tout d'abord lorsque l'on compare les oeuvres post-classiques occidentales avec les monuments de la jurisprudence classique : un esprit méthodique et un besoin de simplification.

Naturellement ces traits sont plus ou moins accentués selon les auteurs, les oeuvres, les époques. Ils sont beaucoup plus accusés dans les oeuvres sommaires du type des *Regulae Ulpiani* ou des *Sententiae Pauli* que dans les compilations de plus d'ampleur comme les *Fragments du Vatican* ou la *Collatio*. Ils sont aussi plus apparents dans les oeuvres composées aux environs de 300 que dans les travaux du milieu du Ve siècle. (*Interpretationes* ou *Epitome Gai*). Mais on les retrouve cependant partout et il est intéressant de les envisager d'un peu plus près.

A) *L'esprit méthodique apparaît :*

1) dans le goût des *classifications*. Parmi d'innombrables exemples, que l'on songe par exemple aux classifications de la loi qui figurent au début des *Regulae Ulpiani*.

- a) classification d'après la sanction (ou l'absence de sanction) en *leges perfectae*
imperfectae
minus quam perfectae (§ 1-2).

Classification que ne confirme aucune autre source.

- b) puis classification selon son but (§ 3).

Lex aut rogatur - Id est fertur

aut abrogatur - prior lex tollitur

” *derogatur - pars prima legis tollitur*

” *subrogatur - adicitur aliquid primae legi*

” *abrogatur - mutatur aliquid ex prima lege.*

L'emploi même du verbe "rogare" avec des préfixes divers semble vouloir fournir le moyen mnémotechnique de se rappeler cette classification.

Donc une volonté de classer parfois sommairement et formellement.

On peut aussi, à ce propos, comparer la classification des obligations chez Gaius III, 88 *ex contractu*
ex delicto

et dans les *Res Quotidianae* : D. 44, 7, 1, 2 : "aut proprio quodam iure ex variis causarum figuris". = formule imprécise (*quodam, variae figurae, causa*), qui témoigne des limites de l'esprit juridique de son auteur. Cf. encore : *Sententiae Pauli* III, 1 : "condicionum duo sunt genera : aut enim possibilis est aut impossibilis", ce que l'on ne trouvait pas dans le passage correspondant de Gaius III, 98 concernant la stipulation sous condition impossible. Le concept de la condition impossible était classique, mais le goût de la classification est tardif.

2) Le souci de méthode se marque aussi par le goût des *définitions*. Par exemple, *Epitome Gai*, I, de statu hominum, lorsqu'il s'agit de définir les divers types d'affranchis, § 1-3 : "Cives romani sunt...; Latini sunt...Dediticii sunt...", qui constituent les *tria genera libertatum*; alors que Gaius I, 9 sq. traitait très en détail de la façon dont on pouvait se trouver dans chacune de ces catégories. Les *Sententiae Pauli*, V, 18, 1 définissent les *abactores*, ceux qui volent en le poussant devant eux : un cheval

ou deux juments

deux boeufs

dix chèvres

cinq pores

et que distinguent encore une catégorie d'*atroces abactores* (§ 2) ce qui est un "durcissement", pour aboutir à des catégories précises, des indications que donnait Callistrate (D. 47, 14, 3) cherchant à déterminer à partir de quand l'ampleur du vol le faisait passer du fur à l'abigeus (cf. également Ulpien, h. t., I. 1 § 1-2).

Les exemples de tel "durcissement" des appréciations souples de la Jurisprudence classique sont innombrables.

3) Enfin il est bien évident que ce souci de méthode se traduit aussi par un *classament des textes* selon les matières. C'est avec les *Fragments du Vatican* qu'apparaît pour la première fois une tentative de réunir des textes de juriconsultes et des constitutions impériales traitant du même objet (vente, donation etc.). La "Collatio mosai-carum et romanarum legum" fera de même. Et dans la *Consultatio*, on voit aussi le juriste inconnu appuyer les réponses aux questions qui lui ont été posées par des références à la Jurisprudence classique et aux constitutions impériales.

Il s'agissait certainement là d'une entreprise difficile. Ni Théodose II, ni même Justinien n'oseront reprendre la même voie. Théodose y avait peut-être songé, mais il recula devant les difficultés de l'entreprise. Et il ne fit qu'une compilation des constitutions des 125 dernières années. Justinien optera pour deux recueils différents, l'un pour les Constitutions, le Code; l'autre pour la jurisprudence, le Digeste. Il faudra attendre les *Basiliques* de Léon pour que à nouveau soient réunis Constitutions et Jurisprudence.

B) *Le besoin de simplification*. C'est un trait bien connu des oeuvres post-classiques et l'on y a vu une nécessité entraînée par le faible niveau des juristes de cette époque.

1) Cette simplification se manifeste d'abord dans le *style*. Celui-ci reste dans la ligne de la tradition classique : phrases en général courtes, simples; vocabulaire technique précis. Parfois même extrême sécheresse de la langue. C'est là un fait d'autant plus remarquable que dès le début du IV^e siècle le style de la chancellerie impériale devient grandiloquent, rhétorique, prétentieux et du même coup imprécis. On a depuis longtemps relevé à ce propos la différence entre le style des rescrits de Dioclétien et celui des constitutions de Constantin. Or la langue des *Regulae Ulpiani* ou des *Sententiae Pauli* reste classique. Et il en va de même au Ve siècle : l'*Épitome Gai* ou les *Interpretationes* du C. Th. restent d'une langue simple et il est souvent beaucoup plus facile de comprendre l'*Interpretatio* du C. Th. que la constitution sous laquelle elle figure.

Différence de style qui reflète sans doute une différence de classe sociale. Les rédacteurs de ces traités étaient des juristes modestes, peu versés dans l'art rhétorique, tandis que les hauts

fonctionnaires qui rédigeaient les constitutions appartenaient à l'aristocratie romaine qui fréquentait les écoles de rhétorique et cherchait à surpasser Cicéron.

2) Mais la simplicité du style s'accompagne souvent d'une *simplification abusive des concepts*. C'est un point sur lequel il n'est pas besoin d'insister. Il a été en particulier bien mis en évidence par les travaux d'Ernst Levy : disparition de la catégorie des *jura in re aliena*, absorption de la propriété dans un concept général et vague de possession, prépondérance des préoccupations concrètes, de portée économique sur les abstractions juridiques etc...

3) C'est ce même besoin de simplification qui *fait disparaître toutes les discussions* d'opinions entre Jurisconsultes, l'exposé de *cas difficiles*, la *démonstration* qui conduit peu à peu à une solution. Que l'on compare par exemple à ce propos, la brève notice des *Regulae Ulpiani XXVI*, de *legitimis heredibus*, aux longs développements de Gaius III, 1 sq. Ce qui intéresse les juristes post-classiques ce n'est pas de savoir pourquoi la règle est ce qu'elle est, quelles en sont les limites, les nuances, les exceptions. C'est de connaître la solution simple à appliquer sans entrer dans des démonstrations ou des discussions.

Mais ces traits formels des oeuvres post-classiques, leur souci de classer et de simplifier n'épuisent pas leur originalité. Ces oeuvres, que leur simplicité doit rendre facilement utilisables, même par des juristes peu experts, doivent aussi donner le droit applicable et pour cela être adaptées aux solutions nouvelles. Bien que faites à l'aide d'oeuvres classiques, auxquelles elles empruntent parfois un passage, ces oeuvres ne reproduisent déjà plus le droit classique.

II) L'ADAPTATION DU DROIT

On ne saurait ici relever toutes les transformations que le droit classique a subi dans ces oeuvres tardives. Sur ce point encore les études d'Ernst Levy en matière de droit des biens et de droit des obligations fournissent une riche documentation.

Nous retiendrons seulement deux traits qui caractérisent ces oeuvres : la place qu'elles accordent au droit pénal et celle qu'y tient le "droit vulgaire".

A) *L'importance du droit pénal.* Le droit pénal occupe dans la partie qui nous est parvenue de la jurisprudence classique une place très réduite. Il est difficile de fixer dans quelle mesure ceci est dû au choix opéré par les rédacteurs du Digeste qui peut-être ont systématiquement négligé le droit pénal. Mais on peut, semble-t-il, tenir ce facteur pour peu important.

a) La compilation byzantine n'était pas indifférente au droit pénal : la place qu'il occupe au C. J. en est la preuve.

b) Le droit pénal n'est pas totalement négligé au Digeste. Il n'y a donc pas une volonté de l'écartier.

c) A l'inverse les Institutes de Gaius, manuel de droit romain classique, ne lui accordent aucune place. C'est là un signe de l'orientation générale de la Jurisprudence classique. Si elle n'a pas totalement méconnu le droit pénal, elle s'y est fort peu intéressée.

Les choses changent avec des œuvres comme les Sentences de Paul (L. V., T. 18 à 32) ou la Collatio, dans laquelle le droit pénal tient une place très importante.

Comment expliquer ce changement d'attitudes des juristes?

1) Il faut tout d'abord remarquer que le droit pénal prend, dans la législation du Bas-Empire, une place très importante, dont témoigne précisément la place qu'il occupe au C. Th. et au C. J.

2) Non seulement de nombreuses constitutions traitent de droit pénal, mais la sanction pénale tend bien souvent à se substituer à la sanction civile : fortes amendes, exil, confiscation des biens, peine de mort sanctionnent des violations de dispositions qui, en droit classique auraient été sanctionnées par la nullité de l'acte violant la loi. On en pourrait donner de multiples exemples. Citons seulement les sanctions des interdictions de mariage pour parenté, différence de religion ou de race que le droit du Bas-Empire punit parfois de mort!

Ce trait du droit post-classique a été bien souvent relevé. La rigueur de la législation est extrême. Resterait à savoir si cette rigueur fut effectivement appliquée. On en peut douter. La sévérité abusive de la sanction devait bien souvent conduire à ne pas la prononcer! Et c'est au fond l'inefficacité de la législation, l'impossibilité où l'empereur et son juge se trouvent de la faire observer

qui conduit le législateur à menacer de peines terribles, et souvent vaines.

C'est à ce nouvel aspect du droit que l'on serait tenté d'attribuer la place que les oeuvres post-classiques accordent au droit pénal. Elles reflètent en cela l'esprit de la législation. Peut-être reflètent-elles aussi les moeurs de l'époque. Car, si la sanction pénale vient souvent fortifier une disposition de droit civil (empêchement de mariage par exemple) elle s'applique aussi à des crimes et des délits graves : vols à main armée, pillages, sacrilèges, magie, incendies, meurtres, empoisonnements, détournements de fonds publics, tels sont les crimes qu'évoquent les chapitres de droit pénal des *Sententiae Pauli*. Et dans un manuel qui se voulait sommaire et utile, la place qui leur est faite ne relève pas de la spéculation théorique. Dans cette société où l'autorité de l'Etat se fait mal respecter, où la misère pousse au crime, où les révoltes politiques et les infiltrations barbares entretiennent une insécurité permanente, la violence triomphe à laquelle répond d'ailleurs la violence (ou la rigueur) de la répression. Et c'est ainsi que le droit pénal prend dans les oeuvres juridiques une place que le droit classique n'avait pas été obligé de lui accorder.

B) *Le droit vulgaire*. — L'autre trait qui marque ces oeuvres post-classiques, c'est la place qu'y occupe ce que l'on a pris coutume d'appeler le "droit vulgaire".

On ne saurait au terme de cette leçon évoquer tous les problèmes qui, depuis une quinzaine d'années, ont été agités autour de la notion de droit vulgaire.

Disons seulement que ce droit nous paraît représenter le droit de la pratique en face du droit savant. Cette dualité est de tous les temps. Souvent la pratique adopte des usages qui, sans toujours transgresser les règles ne lui sont pas parfaitement fidèles. Sans doute ceci est-il rare à notre époque où le droit codifié, écrit, législatif, l'emporte. La jurisprudence des tribunaux sait cependant parfois prendre avec lui quelques libertés. Le Moyen-Age fut dans une très large mesure l'époque où la pratique régnait presque seule.

Le Bas-Empire occupa à ce propos une place intermédiaire. Certes les lois abondent. Mais sont-elles bien connues? Leur diffusion est mal assurée et leur complexité rebutait sans doute de

nombreux praticiens. Quant à la jurisprudence classique, sa masse, sa science, sa complexité effrayaient encore bien davantage.

Il n'est pas certain que même en Italie et sous le Haut-Empire elle ait été toujours bien observée. Les rares actes de la pratique qui nous sont parvenus montrent souvent qu'ils ne sont pas conformes aux règles de la jurisprudence classique.

Dans les provinces et au Bas-Empire ce décalage ne fit que s'aggraver. C'est ce droit composite, qui reste fidèle pour l'essentiel au droit Romain classique, mais qui l'altère sur des points importants, le plus souvent pour le simplifier, que l'on peut qualifier de droit vulgaire.

Par exemple : *Sententiae Pauli* III, VII, 1 définissent la *restitutio in integrum* "redintegrandae rei vel *actio*" ou *Sententiae Pauli* II, 19, 2 : rappelant que les enfants in potestate ne peuvent se marier "sine voluntate patris", mais ajoutant que si un mariage a été conclu sans ce consentement "contracta (matrimonia) non solvuntur!" Le texte évoque en faveur de cette théorie l'utilitas publica, qui doit l'emporter sur les intérêts privés. En fait c'est le principe de la patria potestas qui est ici touché et avec lui les bases de la famille traditionnelle. Ce sont elles qui sont sacrifiées à une nouvelle conception de la famille, plus libérale. Et tout cela est masqué sous une opposition assez factice des intérêts de l'Etat et de ceux des particuliers.

Plus encore que les *Sententiae Pauli*, les *Interpretationes* reflètent ces tendances vulgaires. Pour orienter le juriste dans le dédale d'une législation surabondante, il leur arrive de proposer une voie moyenne, une solution originale qui emprunte à diverses constitutions sans être pleinement fidèle à aucune. On en pourrait donner des exemples en matière de succession.

Telles apparaissent dans leur complexité les oeuvres occidentales post-classiques. Longtemps elles furent négligées ou partiellement confondues (par Girard par exemple) avec la littérature classique. Ou bien on s'est montré à leur égard très sévère : ignorance, confusions, insuffisances graves. A l'inverse certains romanistes ont peut-être voulu les réhabiliter trop complètement. Ces textes ne méritent sans doute "ni cet excès d'honneur ni cette indignité". Ils témoignent d'insuffisance et certes leurs auteurs

n'étaient pas des esprits très personnels ni de très grands juristes. Mais derrière une simplicité parfois excessive se cachent des qualités certaines, un sens des besoins de la pratique évident, le souci d'être clair en face d'une chancellerie impériale, qui se complait dans l'obscurité d'une rhétorique ampoulée. Enfin et surtout la volonté de mettre le droit classique en harmonie avec les exigences de l'époque. Et sans doute cette conscience des liens nécessaires entre un système juridique et la société à laquelle il doit s'appliquer est-elle l'une des qualités majeures que l'on est droit d'exiger du juriste.
