

# LA FORMATION DU SYSTEME DES COMMENTAIRES DE DROIT CIVIL DANS LA SCIENCE JURIDIQUE ROMAINE (\*)

par

Vincenzo ARANGIO - RUIZ

Professeur ordinaire de droit romain à l'Université de Rome

Ancien Ministre

Président de l'Académie nationale dei Lincei

Un chapitre particulièrement intéressant de l'histoire du droit romain est celui qui concerne le système des ouvrages fondamentaux, c'est-à-dire le plan d'après lequel les différentes matières y étaient exposées. Justement, dans son excellent livre sur l'histoire de la jurisprudence romaine, notre éminent collègue M. Fritz Schulz a souligné la grande importance de l'époque qui embrasse le 1<sup>er</sup> siècle avant et le 1<sup>er</sup> siècle après J.C., époque à laquelle, sous l'influence évidente de la philosophie grecque, les jurisconsultes romains ont abandonné la pure casuistique pour s'atteler à reconnaître les idées fondamentales qui groupent ensemble les différentes institutions et les différents actes juridiques, ou qui les séparent et les opposent, en vue d'établir un ordre rationnel des matières.

Or, à part les différences qui séparent tel auteur de tous les autres, ou qui les mettent ensemble par groupes de deux ou trois, et qui permettent de voir, comme dans les arbres généalogiques des manuscrits, comment a été adapté, par les divers auteurs et écoles, tel ou tel archétype commun, le droit romain présente toute une série de systèmes. Le mieux connu est le plan d'après le-

---

(\*) Conférence donnée à la Faculté de droit d'Istanbul le 17 avril 1953.

quel les préteurs ont distribué dans leurs édits les matières afférent à la juridiction : après les règles générales concernant l'organisation du procès, la distribution a été faite d'après les remèdes judiciaires : les actions, les ordres du magistrat qui octroient la possession des biens héréditaires, les voies d'exécution, les interdits, les exceptions, les stipulations prétorienne : il est vrai que quelques remèdes sont transportés hors de leur place naturelle, à cause de leur connexion avec certains autres, mais la base systématique est nettement reconnaissable, et aucun remède juridictionnel n'est négligé. Egalemeut complet se présente à nos yeux le système des Institutes, bien connu d'après Caius, mais suivi même dans d'autres ouvrages de la même nature, qui s'emploient également à tirer des différents ordres juridiques (la coutume, les lois, le droit des gens, le droit prétorien) un exposé d'ensemble de tout le droit privé en vigueur : on voudrait bien savoir d'où nous est venu ce plan qui, à quelques détails près, est encore le nôtre, mais en tout cas notre admiration pour l'aisance et le fondement rationnel de la construction est sans mélange.

Au contraire, on a toutes les peines du monde à se rendre compte du plan d'après lequel étaient rédigés les ouvrages concernant ce que les romains appelaient le droit civil. Une première difficulté tient au défaut de la documentation. Alors que le système des Institutes nous est bien connu par un ouvrage, celui de Gaius, qui nous a été conservé presque intégralement et qui indique dans l'une de ses premières phrases les bases de la distribution de la matière ; alors que le système de l'édit du préteur se reconstruit d'après une foule de passages tirés de chaque livre des grands commentaires de Paul et d'Ulpian ; — pour les exposés du droit civil les sources sont énormément moins riches. Du grand ouvrage en dix-huit livres, rédigé par Q. Mucius Scaevola au dernier siècle de la République, pas même un passage ne reste ; il est vrai que le Digeste contient des passages tirés du commentaire de Pomponius sur Q. Mucius, mais les 107 fragments qui se trouvent réunis à l'endroit correspondant de la *Palingenesia* de Lenel forment à peine l'étendue d'un livre sur les 39 que Pomponius avait écrit, c'est-à-dire que nous avons à peine quelque chose comme le 2,5 %. Et la situation est encore pire en ce qui concerne d'autres ouvrages qui ont été rédigés, paraît-il, sur le même plan : les *Digesta* d'Al-

fenus, les *Pithana* et les *Posteriores* de Labeon, le *Droit civil* de Cassius Longinus : pas un seul de ces ouvrages n'a été directement dépouillé par la commission législative de Justinien, et les résumés apprêtés par des jurisconsultes plus tardifs, tout en étant à la disposition des compilateurs, ont été employés avec une lamentable parcimonie. Le seul ouvrage pour lequel la situation s'améliore est le petit précis de droit civil, en trois livres, qui a fait la gloire de Massurius Sabinus : non pas qu'il ait été dans son original dans la bibliothèque des compilateurs, mais ceux-ci ont disposé de trois commentaires plus ou moins étendus, de Pomponius, de Paul et d'Ulpian, et de ces commentaires ils ont tiré un nombre de passages suffisant à ce que l'on puisse se faire une idée assez nette de la façon dans laquelle les matières avaient été disposées par l'illustre fondateur de l'école sabinienne. Et c'est d'après les résultats que l'on a pu atteindre en ce qui concerne Sabinus que l'on devine l'affinité du plan des autres ouvrages que nous venons de citer.

Une autre impasse relève de la difficulté de définir l'étendue de la branche du droit privé à laquelle ces ouvrages étaient consacrés : il est vrai que plusieurs d'entre eux s'intitulaient *de jure civili*, mais on ne sait pas, au juste, lequel des sens différents dans lesquels cette expression a été employée (le sens variait, comme tout le monde le sait, d'après les ordres juridiques qui à tour de rôle étaient présentés comme antithèses), lequel de ces sens, dis-je, a été présent à l'esprit des auteurs susmentionnés. Sans aucune intention de m'arrêter sur ce côté du problème, je pense que l'on a pris comme point de départ le *jus civile* au sens étroit du mot, soit la coutume traditionnelle qui évolue sous le contrôle de la jurisprudence, mais on a fini par tenir également compte de l'apport ultérieur soit des lois votées par les assemblées du peuple, soit du droit des gens : de sorte que l'on a fini par passer au sens le plus large, par lequel le droit civil ne s'oppose qu'au droit prétorien.

Mais le grand problème qui nous intéresse est celui du plan d'après lequel les matières sont disposées. En effet, il est facile de se rendre compte que l'on aurait bien pu exposer le droit civil d'après le système des Institutes : on peut même dire que Gaius l'a fait, parce que chez lui la base de l'exposé concernant chaque insti-

tution et acte juridique est toujours le régime que cette institution ou cet acte avait d'après le droit civil, et l'apport des autres sources n'est cité qu'à titre de complément. Pourtant, aucun des auteurs qui ont érigé le droit civil à sujet exclusif de leurs ouvrages n'a adopté ce plan.

L'impression que l'on retire de la succession des matières dans le système de Sabinus est plutôt déroutante au premier abord. L'exposé commence par la matière des testaments (formes, capacité, institution d'héritier), pour passer, ce qui pourrait paraître tout-à-fait normal, à la succession ab intestat : mais voilà que l'on avait pensé à tort que le sujet des testaments était épuisé : on y revient pour une étude très minutieuse des legs. Tout cela a déjà pris beaucoup plus de place que dans n'importe quel manuel ancien ou moderne : dans le commentaire d'Ulprien, représenté dans le Digeste par 51 livres mais qui en comportait peut-être 60 (soit qu'Ulprien même ne l'ait pas porté à bonne fin, soit que les derniers livres ne soient pas arrivés dans les mains de Tribonien), pas moins de 25 ont été absorbés par la seule matière des successions. Mais, en attendant, on a trouvé la manière d'ouvrir par ici par là des fenêtres qui ont permis de regarder plus loin : par exemple, le legs d'usufruit, a servi de prétexte pour insérer à cette place un petit traité sur toute la matière de l'usufruit, s'éloignant de plus en plus du point de départ.

Est-ce que, par ailleurs, l'exposé de la matière testamentaire était vraiment terminé ? On dirait que non : parce qu'après un très court exposé concernant la puissance paternelle, notamment l'adrogation et l'adoption (un seul livre chez Ulprien), on traite tout au long (encore chez Ulprien, un livre et demi) de la situation des *statuliberi*, c'est-à-dire des esclaves qui dans un testament ont été affranchis sous condition : une disproportion tellement frappante, qu'elle en résulte puissamment indicative quant à la base du système.

De la situation des *statuliberi* (un sujet qui par lui même était susceptible d'être rattaché soit au droit des personnes, soit à celui des successions, soit même, ce qui aurait certainement dépassé le pouvoir d'abstraction des anciens, à une doctrine générale de l'acte juridique) on tombe, à ce qu'il paraît, sur la mancipation : je dis,

à ce qu'il paraît, parce qu'en fait, comme cet acte de transfert de la propriété et de constitution des droits réels n'existait plus en droit de Justinien, il ne se trouve pas mentionné dans le Digeste, et c'est toujours une hypothèse, quoique extrêmement probable, celle qui a permis de rattacher à cette ancienne institution soit ce que les commentateurs rapportent à ce point concernant la constitution des servitudes réelles, soit la matière de la vente, qui était traitée tout de suite après, et dont la forme solennelle originaire avait été justement la mancipation. Après cela, on rencontre la société et la copropriété: est-ce que ce contrat consensuel qui était la vente à la grande époque de la jurisprudence a entraîné à sa suite la société, et celle-ci la copropriété? (on se demanderait, alors, pourquoi aurait-on oublié le louage et le mandat). Au point où nous en sommes, il arrive plutôt de se rappeler de cette description de l'ancienne communauté entre frères que l'on connaît d'après les nouveaux fragments de Gaius, et de ce qu'une pareille communauté pouvait être établie même entre étrangers par une sorte de procès fictif relevant de l'idée générale de *l'in iure cessio*: comme *l'in iure cessio* est en quelque sorte le pendant de la mancipation, il se peut, même est-il très probable, que l'un des deux modes solennels de transfert de la propriété ait attiré l'attention sur l'autre, en même temps que les considérations pratiques rendaient particulièrement désirable la proximité des deux contrats consensuels de vente et de société. D'autre part, si l'on se demande comment se fait-il qu'à l'exposé du régime des *statuliberi* ait fait suite la matière de la mancipation, il est difficile de résister à la tentation de rattacher même cette matière au *leit-motiv* du testament: en effet, le testament civil, qui commençait par l'institution d'héritier et comportait en outre le plupart du temps des legs et des affranchissements d'esclaves, comportait finalement une cérémonie dite *mancipatio familiae*, par laquelle le testateur, tout en mettant dans les mains d'un homme de confiance les tablettes cirées où il avait écrit (ou fait écrire) son testament, lui vendait fictivement son patrimoine. Il est vrai que le fil d'Ariadne au moyen duquel nous essayons de sortir du labyrinthe du système de Sabinus aurait exigé que l'on passe par la tutelle des impubères, à laquelle on pourvoyait bien souvent dans le testament du père, et que cet anneau de la chaîne nous ne l'avons pas trouvé jusqu'ici (des tutelles, les commentateurs *ad Sabinum* ne parlent que

beaucoup plus tard, après un long traité sur la dot) : mais voilà que d'autres ouvrages, dont le plan est en somme similaire, p. ex. le grand traité de Q. Mucius et celui de Cassius Longinus, situaient la tutelle entre les legs et les affranchissements, c'est-à-dire exactement à la place où dans les testaments un tuteur était nommé aux descendants impubères du testateur. (D'ailleurs, tous les commentaires *ad Sabinum* s'accordent pour commencer cette matière par la tutelle testamentaire, ce qui paraît un petit indice complémentaire dans le sens que nous essayons d'établir.)

Les matières desquelles nous avons parlé jusqu'ici occupaient, à en juger par les commentaires, plus de la moitié du précis de Sabinus, et elles en étaient également la partie la plus significative. Par la suite, nous avons des développements assez larges sur le vol et les autres délits privés, sur les cas d'application de cette action en répétition qu'est la *condictio*, et des commentaires encore plus diffus sur la stipulation ; successivement, on rencontre les modes d'acquisition et la défense de la propriété, la possession, les servitudes, la fiducie. Et l'ouvrage se termine par une sorte d'*excursus* concernant le *postliminium*.

On a essayé de se rendre compte de ce système en se rapportant à celui de Gaius. M. Schulz, p. ex., a considéré que dans les trois livres que l'auteur des *Institutes* consacre à l'exposé du droit privé substantiel on peut facilement discerner quatre grands chapitres (les personnes et la famille ; les droits réels ; les successions ; les obligations), et il a cru reconnaître dans le système de Sabinus les mêmes chapitres, à cela près que l'ordre en serait renversé (successions ; personnes et famille ; obligations ; droits réels). Mais il est facile de constater que cette conception modernisante ne tient pas compte de la réalité. Avec beaucoup de bonne volonté on pourrait s'adapter à reconnaître dans les développements concernant la puissance paternelle et la situation des *statuliberi*, ainsi que dans les chapitres de la dot et de la tutelle, la bonne intention d'exposer le droit des personnes et de la famille : mais à condition d'oublier que les deux livres et demi d'Ulpian (26-28) consacrés aux deux premiers sujets sont séparés des dix consacrés aux deux derniers (31-40) par deux livres et demi où la fonction directrice est tenue par la mancipation, suivie de la vente et de la société :

comment expliquer cette anticipation massive sur les chapitres des obligations et des droits réels ? Et comment se ferait-il que la matière de la puissance paternelle, avec ses modes d'acquisition et de perte, se trouve cantonnée dans un seul des 60 livres d'Ulpien, alors qu'il en a fallu un et demi pour les problèmes qui se rattachent à la situation des *statuliberi* ? Et pourquoi, encore, l'intrusion des successions légitimes entre l'institution d'héritier et les legs, qui sont, l'une et les autres, des aspects de la succession testamentaire ?

Ces remarques, et beaucoup d'autres, je les ai faites au courant de l'année 1950, à l'occasion du cours que je donnais à la Faculté de Rome sur le contrat de société ; et je m'en suis tenu au système de Sabinus, étant donné que c'était de celui-ci que quelques romanistes avaient cru s'inspirer pour arriver à identifier la société avec l'indivision. Mais les recherches que j'ai faites alors ont trouvé un excellent continuateur dans la personne de mon collègue de la Faculté de Milan, M. Gaetano Scherillo, dont un article dernièrement paru prend en ligne de compte, dans la limite où il est possible de les reconstituer, les plans de tous les ouvrages qui s'en tenaient au système du droit civil, à partir du traité de Q. Mucius, qui en est en quelque sorte l'archétype, et jusqu'aux *Questions* d'Africain, qui en sont à notre connaissance la dernière expression. Et bien, si l'on considère avec attention ces plans, différents et similaires en même temps, on aboutit à la conclusion que tout ce qui se rapporte à la propriété et aux servitudes, aux contrats et aux délits, n'a pas un domicile fixe, mais se trouve déplacé aux endroits les plus différents, d'après les préférences de chaque auteur. Même le rattachement de la succession légitime à ce noyau de la succession testamentaire qui concerne l'institution d'héritier, rattachement que nous avons trouvé chez Sabinus, se retrouve, il est vrai, chez Africain, mais Q. Mucius avait préféré situer la succession *ab intestat* après les legs, et Cassius, l'illustre élève de Sabinus, s'est éloigné de son maître pour se rattacher à Q. Mucius. Il y a même des ouvrages de la catégorie en discussion qui paraissent avoir complètement négligé la succession *ab intestat*.

En somme, la seule conclusion raisonnable que l'on puisse tirer de tout cela est que le système du droit civil a trouvé son origine dans la casuistique des testaments. Cette préférence pourrait

paraître curieusement occasionnelle et arbitraire, mais elle a été fondée, au contraire, sur certaines données qui relevaient de la large expérience des jurisconsultes.

Avant tout, si l'idée des premiers auteurs a été d'exposer le droit civil au sens strict, soit — comme nous l'avons dit — cette partie de la coutume qui s'était développée sous le contrôle de la jurisprudence, c'étaient les testaments qui devaient plus que toute autre matière intéresser ces auteurs. La capacité d'être institué héritier, avec les développements qu'elle comportait notamment en ce qui concerne l'institution des enfants postumes, la contemplation nécessaire des héritiers siens, fût-ce pour les déshériter, la division de l'axe héréditaire avec la matière de l'accroissement, les substitutions vulgaires et pupillaires, les testaments irréguliers ou injustes ou rompus, toutes ces doctrines avaient mis à l'épreuve l'habileté des jurisconsultes ; la même chose était arrivée en ce qui concerne les legs, avec leur classification en quatre types et avec le régime approprié à chaque type ; de son côté, l'étude de la situation des *statuliberi* avait porté à une réglementation savante qui anticipe la doctrine générale de la condition. C'était là, en somme, la gloire de la jurisprudence. Et il suffit de penser à l'intérêt énorme que les romains portaient à la préparation de leur testament, au soin qu'ils avaient à cette occasion de soumettre à une sorte de jugement définitif les agissements et les aptitudes des descendants, des collatéraux, des esclaves, de laisser à chaque ami leur petit souvenir, pour comprendre que c'était là une véritable pépinière de controverses. Par conséquent, on a dû sentir de bonne heure l'opportunité de réunir la casuistique qui s'était formée et se renouvelait sans cesse ; et nous pensons que des ouvrages destinés uniquement à cette casuistique ont dû être rédigés et mis en commerce par les générations de juristes qui ont précédé Q. Mucius. De bonne heure, il est vrai, on s'est aperçu qu'en exposant le droit des testaments on avait fait un grand pas dans la direction qui portait vers des exposés d'ensemble du droit civil, et la tentative a été faite de les compléter ; sauf que, n'ayant pas encore trouvé des points de repère doctrinaux pour organiser d'une façon scientifique les autres matières, on a rattaché par ci par là, au hasard des associations d'idée et des dérivations historiques, tout ce qui était de nature à pouvoir être mis en contact avec telle ou telle institution testamentaire. Ce-



sysème festonné, que Q. Mucius a peut-être été le premier à construire, n'était pas fait pour satisfaire le sens critique; c'est pourquoi les juristes qui sont venus après se sont appliqués à y introduire quelques retouches. S'ils ont préféré le réparer tant bien que mal plutôt que de le remplacer par un autre système plus adhérent à la logique des institutions (on aurait bien pu emprunter, à un moment donné, le système rationnel des Institutes), c'est, d'une part, que la jurisprudence n'aimait pas s'éloigner des cadres traditionnels, et, de l'autre, que les praticiens, avocats et juges, étaient plus que jamais, à l'époque impériale, à l'affût d'ouvrages où la matière testamentaire se trouvât exposée en détail et tenue au courant.

\*  
\*\*

Après cette conférence M. Andreas B. Schwarz, professeur de droit romain et de droit civil, a prononcé les paroles suivantes :

“ Au nom de la chaire de Droit Romain, je tiens à vous remercier, Monsieur le Professeur et très honoré Collègue, de cette conférence que nous venons d'entendre. Depuis longtemps nous avons eu le désir et l'espoir de vous avoir un jour parmi nous. C'est, sans doute, pour vous aussi, un événement, de vous trouver à la place historique où le Droit Romain a obtenu, il y a plus de quatorze siècles, la forme définitive dans laquelle il devait conquérir tout d'abord l'Europe occidentale et, par la suite, une grande partie du globe. Place où les oeuvres des juristes romains dont vous venez de parler — probablement pas ceux de Qu. Mucius Scaevola et de Massurius Sabinus, il est vrai, mais tant d'autres — se trouvaient toutes réunies et qui malheureusement sont perdues, selon toute probabilité, pour toujours. On peut prétendre que c'est un des symboles de la nouvelle Turquie, de la République Turque de Kemal Atatürk que le Droit Romain s'y soit réveillé de son sommeil séculaire. Nous apprécions grandement que vous soyez venu ici et ayez pris la parole à cette place et ainsi contribué à l'essor des études romanistes encore si jeunes d'Istanbul. Nous vous sommes particulièrement reconnaissants que vous ne vous soyez pas contenté de donner une conférence quelconque, comme on le fait si souvent et si facilement dans de pareilles occasions, mais que vous ayez tenu à honorer cette chaire en y présentant un résultat nouveau et important de vos recherches.

“ Le sujet dont vous venez de parler est apte à trouver un vif écho parmi nous. Car nous mêmes, nous attachons dans l'enseignement romaniste une importance particulière au problème du système ou des systèmes qui ne sont pas seulement l'ordre extérieur des matières, mais qui nous révèlent la structure intérieure de l'ordre juridique d'une certaine époque. Tous ceux qui ont saisi le sens de votre exposé d'aujourd'hui

d'hui en ont gagné, sans doute, une impression très vive des rapports entre le système et la méthode juridique des juristes dans l'époque peut-être la plus créatrice de l'histoire du Droit Romain.

" Le grand allemand, Otto von Gierke, hostile au Droit Romain, il est vrai, mais quand-même grand, a prétendu dans un passage de son "**Deutsches Privatrecht**" qu'aucun système juridique n'est parfait et, ce qui est encore plus important, qu'il ne peut pas l'être. Car, en effet, il est impossible de comprimer la matière si complexe du droit dans un ordre tout à fait logique. Sans doute, la systématisation ne fut pas la grande force du génie juridique romain, bien que le système de Gaius, désigné comme " le système des Institutions ", qui exerce son influence sur les systèmes doctrinaux et législatifs jusqu'à nos jours, mérite en dépit de tous ses défauts notre admiration. Mais le sens et la tendance systématique qui caractérisent notre science juridique moderne, sans doute ne nous viennent pas des Romains, mais de la philosophie rationaliste et de la doctrine du droit naturel. Notre sens systématique fut toujours intrigué par ce fait curieux que le système de Sabinus du Ier siècle de notre ère ait commencé par les testaments, matière que nous plaçons à la fin de notre système, notamment nous autres qui sommes accoutumés à ce qu'on appelle le " système des pandectes " et au système du BGB allemand, tandis que dans le Code civil turc, adopté de la Suisse, et dans votre nouveau Codice civile italien la matière se trouve réglée à une place plus avancée. Ce phénomène si remarquable des oeuvres du **ius civile** romain vient d'être, d'un coup, compréhensible par vos explications d'aujourd'hui et cette thèse nouvelle, qui pourrait être nommée votre " thèse d'Istanbul ", donnera sans doute lieu, aussitôt qu'elle sera publiée, à des discussions animées.

" Soyez sûr, cher Professeur et Collègue, que dans les annales si modestes de cette chaire il ne sera pas oublié que Vincenzo Arangio-Ruiz a parlé à cette place même et qu'il y a apporté une contribution scientifique. Nous vous en remercions et nous souhaitons que vous emportiez de ce séjour en Turquie, bien que trop court, un bon souvenir. "