

MATER FAMILIAS

SCRITTI ROMANISTICI PER MARIA ZABŁOCKA

A CURA DI

**ZUZANNA BENINCASA
JAKUB URBANIK**

CON LA COLLABORAZIONE DI

**PIOTR NICZYPORUK
MARIA NOWAK**

VARSAVIA 2016



MATER FAMILIAS

SCRITTI ROMANISTICI PER MARIA ZABŁOCKA

A CURA DI

**ZUZANNA BENINCASA
JAKUB URBANIK**

CON LA COLLABORAZIONE DI

**PIOTR NICZYPORUK
MARIA NOWAK**

VARSAVIA 2016

Supplements to The Journal of Juristic Papyrology are jointly published by the Faculty of Law and Administration of the University of Warsaw, the Institute of Archaeology of the University of Warsaw, and Fundacja im. Rafała Taubenschlaga, Krakowskie Przedmieście 26/28, 00-927 Warszawa 64 tel. (+48 22) 55 22 815 and (+48 22) 55 20 384, fax: (+48 22) 55 24 319 e-mails: g.ochala@uw.edu.pl, t.derda@uw.edu.pl, kuba@adm.uw.edu.pl web-page: <<http://www.taubenschlagfoundation.pl>>

Cover design by Maryna Wiśniewska
Computer design and DTP by Jakub Urbanik

© for the book by Zuzanna Benincasa & Jakub Urbanik
and Fundacja im. Rafała Taubenschlaga

© for the constituting papers by the Authors

Warszawa 2016

ISBN 978-83-938425-9-9

Wydanie I.
Druk i oprawa: Sowa Sp. z o.o., Piaseczno



Mater Familias
Scritti per Maria Zabłocka

INDICE

Zuzanna BENINCASA & Jakub URBANIK

Prefazione XIII

Elenco delle opere di Maria Zabłocka XXIII

José Luis ALONSO

The Emperor, the ex-prostitute, and the adulteress.

Suet. Cal. 40 revisited 3

Krzysztof AMIELAŃCZYK

In search for the origins of the Roman public law offences (crimina)

in the Archaic period 23

Zuzanna BENINCASA

Alcune riflessioni sulla libertà di caccia nel diritto romano.

vivai e riserve di caccia 39

Witold BORYSIK

Roman principle

Nemo pro parte testatus pro parte intestatus decedere potest

and the reasons of its modern rejection 63

Luigi CAPOGROSSI COLOGNESI

Un ordinamento giuridico e le sue trasformazioni 85

Cosimo CASCIONE

Celso lettore di San Paolo?

Una nota minima in tema di interpretazione 101

Alessandro CORBINO	
<i>Personae in causa mancipii</i>	107
Božena Anna CZECH-JEZIERSKA	
<i>Roman law in Polish People's Republic: Stages of transformation</i>	119
Tomasz DERDA & Maria NOWAK	
<i>Will of [---]is daughter of Pachois from Oxyrhynchos.</i>	
<i>P. Oxy. II 379 descr.</i>	135
Marzena DYJAKOWSKA	
<i>Verba impia et maledicta.</i>	
<i>The influence of Roman law upon the western European doctrine</i>	
<i>of verbal insult of the ruler in the 16–17th centuries</i>	145
András FÖLDI	
<i>Appunti sugli elementi romanistici nel nuovo Codice civile ungherese</i> ..	161
Ewa GAJDA	
<i>Elements of theology in Roman law.</i>	
<i>On Zenon's Henoticon and Justinian's letter (Cf. I.I.8)</i>	191
Luigi GAROFALO	
<i>Roma e i suoi giuristi nel pensiero di Nicolás Gómez Dávila</i>	207
Tomasz GIARO	
<i>L'expérience de l'absurde chez les juristes romains</i>	243
Sławomir GODEK	
<i>Ignacy Daniłowicz on the impact of Roman law</i>	
<i>on the law of the pre-partition Commonwealth</i>	
<i>in the light of his letters to Joachim Lelewel</i>	269
Ireneusz JAKUBOWSKI	
<i>Some remarks about Roman law</i>	
<i>in Tadeusz Czacki's opus magnum</i>	285
Maciej JOŃCA	
<i>Per aspera ad astra.</i>	
<i>Johann Bayer, römisches Recht</i>	
<i>und das Ausbildungsprogramm der jungen Radziwiłłs</i>	295

Aldona Rita JUREWICZ	
<i>TPSulp. 48 und actio quod iussu.</i>	
<i>Konnte Prudens adjektivisch belangt werden?</i>	307
Agnieszka KACPRZAK	
<i>Obbligo del lutto e il controllo sociale sulla sessualità di vedove</i>	323
Leszek KAZANA	
<i>Il delitto Matteotti: qualche dubbio sul colpevole</i>	351
Piotr KOŁODKO	
<i>Some comments on the role of the quaestor as a prosecutor</i>	
<i>in criminal proceedings in the times of the Roman Republic</i>	375
Przemysław KUBIAK	
<i>Between emotions and rationality</i>	
<i>Remorse as mitigating circumstance in Roman military law</i>	397
Sławomir KURSA	
<i>Capacity of women to make testamentum parentis inter liberos</i>	415
Marek KURYŁOWICZ	
<i>Ancarenus Nothus und Gaius von Hierapolis</i>	
<i>Miscellanea epigraphica: CIL VI 7193a & IGR IV 743</i>	425
Luigi LABRUNA	
<i>«Necessaria quanto la giustizia ...»</i>	
<i>Etica e tradizione dell'avvocatura</i>	445
Paola LAMBRINI	
<i>Ipotesi in tema di rescissione per lesione enorme</i>	453
Elżbieta LOSKA	
<i>Testamenti factio passiva of actresses in ancient Rome</i>	465
Adam ŁUKASZEWICZ	
<i>Remarks on Mars Ultor, Augustus, and Egypt</i>	487
Rafał MAŃKO	
<i>Roman roots at Plateau du Kirchberg</i>	
<i>Recent examples of explicit references to Roman law</i>	
<i>in the case-law of the Court of Justice of the EU</i>	501

Carla MASI DORIA	
<i>Una questione di «stile»?</i>	
<i>A proposito di una critica di Beseler a Mommsen</i>	527
Rosa MENTXAKA	
<i>Sobre la actividad comercial del clero hispano en los inicios del siglo IV</i>	
<i>a la luz de dos cánones del Concilio de Elvira</i>	535
Joanna MISZTAL-KONECKA	
<i>The non-litigious proceedings in Polish Law</i>	
<i>and Roman iurisdictio voluntaria</i>	569
Józef MÉLÈZE MODRZEJEWSKI	
<i>Modèles classiques des lois ptolémaïques</i>	579
Piotr NICZYPORUK	
<i>La capacità giuridica e la tutela del nascituro nella Roma antica</i>	597
Dobromiła NOWICKA	
<i>Family relations in cases concerning iniuria</i>	619
Tomasz PALMIRSKI	
<i>Some remarks on legal protection of commodans</i>	
<i>prior to the introduction of the praetorian actio commodati</i>	639
Anna PIKULSKA-RADOMSKA	
<i>Über einige Aspekte der Steuerpolitik und Propaganda</i>	
<i>der öffentlichen Macht im römischen Prinzipat</i>	653
Manex RALLA ARREGI	
<i>Sobre una posible relación causal entre regulación canónica</i>	
<i>y legislación imperial en los primeros siglos del monacato</i>	677
Francesca REDUZZI MEROLA	
<i>Schiavitù e dipendenza nel pensiero di Francesco De Martino</i>	693
Władysław ROZWADOWSKI	
<i>Sul trasferimento del credito in diritto romano</i>	705
Francesca SCOTTI	
<i>Actio aquae pluviae arcendae e «piccola bonifica agraria»:</i>	
<i>Un esempio dalle fonti giustinianee</i>	725

Michal SKŘEJPEK	
<i>La pena di morte nel diritto romano: necessità o no?</i>	785
Marek SOBCZYK	
<i>Recovery of performance rendered dotis nomine</i> <i>on account of a future marriage that did not take place</i>	797
Andrzej SOKALA	
<i>Władysław Bojarski Paterfamilias</i>	819
Janusz SONDEL	
<i>Alcune considerazioni sulla storia e sull'insegnamento</i> <i>del diritto romano in Polonia</i>	849
Agnieszka STĘPKOWSKA	
<i>Il ruolo del consenso muliebre</i> <i>nell'amministrazione dei fondi dotali in diritto romano</i>	889
Dorota STOLAREK	
<i>Lenocinium in the Lex Iulia de adulteriis</i>	909
Paulina ŚWIECICKA & Łukasz MARZEC	
<i>From Roman oratores to modern advocates</i> <i>Some remarks on the formative of lawyer's ethics in Antiquity</i>	935
Adam ŚWIEŃTOŃ	
<i>Superexactiones in the Late Roman Law</i> <i>A short review of the imperial constitutions in the Theodosian Code</i> ..	965
Renata ŚWIRGOŃ-SKOK	
<i>Family law in the private law systematics</i> <i>from the Roman law until the present day</i>	979
Sebastiano TAFARO	
<i>Il diritto per l'oggi</i>	993
Anna TARWACKA	
<i>Manomissioni di schiavi nelle commedie di Plauto</i>	1025
Jakub URBANIK	
<i>Dissolubility and indissolubility of marriage</i> <i>in the Greek and Roman tradition</i>	1039

Andreas WACKE

- Führte die Unveräußerlichkeit des Mitgiftgrundstücks
im römischen Recht zu relativer Nichtigkeit?
Grenzen vom Verbot des venire contra factum proprium* 1069

Jacek WIEWIOROWSKI

- Deformed child in the Twelve Tables* 1157

Witold WOŁODKIEWICZ

- Apices iuris non sunt iura* 1177

Karolina WYRWIŃSKA

- Functionality of New Institutional Economics
in research on Roman law* 1187

Jan ZABŁOCKI

- Il concetto di mater familias in caso di arrogazione* 1199

Mater Familias
Scritti per Maria Zabłocka
pp. 243–267

Tomasz Giaro

L'EXPÉRIENCE DE L'ABSURDE CHEZ LES JURISTES ROMAINS

I. UNE CATÉGORIE JURISPRUDENTIELLE

L'ABSURDE, LE PARADOXE, est un thème toujours à la mode, et aujourd'hui d'une manière particulière chez les théoriciens des systèmes. Ils avancent qu'aucun système juridique ne fonctionne qu'il ne se laisse fonder sur un paradoxe. Par ailleurs, les juristes cherchent à refouler ou invisibiliser les paradoxes et autres apories dans le discours juridique qui prétend toujours être logique et cohérent. C'est la fameuse procédure de déparadoxification des paradoxes¹ dont on parlera plus avant.

Intéressons-nous tout d'abord à la distinction entre le concept antique et le concept moderne de l'absurde juridique. A la différence des philosophes, comme Cicéron avec ses *Paradoxa Stoicorum*, les juristes romains ne parlent jamais de paradoxe. Ils récusent plutôt l'absurde comme une catégorie de l'éristique populaire.² Dans la Rome antique, les normes absurdes ne peuvent pas faire partie du système juridique.³ Ici réside la

¹ G. TEUBNER, « Et Dieu rit. Indétermination, autoréférence et paradoxe en droit », *Archives de la Philosophie du Droit* 34 (1989), p. 279.

² F. WIEACKER, *Römische Rechtsgeschichte* I, München 1988, p. 590.

³ T. GIARO, « Absurditätsargumente in der römischen Jurisprudenz », *OIR* 11 (2006), p. 36.

force persuasive de l'argument par l'absurde, développé par les juristes romains dans leur discours qui était un discours du type casuistique.⁴

Aujourd'hui, il nous arrive de critiquer une norme comme absurde, notamment une norme administrative qui provoque des difficultés quotidiennes. En revanche, les Romains, qui s'occupaient surtout de droit privé, n'ont pas tenu de tels propos. Ils disaient du droit en vigueur qu'il était irrationnel, dur et injuste, en utilisant des expressions tels que «*Ofilii sententia rationem quidem habet, sed hoc iure utimur, ut ...*» (Iav. *D.* 40.7.39.4), «*aequissimum erit discedi a nomine ... sed contra rescriptum est*» (Ulp. *D.* 42.1.15.9), «*quod et id aequum esse videtur: sed alio iure utimur*» (Paul. *D.* 42.1.21), «*praetor quoque ius reddere dicitur etiam cum inique decernit*» (Paul. *D.* 1.1.11) «*et quod quidem perquam durum est, sed ita lex scripta est*» (Ulp. *D.* 40.9.12.1).

Jamais, ils n'ont dit toutefois d'un droit qu'il était absurde. Qualifier de cette façon un droit n'avait, pour les juristes romains, aucun sens. Un droit absurde n'était, pour eux, pas du droit. C'est pour ce motif qu'ils ne disent jamais, «cette règle de droit est absurde, mais nous la suivons quand même». En revanche, ils la rejetaient tout simplement en tant que tel. En d'autres termes, l'expression «droit absurde» était en elle-même, pour les juristes romains, une absurdité.

Evidemment, l'absurdité n'est pas dans le droit même; c'est plutôt une catégorie jurisprudentielle, développée par les juristes comme moyen d'argumentation. Déjà un des premiers témoignages de la jurisprudence de Rome républicaine (Cic. *fin.* 1 12), la controverse sur l'enfant d'une esclave (*partus ancillae*), qui a opposé les trois fondateurs du droit romain, Marcus Iunius Brutus, Publius Mucius Scaevola et Manius Manilius, contenait probablement un *argumentum ad absurdum*.

En tout cas, Gaius, qui relate cette controverse à l'imparfait (*videbatur*), a trouvé cet argument dans la jurisprudence antérieure. Ainsi, la portée des animaux est regardée comme un revenu ou *fructus*, selon le second livre des *Res cottidianae* de Gaius (*D.* 22.1.28 *pr.* «*in pecudum fructu etiam foetus est, sicut lac, et pilus, et lana ...*»). Toutefois, l'enfant nouveau-né d'une esclave n'appartient pas aux *fructus* et devient pourtant la propriété de son propriétaire et non pas de l'usufruitier :

⁴ T. GIARO, «L'art de comparer les cas», *SDHI* 60 (1994), p. 507-531.

D. 22.1.28.1 : Partus vero ancillae in fructu non est itaque ad dominum proprietatis pertinet : absurdum enim videbatur hominem in fructu esse, cum omnes fructus rerum natura hominum gratia comparaverit.

Il semblait hors de sens de classer l'homme parmi les fruits, si la nature a créé tous les fruits – Gaius utilise ici un vieil argument stoïcien⁵ – justement pour lui. Selon Ulpien (*D. 7.1.68 pr.*), il y a une différence catégorielle entre l'homme et les fruits, car l'homme appartient aux jouisseurs de fruits et non aux fruits mêmes : « neque in fructu hominis homo esse potest ».⁶

Il est caractéristique que l'argument par l'absurde apparut dans la législation impériale seulement sous les Sévères et seulement dans une fonction défensive. Ainsi, Septimius Severus (*Cf. 6.46.2.1*) blâme la fille gravée de fidéicommiss par son père qui la libère de la caution édictale sous la condition de divorcer, et qui ignore cette condition, « cum absurdum sit ideo perpetui edicti neglegi formam, quia patris sui voluntati non obtemperatur ». Caracalla (*Cf. 2.12.9*) suspend la défense de représentation processuelle, valable pour les soldats, dans le cas où ils agissent dans leur intérêt propre, « quod militibus meis interdicti non modo absurdum, verum etiam iniquum est ».⁷

Du point de vue méthodologique, la *reductio ad absurdum* est une preuve apagogique qui fait accepter une certaine norme non par ses qualités intrinsèques, mais indirectement, c'est-à-dire parce qu'elle contredit à (1) une autre norme juridique en vigueur, (2) les principes de la logique ou (3) des fins ou valeurs considérés supérieurs, c'est-à-dire surtout les postulats de la justice. Parce que cette norme doit être rejetée comme inadmissible, nous sommes obligés d'accepter son antithèse ou bien son alternative contradictoire pour des raisons (1) thétiques, (2) logiques et (3) téléologiques.



⁵ O. BEHREND, *Institut und Prinzip. Siedlungsgeschichtliche Grundlagen, philosophische Einflüsse und das Fortwirken der beiden republikanischen Konzeptionen in den kaiserzeitlichen Rechtsschulen*, Göttingen 2004, p. 440.

⁶ Valeria DI NISIO, « Osservazioni in tema di *partus ancillae* », [dans :] *Fides. Humanitas. Ius. Studi L. Labruna*, Napoli 2007, p. 1493-1517 ; GIARO, « Absurditätsargumente » (ci-dessus, n. 3), p. 47-48.

⁷ J.-P. CORIAT, *Le prince législateur. La technique législative des Sévères et les méthodes de création du droit impérial à la fin du Principat*, Rome 1997, p. 539-540.

II. FONCTIONS DE L'ARGUMENT PAR L'ABSURDE

Du point de vue de la politique du droit, l'argument par l'exclusion de l'absurde peut remplir, exactement comme le recours au droit naturel, une fonction affirmative-conservatrice ou une fonction critique-innovatrice. Offrons ci-dessous quelques exemples de la première qui est sûrement moins connue de la doctrine romaniste. Ainsi, comme absurdes sont rejetées par les juristes les tentatives de déroger à une norme ou une règle de droit bien établie.

Dans cet esprit, le droit étranger ainsi que le droit archaïque sont souvent qualifiés par les Romains comme absurdes. Ainsi Cicéron, *de orat.* I 197, se moque de chaque droit privé étranger (« omne ius civile praeter hoc nostrum ») comme confus et presque ridicule (« inconditum ac paene ridiculum »), tandis que Gaius blâme dans ses *Institutes* (Gai. 3.193) la cérémonie archaïque de perquisition, effectuée d'une manière solennelle après le vol, comme une chose risible : *res ridicula*.⁸

Il y a beaucoup d'argumentations semblables dans le cadre du droit romain en vigueur.⁹ Le juriste Marcien justifie de cette façon le principe selon lequel personne n'est obligé de payer au titre de legs plus que ce qu'il a reçu du même testament :

D. 30.114.4 (Marc. 8 inst.) : ... certe erit legatarius audiendus, si velit totum fundum praestare, si de restituendo cavetur : absurdum enim est de suo eum praestare centum, maxime si fundus centum vel non multo pluris est : quo iure utimur.

Ulpien cite une vieille opinion de Labeo au sujet de l'application perpétuelle de l'interdit sur le précaire (*EP. § 258 De precario*). Puisque dans la pratique on concède souvent un précaire pour des temps assez longs, il serait absurde de limiter ce moyen juridique par un délai annuel :

⁸ T. GIARO, « Dogmatische Wahrheit und Zeitlosigkeit in der römischen Jurisprudenz », *BIDR* 90 (1987), p. 42 ; 55-56.

⁹ GIARO, « Absurditätsargumente » (ci-dessus, n. 3), p. 43.

D. 43.26.8.7 (Ulp. 71 ed.): Interdictum hoc et post annum competere Labeo scribit eoque iure utimur: cum enim nonnumquam in longum tempus precarium concedatur, absurdum est dicere interdictum locum non habere post annum.

Le verbe de validation *placet* qui indique une interdiction bien établie et déjà citée, d'exiger au titre de legs plus que ce qu'on a reçu du même testament, est employé par Marcien :

D. 30.114.3 (Marcian. 8 inst.) ... si Titio testator centum ex fructibus, quos vivus legatarius perceperit, reliquerit et legatarius post tantum temporis decessisset, ut ex fructibus centum fierent, Titium centum accepturum: si post acceptum legatum confestim decessisset legatarius, Titii fideicommissum extingui, quia placet non plus posse rogari quem restituere quam quantum ei relictum est.¹⁰

Dans un sens semblable, Ulpien applique le même verbe *placet*, qui sert régulièrement à confirmer la validité d'une norme juridique. Le juriste justifie ainsi l'extension de la portée du *senatus consultum Iuventianum*, proposé originellement en matière de demande d'hérédité, à l'action divisoire de l'hérédité:

D. 5.3.25.19 (Ulp. 15 ed.): Hoc senatus consultum ad petitionem hereditatis factum etiam in familiae heriscundae iudicio locum habere placet, ne res absurda sit, ut quae peti possint dividi non possint.¹¹

En recourant au même verbe *placet*, Ulpien confirme aussi, suivant Pomponius, la concurrence entre les actions générales délictuelles à titre de *rapina*, *damnum iniuria datum* ainsi que le vol avec l'édit spécial sur les fermiers d'impôt (*EP. § 183 De publicanis*) : « est enim absurdum meliorem esse publicanorum causam quam ceterorum effectam opinari » (*D. 39.4.1.4*).¹² Évidemment, ces arguments ne sont pas simplement positivistes, parce qu'ils soulignent la cohérence du droit en vigueur, soit-elle de type logique, praxéologique ou axiologique.

¹⁰ G. GROSSO, *I legati nel diritto romano*, Torino 1962 (2^e éd.), p. 156-157.

¹¹ GIARO, « Absurditätsargumente » (ci-dessus, n. 3), p. 43.

¹² Lauretta MAGANZANI, *Pubblicani e debitori d'imposta*, Torino 2002, p. 187-203.

Le droit en vigueur peut être aussi justifié par l'argument *ab absurdo* appliqué d'une manière restrictive. Déjà Sabinus (Ulp. *D.* 30.44.7) et le maître de Julien, Javolen (*D.* 31.37), accordent leur préférence à l'affranchissement sur le legs du même esclave exclusivement pour les affranchissements valables. Toutefois, c'est seulement Julien qui déclare absurde d'invalider un legs (*per damnationem*) en raison d'un affranchissement nul à cause de l'appartenance de l'esclave à autrui : « nam cum libertas nullius momenti sit, absurdum esse per eam legatum infirmari, quod alioquin valeret » (Afr. *D.* 30.108.9).¹³

L'argument conservant le droit en vigueur s'appuya non seulement sur les normes signalées par les locutions *placet*, *hoc iure utimur* et *constat*, mais aussi sur ses structures de fond qu'on pourrait appeler des invariables du droit romain. Les juristes parlent donc aussi des règles de droit dont l'abandon est considéré absurde. C'est en ce sens que dans ses *Institutes* Gaius rapporte le point de vue sabinien sur l'application de la règle Catonienne au legs *per damnationem* en faveur d'une personne sous pouvoir de l'héritier :

Gai. 2.244 : An ei, qui in potestate sit eius, quem heredem instituimus, recte legemus, quaeritur ... Sabinus et Cassius sub condicione recte legari, pure non recte putant ... ideo tamen inutile legatum intellegi oportere, quia quod nullas vires habiturum foret, si statim post testamentum factum decessisset testator, hoc ideo valere, quia vitam longius traxerit, absurdum esset. sed diversae scholae auctores ...¹⁴

Papinien considère également absurde la contravention à l'ancienne règle successorale de l'incompatibilité entre la succession *ab intestato* et la succession testamentaire (*nemo pro parte testatus, pro parte intestatus decedere potest*). En effet, le juriste admet l'exception à cette règle de droit seulement dans un cas assez particulier, en l'espèce d'un procès institué à cause du testament inofficieux et conduit par le fils du testateur contre les deux héritiers différents :

¹³ T. GIARO, « Afrikan und die *reductio ad absurdum* », [dans :] J. D. HARKE (éd.), *Africani quaestiones*, Heidelberg 2011, p. 5–6.

¹⁴ B. J. CHOE, « *Regula Catoniana* und Servius, der Meister », [dans :] *Festschrift R. Knütel*, Heidelberg 2009, p. 223–224.

D. 5.2.15.2 (Pap. 14 quaest.): Filius, qui de inofficiosi actione adversus duos heredes expertus diversas sententias iudicum tulit et unum vicit, ab altero superatus est, et debitores convenire et ipse a creditoribus conveniri pro parte potest et corpora vindicare ... quia credimus eum legitimum heredem pro parte esse factum: et ideo pars hereditatis in testamento remansit, nec absurdum videtur pro parte intestatum videri.¹⁵

On trouve enfin l'argument par l'absurde qui justifie des règles de droit chez Iavolenus. Il rejette comme absurde et contraire au droit civil (*absurdum et minime iuri civili conveniens*) une solution contrastante avec la règle *superficies solo cedit*. Selon cette solution, il est considéré que si l'on possède séparément chacune des pièces composant un édifice, on ne peut pas posséder l'édifice même. En outre, il faudra dire qu'on prescrira les éléments du bâtiment dans le temps prévu pour des choses mobilières, et le sol dans un temps un plus long.¹⁶

D. 41.3.23 pr. (Iav. 9 ep.): ... si quis singulas res possidere dixerit, necesse erit dicat possessione superficiei tempori de mobilibus statuto locum esse, solum se capturum esse ampliori: quod absurdum et minime iuri civili conveniens est, ut una res diversis temporibus capiatur, ut puta cum aedes ex duabus rebus constant, ex solo et superficie, et universitas earum possessionem temporis immobilium rerum omnium mutet.

Dans le même esprit la démonstration par l'impossibilité de l'absurde apparaît dans le commentaire édictale d'Ulpien où il corrobore le principe de l'acquisition dérivée de la propriété (*nemo plus iuris ad alium transferre potest quam ipse habet*), en refusant au légataire plus de droits sur un fonds légué qu'aurait l'héritier ou le testateur:

D. 50.17.160.2 (Ulp. 76 ed.): Absurdum est plus iuris habere eum, cui legatus sit fundus, quam heredem aut ipsum testatorem, si viveret.¹⁷



¹⁵ T. GIARO, « Papinian und die *reductio ad absurdum* », [dans :] J. D. HARKE (éd.), *Argumenta Papiniani*, Heidelberg 2013, p. 42-43.

¹⁶ Piera CAPONE, « *Valore ed uso giurisprudenziale di absurdus*, absurde », *SDHI* 63 (1997), p. 237-239.

¹⁷ Sur les deux derniers textes GIARO, « Absurditätsargumente » (ci-dessus, n. 3), p. 45-46.

III. LA DISTINCTION

La chose la plus intéressante sont les moyens et mesures employés contre l'absurde par les acteurs du système juridique. La jurisprudence romaine connaît trois méthodes pour contrecarrer l'absurde juridique : (1) la distinction, (2) la généralisation (et la recherche du « juste milieu » aristotélique), (3) la fiction. Pour reprendre la terminologie de la théorie des systèmes luhmannienne on peut les désigner sous le terme général d'« invisibilisation ».

Le moyen principal contre l'absurde reste la distinction.¹⁸ On peut distinguer entre les niveaux de langage, mais aussi simplement entre les significations des mots. Par exemple, quand Cicéron veut prouver que les paradoxes stoïciens sont en réalité très exactes (parad. 4), il se sert de la distinction entre le langage commun (*oratio popularis*) et le langage savant (*oratio erudita*). Lorsqu'il évoque la thèse selon laquelle seul le sage est citoyen, est libre et riche, il distingue entre la vraie et la fausse citoyenneté, la liberté et la richesse.

Les concepts sont ainsi redéfinis avec la conséquence évidente qu'on peut très bien être libre même en prison. Cela permet au lecteur d'abandonner l'interprétation superficielle pour chercher et trouver un sens plus profond de l'expression. Lisons dans cette optique un fragment des *Institutes* des Gaius dédié à l'argument logique de l'école juridique des Proculiens contre la subordination de l'échange (*permutatio*) à la vente :

Gai. 3.141 : ... nostri praeceptores putant etiam in alia re posse consistere pretium ; unde illud est, quod vulgo putant per permutationem rerum emptionem et venditionem contrahi, eamque speciem emptionis venditionisque vetustissimam esse ... diversae scholae auctores dissentiunt aliudque esse existimant permutationem rerum, aliud emptionem et venditionem ; alioquin ... utramque rem videri et venisse et utramque pretii nomine datam esse absurdum videri. Sed ait Caelius Sabinus, si rem tibi venalem habenti, veluti fundum, pretii nomine hominem forte dederim, fundum quidem videri venisse, hominem autem pretii nomine datum esse ...

¹⁸ G. P. FLETCHER, « Paradoxes in legal thought », *Columbia Law Review* 85 (1985), p. 1279-1280 ; N. LUHMANN, « La troisième question », *Le Debat* 74 (1993), p. 94-106 ; IDEM, « Ste-nographie und Euryalistik », [dans :] H. U. GUMBRECHT & K. L. PFEIFFER (éds.), *Paradoxien, Dissonanzen, Zusammenbrüche*, Frankfurt am Main 1991, p. 61-62.

D'après cet argument, une même chose ne peut en même temps être vendue et achetée : « utramque rem videri et venisse et utramque pretii nomine datam esse absurdum videri. » Caelius Sabinus, chef de file de l'école sabinienne à l'époque de Vespasien, a contesté cet argument du point de vue pratique. Pour Caelius, l'absurdité se laisse éviter, si l'on traite l'offrant comme vendeur et l'acceptant comme acheteur et, par conséquence, si l'on traite la première chose comme marchandise (*merx*) et l'autre comme prix (*pretium*).

Toutefois, selon les Proculiens, dans l'échange on ne peut pas distinguer la marchandise du prix, et alors on doit nécessairement différencier l'échange de la vente. Paul (*D.* 19.4.1.2) recourrait dans ce contexte à l'argument « systémique » et « traditionaliste » du droit reçu (*ius receptum*) des contrats consensuels : « alioquin ... nudo consensu constitui obligationem dicemus, quod in his dumtaxat receptum est, quae nomen suum habent ». En effet, le modèle consensuel du contrat était admis seulement pour les contrats nommés.¹⁹

Ces constrictions de la pensée processuelle romaine (*Aktionendenken*), qui distingue les champs d'application d'une action de l'autre, règnent aussi en matière de dépenses dotales. Neratius voit leur remboursement comme une question d'interprétation de la règle *impensae necessariae dotem deminuere*. Le remboursement ne comprend pas les petites dépenses quotidiennes ou, autrement, on passe de la restitution de la dot au rapport de la gestion d'affaires : *D.* 25.1.12 (Paul. 7 *Sab.*) : « ... modicas impensas non debet arbiter curare: alioquin negotiorum gestorum potius quam de dote iudicium videbitur ». ²⁰

Selon le même juriste l'acceptation de l'opinion contraire aboutirait à une conséquence économique inattendue. En effet, même les frais nécessaires pour le fonctionnement de l'exploitation, soutenus par le mari dans la vie quotidienne pour l'entretien courant du bétail, pour la légère réfection des bâtiments et pour la cultivation normale des champs,

¹⁹ CAPONE, « Valore ed uso » (ci-dessus, n. 16), p. 220-223 ; GIARO, « Absurditätsargumente » (ci-dessus, n. 3), p. 48-49.

²⁰ G. KLINGENBERG, « Das modicum-Kriterium », *ZRG RA* 126 (2009), p. 192-194 ; IDEM, « *Minima non curat praetor* », [dans :] *Festschrift R. Knütel*, Heidelberg 2009, p. 563.

auraient provoqué la diminution automatique de la dot au préjudice de la femme :

D. 25.1.15 (Ner. 2 memb.): Quod dicitur impensas, quae in res dotales necessario factae sunt, dotem deminuere, ita interpretandum est, ut, si quid extra tutelam necessariam in res dotales impensum est, id in ea causa sit. Nam tueri res dotales vir suo sumptu debet. alioquin tam cibaria dotalibus mancipiis data et quaevis modica aedificiorum dotalium refectio et agrorum quoque cultura dotem minuent ...²¹

Une autre distinction processuelle concerne les *peculia* des esclaves *ordinarius* et *vicarius*. Evidemment, le *peculium* est le produit d'une scission entre l'ancien droit civil et le droit prétorien nouveau qui forment deux sous-systèmes différents, mais bien coordonnés. Par exemple la figure d'un esclave-propriétaire ou esclave-créancier, qui est absurde dans le *ius civile*, résulte parfaitement admissible dans le *ius honorarium*. Selon Julien le pécule du *servus ordinarius* comprend également la valeur du *vicarius* qui, en dehors de cela, a aussi son propre pécule :

D. 15.1.38.2 (Afr. 8 quaest.): Stichus habet in peculio Pamphilum qui est decem, idem Pamphilus debet domino quinque. Si agatur de peculio Stichi nomine, placebat aestimari debere pretium Pamphili et quidem totum non deducto eo, quod domino Pamphilus debet: neminem enim posse intellegi ipsum in suo peculio esse: hoc ergo casu damnum dominum passurum, ut pateretur, si cuilibet alii servorum suorum peculium non habenti credidisset. Idque ita se habere evidentius appariturum ait, si Sticho peculium legatum esse proponatur: qui ... cogendus non est eius, quod vicarius suus debet, aliter quam ex peculio ipsius deductionem pati: alioquin futurum, ut, si tantundem vicarius domino debeat, ipse nihil in peculio habere intellegatur, quod certe est absurdum.²²

²¹ J.-Ph. LÉVY, *Les impenses dotales en droit romain classique*, Paris 1937 (Thèse pour le doctorat en droit), p. 79-81 ; 83-85 ; N. PALAZZOLO, *Dos praelegata. Contributo alla storia del prelegato romano*, Milano 1968, p. 65 ; 225, n. 19.

²² J. PLATSCHEK, « *Nemo ipse in suo peculio esse intellegi potest* », [dans :] HARKE (éd.), *Africani quaestiones* (ci-dessus, n. 13), p. 86-88.

Dans le cas où il est convenu d'une action *de peculio servi ordinarii*, le maître ne peut déduire la somme d'argent qui lui est due par le *vicarius*. Il se trouve donc dans la même situation, que s'il avait crédité son esclave dépourvu du pécule. Il subit une perte, parce que la déduction aurait signifié une chose impensable, c'est-à-dire que le vicaire se trouvait dans son propre pécule : « *neminem enim posse intellegi ipsum in suo peculio esse* ». ²³ Les dettes du vicaire envers le maître restent donc déductibles, comme le souligne Ulpien, seulement si les créanciers utilisent l'action *de peculio* au nom du vicaire :

D. 15.1.17 (Ulp. 29 ed.) : Si servus meus ordinarius vicarios habeat, id quod vicarii mihi debent an deducam ex peculio servi ordinarii? Et prima illa quaestio est, an haec peculia in peculio servi ordinarii computentur. Et Proculus et Atilicinus existimant, sicut ipsi vicarii sunt in peculio, ita etiam peculia eorum : et id quidem, quod mihi ... ordinarius servus debet, etiam ex peculio eorum detrahetur : id vero quod ipsi vicarii debent, dumtaxat ex ipsorum peculio ...

En effet, les pécules de l'esclave ordinaire et de l'esclave vicaire forment, à l'intérieur du patrimoine du maître, une structure à tiroirs. En agissant contre le maître, les créanciers du pécule doivent donc distinguer et précisément identifier le titre des leurs prétentions.

Nous avons mentionné les redéfinitions, employées par Cicéron dans les *Paradoxa stoicorum*. Toutefois, les redéfinitions radicales sont rares dans le discours de la jurisprudence romaine, laquelle procède davantage pas à pas, sans rompre le lien avec la tradition. Javolenus (2 *post. Lab. D. 35.1.40.3*) sauve ainsi un legs d'une somme d'argent due par le maître à son esclave sur la base de ses livres de compte. Le legs est exclu par Servius Sulpicius, parce que le maître ne peut rien devoir à l'esclave : « *quia dominus servo nihil debere potuisset* ». Javolenus assainit ce legs, absurde selon le *ius civile*, en se référant au *debitum naturale*, parfaitement admissible.

Javolenus change donc de langage, en optant pour le langage savant du droit naturel. Un cas semblable est présent dans une controverse très connue entre Servius Sulpicius et Aquilius Gallus (Ulp. 17 *ed. D. 8.5.6.2*).

²³ GIARO, « Afrikan » (ci-dessus, n. 13), p. 8-9.

Servius attaque Aquilius, un juriste un peu plus âgé, qui a défendu la règle *servitus in faciendo consistere nequit*. Selon cette règle, dans toutes les servitudes (*in omnibus servitutibus*) le propriétaire du fond servant n'est jamais tenu à aucun acte positif. Toutefois, suivant Servius la jurisprudence postérieure a introduit une exception pour la *servitus oneris ferendi*.²⁴ Evidemment, l'exception est aussi une forme de distinction.

Celsus (35 *dig. D.* 34.7.1 *pr.*–1) traite la règle Catonienne (« quod si testamenti facti tempore decessisset testator, inutile foret, id legatum quandocumque decesserit, non valere ») au moyen de la distinction abstraite entre forme et substance. Le juriste critique en effet seulement la formulation ou bien définition (*definitio*) de la règle qui est en certains cas fautive (*in quibusdam falsa*), notamment pour les legs conditionnels. Un tel legs est à considérer plutôt comme non encore donné (*non datum*) que comme inefficace (*inutiliter datum*).²⁵

Maintes fois les exceptions portent sur la formation d'une sous-règle. Ainsi la critique de la règle Catonienne a provoqué la naissance d'une règle de niveau inférieur, bien connue dans la jurisprudence romaine, qui pose que la Catonienne ne couvre pas les legs conditionnels : *ad conditionalia Catoniana non pertinet* (Ulp. *D.* 30.41.2 ; *D.* 34.7.4 ; Pap. *D.* 34.7.3). De la même manière un soldat peut décéder *pro parte testatus, pro parte intestatus* (Ulp. *D.* 29.1.6 ; Tryph. *D.* 49.17.19.2). Ou encore, un esclave, pendant son procès en liberté, est traité, au moyen d'une fiction, comme s'il était libre : *liberi loco* (Gai. *D.* 40.12.25.2 ; Paul. *D.* 40.12.24 *pr.*).²⁶

Le recours à la distinction permet d'augmenter la flexibilité du système juridique. Ainsi le vol absurde d'une chose propre au voleur devient pensable grâce à la distinction entre *furtum rei* et *furtum possessionis*, par exemple quand le propriétaire, qui est débiteur gagiste, enlève le gage au créancier gagiste (Gai. 3.200 ; 3.204). Après la concession d'un crédit le mandat de prêter l'argent (Ulp. 31 *ed. D.* 17.1.12.14 *mandatum pecuniae cre-*

²⁴ R. MONIER, *Manuel élémentaire de droit romain* 1, Paris 1947 (6^e éd.), p. 433.

²⁵ GIARO, « Absurditätsargumente » (ci-dessus, n. 3), p. 53 ; J. D. HARKE, *Argumenta Iuventiana – Argumenta Salviana. Entscheidungsbegründungen*, Berlin 2012, p. 38–39.

²⁶ T. GIARO, *Römische Rechtswahrheiten. Ein Gedankenexperiment*, Frankfurt am Main 2007, p. 366 ; 400.

dendae), ou mandat qualifié, serait absurde, mais celui de proroger le crédit (*ut ei des intervallum*) serait tout à fait possible.

Selon Gaius (Gai. 4.4), il est sûr (*certum*) que nous ne pouvons demander notre chose avec la prétention, typique des actions *in personam*, « s'il doit donner » (*dare oportere*). En effet, une chose qui nous appartient ne peut nous être donnée (« nec enim, quod nostrum est, nobis dari potest »), en particulier si le mot « donner » signifie « transférer la propriété » (*ut nostrum fiat*), pas plus d'ailleurs qu'elle ne peut devenir « encore plus nôtre » (*nostra amplius fieri*). Seulement par haine des voleurs (*odio furum*), on a admis (*receptum est*) qu'ils répondent aussi en vertu de l'action obligatoire : *condictio furtiva*.

Et encore, en principe, il est exclu, comme le maintient Pomponius (9 *Sab. D.* 18.1.16 *pr.*-1), de procurer à l'acheteur une chose qui lui appartient déjà : *suae rei emptio non valet*. Toutefois, s'il est impossible d'acheter une chose qui nous soit propre, il est permis d'en acheter la possession (Paul. 33 *ed. D.* 18.1.34.4 « cum ab initio agatur, ut possessionem emat »). Dans le même esprit, s'il est inconcevable de stipuler une chose à soi (« nemo rem suam utiliter stipulatur »), il est parfaitement possible de stipuler son prix ou sa restitution (Ulp. 78 *ed. D.* 45.1.82 *pr.*).



IV. LA RÉINTERPRÉTATION

La distinction prend maintes fois la forme d'une précision, apportée à une règle de droit. En effet, chaque norme permet à ses marges des exceptions, sinon elle menace de glisser dans l'absurde. Un legs « après la mort de l'héritier » (*post mortem heredis*) est absurde, parce qu'il implique une disposition absolument nulle relative au patrimoine de l'héritier de l'héritier, mais le legs avec la clause « dans le dernier moment de sa vie » (Gai. 2.232 : *ultimo vitae eius tempore*) ou bien « quand il est mort » (TUlp. 24.16 : *cum heres moriatur*) est valable.²⁷

²⁷ M. AVENARIUS, *Der pseudo-ulpianische liber singularis regularum. Entstehung, Eigenart und Überlieferung*, Göttingen 2005, p. 457.

Un type différent et plutôt développé de la distinction jurisprudentielle romaine est la réinterprétation d'une règle de droit. La diminution de la dot pour des dépenses nécessaires effectuées par le mari, objet d'une règle de droit déjà analysée, perd de son absurdité grâce à la distinction entre *corpora* et *pecunia* introduite par Ulpien.²⁸ Elle oppose les biens (*res*) et l'argent, en soulignant l'absurdité d'une diminution physique des biens («ut ipsae res corporaliter deminuantur») en raison d'une dette pécuniaire :

D. 25.1.5 pr. (Ulp. 36 Sab.): Quod dicitur necessarias impensas dotem minuere, sic erit accipiendum, ut et Pomponius ait, non ut ipsae res corporaliter deminuantur, ut puta fundus ... etenim absurdum est deminutionem corporis fieri propter pecuniam. Ceterum haec res faciet <efficiet> desinere esse fundum dotalem vel partem eius. Manebit igitur maritus in rerum detentationem, donec ei satisfiat: non enim ipso iure corporum, sed dotis fit deminutio. Ubi ergo admittimus deminutionem dotis ipso iure fieri? Ubi non sunt corpora, sed pecunia: nam in pecunia ratio admittit deminutionem fieri ...

Une telle idée avait déjà été trouvée absurde par le passé: Ulpien cite ici un juriste très érudit, Sextus Pomponius, qui s'inspire dans son commentaire sur l'édit surtout du vieux commentaire de Labeo. En tous cas, en conséquence de la distinction entre *deminutio corporis* et *deminutio dotis*, Ulpien rejette la première et accueille la seconde, comme symptôme d'une monétarisation parfaite de la dot. La dot subit alors toujours la diminution *ipso iure*, mais c'est seulement la dot pécuniaire qui est directement touchée, les biens (*corpora*) n'étant affectés que d'une manière idéale.

Dans la phrase *ceterum-eius*, Ulpien, qui comprend cette absurdité d'une manière plutôt conceptuelle que pratique, se pose le problème du conflit de cette solution avec l'interdiction d'aliéner, totalement ou partiellement, les fonds dotaux italiques seulement à la marge.²⁹ Toutefois,

²⁸ Interpolée selon LÉVY, *Les impenses dotales* (ci-dessus, n. 21), p. 154, mais voir pour l'originalité M. KASER, *Zur Methodologie der römischen Rechtsquellenforschung*, Wien 1972, p. 55.

²⁹ Sur cette interdiction d'aliéner, voir J. F. STAGL, *Favor dotis. Die Privilegierung der Mitgift im System des römischen Rechts*, Wien 2009, p. 33-34 ; 255-257 ; 311-312.

c'est Paul (*D.* 23.3.56.3) qui dans une manière plus détaillée analyse la proposition de Cervidius Scaevola d'admettre exceptionnellement la cessation du caractère dotal des biens.³⁰ La cessation est possible exclusivement quand les dépenses sont égales à la valeur des biens mêmes, sans être restitués par la femme pendant une année.

Pour résoudre cette difficulté pratique Paul développe dans ce contexte une construction juridique en suspense : les biens en question cessent d'avoir le caractère dotal seulement pour la durée d'un an, mais cependant ils ne sont pas aliénables au fin de pouvoir éventuellement acquérir le caractère dotal de nouveau ou bien au fin de retourner *in causam dotis*. La règle *necessarias impensas ipso iure dotem minuere* est donc interprétée, une fois encore,³¹ d'une façon restrictive :

D. 23.3.56.3 (Paul. 6 *Plaut.*) ... non eo pertinet, ut, si forte fundus in dote sit, desinat aliqua ex parte dotalis esse, sed, nisi impensa reddatur, aut pars fundi aut totus retineatur. Sed si tantum in fundum dotalem impensum sit ... quanti fundus est, desinere eum dotalem esse Scaevola noster dicebat, nisi mulier sponte marito intra annum impensas obtulerit ... Quid ergo si mulier impensas marito solverit, utrum crescet dos an ex integro data videbitur? Cuius rei manifestior iniquitas in fundo est secundum Scaevolae nostri sententiam: nam si desinit dotalis esse, poterit alienari: rursus quemadmodum poterit fieri dotalis data pecunia? ... Et magis est, ut ager in causam dotis revertatur, sed interim alienatio fundi inhibeat.

Cette construction en suspense, proposée en réalité déjà par Scaevola, bien que limitée dans le temps, évite au moins dans une certaine mesure l'absurdité catégorielle d'une diminution des biens dotaux en raison de dettes pécuniaires. Toutefois, on doit observer qu'Ulpien connaissait d'ailleurs très bien la *diminutio corporum propter pecuniam* : dans le cas d'un legs de pécule à un esclave affranchi qui à son tour est débiteur du maître (*D.* 33.8.6 *pr.*) ou de l'héritier (*D.* 33.8.8.8 *pr.*) ou encore, dans le cas de la réduction de legs au titre de la quarte Falcidienne (*D.* 43.3.1.5).

³⁰ LÉVY, *Les impenses dotales* (ci-dessus, n. 21), p. 154-157.

³¹ Cf. aussi KLINGENBERG, « Das modicum-Kriterium » (ci-dessus, n. 20), p. 194.

Le sentiment de l'absurdité, provoqué par la diminution des *corpora* à cause de dettes pécuniaires, n'est donc pas un phénomène générale, mais un phénomène lié étroitement à la problématique de la restitution de la dot. La *reductio ad absurdum* formulée par Ulpien a seulement pour but une telle réinterprétation de la règle sur la diminution automatique de la dot, *necessarias impensas ipso iure dotem minuere*, qui ne porte pas trop atteinte à une autre règle de droit classique, celle de l'interdiction d'aliéner les biens dotaux.



V. LA GÉNÉRALISATION

Le raisonnement par l'absurde conduit donc dans le discours juridique normalement à reconnaître une exception à la règle de droit ou bien à accepter une restriction d'une norme juridique en vigueur. La question jurisprudentielle, à vrai dire un peu sophiste, posée fréquemment à ce propos, est « que serait-ce si tous adoptaient la même règle de comportement ? ». Dans ce cas l'argumentation par l'exclusion de l'absurde s'écoule en partant selon le schéma bien connu de l'« argument de la pente glissante » ou, en anglais, le *slippery slope argument*.³²

Ainsi, pour retourner au droit romain, on ne doit pas trop exiger en matière de conditions d'affranchissement. Julien (Afr. 9 *quaest. D.* 35.1.32) défendait l'efficacité de l'affranchissement, même si dans le paiement des arrérages l'esclave avait, sans dol, payé moins qu'il ne devrait : « nisi ita observetur, neminem ... umquam ad libertatem perventurum, si per imprudentiam minus solutum esset ». Neratius et Ariston (Pomp. 8 *Sab. D.* 40.7.5 *pr.*) avaient d'une manière semblable décidé le cas dans lequel le compte à payer ne serait pas clair : « putant liberum fore, ne multi ad libertatem pervenire non possint incerta causa rationis et genere negotii huiusmodi ».

³² E. VOLOKH, « The mechanisms of the slippery slope », *Harvard Law Review* 116 (2003), p. 1028-1137 ; K. VOYER, *L'argument de la pente glissante : analyse rhétorique de son usage en bio-éthique*, Montréal 2013, *passim*.

Toutefois, nous savons que le *distinguishing* du droit anglais peut être non seulement restrictif, mais aussi extensif.³³ En droit romain on trouve également, par rapport à des normes formulées d'une manière trop étroite, la *reductio ad absurdum* utilisée en fonction de l'analogie ou même du raisonnement *a fortiori*. Vu dans l'optique de la distinction, cela signifie seulement la présence d'une distinction précédente qui se sert d'un critère non approprié. Il s'agit donc des cas où la norme est formulée d'une manière trop étroite.

Par exemple selon le commentaire sur l'édit provincial de Gaius (13 *ad ed. prov.* D. 9.4.13), la légitimation passive aux actions *noxales* s'étend au-delà du cercle des possesseurs de bonne foi, comprenant aussi ceux de mauvaise foi. Il serait en effet absurde que les premiers fussent soumis à cette action, tandis que les seconds en fussent exempts: « ... noxalis actio datur: nam et absurdum videtur eos quidem qui bona fide possident excipere actionem, praedones vero securos esse ».³⁴

Ulpien cite comme droit en vigueur (D. 47.2.50 *pr.*) l'opinion imposée par voie de raisonnement par l'absurde déjà par Celsus. Pour ce dernier, si un esclave enfant volé grandit chez le voleur, nous sommes en même temps en présence soit d'un vol d'enfant, soit d'un vol d'adolescent. L'estimation processuelle sera toutefois calculée toujours sur le prix le plus élevé, car le voleur qui continue son délit ne doit pas être mieux traité que celui qui l'a interrompu :

D. 47.2.68.2 (Cels. 12 *dig.*) ... tam adolescentis furtum fecit ille quam infantis, et unum tamen furtum est. ideoque dupli tenetur, quanti umquam apud eum plurimi fuit ... quippe si subreptus furi foret, ac rursus a fure altero eum recuperasset, etiam si duo furta fecisset, non amplius quam semel cum eo furti agi posset. Nec dubitaverim, quin adolescentis potius quam infantis aestimationem fieri oporteret. Et quid tam ridiculum est quam meliorem furis condicionem esse propter continuationem furti existimare ?³⁵

³³ J. A. C. THOMAS, « The art of distinguishing », [dans:] A. GIULIANI & N. PICARDI (éds.), *L'educazione giuridica*. II. *Profili storici*, Perugia 1979, p. 209.

³⁴ A. WACKE, « Zur Folgen-Berücksichtigung bei der Entscheidungsfindung, besonders mittels *deductio ad absurdum* », [dans:] *Mélanges F. Sturm*, Liege 1999, p. 565.

³⁵ GIARO, *Römische Rechtswahrheiten* (ci-dessus, n. 26), p. 450 ; HARKE, *Argumenta Iuventiana* (ci-dessus, n. 25), p. 24-25.

Pour Sextus Pedius, un juriste de l'époque de Vespasien, il est absurde de croire que le maître est immédiatement enrichi par l'institution testamentaire d'un propre esclave avant que celui-ci accepte l'hérédité. En effet, chaque personne instituée héritier n'est pas pour autant plus riche avant d'accepter la succession :

*D. 35.2.63 pr. (Paul. 2 ad l. Iul. et Pap.) ... est enim absurdum ipsum me heredem institutum non esse locupletiolem, antequam adeam, si autem servus heres institutus sit, statim me locupletiolem effectum.*³⁶

Ulpien est d'avis que la succession prétorienne contre le testament (*bonorum possessio contra tabulas*) de la même portion héréditaire peut être demandée, ensemble avec le fils émancipé et exhérédé, aussi par des petits-fils omis. En effet, s'ils s'associent déjà au fils omis, la même conséquence doit être reconnue pour le cas du fils institué ou le fils exhérédé :

D. 37.8.1.4 (Ulp. 40 ed.) : Si pater emancipatus exheredatus sit nepotibus ex eo praeteritis qui erant in potestate retenti, nepotes admittuntur : absurdum enim est, cum patri praeterito iungantur, instituto eo vel exheredato non admitti.

La *clausula nova de coniugendis cum emancipato liberis eius* exige que le fils émancipé abandonne la moitié de sa part à ses enfants restés sous le pouvoir de leur grand-père. Or, ces petits-fils doivent-ils participer avec leur père au paiement des legs en faveur des personnes proches du testateur (*personae exceptae*) ? L'édit ne dit rien à ce propos (« nihil in hac parte edicti cavit praetor »), mais selon Paul eux aussi, doivent exécuter ces legs, parce qu'ils obtiennent la même portion héréditaire au même titre :

*D. 37.8.2 (Paul. 41 ed.) : sed... absurdum est patrem quidem eius legata praestare, ipsum vero plus habere, cum eadem condicione in eandem partem vocantur.*³⁷

³⁶ Cristina GIACHI, *Studi su Sesto Pedio. La tradizione, l'editto*, Milano 2005, p. 208-218.

³⁷ B. VONGLIS, *La lettre et l'esprit de la loi dans la jurisprudence classique et la rhétorique*, Paris 1968, p. 113-114.

Et enfin, Paul constate l'incompétence largement reconnue du représentant judiciaire (*procurator litis*) à recevoir la prestation. Si ce procureur n'est pas légitimé à intenter une action en exécution (*actio iudicati*) après la sentence finale, il peut encore moins recevoir la prestation tardive avant cette sentence :

D. 46.3.86 (Paul. 8 ed.): Hoc iure utimur, ut litis procuratori non recte solvatur: nam et absurdum est, cui iudicati actio non datur, ei ante rem iudicatam solvi posse. Si tamen ad hoc datus sit, ut et solvi <ei> possit, solvendo ei liberabitur.³⁸



VI. LA FICTION

La contradiction interne dans le cadre d'une institution juridique est encore plus flagrante pour le cas du *peculium castrense* qu'elle ne l'est pour le pécule normal déjà analysé. C'est là le résultat d'une scission entre l'ancien droit républicain et la nouvelle législation impériale. Dès le début du Principat, cette scission a produit une figure absurde pour la logique du droit romain archaïque, celle du soldat qui peut décéder en partie *testatus* et en partie *intestatus* (Ulp. *D. 29.1.6*; Tryph. *D. 49.17.19.2*).

A la différence des anomalies dogmatiques bien connues, comme en particulier celles du *tignum iunctum* (Gai. *D. 41.1.7.10-11*; Paul. *D. 6.1.23.7*) et de la délégation prématurée des pouvoirs juridictionnels par le gouverneur de la province (Ulp. *D. 1.16.4.6*: « est enim perquam absurdum, antequam ipse iurisdictionem nanciscatur ... alii eam mandare, quam non habet »),³⁹ qui peuvent être corrigés simplement par le laps de temps, le *peculium castrense* perdure et partant a un besoin constant des constructions auxiliaires.

³⁸ A. WACKE, « *Ne occasio sit maioris tumultus faciendi*. Absurditätsargument und Folgenberücksichtigung », [dans:] *Opstellen P. L. Nève*, Nijmegen 1998, p. 589-590.

³⁹ GIARO, « Absurditätsargumente » (ci-dessus, n. 3), p. 45.

Le droit du fils de famille de tester sur ce pécule implique le droit de disposer du patrimoine paternel (Iul.-Gai. *D.* 29.1.17.1; Pap. *D.* 38.2.42.1), donc en dernier ressort du patrimoine d'autrui. Ce droit particulier, appelé par Papinien *beneficium* (*D.* 38.17.10 *pr.*), confère au fils un double statut (*D.* 49.17.15.3) : *duplex ius patris et filii*. En effet, Ulpien introduit ici une fiction (*D.* 14.6.2), d'après laquelle les fils de famille dotés d'un *peculium castrense* sont traités *vice patruum*, et cela pas seulement entre vifs. Également sous l'angle des dispositions testamentaires *de castrensi peculio*, le fils est traité comme un père : « pro patre familias habendus » (Ulp. *D.* 28.3.6.13).

Une fiction semblable est employée déjà par Quintus Mucius *pontifex* en matière constitutionnelle (Pomp. *D.* 6.1.9) : « filius familias in publicis causis loco patris familias habetur ». ⁴⁰ Donc, en matière testamentaire, si le fils soldat décède *intestato*, le père retient le pécule *castrense*, selon Ulpien (67 *ed.* *D.* 49.17.2), *quasi peculium* ; en revanche, si le fils soldat décède *testamento facto*, le pécule est considéré *pro hereditate*. Mais si les héritiers institués par le fils abandonnent le testament ? Évidemment c'est le père à qui doit être restitué le pécule. Toutefois, la continuité du *peculium castrense* en tant que pécule rencontre ici des difficultés.

En effet, le temps moyen (*spatium deliberandi*) crée déjà un début de la succession, appelé par Tryphoninus *imago successionis* (*D.* 49.17.19.5). Si, en cas de répudiation de l'hérédité par l'héritier du fils, on maintient l'idée d'une propriété paternelle continuée, en cas d'acceptation on devrait admettre que l'héritier testamentaire ne succède pas au fils, mais au père encore vivant : « alioquin et si adita sit ab instituto hereditas filii, dicetur a patre ad eum transisse proprietatem, quod absurdum est ». Pour exclure cette absurdité, Tryphoninus comme Papinien (*D.* 49.17.14.1) bloquent l'acquisition des droits au père par l'intermédiaire des esclaves héréditaires. ⁴¹

Ulpien, au contraire, résout le problème dans ses *Disputationes* par la construction empruntée à la dogmatique du droit de retour (*postliminium*), c'est-à-dire en mettant l'acquisition en suspense (4 *disp.* *D.* 49.17.9) : si les

⁴⁰ Y. THOMAS, « Droit domestique et droit politique à Rome », *MÉFRA* 94.2 (1982), p. 575.

⁴¹ GIARO, « Papinian » (ci-dessus, n. 15), p. 55.

héritiers du fils n'acceptent pas son hérédité, elle appartient comme un pécule de manière rétroactive au père, et ce, précisément dès la mort du fils. Ulpien (4 *disp.* D. 41.1.33 *pr.*), ainsi que Scaevola et Marcellus, juge de la même manière les actes d'acquisition faits par un *servus castrensis*, voir comme toute acquisition faite par les esclaves : en fonction de la capacité d'acquérir du maître.

Ulpien (D. 49.17.9) emploie à cette occasion la même construction élaborée déjà par Julien à propos du droit de *postliminium* (Iul.-Marcell.-Paul. D. 41.3.15 *pr.* ; Iul. D. 49.15.22.3).⁴² Si l'héritage du fils est accepté, les actes d'acquisition faits pour l'hérédité jacente par le *servus castrensis* opèrent comme ceux de chaque esclave héréditaire, c'est-à-dire d'une manière rétroactive. Si, par contre, l'héritage du fils n'est pas accepté, ces actes sont traités comme ceux des esclaves propres du père.

Cette distinction rend superflue, par exemple en cas de legs d'usufruit fait en faveur d'un esclave héréditaire, l'idée absurde de transition ou, en allemand, «*Durchgang*» des droits acquis du père aux héritiers du fils : «*modo patri videri delatum, modo heredi, nec a persona in personam creditur transisse*» (D. 41.1.33 *pr.*, Ulp. 4 *disp.*). De cette manière, le juriste dogmatise le *beneficium* légal attribué au fils qui, grâce à la construction en suspense, est exceptionnellement capable de tester.⁴³

La même construction de l'acquisition en suspense permet à Julien (Ulp. D. 7.1.70.1) d'éviter, en cas de legs d'usufruit d'un troupeau, le changement de propriété des animaux nouveau-nés.⁴⁴ Normalement la propriété reste acquise à l'usufruitier, mais sous certaines conditions peut être transmise au propriétaire, c'est-à-dire quand il y a nécessité de substitution des animaux morts : «*alioquin quod nascitur fructuarii est et cum substituit, desinit eius esse*» (Pomp. D. 7.1.69). La construction en suspense permet d'attendre pour pouvoir opérer une attribution définitive.

⁴² G. WESENER, «*Pendenz, Vorwirkungen und Rückwirkung der aufschiebenden Bedingung im römischen Recht*», [dans :] *Festgabe A. Herdlitzka*, München 1972, p. 272-274.

⁴³ WACKE, «*Ne occasio sit*» (ci-dessus, n. 38), p. 587-588.

⁴⁴ J. HAMMERSTEIN, *Die Herde im römischen Recht. Grex als rechtliche Sachgesamtheit und Wirtschaftseinheit*, Göttingen 1975, p. 81-93.

Une construction semblable est employée dans le texte sur les vicissitudes du *peculium castrense* après la mort du fils, tiré du quatrième livre des *Disputationes* d'Ulpien.⁴⁵ Le juriste combat ici, toutefois d'une manière pas totalement heureuse, le mal par le mal. En effet, si le père décède pendant le temps de suspension, donc avant que les héritiers du fils n'aient accepté la succession testamentaire, le pécule castrense devient part de l'héritage du père :

D. 49.17.9 (Ulp. 4 disp.) : ... dicebam castrense peculium filii familias, si quidem testatus decessit, quasi hereditatem deferri heredi scripto, sive extraneum scripsit heredem sive patrem. Sed cum nihil de peculio decernit filius, non nunc obvenisse patri, sed non esse ab eo profectum creditur ... dicebam, cum heres non adiit hereditatem, retro peculium patris bonis accessisse: unde posse dici etiam aucta patris bona per hanc repudiationem. Nec est novum, ut ex postfacto aliquis successorem habuisse videatur. Nam et si filius eius, qui ab hostibus captus est ...

Vis-à-vis de cette augmentation du patrimoine se pose le problème du père qui a hérité du *peculium castrense* de son fils et ainsi de son propre patrimoine. L'argument par l'absurde peut donc aboutir à des absurdités nouvelles, la situation qui laisse seulement le choix entre des absurdités plus ou moins grandes, envisagée déjà par Julien (*D. 9.2.51.2, 86 dig.* : «longe absurdius constitui neutrum ... teneri aut alterum potius»).⁴⁶ De telles absurdités structurelles ne disparurent qu'en conséquence d'une solution radicale, voir l'abolition de l'incapacité patrimoniale des personnes sous puissance paternelle, ce qui c'est passé seulement vers la fin de l'antiquité.

Ulpien recourt à une autre fiction dans son commentaire à l'édit (*D. 12.1.15, 31 ed.*). Précédemment, Julien avait rejeté l'action fondée sur un prêt purement consensuel, qu'on appelle en allemand *Vereinbarungsdarlehen*, pour des motifs systémiques semblables à ceux soulevés par Paul (*D. 19.4.1.2* : «alioquin ... nudo consensu constitui obligationem dicemus,

⁴⁵ A. LOVATO, *Studi sulle Disputationes di Ulpiano*, Bari 2003, p. 214-215.

⁴⁶ GIARO, « Absurditätsargumente » (ci-dessus, n. 3), p. 54-55 ; HARKE, *Argumenta Iuventiana* (ci-dessus, n. 25), p. 242-244.

quod in his dumtaxat receptum est, quae nomen suum habent») à propos de la vente et l'échange : « alioquin dicendum ex omni contractu nuda pactione pecuniam creditam fieri » (D. 17.1.34 *pr.*). Or, il est vrai qu'il y a l'institution juridique spéciale du prêt d'argent qui résulte de l'ordre du créancier (*Anweisungsdarlehen*), sans besoin d'une remise de l'objet par le *tradens* ; mais cette institution ne peut pas être étendue.⁴⁷

Selon Julien, toutefois, le prêt consensuel reste valable seulement s'il a été précédé d'une remise de l'argent au débiteur, comme dans le prêt d'argent, tenu par débiteur dans le dépôt fermé, *quia tunc nummi, qui mei erant, tui fiunt*. Ulpien, au contraire, s'inspire plutôt de Celse qui n'a rien vu d'absurde dans le prêt d'argent consensuel, précédé d'une dette à titre de mandat.⁴⁸ Cette solution repose sur la fiction d'une restitution de l'argent due par le débiteur à titre de mandat et du versement de la même somme par le créancier à titre de prêt :

D. 12.1.15 (Ulp. 31 *ed.*) : ... ut, cum ex causa mandati pecuniam mihi debeas et convenerit, ut crediti nomine retineas, videatur mihi data pecunia et a me ad te profecta.

Cette fiction d'une remise de l'argent neutralise l'absurdité provoquée par l'absence de la *mutui datio*, élément absolument indispensable des contrats réels. La situation est donc envisagée (*videatur*) comme si la dette à titre de mandat avait été payée et le montant du prêt versé. L'argument par l'absurde, conservateur du point de vue dogmatique, catalyse ici paradoxalement, sous l'effet de la pratique, des innovations.



⁴⁷ Th. MAYER-MALY, « Argumentum », *ZRG RA* 125 (2008), p. 268-270 ; GIARO, « African » (ci-dessus, n. 13), p. 4-5.

⁴⁸ R. MONIER, *Manuel élémentaire de droit romain* II, Paris 1948 (4^e ed.), p. 110-112 ; HARKE, *Argumenta Iuventiana* (ci-dessus, n. 25), p. 119-121.

VII. CONCLUSIONS

Ulpien (*D.* 12.1.15) persiste dans un traitement restrictif de la fiction comme *ius singulare*. Parce qu'elle ignore le principe d'identité, la fiction est, toutefois, en elle-même absurde et, partant, admissible seulement en voie exceptionnelle. Derrière la raison artificielle du droit ou, pour reprendre la formule de Sir Edward Coke, *the artificial reason of law*,⁴⁹ la jurisprudence romaine cherche une réalité accessible au sens commun et à la langue naturelle. En fait, les règles *nemo plus iuris, impossibilium nulla obligatio* et *superficies solo cedit*, ainsi élaborées et retenues, demeurent en principe fidèles au monde naturel.

Le droit naturel reste donc considéré comme système originel, comme le mentionne Marcien (*D.* 40.11.2) à propos du *beneficium* impérial de la restitution dans les droits de naissance (*natalibus restitutio*). Les personnes nées dans la servitude deviennent alors ingénues par la grâce du prince qui les rétablit dans la condition de la naissance commune à tous les hommes dans leur origine : « ex post facto iuris interventu ... illis ... natalibus restituitur, in quibus initio omnes homines fuerunt ». Un esclave de naissance est donc regardé comme s'il était né ingénu, tandis que son patron est privé de ses droits successoraux.⁵⁰

Quelles sont donc les conséquences de l'argument par l'absurde pour le système juridique romain ? Regardons de plus près deux cas typiques. Dans le cas de la vente et l'échange l'argument par l'absurde, conservateur du point de vue dogmatique, agit paradoxalement comme catalyseur de nouveautés. En effet, il fait naître une figure nouvelle de la dogmatique juridique : le contrat innomé de l'échange. Le recours à ce type d'argument montre donc qu'il y a, sous l'effet de la pratique, un besoin de concepts qui débouche quelquefois sur des innovations.

La fiction, en revanche, qui blesse le principe d'identité, est en elle-même paradoxale et, partant, elle reste admissible seulement comme exception interprétée de manière restrictive. Derrière la raison artificielle

⁴⁹ J. E. BICKENBACH, « The artificial reason of law », *Informal Logic* 12.1 (1990), p. 23-32.

⁵⁰ Y. THOMAS, « *Imago naturae* », [dans :] *Théologie et droit dans la science politique de l'état moderne*, Rome 1991, p. 220-221.

du droit, la jurisprudence romaine cherche donc une réalité accessible au sens commun et proche de la langue naturelle.⁵¹ C'est finalement pour cela que dans la figure juridique de la fiction se cache toujours une portion résiduelle d'idées naturalistes qui rendent un système juridique totalement artificiel impossible.

Tomasz Giaro

Chair de la tradition juridique européenne
Institut de l'histoire de droit
Faculté de droit et administration
Université de Varsovie
Krakowskie Przedmieście 26/28
00-927 Varsovie
POLOGNE
e-mail: giaro@uw.edu.pl

⁵¹ Selon G. TEUBNER, « Les multiples aliénations du droit », *Droit et Société* 47 (2001), p. 78-80, il en va différemment pour le droit modern.