

Tribonien s'est efforcé de respecter la distinction entre le droit impérial (*lex*) et la jurisprudence (*ius*) aussi longtemps que ce dernier a été considéré comme une source indépendante du droit et il a tenté d'éviter que la matière destinée au Digeste se mélangeât à celle réservée au Code. Dès la constitution *Deo Auctore* il essaie de prévenir l'introduction au Digeste de ce qui appartenait au fond au Code et il revient sur cette distinction dans la constitution *Tanta*.<sup>1</sup> Dans l'ancienne jurisprudence les constitutions impériales sont souvent citées textuellement. Tribonien a interdit de placer dans le Digeste de telles constitutions intégrées au *Ius*, du moins si elles étaient en même temps reprises au Code. Il justifie cette interdiction en remarquant que leur qualité de constitution suffit à leur autorité. Il envisageait de transformer le *Ius* en une constitution de Justinien et les dites constitutions possédaient déjà l'autorité impériale; il était

1 Const. *Deo Auct.* 9 ... et ea, quae sacratissimis constitutionibus quas in Codicem nostrum redegimus cauta sunt, iterum poni ex vetere iure non concedimus, cum divalium constitutionum sanctio sufficit ad eorum auctoritatem; nisi forte vel propter divisionem vel propter repletionem vel propter pleniorum indaginem hoc contigerit, et hoc tamen perraro, ne ex continuatione huiusmodi lapsus oriatur aliquid in tali prato spinosum.

Const. *Tanta* 14 Similique modo si quid principalibus constitutionibus cautum est, hoc in Digestorum volumine poni nullo concessimus modo, quasi constitutionum recitationibus sufficiente: nisi et hoc raro ex isdem causis, quibus similitudo adsumpta est.

superflu de la leur accorder une seconde fois. Cette mesure aurait en outre modifié la datation: ce qui en vertu du Code était valable en tant que constitution de Septime Sévère ou de Caracalla serait désormais valable sous l'autorité de Justinien. Les avocats se trouveraient alors placés devant un problème et ne sauraient pas à quoi se référer dans leurs 'recitationes': au Digeste ou au Code. Des difficultés de cette nature pourraient naître et devenir aussi indésirables que le chardon dans la prairie.

Tandis que Tribonien d'une part veillait à ce que le Digeste ne contînt rien de ce qui se trouvait dans le Code, il voulait d'autre part éviter que le Code empiétât sur la matière réservée au Digeste. La promulgation du Digeste avait été précédée d'un grand nombre de constitutions, qui devaient 'préparer' la jurisprudence de telle sorte qu'elle fût apte à être refondue en une seule constitution; or, les sujets nouvellement réglementés menaçaient d'être retirés du *Ius* pour être joints aux *Leges* de sorte que la matière de celui-ci se répartirait entre le Digeste et le Code, ce qui ne contribuerait guère à une ordonnance claire et simple. Par exemple: les Sabinien et les Proculien différaient d'opinion sur un point de droit quelconque et Tribonien opta pour l'opinion des Proculien. Si Justinien avait validé l'opinion des Proculien, ce point aurait été retiré du *Ius*; la solution proculienne se fonderait désormais sur la constitution justinienne et aurait dû tomber dans le domaine du Code, alors que la question en général aurait été réglé dans le Digeste.

Tribonien chercha une autre solution: au lieu de valide le point de vue des Proculien il fait ôter par l'empereur toute autorité à l'avis des Sabinien; de la sorte il avait réussi à conserver le point de vue proculien pour le *Ius* et par conséquent pour le Digeste. Il introduisit

à cette fin un nouveau terme, inconnu jusqu'alors, appelant de telles constitutions à effet négatif 'decisiones', décisions. La différence de sens entre les 'autres constitutions' (*aliae constitutiones*) et les décisions est une trouvaille de Tribonien; avant lui ce terme n'était jamais utilisé pour les ordonnances impériales. Il est effectivement bien choisi, parce que le verbe 'caedere' signifie 'couper', 'tailler'; il désigne donc du terme de décisions les constitutions qui coupaient, supprimaient l'autorité de certains passages de la jurisprudence. C'est pourquoi le verbe 'decidere' alterne avec 'resecare' dans les textes.<sup>2</sup> Une décision coupe effectivement quelque chose, à savoir une partie de l'autorité de la jurisprudence, c. à d. que certains passages de la jurisprudence furent privés de leur autorité. C'est ainsi que les vieux textes parlaient de la 'libertas dediticia'. La catégorie des *peregrini dediticii* n'avait jamais été supprimée par une constitution, mais elle ne se présentait plus; c'est pourquoi Justinien retira à la jurisprudence la force de loi pour ce qui est de la *libertas dediticia*.<sup>3</sup> A une autre occasion, il s'agit de la notion du 'in bonis habere'. Après la disparition de la *mancipatio*, il n'y avait plus de raison de faire une différence entre *dominium* et *in bonis habere*. C'est pourquoi l'empereur retira la force de loi à la jurisprudence pour autant qu'elle

2 C. 3,33,13 pr. ... auctorum iurqium *decidentes* compendioso responso omnem huiusmodi dubitationes *resecamus*.

C. 5,60,3 (une décision selon Inst. 1,22 pr.) Indecoram observationem in examinanda marum pubertate *resecantes* ...

3 Inst. 1,5,3 Et dediticios quidem per constitutionem expulimus, quam promulgavimus inter nostras decisiones.

C. 7,5,1 ... nec in usu esse reperimus, sed vanum nomen huiusmodi libertatis circumducitur.

faisait cette distinction.<sup>4</sup>

Dans la plupart des cas les décisions concernent des divergences d'opinion, *altercationes*, entre les jurisconsultes. La jurisprudence contenait d'innombrables *altercationes*, qui étaient jugées selon les règles de la *lex citandi*.<sup>5</sup> Il arrivait cependant que la *lex citandi* n'offrît aucune issue, par exemple en cas de partage des voix quand Papinien ne s'était pas exprimé. Or, la décision retire à l'une des opinions contraires sa vigueur de loi de sorte que l'autre devient majoritaire. C'est le cas dans C. 7,7,1,1a, là où Ulpien et Paul d'une part s'opposaient à Caecilius et Marcellus de l'autre.<sup>6</sup> L'emploi du terme 'decidentes' (§ 1b) montre qu'il s'agit bien ici d'une décision. Dans C. 6,2,22,3a nous sommes confrontés à un cas étrange: nous y rencontrons deux opinions contradictoires de Papinien.<sup>7</sup>

Souvent Tribonien n'a pas partagé l'opinion de la majorité des jurisconsultes. Dans ces occurrences il a retiré

4 C. 7,25,1 *Antiquae subtilitatis ludibrium per hanc decisionem expellentes nullam esse differentiam patimur inter dominos, apud quos vel nudum ex iure Quiritum vel tantummodo in bonis reperitur ...; sed est vacuum et superfluum verbum.*

5 C. Theod. 1,4,3.

6 C. 7,7,1,1a ... *secundum ea, quae et Ulpianus libro sexto fideicommissorum et Paulus libro tertio fideicommissorum refert, ubi et hoc relatam est, quod Sextus Caecilius iuris antiqui conditor definivit socium per praetorem compelli suam partem vendere, quatenus liber servus efficiatur; quod et Marcellus in eius Digestis notat; hocque et Marcellum cum Iulianum notaret retulisse palam est.*

7 C. 6,2,22,3a ... *ab ipso Papiniano in contrarias declinante sententias, tamen nobis haec decidentibus Papinianus, licet variavit, eligendus est, non in prima, sed in secunda eius definitione.*

à l'opinion majoritaire la vigueur de loi de sorte que l'opinion minoritaire n'était plus contrebalancée. Dans C. 4,5,10 Ulpien, Marcellus et Celsus s'opposent à Papi- nien et Julien; c'est aux passages des premiers juriscon- sultes qu'on a retiré l'autorité de sorte que l'opinion des derniers est confirmée par l'empereur.<sup>8</sup>

Ce procédé est admis ouvertement dans le cas suivant. Les anciens se disputaient sur la validité de la *heredis institutio* d'un esclave sans libération explicite; Justi- nien (c. à d. Tribonien) décide qu'une libération formelle était superflue parce que la nomination d'héritier com- prend la liberté.<sup>9</sup> Cette décision est mentionnée dans Inst. 2,14 pr.;<sup>10</sup> l'empereur y dit que la *heredis insti-*

8 C. 4,5,10 ... et Ulpianus quidem electionem ipsi praestat qui utrumque accepit, ut hoc reddat quod sibi placuerit et tam Marcellum quam Celsum sibi consonantes refert. Papinianus autem ipsi, qui utrumque persolvit electionem donat, qui et antequam dependat ipse habet electionem quod velit praestare et huiusmodi sententia sublimissimum testem adducit Salvium Iulianum summae auctoritatis hominem et praetorii edicti ordi- natorem. Nobis haec decidentibus Iuliani et Papiniani placet sententia.

9 C. 6,27,5,1 Dubitationis autem materia erat, quod adhuc servum suum constitutum heredem sine libertate scripserat, et tanta inter veteres exorta est contentio, ut vix possibile sit videri eandem decidere. Sed antiquitatem quidem haec altercantem re- linquendum est.

10 Inst. 2,14 pr. Heredes instituere permissum est, tam liberos homines quam servos et tam proprios quam alienos. Proprios autem olim quidem, secundum plurimum sententias non aliter quam cum libertate recte instituere licebat. Hodie vero etiam sine libertate ex nostra constitutione heredes eos instituere permissum est. Quod non per innovationem induximus, sed quo- niam et aequius erat et Atilicino placuisse Paulus suis libris quos tam ad Masurium Sabinum quam ad Plautium scripsit refert.

*tutio* sans libération formelle était nulle jadis selon les 'sententias plurium', ce qui semble signifier 'selon l'opinion de la majorité', car Théophile traduit: κατὰ τὴν τῶν πλειόνων νομικῶν γνώμην.<sup>11</sup> Justinien préfère l'autre opinion, dont il ne connaît qu'un seul représentant, Atilicinus qui, selon Paul, avait jugé en sens contraire. Il y ajoute, que sa décision ne constitue aucun renouvellement, parce qu'Atilicinus l'avait déjà soutenue.

Cinquante de ces décisions ont été réunies en un recueil mentionné dans la const. *Cordi* et dans Inst. 1,5,3.<sup>12</sup> Si

11 Cf. Inst. 3,8,2 ... quod et Iuliano et aliis *plerisque* visum est.

12 Inst. 1,5,3 ... et dediticios quidem per constitutionem nostram expulimus, quam promulgavimus inter nostras decisiones, per quas suggerente nobis Triboniano, viro excelso, quaestore, antiqui iuris altercationes placavimus.

Const. *Cordi* 1. Postea vero, cum vetus ius considerandum recepimus, tam quinquaginta decisiones fecimus quam alias ad commodum propositi operis (sc. Digestorum) pertinentes plurimas constitutiones promulgavimus ...

Const. *Cordi* 5 ... nemini in posterum concedimus vel ex decisionibus nostris vel ex aliis constitutionibus, quas antea fecimus, vel ex prima Iustiniani codicis editione aliquid recitare ...

C'est par erreur que l'on s'adresse à la Glose de Turin concernant Inst. 3,1,2 (ed. Alberti fr. 370): Hic 'adoptivi' generaliter dixit, idest sive transeant in potestatem, sive non; nam hii, qui non transeunt in potestatem, in hereditatem succedunt patribus adoptivis, sicut libro L constitutionum invenies. On interprète alors le 'liber L constitutionum' comme une allusion aux cinquante décisions et on déduit du substantif 'liber' qu'elles ont été publiées sous la forme d'un recueil. Cette déduction repose sur un malentendu dont j'ai déjà longuement discuté par ailleurs (Subsecivum II,

l'on entend déterminer la nature de ce recueil il convient de tenir compte du fait que les lois qui dans le Code sont reconnaissables comme décisions ont des dates différentes, toutes comprises entre le premier août 530 et le premier août 531. Les *Quinquaginta Decisiones* n'ont donc pas été directement proclamées comme un ensemble; ce n'est qu'à une époque postérieure à leur datation qu'elles ont été réunies en un recueil.

On compte 24 constitutions qui peuvent être considérées avec une certitude absolue comme décisions, soit parce que leur qualité est attestée par l'emploi des termes 'décision' et 'décider', ou bien parce qu'elles sont mentionnées comme telles par ailleurs, ce qui est le cas pour C. 7,5,1, dont il est dit dans Inst. 1,5,3 qu'elle doit être comptée 'inter nostras decisiones'. Décisions avec certitude sont: C. 6,2,20; 4,5,10; 5,51,13; 8,21,2; 8,37,13; 4,38,15; 4,29,24; 4,28,7; 3,33,12 (toutes datées du 1er août 530 et adressées au P.P. Iulianus); C. 6,22,9; 5,70,6 (datées du 1er sept. 530 et adressées au P.P. Iulianus); C. 7,4,14; 5,4,25 et 26; 3,33,13-16; 4,5,11; 6,57,6 (toutes datées du 1er octobre 530 et adressées au P.P. Iulianus); C. 6,29,3 et 4; 6,27,4; 6,2,22; 2,18,24; 7,7,1; 6,37,23 (toutes datées du 17<sup>me</sup> novembre 530 et adressées au P.P. Iulianus); C. 6,30,20 et 21; 6,27,5 (datées du 30<sup>me</sup> avril 531 et adressées au P.P. Ioannes); C. 6,27,6 (datée du 31<sup>er</sup> juillet 531, adressée au P.P. Ioannes).

*Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis* 30 (1962), p. 254-256.

La Glose de Turin est une adaptation d'un texte grec; on rencontre constamment des fragments traduits de la Paraphrase de Théophile. Retraduit en Grec le renvoi devient: ΩΣ ΕΝ ΒΙΒ Ν ΤΩΝ ΔΙΑΤΑΞΕΩΝ ΕΥΦΡΕΙΣ. La lecture N (= 50) doit être une erreur et le texte a dû porter le caractère H (= 8) qui lui ressemble beaucoup. 'Constitutiones' veut dire le Codex; le renvoi se rapporte à C. 8,47,10.

Ce qui revient à dire, que toutes les décisions ont été adressées au préfet du prétoire et qu'elles ont été proclamées en six groupes. Ces particularités nous autorisent à admettre que les décisions n'étaient pas des prescriptions de l'empereur à la commission du Digeste et destinées à l'usage interne, mais qu'il s'agissait de véritables constitutions de caractère public. Il est surprenant, que les décisions données le même jour n'ont pas été réunies en une seule constitution, car à quatre reprises différentes nous rencontrons deux ou plusieurs décisions successives portant la même date. Il faut bien admettre qu'elles sont entrées en vigueur soit immédiatement, soit après une courte 'vacatio legis', car si leur effet avait été retardé jusqu'à l'introduction du Digeste, leur proclamation individuelle eût été sans fondement. Le changement de la jurisprudence, visé dans la décision intervenait donc immédiatement, ce qui regardait surtout l'enseignement. En effet, les décisions concernent des problèmes purement théoriques et à peine intéressants pour la pratique. Dès les années scolaires 530-531 les professeurs purent donc négliger de parler de certaines *altercationes* de la *libertas dediticia* et du *nudum ex iure Quiritium*; ils n'eurent pas besoin d'attendre le 30<sup>me</sup> décembre 533.

Comme nous l'avons déjà mentionné le recueil comprenait une cinquantaine de décisions; nous ne nous arrêterons pas à la question de savoir s'il contenait la totalité ou un choix de toutes les décisions énoncées. A quel moment le recueil a-t-il été constitué? De toute façon après le 29<sup>me</sup> juillet 531, date de la plus récente décision et avant le 21<sup>er</sup> novembre 533, date de la publication des Institutes, car les Institutes font clairement allusion au recueil des *Quinquaginta Decisiones*.<sup>13</sup> La

13 Inst. 1,5,3 ... constitutiones ... quas promulgavimus inter nostras decisiones.

carence des sources ne nous permet pas de préciser avec certitude la date exacte entre ces termini; néanmoins nous avançons une conjecture. Il ne nous semble pas invraisemblable que le nombre des décisions ait été en relation avec la cinquantième année d'âge de l'empereur, laquelle commença le 11<sup>me</sup> mai 531; le cinquantième anniversaire tomba le onzième mai 532.\*

Enfin, il reste encore une question particulière: comment expliquer la présence de si nombreuses décisions dans le *Codex Repetitae Praelectionis*? Le Digeste tient compte des décisions;<sup>14</sup> la *libertas dediticia*, le *nudum ex iure Quiritium* et les altercations non résolues ont disparu du Digeste et il n'était pas question de les remettre sur le tapis, toute 'recitatio' d'un ancien texte étant interdite. Après le 30<sup>me</sup> décembre 533 les décisions n'eurent plus qu'un intérêt purement historique qui ne semble pas justifier leur insertion dans la seconde version du Code. Je crois que cette insertion n'a pas de fondement juridique et que des considérations d'un autre ordre auront joué un rôle. Les décisions reprises au Code devaient conserver le souvenir de la grande réforme judiciaire; elles devaient montrer à la postérité l'image d'un Justinien arbitrant les différences des célèbres jurisconsultes du passé et par conséquent l'emportant sur eux. 'Nam qui non subtiliter factum emendat laudabilior est eo qui primus invenit'.<sup>15</sup>

H.J. Scheltema

\* [Mais voir *infra* l'article de M. Zwolve]

14 Const. *Tanta* 1 Nomenque libris imposuimus Digestorum seu Pandectarum, quia omnes disputationes et decisiones in se habent legitimas.

15 Const. *Deo Auctore* 6.

