

RÉPÉTITIONS ÉCRITES
Pour la Préparation de tous les
EXAMENS DE DROIT

1933-1934

DIPLOME D'ÉTUDES SUPERIEURES
Droit Romain Histoire du Droit
REPETITIONS ECRITES

DE

PANDECTES

rédigées d'après le Cours et sous le contrôle

de

M. COLLINET

Professeur à la Faculté de Droit de Paris



060 052904 4

" LES COURS DE DROIT "

RÉPÉTITIONS ECRITES & ORALES
RÉSUMES — PRÉPARATION A L'EXAMEN ECRIT

3, Place de la Sorbonne (au premier)

— PARIS —



P A N D E C T E S

(DOCTORAT)

-:-:-:-:-:-:-:-

L'EQUITE ET LA BONNE FOI DANS

LES OBLIGATIONS.

AVANT-PROPOS.

UTILITE ET METHODE DU COURS DE PANDECTES.

A quels étudiants convient le Cours de Pandectes.

Les programmes des Diplômes d'Etudes Supérieures (D.E.S.) du Doctorat en Droit organisés par le Décret du 2 Mai 1925 sont assez compliqués. Les Etudiants ne s'y reconnaissent pas aisément, En particulier, ils ne voient pas toujours clairement la place du Cours de Pandectes dans leurs programmes. Monsieur COLLINET va donc la préciser, avant de montrer l'intérêt que présente ce cours, non seulement pour les spécialistes en Histoire du Droit, mais même pour les civilistes.

1°- D'après le Décret (Art. 4), le Cours de Pandectes s'adresse aux Etudiants préparant le D.E.S de Droit Romain et d'Histoire du Droit - à titre facultatif, comme seconde interrogation de Droit Romain. Donc les Etudiants de cette catégorie qui désirent être interrogés sur le Cours doivent le déclarer formellement au Secrétariat. Pour eux, l'interrogation sera faite suivant le mode traditionnel (en usage

avant 1925 au Ier Examen de Doctorat ès-sciences juridiques) : traduction et explication d'un ou plusieurs textes du programme des Pandectes.

2° - Malgré le silence du Décret et en fait le Cours de Pandectes peut servir aussi à d'autres candidats.

a) Il peut servir aux candidats au D.E.S. de Droit Romain et d'Histoire du Droit qui, ne choisissant pas les Pandectes comme 2ème interrogation, se sont abstenus de faire la déclaration ci-dessus. Pour eux, si le Professeur du Cours les fait passer, il les interrogera sur une matière du cours sans explication de texte (mais sans préjudice d'une interrogation sur le programme de Droit Romain général qui comprend "Les Institutions du Droit Romain privé", moins la procédure).

b) Il peut servir aux candidats au D.E.S. de Droit Romain et d'Histoire du Droit combiné avec le D.E.S. de Droit Privé - Examen B (une interrogation de Droit Romain ; obligations) - puisque cette année le sujet du Cours est pris dans la matière des Obligations. Les Etudiants seront interrogés - s'ils passent avec le Professeur - sur un point du Cours et sur un point des Obligations.

c) Il peut servir aux candidats au D.E.S. de Droit Privé (non combiné, comme de juste) ; ceux-ci peuvent choisir le Droit Romain (Obligations) comme matière de leur 1ère option (art. 5) s'ils passent avec le Professeur, ils seront interrogés comme les précédents candidats de l'Examen B.

I. L'enseignement du Droit Romain dans les Facultés françaises a subi des fluctuations nombreuses sous des influences diverses, dont nous n'avons pas à considérer ici l'importance, le bien ou le mal fondé. Malgré ces fluctuations et même ces avatars, la chaire de Pandectes à Paris subsiste depuis un siècle. Il semble qu'il y ait là déjà quelque chose qui milite en faveur de l'utilité de ce cours. Il est probable qu'on a considéré en haut lieu qu'il correspondait à un besoin, besoin qu'on aperçoit peut-être de moins en moins à mesure que l'étude de l'Antiquité classique apparaît à certains comme de moins en moins utile et où tout ce qui n'est pas le présent est de plus en plus attaqué.

Le Cours de Pandectes est, comme tous les cours de Doctorat, un cours spécial et approfondi. On n'y étudie qu'une seule matière plus ou moins vaste, mais cette matière unique on l'étudie sous ses différents aspects, on la retourne et on s'efforce d'aller au fond des choses. Il y a, à la Faculté de Droit de

caractéris-
que du Cours
Pandectes
consistant
essentielle-
ment dans

l'étude de
textes du D.R.

Paris qui est la plus importante de France, et la plus grande Faculté de Droit du monde, un autre cours de Droit Romain destiné aux Etudiants de doctorat, le Cours de Droit Romain approfondi. La question pourrait donc se poser de savoir pourquoi l'autorité supérieure a éprouvé le besoin de créer ce Cours à côté de celui de Pandectes ou de maintenir celui-ci à côté de l'autre.

C'est que la méthode et le but de ces deux cours diffèrent. Dans le Cours de Droit Romain approfondi, on suit la méthode qu'on suit dans les cours spéciaux de Doctorat, par exemple dans ceux de Droit Civil approfondi. Dans le Cours de Pandectes, on suit une méthode très particulière qui en fait la caractéristique dans tous les pays où il existe un Cours analogue. Le professeur doit examiner les textes et ceci est caractéristique de son enseignement. La discussion de ces textes forme la trame même du Cours. Comme parmi ces textes, les plus importants sont ceux extraits du Digeste (ou Pandectes), le titre du cours se comprend de soi.

Bien entendu, on n'impose pas au professeur l'obligation de s'en tenir à l'examen des seuls textes des Pandectes (c'est, on le sait, le nom grec du Digeste de Justinien), se rapportant au sujet. Il est libre d'adjoindre à ces textes fondamentaux les autres textes du Droit Romain, textes juridiques de la compilation de Justinien ou antérieurs à celui-ci, textes littéraires ou même épigraphiques et papyrologiques (1).

Le but du Cours de Pandectes est donc de montrer telle ou telle institution telle ou telle doctrine des jurisconsultes dans les matériaux mêmes qui nous les font connaître. (En licence on se borne à citer les textes sans les analyser).

II. Sa méthode est de remonter aux Sources pour en tirer l'état du Droit Romain sur tel point particulier.

Difficultés
du cours de
Pandectes :
1° - Compréhension et
interprétation des textes.

Mais dès qu'on doit travailler sur les sources et surtout sur les sources anciennes, soit de l'Antiquité classique, soit de la vieille France, une difficulté se présente. C'est la difficulté de comprendre ces textes écrits en latin, en grec, en vieux français et qui doivent par conséquent, être interprétés. La première difficulté d'un cours de Pandectes tient précisément à la méthode qu'on y doit suivre, c'est-à-dire l'étude de textes latins. Le professeur allègera

(1) Sur l'intérêt que peuvent avoir les textes extra-juridiques pour la meilleure connaissance du Droit Romain, cf. Girard, Cours d'introduction aux Pandectes, Mélanges I. 1912 p. 451 à 559.

la tâche des étudiants durant ses leçons. Tous les textes qui seront susceptibles d'être demandés à l'examen (aux candidats énoncés plus haut sous le n° I) seront spécifiés et indiqués nominativement dans le programme de fin d'année (1). Le professeur traduira ces textes. Cette traduction sera faite pour ainsi dire mot à mot sans chercher l'élégance, en suivant autant que possible le texte latin pour mieux rendre la pensée de l'auteur.

2° Caractère exégétique du Cours.

I. Utilité du Cours justifiée par son caractère historique.

Bien que reposant sur l'exégèse des textes, ce cours a subi l'influence de la méthode historique et par suite présente la même utilité que tous les enseignements de Droit Romain pour la formation de l'esprit et la connaissance des origines de nos institutions.

III. Une deuxième difficulté du Cours de Pandectes qui est beaucoup plus sérieuse, tient à l'esprit, à la méthode, au fond même de ce cours. Les étudiants, même sympathiques au Droit Romain, n'aperçoivent pas du premier abord l'utilité de ce cours, à cause même de sa conception (l'étude directe des textes). Alors que depuis longtemps en Droit Civil, on a renoncé à l'étude exégétique des textes, même dans les Cours de Droit civil approfondi, pour suivre une méthode qui paraît moins scolastique, plus vivifiante, qui tient compte, semble-t-il beaucoup plus des nécessités présentes, pourquoi conserver dans un Cours de Droit Romain, une méthode qui peut sembler archaïque, la méthode traditionnelle d'exégèse des textes ?

En laissant de côté l'argument de comparaison tiré de l'exemple de l'étranger, on peut invoquer des arguments très sérieux en faveur de cette méthode.

D'abord, qu'on ne se laisse pas prendre aux mots. Le Cours de Pandectes lui-même, dans lequel il est entendu qu'on explique, commente et interprète des textes de latin juridique, malgré son aspect archaïque et sa méthode vétuste, a été rajeuni, comme tout l'enseignement du Droit Romain. Les cours de Droit Romain, en licence ont subi depuis quarante ans une transformation profonde : ce ne sont plus des cours d'exégèse et de dogmatique, mais des cours historiques destinés à faire comprendre les origines de notre Droit. De même, le Cours de Pandectes a été, grâce à la science des maîtres qui ont occupé cette chaire en dernier lieu (MM. Gérardin, Jobbé-Duval, Girard), touché lui-même par cette influence de l'esprit novateur.

Ce qui nuit le plus à ce Cours, c'est son nom parce que dans l'esprit de ceux qui savent un petit peu de droit, ce mot éveille l'idée du Pandectisme, or celui-ci n'a pas une bonne presse. Le Pandectisme est une méthode qui a principalement fleuri en Allemagne, mais qui existait également en Italie et en France presque autant. C'est une méthode purement dog-

(1) Le professeur conseille aux élèves de copier les textes qu'il indiquera sur un mince cahier où chaque page sera divisée en deux parties, à gauche le texte latin, à droite la traduction.

Le Cours de
Pandectes ne
se confond
pas avec le
Pandectisme.

matique qui tendait à construire un Droit romain artificiel plutôt qu'à constituer le Droit Romain tel qu'on peut supposer qu'il a existé dans la réalité. Cette méthode a eu autrefois son utilité, elle a été indispensable dans les pays et dans les temps où n'existait pas de C. Civ. (en Allemagne surtout avant 1900). L'étude des Pandectes, avec cette méthode exégétique et dogmatique qui a constitué le Pandectisme, y correspondait en somme à l'étude du Droit civil. Le but visé était de construire un système complet et harmonieux de Droit, d'après les seuls textes du Droit romain. C'est ainsi que sont conçus les traités de Pandectes.(1)

Mais aujourd'hui que la plupart des nations possèdent un Code Civil, les juristes construisent leur système complet et harmonieux de Droit sur la base de ce Code et délaissent le Droit romain en tant qu'il pouvait servir aux mêmes fins, ce qui est tout à fait logique, quoique le Droit romain pourrait leur servir encore.

Si le Cours de Pandectes était resté ce qu'il était autrefois, c'est-à-dire s'il s'inspirait encore de l'esprit pandectiste, s'il était conforme à l'enseignement que l'on trouve dans les traités de Pandectes, on comprendrait qu'on le trouvât déplacé et périmé. Mais le Cours de Pandectes ne se confond pas avec le Pandectisme dont le nom toutefois influence l'opinion et nuit au cours de Pandectes, tellement les mots ont d'influence sur les hommes. En réalité, l'effort de nos maîtres et des générations de tous les pays depuis trente ou quarante ans, a porté sur la transformation de ce cours comme des Cours de Droit romain élémentaire. Comme les Cours de Droit Romain de licence, il obéit à la méthode historique. Le grand changement dans l'enseignement du Droit Romain a été en effet la substitution de la méthode historique à la méthode dogmatique. Pourquoi le Cours de Pandectes n'aurait-il pas lui aussi subi l'effet bienfaisant de cette novation ? Et on le sait, la méthode historique conquête

(1) En consultant les divers traités de Pandectes eux-mêmes, on y verra la différence avec les manuels de Droit romain historique. Parmi ces traités, celui qui a eu en France le plus de succès est le Précis de Droit Romain d'Accarias, deux volumes qu'il est encore utile de consulter pour l'étude interne des institutions du Droit Romain. Un autre plus complet, écrit en français par Van Wetter, professeur à Gand, donne beaucoup plus de renseignements que le précédent ; mais ce traité n'est plus lui-même au courant, car le Droit Romain est une des sciences où la bibliographie s'est le plus

Les caractères de la méthode historique par opposition à la méthode dogmatique.

du XIX^{ème} siècle, "le siècle de l'histoire" a éclairé quantité de choses que nos anciens avaient tant de peine à comprendre ; elle a donné à l'étude de l'Antiquité et du Droit Romain un intérêt qu'ils n'avaient pas autrefois.

IV. Dans son ensemble, cette méthode est toute différente de la méthode dogmatique. Elle cherche surtout à reconstituer le Droit Romain tel qu'on peut supposer qu'il a été et à le reconstituer dans son évolution. Cette méthode décrit plus qu'elle ne systématise. La méthode historique appliquée aux Pandectes aboutit à décrire les institutions d'après les textes, plutôt qu'à forger un système juridique. Elle interprète les textes, non d'après l'esprit du commentateur, non en vue d'un système subjectif qu'il voudrait édifier, mais d'après l'esprit même du Droit romain autant qu'on peut le connaître ou l'imaginer. La méthode historique fait état de toutes les sources, alors que le Pandectisme ne se servait volontairement que des textes de Justinien, sans tenir compte de la différence d'époque des éléments qui composent sa codification. Enfin, la méthode historique critique les textes pour y distinguer ce qui vient des classiques et ce qui vient des Byzantins.

La méthode historique qui s'applique aux cours de Droit romain généraux, s'appliquera d'autant plus facilement au Cours de Pandectes que celui-ci est un cours d'explication de textes et que l'étude des sources n'est vraiment féconde qu'en fonction de la méthode historique.

Opérations dont l'emploi constitue la méthode historique.

V. Les opérations dont l'ensemble constitue la méthode historique sont loin d'être des opérations simples et faciles. La plus petite découverte, celle qui paraît la plus simple, a coûté de la peine ; elle ne nous paraît simple que parce qu'elle est simplifiée

(suite).- renouvelée depuis quarante ans. En Allemagne le plus fameux est l'ouvrage de Windscheid Lehrbuch des Pandektenrechts - 9^e éd. 3 vol. 1906, trad. italienne par Bensa et Fadda. Pour les autres, cf. L'Introduction aux Manuels de P.F. Girard (8^e éd. 1929 due à M. Félix Senn) et Edouard Cug (2. Ed. 1928). Pour connaître la Bibliographie en italien et en français du droit romain, consulter les ouvrages de MM. P. de Francisci et P. Collinet. Pour la bibliographie en allemand, cf. le generalregister zu den Bänden I - L (par Erich Sachers) de la Zft d. Sav. Stift., rom. abt. (Weimar, 1932).- Consulter aussi notre répertoire des bibliographies, vocabulaires, index, concordances et palingénésies du Droit Romain, extr. de la Rev. hist. de Droit, 1933, p. 324-334.

par le fait qu'elle dure. En histoire du droit, la méthode nouvelle est bien plus compliquée que l'ancienne. La méthode dogmatique est relativement simple, étant essentiellement déductive et voisine de la méthode mathématique. La méthode historique est autrement compliquée, puisqu'il s'agit de retrouver dans un texte ancien le substratum de la pensée de l'Ancien qui l'a écrit. Alors qu'il est si difficile d'avoir un témoignage exact sur le présent, on voit la difficulté d'interpréter un témoignage sur le passé, alors que les textes nous sont parvenus par des manuscrits plus ou moins impurs et que nous n'avons pas souvent en mains le criterium nécessaire pour distinguer ce qui appartient à son auteur, ou ce qui procède d'additions postérieures.

Monsieur Collinet a essayé de définir les éléments de la méthode historique dans ses *Etudes historiques sur le droit de Justinien Tome I 1912* (Préface générale), et il a eu le bonheur de constater que le regretté Huvelin avait émis des idées très voisines dans les premières pages de sa remarquable étude sur le *furtum I. 1915*.

Sans insister sur ces opérations, il est indispensable de les indiquer, puisqu'il faudra en faire l'application constante dans ce cours. Cette méthode inaugurée par la philologie, étendue à l'histoire, a passé enfin au Droit. Le retard de notre science provient du fait qu'après les grands humanistes du XVI^{ème} siècle (Cujas), les romanistes sont redevenus trop juristes et que ceux du XIX^{ème} siècle ignoraient le mouvement philologique et historique des Facultés de Lettres. Voici ces opérations.

1°- Etablissement du texte ; opération critique.

1°- Etablissement du texte. Bien entendu, si le manuscrit est bon et si le texte est reconnu pur, il n'y a qu'à le prendre comme il est. Au cas contraire, établir le texte, c'est le reconstituer (d'où une difficile étude des Manuscrits). C'est aussi l'épurer, d'où l'expurgation hors du texte des gloses ou des interpolations qui ont pu s'y glisser (1), but de la critique du texte.

2°- Date du texte.

2°- Date du texte. La chronologie est la base de l'histoire. Il est donc extrêmement important de fixer la date du texte étudié. Cette date est quelquefois certaine (celle de quelques lois, celle des constitutions des Code romains) ; le plus souvent, la date est approximative. Les gloses ou interpolations doivent

(1) Pour découvrir les interpolations, cons. l'Indice de Guarneri Citati et l'Index interpolationum de Lévy et Rabel + I, et Supplementum I, Weimar 1929 t. II 1929.

être datées aussi. (1)

3°- Recherche des sources.

3°- La recherche des sources du texte sert au point de vue historique car la règle que l'on trouve dans un texte du III^{ème} S. (Paul, p. ex.) ne date pas du III^{ème} s., mais du II^{ème} s., si l'on découvre qu'il a été emprunté par Paul à Julien. Elle ne sert pas moins comme opération critique, car elle permet parfois de rétablir la leçon exacte d'un texte altéré.

4°- Exégèse du texte suivant une méthode à la fois juridique et critique.

4°- Avec l'exégèse du texte, il s'agit, avant de l'interpréter, de faire l'analyse de tous les mots, de bien comprendre leur sens. Dans cette exégèse on a longtemps appliqué la méthode des juristes, la méthode proprement juridique. Sans la négliger, aujourd'hui l'exégèse ne se fait plus en dehors des rapports que peut présenter cette analyse avec la critique elle-même. Il ne s'agit plus de méthode purement juridique mais d'une méthode beaucoup plus souple et pénétrante, mais plus délicate aussi, étant à la fois juridique et critique.

5°- L'interprétation du texte.

5°- On arrive alors à l'interprétation du texte qui est distincte de l'exégèse, et qui est à certains égards une opération critique autant que juridique et historique, car le texte ne peut s'interpréter qu'en fonction de considérations de tous ordres, notamment des doctrines du jurisconsulte. Il y a là des choses très délicates ; heureusement tous les textes n'offrent pas les mêmes difficultés, mais pour certains il est difficile de savoir ce que l'auteur a voulu dire au juste. La "méthode" des inscriptions ou du contexte (méthode relative) est indispensable.

6°- Synthèse des résultats obtenus par l'analyse des textes pour suivre l'évolution de l'institution.

6°- Les textes analysés fournissent une série de solutions individuelles. Il faut faire la synthèse de ces résultats. Pour y parvenir, on appliquera la méthode historique au sens strict ; on classera les textes dans l'ordre chronologique ; on suivra à travers les textes la genèse et la marche de l'institution ou de la législation, ou de la doctrine.

7°- Explication de cette évolution.

7°- La dernière opération sera l'explication de cette genèse ou de cette évolution de l'institution, explication qui prêtera naturellement à de nombreuses hypothèses. L'historien s'efforce d'expliquer la marche des institutions par l'état social, politique, économique et religieux du monde romain, ou par la psychologie des jurisconsultes et des Empereurs autant que nous pourrons les reconstituer. C'est donc là, après des opérations critiques, juridiques, historiques, l'emploi de la méthode sociologique, assez différente de celle de certains sociologues réputés. Tout

(1) Cf. P. Collinet R.H.D. 1928. 561-583, 1929. 5-35.

cela est utile pour la formation de l'historien du droit, mais aussi du juriste, qui acquerra au cours de Pandectes l'esprit de finesse, si le cours répond à notre programme.

Le Cours de Pandectes est une excellente applica-

tion de la méthode des espèces suivie en Amérique et qu'on veut introduire dans l'étude du droit civil.

VI - Précisément, on va voir comment le Cours de Pandectes redevient un Cours d'esprit moderne.

En ce moment se dessine en France dans l'enseignement du Droit Civil auquel celui du droit romain est lié, un mouvement en faveur de l'étude de cas ou d'espèces juridiques.

Tout en conservant dans leurs cours la méthode des maîtres de la fin du XIX^{ème} siècle, les civilistes poussent de plus en plus leurs élèves à l'étude "des espèces" de Jurisprudence. Cette étude comporte la restitution du cas qui se présente, la difficulté qu'il soulève, la discussion de celle-ci, sa solution et la critique de cette solution.

On peut se réjouir de voir ce retour (on explique le mot plus bas), à l'étude des cas, à une condition : c'est que nous n'adoptons pas complètement la méthode américaine, c'est-à-dire un enseignement purement "scolastique", car ce jour-là, nous aurions fait un pas en arrière croyant faire un pas en avant.

Il faut que nous restions dans notre tradition française d'enseignement de principes et de déduction de principes, méthode très admirée d'ailleurs des Américains et aussi de l'Ecole Anglaise de Jenks (et des associés au Digest of English Law, traduction française 2 vol. Paris 1923) (1).

A cette condition, c'est un mouvement à encourager, d'autant plus que c'est un retour non pas seulement à la tradition du moyen âge, mais un retour à la méthode de l'Ecole de Bologne illustrée au XI^{ème} siècle par Irnerius, et même un retour à l'école de Beyrouth, fondée au III^{ème} siècle et peut-être au II^{ème} siècle de notre ère, qui a duré jusqu'en 551, date où elle fut détruite par un tremblement de terre. Il y a là une coïncidence heureuse entre la tendance moderne et celle de Beyrouth sur laquelle a paru en 1925 un ouvrage de Monsieur Collinet.

(1) La preuve en est le succès du petit livre "Espèces juridiques" (2^e éd. 1927) avec deux préfaces de MM. Capitant et Ed. Lambert. Il est inutile de chercher quelle est l'origine de ce mouvement en faveur des "cas" ; y a-t-il là, consciente ou inconsciente, une influence de la Grande République des Etats-Unis où, comme dans tout le monde anglo-américain, l'esprit juridique est très en honneur ; où les cas tiennent la plus grande place dans l'enseignement par opposition à l'esprit généralisateur et logicien du monde latin, dans lequel l'étude des principes tient plus de place ?

Ainsi au moment où le Cours de Pandectes paraissait périmé, il recouvre par là son actualité.

Ce retour de faveur des "cas", il est tout à fait naturel qu'il se manifeste aussi dans l'étude du Droit romain. M. Ch. Appleton a lancé dans la Revue Internationale de l'Enseignement 1924, p. 142 un appel en ce sens. Il note que cette étude se faisait en Allemagne sous la forme d'exercices pratiques qui avaient un grand succès. M. Ch. Appleton désirerait que les Romanistes de France y reviennent ; il voudrait que nous adoptions comme base de ces exercices le Digeste qui est, dit-il, le plus beau recueil existant de casuistique juridique, où nous trouvons tous les éléments d'étude des "cas", même en droit moderne ; position du cas, exposé de la difficulté, discussion, solution du juriste, raison donnée par lui ou imaginée par nous, s'il ne la donne pas, enfin discussion de sa solution.

Cette méthode n'est pas appliquée actuellement dans le Droit Romain général, car le professeur de Droit Romain a tant à faire qu'il lui est difficile de donner la place désirable à des exercices pratiques sur les textes. Mais il y a un cours où le "case system" se trouve naturellement et nécessairement appliqué, c'est le Cours de Pandectes. Là, le professeur étudie les textes en les traduisant, en exposant le cas. Il en montre la difficulté, les raisons de celle-ci, et étudie les solutions des juristes. Le professeur du Cours de Pandectes réalise ainsi la méthode des "cas" qu'on nous recommande aujourd'hui.

En effet, qu'avons-nous à montrer dans ce cours de Pandectes ?

Le Professeur veut montrer comment le Droit romain était un droit essentiellement pratique formé par des praticiens supérieurs dignes d'admiration (1). Quand les civilistes veulent vulgariser une méthode pragmatique qui, poussée trop loin arrêterait le progrès, on oublie qu'il y a un cours où l'on étudie des cas pratiques, c'est le Cours de Pandectes. Ce cours le plus archaïque, le plus désuet en apparence, se trouve être en fait le plus moderne.

Mais, dira-t-on, c'est de la pratique romaine, des cas romains, des difficultés romaines, qu'on y examine.

Il n'y a pas de cas romains, de difficultés romaines, parce que les hommes ne changent pas et parce que les problèmes du Droit ne changent pas. La preuve en est que nous recourons encore dans certains cas

(1) Lire les excellents développements du Manuel de M. Cuq p. 39-49.

Les juristes peuvent tirer utilité de l'étude des cas prévus dans les textes du D.R. car les cas

nt les mêm-
s à toute
oque.

à des précédents lointains, et que ces textes de Droit romain ont inspiré les articles du C. Civ. Pour inter-
prêter ceux-ci il est naturel qu'on prenne les textes
Romains qui leur ont servi de modèle. Il peut y avoir
des solutions romaines qu'il serait bon d'acclimater
chez nous.

le progrès du
R. ne s'est
pas arrêté à
la fin du
Droit Classi-
que. Il s'est
continué à l'é-
poque byzanti-
ne où s'est
écrite la pé-
nétration dans
le droit d'i-
des de mora-
et de jus-
ice.

Mais il y a une autre objection. Le passé est
tellement peu en honneur à notre époque pratique qu'on
emploie toute espèce d'arguments pour tâcher de dis-
créditer l'enseignement du passé. On reconnaît bien
que les jurisconsultes romains ont été des praticiens
dont les textes peuvent servir à éclaircir le Droit
moderne. Mais il s'agit là, dit-on, de jurisconsultes
de la période de la formation du Droit Romain du VII^e
siècle de Rome, ou de ceux de la belle époque classi-
que, c'est-à-dire des I, II^e s. et début du III^e siè-
cle de notre ère (228 mort d'Ulpien, 235 fin d'Alexan-
dre Sévère). On dit qu'on peut utiliser le Droit Ro-
main tel qu'il est exprimé par les jurisconsultes de ces
époques, mais qu'après 235, il ne présente plus la mê-
me valeur ni le même caractère, qu'il y a donc dans le
Droit romain toute une bonne part (de 235 à Justinien)
qui perd beaucoup de son intérêt ; le Byzantinisme n'é-
tant plus le vrai droit romain ne présente, dit-on,
qu'un intérêt absolument secondaire.

Or, les historiens avertis qui travaillent
le droit primitif, le droit classique, le Droit Byzan-
tin à la fois (ou à fortiori ceux qui travaillent spé-
cialement sur le Byzantinisme), constatent que le pro-
grès ne s'est pas arrêté ni avec Alexandre Sévère, ni
avec la fin des grands jurisconsultes, Papinien, Paul,
Ulpien ; quoi qu'on dise le progrès s'est continué
chez les Byzantins des V^e et VI^e siècles, sans doute
dans les Ecoles d'Orient plutôt qu'en Occident et dans
la pratique. En dépit d'une opinion isolée (M. Rieco-
bono), ce progrès est un progrès réel, vérifiable dans
les textes ; il s'exprime par des théories que tout le
monde peut constater. C'est d'un mot, l'élargissement
du droit par l'extension de la notion d'équité, la
marche vers le bien, vers la réalisation de l'idéal de
justice. L'introduction de la morale dans le droit
s'est manifestée plus d'un siècle avant J.C., elle
persiste chez les grands jursiconsultes, mais elle n'a
pas été arrêtée par la décadence de l'Empire. Après une
éclipse, le mouvement s'est même accentué, en particu-
lier sous l'influence chrétienne et philosophique il
a trouvé son couronnement dans les oeuvres de Justinien
qui a appliqué ces idées morales, soit directement,
soit en recourant à l'instrument favori des compila-
teurs, instrument décrié, mais à tort, l'interpolation.

La recherche des interpolations qui est consi-
dérée par tant de spécialistes comme un sport est

donc en réalité extrêmement féconde pour la connaissance de l'histoire du Droit et de la genèse des théories modernes. Car la coupure entre l'antiquité et le monde moderne s'est faite beaucoup plus tôt qu'on ne l'enseigne d'ordinaire; elle s'est faite soit au IV^e soit au V^e siècle (Cf. Ferrero La Ruine du monde antique) ; avec Constantin ou plus tard, en tout cas avec Justinien (527-565).

Le cours de Pandectes va donc peut-être retrouver un regain de jeunesse du fait qu'il oriente les esprits vers les cas pratiques et le maniement de la casuistique juridique.

VII - Le Cours de Pandectes présente ainsi une utilité générale pour la culture de l'esprit, il contribue aussi à la formation pratique des juristes, mais il ne remplira sa fonction, ne donnera son utilité véritable qu'à la condition de n'être pas essentiellement historique. Le danger est de transformer ce cours en un cours d'érudition.

Pour éviter ce danger, il suffit de prendre quelques précautions.

Il importe que le sujet du cours de Pandectes soit un sujet juridique plutôt qu'un sujet purement historique (ce qui ne veut pas dire qu'on n'y fera pas d'histoire). Il instruira d'autant plus d'élèves qu'il sera pris dans une matière plus voisine du Droit moderne. Il serait moins intéressant s'il avait pour sujet une matière purement historique par exemple l'esclavage.

Il est bon également que l'étude des textes qui est l'étude principale du Cours, faite suivant la méthode exégétique, critique, historique, ne soit jamais séparée du rappel des conceptions juridiques. Ce qui nous fait redouter la propagation du "Case-system", c'est précisément que, si l'on s'engage à fond dans cette voie, on perd de vue les principes, les conceptions juridiques comme il arrive bien souvent aux praticiens. Il ne faut pas exagérer, voilà en somme à quoi nous arrivons. L'excès en tout est un défaut. La vérité, et il y en a une dans l'enseignement, c'est le juste milieu. Pascal a dit que le difficile ce n'est pas d'être à l'extrémité, c'est d'être au milieu et de bien tenir les deux bouts.

Il ne faut donc pas trop d'érudition. A l'inverse, il ne faudrait pas que ces cours fussent des cours de pure dogmatique. Il faut qu'il y ait dans ces cours de l'histoire, mais pas trop. Mépriser l'histoire, c'est se priver d'une grande leçon. Elle est notre grande maîtresse à tous. Politiques ou Savants ne peuvent rien sans sa connaissance. Il nous faut aussi des vues pratiques, mais sans négliger les principes.

VIII - Mais il ne suffit pas d'avoir une méthode, d'en connaître les règles et de les appliquer aussi rigoureusement que possible à un sujet donné,

Caractères que doit présenter le sujet choisi pour un cours de Pandectes :
il faut un sujet qui ne soit pas de pure érudition historique et qui se rattache à l'exposé de conceptions juridiques.

car tous les romanistes modernes ont la conviction d'utiliser la même méthode, la méthode historique et cependant, d'une part, il reste encore dans l'histoire du Droit Romain bien des points à élucider et, d'autre part, sur les questions étudiées selon la méthode nouvelle et parfois même étudiées à fond par maint et maint romanistes des différents pays où notre science est le plus poussée (Allemagne, Autriche, France, Italie), les savants n'arrivent pas à se mettre d'accord les controverses persistent, plus âpres que jamais à mesure que l'on découvre des gloses et des interpolations plus nombreuses dans le Corpus Juris Civilis et même dans les sources extérieures au Corpus, comme le Institutes de Gaius et les Sentences de Paul.

Comment donc faire pour présenter aux élèves une reconstitution historique du Droit Romain assez sûre (car elle ne l'est jamais complètement en raison des lacunes dans les sources) pour leur inspirer confiance ?

Nécessité
d'une doctrine.

Il faut que le savant non seulement pratique la saine méthode, mais encore qu'il ait une doctrine. Une doctrine ? Alors, dira-t-on, on revient au dogmatisme ? Non point. Voici ce que M. Collinet entend par là. La doctrine, dont le savant doit se pénétrer, consiste essentiellement, à suivre quelques principes dont voici l'énoncé :

1° - Ne pas se soumettre aveuglément au dogme (car c'en est un pour beaucoup) de l'évolution "lente et continue" ou "graduelle". C'est une formule qui est devenue un vrai poncif. "Peu à peu", c'est une expression que répètent traditionnellement les étudiants à l'examen et ils n'en sont nullement les inventeurs.

Le dogme de l'évolution "lente et continue" vient d'une application à l'histoire du droit du dogme de l'évolution en histoire naturelle, du transformisme de Lamarck ou de l'évolution de Darwin. Mais cette thèse n'est qu'une hypothèse, aujourd'hui rejetée par d'éminents naturalistes. (1)

L'histoire des Institutions du Droit Romain pour nous en tenir à elle, est infiniment plus compliquée que ne le laisserait croire l'Evolution "lente et continue" considérant le droit "comme un produit organique de la conscience d'un peuple". (Savigny) (2)

(1) Lire p. ex. H. de Varigny, Revue des Sciences. La crise du transformisme, Journal des Débats 17 Juillet 1930 (sur la brochure l'Evolution en Biologie)

(2) Sur les limites du Dogme de l'Evolution en Droit Romain, Cf. Ed. Cuq Manuel p. 11 n°2 ; P. Bonfante, Corso di diritto romano, vol. VI. p. 71-78.

Il y a à distinguer entre l'évolution proprement dite, c'est-à-dire le développement (qui peut être d'ailleurs brusque et morcelé) d'une institution et la révolution, c'est-à-dire l'apparition d'une face nouvelle, inédite, sans rapports avec les précédents, dans l'institution ou l'apparition d'une règle nouvelle, d'une interprétation nouvelle.

L'Histoire du Droit Romain comporte à la fois, comme toute histoire, des évolutions et des révolutions.

Et en terminant sur ce point, nous formulons une première règle de conduite en disant : "Quand une institution nouvelle se présente avec des caractères juridiques diamétralement opposés aux caractères juridiques de l'institution antérieure, elle ne peut sortir de l'ancienne". (1)

2° - Il convient alors de rechercher d'où vient l'institution nouvelle. Le problème est le même que celui qui tend à découvrir l'origine de toute institution autonome. Y a-t-il création des Romains ? Y a-t-il imitation par les Romains d'institutions étrangères, c'est-à-dire en fait, helléniques ou hellénistiques, ou peut-être étrusques (pour quelques-unes) ? Cela dépend. Le problème est encore ici plus compliqué qu'il n'apparaissait à nos Anciens.

Il va de soi que, pour découvrir l'origine de l'institution romaine par imitation, il faut percevoir une ressemblance - non de surface - (2) mais profonde (3) entre l'institution romaine et l'institution étrangère.

L'utilisation du droit comparé antique sera donc notre deuxième règle de conduite.

3° - S'il résulte des recherches que l'institution nouvelle ou ancienne n'est pas imitée, qu'elle est une création des Romains - et ils en ont créé

(1) Un exemple très caractéristique, mais encore discuté, se rencontre dans l'histoire de la vente romaine. Le système de M. Collinet fondé sur la doctrine qu'il expose ici même, se trouve formulé dans son Cours de IIème Année (1927-1928) ; la vente consensuelle, synallagmatique, et de bonne foi ne peut être une transformation de la vente par double stipulation (dont il n'existe au reste, aucun exemple) qui aurait été formaliste, composée de deux actes unilatéraux et de droit strict - Pour la Procédure V.P. Collinet La Procédure par Libelle (1932) chap. XIII.

(2) Telles l'hypothèque grecque et la romaine.

(3) Tels le receptum argentarii et les pratiques grecques correspondantes (P. Collinet, Et. Hist. sur le Droit de Justinien (t. I. 1912).

beaucoup, parce qu'ils avaient à un haut degré l'esprit pratique et juridique - il faut, pour en découvrir l'origine, se référer à l'état social, religieux, moral économique (1) politique de Rome ou du monde romain. (2)

Le tableau toujours présent à nos yeux de l'état social, économique, politique, religieux et moral de Rome, et du monde Romain dans ses variations au cours de cette longue histoire de mille ans (des XII Tables, 454-450 av. J.C., à Justinien 527-565 ap. J.C.), nous servira à expliquer bien des choses. C'est notre 3ème directive, M. Collinet la précisera ainsi : "La reconstitution du développement historique d'une institution doit toujours s'adapter aux grandes lignes de la marche de l'histoire en général et de celles du Droit Romain en particulier." Ainsi :

a) Quand les auteurs écrivent qu'un principe de Droit a surgi très tôt après les XII Tables, surgi tout de suite avec une portée illimitée - puis qu'il s'est restreint ensuite en droit classique - qu'enfin il a repris, sous Justinien, de l'ampleur, mais sans atteindre à la généralité de ses origines (3) - on peut être sûr que leur doctrine est fausse, car elle choque l'idée simple que le droit ne commence pas par les principes généraux.

b) Quand les auteurs imaginent qu'une règle à base psychologique ou morale a précédé, dans le temps, une règle à base réaliste (4) - on peut être sûr qu'ils se trompent, car le Droit commence par tenir compte de règles objectives avant de faire état de règles psychologiques, c'est chose connue.

D'où proviennent de telles erreurs si surprenantes de la part de savants incontestés ? Du fait qu'ils étudient une question limitée sans se préoccuper des questions voisines et sans avoir l'esprit toujours fixé sur l'histoire générale du Droit Romain, sur le développement même de l'ensemble des idées qui régissent l'histoire de l'humanité, sur la

(1) Tels les contrats consensuels.

(2) Telles les nouveautés du Bas-Empire s'expliquant probablement par la lutte du Gouvernement contre les "potentes" en faveur des "humiliores".

(3) Telle l'histoire des conditiones et de l'enrichissement sans cause d'après Pernice et Girard. Réfutation au cours de IIème année (1927-1928) et au Cours de Pandectes (1929-1930).

(4) Telle, dans la théorie d'Esmein, l'antériorité de l'exigence du titre putatif par rapport à celle du titre réel dans l'usubapion.

solidarité des phénomènes sociaux, car dans l'histoire de la civilisation d'un peuple, tout se tient, religion, morale, économie, commerce, science, art, droit, et l'histoire du droit s'éclaire par l'histoire même des facteurs du Progrès (ou du "Regrès", des régressions, s'il y a lieu (1) .

4°- Dans l'histoire des institutions romaines il convient de ne pas négliger la manière dont s'est opérée leur transformation, c'est-à-dire pour préciser, de découvrir le rôle respectif des divers organismes ou facteurs qui concourent à cette transformation en Droit Romain, c'est le rôle, assez négligé des sources du Droit, lesquelles pour parler d'une façon moins abstraite, sont l'oeuvre de personnages divers mais chacun pourvu d'une autorité propre, peuple (pour la loi) sénateurs (pour le S. Consulte), préteurs et autres magistrats (pour l'édit), empereurs (pour les constitutions ou lois) pontifes, prudents ou jurisconsultes (dont le rôle immense selon M. Collinet, n'est pas encore mis assez en lumière).

La 4ème directive résidera donc dans la fixation de leurs rôles respectifs. Spécialement, de la mise en relief du rôle des prudents, (en tant qu'avocats consultants, conseillers des magistrats, des juges ou des empereurs) et du rôle des juges mêmes.

Cette suggestion de M. Collinet vient de recevoir une confirmation très importante de M. Biondi Biondi, Prospettive romanistica, Milan 1933, qui va orienter les recherches historiques en Droit romain sur la base de distinctions entre le droit civil (qui est surtout l'oeuvre des Prudents,) le Droit prétorien le Droit impérial, dont les caractères sont profondément divergents.

5°-Enfin reconstituer le développement du Droit romain, c'est rendre compte de la nature des institutions à leurs états successifs. Pour y parvenir il faut :

a) dissocier l'une de l'autre des institutions qui se sont pénétrées dans la suite des temps (méthode de M.F. de Visscher (3)).

b) éviter les anticipations, soit du Droit classique au droit primitif (4) soit du Droit byzantin au droit classique (c'est le but de la recherche des

(1) Telle la régression du Droit Romain devenu un Droit populaire, en Occident, au moment des invasions barbares.

(2) Voir l'article de M. Collinet dans les Mélanges Geny (paraîtra en 1934).

(3) V. Ses études de Droit romain, Paris 1931.

(4) Ainsi pour la mancipation primitive sans effet

interpolations.)

c) rendre leurs places aux institutions anciennes disparues en Droit byzantin (autre but de la recherche des interpolations). (1)

Mais à contrario, on doit admettre une certaine continuité dans l'histoire du Droit Romain (2), en ce sens que les résultats constatés de l'évolution doivent cadrer avec les prémisses, les caractères d'une institution donnée n'ayant pu subir un renversement complet au cours des âges (3).

C'est le moment de prendre position sur le problème des interpolations, sans insister. On sait que toute une école (en Allemagne et en Italie surtout) l'Ecole extrémiste ou hypercritique, en dénonce une quantité extraordinaire.

La réaction commence à venir : voir en particulier les articles de M.W.W. Buckland, Yale Law Journal, Febr. 1924. Vol.33 N.O.4 et Marçian, Studi Riccobono, TI et de M.B. Kühler (Conferenze de Milan 1931). En France, les romanistes ont été le plus souvent modérés dans la critique M. Collinet a exposé une partie de ses idées dans les articles de 1928-29 déjà cités. A son avis, en face des gloses et des interpolations bien caractérisées, il faut admettre avec M. Riccobono que des textes peuvent se présenter dans une forme non-classique, tout en reflétant au fond une opinion classique : Ces textes ont été ré-écrits, rajetés, leurs versions nouvelles n'impliquent pas un changement de doctrine. Les élèves verront par le Cours même que leur professeur sans être conservateur, n'est rien moins que révolutionnaire : not an extremist, déclarait M. Buckland.

(1) Le plus bel exemple est la re-découverte de la fiducia par M. Lenel.

(2) Sans aller jusqu'aux excès de M. Riccobono, dénoncés, en particulier, par M.P. de Francisci (Conferenze de Milan 1931).

(3) Ainsi le mutuum étant chez les Anciens déjà un contrat fondé sur la fides (Gell.XX.I.4I; Cuq, p. 44, n 4) ne peut sortir de l'enrichissement sans cause, quasi-contrat. Ainsi l'a. praescriptis verbis des Byzantins, action de bonne foi, présuppose des formules classiques de bonne foi, l'école extrémiste, qui les repousse, ne fournit pas d'explication valable de son origine (V. Ph. Meylan, thèse Lausanne, 1919) - Cf. pour la vente Supra.

II- Concluons.- Certains penseurs s'estimaient libres jugeront sans doute qu'une doctrine réputée nécessaire à nos yeux, conduit au parti-pris et à l'idée préconçue, dont ils se proclament, eux, exempts. M. Collinet leur répondra par ces mots de Claude Bernard : " Il faut absolument avoir une idée préconçue quand on fait des expériences, sans quoi on marche à tâtons. Mais il faut vérifier par l'expérience son idée préconçue et non vouloir la prouver contrairement à ce qu'on fait généralement".

Nos expériences à nous, romanistes, ce sont les études de textes, leur exégèse et leur critique. Dans cette exégèse, dans cette critique, il faut savoir renoncer à l'idée préconçue quand elle ne cadre pas ou avec les déclarations pertinentes des textes, ou avec les caractères juridiques des institutions visées ou avec l'esprit de l'époque du texte. Il ne faut pas vouloir prouver à tout prix son idée préconçue : tel a été le tort des éminents auteurs ou des écoles cités plus haut. Autrement, on érige un système qui peut être original et brillant, mais qui est sûrement faux.

Introduction.

Le sujet choisi est : L'Equité et la
bonne foi dans les obligations.

§ I- Intérêts du sujet choisi.

Intérêt de
l'étude des
idées fondamentales.

Les cours et les manuels de Droit romain, comme ceux de droit civil, négligent les notions fondamentales du droit. Il se bornent à examiner les applications de ces notions fondamentales. A raison de l'importance de celles-ci M. Collinet a étudié dans les années précédentes certaines de ces notions : bonne foi, contrat, hereditas et succession, patrimoine. Il étudie cette année deux notions particulièrement importantes : l'équité et la bonne foi, en se limitant à l'obligation.

Il considérera ces deux notions sous deux angles, d'une part en tant que notions et d'autre part dans leurs applications (du moins les plus importantes car la notion se comprend mieux et devient plus précise si, des applications, on remonte à la notion même.

Intérêts multiples du sujet.

I°- Intérêt dogmatique : cet intérêt s'oppose

1°- Intérêts
dogmatiques.

Identité, de
but de l'équi-
té et de la
bonne foi,
l'élargisse-
ment du droit
et l'exten-
sion de la pé-
nétration de
la morale dans
le droit.

se à l'intérêt historique; il consiste à s'attacher à la notion elle-même, sans considérer l'époque où on la prend, en laissant de côté le point de vue historique.

Ces deux notions que nous essaierons de préciser ont eu en droit romain, et ont encore en droit moderne, une importance considérable. Toutes deux ont le même but, ou du moins le même résultat : élargir le droit, l'adoucir, en modérer la rigueur parce que dans toute législation et à toute époque le droit même le droit le plus moderne, a toujours une certaine rigueur, et l'application stricte des normes juridiques - ceci pour l'équité - ou l'interprétation stricte des actes juridiques - ceci pour la bonne foi - aboutirait à une injustice certaine. Corriger cette injustice c'est l'oeuvre de l'équité comme celle de la bonne foi.

Sous une autre forme, en droit romain comme aujourd'hui, on peut dire que ces deux notions ont le même but, à savoir étendre la pénétration de la morale dans le droit. Etendre et non pas inaugurer la pénétration de la morale dans le droit, car le droit lui-même est déjà pénétré de morale.

Et par Droit, M. Collinet entend le droit législatif c'est-à-dire le droit qui sort des organes qui ont pour mission de l'établir. Le droit législatif, donc qu'il émane de la loi, du préteur, des constitutions.... le droit législatif est déjà lui-même à base de morale. Les ethnologues qui sont rarement des juristes, les explorateurs, les officiers qui recueillent dans nos colonies des documents pour reconstituer la coutume et le droit des peuples sauvages, semblent avoir établi que le processus des grands faits sociaux a été le suivant : 1°- religion, 2°- morale et 3°- droit; tous trois tendent au même but. Nous pouvons observer en même temps que quand la morale baisse, le droit baisse, et que quand la religion baisse, la morale baisse et le droit aussi. Le droit baisse en particulier aujourd'hui : un exemple le prouve : le peu de scrupule qu'on a à ne plus payer ses dettes, ni les Etats entre eux, ni les particuliers qui suivent la direction des Etats surtout quand celle-ci leur est favorable; les traités, les contrats ne sont plus respectés. La conscience professionnelle baisse aussi parce que morale et religion aussi sont en baisse. Le droit même législatif est donc à base de morale et M. Collinet définira le droit d'après son but (conception téléologique) "La science qui a pour but d'assurer l'équilibre entre l'intérêt de l'homme et la morale". Son intérêt le pousse à quelque chose de contraire au droit, à la force, le droit s'oppose nécessairement à la force et il n'y est rien de plus abominable que la formule "Macht macht Recht", la force prime le droit.

Seulement si le droit législatif est à base de morale, combien plus la morale y pénètre-t-elle quand elle aboutit à faire sanctionner l'équité d'une part, la bonne foi de l'autre. Il suffit d'énoncer cette idée pour en proclamer l'évidence.

Difficulté
à définir ces
deux notions.

Les deux notions sont difficiles à définir, comme toutes les notions fondamentales, courantes, les plus connues. Il est plus facile de définir quelque chose d'exceptionnel que quelque chose de normal et de courant. Essayez de définir Dieu, la nature, l'homme, l'âme.... la substance et on constate que toutes ces définitions pèchent par quelque côté et cependant chacun sait ce que c'est. Les notions fondamentales échappent à une conception claire et adéquate des choses, à une définition qui donnerait exactement, profondément, le sens de la notion.

Equité, bonne foi sont des notions qui se conçoivent très bien, auxquelles on se réfère dans la vie courante et cependant difficiles à préciser. Le Dictionnaire de Littré dit : Equité : "qualité qui consiste à faire à chacun part égale (équité, aequus: égal) à reconnaître impartialement le droit de chacun". Sans doute, mais il faudrait ajouter quelque chose et nous ne pourrions ajouter ce "petit quelque chose" qui manque que quand nous aurons étudié en détail l'équité. Mais Littré n'avait pas à prévoir la difficulté et sa définition est très bonne pour le commun, mais le juriste plus exigeant se pose une question : sur quelle base reconnaître impartialement le droit de chacun ? D'après quel étalon ? Le difficile pour le juge d'équité est de ne pas tomber dans l'arbitraire. Voici les trois termes fondamentaux : le droit (législatif) à l'opposé l'arbitraire et au milieu l'équité. Or si équité et arbitraire se distinguent facilement du droit, comment distinguer équité et arbitraire ? Le président Magnaud le "Bon Juge", a été pendant quelques années le héros du jour (I). Mais le Président Magnaud qui acquittait dans des cas où d'autres magistrats de tout pays condamnent, faisait-il de l'équité ou de l'arbitraire ? On ne l'a jamais su. C'est toute la question symbolisée par cet homme. Il est bien difficile de préciser entre l'arbitraire et l'équité. Cependant on a dit : le droit décide du cas général, l'équité du cas particulier, selon les circonstances de la cause. Bien. Mais l'arbitraire aussi, ne décide-t-il pas du cas particulier selon les circonstances de la cause ?

Alors où est le critère de distinction entre arbitraire et équité ? Où l'équité s'arrête-t-elle ?

(I) V. Une passade de Jurisprudence : " Le phénomène Magnaud" dans Fr. Gény, Méthode d'Interprétation, 2ème Edit. t. II, 1932, p.287- 307).

En deça c'est l'équité qui doit être approuvée, au-delà c'est l'arbitraire qui doit être condamné. Où trouver le criterium ?

Nous essaierons de le trouver dans le droit romain. Dire que nous le trouverons sur la base de la morale ce n'est peut-être pas assez, car "morale" c'est bien vague ou très large; peut-être, comme les Romains et les Grecs serons-nous obligés de faire appel à une notion qui revient à la mode après avoir été abandonnée celle de droit naturel.

La bonne foi est plus facile à définir : Littré dit: "Bonne foi; qualité de celui pour qui la foi (fidélité à sa parole) est toujours sacrée; plus généralement la sincérité, la franchise". La mauvaise foi c'est la déloyauté, l'absence de franchise et de sincérité.

Quoi qu'il en soit des définitions, ces deux notions reposent sur la morale et ont pour but d'adoucir le droit en y faisant pénétrer des concepts moraux. A ce propos laissez-moi défendre les romanistes contre M. Ch. Appleton; en 1926, il a écrit un article assez véhément intitulé : "Notre Enseignement du Droit romain ses ennemis et ses défauts" (Mélanges Cornil T.I. p.80) Parmi les défauts, M. Appleton impute aux professeurs le tort de ne pas assez se préoccuper des rapports de la morale et du droit. C'est très grave et il est regrettable que M. Senn, le savant doyen de Nancy n'ait pas, pour lui répondre, publié ce livre qu'il a en portefeuille depuis si longtemps : "La morale et le droit chez les jurisconsultes romains", dont il a déjà donné deux parties remarquables. Aussi bien parmi les civilistes, M.G. Ripert n'a-t-il pas publié un très beau livre : la Règle morale dans les obligations civiles (2ème édition 1927)? Non les Professeurs de Droit romain, pas plus que ceux de Droit civil n'oublient que le Droit a des attaches profondes avec la morale, mais dans le cours ils mentionnent qu'ils n'ont pas le temps d'exposer ces notions fondamentales. M. Collinet pense échapper au reproche de M. Appleton en étudiant la bonne foi et l'équité en droit romain.

Etudier ces deux notions en droit romain, c'est fortifier les connaissances des élèves (c'est l'intérêt pratique du cours), car ces notions n'ont pas changé dans leur essence. Voilà la grande utilité du droit romain et tous ont intérêt à se pénétrer de ces deux notions parce que leur essence n'a pas changé. Leur application, leurs portées se sont modifiées. Comme toute institution elles ont varié au cours des ans et elles varieront encore. "Tout coule", mais à côté de la discontinuité, il y a quelque chose qui reste : les notions générales du droit romain, nos notions

Appui que l'étude de ces notions donne aux connaissances juridiques.

à nous d'équité et de bonne foi sont des notions éternelles et que par conséquent il y a intérêt à étudier de près. En parlant de ces notions, est-ce que l'équité n'a pas fini par constituer chez-nous un véritable droit ? N'y a-t-il pas chez nous, à côté du droit législatif, un droit d'équité créé de toutes pièces par la jurisprudence ? Ce droit d'équité de la jurisprudence n'a-t-il pas une base romaine à ce point qu'on la qualifie de "prétorienne" en empruntant ce terme au droit romain, en s'imaginant que les préteurs avaient été seuls à faire du droit d'équité. Idée courante mais trop étroite : les préteurs ont beaucoup contribué à constituer le droit d'équité et en ont fait le u r domaine favori, mais d'autres aussi ont contribué à répandre la notion d'équité, à étendre le domaine de la bonne foi, les prudents et les juges.

Intérêt historique du sujet du cours.

2°- Intérêt historique.- L'intérêt historique de deux notions aussi importantes que la bonne foi et l'équité en droit romain n'a pas besoin d'être marqué puisque ces notions, en pénétrant dans le droit romain, l'ont élargi, assoupli, adouci, rendu plus moral. L'intérêt historique de tout sujet se détermine par l'évolution de l'institution juridique. Ici nous ne pouvons remonter aux origines du droit romain, car les notions d'équité et de bonne foi ne sont pas des notions primitives. Leur rôle ayant été d'élargir le droit, il fallait d'abord que le droit fût constitué pour qu'elles puissent intervenir. Nous rechercherons l'époque approximative d'apparition de ces deux notions et nous les suivrons dans l'époque classique, entre le I^{er} et le III^{er} siècles après J.C., puis à l'époque post-classique, préjustinienne et justinienne, du IV^{er} au VI^{er} siècles de notre ère.

Nous aurons à montrer que la reconnaissance de l'équité et son extension n'est pas l'œuvre exclusive des préteurs. Sans contester que le préteur ait eu un rôle important au point de vue de l'équité il n'en est pas l'artisan exclusif. Elle est aussi l'œuvre des prudents et des juges. Quant à la bonne foi elle s'harmonise dans ses origines au jus gentium et s'est développée ensuite sous l'influence de la coutume, des prudents et des juges.

Les controverses règnent entre les auteurs sur la distribution de l'équité et de la bonne foi dans les trois périodes : Elles dureront longtemps encore parce que les Romanistes ne peuvent se mettre d'accord sur les bases, sur les fondements d'évolution du droit. Les discussions portent sur tous les points, sur les époques d'influence des concepts généraux, sur leur portée, sur le rôle du commerce et du jus gentium sur l'influence du christianisme, sans rien dire des

divergences et des discussions sur les interpolations (I).

§ 2 - Idées directrices.

Il n'existait pas jusqu'à ces dernières années d'étude scientifique sur nos deux questions. Le sujet a été choisi pour discuter les idées nouvelles de M. Fritz Pringsheim.

Les récents
travaux de
M. Pringsheim
sur la ques-
tion.

La matière même a été traitée par lui dans une conférence donnée en italien à Milan, 1931, à l'Université Catholique et publiée en allemand dans les Conférences pour le XIV^e centenaire des Pandectes (Milan 1931 p. 183-214): Aequitas und Bona Fides. Cette conférence complète l'article du même auteur: "Jus aequum und jus strictum" (Z.S. St. XLII. 1921. p. 643 et ssq.) Cette conférence a été suivie d'un nouvel article: "Bonum et aequum" (Z.S. St. LII. 1932. PP. 78 et ssq.).

La thèse de l'auteur en 1921 était celle-ci: la notion de l'équité n'a pas été unitaire en droit romain. Elle a varié comme toute chose et cette notion est bien différente à l'époque classique et à l'époque byzantine. A cette notion de Jus aequum répond le Jus strictum. Au droit large et équitable répond le droit étroit. Or la notion du Jus strictum est une notion byzantine qui s'oppose au Jus aequum de la période byzantine et notion qui était inconnue du droit classique.

Cette thèse a été attaquée par M. Riccobono, protagoniste d'une idée qui lui est propre, celle de l'unité du droit romain et qui toujours combat pour la Romanità. Elle a été aussi contestée par M. Stroux. (Voir plus loin.).

M. Pringsheim a voulu en 1931 fortifier ses idées et réfuter ses adversaires. Il reprend la question de l'aequitas dans son ensemble, mais concurremment avec la bonne foi. L'idée générale est de prouver que les deux notions ont deux faciès, classique et byzantin, de montrer ce qu'elles sont à leur origine, à l'époque classique, comment elles se sont modifiées en droit byzantin et comment s'est produite l'assimilation

(I) L'ouvrage le plus récent sur les Interpolations est celui de M. Lauro Chiazzese, Confronti Testuali (Parte Generale,) Ann. del Semin giur.... di Palermo, vol. XVI (1932) (distribué en déc. 1933).

Assimilation
de l'aequitas
et de la bonne
foi dans le
droit de Jus-
tinien.

Leur opposi-
tion en droit
classique.

Différences en-
tre la bonne
foi et l'équi-
té à l'époque
classique.

de l'une à l'autre dans le droit de Justinien, pour-
quoi et comment cette assimilation a pu se produire,
assimilation de l'aequitas à la bonne foi qui est très
importante puisqu'encore aujourd'hui la confusion est
faite entre les deux notions. Dans le droit de Justi-
nien et aujourd'hui, on considère que la bonne foi
n'est en réalité qu'une branche de l'équité. Toutes
deux s'opposent, en effet, au droit strict : en droit
romain, les actions de bonne foi s'opposent aux ac-
tions de droit strict, le jus aequum au jus strictum.
Encore aujourd'hui, la bonne foi est une branche de
l'équité, puisqu'on considère que ces deux notions se
rapportent au rôle interprétatif du juge et celui-ci
s'inspirant de la bonne foi comme il s'inspire de l'é-
quité, interprétera largement les actes des parties et
les textes de droit. (1)

Précisément la question, quand on la place
sur son terrain historique et critique, est de savoir
si l'assimilation des deux notions date de l'époque
classique, c'est-à-dire du droit romain véritable ou
"pur" non imprégné de droit oriental.

A cette question, M. Pringsheim répond : les
deux notions sont différentes, différentes dans leur
essence et leur origine. Si l'on considère équité ou
bonne foi, on doit reconnaître un changement dans l'es-
sence et une différence dans les origines des deux
notions. Toutes deux relèvent de deux domaines diffé-
rents et leur rapprochement n'a pu s'effectuer qu'en
droit byzantin, révolution ou évolution qui n'a rien
de surprenant pour les Romanistes qui considèrent que
le dogme de l'unité du droit romain est aussi faux
que celui de l'évolution lente et continue.

Voici les différences que M. Pringsheim éta-
blit entre les notions (Conf. 192.193)

1°- la bonne foi - de bonae fidei judicia
appartient au droit civil ; l'aequitas est un instru-
ment du droit prétorien.

2°- Sur le contenu et l'effet de la bona fi-
des, c'est le judex romain qui décide (in judicio) ;
le préteur se laisse conduire (in jure) par les consi-
dérations de l'aequitas.

3°- Le terme bona fides est concret, "une
vision du cas particulier et de l'homme particulier",
aequitas est abstrait, "étalon général pour le fonde-
ment d'une proposition juridique".

(1) Pour le droit actuel, la confusion est faite
par exemple, chez M. François Gorphe : le Principe de
la bonne foi, Thèse Paris 1928.

4°- Bona fides appartient au procès ; aequitas à la considération d'un prêteur qui songe à des espèces juridiques futures ou d'un juriste qui examine théoriquement des conflits futurs ou terminés.

5°- Bona fides est un point central du droit romain ; aequitas se meut sur les bords du droit : elle n'est une pensée ni claire, ni romaine-nationale.

M. Pringsheim dit d'autre part (Z.S.S. 1932, p. 96) la bona fides appartient à une intentio conçue in jus, le bonum et aequum (des actions in aequum et bonum conceptae) à la condemnatio d'une formule conçue in factum.

Les idées de M. Pringsheim qui me paraissent justes dans les grandes lignes demandent, d'une part, à être rectifiées et, de l'autre, à être approfondies. Car les Allemands émettent avec facilité des apophtegmes et s'imaginent qu'en frappant fort, ils frappent juste. Les Français, qui sont "légers", ont depuis longtemps montré qu'ils peuvent rectifier les idées allemandes sur le droit romain et les approfondir.

A. Rectifications. D'abord le terme assimilation de l'aequitas et de la bona fides dans le droit de Justinien est exagéré. L'auteur a fourni tous les éléments pour nous montrer que l'assimilation n'était pas véritable, mais il est passé un peu vite sur la question. Il vaut mieux parler de "rapprochement" que d'assimilation ou de confusion.

D'autre part, pour reprendre l'énumération ci-dessus, il est bon de préciser.

1°- L'Aequitas est un instrument du droit prétorien. Idée trop étroite. C'était aussi un instrument du droit civil comme M. Pringsheim le reconnaît lui-même au 4° en parlant des juristes.

2°- Le prêteur se laisse conduire in jure, sous entendu s'il s'agit de l'aequitas prétorienne. S'il s'agit de l'aequitas civile, il n'est plus question du prêteur, mais des prudents.

3°- On peut discuter que bonne foi soit concrète et l'équité abstraite.

4°- Il n'est pas exact, en parlant du juriste qui s'occupe de l'équité, de limiter sa considération aux conflits futurs et aux conflits terminés. On entend bien qu'il s'agit là de conflits qui peuvent se présenter ou de conflits qui ont été jugés sur lesquels raisonnent les prudents. Or, il n'est pas juste de limiter à cela la considération des juristes, car le prudent s'occupe aussi beaucoup des procès en cours.

Ces prudents, ces jurisconsultes, les savants en droit s'occupent des procès en cours comme conseillers des parties (car il y a à Rome des avocats conseils et des

Rectifications aux différences signalées par M. Pringsheim.

avocats plaidants), comme conseillers des magistrats, des juges et plus tard des empereurs, dont ils sont les assesseurs et à qui ils donnent des conseils techniques. Le fait assez peu connu a dans l'établissement de la jurisprudence romaine et de la législation romaine, une importance considérable (Cf. H. Lévy-Bruhl, *Préteur et Prudents* R.H.D. 1926 pp. 5-39)

B. Approfondissements.

1° - Il faut les approfondir en tenant compte des applications.

L'étude des applications d'une notion générale est toujours utile en droit et souvent on ne dégage la notion générale qu'en partant des applications.

En effet, les sources romaines ne donnent pas toujours de précisions sur les notions mêmes. Les notions juridiques ne sont pas toujours exposées par les Romains. Ils savent bien ce que c'est que ces notions, mais il est regrettable qu'ils ne les aient pas données parce que cela préciserait nos connaissances sur leur droit même.

Pour déterminer ces notions fondamentales, il faut alors recourir aux applications.

Celles-ci ont pour substratum la notion même de l'institution. Ainsi, il n'y a pas dans nos manuels de définition de la notion de bonne foi et ce n'est qu'en remontant par induction à l'idée première qu'on obtient une connaissance de cette notion.

Les sources romaines ne définissent pas la bonne foi, cette notion a moins occupé les philosophes, les rhéteurs et orateurs que l'*aequitas*. Son essence se déterminera donc uniquement par les applications.

Nous avons, au contraire, quelques notions directes sur l'*aequitas*, sur l'*aequum et bonum*. Nous les préciserons par les applications.

En ce qui concerne les domaines respectifs des deux notions, il est facile de constater en droit ancien et en droit moderne (c'est faute d'insister sur ce point qu'on commet une confusion entre *aequitas* et *bona fides*), que : a) la *bona fides* a pour agent le juge ; par conséquent, il n'est pas douteux qu'elle relève de l'interprétation du droit, par conséquent de la technique judiciaire - b) l'équité est une création du préteur, du prudent ou de la coutume ; elle relève des sources du droit, tantôt prétorien, tantôt civil. Elle est une source créatrice de droit, mais également, dans une certaine mesure, elle relève de l'interprétation du droit, ce qui a amené la confusion. C'est par une autre application du terme et par une autre conception philosophique que l'équité s'applique à l'interprétation du droit.

Il faut également les approfondir en tenant compte des applications de l'*aequitas* et de la *bona fides*.

Et en insistant sur les origines différentes des deux notions.

2°- Il faut les approfondir en insistant sur les origines. M. Pringsheim ne s'y est pas arrêté ou ne les a considérées que d'un coup d'oeil rapide. Il faudra insister sur les origines parce que leur étude donne la clef de bien des choses. Ainsi, les origines de la bonne foi n'ont jamais été approfondies : on est resté au bord du problème. Il faut le pénétrer plus à fond.

Bona fides, dit M. Pringsheim est un point central du droit romain. Pourquoi ? Il veut dire que la bonne foi fait partie des institutions "centrales" c'est-à-dire fondamentales du droit romain. Mais qu'est-ce qui est le droit romain ? C'est un terme très vague, il faut le préciser et en particulier pour ce qui nous intéresse, les origines de la bonne foi et les origines de l'équité, il faut se demander si l'on doit considérer le droit romain national ou le droit romain international, sans compter que le droit romain peut être le droit civil ou le droit prétorien.

La bonne foi est d'origine internationale.

Pour M. Collinet, la bonne foi est d'origine internationale. Il démontrera qu'elle ressortit nécessairement aux actes obligatoires du jus gentium, aux actes du droit international conçu par les Romains. Cette notion s'est ensuite étendue à des actes obligatoires, relevant du jus civile. C'est une notion internationale qui est devenue nationale comme il en existe d'autres en droit romain. (p. ex. la condictio)

L'équité fonctionne dans le champ du droit national.

Au contraire, l'aequitas paraît fonctionner dans le champ du droit romain national.

L'équité me paraît au contraire fonctionner dès les origines dans le champ du droit romain national, même si elle n'est pas d'origine nationale, même si elle est une "pensée non claire se mouvant au bord du droit", c'est-à-dire, même si elle est d'ordre moral plus que juridique et si elle est d'origine grecque (ce qui est contestable). Au reste, l'équité a pu s'étendre à des rapports intervenant entre pérégrins, mais elle a dû commencer dans les rapports nationaux.

Droit national et droit international ne correspondent pas toujours à jus civile et à jus gentium.

L'opposition du reste n'est pas en général assez nettement marquée en droit romain entre droit national et droit international. Le terme de Jus gentium doit se prendre dans le sens de droit international par rapport aux Romains, le droit international interne.

On lui oppose Jus civile, qu'on a tendance à assimiler à droit civil, c'est-à-dire droit qui émane de la loi, de la coutume, des prudents, des constitutions impériales, par opposition à jus gentium et à jus honorarium. En vérité, les sens de jus civile sont nombreux, mais il faut bien comprendre ce terme, le prendre dans une acception un peu large, car le jus

gentium s'oppose non seulement au jus civile, mais aussi au jus praetorium. L'in bonis ne relève pas du jus gentium, pas plus que le dominium ex jure quiritium et à cet égard fait (comme lui), partie du jus civile. Il est plus facile de dire que le droit civil sous cet aspect, c'est le domaine juridique où les intérêts des citoyens romains seuls sont en cause, tandis que le jus gentium est celui où l'intérêt des citoyens romains se mêle à celui des pérégrins, ou bien celui où l'on considère aussi les rapports entre pérégrins.

§ 3 - Plan.

I^{ère} Partie : Équité.

II^{ème} Partie : Bonne foi.

PREMIERE PARTIE.

L'ÉQUITÉ.

Nous acceptons avec M. Pringsheim l'idée d'un faciès classique de l'équité et d'un faciès byzantin.

Ce sera l'objet de plusieurs chapitres.

Un dernier chapitre présentera le rapprochement de l'équité et de la bonne foi en droit byzantin.

Chapitre I

LES ORIGINES DE L'EQUITE ROMAINE.

IDEE GENERALE DE L'EQUITE ROMAINE.

La notion d'équité paraît si naturelle aux jurisconsultes modernes qu'ils s'abstiennent de l'analyser. Les auteurs en signalent seulement les applications et on est surpris de voir que la bibliographie est très pauvre sur l'équité. Nous n'avons encore qu'un ouvrage sur cette question et encore ce n'est pas sur l'équité en droit romain. Il n'y a guère que des articles très généraux et assez brefs, comme celui de Bonfante, reproduit dans ses *Scritti juridici varii* t. IV Rome 1926 pp. 124-131 (Cf. § 2 des *Istituzioni* du même auteur). Pour la France, cf. Gény, *Méthode d'interprétation*. En Angleterre, la bibliographie est plus importante, mais qui mérite une observation. C'est que l'*equity* en Angleterre était quelque chose d'extrêmement important. Les Anglais ont eu pendant très longtemps deux droits, un droit courant (*Common Law*) et l'*Equity*. Cela ressemble beaucoup au système romain. Les procès qui devaient être tranchés suivant l'*equity* étaient soumis à la Cour d'*Equity* du Chancelier, jusqu'à ce que les *Judicature Acts* de 1873-75 aient mis fin à ce régime, si bien que l'*Equity* est maintenant

Bibliographie
des ouvrages
concernant
l'équité.

du ressort des tribunaux ordinaires. La bibliographie sur l'Equity anglaise est considérable. Le professeur Buckland (de Cambridge) a écrit un livre qui pourrait vous tromper : "Equity in Roman Law", Conférences faites à Londres en 1911. On pourrait croire qu'il traite de notre sujet : non point, il traite d'une comparaison entre le droit romain et le droit anglais ; seulement la comparaison est faite du côté du droit anglais. Il cherche quelles étaient, en droit romain, les institutions qui pourraient se rapprocher de l'équité anglaise. Il y rappelle tous les organismes procéduraux du prêteur : Exception, interdict, missio in possessionem, restitutio in integrum, qui n'ont jamais fait partie du droit d'équité à Rome. Le titre est trompeur, mais l'ouvrage est utile pour nous en nous permettant de jeter un coup d'oeil sur l'équité anglaise.

En Allemagne, un ouvrage considérable a été écrit sur ces questions par Moritz Voigt : "Das Jus naturale, æquum et bonum und Jus Gentium der Römer" 4 vol. Leipzig 1856-1875, ouvrage aujourd'hui délaissé comme trop hypothétique. On consultera plutôt Max Rümelin : Das Billigkeit im Recht Tübingen 1921 ; Kierkegaard : Aequitas in Pauly Wissowa - et un article plus récent de M. Lohann Stroux : "Summum jus summa injuria (inaccessible), mais dont il existe une traduction italienne dans le Vol. XII des Annales du Séminaire juridique de Palerme 1929 p. 639-691.

Prenons notre point de départ dans les idées de Bonfante, qui sont du reste celles de la doctrine dominante.

Définition de
l'équité selon
Aristote.

1° - Le point de départ se trouve dans Aristote : l'équité pour Aristote est l'Epieikeia to epieike ce qui est équitable. Selon l'étymologie, cela veut dire la convenance et non pas l'égalité. Mais on peut percevoir que cette convenance est douce, indulgente c'est "la justice du cas singulier qui plie le droit aux circonstances variables du fait."

Ce point de départ est confirmé par M. Senn "De la Justice et du droit", Paris 1927, p. 30 n° 1, qui résume ici la thèse de Burle : "Essai historique sur la notion de droit naturel dans l'antiquité grecque". Thèse Lyon 1908. Ces deux auteurs se fondent sur Aristote et en tirent cette notion que l'équité, d'après ce philosophe, est "droit en dehors de la loi écrite", (Rhétorique, "Juste rectification du juste rigoureusement légal". (Ethique à Nicomaque).

La traduction exacte est "le droit équitable est non celui selon la loi, mais la rectification du droit légal" (Cf. Stroux p. 654.655.)

L'équité est selon la nature.

L'équité romaine représente le principe stabilisateur du droit.

Dans le droit byzantin, l'équité s'inspire de la douceur de la notion grecque.

Bonfante et M. Senn n'ont pas épuisé Aristote et en se référant à Burle, on trouve d'autres passages du plus haut intérêt pour nous. "L'équité demeure toujours et ne change jamais. Elle n'est pas le droit commun, car elle est selon la nature. Elle n'est pas la loi écrite le plus souvent. (Rhét. 1.15.1). Le plus important de cette phrase est "l'équité est selon la nature", idée qu'on retrouve en droit romain, les Romains plaçant le droit naturel comme racine à l'équité. Il faut encore tenir compte d'autres idées que celles d'Aristote pour compléter Bonfante. Ce qu'il faut dire et qui est mis en vedette par Stroux, c'est que les Grecs ont opposé "l'indulgente équité", (to praon épieikès), au "sévère droit" (to authadès dikaion), dans l'interprétation du droit ; 2°- L'équité romaine, selon Bonfante, n'a rien de doux. Elle n'est autre chose que la justice directrice des consciences dans le champ du droit et inspiratrice du législateur : elle se présente sous les formes, aequum ou aequum et bonum ou bonum et aequum. Aequum, Cf. ce mot Dict. Etymol. de la langue latine, Ernout et Meillet, p. 16) : uni, plan, sans aspérité, égal ; et au sens moral : égal, juste. Bonum, ce qui est bien, honnête. Le mot aequitas existe aussi, mais est plus récent.

Dans ces deux termes, la racine signifie égalité, ce qui est égal, juste. Ces termes représentent le principe stabilisateur du droit, dit Bonfante, parce qu'il est entendu que ces mots s'appliquent à la justice qui tient la balance égale entre les particuliers. Le droit est stabilisateur. C'est un frein. Donc opposition complète entre la notion romaine et la notion grecque d'équité.

3°- Dans les Constitutions de Justinien et dans les interpolations ajoutées aux textes classiques et dans le droit postclassique, l'équité s'inspire de la notion grecque. Elle prend le sens de douceur, indulgence qui s'adapte aux circonstances des cas appréciés par le juge. L'équité postclassique, c'est l'équité grecque et aussi l'équité moderne. Un résumé d'une évolution en trois étapes est toujours un peu artificiel. L'évolution du droit ne se fait pas aussi nettement que cela. Le droit, la vie, l'évolution, la civilisation, l'évolution de l'humanité se fait beaucoup moins régulièrement, de sorte qu'il nous faudra chercher dans quelle mesure les deux idées de Bonfante et de M. Pringsheim sont admissibles. Il faut les rectifier par les idées de M. Stroux, quitte à rectifier aussi celles-ci sur certains points.

Terminologie
romaine:
aequum et bo-
num

Nous allons reprendre tout cela et rappeler d'abord que l'équité se présentait sous deux termes: aequum et bonum, ou bonum et aequum. M. Pringsheim a fait une statistique: bonum et aequum, c'est-à-dire l'honnête et l'égal se rencontrent le plus souvent dans les textes juridiques, sauf trois exceptions: aequum et bonum, l'égal et l'honnête se trouvent chez Cicéron dans la Rhétorique à Herennius et chez Quintilien.

Ces expressions se rencontrent aussi dans des textes anciens, chez Plaute (mort en 184 av. J.C.), Ennius (mort en 169 av. J.C.) et Térence (mort vers 59 av. J.C.), Plaute et Térence ont tantôt bonum et aequum et plus souvent aequum et bonum, et cela dans des passages qui ne sont pas imités du grec. Tous deux l'opposent à leges ou à jus et même Térence Phormio V. 450 dit: restitui in integrum aequum est et bonum: il est honnête et équitable que la chose soit restituée en entier.

Nous avons déjà dit que aequum est ce qui est égal et bonum ce qui est honnête (bonus vir, bonus paterfamilias, bonus dolus, bonum venenum, à côté du dolus malus, du malum venenum).

L'équité ne paraît pas être une notion spécialement grecque.

Certains auteurs ont pensé voir dans les origines de l'équité une notion grecque. Plus on étudie le droit romain, plus on s'aperçoit qu'il a des relations avec le droit grec. Mais il faut s'arrêter, sinon on arrive à dire que les Romains ont travaillé uniquement sur des matériaux grecs à toute époque jusqu'aux interpolations helléniques des compilations de Justinien. La vérité est qu'on peut ici être frappé de la concordance entre les concepts grecs et les concepts romains. En se plaçant seulement au point de vue philologique, il est certain qu'en Grèce, depuis les sources anciennes jusqu'aux Basiliques, on voit une expression qui correspond à bonum et aequum; mais cette expression est un peu différente. Les Romains parlent de bien et d'égal, d'honnête et d'égal, bonum et aequum, les Grecs parlent de "beau et de juste" kalon kai dikaion.

Ces textes sont contemporains des textes romains, mais il en est de plus anciens, d'Homère, de Démosthène, de Xénophon, qui emploient cette expression dans son sens courant. On la trouve dans des inscriptions (Pringsheim, Revue 1932, 88-95) de Bargylia, d'Ephèse et de Magnésie, où les termes ne sont plus pris dans leur sens courant, mais comme se rapportant à l'interprétation du juge. Ce parallélisme philologique fait surgir l'idée que les Romains auraient pu emprunter l'idée d'équité aux Grecs. Cependant, M. Collinet pense que les termes sont d'origine romaine, qu'il

y a parallélisme et non pas imitation. Les idées d'équité peuvent en effet surgir chez deux peuples indépendamment; des conceptions peuvent naître dans le monde grec, puis dans le monde romain, sans qu'il y ait pour cela imitation.

Pour terminer donnons deux définitions.

Les auteurs littéraires ont fait de très nombreuses allusions à cette idée, les juristes aussi, et des applications. Mais nulle part, ils ne donnent une définition. Cependant voici deux textes qui peuvent s'en rapprocher, mais qui, chose curieuse, sont d'époque récente. Ils se trouvent chez les Scoliastes (Ernout et Meillet, p. 16).

Définitions
de l'équité
chez les Sco-
liastes.

1ère définition: Elle est de Servius sur l'Eneide, L. II v. 426: "Justum secundum leges vel aliqua ratione constrictum: aequum juxta naturam: le juste est ce qui est selon les lois ou ce qui est resserré sous l'influence d'une raison quelconque. L'équitable est ce qui est selon la nature".

2ème définition.

Donat, scolie sur les Adelphe p. 51: "jus est quod omnia recta atque inflexibilia exigit, aequitas est quae de jure multum remittit. Le droit est ce qui exige toutes choses rigides et inflexibles; l'équité, c'est elle qui relâche beaucoup du droit".

La notion d'é-
quité chez
Cicéron:
aequum.

On retrouve les témoignages de l'Antiquité romaine sur cette notion dans les oeuvres littéraires, principalement dans Cicéron qui a été à la fois philosophe, moraliste, juriste, avocat. Les passages de Cicéron ont été utilisés par M. Senn, pp. 29-35 et par M. Emilio Costa, Cicérone Giureconsulto, Nouv. Edit. Bologne S.d. (1927), T. I. pp. 29.39.40. M. Senn écrit: p. 29 et sq.: "En vue d'assurer la fin qui est le bien commun, bonum, il s'agit précisément de maintenir entre ces êtres (les hommes), placés les uns à l'égard des autres dans des rapports différents (de par la nature ou à la suite de circonstances qu'ils ont eux-mêmes provoquées), une égalité proportionnelle, une égalité dans les rapports, un rapport de proportionnalité, ce que les textes appellent aequum, en proportion de ce qui revient à chacun". Aequum veut dire en effet égal, mais égal proportionnellement.

Costa écrit de son côté: "Le passage de la licence effrénée de l'état de nature à la liberté limitée par les exigences de la vie collective...a pour fin le fait d'atteindre l'égalité entre les coassociés, l'aequitas" (p. 29). C'est donc la même idée que chez M. Senn.

Bonum.

Quant au bonum qu'il faut toujours accoler à aequum, c'est selon Cicéron l'honestum, le rectum, ce qui est honnête, ce qui est droit qu'on accomplit cum

virtute (courage, énergie, ardeur et non pas vertu); après Cicéron, Costa rapproche bonum du quod oportet. Dans le groupe courant "bonum et aequum", il faut bien remarquer qu'on ne rencontre pas une simple gémiation. (Le rapprochement de deux ou trois mots dans la langue romaine constitue ce qu'on appelle une gémiation par ex.: vis ac potestas (Cf. G. May, quelques exemples de gémérations juridiques dans les auteurs littéraires, dans *Mélanges Gérardin* 1907 p. 399 et ss.). Ici les mots se complètent l'un l'autre, les termes signifient: bonum et aequum, l'honnêteté dans l'égalité; aequum et bonum, l'égalité dans l'honnêteté et nous voyons là un principe qui devrait être une règle impérative pour tous les rapports entre les hommes, pour tout jugement ou toute opinion.

Nous allons voir dans les textes littéraires et dans quelques textes juridiques comment les Romains ont conçu les rapports de l'aequum avec quatre autres termes: la Justice, le Droit, la loi, l'Action.

I. Rapports avec la justice.

L'auctor ad Herennium (longtemps on a cru que c'était Cicéron) L. III. Ch. II, § 3, définit ainsi la justice: "Justitia est aequitas, jus unicuique retribuens pro dignitate cujusque: La justice est l'équité attribuant son droit à tout un chacun en raison de la dignité de chacun". (Cf. définition de la justice dans Cicéron, *De Invent.* L. II Ch. 53. § 160 et par Ulpien *D. 1.1.1.1.* et J. 10 pr.). Le tout (Senn pp. 19 et sq.) provient de l'enseignement grec stoïcien.

Pour Cicéron justice et équité sont deux notions égales.

Cicéron de *Officiis* I. Ch. 19. § 64, parlant des factieux qui veulent s'élever au-dessus des autres, dit: "difficile autem est, cum praestare omnibus concupieris, servare aequitatem, quae est iustitiae maxime propria: mais il est difficile, lorsque tu désires l'emporter sur tous, d'observer l'équité qui est le propre surtout de la justice". Dans ces textes assimilation de la justice et l'équité. Cette assimilation doit-elle être acceptée? C'est ce que nous verrons plus tard.

En tous cas, on voit que les philosophes n'ont pas des idées précises enfermées dans des catégories strictes comme aujourd'hui. Pour Cicéron justice et équité sont deux notions égales: la justice est définie comme étant l'équité et l'équité comme étant le propre de la justice.

Voici maintenant encore chez Cicéron autre chose: la justice branche de l'équité, celle-ci étant entendue très largement: *Top.* XXIII, 90: "atque etiam

aequitas tripartita dicitur esse: una ad superos deos, altera ad manes, tertia ad homines pertinere: prima pietas, secunda sanctitas, tertia justitia: l'équité est dite aussi tripartite: l'une concerne les dieux supérieurs, l'autre les mânes, la troisième les hommes: la première est la piété, la deuxième la sainteté, la troisième la justice". Ce passage paraît venir de Platon (Diogène Laërce, 3, Platon n° 83). Mais dans Platon ce n'est pas de division de l'équité qu'il s'agit, mais de la dikaiosyné (justice)

Ulpien D. de J. et J. 1.1 rapproche aussi justitia et bonum et aequum.

Ainsi l'équité c'est la justice, la justice c'est l'équité, enfin il y a des rapports certains entre la justice et l'équité, mais ils ne sont pas précisés.

II. Rapports avec le droit.

Les rapports du droit et de l'équité sont affirmés mais ne sont pas précisés.

Ennius, mort en 169 av. J.C., Fabulae, v. 146, 226, rapprochait jus de "aecum" et dans ses Tragédies v. 160 et sq. disait: Jus atque "aecum" se a malis spernit procul: Le droit et l'équité s'éloignent des méchants au loin".

Térence, dans le Héautontimoroumenos v. 642, re présenté en 164 av. J.C. rapproche le droit et l'équité dans une locution: "qui neque jus, neque bonum, neque "aequum" sciunt". C'est une très vieille idée que le droit et l'équité ont des rapports mais sans qu'on les précise.

Cicéron, De officiis II, 12. 42 dit: "Jus enim semper est quaesitum aequabile, neque enim aliter esset jus: le droit en effet est toujours un postulat équitable, car autrement il ne serait pas le droit".

Au De Officiis II. 12. 41, il avait assimilé à l'aequitas le fait de retenir grands et petits "pari jure", sous un droit identique; cf. Topiques IV. 23: "Valeat aequitas quae paribus in causis varia jura considerat: (plaise aux dieux) que vaille l'équité qui postule dans des cas identiques des droits identiques". Cf. De Invent. II, 22. 56. De Republ. III. 32 cités par Senn, p. 33. n. 1.

Tout cela est encore bien vague aux yeux de juristes.

Cicéron s'avance un peu plus en assimilant l'équité à l'humanum jus et la religion au divinum jus (Cicéron, Partit. orator. 37. 129). Aux Topiques II. 9. Cicéron définit le jus civile: "aequitas constituta iis qui ejusdem civitatis sunt: l'équité établie entre ceux qui sont dans la même cité. "Cf. De Orat. I. 42. 188. Mais en même temps Cicéron ne s'en tient pas là. Il vient de définir le jus civile et au De Oratore I. 42. 188, l'équité devient la fin, le but du droit civil;

L'équité est le but du droit.

donc cette équité n'est pas le droit civil lui-même. "Sit ergo in jure civili finis hic: donc que dans le droit civil la fin soit celle-ci: legitimae atque usitatae in rebus causisque civium aequabilitatis conservatio: la conservation de l'équité légitime et courante dans les affaires et dans les procès des citoyens". L'équité est donc le droit civil, puis le but du droit civil, nous allons voir que l'équité est un élément seulement du droit civil: tout cela est bien confus.

Les sources
du droit ci-
vil d'après
Cicéron.

Cicéron, Top. V. 28, énumère les sources du droit: c'est le plus intéressant pour nous. "Ut si quis Jus civile dicat id esse, quod in legibus, senatus-consultis rebus judicatis peritorum juris auctoritate, edictis magistratum, more, aequitate consistat. Comme si l'on définit le droit civil ce qui consiste dans les lois, les senatusconsultes, les choses jugées, l'autorité des jurisconsultes, les Edits des magistrats, la coutume, l'équité". Nous avons vu que jus civile s'oppose à jus gentium, mais que jus civile comprend non seulement le droit civil (par opposition au droit prétorien), mais du droit prétorien, car il comprend, d'après cette énumération des sources du droit civil, les Edits des magistrats qui créent du droit prétorien. Le terme jus civile doit donc s'entendre au sens large; par opposition au jus gentium, c'est le droit de la cité, y compris le droit honoraire et dans ce droit civil au sens large rentrent les institutions prétoriennes comme les institutions civiles.

Autre énumération des sources dans le De Inv II. 32. 65-67: leges, consuetudo, judicatum, pactum; les lois, la coutume, la chose jugée, le pacte. (Sur la chose jugée Cf. Collinet dans Mélanges Gény à paraître). Dans cette énumération, l'équité a un sens spécial, ce n'est pas le bonum et aequum, c'est: "per quod in omnibus aequabile est: ce qui est semblable, ce qui est égal chez tous".

Dans l'Auctor ad Heren. 2.13,19 on trouve encore une énumération qui s'en rapproche: "Jus constat ex his partibus: natura, lege, consuetudine, judicatio aequo et bono, pacto: le droit résulte de ces éléments: la nature, la loi, la coutume, la chose jugée, l'égal et l'honnêteté (l'équité) le pacte".

Mais comme nous avons vu que Cicéron a une doctrine flottante sur l'équité et le droit, l'Auctor ad Heren. a également une doctrine flottante; il va nous dire maintenant que le droit vient de l'équité après nous avoir dit que l'équité vient du droit: II. 13.20". Ex aequo et bono jus constat quod ad veritatem et utilitatem communem videtur pertinere, quod genus

ut major annis LX et cui morbus causa est cognitorem det: de l'égal et de l'honnêteté (c'est-à-dire de l'équité) résulte le droit qui paraît appartenir à la vérité et à l'utilité commune, lequel genre (sous entendue la règle) que le majeur de 60 ans et celui qui est dans le cas de maladie donnent un cognitor". Pour expliquer ce texte, il faut distinguer deux parties: 1° - d'abord la règle elle-même: le vieillard de 60 ans et le malade sont autorisés à se faire représenter en justice par un cognitor (cf. Ch. Wirbel, thèse Nancy, 1911). 2° - La règle qui concerne le vieillard et le malade est d'après le texte in genere; elle appartient à un genre plus complexe, plus étendu, plus compréhensif, c'est-à-dire relève d'un principe qui est celui-ci: "de l'équité sort le droit qui ressortit à la vérité et à l'utilité commune". Cela est extrêmement important, car cela nous montre que l'auteur de la Rhétorique à Herennius nous laisse entendre qu'il considère en réalité deux droits distincts; le mot jus n'est pas pris dans le même sens dans le passage où il s'agissait des sources du droit (II.13.19) que dans le II.13.20. Dans le § 20, le droit qui ressortit à la vérité et à l'utilité communes provient de l'équité. Ce n'est donc pas tout le droit, le droit quelconque, c'est un droit spécial, défini: celui qui ex aequo et bono constat, qui résulte de l'équité. Tout à l'heure, c'était le droit en général qui résultait, ex his partibus... La question est de savoir quel est ce droit spécial qui ressortit à la vérité et à l'utilité communes. Nous l'entrevoions grâce à l'exemple donné concernant le vieillard et le malade. M. Senn dit que c'est le droit naturel, le jus natura, le jus naturale que les Romains appellent quelquefois par confusion, jus gentium. Cf. Senn pp. 34 et 36 et appendice.

Nous arrivons donc à voir que les anciens considéraient le droit en général dont l'équité est un élément, ou bien le droit dans un domaine beaucoup plus restreint, c'est le droit qui vient de l'équité et que nous croyons être le droit naturel. Nous avons là la première vision du rapport de l'équité et du droit naturel.

Arrivons aux juristes et essayons de suivre chez eux les données que nous venons de trouver chez les auteurs de la fin de la République (VIII° S. ab U.C. 40 à 50 av. J.C.).

Celse, chez Ulpien L. I. Instit. D. I. l. d. j. et J. l. Pr. donne une définition bien connue du Droit:

.....Nam, ut eleganter Celsus definit, Jus est boni ars aequi.Car comme Celse le définit judicieusement (ou avec finesse): le

de l'équité sort le droit qui ressortit à la vérité et à l'utilité commune.

L'équité est un élément du droit; le droit qui vient de l'équité est le droit naturel.

La définition du droit

par Celse.

droit est l'art de l'égal et de l'honnête (de l'équité).

Eleganter: Cet adverbe a fait l'objet d'une étude spéciale de M. Max Radin, dans *Law Quarterly Review*, XLVI, 1930, pp. 311-326 qui pense que eleganter est un critère d'authenticité du texte.

On discute le sens de la définition de Celse. Cela tient à deux choses: on ne sait pas bien ce que c'est que l'équité, ni, d'autre part, ce que veut dire *ars*. Ce mot suivant les cas signifie pratique, comme nous disons art par opposition à science, ou bien il veut dire science. De sorte que pour certains auteurs, le droit, c'est la pratique de l'équité par opposition à Scientia, la connaissance elle-même (en ce sens, Senn p. 34). Pour d'autres *ars*, veut dire science ou système. Peut-être la vérité est-elle dans cette parole de M. Senn: "le droit est à la fois pratique et science", comme du reste la médecine.

M. Biondo Biondi (op. cit. p. 29.30) pense, selon son thème, que le *jus visé* ici est le *jus civile*, l'œuvre des interprètes. Chose curieuse, dans son ouvrage sur Celsus, M. Stella Maranca (*Intorno ai fragmenti di Celso*, Rome 1915, p. 1) se borne à transcrire ce passage sans autre renvoi qu'à un texte fameux D. 45.1. 91,3 qui cite aussi Celsus (Stella Maranca, n° 225, p. 153-154). On s'est demandé si ce passage était une vraie définition ou une maxime judiciaire, question sans grand intérêt et difficile à résoudre. Pringsheim (Z.S.S. 1932 p. 184) trouve à cette définition de Celsus une origine grecque. Elle viendrait de la conception grecque de l'*épikela* répandue par la rhétorique romaine et qui se serait unie à la vieille notion romaine de bonum et aequum. Il y aurait eu contamination entre la notion grecque et la notion romaine.

La rhétorique a pu en effet servir de véhicule à ces conceptions grecques. Le fait est certain. Mais est-ce à dire que toutes les idées qui ont des ressemblances avec les idées grecques sont d'origine grecque ? Les mêmes idées peuvent se trouver dans le monde romain et dans le monde grec. Si l'aequitas n'a pas la même portée à Rome et en Grèce, il n'empêche que les Romains ont pu eux-mêmes concevoir une idée du bonum et de l'aequum. Le fait que Celsus, d'après les auteurs (Z.S.S., 1932 p. 83) ait reçu une formation rhétorique particulière et ait gardé plus qu'un autre juriste sa formation rhétorique ne prouve pas que sa définition soit d'origine purement grecque. Celse, en tout cas, fait du jus un ars.

Origine de la
définition de
Celse.

Ulpien fait de la jurisprudence une science.

Ulpien en fait une notitia, une science, mais une science de l'équité. Ulp. lib. I Institut. D.h.t. I, 1 : Cujus merito quis nos sacerdotes appellet : justitiam namque colimus ; & boni et aequi notitiam profiteamur, aequum ab iniquo separantes.

Duquel (droit) on nous appelle à juste titre (nous les juriconsultes) les prêtres. Car nous cultivons la justice et nous professons la science de l'honnête et de l'égal (c'est-à-dire de l'équité) séparant l'égal de l'inégal.

Au point de vue critique, Beesler, qui est un hypercritique, a voulu voir ici une influence du langage des Pères de l'Eglise, et en conclure que ce passage est postclassique. M. Senn (p. 38, n° 3) repousse à bon droit cette opinion.

Tandis que Celse définit le jus un ars, Ulpien fait de la jurisprudence une science. Il parle en effet de juriconsultes "prêtres" qui professent la science du bon et de l'équitable. Il s'agit donc de la science du droit "Jurisprudentia", qu'il ne faut pas confondre avec la J.P. au sens moderne. L'opposition entre Celse et Ulpien nous apparaît comme à M. Senn plus apparente que réelle. La jurisprudentia est à la fois une science et un art, une théorie et une pratique, seulement quand on regarde le droit du côté de l'enseignement, il apparaît beaucoup plus comme une science que comme une pratique. (Senn, les Origines de la Notion de Jurisprudence, Paris 1926).

Autre définition du droit chez Paul : Paul L. 14 Ad Sabin. D.H.T. I, 11, définit également le jus en fonction de l'aequum et bonum.

La définition du Droit par Paul.

Jus pluribus modis dicitur : uno modo, cum id, quod semper aequum et bonum est, jus dicitur : ut est jus naturale.

Le droit se définit de plusieurs façons. D'une première façon lorsque ce qui est toujours égal et honnête (l'équitable) est défini le droit, comme est le droit naturel.

Albertario (Index Suppl. I, C 1) a suspecté dans ce texte le mot semper et l'exemple du jus naturale. Il pense en effet que le jus naturale est une conception surtout byzantine parce que grecque, thèse qui paraît exagérée. En ce qui concerne le texte de Paul, nous avons une contre-épreuve dans un texte qui éclaire, semble-t-il, l'interprétation du premier. Il s'agit d'un document assez mal connu et peu étudié, constitué par une traduction latine d'un original grec

(à moins que ce ne soit l'inverse) le Fragment du pseudo-Dosithee. Dans le passage qui nous intéresse (Girard, Textes, 5^e Ed. p. 505-506), il est question de jus naturale, de bonum et aequum, de l'utilitas omnium, trois notions que nous avons déjà vues. Le texte est très corrompu, mais on peut le rétablir. On trouve les mots Justum restitué Jus par Krueger, naturale quod enim bonum et justum (Krueger lit à juste titre aequum au lieu de justum), omnium utilitati convenit: car ce qui est bon et juste convient à l'utilité générale (Cf. auctor ad Herennium 2,13,20). On discute sur l'âge de ce fg. et sur sa provenance (Z. 1932, p. 85.3). C'est un fg. postclassique mais qui représente le droit classique. Or, le passage indiqué présente des rapports étroits avec notre texte de Paul. Il n'y a donc aucune raison de croire que le texte de Paul aurait été interpolé.

Au reste, la suite du texte de Paul:

Altero modo, quod omnibus
aut pluribus in quaque civi-
tate utile est: ut est jus
civile.

D'autre part, on appelle le droit également ce qui est utile à tous ou à plusieurs dans une cité quelconque. Tel est le droit civil.

ne peut être suspectée. L'opposition est bien ménagée, les définitions et les exemples concordent.

Pringsheim (Z.S.S. 1932 p. 85) croit trouver la source de Paul dans Celse. Il paraît bien au contraire que les deux textes sont indépendants, celui de Celse étant général, celui de Paul, spécial.

III. Rapports du Droit et de

la loi.

Rapprochements
établis entre
la loi et l'é-
quité.

Déjà Plaute (Menechmes- v. 580), mort en 184 av. J.C. disait: "Qui neque leges neque aequum bonum usquam colunt: ceux qui ne cultivent jamais ni les lois, ni l'équité", rapprochant ainsi dans une formule assez banale les lois et l'équité. Cicéron (pro Cluentio Ch. 55 § 146) est plus précis; il proclame la loi la source de l'équité: "Lex fons aequitatis". Ce qu'il y a de plus curieux c'est qu'ayant fait dans le pro Cluentio, de la loi la source de l'équité, il les met dans deux autres passages sur le même pied en parlant des sources du droit, à propos de quoi nous avons déjà cité le texte des Topiques, V. 28. De même Verrines II^a Act. 3.78.189: "quae lex, quae Senatus auctoritas, quae porro aequitas? Quelle loi, quel senatus consultum et enfin quelle équité?"

IV. Les rapports du droit et de l'action.

Le but de l'instance est la réalisation de l'équité.

Les textes sont également peu nombreux pour les rapports du droit et de l'action, iudicium, mot amphibologique qui soulève de graves difficultés de traduction. Judicium veut dire: jugement, action, formule, instance, tribunal, tous termes qui éveillent la même idée. Seulement, il est beaucoup plus délicat de préciser. Le iudicium, selon Cicéron, tend à la réalisation de l'équité. De Invent. II, 4, 12: "in iudiciis quid aequum sit quaeritur: dans les procès (instances) on recherche ce qui est équitable". Cf. pro Caecina Ch. 21, § 61: iuris iudicium cum erit et aequitatis: lorsque l'instance sera de droit et d'équité".- Ainsi Cicéron trouve un rapport entre l'instance et l'équité. Mais il va plus loin en présentant l'équité comme la fin (le but) des instances, dans le De Inventione II, 51, 156: "placet in iudiciali genere finem esse aequitatem, hoc est partem quandam justitiae: il est reçu (en jurisprudence) que dans le genre judiciaire, (dans l'ordre des instances), la fin est l'équité, c'est-à-dire une certaine partie de la justice". Idée reprise au de Oratore I, 42, 188, cité supra à propos du jus civile. Cicéron, rappelons-le, parle là de la fin du droit civil, du but qu'il poursuit: "legitimae atque usitatae in rebus causisque civium aequabilitatis conservatio: cette fin c'est la conservation de l'équité légitime et usitée dans les affaires et les procès des citoyens". Les procès des citoyens, ce sont des affaires judiciaires. La fin de l'ordre judiciaire c'est donc l'équité. Aussi Costa, dans son ouvrage (vol. I, p. 40) a-t-il cru pouvoir conclure de ce passage que l'aequitas, l'aequum et bonum, beaucoup plutôt qu'une source du droit, était la finalité à laquelle tendait le droit. Certes, l'équité est bien en effet la finalité du droit, mais nous ne pouvons nier non plus que l'équité ne soit une source du droit. Costa a donc été un peu étroit en rejetant un peu vite tous les passages de Cicéron et de l'Auct. ad Haerentium qui font de l'équité une source du droit. L'équité, dirons-nous, est à la fois source et but du droit (Cf. les deux sens du mot causa, cause efficiente et cause finale).

Seulement, il est clair que les Anciens ont une langue imprécise et des idées un peu vagues. Pour nos esprits modernes habitués aux classifications, tout cela semble un peu trouble. Ne pourrait-on pas arriver avec un ordre plus rigoureux, à concilier des idées d'apparence antithétiques en voyant les choses sous des angles divers ?

Différents
sens du mot
équité.

1° sens philo-
sophique: con-
fusion avec
la justice.

L'équité, d'après Cicéron et les jurisconsultes
a certainement déjà deux sens:

1er sens: on peut apercevoir dans les textes
un premier sens large, philosophique: l'équité se
confond avec la justice, avec le droit en général. En
effet, on n'imaginerait pas que le droit, la justice,
sanctionne l'illégalité, quoique en histoire le passé
et le présent puissent nous prouver le contraire.
Ne voyons-nous pas que le droit romain est parfois
inéquitable à notre point de vue, et chez nous l'éga-
lité est-elle toujours respectée ?

La justice, le droit sanctionnent l'équité
C'est une notion large, philosophique.

On trouve une preuve de cette confusion entre
la justice et l'équité dans le symbole même de l'Ae-
quitas (Cf. Daremberg et Saglio, Dictionnaire des
Antiquités... V° Aequitas). Sur les monnaies (de Galba
au IV° siècle) la Justice (Justitia), est représentée
avec une balance et une perche. La balance, c'est le
symbole de l'égalité, elle tient ses deux plateaux
égaux entre les hommes. La perche sert à mesurer les
champs et doit être égale pour tous, (autre idée dans
H. Lange, Z.S.S., t. LII, 1932, p. 296 et s.; A. Levet
R.H.D. 1933, p. 805).

Cette notion romaine de l'équité égale au droit
se retrouve dans toute la tradition latine, jusque
chez les Pères de l'Eglise; Senn retrouve cette éga-
lité chez Saint Augustin (p. 49) et chez Lactance
(p. 51) (1)

2° identifica-
tion avec le
droit naturel.

2ème sens (plus étroit et juridique): l'équité
est une source du droit comme la loi, la coutume.
Elle se confond parfois dans ce sens avec le droit na-
turel. C'est de cette équité qu'il sera question
ici.

3° l'équité
dans ses rap-
ports avec
l'interpréta-
tion du droit.

3ème sens, que nous n'avons pas encore aperçu.
D'autres passages de Cicéron on peut tirer ce troisiè-
me sens qui n'est pas le moins intéressant: il s'agit
d'un sens de l'équité bien connu par les études de
droit civil et qui vise l'interprétation même du
Droit. Pour les Romains, l'équité a des rapports avec
l'interprétation du droit; le juge doit interpréter
le droit avec équité, c'est-à-dire dans la direction
de la douceur. C'est à cette question de l'équité par
rapport à l'interprétation du droit que se réfère
l'article de Johannès Stroux, Summum jus summa injuria.
Cet article a fait beaucoup de bruit à cause de la
préface retentissante de M. Riccobono qui a cru trou-
ver dans cette brochure des arguments incontestables
en faveur de sa thèse actuelle, M. Riccobono s'est em-
pressé de faire traduire l'article; il s'est pénétré

(1) Cf. le P. Lactance, La notion du droit chez Aris-
tote et Saint Thomas, Paris 1933).

de ses conclusions, les a prolongées hors de la République, dont il était question chez Stroux et il a "extrapolé" les solutions de l'auteur, les a fait sortir de leur cadre pour les prolonger dans le droit classique et même plus loin.

Bornons-nous à ce qu'a dit l'auteur.

L'opposition
des verba et
de la voluntas
chez Ci-
céron.

M. Stroux s'est placé sur un terrain solide et marque très bien l'influence de la rhétorique sur le droit et sur son interprétation. Il cite naturellement Cicéron et quelques auteurs grecs outre ceux que nous avons déjà indiqués et qui opposent "l'indulgente équité" au "sévère droit" (p. 653 Annal. de l'Univ. de Palerme T. XII). Les passages de Cicéron nous sont utiles, en ce qu'ils mettent en relief deux choses: 1° - d'abord l'opposition de la "voluntas" et des "verba". Les verba c'est la forme de la stipulation; l'interprétation suivant les verba c'est l'interprétation littérale, judaïque, stricte. La voluntas, ce qu'on a appelé "l'autonomie de la volonté", s'oppose aux verba, fonde une interprétation beaucoup plus lâche, puisqu'on ne suit pas la méthode littérale, qu'on ne s'occupe pas de la lettre, mais qu'on s'attache à l'esprit (Cf. Riccobono, Mélanges Cornil). Cicéron a opposé les deux interprétations dans un procès très célèbre et très connu, la Causa Curiana, plaidée par L. Licinius Crassus qui tenait pour la voluntas et par Q.M. Scaevola qui tenait pour les verba (Stroux, p. 672). 2°-D'autre part, les passages de Cicéron relevés par le même auteur opposent "Aequum et bonum", l'équité aux "verba" d'une part et au "scriptum" de l'autre. Verba et scriptum doivent évidemment être mis sur la même ligne; ce sont deux interprétations strictes des paroles ou de l'écrit. Cette opposition est bien marquée dans le pro Caecina § 65:... "Si contra verbis et litteris et, ut dici solet, summo jure contenditur, solent ejusmodi iniquitati aequi et boni nomen dignitatemque opponere: Si au contraire, on fonde sa prétention sur les paroles et sur l'écriture et, comme on a coutume de dire, sur le droit suprême (ou absolu), on a coutume d'opposer à l'iniquité de ce procédé le nom et la dignité de l'égal et de l'honnête (c'est-à-dire de l'équité)". On trouve dans cette phrase les deux mots summo jure qui font partie de la locution courante qui sert de titre à la brochure de M. Stroux: Summum jus summa injuria. Mais il est remarquable que l'adage si souvent cité "summum jus summa injuria" ne se trouve qu'une fois dans la littérature latine. Donc opposition entre équité d'une part, verba et litterae de l'autre.

La philosophie
grecque et
le développe-

M. Stroux, p. 679-680, insiste sur l'influence de la philosophie stoïcienne sur le développement du droit romain. C'est un point déjà connu (Sokolowski,

ment de l'équité à travers la rhétorique.

Philosophie im Privat-Recht). Mais à côté de la philosophie stoïcienne, les péripatéticiens et les académiciens ne sont pas non plus à écarter et ils sont même encore plus à considérer, car plus que la philosophie c'est la rhétorique qui a influé sur le développement du droit à la fin de la République. C'est par le canal de la rhétorique que les idées grecques, philosophiques ont pénétré à Rome et ont exercé leur action sur le développement de la jurisprudence et la formation du droit classique. C'est à travers la rhétorique que sont venues les influences aristotéliennes de l'Aequum d'après Stroux. C'est possible. Mais les Romains étaient bien capables de trouver tout seuls la notion du bonum et de l'aequum. Seulement, comme ils n'étaient pas des esprits philosophiques, (mais pratiques), ils n'auraient pas pu dégager aussi vite les conséquences de la conception de l'équité s'ils n'avaient pas été appuyés par les conceptions aristotéliennes.

Jurisconsultes qui ont fait une place à l'équité.

L'auteur relève ces tendances favorables à l'équité chez quelques jurisconsultes. Chez C. Aquilius Gallus le créateur des formules de dol et dont Cicéron pro Caecina 78, dit "qui juris civilis rationem nunquam ab aequitate disjunxerit : qui n'a jamais séparé de l'équité la raison du droit civil". De même, chez l'élève du précédent, S. Sulpicius Rufus, jurisconsulte bien connu que Cicéron loue en ces termes : "paene divina ejus in legibus interpretandis aequitate explicanda scientia (il avait une science presque divine, soit dans l'interprétation des lois, soit dans le développement de l'équité...) Ita ea quae proficiebantur a legibus et ab iure civile semper ad facilitatem aequitatemque referebat ; ainsi ces choses qui partent des lois et du droit civil (tout ce qui prenait naissance dans la loi et le droit civil) il le ramenait toujours à la facilité et à l'équité." (Oratio Philippica Ch. IX § 10) (sur ce jurisconsulte et son école cf. Vernay. Servius et son Ecole, Lyon 1909) (ignoré de M. Stroux) Adde : Crassus, plaidant le jus contre Antoine, plaidant l'aequitas dans un procès sur les vices de maisons vendues (Cic., de Off. III, 16)

M. Stroux conclut que le VII^{ème} siècle de Rome (150-50 av. J.C. fut celui qui décida de la place de l'équité dans le droit et la jurisprudence romaine. Il en fait honneur à la rhétorique. "La rhétorique, dit-il, s'était mise avec tant d'énergie du côté de l'Aequitas contre le formalisme juridique que ce critère parut quelquefois être son propre critère. (Équité et rhétorique allaient ensemble), bien que ce

critère eût trouvé des représentants aussi dans le champ de la jurisprudence" (p.685). La rhétorique a été le véhicule de la pensée grecque qui était une pensée d'équité, mais les jurisconsultes romains eux-mêmes ont participé pareillement à son intégration dans le droit.

M. Stroux a eu raison de s'arrêter avant l'époque classique. Il admet cependant que l'influence de la rhétorique continue pendant l'époque classique de s'exercer sur le droit romain (pp. 685-686) M. Riccobono a eu tort de vouloir élargir la pensée de l'auteur en disant que les Grecs ont pu avoir influence sur le droit classique sans en avoir eu sur l'époque byzantine, ce qui serait bien extraordinaire.

M. Pringsheim (Conférence p. 192 n°3) a fait des réserves sur la thèse de Stroux, car il est convaincu comme Beseler que le développement de l'*aequum* est surtout byzantin.

Ce troisième sens de *Aequitas* (le sens qui s'adapte à l'interprétation du droit) nous ne l'envisagerons pas dans toutes ses applications. L'opposition de verba et de voluntas pourrait faire l'objet d'un cours spécial de Pandectes.

Le troisième sens du mot *Aequitas*, interprétation large du droit évoque tout à fait pour nous l'équité moderne.

L'équité, mode d'interprétation du droit, dans les législations modernes.

Il est curieux de constater que M. Balog (studi Bonfante IV, p.628-629) a fait un rapprochement curieux entre les déclarations d'Aristote et l'art. I du C.C. suisse de 1907. Cela montre selon la spirale de Vico, que les idées aristotéliennes revivent dans l'âme des Suisses. Alinéa 2 : "A défaut d'une disposition légale applicable, le juge prononce selon le droit coutumier et à défaut d'une coutume selon les règles qu'il établirait s'il avait à faire acte de législateur." Alinéa 3 : "Il s'inspire des solutions consacrées par la doctrine et la jurisprudence".

Art. 4 : le juge applique les règles du droit et de l'équité, lorsque la loi réserve son pouvoir d'appréciation ou qu'elle le charge de prononcer en tenant compte soit des circonstances soit de justes motifs".

Ces articles ont été commentés par Gény, Méthodes d'interprétation II, p. 308-329. Les formules du C.C. suisse sont très instructives. Sans doute, l'art. 1 ne prononce pas le terme équité qui se trouve, au contraire, dans l'article 4. On chercherait en vain ce mot dans le C.C.

L'équité dans le troisième sens se traduirait très bien comme le fait le C.C. suisse : le fait pour le juge de juger comme s'il était législateur. Cependant, d'après les interprètes du code suisse, il faut

que le juge reste dans la ligne de la doctrine et de la jurisprudence suisses. Mais la formule est à retenir.

Mais cette formule manque encore de précision. La formule appelle un complément. Elle ne contient pas en effet, tout de l'équité : encore faut-il savoir d'où le juge comme le législateur lui-même tirerait ces idées. Par conséquent, il faut aller plus loin, il faut dire "comme s'il était législateur et que, législateur, il s'inspire d'un droit idéal (nous en revenons là) qui ne saurait être autre que le droit naturel". Qu'on le veuille ou non, de quelque pays qu'on soit législateur, on tire ses idées du droit naturel commun à tous les "peuples civilisés". On trouve des idées intéressantes sur ces questions dans l'ouvrage d'un professeur polonais Ignace de Koschewski-Likowski qui a écrit une brochure récente avec allusions au droit romain : "Les dispositions de la Loi et le Droit en Droit civil Etude de droit comparé (Varsovie 1933)

Chapitre II

LE BONUM et l'AEQUUM

DANS LES ACTIONS IN BONUM et AEQUUM CONCEPTAE.

Au point de vue historique, il semble démontré que l'équité a eu sa première application dans le droit romain sous la forme du bonum et aequum dans les actions dites "in bonum et aequum conceptae."

Chose curieuse et rare, en droit romain, ces actions n'ont pas l'air d'avoir suscité l'intérêt en tant que groupe d'actions. La seule monographie qui y soit consacrée est celle de P. Thomas, professeur à Toulouse : Observations sur les actions in aequum et bonum N.R.H.D. XXV 1901.548-584 Cf. Note de Cujas p. 857 n° 4 - Pringsheim Z.S.S. 1932 pp.100-114. Il y aurait beaucoup à dire sur ces actions en tant qu'actions. Nous les étudions ici surtout au point de vue de la notion d'aequum et bonum.

Constatons trois choses :

1°- Il n'est pas difficile de s'apercevoir que ces actions n'ont jamais constitué un groupe spécifique, c'est pourquoi M. Collinet les appelle actions dites..... tandis que les judicia (actions) bonae fidei ont constitué depuis longtemps, depuis avant Q.M. Scaevola, un groupe, nos actions ont été groupées artificiellement, c'est l'oeuvre des romanistes modernes.

2°- La liste de ces actions est imprécise.

Les actions in bonum et aequum conceptae ne forment pas un groupe limité et précis.

Chacun en forme le groupe à sa façon : quatre actions au minimum, neuf au maximum. (Girard 8ème Edit. 1084 n°3)

3°- Il s'agit de trouver l'idée commune qui les unit. Cette idée n'est pas facile à trouver : si on avait un critère stable, on aurait une liste stable ; tout le monde sait que le juge dans ces actions a un large pouvoir d'appréciation, un pouvoir encore plus large que dans les actions de bonne foi. On a rangé dans ces actions le judicium rei uxoriae qui comporte les termes quod aequius melius erit et on a toujours dit que ce judicium est plus de bonne foi que n'importe quel autre. Girard dit que le juge dans ces actions est autorisé par le magistrat dans la formule à condamner à quantum pecuniam bonum aequum videbitur ou au quod aequius melius erit (p. 1083) - Cuj p. 857 : le juge est autorisé à condamner au quantum bonum et aequum ei videbitur. Nous n'avons pas la formule de ces actions, nous les reconstituons mais toute reconstitution est forcément imparfaite.

Critérium des actions in bonum et aequum conceptas.

Il faut donc prendre un autre critérium pour nos actions (Pringsheim Conferenze p. 201 ; Z.S.St. 1932, p.86)

Caractère moral des prétentions sanctionnées par les actions.

3ème idée : il ne faut pas se borner à considérer les pouvoirs du juge. Il faut rechercher l'idée commune qui, dans toutes ces actions permet au juge de statuer avec autant de douceur. C'est, dit-on, que le juge doit estimer pour la condamnation, des rapports qui sanctionnent des intérêts de "nature inestimable", c'est-à-dire qui ne peuvent pas s'estimer en argent. En réalité, il n'y a qu'une chose qui soit inestimable en argent à Rome, la liberté. Cette idée commune est exprimée avec sa netteté coutumière par Cuj n° 4 : "toutes ces actions présentent un caractère commun qui expliquent la liberté d'appréciation laissée au juge : elles sanctionnent des prétentions qui, dans leur principe et dans leur cause, sinon dans leur objet, ont un caractère plutôt moral que pécuniaire." Voilà l'idée capitale qui justifie les rapports étroits entre l'équité et la morale et montre que celle-ci est la base de l'équité.

Reprenons la notion d'aequum et bonum dans ces actions, en tant que nous estimerons qu'elles rentrent dans la catégorie en question.

§ I - Action Injuriarum.

C'est le type des actions de ce genre. Cette action est une action prétorienne qui a été créée pour une raison que nous trouvons dans Gaius 3.223. On sait que dans les XII Tables, l'injure était sanctionnée tantôt par le talion, tantôt par des amendes de 300, 150, 25 as. Or, Gaius laisse entendre que les amendes des XII Tables n'étaient plus adaptées à l'état des fortunes, lors de la création de cette action, par suite de la baisse de la monnaie. L'as antique, unité de compte, avait été remplacé par le sesterce d'argent de 2 as $1/2$ (Sesterce s'écrit H S, ce qui veut dire 1 as + 1 as + $1/2$ as = 2 as $1/2$). D'autre part, la peine du talion était considérée par le préteur comme trop brutale et il créa l'action injuriarum, qu'on peut placer aux environs de 200-150 av. J.C. Si l'inscription de Magnésie place réellement entre 190-160 av. J.C. la formule de l'action d'injures est antérieure à cette date ; elle serait des environs de la fin du VI^{ème} siècle de Rome, mais la date de l'inscription est discutée comme celle de la date de l'édit du préteur et de la date de la loi Acutia. À 20 ou 30 ans près, nous pouvons dire confins de VI^{ème} et VII^{ème} siècle.

Mais il est à peu près sur que l'actio injuriarum aestimatoria a pris pour modèle une action grecque, la dike aikias.

Cette action est surtout connue par le célèbre papyrus de Halle n° 1, publié sous le titre de Dikaionomata. C'est un recueil coutumier du droit alexandrin qui a mieux conservé que le droit hellénique les traits de cette action. (Cf. de Wisscher - Etudes de droit romain p. 327-349 - Pringsheim Z.S.S. 1932 p. 86 n° 6). Elle aboutissait à une condamnation que le juge appréciait à son gré "quantum aequum videbitur, quantum bonum habere videbitur". La condamnation à Rome est arbitrée par des juges spéciaux qui sont des récupérateurs. Et comme elle est de même nature que la condamnation grecque, qu'elle est au quantum bonum, on peut s'imaginer qu'il y a emprunt de Rome à la Grèce. Le S.C. de l'inscription de Magnésie s'exprime ainsi : un différend éterné entre deux communes grecques (Priène et Magnésie), le Sénat Romain saisi du différend avait donné comme juge de ce différend le Sénat de la ville de Mylasa, en lui indiquant dans quels termes il devra juger : "Qui de Illis injuriis judicat si factae sunt (a Magnetibus) quantum bonum et aequum (kalon kai dikaion) videbitur aestimato : celui qui juge de ces injures - là, s'il en

Création par le préteur de l'action injuriarum.

L'action a pour modèle la dike aikias du droit grec.

est commises par les Magnésiens, estimera autant qu'il lui paraîtra honnête et équitable". Voilà la formule qui est certainement la traduction même du S.C. Romain.

Les textes qui se rapportent au caractère de notre action sont nombreux et peuvent être groupés en deux catégories.

A - Les uns indiqués par Pringsheim (Z.S.St. p. 101-103-105) et un autre, omis par lui, ne se rapportent pas directement au sujet, c'est-à-dire au caractère spécial de l'action. Paul, Lib. sing. de concur. Act. D.44 7, de oblig. et act. 34 pr. - Paul, L. 55 ad Ed. D. 47,10 de inj. 18, pr. - Ulp. 24 Ad Edict. D. 25, 4, de insp. ventre, l.8 - textes auxquels il faut ajouter D. 47,10,15,49 (Ulp. 77 (57) ad Ed.) texte lié au texte suivant D.H.T. 16 (Paul 45 (55) ad. Ed.). Des coups ont été portés par un tiers à un esclave appartenant à plusieurs maîtres (servus communis). L'action d'injures appartient à tous, mais le jurisconsulte Pedius (très connu par le texte fondamental disant que le consentement existe dans toute opération juridique) dit: "non esse aequum pro maiore parte, quam pro qua dominus est, damnationem fieri : il n'est pas équitable que la condamnation intervienne pour une part supérieure à celle pour laquelle il est propriétaire de l'esclave", et en conséquence, les parts devront être estimées par l'office du juge. Ce texte semble bien se rapporter à l'aequum et bonum de l'action d'injures. Il se rapporte plutôt à l'intervention de l'idée d'équité dans l'application de l'action.

B - Un second groupe de textes touchent directement au problème:

1° - le premier de ces textes, fondamental, est Gaius III.224.

Sed nunc alio jure utimur; permittitur enim nobis a praetore ipsis injuriam aestimare, et iudex vel tanti condemnat quanti nos aestimaverimus, vel minoris prout ei visum fuerit.

Mais aujourd'hui, nous usons d'un droit différent (par rapport aux XII Tables) car il nous est permis à nous-mêmes par le préteur d'estimer l'injure et le juge condamne, soit à la somme égale à ce que nous avons estimé, soit à moins, selon qu'il lui a paru.

Cela pour l'injure ordinaire, car pour l'injuria atrox, c'est le préteur lui-même qui fait l'estimation; le juge peut condamner à moins, mais en fait il n'ose pas diminuer l'estimation faite par le préteur (Gaius 3.224 in fine, 225).

C'est donc le plaideur qui estime lui-même ce qu'il prétend recevoir, mais le juge peut condamner à moins "selon ce qu'il lui a paru, prout ei visum fue-

Textes qui montrent l'intervention de l'idée d'équité dans l'application de l'action.

Estimation de l'injure par le plaideur.

rit". Or, ce prout... indique pour le juge un pouvoir arbitral ou même arbitraire au sens étymologique dont il est le maître absolu. Il ne pouvait pas du reste condamner à plus que n'a demandé le demandeur.

2° - Le second texte est d'Ulpien 57 ad. Ed.

D.H.T. 17.2.

Servus meus opera vel querella tua flagellis caesus est a magistratu nostro: Mela putat, dandum mihi injuriarum adversus te, in quantum ob eam rem aequum judici videbitur; Et si servus decederit, dominus ejus agere posse Labeo ait: quia de damno, quod per injuriam factum est, agatur.

Mon esclave par tes soins ou sur ta plainte a été battu de fouets par notre magistrat. Mela pense que l'action d'injures doit m'être donnée contre toi pour la somme qu'il paraîtra à cause de cette affaire, équitable au juge, et si l'esclave est mort, Labéon dit que son maître peut agir parce qu'on agit pour le dommage qui a été causé par un acte accompli sans droit.

Le texte paraît pur. Son exégèse est facile. Fabius Mella est contemporain de Labéon, lequel est mort environ en 22 ap. J.C. . C'est un jurisconsulte des confins de la République et de l'Empire. Mela parle de l'action d'injures qui est donnée au maître, au sujet de la peine infligée à son esclave. Il est une autre action dont parle Labéon, au cas de décès de l'esclave; l'action du *damnum injuria datum* "de damno quod per injuriam factum est, c'est-à-dire non pas qui est causé par une injure mais qui est causé sans droit . Or, le *damnum injuria datum* fait partie d'un autre domaine que l'injuria. Mela ne suppose pas que l'esclave battu de flagella par le magistrat est mort. Les jurisconsultes ont prévu les cas où se donnent les deux actions et comme toujours quand deux actions naissent d'un même fait, se pose le problème du concours des actions, problème difficile. Signalons à cet égard un texte qui est le premier de ceux cités dans le premier groupe: D.44, 7.34.pr. du livre unique du concours des actions de Paul où Bonum et Aequum a le sens général que j'ai indiqué et ne se rapporte pas à la condamnation.

Pouvoir du juge, saisi de l'action d'injures.

Dans notre texte, le pouvoir du juge saisi de l'action d'injures par le maître de l'esclave est indiqué dans une formule très nette et très précise, traduite, exactement du grec "in quantum ob eam rem (à cause de cette affaire, pour cette cause, car res = causa) aequum judici videbitur, il paraîtra équitable au juge". C'est une confirmation de ce que dit Gaius.

3° - Le troisième texte soulève des problèmes un peu délicats mais instructifs. C'est un texte geminé

(d'une façon générale ces textes gémisés vont être réunis dans l'ouvrage de Lauro Chiazzeze, *Confronti Testuali*. La première version est d'Ulpien 57 ad Edict. D.H.T. 11,1 ; la deuxième est aux Institutes de Justinien IV. 4 de Injur. 12.

Texte gémisé
qui affirme
que l'action
d'injure est
fondée sur
l'équité.

Injuriarum actio ex bono & Hae actio
aequo est, et
dissimulatione aboletur, dissimulatione aboletur & idco
si quis enim injuriam dere-si quis injuriam dereliquerit
liquerit,
hoc est, statim passus ad hoc est, statim passus ad
animum suum non revocaverit, animus suum non revocaverit,
postea ex poenitentia remis- postea ex poenitentia remis-
sam injuriam non poterit re- sam injuriam non poterit re-
colere. colere.

Secundum haec ergo ae-
quitas actionis omnem metum
ejus abolere videtur, ubicum
que contra aequum quis venit.
Proinde et si pactum de inju-
ria intercessit, & si tran-
sactum, & si jusjurandum ex-
actum erit, actio injuriarum
non tenebit
(Ulpien)

L'action d'injures provient de l'honnête et de l'égal (de l'équité) et est éteinte par le silence. Si quelqu'un, en effet, a délaissé (dédaigné) l'injure, c'est-à-dire si aussitôt qu'il l'a subie, il n'a pas rappelé à sa raison (il ne s'est pas ressaisi et sous-entendu il n'a pas rendu outrage pour outrage ou n'a pas intenté l'action d'injures), dans la suite, sous l'empire du repentir, il ne pourra pas réchauffer l'injure remise. Selon ces paroles donc, l'équité de l'action semble éteindre toute crainte de lui (le délinquant) toutes les fois que quelqu'un (la victime) agit en justice au mépris de l'équitable. Parallèlement et si un pacte est intervenu au sujet d'une injure et si on a transigé et si le serment a été exigé, l'action d'injures ne tiendra pas.

Le texte d'Ulpien est un texte capital dans notre matière à cause de son commencement : l'action d'injures ex aequo et bono est : elle vient de l'équité. Voilà un texte considérable qui affirme ce que nous avons dit jusqu'ici que l'action est fondée sur l'équité. Ce début du texte est-il pur ou est-il interpolé ?

Le texte nous est donc donné par deux sources - La critique s'est exercée sur ce texte. M. Pringsheim

Critique du
texte d'Ulpien.

Z.S.S. 1932 - 102-103, le croit entièrement interpolé sauf la fin : proinde... M. Collinet voit les choses autrement, en s'appuyant sur le texte géménié de Justinien.

Interpolation
de ex bono et
aequo.

1°- Le début lui semble interpolé : Injuriarum actio ex bono et aequo est... le passage ne peut être pur parce que l'action ne naît pas du bonum et aequum. L'action est in aequum et bonum concepta, ce qui ne veut pas dire qu'elle naît de l'équité. C'est la modalité de son exercice et non de sa naissance. Donc supprimer (ex bono et aequo est...) et on a "Injuriarum actio dissimulatione aboletur : l'action d'injure s'éteint par le silence". La correspondance est absolue avec les Institutes : "haec actio dissimulatione aboletur." Le point qui préoccupait le jurisconsulte c'était l'extinction et non la naissance de l'action.

Cela nous montre que les rédacteurs des Institutes (Tribonien, Théophile et Dorothee) ont puisé à un manuscrit d'Ulpien qui n'était pas altéré, ce qui est une preuve d'un fait déjà remarqué, l'indépendance des Institutes et du Digeste. Les passages communs aux Institutes et au Digeste n'ont pas été puisés dans celui-ci pour être transportés aux Institutes.

La phrase ex aequo et bono.. ne vient pas de Tribonien puisque les Institutes ne sont pas interpolées ici ; elle vient d'un scoliaste. Les textes classiques ont été l'objet de scolies nombreuses, dont plusieurs sont passées dans le texte. Le scoliaste s'est figuré que l'extinction de l'action par le silence se tirait du caractère équitable de l'action, ce qui n'est pas exact, mais vient du caractère moral de l'injure.

Maintien du
reste du texte.

2°- M. Pringsheim a tort de croire interpolée toute la suite de "dissimulatione" à "recolere". M. Pringsheim ne veut même pas qu'Ulpien ait parlé lui-même. Il faut bien cependant que Justinien ait eu un modèle et il n'y a pas de raison pour qu'Ulpien n'ait pas dit ce qu'on lit au Digeste.

D'ailleurs, M. Pringsheim suppose que la fin est pure. Or, proinde doit se rattacher à quelque chose, c'est-à-dire au commencement où Ulpien disait que l'action d'injure s'éteint par le silence.

3°- Ulpien, ainsi que Justinien, donne un exemple "si quis enim...", exemple que M. Collinet croit authentique. Sans doute, il contient le mot "recolere" (réchauffer) qu'on ne trouve qu'une fois dans les textes. C'est un apax legomenon, c'est-à-dire qui est écrit, prononcé une seule fois. Mais on reconnaît aujourd'hui que si quelquefois c'est un signe d'interpolation il n'en est pas toujours ainsi. Le jurisconsulte disait donc : "si quelqu'un a abandonné l'injure et qu'en

suite il ne pourra pas réchauffer l'injure remise par suite de son repentir". Son silence équivalant à un pardon sur lequel on ne peut revenir. Or, nous avons ici un terme de comparaison qui montre que dans les délits le silence était effectif. Si on se reporte à la théorie des actions noxales, on voit que si l'alieni juris coupable s'est trouvé sous la puissance de la victime et que celle-ci ne l'ait pas punie et que plus tard elle la cède à autrui, elle ne pourra plus exercer l'action noxale. Le fait de ne l'avoir pas punie éteint l'action noxale par le pardon.

La phrase
secundum....
..... venit.

4°- "Secundum haec ergo... venit". Ce passage est un peu délicat à traduire. "Selon ces paroles, d'après ce qui précède, l'équité de l'action semble éteindre toute crainte de lui (le délinquant)" c'est-à-dire que l'équité de l'action profite au délinquant, apaise toute crainte chez lui. Elle lui profite "partout où quelqu'un agit en justice contre l'équité" ; l'équité profite au délinquant en ce sens qu'il pourra par l'exception de dol, repousser celui qui agirait en justice au mépris de l'équité, c'est-à-dire qui agirait après lui avoir pardonné, après avoir gardé le silence. Dans ce passage, on fait deux fois appel à l'équité "aequitas actionis" "aequum... venit". M. Fringsheim répute le passage interpolé à raison de ce double renvoi à l'équité dont il place surtout le développement au Bas-Empire. Le passage paraît interpolé à M. Collinet aussi parce qu'il fait appel à l'équité, comme la scolie du début "ex aequo et bono". Mais il est interpolé en raison de son commencement "secundum haec", révélateur d'une scolie interprétative.

Le scoliaste tire la conséquence du texte d'Ulpien "après qu'il a remis l'injure par son silence, il ne peut plus la réchauffer." Le scoliaste ajoute pour préciser : "en conséquence, si la victime, malgré son silence, intente l'action d'injures contre le coupable, celui-ci pourra la repousser à l'aide de l'exception de dol". Cette scolie est de provenance grecque, car ejus... pris d'une façon absolue est un héliénisme.

Dans les Basiliques (T. V p. 632), le scoliaste Dorothée rapporte le passage à la transaction. Il suppose une transaction au mépris de laquelle la victime attaque le coupable. Il n'y a aucune raison de supposer qu'il y a transaction. Le passage se rapporte à la question du silence.

Finale du
texte.

5°- Proinde - fin. M. Fringsheim lui-même déclare que le passage est pur. Mais alors, dans sa critique, comment le concevoir, puisque le début a été supprimé par lui ?

Le lien, au contraire, avec le début se comprend très bien : Ulpien énumère quelques cas autres que le

silence où l'action périclitait : pareillement 1° et si un pacte est intervenu à propos de l'injure. C'est un fait connu que les actions pénales s'éteignent par un simple pacte. Cela ne peut surprendre puisque si, à l'égard des opérations licites, s'applique la règle de correspondance des formes, elle ne pouvait être appliquée au délit. L'action délictuelle s'éteint par le simple pacte qui correspond tout à fait à la paix par rapport à la guerre (pax, pactum) et l'origine des pactes est précisément dans le droit pénal M. Boyé de Toulouse a commencé à étudier cette question déjà abordée par M. Manenti.

2°- Même solution si on a fait une transaction.

3°- Si le serment (décisoire) a été exigé. C'est un serment décisoire volontaire et non pas un serment imposé par la loi comme dans le cas de l'action certae creditae pecuniae.

Voilà comment subsiste du texte une très grande partie sauf deux scolies : la critique modérée est préférable à l'hypercritique.

§ 2 - Si iudex litem suam facit.

Le juge qui fait le procès sien.

Le cas type des actions in aequum et bonum conceptae était l'action prætoriale d'injures qui sanctionne un délit.

Nous entrons ici dans le domaine des quasi-délits la différence étant que le délit suppose une faute volontaire et le quasi-délit un acte illicite mais involontaire.

Le premier cas de quasi-délit dans les Institutes est celui du juge qui fait le procès sien, conception dont nous n'avons plus idée aujourd'hui. Le juge actuel n'est plus responsable de la même façon. En droit Romain, le juge se trouve dans certains cas, faire le procès sien, c'est-à-dire assumer lui-même personnellement les conséquences du procès. Le principe est que cette sanction contre le juge intervient quand le juge méconnaît son devoir, car quoique la plupart des juges soient des particuliers, judices privati, (particulier qu'on représente souvent comme un homme quelconque, un homme de la rue, alors que le iudex unus était plutôt un homme compétent en droit, un homme connu), en tout cas, le juge, quoiqu'il soit un iudex privatus, a un devoir à remplir, officium iudicis, dont il est investi par le magistrat et il doit dans son accomplissement suivre des principes sous peine d'être coupable.

Gaius 4,62, nous montre le juge faisant le procès sien quand, saisi d'une action certae creditae pecuniae et devant condamner à la somme indiquée dans la formule

10.000 sesterces, par ex., il ne condamne pas à cette somme, il condamne au-dessus ou au-dessous ; de même, s'il dépasse la taxatio de la formule. Dans ces cas et tous autres, la poursuite contre le juge coupable a lieu par une action in factum, laquelle est in aequum concepta. Le juge du juge le condamnera au quantum aequum visum fuerit, c'est-à-dire à une somme égale à ce qui lui a paru équitable. Il est intéressant de constater qu'ici encore, comme pour l'action d'injures, nous avons affaire à un texte géméné. Seulement ici, il y a trois textes parallèles.

Gaius, Dig. 50, 18, 6 ; Institutes de Justinien, IV, 5, pr. et Dig. 44, 7, 5, 4.

Le texte fondamental est celui de Gaius, L. III, Rer. Cottidian, D. 50.13 de variis et extraordin. cognit. et si judex litem suam fecisse dicetur. 6.

Si judex litem suam fecerit non proprie ex maleficio obligatus videtur : sed quia neque ex contractu obligatus est (et) utique peccasse aliquid intelligitur, licet per imprudentiam : ideo videtur quasi ex maleficio teneri in factum actione, & in quantum de ea re aequum religioni judicantis visum fuerit, poenam sustinebit.

Si le juge a fait le procès sien, il ne semble pas obligé à proprement parler par un délit : mais parce qu'il n'est pas obligé par un contrat et qu'en tout cas il est censé avoir commis une faute, même par ignorance, c'est pourquoi il semble être tenu comme d'un délit par une action in factum et il subira une peine pour une somme égale à ce qu'il aura paru équitable à ce sujet à la religion de celui qui juge.

Pour la critique du texte, nous allons nous servir encore du parallèle. Le texte de Gaius est reproduit aux Institutes de Justinien, IV. 5. de Oblig. quae quasi ex delicto, pr. Mais dans le passage des Institutes de Justinien, il est à remarquer que les mots in factum actione manquent.

La 3ème version du texte se trouve au D. 44, 7, de Oblig. et Act. 5, 4 (Gaius Lib. III Aurearum, jusqu'au mot teneri.) Il manque in factum actione et toute la fin. (1).

(1) Observation au sujet de l'ouvrage de Gaius dont les textes ont été extraits : Le premier passage est extrait des Res Cottidianae, des affaires qui se jugent tous les jours. Le second est de Gaius L. III Aurearum "des cas les plus précieux". C'est le même ouvrage sous deux titres différents. (P. Krueger, Hist. des Sources du Droit Romain, p. 245).

Si l'on compare les trois textes, on s'aperçoit que les trois passages sont parallèles jusqu'à Teneri et par conséquent aucune raison de suspecter le texte jusque-là. Ensuite vient in factum actione, qui, se trouvant dans le premier texte, manque aux Institutes, et dans le second texte de Gaius. Par conséquent, il y a des chances pour que ce soit une glose qui a passé dans le texte. Il y en a une preuve de forme. Dans la bonne langue latine, on dirait videtur quasi ex maleficio in f. actione teneri.

Gloses introduites dans le texte par les scolastes.

De même, la finale : "Et in...." paraît également une glose. Ceci est admis par tout le monde. En effet, on remarque que ce passage manque aux Inst. et dans le deuxième texte de Gaius. Cela prouve qu'il était dans un manuscrit de Gaius et qu'il n'était pas dans un autre, celui qu'ont reproduit les Institutes. C'est beaucoup plus une scolie qu'un tribonianisme puisque les Inst. l'ignorent.

Judicans au lieu de judex est critère d'interpolation. (Guarneri Cittati V° Judicari).

On comprend aussi facilement la raison de ces gloses que dans le texte sur l'action d'injure. Gaius disait ex maleficio teneri : le juge est tenu comme d'un délit. Un scolaste ajouta, pour préciser : par une action in factum et un autre scolaste a ajouté in quantum.... pour indiquer l'objet de cette action.

Tous ces passages viennent de scolies. Ce n'est pas à dire qu'elles soient inutiles : elles ont pour fondement la vieille tradition classique. Le scolaste a reçu tout de même une culture juridique et il sait le droit romain..... mieux que nous. C'est interpolé, c'est possible, mais le fond est bon.

M. Pringsheim (p. 105) transporte de ea re avant judicantis. C'est une subtilité. De ea re est à sa place, car il correspond à la formule ob eam rem aequum de D. 47.10.17.2 supra et de D. 47.12.3 pr. infra. De ea re ou ob eam rem c'est la même chose : sur ce point, pour ce cas.

Ce qui vient d'être exposé correspond à la critique de Ferrini (Fonti delle Istituzioni) tandis que certains déclarent le texte interpolé depuis non proprie jusqu'à in factum actione et, de sorte qu'il ne reste que le commencement et la fin du texte (Cf. Pringsheim, p. 105). Mais il faut s'en tenir aux Institutes, il serait invraisemblable que Gaius ait dit si peu qu'on lui fait dire.

La division quadripartite des obligations

Il faut avouer que si l'on admet la pureté du passage qui mentionne le quasi délit (quasi ex maleficio teneri), on est entraîné à admettre l'authenticité de la division quadripartite des obligations (ex

existe-elle à l'époque classique.

contractu, quasi ex contractu, ex maleficio, quasi ex maleficio). Or on sait qu'une certaine résistance existe à cet égard : il n'est pas question de cela dans les Institutes de Gaius, "quasi" est souvent suspect; ce serait plutôt une division byzantine et on fait grand état de notre texte qui serait interpolé. Malheureusement en France il n'y a pas grand chose sur la question (Cuq. P. 918); en Italie, Arangio Ruiz, Istituz, 2 éd. 265-270.

Si la division quadripartite existe dès l'époque classique, on dit qu'elle est d'influence grecque. L'influence grecque s'est exercée déjà à l'époque classique, tout le long de l'histoire du droit romain.

Ici l'influence grecque se retrouve, comme le montrera l'exégèse du texte. Passons à l'exégèse.

Le juge est tenu en raison de son acte illicite, mais faute d'intention, c'est un quasi-délit. La nature de l'action ne fait pas de doute, c'est une action prétorienne in factum, car elle n'a pas de modèle dans le droit civil. La condamnation est une condamnation fondée sur l'aequum. Des auteurs refusent à notre action de faire partie des actions in aequum et bonum conceptae. Cela est difficile à admettre. Le montant de la condamnation est donc une somme égale à ce qu'il aura paru équitable au juge et à la religion de celui qui juge.

On peut remarquer que le juge est condamné licet per imprudentiam qu'il faut traduire par "ignorance" (non science). Ces termes ne seraient-ils pas interpolés ? (V. Infra). Il est condamné s'il agit par ignorance parce que le juge ne doit pas être ignorant. S'il a commis un dol, on comprend à fortiori qu'il soit condamné.

Le juge fait le procès sien quand il a agi per imprudentiam et à fortiori s'il a agi dolo malo. Ulp. XXI ad Ed. D. V.I. de Judic. 15.1. En quoi consiste le dol du juge ? A juger, dit le texte "vel gratia, vel inimicitia, vel etiam sordes : par faveur, par inimitié ou par cupidité". Dans ce cas il sera condamné à la "vera aestimatio litis" - ce qui revient au même que le "quantum aequum".

L'actio injuriarum aestimatoria est imitée de l'action grecque, *dikē aikias*. L'action contre le juge qui fait le procès sien semble aussi être une imitation du droit grec. Un passage d'Aristote Ethique à Nicomaque p. II36 b parle en effet d'un jugement qui n'est pas illicite, *adikos*, mais qui est quasi-illicite *ōs adikos*; on reconnaît là une expression voisine des termes latins : "non ex delicto sed quasi ex delicto", et cela dans le cas où le juge aura commis une

Origine grecque de l'actio contre le juge.

erreur. Si bien que les termes "licet per inprudentiam" qu'on répute parfois interpolés paraissent purs, mais inspirés du droit grec. Il ne serait pas surprenant que Gaius ait emprunté à la tradition grecque l'idée de voir ici un quasi-délit (Pringsheim p. 106, n.4).

§ 3 - Actio sepulcri violati.

L'action pour violation de sépulcre est in aequum et bonum concepta. Personne ne le met en doute et trois textes le déclarent ou conduisent à le dire:

1°- Ulp. 25 ad Ed. Praet. D. 47.12 de Sep. Viol.

3, Pr.

Texte de l'Edit du préteur donnant une action en cas de violation de sépulture.

Praetor ait : "Cujus dolo malo sepulchrum violatum esse dicetur, in eum in factum iudicium dabo, ut ei, ad quem pertineat, quanti ob eam rem aequum videbitur, condemnetur etc....".

Le préteur dit : "Contre celui par le dol de qui on allègue qu'un sépulcre a été violé, je donnerai une action in factum afin qu'il soit condamné envers celui, à qui il appartiendra, à une somme égale à ce qui en raison de cet acte paraîtra équitable etc...."

Jusqu'à présent le texte ne semble pas avoir été suspecté. L'exégèse en est facile : 1° Ce texte est un passage de l'Edit du préteur "In factum" peut être une glose (Cf. Krueger éd. du Digeste et cf. D. 50.13.6. Supra). Le préteur, en effet, ne qualifie pas d'ordinaire le iudicium qu'il donne; il dit : "Je donnerai une action". C'est aux praticiens à construire la formule qui convient. C'est donc un glossateur qui aura ajouté in factum.

2°- L'action est intentée par "celui à qui il appartiendra", formule courante. Nous savons par d'autres textes du même titre que ceux qui peuvent agir contre le coupable sont a) les héritiers, b) les extranei, c'est-à-dire les personnes qui ne sont pas des héritiers et c) même n'importe qui, le premier venu, parce que l'action est populaire. Il y va de l'intérêt général que la violation de sépulture soit sanctionnée : si les héritiers, si les extranei n'agissent pas, le premier citoyen venu prend la cause en main.

3°- La condamnation est une condamnation à l'aequum, c'est-à-dire qui a pour mesure la volonté équitable, l'arbitraire (au sens raisonnable du mot) du juge qui naturellement tient compte de tous les éléments de fait.

Montant de la
condamnation.

Nous avons du reste une précision sur ce point, dans la même loi, 3,8, qui est un passage du Commentaire d'Ulpien sur l'Edit où le jurisconsulte, comme tous les commentateurs, donne des précisions qui n'étaient pas dans le texte lui-même.

Qui de sepulcri violati actione judicant, aestimabunt, quatenus intersit, scilicet ex injuria, quae facta est: item ex lucro ejus, qui violavit: vel (ex) damno, quod contigit: vel ex temeritate ejus, qui fecit; nunquam tamen minoris debeant condemnare, quam solent extraneus agente.

Ceux qui jugent sur l'action sepulcri violati estimeront autant qu'il importe (au demandeur) (ils accorderont au demandeur autant qu'il lui importe), c'est-à-dire jugeront d'après l'injure commise, de même d'après le gain du violateur, ou d'après le dommage advenu, ou d'après la témérité de l'auteur. Cependant jamais ils ne doivent condamner à une somme moindre qu'ils en ont l'habitude quand c'est un extraneus qui agit.

Un extraneus, un autre que l'héritier (Bas. V. 649). Quant aux éléments qui rentrent dans l'appréciation de la condamnation, ils sont très précieux pour nous parce qu'ils nous montrent sur quels éléments se fonde l'aequum. Le juge quand il juge en équité juge d'après les circonstances de fait. Nous voyons ici quels sont ces éléments (moraux ou matériels); l'injure à la mémoire du défunt, le gain du violateur qui a pu voler quelques objets dans la tombe, la dégradation du tombeau, la témérité même du violateur. Notre action, comme toute action in aequum et bonum concepta possède en effet des éléments moraux caractéristiques.

4°. La nature de l'action est d'être une action in aequum. Dans le texte précité il est question de l'aequum, mais un texte de Papinien L. VIII Quest. D. H.T. 10 déclare expressément que l'action est in aequum et bonum concepta. Ce texte n'est pas d'outout suspecté même par M. Pringsheim Z.S.S. 1932 p. 106.

Sans insister sur cette matière signalons toutefois une découverte assez récente qui donne lieu à des discussions sur la violation de sépulture. On a trouvé dans les collections Froehner (Cabinet des médailles de la Bibliothèque nationale) une inscription grecque qui rapporte l'édit d'un empereur et qui provient paraît-il, de Nazareth. On l'appelle Inscription de Nazareth. Ce qui est intéressant, c'est que l'inscription indique des peines publiques sanctionnant la vio-

L'inscrip-
tion de Naza-
reth.

lation de sépulture et qui sont ignorées dans nos textes juridiques (Voir F. de Zulueta. Journal of Roman Studies, 1932, p. 184-197).

§ 4 - L'action funeraria.

A qui incombe le paiement des funérailles.

Le funus c'est la célébration des funérailles du citoyen romain. Les funérailles entraînaient à Rome beaucoup de cérémonies et étaient l'objet d'une attention particulière de la famille (Cf. Cuj. Dict. des Antiq. V° Funus). Le point de vue juridique est représenté en cette matière par la question des frais, lesquels étaient souvent considérables et étaient payés par différentes personnes suivant les cas. Les Romains distinguent plusieurs espèces de funus (Cf. Cuj. article précité). Nous ne nous occupons que du funus privatum (Dict. p. 1404), des funérailles du particulier dont les frais sont réglés par les particuliers, c'est-à-dire par des individus ou par des collèges funéraires.

En principe la charge de ces frais incombe à celui que l'on appelle l'everrator ou balayeur, l'héritier qui doit purifier la maison mortuaire (souillée par la mort) à l'aide d'une espèce de balai. Ce purificateur de la maison mortuaire est naturellement d'abord l'héritier lui-même ou le bonorum possessor qui est assimilable à l'héritier, ou tout autre successeur. Ici encore si la personne à qui il appartient ne fait pas procéder aux funérailles, n'importe qui peut y faire procéder; il faut que les rites s'accomplissent, que l'ordre religieux et public soient respectés. Si donc quelqu'un meurt sans que personne soit là pour faire procéder à ses funérailles, n'importe qui peut s'en charger. C'est une œuvre de bonne confraternité romaine, de bon concitoyen. Celui qui s'aventure ainsi à faire enterrer le défunt risque de l'argent. Comment se fera-t-il rembourser les frais funéraires? Le principe posé par les textes est que cet individu ne pourra se faire rembourser que s'il a agi dans l'intention de se faire rembourser et non pas par piété pour le défunt. Pour bien manifester son intention, il doit même déclarer devant témoins qu'il se charge des frais funéraires, mais qu'il a l'intention de se faire rembourser. Celui qui agit dans ces conditions peut se faire rembourser et si celui à qui il appartient discute avec lui et ne le rembourse pas de bon gré, pour trancher ce conflit un Edit rapporté par Ulpien 25 ad Ed. D. XI.7. de Relig. 12.2. est intervenu qui promet un judicium à celui qui a fait les frais pour se les faire rembourser : judicium dabo. Cette action porte

Action donnée à celui qui a fait célébrer les funérailles

pour se faire
rembourser
de ses frais.

un nom bien connu : actio funeraria, action pénale, subsidiaire, comparée quelquefois à l'actio negotiorum gestorum, bien qu'elle présente avec elle des différences notables. (L'actio funeraria est du reste sans doute antérieure à l'actio negotiorum gestorum, ou bien si elle ne l'est pas, le prêteur a éprouvé le besoin de créer une action spéciale à raison de l'intérêt moral, public, religieux qui s'attachait à l'acte du tiers et il a estimé que l'action de gestion d'affaires n'y suffisait pas.) Cette action funeraria pénale est donnée à celui qui a fait les frais pour les récupérer, contre celui à qui il appartient. Le but de l'Edit est indiqué H.T. I2.3: "ne insepulta corpora jacerent neve quis de alieno funeretur" : que l'individu qui agit soit sûr d'être remboursé, afin qu'il ne soit pas arrêté dans son initiative, afin que les cadavres ne restent pas sans sépulture (car si les tiers n'avaient pas d'intérêt peut-être n'agiraient-ils pas), "et afin que quelqu'un ne soit pas enterré aux frais d'autrui". Il faut qu'on soit enterré de suo, sur le patrimoine de sa famille, car c'est une charge héréditaire. Si c'est un autre qui fait célébrer les funérailles, si on lui laissait la charge des frais à son compte, le défunt aurait été enterré de alieno, ce qui n'est pas admissible.

Le texte fondamental est Ulp. 25 ad Ed. D. XI, 7 de religio. I4.6.

Ulpien
Dig. XI, 7,
I4.6.

Haec actio, quae funeraria dicitur, / ex bono & aequo oritur / : continet / autem / funeris causa tantum impensam, / non etiam ceterorum sumptuum /. Aequum autem accipitur ex dignitate ejus, qui funeratus est, ex causa, ex tempore & ex bona fide : / ut neque plus imputetur sumptus nomine, quam factum est neque tantum, quantum factum est, si immodice factum est / : deberet enim haberi ratio facultatum ejus, in quem factum est, et ipsius rei, quae ultra modum sine causa consumitur. / Quid ergo si ex voluntate testatoris impensum est? Sciendum est nec voluntatem sequendam, si res egrediatur

Cette action qui est appelée funéraire sort de l'honnête et de légal (de l'équité). Aussi contient-elle seulement la dépense faite en vue des funérailles, et non également (la dépense) du reste des frais. Mais l'équité se déduit de la dignité de celui dont on célèbre les funérailles, de sa condition, du moment et de la bonne foi, pour qu'on n'impute pas à titre de frais plus qu'il n'a été fait ni autant que ce qui a été fait, si l'on a fait des frais immodérés : en effet compte devrait être tenu des facultés (c'est-à-dire de la fortune) de celui envers qui on a

justam sumptus rationem:
pro modo autem facultatum
sumptum fieri/.

fait(les frais) et de la
chose (la somme) même qui
est consommée (employée)
sans cause au-delà du taux.
Que se passe-t-il donc si
on dépense d'après la vo-
lonté du testateur ? Il
faut savoir que cette vo-
lonté ne doit pas être sui-
vie, si la chose (la somme)
excède le juste compte des
frais, mais (il faut sa-
voir) que les frais se font
à la mesure des facultés.

Critique du
texte.

Critique : En lisant tout le fragment I4, car
il ne faut jamais détacher un texte de son contexte,
on s'aperçoit que le § 6 ne se relie pas aux paragra-
phes précédents. Haec actio apparaît ici comme une
génération spontanée : il n'est pas difficile de trou-
ver la cause de cette rupture de pensée dans le soi-
disant texte d'Ulpien.

C'était la formule de l'action qui se trouvait
là. Mais comme toutes les formules ont été biffées par
les compilateurs, celle-là a sauté comme les autres.
Avant le § 6 se trouvait chez Ulpien la formule de l'ac-
tion dont le § 6 est le commentaire.

Le texte a été très suspecté (Index . T. I.c.
250 - 253; Pringsheim Z.S.S 1932, 107 - 108).

Relevé des
nombreuses
interpolations.

1- Le début est post-classique, il faut biffer
(ex bono et aequo oritur). Le mot autem saute égale-
ment. On ne peut pas dire que l'action funéraire sort
de l'équité, ce n'est pas sa source, c'est la nature
de l'action.

Nous trouverons des formules analogues interpo-
lées supra au D. 47,10,11,1 et infra D.9.3.5.5. Seule-
ment la différence entre Monsieur Collinet et M. Pring-
sheim c'est que lui fait sauter tout le début. Le tex-
te semble-t-il portait Haec actio quae funeraria dici-
tur continet et un scoliaste a ajouté : elle procède
de l'équité.

2 - Non etiam caeterarum sumptuum interpolé
d'après M. Pringsheim. On ne voit pas bien pourquoi.
Sumptus n'est pas un critère d'interpolation.

3 - "Ut neque..... consumitur". Voilà un long
passage supprimé par M. Pringsheim. Suppression exagé-
rée, pense M. Collinet qui ne soupçonne que depuis "ut
neque" à "si immodice factum est".

L'argument est tiré de immodice, terme suspect
qui est un critère d'interpolation. D'autre part ce
développement paraît inutile. M. Collinet se demande

si cette phrase ne doit pas être supprimée alors que la période suivante (Deberet.... consumitur) serait maintenue parce que cette phrase se rattache très bien à "ex bona fide" qu'elle explique parfaitement. En effet le demandeur reçoit ce qui est équitable, calculé d'après des éléments que nous verrons et en particulier d'après la bonne foi. On comprend très bien que le jurisconsulte Ulpien lui-même ait dit : nous allons expliquer ce que veut dire "Ex bona fide", et alors il aurait écrit : "Deberet enim haberi ratio facultatum ejus in quem factum est et ipsius rei, quae ultra modum sine causa consumitur". Le juge tranchera d'après la bonne foi, c'est-à-dire qu'on tiendra compte des facultés de celui dont on a fait les funérailles. Cela n'avait pas encore été dit, Ulpien écrit aussi : on tiendra compte également des sommes qui ont été employées sans cause au-delà du taux, c'est-à-dire qu'on rabattra les frais qui ont été inutiles. Ce n'est pas une idée inutile et on peut présumer que le jurisconsulte a pu dire cela pour expliquer les termes ex bona fide. Au contraire : "ut neque.... immodice factum est", est une redondance, où le bas-latin "immodice" ne fait que reproduire le "ultra modum" de la fin qui est une expression tout à fait romaine.

4°- La dernière phrase, le dernier passage est certainement interpolé. Il constitue un procédé, question et réponse: Quid ergo...? Sciendum est, qui sent l'école (Protheoriai, Collinet, Beyrouth p. 247, 254). Passons à l'exégèse:

1°- L'action a pour objet seulement les dépenses faites funeris causa, celles faites uniquement en vue des funérailles et non le reste des frais. L'achat du terrain de sépulture est compris dans les dépenses funeris causa, mais non l'érection du monument funéraire.

Le créancier est privilégié et même au premier rang (de même encore chez nous). (Ed. Cuq, p. 1405).

2°- Le texte nous dit : le juge appréciera ces dépenses d'après l'Aequum. L'action est une action in aequum et bonum concepta, quoique cela ne soit pas dit dans le texte bonum. Mais il n'est pas difficile de le rétablir puisque, après la première phrase vient Aequum autem. ..

A partir de ce moment, nous arrivons à un passage très intéressant qui précise les éléments de l'aequum. Il est donc possible qu'il y ait entre la première et la deuxième phrase une omission, par exemple un morceau de la formule qui a disparu.

3°- L'aequum doit s'apprécier d'après les circonstances de fait, car (Ch. I) c'est précisément là

Elements de
l'aequum dans
l'action.

le concept de l'équité qui est l'union du droit et de la morale adaptée aux circonstances, tout en restant sur le domaine juridique et sans tomber dans l'arbitraire. Comme dans le § 3 nous découvrons ici les éléments d'appréciation :

a) L'appréciation se fera d'après la dignité de celui qui fait l'objet des funérailles, d'après son rang dans la société et plusieurs fois les textes mettent sur le même pied la fortune et la dignité du défunt. Ulp. 25 Ad. Ed. T. 12, 5; Paul 27 ad. Ed. D.H.T. 21, pro dignitate et facultatibus.

On peut s'étonner que dans notre loi 14.6 il ne soit question que de la dignité et pas des facultés, mais en tout cas la fortune était prise en considération puisque nous la trouvons dans un passage qui paraît pur : "deberet...".

b) Ex causa. Le mot causa a des sens multiples (Cf. Heumann Seckel Handlexikon). Cependant il y a un sens bien connu qui paraît être le bon ici. "Causa" c'est l'état, l'état de la chose. Ainsi on usucapait la chose "cum sua causa", dans la situation où elle se trouve, avec ses accessoires actifs ou passifs. La causa, ici, c'est l'état, la condition de la personne du défunt.

c) Ex tempore : d'après le moment, d'après le temps, la relativité du temps est une idée banale. Il faut donc tenir compte des circonstances de temps : on trouvera par exemple plus difficilement des porteurs pour enterrer quelqu'un en temps de révolution qu'en temps normal.

d) et ex bona fide. La bonne foi est une notion plus vague et il est probable que "deberet etc..." se rattache à ex bona fide et soit un commentaire de ces termes imprécis. Au point de vue de l'équité en droit romain nous trouvons là le premier exemple du rapprochement entre bona fides et aequitas.

Sautant l'interpolation, nous arrivons à "deberet etc...": compte-doit être tenu des facultés du défunt et de la somme employée sans cause au-delà du taux. On ne remboursera pas une somme employée sans cause au-delà d'un taux normal et cette idée revient dans l'interpolation "si immodice factum est".

Si, dans notre texte fondamental le caractère de l'action n'apparaît pas formellement M. Pringsheim Z.S.S 1932. E. p. 108 aperçoit ce caractère dans 5 passages du Digeste qui seraient d'origine byzantine. On ne doit pas attacher grande importance à cette origine, car la pensée des classiques était déjà la même. L'action était certainement in aequum concepta à l'époque classique.

Caractère de
l'action.

Il faut faire deux catégories de ces passages qui ne se rapportent pas tous à la même chose. Ainsi Ulp. 25 Ad Ed. D.H.T. I4.I3 in fine : "nonne aequum est mihi funerariam competere ?, dans tel et tel cas n'est-il pas évident que l'action funéraire me compète". Cela ne veut pas dire que l'action est in aequum et bonum, cela veut dire qu'il est équitable d'accorder l'action et cela peut se dire de n'importe quelle action.

D.H.T. I4,I5 : "lucrari enim heredem iniquum est: Il est inique en effet que l'héritier s'enrichisse", Iniquum ne veut pas dire que l'action soit in aequum et bonum, c'est une phrase banale.

D.H.T. I6 : aequissimum enim visum est veteribus mulieres... le passage ne vise pas le rôle du juge dans l'action, il vise l'octroi de l'action, ce qui n'est pas du tout la même chose.

Restent donc seulement deux passages qui marquent le caractère in aequum et bonum.

passages qui
marquent le
caractère in
aequum et
bonum.

a) Ulp. 25 Ad Ed. H.T. I4.I0 : "Judicem, qui de ea aequitate cognoscit". passage interpolé d'après certains auteurs : car le juge ne connaît pas de cette équité, mais il connaît de l'action.

b) H.T. I4.I3 Ulpian : "et generaliter puto judicem justum non meram negotiorum gestorum actionem imitari, sed solutius aequitatem sequi; cum hoc ei & actionis natura indulget : et je pense, d'une façon générale, que le bon juge n'imite pas la pure action de gestion d'affaires, mais qu'il suit librement l'équité comme cela lui convient d'après la nature de l'action". Ce passage a été réputé interpolé parce qu'il contient "natura actionis" et "aequitas". Dans Gaius (Cf. Vocabulaire de Zanzucchi), on est frappé de trouver iniquitas, alors qu'on ne trouve pas aequitas. On répute donc ce mot interpolé en rattachant le développement de l'équité au droit byzantin (V. ch. V). Ici l'interpolation est certaine parce que toute la théorie de la nature de l'action paraît bien byzantine (Collinet T.I.). Mais la phrase où l'expression se trouve n'est qu'une justification. La question est de savoir si la solution elle-même est byzantine. M. Collinet pense que le passage est classique dans le fond. Le bon juge n'imite pas la pure action de gestion d'affaires, il ne se cantonne pas dans les règles de celle-ci, il suit de façon plus libre, plus dégagée l'équité, c'est une phrase qui pourrait très bien être classique. En tout cas l'idée est classique.

§ 5 - Actio de effusis et dejectis.

Il n'y a pas grand chose à dire là-dessus. Le préteur avait donné une action quasi-délictuelle lorsque les personnes avaient jeté des objets ou versé un liquide susceptible de blesser ou de tuer un passant (I Ulp. I3 Ad Ed. D. 9.3. de his. qui effuderint, vel dejecerint. Fg. I Pr : = Inst. IV.5. de Oblig. quae quasi ex delicto § I.

Textes sur l'édit des édiles réprimant le jet d'objets sur la voie publique.

Praetor ait de his qui dejecerint vel effuderint; "Unde in eum locum, quo vulgo iter fiet, vel in quo consistetur dejectum vel effusum quid erit, quantum ex ea re damnum datum factumve erit, in eum, qui ibi habitaverit, in duplum iudicium dabo. Si eo ictu homo liber perisse dicetur quinquaginta aureorum iudicium dabo. Si vivet nocitumque ei esse dicetur, quantum ob eam rem aequum iudici videbitur, eum, cum quo agetur, condemnari, tanti, iudicium dabo. Si servus insciente domino fecisse dicetur in iudicio adjiciam, aut noxam dedere".

De eo vero, quod deject. effusumve est, dupli, quanti damnum datum sit constituta est actio.

Ob hominem vero liberum occisum quinquaginta aureorum poena constituitur. Si vero vivet, nocitumque ei esse dicetur, quantum ob eam rem aequum iudici videtur, actio datur.

"Le préteur dit de ceux qui auraient jeté ou versé : "D'où dans un lieu sur lequel est fait un chemin pour le public ou dans lequel on se tiendrait, (comme une place publique), quelque chose aurait été jeté ou versé, je donnerai une action au double du dommage causé ou fait à raison de cela, contre celui qui aura habité là. Si de ce coup un homme libre est allégué avoir péri, je donnerai une action pour 50 sous d'or. S'il vit, et qu'on allègue qu'on lui a nui, je donnerai une action pour une somme égale à ce qu'il paraîtra au juge, à raison de ce fait équitable que le défendeur soit condamné. Si un esclave est allégué

(I) On pourrait à ce propos retracer toute l'histoire des maisons romaines à étages dont beaucoup étaient de véritables "blocs" isolés, séparés les uns des autres pour éviter la propagation de l'incendie.

avoir commis le dommage à l'insu du maître j'ajouterai à l'action (les mots aut noxam dedere): ou livrer le coupable".

Le texte des Institutes IV.5.I. s'exprime d'une façon beaucoup plus développée. En effet leur source se trouve dans Gaius 3 Rer. Cott. déjà cité D. 44.7.5 5 de sorte que nous avons encore ici trois textes comme pour le juge qui fait le procès sien. Inutile de les comparer ici. La fin du § I concerne les soins médicaux; la source s'en trouve au D. 9.3.7.

Le passage "de eo vero etc..." résume ce qui est dit dans Ulpien. : "Mais de ce qui a été jeté ou versé une action au double du dommage causé a été établie. Mais pour un homme libre tué, une peine de 50 sous d'or est établie. Mais s'il vit et qu'on allègue qu'on lui a nui, une action est donnée pour autant qu'il paraît au juge, à raison du fait équitable".

Montant de
l'amende.

La comparaison avec Ulpien prouve que la rédaction des Institutes est indépendante de celle du Digeste.

Au point de vue de la critique voici : la monnaie indiquée au Digeste et aux Institutes c'est le sou d'or (solidus, aureus), du poids de 4 gr 55 qui valait environ 15 frs 86 -or, qui est une monnaie de compte beaucoup plus qu'une monnaie réelle. Ces aurei ont des poids différents et les particuliers ou les agents du fisc les pesaient, si bien que quand on parle de la pesée des monnaies du temps des XII Tables, on se figure que cela a disparu. En réalité on a continué à peser les monnaies au Bas-Empire (Cf. Babelon, V° solidus, Dict. des Antiq. .)

Toutes les fois qu'on trouve "aurei, solidi", le texte est interpolé. Un sou d'or correspond à 1000 sesterces, quinquaginta aureorum = 50.000 S. (Le S. vaut 0.20 c/ or).

Caractère
équitable de
l'action.

L'action est une action très souple dont les objets varient suivant les cas. L'action a un caractère équitable : le cas visé par le texte est celui où l'homme libre a été frappé par le liquide répandu ou l'objet jeté. Cet homme libre n'était pas mort (car s'il avait été tué, la peine serait de 50 aurei). Il vit, mais il a été blessé, l'habitant est condamné au "quantum ob eam rem aequum iudici videbitur : à une somme égale à ce qui paraîtra au juge équitable à raison de ce fait". Pas de détail malheureusement sur les circonstances qu'on peut facilement reconstituer.

Ulp. 23 Ad. Ed. D.H.T. 5.5 dit que l'action naît de l'honnête et de l'égal "nam ex aequo et bono oritur". Ce passage est interpolé et rappelle les termes employés pour l'action d'injures et l'action funéraire. Les mots

ex aequo et bono" visent le caractère et non la source de l'action.

§ VI - Action édilicienne de feris.

En France on distingue les animaux sauvages et les animaux domestiques. L'Angleterre a une division très particulière des animaux et en distingue trois catégories : 1° les animaux domestiques, 2° les animaux sauvages, 3° les chiens.

A Rome on parle des bêtes qu'on traduit ordinairement les fauves (de feris). Ce sont les animaux "dangereux". La liste est conservée par Ulp. L.II de edil. Edict. ; curules D.2I.I. de Edit Edict. fg. 40.I. et Instit. IV.9. si quadrupes 4. Cette liste a été donnée par les Ediles curules qui ont la police de la voie publique. Ce sont des animaux dangereux que le propriétaire doit surveiller pour ne pas nuire aux passants.

Voici la liste du fg. 40 I: canem verrem vel minorem, aprum, lupum, ursum, pantheram, leonem; le chien, la truie (ou un petit animal), le sanglier, le loup, l'ours, la panthère, le lion".

Si l'on compare ce texte au passage des Instit. IV.9.I. on s'aperçoit que "vel minorem" manque, on a pris beaucoup de peine pour expliquer ce mot. Feu Vitt. Scialoja a trouvé l'explication (Dig. Ed. Ital.). Il suppose que c'est une glose provenant de ce que le copiste avait hésité sur la lecture "verrem" (paléographiquement "verrem" et "minorem" sont proches. Le mot n'étant pas répété aux Institutes, c'est une nouvelle preuve de l'indépendance des deux ouvrages.

<p>Sanction du défaut de surveillance des animaux féroces ayant entraîné des Inconvénients.</p>	<p>Le D. 2I.I.42 (Inst. IV 9.I.) contient les sanctions contre l'individu qui n'a pas surveillé ces animaux dangereux et dont le défaut de surveillance a entraîné un inconvénient pour un tiers.</p> <p>.... si adversus ea factum erit & homo liber ex ea re perierit, solidi ducenti (corr. solidos ducentos); si nocitum homini libero esse dicetur quanti bonum aequum judici videbitur, condemnatur: ceterarum rerum quanti damnum datum facturumve sit, dupli.</p>	<p>et si adversus ea factum erit et nocitum libero homini esse dicatur quod bonum & aequum judici videtur, tanti dominus condemnatur; ceterarum rerum, quanti damnum datum sit, dupli.</p>
---	---	--

"..... si on a fait (quelque chose) contre des dispo-

sitions de l'Edit) et qu'un homme libre ait péri, qu'on soit condamné à 200 sous d'or, si l'on allègue qu'on a nui à un homme libre (qu'on soit condamné) à une somme égale à ce qu'il paraîtra au juge honnête, égal et (équitable); des autres choses, au double de l'estimation du dommage causé ou fait".

Rappelons ici que les 200 solidi remplaçaient 200.000 sesterces.

Une condamnation au quanti bonum et aequum judici videbitur permet de ranger notre action dans la catégorie que nous étudions. M. Pringsheim Z.S.S. 1932 p. 109 observe à juste titre que l'action de l'Edit des Ediles curules est apparentée à l'action de l'Edit prétorien de his qui de jec. val affud § 5 et que toutes deux étaient des variétés de l'action d'injures, d'où la libre appréciation du juge sur le fondement de l'équité.

§ 7 - Judicium rei uxoriae.

L'action rei uxoriae a pour objet l'aequius melius.

Le judicium ou actio rei uxoriae qui est devenu dans le droit de Justinien une actio dotis ou de dote après la fusion de l'action classique avec l'action ex stipulatu, est la sanction de la restitution de la dot. Nous savons aussi qu'elle a pour objet le "melius aequius", le juge devant apprécier ce qu'il y a de meilleur et d'équitable, l'estimation étant désignée par un comparatif, la condamnation est donc d'un degré au-dessus de l'équité laquelle s'exprime par bonum aequum. A considérer cet objet de la condamnation, le melius aequius, on déduirait déjà que notre action rentre dans la catégorie des actions in aequum et bonum conceptae. Ce caractère est confirmé par un texte bien connu de Gaius L.IV Ad Edict. Proy. D. 4.5. de Capit. minut. fg. 8 Gaius dit que "la capitis deminutio n'a pas effet sur les obligations qui sont censées avoir une prestation naturelle parce que la raison civile (le droit positif) ne peut corrompre les droits naturels". La fin du passage est ainsi conçue :

L'actio rei uxoriae est in aequum et bonorum concepta.

Itaque / de dote / actio / rei uxoriae / quia in bonum & aequum concepta est, nihilominus durat etiam post capitis deminutionem.

L'action de dot, parce qu'elle est conçue en honnête et égal, n'en dure pas moins également après la perte de la personnalité par capitis deminutio.

Voilà donc un texte qui proclame nettement le caractère de notre action in aequum et bonum concepta.

Seulement une grande difficulté se présente : le judicium rei uxoriae est rangé parmi les judicia

bonae fidei dans l'énumération de Gaius IV, 62. Les judicia bonae fidei, dit-il, sont. rei uxoriae. Pendant quelque temps on avait cru s'en tirer en disant que les lettres R U ne sont pas lisibles dans le palimpeste de Vérone et que l'actio rei uxoriae n'est pas de bonne foi au temps de Gaius. Mais la plupart des auteurs l'admettaient parce que Studemund avait cru lire le nom de notre action dans cette liste. On en était là et l'on bâtissait des théories quand M. Capocci a eu l'idée d'employer la lampe Gallois qui permet de lire les manuscrits même très altérés. Grâce à cette lampe les lettres R U ont apparus. Il n'y a plus de doute que l'action figure dans la liste des actions de bonne foi de Gaius. Alors comment peut-elle être en même temps in aequum et bonum concepta ? M. Collinet n'étudiera pas cette question qui rentre dans le programme du doctorat A (cf. Pringsheim Z S.S. 1932 IIO-II4 et Van Oven: Gai IV, 61, Rev. d'Hist. du Droit de Haarlem, T. XII, p. 29 - 37).

L'action negotiorum gestorum et le iudicium de moribus ont une base morale.

Il reste encore deux actions sur les neuf de la liste maximum : le iudicium de moribus et le iudicium negotiorum gestorum, l'action donnée en cas d'adultère de la femme et l'action de gestion d'affaires M. Pringsheim p. 109 remarque judicieusement que nous n'avons pas de preuve directe que ces actions aient été aequum et bonum conceptae.

On peut les laisser de côté et il restera sept actions. Les deux actions rei ux. et de mor. sont des actions qui reposent toutes deux sur une base morale. Quand le mari agit contre sa femme pour mauvaises mœurs et quand la femme réclame sa dot, c'est un droit moral que l'on fait valoir. Ces actions ont donc au premier chef une base morale. Mais comme l'a remarqué M. Nœailles (Cours 1932-1933), il semble bien que dans l'histoire romaine le procès ne se soit pas discuté tout d'abord devant le iudex unus, on peut supposer que le premier juge de ces questions morales aurait été le censeur. En effet Caton in Aulu Gelle X. 23.3. nous dit que dans le iudicium de moribus : "iudex est censor : le juge fait office de censeur". Il en était sans doute de même dans l'action avant qu'elle ne fût reconnue par le droit positif. Or un autre passage de Varron de L.L.VI.71 relatif aux fiançailles nous dit que le censeur juge selon l'équité : quod tum et praetorium jus ad legem et censorium iudicium ad aequum aestimabatur : parce qu'alors le droit prétorien était estimé selon la loi et le jugement censoriel s'estimait selon l'équité". Varron oppose ici quatre termes deux à deux : 1° - Jus praetorium (la partie de l'instance qui se déroule devant le magistrat, la

Rôle du censeur.

phase in jure) et *judicium censorium* (la procédure censorienne, la phase devant le *judex*); 2°- la loi (d'après laquelle le prêteur estime les choses) et l'équité (d'après laquelle le censeur les apprécie). Nous avons donc un témoignage formel que le censeur statuait d'après l'équité : *ad aequum aestimabatur*. Nous avons donc la source du caractère de l'action *rei uxoriae* et on comprend qu'elle soit *aequius melius*.

Chapitre III.

L'EQUITE, LES EXCEPTIONS ET LES REPLIQUES.

Section I.

L'équité et les exceptions.

Nous venons de voir la plus ancienne application de l'équité en droit romain. D'après les dates que l'on peut reconstituer, la première application de l'équité en droit romain a été celle des actions que nous venons d'étudier. Nous avons là des actions nées d'actes illicites, de degrés divers, les uns volontaires, les autres non volontaires, c'est-à-dire des délits ou des quasi-délits prétoriens.

La conception du droit strict n'est dégagée nettement qu'à l'époque byzantine.

Nous allons nous trouver dans ce chapitre en face également d'actes illicites, mais à un autre point de vue, et sanctionnés également par le prêteur dans une deuxième application plus récente de l'équité s'opposant au droit que l'on appellera plus tard "le droit strict" (les expressions *strictum ius*, *actio strictu juris*, byzantines, ainsi que l'a soutenu à bon droit M. Pringsheim.)

Les prêteurs ont paralysé les conséquences du droit strict par l'équité.

Le droit dit strict s'interprète naturellement d'une façon rigoureuse; ce droit entraîne aussi naturellement des injustices, non pas par lui-même, mais à partir du moment où l'on s'aperçoit qu'il en crée c'est-à-dire le jour où l'idée d'équité a hanté les cerveaux préto-riens.

Le jour où certains prêteurs l'ont reconnu et ont été pris par cette idée que la rigueur du droit entraînait l'injustice, ils se sont efforcés de paralyser l'action civile par un moyen de défense bien connu, l'exception. Tout cela se passe dans un champ d'action tout à fait différent du chapitre précédent, car nous sommes ici sur le terrain des opérations licites qu'on appellera plus tard des contrats, des con-

trats de droit strict(qui est encore une expression byzantine).

Donc ici il ne s'agit plus d'interprétation du juge. En effet, quel que soit le penchant du juge pour la douceur, quelles que soient ses aspirations, ce juge n'aurait rien pu contre le droit. Recevant une formule il était obligé de l'appliquer, même s'il était révolté dans son for intérieur, sous peine de faire le procès sien, parce que ce n'est pas une question d'interprétation : le droit est le droit et le juge doit appliquer le droit dans la mesure où le préteur l'y invite. La réforme dans le sens de l'équité, de la douceur, devait donc venir non plus du juge mais du magistrat et de même que le préteur avait créé les actions in aequum et bonum conceptae, de même c'est lui qui a créé les exceptions, car on n'admet plus qu'il y ait des exceptions d'origine civile, toutes sont d'origine prétorienne.

Définissons l'exception qui correspond au grec "παράγραφη". L'"écriture à côté" du texte constitue une exception, ainsi la fameuse praescriptio longi temporis donnée sous la forme grecque d'un paragraphe (Cf. Girard. Textes). Il est possible que l'idée de l'exception vienne de Grèce.

Notion de l'exception.

L'exception est, en droit moderne comme en droit romain, un moyen de défense qui n'est pas la négation directe de la prétention du demandeur, mais un moyen pris dans un fait extérieur au rapport juridique en cause, un fait imputable au demandeur. L'exception, qu'on peut appeler un moyen de défense indirect, découle essentiellement de l'équité et puise sa force dans l'équité, c'est-à-dire dans la morale. C'est une idée très courante, tellement que Gaius, qui du reste a dû emprunter ses Institutes à ses maîtres Sabinien et Papinien, l'enseignait à ses élèves. Dans sa définition du but des exceptions il dit formellement et Justinien dans ses Institutes le répète :

Définition par Justinien et par Gaius.

Gaius 4. II 6
Comparatae sunt autem exceptiones defendendorum eorum gratia cum quibus agitur. Saepe enim accidit ut qui jure civili teneatur, sed iniquum sit eum iudicio condemnari.

Instit. IV. I 3 de except. Pr.

Comparatae autem sunt exceptiones defendendorum eorum gratia, cum quibus agitur. Saepe enim accidit, ut, licet ipsa persecutio, qua actor experitur, justa sit, tamen iniqua sit adversus eum, cum quo agitur.

Mais les exceptions ont été établies en vue de défendre contre qui on agit. Il arrive que les exceptions ont été établies en vue de défendre contre qui on agit.

ve souvent en effet que quelqu'un soit tenu par le droit civil, mais qu'il soit inique qu'il soit condamné par jugement.

agit. Il arrive souvent en effet que, quoique la poursuite même, par laquelle le demandeur agit soit juste, cependant elle soit inique contre celui contre qui on agit.

Gaius oppose donc le jus civile et le terme iniquum relève l'opposition entre le droit civil et l'équité, le droit civil supposé rigide, rigoureux, strict et l'équité se présentant ici sous la forme négative: ("iniquum : inique").

Le texte de Justinien présente une variante.

Au point de vue de la tradition du texte, les commissaires de Justinien n'ont pas copié directement Gaius, mais une glose sur Gaius. Licet et tamen sont révélateurs d'un remaniement de forme sans que le fond soit changé (comparaison très importante pour la critique.) La poursuite est juste, dit Justinien, c'est-à-dire que la poursuite est conforme au droit, au droit civil, au droit strict. Cependant cette poursuite est inique. Mais la source de Justinien, la scolie ou le cours du professeur qu'il a copié, doit être remarqué: cette phrase est très perspicace en déclarant la poursuite inique, non pas d'une façon absolue, mais d'une façon relative. Elle est inique par rapport au défendeur contre qui on agit et ainsi nous en arrivons à une doctrine relative de l'exception, c'est-à-dire de l'équité, doctrine qui s'accommode très bien avec ce que nous avons dit de l'équité qui s'accommode aux circonstances des faits dans le procès en cause, dans la situation respective du demandeur et du défendeur. Dans chaque procès où une exception sera soulevée, le juge considérera non seulement le droit, mais aussi l'équité, il appliquera ou non l'exception conformément aux circonstances de fait.

Voyons les applications faites par Gaius et Justinien de la règle que nous avons donnée en montrant que l'exception est un produit de l'équité en réaction contre le droit strict.

Ces exemples appellent les remarques suivantes:

En les comparant, on remarque que Gaius emploie "iniquum est" dans un exemple (116 A) à propos de l'exceptio doli mali en cas de "pecunia non numerata". Dans les autres exemples, Gaius ne répète pas ces termes "iniquum est": § 116B (exceptio pacti conventi, variante de l'exceptio doli mali), § 117 (exceptio doli mali et exceptio metus dirigées contre une action in rem) § 117 A (exception innommée donnée au possesseur d'un fonds litigieux contre l'acheteur de mauvaise foi qui

La poursuite fondée sur le droit est inique d'une façon relative.

L'expression iniquum est se retrouve plus souvent dans les Institutes de Justinien que dans Gaius.

a passé le contrat avec un non possesseur du fonds, c'est-à-dire d'un faux possesseur qui savait être un, faux possesseur). Cette constatation nous permet de dire que Gaius n'est pas prodigue du terme *iniquum* est.

Les rédacteurs des Institutes, au contraire, ont employé "*iniquum est*" avec insistance. Inst. H.T. § 1 : *exceptio doli mali*, *exceptio metus*, ou une *exceptio in factum* dirigée contre une action *in personam* : *iniquum est* ; § 2 : *Exceptio non numeratae pecuniae* qui correspond à l'*exceptio doli mali* en cas de *pecunia non numerata* de Gaius (IV. II6 A) § 3 : *exceptio pacti conventi* qui correspond à Gaius IV. II6 B ; § 4 : *exceptio juris iurandi* c'est-à-dire fondée sur un serment. Voilà donc quatre cas où Justinien emploie "*iniquum est*". Les Institutes omettent "*iniquum est*" seulement dans le § 5 qui traite de l'*exceptio rei iudicatae*. Comment expliquer cette redondance de Justinien, alors que l'expression est rare chez Gaius ? Malgré les controverses et les difficultés de critique de texte, on peut admettre que l'équité a fait des progrès considérables au Bas-Empire. La notion d'équité a trouvé beaucoup plus d'applications au Bas-Empire qu'auparavant. Les jurisconsultes ou les empereurs, à partir de l'époque postclassique, ont exprimé la notion d'équité beaucoup plus que ne l'avaient fait les jurisconsultes et les empereurs antérieurs, ce qui ne veut pas dire que ceux-ci n'avaient pas conscience de l'idée.

Evidemment il faudrait, dans un cours sur l'équité, reprendre tous ces textes. Nous nous bornerons à examiner deux textes très importants qui se correspondent chez Gaius et Justinien et sont relatifs tous deux à la *pecunia non numerata*.

Gaius IV.II6.A.
Veluti si stipulatus sim a te pecuniam tanquam credendi causa numeratus, nec nemoraverim; nam eam pecuniam a te peti posse certum est, dare enim te oportet, cum ex stipulatu teneris ; sed quia iniquum est te eo nomine condemnari, placet per exceptionem doli mali te defendi debere.

Institutes IV.I3.2.
Item juris est, si quis quasi credendi causa pecuniam a te stipulatus fuerit, neque numeravit. Nam eam pecuniam a te petere posse eum, certum est : dare enim te oportet, cum ex stipulatione teneris. Sed quia iniquum est, eo nomine te condemnari : placet exceptione pecuniae non numeratae te defendi debere.

Le commencement des deux textes est différent parce que dans le paragraphe précédent, Justinien a déjà parlé de certaines exceptions.

Placet exceptione..... debere. C'est là la gran

Textes de
Gaius et de
Justinien re-
latifs à la
pecunia non
numerata.

de différence entre les deux textes avant l'addition (cujus coartavimus) qui renvoie à la réforme de Justinien en matière de querela non numeratae pecuniae.

Gaius.

Par exemple si j'ai stipulé de toi une somme d'argent comme devant te la compter à titre de prêt et que je ne te l'aie pas comptée ; car que cet argent puisse t'être réclamé cela est certain. Il faut que tu le donnes puisque tu es tenu en vertu de la stipulation, mais parce qu'il est inique que tu sois condamné de ce chef, il est reçu (en jurisprudence) que tu dois être protégé par l'exception de dol.

Institutes.

Il en est de même en droit si l'on a stipulé une somme d'argent comme à titre de prêt et qu'on ne l'ait pas comptée. Car qu'on puisse te réclamer l'argent, cela est certain ; il faut, en effet, que tu le donnes, puisque tu es tenu en vertu de la stipulation. Mais parce qu'il est inique que tu sois condamné de ce chef, il est reçu que tu dois être protégé par l'exception d'argent non compté, dont nous avons réduit le délai, ce qui a été écrit dans le livre précédent (Inst. III. 21.) par notre Constitution. (C.4.30.14)

Ce sont là deux passages fondamentaux sur les effets de la numération des deniers, stipulés à titre de prêt. Primus avait interrogé Secundus pour lui faire promettre de lui rendre 100 que Primus devait lui verser à titre de prêt. Secundus a répondu Spondeo. Primus ne lui a pas donné l'argent. A l'échéance, Primus intente contre Secundus l'action de la stipulation et Secundus doit payer parce qu'il a prononcé les paroles qui engagent. Inutile d'insister sur la philosophie de cet état de droit, sur l'esprit du vieux droit romain si bien mis en lumière par Ihering. Secundus a promis, a répondu Spondeo, il faut qu'il paie.

Puis assouplissement du droit, le prêteur a créé l'exception de dol, la jurisprudence l'applique à notre cas (placet, il est reçu en jurisprudence).

L'exégèse des deux textes est facile, cependant quelques remarques peuvent avoir leur intérêt.

1°- Chose assez surprenante et peu remarquée, la théorie de la cause est ici en jeu. On sait que les Romains ont à peu près ignoré la théorie de la cause finale. Le mot cause est, en effet, pris tantôt dans le sens de cause efficiente, source d'une opération, ou de cause finale, but de l'opération. Mais but et cause sont les deux extrêmes qui se touchent ; nous avons vu une application de l'équité source et de l'é-

Ces deux textes font allusion à la théorie de la cause finale.

quité-fin en remarquant qu'il y a là quelque chose de semblable à ce qu'on voit ici : la même notion envisagée sous les deux pôles opposés.

La théorie de la cause finale a été construite par les juristes du XVIème et du XVIIème siècles, notamment par Domat, d'où elle a passé dans les théories modernes où elle est vivement contestée. Domat a tiré cette notion d'un texte sur les contrats innomés D.2.14.7.2. Mais voici un texte beaucoup moins connu et qu'on ne signale guère à propos de la cause. La théorie de la cause est entrevue par Gaius. En partant des faits, il écrit dans ce paragraphe un mot qui est révélateur : la stipulation a été faite "credendi causa". Il n'est pas le seul à employer cette expression mais notre texte est formel. La stipulation a été faite pourquoi ? Ce n'est pas une question de motif, c'est une question de cause. On dit qu'on ne peut distinguer motif et cause et cependant, ici la causa n'est pas un motif. Pourquoi Secundus fait-il son emprunt ? Pour reconstruire sa maison, pour le gaspiller, pour élever ses enfants... Les motifs sont indifférents, mais la cause ce n'est pas les motifs, c'est le but juridique de l'opération, un but qui est le même pour tous, tandis que les motifs diffèrent avec chacun. Le but juridique de la stipulatio, Gaius le qualifie ici : Credendi causa, pour cause de prêt. Credere, c'est avoir confiance (Meillet et Ernout donnent une origine très lointaine qui paraît hasardée), c'est prêter (D. 12.1. de rebus creditis). Gaius soulève la question de cause ou plutôt les faits sont tels que la question de la cause est en jeu : c'est parce qu'il s'agit d'une stipulatio à titre de prêt que le problème se pose au jurisconsulte. Pourquoi ? Parce que le prêt consiste en une numération de deniers obligeant l'emprunteur à rembourser. Oui quand le prêt se fait re par numération. Mais ici, le prêt ne s'est pas fait par mutuum, il s'est fait par stipulation (afin de lui faire produire intérêts, ce que ne permet pas le mutuum). Si donc l'argent n'a pas été remis, s'il y a pecunia non numerata, à notre point de vue et au point de vue de Justinien après la réforme, la sponsio n'a pas de cause et si la sponsio n'a pas de cause, le pseudo débiteur peut refuser l'argent au créancier. La stipulatio n'a pas de cause. Pendant longtemps, la notion de cause a été indifférente. La stipulatio obligeait par le seul prononcé des verba. Du moment que les termes en étaient prononcés, le débiteur était tenu. Grâce à la notion dont nous étudions ici le processus, la notion de cause a prévalu dans l'acte de stipulatio. Voilà un acte abstrait qui devient un acte concret dans lequel la notion de cause va compter, premier échec au formalisme de la stipulatio

Introduction
de la notion
de cause dans
la stipula-
tion par le

moyen de
l'exception
de dol.

qui se développera au point de réduire la stipulation sous Justinien à une simple formule.

Le prêteur Aquilius Gallus a créé l'exception de dol. N'était-ce pas l'occasion d'appliquer à un cas comme celui-ci au défaut de cause, l'exception de dol ? Certes puisque pas de plus bel exemple où le dol du stipulant existe aussi clairement. Voici un homme qui n'a pas fait le prêt qu'il a promis et qui a l'audace de réclamer au promettant les 100 qu'il ne lui a pas remis ? On néglige souvent d'expliquer comment se présentait cette situation. Secundus a emprunté de l'argent, fait une stipulation, répondu à la question et on ne lui a pas remis l'argent. C'est bien invraisemblable. Aristote avait pourtant depuis longtemps dit : "Souviens-toi de te défier". Comment tout cela s'explique-t-il ? Le droit comparé permet de le comprendre. La situation c'est celle de l'usurier en face de l'emprunteur, du fils de famille qui fait des dépenses excessives. En droit, tandis que le pseudo débiteur pouvait être condamné parce qu'il a prononcé les paroles, la jurisprudence reconnaît qu'il y a là un dol qualifié et vient à son secours par l'exception de dol.

2°- Ex stipulatu teneris ne vise pas du tout l'action ex stipulatu puisque la stipulation porte sur une somme d'argent. L'action est nommée d'après sa cause ; c'est en réalité l'action certae creditae pecuniae.

3°- Changement de nom de l'exception. Gaius parle de l'exception de dol et Justinien de l'exceptio pecuniae non numeratae. C'est évidemment une variante de l'exception de dol. Mais pourquoi les Institutes ne se bornent-elles pas à copier tout simplement Gaius ?

Pendant longtemps, on n'a pas fait grande attention à ce changement. (La question de la querela non numeratae pecuniae reste encore obscure).

Justinien emploie l'expression exceptio non numeratae pecuniae qui est une expression beaucoup plus technique que l'expression exceptio de dol, aussi technique que exceptio pacti conventi, juris jurandi... Pourquoi donc Gaius ne l'emploie-t-il pas ? Parce qu'elle n'existait pas de son temps. A son époque, la théorie de la querela non numeratae pecuniae n'était pas faite. Elle l'est sous Justinien (peut-être cette théorie vient-elle d'Orient), après que les Empereurs du III^e siècle sont intervenus et ont créé la théorie. L'exception prend alors son nom technique que nos anciens traduisaient exception de "pécune non nombrée".

Toute cette question de la querela non numeratae pecuniae aboutit sous Justinien à l'obligation litte-
ris (Inst. III, 2, 1)

Par la voie des exceptions, d'après les textes

L'exception de
dol a été trans-
formée par Jus-
tinien en ex-
ceptio non nu-
meratae pecu-
niae.

de Gaius et de Justinien, l'équité se dresse donc contre le droit strict pour protéger le défendeur soit à raison d'actes illicites du créancier, soit à raison d'autres faits.

Cet individu qui réclame de l'argent qu'il n'a pas remis à titre de prêt a commis un délit de dol, délit dont l'étendue s'est encore accrue au Bas-Empire par la création de l'exceptio doli generalis. La jurisprudence protège aussi le défendeur à raison d'autres faits : de faits qui ne sont pas illicites de la part du demandeur. Ainsi l'erreur, la res in iudicium deducta vel iudicata. (Exceptio de chose déduite en justice ou jugée, sous Justinien, uniquement de chose jugée.)

Il serait intéressant de connaître les dates de ces exceptions qui permettraient de dater l'apparition de la notion d'équité. Nous connaissons seulement la citation "des formules de dol" par le préteur aq. Gallus en 688/66 av. J.C. Girard suppose que l'exception est un peu postérieure à la création des formules (8° Ed. p. 450). Pour l'exceptio metus, Girard croit qu'elle est un peu antérieure à l'exception de dol (p. 446 n° 3 et 4). En tous cas, ces créations sont bien en retard sur la création par le préteur des actions in aequum et bonum conceptae.

Section II

L'Équité et les Répliques - Dupliques -

Tripliques.

La réplique est une contre-exception opposée par le demandeur au défendeur.

La duplique est une contre-contre-exception au profit du défendeur.

La triplique, c'est une contre-contre-contre exception opposée au défendeur.

Gaius 4. I29 et Institutes IV.I4.3, nous disent que la pratique va même plus outre : Quadruplique, etc.

Tous ces moyens sont des moyens de contre-défense réciproques.

Tous ces moyens ont été imaginés sur la base de l'équité (G. IV.I26.I28 - Institutes IV.4.I4 pr. et 2).

Nous résumerons les passages essentiels des principaux textes.

1° - Gaius IV.I26 - Inst. H.T. pr. (qui supprime les formules de Gaius) : une exception paraît juste

L'exceptio
doli genera-
lis.

Réplique,
Duplique,
Triplique.

L'équité fon-
dement du jeu
des exceptions
Source : BIU Cujas

des répliques
et dupliques
(Gaius 4-126-
128)

au premier abord, il arrive cependant qu'elle nuise, "inique" au demandeur ; alors celui-ci aura une réplique. Exemple : les parties ont conclu un pacte de "non petendo", puis ont fait un pacte contraire ; le défendeur sur le premier pacte a le droit d'opposer l'exceptio pacti conventi ; mais le demandeur lui opposera la replicatio pacti conventi fondée sur le second pacte. "Namque nihilo minus hoc verum manet, etiamsi postea in contrarium pacti sumus. Sed quia ini-quum est me excludi exceptione, replicatio mihi datur ex posteriore pacto : et en effet le premier pacte subsistera néanmoins, même si postérieurement nous avons fait un pacte en sens contraire ; mais parce qu'il est inique que je sois exclu par l'exception, une réplique m'est donnée en vertu du pacte postérieur".

2° Gaius IV.127 - Inst. H.T. § I.

Le cas est le même, mais on va un peu plus loin : la réplique était juste au premier abord, cependant elle nuit "inique" au défendeur, celui-ci obtiendra une duplique.

3° - Gaius IV.128 - Inst. H.T. 2. La duplique était juste au premier abord, elle nuit "inique" au demandeur, celui-ci obtiendra une triplique. Et cela, dit Gaius, peut aller plus outre.

Nous n'examinerons pas de quelle façon procèdent les exceptions, répliques et dupliques dans la procédure extraordinaire. (Cf. Collinet : la procédure par libelle).

Conclusion du Chapitre III.

L'équité est à la base des exceptions, répliques, dupliques, Gaius le déclare formellement. Elle est mise en jeu par des moyens prétoriens. Cela nous montre que l'équité évolue bien dans le champ du droit romain national, dans le champ du "jus civile", si l'on prend ce terme au sens de "national" par opposition à "jus gentium". Le jus civile n'est pas seulement le droit civil par opposition au droit prétorien, puisque nous trouvons ici des mesures prétoriennes, il comprend à la fois du droit civil au sens strict et du droit prétorien, le tout s'opposant au jus gentium. Dans les Chapitres II et III, l'équité était vraiment l'oeuvre du préteur ; M. Pringsheim a raison de le dire ; mais il se borne là. Or, nous allons voir que l'équité a été également mise en action par les Prudents. L'équité fait donc partie non seulement du "jus praetorium", mais aussi du "jus civile".

au sens le plus étroit du mot.

Chapitre IV

EQUITE ET NATURA.

Le rapport ae-
quitas natura
est-il le ré-
sultat d'une
interpolation ?

Nous avons vu (Ch. I) que dans le droit grec, puis dans le droit romain et même dans le droit moderne, l'équité a sa base, son but, dans le droit naturel puisque, si elle est à base de morale, il faut qu'elle rentre tout de même dans le Droit.

Des textes établissent un rapport entre l'équité et la natura, entre l'équité et le droit naturel. Cela correspond à l'idée philosophique du problème. Seulement, quand nous nous trouvons, en face des textes, il faut toujours se demander s'ils sont purs ou interpolés. La conjonction des deux concepts équité, natura, est-elle classique, postclassique, préjustinienne, justinienne ? Pendant longtemps, on n'a pas suspecté les textes, mais depuis que les interpolations sont à la mode, toute une école prétend que la conjonction ne peut être que justinienne, ou tout au moins est non classique. Presque tous les textes qui établissent le rapport aequitas-natura ont été suspectés. M. Pringsheim adopte sur ce point une opinion hyper-critique pour le motif (Ch. I supra) que l'équité viendrait surtout de la pensée grecque et que la natura, le droit naturel, serait également une conception philosophique grecque.

M. Collinet remarque cependant que c'est précisément là la question. Certes, équité et natura, sont deux concepts grecs, mais ce sont aussi des concepts romains. Dans quelle mesure les textes sont-ils purs ou interpolés ? Ne pourrait-on trouver des arguments en faveur de leur authenticité ?

Le problème est trop vaste pour être pris dans son ensemble (Cf. Pringsheim Z. 1932 et Conferenze, 1931) nous nous bornerons à quelques textes principaux, relevant du programme B.

Section I

Equité et Précaire.

La matière du précaire est loin d'être claire (A. Giffard in Studi Riccobono). Un seul texte nous intéresse:

D.43,26,2,2

Ulp. 7I Ad Ed. D. 43,26. De prec. 2 § 2.

Et naturalem habet

(s. ent. interdictum) in se aequitatem: namque precarium revocare volenti competit. Est enim natura aequum tamdiu te liberalitate mea uti, quamdiu ego velim: et ut possim revocare, cum mutavero voluntatem.

Et (l'interdit) possède en soi une équité naturelle, car il compete à celui qui veut révoquer le précaire. Il est en effet égal (équitable) en droit naturel que tu uses de ma libéralité tant que je veux et que moi je puisse révoquer lorsque j'ai changé de volonté.

La concession à précaire est essentiellement gratuite et les textes la rapprochent de la donation. Elle contient donc une idée de libéralité, mais pour l'asseoir sur une base plus générale, le jurisconsulte fait appel à la natura et à l'équité: "natura aequum".

Critique: Le début du § 2 est certainement interpolé.

Interpolation
du début du
texte.

Mommsen avait déjà reconnu dans la deuxième phrase, une glose (Edit. du D.). Quant à la première phrase: "Et naturalem..." c'est une phrase stéréotypée et les phrases stéréotypées sont en général des signes d'interpolations, ou de gloses (Cf. loi 15 Pr. à notre titre; Pringsheim Z. 1932 p. 145 n. 5 b.).

La naturalis
aequitas.
L'origine
grecque de
cette locution
n'empêche pas
que aequum na-
tura puisse
être classique.

Il faut dire quelques mots de la naturalis aequitas. C'est là une locution tout à fait grecque qui est déclarée être une notion byzantine d'origine grecque (Conferenze pp. 207 - 211). M. Collinet l'admet, seulement est-ce une raison pour admettre que natura aequum qui n'est pas identique à cette expression, n'est pas classique ?

Etudions donc la suite du texte. M. Pringsheim (loc. cit. p. 145 n. 5) déclare que natura aequum, jure naturae aequum, seraient des signes d'interpolation. M. Collinet réagit contre cette hypercritique. Pourquoi natura aequum serait-il grec et byzantin ? Equitable selon la nature, la conception de l'équité.

selon la nature est parfaitement romaine. Sans doute elle vient des Grecs, mais remonte à une époque très ancienne, à la fin de la République.

Le passage ici semble classique pour une autre raison: puisque le début du texte vient d'une scolie, ou d'une glose (en tous cas est une addition postclassique), il fallait bien que cette addition se greffe sur quelque chose. Ce quelque chose que serait-il si la suite du texte était lui-même une glose, un texte interpolé? Il faut que la scolie se greffe sur quelque chose qui ne peut être qu'un texte authentique. En somme, le début est un décalque, un démarquage en termes rajeunis, de la deuxième partie, qui est pure.

Explication
par l'origine
du précaire
du fait qu'il
repose sur
l'équité et
la nature.

Exégèse: Le mécanisme du précaire est indiqué par Ulpien ainsi: il est naturel que tu puisses user de ma libéralité tant que je veux et que je puisse révoquer quand je change de volonté.

Le précaire repose sur l'équité et sur la nature, du fait que le précaire est une institution qui a son origine dans les rapports entre patrons, clients affranchis, c'est-à-dire dans un cercle de personnes qui se trouvent un peu à côté du Droit, lequel supposait uniquement des relations entre pères de famille indépendants.

§ 2 - Equité et conditio.

On discute beaucoup sur la conditio. En ce qui concerne la legis actio per conditionem, on est un peu moins mal renseigné depuis la découverte de nouveaux fragments de Gaius (P.S.I. N° 1182, lignes 204-211) qui complètent Gaius IV. 17 in fine. Mais le nouveau Gaius ne nous apporte pas encore toutes les précisions désirables et il reste toujours des controverses sur la portée originale de la conditio et l'histoire de son évolution.

Caractère abstrait de la conditio.

La conditio est une action abstraite dont la formule ne contient pas la cause (cf. de Visscher: la conditio et le système de la procédure formulaire Paris 1923. C.R. Collinet N.R.H. 1924. p. 532 et ssq.). Par le fait que c'est une action abstraite, la conditio sanctionne quantité de rapports qui ont été pendant longtemps des rapports uniquement certains qui naissent soit de la stipulatio certaine, soit de l'expensilatio qui ne peut être que certaine, soit de l'enrichissement sans cause ayant un objet certain. Mais jusqu'où s'étend la notion d'enrichissement sans cause aux origines, on le discute à propos d'un texte célèbre D.12.5.6. (V. *Infra*). Puis la conditio s'étendit à des rapports incertains qui naissent uniquement de l'enrichissement sans cause, car de l'avis

presque général la *condictio incerti* n'a jamais sanctionné que des rapports d'enrichissement sans cause. A quelle époque la *condictio* s'est-elle étendue aux rapports incertains ? Les hypercritiques disent depuis Justinien, les autres dès l'époque classique. Le nom *condictio incerti* est byzantin, mais ce n'est pas à dire que la notion soit byzantine (Trangredach l'a parfaitement démontré) : On a ajouté le terme *incerti* parce que, comme il n'y avait plus de formules, on a eu besoin de donner un nom à l'action (Cf. *condictio certi*).

La *condictio* qui sanctionne l'enrichissement sans cause est fondée sur l'équité et le droit naturel.

On discute aussi sur le classement des *condictiones* et leurs dates d'apparition.

Nous n'avons à nous occuper ici que de la *condictio* qui sanctionne l'enrichissement sans cause. Elle seule est fondée sur l'équité et le droit naturel. Cela se comprend : l'enrichissement sans cause sanctionné par la *condictio* est un fait qui rentre dans les quasi-contrats. C'est le fait qu'on a reçu sans cause une chose qui nous oblige à la restituer, tandis que s'il s'agit de la *stipulatio* certaine, ou de l'*expensilatio*, du *mutuum*, on a une base contractuelle, c'est-à-dire fondée sur le jus et non pas sur la natura. Les textes nous disent que la *condictio*, sanction de l'enrichissement sans cause, est fondée sur l'équité et la natura. Ce peuvent être des idées d'origine grecque, mais elles étaient très répandues dans le monde romain aux I^{er} et II^{es} siècles de notre ère. Comment les jurisconsultes romains n'auraient-ils pas la moindre notion de ces idées élémentaires ? Avec la théorie hypercritique on arriverait à réduire à rien le cerveau des jurisconsultes classiques.

Textes géminés de Pomponius posant le principe.

Voici deux textes fondamentaux, ou plutôt une loi géminée :

Pomponius XXI ad Sabin.	Pomponius 9 ex var. lect.
D. XII.6, de condic. indeb.,	D. 50.17 de div.r.j.206.
14 Nam hoc natura aequum	Jure naturae aequum est
est neminem cum alterius	neminem cum alterius de-
detrimento fieri locuple-	trimento et injuria fieri
torem.	locupletorem
Car cela est égal (équitable)	Par le droit de la nature
de par la nature que	il est égal (équitable)
nul ne devienne plus riche	que nul ne devienne plus
au détriment d'autrui.	riche au détriment d'autrui
	et sans droit.

L'édition Mommsen Krueger ne fait pas le renvoi.

La seconde version est extraite des *Variae Lectiones*, ouvrages, dit Krueger (Sources p. 233 et 284) renfermant de la casuistique tirée en grande partie d'autres ouvrages. Pomponius et Ulpien ont écrit des *Variae Lectiones* et nous avons ici la preuve que les

Variae Lectiones de Pomponius étaient bien tirées d'ouvrages antérieurs du même jurisconsulte, puisque le passage se retrouve dans le premier texte (extrait du l. XXI ad. Sab.)

Le 2ème texte est identique au premier sauf quelques changements de forme: (suppression de nam qui s'explique facilement, jure naturae au lieu de natura et à la fin addition de "et injuria", interpolation certaine, démontrée par la confrontation des textes. Un scoliasse a ajouté "et injuria, et sans droit", parce que la sanction de l'enrichissement sans cause est une *condictio* fondée sur l'absence de droit chez l'acquéreur.

Au point de vue critique, que penser de ces textes ? Ils posent un principe fameux que toutes les législations connaissent, le principe que nul n'a droit de s'enrichir au détriment d'autrui. Le texte d'après M. Riccobono serait pur, et il serait interpolé selon M. Beseler, suivi par M. Pringsheim ZSS 1932 p. 139 et 145.

Le texte est-il interpolé?

Pour M. Beseler, "la *condictio* classique n'a rien à faire avec l'équité"; c'est justement là la question. L'une des inscriptions, la 2ème, est fausse. Le passage est une "trivialité" (c'est-à-dire un lieu commun) de l'enseignement rhétorique du droit. Comment un lieu commun, un principe de haute morale comme celui-là: Nul n'a droit de s'enrichir au détriment d'autrui ? "C'est une addition marginale d'un Romain post-classique".

M. Collinet considère quant à lui que le principe est parfaitement classique. C'est le rabaisser que de croire qu'il est une addition marginale.

Le principe du moins est parfaitement classique.

L'équité et le droit naturel sont ici invoqués à juste titre par Pomponius; qu'y a-t-il de plus moral que d'admettre que celui qui a reçu quelque chose sans cause soit obligé de le restituer et que personne n'a le droit de s'enrichir sans cause, au détriment d'autrui ?

Quelqu'un a reçu une chose sans droit, l'autre intente la *condictio indebiti* parce que le paiement n'était pas dû. Qu'y a-t-il de plus équitable et de plus naturel ? Depuis longtemps la règle existait à Rome; même si elle n'était pas formulée, elle existait à l'état diffus déjà chez les jurisconsultes. Ils n'avaient pas formulé expressément le principe et c'est Pomponius qui le dégage, mais le principe existait dans l'esprit des jurisconsultes et le principe est très ancien, sinon son expression.

Le texte fondamental est:

Ulpien 18 Ad Sab. D.12.5. de Cond. ob turp. vel in ius. 6, texte fameux où le jurisconsulte Sabinus

approuvait l'opinion des Veteres (jurisconsultes de la fin de la République) quand ils pensaient que ce qui se trouvait chez quelqu'un en vertu d'une cause injuste était susceptible de répétition par la *condictio*. La portée de ce texte est discutée et on se demande si ce texte avait une portée très large (Pernice, Girard), ou se restreignait à un cas particulier, la *condictio furtiva*, ou plutôt une *condictio ob turpam vel injustam causam* (rubrique du titre).

Le principe posé par Pomponius existait déjà dès la fin de la République.

Le principe en tout cas a été posé par les Veteres. Il ne s'agissait que de le justifier, ce que fait le premier, Pomponius que nul n'a le droit de s'enrichir aux dépens d'autrui.

C'est l'expression d'une règle qui existait dès la fin de la République, il n'y a pas de raison que l'on ne l'ait pas exprimée à l'époque classique et il n'y a aucune raison de penser que cette règle soit d'origine byzantine.

La règle est du reste reproduite dans plusieurs passages (Pringsheim pp. 145.146); si, à la vérité, tous ces passages sont suspects, ce n'est pas une raison pour que le principe n'ait pas été énoncé par les classiques. Certains de ces textes ont dû être réécrits, comme il a dû arriver si souvent.

Textes qui parlent des rapports entre *condictio et natura*.

D'autres textes, peu nombreux, sans formuler la règle indiquée, parlent des rapports entre *condictio et natura*. 1° - Un texte donne la qualification de "*naturalis*", à l'"*indebiti condictio*" qui sanctionne le paiement de l'indu: Paul X Ad Sab. D. 12.6. de cond. indeb. 15 pr. suspecté par Pringsheim p. 139, à bon droit pense M. Collinet. 2° - Il accepte par contre la pureté d'un autre texte, sinon dans la forme, du moins dans le fond: Tryph. 7 Disput. D.H.T. 64, qui se termine ainsi: "*ita debiti vel non debiti ratio in conditione naturaliter intellegenda est: de même le compte de ce qui est dû ou non dû doit s'interpréter dans la condictio selon la nature*". Deux expressions: *ratio*, terme qui a des sens considérables: au sens propre compte (*actio de rationibus distrahendis*). Ce mot vient d'être étudié par M. Von dans une thèse de la Faculté des Lettres 1933. Mais l'auteur ignore le Cahier V de Beseler, paru en 1932, tout entier consacré à *ratio*, qu'il suspecte trop largement. *Naturaliter*: l'expression pouvait revêtir une acception telle qu'on la suspecte comme *naturalis indebiti ratio* du texte précédent. Cependant M. Pringsheim admet la pureté du passage parce qu'il est question dans le texte d'une obligation naturelle du maître envers l'esclave et ce mot "*naturaliter*" est ici tout à fait à sa place, avec son sens technique. 3° - La *condictio* pour enrichissement sans cause est indiquée dans certains tex-

Entre condic-
tio et bona
fides.

tes comme naissant ex bona fide. Cependant la condic-
tio est une action de droit strict. Il y a là une in-
terpolation parce que la tendance du droit byzantin
est de rapprocher bona fides et équité. Comme la don-
dictio naît de l'équité, les interprètes byzantins
l'ont fait naître de la bona fides. De même d'autres
textes rapprochent la condictio et le jus gentium,
la condictio et la naturalis aequitas (Pringsheim
pp. 138 et ss.)

Rapport entre
condictio et
jus gentium.

Que faut-il penser du premier rapport: condic-
tio et jus gentium ? Celsus L. VI. Dig. D. H.T.47.
la finale est ainsi conçue :
quoniam indebitam jure gen- Parce qu'il a payé une
tium pecuniam solvit. somme d'argent qui était
indue de par le droit des
gens.

Chose attendue, les critiques de ce texte, no-
tamment M. Pringsheim biffent simplement jure gentium.
Ici, M. Collinet ira plus loin ; toute la phrase lui
paraît ajoutée. En effet, cette phrase ne signifie
rien et ne fait que reprendre sous une autre forme les
mots du texte "solverit quod non debebat". C'est par
conséquent de l'argent indu, seulement le scoliaste
a ajouté le fondement : jure gentium. *

Seulement, M. Pringsheim indique comme motif de
son argumentation que le jus gentium n'a rien à faire
avec la condictio. Or, ce n'est pas une bonne raison.
La condictio a quelque chose à faire avec le jus gen-
tium, car le jus gentium n'est rien autre chose que
le jus naturale (Cf. Ch. I) et cela dès l'époque clas-
sique probablement. En plus, (M. Pringsheim n'a pas so-
igné à cela), la condictio a affaire avec le jus gen-
tium parce que l'origine de la condictio dans le droit
privé, c'est précisément le jus gentium ; c'est une
institution romaine qui vient du droit international
antique. Quand les Romains traitaient avec les étran-
gers, ils le faisaient par voie de contrat verbal
(sponsio) et la condictio est donc quelque chose d'in-
ternational. C'est une sommation qui s'adressait à
l'ennemi.

Quant au 2ème rapport, condictio et naturalis
aequitas, l'interpolation paraît certaine (cf. Section
I).

Section III

Equité et Obligation Naturelle.

La théorie des obligations naturelles est une des plus importantes du droit romain. Sa dogmatique est assez simple, mais son origine, son histoire, est encore controversée. On a même soutenu qu'elle était tout entière de construction byzantine (mise au point dans la thèse de M. Micolier - Lyon 1932, p. 590 et Sq. Pécule et capacité patrimoniale). Nous étudierons seulement ici le rapport équité et obligation naturelle. M. Pringsheim semble ne pas s'occuper de cette question.

L'obligation naturelle dérive de la natura.

L'obligation naturelle dérive de la natura. La natura dans la philosophie et la rhétorique est un terme très employé. Les Grecs opposent, depuis les anciens philosophes jusqu'à Justinien, deux choses qui sont en effet tout à fait en opposition, la nature et la loi, phusis nomos, ce qui est naturel, phusikas, ce qui est légal, ennomos.

La raison naturelle, phusikos logos, la raison civile, politikos logos. (Cf. M. Collinet I. p. 190 et table).

L'obligation naturelle dérive de la natura, ce qui ne veut pas dire qu'elle existait du temps des Veteres. Son origine semble remonter à Julien (en ce sens Gradenwitz), malgré les attaques de M. Siber.

Opposition entre obligation naturelle et obligation civile.

L'obligation naturelle s'oppose à l'obligation civile, politikos (de polis: cité) le droit civil étant celui qui touche la cité, celle-ci est toujours sanctionnée par une action; l'obligation naturelle ne l'est pas. L'obligation naturelle n'a pas de sanction. Elle a une validité juridique mais n'a pas de sanction. En effet, l'obligation naturelle a commencé par exister dans des rapports où le jus était hors de cause, dans les rapports entre maître et esclave. Mais il reste la natura puisque jure naturali les esclaves sont des hommes comme les citoyens libres.

Le fondement de l'obligation naturelle est donc pris dans la natura. Du jour où on a reconnu valeur à la nature, on a pu tenir compte de l'obligation naturelle (Cf. Boulard: Salvius Julianus); du moment qu'on a reconnu que la natura pouvait avoir quelque effet on l'a appliquée aux rapports entre maître et esclave.

Il y a plus. Nous savons que natura et équité ont des rapports et que l'équité doit prendre ses directives du droit naturel, fondé sur la morale, qui doit régir les rapports non sanctionnés par le droit.

Par conséquent, à priori existe un rapport entre natura et aequitas; nous allons le retrouver confirmé par Papinien dans un texte bien connu: L. 28 Quaest. D. 46.3. de solut. et liber. 95.4.

Rapport entre natura et aequitas.

Naturalis obligatio, ut pecuniae numeratione, ita iusto pacto, vel iurejurando ipso iure tollitur, quod vinculum aequitatis, quo solo sustinebatur, conventionis aequitate dissolvitur;

ideoque fidejussor, quem pupillus dedit, ex istis causis liberari dicitur.

L'obligation naturelle de même qu'elle s'éteint par le versement de l'argent, de même s'éteint de plein droit par un pacte valable ou par le serment,

parce que le lien d'équité par lequel seul elle était soutenue est dissous par l'équité de la convention;

C'est pourquoi le fidejussor qu'un pupille a donné se trouve être libéré dans ce cas-là.

Nous avons déjà signalé l'article où M. Beseler tient pour interpolés tous les passages où figure le mot aequitas Z.S.S. 45.1928.p. 453-455. Dans la deuxième période qui constitue la raison d'être du texte quod vinculum aequitatis.....aequitate dissolvitur, le terme aequitas se trouve deux fois, donc la période est interpolée pour M. Beseler.

M. Collinet, croit (chap. I), comme M. Senn, ces critiques exagérées et il pense que, si dans certains cas aequitas est interpolé, il en est où le mot est pur. M. Beseler n'apporte du reste aucune preuve.

Sans doute M. Collinet a déjà donné une raison de suspicion en disant: chose curieuse, aequitas manque aux Institutes de Gaius tandis que iniquitas s'y trouve. Les mots aequalitas aequus, aequum s'y trouvent également (Cf. Zanzucchi). Seulement dans la critique des textes fondée sur la philologie, il faut employer la méthode relative et un mot peut exister chez un jurisconsulte et pas chez l'autre et inversement. (Cf. Kalb, le latin des juristes). Le mot qui manque aux Institutes de Gaius pouvait ne pas manquer au vocabulaire de Papinien. Si aequitas est parfois impur, il n'y a pas de raison de croire qu'il l'est partout.

On s'imagine que l'origine de l'équité et l'expression aequitas sont grecques et on aperçoit le début de cette expression pour les textes juridiques à

Il n'y a pas de raison de soupçonner le mot aequitas chez Papinien

partir de Constantin (infra ch. V). C'est peut-être exagéré et pourquoi *aequitas* n'aurait-il pas paru dès le III^e siècle ? Nous touchons ici de nouveau à l'influence hellénique dans une autre de ces périodes. Cette influence s'est exercée à peu près depuis les origines de la civilisation romaine jusqu'à Justinien et on peut la suivre par étapes. Influence certaine à la fin de la République (Stroux). De même influence à l'époque byzantine. Reste la période classique: les hypercritiques admettent l'influence hellénistique à l'époque byzantine, mais n'en parlent pas à l'époque classique. M. Riccobono, au contraire, pense que cette influence se serait produite à l'époque classique, mais ne se serait pas fait sentir à l'époque byzantine.

Pour M. Collinet l'influence hellénistique s'est poursuivie d'un bout à l'autre du droit romain. Elle s'est fait sentir à l'époque classique, particulièrement sous Papinien, qui était un hellénisant, non pas parce que né en Syrie (puisque Ulpien né aussi en Syrie, à Tyr, n'était pas hellénisant), mais parce qu'il était un esprit plus progressif qu'Ulpien. La preuve en est dans ses théories du dépôt irrégulier, de l'*actio quasi institoria* et de la *mutua fidejussio* (*allelegguê*) (Cf. Collinet, T.I. et Ed. Cuq, Man. 2^e éd.). Ce sont là trois preuves certaines que Papinien était un hellénisant. Pourquoi dès lors n'aurait-il pas été imprégné de l'idée d'*aequitas*, même si elle est grecque, ce qui n'est pas sûr. Il n'y a donc pas de raison de contester la pureté du texte.

Celui-ci comporte trois parties:

1^o - des cas
d'extinction
de l'obligation naturelle.

1^{ère} partie.- Le début pose la règle de l'extinction de l'obligation naturelle *ipso jure* par trois moyens: le versement (*pecuniae numeratio*), un pacte valable, le serment. De ces trois moyens, le *justum pactum* seul appelle une remarque. Qu'est-ce que ce *pactum*? C'est le pacte de non petendo, s'il est régulier, *justum*, c'est-à-dire s'il n'est entaché d'aucun vice, ni de *dol* ni de *metus*. Est-ce surprenant que l'effet extinctif se produise *ipso jure* ? D'ordinaire le pacte de non petendo ou de serment n'est sanctionné que par une exception. Mais ici il n'est pas surprenant que l'extinction se produise *ipso jure*; cela tient à la nature de l'obligation. A propos de l'action d'injures (Ch. II. S. 1.) nous avons vu qu'elle s'éteint aussi par le pacte et le serment, car c'est une action délictuelle. Le pacte, c'est la paix, *pactum*, *pax*. Si les obligations délictuelles s'éteignent ainsi, les obligations naturelles leur ressemblent donc. Le pacte de remise a le même effet sur l'obligation délictuelle et sur l'obligation naturelle, les deux obligations se ressemblent, elles ont une origine commune. Pour les obligations délictuel-

les cet effet extinctif s'explique par la vengeance privée. Pour l'obligation naturelle on ne peut faire intervenir la même idée; il faut faire intervenir une autre idée, celle d'équité. C'est en effet l'idée de fond et nous allons la trouver dans la deuxième partie.

2° - L'obligation naturelle est fondée sur le seul lien de l'équité.

Deuxième partie. C'est la partie (raison de la règle) suspectée par M. Beseler: "Parce que, dit le jurisconsulte, le lien d'équité par lequel seul elle était soutenue est dissous par l'équité de la convention".

Vinculum aequitatis: l'obligation naturelle est fondée sur le seul lien de l'équité. Elle est soutenue par la simple équité. C'est évident. On ne peut pas dire que l'obligation naturelle est soutenue par l'opposé de l'équité, le jus. En effet, il est impossible, en droit romain, qu'il naisse des rapports entre certains individus, les incapables sui juris, les esclaves, les fils de famille. Les incapables ne peuvent pas faire naître de rapports juridiques quand ils traitent avec les tiers; les alieni juris quand ils traitent entre eux ou avec leurs maître ou père: pas de droit entre membres de la même domus. Le vinculum ne saurait être qu'un vinculum aequitatis puisqu'il ne peut être un vinculum juris.

Dans la deuxième partie du texte, il est question de la raison de la règle qui s'appuie sur le vinculum aequitatis. Celui-ci correspond dans l'obligation naturelle au juris vinculum de l'obligation civile, qui se trouve dans la célèbre définition de l'obligation des Inst. III.13.Pr.

Le vinculum aequitatis et la notion d'obligation naturelle.

La question des obligations naturelles a fait l'objet d'un ouvrage célèbre de Machelard, Des obligations naturelles en droit romain. Paris 1861. Page 70, il déclare voir ici une application de la naturalis aequitas qui est mentionnée plusieurs fois au Digeste et qui est notamment à la base du constitut. D. 13.5.1.pr. et de tous les pactes prétoriens D.2.14.1.pr. Mais ces passages sont interpolés, la naturalis aequitas était une expression qui paraît bien byzantine (v. plus loin). L'aequitas peut tout de même jouer son rôle dans l'obligation naturelle et le vinculum aequitatis est bien la raison d'être de notre règle.

Ce vinculum aequitatis est dissous par l'équité de la convention. Il y a là une certaine imprécision de termes qu'il faut expliquer. La convention désigne le pacte; elle désigne aussi le serment volontaire qui est établi lui aussi par un pacte: les deux parties se mettent d'accord pour recourir au serment pour trancher le différend. Machelard traduisait: "le lien disparaît en présence de la convention dont l'équité réclame l'observation". Traduisons plus simplement:

"par l'effet de l'équité qui accompagne la convention". Celle-ci est en effet fondée sur l'équité de même que l'obligation naturelle était fondée sur l'équité. Ne pas respecter la convention serait aller contre l'équité; manquer au pacte de serment, de remise, serait aller contre l'équité. Il y a bien correspondance entre l'équité qui fonde le lien obligatoire de l'obligation naturelle et l'équité qui fonde la convention ayant pour but de dissoudre le lien obligatoire (Cela doit nous remettre en mémoire la loi de correspondance des formes ou plutôt des procédés parce que les modes d'extinction des obligations ne sont pas tous formalistes. Ce n'est du reste là qu'un rapprochement un peu lointain auquel ne songeait pas le jurisconsulte).

Application dans l'hypothèse du pupille qui s'est engagé sans l'auctoritas du tuteur.

3ème partie: la règle étant posée, le jurisconsulte en fait une application. Tous ces préliminaires aboutissent en effet à un casus d'ailleurs très simple un pupille, c'est-à-dire un sui juris en tutelle, s'était engagé sans l'auctoritas de son tuteur, en même temps il avait donné au tiers, son créancier, un fidéjusseur. Bien entendu aucune obligation civile ne naît puisque le pupille ne peut valablement s'engager en droit civil qu'avec l'auctoritas de son tuteur (sur la notion d'auctoritas Cf. F. de Visscher, R.H.D. 1933, n° 4). Si le lien civil ne se forme pas, il n'en est pas moins vrai qu'un lien naturel se forme. La preuve en est que le pupille peut donner valablement un fidéjusseur, lequel se donne comme accessoire tant à une obligation civile qu'à une obligation naturelle, (d'où l'on tire quelquefois la discussion, de la validité de cette fidejussio la preuve de l'existence même de l'obligation naturelle). Puis le pupille a payé, ou bien le créancier lui fait un pacte de non petendo, ou ils ont fait ensemble un pacte de serment. Quel est l'effet de ces actes ? Une difficulté préalable est à écarter. On s'était demandé si le paiement, le pacte, le serment n'auraient pas été faits par le fidejusseur ? Non, dit Machelard (p. 43-45), ces actes ont été faits par le pupille ou avec lui, car s'ils émanaient du fidéjusseur, celui-ci étant tenu civilement par son engagement par stipulatio, l'extinction produite par le pacte de non petendo ou de serment ne le libèrerait qu'exceptionis opè, puisque ce sont des moyens prétoriens. Or, le texte dit que l'obligation est éteinte ipso jure. Donc, il faut qu'il s'agisse de l'obligation du pupille et du paiement fait par lui ou de deux pactes faits avec lui.

L'obligation du pupille éteinte ipso jure à la suite d'un pacte.

sort de l'obligation civile du fidejusseur.
Source : BIU Cujas

Si l'obligation naturelle du pupille est éteinte ipso jure, que devient celle, civile, du fidéjusseur ? C'est la question posée à Papinien car le texte est extrait de ses Quaestiones, ces Quaestiones (qui lui ont

été posées soit par des clients, soit par des élèves. D'où naît la difficulté ? La voici: on pouvait douter de la libération du fidéjusseur parce que le fidéjusseur est tenu civiliter par les paroles de la stipulatio. A son endroit le juris vinculum existe et on pouvait douter si l'extinction qui se produit ipso jure par rapport au pupille, se répercutait également sur l'obligation civile du fidéjusseur. C'est une question très juridique et un peu délicate, car l'obligation naturelle et l'obligation civile ne sont pas la même chose. Au § 4, Papinien, se fondant sur ce qui précède, répond: "ideoque fideiussor, quem pupillus dedit, ex istis causis liberari dicitur: et c'est pourquoi (en raison du lien de l'équité et de la dissolution par la convention équitable) le fidéjusseur est dit être libéré en vertu de ces causes (ou dans les cas indiqués). Le fidéjusseur se trouve libéré, cela va de soi, par voie d'accessoire, accessoirement (l'obligation de la caution n'a pas toujours été accessoire, mais elle l'est à l'époque de Papinien; étant accessoire, elle disparaît quand l'obligation principale disparaît.

Le problème de l'effet du pacte nu sur une obligation naturelle.

La loi 95,4 joue un rôle dans une question qui touche aux obligations naturelles et est très controversée: du pacte nu peut-il résulter une obligation naturelle ? Notre texte y jouait un rôle parce qu'il était en contradiction apparente avec D. 27.2. De pact. 2.4. Machelard qui a étudié les deux textes (p. 42 et ss.) lève la contradiction en disant que les Romains faisaient sortir du simple pacte une obligation naturelle. L'opinion actuelle est plutôt contraire (Girard, p. 683, n. 1). M. Collinet se demande si dans l'espèce, il s'agit bien d'un pacte nu et il ne serait pas étonné qu'il y ait une différence entre le pacte nu et le contrat passé par un pupille sans auctoritas de son tuteur. Ce pupille a fait une stipulation, il s'est engagé verbis, mais sans auctoritas il ne paraît pas que ce soit la même chose que s'il avait fait un pacte nu, par exemple, un pacte d'intérêt.

Chapitre V

L'EQUITE DE CONSTANTIN.

On fait ordinairement remonter le droit byzantin à Constantin, 307-337. Constantinople a été fondée en 324. Le droit byzantin se termine en 1453 avec la prise de Constantinople et la figure de Justinien domine cette période. En ce qui concerne l'équité, deux lois

de Constantin marquent, selon M. Pringsheim, l'avènement du concept byzantin de l'équité. Nous avons déjà dit que le concept d'équité postule une interprétation large et douce du droit souplesse dans l'application du droit. La nouvelle conception de l'équité apparaîtrait avec Constantin dans cette phase du droit romain qui est la phase byzantine commandée par l'influence hellénistique et chrétienne.

L'influence
du Christianisme
sur le
droit de
Constantin.

1° - Et d'abord, en ce qui concerne le christianisme, Constantin est devenu chrétien en 312; mais les historiens ont repris la question de sa conversion et en ce moment nous sommes en pleine controverse. Le christianisme de Constantin a donné lieu à de nombreux ouvrages (en France J. Maurice, Piganiol; en Belgique Grégoire; en Angleterre Norman Baynes).

2° - Il n'est pas douteux que Constantin ait réalisé en droit romain certaines innovations importantes (Mitteis. Reichsrecht und Volksrecht, appendice, Massaure, Félix Olivier-Martin: La législation pénale de Constantin et Melle Dupont, de Lille: La législation civile de Constantin, deux thèses en préparation.

3° - On fait grand état actuellement de l'influence chrétienne sur la législation du Bas-Empire du fait que Constantin et ses successeurs (sauf Julien, dit l'Apostat, voir Bidez, de Gand), ont été chrétiens. La question de l'influence chrétienne sur le droit au Bas-Empire reste discutée. M. Bayet, à l'Ecole des Hautes Etudes fait un cours sur ce sujet. On peut se demander, dans certaines matières comme la nôtre, si l'influence hellénistique n'a pas été plus grande que l'influence chrétienne. Sans doute toutes ces idées de douceur, aequitas, benignitas, etc... sont des idées chrétiennes, mais elles sont également conformes aux idées grecques. Et ne peut-on concilier les deux thèses en disant que la démonstration est faite depuis longtemps que le christianisme a subi fortement l'influence grecque ? De sorte que les mouvements parallèles se fortifient l'un l'autre et que tout le Bas-Empire a été entraîné par la douceur sous l'influence hellénistique et sous l'influence chrétienne à la fois.

Le Rev.
Analogies entre les
tendances chrétiennes
et les tendances
hellénistiques.

L'équité interprétative
qui se développe au Bas-Empire
n'apparaît qu'exceptionnellement
en droit classique.

L'équité dont il s'agit ici c'est l'équité au 3° sens du mot, l'équité dans l'interprétation du droit par le juge. Nous avons vu apparaître cette notion (qu'on attribue presque absolument au Bas-Empire) à la fin de la République et à l'époque classique dans les actions in bonum et aequum conceptae où l'équité consiste à donner au juge un très large pouvoir d'appréciation et à ne condamner qu'à ce qu'il estime bon et équitable. Cette équité du juge avait son fondement dans l'édit des préteurs. Sans ceux-ci il n'y aurait pas eu d'actions in aequum et bonum conceptae ni d'in-

interprétation large par le juge. Donc s'il a fallu une réforme prétorienne, des bases prétorienne à ce pouvoir étendu du juge, il en résulte que l'équité au troisième sens du mot, déjà prévu par Cicéron, est exceptionnelle dans le Droit de la fin de la République et dans le droit classique et cela est conforme à tout le système romain du droit des actions.

lère Loi de Constantin.- Au contraire, à propos de Constantin, M. Pringsheim (Conferenze p. 192) pose l'idée suivante: le droit romain classique n'a exprimé nulle part son propre rapport avec l'*aequitas*, c'est-à-dire que nulle part on ne trouve dans les textes classiques exprimé le rapport entre *jus* et *aequitas* (au sens d'interprétation du droit).

C'est un texte de Constantin qui marque ce rapport pour la première fois. Ce passage spécial et unique se trouve dans la Constitution de Constantin qui assigne à l'*aequitas* la primauté sur le *jus*: loi des ides de Mai 314. C. III. 1, de Judio. c.8.

lère Constitution de Constantin qui assigne à l'équité la primauté sur le *jus*.
C. III, 1, 8.

Placuit in omnibus rebus Il a été reçu qu'en toutes
praecipuam esse justitiae matières la raison de justice et d'équité soit supérieure à la raison du droit strict.

Interpolations.

Cette loi n'est pas pure (Pringsheim Conferenze p. 192 n. 3.) Deux interpolations certaines: a) *stricti juris*; toute la notion du droit strict est byzantine, Il faut donc supprimer: *quam stricti juris*. - b) *in omnibus rebus* est interpolé d'après M. Riccobono. Il restera donc; *placuit praecipuam esse justitiae aequitatis rationem*: il a été reçu que la raison de justice et d'équité était prépondérante". Deux preuves: 1° - les généralisations émanent ordinairement des commissaires de Justinien ou de leurs modèles. (C'est une manie des Byzantins de généraliser; ce peut être aussi une bonne chose). 2° - La généralisation peut se démontrer mathématiquement. Ce texte est en effet un excellent modèle du changement de sens opéré dans la règle de droit par le transport d'un titre à un autre. Ce transport a été accompli par les compilateurs qui ont rédigé ici le Livre III. T. 1. du Code peut-être à l'imitation d'auteurs précédents. En effet, la règle sa véritable place était une règle spéciale; par le déplacement qui a été opéré elle est devenue une règle générale et parce qu'elle est une règle générale, les commissaires ont accentué ce caractère en ajoutant "*in omnibus rebus*" et en ajoutant "*stricti juris*". Il faut toujours tenir compte en critique, et pour n'importe quel texte, de la loi du contexte et ne jamais séparer un texte de son contexte. Cette loi du contexte c'est en réalité une loi de relativité qui se rattache

à la méthode complexe et relative de critique indiquée à Oslo par M. Collinet.

Nécessité de
replacer ce
texte dans son
contexte.
C.VII,22,3.

Nous connaissons le contexte d'où la règle a été tirée. C'est un morceau d'une constitution de Constantin dont un autre morceau se retrouve au Code: Constantin, 3 des Kalendes de Mai 314, C.VII.22, de longi temp. praescript. quae pro libert. et non adv. libertat. opponitur: 3, (de la prescription de long temps qui est opposée en faveur de la liberté et non contre la liberté):

Solam temporis longinquitatem etiamsi sexaginta annorum curricula excesserunt, libertatis jura minime mutilare oportere, congruit aequitati.

Que la seule longueur du temps, même si la suite de 60 années s'est écoulée, ne doive aucunement mutiler les droits de la liberté (cela) s'accorde avec l'équité.

Comparaison
de la loi 8
et de la loi
3.

De la comparaison des deux textes, il résulte: 1° - la loi 8 est datée du 15 Mai et la loi 3 est datée du 31 des Kalendes de Mai, c'est-à-dire du 28 Avril. Ce désaccord de date est négligeable. Il est probable qu'il se rapporte à des dates différentes d'affichage des constitutions (Cf. P. Collinet, L'affichage des constitutions à Beyrouth).

2° - La loi 8 a pour adresse la désignation du nom de la personne à qui la constitution est envoyée: "A Denys", simplement. La loi 3 porte l'adresse complète: Exemplum sacrarum litterarum Constantini et Licinii Augustorum ad Dionysium vice praefectorum agentem: Exemplaire des lettres impériales de Constantin et Licinius, empereurs, à Denis, agent à la place des préfets". Ici encore la dissemblance est indifférente mais nous montre que le passage de la loi 3 précédait le passage de la loi 8, l'adresse de celle-ci étant complète. D'ailleurs on peut démontrer cet ordre par un raisonnement de fond.

Commentons d'abord ces passages. La loi 3 déclare que l'équité commande de n'admettre aucune prescription extinctive, même de soixante ans, à l'encontre de la liberté; autrement-dit la liberté, l'état de personne libre, est imprescriptible, c'est un fait tout à fait connu dans le droit romain: la liberté est inaliénable et imprescriptible.

L'équité empêche la
prescriptibilité de la liberté.

Mais notre constitution a ceci de particulier et de tout à fait intéressant, qu'elle marque l'imprescriptibilité d'une façon toute spéciale. Elle dit: la liberté ne peut pas disparaître par la seule longueur du temps (dans la rubrique, il est question de la longi temporis praescriptio) et cette idée est renforcée par un chiffre: "même si la série de soixante années s'écoule". Pourquoi 60 années? Ce nombre est un nom-

« Les Cours de Droit »

Répétitions Ecrites et Orales

bre qui n'est pas connu de nous comme réglementant le délai de prescriptions (tandis que nous avons des prescriptions de 10 à 20 ans, ou de 30 ans, ou de 40 ans Sexaginta, en réalité, c'est ce qu'on appelle un nombre fini pris pour un nombre indéfini, exactement comme on dit aujourd'hui: "J'y ai été cent fois, j'y ai été mille fois", cela veut dire: "J'y ai été souvent". Les Latins emploient, pour indiquer le nombre indéfini, tantôt 600, tantôt 60 (Cf. Les dictionnaires et l'excellente thèse de M. Nicolau: la Causa liberalis, Paris 1933, p. 240).

Donc, nous voyons que le rescrit du prince se fondait sur l'équité, c'est l'équité qui empêche la prescription de la liberté, qui commande l'imprescriptibilité de la liberté.

D'où, en conséquence, il est facile de rattacher la loi 8 à la loi 3; le passage qui est aujourd'hui la loi 8 (C.J. 3,1) se rattachait à cette décision. En effet, nous avons débarrassé la loi 8 des interpolations et il en est resté ceci: "Il a été reçu que la raison de justice et d'équité était la principale. Il y avait évidemment une conjonction de raccord (nam, enim) entre la décision de la loi 3 et la décision de la loi 8, ce raccord a été supprimé parce que l'on isolait la phrase justificative.

La loi 8 était une justification spéciale de la solution donnée dans la loi 3.

On voit maintenant très clairement que la règle de la loi 8, qui nous intéresse particulièrement, n'était pas une règle générale, c'était une justification spéciale qui se trouvait tout à fait à sa place à la suite de la loi 3 dans la constitution où l'empereur marquait comme conforme à l'équité l'imprescriptibilité de la liberté. C'est un hasard heureux et assez rare que les deux passages nous aient été conservés.

Observation: quand on travaille un texte relatif à la liberté, on pense tout de suite au favor libertatis, c'est-à-dire à la faveur qui s'attache à la liberté. La liberté est vue d'un très bon oeil à Rome, cela se comprend très bien, il s'y attache une faveur, cela n'est pas douteux, c'est le favor libertatis. La question est de savoir si Constantin a donné comme fondement à sa décision le favor libertatis comme disent les auteurs (Pringsheim p. 192 n. 3). Il faut à cet égard éviter une méprise: il n'est pas douteux, puisque cette mesure est favorable à la liberté, que l'empereur a dans l'esprit le favor libertatis, c'est, peut-on dire, le substratum, le fondement présumé, l'arrière-plan de sa décision.

La solution de Constantin s'explique-t-elle par le favor libertatis ?

Mais, cela veut-il dire que le favor libertatis en tant que conception autonome d'institution, est déjà reconnu par Constantin ? La question a été étudiée à fond par M. Albertario (Studi di diritto romano,

Tome I pp. 61 à 77). M. Albertario démontre, et à juste titre, que tout ce qui concerne le favor libertatis et même, d'une façon générale, tout ce qui concerne les favores (favor testamenti, favor pupilli, favor dotis, favor nuptiarum etc,... tout cela est interpolé. Autrement dit ces concepts, ces notions, et en première ligne le favor libertatis, auraient été reconnus - en tant que concepts autonomes bien entendu, - seulement après Constantin, à l'époque pré-justinienne, ou à l'époque justinienne, à un moment où la douceur s'étend sous l'influence à la fois hellénistique et chrétienne (Cf. M. Nicolau, Causa liberalis).

Ainsi, ne confondons pas: l'idée est dans l'esprit de Constantin, comme dans l'esprit des classiques à l'état diffus, mais l'expression elle-même n'est pas classique et cela a une très grande importance de savoir si c'était l'idée elle-même qui n'était pas classique, ou l'expression de l'idée, car ce sont deux choses absolument différentes. Il y a des cas où c'est l'idée elle-même qui est byzantine, et d'autres où c'est seulement l'expression (condictio incerti). Il ne faut donc pas trop grossir la lutte à propos des interpolations, qui parfois se ramène à une chicane de mots.

2^e loi de Constantin.- Le même empereur, deux ans plus tard, en 316, a rendu une autre constitution, qui est adressée à Septimius Bassus, praefectus Urbi, préfet de la ville, c'est-à-dire de Constantinople bien entendu (un autre préfet de la ville à ce moment-là, était à Rome).

Dans cette constitution, qui est particulièrement intéressante pour nous, l'empereur revient sur le rapport du jus et de l'aequitas, sur la relation qui doit s'établir entre ces deux termes. Cette constitution, nous la possédons par un texte géminé, d'abord au Code Théodosien 1.2 de diversis Praescriptis, 3, et au C.J. I.14, de legibus et constitutionibus 1, texte très court:

Inter aequitatem jusque in-	A nous seul et il con-
terpositam interpretatio-	vient et il est permis
nem nobis solis et oportet	d'apprécier l'interpréta-
et licet inspicere.	tion interposée entre
	l'équité et le droit.

Ce passage est isolé au Code de Justinien, il est le début du titre de legibus. Il faut en réalité le considérer au Code de Théodose, où les constitutions n'ont pas subi naturellement, cela va de soi, les retouches des commissaires de Justinien, où cependant il n'est pas sûr qu'elles soient toujours pures.

Au Code de Théodose, ce passage est une justification, comme la loi 8 citée plus haut: c'est la jus-

2^eme consti-
tution de
Constantin
C.J.I,14,1.

Ce passage se rattache à un texte du Code Théodosien.

tification d'une loi célèbre de Constantin sur la force des rescrits qui ont été émis avant ou après un édit impérial. C'est une question constitutionnelle assez difficile (Cf. Sources de Krueger). Si le rescrit a été émis avant l'édit, il est valable; pas de rétroactivité, c'est le principe romain comme le principe moderne. S'il est émis après l'édit, le rescrit est nul, sauf si le rescrit s'accorde avec les lois publiques, "maxime cum: surtout puisque" (et notre phrase).

Ici encore donc le passage du Code de Théodose a été transposé (au Code de Justinien), il est sorti son contexte; il en a été isolé pour devenir une loi particulière, spéciale, isolée comme la loi 8. Mais ici encore, grâce au Code Théodosien, nous pouvons retrouver le contexte et appliquer, par conséquent, la loi de relativité. Nous pouvons retrouver, autrement dit, la constitution originale d'où le passage a été tiré, ce qui est très important au point de vue de la critique et au point de vue de la compréhension du texte.

Explication de la constitution de Constantin.

Que dit exactement Constantin dans cette loi ? La traduction mot à mot n'était pas très claire; il s'agit de l'éclaircir. Il n'est pas douteux que Constantin revienne sur le rapport entre les deux notions. M. Pringsheim avait raison: Constantin établit un rapport et il l'établit par deux fois. La première fois dans la loi 8 déjà citée, il y avait une hiérarchie entre le jus et l'aequitas, il met l'aequitas au-dessus du jus. Ici les deux concepts sont au même niveau on ne voit pas du tout qu'il y ait une hiérarchie entre eux. Seulement d'après le texte lui-même il s'agit d'une interprétation. M. Pringsheim (Conferenze p. 207) comprend ainsi la loi 1: "Constantin décide qu'entre jus et aequitas aucune opposition ne saurait exister". Cette façon de voir est contredite par les Basiliques et par Perez, le meilleur commentateur du Code de Justinien.

Les Basiliques disent ceci (Liv. II Tit. 6, Ch. 6, Heimbach: I, p. 88). : "Si le Droit a voulu une chose, l'équité, une autre, l'empereur seul peut décider de la question à ce sujet, car à lui appartient de décider de ces choses". Antoine Perez, Praelectioes in XII libros Codicis Justiniani imp. (Amsterdam 1671, I p. 23, n° 18) comprend le texte comme ceci: "L'Empereur ne veut aucunement qu'il ne soit pas permis au juge de ramener le Droit à la norme de l'équité, selon l'esprit du législateur; mais il prohibe sous prétexte d'équité le juge s'écarte du Droit et de la Loi et de l'esprit du législateur, puisqu'il a été concédé de suivre la loi, non de la changer".

Il s'agit d'une mesure contre l'arbitraire du juge.

En un mot, Constantin se méfie de l'arbitraire du juge. Nous avons dit au début: droit, équité, arbitraire; on glisse de l'équité à l'arbitraire très facilement, cela se comprend puisqu'on élargit, qu'on assouplit le droit (le Président Magnaud).

Constantin se méfie de l'arbitraire du juge et il dit que, entre le Droit et l'équité, l'interprétation appartient à lui seul. Pratiquement cela signifie que la décision du juge suspecté d'arbitraire par la partie perdante sera portée au tribunal de l'empereur qui tranchera souverainement. On dira peut-être que c'était inutile à dire, mais enfin Constantin l'a dit, sous l'influence chrétienne ou sous l'influence hellénistique de l'élargissement des idées qui se fait jour au IV^e siècle.

Importance des transformations procédurales: substitution à la procédure de l'ordo de la procédure extraordinaire.

Nous devons faire appel, pour comprendre encore mieux ces deux lois de Constantin, à une autre idée et nous devons nous transporter dans un domaine que nous n'avons pas encore envisagé jusqu'à présent et qu'il serait cependant nécessaire de considérer, à savoir le domaine de l'organisation judiciaire. Du moment que nous parlons des juges, de l'interprétation du juge, de l'équité, il est assez naturel que nous nous préoccupions de l'organisation judiciaire, sans insister bien entendu.

Or, entre l'époque classique, à laquelle appartiennent nos textes du Digeste, et Constantin, s'était produit un fait considérable dans l'organisation judiciaire de Rome: la procédure ordinaire avait disparu et la procédure extraordinaire avait triomphé. Or, le criterium de distinction entre les deux procédures, que l'on a cherché de bien des façons paraît celui-ci: procédure ordinaire par formules et procédure extraordinaire sans formules, ou bien, ce qui revient au même, division de l'instance ordinaire entre le magistrat et les divers tribunaux (en particulier le judex unus) et, au contraire, dans la procédure extraordinaire une seule phase de l'instance: c'est le magistrat qui instruit l'affaire, qui la met au point et en même temps qui la juge, (sauf renvoi à un judex pedaneus, ce qui est un détail).

On peut se demander si ce changement considérable dans la procédure, ce renversement de tous les principes anciens, n'allait pas avoir une répercussion sur l'interprétation du juge. Le juge autrefois, en général, c'était un judex unus, c'était un particulier qui tenait ses pouvoirs du magistrat, qui avait reçu le jussus judicandi, qui constitutionnellement n'avait de pouvoirs que ceux qui lui avaient été accordés par le magistrat, la constitution romaine, le jus ancien.

Désormais, depuis le triomphe de la procédure

Les pouvoirs d'interprétation du magistrat sont différents de ceux du judex.

extraordinaire, qui remonte beaucoup plus haut qu'on ne le dit généralement, qui doit remonter vers 240-250 de notre ère, c'est le magistrat qui juge et ce magistrat est investi de son pouvoir par la loi, par le *lex* comme aujourd'hui, qu'il est magistrat.

On comprend que ses pouvoirs d'interprétation ne soient pas les mêmes. Il y a une différence entre un *judex unus* qui reçoit ses pouvoirs d'une formule de magistrat et le magistrat lui-même qui tient ses pouvoirs de la loi. Celui qui va pouvoir donner libre cours à son sentiment de la justice, ce n'est pas le juge enserré dans des limites de la formule, mais le magistrat tenant ses pouvoirs de la loi.

Par conséquent, M. Pringsheim (Conferenze pp. 206.207) a vu tout à fait juste quand il rattache l'idée de la loi à la fait qu'à l'époque post-classique le changement de procédure est survenu et que le préteur a cessé de jouer son rôle (pour lui l'*aequitas* est essentiellement une notion prétorienne, ce qui est exagéré) M. Pringsheim dit: "*Aequitas* n'est plus l'expression familière au Romain cultivé pour désigner la réforme du droit en vigueur". C'est le monarque, absolu et souverain, qui est le maître aussi en cette matière.

Constantin fait triompher les tendances hellénistiques et chrétiennes.

Comme transition au chapitre suivant, nous pouvons énoncer ceci: c'est sous le règne de Constantin, d'après M. Pringsheim qu'aurait paru le facies nouveau hellénistico-chrétien de l'Etat. A cet égard, il écrit (p. 207): "Sinon partout, du moins d'innombrables fois *aequitas*, *aequissimum*, *aequius*, *ratio aequitatis* sont interpolés, et toujours *naturalis aequitas*. Et cette nouvelle équité n'est plus l'équité romaine, mais une équité grecque et chrétienne. Aristote et la douceur chrétienne triomphent dans cette équité, qui voisine avec les termes parents d'*humanitas*, de *caritas*, de la nouvelle *pietas*, de *clementia* et de *lenitas* et qui les enferme tous en elle. Toutes les barrières de l'époque classique sont brisées: *rigor juris*, *jus* subtilis, *acerbitas*, *severitas*, *durentia*, désignent maintenant (à partir du IV^e siècle) - ce que jadis le droit romain avait fait de grand". C'est une très belle phrase pour terminer un discours, mais tout cela est un peu excessif.

Nous avons vu, en somme, que l'idée d'*Aequitas* avait été appliquée par les classiques; nous pouvons donc réagir contre les interpolations qui ont été soutenues et qui ont été très certainement exagérées. M. Collinet ne reprend pas ici toute la question qui a été déjà évoquée plusieurs fois, la question de l'influence plus ou moins grande de la pensée grecque sur le droit romain. Il est bien évident que des hommes

L'*aequitas* a déjà été appliquée par les classiques permanence de l'influence grecque sur le droit romain

comme M. Béseler ou M. Pringsheim exagèrent ce rôle du Bas-Empire; à l'inverse, M. Riccobono le réduit trop. Par conséquent, il faut en arriver à une réaction où l'on essaiera de faire la part aux deux thèses, en prenant une position modérée, en disant que l'influence grecque s'est exercée d'un bout à l'autre du droit romain, depuis les XII Tables jusqu'à Justinien, mais d'une façon plus ou moins étroite suivant les temps et suivant les espèces.

L'équité est un excellent exemple pour apprécier ce que l'influence hellénique a pu donner, d'un bout à l'autre; jusqu'à Justinien, on la sent qui s'exerce, mais bien entendu elle s'est plus exercée à la fin de la République qu'à l'époque classique, plus à l'époque byzantine qu'à l'époque classique; cela semble tout naturel, parce que cela coïncide avec les données historiques elles-mêmes. Il n'est pas possible en effet de séparer l'évolution du droit romain de l'évolution générale de l'histoire romaine, depuis les origines jusqu'à Justinien.

Chapitre VI

L'EQUITE EN DROIT BYZANTIN.

Les interpolations sont très nombreuses et se rapportent soit à l'expression *bonum et aequum*, soit au terme *aequitas*. Donc, deux sections.

Section Première

Le bonum et aequum byzantin.

On a parlé de ce bonum et aequum byzantin à propos de trois actions: l'action *injuriarum* D.47.10.11.1. l'action *funeraria* D.11.7,14.6. et l'action de effusis et dejectis D.9.3.5.5..

L'expression bonum et aequum est familière aux byzantins.

On est très frappé, quand on a fait le dépouillement des textes de la période intermédiaire entre l'époque classique et Justinien, de voir qu'un seul texte post-classique connaît cette expression: c'est une Constitution de Gratien, Valentinien et Théodose, de 380, C.Th. 3.5.11 (M. Pringsheim p. 97). Au contraire, c'est une expression familière à Justinien, comme on le voit par des passages des Institutes qui sont certainement interpolés. Le plus célèbre de ces passages est celui qui concerne la compensation: Institutes 4,6, de act. 30. Il est très regrettable que le modèle, c'est-à-dire le texte correspondant de Gaius

(IV.61) soit en partie en lacune, de sorte que nous ne pouvons pas nous rendre compte, d'une façon certaine, de ce qu'il disait. Mais aujourd'hui, on est d'avis que ex bono et aequo aux Institutes 4.6.30, est ajouté.

Introduction
du bonum et
aequum dans
la théorie des
condictiones.

Dans les textes du Digeste, ces interpolations sont fréquentes. Quelques-unes se rapportent, chose curieuse, à la *condictio* et l'on voit par les Scolies des Basiliques, que le rattachement de la *condictio* au bonum et aequum est, pour ainsi dire, une manie, une marotte des Byzantins. Car on constate que, là où leurs modèles ne parlaient pas du tout de bonum et aequum à propos de la *condictio*, les Scoliastes des Basiliques en parlent d'eux-mêmes, de leur chef, ils rattachent la *condictio* à l'aequum et bonum. C'est la preuve lumineuse, éclatante, que c'est une notion favorite des Byzantins (Pringsheim pp. 148.149). Citons par exemple deux textes interpolés sur la *condictio*: D. 12.6.65.4, - D.H.T. 66.

Tout à l'heure, quand il s'agissait des passages des Institutes, et surtout du passage 4,6,11 sur la compensation, le bonum et aequum correspondait en réalité à la bona fides. M. Collinet a déjà signalé des correspondances entre les deux notions. A propos de la compensation, le bonum et aequum (Gaius IV.63) correspond à la bonne foi, mais à l'égard de la *condictio*, on ne peut pas rapprocher bonum et aequum de la bona fides, puisque les Byzantins l'ont qualifiée d'action de droit strict.

Alors pourquoi les Byzantins préconisent-ils la notion de l'aequum et bonum à propos de la *condictio*? Les critiques se bornent à signaler l'interpolation, l'influence hellénistico-chrétienne, et ne disent pas ce qu'il faudrait dire, le pourquoi de l'interpolation.

Notion de
l'équité source
du droit
et l'équité
interprétation
du juge.

L'explication est très simple. Dans les textes que nous voyons en ce moment, le bonum et aequum se rapporte à l'équité (au premier sens du mot) non pas à l'interprétation du juge, mais à l'équité source de droit, source de l'action. Ainsi dans les interpolations, voilà une première notion qui tient sa place, celle de l'équité-source. Or, dans la conception byzantine, il est bien vrai que certaines actions tirent leur origine de l'équité, c'est-à-dire de la morale, du droit naturel. En ce qui concerne les interpolations dans les actions in bonum et aequum, l'explication déjà donnée, c'est qu'il y a une confusion entre le pouvoir du juge et la source; il s'est produit une sorte de jeu de mots dans l'esprit des Byzantins.

Pour la *condictio*, la même confusion ne pouvait

pas être faite, elle est une action de droit strict; les pouvoirs du juge y sont restreints; l'équité ex bono et aequo ne peut donc se rapporter qu'à l'équité-source. Et c'est bien l'équité qui est la source de la *condictio*, puisqu'il s'agit ici uniquement de la *condictio* pour enrichissement sans cause. Or, la *condictio* pour enrichissement sans cause est certainement fondée sur l'équité, droit naturel, sur le principe de morale, de droit naturel que nul ne doit s'enrichir au détriment d'autrui. Nous l'avons vu par des textes que nous croyons personnellement purs. A fortiori, la notion s'est-elle prolongée au-delà de l'époque classique et se reflète-t-elle dans des textes interpolés. Tout cela cadre, en somme, avec la marche générale de l'idée d'équité-source.

Mais voici deux textes interpolés qui se rapportent au troisième sens du mot équité, à l'interprétation du juge: 1° - le premier tient une assez grande place dans la théorie de la demeure; c'est un passage de Celsus, cité par Paul, 17, ad Plautium, D. 45.1 de verb. oblig. 91, 3:

Dig. 45.1.91.
3.

...Et Celsus adolescens scribit eum qui moram fecit in solvendo Stichum quem promiserat, posse emendare eam moram postea offerendo: esse enim hanc quaestionem de bono et aequo; in quo genere plerumque sub auctoritate juris scientiae perniciose (inquit) erratur.

...Et Celse le Jeune écrit que ce que celui qui a mis du retard à payer (livrer) Stichus, qu'il avait promis peut amender son retard en faisant par la suite des offres: c'est là en effet une question d'honneur et d'égal (d'équité); dans ce genre (de cas) la plupart du temps on se trompe pernicieusement dit-il, sous l'autorité de la science du droit.

Chose surprenante, M. Pringsheim (pp. 84, 85) ne suppose pas d'interpolation dans ce texte et c'est M. Collinet, qui a réagi contre les interpolations des autres, qui va en proposer une; M. Collinet croit à l'interpolation de: *esse enim... bono et aequo...* c'est une scolie, qui a pour but d'opposer le bonum et aequum à la solution due à l'auctoritas qui commande une solution dure. C'est une scolie, parce qu'on peut très bien enlever cette petite phrase qui est gênante, attendu que in quo genere se rapporte au fait prévu.

La plupart des auteurs croient que l'équité dont il est question là, se rapporte à l'interprétation du juge, à une conception douce du droit. M. Pringsheim croit que Celsus a visé non pas l'interprétation

du juge, mais l'interprétation du droit et il s'appuie sur un voisinage qui existerait avec le texte fameux de Celse que nous avons nous-mêmes commenté au début de ce cours (D. I.1.1.pr.), la définition célèbre du droit par Celsus. Mais M. Collinet croit, au contraire, qu'il y a là l'expression de deux pensées, dont la seconde se rapporte à tout autre chose que la première. C'est évidemment: *juris scientiae* qui a amené le rapprochement de l'auteur.

Le texte joue un certain rôle dans une question très débattue, à savoir si le retard, la mora, suppose une faute du débiteur ou non (Cf. les deux ouvrages signalés par Pringsheim p. 84, n. 8).

2° - Le 2ème texte relatif au mandat, est très intéressant aussi, il prévoit des cas très variés en cherchant si les intérêts en matière de mandat sont dus: Ulpien, 31, ad Ed. D. 17.1, *mandati vel contra*, 12, 9; dans le cas où un achat a été confié par un mandant à un mandataire, la question relative aux intérêts du prix versé se pose. Le texte dit:

Et (ut est constitutum) totum hoc ex aequo et bono judex arbitrabitur.

Et (comme il a été établi par des constitutions) le juge arbitrera tout cela sur la base de l'égal et de l'honnête (de l'équité).

Le passage est interpolé, tout le monde le reconnaît, ainsi qu'un passage antérieur du même texte qui disait: "*aequissimum enim erit rationem ejus rei haberi*: car il serait très équitable que compte soit tenu de cette chose. (Pringsheim, *Conferenze*, p. 211, n. 3; *Index des Interpolations*, t. 1, col. 285). Il va de soi que l'appel qui est fait à l'*aequum* et *bonum* ne veut pas dire que l'action de mandat soit une action in *bonum* et *aequum concepta*. C'est parce que c'est une action de bonne foi que le compte des intérêts est réglé à l'arbitrage du juge.

Section Deuxième

L'aequitas byzantine.

Nous avons dit déjà que le terme *aequitas* était plus fréquemment encore que *bonum* et *aequum* interpolé et nous avons rappelé l'article de M. Beseler qui prétend que *aequitas* est partout interpolé. Il va trop loin; M. Collinet a réagi au Chapitre IV, et peut-être y aurait-il lieu de réagir encore. Sans aller aussi loin que M. Beseler et M. Pringsheim, il n'est pas douteux que le mot *aequitas* soit très fréquemment interpolé.

Le terme *aequitas* est souvent interpolé.

Ici encore les deux notions de l'équité jouent leur rôle, l'équité dans l'interprétation du juge et l'équité source du droit.

§ 1er - L'aequitas dans l'interprétation du juge.

Il s'agit, comme toujours, de conférer au juge un pouvoir large d'appréciation; le juge aura à se déterminer d'après l'équité, dans le sens le plus doux possible sans arriver jusqu'à l'arbitraire.

Plusieurs textes parlent de l'aequitas du juge. M. Pringsheim, dans les *Conferenze* (p. 199) a raison de déclarer que cela n'est pas classique. En droit classique, l'équité dit-il avec raison, est le fait du prêteur (ajoutons: et des prudents), jamais du juge. En dehors des actions in bonum et aequum conceptae, le juge n'a aucun pouvoir large d'appréciation, parce qu'il est limité par la formule, et encore est-ce de la formule que lui vient ce pouvoir lorsqu'il s'agit d'une action in bonum et aequum concepta.

Dans la procédure formulaire le juge n'avait aucun pouvoir large d'appréciation.

En conséquence, toutes les fois que l'on trouvera dans un texte l'aequitas du juge, le texte est interpolé, parce qu'en droit byzantin, il n'en est plus ainsi: le juge, c'est le magistrat, ce n'est plus le *judex unus*.

Les textes sont assez nombreux; M. Collinet en prendra simplement deux.

Dig. 11,1,21.

1° - Un premier texte est un texte général: Ulpien, 22, ad Edict. D. XI.1, de interrogationibus in jure faciendis et interrogatoriis actionibus, 21: Ubicumque judicem aequitas Partout où l'équité ins-moverit, aequum oportere pirera le juge, pareille-fieri interrogationem, du-ment il n'est pas douteux bium non est. qu'une interrogation doit-ve être posée.

L'interrogation, c'est l'interrogation qui, sous la procédure formulaire se faisait in jure, sous la procédure extraordinaire in judicio, puisqu'il n'y a plus de phase in jure, plus de distinction entre le magistrat et le juge.

Les interpolationnistes, MM. Beseler et Pringsheim y vont fortement, comme toujours, et ils font tout disparaître à cause du mot aequitas. (D'abord se pose le problème très grave de l'interpolation des "petites lois"; comment expliquer l'interpolation ? C'est très difficile). M. Collinet se demande si le texte ne serait pas pur sauf un mot: l'interrogation de la procédure formulaire est le fait du prêteur, l'interrogation de la procédure extraordinaire

est le fait du juge. Il n'y aurait qu'à changer un mot: *judicem* à remplacer par *praetorem* (Cf. thèse excellente de M. Pissard, 1907).

Dig. 13,4,4,1.

2° - Ulp. 27 ad Ed. D. 13.4. de eo quod certo loco dari oportet, 4,1.

Caractère arbitraire de l'action de eo quod certo loco.

Le nom de cette action, c'est le nom des premiers mots de l'Edit: il s'agit de l'action qui est donnée lorsque le débiteur a promis dans un autre lieu que celui où a été passé le contrat. La question soulevée est une question de change. (Les Romains ont connu comme nous toutes les variétés, toutes les nuances du système monétaire sauf, la monnaie-papier). Dans ce cas, comment régler la dette ? L'action y pourvoit par le fait qu'elle est une action arbitraire, la seule action arbitraire du droit formulaire, car on admet de plus en plus que la catégorie des actions arbitraires, réelles et autres de Justinien, est une catégorie byzantine. Pourquoi une action arbitraire ? Parce que le juge recherchait toutes ces questions délicates qui se posent à l'occasion du paiement dans un autre lieu, toutes ces questions de change, et notre texte dit: Le juge condamnera le défendeur, s'il s'est engagé par écrit, à payer au lieu promis. Mais la question se posait: *quid*, s'il a offert l'argent ou l'a déposé, ou doit payer à vue ----- Ulpien répond: La solution est la même. Le texte ajoute, par interpolation: *In summa, aequitatem quoque* En somme le juge qui est *ante oculos habere debet* ju- attaché à cette action, *dex, qui huic actioni addic-* doit avoir aussi devant *tus est.* les yeux l'équité.

(Index, I, col. 198-199, Pringsheim, p. 200 et 212 n.5)

Un autre texte pourrait être cité (Pringsheim, p. 200; n. 4), qui se réfère au mandat également: D. 17.1.8.8. et un autre, tout à fait important, D. 10.3. comm. divid. 14.1, (Paul, 3 ad. Plaut.), (Pringsheim, p. 210), tellement capital qu'il a fait l'objet d'un volume tout entier de M. Riccobono: *Dal dir. rom. class. al dir. mod.* (Annales du Séminaire juridique de Palerme, vol. 3 et 4. 1917) (Cf. Thèse de M. Gaudemet sur l'indivision) en préparation.

§ 2 - L'*aequitas* source du droit.

Le droit naît de l'équité, c'est-à-dire

L'*aequitas*, source du droit est très fréquemment interpolée aussi. Cela cadre bien avec l'esprit général byzantin; non seulement le juge doit avoir des pouvoirs larges, non seulement le juge doit incliner dans certains cas vers la douceur, mais encore les juristes de cette époque, qui procèdent souvent par interpolation, par scolies ou par gloses - car ce ne sont pas les commissaires de Justinien qui ont inventé

du droit naturel.

tout cela, ils n'avaient pas le temps, - les juristes de cette époque pensent que le droit naît de la loi, mais naît aussi de l'équité, c'est-à-dire en définitive du droit naturel.

Les textes interpolés sont nombreux, ils sont tous signalés et tous déclarés interpolés par M. Beseler que suit M. Pringsheim. Peut-être ne le sont-ils pas tous.

Nous laisserons de côté les textes qui font un rapprochement entre l'*aequitas* et la *bona fides*, les deux notions à l'époque byzantine se rapprochent sans se confondre, si bien que lorsqu'on s'attend à trouver une règle fondée sur la bonne foi, c'est une règle fondée sur l'équité qui apparaît. Les exemples de M. Pringsheim sont assez nombreux. Prenons les autres:

Exemple en matière d'aliments.

1° - En matière d'aliments (Cf. *Albertario: Studi di diritto romano* 1933 p. 249 et ss.) matière intéressante, parce qu'elle touche au droit de la famille:

Ulpien, 2 de Offic. cons. D. 25.3. de agnoscendis et alendis liberis, vel parentibus, vel patronis, vel libertis, 5,2, se demande si les parents de la ligne maternelle ont droit aux aliments comme les parents de la ligne paternelle. Il est bien clair que c'est d'abord la famille agnatique qui avait des droits et non la famille maternelle qui était simplement la famille cognatique. Le texte répond:

Dig. 25,3,5,2.

....Et magis est, ut utrubi- que se judex interponat, quorundam necessitatibus facilius succursurus, quorundam aegritudini: et cum ex aequitate haec res descendat caritateque sanguinis, singulorum desideria perpendere judicem oportet.

....Il est mieux (de dire) que partout où le juge s'interpose pour secourir plus facilement les besoins des uns, la maladie des autres: et comme cette chose descend de l'équité et de l'affection du sang, le juge doit peser les désirs de chacun.

Mommsen a voulu corriger *aegritudini* en *aegrius* (inutile). Le texte est interpolé (*Index t.* II col. 111; Pringsheim p. 200, n. 5). Les auteurs n'en conservent que: et magis est, avouant, par conséquent, qu'ils ne savent pas ce qui venait ensuite. Cela, c'est l'interpolation radicale. Auparavant, dans l'édition du Digeste, par exemple, deux mots seulement étaient suspectés: *judex* et *judicem* qui remplaceraient: *consul* et *consulem*, parce que c'était le consul qui était compétent à l'époque classique en matière d'aliments comme l'indique la rubrique d'Ulpien. Mais le texte est-il aussi altéré qu'on le dit ? Personnellement

Glose intro-
duite sous
l'influence
chrétienne.

M. Collinet réagit (en particulier contre M. Albertan p. 261, 262) et croit qu'on peut apercevoir ce qui a été ajouté au texte: c'est la phrase de justification: et cum...sanguinis; le texte s'explique très bien sans elle: "et il est mieux de dire que partout où le juge s'interpose pour secourir plus facilement les besoins des uns, la maladie des autres, le juge doit peser les désirs de chacun". Un scoliaste, inspiré par la doctrine chrétienne plus large, plus douce que le droit classique, a écrit: "et (cela va de soi) puisque cette chose descend de l'équité et de l'affection du sang" (mauvais latin).

Par conséquent, encore ici une réaction contre l'hypercritique. Enlevons la petite phrase, tout va bien et tout s'explique par la pénétration, à cette époque, des idées morales et des idées plus larges: l'équité, l'affection du sang qui sont des idées surtout chrétiennes. Les Basiliques (III, 521) résument, sans plus, les §§ 1 - 3 du texte: donc, rien pour le critique.

Le Louage.

Louage

Dig. 19, 2, 9pr.

Ulpien, 32, Ad Ed. D. 19, 2. loc. cond. 9. pr.

Si quis domum bona fide emptam vel fundum locaverit mihi isque sit evictus sine dolo malo culpaque ejus, Pomponius ait nihilominus eum teneri ex conducto ei qui conduxit ut ei praestitur frui quod conduxit licere. Plane, si dominus non patitur et locator paratus sit aliam habitationem non minus commodam praestare, aequissimum esse ait, absolvi locatorem.

Si quelqu'un m'a donné à bail une maison achetée de bonne foi ou un fonds et que celui-ci soit évincé sans le dolo et la faute de lui (bailleur), Pomponius dit que néanmoins celui-ci sera tenu par l'action de la prise à bail envers celui qui a pris à bail à lui fournir de quoi lui permettre de jouir de ce qu'il a pris à bail. Assurément si le propriétaire ne le souffre pas et que le bailleur soit prêt à lui fournir une autre habitation non moins commode, il dit qu'il est très équitable d'absoudre le bailleur.

La 2ème partie, depuis Plane a été suspectée (Index I. c. 355-356. Fringsheim p. 211). Dans la première partie qui est pure, Pomponius conclut à des dommages-intérêts demandés par l'actio ex conducto pour privation de jouissance. La 2ème partie qui est

sans doute préjustinienne, prévoit sur le fondement de l'équité l'absolution du bailleur si le propriétaire ne consent pas au maintien du bail et si le bailleur procure au preneur une habitation aussi commode.

Mandat. 3° - Mandat. Gaius, III, Ad Ed. prov. D. 3.3. Dig. 3,3,46,6. de procur. 46,6.

Litis impendia bona fide facta vel ab actoris procuratore, vel a rei (corr. reo), debere ei restitui aequitas suadet.

Que les frais du procès faits de bonne foi lui soient remboursées ou par le procureur du demandeur ou par le défendeur, l'équité le conseille.

Critique: 1° rembourser à qui ? Il suffit de lire le § 5 pour voir que les frais doivent être remboursés au procureur du défendeur.

2° - Par qui ? Ou bien par le procureur du demandeur (les parties plaident beaucoup par procureur au Bas-Empire ou bien par le défendeur); vel a rei (sous-entendu procuratore) ne va pas du tout, puisque c'est à lui qu'il faut rembourser; il faut donc lire vel a reo (les Basiliques ont résumé le texte et il n'y a rien à en tirer). Beseler, (Index I. c. 411) et Pringsheim Conf. 211. n. 4, déclarent impur tout le texte à cause du terme pompeux "aequitas suadet". M. Collinet invoque plutôt une raison tirée de ce que dans la procédure classique les frais de justice n'existent pas (Cf. Proc. par Libelle, p. 263 et bibliographie), ils ne sont connus qu'au Bas-Empire. C'est donc une scolie additionnelle greffée sur le § 5.

Le remboursement est obtenu par l'actio mandati contraria contre le reus (§ 5). Contre le procureur du demandeur probablement par l'actio negotiorum gestorum puisqu'il a fait son affaire.

4° - Passages relatifs à la naturalis aequitas, qui est sans doute une conception byzantine, tous les textes s'y rapportant paraissent interpolés.

1er texte. D. 43.26.2.2. Précaire (Cf. Supra, Ch. IV S. I) "et naturalem habet in se aequitatem". Cf. H.T. 15 Pr. Nous avons déjà démontré l'interpolation pour d'autres raisons.

2ème texte: le pacte en général. Ulpian, IV, Ad Ed. D. 2. 14 De pact. 1, pr.

Hujus edicti aequitas naturalis est. Quid enim tam congruum fidei humanae quam ea quae inter eos placuerunt servare ?

L'équité de cet édit (sur les pactes) est naturelle. Qu'y a-t-il en effet d'aussi conforme à la foi humaine que de respecter ce qui a été convenu entre les parties?

La forme aussi est faible. Le texte (Index 1.23 Sup. I.c.23,24. Pringsheim p. 212 n. 5) est inter-

polé. Toutes ces additions sont au commencement des titres qui n'existaient pas dans les commentaires de l'Edit et que les compilateurs ont emprunté à des scolies pour former en tête de chaque titre une sorte de chapeau.

3ème texte: le pacte de constitut. Ulp.

27, Ad Ed. D. 13.5. de pec. const. 1, pr.

Hoc edicto praetor favet	Par cet Edit, le préteur
naturali aequitati: qui	favorise l'équité naturel
constituta ex consensu	le (le préteur) qui garde
facta custodit, quoniam	les constituts faits d'ac
grave est fidem fallere.	cord commun, parce qu'il
	grave de tromper la foi.

Le style est faible et le contexte rappelle les précédents. Ce sont des scolies placées en tête des titres pour les introduire. Interpolation certaine (Ind. I.c. 205, Pringsheim, 212 n. 5 (sur le constitut cf. Philippin, Paris, Thèse, 1929).

4ème texte. Répétition par condictio. Ulp

26 Ad Ed. D. 12.4. de cond. causa dat. causa non secuta. 3.7. dont voici quelques mots:

Celsus naturali aequitate	Celsus mû par l'équité na
motus	turelle.

On a suspecté le texte (Ind. 1.175, Suppl. I. c. 182; Pringsheim, Z.S.S., 1932, p. 141-142). Cette interpolation ne change rien au fond du texte. Il est curieux de remarquer encore ici une forme stéréotypée que nous allons rencontrer aussi dans un 5ème texte à propos de la bonorum possessio unde cognati:

Gaius, 16 Ad Ed. Pr. D. 38.8. unde cognati 2, où il est question du "proconsul naturali aequitate motus" (Pringsheim, Z.S.S. 1932, p. 141, n. 4).

6ème texte: l'exception de dol. Paul, 71 Ad Ed. D. 44.4 de dol. mal. exc. 1.1.:

Ideo autem hanc exceptionem praetor proposuit, ne cui dolus suus per occasionem, juris civilis contra naturalem aequitatem prosit.	Mais en conséquence le préteur a proposé une exception, afin que son dol ne profite pas à quelqu'un à la faveur du droit civil à l'encontre de l'équité naturelle.
--	--

Le texte est interpolé (Pringsheim, Conf. p. 211, n. 4). La forme est voisine des textes n° 2 et 3 et on peut le supposer interpolé comme eux.

Nous quittons la naturalis aequitas pour arriver aux 5° et 6° consacrés à deux textes du Code.

Pringsheim Conf. p. 212 n. 5 in fine, dit qu'il a utilisé tous les textes contenant aequitas ou aequissimum, il paraît bien, sauf erreur, avoir omis les deux textes du Code.

5° Il s'agit du pacte de restitution d'un dépôt:

Dioclétien et Maximien, 293. C.J. 3.42 Ad

Exhib. 8:

C.III, 42, 8.

Si res tuas commodavit aut deposuit is, cujus in precibus meministi, adversus tenentem ad exhibendum, vel vindicatione uti potes.

Si celui dont tu as rappelé la requête a donné en commodat ou a déposé tes choses, tu peux user contre le détenteur de l'action en exhibition ou de la revendication.

§ I- Quod si pactus sit, ut tibi restituantur, si quidem ei, qui deposuit, successisti, jure hereditario depositi actione uti non prohiberis: si vero nec civili, nec honorario jure ad te hereditas ejus pertinet: intellegis nullam te ex ejus pacto, (contra eum) contra quem supplicas, actionem stricto jure habere:

Que s'il a convenu que ces choses te seront restituées, si d'une part tu as succédé à celui qui a déposé, tu n'es pas empêché d'user de l'action de dépôt par droit héréditaire. Mais si ni en droit civil ni en droit honoraire son héritage ne t'appartient, tu comprends que tu n'as en vertu de ton prêt en droit strict aucune action contre celui contre qui tu réclames.

utilis autem tibi propter aequitatis rationem dabitur depositi actio.

Mais une action utile de dépôt te sera donnée pour raison d'équité.

Exception à la règle que la stipulation pour autrui n'a pas d'effet.

C'est un texte bien connu parce qu'il rentre dans la matière des stipulations pour autrui; il forme l'une des exceptions à la règle que la stipulation pour autrui n'a pas d'effet. Ici elle produit effet puisque le déposant a une action utile contre le sous-dépositaire. Cette action utile est certainement une interpolation, si bien que dans le texte original, il n'était pas question de cette action utile, mais de la solution négative qui précède: "intellegis nullam te ex ejus pacto (contra eum) contra quem supplicas, actionem stricto jure habere: tu ne peux pas avoir d'action en vertu de ce pacte du tiers". Voilà la règle de droit à l'époque de Dioclétien.

Critique - Au pr. il est question de "commodavit aut deposuit", si bien qu'on pourrait croire que la constitution originale se rapportait à la fois au commodat et au dépôt. Ce n'est pas possible. "Commodavit aut" est une addition. Quand une constitution invoque en effet deux institutions, elle est interpolée

Critique du
texte.

parce que, les constitutions étant des réponses de la Chancellerie impériale à des fonctionnaires, ou à des plaideurs (conseillés par des hommes de loi) et les rescrits reproduisant le casus, il n'est pas possible que l'objet sous déposé ait été l'objet à la fois d'un commodat et d'un dépôt. Il est l'objet de l'un ou de l'autre; celui qui fait la requête sait bien s'il est commodant ou déposant, en réalité, il était déposant, la suite du texte le prouve. Ad exhibendum dans ce texte n'est pas non plus à conserver en vertu d'un autre criterium étudié par M. Collinet et qui est le manque du mot action: ad exhibendum uti est grec, tandis que vindicatione uti est latin.

La distinction faite au paragraphe, 1 (si quidem si vero) est suspecte comme toutes ces distinctions balancées. D'autre part la distinction est plutôt théorique que pratique, le requérant sait bien s'il est ou non héritier. C'est là une raison de professeur qui a été ajoutée.

Enfin deux interpolations à la fin sont caractéristiques: stricto jure et utilis, etc,... On a ajouté stricto jure après avoir ajouté utilis etc,... M. Collinet a essayé de prouver l'interpolation par un nouveau critère, l'étude du cursus rythmique (Cf. Rev. Etudes Lat. 1927).

En revanche il y a une addition à faire au texte avant "contra quem", il faut ajouter "contra eum", qui est tombé à cause du "contra" de la suite; le copiste a été trompé par le mot contra qui se trouvait auparavant, faute courante d'ailleurs, dans les copies.

Quant au fond, dans la version justinienne, pas d'action en droit strict, action utile dans le droit byzantin.

Cette opinion générale a été contestée par un élève de M. Riccobono, Vazny, qui a cru que l'action utile pourrait être donnée dès l'époque classique sous forme d'une action préterienne ex decreto, opinion que M. Collinet a critiquée l'an dernier dans son cours de Pandectes (Cf. le seul texte pur des mêmes empereurs, F.V. 286, qui donne parfaitement une actio utilis).

6ème texte: le pacte de restitution de la dot: Dioclétien et Maximien (294) C.J. 5,14, de pact. convent. 7.

Pater pro filia dotem datam genero, ea prius in matrimonio defuncta, nepotibus pactus restitui: licet his actionem quae-

Un père ayant convenu que la dot donnée à son gendre pour sa fille serait restituée aux petits-enfants, si elle mourait auparavant

C.V.14,7.

rere non potuit, tamen
utilis eis ex aequitate
accommodabitur actio.

dès le mariage: quoiqu'il
n'ait pu faire acquérir une
action à ceux-ci (les pe-
tits enfants), cependant
une action utile leur sera
appliquée en vertu de l'é-
quité.

Thalélée nous
montre l'in-
terpolation
du texte.

M. Vazny lui-même ne peut pas ici contester parce que nous avons un témoignage formel de l'interpolation du texte; Thalélée déclare, en effet, que la finale (de tamen à actio) a été ajoutée par les commissaires du Code pour créer un droit nouveau (Scolie Touto, Basiliques 29.1.37 Heimbach III. 483). L'interpolation est certaine, cette action utile ex aequitate est justinienne, c'est un tribonianisme. Cette addition à la finale a entraîné une répercussion dans le texte: licet est interpolé. Il en résulte que la constitution originaire ne parlait pas du tout de cela, ne contenait ni tamen, ni licet et donnait une solution opposée à celle du Code de Justinien. C'est la même observation que tout à l'heure, mais ici appuyée sur une affirmation de Thalélée. A défaut même de celle-ci nous aurions pu découvrir l'interpolation, car "licet" et "tamen", sont ordinairement suspects, d'autant plus qu'ici "licet" est suivi de l'indicatif, parce que dans la version remaniée, on l'a ajouté sans retoucher le verbe. Il reste donc: "is actionem quaerere non potuit" qui appartient à la constitution. Le père, en consentant que la dot serait restituée à ses petits-enfants, n'a pas pu leur faire acquérir d'action. Voilà la décision classique, car les constitutions de Dioclétien et Maximien sont le dernier témoignage sûr touchant le droit classique. La Chancellerie de ces empereurs était essentiellement conservatrice et c'est souvent dans ces constitutions du Code que nous pouvons trouver le meilleur droit classique. - Mais les constitutions ont été interpolées au Code Justinien, voilà pourquoi nous trouvons ici une action utile fondée sur l'équité et que n'a précédé aucune prétendue action prétorienne ex decreto.

L'interpolation de "licet" et "tamen" a été démontrée (Chap. III), par la comparaison d'un texte des Institutes de Justinien (4,13,pr.) en parallèle aux Institutes de Gaius (4,116).

Le présent enseignement continuera la matière commencée par M. Collinet, Il portera donc sur l'équité et la bonne foi dans les obligations. Sans revenir sur les conceptions générales de l'équité et de la bonne foi, peut-être n'est-il pas inutile d'en rappeler rapidement le contenu.

Rappel du concept d'équité et de son contenu.

L'équité, d'après Littré consiste à faire à chacun une part égale, à reconnaître impartialement le droit de chacun. C'est en réalité la définition d'une qualité subjective de l'homme, qui est celle d'être équitable. L'équité, en elle-même, est la notion d'une justice supérieure au droit positif. Les uns la cherchent dans le droit naturel, c'est-à-dire dans un droit supérieur au droit positif que la raison dégage de la nature de l'homme et de l'analyse des rapports sociaux.

D'autres la demandent à une conception idéale du droit qu'ils s'efforcent de dégager à l'aide de la philosophie et de l'histoire.

D'autres estiment que la notion de l'équité appartient exclusivement au domaine de la morale et sert principalement de mesure dans la valeur morale du droit positif.

Quelque opinion que l'on professe sur le fondement philosophique de l'équité, il est inconteste que cette notion est un facteur important du progrès juridique soit dans l'établissement, soit dans l'interprétation du droit positif. Qu'on songe, par exemple au rôle des notions de cause, de faute ou de risque dans la recherche de solutions toujours plus conformes à l'équité.

Notion générale de la bonne foi - quelques applications.

La notion de bonne foi n'est, à vrai dire, qu'une application particulière de l'équité.

Il est difficile d'en donner une définition générale, son contenu n'est pas constant. Elle éveille, d'une manière générale, l'idée de loyauté, de rectitude dans la conduite des hommes. Dans son application à des cas particuliers, elle reçoit parfois un sens plus précis. Dans les matières de la prescription acquisitive ou de l'acquisition des fruits, elle est la croyance du possesseur qu'il est titulaire du droit dont il exerce les attributs: par exemple qu'il est propriétaire de la chose corporelle qu'il possède ou dont il perçoit les fruits.

Dans les obligations, elle est la loyauté requise lors de la formation du contrat et lors de son exécution.

Dans ces applications, la bonne foi n'est qu'une manifestation de l'équité. La bonne foi est requise dans la prescription acquisitive pour réduire les

cas dans lesquels le véritable titulaire du droit pourrait être évincé par un possesseur. De même si le possesseur de la chose d'autrui n'acquiert les fruits de la chose que s'il est de bonne foi, la raison principale en est qu'il a paru peu équitable d'imposer à ce possesseur, lorsqu'il doit restituer la chose au propriétaire de l'obliger à restituer également des fruits qu'il a pu considérer comme siens et dont il a pu tenir compte pour régler son train de vie, etc.,...

Comparaison
des actions in
bonum et ae-
quum concep-
tae et des ac-
tions de bon-
ne foi.

Ces notions générales dégagées, la partie du cours que je vous ferai, sera consacrée à la bonne foi dans les obligations.

Toutefois pour établir un lien entre la matière de l'équité dont vous a parlé M. Collinet et celle de la bonne foi, que j'exposerai ici, je crois opportun de prendre pour point de départ la comparaison classique entre les actions in bonum et aequum conceptae, dont il vous a été parlé au titre de l'équité et les actions de bonne foi, par le canal desquelles la bonne foi a joué son rôle dans les progrès du droit romain des obligations.

Pour faire cette comparaison, il convient de partir des caractères généraux des actions in bonum et aequum conceptae.

CARACTERES GENERAUX DES ACTIONS IN AEQUUM ET

BONUM CONCEPTAE.

Ces caractères doivent être déterminés en ne tenant compte tout d'abord que des actions qui rentrent certainement dans la liste des autres actions: c'est-à-dire l'action d'injures, l'action contre le juge qui fait le procès sien, l'action de violation de sépulture, l'action de effusis et dejectis et l'action édilicienne de feris.

Nous examinerons ensuite le problème à l'égard des actions qui sont parfois classées parmi les actions in bonum et aequum conceptae, c'est-à-dire: le *judicium de moribus*, l'*actio rei uxoriae*, l'*actio funeraria*, et l'action de gestion d'affaires.

Caractères
généraux des
actions in
bonum et ae-
quum conceptae
d'après les
actions qui

Cette matière a été renouvelée par les travaux sur l'Edit. Si on se reporte aux efforts de Cujas et de Savigny pour dégager ce qu'ont été ces caractères, on constate à quelle difficulté ils se sont heurtés, l'imperfection des conclusions auxquelles ils ont abouti. Ce sont les travaux de la deuxième moitié du XIX^e siècle sur l'Edit qui ont permis de mieux saisir

appartiennent certainement à cette catégorie.

l'exacte portée des actions in bonum et aequum conceptae dans l'histoire du droit romain.

Les cinq actions, qui peuvent être retenues comme étant certainement in bonum et aequum conceptae, présentent les caractères généraux suivants:

1° - ce sont, en première ligne, des actions prétoriennes, donc créées par le préteur en vertu de ce qu'on appelle un Edictum au sens spécial du mot inséré dans l'Edit; donc des actions postérieures à la Loi Aebutia, et datant de la procédure formulaire.

2° - Ce sont des actions in factum, dans lesquelles le pouvoir du juge est subordonné à la vérification d'un fait, que ce soit une intentio ou une demonstratio;

3° - Ce sont des actions dans lesquelles le juge reçoit par la condemnatio le pouvoir de fixer comme cela lui paraîtra équitable, bon et convenable, le montant de la condamnation, in quantum aequum ei videbitur.

4° - Les cinq actions du premier groupe sont des actions pénales dans lesquelles le préteur réprime d'une manière nouvelle des faits antérieurement punis (injures) ou réprimé des faits qui n'étaient pas antérieurement punis (juge qui fait le procès sien, violation de sépulture, etc,...)

Nous verrons, à propos des actions in aequum et bonum conceptae du deuxième groupe, si un lien de nécessité existe entre le caractère d'action pénale privée et celui d'action in bonum et aequum conceptae.

Ce sont des actions prétoriennes in factum, sanctionnant un pouvoir d'appréciation par le juge et qui sont pénales.

Le point important à établir pour ces cinq actions, c'est l'affirmation qu'il s'agit d'actions prétoriennes in factum. Cela n'est pas douteux, mais demande à être justifié.

Démonstration
du point que
ce sont des
actions pré-
toriennes in
factum.
A. sepulchri
violati.

Parmi nos cinq actions, celle pour laquelle le caractère est le plus nettement établi est l'actio sepulchri violati: D. 47.12. où nous avons dans la loi 3 pr. le texte même de l'Edit qui, pour le cas de violation de sépulture contient ceci: "quand on dira qu'une sépulture a été violée par dol, je donnerai contre celui qui a commis cette violation un iudicium in factum, pour qu'il soit condamné au regard de celui que la chose concerne dans la mesure où cela lui paraîtra équitable". C'est donc le préteur qui donne un iudicium.

A. injuria-
rum aestima-
tionis.
Source: BIU Cujas

La 2ème action pour laquelle cela est également incontestable mais a besoin d'être établi, est

l'action injurarium. Elle est essentiellement une action aestimatoria où le montant de la condamnation est fixé par le juge dans les limites du maximum d'une taxatio fixée par le demandeur, ou par le magistrat dans le cas d'injuria atrox vadimonium, imposé au défendeur lors de la première comparution (Cf. dans Aulu Gelle 20.1.13, l'anecdote de L. Veratius et les circonstances qui amenèrent le préteur à créer cette action, la baisse de la monnaie ayant rendue insuffisante la répression édictée par les XII Tables).

Cette action établit une sorte d'individualisation de la peine. Mais il est utile d'établir qu'il s'agit d'une action in factum. C'est certainement une action prétorienne. C'est aussi une action in factum. Sans doute nous pourrions partir d'une idée générale qui servirait pour les autres cas: dès qu'il s'agit d'une action pénale le pouvoir de condamner est forcément lié à la constatation d'un fait, qu'il s'agisse d'une action in factum ou d'une action in jus. Ce n'est pas à dire que l'intentio de l'action pénale civile est in factum; non, mais dans les actions pénales civiles le pouvoir de condamner est lié à la vérification d'un fait. Cf. formules de l'actio furti nec manifesti et de l'actio de pauperie dont nous avons les termes. La formule des actions pénales civiles se fonde sur la constatation d'un fait (Gaius IV.37: Si paret L. Titio ope consiliove Dionis Hermæi filii furtum factum esse pateræ aureas.... S'il apparaît qu'il y a eu vol d'une coupe d'or par Numerius Negidius...."La formule fait donc mention d'un fait au passé. De même pour l'action de pauperie: Si paret quadrupedem pauperiem, mais l'action étant in jus, il y a mention d'un damnum decidere oporteret ou "aut noxiam sarcire aut in noxam dedere oportet".

C'est de là que vient le caractère civil. Au contraire dans les actions pénales prétoriennes, il n'y a pas de mention d'obligation civile (oportere) et l'action prétorienne évolue naturellement vers la formule in factum parce que le pouvoir de condamner est lié à la constatation d'un fait.

Cette considération générale garde sa valeur pour toute action dont le caractère in factum peut être discuté.

Ce qu'il y a de particulier dans l'actio injuriarum, c'est que la mention du fait, à la constatation duquel la condamnation est liée, apparaît dans la forme d'une demonstratio, laquelle a la valeur d'une intentio. L'analyse des éléments de la formule dont Gaius a donné le schéma aux Institutes, 4,39 ss. est le résultat d'une évolution, c'est un schéma

Col. Leg.
Mos. et rom.
II.6..et Gaius
IV.60.

dégagé de l'étude des formules proposées dans l'Edit. Ce qu'il y a de particulier dans l'actio injuriarum, c'est que l'indication du fait apparaît sous la forme d'une demonstratio avec les effets d'une intentio (Col. Leg. Mos. et Rom. II.6.1. et ssq. Gaius Inst. IV.60) Collat. Paul au L. unique de ses Regulae, sous le titre: Comment on intente l'action d'injures ?

Le contenu de ce texte se réfère certainement à la procédure de l'action:

Qui autem injuriarum agit, certum dicat, quid injuriae factum sit et taxationem ponat non minorem quam quanti vadimonium fuerit. Certum dicit, qui suo nomine.

demonstrat injuriam, neque ita ut per disjunctionem hoc aut illud accidisse comprehendat, sed ut necesse habeat aut unam nomine suo rem designare aut plures ita complecti, ut omnes eas accidisse cogatur probare.

Il doit donc indiquer avec précision les injures subies.

Certum aut an incertum dicat, cognitio ipsius praetoris est.

Demonstrat autem hoc loco praetor non vocem agentis, sed qualem formulam edat. Certum non dicit, qui dicit pulsatum si sive verberatum. Sed et partem corporis demonstrat et quem in modum, pugno puta an fuste an lapide, sicut formula proposita

1. Que celui qui intente l'action d'injures fasse une déclaration certaine de ce qu'il a subi comme injure et qu'il fixe une taxatio qui ne soit pas inférieure au montant du vadimonium. 2. Celui-la fait une postulation certaine qui désigne (demonstrat) l'injure par son nom, et qu'il ne fasse pas sa désignation par alternative en disant que ceci ou cela a eu lieu, mais qu'il tienne pour nécessaire soit de désigner une seule chose par son nom, soit d'embrasser dans sa déclaration plusieurs choses de telle façon qu'il soit tenu de prouver que toutes les choses sont arrivées.

3. La question de savoir si le dire du demandeur est certain ou non relève de la cognitio du préteur lui-même.

En effet, le préteur n'indique pas dans la demonstratio les paroles du demandeur, mais la formule que celui-ci demande. 4. Celui-la ne fait pas de déclaration certaine qui dit qu'il a été frappé (pulsatum) ou battu de verges.. Qu'il indique aussi la partie du corps et le mode de violence: par le

est: quod AⁱAⁱ mala pugno percussa est. Illud non cogitur dicere, dextra ou sinistra, nec qua manu peruissa sit.

Item si dicat infamatum se esse, debet adjicere, quomadmodum infamatus sit. Sic enim et formula concepta est: Quod N.N. illi libellum inmisit AⁱAⁱ infamandi causa.

poing, par les verges, ou à coups de pierres, ainsi que cela a lieu dans la formule suivante proposée par le magistrat: "Etant donné que la joue de A.A. a été frappée par le poing". Mais il n'est pas obligé de dire par quelle main il a été frappé, la droite ou la gauche. 5. Si quelqu'un dit qu'il a subi une diffamation, il doit indiquer de quelle manière sa considération a été atteinte. En effet la formule dit: Etant donné que N.N. a envoyé à A.A. un libelle par lequel celui-ci a subi une atteinte dans sa considération. On retrouve là la forme habituelle de la demonstratio. Gaius IV.50, à propos des conséquences de la plus petitio, examine la conséquence des erreurs commises dans la demonstratio de la formule. Il en résulte que l'exagération dans la demonstratio de l'action d'injures entraîne la perte du procès comme l'exagération dans les intentiones des actions in factum, par exemple de l'action de dépôt in factum.

Pour l'action du juge qui fait le procès sien un texte D. 50.13.6. dit que le juge est tenu d'une action in factum. Cette mention est tenue par certains pour une glose. L'affirmation qui y est contenue est néanmoins considérée comme exprimant la réalité du droit classique. L'action, en sa qualité d'action pénale prétorienne, appelle tout naturellement une rédaction in factum.

Pour les deux actions de effusis et dejectis et de feris, un texte formel dit que le magistrat a donné l'action: ce sont des actions prétoriennes pénales in factum.

Nos actions sont donc des actions prétoriennes in factum pénales donnant au juge le pouvoir de fixer en équité le montant de la condamnation. Voilà le rôle de l'équité dans les actions in bonum et aequum con-

A. de effusis....et A. de feris.

Le rôle de l'équité dans les actions in bonum et aequum

num concep-
tae.

ceptae. Il s'agit d'actions pénales privées. Cela nous replace dans l'histoire de la répression des délits en droit romain ou, pendant longtemps le mode normal de répression a été celui d'actions pénales privées données à la victime ou parfois ouvertes aux citoyens comme actions populaires.

Lorsque ces actions sont in bonum et aequum conceptae, le juge y reçoit le pouvoir d'arbitrer en équité le montant de la peine. Le prêteur recourt à ce procédé, lorsque le délit à réprimer a causé un dommage qui n'a pas un caractère patrimonial, de telle façon que l'évaluation du juge ne peut se baser sur l'estimation d'un préjudice strictement appréciable en argent.

Ces premiers résultats ont leur valeur propre: ils donnent les caractères généraux des actions qui sont certainement in bonum et aequum conceptae.

Nous verrons dans la prochaine leçon comment ils peuvent servir d'appui dans la solution de la question de savoir si la liste des actions in bonum et aequum conceptae a également compris le *judicium de moribus mulieris*, l'*actio rei uxoriae*, l'action pour frais funéraires et l'action de gestion d'affaires.

Nous avons dégagé les caractères généraux des actions in aequum et bonum conceptae en nous servant des données que nous possédons sur cinq actions qui ont certainement ce caractère. Ce sont des actions prétoriennes, pénales, in factum, donnant au juge le pouvoir d'arbitrer en équité le montant de la condamnation pécuniaire.

Second groupe:
Les actions
pour lesquelles le caractère d'action in bonum et aequum concepta est conjectural.

Il convient maintenant d'examiner le problème des actions in aequum et bonum conceptae en fonction de quatre actions qu'on a parfois fait rentrer dans la liste de ces actions. Les données acquises pour les actions du premier groupe, nous serviront dans cette étude. Il n'est pas douteux que pour les actions, le caractère d'action in aequum et bonum concepta paraît lié au caractère pénal de l'action. Dans l'étude des quatre dernières actions parfois qualifiées d'actions in aequum et bonum, nous verrons surgir le problème sous une forme en partie nouvelle et nous pourrions nous demander si la clause in quantum aequum judici videbitur ne se trouvait pas introduite dans des actions in factum, sans que celles-ci aient eu le caractère pénal. En particulier on s'est demandé si ce procédé n'aurait pas été usité pour sanctionner au début de la procédure formulaire certaines situations juridiques qui, plus tard, ont reçu leur protection au moyen d'actions in jus de bona fide. Certains sont allés plus loin et ont soutenu que c'est sous forme d'ac-

tions pénales in factum, qui auraient pu être éventuellement in aequum et bonum conceptae, que ces situations juridiques, ultérieurement sanctionnées par des actions de bonne foi, auraient été, au début de la procédure formulaire tout au moins, protégées. N'y a-t-il pas eu un lien historique entre les actions in bonum et aequum conceptae et certaines actions de bonne foi ? Comment ce lien s'est-il établi : l'aurait-il été sur le terrain pénal pour les actions in aequum et bonum conceptae qui auraient été doublées ou remplacées par des actions in jus de bonne foi ?

C'est à propos de l'actio rei uxoriae et de l'action de gestion d'affaires que ces problèmes ont été examinés (Esmein reprenant l'idée de Paul Gide à propos de l'actio Rei uxoriae N.R.H. 1893 p. 151 et sq). Pour l'action de gestion d'affaires cf. Girard, p. 663. n. 3.

Tel est le problème auquel nous allons nous attacher pour achever l'étude des actions in aequum, en examinant successivement :

1° - Le iudicium de moribus mulieris et l'actio rei uxoriae qui présente des connexités avec ce iudicium;

2° - L'action pour frais funéraires et l'action de gestion d'affaires qui ont d'importants points de rapprochement.

I. Le iudicium de moribus mulieris et l'actio rei uxoriae.

A. Iudicium de moribus -

Le iudicium de moribus mulieris est une action pénale donnée au mari contre la femme à raison de manquements aux bonnes mœurs imputables à celle-ci. C'est certainement une action pénale (cela résulte des règles de cette action indiquées au C. Th. III.13.c.1), action essentiellement personnelle qui n'est pas donnée contre les héritiers de la femme et qui n'appartient pas aux héritiers du mari, et dont le caractère pénal est indirectement attesté par D. 23.4.5.

Au-delà nous ne sommes pas renseignés sur la formule de cette action. Cependant, on invoque un texte pour soutenir qu'elle était primitivement in aequum et bonum concepta (en ce sens Esmein). Valère Maxime, De dictis factisque mirabilibus, VIII.2.3. (confirmé, dans sa teneur, par Plutarque, Marius 38) : "Etant donné que C. Titinius avait pris pour femme Fannia, alors qu'elle faisait profession de prostituée, et qu'il la répudia ensuite de ce chef et qu'il s'efforçait de dépouiller Fannia de sa dot, Marius fut pris comme juge pour statuer sur leur différend. Marius après avoir fait l'instruction de l'affaire en présence des par-

Caractère pénal de ce iudicium.

Etait-il in aequum et bonum. Le procès de Titinius contre Fannia - Exercice de l'actio rei uxoriae et du iudicium sous forme de mutuae petitiones.
Source : BIU Cujas

ties, prit Titinius à part et l'exhorta à se désister de son instance et à rendre la dot à sa femme. Lorsqu'il eut en vain renouvelé plusieurs fois ses exhortations, il fut contraint par Titinius de prononcer la sentence. Il condamna la femme comme coupable d'impudicité à la peine d'un sesterce; il condamna par contre Titinius à restituer le montant de la dot tout entière".

Selon nous, ce texte vise tout à la fois l'exercice simultané de deux actions liées comme *mutuae petitiones*, liées par le moyen d'une demande reconventionnelle, l'*actio rei uxoriae* en restitution de dot intentée par Fannia contre Titinius et le *judicium de moribus mulieris* que Titinius intente contre Fannia pour obtenir de ne pas restituer la dot. En effet, on sait que la peine prononcée dans le *judicium de moribus mulieris* peut aller jusqu'à une *multa* égale au montant de la dot. Si on étudie l'*actio rei uxoriae* sans sa forme du droit classique, on sait que le mari poursuivi par cette action en restitution de la dot peut exercer une *retentio* à raison de la mauvaise conduite de sa femme "*propter mores*". Seulement, dans cette *retentio*, la conséquence au point de vue procédural est uniquement une réduction de la condamnation. Ici, au contraire, le texte indique qu'il y a eu deux condamnations. Or, on sait que, abstraction faite de certains *judicia duplicia* où chaque partie joue à la fois le rôle de demandeur et de défendeur, le juge n'a le pouvoir de condamner que le défendeur. L'*actio rei uxoriae* n'est pas un *judicium duplicium*. Pour qu'il y ait condamnation réciproque dans les *judicia simplicia* il faut recourir à la liaison dans une même instance de deux actions, à des *mutuae petitiones*, ici le *judicium de moribus mulieris* et l'*actio rei uxoriae*. L'existence du *judicium de moribus mulieris* à côté de l'*actio rei uxoriae* montre qu'à l'époque, celle-ci ne comportait pas la *retentio de moribus* et l'utilité pour le mari de poursuivre sa femme par une action indépendante de *moribus*.

Dans le *judicium de moribus mulieris*, Marius condamne la femme à une somme dérisoire qui équivaut à une absolution. Par contre, il condamne le mari à restituer toute la dot. Titinius avait choisi sa femme dans un milieu où il pouvait s'attendre à l'aventure qui lui est arrivée. Mais le fait que Marius condamne à un sesterce rend vraisemblable que la formule du *judicium de moribus mulieris* était une formule *in factum*, dont la *condemnatio* donnait au juge un très large pouvoir d'appréciation, vraisemblablement par conséquent une action *in aequum et bonum concepta*. Sur cette action

Marius est contraint de condamner dès qu'il constate que Fannia est coupable d'impudicitia, mais il réduit sa condamnation au minimum, ce qui implique un large pouvoir pour le juge d'arbitrer la condamnation.

La preuve est assez ténue; elle n'en donne pas moins une certaine vraisemblance à l'affirmation que le *judicium de moribus mulieris* pouvait être une action *in bonum et aequum concepta*.

B. Actio rei uxoriae.

Un texte du Dig. De Cap. minut. IV.5.8. (Gaius) qualifie cette action d'*in aequum et bonum concepta*. On sait aussi par Gaius IV.62 que cette action figurait à cette date dans la lites des actions de bonne foi. Enfin il résulte de textes de Cicéron et du Digeste que l'une des formules de cette action contenait les mots *quod ejus melius aequius erit*: condamne à ce qu'il te paraîtra le meilleur et le plus équitable. (Cicer. Top. 17.66; de Off. 3.15.61, pro Roscio comedo 4,11). Comment concilier ces textes ?

Esmein reprenant une idée de P. Gide (condition de la femme, appendice) pense qu'il y aurait eu une évolution de l'*actio rei uxoriae*. Cette action se serait présentée tout d'abord comme une action pénale donnée à la femme contre le mari en cas de répudiation injuste de la femme. La dot, en droit romain, a un champ d'application plus restreint que la dot chez nous: ce sont les biens transférés par la femme ou un tiers au mari pour subvenir aux charges du mariage. La dot appartient au mari et définitivement au mari, avant l'introduction du divorce. Aussi se demande-t-on si la femme, en cas de divorce, aurait droit à restitution ? C'est sous forme de caution que s'est introduite l'obligation de restitution. Puis le prêteur aurait donné à la femme une action pénale en restitution de la dot, à titre de peine de la répudiation injuste, action pénale, *in aequum et bonum concepta* et *in factum*. Les cas de restitution de la dot auraient été ensuite étendus par la jurisprudence par exemple au cas de dissolution par le prédécès du mari...et c'est dans cette extension que l'*actio rei uxoriae* aurait perdu son caractère pénal pour devenir une action de bonne foi, caractère qu'elle a gardé dans sa transformation en *actio de dote* par Justinien.

Cette conjecture demande à être examinée de près car il y a certaines raisons de douter. Quand on prend le texte fondamental, celui de Gaius IV.5.8., on voit que la conjecture ne trouve pas dans ce texte un appui bien solide. Ce texte vise la *capitis deminutio* qui entraîne la perte du patrimoine actif pour le

L'action rei uxoriae est-elle in aequum et bonum concepta ou est-elle de bonne foi.

Hypothèse d'Esmein sur l'évolution de cette action.

Examen du texte Gaius 4.5.8.: des effets de la C.D. sur l'existence

de l'action.

Has obligationes, quae naturalem praestationem habere intelleguntur, palam est capitis deminutione non perire, quia civilis ratio naturalia iura corrumpere non potest. Itaque de dote actio, quia in bonum et aequum concepta est, nihilominus durat etiam post capitis deminutionem.

capite minutus, extinction jure civili des dettes autres que les dettes délictuelles, restitution, pour ces dettes, d'une action aux créanciers par des moyens divers que crée le prêteur. Il est certain que ces obligations considérées comme ayant pour objet une prestation naturelle ne s'éteignent pas par la capitis deminutio, parce qu'une règle de droit civil ne peut supprimer les droits fondés sur la nature. C'est pourquoi l'actio de dote qui est in bonum et aequum concepta n'en persistera pas moins après la capitis deminutio". De dote est une interpolation provoquée par la réforme de Justinien: C.J.5,13. L'actio rei uxoriae, disait le texte primitif, persiste malgré la capitis deminutio parce qu'elle est in bonum et aequum concepta.

Ce texte est traditionnellement interprété (Basiliques, Cujas) comme visant la capitis deminutio de la femme, c'est-à-dire la capitis deminutio de la créancière (on s'appuie notamment sur la loi 9, Paul, rattachée à la loi 8, disant: quand la femme a été émancipée). L'hypothèse est la suivante: le mariage est dissous, l'actio rei uxoriae naît au profit de la femme alors qu'elle est fille de famille; celle-ci est émancipée, elle n'en garde pas moins l'actio rei uxoriae. Si on examine la solution du texte, on constate qu'elle n'a pas pour objet de déterminer le montant de la condamnation, en se rattachant au quod ejus aequius melius erit. Il ne s'agit pas en effet du problème touchant au montant de la restitution, mais d'une question se référant à la persistance de l'action. C'est le fondement même de l'action qui se pose. On peut donc se demander si le terme bonum et aequum employé par Gaius vise le montant de la condamnation puisque la question posée est de savoir si l'action persiste. On est donc porté à croire que les mots aequius melius erit se trouvaient dans l'intentio plutôt que dans la condemnatio.

On peut faire la même expérience pour les deux autres textes du Digeste D. 46.3. loi 82 et D. 24.3.66. 7; dans le premier c'est très nettement la question de l'existence de l'obligation de restitution et non la question de mesure de cette restitution qui se trouve en discussion.

Il subsiste donc pour l'actio rei uxoriae un doute sur son caractère d'action in aequum et bonum concepta.

Passons maintenant à l'action funéraire et à l'action de gestion d'affaires

II. Actio funeraria et action de gestion d'affaires.

A. Actio Funeraria.

Pour l'actio funeraria nous nous bornerons à un rappel en fonction de ce que nous devons dire de l'action de gestion d'affaires.

D. XI,7,12.2.

promesse de l'action par le prêteur; larges pouvoirs d'appréciation du juge.

Le texte fondamental sur l'actio funeraria se trouve au Dig. XI.7, loi 12, 2, texte déjà traduit, - mais qu'il faut reprendre parce qu'il est au centre de la discussion.

Praetor ait: quod funeris causa sumptus factus erit, ejus recuperandi nomine, in eum, ad quem ea res pertinet, judicium dabo.

Le prêteur dit: lorsque des frais auront été faits pour des funérailles, je donnerai un judicium pour le recouvrement de ces frais contre celui que la chose concerne (à qui incombe la charge de supporter ces frais).

Lorsqu'une personne qui n'en était pas tenue a payé les frais funéraires (imposés par exemple par le testateur à un bénéficiaire d'une libéralité, ou incombant à l'héritier testamentaire ou légitime), elle pourra demander au magistrat l'actio funeraria a. prétorienne, qui paraît avoir une demonstratio in factum, et visant le fait que quod funeris causa sumptus factus erit. (Lenel). En outre, le juge jouissait dans cette action d'un large pouvoir d'appréciation; notamment la loi 14.10 dit en effet: judicem qui de aequitate cognoscit.....le juge qui connaît en équité de cette affaire aura à apprécier dans quelle mesure les frais doivent être restitués en tenant compte de la condition du mort..... Donc, pouvoir large d'appréciation du juge qui arbitre si la restitution doit être faite et dans quelle mesure. C'est sur ce texte qu'on s'appuie pour soutenir que la condemnatio devait contenir les mots in quantum aequum videbitur. La loi 12 § 2, dit simplement judicium dabo, à la différence du texte sur l'actio sepulcri où il est dit que le prêteur donnera une action in aequum et bonum concepta. Pour l'actio funeraria, rien. Y a-t-il eu une lacune du prêteur ? On ne sait. Mais même sans la clause in quantum aequum tibi videbitur, le juge aura dans la formule de l'action calquée sur l'Edit des pouvoirs déjà importants d'appréciation. En effet, le début de la formule reproduisait le début de l'édit (Lenel p. 231): "Quod A.A. in funus L. Titii sumptum fecit" et contenait donc une demonstratio in factum: de ce que A.A. a fait des frais pour les funérailles

de L. Titius. Déjà dans l'interprétation de ces termes, la jurisprudence a pu accomplir son oeuvre d'interprétation et déterminer ce qu'il fallait entendre par sumptus faits pour les funérailles et à retenir pour la condamnation. Mais il reste qu'à maintes reprises il est fait allusion à l'équité qui domine cette action ce qui a conduit à conjecturer que dans la condemnatio se trouvaient les mots aequum tibi videbitur.

Était-ce une action pénale ? Son caractère subsidiaire.

Mais cette actio funeraria était-elle vraiment une action pénale ? On le dit parfois. Elle sanctionnait par voie pénale, dit-on, le défaut de remboursement des frais. Cette action, d'après un texte, a un certain caractère subsidiaire; elle n'est donnée à celui qui a fait les frais qu'à défaut de toute autre action ; par exemple, elle n'est pas donnée au cohéritier contre son cohéritier, car l'actio familiae erciscundae est possible dans ce cas.

Rapprochement avec l'actio negotiorum gestorum.

Cependant on voit dans les textes une tendance à rapprocher cette actio funeraria de l'actio negotiorum gestorum, dont elle serait comme une application particulière. Le rapprochement est fait dans certains textes, notamment D.XI.7.14.9:

Fortassis quis possit dicere interdum partem sumptus facti posse recipere, ut quis pro porte quasi negotium gerens, pro parte pietatis gratia id faciat.
14.7.: Sed interdum is, qui sumptum in funus fecit, sumptum non recipit si pietatis gratia fecit, non hoc animo quasi recepturus sumptum quem fecit.

Parfois quelqu'un dira qu'il peut recouvrer pour partie les frais qui ont été faits étant donné que pour cette partie il a été comme gérant les affaires de celui à qui incombait les frais. Au contraire pour partie il ne peut pas les réclamer parce qu'il les a faits par un sentiment d'affection pour le défunt (Cf. 14.7.). Parfois celui qui a fait les frais pour les funérailles ne les recouvre pas parce qu'il les a faits par affection et il ne les a pas faits avec la pensée de recouvrer les frais qu'il a faits.

Le fondement de cette action est donc bien l'idée que celui qui a assumé les frais funéraires n'aura le droit de les recouvrer que s'il a eu l'intention de recouvrer ces frais contre celui à qui ils incombent.

Mais alors la clause in quantum aequum tibi videbitur ne se trouvait-elle pas dans certaines actions in factum n'ayant pas le caractère pénal ? Tout cela appartient au domaine des hypothèses faites sur le caractère des actions in aequum et bonum conceptae.

L'Edit du Préteur ne dit pas que l'action funeraria soit in aequum.... Les textes attestent que le juge a un large pouvoir d'appréciation sur le remboursement, mais est-ce là la conséquence de l'interprétation de la jurisprudence ou de la clause in aequum et bonum tibi videbitur ? En tous cas le caractère pénal est discuté.

B. Gestion d'affaires.

Existence d'une formule in factum antérieure à l'action in jus.

Ici l'Edit du préteur contient une disposition expresse sur cette action D.III.5.3. pr. Il y a une promesse édictale d'action en matière de gestion d'affaires:

Ait Praetor: si quis negotia alterius l.:absentis, sive quis negotia, quae cujusque, cum is moritur, fuerint, gesserit, iudicium eo nomine dabo.

Le préteur a dit: Si quelqu'un a géré les affaires de l'absent ou les affaires d'une personne décédée, je donnerai un iudicium à ce titre.

Cette promesse édictale prouve qu'il y a eu une formule in factum de l'action de gestion d'affaires, car les actions in jus (non fictices) ne sont jamais promises par des édits; l'Edit donne seulement la formule de l'action car celle-ci a sa base dans une disposition du droit civil. Or, à l'époque de Gaius (IV.62) il y a une action de gestion d'affaires in jus, de bonne foi. Dans l'énumération de Cicéron (Topiques 17,66): quid eum qui negotia aliena curasset ei cujus ea negotia fuissent, on se demande si la mention de l'action de gestion d'affaires directe ne se réfère pas déjà à l'action in Jus de bonne foi ou d'après d'autres à l'actio negotiorum gestororum in factum.

Il y a donc eu une formule in factum qui a précédé la formule in jus de bonne foi et ceci n'est pas spécial à la gestion d'affaires. Le même fait se rencontre certainement dans le dépôt, le commodat (Gaius IV.67 qui indique qu'il y a d'autres cas semblables) et aussi dans le cas de gage et de fiducie (comme l'a démontré Lenel) de même que dans l'Edit la formula in factum précédait vraisemblablement la formule in jus, sans doute parce qu'elle est plus ancienne.

De là à exploiter une conjecture de Ihering que beaucoup de rapports juridiques ont été sanctionnés sur le terrain pénal avant de l'être comme negotia juris, il n'y a qu'un pas. Au début, il n'y aurait eu que des actions in factum qui auraient été ensuite doublées, remplacées par des actions in jus. Est-ce que pour les formules in factum le caractère certain de l'intentio n'aurait pas été tempéré par la clause in quantum aequum iudici videbitur, comme cela a été le cas pour l'actio funeraria ? On l'a conjecturé (Girard) sans que rien ait depuis confirmé cette hypothèse. Ou bien est-ce que les actions in aequum bonum conceptae auraient été remplacées ensuite par des actions de bonne foi ? Si on prend Gaius 4.47, on voit que la formule in factum de dépôt ne contient pas de clause in quantum aequum videbitur alors que la formule donnait déjà au

juge un large pouvoir d'appréciation.

C'est à la comparaison des actions in aequum et bonum conceptae et des actions de bonne foi que sera consacrée la prochaine leçon.

Comparaison entre les actions in bonum et aequum

conceptae et les actions de bonne foi.

Comme point de départ, prenons un texte de Gaius qui nous donne pour la même action une formule in factum et une formule in jus de bonne foi. Pour avoir toutes les données de la comparaison, il suffira de prendre ensuite une formule d'action in aequum et bonum concepta.

Gaius 4.47:
les formules
de dépôt in
factum et in
jus, leur
ordre dans
les commentai-
res sur l'E-
dit.

Gaius Inst. IV.47. A cet endroit Gaius vient d'étudier les parties de la formule et il donne comme exemple au § 45, une formule in factum. Sed ex quibusdam causis praetor et in jus et in factum conceptas formulas proponit, veluti depositi et commodati. Illa enim formula quae ita concepta est: Judex esto, quod A. Agerius apud N. Negidium mensam argenteam deposuit, qua de re agitur, quidquid ob eam rem N. Negidium A. Agerio dare facere oportet ex fide bona, ejus judex N. Negidium A. Agerio condemnato, si non paret absolvito, in jus concepta est.

Mais à raison de certaines causes, le prêteur propose des formules qui sont conçues et in jus et in factum, comme pour la formule de dépôt et de commodat. En effet la formule conçue in jus est ainsi libellée: qu'un tel soit juge. Etant donné qu'Aulus Agerius a déposé chez Numerius Negidius la table d'argent dont il s'agit, juge condamne Numerius Negidius à payer à Aulus Agerius tout ce que Numerius Negidius est obligé (oportet) d'après la bonne foi de donner ou faire au profit d'Aulus Agerius à raison de ce dépôt. Si cela ne te paraît pas, juge, absous.

Voilà donc la formule in jus de dépôt. La formule conçue in factum est ainsi libellée:

Judex esto. Si paret A. Agerium apud N. Negidium mensam argenteam deposuisse eamque dolo malo N. Negidii A. Agerio redditam non esse, quanti ea res erit, tantam pecuniam judex N. Negidium

Qu'un tel soit juge: S'il paraît qu'A. Agerius ait déposé une table d'argent chez N. Numerius et que cette table n'ait pas été par suite d'un dol de N. Negidius restituée à

A. Agerio condemnato. Si
non paret absolvito.

A. Agerius, juge condamne
N. Numerius à payer à A.
Agerius une somme d'argent
égale à la valeur de la
chose. Si cela ne te paraît
pas, absous.

Voilà les deux formules qui nous sont transmises pour l'action de dépôt, l'une in jus, l'autre in factum. Nous sommes d'ailleurs renseignés sur la portée des deux formules par des commentaires de jurisconsultes en particulier par Ulpien L. XXX Ad Ed. Si on se reporte à la Palingénésie J.C. de Lenel (1) T. II. Ulp. Ad Ed. L. XXX, on constate que la première partie du commentaire d'Ulpien se rapporte à la formule in factum et la deuxième partie à la formula in jus. Cette constatation a conduit à une conclusion d'ordre général sur l'importance de l'ordre respectif d'introduction des deux formules.

Dégageons cette impression en reprenant l'étude sommaire de ces deux formules, en commençant par la formule in factum.

formule in
factum; rédaction
de l'intentio et de
la condemnatio.

La formule in factum contient deux parties: l'intentio et la condemnatio. L'intentio Gaius IV.41 est la partie de la formule dans laquelle le demandeur renferme sa prétention: "Intentio est ea pars formulae qua actor desiderium suum concludit". L'intentio ici vise deux faits: 1° - d'abord le fait du dépôt d'une table d'argent fait par le demandeur chez le déposant Numerius Negedius. 2° - D'autre part cette table d'argent n'a pas été restituée par suite d'un dol de Numerius Negedius: si paret... dolo malo NⁱNⁱ redditam non esse". Le juge devra vérifier l'existence de ces deux faits pour pouvoir condamner.

2° - La condemnatio: "Condemnatio est ea pars formulae qua iudici condemnandi absolvendive potestas permittitur".

Ce qui nous intéresse c'est l'intentio et la vérification à laquelle le pouvoir de condamnation du juge est subordonné: 1° - y a-t-il eu un dépôt. 2° - la non restitution provient-elle d'un dol du dépositaire ?

(1) La Palingenesie de Lenel contient le groupement des œuvres des jurisconsultes classiques dans leur ordre originnaire autant qu'il peut être restitué. Le procédé était déjà employé au XVI^e siècle. Nous avons dans le Digeste des fragments nombreux de jurisconsultes dans un ordre méthodique, voulu par Justinien. Mais pour l'étude historique du texte et pour en déterminer l'exacte portée, d'après le contexte, il est utile de reconstituer ces œuvres anciennes. Tous les fragments

Mention du dol
du défendeur
et pouvoir
d'appréciation
en résultant
pour le juge.

On voit par cette mention du dol que le préteur donne au juge un pouvoir d'appréciation important: celui de vérifier s'il y a eu un dol ou non du défendeur. Cette mention du dol attribue au juge déjà une certaine latitude pour examiner la prétention du demandeur. S'il n'y a pas eu dol du dépositaire, en pareil cas le juge ne pourra pas condamner.

Si la chose déposée a péri par un cas fortuit ou même si elle a péri par une simple négligence du dépositaire, lequel rend un service gratuit au déposant, le juge ne pourra pas condamner. Il ne peut condamner que si c'est par dol que la chose n'a pas été déposée.

Il y a là un argument pour la thèse que l'action in factum a eu primitivement un certain caractère pénal. Les faits étant constatés, le juge condamnera à la valeur de la chose appréciée au quanti ea res erit (valeur d'échange).

Les trois parties de la
formule in
jus I) demonstratio.

Formula in jus: trois parties.

1ère partie: demonstratio par laquelle se trouve indiquée au début de la formule la chose dont il s'agit, le negotium juris, l'acte juridique sur lequel se fonde le desiderium actoris, la prétention du demandeur. Cette demonstratio est ainsi rédigée: "Quod A. Agerius apud N. Negidium mensam argenteam deposuit, qua de re agitur...." Etant donné qu'A. Agerius a déposé chez N. Numerius la table d'argent dont il s'agit". Donc ici demonstratio qui vise le negotium juris, indique le fondement de la prétention déduite par le demandeur dans le procès.

2° intentio.
Double pouvoir qu'elle
confère au
juge.

2ème partie: Intentio in jus, incerta, de bonne foi: "quidquid ob eam rem N. Negidium A. Agerio dare facere oportet ex fide bona..." Intentio qui se lie à la condemnatio qui suit: "ejus judex N. Negidium A. Agerio condemnato". Par l'intentio, le magistrat donne au juge le pouvoir de condamner à tout ce qu'il lui paraît que le défendeur doit donner ou faire d'après la bonne foi au profit du demandeur: Quidquid ob eam rem dare facere oportet ex fide bona. Donc, ici, le juge reçoit un double pouvoir: le premier de vérifier si une obligation de donner ou de faire une chose dare, facere oportet, est résultée ex fide bona, d'après la bonne foi du dépôt, du negotium juris, à la charge du défendeur.

3° - Condemnatio.

Et en second lieu, le juge reçoit le pouvoir de déterminer éventuellement la mesure, "quidquid" de cette obligation du défendeur. Donc deux questions sont ici déférées à l'examen du juge: existence de l'obligation (suite) extraits du L. XXX d'Ulpien sont groupés dans la Palingénésie de Lenel et on peut en lisant les textes dans leur ordre vraisemblable se faire une idée de l'idée directrice du jurisconsulte et mieux interpréter les textes.

(en bonne foi), d'après l'acte juridique et mesure de cette obligation d'après la bonne foi à raison de l'acte juridique. Le pouvoir de condamner se rattache à cette obligation.

Pouvoir d'appréciation plus large que dans la formule in factum.

Il résulte de cet agencement de la formule que le juge jouit ici d'un pouvoir d'appréciation plus large que dans la formule in factum. Dans celle-ci le juge est obligé de condamner si le fait mentionné dans l'intentio, éventuellement dans une demonstratio, jouant le rôle d'intentio in factum comme pour l'actio injuriarum, est prouvé. Pour arbitrer le montant de la condemnatio le juge dans l'action de dépôt se guidera d'après le quanti ea res erit, la valeur d'échange. Mais pour le fondement de l'action, ses pouvoirs sont restreints parce que subordonnés à l'existence non d'un droit, mais d'un fait. Dans la formula in jus, de bonne foi, le juge a un plein pouvoir d'appréciation, soit pour vérifier l'existence de l'obligation, soit pour en déterminer la mesure.

Différence entre la formule in factum et la formule de l'a. in aequum et bonum concepta.

Si nous prenons maintenant l'exemple d'une action in factum, in bonum et aequum concepta, on voit que la différence entre la formula in factum et celle de la formula in factum de dépôt réside uniquement dans ce fait que la formula in bonum et aequum concepta donne au juge le pouvoir d'arbitrer en équité, suivant les convenances, le montant de la condamnation pécuniaire. Cf. notamment la formula de l'actio injuriarum Lenel E.P. III^e ed. p. 399: Etant donné qu'A. Agerius a, par le dol de N.N. reçu au visage un coup de poing.....à une somme d'argent égale à celle qu'il vous paraîtra bon et équitable de faire payer par N.N. à A.A. à condition qu'il ne se soit pas écoulé plus d'un an; depuis, le juge a eu la faculté d'apprécier en cette affaire, récupérateurs condamnez N.N. avec A.A. S'il n'apparaît pas absolvez. C'est par ce "vobis bonum aequum videbitur.....recuperatores... que cette formule se distingue de celle de dépôt. En cas de dépôt, il y a une base patrimoniale d'appréciation qui manque dans la formule in factum par exemple dans l'action contre le juge qui fait le procès sien; il n'y a pas de base patrimoniale d'évaluation et on a donné au juge le pouvoir d'apprécier la condamnation selon l'équité et la bonne foi.

De l'interprétation de l'E-dit et de la formule par les Jurisconsultes et du pouvoir d'ab-

A s'en tenir à cet exposé, on n'aurait qu'une connaissance imparfaite des choses. On pourrait croire que dès qu'une formule est in factum, le juge va être privé de toute faculté d'appréciation et qu'il doit condamner dès que le fait est établi, comme on l'a vu dans le texte de Valère Maxime où, sur la constatation du fait que Fannia a eu une conduite fâcheuse, le juge doit la condamner. Mais il faut tenir compte de la rédaction

solution qu'ils en ont tiré pour le juge.

des formules in factum (intentio ou demonstratio) pour voir que dans l'interprétation même du fondement in factum de l'action le juge peut acquérir un pouvoir étendu d'appréciation, et notamment qu'ici les juristes ont pu, par interprétation des termes de l'Edit qui promet la formula in factum et de la formule calquée sur cet édit, donner au juge le pouvoir de prononcer dans certains cas l'absolution, de ne pas retenir le fait mentionné dans l'intentio ou la demonstratio comme devant entraîner la condamnation. Nous l'avons déjà laissé entrevoir en parlant de l'actio funeraria où les jurisconsultes, par interprétation des mots quod funeris causa sumptus erit, dans l'interprétation de cette clause édictale, sont arrivés à déterminer des bases importantes pour le remboursement des frais par celui auquel ils incombent. Nous constatons ce pouvoir du juge dans d'autres formules in factum.

Exemple à propos de l'A. injuriarum.

Retenons simplement quelques conséquences dégagées par la jurisprudence de la rédaction même de l'Edit et des formules de l'action injuriarum, action in aequum et bonum concepta. On y verra que la jurisprudence a accompli ici une oeuvre importante et qu'elle a, dans certains cas, malgré la rédaction des formules in factum, reconnu au juge un pouvoir d'absolution. Dans l'hypothèse de l'injure résultant de violences légères, pour laquelle nous sommes plus particulièrement renseignés, on trouve une interprétation large. C'est le cas de l'action de tout à l'heure: Etant donné que Aulus Agerius a reçu un coup de poing sur la figure par le dol de N.N.: quod dolo malo NⁱNⁱ pugno mala percussa est...

Si on prend la partie du commentaire de l'Edit qui concerne cette action D. 47.10, on constate le travail d'appréciation du juge s'appuyant sur la suggestion des jurisconsultes.

D. 47,10,11 pr. Ulpien.

Au fg. 11 Pr. Ulpien écrit:

Non solum is injuriarum tenetur, qui fecit injuriam, hoc est, qui percussit: verum ille quoque continetur, qui dolo fecit; vel qui curavit, ut cui mala pugno percute retur.

Est non seulement tenu de l'action d'injure celui qui a commis l'injure, c'est-à-dire celui qui a frappé, mais aussi celui qui, par dol, a fait en sorte que Aulus Agerius fût frappé, mais aussi celui qui a pris soin que le demandeur fût frappé au visage d'un coup de poing. (par exemple celui qui a soudoyé quelqu'un pour qu'il donne un soufflet à autrui.

Voilà un travail d'interprétation large accompli par le jurisconsulte, et la rédaction de la formule laissait au juge ce pouvoir d'appréciation. "Quod dolo malo NⁱNⁱ A^oA^o pugno mala percussa est"; formule impersonnelle: "étant donné qu'Aulus Agerius a reçu un coup de poing sur la figure", qui ne précise pas que ce doit être nécessairement par le défendeur, et qui peut s'appliquer à celui qui a fait en sorte que le demandeur fût frappé, qui a payé un tiers pour le frapper. Cette rédaction impersonnelle laissait toute liberté à l'interprétation. Celle-ci peut même aller plus loin, comme le prouve un texte déjà cité au D. 47. 10.11.1. confirmé par Inst. IV.4.12 se référant au juge et à la formule en cas de violence.

Injuriarum actio ex bono & aequo est. Et dissimulatione aboletur, si quis enim injuriam dereliquerit, hoc est, statim passus ad animum suum non revocaverit: postea ex poenitentia remissam injuriam non poterit recollere. Secundum haec ergo aequitas actionis omnem metum ejus abolere videtur, ubicumque contra aequum quis venit.

Proinde et si pactum de injuria intercessit et si transactum et si iusjurandum exactum erit, actio injuriarum non tenebit.

L'action d'injure est une action qui vient de l'équité et elle se trouve éteinte par l'absence de réaction contre l'injure, par le fait qu'on n'a pas manifesté qu'on était offensé. En effet, si quelqu'un a négligé l'injure, c'est-à-dire, si au moment où elle a été subie, cette personne n'en a pas éprouvé de ressentiment, elle ne pourra pas réchauffer son ressentiment ultérieurement après cette remise de l'injure par son repentir. L'équité de l'action paraît abolir toute crainte de celle-ci partout où quelqu'un vient à cette action contrairement à l'équité. Et s'il y a eu un pacte de remise de l'injure, une transaction ou une prestation de serment, l'action d'injure n'aura pas lieu".

Les solutions contenues dans ces textes sont conformes à ce que nous savons sur l'effet de la remissio, du pardon de l'injure.

De ce texte résulte (actio injuriarum non tenebit) que le juge ne retiendra pas la demande, s'il est établi que le demandeur n'a éprouvé aucun ressentiment de l'injure, du soufflet reçu, de la violence qu'il a subie. La finale est peut-être un transfert, dans

La remissio
injuriae et
ses consé-
quences.

le texte de données qui se trouvaient ailleurs, de manière à englober ici, dans une généralisation, la remissio injuriae; par voie de pardon conventionnel, de transaction ou même de serment (selon toute vraisemblance, pacte de serment). C'est toujours l'efficacité de la remise de l'injure sous une forme quelconque: *actio injuriarum non tenebit*. La mention de l'équité fait penser à la clause *quantum aequum bonum recuperatoribus videbitur*. Mais ne serait-ce pas plutôt dans l'interprétation de l'*intentio in factum* que rentre ici le pouvoir d'absolution du juge ? Il considère qu'il y a lieu à absolution dès qu'il y a renonciation.

Le pouvoir d'appréciation du juge en matière de *convicium*. 47.10.15.2.

Voilà pour les cas de violence légère. Pour d'autres délits on a d'autres preuves au D. 47.10.15.2. On y trouve l'édit spécial relatif au cas de *convicium*, c'est-à-dire de *charivari*, *collatione vocum* (cris poussés par plusieurs personnes).

Ait Praetor: Qui adversus bonos mores *convicium* cui se-
cisse cujusve opera factum esse dicetur, quo adversus bonos mores, *convicium* fieret: in eum *judicium* dabo.

§ 3 - *Convicium injuriam esse*
Labeo ait:

§ 4 *Convicium autem dicitur, vel à concitatione, vel à conventu, hoc est, à collatione vocum: cum enim in unum complures voces conferuntur, convicium appellatur, quasi convocium.*

§ 5 Sed quod adjudicatur a Praetore adversus bonos mores, ostendit, non omnem in unum collatam vociferationem praetorem notare: sed eam, quae bonis moribus improbatur quaeque ad infamiam vel invdiam alicujus spectaret.

Le préteur dit: Je donnerai un *judicium* contre celui qui sera dit avoir fait un *charivari* contre quelqu'un, en violation des bonnes moeurs ou contre celui qui par ses soins aura fait en sorte qu'un *charivari* contraire aux bonnes moeurs soit fait à l'encontre d'une personne. Il y a *convicium* lorsque plusieurs personnes se réunissent pour proférer des cris contre une autre personne présente ou absente soit pour porter atteinte à sa réputation, soit même pour manifester sa haine ou son envie contre cette personne.

Mais ici l'Edit a pris soin de préciser que le juge ne pourrait retenir cette manifestation qu'autant qu'elle aurait eu lieu contrairement aux bonnes moeurs. Et Dig. 47.10.15.6. "adversus bonos mores hujus civitatis", contrairement aux bonnes moeurs de cette cité, car: il faudra tenir compte du genre de vie de la cité où ce *convicium* a eu lieu; il y a des régions où ces manifestations sont admises plus facilement que dans d'autres. Donc large pouvoir d'appréciation du juge

parce qu'il doit examiner si d'après les bonnes mœurs le convicium est répréhensible.

L'Edit prévoit ensuite les attentats à la pudeur d'autrui "de adtemptata pudicitia" puis vient un édit "ne quid infamandi causa" (1) 47.10.15.25 où le préteur dit: "que rien ne soit fait de nature à porter atteinte à la réputation d'autrui. Si quelqu'un a agi contrairement à cette prohibition, je prendrai toutes les mesures que la chose comportera". Les textes prouvent que le magistrat appréciera largement (§§ 27 et 28) avant de donner l'action, s'il y a eu quelque atteinte portée à la réputation d'autrui.

Il serait donc exagéré de déduire du caractère in factum de la formule que le juge ne jouit d'aucun pouvoir d'appréciation. Mais ce pouvoir est plus limité que dans la formule in jus, puisqu'il s'agit d'apprécier un fait dont la vérification lie le juge. Dans la formule in jus de bonne foi, il doit vérifier l'efficacité d'un negotium et jouit à cet égard d'un pouvoir beaucoup plus large surtout quand la formule contient les termes ex fide bona.

Nous verrons comment, grâce à la rédaction de ces formules de bonne foi, le juge a pu réaliser des réformes importantes.

La question du rôle de la bonne foi dans l'interprétation des rapports juridiques, d'obligation n'apparaît avec toute son ampleur que sous la procédure formulaire, c'est-à-dire au dernier siècle de la République et en droit classique. Il convient de rechercher auparavant les précédents de cette notion de bonne foi. Nous n'en retiendrons que deux: la fides et le rôle des actes fiduciaires dans l'ancien droit romain, puis le rôle de la clausula doli dans les actes juridiques de l'ancien droit, dans la stipulation notamment.

LE RÔLE DE LA BONNE FOI DANS L'ÉVOLUTION DU DROIT

ROMAIN.

Importance et intérêt du problème. Points qui seront examinés.

Le problème est vaste, car le rôle de la bonne foi a été considérable en droit romain. Son étude est particulièrement intéressante parce qu'elle nous fait assister à cette transformation d'un droit national, essentiellement formaliste, soumis en principe aux

multiples règles d'une interprétation stricte, c'est-à-dire littérale, en un droit plus large dépouillé de tout caractère national, tendant à devenir un droit des gens, c'est-à-dire un droit commun au genre humain, sous l'égide de l'immense Empire romain, embrassant des populations de races différentes et faisant prédominer, dans l'application et l'interprétation des actes juridiques l'idée que la bonne foi doit déterminer le contenu et régir l'interprétation de ces actes. Par là, le droit romain a préparé la voie au droit moderne dans lequel il est de règle aujourd'hui que tous les actes juridiques s'interprètent d'après la bonne foi.

Il y a donc un intérêt tout particulier à suivre en droit romain les tâtonnements et les efforts par lesquels les juriconsultes romains sont arrivés à faire prévaloir cette influence déterminante de la bonne foi et à dégager de cette notion les conséquences les plus étendues pour le règlement des actions juridiques.

Ne pouvant embrasser l'ensemble du problème, nous nous limiterons à quelques points importants.

Montrer tout d'abord que sous l'empire de ce droit civil ancien du droit quiritaire, la bonne foi n'a pas été totalement ignorée. Déjà dans l'ancienne Rome, avant le VII^e siècle ab U.C., avant l'époque où la procédure formulaire a été introduite, qui a permis d'importantes innovations, la bonne foi, sous des formes différentes, a joué un rôle. Nous examinerons à ce point de vue historique deux questions:

1° - Le rôle de la fides dans l'ancienne Rome, concept romain dont la portée est ici à déterminer sommairement, mais qu'il est utile de préciser.

2° - Toujours sur ce terrain historique, le rôle que la notion de dol, dolus malus, a pu jouer au point de vue des actes juridiques: du dol dans les actes juridiques.

Nous arriverons ainsi à l'étude de la bonne foi dans le droit de la procédure formulaire où nous nous limiterons à deux questions:

1 - Étude du rôle de la bonne foi dans la détermination de la responsabilité des contractants tant à raison du dol que de la faute.

2 - Partiellement, nous étudierons le rôle de la bonne foi dans la détermination des obligations du vendeur.

ROLE DE LA FIDES DANS L'ANCIEN

DROIT ROMAIN.

Les informations que nous possédons sur la fides viennent surtout de textes datant du dernier siècle de la République ou de textes postérieurs. Néanmoins les éléments qu'ils fournissent permettent de reconstituer, dans une certaine mesure, ce qu'a pu être la fides dans le droit ancien. Ce sont surtout les données relatives à l'histoire de la religion romaine qui nous renseignent.

Conception
religieuse de
la fides.

La fides, si on veut la définir d'une manière générale, est, pour les Romains, la vertu de loyauté dans les relations de peuple à peuple, comme dans les relations d'individu à individu. Les Romains ont divinisé cette vertu comme ils ont divinisé un certain nombre d'autres vertus, souvent citées à côté de la fides, la vertu de concorde, de courage, de piété, ... Nous savons que les Romains avaient élevé à Rome, au Capitole, un temple à la Fides, érigé à côté de celui de Jupiter (Cicéron de Off. III. 19. 104). Il n'est fait aucune mention d'autre temple consacré à la Fides dans d'autres parties du territoire romain, en Italie ou en province, ce qui corrobore la conjecture que la Fides ainsi divinisée est un concept romain.

C'est un point de savoir si cette divinisation d'une vertu, envisagée comme abstraction, est quelque chose de strictement romain et si la religion romaine n'a pas, sur ce point, subi une influence de la religion grecque. Dans l'ensemble cependant, on constate que, dans celle-ci, les vertus ne sont pas érigées en divinités, mais sont plutôt rattachées à tel ou tel dieu dont elles sont considérées comme un attribut. Le Zeus *Πίστιος* est le Zeus en qui s'incorpore la vertu de loyauté. Néanmoins un texte d'un poète grec, Theognis, du V^e siècle av. J.C., qualifie la *Πίστις* de divinité. Il n'est donc pas impossible que la divinisation de la Fides ait eu des fondements dans la religion grecque.

Le culte de la
fides.

Quoi qu'il en soit, le culte de la Fides à Rome est rattaché par la tradition à ce roi pieux de la Légende, Numa, fondateur de la plupart des institutions religieuses quiritaires. Des textes nombreux attestent que dans le culte de la Fides, la main droite joue un rôle tout particulier. Tite Live (Ann. 1.21.4.), Ser-

vius (Not. S. Eneide, I. v.292.VIII.636) rapportent qu'au jour où un sacrifice était offert à la Fides, les trois grands flamines se rendaient au temple de la Fides dans une voiture ouverte, à deux chevaux, et que pendant tout le sacrifice leur main droite était enveloppée d'un linge blanc qui ne laissait paraître que l'extrémité des doigts: *Manu....ad digitos usque involuta*. D'après Horace et Valère Maxime, la Fides a été représentée avec la main droite enveloppée d'un voile blanc: "*et albo... Fides velata panno*". (Pour les détails, cf. Pauly-Wissowa, V° Fides).

Tite Live (loc. cit) poursuit en affirmant que pour les Romains la main droite est le siège de la fides "*sedemque ejus etiam in dextris sacratam esse*".

Ce rôle est confirmé par d'autres textes qui attestent que la main droite joue un rôle particulier dans la Fides. Lorsque Cicéron, au retour de l'exil, adresse ses remerciements au Sénat, et, en particulier, au consul P. Lentulus, qui, le premier, avait proposé son rappel, il dit: "*qui mihi primus afflicto et jacenti consularem fidem dextramque porrexit*". Cicero, *Post Red., in senatu*, 24.V. également, par ex. Tite Live, *Hist. Rom.*, 1,1,8: "*Dextra data fidem futurae amicitiae sanxisse*", en donnant la main droite, il a garanti sa future amitié; Tite Live, *Hist. Rom.* 1,58,7: *date dexteram fidemque etc.,...*

Ce rôle de la main droite est attesté dans les relations de peuple à peuple. Il est permis de conjecturer, en tenant compte d'usages modernes, que la main droite a eu un certain rôle à Rome dans les engagements d'individu à individu. De même que nos paysans, en terme de marchandages, se tapent dans la main pour attester que leur accord est enfin définitif, de même, à Rome, dans les rapports entre individus, la main droite a pu jouer un rôle dans les engagements qui ne revêtaient pas la forme d'un contrat solennel.

Si le temple de la Fides est qualifié de *Aedes* de la fides publica, néanmoins la Fides a joué un rôle dans les relations entre particuliers. Cicéron *De Off.* I. ch. 7 § 23 définit la Fides en termes qui conviennent aussi bien aux traités entre nations qu'aux accords entre particuliers: la Fides, c'est-à-dire l'observation constante et exacte de ce qui a été dit et convenu, c'est le fondement de la justice "*fundamentum est justitiae fides, id est dictorum conventorumque constantia et veritas*". Au *de Off.* III, 29. 104 Cicéron atteste le rôle particulier de la Fides dans le serment: "*Est enim iurjurandum affirmatio religiosa. Quod autem affirmate, quasi deo teste, promiseris, id tenendum est. Jam enim non ad iram decorum, quae nulla est, sed ad justitiam et ad fidem pertinet. Nam praeclare Ennius:*

Définition de
la Fides par
Cicéron.

O Fides alma, apta pennis, et jusjurandum Jovis ! Le serment est en effet une affirmation d'un caractère religieux. Ce que vous avez promis d'une façon affirmative, pour ainsi dire en prenant Dieu à témoin, cela doit être observé, non par crainte de la colère des dieux, qui n'existe pas, mais parce que cela concerne la justice et l'équité. Ennius en effet a dit éloquemment: O foi bienfaisante, ailée, serment de Jupiter".

"Donc celui qui viole le serment viole aussi la Fides, cette Fides à laquelle nos ancêtres ont tenu à ériger au Capitole un temple voisin de celui de Jupiter comme cela est affirmé dans le discours de Caton".

Fides et serment.

Donc, dans le serment, la notion de Fides, d'équité, de fidélité joue un rôle important. Cicéron affirme qu'en réalité cette Fides est laïcisée et que la crainte de la divinité n'est plus effective. Cette affirmation peut correspondre à l'état d'esprit qui régnait à l'époque de Cicéron, mais à l'époque où la foi nationale était encore effective, il y avait dans le respect de la Fides, la crainte d'une vengeance des dieux. Catulle, 30, 11, l'exprime à propos de relations privées: si vous êtes oublieux (de moi-même et de l'amitié que vous m'avez promise), les dieux s'en sont souvenu, la Fides s'en est souvenue et c'est elle qui fera que vous vous repentirez après coup de ce que vous avez fait.

Donc, pour éviter les représailles de la divinité les coupables devaient respecter la fides et dans la Rome ancienne, celui qui y avait manqué devait être naturellement porté à apaiser la colère de la Divinité par des offrandes.

Quelques institutions se rattachant à la Fides.

Ce rôle de la Fides, soit par elle-même, soit sous la forme du serment, est attesté par des exemples pris dans diverses institutions juridiques romaines, appartenant au droit des personnes, à celui des obligations et à celui des successions.

I. Droit des personnes.

La Fides a joué un rôle dans deux actes juridique bien connus et dont la création remonte peut-être aux Pontifes: l'émancipation et l'adoption.

L'émancipation.

Le mécanisme de l'émancipation. Utilité de la manci-

C'est pour elle que nous avons les textes les plus précis sur le rôle de la Fides. On sait comment l'émancipation se faisait: les anciens juriconsultes ont utilisé à cette fin la règle des XII Tables IV.2:

pation fiduciaire pour réserver au pater les droits de patronat.

"Si pater filium ter venumdedit, filius a patre liber esto: Si le père a vendu trois fois son fils, que le fils soit libéré de son père", règle interprétée littéralement, restrictivement en ce sens que s'il fallait trois mancipation pour libérer le fils de la patria potestas, une seule suffisait pour libérer la fille et les petits enfants soumis à la patria potestas. Dès lors l'opération se passe comme suit: le père mancipe son fils à un ami; à la suite de cette mancipation, le fils est in mancipio de celui qui l'a acquis; celui-ci affranchit l'enfant soumis à son mancipium; à la suite de cet affranchissement le fils retombe sous la patria potestas de son père. Deuxième mancipatio à la même personne qui fait un deuxième affranchissement. Troisième mancipatio qui éteint la patria potestas, le fils est sous le mancipium de l'acquéreur. Si celui-ci affranchit alors l'enfant, celui-ci est libéré du mancipium, mais il est sous le patronat de manumissor. Pour garder les droits de patronat au père, il est d'usage qu'après la troisième mancipation l'acquéreur du mancipium remancipe l'enfant au père, afin que celui-ci procède lui-même à l'affranchissement.

Il est intéressant de noter que les mancipation faites par le père à l'ami, sont accompagnées d'un pacte de fiducia par lequel l'acquéreur du mancipium s'engage vis-à-vis du père à affranchir ou à remanciper l'enfant qui a fait l'objet de la mancipatio. Suivant la conjecture la plus vraisemblable et qui paraît résulter des formulaires de mancipatio, le pacte de fiducia n'est pas incorporé dans la nuncupatio de la mancipatio, mais accompagne celle-ci. Il y en a deux preuves fournies par les textes: l'une, de beaucoup la plus forte, est un modèle d'émancipation d'une fille faite au III^e siècle ap. J.C. dans un papyrus d'Oxyrynchos (Girard Textes 5^e Ed. p. 829) dans laquelle on trouve l'expression: ... filiam suam mancipio dedit... praesentibus testibus supra (scriptis) fiducia contracta ut sibi remanciparetur...

Donc, c'est une mancipatio avec pacte de fiducia et dans le cas présent, ce pacte de fiducia contient promesse de remancipatio au père pour qu'il procède à l'affranchissement et garde ainsi le droit de patronat sur sa fille.

Un autre texte est également utilisable, c'est l'Epitome de Gaius contenu dans la Lex Romana Wisigoth. Cet Epitome, l.6,3, concerne l'émancipation et permet, dans une certaine mesure, de combler, quant au sens, la lacune du passage correspondant des Institutes de Gaius, l.1,132. L'Epitome inséré dans la Lex R^a Wisigoth, est un texte tardif, du VI^e siècle de notre ère et les

rédacteurs de la loi se sont sans doute servi d'une édition courante dans l'Empire d'Occident, mais qui ne reproduisait pas le texte exact des Institutes et en contenait un commentaire. Il y a dans cet Epitome des erreurs grossières, notamment dans l.6.3. (Cf. Baviera, Riccobono, Ferrini, Textes). Sous réserve des redressements qu'appelle ce texte, celui-ci prouve que le *mancipio accipiens* n'est qu'un *fiduciarius*: (V. le texte chez Riccobono, Baviera et Ferrini, Fontes Juris Romani Antiqui, p. 173).

Donc, celui qui reçoit par *mancipatio* est un fiduciaire. Cela se rattache au pacte de fiducie par lequel l'*accipiens* acquiert le *mancipium*. Mais ce pacte de fiducie joue un rôle important. Si le tiers avait gardé l'enfant dans son *mancipium*, le père aurait été frustré. Le danger était atténué par le fait que très vraisemblablement dans la Rome ancienne cette émancipation devait avoir lieu *uno tractu temporis*, de sorte que la *manumissio* suivait immédiatement la *mancipatio*. La fiducie a donc son rôle; son emploi est attesté par le Papyrus d'Oxyrynchos. Dans la Rome ancienne le pater qui procédait à l'émancipation se garantit l'exécution loyale de l'opération par ce pacte de fiducie qui se trouvait visé par la *nuncupatio* de la *mancipatio*.

L'Adoption.

La *mancipatio* fiduciaire dans le mécanisme de l'adoption.

Il devait en être de même dans l'adoption d'un *alieni juris* qui s'opère également par l'utilisation de la règle des XII Tables: Si pater....

L'adoption tend à faire entrer dans la *domus* et la famille agnatique d'un pater, un enfant qui appartient à une autre *domus*. Si cet enfant est un *sui juris*, l'adoption prend le nom d'*adrogation* et celle-ci requiert l'intervention du peuple, une sorte de loi spéciale. Pour l'adoption proprement dite l'opération se divise en deux actes: d'abord extinction de la *patria potestas* du père naturel, puis création de la *patria potestas* au profit de l'adoptant. Soit un fils en puissance paternelle qu'un autre chef de famille veut adopter. Le père naturel *mancipe* son fils à une tierce personne à charge d'affranchissement; l'enfant après cet affranchissement retombe sous la puissance paternelle du père. Deuxième *mancipatio*, deuxième affranchissement, l'enfant retombe sous la puissance du père; puis troisième *mancipatio*, mais qui ne sera pas suivie d'un affranchissement. L'enfant se trouve sous le *mancipium* du tiers. Le père adoptif intente alors une sorte de procès fictif contre celui qui a l'enfant in *mancipio* et où il affirme qu'il a la

patria potestas sur l'enfant, celui qui a le mancipium ne conteste pas et le magistrat addicait. Plus tard, on introduisit dans cette procédure une simplification: le père adoptif joue le rôle de l'homme de confiance qui reçoit le mancipium et après la troisième mancipatio, il remancipe l'enfant à son père contre qui il intente le procès fictif.

Ici encore la mancipatio faite par le père naturel était accompagnée d'un pacte de fiducie par lequel l'acquéreur du mancipium s'engage à affranchir ou à remanciper.

Autres applications.

Applications plus tardives de la fides: la coemptio fiduciae tutelae evitandae causa.

Les autres applications de la fiducie dans le droit des personnes sont d'apparition sans doute plus tardive, mais attestent le rôle de la Fides dans les actes juridiques. Ce sont d'abord les applications de la Fides à la coemptio fiduciae causa (Gaius I. 114 et ss.). Ici les indications d'un pacte de fiducie reposant sur la Fides sont plus tardives parce qu'elles impliquent des utilisations de la mancipatio de la femme dans des buts détournés qui supposent déjà une décadence des mœurs romaines. La coemptio était une mancipatio de la fiancée au futur mari en vue de réaliser un mariage avec manus. C'est un mode courant de création de la manus qui apparaît dans les relations entre plébéiens. La mancipatio de la femme alieni juris était faite par le pater; la femme sui juris se mancipait elle-même avec l'auctoritas de son tuteur. Les Romains ont utilisé la coemptio comme acte fiduciaire, pour des buts différents (Gaius, I. 114-115): par exemple, coemptio tutelae evitandae causa. La femme sui juris qui pendant son impuberté était sous la tutelle de son agnat le plus proche restait, une fois nubile, sous la tutelle de la même personne.

Mais cette tutelle propter sexum était soumise à des règles différentes de celles qui régissaient la tutelle propter aetatem.

Quand l'indépendance des femmes s'accusa à Rome, celles-ci eurent parfois le désir de changer de tuteur. Celui-ci y consentant, avec son auctoritas, la femme se mancipait à une personne de son choix, qui la remancipait à un tiers, lequel, acquéreur de la femme, l'affranchissait et devenait son tuteur. Par un pacte de fiducie la mancipatio était faite dans un but limité: à charge par l'acquéreur d'émanciper la femme pour qu'elle l'ait comme tuteur fiduciaire.

Testamenti faciendi gratia.

De même, la coemptio fiduciaria testamenti faciendi gratia (Gaius I. 115 a). Les femmes ingénues sui juris n'avaient pas le pouvoir de tester, leur pa-

trimoine devant être réservé à l'agnat le plus proche. Elles ne peuvent donc tester même avec l'auctoritas tutoris. Seules ont ce droit les femmes affranchies. Dans ce but, la femme fait une coemptio fiduciaire; l'acquéreur l'affranchit et la femme acquiert ainsi la capacité de tester (Cicéron. Top. IV.18).

Un S.C., qui se place sous le règne d'Hadrien, donna aux femmes ingénues le droit de tester avec l'auctoritas tutoris et rendit inutile le recours à ce procédé.

On a conjecturé qu'il y avait une autre application de la coemptio fiduciaire en se fondant sur un texte de Cicéron Pro Murena XII.17 où senes ad coemptiones faciendas interimendorum sacrorum causa reperti sunt. Les vieillards servent à des coemptiones en vue d'interrompre le culte des ancêtres. Savigny a vu là une coemptio de la femme à un vieillard en vue d'échapper à la charge des sacra privata. Il est plus vraisemblable que la femme se mancipait à un vieillard qu'elle épousait cum manu, sa domus étant détruite, le culte des sacra aussi.

Mancipatio fiduciaire en vue de l'affranchissement

Fg. Vat. 334
a. sanction
dans ce cas de
la mancipatio
fiduciaire
par l'actio
fiduciae.

Un maître mancipe un esclave à un tiers à charge par celui-ci d'affranchir l'esclave. Que la fiducie ait été employée dans ce cas, c'est ce qui résulte des Fg. Vat^a 334.a. texte mutilé, mais où la mention de la fiducie est certaine, il peut être reconstitué grâce à un texte de Julien 17.1. fg. 30. Gaius D. 17. 1.27.1.

Frag. Vat. 334.a.

Julianus etsi mancipaverim
tibi hominem ut eum manu-
mittas, postea procurator
denuntiet ne manumittas,
respondit, nisi pareas denun-
tiationi, competere mihi fi-
duciae actionem.

Si je vous ai mancipé
un esclave pour que vous
l'affranchissiez et si
postérieurement un man-
dataire vient vous
faire sommation de ne pas
l'affranchir, Julien a
répondu que si vous n'o-
béissez pas à cette som-
mation, l'action de fi-
ducie m'appartient.

Intérêt que
peut présenter
cette opéra-
tion.

Dans un cas de mancipatio ut manumittas, la condition de l'affranchissement fait l'objet d'un pacte de fiducie, lequel, à la différence des cas précédents, a été sanctionné par l'actio fiduciae. Ici cette action est donnée comme sanction du pacte. Le maître peut avoir des raisons de ne pas affranchir personnellement, par exemple pour assurer à l'esclave un patron

de son choix et il y a dans cette pratique un moyen vraisemblablement employé par le maître pour manciper ses esclaves à charge de les affranchir après la mort du mancipant. Faute de pouvoir employer ici le mandat (car ce serait un mandat post mortem, lequel est nul) le moyen de tourner la difficulté était de faire une mancipatio avec pacte de fiducie imposant l'affranchissement après la mort du mancipant.

II. Droit des obligations.

Nous ne ferons qu'une allusion rapide à une hypothèse qui n'a que de faibles fondements, d'après laquelle l'ancien contrat verbis du droit quiritaire, la sponsio, aurait puisé sa force initiale dans un serment (hypothèse qui se fonde sur certaines données étymologiques rapportées par Festus). A l'époque historique, la sponsio est un contrat laïcisé qui se forme par l'emploi de mots sacramentels réservés aux Quirites: Spondesne ? spondeo.

Le jusjurandum liberti.

Mais si le serment a pu jouer un rôle dans la sponsio très anciennement, il y a un contrat verbis de l'ancien droit où la foi jurée, la fides jurata, a joué un rôle qui dure à l'époque historique et existe encore à l'époque classique. C'est le contrat verbis, jusjurandum liberti ou jurata promissio operarum. L'expression jusjurandum liberti est plus correcte parce qu'elle correspond mieux aux conditions d'application de ce contrat.

Son mécanisme.
Utilité d'un premier serment imposé à l'esclave avant son affranchissement pour l'obliger religieusement à jurer ou à promettre après celui-ci une prestation d'operae.

Au moment où le maître affranchit son esclave, il prend ordinairement soin de se faire promettre certaines prestations par cet affranchi. Ces prestations ont d'abord trait aux services de l'esclave, operae. Il semble que, par le seul fait de l'affranchissement, sans promesse spéciale de l'affranchi, celui-ci doive au moins certains services à son patron touchant sa personne et sa famille et n'impliquant aucune aptitude technique: operae officielles, bons offices à l'ancien maître (garder sa maison en son absence, l'accompagner en voyage, l'assister dans un procès). Par contre, les services qui supposent des connaissances techniques (grammairien, histrion, etc,...) operae artificiales, n'étaient pas dus de plein droit. Mais le patron se faisait ordinairement promettre les différents services officiels et artificiels dans une mesure que précise le contrat. Ils peuvent être promis dans une stipulation ordinaire qui fera naître une obligation civile à la charge de l'affranchi. Ces operae peuvent être aussi promises par voie de serment; le mécanisme de ce contrat comporte deux serments dont l'un précède l'affranchissement et l'autre le suit.

Les textes relatifs à ce contrat nous attestent que l'obligation civile à la prestation des operae ne prend naissance, du moins dans l'opinion qui a triomphé, qu'après l'affranchissement. Seul, le serment prêté par l'affranchi après son affranchissement donne naissance à l'obligation civile. Le serment qui précède, Venuleius nous le dit expressément, n'a lieu que dans le but de lier par la religion l'esclave à la prestation du second serment qui seule peut faire naître l'obligation. La situation juridique est donc la suivante: le maître veut affranchir tel esclave et s'assurer la prestation d'operae dans certaines conditions. Le maître redoute que s'il affranchit l'esclave sans lui imposer un serment préalable, l'affranchi se refuse à la promesse. Actuellement, l'esclave est totalement incapable de s'obliger civilement par une promesse. Le maître lui impose donc un serment avant l'affranchissement pour que, obligé par ce frein religieux, l'esclave renouvelle son engagement après l'affranchissement.

Il est très vraisemblable que dans le droit ancien, dont il y a encore des traces à l'époque classique, cette opération a lieu uno tractu temporis, de façon que le premier serment, l'affranchissement et le deuxième serment interviennent in continenti, de manière ininterrompue et forment un ensemble. C'est une règle conforme à celle des actus legitimi de l'ancien droit. Mais on s'est écarté (Ulpien ad Sabinum) par la suite de cette conception initiale et on admit que le deuxième serment pourrait être prêté un certain temps après le premier. Lorsque tout est soudé, dans le même moment le maître se trouve moins exposé au manquement à la Fides que si le deuxième serment a eu lieu après un certain intervalle.

Ces promesses ne comprenaient pas seulement des operae, mais aussi des dona et munera, c'est-à-dire des promesses de libéralités, de dons que l'affranchi sera tenu de faire à son patron. Plusieurs textes du D. aux Titres 50.16 et de oper. lib. 38.1. nous montrent que ces trois termes operae, dona, munera, étaient habituellement liés dans une même formule maximo usu.

Quel est le sens exact des termes dona et munera? Cf. D. 50,16 194, qui dit en substance qu'entre donum et munus, il y a la différence du genre et de l'espèce. Le donum c'est toute espèce de libéralité sans détermination spéciale. Le munus au contraire, quand ce terme est employé dans le sens de libéralité, désigne un donum cum causa, c'est-à-dire une libéralité spéciale, déterminée, pour les cas dans lesquels elle

Sans de donum
et de munus.

doit se produire comme le natalicium, à l'occasion de la naissance d'un enfant ou le nuptialicium, à l'occasion du mariage du fils ou de la fille. Quand l'affranchi promet dona et munera, les cas de munera sont ordinairement déterminés. Le mot donum embrasse toute espèce de libéralité que le patron peut réclamer de l'affranchi par exemple s'il se trouve gêné, privé de ressources... Si l'hypothèse n'a pas été prévue par la promesse, il peut faire appel au donum de l'affranchi.

Sur cette matière on peut relever quelques textes intéressants, notamment au D.38.I. et D. 40.I2.

D.38,1,7.pr.
Conditions aux-
quelles peut
intervenir le
Jusjurandum

D. 38.1. loi 7, pr. Ulp. ad Sab. 28 précise que le jusjurandum liberti ne peut être contracté qu'à l'occasion d'une prestation que le maître veut imposer à l'affranchi comme contre-partie de l'octroi de la liberté.

Ut jurisjurandi obligatio contrahatur, libertum esse oportet, qui juret, et libertatis causa jurare.

Pour qu'une obligation soit contractée ainsi par serment, il faut que le serment émane d'un esclave et que ce serment ait lieu comme contre-partie de l'octroi de la liberté.

Loi 7 §§ 2 et 3. Moment auquel est engagé l'esclave.

Même texte § 3, la promesse des operae ne doit être faite que d'une manière honnête et conforme au droit. Cela vise les charges qui peuvent être imposées au-delà de ce que prévoit l'édit. D. 44.5. quar. rer. actio non datur, 1,5; 38,1 de oper. Libertos, 3,7).

Ce § 3, loi 7 dit:

Jurare autem debet, operas, donum, munus se praestaturum, operas qualescunque, quae modo probe jure licito imponuntur.

Il doit jurer qu'il fera des prestations d'operae, de donum, de munus; d'operae quels qu'ils soient à condition qu'ils soient imposés de manière honnête et conforme au droit.

Le § 2 indique bien que l'obligation ne prend naissance qu'après l'affranchissement.:

Jurare autem debet post manumissionem, ut obligetur; et, sive statim, sive post tempus juraverit, obligatur.

Il doit prêter serment après l'affranchissement afin d'être obligé (Il ne l'est donc pas par le premier serment) soit qu'il prête le serment aussitôt ou après un certain intervalle.

Le texte le plus important est contenu au D. 40.12. loi 44, pr. Venelejus VII Ad Act. qui écrivait vers le milieu du II^e siècle ap. J.C. au temps d'Antonin le Pieux.

40.12.44.pr.

40.12.44 pr.

Licet dubitatum antea fuit, utrum servus duntaxat, an libertus jurando patrono obligaretur in is, quae libertatis causa imponuntur: tamen verius est, non aliter quam liberum obligari.

Bien qu'on ait douté autrefois du point de savoir si c'est déjà l'esclave ou si c'est l'affranchi qui en jurant est obligé vis-à-vis du patron relativement aux prestations qui lui sont imposées à l'occasion de l'octroi de la libération, il est vrai que celui qui prête serment n'est obligé que comme affranchi.

Il y aurait donc eu un doute à cet égard, mais la solution rapportée par Venelejus est la solution courante: l'esclave ne peut avant l'affranchissement s'obliger valablement par une promesse.

Ideo autem solet jusjurandum a servis exigere, ut hi religione adstricti, posteaquam suae potestatis esse coepissent, jurandi necessitatem haberent, dummodo in continenti, cum manumissus est, aut juret, aut promitteret.

Et pour cela on a coutume d'exiger un serment des esclaves afin que ceux-ci étant liés par la religion soient après qu'ils ont commencé à avoir la maîtrise juridique d'eux-mêmes, dans la nécessité de prêter serment, pour qu'il sur le champ au moment où il est affranchi, qu'il jure ou qu'il fasse la promesse par stipulatio.

Donc, le premier serment, (qui précède la manumission) a pour but d'astreindre l'esclave religione, par un lien religieux, afin que quand il sera sui juris il soit religieusement dans la nécessité de jurer ou de promettre.

Le serment a donc été utilisé pour créer un lien religieux qui amènera ensuite l'engagement par promesse.

Ce même procédé a servi dans d'autres domaines.

Nous pouvons le conjecturer tout d'abord, par ce que nous savons sur le pacte de serment. Parmi les pactes conduisant à la création d'obligations et que le prêteur a sanctionnés figure le pacte de serment.

Ce pacte se rencontre dans deux catégories d'hypothèses qui se distinguent par le fait que, dans un cas, le prêteur sanctionne le pacte par exception de serment, exceptio jurisjurandi, et, dans l'autre, par l'octroi d'une action de serment, actio de jurejurando.

1ère hypothèse. Un créancier ne dispose pas de

Autres applications du serment.
Le pacte de serment.

Sanction du serment prêté par le débiteur: exceptio jurisjurandi.

Sanction du serment prêté par le créancier: actio de iurjurando.

tous les moyens de preuves pour établir l'existence de sa créance contre son débiteur. Confiant dans l'honnêteté de celui-ci, il convient avec lui de s'en remettre au serment de ce dernier. Et sur la base de cette convention, le prétendu débiteur jure qu'il ne doit rien; ce débiteur sera désormais protégé contre l'action du créancier par l'exception de serment. L'avantage de l'exception de serment est que le débiteur échappe à la condamnation en prouvant qu'il a prêté le serment conformément au pacte.

2ème hypothèse. Le débiteur poursuivi par le créancier a des doutes sur la valeur des moyens de preuve qu'il pourra produire pour contester la prétention du créancier. Il convient avec celui-ci de s'en remettre au serment de ce dernier. Le créancier jure que telle prestation lui est due par l'autre partie. Si la prestation n'est pas exécutée spontanément par le débiteur, le créancier pourra l'exiger par l'action prétorienne de serment où il triomphera sans avoir à établir l'existence de sa créance, et en prouvant seulement qu'il a prêté le serment convenu.

Tel est le régime prétorien. Mais tout ce mécanisme n'a pas été une création raisonnée du préteur. S'il a créé l'action de serment et introduit l'exception de serment, il l'a fait pour sanctionner des pratiques antérieurement existantes comme le préteur l'a fait pour les autres pactes prétoriens.

Le rôle de la Fides dans les contrats formalistes: la fide promissio, la fidejussio. Gaius 3.116.

A côté de ce rôle dans les obligations sous la forme de la foi jurée, la fides a joué un rôle à raison du caractère moral qui inspire la loyauté dans les relations entre amis.

Notons que dans des contrats formalistes de droit strict, accessibles à tous les sujets de l'Etat romain, il est fait allusion au rôle de la fides. Il suffit de songer aux deux formes de cautionnement qui ont suivi le cautionnement de l'ancien droit strict, de la sponsio, à savoir la fidepromissio et la fidejussio. Gaius Inst. 3.116.:

Sponsor ita interrogatur: Le sponsor est interrogé
idem dari spondes ? de la façon suivante: Me
promettez-vous de me donner la même chose ?

Ceci vise la sponsio spéciale faite à titre de promesse accessoire, comme cautionnement d'une obligation principale existante: me promettez-vous de me donner les mêmes 10.000 sesterces ? Je le promets.
Fidepromissor ita: idem En cas de fidepromissio, le
fidepromittis ? Fidejussor créancier interroge la cau-
sor ita: id fide tua esse tion par ces mots:

jubes ?

Me promettez-vous
chose sur votre fides. Et le
fidejussor est interrogé de
la manière suivante: déclarez-
vous que le crédit est fait
sur la base de votre fides ?

"Jubes" ne doit pas être traduit par : ordonnez-vous ? Jussum a un sens beaucoup plus large. C'est une déclaration par laquelle une personne assume la responsabilité d'un acte accompli par autrui, par exemple en matière de délégation (Cf. Gide. Délégation).

Dans ce contrat verbis l'engagement de la caution est pris sur sa fides. La fides ne joue pas ici un rôle spécial puisque l'engagement est reconnu par le droit civil.

La fiducie.

Il y a toute une matière où la fides joue un grand rôle. C'est dans la fiducia cum creditore ou la fiducia cum amico. C'est dans ce domaine de la fiducie en matière patrimoniale que nous retrouvons la fides et il est bon de se rappeler la définition de Boèce, Com. des Topiques, liv. 4, sur Cicéron Ch. X § 42: Fiduciam accepit cuicumque res aliqua mancipatur ut eam mancipanti remaneipet:

Velut, si quis tempus dubium timens amico potentiori fundum mancipet, ut ei, cum tempus quod suspectum est praeterierit, reddat. Haec mancipatio fiducia nominatur, idcirco, quod restituendi fides interponitur.

Celui-là a reçu la fiducie, auquel une chose quelconque a été mancipée afin qu'il la remancipe à celui qui la lui a aliénée, comme par exemple si quelqu'un redoutant des temps mauvais mancipe son immeuble à un ami plus puissant afin que celui-ci le lui cède quand la période suspecte aura pris fin. Cette mancipatio est appelée fiduciaire parce que l'obligation de restituer sur la loyauté se trouve ici introduite".

Parenté entre
la fiducie et
la bonne foi.
Cicéron
Topiques X,
42.

Quand on rapproche ce passage des Topiques, on voit que Boèce veut expliquer ici l'allusion faite dans les Topiques à la fiducie. Les Topiques nous montrent comment la fides a une très grande parenté avec la bonne foi dans les obligations, car, à cet endroit, Cicéron parle de l'argument d'analogie qu'on peut tirer du rapprochement de plusieurs choses connues par exemple:

Si tutor fidem praestare debet, si socius; si cui mandaris; si qui fiduciam acceperit; debet etiam procurator.

Si le tuteur doit faire prestation de la fides; si l'associé doit faire prestation de la fides; si le mandataire est également tenu de cette même prestation; si celui qui a reçu une chose à titre de fiducie est tenu de la même prestation; la même obligation pèse par analogie sur le procurator (distingué ici du mandataire).

La parenté entre fides et bonne foi apparaît donc ici.

Boëce ajoute que cette mancipation fiduciaire oblige à restituer la chose.

Les deux principales applications de la fiducie: Cum creditore, cum amico. Gaius 3, 59, 60: l'usureceptio et ses conditions d'application.

Nous avons sur la fiducie des textes nombreux et des exemples concrets de la pratique. Girard cite une mancipation fiduciaire qui est un acte concret (5ème Ed. p. 825) et un formulaire (p. 826). Sur la matière un texte général se trouve aux Institutes de Gaius II, 60, à propos de l'usucapion. Gaius vient d'indiquer qu'il y a des cas où l'usucapion a lieu sans que la bonne foi soit exigée et il parle à ce propos de l'usureceptio.

§ 59. Adhuc etiam ex aliis causis sciens quisque rem alienam usucapit; nam qui rem alicui fiduciae dedit vel in jure cesserit, si eandem ipse possederit, potest usucapere, anno scilicet, soli si it. Quae species usucapionis dicitur usureceptio, quia id, quod aliquando habuimus, recipimus per usucapionem.

Il y a d'autres causes où quelqu'un usucape sachant que la chose appartient à autrui. En effet celui qui a donné à quelqu'un une chose à titre de fiducie par mancipatio ou in jure cessio, si cette même personne a possédé la chose, elle peut usucaper par un an même un immeuble. Cette usucapio est appelée l'usureceptio, parce que nous recouvrons par usucapion ce que nous avons eu autrefois.

§ 60. Sed fiducia contrahitur aut cum creditore pignoris jure, aut cum amico, quo tutius nostrae res apud eum sint; et si quidem cum amico contracta sit fiducia, sane omni modo competit usureceptio; si vero cum creditore, soluta quidem pecunia

Mais la fiducie est contractée ou avec un créancier à titre de gage ou avec un ami afin que nos choses se trouvent plus sûrement chez lui. Et à la vérité si la fiducie a été contractée avec un ami l'usureceptio compétente certainement dans tous les

omni modo competit, nundum vero soluta ita demum competit, si neque conduxerit eam rem a creditore debitor, neque precario rogaverit, ut eam rem possidere liceret; quo casu lucrativa usucapio competit.

cas. Si elle a été conclue avec un créancier elle nous compète de façon absolue seulement si la somme due a été payée. Mais si elle n'a pas encore été payée, l'usureceptio n'aura lieu qu'autant qu'il n'y aura pas eu location de la chose par le créancier au débiteur ou concession de la chose à précaire à la prière du débiteur; auquel cas l'usucapio compète à titre lucratif.

La fiducie avait deux applications certaines déjà dans l'ancien droit romain: d'abord à titre de gage. Le débiteur transférait au créancier, *fiduciae causa*, par *mancipatio* ou *in jure cessio* la propriété de la chose donnée en gage; dans un pacte de fiducie, le créancier promettait de retransférer la propriété après le paiement de la dette. La *nuncupatio* indiquait pour quelle somme la *mancipatio* était faite: à raison par exemple de 50.000 sesterces. La *fiducia cum amico* était faite certainement à titre de dépôt pour confier à autrui la garde d'une chose pendant votre absence par exemple.

Cette aliénation n'était possible que par *mancipatio* et par *in jure cessio*. Quand cette fiducie avait été faite *cum amico*, l'usureceptio était possible dans tous les cas, dès que le mancipant reprenait la possession, par usucapion par un an même pour un immeuble.

S'agit-il de *fiducia cum creditore*, ici distinguons:

a) la dette a été payée de quelque manière par le débiteur; rentré en possession, il redeviendra propriétaire par usureceptio.

b) S'il a recouvré la possession, mais si la dette n'a pas été payée, le débiteur ne pourra usucaper par usureceptio qu'autant que sa cause de possession ne résultera pas d'un bail ou d'une concession précaire consentie par le créancier.

L'inconvénient du gage constitué par le transfert de propriété de la chose, était de priver le débiteur de l'usage et de la possession de sa chose dont il pouvait avoir éventuellement besoin. La propriété, une fois transférée au créancier, celui-ci concédait la chose à précaire ou à bail au débiteur. Dans ce cas, pas d'usureceptio possible. Si, au contraire, c'est d'une

autre manière que le débiteur est rentré en possession, bien que la dette n'ait pas été payée, il deviendra propriétaire par usureceptio.

Utilité de
l'usureceptio
avant la création de l'actio fiduciae.

Cette usureceptio ne s'explique historiquement que par ce fait que dans le droit ancien, le pacte de fiducia, dans ces hypothèses, n'était pas juridiquement sanctionné, que l'aliénateur qui n'avait pas d'action pour recouvrer sa chose, pouvait en redevenir propriétaire par usureceptio.

Mais la création de l'actio fiduciae, dont l'existence est attestée à l'époque de Cicéron comme actio in jus de bonne foi, a modifié cette situation. Cette action in jus n'a-t-elle pas été précédée par une autre action ? Lenel suppose qu'elle a été précédée par une action in factum. Pernice soutient que, même sous les actions de la loi, il y avait eu une actio fiduciae qu'on rattache à la formule de bonne foi "comme il faut que les choses aient lieu entre gens de bien et sans fraude". La mention d'un oportet se référerait à une obligation civile déjà sanctionnée par l'ancien droit et servant de base à une action dans les legis actiones. Ce n'est pas l'opinion généralement admise. En tous cas, dans le droit ancien, la fides n'avait pas la sanction directe du droit civil et c'est pour cela qu'a été imaginée l'usureceptio.

Néanmoins, le procédé était fréquemment employé et il y a peut-être eu d'autres opérations qui ont permis de conclure sur la fiducia (Pernice, Labéo, 3, étudie différentes hypothèses de cette large pratique de la fiducia : donation avec charge, commodat, mandat..)

Textes à préparer pour les examens.

Sur l'actio injuriarum : Col. Leg. Rom. et Mos. T. II s. VI. § 1 à 5.

Actio negotiorum gestorum : D. 3.5, fg. 3. pr.

Rôle de la fides dans le droit des personnes : Fg. Vatic. § 334.2.

Jusjurandum liberti : D. 38.1.7 pr. §§ 2,3.

D. 40,12,44 pr.

Fiducia cum creditore et cum amico : Gaius Inst. II, 59 et 60.

III - Le rôle de la bona fides dans le domaine des successions.

Deux applications sont ici à signaler à cet égard:
1°- la première forme de testament per aes et libram.

2°- L'institution des fideicommiss.

1°- Le rôle
de la fides
dans le testa-
ment per aes
et libram.
Gaius 2. 102
et 103.

I - Le rôle de la fides dans la première forme du testament per aes et libram nous est attesté par Gaius, Inst. 2 102 et 103.

Le § 101 a indiqué que les Romains ont connu au début deux formes de testament : le testament fait in calatis comitiis, dans les comices convoqués à cet effet avec le concours des Pontifes et le testament in procinctu, fait au champ de Mars devant l'armée réunie en armes et prête à partir en campagne, c'est-à-dire des testaments qui requéraient pour leur formation l'assentiment du peuple, puisque le testament, bien qu'apparu de bonne heure dans l'histoire du droit romain n'en était pas moins une dérogation importante à l'ordre légal des successions.

§ 102 - Accessit deinde tertium genus testamenti, quod per aes et libram agitur. Qui neque calatis comitiis neque in procinctu testamentum fecerat, is si subita morte urgebatur, amico familiam suam, id est patrimonium suum, mancipio dabat, eumque rogabat quid cuique post mortem suam dari vellet. Quod testamentum dicitur per aes et libram, scilicet quia per mancipationem peragitur.

Ensuite, s'est adjointe une troisième espèce de testament qui a lieu per aes et libram. Celui qui n'avait pas fait de testament devant les comices, ni devant l'armée en armes, s'il était menacé d'une mort prochaine, donnait à un ami par mancipatio, sa familia, c'est-à-dire son patrimoine et dans la prière qu'il adressait à son ami, il déterminait ce qu'il voulait qui fût donné à chacun après sa mort. Ce testament est dit per aes et libram parce qu'il est accompli par la mancipatio.

§ 103 - Sed illa quidem duo genera testamentorum in desuetudinem abiierunt ; hoc vero solum quod per aes et libram sit, in usu retentum est. Sane nunc aliter ordinatur quam

Mais les deux espèces de testament du droit ancien tombèrent en désuétude. Celui-là seul reste en vigueur qui est fait per aes et libram. Toutefois, ce testament

olim solebat. Nanque olim familiae emptor, id est qui a testatore familiam accipiebat mancipio, heredis locum obtinebat, et ob id ei mandabat testator, quid cuique post mortem suam dari vellet nunc vero alius heres testamento instituitur, a quo etiam legata relinquuntur, alius dicis gratia propter veteris juris imitationem familiae emptor adhibetur.

est maintenant organisé autrement qu'autrefois. En effet, autrefois, le familiae emptor, c'est-à-dire celui qui recevait le patrimoine du testateur par mancipatio, obtenait la situation d'un héritier et pour cette raison, le testateur lui mandait ce qu'il voulait que l'on donnât à chacun après sa mort. Mais maintenant, une personne est instituée héritière par le testament à laquelle incombent les dettes et une autre pour la forme, à raison de l'imitation du droit ancien, joue le rôle de familiae emptor.

Donc, dans sa forme première, le testament per aes et libram impliquait une mancipatio actuelle du patrimoine faite par le défunt au familiae emptor, lequel était obligé sur la fides, conformément aux volontés que lui manifestait le disposant, de faire parvenir tout ou partie des biens reçus à des survivants selon les volontés que lui avait confiées le testateur. Donc, dépouillement immédiat du testateur. Le familiae emptor, qui heredis locum obtinebat, avait la situation d'un héritier ; il était investi du patrimoine et avait la charge, sur sa fides, d'exécuter les volontés du testateur. Plus tard, plus de dévolution actuelle du patrimoine, la mancipatio et le familiae emptor ne sont plus là que dicis gratia. C'est le testament (écrit) sur lequel se produit la nuncupatio qui produira effet au décès et investira les héritiers de la succession.

Dans sa forme première, le testament repose donc sur la fides et des procédés analogues se retrouvent dans les législations primitives où le testament n'est pas encore admis. Le disposant doit alors recourir à des aliénations faites de son vivant à titre particulier et qui revêtent habituellement un caractère fiduciaire. Celui qui reçoit les biens du vivant sera tenu d'exécuter les volontés du défunt et le plus souvent il ne sera tenu à cet égard que d'une obligation morale reposant sur la fides (Cf. l'affatome germanique et les modalités diverses de l'institution de l'exécuteur testamentaire à son origine).

II - Une autre institution du droit des succes-

2. Le rôle de la fides dans les fideicommiss.

sions, n'eût pas, jusqu'au Ier siècle de l'Empire, d'autre sanction que la fides de la personne grevée de la charge de restitution par le disposant : c'est le fideicommiss.

Il y a eu deux espèces de fideicommiss en droit romain au point de vue de leur contenu : le fideicommiss à titre particulier dans lequel le fiduciaire reçoit mission de faire parvenir tel ou tel bien à telle ou telle personne appelée fidéicommissaire, et le fideicommiss d'hérédité, universel ou à titre universel, dans lequel le fidéicommissaire est chargé de faire parvenir au fidéicommissaire la totalité ou une partie de l'hérédité. Gaius 2.249-250 indique les formules de ces fideicommiss, peto, rogo, volo, fideicommitto... L'emploi d'un de ces mots est efficace exactement comme si on les avait tous mis dans une même formule : proinde firma singula sunt, atque si omnia in unum congesta sint.

Le § 250 donne un modèle de fideicommiss universel d'hérédité : Rogo te L. Titi pétisque à te, ut cum primum possis hereditatem meam adire. C. Seio reddas, restituas : je te prie et te demande L. Titus que dès que tu auras pu accepter mon hérédité, tu la restitues et la rendes à G. Seius.

Jusqu'au Ier siècle de l'Empire, le fidéicommissaire n'était tenu que sous la fides et ce n'est qu'au Ier siècle que les fideicommiss furent sanctionnés par voie de cognitio extra ordinem et que les consuls furent invités à contraindre à l'exécution des fideicommiss.

Tempérament apporté par la fides dans les relations entre individus au caractère strict du droit ancien.

La fides a donc ici aussi joué son rôle et l'examen de ces deux applications termine ce que nous voulions dire de la fides. En en parlant, nous avons voulu montrer que nous aurions une idée imparfaite de l'ancien droit si nous considérions que tout le commerce entre les hommes aurait été soumis inexorablement à un formalisme rigoureux. Les exigences de la vie ont souvent imposé de recourir à des actes non solennels et qui avaient uniquement pour sanction la loyauté et l'honnêteté.

Occupons-nous maintenant d'une autre institution juridique qui est venue assouplir le droit strict et formaliste de l'ancienne Rome et qui permettait déjà, dans les rapports juridiques, de faire jouer les considérations de loyauté et de bonne foi. Cette institution est celle de la clausula doli de la promesse d'absence de dol, insérée dans les contrats formalistes de l'ancienne Rome, notamment dans la stipulation. Cette clausula doli a ainsi permis de faire jouer la bonne foi dans les rapports juridiques avant même que les Romains n'aient connu les actions de bonne foi,

done dans le droit ancien.

LA CLAUSULA DOLI.

Sur cette question des rapports du dol et de la bona fides; on ne pourra mieux faire que de se reporter à Pernice, qui a examiné la question avec une conscience scrupuleuse, un souci d'exploiter toute la documentation et en même temps avec une grande finesse d'analyse. Labec II.1.2ème Ed. 1895. Tout le livre VII est consacré à cette matière : 'Dolus malus und bona fides et contient un exposé très poussé, très bien présenté et qui garde en principe, toute sa valeur.

Nous n'examinons ici la question que dans la mesure où la clausula doli a pu jouer un rôle analogue à celui que la bonne foi jouera ultérieurement dans les negotia juris.

Quelques indications d'abord sur la notion du dol.

Apparition
relativement
ancienne de
la notion de
dol, dans le
domaine pénal
et dans ce-
lui des actes
juridiques.

La notion du dol est ancienne en droit romain. Certains témoignages tendraient à la faire remonter jusqu'à la Loi des XII Tables, à propos de l'action de rationibus distrahendi donnée au pupille ou à ses héritiers contre le tuteur coupable de détournements. Abstraction faite du point de savoir si cette affirmation est exacte, il paraît très vraisemblable que la notion de dol a été visée de bonne heure dans les lois pénales (références dans Pernice). Le dolus malus, c'est l'intention de nuire, l'intention mauvaise. Toutefois, il convient de tenir compte dans les conjectures relatives au rôle du dol dans les délits de l'ancien droit, que le droit pénal ancien tient peu compte de l'intention et que le fait de la lésion du patrimoine ou de la personne d'autrui tend à éclipser ou à rejeter au second plan la recherche de l'intention. Il suffit de rappeler les délits sanctionnés par l'action de pastu ou de pauperie, données à raison de dommages provenant d'animaux pour que s'affirme l'exactitude de cette observation que le droit pénal ancien ne fait pas une place aussi large que le droit moderne à la recherche de l'intention.

La notion de dol a également fait son apparition dans le domaine des actes juridiques antérieurement au VIIème siècle ab U.C. V. notamment Plaute, Rudens, v. 1286 où se trouve une allusion expresse à une stipulation de dol, donc à la clausula doli : ni dolo malo instipulatus sis...

Le double
élément du
dol dans le
domaine des
actes juri-
diques.

Dans le domaine des actes juridiques, la notion de dol a un contenu plus restreint que celui de cette notion dans le domaine des délits. Sur le terrain des actes juridiques le dol implique la réunion de deux éléments : l'un subjectif qui n'est autre que l'intention de nuire, l'intention mauvaise déjà liée à la notion de dol dans les délits ; l'autre, objectif peut-on dire, qui consiste en une machination, une tromperie, une astuce tendant à surprendre autrui, à le circonvenir, à le tromper ; en particulier, c'est la machination qui tend à déterminer une personne à donner son consentement à un acte juridique en la faisant tomber dans une erreur, en la trompant. Cette notion de dol est définie dans un texte connu d'Ulpien D. IV.3.1,2 et 3.

Ulpien D.4,3,
1,2 et 3. dé-
finition du
dol d'après
Servius, La-
béon.

Dolum malum Servius quidem ita definit, machinationem quandam alterius decipiendi causa, cum aliud simulatur, et aliud agitur.

Servius définit ainsi le dol : une certaine machination en vue de tromper autrui résultant de ce qu'on simule une chose et qu'on en fait une autre.

Servius est un jurisconsulte de la fin de la République.

Labeo autem, posse (et) sine dolo malo aliud agi, aliud simulari : sicuti faciunt, qui per ejusmodi dissimulationem deserviant, et tuentur vel sua vel aliena.

Labéon dit au contraire qu'on peut agir même sans simulation en vue de circonvenir quelqu'un, qu'on peut également sans dol faire une chose et en simuler une autre, comme le font ceux qui par une dissimulation de cette espèce tendent à se protéger et à sauvegarder soit leurs intérêts, soit les intérêts d'autrui.

Il peut donc y avoir simulation sans dol.

Itaque ipse sic definit, dolum malum esse omnem calliditatem, fallaciam machinationem ad circumvenendum, fallendum, decipiendum alterum adhibitam. Labeonis definitio vera est.

C'est pourquoi Labéon définit ainsi le dol en disant que le mauvais dol est tout astuce, toute machination employée pour circonvenir et surprendre pour tromper autrui. Cette définition de Labéon est vraie.

Le dolus malus.

Déjà de ce texte résulte que ce que nous appelons le dol est ce que les Romains appelaient le dolus malus, celui qui doit être réprimé et une observation d'Ulpien au § 3 confirme cette remarque. Ce texte est extrait du Commentaire de l'Edit relatif à l'actio de dolo malo et ainsi s'explique la continuation du texte :

Non fuit autem contentus Praetor dolum dicere, sed adiecit malum : quoniam veteres dolum etiam bonum dicebant, et pro solertia hoc nomen accipiebant : maxime, si adversus hostem latronemve quid machinetur.

Le préteur ne s'est pas contenté de parler de dol, il a ajouté l'épithète malum, parce que les anciens jurisconsultes parlaient également d'un bonus dolus et désignaient par là l'habileté, surtout si quelque chose était machiné contre l'ennemi ou le voleur.

Les machinations, les astuces ne constituent pas un dolus malus lorsqu'ils sont dirigés contre les ennemis, les voleurs, les usuriers, de façon à se protéger contre eux. La machination sans intention mauvaise, en vue de se défendre contre les ennemis, les brigands ou même simplement en vue de sauvegarder ses intérêts (pour recouvrer un esclave fugitif et le rendre à son maître), de même la simple habileté dans les affaires ne sont pas un dolus malus.

La promesse d'absence de dol ; son utilisation pour assouplir la stipulation.

C'est de ce dernier seul que nous nous occupons et nous nous attacherons immédiatement à la promesse d'absence de dol qui paraît avoir été pratiquée antérieurement à la procédure formulaire. (Plaute Rustique pour assouplir les actes juridiques solennels, notamment la stipulation et y accroître le rôle du juge. Comme le remarque Pernice (p. 164) cette clausula doli a tendu, dans ses applications tout au moins, à donner au juge dans l'interprétation des stipulations le pouvoir de tenir compte de la bonne foi, de considérer la loyauté, la bonne foi d'une partie.

Double forme sous laquelle elle se présente.

La clausula doli dans les actes juridiques, pratiquement dans la stipulation, se rencontre sous une double forme : soit sous la forme d'une promesse d'absence de dol insérée au terme de la stipulation pour permettre au juge de tenir compte de la loyauté des parties ou de l'une d'elles dans la conclusion et l'exécution de la stipulation ; soit sous la forme d'une stipulation pénale dont le montant peut être déterminé (quantum ea res est) ou dont le montant est fixé à une certa poena.

1° - La clause dolum malum

L'emploi de la première forme de clausula doli est celui qui doit nous retenir spécialement ici, car

abesse afu-
turumque esse.

c'est cette clausula, surtout, qui a exercé un rayonnement sur l'ensemble de la stipulation et qui a permis au juge de l'interpréter avec une certaine liberté en tenant compte de l'absence de dol, c'est-à-dire de la bonne foi dans l'ensemble du contrat. Au contraire, le rôle de la stipulation pénale est plus limité ; il varie suivant l'intention des parties ; il tend dans certains cas à faire déterminer d'après la bonne foi le montant des dommages-intérêts dus pour inexécution du contrat s'il y a eu dol dans l'exécution du contrat, et dans d'autres cas, à adjoindre une peine qui devra être payée en sus des dommages-intérêts.

Son emploi
dans les sti-
pulations
prétoriennes.

Il y a un domaine dans lequel la clausula doli de la première forme est habituelle, c'est celui des stipulations prétoriennes.

Le préteur, dans son Edit, faisait connaître que dans tels et tels cas, il donnerait l'ordre de fournir une repromissio ou une satisfactio, une promesse tendant à couvrir certains risques qui peuvent se produire. Tels sont par exemple en procédure la cautio pro praede litis et vindictiarum, la cautio judicatum solvi, la cautio de rato, de même, dans d'autres matières, la cautio usufructuaria, la cautio legatorum. Ces formules de stipulations prétoriennes sont groupées à la fin de l'Edit (Cf. Lenel E.P.) On voit apparaître dans ces stipulations prétoriennes de façon quasi constante, la clausula doli, la clause d'absence de dol. Nous pouvons prendre comme exemple la cautio judicatum solvi. Nous n'en avons pas le texte, mais nous en connaissons la substance par des textes précis.

D.46.7.6.

Judicatum solvi stipulatio tres clausulas in unum collatas habet : de re judicata, de re defendenda, de dolo malo.

La stipulatio judicatum solvi contient trois clauses réunies dans une formule, à savoir : de re judicata, de re defendenda, de dolo malo.

Dans cette cautio, le défendeur s'engageait à exécuter la condamnation, à défendre au procès, à s'abstenir de tout dol.

D. 46.7. 19
pr. La novissima clausula de la cautio judicatum solvi.

D. 46.7.19 pr. nous indique en des termes intéressants, la rédaction habituelle de la clausula de dolo.

Novissima clausula judicatum solvi stipulationis, dolum malum abesse afuturumque esse, et in futurum tempus permanens factum demonstrat itaque

La dernière clause de la stipulation judicatum solvi, à savoir qu'il n'y a pas eu de dol et qu'il n'y en aura pas vise également le fait persistant

et si forte decesserit is, qui dolo fecerit, te-
nebitur heres ejus : ver-
bum enim "a futurum esse",
plenissimum est et ad om-
ne tempus refertur, ut,
si aliquo tempore non
afuerit dolus, quoniam ve-
rum sit non afuisse com-
mittatur haec clausula.

dans le temps futur. C'est
pourquoi même si celui-là
qui a commis le dol vient
à mourir, son héritier
sera tenu. En effet, le
terme afuturum esse a un
sens très plein et se ré-
fère à toute époque de son
tê que si le dol n'a pas
été absent à un moment
quelconque, parce qu'il es-
vrai que le dol n'a pas
été absent, cette clause
produit son effet.

Utilité de
cette clause
pour se pré-
munir contre
des risques
qu'on ne peut
actuellement
prévoir.

La clausula doli était donc ainsi conçue :
dolum malum abesse afuturumque esse : le défendeur
s'engageait à dolum malum abesse afuturumque esse. Cette
novissima clausula a un rayonnement étendu, elle rayon-
ne sur l'ensemble de la stipulation et permet au juge
de tenir compte de tout dol dans la conclusion ou dans
l'exécution de la stipulation. Cf. entre autres textes
D.45,1, Lois 53 et 119.

D. 45,1.53

Julien L. 16 Dig.

Stipulationem commodissi-
mum est ita componere,
ut, quaecumque speciali-
ter comprehendi possunt,
contineantur : doli au-
tem clausula ad ea perti-
neat, quae in praesentia
occurrere non possunt,
(et ad incertos casus per-
tinent)

Il est très avantageux de
rédiger la stipulation de
telle façon qu'elle em-
brasse toutes les choses
qui peuvent y être conte-
nues d'une manière spécia-
le. La clausula doli, au
contraire, concerne les
choses qui n'ont pas pu
être prévues dans le pré-
sent (et qui se réfèrent
aux cas incertains).

C'est également l'opinion que Papinien expri-
me dans la Loi 119 au L. 36 des Quaestiones.

Doli clausula, quae sti-
pulationibus subicitur,
non pertinet ad eas partes
stipulationis, de quibus
nominatim cavetur.

Cette clausula doli qui
est ajoutée aux stipula-
tions ne se réfère pas
aux parties de la stipu-
lation dans lesquelles on
s'est expressément prému-
ni contre le risque.

Donc il résulte de ces textes qu'il convient,
dans les stipulations, que les parties soient aussi
prudentes que possible et visent tous les risques
qu'elles peuvent prévoir et la clausula doli est une
précaution par laquelle elles se prémunissent d'une ma-
nière générale contre les risques qui ne peuvent être

prévus actuellement d'une façon précise.

Telle est la forme essentielle de la *clausula doli* insérée au terme d'une stipulation pour couvrir le stipulant contre un danger qu'il ne peut actuellement prévoir.

Toujours en déterminant la mesure où la *clausula doli* a pu anciennement élargir les pouvoirs du juge, déjà dans les textes traduits, nous trouvons des allusions à la deuxième espèce de *clausula doli*, qu'il importe d'opposer à l'autre.

Nous savons comment se présentait la *clausula doli generalis* et abstraite : *dolum malum abesse afuturumque esse*. Cette *clausula* complète les deux *clausulae* antérieures de la *cautio judicatum solvi* : la promesse d'exécution de la condamnation, la promesse de défendre régulièrement au procès et réagit sur l'ensemble de la stipulation. Cette réaction de la *clausula doli* sur l'ensemble de la stipulation, lorsqu'elle est employée comme *clausula novissima*, est la règle. Cette règle comporte parfois des tempéraments que nous n'avons pas le loisir d'examiner ici.

En face de la *clausula generalis*, nous avons les *clausulae poenales*, visant le dol d'abord sous forme d'une simple promesse d'indemnité indéterminée.

Nous en avons un exemple au D. 46.7.19,1, toujours à propos de la *cautio judicatum solvi*. *Venulejus*.

Si autem adjectum sit,
"si hujus rei dolus malus non aberit, quanti ea res est, dari spondes ?

Si on a ajouté : "si le dol n'a pas été absent de cette affaire, me promettez-vous de me donner des dommages-intérêts égaux à la valeur de la chose ?"

Ceci, c'est précisément une promesse de dommages-intérêts indéterminée pour le cas où il y aurait un dol dans l'affaire.

et ob extranei dolum promissor poena tenebitur.

dans ce cas, le promettant sera tenu également à raison du dol d'un tiers.

Nous retrouverons le commentaire de cette finale en résumant les différences entre les différentes espèces de *clausulae doli*.

Dans l'autre cas, cette *clausula poenalis*, au lieu d'avoir un montant indéterminé a pour objet la promesse d'une somme d'argent déterminée pour le cas de dol et cela paraît plus opportun au juriconsulte. Au D. 46.5. Fg. 11, le juriconsulte *Venulejus*, toujours au Livre des actions, dit :

Les *clausulae poenales*.
Leurs différentes formes.
1°- Promesse d'indemnité indéterminée.
D. 46,7,19,1.

2°- promesse d'une somme déterminée pour le cas de dol.

In ejusmodi stipulationibus, quae quanti res est, promissionem habent, commodius est, certam summam comprehendere : quoniam plerumque difficilis probatio est, quanti cujusque intersit, et ad exiguam summam, deducitur.

Dans les stipulations de ce genre qui ont une promesse d'indemnité indéterminée, il est plus commode, plus avantageux de fixer une somme déterminée, parce que la preuve de l'intérêt du demandeur est le plus souvent difficile et que par suite, on aboutit à l'obtention d'une somme restreinte.

Donc, il pourra être préférable d'évaluer l'indemnité qu'on devra en cas de dol.

3° - Promesse d'indemnité et d'une poena.

Enfin dernière modalité : la clausula peut comprendre en même temps qu'une promesse d'indemnité indéterminée une promesse de poena qui s'ajoutera aux dommages intérêts. C'est un gros problème de savoir quelle est la portée d'une stipulation pénale : on se demande si la somme promise est due en sus de la réparation du préjudice ou à la place des dommages-intérêts. Dans certains cas, la clausula doli contient à la fois la promesse de réparation et la promesse supplémentaire d'une peine déterminée, s'il y a dol. L'exemple le plus net à cet égard se trouve dans une stipulation jointe à une donation par mancipation. Si on se reporte aux textes de Girard on trouve dans la partie consacrée aux *Negotia* p. 829, 5ème Ed. des mancipationes à titre gratuit. Dans certaines d'entre elles, on trouve une clausula doli : dans la donation de Flavius Artemidorus, dans la donation de Statia Irene et dans la donation de Syntrophus. Dans les deux premières, il y a simplement la clausula doli generalis : "dolumque malum huic rei abesse afuturumque esse". Dans la troisième donation, celle de Syntrophus nous avons un exemple de la clausula doli poenalis. On peut résumer ainsi cet acte : T. Flavius Syntrophus a fait une donation à son affranchi T. Aithales au moyen d'une mancipatio nummo uno. La libéralité comprend un édifice, des jardins, vergers et dépendances. Le donateur impose par stipulation certaines charges au donataire ; celui-ci devra jouir des choses données en commun avec plusieurs affranchis et sous certaines conditions de partage des fruits ; celui des bénéficiaires de la donation qui mourra le dernier devra faire en sorte que le jardin et autres biens soient affectés de la même manière dans l'avenir. Ayant ainsi imposé des prestations en faveur d'autrui, il termine : "et ab hac re promissioneque dolus malus cujus vestrum, de quibus agitur, absit si adversus ea factum erit, quanti ea res erit, tantam pecuniam dari, et

La donation de Syntrophus.

amplius poenae nomine H S L milia nummum stipulatus est T. Flavius Syntrophus, spondit T. Flavius Aithales libertus : et que tout dol de l'un quelconque d'entre vous soit absent de cette affaire et de cette promesse. Donc, si quelque chose a été fait contrairement à cette promesse d'absence de dol, Flavius Syntrophus a stipulé qu'une somme d'argent égale à l'intérêt de la chose serait donnée et que, en plus, à titre de peine une somme de 50.000 sesterces serait payée et T. Flavius Aithalés affranchi a promis." Donc, promesse du quanti ea res erit et en plus, poenae nomine, promesse de 50.000 sesterces.

Différence
entre la
clausula poe-
nalis et la
clausula gene-
ralis.

Plusieurs différences sont à signaler entre cette clausula poenalis et la clausula generalis.

1°- Quant à la sanction : S'il y a promesse d'une certa poena en cas de dol, c'est la *condictio certae pecuniae* qui sera intentée, qui ne laisse au juge le pouvoir d'appréciation que sur le point de savoir s'il y a eu dol ou non. Dans les autres cas, promesse d'indemnité indéterminée ou encore la *clausula generalis dolum malum abesse afuturumque esse*, la sanction est toujours, semble-t-il, l'action *ex stipulatu*, c'est-à-dire une action contenant une démonstration indiquant que c'est à raison de la stipulation d'un incertum que l'action est exercée (Gaius 4,135)

2°- Différence au point de vue du dol servant de base à l'action. Si l'on a employé la *clausula doli*, de ea re dolum abesse afuturumque esse a te, herede tuo et ab his omnibus ad quos ea res pertinebit, le promettant ne répond que de son dol et de celui de ses héritiers, plus généralement de ses successeurs universels (cf. donation de Statia Irene). Si, au contraire, on a employé la formule abstraite, *in rem*, à savoir : si huic rei dolum malum non abest aberit, ou une formule analogue, en ce cas, le stipulant aura droit à l'indemnité, éventuellement à la poena déterminée, que le dol émane du promettant, d'un de ses héritiers, d'un de ses successeurs universels ou même d'un tiers ainsi qu'il résulte du texte du D. 46.7. 19,17. rapproché du Pr. qui vise dans la *cautio iudicatum solvi* la promesse *dolum malum abesse afuturumque esse*. Venulejus dit, en effet, que si on a ajouté les mots "et si le dol n'a pas été absent de cette affaire" dans ce cas, *oh extranei dolum promissor tenebuntur* : le promettant sera tenu même à raison du dol d'un tiers. Donc question d'interprétation du contrat d'après sa rédaction.

3° Différence - quant à l'époque à laquelle a pu être commis le dol. D'après les textes, dans la *clausula doli novissima*, *dolum malum abesse afuturumque esse*, le stipulant est garanti contre tout dol

présent et futur, c'est-à-dire contre tout dol commis dans la conclusion de la stipulation ou ultérieurement ; à un moment quelconque de l'exécution du contrat. Au contraire, pour les autres clauses pénales, on s'attache à la rédaction de la clausula et si aucune précision n'est donnée quant au temps, la clausula ne couvre le stipulant qu'à l'égard du dol commis dans la conclusion du contrat D. 46.7.19,2.

D. 46.7.19,2.

Doli autem mali clausula, sicut reliquae stipulationes, in quibus tempus nominatim adjectum non est, ad principium stipulationis refertur.

La clausula doli comme les autres stipulations dans lesquelles l'époque n'est pas expressément désignée, dans lesquelles il n'y a pas addition d'une précision quant au temps, cette clausula se réfère au moment de la conclusion de la stipulation.

Si les parties désirent que le créancier soit couvert du dol postérieur, du dol dans l'exécution du contrat, ils doivent le mentionner dans le contrat.

A côté de ces conclusions certaines, Pernice émet des conjectures sur d'autres différences qui pourraient exister entre la clausula novissima et la clausula doli à caractère pénal (Labeo T. II 1° P. 2^{ème} éd. p.165). La clausula à caractère pénal pourrait être rédigée de façon à ce que le juge puisse éventuellement tenir compte du dol du stipulant, ce qui déterminerait cette particularité que le dol y est visé ici in rem de façon abstraite si huic rei dolus malus non aberit, tandis que dans la clausula generalis, la clause s'entend comme ne concernant que le dol du promettant et de ses héritiers ou successeurs universels. C'est une question que nous retrouverons plus loin de savoir dans quelle mesure le juge pourra tenir compte du dol du stipulant. Il s'agit là éventuellement d'une rédaction de la stipulation qui tend à rapprocher le rôle de la clausula doli de la clause ex fide bona dans les actions de bonne foi où le juge peut, dans la mesure de l'intérêt du demandeur dans le procès, tenir compte de la bonne foi des deux parties.

Extension de pouvoirs procurée au Juge par la clausula doli ; rapprochement avec les actions de bonne foi.

Ceci dit, quant aux différences entre les différentes espèces de clausulae doli, recherchons comment la clausula doli a pu donner au juge une extension de pouvoirs analogue à celle qu'il recevra dans les actions de bonne foi. Les textes à utiliser ne précisent pas la nature de la clausula doli dont ils font mention. Nous admettons, en principe, qu'il s'agit de la clausula doli novissima, la plus importante et la plus fréquente, mais les observations qu'ils suggèrent semblent pouvoir s'appliquer aux clausulae doli du deu-

xième groupe.

Pouvoirs du juge dans les actions de droit strict suivant qu'elles indiquent ou non la cause en vertu de laquelle elles sont intentées.

Rappelons d'abord les pouvoirs du juge dans les actions de droit strict. A cet égard, il y a tout d'abord deux groupes d'actions de droit strict à déterminer : d'une part celle qui sont des actions abstraites, c'est-à-dire qui ne contiennent pas de demonstratio indiquant la cause à raison de laquelle l'action est donnée. C'est le cas pour les condictiones, à savoir pour l'époque qui nous intéresse (avant la procédure formulaire) la *condictio certae pecuniae* et la *condictio certae rei*. Les fragments de Gaius récemment découverts confirment ce caractère abstrait de la *condictio*. Dans ces condictiones qui n'indiquent pas la cause de la prétention du demandeur, les pouvoirs du juge sont limités (si paret oportere), le juge doit condamner à la somme due dans la *condictio certae pecuniae* et au *quantum ea res est*, c'est-à-dire d'après le commentaire de l'action à la valeur commerciale d'échange de l'objet de l'obligation dans la *condictio certae rei*. Le juge n'a de pouvoirs que pour apprécier si la dette existe et pour évaluer la valeur commerciale de la chose due.

Le 2^{ème} groupe des actions de droit strict est celui qui indique la cause pour laquelle elles sont intentées. Ce sont l'*actio ex stipulatu* et l'*actio ex testamento*. L'action *ex stipulatu* est particulièrement bien connue puisque ces termes sont rappelés dans Gaius IV.136, 137.

Gaius IV.136, 137 formule de l'A. ex stipulatu.

Judex esto. Quid A. Agerius de N. Negidius incertum stipulatus est, cujus rei dies fuit, quidquid ob eam rem N. Negidius A. Agerio dare facere oportet et reliqua.

De ce que A. Agerius a stipulé de N. Negidius une prestation incertaine (consistant en autre chose que dans une somme d'argent ou un corps certain) pour laquelle le terme est échu, juge condamne à tout ce qu'il faut que N. Negidius donne ou fasse au profit de A. Agerius à raison de cette chose.

Pouvoir du juge en cas de demeure. Son étendue moins grande que dans les actions de bonne foi.

L'intentio greffée sur la demonstratio donne donc au juge un pouvoir d'appréciation plus large. Les juriconsultes ont exploité la liberté que la rédaction de ces formules d'action de droit strict pouvait donner au juge.

Nous verrons dans la matière de la demeure (*mora*) l'utilisation que les juges ont faite des pouvoirs que pouvait leur laisser la rédaction de la formule des actions de droit strict.

Toutefois, les interprètes du droit romain ne sont jamais allés dans cette théorie de la demeure

jusqu'à reconnaître au juge dans les actions de droit strict le pouvoir d'attribuer au créancier des dommages-intérêts moratoires, tandis qu'ils ont admis ces intérêts dans l'action de bonne foi.

La clausula doli donne au juge des pouvoirs plus larges que ceux résultant pour lui de la rédaction habituelle de l'action de droit strict. Si nous tenons compte de ce fait que la clausula doli est en général sanctionnée par l'action de droit strict, c'est dans l'interprétation du quidquid dare oportet que la clausula doli va jouer son rôle.

Nous allons donc voir maintenant les cas dans lesquels cette clausula doli a pu réaliser un certain rapprochement entre l'action de droit strict et ce qui sera le rôle du juge dans l'action de bonne foi.

Erreur sur la substance.

A cet égard, comparons deux textes : D. 45.1. 22, en matière de stipulation et D. 18.1.9.2 dans le contrat consensuel de vente.

Erreur sur la
substance ;
ses conséquences
en matière
de vente
D.18.1. 9.2.

Rappelons sommairement ce qu'est l'erreur sur la substance, par opposition à l'error in corpore. Celle-ci est l'erreur sur l'objet individuellement déterminé d'un contrat, par exemple le stipulant a, sous le nom de Stichus envisagé tel esclave déterminé, alors que le promettant a sous le nom de Stichus envisagé un autre esclave. Il y a erreur sur le corpus, il n'y a pas eu accord de volonté, le contrat est nul qu'il s'agisse d'un contrat de bonne foi ou d'un contrat de droit strict. Mais si les deux contractants ont envisagé le même objet, par exemple, tel objet d'ameublement, mais que cet objet ne présente pas certaines qualités que l'on qualifie de substantielles, il y aura erreur sur la substance. La définition de cette erreur sur la substance donne lieu à des conceptions différentes en droit français : c'est l'erreur sur la qualité de la chose envisagée qui, pour l'une des parties, avait un caractère essentiel tel qu'elle n'aurait pas contracté si elle avait su que cette qualité n'existait pas (Pothier). En face de ce critère subjectif, il est une autre conception basée sur des textes de droit romain, plus stricte, d'après laquelle l'erreur sur la substance, c'est celle sur les qualités considérées comme essentielles de la chose d'après les relations d'affaires. Par exemple, si vous achetez un objet d'ameublement que vous croyez en argent alors qu'il est en airain. En réalité quand on se reporte au D.18.1.9.2, on voit que les Romains

pendant longtemps, ont considéré que l'erreur sur la substance n'était pas une cause de nullité du contrat. Seulement, ils ont considéré certaines erreurs in materia, sur la substance matérielle, comme tellement essentielles qu'elles entraînent la nullité du contrat de vente, mais seulement du contrat de vente parce qu'ils y voient une espèce d'erreur in corpore.

D. Ulpian 18.1.9.2 in fine

Marcellus scripsit lib. VI. Digestorum emptionem esse et venditionem, quia in corpus consensum est, etsi in materia sit erratum. Ego in vino quidem consentio ; quia eadem prope ~~est~~ est si modo vinum acuit ceterum si vinum non acuit, sed ab initio aetum fuit ; aliud pro alio venisse videtur.

Marcellus écrit au L. VI de ses Digesta qu'il y a vente parce qu'il y a eu consentement sur le corpus même s'il y a eu erreur sur la matière. J'ai donné mon consentement sur du vin, parce que c'est proprement la même substance malgré que ce vin soit devenu aigre ; mais si le vin n'est pas devenu aigre, mais si c'était du vinaigre une chose a été vendue pour une autre.

Les jurisconsultes sont donc arrivés dès le II^e siècle ap. J.C. à considérer l'erreur sur la matière, dans certains cas, comme une sorte d'erreur in corpore, d'une sorte que l'on pouvait dire qu'une chose paraît avoir été vendue pour une autre. Ici c'est à raison de la largeur de ses pouvoirs d'appréciation dans l'action de vente que le juge peut ramener cette erreur sur la matière à une sorte d'erreur in corpore et en déduire la nullité de la vente.

La clausula doli peut jouer le même rôle dans le domaine de la stipulation.

D. 45.1.22 (IX ad Sabinum).

Sed, quod aurum putabam, cum aes esset, stipulatus de te fuero : tenebris mihi hujus aeris nomine : quoniam in corpore consenserimus. sed ex doli mali clausula tecum agam, si sciens me fefelleris.

Si j'ai stipulé de vous ce que je croyais être de l'or alors que c'était de l'airain, vous serez tenu à mon égard à raison de cet airain parce que nous avons été d'accord sur l'individualité de la chose. Mais j'agirai contre vous à raison de la clausula doli mali si le sachant vous m'avez trompé.

Hypothèse : quelqu'un stipule d'un autre le transfert de propriété d'un objet qu'il croit être en or alors que c'est de l'airain doré. En pareil cas, le

Rôle analogue de la stipulatio doli en matière de stipulation
D. 45,1,22.

promettant doit livrer l'objet promis: quoniam in corpore consenserimus, parce que nous avons été d'accord sur l'individualité de la chose. Au contraire, s'il s'agissait d'une vente, elle serait nulle parce que aliud pro alio venisse videbitur.

Mais si une clausula doli a été insérée dans cette stipulation, le stipulant créancier de l'objet d'airain pourra par l'actio ex stipulatu fondée sur la clausula doli réclamer des dommages-intérêts, s'il est prouvé que le promettant savait que la chose était d'airain alors que le stipulant la croyait en or, et s'il a de mauvaise foi trompé le stipulant. Néanmoins, la clausula doli ne remplit pas ici le même rôle, n'a pas le même effet que la bonne foi dans la vente. En cas de vente, l'erreur sur la substance entraîne la nullité du contrat, de la vente romaine consensuelle et d'après la jurisprudence qui tend à prévaloir depuis la seconde moitié du II^e siècle, l'erreur sur la substance entraîne la nullité que le vendeur ait été de bonne ou de mauvaise foi. C'est pour protéger l'acheteur lésé que les jurisconsultes sont arrivés à ramener l'error in substantia à une sorte d'error in corpore et à consacrer la nullité du contrat. Au contraire ici le recours à l'actio ex stipulatu sera seulement possible quand le promettant aura été de mauvaise foi et aura sciemment trompé le stipulant.

L'erreur sur la substance n'a été prise en considération dans les actions de bonne foi comme cause de nullité que dans le seul contrat de vente. Dans le pignus, au contraire, le contrat subsiste malgré l'error in substantia, parce que le créancier gagiste a intérêt à avoir un gage même médiocre plutôt que de n'en pas avoir un. Donc bien que l'actio pigneraticia directe soit de bonne foi, le contrat n'est pas nul et cela dans l'intérêt même du créancier.

Nous devons examiner aujourd'hui une seconde utilité de la clausula doli dans les actes juridiques de droit strict.

Avant d'aborder ce sujet, une remarque d'ordre général s'impose quant à la portée des arguments invoqués dans l'étude de la clausula doli. Le point de départ de cet examen a été de laisser entrevoir que dès le droit ancien, c'est-à-dire antérieurement à l'établissement de la procédure formulaire, antérieurement au VII^e siècle ab. U.C. cette clausula avait déjà permis d'assurer, dans les actes juridiques de droit strict, un certain respect de la bonne foi. Cette clausula existe dès l'époque de Plaute. Mais nous avons peu de matériaux pour l'époque antérieure au VII^e siècle; ceux que nous possédons appartiennent à l'époque for-

Observation
sur la date
de nos renseignements concernant la
clausula doli.

mulaire. Ils ne peuvent donc nous fournir que des bases pour conjecturer quel a pu être le rôle de la *clausula doli* à l'époque antérieure. Il y a donc une part d'incertitude dans l'exploitation de ces textes, et il est certain que les jurisconsultes de la fin de la République et de l'Empire ont apporté leur contribution à l'interprétation de la *clausula doli*.

Le rôle des
prudents dans
l'interpréta-
tion de la
clausula doli.
D.4.3.7.3.

Caractère sub-
sidaire de
l'*actio de do-*
lo; peut-elle
être accordée
s'il y a une
actio ex sti-
pulatu née
d'une *cautio*
de *dolo* ?

Un texte D. 4.3. de *dolo malo* 7,3 nous fournit une illustration de cette idée. Ce texte est extrait du Commentaire d'Ulpien ad Ed. L. XI et se réfère à l'interprétation de l'Edit relatif à l'action de *dolo malo*. Cet Edit promet l'action de *dolo*, si on affirme que quelque chose a été fait sous l'empire du *dol*, à condition qu'il n'y ait pas d'autre action et que la cause paraisse juste au magistrat:

Quae dolo malo facta esse dicentur, si de his rebus alia actio non erit et iusta causa videbitur intra annum q.p.e.p.f. iudicium dabo.

Elle est donnée si *alia actio non erit*. A l'occasion de ce membre de phrase le texte dont nous devons faire état s'exprime ainsi:

Non solum autem si alia actio non sit, sed et si dubitetur, an alia sit, putat Labeo de dolo dandam actionem et adfert talem speciem: qui servum mihi dedebat, vel ex venditione, vel ex stipulatu, venenum ei dedit, et sic eum tradidit (mancipavit); vel fundum, &, dum tradit, (mancipat) imposuit ei servitutem, vel aedificia diruit, arbores excidit, vel extirpavit; ait Labeo, sive cavit de dolo, sive non, dandam in eum de dolo actionem; quoniam, si cavit, dubium est, an competat ex stipulatu actio...

Labéon pense que l'action de *dol* doit être donnée non seulement s'il n'y a pas d'autre action, mais même si un doute s'élève sur le point de savoir s'il y a une autre action. Et il apporte à l'appui de son affirmation l'exemple suivant: celui qui devait un esclave à raison d'une vente ou d'une stipulation lui a donné du poison et me l'a ainsi mancipé. Ou encore celui qui me devait un fonds en vertu d'une vente ou d'une stipulation, alors qu'il le mancipe, lui a déjà imposé une servitude ou a détruit des édifices ou a coupé des arbres ou les a arrachés. Dans ce cas Labéon dit que soit qu'il y ait eu une *cautio de dolo*, soit qu'il n'y en ait pas eu, l'action de *dol* doit être donnée contre ce débiteur parce que s'il y a eu une *cautio* il y a doute sur le point de savoir si

une action compète à raiso
de la stipulation.

La fin serait l'opinion d'Ulpien mais a été
en partie au moins retouchée.

sed est verius, si quidem Mais il est plus vrai, si
de dolo cautum est, ces- à vrai dire une cautio de
sare actionem de dolo, dolo a été fournie, de di-
quoniam est ex stipulatu re que l'action de dol n'a
actio: si non est cautum, pas lieu parce qu'il y a
in ex empto quidem actione une actio ex stipulatu.
cessat de dolo actio, quo- S'il n'y a pas eu caution,
niam est ex empto; in ex au cas d'action empti, l'ac-
stipulatu, de dolo actio tion de dol n'a pas lieu
necessaria est. parce qu'il y a l'action
empti; Au cas de stipula-
tion, l'action de dol est
nécessaire.

L'authenticité de cette finale soulève des dou-
tes. La solution de fond en tout cas paraît corres-
pondre au développement du droit et à son état au
III^e siècle. La mention vel ex venditione vel ex sti-
pulatu est-elle une addition des compilateurs ou ré-
sulte-t-elle d'une condensation du texte ?...

Question: L'action de dol est une action subsi-
diaire qui n'est accordée à la victime qu'autant qu'el-
le n'a pas d'autre action et qu'il n'y a pas de doute,
ajoute Labéon, sur la possibilité d'une autre action.
S'il y a doute, le magistrat peut accorder l'action
de dol. Ce caractère subsidiaire a été interprété d'u-
ne manière large et le prêteur n'a pas hésité à ac-
corder l'action de dolo dans certains cas où cependant
un autre recours paraissait possible.

L'hypothèse imaginée par Labéon pour étayer sa
solution est la suivante: une personne s'est engagée
soit par stipulation, soit par vente à dare et à li-
vrer un esclave, ou encore à faire livraison d'un
fonds. Prenons la première hypothèse, celle de promes-
se donnée par stipulation. Le promettant a promis ser-
vum dare, fundum dare, de transférer la propriété de
tel esclave, de tel fonds de terre. Avant la mancipa-
tion de l'esclave ou du fonds, le promettant empoison-
ne l'esclave, ou, pour le fonds, constitue des servi-
tudes, détruit les constructions, coupe à ras les ar-
bres. Puis a lieu la mancipation. L'acquéreur peut-il
agir contre le mancipio à raison des actes qu'il
a accomplis avant la mancipatio ?

Labéon répond que dans ce cas le prêteur doit
donner l'action de dolo, qu'il y ait eu dans la stipu-
latio une clausula doli ou non. La raison en est que
s'il y a eu clausula doli, il est douteux que l'actio

ex stipulatu existe dans ce cas: "dubium est, an competat ex stipulatu actio".

Prenons ce témoignage de Labeon(début du règne d'Auguste). Examinons-le en fonction de ce que nous savons sur la clausula doli. Beaucoup de textes parlent de la cautio de dolo sans préciser son espèce et nous savons qu'il y a deux espèces de clausula doli: d'abord la clausula novissima insérée au terme d'une stipulatio dolum malum abesse afuturumque esse, par laquelle le promettant s'engage à supporter les conséquences de tout dol présent et futur; puis la clausula doli qui peut s'insérer à un endroit quelconque de la stipulatio et qui peut viser soit le dol présent, soit le dol futur, et même, si rien n'est inséré quant au temps où le dol a été commis, nous savons que la clausula est interprétée comme ne visant que le dol commis dans la conclusion de l'acte.

Tenant compte de ces données pour interpréter notre texte, il ne peut s'agir de cette clausula doli ne contenant aucune précision quant au temps, puisqu'ici il s'agit d'un dol postérieur à la conclusion du contrat. La stipulation conclue, le promettant empoisonne l'esclave, détruit la construction...: il s'agit donc bien d'un dol dans l'exécution du contrat et pour que le doute naisse dans l'esprit de Labéon, il faut supposer qu'il s'agit ici de la promesse dolum malum abesse afuturumque esse, visant le dol présent et le dol futur. Car si la clausula n'avait visé que le dol présent elle ne jouerait pas pour un dol commis après la conclusion du contrat.

Ici surgit la question de savoir comment une promesse de dolum malum abesse afuturumque esse n'embrasse pas ce fait dolosif qui a consisté à empoisonner l'esclave après la stipulatio ou à imposer des servitudes, à détruire des constructions....

L'explication paraît être la suivante. Elle se rattache à la règle de l'interprétation stricte qui domine la stipulation. Nous sommes dans le domaine des contrats formels et de droit strict: interprétation stricte. En effet, le débiteur a promis de dare et il a transféré la propriété, il a fait la mancipatio de l'esclave, la mancipation du fonds. A l'époque de Labéon les jurisconsultes n'ont pas encore interprété la clausula doli assez largement pour que le débiteur soit considéré comme répondant de son dol, alors qu'en réalité il a littéralement exécuté l'obligation de dare. Clausula doli, clause accessoire qui s'interprète en fonction de l'obligation principale et à cette époque doute dans l'esprit de Labéon si l'actio ex stipulatu sera possible.

Source : BIU Cujas Au contraire, à l'époque d'Ulpien, au III^e siècle,

l'actio ex stipulatu sera possible; pas d'action de dolo; s'il n'y a pas de clausula doli, dès lors actio de dolo.

Pour le cas où la dette résulte d'un contrat de vente de bonne foi, le juge pourra évidemment tenir compte de ce dol commis par le vendeur postérieurement au contrat et l'actio de dolo ne sera pas accordée.

Restons à la première hypothèse où la dette résulte d'une stipulation. Pour justifier la solution que la clausula doli visant même le dol futur a été interprétée ici restrictivement, quant à l'hypothèse d'empoisonnement de l'esclave ou de diminution de valeur du fonds, indiquons quelques textes qui étayent cette conjecture et qui montrent le rôle du juge déjà dans certaines actions de droit strict et laissent apercevoir qu'à raison de la clausula doli il a pu tenir compte de certains dols ou de certaines fraudes dans l'exécution du contrat de droit strict.

D'abord un texte de Pomponius *Ad Sabin.* D.45, 1, D. V.0.23:

Si ex legati causa, aut ex stipulatu hominem certum mihi debeas non aliter post mortem ejus teneatis mihi, quam si per te steterit, quominus vivo eo (vivum) eum mihi dares: quod ita sit, si aut interpellatus non dedisti, aut occidisti eum.

Si vous me devez un esclave déterminé à raison d'un legs ou à raison d'une stipulation, vous ne serez tenu à mort à l'égard après la mort de cet esclave que si c'est par votre fait que cet esclave ne m'a pas été donné de son vivant. Il en est ainsi si vous ne m'avez pas donné l'esclave alors que vous étiez mis en demeure ou encore si vous avez tué cet esclave.

Les hypothèses visées à cet endroit sont les suivantes:

Un esclave déterminé est dû à raison d'un legs per damnationem ou à raison d'une stipulation. L'esclave meurt avant que le débiteur n'ait exécuté sa dette. Dans ce cas, dit Pomponius, le débiteur ne restera tenu vis-à-vis du créancier qu'autant que c'est par son fait qu'il a été mis dans l'impossibilité de faire la datio de l'esclave. Ici le texte met sur le même pied, ainsi que d'autres textes, deux cas: celui de la mora debitoris, du retard coupable du débiteur tenant à ce que malgré l'interpellatio celui-ci n'a pas fait mancipatio de l'esclave et le cas où le débiteur a tué l'esclave avant d'en faire la livraison.

Interprétation de la clausula doli permettant au juge de tenir compte de certains dols ou de certaines fraudes dans l'exécution du contrat.
Pomponius 45,1,23.

Si le débiteur a été mis dans l'impossibilité de dare, d'exécuter son obligation, il répond du décès postérieur à la mise en demeure. De même dans le cas où il a tué l'esclave.

Dans le texte précédent, le débiteur empoisonne l'esclave et en fait datio. Il a exécuté littéralement son obligation de dare; il ne peut donc être poursuivi par la *condictio certae rei*, puisqu'il a exécuté son obligation et même si par suite de l'insertion de la *clausula doli* visée par Labéon, c'est une action ex stipulatu qui est donnée avec une *intentio* portant *quid dare facere oportet*, Labéon doute encore que l'*actio ex stipulatu* soit possible. Si au contraire, il a tué l'esclave, il ne peut dare, il ne peut remplir son obligation: la *condictio certae rei*, l'*actio ex stipulatu* s'il y a une *clausula doli* reste possible, parce que l'obligation n'a pas été accomplie à raison d'un fait, d'une culpa du débiteur.

Ajoutons que la situation est la même pour le cas de legs, où la créance est sanctionnée par l'*actio ex testamento* par laquelle le légataire peut exiger la datio de l'esclave. Cette *actio ex testamento* est une action ancienne de droit strict qui indique sa cause et qui est incertaine comme l'*actio ex stipulatu*, avec cette différence que très vraisemblablement l'*actio ex testamento* n'a pas de *demonstratio* à la différence de l'*actio ex stipulatu*, mais que la cause de l'action se trouve indiquée dans l'*intentio* Cf. Gaius Instit. II.213: "par le legs per damnationem la chose ne devient pas immédiatement la propriété du légataire après l'addition d'hérédité, mais qu'elle demeure à l'héritier jusqu'à ce que celui-ci en en faisant tradition, in jure cessio, ou mancipatio, la transfère au légataire; il en est de même dans la legs sinendi modo. C'est pourquoi à raison de ce legs, il y a une action in personam quidquid heredem ex testamento dare facere oportet, juge condamné à tout ce qu'il faut que l'héritier donne ou fasse en outre du testament".

Les textes sont nombreux qui montrent que la créance sanctionnée par l'*actio ex testamento* est dans l'ensemble soumise aux mêmes règles que la créance née de la stipulatio et sanctionnée par la *condictio certae pecuniae* ou *certae rei*.

Nous pouvons également invoquer dans cette étude un autre texte important en matière de stipulation.

D. 45.1. loi 91, pr. et 1,3 Paul 17 ad Plaut.

Si servum stipulatus fuerit, & nulla mora intercedente servus decesserit: si quidem occidat eum pro-

Si j'ai stipulé un esclave et qu'il meure sans qu'il y ait retard coupable du débiteur, et si à la véri-

D. 45,1,91.
La culpa in
non faciendo
peut-elle être prise en

tion dans
l'interpréta-
tion de la
clausula do-
li ?

missor, expeditum est.
Sin autem neglegat in-
firmum, an teneri de-
beat promissor ? consi-
derantibus, utrum, que-
madmodum in vindica-
tione hominis, si ne-
glectus a possessore
fuerit, culpa hujus
nomine tenetur posses-
sor, ita & cum dari
promisit; an culpa,
quod ad stipulationem
attinet, in faciendo
accipienda sit, non
in non faciendo ? quod
magis probandum est:
quia qui dari promi-
sit, ad dandum, non fa-
ciendum, tenetur.

té le promettant tue cet
esclave la solution est
claire: le promissor reste
tenu. Mais si au contraire,
le promettant néglige de
soigner un esclave débile,
est-ce que le promettant doit
être tenu. La question se
pose ici de savoir si de
même que dans la revendica-
tion de l'esclave, si l'es-
clave a été négligé par le
possesseur, celui-ci est te-
nu à raison de cette faute,
celui qui a promis de donner
l'esclave est tenu de la mê-
me manière en ce qui concer-
ne la stipulation et est-ce
que cette faute doit être en-
tendue dans le sens d'une
faute de commission à l'ex-
clusion de la faute d'omis-
sion ? Cette opinion est cel-
le qui mérite le plus d'être
approuvée, parce que celui
qui a promis de donner n'est
tenu que de donner et n'est
pas tenu de faire.

Ce texte est intéressant. Il vise l'hypothèse sui-
vante. Une personne a promis par stipulation de donner
un esclave déterminé. Ce promettant, sans qu'il soit en
demeure, tue cet esclave. La solution est claire: il
reste obligé, la *condictio certæ rei* reste possible.
Mais s'il s'est borné à ne pas soigner l'esclave débile
et que celui-ci meure, le promettant est-il tenu ? La
question se posait de savoir s'il ne fallait pas lui
appliquer la règle qui a prévalu dans la revendication,
à savoir que le juge peut tenir compte de la faute
comme pour le possesseur qui a négligé de soigner l'es-
clave d'autrui qu'il possédait. Faut-il appliquer ici
la même règle ou admettre que dans la stipulation, la
culpa ne doit être entendue que de la culpa in fa-
ciendo et non de la culpa in non faciendo.

Paul répond que le promettant ne sera tenu que
de ses fautes de commission et non de ses fautes d'o-
mission parce qu'il est engagé uniquement à dare et
non à facere.

Ce texte vient encore à l'appui de notre in-
terprétation de la loi 7.

De la règle que même dans les allégations de droit strict la culpa perpétue l'obligation.

Le § 3 est un texte fondamental en notre matière des obligations dans les actions de droit strict et notamment ce texte nous indique que déjà les anciens juriconsultes ont posé cette règle que toutes les fois où c'est par la faute du débiteur que l'exécution n'a pas lieu: obligatio perpetuatur. Le texte dit: "Sequitur videre de eo, quod Veteres constituerunt, quotiens culpa intervenit debitoris, perpetuari obligationem". Règle d'interprétation remontant aux Veteres, admise sans discussion par les juriconsultes classiques et d'après laquelle même dans les obligations de droit strict, la culpa perpétue l'obligation du débiteur. Mais d'une façon générale, la culpa debitoris dans les actions de droit strict (il faudrait toutefois examiner chaque action distinctement) s'entend en ce sens qu'il faut un factum du débiteur par suite duquel l'exécution n'est pas possible. C'est l'opinion exprimée dans le texte de la loi 23, et que nous retrouvons dans le § 3, loi 9I, qui donne la formule type pour déterminer l'étendue de cette culpa: .. si effecerit promissor quominus solvere possit, expeditum intellectum habet constitutio... Si le promettant a fait, en sorte qu'il ne puisse payer, la prescription des Veteres a un sens très clair. La loi 23 contient une formule équivalente: si pex te steterit quominus vivum eum mihi dares. = Si c'est par le fait du débiteur que l'exécution n'a pas eu lieu: il y a eu mora, il y a eu un acte positif de meurtre de l'esclave ou s'il s'agit d'un immeuble (loi § 9I,1) le fonds a été fait sacer (on assimile à la destruction de la chose, le fait de le mettre hors du commerce). L'obligation se perpétue si tout cela arrive par le fait du débiteur.

Pour les actions qui contiennent quidquid dare facere oportet, c'est-à-dire à intentio incerta, on peut se demander si on n'a pas tenu compte des fautes d'omission, du défaut de soins. Il y a, à propos de créances de legs, des données dans D. 30 loi 47,4 et 5 - loi 84,4 loi 108, 12- D. 7, 6 loi 2.

On voit comment les Romains ont interprété très strictement les termes de leur formule de dare et que même en cas de clausula doli, on ne tenait pas compte d'un dol futur.

Comparaison
de la clausu-
la doli et de
l'action de
bonne foi au
point de vue
du dol du de-
mandeur.

Pour achever l'étude de la clausula doli en tant qu'elle peut donner au juge le pouvoir de tenir compte de faits dolosifs et par là un pouvoir analogue à celui qu'il peut avoir dans l'action de bonne foi, il reste un dernier point à examiner concernant le dol du stipulant. La clausula doli permet-elle au juge d'en tenir compte ?

Dans le *judicium bonae fidei*, le juge a le pouvoir de tenir compte de tout ce qui peut être contraire à la bonne foi, soit dans la conduite du défendeur soit dans celle du demandeur, toujours dans la mesure où il s'agit du *negotium juris* déduit en justice et sous cette réserve, au regard du demandeur, que la sanction de toute violation de la bonne foi par lui ne peut être assurée au-delà de l'intérêt que le demandeur a dans le litige. Ainsi, Cf. la formule des *judicia bonae fidei* rapportée par Gaius 4,47, formule *in jus de dépôt* : "*Judex esto : Quod A. Agerius apud N. Negidium mensam argenteam deposuit qua de re agitur, quidquid ob eam rem N^m N^m A° A° dare facere oportet ex fide bona, ejus judex N^m N^m A° A° condemnato S.N.P. absolvito. Negidium A. Agerio condemnato.*"

La formule *in jus* : Qu'un Tel soit juge, étant donné que A.A. a déposé une table d'argent chez N.N. chose dont il s'agit, juge condamne N. Negidius à payer à A. Agerio tout ce qu'il était obligé de donner ou de faire d'après la bonne foi à raison de cette chose". Donc, le juge reçoit pouvoir de condamner le défendeur à payer au demandeur une somme correspondante à ce que, d'après la bonne foi, le défendeur doit, à raison de son dépôt, donner ou faire. Dans la mesure de l'obligation du défendeur et à raison du dépôt, le juge peut tenir compte de tout ce que le défendeur a pu faire de contraire à la bonne foi. Nous retrouvons quelque chose de cette idée à propos de la compensation *ex pari causa* dans les actions de bonne foi. Dans les *judicia bonae fidei*, le juge peut donc tenir compte du dol du demandeur.

Si nous examinons en regard le rôle de la clausula doli dans les actions de droit strict, par exemple dans l'action qui sanctionne la stipulation, il semble au premier abord que cette clausula ne permet au juge de tenir compte que du dol du promettant ou de ses héritiers comme du dol d'un tiers, si la clausula est *in rem concepta* (*si dolo malo huic rei aberit*). Dans le dol d'un tiers, le stipulant peut-il être compris ? La question est indécise, étant donné que les textes ne parlent pas d'un effet au regard des tiers donnant à ce mot tiers, cette portée technique qui oppose le tiers aux parties, ils disent que la formule

est in rem concepta et a un effet abstrait. Il n'est donc pas impossible qu'on puisse tenir compte du dol du stipulant. Mais il y a des textes qui montrent que la clausula doli, quelle que soit sa rédaction, a permis de tenir compte du dol du stipulant dans l'action de droit strict, et qu'on est même arrivé à en tenir compte dans ces actions, sans clausula doli.

C'est ce qu'on peut induire de deux textes : D. 45.

1,122,2 - texte extrait de Scaevola L. 28. Digest.

Flavius Hernes hominem

Stichum manumissionis

causa donavit, & ita de

eo stipulatus est :

Si hominem Stichum, de

quo agitur, quem hac

die tibi donationis

causa, manumissionis-

que dedi. A te herede-

que tuo manumissus vin-

dictaque liberatus non

erit : quod dolo malo

meo non fiat ; poenae

nomine quinquaginta da-

ri stipulatus est Fla-

avius Hermes spopondit

Claudius.

Flavius Hernes a donné l'es-

clave Stichus en vue d'as-

surer son affranchissement

et il a stipulé relative-

ment à cet esclave de la

manière suivante : Si l'es-

clave Stichus dont s'agit

(que je vous ai transféré

aujourd'hui à titre de do-

nation et d'affranchisse-

ment) n'a pas été affranchi

par vous et par votre hé-

ritier, et n'a pas été li-

béré par la vindicta, à la

condition que cela n'ait

pas lieu par mon dol, Fla-

avius Hernes a stipulé que

50 lui seraient donnés à

titre de peine et Claudius

lui a promis par stipulatio.

Vient alors une première question qui a été peut être ajoutée après coup pour embrasser l'ensemble du problème que pose la stipulation.

Quaero, an Flavius Hermes

Claudium de libertate

Stichi convenire potest ?

Respondit nihil proponi,

cur non potest.

Je me demande si Flavius

Hermes peut poursuivre

Claudius relativement à la

liberté de Stichus. Scaevo-

la a répondu qu'aucune rai-

son n'est proposée pour la-

quelle Flavius Hermes ne

pourrait pas poursuivre.

De même, je me demande si

l'héritier de Flavius Her-

mes qui voulait réclamer

de l'héritier de Claudius

la peine mentionnée ci-des-

sus pourra agir si l'héri-

tier de Claudius a pu pro-

curer la liberté à Stichus

afin de se soustraire au

Item quaero : an si Fla-

vii Hermetis heres à

Claudii herede poenam

suprascriptam petere vo-

luerit, Claudii heres li-

bertatem Stichum praestare

possit, ut poena libere-

tur ? Respondit posse.

Item quaero : si Flavii Hermetis heres cum Claudii herede ex causa suprascripta nolit agere, an nihilominus Stichus libertas ex conventionem, quae fuit inter Hermetem & Claudium, ut stipulatione suprascripta ostenditur, ab herede Claudii praestari debeat ? Respondit debere.

paiement de la peine ? Scaevola a répondu que l'héritier de Claudius peut donner la liberté pour échapper à la peine.

Dé même, je me demande si lorsque l'héritier de Flavius Hermes ne veut pas agir contre l'héritier de Claudius à raison de la cause indiquée ci-dessus, si néanmoins la liberté doit être donnée à Stichus par l'héritier de Claudius en vertu du pacte convenu entre Hermes et Claudius comme le montre la stipulation reproduite ci-dessus. Scaevola répond que l'héritier de Claudius est tenu de procurer la liberté.

L'hypothèse est la suivante : Flavius Hermes a fait donation à Claudius d'un esclave Stichus, à charge par Claudius d'affranchir Stichus (donation sub modo). Le maître veut ainsi assurer à son esclave un patron qu'il a choisi à raison de ses qualités personnelles. Postérieurement, Hermes conclut avec Claudius une stipulation pénale par laquelle Claudius s'engage en son nom et au nom de ses héritiers à payer une somme déterminée, 50.000 sesterces, pour le cas où lui-même ou ses héritiers n'affranchiraient pas Stichus et à savoir par vindicta, pour lui donner la pleine cité romaine, à la condition que le défaut d'affranchissement ne provienne pas d'un dol de Flavius Hermes.

Voilà la stipulation pénale, dont la présence à cet endroit s'explique, car l'acte juridique dont il s'agit est une donation sub modo qui impose au donataire une prestation au profit d'un tiers ; il est donc en même temps une stipulation au profit d'autrui au profit de l'esclave.

Or, pour en assurer l'efficacité, on recourait fréquemment à une stipulatio poenae pour donner au stipulant un intérêt pour agir en justice si la prestation n'était pas fournie au tiers.

1ère question (dont certains soutiennent l'interpolation) : Est-ce que Flavius Hermes peut agir contre Claudius au sujet de la liberté de Stichus ? Scaevola ne voit pas d'obstacle à cette action.

De quelle action s'agit-il ? S'il s'agit de la *condictio certae pecuniae* ou même de l'*actio ex stipulatu*, de l'action née de la stipulation pénale aucun doute n'est possible. La stipulation pénale a été faite pour permettre à Flavius Hermes de réclamer la *poena*, si l'affranchissement n'avait pas lieu sans qu'il y ait *dol* de sa part. Le doute auquel répond Scaevola doit tenir à ce qu'il s'agit d'une autre action. Le texte pose la question de savoir comment la donation *sub modo* a été sanctionnée en droit classique, notamment dans l'hypothèse d'une donation en vue d'un affranchissement. Aucun doute pour la *condictio certae rei*. L'esclave n'est pas affranchi. Claudius s'est enrichi injustement. Flavius Hermes peut *servum Stichum condicere*.

Le doute ne vise-t-il pas plutôt l'action en exécution de la promesse d'affranchissement, cette action indéterminée du droit classique qui sera dans le droit de Justinien l'*actio praescriptis verbis* ? problème se rattachant à la sanction de la donation *sub modo* en droit classique. Ce texte fournit un élément de discussion et s'il est pur, une présomption en faveur de l'existence d'une action en exécution au temps de Scaevola.

2ème question concernant les héritiers du stipulant et du promettant.

L'héritier de Flavius Hermes se propose de réclamer la *poena* à l'héritier de Claudius. L'héritier de Claudius peut-il affranchir pour se soustraire à la peine ? Aucun doute répond Scaevola, il peut le faire.

Dernière question: si l'héritier de Flavius Hermes ne veut pas réclamer la *poena*, peut-il agir à raison de l'accord, *ex conventione*, conclu relativement à l'affranchissement de Stichus; accord dont l'existence est attestée par la stipulation: "*Si hominem Stichum de quo agitur quem....tibi donationis causa munitionisque dedi*".

Le début de la stipulation vise la donation avec charge. L'héritier de Flavius qui ne veut pas réclamer la *poena* peut-il agir pour contraindre l'héritier de Claudius à affranchir ? Le texte dit: il n'est pas douteux que l'héritier soit tenu de faire la prestation de liberté.

N'y a-t-il pas déjà action en exécution à l'époque de Scaevola ? Il semble bien qu'en admette dès cette époque l'existence d'une obligation: "*libertas ex conventione, quae fuit inter Hermetem et Claudium.... praestari debeat*: la liberté doit être fournie en vertu du pacte convenu entre Hermes et Claudius..

La promesse de peine n'est faite par Claudius que pour le cas où ce n'est pas par dol du stipulant que l'affranchissement vindicta n'a pas eu lieu "quod dolo malo meo non fiat". Dans la clausula doli on peut donc insérer une mention à raison de laquelle la clausula ne produira effet qu'autant qu'il n'y aura pas eu de dol du stipulant.

2ème texte: D. 4,8,3I, en matière de compromis Ulp. 13 ad Ed.

Ita domum autem committitur stipulatio, eum adversus eam quid fit, si sine dolo malo stipulantis factum est: Sub hac enim conditione committitur stipulatio, ne quis doli (sui) praemium ferat. Sed si quidem compromisso adiciatur ut "si quid dolo in ea re factum sit", ex stipulatu conveniri qui dolo fecit, potest & ideo, si arbitrum quis corrumpit vel pecunia, vel ambitione, vel advocatum diversae partis, vel aliquem ex his, quibus causam suam commiserat; ex doli clausula poterit conveniri, vel si adversarium callide circumvenit,

La stipulatio produira ses effets seulement lorsque quelque chose est fait contre elle, si cela a été fait sans dol du stipulant. En effet, cette stipulatio ne produit effet que sous cette condition que quelqu'un ne tire pas un profit de son dol. Mais si à la vérité on a ajouté au compromis la clause que si quelque chose a été fait par dol dans cette affaire, celui qui a agi par dol peut être poursuivi à raison de la stipulation. C'est pourquoi si quelqu'un corrompt l'arbitre en lui prêtant de l'argent, en favorisant son ambition, ou corrompt l'avocat de la partie adverse ou quelqu'un de ceux à qui celle-ci a confié sa cause, il pourra être poursuivi par l'actio doli, ou si encore quelqu'un a circonvenu par des tromperies l'adversaire,

Le texte se termine par une phrase que l'on a suspectée:

Et omnino, si in hac lite dolose versatus est, locum habebit ex stipulatu actio; , & ideo, si velit de dolo actionem exercere adversarius, non debet, cum habeat, & stipulatu actionem. Quod si huiusmodi clausula in compromisso adscripta non

et si, d'une manière générale dans le procès un dol a été commis, l'actio ex stipulatu aura lieu. C'est pourquoi si l'adversaire veut exercer l'action de dol cette action ne devra pas lui être donnée attendu qu'il a l'actio ex stipulatu. Que si une clausula de ce

Exemple en
matière de
compromis
D. 4,8,3I.

est, tunc de dolo actio, vel exceptio locum habebit, Hoc autem compromissum plenum est, quod & doli clausulae habet mentionem.

genre n'a pas été écrite dans le compromis, alors c'est l'actio de dolo ou l'exception de dol qui a lieu. Mais ce compromis a la plénitude d'effet qui contient mention de la clausula doli.

Ce texte vise la matière du compromis.

Le compromis est le pacte par lequel les parties conviennent de soumettre à une ou plusieurs personnes qu'elles ont choisies comme arbitres le litige ou les litiges qui les séparent.

Conditions
du compromis.

Le compromis suppose pour sa formation la réunion des éléments suivants: a) la promesse des parties de faire tout ce qui sera en leur pouvoir pour mettre l'arbitre à même de rendre sa sentence; b) la promesse des parties de ne pas se soustraire à l'arbitrage en portant le litige devant un tribunal. c) la promesse de se soumettre à la sentence de l'arbitre et éventuellement à l'exécuter. En réalité, il n'est pas nécessaire que ces clauses soient exprimées d'une manière totale dans le pacte de compromis. Mais c'est en ce sens que les jurisconsultes ont interprété le contenu même du compromis. Ce simple pacte n'était pas obligatoire avant l'époque de Justinien et les parties avaient soin de couler leurs engagements dans le moule de deux stipulations, ordinairement de deux stipulations pénales. Par ces stipulations, les parties s'engageaient aux prestations contenues dans le compromis sous peine de payer une somme.

L'arbitre ne pouvait être contraint de statuer qu'autant que les parties avaient conclu les deux stipulations. Au D. IV,8, la loi 11,2 in fine nous indique quand l'arbitre est contraint à rendre sa sentence:

proinde et si alter rem, alter pecuniam stipulanti promiserit, plenum compromissum est, et cogetur sententiam dicere:

De là même si l'un a promis une chose et l'autre de l'argent, le compromis est complètement conclu et l'arbitre sera contraint de rendre sa sentence et le § 4: "...non cogendum arbitrum sententiam dicere si alter promiserit, alter non: l'arbitre n'est pas contraint de rendre sa sentence si l'un a fourni sa promesse et l'autre n'a pas fourni la sienne".

La loi 31 nous place en face d'un compromis avec stipulation de ce genre.

Le début surtout nous intéresse pour le dol du stipulant et prouve que, même sans stipulatio de dol, la stipulatio du compromis était entendue en ce sens que la prestation promise n'était pas due si c'est par le dol du stipulant que le compromis ne recevait pas

Possibilité en
matière de com-
promis de tenir
compte du dol
du stipulant
Source: B10 Cujas

même en l'absence de clause.

son exécution.
Ita demum autem committetur stipulatio, cum adversus eam quid fit, si sine dolo malo stipulantis factum est :

La stipulation ne produira ses effets lorsque quelque chose a été fait contrairement à la stipulation qu'autant que cela aura été fait sans dol du stipulant.

Le compromis contient promesse de se soumettre à un arbitre, de ne pas s'adresser à un tribunal, de se soumettre à la sentence. Supposons que l'une des parties fasse quelque chose de contraire à une de ces clauses, la stipulation doit normalement produire effet à son égard. Mais s'il est prouvé que c'est par dol du stipulant, c'est-à-dire de l'autre partie, que l'arbitre a été dans l'impossibilité de remplir sa tâche, le juge de la stipulation ne condamnera pas la partie qui a fait quelque chose contrairement à la stipulation, puisqu'ici il y a eu dol du stipulant. La stipulation ici est efficace sous cette condition que l'efficacité de la stipulation ne procure pas un profit à l'auteur du dol.

Donc ici, sans clausula doli, le juge peut tenir compte du dol du stipulant. Solution qui se rattache au fait que le compromis met en présence des stipulations tendant à assurer l'efficacité d'un pacte synallagmatique et que le juge, de ce chef, peut plus facilement tenir compte du dol de l'autre partie. En réalité, c'est pour le compromis que nous trouvons application de cette idée que le juge peut tenir compte du dol du stipulant, sans clause spéciale de la stipulation à cet égard.

La suite du texte vise le rôle de la clausula doli.

Sed si quidem compromisso adjiciatur "ut si quid dolo in ea re factum sit" : ex stipulatu conveniri qui dolo fecit.

Si on a ajouté la clause : si quelque chose a été fait par dol dans cette affaire, celui qui a commis un dol peut être poursuivi par l'actio ex stipulatu.

Ainsi, le stipulant qui s'est rendu coupable d'un dol non seulement sera privé de la faculté de réclamer la prestation promise par l'adversaire, mais pourra lui-même être poursuivi par l'actio ex stipulatu, par l'action née de la stipulation dans laquelle il a été promettant. Application : il a corrompu l'arbitre.... commis un dol quelconque dans le procès : actio ex stipulatu, pas d'actio de dolo possible puis que subsidiaire. Sans clausula doli, l'actio de dolo, éventuellement l'exceptio doli serait possible contre lui. Au cas de clausula doli, il sera poursuivi par

l'actio ex stipulatu qui a l'avantage d'assurer la plénitude qu'il convient d'accorder à un pacte de ce genre.

Pouvait-on dans les actions de la loi donner au juge par une clause spéciale le pouvoir d'apprécier un rapport juridique ex bona fide ?

Il convient de retenir que la clausula doli a pu faire son insertion dans un des actes de droit strict élargir l'office du juge et par là lui permettre de tenir compte du dol du promettant, d'un tiers et même du stipulant. Il est possible que par une clause spéciale dans les contrats de droit strict, dans la stipulation, les parties aient même donné au juge le pouvoir d'apprécier le rapport juridique déduit en justice ex bona fide. Nous n'avons pas de preuve en ce sens pour l'époque des legis actiones, mais des données fournissent des conjectures en ce sens pour l'époque de la procédure formulaire et on peut alors se demander si cette clausula n'aurait pas pu être employée à l'époque antérieure. On peut tirer argument en ce sens de ce que nous savons de certaines stipulations prétoriennes.

la cautio rem pupilli salvam fore.

Il y a une stipulatio prétorienne où nous trouvons peut-être mention de la bonne foi au lieu de la clausula doli: c'est la cautio rem pupilli salvam fore, la promesse fournie par le tuteur et garantie par des cautions d'administrer de façon que le patrimoine du pupille reste intact. D. 46,6,11. Lenel conjecture dans la restitution de la formule de cette cautio que la mention du dolus malus avait été remplacée par celle de la bona fides.

Cum rem salvam fore pupillo cavetur, committitur stipulatio, si, quod ex tutela dari fieri oportet, non praestetur: nam etsi salva ei res sit; ob id non est, quia, quod ex tutela dari fieri oportet, non solvitur.

Lorsqu'une promesse est faite au pupille que son patrimoine restera intact cette stipulation produit effet si ce que le tuteur devait donner ou faire à raison de la tutelle n'a pas été fourni; et en effet même si le patrimoine du pupille est sauf, mais ne l'est pas à raison de ce fait que tout ce que le tuteur devait donner ou faire n'a pas été donné ou fait, en ce cas le tuteur ne serait pas libéré.

Si le tuteur n'a pas donné ou fait tout ce qu'il devait, en vertu de la stipulation, le tuteur n'est pas libéré, bien que en fait cependant le patrimoine ait été sauf.

L'actio tutelae est dès le temps de Cicéron une action de bonne foi, sa formule comporte quidquid dare

facere oportet ex bona fide, d'où Lenel conjecture que les mots ex bona fide devaient figurer dans la cautio.

Pour la cautio de damno infecto on trouve un indice plus lointain fourni par le texte de l'Edit D.39,2,7 pr. et surtout par le Ch. XX de la loi de Gallia Cisalpina. En bref dans l'hypothèse de damnum infectum, lorsque le propriétaire d'un immeuble est menacé d'un préjudice provenant d'un vice de construction ou de travaux accomplis par le propriétaire voisin ou de la disposition géographique des lieux ou de la chute menaçante des arbres, il peut exiger du propriétaire du fonds menaçant une cautio: nuda repromissio ou satisfactio. Si la cautio ou la satisfactio n'est pas fournie et si le dommage intervient, l'Edit permet au propriétaire du fonds menacé de réclamer par une action ce qu'il aurait pu obtenir en vertu de la cautio, si elle avait été conclue, et cette sanction est la seule sanction possible de la part des magistrats municipaux qui ne peuvent procéder à des envois en possession. La lex de Gal. Cisalp. contient le modèle de cette action donnée comme s'il y avait eu cautio et dans ce modèle, mention est faite que celui qui n'a pas fourni la nuda repromissio ou la satisfactio doit être condamné à payer tout ce qu'il aurait dû donner ou fournir ex bona fide à raison de la caution. Le caractère de la caution est donc en relation directe avec la bonne foi. Lenel ne conjecture pas toutefois que la formule de la cautio damni infecti ait contenu les mots "ex bona fide", il admet que cette formule contenait une clausula doli.

LA BONA FIDES.

Les deux notions de fides et de dolus malus que nous avons rencontrées jusqu'ici nous ont montré comment la loyauté et l'honnêteté jouent un rôle important dans les actes juridiques et cela dès l'époque où les actions étaient encore soumises au droit strict et formaliste. Ces notions ont continué à jouer leur rôle, sous la procédure formulaire dans les actes du droit des gens (cf. actes fiduciaires, rôle de l'exception de dol et de l'action de dol...)

Mais au VII^e siècle, au plus tard, une autre notion est entrée en ligne dont le rôle devait être plus étendu, c'est celle de bonne foi qui jouera un rôle prépondérant dans les negotia du droit des gens. Son rôle considérable se manifeste dans les actions de bonne foi où la présence de ces mots ex bona fide

Apparition de
la notion de
bonne foi au
VII^e s. ab.
U.C.

donne à la mission du juge une extension plus considérable et, par suite, donne à ce juge le pouvoir de faire produire aux negotia juris sanctionnés par des actions de bonne foi un effet particulier, et de faire triompher des solutions d'équité fondées sur la bonne foi.

Les judicia bonae fidei sont apparus au plus tard au VII^e siècle ab U.C. suivant l'opinion la plus répandue d'après le témoignage de Cicéron de Officiis III, 15, 61 où il est dit: *dolus erat vindicatus....sine lege judiciis in quibus additur ex fide bona*: Le dol est réprimé sans intervention de la loi dans les judicia dans lesquels sont ajoutés les mots *ex fide bona*. *Sine lege*, c'est la preuve que ce régime ne remonte pas aux *Legis actiones* et que c'est une création postérieure aux actions de la loi qui a donné naissance aux *judicia bonae fidei*. Mais n'y avait-il pas eu sous les *legis actiones* des *arbitria* dans lesquels le juge pouvait tenir compte de la bonne foi ?

L'énumération des A. B.F. de Q.M. Scaevola, de Gaius et de Justinien.

A cette date, Cicéron, de Officiis, III, 17, 70, donne une énumération des actions de bonne foi. (Le texte est reproduit dans Girard, Manuel, à propos de l'étude de l'intentio). Dans ce texte, Cicéron nous rapporte sous le nom de Q.M. Scaevola, consul en 659, une énumération des actions de bonne foi: actions de tutelle, de société, de fiducie, de mandat, les actions nées de la vente, du louage et il ajoute que dans ces actions il appartient au juge de décider ce que l'une des parties devait fournir à l'autre. Cette énumération est complétée au II^e siècle par celle de Gaius 4.62 qui mentionne également l'*actio negotiorum gestorum* et l'*actio rei uxoriae* qui existent déjà au temps de Cicéron (vers 636), mais qui soulèvent la question de savoir si elles existaient dès cette époque comme actions *in jus* de bonne foi ou si elles n'étaient encore que des actions *in factum*. Enfin, Justinien Inst. IV.6, 23 ajoute à l'énumération antérieure les actions nées du commodat, du gage, - déjà de bonne foi vraisemblablement à l'époque classique et qui manquent dans Gaius par suite d'une erreur de copiste ou d'une omission, - les actions en partage et l'*actio praescriptis verbis*. On sait que le terme *praescriptis verbis* ne date que de Justinien, mais la chose est plus ancienne et c'est sous forme d'une action civile incertaine de bonne foi que certains *nova negotia* ont été sanctionnés dès l'époque classique. Justinien mentionne encore deux autres actions de bonne foi en disant que ce sont des innovations de sa part: l'action de dote résultant de la fusion de l'*actio rei uxoriae* de bonne foi et de l'*actio ex stipulatu* en restitution de dot; enfin la

pétition d'hérédité qu'il mentionne par suite de l'extension de la notion de bonne foi et qui ne figure dans cette liste qu'à raison des pouvoirs du juge dérivant de ce qu'il s'agit d'une universalité de l'hereditas.

Ne tenons compte que des actions de bonne foi, autres que celles qui sont une création de Justinien. Dans ces actions, le juge, par l'addition des mots ex fide bona dans la formule reçoit le pouvoir d'apprécier, d'après la bonne foi, si et dans quelle mesure le défendeur est obligé vis-à-vis du demandeur. Le juge romain a utilisé largement ces pouvoirs et les solutions que la jurisprudence romaine a dégagées sur le fondement de ces mots ex fide bona sont extrêmement nombreuses.

Il est intéressant de faire apparaître tout d'abord dans leurs grandes lignes les progrès principaux que le droit romain a réalisés grâce à cette influence de la bonne foi dans les judicia bonae fidei. Ce tableau apparaît indispensable pour situer à leur place exacte les questions spéciales que nous examinerons. Nous allons donc indiquer les conséquences que le juge a tirées des mots ex fide bona dans les judicia bonae fidei en les opposant aux conséquences des actions de droit strict (V. le schéma de ces différences chez Girard, Manuel 8, p. 1082 n. 6)

Intérêts pratiques de la distinction des judicia bonae fidei et des judicia de droit strict.

Inutilité

d'insérer l'exception de dol dans les formules de bonne foi.

1°- La présence des mots ex bona fide dans la formule permet au juge de tenir compte du dol commis par le défendeur, sans qu'il ait besoin d'être habilité à cette fin par l'insertion d'une exception de dol dans la formule. L'exception de dol nous est rapportée par Gaius Inst. IV § 119. Prenant l'hypothèse de l'actio certae creditae pecuniae, Gaius suppose qu'on y introduit l'exception de dol ainsi conçue: Si in ea re nihil dolo malo A. Agerii factum sit neque fiat. Donc le demandeur pourra obtenir la condamnation du défendeur à raison de la pecunia credita si dans cette affaire aucun dol n'a été commis ou n'est commis actuellement par A.A.

Pour habiliter le juge dans l'action de droit strict à tenir compte du dol du demandeur, l'insertion de l'exception dans l'intentio est nécessaire. Au contraire, s'il s'agit d'un iudicium de bonne foi, le juge pourra tenir compte du dol du demandeur sans avoir besoin d'être habilité par une exceptio doli. La rédaction de l'intentio des judicia bonae fidei permet de statuer sur les rapports des deux plaideurs ex

bona fide. Cette conséquence qui résulte de l'examen même des formules des *judicia bonae fidei* est affirmée par des textes: D. 30 de *legatis* I° 84.5. Il y est question de l'action *ex vendito*: le défendeur doit être absous quia hoc *judicium bonae fidei* est et continet in se *doli mali exceptionem*, parce que cette action est de bonne foi et contient en soi l'exception de dol D. 24,3,2I qui vise sous le nom d'action de dote l'*actio rei uxoriae* (Just. IV,6,28,29) cum enim *doli exceptio* insit de dote actioni: étant donné que l'exception de dol est incluse dans l'*actio rei uxoriae* comme dans les autres *judicia bonae fidei*. Ici le juge doit tenir compte du dol commis par le demandeur dans l'affaire sans qu'il y ait d'exception de dol. Nous retrouverons ce problème à propos de la compensation *ex dispari causa*.

Même solution
concernant
le *metus*.

2° - Autre intérêt concernant l'inutilité de l'insertion de l'*exceptio metus* dans les actions de bonne foi. Les Romains ont sanctionné par plusieurs moyens la violence et les menaces qui sont susceptibles de déterminer une crainte importante chez des personnes raisonnables, au moyen de l'*actio quod metus causa*, de l'*exceptio metus*, de la *restitutio in integrum ob metum*. Quand ces violences et menaces se sont produites à l'occasion d'un contrat de bonne foi, le juge en peut tenir compte sans qu'on ait besoin d'insérer l'*exceptio metus* dans la formule. On peut l'induire de D. 50,17,116 pr.

Nihil consensui tam contrarium est, qui ad bonae fidei judicia sustinet, quam vis, itaque metus: quem comprobare, contra bonos mores est.

Rien n'est plus contraire au consentement qui sert de support aux actions de bonne foi que les violences et la crainte qu'il est contraire aux bonnes mœurs d'approuver.

Rien n'est donc plus contraire au consentement qui sert de base aux actions de bonne foi que la vis, le *metus*. D'où certains ont conclu que le consentement entaché de *metus* était nul pour vice absolu du consentement. Cependant les textes n'indiquent jamais cette sanction et peut-être y a-t-il lieu de distinguer entre la violence exclusive de tout consentement, si par exemple on a matériellement forcé le contractant à signer le contrat, la violence matérielle exclusive de consentement, et celle qui vicie simplement le consentement à l'instar du dol. Celui qui a donné son consentement sous l'empire de la violence, *coactus voluit sed voluit*; il n'en a pas moins voulu, mais son consentement est vicié. Eventuellement dans les contrats de bonne foi pas besoin d'exception de *metus*, car le juge

Intérêt de la distinction au point de vue de l'exceptio pacti.

peut tenir compte de la violence.

3° - Intérêt concernant l'exceptio pacti. Il est inutile de l'insérer dans les judicia bonae fidei pour permettre au juge de tenir compte des conventions conclues entre les parties soit sur le champ soit ex intervallo pour supprimer ou réduire l'obligation. A vrai dire, j'ai pris soin de mentionner les pactes conclus in continenti, mais nous verrons que cette mention n'est faite que par souci d'exactitude et pour exclure tout doute à cet égard. Les pactes adjoints in continenti ad solvendam vel minuendam obligationem sont considérés comme contenus dans le contrat de bonne foi. Donc pratiquement, il s'agit ici des pactes ad solvendam vel minuendam obligationem adjoints ex intervallo. S'ils sont intervenus à l'occasion d'un contrat de droit strict, le juge n'en peut tenir compte que s'il a été saisi d'une exception de dol. Dans un contrat de bonne foi, le juge en peut tenir compte dans le secours de l'exception de dol.

D.18,5,3.

D. 18,5,3. emptio et venditio sicut consensu contrahitur, ita contrario consensu resolvitur, antequam fuerit res secuta: De même que l'achat et la vente sont conclus par simple consentement, de même ils sont résolus par un consentement contraire si celui-ci a lieu avant l'exécution.- C'est la dissolution du contrat consensuel par volonté contraire avant l'exécution du contrat: Ideoque quaestium est si emptor fidejussorem acceperit, vel venditor stipulatus fuerit, an nuda voluntate resolvatur obligatio? C'est pourquoi la question a été posée de savoir si dans l'hypothèse où l'acheteur accepte une caution qui garantisse le paiement du prix ou que le vendeur ait stipulé la livraison de la chose, l'obligation se trouve résolue par le simple accord des volontés. Julien écrit que l'acheteur ne peut agir ex empto quia bonae fidei iudicio exceptiones pacti insunt: parce que les exceptions de pacte sont incluses de plein droit dans les judicia de bonne foi. En pareil cas ici on tiendra compte de l'accord impliqué par l'acceptation de l'acheteur ou par la promesse du vendeur. Dans ces contrats, on n'admet pas qu'il y ait résolution et le juge pourra tenir compte dans ces conventions.

Intérêt au point de vue du pacte adjoint in continenti ad augendam obligationem.

4ème intérêt: Les pacta adjecta ad augendam obligationem, conclus in continenti, à l'occasion d'un contrat de bonne foi, sont considérés comme ayant accru immédiatement l'obligation créée par le contrat principal. Mais à condition que le pacte soit in continenti D. 2,14,7,5: Quin immo interdum format ipsam actionem, ut in bonae fidei iudiciis. Solemus enim

dicere, pacto conventa inesse bonae fidei judiciis.

A cet endroit Ulpien étudie la règle que le simple pacte ne peut faire naître d'obligation, mais cependant, dit-il il arrive qu'il engendre une action pour le pacte, ad augendam obligationem in continenti adjoint à un contrat de bonne foi. L'obligation initiale se trouve accrue par le pacte et l'action née du contrat de bonne foi pourra inclure cette demande.

Obligation
pour le débiteur d'un contrat de bonne foi de fournir toutes les prestations imposées par l'usage.

5° - Dans les negotia de bonne foi, le débiteur est tenu de faire toutes les prestations imposées par l'usage. C'est là une idée d'une importance considérable. Les contrats de bonne foi dénués de toute forme se forment par accord de volonté, parfois accompagné d'une remise de chose impliquée par la nature même de l'acte juridique; gage, dépôt, commodat, en tous cas sans forme. Dès lors, l'opération étant de bonne foi, le juge imposera au promettant toutes les prestations qu'il est d'usage de promettre en pareille circonstance.

Application
à propos de
la vente.

Différentes applications de cette idée, peuvent être signalées, notamment à propos de la vente. Dans la vente d'esclaves, il était d'usage à Rome que le vendeur fournisse la stipulatio duplae par laquelle il promettait le double du prix au cas d'éviction et une diminution de valeur si certains vices étaient découverts. Lorsque la stipulation avait été omise, les Romains disaient que l'acheteur évincé ou qui avait à se plaindre d'un vice pourrait réclamer par l'actio empti ce qu'il aurait pu réclamer si la stipulatio duplae avait été fournie: 2I,1,31,20: Quia adsidua est duplae stipulatio, idcirco placuit, etiam ex empto agi posse, si duplam venditor Mancipii non caveat: ea enim, quae sunt moris et consuetudinis, in bonae fidei judiciis debent venire: Parce que la stipulatio duplae est d'un usage constant, il a plu aux jurisconsultes de décider qu'on peut agir par l'actio ex empto, si le vendeur n'a pas fourni la promesse du double pour l'esclave vendu. En effet, les prestations imposées par les mœurs et la coutume doivent venir de plein droit dans les judicia bonae fidei.

Au Dig. 19,1,11,1 même affirmation que le juge de l'action de vente doit avant tout rechercher ce que les parties ont voulu pour imposer les prestations qu'elles ont envisagées: Quod si nihil convenit, tunc ea praestabuntur, quae naturaliter insunt hujus Judicii potestate: que si rien n'a été convenu les prestations devront être faites qui sont naturellement incluses dans un contrat de ce genre.

Différence
entre les deux
sortes d'obligations
Source: BIU Cujas

6° - De même pour la mise en demeure, il y a une différence entre les judicia stricti juris et les judicia bonae fidei. Ici il y a une double distinction.

gations au point de vue de la mise en demeure.

La première c'est que dans les *judicia bonae fidei* le juge peut tenir compte de tout retard coupable du défendeur même s'il se fonde sur une faute d'omission du débiteur, tandis que dans les actions de droit strict qui ne visent que le *dare oportere*, le juge ne tient compte de la demeure du débiteur que s'il y a eu *interpellatio* ou *culpa in committendo*. D'autre part, dans les *judicia bonae fidei*, le juge peut allouer des intérêts moratoires au créancier, il ne le peut pas dans les *judicia stricti juris*. Notez que le juge apprécie librement et en équité si des intérêts moratoires doivent être alloués ou non; cette appréciation dépend entièrement de son officium.

Le juge devra se laisser guider par l'idée de rechercher les intérêts qu'aurait stipulés le créancier, s'il avait pu prévoir le défaut de prestation à la date convenue. Au contraire, si le débiteur rend un service au déposant et s'il y a retard dans la restitution, le juge refuse les intérêts moratoires; le juge n'a pas de pouvoir de ce genre quant aux intérêts dans l'action de droit strict (exception faite pour les créances de legs sanctionnées par l'action *ex testamento*, c'est-à-dire par une action de droit strict).

et au point de vue de la compensation.

7° - De même pour la compensation des règles particulières ont été consacrées dans les actions de bonne foi, qui créent une distinction avec les actions de droit strict. Nous avons sur ce point un texte très simple de Gaius 4,63:

Liberum est tamen judici nullam omnino invicem compensationis rationem habere: nec enim aperte formulae verbis praecipitur, sed quia in bonae fidei iudicio conveniens videtur, ideo officio ejus contineri creditur.

Il est libre au juge de ne tenir aucun compte de la compensation entre les parties car cela ne lui est pas ordonné expressément par les termes de la formule, mais comme elle paraît convenir à l'action de bonne foi, on estime que cela est contenu dans l'officium du juge.

Les Institutes disent la même chose.

Le juge a donc le pouvoir de tenir compte de la compensation entre les parties sans que rien dans la formule ne l'y oblige, mais il ne peut, avant le rescrit de Marc Aurèle, tenir compte que des créances *ex pari causa*, nées du *negotium juris* déduit en justice. Exemple: supposons que la chose louée ait péri par la faute du débiteur, le *conductor* est responsable de la valeur mais s'il prouve qu'il a fait des frais pour la conservation et demande la compensation, le juge tiendra compte des dépenses qu'il a pu faire. Mais

est-ce que le juge peut tenir compte des créances qu'il aurait contre le défendeur ex dispari causa à raison d'un autre contrat ? On soutient que c'est possible depuis la réforme de Marc Aurèle qui a introduit la compensation au moyen de l'exception de dol, laquelle est toujours sous entendue dans les actions de bonne foi.

On voit donc comment dans les *judicia bonae fidei* le juge tient compte des créances réciproques des parties.

8°- Notons encore comme différence la faculté pour le juge dans les *judicia bonae fidei* de faire fixer par le demandeur, sous la foi du serment, le montant des dommages-intérêts dus pour défaut d'exécution ou imperfection de l'exécution de l'obligation: cette faculté existe dans les *judicia bonae fidei* et dans les actions arbitraires. Ce n'est donc pas une particularité spéciale aux *judicia bonae fidei*.

9°- Enfin dans les *judicia bonae fidei* le juge se place pour évaluer l'intérêt litigieux à l'époque de la condamnation et non comme dans les *judicia stricti juris* au moment de la *litis contestatio*.

D. 13,6,3,2.

In hac actione sicut in ceteris bonae fidei judiciis similiter in litem jurabitur : & rei judicande tempus, quantires sit, observatur quamvis in stricti, litis contraestatae tempus, spectetur.

Dans l'action de commodat comme dans les autres actions de bonne foi, on pourra également prêter le serment in litem et l'époque de la condamnation devra être prise en considération, tandis que dans les actions de droit strict, c'est celle de la *litis contestatio* qui est prise en considération.

Dans les *judicia stricti juris*, c'est au moment de la *litis contestatio* que la sentence devrait intervenir et c'est à ce moment que le juge doit donc se placer; le demandeur ne doit pas souffrir des délais du procès. Dans les *judicia* de bonne foi, il se place à l'époque de la condamnation.

10°- Il existe une autre différence fort importante, celle de savoir dans quelle mesure le juge peut tenir compte dans les actions de bonne foi de la faute du débiteur dans l'inexécution de l'obligation ou dans le défaut d'exécution. C'est toute la question de savoir s'il faut tenir compte du dol, de la culpa. Nous l'examinerons dans les leçons ultérieures.

LA RESPONSABILITE EN MATIERE DE FAUTE.

Cette responsabilité ne se sépare pas de la responsabilité pour cause de dol. La faute est prise en considération pour apprécier si ce débiteur répond ou non de l'inexécution totale ou partielle de l'obligation. Observons que sous le nom d'inexécution partielle, nous entendrons aussi l'inexécution imparfaite de l'obligation, par exemple dans les obligations qui prennent leur source dans le contrat, une exécution qui n'est pas conforme à l'accord des parties.

Pour apprécier cette responsabilité du débiteur dans l'inexécution de l'obligation, les interprètes se sont attachés à distinguer les causes d'inexécution, afin de déterminer celles qui seraient imputées à charge au débiteur. Dans ce travail d'analyse, les juriconsultes sont arrivés à distinguer les causes suivantes d'inexécution des obligations. L'inexécution de l'obligation peut résulter d'un événement indépendant de la volonté du débiteur, c'est-à-dire de ce que les Romains appellent le casus, et nous, le cas fortuit. Sous le terme général de cas fortuit, les Romains embrassent les causes suivantes d'inexécution: d'une part les événements de la nature, du hasard qui font obstacle à l'exécution de l'obligation, qui rendent par exemple impossible la prestation de l'objet dû parce que celui-ci a été détruit par cet événement: incendie, naufrage, tempête, mort de l'animal. Rentrent dans cette première catégorie des cas que certains textes qualifient de vis major, que nous appelons cas de force majeure, c'est-à-dire les événements auxquels les forces humaines ne peuvent résister ou ne peuvent écarter. Dans la notion de cas fortuit, les Romains comprenaient aussi la décision de l'autorité publique qui fait obstacle à l'exécution, une confiscation ou expropriation de la chose due. Enfin, le cas fortuit peut être le délit d'un tiers, le vol, l'incursion des brigands, des ennemis, le dommage causé contrairement à la Loi Aquilia (*damnum injuria datum*). Le débiteur d'un corps certain, d'une prestation individuellement déterminée, ce qui comprend les prestations de services déterminés, est libéré en tout ou en partie dans la mesure où le cas fortuit rend l'exécution impossible. Exception est faite toutefois pour le débiteur en demeure, et pour celui tenu, soit à raison d'une règle du droit positif, soit à raison d'un accord de volonté, à la responsabilité du cas fortuit. C'est l

Causes d'inexécution indépendante de la volonté du débiteur:
Casus.

cas du débiteur tenu de la custodia au sens strict du mot.

Nous laisserons de côté la demeure du débiteur, son retard coupable et nous ne parlerons pas davantage de la mora creditoris.

Causes d'inexécution imputables au débiteur: le dol et la faute.

Restent dans cette recherche des causes d'inexécution qui peuvent éventuellement être imputées au débiteur: le dol et la faute, dolus et culpa. Nous retrouverons les deux notions d'une manière continue en étudiant la responsabilité du débiteur à raison d'une inexécution tenant au dol ou à la faute.

Avant d'aborder ce problème en fonction directe de l'inexécution des obligations, il est opportun pour faire à l'occasion des *judicia bonae fidei* un exposé symétrique de celui que nous avons donné pour les *judicia stricti juris*, les conséquences du dol dans la formation des *negotia* de bonne foi. La faute, au contraire, n'a été prise en considération par les jurisconsultes romains qu'à l'occasion de l'inexécution des obligations.

Dol dans la conclusion et dol dans l'inexécution ou contrat.

Le dol est le contraire de la bonne foi.

Lorsqu'on examine le problème relativement à la conclusion du *negotium bonae fidei*, contrat ou acte unilatéral donnant naissance à un *negotium* de bonne foi comme la gestion d'affaires, une distinction surgit immédiatement entre ce que les interprètes qualifient de dol principal et ce qu'ils appellent dol incident. Relativement à la formation du contrat, du *negotium*, le dol entre seul en considération. La simple culpa n'est pas prise en considération. Il en est autrement dans l'exécution des obligations où les textes mentionnent simultanément le dolus et la culpa.

Dol principal et dol incident.

Le dol principal est celui qui a déterminé la victime du dol à contracter de façon que cette victime n'eût pas consenti à l'acte si elle avait eu une connaissance exacte de l'état des choses. La sanction du dol principal serait la nullité du contrat, à la condition que le dol émane de l'une des parties contractantes.

Le dol incident est celui qui a simplement déterminé la victime du dol à accepter dans la conclusion de l'acte des conditions défavorables (promesse d'un prix ou d'un loyer plus élevé), de façon que, si cette victime avait eu une véritable connaissance de l'état des choses, elle eût conclu le contrat, mais n'eût pas accepté les conditions auxquelles elle a consenti. La sanction du dol incident est une réduction de l'obligation du débiteur victime du dol, étant bien entendu qu'on ne tient compte que du dol commis par l'autre pa-

Une observation préalable à l'examen des textes doit être présentée pour en faciliter le commentaire.

Absence en droit romain d'une action en nullité.

A la différence de nos droits modernes, le droit romain ne connaît pas d'action abstraite en nullité ou en annulation. Dans nos lois il suffit que le législateur précise que telle condition est requise à peine de nullité pour qu'une action en nullité, dont les modalités varient suivant les législations, permette d'écarter les conséquences de l'acte. Il suffit donc que le législateur ait considéré qu'une condition est indispensable à la validité d'un acte juridique, pour que, en l'absence de cette condition, la partie intéressée puisse introduire l'action en annulation.

En droit romain, les actions ont des figures juridiques déterminées. Par suite de l'histoire de la procédure romaine, il n'y avait primitivement que des *legis actiones* et, sous la procédure formulaire, les plaideurs ne pouvaient postuler que la délivrance des formules prévues par l'Edit (sauf la possibilité d'une action *in factum*, donnée pour un cas spécial *cognita causa*); la liste des actions était donc nettement déterminée et les parties ne pouvaient agir que si elles pouvaient utilement postuler une des actions figurant sur l'*album* du magistrat.

Sanction du dol incident par l'action même du contrat. Le même procédé peut-il servir pour le dol principal?

Cet état de droit explique l'aspect sous lequel la distinction du dol principal et du dol incident se présente dans les textes. Pour le dol incident, c'est dans l'action même qui sanctionne le *negotium juris* que l'intéressé peut obtenir la réduction de son obligation. Le *negotium juris* subsiste et par conséquent aucune difficulté à ce qu'il soit déduit *in iudicio* dans l'action qui le sanctionne. Eventuellement, il peut y avoir une action en indemnité comme l'action *quantum minoris* en matière de vente. Pour le dol principal une difficulté surgit: le *negotium* doit être tenu pour nul; peut-il néanmoins servir de base à une action fondée sur le *negotium* et tendant à abolir les conséquences de ce *negotium*? La vente est nulle, le vendeur peut-il éventuellement intenter l'action *venditi* pour faire annuler la vente ou est-ce par une action indépendante que les intéressés s'efforceront d'effacer les effets de cet acte nul, par exemple d'obtenir la répétition de la chose livrée en exécution du *negotium* nul, au moyen de l'action en répétition de l'enrichissement sans cause, la *condictio sine causa*, la *condictio causa data*...? Les Romains ont consacré les deux solutions.

Donc pas d'action abstraite en nullité; on se sert des actions existantes pour obtenir le même résultat, notamment à propos de la distinction du dol

principal et du dol incident. C'est ce qui résulte du texte fondamental en la matière D.4,3,7 Pr. Ulp. XI ad Edict. où le jurisconsulte commentait l'Edit relatif à l'action de dol.

D.4,3,7 pr.

Commentaire de la clause relative à l'action de dol : si alia actio non sit.

Ulpien commente les mots d'après lesquels l'action de dol n'est donnée que "si alia actio non sit". Et eleganter Pomponius haec verba, si alia actio non sit, sit excipit, quasi res alio modo ei, ad quem ea res pertinet, solva esse non poterit, Nec videtur huic sententiae adversari quod Julianus Lib. IV, scribit, si minor annis viginti quinque consilio servi circumscriptus, eum vendidit cum peculio, emtorque eum manumissit, dandam in manumissum de dolo actionem.

Hoc enim sic accipimus, cavere dolo emptorem, ut ex empto teneri non possit (aut) nullam esse venditionem, si in hoc ipso, ut venderet, circumscriptus est.

& quod minor proponitur, non inducit in integrum restitutionem: nam adversus manumissum nulla in integrum restitutio potest locum habere.

Commentons le texte dans l'état où il nous a été transmis avant d'indiquer les difficultés qu'il soulève.

Pomponius écrit très élégamment que "s'il n'y a pas d'autre action" s'entend comme suit: à savoir que celui que la chose concerne ne peut pas par une autre manière, sauvegarder ses intérêts. Et cette opinion ne paraît pas s'opposer, ce qui est écrit par Julien au L. IV de ses Digesta que si un mineur de 25 ans circonvenu par les conseils de son esclave a vendu celui-ci avec le pécule dont il est doté et que l'acheteur l'ait affranchi, en pareil cas l'action de dol doit être donnée contre l'affranchi. En effet, nous entendons cela de la manière suivante, à savoir que l'acheteur doit être exempt de dol, de telle façon qu'il ne puisse pas être poursuivi à raison de l'achat ou que la vente est nulle, si la circumscriptio a consisté à déterminer le vendeur à vendre.

Et le fait que dans l'hypothèse proposée, il s'agit d'un mineur ne conduit pas à admettre l'in integrum restitutio, car à l'encontre d'un affranchi il ne peut pas y avoir d'in integrum restitutio.

l'état où il nous a été transmis avant d'indiquer les difficultés qu'il soulève.

La première phrase est l'interprétation des mots: "si alia actio non sit" de l'Edit qui signifient que l'action de dolo n'est donnée que si la victime du dol n'a pas d'autres moyens de sauvegarder ses intérêts et nous avons vu qu'il suffit qu'il y ait un doute sur l'existence de ce moyen pour que le prêteur accorde l'action de dolo. Il n'y a pas lieu d'objecter ici l'opinion de Julien, d'après laquelle l'action de dolo ne doit pas être donnée contre l'affranchi, quand celui-ci est un ancien esclave qui, par ses conseils, a déterminé le mineur de 25 ans à le vendre avec son pécule si ultérieurement l'acheteur a affranchi cet esclave. C'est la deuxième proposition. Le texte ne soulève aucune difficulté si, sautant la troisième phrase nous passons à la quatrième qui n'est que la continuation de la deuxième. Ici, il n'y a pas lieu de tenir compte du fait que dans l'hypothèse de Julien, il s'agit d'un mineur; car, en pareil cas, la restitution in integrum n'est pas possible contre un affranchissement.

Concession à un mineur de 25 ans de l'action de dol à la suite d'un affranchissement entaché de dol incident et qui ne peut être rescindé par I.I.R.

Si on prend le texte tel qu'il se présente, abstraction faite de la troisième phrase, l'interprétation est commode. Dans l'hypothèse envisagée par Julien, un mineur de 25 ans, propriétaire d'un esclave, a été déterminé par les conseils de celui-ci à vendre l'esclave avec son pécule et comme suite à cette vente l'esclave s'est entendu avec l'acheteur pour obtenir son affranchissement et très vraisemblablement sans retrait de pécule.

Ici une question se pose quant au mot *circumscriptus*. Le terme ne signifie par nécessairement circonvenir par des manoeuvres dolosives. C'était probablement son sens sous le régime de la loi Plaetoria à l'égard du mineur de 25 ans, mais, dans l'application de l'Edit au mineur de 25 ans, à savoir pour la concession de l'*in integrum restitutio* à ce mineur, le mot est souvent synonyme de *laesus*. Le mot signifie que si le mineur a été lésé à raison de son inexpérience ou de la légèreté de son âge, une telle lésion lui assure le bénéfice de la *restitutio* en entier. Il suffit pour que cela soit possible que le mineur ait subi un dommage qu'il n'aurait pas subi s'il avait été majeur. Donc le terme *circumscriptus* n'implique pas nécessairement, dans le domaine d'application de l'Edit au mineur de 25 ans, l'idée de dol. Ici, le mot *circumscriptus* signifie, comme dans d'autres textes, "circonvenir par des manoeuvres dolosives". La question posée est, en effet, celle de savoir si, en l'absence d'*in integrum restitutio*, l'*actio de dolo* sera possible.

Intercalation dans le texte par les compilateurs d'une incise sur le dol principal.

la troisième phrase qui se présente dans des éditions modernes avec une ponctuation différente: l'action de dol est possible s'il n'y a pas d'autre moyen. Le mineur de 25 ans, dans notre hypothèse, ne peut intentionner l'*in integrum restitutio* et Julien lui donne, à cause de cela, l'action de dol, son opinion ne contient à cet égard rien de contraire à celle de Pomponius.

La 3ème phrase est ainsi conçue:

Hoc enim sic accipimus, carere dolo emptorem, ut ex empto teneri non possit (aut) nullam esse venditionem, si in hoc ipso, ut venderet, circumscriptus est.

Nous entendons ce qui précède de l'obligation à savoir que l'acheteur doit être exempt de dol, de façon à ce qu'il ne puisse être tenu à raison de l'achat ou encore que la vente soit nulle à raison de ce fait que le vendeur a été circonvenu pour le déterminer à vendre.

Cette phrase est une incise qui rompt l'enchaînement logique du raisonnement d'Ulpien; on a donc soupçonné qu'il s'agit ici d'une addition des compilateurs et cette addition a une double portée: dans le premier membre de phrase, le texte veut dire que si l'acheteur a participé au dol qui a déterminé le mineur de 25 ans à vendre, le vendeur n'aura pas besoin de l'action de dol, il pourra par l'*actio empti* mettre en mouvement son recours pour dol contre l'acheteur (carere dolo emptorem, ut ex empto teneri non possit). C'est une addition aux conditions de l'hypothèse posée en termes concis dans ce qui précède.

Le deuxième membre de phrase vise le dol principal en ajoutant: "aut nullam esse venditionem si in hoc ipso, ut venderet circumscriptus est", la vente est nulle si le dol dont le vendeur a été victime a été tel qu'il a été par là déterminé à vendre. Seulement ici un argument nouveau s'ajoute au précédent tiré de la rupture de l'ordonnement logique du texte, pour établir l'interpolation. Si la vente est nulle, l'acheteur est-il devenu propriétaire et a-t-il pu faire un affranchissement pleinement efficace? N'y a-t-il pas là l'indice d'une addition faite par les commissaires de Justinien?

Une interpolation analogue se rencontre au D.23,3,12,1:

Si mulier se dicat circumventam minoris (rem) aestimasse, ut puta servum: si quidem in hoc circumventa est, quod servum dedit, non tantum in hoc, quod

Autre intercalation de la mention du dol
Source : BIU Cujas

principal dans un texte visant une sous-estimation en par suite d'un dol de la valeur de l'esclave constitué en dot. *minoris aestimavit; in eo acturam, ut servus sibi restitueretur. Enimvero si in aestimationis modo circumventa est, erit arbitrium mariti, utrum justam aestimationem, an potius servum praestet.*

Si une femme dit qu'elle a été circonvenue en tant que dans la constitution de sa dot, elle a estimé celle-ci au-dessous de sa valeur, comme par exemple dans la constitution de dot d'un esclave, si à la vérité elle a été circonvenue en cela qu'elle a donné l'esclave et non pas seulement en cela qu'elle l'a estimé à un prix inférieur, elle pourra agir en restitution de l'esclave. Si elle a été seulement circonvenue dans la mesure de l'estimation, le mari aura la faculté d'apprécier s'il fournira la juste estimation ou plutôt s'il restituera l'esclave.

On sait que la constitution de dot peut être faite sans estimation des choses constituées en dot, alors dette de corps certain, engageant la responsabilité du mari, ou bien la dot peut être constituée avec estimation, auquel cas il ne doit que la valeur. Le texte suppose une dot constituée avec estimation. Si la femme a été circonvenue en ce sens qu'elle a estimé la dot constituée, par exemple un esclave, à moins que sa valeur réelle...et après avoir posé, ainsi l'hypothèse le texte ajoute si quidem in hoc circumventa est, quod servum dedit: si elle a été circonvenue en ce sens qu'elle n'ait pas seulement estimé l'esclave à moins que sa valeur, mais qu'elle a donné l'esclave alors qu'elle ne l'aurait pas donné, si elle n'avait pas été circonvenue, la femme peut agir en restitution, car si elle a été seulement circonvenue dans l'estimation le mari appréciera s'il fournira la juste estimation ou s'il restituera l'esclave.

Il suffit de supprimer la partie du texte: Si quidem in hoc circumventa est quod servum dedit..... circumventa est, pour que le texte se lise facilement. Si mulier se dicat circumventam minoris rem aestimasse, ut puta servum, erit arbitrium mariti.... Ici encore il y a une incise qui a pour but d'insérer à l'occasion d'une autre hypothèse la mention du dol principal la femme a été circonvenue de sorte qu'elle a été déterminée par le dol à constituer l'esclave en dot, en ce cas elle pourra agir en restitution de l'esclave. Il est difficile de déterminer quelle est cette action que les commissaires ne précisent pas: il est difficile d'admettre, comme le pensent certains, que c'est l'action rei uxoriae, car cette action ne peut être intentée qu'à la dissolution du mariage. Or, ce qu'il faut, c'est que la femme puisse agir immédiatement. Serait-ce l'action de dol, la condictio sine causa fondée sur le fait que la constitution de dot était

nulle à raison du dol principal, la dot se trouvant sans cause dans le patrimoine du mari et la femme pouvant dès lors en réclamer la restitution ? Les deux solutions sont possibles.

S'il est exact que dans les deux textes qui viennent d'être examinés, l'opposition entre le dol principal et le dol incident soit le résultat d'interpolations, il y a, par contre, d'autres textes, qui prouvent que cette distinction correspond à des solutions du droit classique.

Deux textes mettent en opposition le dol principal et le dol incident. Dans ces deux textes, la mention du dol principal paraît être interpolée. Néanmoins cette différence est attestée par des textes dont l'authenticité est incontestable, de sorte que la solution sur le dol principal est classique comme le prouvent notamment D.19,1,11,3 et 5 auxquels on pourrait ajouter le § 6 de la même loi et une constitution de Justinien C. IV,44,5 pr.

Ulp. 32 ad Ed. § 3:

Redhibitionem quoque
contineri empti iudicio
(&) Labeo, & Sabinus
putant, & nos probamus.

Labeon et Sabinus pensent que la résolution est également contenue dans l'actio empti et nous approuvons cette opinion.

Donc l'actio empti investit le juge du pouvoir de résoudre la vente. Il faut noter que quand on examine le point de savoir si le dol principal permet la résolution par l'action du contrat, cette question est indépendante de celle de l'action redhibitoire du contrat des édiles.

Le § 5 confirme cette manière de voir:

Si quis virginem se
emere putasset, cum mu-
lier venisset, & sciens
errare eum venditor
passus sit, redhibitio-
nem quidem ex hac causa
non esse, verum tamen ex
empto competere actionem
ad resolvendam emptionem,
ut pretio restituto mu-
lier reddatur.

Si quelqu'un pensait qu'il achetait une esclave vierge alors que c'était une esclave déjà femme qui était vendue et que le vendeur ayant connaissance de cette erreur de l'acheteur l'a laissé persister, l'action redhibitoire n'est pas possible à raison de ce fait (parce qu'il ne manque rien au droit de l'acheteur); cependant il est vrai que l'actio ex empto appartient ici à l'acheteur pour faire résoudre la vente et faire en restituant le prix que la femme soit rendue.

Dans ce cas, le dol consistant à laisser persister une erreur dont on a connaissance, le vendeur pourra être poursuivi par l'action *empti ad resolvendam* *emptionem*.

Donc possibilité de faire déclarer la nullité d'un acte juridique sur la base de ce dol par l'action même du contrat. C'est une solution classique.

Le § 6, à côté de l'*actio empti*, mentionne la possibilité de réclamer la chose par une *condictio sine causa*: "Et Julianus diceret, ex empto agi posse: certi etiam condici poterit, quia jam sine causa apud venditorem est annulus: On peut répéter par une *condictio* parce que l'anneau (*arrhes*), remis comme preuve de la conclusion de la vente, se trouve désormais sans cause chez le vendeur.

Quant au dol incident, son unique portée est de déterminer une partie à contracter dans des conditions plus défavorables. Nous ne faisons pas état dans cette étude, de l'Edit des Ediles *curules* et de l'*actio quanti minoris*. Nous nous occupons ici uniquement de la réduction de son obligation que la victime du dol peut poursuivre par l'action même du contrat.

Les applications de cette idée sont multiples.

L'une est déjà connue: dans les *negotia bonae fidei*, dans les contrats de bonne foi, les débiteurs sont tenus de faire toutes les prestations qu'il est d'usage de faire dans un acte de cette espèce. Le motif en est que dans ces contrats de bonne foi non formalistes où les parties se bornent parfois à l'échange d'un simple et bref consentement, il est logique et équitable d'interpréter cet accord de volonté en ce sens que les parties s'obligeaient à tout ce qu'impose l'usage dans un contrat de ce genre. Nous avons déjà rencontré la mise en oeuvre de cette idée, à propos de l'éviction et de l'*actio ex stipulatu duplae*: là où la vente entraîne, dans le lieu où elle a été conclue, la prestation habituelle de la promesse du double pour le cas d'éviction, l'acheteur pourra par l'*actio empti* exiger du vendeur tout ce qu'il aurait pu exiger de lui, si la *stipulatio duplae* avait été fournie. En dehors de là, nous retenons seulement deux textes sur la vente, parmi ceux qui illustrent cette idée: Ces deux textes concernent une vente de chose corporelle et ont trait à la question de savoir si le vendeur est tenu ou non de transférer la propriété de la chose à l'acheteur. Ces deux textes sont D.I.9,1, loi 11,2 - et H.T. 30,1, deux textes dont le deuxième est le complément du premier.

Le premier (Ulpien 32 Ad Ed. est ainsi conçu:
Et in primis ipsam rem Et tout d'abord le vendeur a
praestare venditorem l'obligation de livrer la

Possibilité de réclamer la chose par une *condictio sine causa*.

Les effets du dol incident; obligation du débiteur de fournir toutes les prestations qui sont d'usage dans le contrat de bonne foi.

10,1.11,2;
 30,1.- obligation pour le vendeur si il est propriétaire de transférer la propriété.

oportet, id est, tradere, quae res, si quidem dominus fuit venditor, facit & emptorem dominum: si non fuit, tantum evictionis nomine venditorem obligat; si modo pretium est numeratum, aut eo nomine satisfactum. Emptor autem nummos venditoris facere cogitur.

chose elle-même, c'est-à-dire d'en faire traditio; laquelle chose, si le vendeur en est propriétaire, devient la propriété de l'acheteur: Et, si le vendeur n'a pas été propriétaire, ce vendeur n'est obligé qu'à raison de l'éviction, pourvu que le prix ait été payé ou qu'une satisfaction ait été fournie à ce titre. L'acheteur, au contraire, est contraint de transférer la propriété des deniers.

Donc, obligation pour le vendeur de faire la prestation de la chose corporelle vendue. La chose ainsi livrée deviendra la propriété de l'acheteur, si le vendeur était propriétaire et à condition que l'acheteur ait payé le prix ou donné une garantie de paiement du prix (hypothèque ou caution) ou qu'il y ait eu une novation. Dans tous ces cas, la vente transfère la propriété si le vendeur est propriétaire. S'il ne l'est pas, il n'est tenu qu'au cas d'éviction de l'acheteur et au titre de l'éviction. Tout cela se rattache à l'idée que le vendeur est uniquement tenu de faire la tradition de la vacua possessio. Il n'est pas obligé de transférer la propriété. S'il est propriétaire, la mancipatio, la traditio qu'il fait transférera la propriété. S'il n'est pas propriétaire, il satisfait à son obligation en faisant tradition de la possession et l'acheteur ne pourra, en principe, se retourner contre le vendeur qu'autant qu'il aura été évincé.

appréciation point de vue de la bonne foi de l'obligation de vacua possessionem tradere.

Cette solution est complétée par un texte qui montre le rôle de la bonne foi dans l'appréciation de l'obligation de praestare vacuum possessionem 30,1,H.T. L. VIII Quaest d'Africain.

Si sciens alienam rem ignorantem mihi vendideris: etiam, prius quam evincatur, utiliter me ex empto acturum putavit in id, quanti mea intersit, eam esse factam quamvis enim alioquin verum sit, venditorem hac tenus teneri, ut rem emptori habere liceat, non etiam, ut ejus faciat, quia tamen, dolum malum abesse praestare debeat, teneri eum, qui sciens (alienam) non

Si, le sachant, vous m'avez vendu la chose d'autrui à moi qui l'ignorais, Africain a pensé qu'avant même qu'il y ait éviction, j'ai pu agir utilement par l'actio empti pour obtenir des dommages-intérêts correspondant à l'intérêt que j'avais à devenir propriétaire de la chose. En effet quoi qu'il soit vrai que le vendeur ne soit tenu que de faire

suam ignoranti vendidit, id est maxime, si manu-
missuro, vel pignori da-
turo vendiderit.

avoir la chose à l'acheteur, mais n'est pas obligé de transférer la propriété, cependant, comme le vendeur, doit faire cette prestation qui consiste à s'abstenir de dol, Africain estime que celui-là est tenu qui sachant que la chose appartient à autrui l'a vendue à l'acheteur ignorant que la chose n'appartenait pas au vendeur. Cela surtout si le vendeur a vendu en vue d'affranchissement de l'esclave ou d'une constitution de gage.

Du cas où le vendeur a vendu de mauvaise foi la chose d'autrui à un acheteur de bonne foi.

Voici le complément que ce texte apporte au fragment précédemment traduit : si le vendeur n'était pas propriétaire le texte d'Ulpien posait la règle que l'acheteur ne pouvait actionner le vendeur qu'après éviction. Donc, aussi longtemps que l'acheteur n'est pas évincé, aucun recours de sa part ne semble possible contre le vendeur. Africain dit qu'il en est autrement dans l'hypothèse où le vendeur a commis un dol en vendant une chose qu'il savait appartenir à autrui et en la vendant à un acheteur qui ignorait qu'elle appartenait à autrui : Si sciens alienam rem ignoranti mihi vendideris. Les conditions de fait requises sont les suivantes : le vendeur sait que la chose ne lui appartient pas et l'acheteur ignore que la chose n'appartient pas au vendeur. Dans ce cas donc, l'action empti est possible pour défaut de transfert de propriété toutes les fois que l'acheteur peut établir qu'il avait avant toute éviction un intérêt à acquérir la propriété "etiam priusquam evincatur, utiliter me ex empto acturam putavit in id quanti mea intersit eam factam esse. Donc, avant toute éviction il pouvait intenter l'action empti pour obtenir l'intérêt qu'il avait à devenir propriétaire de la chose. En fait, cet intérêt manque le plus souvent, l'acheteur gardant la chose tant qu'il n'est pas évincé. Cet intérêt, toutefois, peut se rencontrer. Il en est ainsi dans les deux cas indiqués par le texte : a) la vente a eu lieu en vue d'assurer l'affranchissement de l'esclave. L'acheteur, par exemple, est lié par des liens d'affection à cet esclave qui est peut-être son enfant naturel qu'il veut affranchir. Si l'acheteur n'est pas devenu propriétaire quiritaire, il ne peut faire efficacement cet affranchissement et il peut se plaindre, dès maintenant, avant toute éviction. b) L'acheteur a acheté une chose en vue de la constituer en gage à un

créancier. Postérieurement, l'acheteur apprend que la chose appartient à autrui, il ne peut la constituer en gage sans commettre le délit de stellionat. Donc, avant toute éviction, il subit un préjudice et a un intérêt qui lui permet d'intenter l'actio ex empto. On voit l'étendue que la notion de bonne foi donne à l'obligation du vendeur de transférer la véritable possession de la chose. S'il est propriétaire, la tradition, en vertu d'une juste cause, transfère la propriété. S'il n'est pas propriétaire, mais s'il est de bonne foi, dans ce cas un recours n'est possible qu'après éviction. Si le vendeur est de mauvaise foi et que l'acheteur ignore que la chose n'était pas à lui, l'acheteur pourra avant toute éviction, intenter l'actio empti sur le fondement que le vendeur a manqué à son obligation de s'abstenir de dol et réclamer des dommages intérêts égaux au préjudice que lui cause le fait de n'avoir pas acquis la propriété.

Le dol incident joue également un rôle dans la conclusion du contrat en ce sens que le débiteur doit fournir à l'autre partie toutes les prestations dues à raison des dicta et promissa, car la bonne foi l'oblige à faire les prestations qu'il a promises.

Responsabilité
du vendeur à
raison de ses
dicta et promissa.

C'est surtout à propos de la vente que les textes sont intéressants, parce qu'ils nous mettent en présence des réalités concrètes de la vie romaine. Le vendeur peut faire une réclame légitime, une commendatio, sans engager sa responsabilité. Mais s'il va trop loin et s'il affirme certaines qualités précises de la chose, sa responsabilité sera engagée. En ce sens, on peut citer au D. 18,1, loi 43, pr. ce qui est dit pour faire valoir les choses vendues, s'il concerne des faits nettement apparents, tout cela n'oblige pas le vendeur, par exemple, si le vendeur a dit que l'esclave est bien fait ou la maison bien construite. Mais s'il a dit que l'esclave est cultivé ou artiste, il est tenu de livrer l'esclave ayant ces qualités, car c'est à raison de ces qualités que l'acheteur a acheté.

1°- Il y a certaines promesses qui n'obligent pas le vendeur, si la chose est tellement évidente que l'acheteur n'a pu l'ignorer. Par exemple, si quelqu'un a acheté un esclave dont les yeux sont crevés et a stipulé la prestation d'un esclave qui soit sain, car il est évident que le vendeur n'a promis que les autres qualités corporelles.

2°- Le vendeur doit faire en sorte qu'il soit exempt du dol, non seulement de celui qui parle obscurément dans le but de tromper autrui, mais aussi de

celui qui dissimule de manière obscure. De même encore le vendeur est obligé à raison des vices connus de lui, qu'il ne déclare pas et notez que cette portée de la bonne foi dans l'obligation est très ancienne, est antérieure à l'Edit des Ediles curules, qui impose la déclaration des vices cachés. Ici, la responsabilité du vendeur est engagée s'il n'a pas bien connu sa chose. L'obligation de déclarer les vices connus est une obligation que Cicéron dégage déjà à propos de la vente d'un immeuble ; en cas de vente d'immeuble, le vendeur est responsable s'il n'a pas fait connaître à l'acheteur certains vices graves connus de lui.

Tout cela se rattache au dol qui accompagne la conclusion du contrat. Abordons maintenant le rôle de la bonne foi dans la détermination de l'étendue des obligations du débiteur, dans le negotium. Ceci se réfère à l'exécution du negotium. L'exécution du negotium devient impossible, en tout ou en partie à raison d'un événement qui n'est ni un cas fortuit, ni retard coupable du débiteur et qui ne peut être que le dol ou la faute du débiteur.

Inexécution totale ou partielle par suite
du dol du débiteur.

responsabili-
té du débiteur
et l'inexécu-
tion totale
ou partielle
résultant de
son dol. Im-
possibilité
pour lui de
s'exonérer
par une clau-
se spéciale.

Celui-ci en répond dans tous les cas quand il s'agit d'un negotium de bonne foi. C'est très net, le dol étant contraire à la bonne foi, si le débiteur dans l'intention de nuire au créancier, a accompli un acte ou s'est rendu coupable d'une abstention qui rend l'exécution totalement ou partiellement impossible, il en répond. Bien plus, et c'est la seconde idée qu'il faut dégager, le débiteur ne peut pas se soustraire à cette responsabilité par un pacte à raison duquel il conviendrait avec l'autre partie qu'il ne répondra pas du dol. Le pacte par lequel un débiteur se déchargerait de la responsabilité du dol est considéré comme contraire à la bonne foi et les différents textes disent même comme contraire aux bonnes moeurs. Il y a lieu de considérer que ce pacte serait nul, qu'il soit adjoint à un contrat de droit strict ou à un contrat de bonne foi. Seulement, on ne conçoit guère pratiquement ce pacte que dans un contrat de bonne foi ou à l'occasion d'un contrat de bonne foi, car c'est uniquement dans les negotia bonae fidei que le débiteur répond toujours de son dol. Il n'en a pas été de même pour les actions de droit strict : la raison d'être de la clausula doli est précisément d'imposer au débiteur, d'une manière certaine, la responsabilité du dol commis dans la conclusion de l'acte ou même dans son exécution si on a visé le dol futur. Toutefois ici, même en l'absence de clausula doli, l'interprétation de l'obligation et notamment l'interprétation des termes de la formule soit dare oportere, soit dare facere oportere, a permis au juge de tenir compte du fait du débiteur qui a fait obstacle à la datio par une culpa in committendo, soit au facere dans les actions de droit strict incertaines par une faute de commission ou même d'omission, que ces fautes impliquent ou non intention de nuire. C'est en fait à l'occasion des negotia bonae fidei que se rencontraient ces pactes de non responsabilité du dol à propos desquels le droit romain a posé la règle que la convention par laquelle le débiteur qui déclare se libérer par son dol est nulle comme contraire aux bonnes moeurs (D. 50, 17.23 - D. 13, 6, 17. pr. commodat : in commodato haec pactio, ne dolus praestetur, rata non est :

dans le commodat, ce pacte en vertu duquel aucune prestation de dol ne sera due, est nul. 16,3,1,17 dépôt ; on n'approuvera pas ce pacte excluant la responsabilité à raison du dol, car ce pacte est contraire à la bonne foi et aux bonnes mœurs, et ne peut valoir. D. 19,6,9 - Vente - D. 2,14,27,3 : pactes on ne peut pas, par un pacte, faire que le débiteur soit libéré de s'abstenir de dol : illud nulla par effici potest, ne dolus praestetur.

Donc, il n'y a aucune difficulté quant au dans l'exécution d'une obligation, le dol est contraire à la bonne foi, le débiteur en répond et ne peut libérer de cette responsabilité par une clause contraire du contrat.

Mais quel va être dans l'exécution du contrat le rôle de la culpa ?

On sait que l'opposition entre les *judicia stricti juris* et les *judicia bonae fidei*, n'est pas aussi accusée qu'on serait tenté parfois de le croire, surtout quand on se borne à un exposé sommaire des intérêts pratiques de la distinction. Ici, deux observations se présentent. L'une résulte de l'exposé très sommaire antérieurement présenté du rôle de la culpa dans les *judicia stricti juris*. Dans ceux-ci, le juge a trouvé dans l'interprétation des termes mêmes de la formule, le pouvoir de prendre en considération la culpa par laquelle le débiteur a fait obstacle à l'adatio ou au facere qu'il est tenu de fournir. D'autre part, si on prend la matière des *legs* et des *fideicommissa*, on voit que l'héritier débiteur du *legs*, le bénéficiaire d'une libéralité testamentaire, celui qui recueille le bénéfice de l'hérédité et doit exécuter les *fideicommissa* sont, au point de vue de la responsabilité, traités comme des débiteurs d'une obligation de bonne foi. Cependant, l'obligation de l'héritier débiteur d'un *legs* est sanctionnée par une action de droit strict incertaine, l'*actio ex testamento*, preuve que dans l'interprétation de la formule, le juge a toute une liberté suffisante pour tenir compte de la culpa du débiteur. Notamment, dans la matière du *legs* où s'impose une interprétation libérale, le juge aboutit à des solutions analogues à celle consacrée pour les *negotia bonae fidei*.

La culpa dans l'exécution du contrat - Dans quelle mesure le juge était arrivé, par interprétation de la formule, à en tenir compte dans les *Judicia stricti juris*.

Le rôle de la culpa dans les negotia bonae fidei.

Quant au rôle de la culpa dans les negotia bonae fidei, il donne lieu à d'importantes controverses (voir bibliographie dans Girard, 8ème édition, Ed. F. Senn. 692 n° 8. Add. Edit. des Inst. de Droit romain de Wenger § 64. Remarque 6 et article de la Pauly Wissowa V° Societas - Col. 777)

Les difficultés que soulève ce problème sont multiples.

Difficulté
liée à l'im-
précision de
la terminolo-
gie.

D'abord, à raison des imprécisions de la terminologie des textes. Cette terminologie est faite parfois d'un point de vue négatif, lorsque les jurisconsultes parlent de culpa, de culpa lata, levis, levissima, de faute d'une gravité plus ou moins grande. Ou bien les jurisconsultes font usage d'une notion positive, diligentia (soins) custodia. La tâche est souvent délicate de différencier et de coordonner la portée de ces termes. Par ex., au D. 13,6,5,15, le jurisconsulte dit que le débiteur répond de sa culpa et aussi de la diligentia et de la custodia. L'hypothèse envisagée est celle d'un véhicule prêté à plusieurs personnes. Le texte se termine par ces mots : sed esse verius ait et dolum et culpam et diligentiam et custodiam in totum me praestare debere, mais il est plus vrai de dire que je suis tenu pour le tout à raison du dol, de la faute, de la diligence et de la fraude.

Dans d'autres textes, diligentia s'oppose à culpa.

Dès lors, quel est le lien qui peut exister entre ces différentes notions ?

la culpa par
opposition au
dol.

La culpa est dans tous les textes opposée au dol. C'est l'acte ou l'abstention du débiteur, qui ne renferme de la part de celui-ci aucune intention de nuire, mais qui implique de sa part une inadvertance, une imprévoyance, une négligence, donc une faute quelconque à raison de laquelle l'inexécution totale ou partielle lui est imputable. Alors, cette culpa peut être plus ou moins grave.

la culpa la-
ta.

Les textes distinguent à cet égard la culpa lata, la faute lourde, c'est-à-dire si on prend la définition de certains textes : D. 50,16,213,2 et 223 pr. lata culpa est nimia negligentia, id est non intelligere quod omnes intelligunt : la faute lourde est celle qui implique une négligence grossière qui consiste à ne pas comprendre ce que tout le monde comprend.

La culpa le-
vis in abs-
tracto ou in
concreto.

Latae culpa finis est non intelligere id quod omnes intellegunt : la mesure de la culpa lata consiste à ne pas comprendre ce que tous comprennent. D. 16 : 32 : la culpa latior est celle qui consiste à ne rem avoir ce minimum de diligence que réclame la nature humaine. C'est ce que les interprètes traduisent : la faute lourde est celle que ne commettrait pas l'administrateur le moins diligent.

Les textes parlent ensuite de la faute légère que nous distinguons en faute légère in abstracto que n'eut pas commise un administrateur diligent, le bonu paterfamilias et la faute légère in concreto qu'un administrateur donné n'aurait pas commise dans la ges tion de ses propres affaires.

La notion de culpa levissima ne paraît pas a- voir de portée juridique propre : c'est la faute très légère, et il semble bien qu'il s'agit pratiquem^t de la culpa levis interprétée de façon très libérale pour le débiteur.

La custodia ;
double sens
du terme.

La portée des mots diligentia et custodia (1) nous paraît être la suivante.

Le mot custodia est pris dans un double sens. Au sens large, il équivaut à diligentia, soins, que le débiteur d'un corps certain doit apporter à la gar de de la chose ; au sens restreint, ce terme signifie que le débiteur est tenu d'apporter à la garde de la chose une sollicitude telle qu'il la protège contre les pertes et détériorations provenant des cas fortui autres que les cas de force majeure. Donc ici, le dé biteur ne sera pas tenu des pertes et détériorations provenant de faits auxquels il n'a pu se soustraire. Par contre, il doit protéger la chose contre le vol ou les destructions, tantôt en vertu d'une clause de l'acte juridique, tantôt en vertu d'une prescription du droit positif.

Le débiteur répond de la custodia en vertu d' ne règle du droit positif dans les cas suivants : re- ceptum nautarum, cauponum et stabulariorum. Location d'un magasin pour l'entrepôt de marchandises, locatio operis faciendi, de celui qui reçoit une matière pre mière pour y faire des travaux d'adaptation sans créa tion d'une nova species (par ex., tailleur qui reçoit l'étoffe pour faire un vêtement). Mais celui qui req de l'or pour faire un bijou crée une nova species et ne répond pas de sa custodia.

Dans le commodat, la custodia est parfois due sans convention spéciale. Elle peut être due, en ver-

(1) Sur la custodia, Cf. Paris, professeur à la Faculté de Rennes.

tu d'une convention spéciale, dans tous les contrats où cette custodia n'est pas imposée de plein droit par une règle du droit positif.

gentia
opposition
culpa.

La diligentia est parfois opposée à culpa. Alors, difficulté de déterminer l'opposition des deux termes. Il ne semble pas qu'il y ait dans les textes redondance. Il s'agit de textes techniques de jurisconsultes et il semble alors que culpa embrasse ici toute faute autre que le manquement à l'obligation de soins qu'impose l'exécution de l'obligation comme le dommage causé à la chose due par un acte accompli sans précaution ou par inadvertance. Le manquement à la diligentia consiste à n'avoir pas donné à la chose les soins positifs qu'exigeait la conservation de celle-ci. Cette distinction ne semble pas avoir été maintenue par les jurisconsultes et des textes font rentrer le manquement à la diligentia dans la culpa. D. 18,1, 68, pr. Proculus (à propos de la vente) : j'estime que vous êtes tenu non seulement de prêter la bona fides, mais aussi la diligentia, c'est-à-dire que non seulement vous devez vous abstenir de dol, mais aussi de faute. Culpa forme antithèse à diligentia, comme dolus à bona fides ; les deux groupes de termes expriment la même idée l'un sous une forme positive et l'autre sous une forme négative.

responsabilité
tout dé-
teur à rai-
n de son dol.
assimilation
la culpa
ta au dol
ce-t-elle
l'époque
classique ?

Ces observations faites sur la terminologie des textes, examinons les solutions données par les jurisconsultes au problème de la culpa. Ici, le problème se présente de la manière suivante : tous les débiteurs sont tenus à raison de leur dol. En outre, si nous prenons les textes des compilations de Justinien, tous les débiteurs à raison d'un negotium bonae fidei répondent de la culpa lata que les textes assimilent au dol. Mais ici, controverse. Certains des textes qui mentionnent cette équivalence paraissent bien avoir été remaniés. En conséquence, certains interprètes inclinent à considérer que cette distinction de la culpa lata des autres culpae et son assimilation au dol quant à l'efficacité, sont l'oeuvre d'interprètes. On doit considérer que cette manière de voir contient une exagération car certains textes classiques, dans leur rédaction, impliquent que la différenciation de la culpa lata et son rapprochement avec le dol sont déjà envisagés par certains jurisconsultes. D. 30,47,5 à propos de la responsabilité de l'héritier dans l'exécutio du legs : Est-ce une faute qui paraît proche du dol ou est-ce une faute légère ? Un autre texte (D. 16,3,32), rattache la même distinction à une opposition entre Nerva et Proculus et, bien que le texte soit interpolé le début indique que déjà les jurisconsultes du Ier

siècle avaient envisagé la possibilité d'une différenciation. Il paraît donc exagéré de soutenir que l'opération et l'assimilation de la culpa lata au dol soient l'oeuvre de Justinien. La différenciation n'est certainement plus haut.

Culpa levis

Répartition
des débiteurs
suivant qu'ils
répondent seu-
lement de leur
dol ou en ou-
tre de leur
culpa levis.

Donc, au moins sous Justinien, tout débiteur répond de sa culpa lata. Mais tous ne répondent pas de la culpa levis. A cet égard, les textes contiennent la mise en oeuvre d'une idée qui aurait servi très généralement à déterminer l'étendue de la responsabilité du débiteur : si l'opération a été faite dans le seul intérêt du créancier, le débiteur ne répond que de son dol. Exemple : dépôt d'une chose ; le dépôt est essentiellement gratuit, le dépositaire ne répond que de son dol. Dans le commodat, il y a eu hésitation, mais c'est un contrat dans l'intérêt exclusif du commodataire, si donc la chose prêtée cause à celui-ci un dommage, le commodant n'est tenu de le réparer que si le dommage provient de son dol. Par exemple, s'il a prêté à un vigneron des fûts qui avaient un mauvais goût ou des fissures. Il semble qu'on ait admis que la responsabilité du commodant n'existait que jusqu'à concurrence de la valeur des choses prêtées, mais un texte dit que s'il y a dol de sa part, il doit la valeur intégrale des marchandises. Si le negotium a été fait dans l'intérêt des deux parties, les deux parties répondent de la culpa levis ; en principe de la culpa levis appréciée d'après la diligence habituelle d'un bon administrateur, culpa levis in abstracto et exceptionnellement, dans quelques cas, la responsabilité du débiteur est limitée à la culpa levis in concreto, c'est-à-dire à la responsabilité pour la faute que ce débiteur n'eut pas commise dans la gestion de ses propres affaires. Cette limitation se rencontrerait dans les cas suivants : le mari tenu de restituer la dot ne répond que de sa culpa levis in concreto, parce que la dot a été constituée pour l'aider à supporter les charges du mariage ; il en est devenu propriétaire et ne doit pas une diligence supérieure à celle dont il fait preuve dans ses propres affaires. De même, pour le sociétaire dans le contrat de société, parce qu'il s'agit de la gestion de chose commune à tous. De même pour le copropriétaire par indivis : cohéritier (actio familiae erciscundae) ou coindivisaire (actio communi dividundae) enfin, même pour le tuteur qui ne répondrait que dans la mesure de sa culpa levis in concreto.

Ces solutions des textes donnent lieu à deux questions : d'abord, que vaut l'idée directrice qui déterminait l'étendue de la responsabilité ?

L'autre question a trait à la culpa levis in concreto ; il est certain que la limitation de l'ob-

La culpa levis
in concreto est-
Source : BIU Cujas

11. une no-
ign. classi-
ca

gation du tuteur à la responsabilité pour culpa levis in concreto résulte d'une interpolation de Justinien. La preuve est fournie par ce fait qu'il y a dans les compilations des textes qui ont échappé aux remaniements des commissaires et qui prouvent que le tuteur est responsable en droit classique pour toute culpa levis (Cf. D. 27,3,1,pr. pour la responsabilité de la culpa levis in concreto, texte dont l'interpolation est prouvée par D. 26,7,10 ; et 33.- 47,2,54,3).

Partant de là, des romanistes se sont efforcés de prouver que dans les autres cas, la mention de la culpa in concreto prouvait une interpolation. La preuve n'est pas décisive dans les autres hypothèses.

dement de
différen-
ation entre
responsa-
bilité pour

Que vaut l'idée dominante de la différenciation de responsabilité pour culpa ou pour dol seulement suivant que le negotium est dans l'intérêt commun des deux parties ou dans l'intérêt exclusif de l'une d'elles ?

seulement
pour culpa
on l'inté-
des par-
s. Colla-
L.R. et M.
,Modestin.

Les textes purs qui nous sont parvenus en dehors des compilations de Justinien, ne distinguent pas la culpa lata et la culpa levis, la culpa levis in abstracto et la culpa levis in concreto, mais ils attestent que la pensée de mesurer la responsabilité du débiteur d'après son intérêt dans l'exécution du negotium est classique.

C'est par la traduction de ces textes que nous terminerons.

Le texte fondamental se trouve dans la Collatio Legum Romanarum et Mosaeicarum, compilation du Bas-Empire, mais qui conserve des textes qui n'ont pas été interpolés. Dans cette Collatio T. X § 2, on a une série de textes intéressants.

§ 1 Modestin L. II Diff. au titre du dépôt et du commodat.

Commodati iudicio conventus et culpam praestare cogitur : qui vero depositi convenitur, de dolo, non etiam de culpa condemnandus est. Commodati enim contracto, quia utriusque contrahentis utilitas intervenit, utrumque praestatur : in depositi vero causa sola deponentis utilitas vertitur et ibi dolus tantum praestatur.

Celui qui est poursuivi par l'action de commodat est contraint de répondre également à raison de la faute. Mais celui qui est poursuivi par l'action de dépôt est condamné à raison du dol, mais non pas également à raison de la faute. En effet, dans le contrat de commodat parce que l'idée d'utilité de chacun des contractants y intervient, l'une et l'autre choses sont dues ; mais au cas de dépôt, seule l'utilité du déposant

est prise en considération, et seule l'absence de dol est due.

On voit donc l'idée maîtresse que nous indiquions tout à l'heure.

Sed in ceteris quoque partibus juris ista regula custoditur ; sic enim et in fiduciae iudicium et in actionem rei uxoriae dolus et culpa deducitur quia utriusque contrahentis utilitas intervenit. In mandati vero iudicium dolus, non etiam culpa deducitur. Quamvis singulariter denotare liceat in tutelae iudicium utrumque deduci, cum solius pupilli, non etiam tutoris utilitas in administratione versetur.

§ 2 - Mais cette règle est également observée dans d'autres parties de droit. Ainsi, dans l'action de fiducie et dans l'action rei uxoriae, le dol et la culpa sont envisagés ; parce qu'ici l'opération est faite dans l'intérêt de chacune des parties contractantes.

§ 3 - Mais dans le mandat seul le dol et non pas la faute est déduite. Quoi qu'il soit permis de noter comme règle singulière que dans le iudicium tutelae, le dol et la faute sont déduits alors que seul l'intérêt du pupille et non celui du tuteur, est compris dans l'administration.

En réalité, on tient compte ici du fait que l'opération a été faite dans l'intérêt exclusif d'une des parties, auquel cas le débiteur n'est tenu que de son dol, ou dans l'intérêt des deux, auquel cas dol et faute sont dus. Donc, pas de distinction entre culpa lata ou culpa levis, entre culpa in abstracto ou in concreto, distinction seulement de dol et faute.

D'autres textes se rapportent à des nova negotia ou contrats innomés, par exemple quand on remet une chose pour la faire expertiser, les juriconsultes font déjà certaines différenciations.

L'idée de distinguer l'étendue de la responsabilité selon l'intérêt des parties est bien une idée classique. Gaius III. 206, le prouve. Dans le § 205, Gaius s'occupe du cas où des vêtements ont été remis à un foulon ou à un raccommodeur. Ces personnes, qui ont reçu ces choses avec obligation de les rendre après le travail, sont tenues de la custodia. Gaius semble dire qu'on doit appliquer la même règle au commodataire.

Quae de fullone aut sarcinatorum diximus, eadem

Nous disons qu'il y a lieu de transférer au commodaire

Caractère classique de cette distinction.
Gaius III.
206

LISTE DES TEXTES POUR L'EXAMEN.

-:-:-:-:-

D. 4,3,1, pr.
45,1,22,38,13,53.
46.5,11
46.7,6,19
4,3,7,3
45,1,23,91,122,2.
4,8,31.
46,6,11.
48,5,3
Gaius 4,63
D.13,6,3,2.
4,3,7,pr.
19,1,11,3 et 5.
19,1,11,2
19,1,30,1

-:-:-:-:-

Cours terminé d'imprimer le 14 mai 1934..