

45859  
RÉPÉTITIONS ÉCRITES  
Pour la Préparation de tous les  
EXAMENS DE DROIT

1936-1937

282

DIPLOME D'ÉTUDES SUPERIEURES  
Droit Romain-Histoire du Droit

REPETITIONS ECRITES

DE

Pandectes

rédigées d'après le Cours et sous le contrôle

de

M. PAUL COLLINET

Professeur à la Faculté de Droit de Paris



060 052905 1



011  
17

" LES COURS DE DROIT "  
RÉPÉTITIONS ÉCRITES & ORALES  
RÉSUMES — PRÉPARATION A L'EXAMEN ÉCRIT

3, Place de la Sorbonne (au premier)  
— PARIS —



TEXTES SUR LA BONNE FOI DANS  
LES CONTRATS

---

AVANT - PROPOS

§ 1 - La Méthode du Cours de Pandectes

M. Collinet, qui a professé plusieurs années le Cours de Pandectes, avait l'habitude de faire précéder ce cours d'un assez long Avant-Propos où il exposait: 1<sup>o</sup> - L'Utilité du Cours de Pandectes; 2<sup>o</sup> - La Méthode à suivre dans ce cours. Maintenant que le nombre de leçons est réduit à la moitié de ce qu'il était jadis la réduction de cet Avant-Propos s'impose; elle est possible sans nocivité attendu que M. Collinet a publié récemment un article qui en contient la substance et qu'il prie les élèves de lire: "L'Intérêt permanent du Cours de Pandectes" (Annales de l'Université de Paris, 1935, p. 511 - 524). L'Apologie pour les Pandectes - ainsi qu'on pourrait appeler cet article - était dirigée contre la suppression de cet enseignement en Allemagne et en Autriche; elle contribuera, espérons-le, à faciliter au Gouvernement français son rétablissement indispensable sous le titre d'une Chaire magistrale si malheureusement supprimée par les Décrets-Lois d'économie. Ce rétablissement s'impose d'autant plus que, contrairement à ce qu'on croit d'ordinaire, le Cours de Pandectes n'est pas seulement un Cours d'érudition utile et même nécessaire aux étudiants en Droit romain, mais qu'il présente aussi un intérêt pratique, pour la formation de tous les juristes. C'est un fait qu'ont reconnu tant certains anciens auditeurs du Cours, devenus des "praticiens" ou des diplomates (cf. article cité p. 523-524) que des maîtres éminents, tels que M. François Gény.

M. Collinet, cette année, se bornera donc à rappeler les caractères de la méthode qu'il entend suivre: méthode composite, à la fois exégétique (sans être dogmatique) et historique suivant laquelle seront traités les textes choisis, puisque la matière du Cours est faite de l'explication et de l'interprétation de textes, pris au Digeste (Pandectes) ou ailleurs. Pour ces opérations, décrites sans l'article cité, la dominante actuelle est la "critique" s'incarnant, comme on sait, dans la recherche des interpolations; la chasse aux interpolations est actuellement le sport favori de beaucoup de romanistes. Le professeur, qui n'est pas un "extrémiste" "not an extremit", suivant l'éloge de M. W.W. Buckland, ne voudra pas dans le cours, révolutionner le Droit romain, par l'hypercritique ou l'extrémisme (MM. G.V. Besäler et en partie, Em. Albertario, exagèrent). Le jeu est facile qui consiste à déclarer byzantines quantité de solutions ou d'institutions romaines sur la base de critères verbaux souvent plus ou moins démontrés et contre lesquels la réaction s'est déjà produite (1). Le professeur usera de la critique, sa en abuser. Il appelle, en particulier, l'attention des élèves (des candidats à l'Agrégation, en première ligne) sur le fait que bien des textes suspectés sont des textes classiques dans le fond, mais récrits, rajeunis à l'époque postclassique (S. Riccobono) (2).

M. Collinet appelle aussi leur attention sur la nécessité pour le savant d'avoir une "doctrine" dont il a essayé d'indiquer les directives dans son Cours antérieur de Pandectes (Année 1933-1934, p. 15-20). directives qu'il va répéter cette année, en faisant observer ceci. Si la nécessité d'une doctrine vaut surtout pour l'étude de l'histoire du Droit romain - c'est-à-dire dans les Cours Généraux de Licence ou dans le Cours de droit romain approfondi - elle vaut également pour l'étude spéciale de textes (constitua l'objet même du Cours de Pandectes), à titre, peut-être, de "substratum", d'"infrastructure" soutenant tout le commentaire des textes choisis, sans être développée entièrement, faute de temps.

(1) Cf. W.W. Buckland Yale Law Journal, 1924, vol. 33 N° 4; B. Kübler, dans les Conferenze de Milan, 1931

(2) Lire à ce propos les articles de M. Collinet dans la Rev. Hist. de Droit 1928, p. 551 - 583, 1929 p. 5-35 (Le rôle de la Doctrine et de la Pratique au Bas-Empire) (avec tirage à part).

Voici, selon M. Collinet, quelques principes fondamentaux de la doctrine qu'il préconise, sans que cette doctrine en revienne au dogmatisme des Pandectistes, on va s'en rendre compte:

I°.- 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)

On doit 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 l'Histoire, des évolutions et des révolutions.

Et la première règle de conduite se formulera ainsi: "Quand une institution nouvelle se présente avec des caractères juridiques diamétralement opposés aux caractères juridiques de l'institution antérieure,

(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.

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 une 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 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 (4), politique de Rome ou du monde romain (5)

(1) Un exemple très caractéristique, mais encore discuté, se rencontre dans l'histoire de la vente romaine. Le système de M. Collinet exposé depuis son Cour de IIème année (1927-1928); la vente consensuelle synallagmatique, et de bonne foi ne peut être une transformation de la vente par double stipulation qui aurait été formalité, composée de deux actes unilatéraux et de droits strict. Pas davantage une évolution de la mancipation (Meylan). Pour la Procédure V. 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. Colline, Et. Hist. sur le Droit de Justinien (t. 1.1912).

(4) Tels les contrats consensuels.

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

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.) servira à expliquer bien des choses. C'est la 3me 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 (1) - 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 (2) - 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.

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 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 "Règnes", des régressions parfaits (3)

4°.- Dans l'histoire des institutions, il convient de ne pas négliger la manière dont s'est opérée

(1) Telle l'histoire des condictiones et de l'enrichissement sans cause d'après Pernice et Girard. Réfutation au cours de II<sup>me</sup> année et au cours de Pandectes (1929-1930).

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

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

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'œuvre 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 juriconsultes (dont le rôle immense selon M. Collinet, est pas encore mis assez en lumière).

La 4ème directive résidera donc dans la fixation de leurs rôles respectifs. Spécialement, dans 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 (1).

Cette suggestion de M. Collinet vient de recevoir une confirmation très importante de M. Biendi Prospettive romanistica, Milan 1933, qui veut orienter les recherches historiques en Droit romain sur la base de distinctions entre le droit civil (qui est surtout l'œuvre des Prudents), le Droit préto-rien, 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) dissecier l'une de l'autre des institutions qui se sont pénétrées dans la suite des temps (méthodes de M. F. de Visscher (2);

b) éviter les anticipations, soit du Droit clas-  
sique au droit primitif (3) soit du Droit byzantin  
au droit classique (c'est le but de la recherche des interpolations;

c) rendre leurs places aux institutions anciennes disparues en Droit byzantin (autre but de la re-  
cherche des interpolations) (4)

Mais a contrario, on doit admettre une certaine continuité dans l'histoire du Droit Romain (5)

(1) Voir l'article de M. Collinet dans les Mélanges Geny (1934) et dans "Capitolium" (1936) (texte rectifié)

(2) V. Ses études de Droit Romain, Paris 1931.

(3) Ainsi pour la mancipation primitive sans effet translatif (F. de Visscher, R.H.D. 1933 N° 4).

(4) Le plus bel exemple est la re-découverte de la fiducie par O. Lenel.

(5) Sans aller jusqu'aux excès de M. Riccobono, dénoncés, en particulier par M. P. de Francisco (conférence de Milan 1931).

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 (1).

Revenons au Cours même. Du point de vue pédagogique, M. Collinet déclare: 1°) qu'il signalera les textes examinés par lui plus à fond et qui seront ceux dont la traduction et l'explication feront l'objet de l'interrogation à l'examen - examen facultatif, d'ailleurs, pour les élèves préparant le diplôme de Droit Romain et d'Histoire du Droit; 2°) qu'il dictera les textes et leur traduction, aussi littérale que possible sans nuire pourtant à la clarté; en sorte que ce Cours conviendra même aux étudiants "sans Latin".

Prendre ainsi - c'est le but du cours - le Droit Romain par le détail, c'est, juge M. Collinet, combler une lacune des cours de licence, par force généraux; c'est montrer comme se fait la science, plus complètement que dans les Conférences; c'est préparer les élèves à la faire eux-mêmes, dans leurs thèses ou dans leur enseignement, quand ils deviendront, à leur tour, agrégés; c'est, de plus, rendre service à tous, même aux futurs praticiens en examinant des "cas", des "espèces", qu'ils apprendront à disséquer de plus près, dans leurs fonctions.

Comme le professeur veut surtout étudier des textes, il ne cherchera pas à ordonner les leçons en forme; les élèves sont déjà assez avancés pour relier entre eux les éléments du cours présentés d'une façon éparsse.

### § 2 - L'Intérêt du sujet choisi.

Le sujet choisi est cette année: Textes sur la Bonne Foi dans les contrats. M. Collinet a jadis étudié la Bonne Foi dans la Possession (1923-24) et la Bonne Foi dans les obligations (1924-25) (mais en partie seulement); il a étudié l'Equité (1933-34) (2).

(1) Ainsi le mutuum étant chez les Anciens déjà un contrat fondé sur la fides (Gell. XX.I.41; Guq, 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, pré suppose 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.

(2) M. Collinet voulait cette année-là étudier la B.F. au 2<sup>d</sup> Semestre; elle l'a été par M. J. Duquesne, son successeur temporaire.

la notion de l'Equité est toute proche de la Bonne Foi, si proche même qu'on les confond assez souvent aujourd'hui (Cf. François Gorphe, *Le principe de la B.F.*, thèse Paris 1928) et que, suivant M. Fritz Pringsheim, qui en traite ensemble (*Aequitas und Bona Fides*, dans les "Conferenze" de Milan, 1931, p. 183-214), l'assimilation entre elles a été familière au Droit byzantin. Pour M. Collinet, il ne faut pas exagérer (V. Infrà).

Il n'en reste pas moins que le sujet choisi est du plus haut intérêt pour le romaniste comme pour le civiliste, même si le professeur ne le traite pas dans son entier, mais seulement sous la forme de textes choisis. - Pour le romaniste, l'intérêt est grand, parce que l'étude de la B.F. dans les contrats tient une place éminente dans l'histoire du Droit Romain; on verra, en faisant état de la méthode ci-dessus résumée, qu'elle s'harmonise dès ses origines au *jus gentium* et qu'elle se développe sous l'influence de la coutume, des prudents et des juges. Pour le romaniste et le civiliste, à la fois, parce qu'une telle étude complète bien les données des Cours généraux. Ceux-ci, comme les Manuels et à fortiori les Précis, négligent l'analyse des notions fondamentales du Droit, se bornant à en examiner les applications. M. Collinet considère que l'examen d'une notion telle que la B.F. offre en soi, un grand intérêt, comme la notion d'équité dont il la distingue, et cet intérêt est d'ordre moral. Certaines notions relèvent de l'ordre social (personnes, famille, successions); d'autres, de l'ordre économique (droits réels); d'autres, de l'ordre judiciaire (procédure, voies de droit). Equité et B.F. relèvent de l'ordre moral. Toutes deux ont pour but d'adoucir et d'élargir le Droit (qu'on peut appeler en gros "législatif"), par le moyen de la pénétration plus profonde de la Morale dans le Droit - plus profonde, car le Droit lui-même est déjà pénétré de Morale et ne se conçoit pas sans la Morale; selon M. Collinet, la définition du Droit d'après son but (conception téléologique) étant: "L'art ou la science qui entend assurer l'équilibre entre l'intérêt de l'homme et la Morale". Cette pénétration plus profonde de la Morale dans le Droit des obligations spécialement se manifeste, on le sait, par la renaissance de la B.F.

L'étudier en Droit romain, c'est réfuter l'imputation injuste d'Appleton (*Mélanges Cornil*, T.I.1926) que les romanistes ne se préoccupent pas assez des rapports de la Morale et du Droit; c'est rejoindre aussi l'éminent civiliste, M. G. Ripert, l'auteur de "La Règle morale dans les obligations civiles" (3ème éd., Paris, 1935).

## Chapitre Ier.

## FIDES et FIDES BONA.

Ce Chapitre 1er résumera les idées personnelles du professeur, exposées dans ses cours de Pandectes et son Cours de II<sup>e</sup> année, additionnées de quelques précisions.

I - Pour lui, il ne paraît pas niable que la notion de B.F. (bona fides ou fides bona) soit née dans les judicia B.F., qui apparaissent, suivant Girard, au VII<sup>e</sup> siècle de Rome, mais plutôt dès la fin du VI<sup>e</sup> siècle, pas avant la création de la procédure formulaire, en tout cas. Le 1er texte est la liste de ces actions donnée par Q. Mucius Scaevola, consul en 659/95 (d'après Cic., de Off., III, 17, 70), alors que la B.F. de la possession n'apparaît que chez les veteres (fin de la République (Paul, L. VIII ad Sab., Fr. Vat. 1). (Quant au rapport historique entre l'origine et la procédure formulaire et la Loi Aebutia, c'est un problème encore ouvert). Les formules des judicia B.F. ont pour intentio: "quidquid paret N<sup>m</sup> N<sup>m</sup> A<sup>m</sup>A<sup>m</sup> dare facere oportere ex fide bona".

Mais qui des magistrats délivra d'abord ces formules, ou plutôt mit d'abord son jussum judicandi aux formulées conques par les Prudents ? L'opinion courante considère que c'est le préteur urbain ; M. Collinet pense que c'est le préteur pérégrin, comme il l'a exprimé déjà (p. ex. Cours de II<sup>e</sup> Année) (Cf. R. Monier, Man., II, 1936, n° 108). Rejetant toutes les thèses émises sur l'origine des jud. B.F. (Cf. Pandectes, 1924-1925), il va rappeler ici et fortifier son argument principal relatif au sens même des termes Fides bona en parallèle au terme simple Fides ; plus précisément il va insister sur la portée de l'adj. bona (et, dans son enseignement, cela est nouveau).

Tout de suite, il rappellera que, selon lui, la Fides bona des jud. B.F. a été requise d'abord dans les rapports entre Romains et pérégrins, rapports du Droit International privé, du jus gentium, rapports commerciaux de vente, surtout, de louage et de société aussi (V. Cours de II<sup>e</sup> Année). Elle est née dans ces rapports

et s'est généralisée ensuite.

II. Il importe donc, à ses yeux, de relever, dans l'histoire de la fides, quatre étapes (dégagées ici pour la 1ère fois): A. la F. entre Romains; B. la F. entre Romains et périgrins; C. la F.B. entre Romains et Périgrins; D. puis entre tous les habitants du monde romain.

A. La F. entre Romains est bien connue. Elle a fait l'objet de travaux récents: M. Fraenkel, Thesaurus I.1. s.v. fides; Zur geschichte des Wortes Fides, dans Rhein-Museum t. LXXI (1916), p. 187 et s; R. Heinze dans "Hermes", t. LXIV (1929) p. 140-166; Fritz Schulz, Prinzipien des röm. Rechts, München, 1934, p. 151-161; G. von Beseler, dans les "Atti del Congresso internazionale di Diritto romano...Roma, vol. I, p. 155-167, Pavia, 1934; B. Hermeszoff, La Fides dans le Droit privé du Code de Justinien, dans les Actus congressus iuridici internationalis...vol. I, Romae, 1935, p. 160-172 (art. inférieur aux précédents). Mais ces auteurs ne traitent pas spécialement de la F.B.

M. Collinet ne commentera pas tous les textes montrant que la F. est une déesse, (on le verra bientôt) et qu'elle a son siège dans la main droite. Il renvoie au Dict. des antiqu. grecques et rom. et au Pauly-Wissowa. Il dit tout de suite que l'idée de B.F. n'est pas d'origine grecque (on verra même le contraire) car ~~καλη ημερα~~ ~~πρωτη~~ ~~315~~ est seulement une expression traduisant bona fides. D'autre part la déesse Fides n'est pas d'origine grecque; elle est purement romaine; elle correspond au génie romain, divinisant les vertus d'une façon autonome, tandis que le génie grec en faisait des attributs des dieux: ainsi les Grecs honorent Zeus ~~πιστις~~ ~~πιστος~~ "Jupiter protecteur de la foi jurée".

Les textes capitaux pour le juriste sont les suivants:

1° Cic. de Off. I, 7, 23:

Fundamentum autem est justitiae fides, id est dictorum conventorumque constantia et veritas. ~~Vetus~~

Mais le fondement de la justice est la foi, c'est-à-dire le respect et la sincérité des choses dites et convenues.

cf. de Cic. I, 10, 3: "Ad veritatem et fidem".

2° Cic. de Off. III, 31, III:

Nullum enim vinculum ad adstringendum fidem jurejurando majores auctius esse voluerunt, id indicant leges in XII tabu-

En effet qu'aucun lien pour enchaîner la foi ne soit plus étroit que le serment, les ancêtres l'ont voulu: cela, les lois l'indiquent dans les XII Tables; les (lois) sacrées l'indiquent les traités l'indiquent

litis; indicant sacratae; indicant foedera, qui-  
bus etiam cum hoste de-  
vincitur; indicant no-  
tiones animadversiones-  
que censorum, qui nulla  
de re diligentius quam  
de jure jurando judica-  
bant.

3<sup>e</sup> Cic. de Off. III, 29, 104:

... Sed in jure jurando  
non qui metus, sed  
quae vis est, debet  
intelligi; est enim  
jus jurandum adfir-  
matio religiosa; quod  
autem affirmate quasi  
deo teste promisio-  
nis, id tenendum est.  
Jam enim non ad iram  
deorum, quae nulla  
est, sed ad justitiam  
et ad fidem pertinet  
... Qui jus igitur ju-  
randum violat, is fi-  
dem violat, quam in  
Capitolio vicinam lo-  
vis optimi Maximi,  
ut in Catonis oratio-  
ne est, maiores nostri  
esse voluerunt.

En un mot, les vieux Romains ont établi un rap-  
port étroit entre la F. et le serment; (on le sait,  
on jure en étendant la main droite, siège de la Fides);  
le rapport a d'abord été religieux; puis il est de-  
venu laïc ou juridique, sanctionné à ce titre d'abord  
par les censeurs (à l'aide de la nota censoria ou de  
la déchéance des citoyens repoussés dans la classe  
des serarii; Cic. de Off.; I, 18, 40, puis par la jus-  
tice civile. Si la sponsio est vraiment, le passage  
des XII Tables de Cicéron la viserait; sa sanction an-  
cienne est la Judicis Postulatio selon Gaius, IV, 17a  
(P.S.I. 1182). Dans les traités de paix, intervient  
aussi la sponsio (Gaius, III, 94); mais la nature de  
la sponsio est encore discutée.

4<sup>e</sup> Sextus Cecilius, chez Aulu-Gelle, N.A. XXI, 4.  
N.B. Tout le chapitre sur les XII Tables est à lire.  
Hanc autem fidem maiores  
nostri non modo in offi-  
ciorum vicibus, sed in ne-

par lesquels on s'enchaîne  
même avec l'ennemi; l'indi-  
quent (enfin) les enquêtes  
et les blâmes des censeurs,  
qui ne jugeaient d'aucune  
chose plus scrupuleusement  
que du serment.

... Au reste dans le serment  
ce n'est pas la crainte  
(qu'il inspire) qu'il faut  
considérer, mais la force  
(qu'il a); le serment en  
effet est une affirmation  
religieuse; or, ce que tu  
aurais promis en l'affirmant  
comme si un dieu était té-  
moin, cela doit être tenu.  
Le serment en effet appar-  
tient, non à la colère des  
dieux, qui n'est rien, mais  
à la justice et à la foi.  
Qui donc viole son serment,  
celui-là viole la (déesse)  
foi que nos ancêtres ont  
voulu être au Capitole voi-  
sine de Jupiter Très Bon et  
Très Grand, comme il est  
(dit) dans un discours de  
Caton.

Mais cette foi nos ancê-  
tres l'ont sanctionnée non  
seulement dans l'ordre des

gotiorum quoque contrac-  
tibus sanxerunt maritime-  
que in pecuniae mutuati-  
ciae usu atque commer-  
cio.

devoirs, mais encore dans  
les conclusions des affai-  
res et surtout dans l'usage  
et dans le commerce de l'ar-  
gent emprunté.

La notion de F. s'étend aux negotiorum contrac-  
tibus (qui n'a pas encore le sens technique de "con-  
trats"). P. Collinet, dans Law Quarterly Review, 1932,  
P. 488-494) ce sont les rapports d'affaires, et sur-  
tout au mutuum (preuve que le mutuum n'est pas sanc-  
tionné par la condictio sur le fondement de l'enrichi-  
sement sans cause, mais est regardé comme un acte de  
crédit, donc contractuel).

Mais on remarquera - ceci est très important -  
que le terme F. n'apparaît pas dans le serment, ni  
dans la sponsio, ni dans les foedera, ni dans les rap-  
ports d'affaires et dans le mutuum. La F. leur est  
"sous-jacente", peut-on dire. M. Collinet considère  
qu'elle est encore malgré tout, chez les majores plus  
une notion religieuse (comme elle l'était à l'origine)  
qu'une notion juridique séculière.

Pour voir la F. se dégager, prendre son autonomie en s'exprimant par son nom, il faut se tourner d'un autre côté: envisager les relations entre Romain et périgrins, quitter le domaine du Droit national pour passer au domaine du droit international privé.

B. Le terme F. (qui n'est pas la F.B. notons-le) apparaît dans un certain nombre de stipulations, qui on va le voir sont toutes conclues entre périgrins ou entre périgrins et Romains, c'est-à-dire appartenant au domaine du droit international privé. En voici les exemples:

1<sup>e</sup> - Le plus ancien est la "fidepromissio, promes-  
se sous sa foi" forme de cautionnement à l'usage des  
périgrins, lesquels ne pouvaient prononcer le mot  
"spondeo" réservé aux citoyens (Gaius, III.93; où on  
notera que Gaius fait allusion à l'étymologie grecque  
de "spondeo" acceptée par les meilleurs auteurs; ex-  
ception pour le traité de paix, Gaius, III, 94). L'interrogation au périgrin caution se fera avec le mot  
"fidepromittis?". La réponse avec le mot "fidepromit-  
to". (Gaius, III.92) ou "idem fidepromittis?" (Gaius  
III, 116. Cf. III.120) ou "idem fide tua promittis"  
(Gaius, III, 112) quand un adstipulator interroge (sous-  
entendu un périgrin) ou réciproquement, dit Gaius.

L'entrée en jeu du mot "fide" pour appuyer l'engagement du périgrin est capitale; elle sera justifiée tout à l'heure.

Quant à la date de la fidepromissio, elle est  
certainement antérieure à la loi Apuleia, qui, d'après  
Girard (P. 812, N. 1) se place entre 513/241 e

la fin du VI<sup>e</sup> siècle, date de la loi Furia de sponsu. Elle est donc de peu postérieure à la création du préteur périgrin (512/242), ce qui n'est pas surprenant, puisque le préteur périgrin a été créé pour s'occuper des procès entre périgrins ou entre périgrins et citoyens et qu'à ce titre, il devait veiller à la sanction du rapport né de la fidepromissio.

2<sup>e</sup> - Le second exemple est la "fidejussio", mode de cautionnement plus récent, accessible aux citoyens comme aux périgrins. Les termes de la stipulatio sont connus par Gaius d'abord: "fidejubes fidejubeo" (III 92), "id fide tua esse jubes" (III, 116) "idem fidejubes ?" (III, 112) dans l'adstipulatio. "Jubere", c'est "consentir", consens-tu à ce que l'engagement principal soit placé sous ta foi ? Ces termes sont connus encore par l'un des triptyques de Transylvanie (Girard, Textes, p. 849), acte de vente et de mancipatio d'un petit esclave, la caution du vendeur promettant garantie des vices et de l'éviction, a été interrogé: f(ide) r(ogato) et l'acte porte: "id fide sua esse jussit".

La raison de la création de la fidejussio reste discutée; M. Collinet a émis sur ce point une idée personnelle qui la rattache au commerce international et au lamentable état social de la fin de la République, car la date de sa création antérieure à la loi Cornelia (entre 54 et 27 d'après M. Ernst Lévy) (1) tombe pendant cette période d'insécurité.

3<sup>e</sup> - Mais il ne faudrait pas croire que les stipulations contenant le mot "fide" soient limitées à celles qui ont pour but de faire naître un cautionnement. On les trouve aussi dans des engagements par stipulation principale, tels qu'ils sont révélés par des actes écrits de la pratique.

Dans les triptyques de Transylvanie constatant des ventes par mancipatio (Girard, Textes, p. 849, 852), la rédaction de la stipulation commune à la garantie des vices et à la garantie d'éviction se termine ainsi "f(ide) r(ogavit) (le stipulant), f(ide) p(romisit) (le promettant)".

Ce dernier est l'aliénateur lui-même. Or, ces actes de vente par mancipatio sont conclus entre périgrins ou entre Romains et périgrins (on le voit par les noms).

Voilà les preuves que le mot "fide" intervient en relation directe avec les engagements des périgrins. Comment expliquer la présence de ce mot dans les stipulations ?

(1) Cf. P. Collinet, La Garanzia solidale in diritto romano, dans les Memorie de l'Académie de Bologne (1930-1931).

Comment distinguer cette F. de la F.B. puisque la F.B. évolue aussi selon M. Collinet dans le droit international privé ? Pourquoi fide tout simplement et non fide bona ? M. Collinet émet l'hypothèse suivante, en application de la méthode de dissociation ou de relativité qu'il préconise. Pour lui les pérégrins qui emploient les formules avec fide ne sont pas les mêmes que ceux qui seront tenus d'observer la F.B. Les premiers habiteraient l'Italie (Cf. le fait que la loi Furia visant les sponsores et les fidepromissores a lieu seulement en Italie Gaius, III, 121); partant, ils seraient connus des Romains ou des pérégrins créanciers au profit de qui ils se portent cautions.

On exige d'eux cependant qu'ils engagent leur foi expressément, parce que ne pouvant utiliser la sponsio des citoyens qui comporte implicitement la F., ils doivent promettre explicitement d'observer la F. C'est l'effet de la loi d'équivalence, les débiteurs sont traités comme s'ils étaient des Romains. Et cette F. n'est pas qualifiée, parce qu'elle est identique à la F. qui doit régner entre Romains. On va voir que les pérégrins soumis à la F.B. sont d'essence bien différente. De plus, on verra que les premières formules d'actions avec la clause ex f.b. sanctionnent d'autres rapports que les formules de stipulation avec fide. Celles-ci visaient des cautionnements et des ventes par mancipatio, les rapports auxquels nous arrivons sont d'un autre ordre quoique relevant toujours - et exclusivement à l'origine - du droit international privé.

C. La F.B. apparaît, avons-nous dit, dans la clause ex F.B. des judicia B.F.; suivant M. Collinet ces judicia vraisemblablement ont été d'abord les actions sanctionnant les trois contrats synallagmatiques parfaits, vente, louage, société. Ces contrats consensuels étaient passés entre Romains et pérégrins, mais ces derniers ne sont plus les mêmes que ceux dont on a parlé; c'étaient des Grecs, surtout des commerçants qui venaient vendre aux Romains les marchandises de leur pays ou des pays d'Orient, ou prendre à bail d'un Romain des locaux d'habitation et des magasins, ou enfin s'associer avec des Romains. La notion de commerce international commande la réponse à la question capitale de savoir pourquoi l'épithète bona s'adjoint à F.

Selon M. Collinet la clause ex F.B. a pris place dans les formules d'actions, imaginées par les Prudents romains et adoptées par le préteur pérégrin, créé évidemment en faveur des Romains, ici afin de protéger les Romains contre leurs co-contractants étrangers parce que la réputation de ceux-ci n'était

pas excellente: les auteurs latins ne parlent-ils pas avec une nuance péjorative de la fides graeca de la fides punica, dont on doit se méfier et qui est en réalité, déloyauté, malhonnêteté, tandis que, pour eux et même pour les étrangers la F. Romana est toute loyauté, toute honnêteté (1).

Les Romains qui ont des procès avec les commerçants périgrins ont consulté les Frudents qui ont créé en leur faveur les formules avec ex F.B. et le préteur périgrin a entériné ces formules (par le jussum judicandi), à l'effet de faire condamner par le juge périgrin, d'ailleurs, puisque le juge est celui du tribunal du défendeur - le commerçant malhonnête. La clause ex F.B. suggère au juge périgrin qu'il ne devra pas décider d'après la F. telle que la conçoit son pays, mais d'après la F.R. c'est-à-dire d'après la norme éthique ou morale idéale qui prend pour base "l'honnêteté" (bonus signifie cela). En somme la F.B. de la clause ex F.B. s'oppose à la F. Graeca ou punica. L'épithète "bona" est l'antigraeca" ou l'anti punica c'est une épithète xénophobe, si l'on peut dire.

M. Collinet se sépare donc ici d'Ed. Cuq (Manuel p. 381) qui pense que la F.B. était "l'usage suivi à Rome par les bons citoyens" - cela est venu plus tard, 4ème phase et de M.F. Schulz (op. cit. P. 154), qui croit que F.B. est une expression tautologique", mais il ne peut insister parce que la discussion complète engage le problème entier de l'origine des judicia B.F. traité par lui au Cours de Pandectes 1924-1925. Il se bornera à dire que la clause "ex fide bona" est mise aussi par réciprocité dans les judicia B.F. où le Romain est défendeur contre l'étranger (a. venditi, a. locati, a. pro socio).

Pour fortifier son idée que la F.B. appartient essentiellement au domaine du droit international privé, il donnera de cette idée des preuves complémentaires.

(1) Les preuves de ces jugements, défavorables ou favorables sont connues: voir Fritz Schulz, Prinzipien p. 151-152 Adde: Tite Live, XLII, 47, "Haec romana esse, non versutiarum punicarum neque calliditatis Graecae, apud quos fallere hostem quam vi superare gloriosius fuerit; ces choses sont romaines, non des ruses puniques ni de la fourberie grecque, chez qui tromper l'ennemi a été plus glorieux que de l'emporter par la force"

1<sup>e</sup>) Cicéron, ad Attic, VI, chap. I. § 15 (704/50) (1) annonce à Atticus qu'il a reproduit dans son Edit pour la Cilicie dont il était proconsul les dispositions que M. Scaevola proconsul de la province d'Asie avait admises dans son Edit provincial en 654/100, parmi lesquelles était une exception fondée sur la F.B. Cette exception tendait aux mêmes fins que postérieurement l'"Edictum de de lo", de C. Aquilius Gallus (688/56); elle aboutissait à enlever (ou, du moins à paralyser - c'est le résultat de l'exception) toute efficacité aux opérations conclues conformément au droit local. De tels actes (syngrapha, chirographum) dans les provinces grecques étaient formalistes et correspondaient à la "stipulatio" romaine contre l'effet absolu de laquelle réagira plus tard l'édit d'Aquilius.

La clause édictale de Q.M. Scaevola permet d'user contre l'absolutisme des formes, d'une exception assise sur la B.F.

De Bibuli edicto nihil novi praeter illam exceptionem de qua tu ad me scripseras, nimis gravi praejudicio in ordinem nestrum.

Par rapport à l'Edit de Bibulus rien de nouveau si ce n'est cette exception, sur laquelle tu m'avais écrit (que ce serait) un préjugé trop peu honorable pour notre ordre (les chevaliers).

Ego tamen habeo iuris ius quod non tunc sed tectorem, ex Q. Muci P.F. edicto Asiatico "Extra quam si ita negotium gestum est, ut eo stari non oporteat ex fide bona, multaque sum secutus Scaevolae, in iis illud in quo sibi libertatem censent Graeci datam ut Graeci inter se disceptent suis legibus.

J'en ai mis néanmoins une de force pareille, mais, plus générale (tirée) de l'édit asiatique de Q. Mucius fils de Publius à Paris un acte a été conclu de telle sorte qu'il ne faille pas, d'après la bonne foi, s'y tenir, et j'ai adopté (en outre) beaucoup (de clauses) de Scevola, parmi lesquelles celle par laquelle les Grecs pensent que la liberté leur a été donnée (celle décidant) que les Grecs peuvent se juger entre eux selon leurs lois.

"Extra quam si" (en dehors du cas, où, excepté le cas où) annonce l'exception dans la postulatio de ce moyen de défense, adressée par le défendeur au magistrat (Cic.)

(1) Emilio Costa, Cicerone giureconsulto, nouv. édi. Bologne (1928), vol. I, p. 154, 163, 175.

de inv. 2,20,59,60. Costa op. cit. vol. II, p. 21,28). Cela équivaut au début de l'exception dans les formules: Si.....nihil, si.....non (Gaius, IV, 119). Ici le défendeur allègue que l'acte ne doit pas être maintenu, parce qu'il n'est pas conforme à la F.B.

Ce qu'il faut remarquer c'est que l'exception figure dans l'édit provincial de Q. M. Scaevola, qu'elle émane d'un proconsul donc, qu'elle existe dans l'ordre du Jus Gentium, puisqu'en province les rapports se forment entre pèlerins ou entre pèlerins et citoyens, établis dans la province pour y commercer.

Cette exceptio a été conçue par Q.M. Scaevola, lequel était un ardent protagoniste des actions avec clause ex F.B.; Q.M. Scaevola poursuit donc son idée. Il a déclaré, dit Cicéron, que la Summa vis, la plus grande puissance juridique, se rencontre dans la formule avec clause ex F.B., il est tout pénétré de cette notion de B.F. et de sa puissance. Comme président de province il applique cette idée dans son Edit en accordant l'exception fondée sur la F.B. qui aurait été inutile si l'exception de dol avait existé. Il est normal que cette exception fondée sur la B.F. soit postérieure aux actions avec clause ex F.B. connues du même Q.M. Scaevola.

Ne soyons pas choqués qu'il y ait un rapport entre la F.B. et un moyen honoraire; les cloisons entre notions juridiques sont moins étanches qu'on ne le pense d'ordinaire; mais ne généralisons pas et ne croyons pas pour cela que tous les rapports de B.F. ont été sanctionnés primitivement par des moyens pré-toriens.

2<sup>e</sup>-formules fictives d'Actio ex stipulatu données par le préteur pèlerin avec la clause ex F.B. (Loi Rubria).

2<sup>e</sup>) Cependant voici un cas du même ordre. La loi (Rubria) de Gallia Cisalpina rendue entre 705/49 et 712/42 (Girard textes 6<sup>e</sup> Ed. p. 72) contient (Ch.20) deux formules de l'action qui naît de la cautio damni infecti. Les formules seront délivrées d'après la Loi par les magistrats de la Gaule Cisalpine. Ces formules sont des formules d'actio ex stipulatu, puisque l'action qui naît de la cautio damni infecti, c'est l'action incertaine ex stipulatu. Ces formules s'appuient sur la stipulation elle-même, cautio damni infecti, qui est proposée dans l'album du Préteur pèlerin. Ce sont des formules fictives. Ces formules fictives dérivées de l'album du Préteur pèlerin, portent dans l'intentio les mots "dare facere oporteret ex F.B.", et étendent un rapport civil, le rapport stipulatoire. Donc, le dare facere oporteret est normal. Ce qui est extraordinaire, c'est que l'actio ex stipulatu comporte la clause ex F.B. On affirme toujours qu'il y a opposition absolue entre les actions de Droit strict, (parmi lesquelles se trouvent les condicione, et l'A. ex stipulatu) et les

actions de B.F. Cependant une action de Droit strict comporte, dans un texte absolument authentique, la clause *ex F.B.* C'est la preuve que nous nous trompons en créant des cadres trop étroits, en imaginant des actions de Droit strict rigides (le Droit classique n'a même pas connu leur nom générique que les Byzantins ont inventé). Les Romains étaient beaucoup plus larges et plus souples que nous ne le pensons. C'est ainsi que, à l'action *ex stipulatu*, action incertaine laissant déjà au juge quelque largeur d'appréciation, ils ont adjoint la clause *ex F.B.* Le magistrat ne se comporte pas comme dans l'action *ex stipulatu* ordinaire, il aura des pouvoirs beaucoup plus étendus, *ex F.B.*

Il est difficile de savoir pourquoi, dans cette Loi et ces formules, c'est le Fréteur pérégrin qui a proposé la stipulation dont dérivent ces actions (Girard, textes, p. 73). En tout cas, voilà un nouvel exemple des rapports entre la F.B. et les pérégrins.

3°) Une confirmation de notre hypothèse se trouve dans un autre ordre d'idées. Il existe, d'après les textes, des rapports certains, soit entre la Fides et la loi locale, soit entre la B.F. et la coutume locale.

a) Nous avons vu que la Fidepromissio avait été créée pour les pérégrins. Il n'empêche qu'elle est accessible aussi aux Romains. En principe (Gaius 3.120) l'obligation du fide promissor ne grève pas son héritier. Toutefois l'héritier du pérégrin fidepromissor (ce qui prouve que les Romains pouvaient aussi porter fidepromissiores) sera tenu si le droit de la cité l'admet. Cette loi, c'est la loi de l'origo, de son lieu de naissance souvent distinct du domicile. La fidepromissio passe contre l'héritier de ce pérégrin, si la loi pérégrine l'admet, par exemple la Loi grecque. Voilà une confirmation de l'idée que la fides existait surtout dans les rapports internationaux.

b) De même, pour fixer les intérêts dans les J.B.F. le juge doit tenir compte du mos regionis, des usages de la région, où a été passé le contrat. La coutume pérégrine a donc ici encore son influence. Peut-être M. Collinet reviendra-t-il sur le mos regionis.

c) Alex. Sev. (231) C.J. 4,65, de loc. 8:

Licet certis annuis  
quantitatibus fundum  
conduxisse, si tamen  
expressum non est in  
locatione aut mos re-  
gionis postulat, ut,  
si qua labe tempesta-  
tis vel alio. coeli

Quoique tu aies pris à bail  
pour des annuités fixes le  
fonds, si cependant (cela)  
n'a pas été exprimé dans le  
bail ou (si) la coutume du  
pays demande que, si par quel-  
que fléau du temps ou un autre  
défaut du ciel (cataclysme)

3°) Rapports  
entre la F.  
et la loi ou  
la coutume  
locale.

a) L'obliga-  
tion du fide-  
promissor  
pérégrin  
est transmissi-  
ble à son hé-  
ritier si la  
loi pérégrine  
l'admet.

b) Dans la  
fixation des  
intérêts dans  
un J.B.F. le  
juge tient  
compte du mos  
regionis.

c) modifié  
par la B.F.

vitio damna acci-  
dissent, ad omnes tuum  
pertinerent et quae  
evenierunt sterilitates  
ubertate aliorum anno-  
rum repensatae non pro-  
babuntur, rationem tui  
iuxta bonam fidem habe-  
ri recte postulabis,  
eamque formam qui ex  
appellatione cognoscet  
sequetur.

des dommages soient survenus,  
ils incomberaient à ta char-  
ge, et que les stérilités  
(disettes) qui en résulte-  
raient ne seront pas prouvées  
(être) compensées par l'abon-  
dance des autres années, tu  
demanderas à bon droit que  
compte te soit tenu selon la  
bonne foi, et celui qui con-  
naîtra (de l'affaire) en ap-  
pel suivra cette règle.

Le texte est capital pour montrer que le mos  
regionis ne prévaut pas contre la F.B., laquelle re-  
lève donc d'une notion analogue à celle de l'ordre  
public international. A remarquer que les années sté-  
riles sont compensées par les années d'abondance  
(Cuq, p. 483).

D. La 4ème étape est celle où les formules avec  
ex fide bona ont été employées par les Romains entre  
eux et par les périgrins aussi entre eux, bref par  
tous les habitants du monde romain. Les Jud. b.f.  
s'étendent donc dans l'ordre des personnes qui les u-  
tilisent; ils augmentent ainsi en nombre, après les  
trois premiers Jud. b.f. (vente, louage, société).  
Cela s'est produit très vite après la 3ème étape, dès  
avant que Q. Mucius Scaevola ne dresse la liste des  
judicia b.f., car cette liste contient des actions qui  
sont du pur "jus civile" (p. ex. l'action de tutelle).  
Or, Q. Mucius Scaevola a été consul en 659-95. Dans  
l'extension de la clause "ex. f.b.", ce qui est le plus  
notable, c'est donc la pénétration du "jus gentium"  
dans le droit romain, l'incorporation du droit inter-  
national privé au Droit civil - phénomène qui s'est  
reproduit, après 19 siècles, en droit anglais: la "Com-  
mon Law" ayant incorporé la coutume internationale.  
(1).

(1) H. Lévy-Ullmann, dans Rev. hist. de droit, 1933,  
p. 210-212.

## Chapitre II

## LA NOTION DE LA BONNE FOI: TERMINOLOGIE.

Aperçu de la Bibliographie. La B.F. a été étudiée, surtout dans la possession et l'usucaption. Pas de monographie sur la B.F. dans les obligations. Pour la B.F. en général, deux romanistes doivent être les guides: Alfred Pernice, Labeo, t. II, 1ère partie, 2ème édition; 1895, p. 157 et suiv. p. 170 et suiv. Pietro Bonfante, Essenza della bona fides e suo rapporto colla teoria dell'errore, dans B.I.D.R.; t. VI, 1893, p. 86-118 = Scritti giuridici, t. II. Le grand mérite de Bonfante, qui, cependant n'a pas assez poussé son idée (v. Pandectes, 1924-1925, p. 28-29) a été de montrer l'unité du concept dans ses deux grands domaines. L'idée s'applique aussi au droit moderne, héritier du droit romain.

Le possesseur de B.F. jouit d'un délai de faveur attendu qu'il prescrit par 10 à 20 ans (2265) et le possesseur de B.F. qui est en train d'usucaper a un avantage considérable, il fait les fruits siens- article 550 C. Civ. A cet égard, on doit se demander ce qu'est le possesseur de B.F. et ce que c'est que la B.F.

Le C.C. a donné une indication sur le sujet dans l'art. 550: "Le possesseur, dit-il, est de B.F. quand il possède comme propriétaire en vertu d'un titre translatif de propriété dont il ignore les vices. Il cesse d'être de B.F. du moment que les vices lui sont connus". Evidemment le C.C. a défini le possesseur de B.F. là où il le rencontrait pour la première fois. Il était inutile qu'il le définit à nouveau à propos de l'usucaption. Il met à la base de la possession de B.F. l'ignorance des vices du titre, ou en d'autres termes "l'erreur", car l'erreur a pour cause une ignorance. Les auteurs précisent les termes du C. en disant: le possesseur de B.F. est celui qui croit avoir acquis du légitime propriétaire, qui croit que l'aliénateur était le *verus dominus*. Là où il y a croyance fausse il y a erreur, il y a ignorance. La définition de l'art. 550 vient directement du Droit

La notion de B.F. dans l'art. 550 C.C. Elle a sa base dans l'ignorance des vices du titre, c'est-à-dire dans l'erreur.

Origine romaine de cette définition.

Das de définition dans le C.G. de la B.F. dans les obligations. Elle se ramène à l'idée d'honnêteté.

La notion psychologique de la B.F. dans la théorie de la possession et sa notion éthique dans les obligations peuvent-elles se ramener à l'unité ? Problème de l'essence de la B.F.

romain. Il y a correspondance entre cet article et un texte connu du Digeste 50,16 de V.S. 109. Modestin L.5 Pand. où le jurisconsulte, un des derniers du Haut Empire a défini, non pas le possesseur de B.F. en général, mais le B.F. emptor, l'acheteur de B.F. ce qui revient au même.

Le C.G. n'a pas défini la B.F. dans les obligations parce qu'il a pensé que c'était inutile, attendu que cette notion est une notion plus facilement saisissable que la notion du possesseur de B.F. La notion de B.F. dans les obligations, c'est la notion commune, la confiance, fides, et quand on agit de B.F. on agit de confiance, on se livre, on s'abandonne à l'autre partie. C'est l'honnêteté, le fait d'agir comme il convient "ut decet". Chacun peut s'en faire une idée par une simple connaissance des idées morales. Agir de B.F. c'est agir comme l'honnête homme a l'habitude de le faire.

Les Romains n'ont pas davantage défini la B.F. dans les obligations. Les Romains ont considéré déjà que c'était une notion connue, inutile à définir. En attendant que nous essayions une définition ou plutôt une analyse du concept de B.F. il faut résoudre une question qui passionne les jurisconsultes. D'un côté il y a la B.F. dans la possession, qui est à n'en pas douter un concept psychologique. Le possesseur est de B.F. quand il croit "faussement" (donc il n'est pas douteux que le fondement de sa B.F. est d'ordre psychologique). D'autre part, en matière d'obligations, le concept de B.F. n'est pas d'ordre psychologique. Ce n'est pas une erreur, une fausse croyance, c'est l'honnêteté, la confiance; c'est un concept d'ordre moral ou éthique. D'où une question très discutée de savoir si dans le Droit Romain d'une part, si dans les Droits modernes de l'autre (qui se sont emparés de textes romains et ont emprunté au Droit romain les notions fondamentales) ces deux concepts s'opposent ou peuvent au contraire se ramener à l'unité. Jadis, M. Collinet a conclu qu'il n'y a en réalité qu'un concept, le concept éthique, dont le concept psychologique, l'erreur, n'est qu'un substratum, comme l'a dit M. Bonfante (voir plus loin), ou mieux encore l'"indice". L'erreur est le signe du concept éthique qui est le concept unique, à la base de la possession ou des obligations. Le problème de la dualité ou de l'unité des concepts, c'est le problème de l'essence de la B.F. expression commode, élégante, juste. Cette formule exprime bien ce qu'on veut dire : Qu'est-ce que la B.F. ? En quoi consiste-t-elle ? A quoi se ramène son concept ? Ce problème a donné lieu à vives controverses en Droit Romain, notamment chez

les Allemands. Les romanistes allemands se plaisent à ces discussions sur les concepts juridiques; tout ce qui touche à la métaphysique les intéresse et l'étude des concepts, c'est de la métaphysique. En France, où l'esprit n'est pas porté à la métaphysique, ces controverses nous paraissent obscures et superflues.

Nous acceptons donc la définition que Bonfante a donnée du concept de B.F.: "C'est le devoir abstrait et général de ne pas tirer un avantage au préjudice d'autrui". Cette conception est profondément morale. Il n'est plus question ici d'erreur (simple indice du concept éthique), quel domaine se prête mieux à l'analyse de ce concept que l'étude des obligations qui en a été le point de départ ? et mieux encore que les contrats ? Mais, sur ce point, la B.F. se présente, en droit romain comme en droit moderne, sous deux aspects:

1°) Dans les obligations de B.F., les deux parties doivent se comporter l'une envers l'autre de B.F., c'est-à-dire honnêtement. "Dans les obligations de B.F." en Droit romain, cela veut dire celles sanctionnées par des judicia B.F. distinctes des obligations sanctionnées par des Actions de droit strict (actiones stricti juris). En Droit moderne, il n'y a plus que des obligations de B.F.; le droit strict a complètement disparu avec le formalisme. Dans les obligations de B.F. donc, les deux parties doivent se comporter l'une vis-à-vis de l'autre honnêtement et cela: soit dans la passation du contrat, soit dans son exécution.

Dans la passation du contrat, on doit conclure le contrat de B.F. honnêtement. A côté de conclure, on doit aussi l'exécuter de B.F. honnêtement.

Précisément le C. Civ. applique la notion de B.F. à l'exécution du contrat, dans un article fondamental, l'article 1134, d'après lequel, on le sait, la convention est égale au contrat, fait la loi des parties (al. 1). Dans l'alinéa 3, l'art. 1134 s'exprime ainsi: "Elles (les conventions) doivent être exécutées de bonne foi".

Le C. Civ. n'a pas pris la peine de développer sa pensée. Il y consacre juste sept mots et c'est tout. Le C. Civ. a suivi Pothier presque littéralement dans la matière des obligations. Mais il faut bien dire que Pothier n'avait pas d'envergure. C'est probablement pour cela qu'il a eu du succès et que ses expressions ont passé dans le C. Civ. Plus original, on l'aurait laissé de côté, car on ne fait pas un C. Civ. avec de l'originalité. Ce qui doit servir de norme à un pays, et pour longtemps, doit être quelque chose de modéré et de pas trop hardi. Pothier convenait admira-

Définition du concept de B.F. d'après Bonfante.

1°) Dans les obligations de B.F. les deux parties doivent se comporter honnêtement l'une vis-à-vis de l'autre.

Dans la passation du contrat et aussi dans l'exécution des obligations.

Origine de ce texte dans Pothier; Explication plus développée de Domat puisée dans les textes romains.

blement pour servir de base à ce qui pouvait être la loi de la France.

Cependant un homme moins connu, mais d'esprit supérieur, aurait pu servir de modèle pour le C. Civ., si cet homme avait eu la pensée d'écrire dans une langue qui se découpaît plus facilement en articles; c'est Domat, l'auteur des "Lois Civiles (romaines) dans leur ordre naturel", bien supérieur à celui de Pothier. Dans ces "Lois Civiles", Domat met en relief les deux principes du contrat, à savoir que les conventions doivent être conclues et exécutées de bonne foi, 1<sup>re</sup> Partie, L. 1, titre I, section 3, règle 12: "Il n'y a aucune espèce de convention où il ne soit sous entendu que l'un doit à l'autre la bonne foi avec tous les effets que l'équité peut y demander; tant en la manière de s'exprimer dans la convention que pour l'exécution de ce qui est convenu et de toute leur suite".

La première phrase, jusqu'au mot demander, Domat l'a tirée d'un passage du Code de Justinien (L. 4, t.10, de O. et A; 4) qui disait en termes beaucoup plus nets: "Bonam fidem in contractibus considerari aequum est. Il est équitable que la B.F. soit prise en considération dans les contrats". La deuxième phrase vient de la Loi 31, D.16.3 depositi: "Bona fides quae in contractibus exigitur aequitatem summan desiderat, la bonne foi qui est requise dans les contrats postule la suprême équité".

La règle 12 de Domat aurait permis de compléter l'alinéa 3 de l'art. 1134 en ajoutant: "Et conclues".

2<sup>o</sup>) Pouvoirs de large interprétation du juge dans les obligations de B.F. Dans les obligations de B.F. en droit romain, ou mieux dans les actions qui les sanctionnent, les B.F.I., il est essentiel que le juge jouisse d'un pouvoir large d'appréciation. Cette idée se retrouve en Droit moderne, où on ne parle guère d'actions; (quand le juge s'occupe d'un procès, c'est pourtant parce qu'on a intenté une action). Bref, en Droit moderne, dans les obligations, en droit romain dans les B.F.I., c'est une règle substantielle que le Juge jouit d'un pouvoir large d'appréciation. Les Romains disent qu'il examine ce qui vient dans l'action "id quod venit in actionem", le plus largement possible. Dans les actions de B.F. il a un pouvoir de juger ex fide bona, selon la bonne foi, selon l'honnêteté, car nous avons vu déjà à deux reprises le Droit romain établir l'assimilation de la bonne foi et de l'équité. Dans la loi 4 au Code, dans la Loi 31 au Digeste, on a vu: "bonam fidem.....aequum est", "bona fides...aequitatem desiderat". Bonne foi est voisine d'équité, car ces deux notions ne sont que deux aspects similaires, deux nuances de la notion morale d'honnêteté.

Le C. Civ. ne pose pas le principe que le juge

jouit d'un pouvoir large quant à l'appréciation du contenu de l'obligation, évidemment parce qu'en droit moderne, la chose va de soi. (Voyez les règles de l'interprétation des conventions, art. 1156-1165, toutes tirées du Droit romain; J. Gauguier, thèse Paris, 1898) (Pandectes, 1924-1925).

En Droit romain, une controverse s'était élevée entre Fernice et Hugo Krueger pour savoir si la B.F. devait être rapportée à la conclusion et à l'exécution des contrats ou au pouvoir d'interprétation du juge. Nous la retrouverons. Mais M. Collinet est d'avis que la B.F. romaine s'applique également aux deux ordres d'idées. C'est l'objet du présent Cours où pour vérifier le bien-fondé de la définition de Bonfante, on fera trois recherches successives: 1<sup>o</sup>) inventaire de terminologie, facilité aujourd'hui par le Thesaurus linguae Latinae et par les Vocabulaires (1). La revue sera rapide et incomplète parce que, sans cela, tout le Cours y passerait. Elle fera connaître le concept "par le dehors", peut-on dire; 2<sup>o</sup>) L'examen du contenu de la notion de F.B. la fait connaître "par le dedans"; 3<sup>o</sup>) l'étude des applications du concept analysée, permettra de contrôler les résultats déjà obtenus et de les fortifier. Ainsi trois aspects de la recherche.

Le 1<sup>er</sup> aspect (Terminologie) sera envisagé tout de suite (Chap. II);

Le 2<sup>ème</sup> aspect sera traité au Chap. III;

Le 3<sup>ème</sup> aspect, considéré (plus ou moins amplement) au chap. IV.

### § I - Synonymes de F.B.

1<sup>ère</sup> synonymie.-- F.B. est synonyme de "boni mores". a) Ulp. L. 30 ad ed., 16,3, dep. v.c.; 1,6-7 dont on rapprochera Ulp. L. 29 ad Sab., D. 50,17, de div. reg. 23, (2<sup>e</sup> passage). La confrontation de textes géminés apporte toujours des résultats: ainsi au D. 16,3 1,7, corriger "Illud non probabis" en "Celsus non probavit" (P. Collinet, Mél. Paul Thomas, 1930, p. 132-138). D'autres résultats se dégageront des "Confronti testuali", de Lauro Chiazzese, Parte speciale (à paraître).

b) Pap. L. 28 quaest., D. 22,1, de u. et f., 5: l'a. de b.f. ne reçoit pas la prestation qui serait réclamée contre les bonnes moeurs.

Sur les "conventiones contra bonos mores", cf. J. de Koschembahr - Lyskowski, Mél. Cornil, 1926, t.II, p. 13-37.

(1) Consulter le Répertoire de M.P. Collinet.

2<sup>e</sup> Synonymie  
de B.F. et de  
simpliciter

2<sup>e</sup>ème synonymie. - Il ne s'agit pas ici positivement de l'expression Bona Fides, mais de l'ablatif non mala fide - Bona Fide qui se trouve employé comme synonyme de simpliciter, c'est-à-dire franchement, loyalement:

Ulp. L. 40 ad Sab., D. 26,8 de Auctoritate et consensu tutorum et curatorum 5,4

Sane si ipse quidem emit palam, dedit autem nomen non mala fide sed simpliciter ut solent honestiores non pati nomina sua instrumentis inscribi, valet emptio: quod si callide ac si per interpositam personam emisit.

Certainement si lui-même (le tuteur) d'une part a acheté ouvertement, mais d'autre part a donné son nom non pas de mauvaise foi, mais loyalement, comme les personnes de la haute classe ne souffrent pas d'habitude que leur nom soit inscrit dans des actes, l'achat est valable: que si (il a agi) par ruse, il en sera de même que s'il avait acheté par personne interposée.

A contrario, B.F. est synonyme de simpliciter. Ce § 4 de la loi 5 est emprunté au titre de Auctoritate et consensu tutorum et curatorum. Il n'est pas doux que cette rubrique n'est pas une rubrique classique. Les mots entre crochets [et consensu curatorum] ont été ajoutés par le compilateur parce que l'évolution de la curatelle, surtout des mineurs de 25 ans, l'a de plus en plus rapprochée de la tutelle.

Bien des textes qui assimilent tuteur et curateur sont interpolés. Cela n'a rien d'étonnant quand on examine les origines de la curatelle des mineurs de 25 ans qui sont à l'opposé de celles de la tutelle, et son développement. Le texte vient donc de ce titre et appartient à un ordre de matière correspondant à ce qu'on appelle l'auctoritas, l'assistance des tuteurs. Ce parag. ne peut pas être pris isolément: C'est un principe formel et rigoureux d'interprétation qu'on ne peut interpréter un texte que par son contexte. Il faut donc résumer en quelques mots ce qui précède: Le texte dit auparavant;

§ 1 - que c'est un principe que le tuteur (il n'est pas question de curateur) ne peut jouer le rôle ni d'acheteur, ni de vendeur par rapport au pupille. La raison de cette rigueur se comprend: on se méfie du tuteur, on ne veut pas qu'il exploite le pupille, qui est jeune par hypothèse.

§ 2 - Si par hypothèse un tuteur avait fait un achat à son pupille mala fide (en fraude du principe) et encore mieux "en sous-main", en "cachette", l'achat serait nul, de nullité relative, car le pupille devenu pubère peut ratifier.

Interpolation  
certaine de  
la rubrique  
du titre.

Analyse du  
texte.

En principe  
le tuteur ne  
peut acheter  
à son pupille.

S'il l'a fait  
mala fide ou  
par person-  
ne interposée,  
la vente est  
nulle.

§ 3 - Mais pour tourner la règle, le tuteur qui veut acheter de son pupille recourra à une personne interposée. L'achat par une personne interposée est nul aussi, absolument comme l'achat frauduleux, mala fide, parce que le tuteur n'a pas agi bona fide, loyalement. Cela fut décidé par un rescrit de Septime Sévère et Antonin Caracalla.

Mais si le tuteur a acheté ouvertement, simpliciter, la vente est valable.

§ 4 - Si le tuteur a acheté ouvertement (palam), sans recourir à une personne interposée sans agir en sous-main, en se présentant en personne et ouvertement, ce qu'il y a de particulier, c'est qu'il n'a pas fait d'écrit. Il n'a pas souffert que l'on rédige un instrumentum, un acte écrit, parce que, dit le texte, dans une incidente très intéressante qui fixe un trait de moeurs des Romains, les honestiores - qui s'opposent aux humiliores, la noblesse, le patriciat, les grands seigneurs par opposition à la plèbe ne supportent pas que leurs noms figurent sur des actes écrits (1). - Donc l'engagement est pris sans écrit et on s'en rapporte uniquement à la parole du tuteur: le tuteur a donné son nom, pris son engagement. Cette expression est synonyme de *in nomen suum emere*. Il s'est engagé lui personnellement non pas de M.F., non pas en cachette, mais simpliciter, loyalement.

Dans ce cas-là "valet emptio", l'achat est valable. Au contraire, si le tuteur, non ouvertement, mais en cachette callide, par ruse, la solution sera la même que s'il avait acheté par personne interposée, l'achat sera nul. La solution est très intéressante pour nous. Il nous semblerait avec nos idées modernes que de deux choses l'une: ou bien la vente entre tuteur et pupille est licite, efficace, valable, ou bien l'*emptio venditio* entre eux est nulle. C'est bien ainsi que nous autres modernes nous comprenons les choses: oui ou non. Les Romains ont bien posé un principe qui ressemblerait en gros à ce que l'on vient de dire. Mais - et ici ils sont mieux inspirés que nous - ils n'admettent la nullité que s'il y a mauvaise foi. Le principe a moins de rigueur que dans nos Codes, imposant la nullité sans tenir compte d'aucun élément de fait. Les Romains tiennent compte essentiellement de la B.F., de l'honnêteté. La nullité ne sera encourue que s'il y a M.F. (§2) que s'il n'y a pas achat loyal, au grand jour, non palam, non simpliciter, mala fide, fait à l'écart, callide par ruse. - Si bien que les Romains s'inspirent d'idées plus élevées que les nôtres, car ils font tout reposer non sur une règle rigoureuse de Droit, mais sur la pratique de la vie, sur la conduite de ce tuteur. S'il a agi honnêtement tout est sauf. La B.F. sauve tout en (1) Encore aujourd'hui paraît-il, les Chinois ne font pas de contrat écrit. On s'en rapporte à la parole de la contre-partie.

Droit Romain: tous les actes que le tuteur aurait passés de B.F., même interdits, sont valables du moment qu'ils sont passés de B.F. (Rescrit de Trajan et Hadrien D. 26,7,12,1).

Un autre texte va confirmer l'idée romaine.

3ème synonymie. - Bona fide (cette fois) et palam (au grand jour, ouvertement) se retrouvent dans Diocl. et Max. (293), C.J. 4,38, de contr. empt. 5 qu'il suffit de traduire: "Comme il n'est pas défendu le moins du monde au tuteur même d'acheter "palam" et "b.f." (quelque chose) des biens du pupille, qui peuvent être vendus, d'autant plus sa femme peut le faire".

<sup>3ème</sup> - B.F. et palam; équivalents de simpliciter, à propos de la même espèce; à plus forte raison, la femme du tuteur peut acheter des biens du pupille.

La synonymie est intéressante. L'achat fait de B.F., c'est-à-dire au grand jour, absolument comme au Digeste (l.c.) où il est question de palam, de non Mala Fide et de simpliciter. Le texte du C. ne présente aucune difficulté, il rappelle le principe que l'achat est valable à condition que le tuteur ait agi palam et Bona Fide. Le Droit Romain se montre donc moins absolu que notre C. Civ. qui interdit au tuteur, l'achat des biens du mineur d'une façon absolue (450 al. 3) ni par lui-même, ni par personne interposée (1596 al. 2). Le Droit romain, plus libéral, admet l'achat s'il est fait palam simpliciter, parce qu'alors on est sûr qu'il n'y a pas de fraude. On dira que poser un principe absolu est plus sûr. Certes, mais c'est moins équitable souvent. De façon générale, le Droit romain apparaît comme plus large que les législations modernes, parce qu'il est plus pénétré de notions morales, il est moins sec, moins impératif. Exemple: la différence de conception entre les jurisconsultes romains et les meilleurs jurisconsultes modernes, à propos de la convention qui décharge le dépositaire de son dol (déjà vu). Les jurisconsultes romains déclarent qu'elle est nulle comme contraire à la B.F. et aux bonnes moeurs. Les jurisconsultes modernes et la jurisprudence n'hésitent pas à déclarer nulle la même convention, mais sur quoi se fondent-ils ? On pourrait songer à l'art. 6. - Mais les civilistes ne pensent pas ici à la moralité, aux bonnes moeurs, à l'art. 6. Ils s'appuient sur l'art. 1174 qui prohibe la condition purement potestative. Différence de temps, de moeurs, de conception. - Mais il semble tout de même que le Droit romain est plus moral, plus large, plus souple que les civilistes, parce qu'il ne s'appuie pas seulement sur des bases juridiques, mais aussi sur des bases morales. - On va le voir à propos des contraires.

## § 2 - Contraires de la B.F.

Rareté de l'emploi de M.F. comme contraire de B.F. en matière d'obligations.

I, B.F. contraire de fraus et de dolus : D.17, 2,3,3.brocard; B.F. contra- ria est frau- di et dolo.

Un contrat de B.F. enta- ché de fraude ou de dol est nul ipso iure. Application en matière de Société.

On s'attendrait à ce que l'expression la plus employée pour désigner le contraire de la B.F. fût M.F. (on a vu "non mala fide"). C'est l'expression qu'on rencontre en effet pour la possession "Malae Fidei possessor". En matière d'obligations, chose surprenante, l'expression M.F. se rencontre très rarement. Nous en verrons les trois seuls exemples qu'en donne le Digeste. Précisément parce que ce contraire est peu répandu, on le retrouvera à la fin, et nous commencerons par les contraires plus courants.

1°) Bona Fides est contraire à la fois à fraus et à dolus :

¶ Paul 1.32, ad Ed. D. 17,2 Pro Socio 3,3.  
Societas si dolo malo aut fraudandi causa coita. sit, ipso iure nullius momenti est quia fides bona contraria est fraudi et dolo.

La Société, si elle a été formée par dol ou en vue de frauder, cette société est de plein droit de nulle valeur, parce que la B.F. est contraire à la fraude et au dol.

On voit là un brocard à retenir: "Fides Bona contraire est fraudi et dolo".

Aucune difficulté dans ce texte, la nullité est de plein droit, droit civil (par opposition à exceptionis ope). Pas besoin d'exception de dol, ni d'integrum restitutio. On la fait valoir en droit civil par une défense au fond si l'associé est attaqué par l'associé fraudeur. L'associé honnête peut prendre les devants et demander la dissolution de la Société par l'actio pro socio, Actio de B.F., où on tient compte de tous les éléments contraires à la B.F.: la fraude et le dol. Nous constatons au D.4,4. De min XXV an- 16,1, Ulp. 1. 11. ad. Edict. une application faite par les jurisconsultes Labéon et Ofilius de la même nullité de plein droit à la Société contractée par un mineur de 25 ans sous l'empire de la fraude. - La fraude s'exerçant vis-à-vis d'un mineur de 25 ans, depuis la loi Plaetoria ou plutôt Laetoria, s'appelle circumscriptio. Le mineur a été circumscriptus (allusion aux tablettes magiques). La loi 16 fait allusion dans cet esprit à l'inutilité des moyens prétoriens prévus au même fg. Pr. Il n'y a pas à recourir à ces moyens pour obtenir la nullité, celle-ci est de plein droit, parce que la société est un contrat de B.F. qui ne peut pas durer si l'un des associés a été circumscriptus.

criptus. Cf. aussi C.J.8. 35 (36) de Except. 3. Antonin Caracalla. s.d.

2°) B.F. est contraire à dolus malus, ou à dolus tout court et c'est son contraire principal. Les deux notions sont antithétiques; qui dit B.F. dit contraire de dol, qui dit dol dit contraire de B.F.

Le vrai contraire de la B.F. dans les obligations, c'est dolus malus, et non pas M.F. Les textes sont très abondants. On a déjà cité: D.50,17,23. Dans D.H.T. 152.3, les contrats de B.F. s'appellent "quibus doli praestatio". Au D.18.I.68 pr., B.F. s'oppose à dolus malus (V. § 3). En voici un qui est intéressant aussi, parce qu'il donne un adage: C.4.44 de rescind. vendit 5. Pr. Diocl. Max. an. 293. "Si le président de province ayant été saisi de l'affaire (que tu es allé trouver) a remarqué que c'est trompé par le dol de l'adversaire que tu as fait la vente d'un fonds, "sciens contrarium esse dolum Bonae Fidei" sachant que le dol est contraire à la B.F. laquelle est exigée dans les contrats surtout de cette espèce (c'est-à-dire dans les contrats de vente (1), il ordonnera la révision de la vente". Il n'y a dans ce texte aucune difficulté.

Il est inutile de relever tous les textes où le dol est contraire à la B.F.. Rappelons deux règles qui montrent l'opposition entre le dol et la B.F., deux règles bien connues de procédure:

a) L'exception de dol opposée à une action en revendication la transforme en une action de B.F.; b) La réplique de dol opposée à une exception rend l'action de B.F.

3°) B.F. contraire de Fraus toute seule. D.3.3. de procur. 34 (Gaius L. 3 ad Ed. Prov.). La représentation du vendeur de l'hérédité par l'emptor hereditatis est valable si "B.F. et non in fraudem eorum qui invicem agere vellent gestum sit negotium: Si l'acte a été fait (il s'agit ici de l'acte de défense et des satisfactio-nes requises du procurateur) de bonne foi et non en fraude de ceux qui voudraient agir à leur tour".

Même opposition de "bona fide" et per fraudem au C. 8,27 (23) de distr. pign. 4. (an. 225).

4°) B.F. contraire de vis, violence. - C.4,44.d

Sur la notion de fraude dans les Papyrus, cf. P. Collinet, "Edit du Préfet d'Egypte Valerius Eudaemon (P. Oxy. II 237, col. VIII, ll. 7-18), (138 ap. J.C.); une hypothèse sur l'origine de la "querela non numeratae pecuniae" Estratto degli atti del IV Congresso Intern. di Papirologia (Firenze, Aquile-Maggio 1935-XIII) Milano, 1936 - XIV).

(1) Passage interpolé selon Mr. Collinet.

resc. vend. l. (an 222) = "Si ton père contraint par la violence a vendu sa maison, Si pater tuus per vim coactus domum vendidit, ratum non habebitur quod non b.f. gestum est, ce qui n'a pas été fait de B.F. ne sera pas ratifié, M.F. enim emptio irrita est: car l'chat fait de m.f. est nul". On voit donc l'opposition entre vis et la B.F.

L'expression: "ratum non habebitur ne sera pas ratifié, ne sera pas validé" rappelle la règle : rati habitio mandato aequiparatur.

5°) B.F. contraire de sordes (malpropreté) et de delictum: D. 4,4, de minor. XXVI an. 47. Fr. (Scaev. l.1, respons.) B.F. veut dire en somme le manque de malpropreté et de déloyauté, la carence de délit. Cela revient à dire qu'un acte est fait de bonne foi quand il est passé sans intention déloyale.

Application de cette idée à la vente faite par un tuteur d'un immeuble du pupille b.f. sous la pression des créanciers.

6°) B.F. contraire de gratia (faveur). Application à la vente faite par un affranchi sine ulla gratia d'un bien du patron.

5°) B.F. contraire de sordes (malpropreté) et de delictum: D. 4,4, de minor. XXVI an. 47. Fr. (Scaev. l.1, respons.) B.F. veut dire en somme le manque de malpropreté et de déloyauté, la carence de délit. Cela revient à dire qu'un acte est fait de bonne foi quand il est passé sans intention déloyale.

Hypothèse: Le tuteur, sous la pression des créanciers du pupille, a vendu une chose pupillaire "bona fide" de bonne foi. Etant donné les circonstances, c'est-à-dire la pression des créanciers, et d'autre part qu'on ne peut pas parler de malpropreté du tuteur, Scaevola se demande si le pupille obtiendra l'In integrum restitutio, c'est-à-dire la rescission de la vente. Le jurisconsulte répond: C'est une question d'espèce, dont le magistrat décidera cognita causa après enquête et partant si la restitution en entier est justifiée, ce secours ne sera pas donné au pupille "quod tutor delicto vacaret", puisque le tuteur n'a pas commis d'acte délictueux".

Il n'y a pas à insister puisque le jurisconsulte dit que c'est une question d'espèce laissée à l'appréciation du magistrat (1).

6°) B.F. contraire de gratia - pris dans le sens de faveur. Il s'agit dans un texte du D. (38.5. Si quid in fraud. l.14. Ulprien l. 44 ad Ed.) des rapport entre patron et affranchi. L'affranchi a vendu une chose "bona fide et sine ulla gratia", c'est-à-dire sans aucun avantage spécial pour l'acheteur, au juste prix, - pas à vil prix. La conséquence, c'est qu'il n'a pas fraudé son patron, parce qu'il n'y a pas de fraude commise contre le patron (par conséquent l'actio Fabiana donnée pour faire annuler les actes commis par l'affranchi en fraude des droits du patron, et qui forme trio avec l'actio Calvisienne et l'action dite Pauline) ne sera pas accordée dans l'espèce. La fraude est

(1) Sur la cognitio causae (pouvoir du magistrat d'enquêter, d'instruire l'affaire à sa guise) C.f. art. de Lévy-Bruhl, Rev. d'hist. du droit (de Harlem) V.p. 38 et suiv. qui signale que la cognitio causae est très souvent destinée à "sonder la moralité des actes".

venue ensuite, la Fabienne est devenue possible par la suite, peu importe. Ce qui nous intéresse, c'est l'opposition entre B.F. et gratia. L'honnêteté, ici éclate: l'affranchi n'a pas voulu frauder son patron, puisqu'il n'a pas vendu à vil prix.

7°) B.F. contraire de perfidia (per, de travers, fides). Exemple unique de cette supposition qui est cependant la plus rigoureusement exacte.

7°) B.F. est contraire à perfidia, dans un seul texte du C. 3,34, Depositi, 11 Fr. ann. 529. Justinien. Le texte dit que le dépositaire doit rendre le dépôt "illico", sans délai et ne peut opposer aucune compensation (la matière de la compensation a été en effet réformée par Justinien qui l'admet de façon générale, sauf en cas de dépôt), déduction ou exception de dol, puisqu'il n'a pas reçu le dépôt, sous cette condition "sub hoc modo" (1) que la rétention non concédée lui appartiendrait et contractus qui ex B.F. oritur ad perfidiam retrahatur, et que le contrat qui naît de la B.F. soit ramené à la fraude. Autrement dit, dans le dépôt on ne doit faire aucune retenu, parce que le dépôt ne s'accorde pas avec cette idée, sans cela le dépôt, qui est un contrat qui naît de la B.F., tournerait à la perfidie.

Il est surprenant qu'il n'y ait que ce texte qui oppose B.F. et perfidie et qui soit un texte de Justinien. C'est surprenant parce que ces deux locutions forment une antithèse parfaite, "perfidia" en effet vient de perfidus qui est un composé de fides à l'aide d'un préfixe qui est le per péjoratif (de côté, de travers, mal), si bien que perfidia signifie la fides de travers, c'est-à-dire la Mala Fides. On aurait pu opposer plus fréquemment dans les textes ces deux mots qui sont des contraires parfaits.

8°) Rareté de l'emploi de M.F. comme contraire de B.F. en matière d'obligation.

8°) B.F. est contraire à M.F., termes qui ne lui ont pas été fréquemment opposés. On n'en trouve que trois exemples en matière d'obligation.

- a) D. 26,8,5,4 (déjà vu): "non mala fide";
- b) Gordien (280), C.J. 8. 29(30), si vend. pign. agatur, 4: synonymie du "contra b.f." et de "m.f.;"
- c) Alex. Sév. (222); Consult. vet. cuj. Jeti, 9, 11 = C.J. 2,3, de pact. 8 (9); le pacte (de désistement) fait "m.f." est nul.

(1) Le mot condition en français a plusieurs sens: 1°) la modalité qui s'exprime par "si" ou événement futur et incertain d'où dépend l'acte, et 2°) une modalité de l'acte qui n'est pas cet événement futur et incertain, à le sens d'élément de validité ou d'efficacité de l'acte. Ex: la condition si nuptiae sequantur n'est pas une vraie condition, c'est la cause même de la validité du contrat de mariage. Notons que modus veut dire

### § 3 - F.B. et Diligentia.

Le problème de la diligentia est toujours ouvert. On ne retiendra ici que les rapports entre F.B. et ce mot.

Il ne faut pas opposer la B.F. et la diligence comme des contraires, et il ne faut cependant pas les traiter comme des synonymes. Ce sont des notions du même ordre, entre lesquelles existent une hiérarchie et une différence de nuances. Celle-ci est très bien marquée dans un texte qui prend les choses à l'envers, c'est-à-dire s'occupe des contraires. D.16,1. De Contr. Empt. 68. Pr. Proculus 1. 6, Epistul. La B.F. dans ce texte est opposée à dolus malus et la diligentia est opposée à culpa: la B.F. est le contraire du dol, la diligence c'est le contraire de la faute.

Le vendeur d'un fonds avait dans la loi de la vente Lex venditionis, mis cette condition que le montant du fermage serait décompté à l'acheteur et il s'agissait de savoir ce qu'il fallait entendre par là, dans quelle limite le règlement de compte se ferait. Proculus pense que ce vendeur doit dans la perception du fermage prester non seulement la B.F. mais aussi la diligence, c'est-à-dire s'abstenir non seulement du dol, mais de faute. Tout montre que la fin du texte est une glossa. Il n'en est pas moins vrai que B.F. s'oppose à dol et diligence à culpa, ce sont là des notions certaines que l'interpolateur a introduites ici pour mieux éclairer son lecteur. Le vendeur qui perçoit le fermage doit y apporter son maximum de soins, puisqu'il s'agit de l'intérêt de l'autre partie, l'acheteur, et que celui-ci a droit à la B.F.

En conclusion, rien que sur le terrain terminologique, on découvre la justesse de la définition de Bonfante. Si les Romains n'ont pas donné des définitions de la B.F., ils en ont donné plusieurs (très connues) du dol, et en retournant ces définitions, on obtient une définition approximative de la B.F.. La première définition du dol (1) a été laissée par

(suite) aussi charge, sens voisin du précédent. La donation sub modo est avec charge et conditionnelle.

(1) Cf. Yernay: Servius et son Ecole, thèse Lyon 1909, p. 61. 62.

La B.F. est  
le contraire  
du dolus malus,  
la diligentia  
le contraire  
de la culpa.

Conclusion du  
Chapitre:

Possibilité de  
dégager la  
notion de B.F.  
en renversant  
la définition  
du dol.

Définition  
du dol, d'A-  
quilius Gal-  
lus.

C. Aquilius Gallus, préteur en 688/66 ami et correspondant de Cicéron, créateur des formules du dol. (Cicéron, de Offic. III.14.60): "Cum esset aliud simulatum aliud" est actum = il y a dol quand une chose serait simulée tandis qu'une autre est faite". (Cf. Cicéron Topiques IX.40 et de Nat. deor. III.21). C'est dol, dit Vernay, p. 61, le fait d'agir autrement qu'on ne feint: définition de bon sens, mais sans aucune rigueur logique, comme avait coutume d'en donner Aquilius Gallus.

Cette formule va être adaptée aux canons de la dialectique, c'est-à-dire, suivant les préceptes de la philosophie, on va l'établir, comme toute définition, d'après le genre prochain et les différences spécifiques (cf. Cicéron et Quintilien); c'est l'œuvre de son élève Servius Sulpicius Rufus, condisciple et ami de Cicéron, né vers 648/106, préteur en 689/65, consul en 703/51, mort en 711/43: Ulprien L. XI. ad. Ed. Dig. 4.3. de dolo malo 1,2: "Machinationem quandam alterius decipiendi causa cum aliud simulatur et aliud agitur: le dol est toute machination dans le but de tromper autrui quand on simule une chose et qu'on en fait une autre". M. Vernay trouve que Servius n'ajoute rien à la définition d'Aquilius Gallus. Si, il ajoute le "but" (définition téléologique): la machination est faite dans le but de tromper quelqu'un. Nous retrouvons ici le terme Causa dans son sens le plus clair, le but de l'acte, ici en vue de tromper autrui.

Enfin, Labéon, né vers 711/43 et mort avant 22 ap. J.C. a lui aussi défini le dol. Ulp. loc. cit. "Omnem calliditatem, fallaciam, machinationem, ad circumveniendum fallendum decipiendum alterum adhibitam = le dol est toute ruse, toute tromperie, toute machination conçue pour circonvenir, tromper, duper autrui". On sent très bien que Labéon redouble, répète, insiste et cherche des synonymes qui sont superfétatoires. Tandis que Servius avait usé d'un seul mot "Machinationem", nous voyons Labéon dire "calliditatem, fallaciam, machinationem. Toute ruse, toute tromperie, toute machination". De même, le seul mot decipiendi ne lui suffit pas, il dit "ad circumveniendum fallendum decipiendum: circonvenir, tromper, duper". La définition de Labéon n'ajoute rien, malgré ce redoublement de mots, et même elle élimine un élément important de la définition de ses prédecesseurs: à savoir la simulation. Cette modification, dit Vernay, a été voulue pour tenir compte de l'élargissement de la notion de dol au temps de Labéon, où il y avait dol même quand il n'y a pas simulation. La définition du reste est plutôt une description qu'une dé-

Définition  
de Servius.

Définition  
de Labéon.

finition.

La B.F. consiste à agir sans machination. De ces trois définitions du dol, nous allons faire le renversement pour définir approximativement la B.F. qui consistera à agir sans machination, sans ruse, sans tromperie, sans simulation. Nous arrivons à cette notion que la B.F. est franchise, loyauté, honnêteté. La notion éthique de la B.F. est évidente.

Le dol, disent les civilistes, c'est la faute intentionnelle, par opposition à la culpa qui est la négligence. La B.F. c'est donc le contraire de la faute intentionnelle, la loyauté. On arriverait au même résultat si on retournait les notions incluses dans les autres contraires: *fraus, vis, sordes, delictum, gratia, perfidia, mala fides*.

Bien entendu, on arriverait au même résultat en examinant les synonymes: *Boni mores, simpliciter, plam.*

Confirmation de la définition de la B.F. de Bonfante par l'interpolation d'un texte du D.I8.6. 1.3. La B.F. = juste équilibre des intérêts des deux parties.

Cela nous ramène à la définition de Bonfante: "le devoir abstrait et général de ne pas tirer un avantage au préjudice d'autrui".

Mais bien mieux un texte la confirme d'une façon singulière: D.I8.6. de per. et com. rei venditae 1,3. in fine Ulp. 28 ad Sabin. Un passage interpolé du texte contient une phrase qui donne incidemment et à propos d'une espèce, une analyse de la B.F. telle qu'elle s'applique au cas d'espèce. Il s'agit là de vente de vin, l'acheteur n'a pas mesuré le vin en temps utile et on se demande ce que pourra faire le vendeur: lâcher le vin ou louer des fûts aux frais de l'acheteur, ou bien vendre le vin à autrui, bona fide à condition qu'il agisse de bonne foi. C'est à propos de ces mots que la définition de la B.F. apparaît "B.F. id est quantum sine ipsius incommmodo fieri potest operam dare ut quam minime detimento, sit ea res emptori "vendre de B.F., c'est-à-dire un prix tel que le vendeur puisse agir sans inconvénient pour lui-même et donner ses soins à ce que cette chose cause à l'acheteur le moins de dommage possible ". Dans ce texte, tout à fait incident et interpolé (1), la notion de B.F. est très bien analysée, comme l'a fait Bonfante. Il faut: 1<sup>e</sup>) ne causer aucun inconvénient à la partie créancière; 2<sup>e</sup>) n'apporter à l'autre que le minimum de dommage. La B.F. consiste en somme dans le juste équilibre des intérêts des deux parties. Cette idée de principe que nous dégageons indirectement va se retrouver à propos d'un nouveau chapitre où nous allons serrer de plus près la matière.

(1) Index interpolationum, t. I, col. 350.

## Chapitre III

## CONTENU GENERAL DE LA NOTION DE B.F.

La notion de B.F. se confirme - d'abord - et se précise -surtout - si, après l'avoir perçue par la terminologie (du dehors, en quelque sorte), on en dégage l'idée générale, grâce aux textes où il est parlé de ce qu'exige ou de ce que ne souffre pas la B.F. Ces exigences ou ces interdictions nous permettront de connaître la notion par le dedans. On ne parlera ici que des exigences ou des défenses d'ordre général. Celles d'ordre particulier se découvriront par la suite, au cours de l'étude des applications. D'autre part, M. Collinet relèvera ici toutes les exigences ou les défenses de la B.F. d'après les textes, mais il fait remarquer que certains de ces textes ne se rapportent pas aux contrats; il se bornera à citer la règle qu'ils renferment, sans la commenter.

1ère règle: "B.F. exigit ut quod convenit fiat: la B.F. exige que ce qui est convenu s'exécute" -  
Règle tirée de  
Javol. 1. 11 epistul., D. 19.2. loc. cond., 21 (non suspecté);

Cum venderem fundum,  
convenit, ut, donec pecunia omnis persolve-  
retur, certa mercede  
emptor fundum conduc-  
tum haberet: an solu-  
ta pecunia merces  
accepta fieri debeat?  
respondit: bona fi-  
des exigit, ut quod  
convenit fiat: sed non  
amplius praestat is  
venditori, quam pro  
portione eius temporis,  
quo pecunia numerata  
non esset.

En vendant mon fonds, il a été convenu que jusqu'à ce que l'argent ait été payé tout entier (intégralement), l'acheteur aurait, pour un loyer fixé, le fonds à bail: est-ce que après paiement du prix, le loyer doit être éteint?  
(1) Javolemus) a répondu: la B.F. exige, que ce qui est convenu s'exécute: mais celui-ci (l'acheteur) ne donne pas au vendeur plus (d'argent) qu'en proportion de ce temps, pendant lequel l'argent (le

(1) Cf. le mot acceptilatio.

prix d'achat), n'aurait pas été versé.

Notons seulement ceci.

L'art. 1134, al. 1, vient de deux textes d'Ulpien bien connus:

Ulp. 1. 30 ad ed., D. 16,3, dep. 1,6: "Contractus enim legem ex conventione accipiunt: les contrats en effet reçoivent leur loi de la convention"; et Ulp. 1. 29 ad Sab., D. 50,17, de div. reg. jur. 23 (texte géméné): "nam hoc servabitur quod initio convenit (legem enim contractus dedit): car ceci devra être gardé qui a été convenu au début (la convention) en effet a donné la loi du contrat." L'art. 1134, al. 3: "elles (les conventions) doivent être exécutées de bonne foi", se rapproche de la règle de Javolenus, tout en en différant, dans l'ordre des mots (capital, d'ailleurs).

2ème règle: "B.F. non patitur ut bis idem exigitur: la B.F. ne souffre pas que la même chose soit exigée deux fois"; Gaius, 1. 18 ad ed. prov., D. 50,17, de dir. reg. jur., 57. - L'inscription du fragment (Lenel, Paling., n° 316) montre qu'il se rapportait au legs, donc hors de cause.

3ème règle: Ulp. 1. 7 disput, de Bona Fide enim agitur, cui non congruit, de apicibus iuris disputare, sed de hoc tantum debitor fuerit necone - il s'agit en effet de la B.F. à laquelle il ne convient point de disputer des pointes (subtilités) du droit, mais seulement de ceci, si le défendeur était débiteur ou non". D. 17.1. Mandati. 29.4.

En effet, nous savons par de nombreux témoignages que la jurisprudence classique était opposée (Cuq. P. 46) à l'application strictement logique du droit et que cette jurisprudence classique ouverte au progrès, considérait les subtilités comme un abus. Ici on fait opposition entre les apices iuris, les subtilités du Droit, et la B.F.: la jurisprudence considère les subtilités comme un abus, et même si les textes qui emploient les mots subtilitas, subtilis sont suspects de byzantinisme, cela n'empêche pas la condamnation de la subtilité par les classiques déjà. Mais cela prouve que la tendance classique s'est accentuée à l'époque byzantine, quoique les Grecs soient réputés pour leur subtilité.

Il est contraire à la B.F. de ne pas regarder les choses telles qu'elles sont, de haut, ce qui nous ramène toujours à l'idée d'honnêteté.

4ème règle: "Bona fides quae in contractibus exigitur aequitatem summam desiderat: la B.F. qui est exigée dans les contrats, requiert l'équité suprême". Tryphon., 1. 9 disput, D. 16,3, depos., 51. Traduisons d'abord cette loi assez longue et très curieuse:

3<sup>e</sup>) Il ne convient pas à la B.F. de disputer sur des subtilités.

4<sup>e</sup>) La B.F. exigée dans les contrats requiert l'équité suprême.  
+ D.16.3.31.

Bona fides quae in contractibus exigitur aequitatem sumnam desiderat: sed eam utrum aestimamus ad merum ius gentium an vero cum praecettis civilibus et praetorius? veluti reus capitalis iudicii depositus apud te centum: is deportatus est, bona eius publicata sunt: utrumne ipsi haec reddenda an in publicum deferenda sint? Si tantum naturale et gentium ius intuemur, ei qui dedit restituenda sunt: si civile ius et legum ordinem, magis in publicum deferenda sunt: nam male meritus publico, ut exemplo aliis ad deterrenda maleficia sit, etiam egestate laborare debet. 1) Incurrit hic et alia inspectio, bonam fidem inter eos tantum, quos contractum est, nullo extrinsecus adsumpte aestimare debemus an respectu etiam aliarum personarum, ad quas id quod geritur pertinet? exempli loco latro spolia quae mihi abstulit posuit apud Seium inscium de malitia deponentis: utrum latroni an mihi restituere Seius debeat? Si per se dantem accipientemque intuemur, haec est bona fides, ut commissam rem recipiat is qui dedit: si totius rei aequitatem, quae ex omnibus personis quae negotio isto continguntur impletur, mihi reddenda sunt, quo facto scelestissimo adempta sunt, et probo hanc esse iustitiam, quae suum

La B.F. qui est exigée dans les contrats postule l'équité suprême. Mais est-ce que nous devons apprécier cette (équité) par rapport au pur Droit des gens ou au contraire à l'aide des préceptes civils et prétoiriens? Par exemple, un condamné pour crime capital a déposé chez toi cent, il a été déporté; ses biens ont été confisqués; est-ce que ces (cent) doivent être rendus à lui-même ou attribués au Trésor? Si nous considérons seulement le Droit naturel et des Gens, ils doivent être restitués à celui qui les a donnés. Si (nous considérons) le Droit civil et l'ordre légal, ils doivent être plutôt attribués au Trésor, car celui qui a démerité publiquement, pour qu'il serve d'exemple aux autres en vue de les détourner des crimes, doit aussi souffrir de la pauvreté. 1) Se présente ici encore un autre examen (c'est-à-dire l'examen d'un autre point). Devons-nous apprécier la B.F. entre ceux-là seulement entre qui il y a eu contrat, aucune personne de l'extérieur n'étant prise en considération, ou eu égard aussi aux autres personnes que concerne ce qui a été fait (par le contrat)? A titre d'exemple, un voleur a déposé les fruits du larcin qu'il m'avait enlevés chez Seius ignorant du délit du déposant. Est-ce au voleur ou à moi que Seius doit res-

cuique ita tribuit, ut non distrahatur ab ullius personae iustiore repetitione. Quod si ego ad petenda ea non veniam, nihilo minus ei restituenda sunt qui depositum, quamvis male quaesita depositum, quod et Marcellus in praedone et fure scribit, si tamen ignorans latro cuius filio vel servo rem abstulisset apud patrem dominum eius depositum ignorantem, nec ex iure gentium consistet depositum, cuius haec est potestas, ut alii, non dominus sua ipsius res quasi aliena, servanda detur, et si rem meam fur, quam me ignorantem subripuit, apud me etiam nunc delictum eius ignorantem depositum, recte dicetur non contrahi depositum quia non est ex fide bona rem suam dominum praedoni restituere compelli, sed et si etiam nunc ab ignorantе (1) dominus tradita sit quasi ex causa depositi, tamen indebiti dati condicatio competit.

tituer ? Si nous considérons en eux-mêmes, celui qui donne et celui qui reçoit, la B.F. est telle que c'est celui qui a donné qui doit recevoir la chose confiée, mais si (nous considérons) l'équité de toute l'affaire, équité qui est observée de la part de toutes les personnes qui sont intervenues dans cette affaire, les produits du vol doivent m'être rendus à moi de qui ils ont été arrachés par un acte au plus haut point criminel. Et j'approuve que la justice soit telle qu'elle attribue à chacun le sien, de telle façon que rien ne soit distrait par la réclamation même plus juste d'aucune autre personne. Que si je ne viens pas réclamer ces choses, elles n'en doivent pas moins être restituées à celui qui les a déposées, quoi qu'il ait déposé des choses mal acquises, ce que Marcellus aussi écrit au sujet de l'en-vahisseur et du voleur. Si pourtant le voleur ignorant avait enlevé une chose au fils ou à l'esclave de quelqu'un, et l'a déposée chez son père ou son maître ignorants, en vertu du Droit des Gens, le dépôt ne se formera pas (dépôt) dont la puissance est telle que c'est à autrui, non au propriétaire, que sa propre chose doit être donnée à garder comme si elle était la chose d'autrui. Et si le voleur a déposé ma chose qu'il m'a ravie, moi l'ignorant (à mon insu), s'il l'a déposée chez moi, qui ignorais jusqu'alors son délit on dira avec raison que le

(1) Mommsen propose ab ignorantе etiam nunc.

dépôt n'est pas formé, parce que ce n'est pas conforme à la B.F. (ce n'est pas de l'essence de la B.F. ce n'est pas de la B.F.) que le propriétaire soit forcé de restituer sa chose à l'envahisseur. Mais si (la chose) a été livrée par le propriétaire, ignorant toujours (le vol) comme en vertu d'un dépôt, cependant la conditio de la chose in-due donnée compètera.

Il faut commencer par la critique du texte (1) On trouve sur ce texte une note importante de Fernice (Labec T. II. 1<sup>e</sup>P. p. 171.n.1). La langue de ce texte n'est pas pure et il offre des particularités qui attirent l'attention du critique. On pourrait penser, dit Fernice, que ces particularités tiennent aux différences de langue qu'on observe entre Tryphoninus, qui était Grec, et les autres jurisconsultes classiques. On pourrait rattacher ces particularités à la langue propre de Tryphoninus, mais si l'on regarde le texte de plus près, on s'aperçoit que la Loi 31 n'est pas indemne de suspicion au point de vue du fond ou de la langue. D'abord, dit Fernice, le début du texte, le long discours doctrinal sur l'AEQUITAS, sur le Jus Gentium, ne s'accorde pas avec ce que nous savons par ailleurs du caractère des Disputationes. En effet ces ouvrages (2) sont un genre d'ouvrage analogue aux quaestiones et qui se rattachait à l'enseignement. Il est en effet important de savoir de quelle espèce d'ouvrage le texte est tiré, si c'est un ouvrage d'enseignement ou de pratique, car il y a une différence considérable entre les Quaestiones et les Responsa. Les quaestiones sont des ouvrages didactiques. Les Responsa sont des ouvrages de pratique, des consultations données au client. Dans les Disputationes on discute des cas, vrais ou imaginaires, et on en aperçoit dans les autres fragments de Tryphoninus rassemblés dans la Palingenesia de Lenel. Or, dans le texte, il ne s'agit pas au début de discuter des cas, mais d'un exposé doctrinal. Ce procédé éveille les suspicions et le début du texte a dû être fabriqué par les Byzantins. Du reste le style est faible:

1<sup>e</sup>) Que signifie ceci que "la B.F. postule l'équité suprême ? Desiderare veut dire toute autre chose. Desiderare, c'est réclamer en justice. Ici le sens est plutôt philosophique, la B.F. réclame l'équité su-

(1) Index interpol., t. I, col. 278-279.

(2) Cf. P. Krueger, Histoire des Sources, tard. Bris-saud n. 177-178.

prême. Qu'est-ce que c'est également que le "merum" ius gentium. Il y aurait donc deux droits des gens. Or, le terme merus a été signalé comme un critère d'interpolation par un auteur très audacieux d'ordinaire, mais qui se rencontre ici avec Pernice (Beseler, Etudes critiques, III, p. 136). Que faut-il entendre par *aestimare cum praeceptis*: apprécier l'équité à l'aide des préceptes du Droit Civil, ou prétorien et comment faire cette estimation ?

2<sup>e</sup>) Un peu plus loin, Pernice trouve inadmissible qu'un juriste ait fondé sa décision sur une raison telle que "nam male meritus publice, etc,... (fin du pr.), car celui qui a démerité publiquement, pour servir d'exemple aux autres afin de les détourner du crime, doit lui-même souffrir de la pauvreté". C'est en effet, une phrase prétentieuse qui sent beaucoup plus le législateur ou le philosophe que le juriste. Les mots "ad deterrenda maleficia" rappellent le in deterrenda liberalitate de Cicéron De Officiis. II.63. Dans le même Pr. Perozzi, Ist. II. p. 289 note et Beseler III p. 40 suspectent tout le passage final depuis "sed et si" Beseler s'appuyant sur le criterium "tamen". Ce sont seulement, dira-t-on, des morceaux du texte qui tombent sous le coup de la suspicion. Mais il y a d'autres critères dispersés dans tout le texte. *Inspectio*, au début du § I est tout à fait grec. *Recte dicetur* à la fin du § I est suspect. *Compelli* l'est également. Il y a de grandes chances pour que le fragment ne soit pas pur. Mais c'est une question de mesure. D'après Pernice tout le fragment a été fortement remanié par Justinien. L'auteur voulait dire que le fond était tout de même de Tryphoninus et il est possible que les hypothèses, les exemples soient de l'époque classique puisque les *Disputationes* sont des recueils de cas réels ou fictifs: ici, on aurait discuté des cas de conscience. Donc Pernice déclare que le fragment aurait été fortement remanié ce qui laisse entendre que le fond remonte à l'époque classique.

Pour nous, ce ne sont pas les compilateurs qui ont remanié le fragment. Les altérations ne viennent pas de Tribonien ou de ses collaborateurs. Pour nous, nous pensons que le texte sortirait plutôt de l'Ecole, il a une apparence scolaire, agite des idées, des principes qui sentent la scolastique. Mais la question est de savoir si ce texte vient de Tribonien (VI<sup>e</sup> S.) ou des écoles post-classiques (IV<sup>e</sup> S.) ou des écoles préjustiniennes (V<sup>e</sup> S.) car il y a trois couches d'interpolation à distinguer. Si le texte n'a pas été fabriqué par Tribonien, il faut encore se demander s'il vient des Ecoles d'Orient ou d'Occident. Nous ne pou-

Mais le fond provient-il de Tryphoninus ?

Le texte provient sans doute d'une Ecole.

vons pas résoudre ce problème. Mais ce texte a été beaucoup plutôt remanié dans les Ecoles avant Justinien, que refait par Tribonien.

Dans ce texte, il n'y a absolument qu'une source classique reconnaissable: la référence à Marcellus au milieu du § I. L'opinion de Marcellus est connue par la Loi 1.39.H.T. Cela prouve que l'auteur, quel qu'il soit, a connaissance tout de même des sources classiques, et nous savons, du reste, que les juris-consultes du IV<sup>e</sup> et du V<sup>e</sup> S. travaillaient sur les textes classiques (Gf. Scolies du Sinai).

Commentaire,  
le texte as-  
simile la  
B.F. à l'é-  
quité suprême au point  
de vue de  
l'exécution  
des contrats.

Commentaire. - Le texte commence par poser un principe très important: "Bona fides quae in contractibus exigitur aequitatem summam desiderat". "La B.F. qui est exigée dans les contrats postule l'équité suprême". Qu'est-ce que cette équité suprême ? Nous creusons petit à petit le problème et nous commençons à saisir le contenu de la B.F. avec plus de précision. Ici nous voyons que la B.F. est assimilée à l'équité suprême. Nous devons donc retenir une synonymie qui nous servira à l'avenir. Cette assimilation présente de l'intérêt à propos de la conclusion et de l'exécution des contrats. Car à notre avis (1) le texte se réfère, non pas à l'interprétation du juge, mais à la B.F. à observer dans l'exécution des contrats. Notre texte a été utilisé par Domat en ce sens (voir plus haut).

Nous retrouverons l'équité à propos de la 6ème règle. M. Collinet n'insistera pas sur cette notion qui a fait l'objet de son Cours de Pandectes de 1933-34 (p. 1-116), pour mettre au point les idées de M. Fritz Pringsheim (v. surtout Aequitas u. Bona Fides, Conferenze..., Milano, 1931, p. 183-214). Cet auteur pense que l'assimilation de l'une à l'autre - c'est notre question - vient du Droit de Justinien, mais, selon M. Collinet, c'est plutôt un simple rapprochement qui s'est produit, parce que l'équité byzantine, d'origine grecque, est, comme la B.F., quelque chose de doux; l'équité romaine était fondée sur l'idée d'égalité entre les parties: aequitas a pour synonymes aequum, bonum et aequum (honnête et égal). En tout cas, il faut réagir contre l'hyperkritique de M. Pringsheim comme contre l'attitude purement rhétorique de M. Stroux (v. en outre, F. Senn, De la justice et du droit, Paris, 1927). La définition de l'Équité par Littré est celle-ci: "qualité qui consiste à faire à chacun part égale, à reconnaître impartiallement le droit de chacun", ajoutons: sur la base du droit idéal ou naturel. Les Romains ont, en effet, regardé comme synonyme: B.F..

(1) Voir plus loin (conclusion) la controverse Hugo Krueger-Pernice.

bonum et aequum, jus gentium et natura. (V. 6ème règle).

Repreneons le commentaire de la l. 31.

L'auteur continue en disant: mais par rapport à quel étalon, doit-on apprécier la B.F. ou l'équité (car eam est amphibologique) par application du Droit des gens pur ou à l'aide des préceptes du Droit Civil et prétorien ? (1)

Le commentateur, avant de répondre à la question et d'y répondre de façon indirecte, pose à nouveau la question d'une façon plus nette ou plus expressive pour les étudiants (car l'origine de ce morceau est probablement scolaire), à l'aide d'un exemple: Un condamné pour crime capital avait déposé chez toi 100. Il a été déporté, ses biens ont été confisqués par l'Etat. La question qui se pose est de savoir si les sommes qui avaient été déposées chez toi par ce condamné, tu dois les rendre au condamné, ou si elles doivent être remises au Trésor, suivre le sort des biens universels de ce déporté qui sont, d'après le Droit pénal, dévolus au Trésor en bloc". Il est manifeste, continue le texte, que la solution sera différente suivant qu'on considère la natura et le Jus gentium d'une part, ou d'autre part, le Jus civile et le Legum ordo.

Il faut faire une remarque sur l'expression Jus naturalis et jus gentium, sur cette double désignation du Droit. Il est certain que d'après les juriseconsultes romaines, le Jus naturale et le Jus gentium ne sont pas la même chose. D'après Ulprien, D.1,1,1,3, le "Jus naturale est quod natura omnia animalia docuit - le Droit naturel est ce que la nature a appris à tous les animaux" et le Jus Gentium D.H.T.1,4, est le droit "quo gentes humanae utuntur: le droit dont se servent les nations humaines". Il est donc impossible de confondre les deux notions, de les considérer comme synonymes, puisque le Droit naturel est ce que la nature a appris à tous les animaux, y compris les hommes, tandis que le droit des gens est celui dont se servent toutes les nations humaines, d'où le nom de Jus gentium. L'assimilation serait un signe d'interpolation d'après M. Ferozzi. Pour Gaius, (l,1) -D.1,1,9 et Just. Inst. 1,12,1) le Jus gentium est "quod naturalis ratio inter omnes homines constituit". On pourrait croire que Gaius a une autre idée qu'Ulprien; car tous les hommes ce n'est pas la même chose que les nations humaines (il y a des hommes qui ne sont pas constitués en nations, en cités, à la différence des Grecs, des Romains, par exemple les Barbares,

(1) La même question se pose encore aujourd'hui pour le Droit international privé; l'évolution de la J.P. anglaise a été égard est à retenir.

Comment apprécier la B.F. ?

Exemple:  
le dépôt fait par un individu qui a été par la suite déporté, doit-il être rendu à lui ou au Trésor ?

Observations sur les expressions Jus naturale et Jus gentium.

comme les Germains, qui vivaient d'une façon inorganique et ne connaissaient pas les Cités. En réalité, Gaius précise sa pensée en indiquant l'origine de l'expression "Jus gentium", quasi quo iure omnes gentes utuntur; c'est-à-dire le droit dont se servent, pour ainsi dire, toutes les nations.

Quelle va être la réponse à la question posée ?

Elle ne semblerait pas prêter à hésitation: le dépôt, sous la rubrique duquel est placé le texte au Digeste et dans le commentaire de Tryphoninus, appartient à la catégorie des contrats du Droit des Gens, comme tous les contrats consensuels et les contrats réels, moins le mutuum; c'est un contrat de B.F. et de Droit des Gens. Par conséquent, il semblerait que ce contrat devrait être pénétré de la notion de l'équité absolue, intégrale (le Jurisconsulte le laisse entendre dans sa première phrase) et par conséquent devrait être restitué au condamné lui-même. Ce condamné qui est déporté, dont les biens sont confisqués, reste une "personne" en Droit naturel, autant qu'en Droit des gens. Le déporté perd la Cité, mais il garde la liberté, il subit la Capitis deminutio major ou media, il (D.48,22,15) "manque du Droit civil, mais reste capable en droit des gens", et par conséquent, on ne voit pas pourquoi le dépôt n'est pas restitué à ce déporté qui conserve une capacité.

Et cependant l'auteur du texte, quel qu'il soit, penche pour la seconde solution, (attribution au Trésor, en vertu du Jus civile et du Legum ordo). En vérité, cet auteur ne s'est pas prononcé de façon nette. Aussi Accurse déclarait-il que la question est restée sans décision, ce qui n'est pas exact, fait observer le Président Favre.

La vérité, c'est que l'auteur n'a pas répondu directement à la question; il se bornait à laisser entendre sa préférence par une raison qui paraît décisive "car, dit-il, celui qui a démerité publiquement ne deviendra un exemple aux autres, pour les écarter de leurs desseins criminels, que s'il souffre aussi de la pauvreté". Le coupable ne subirait pas son châtiment intégral, ne deviendrait pas un exemple pour les autres - le but de la peine, c'est l'exemple, s'il n'était pas privé également du dépôt, si la somme déposée tombait dans sa caisse à lui au lieu d'aller à l'Etat.

Il faut expliquer la décision. Comment se fait-il que le dépôt ne sera pas rendu au déposant ? Pourquoi cette contradiction avec le caractère du dépôt qui est issu du Jus gentium ? Pourquoi cet échec au caractère international et naturel du dépôt ? Pourquoi cette décision qui viole nettement le principe (D. 48,

Le dépôt étant un contrat du droit des gens, l'équité devrait conduire à dire qu'il doit être restitué au déposant.

Cependant le jurisconsulte répond qu'il doit l'être au Trésor, conformément au droit civil.

Raison de cette décision: le droit civil doit limiter le droit naturel

quand celui-ci conduirait à la violation du droit ici conduirait à nuire à l'exemplarité de la peine.

22,15), que le déporté est capable en Droit des gens ? C'est que, comme l'observe le Président Favre, il y a ici précisément une exception. Le Droit Civil l'emporte sur le Droit des gens quand le Droit civil a été établi contre les violateurs du Droit naturel. Il faut bien qu'il y ait des limites au droit des gens. Ces limites sont posées par le Droit Civil lui-même, quand il y aurait abus à ce que le Droit naturel ou des Gens s'appliquât sans limites et profitât à des malfaiteurs. Ici encore nous retrouvons l'avantage de ces conceptions du Droit romain plus souples que nous ne les ferions aujourd'hui. On arrive donc à cette conclusion que le déporté perd le dépôt qui avait été contracté avant sa condamnation. Il ne peut pas le reprendre. Au contraire, d'après la Loi 15, le même déporté pourrait recevoir la restitution d'un dépôt qu'il aurait contracté après sa condamnation. Nous conclurons donc sur le pr. de notre Loi que l'équité suprême postulée par la B.F. est une équité comprimée par les exigences du Droit civil et de l'ordre légal. Ce n'est pas une équité suprême absolue, car la *summa aequitas* a tout de même des limites.

Précision de la notion d'équité par le § I:  
Entre qui doit s'appré-  
cier l'équi-  
té ?

Observations sur les mots:  
actum, gestum,  
contractum.

Cette notion de l'Equité va se retrouver au § I et se préciser quelque peu. Dans ce § I, le commentateur poursuit l'étude de l'extension du concept de B.F. Il se demande jusqu'où on doit étendre ce concept, et il pose la question à propos des personnes. Entre quelles personnes doit-on apprécier la B.F. ou la *summa aequitas* ? Est-ce entre les contractants seuls, ou est-ce également à l'égard des tiers intéressés au contrat ? Remarquons tout de suite l'expression qui sert à désigner ces tiers: "aliarum personarum ad quas id quod geritur pertinet: le terme *geritur* se traduit très simplement: "ce qui est fait", l'acte passé. Mais les Romains ont apporté de la précision dans l'emploi du terme "*gerere*" et de ses synonymes, et il n'est pas mauvais de nous rendre compte du sens de ces termes.

Labéon cité par Ulprien D. 50,16.D.V.S. loi 19, définit et oppose trois termes qui en français sont synonymes et veulent dire "acte juridique": 1<sup>e</sup>) "actum", qu'on emploie quand on a fait quelque chose verbis ou re, dans le cas où il y a eu stipulatio ou prêt; 2<sup>e</sup>) "contractum", contracté, quand dit Labéon, il y a eu obligation synallagmatique ultro citroque obligationem, que le jurisconsulte rend par le mot grec "*συναλλαγμα*". Les Romains n'ont pas une expression pour dire le contrat synallagmatique, ils disent "ultra citroque obligationem". Par conséquent, dans le cas de stipulation ou de mutuum, on ne pourrait employer "contractum"; Labéon a sur ce point une

théorie plus ancienne que Gaius (1). 3°) Gestum: chose qui est faite sans paroles, qu'il s'agisse d'un contrat ou d'un quasi contrat: ex. la negotiorum gestio. Le dépôt est une de ces choses.

Entre quelles personnes doit-on apprécier le concept de B.F? entre les contractants seuls, ou à l'égard des tiers intéressés au contrat? Le commentateur prend encore ici un exemple: un voleur a déposé les fruits du larcin commis contre moi "spolia" chez Seius qui ignorait la provenance des objets, qui était de B.F. Est-ce au voleur qui a fait le dépôt que Seius doit restituer, ou est-ce à moi, victime du vol, propriétaire légitime des spolia?

Voilà un casus très intéressant, du genre de ceux qu'on discutait dans les Ecoles des rhéteurs ou des prudents, et qui sont des exemples de casuistique.

En droit pur, les choses devraient être rendues au déposant, c'est-à-dire au voleur. La B.F. l'exigerait, car dit le texte, la B.F. est telle ut commissam rem recipiat ~~is~~ qui dedit, que la chose doit être rendue à celui qui l'a remise. C'est incontestable: le voleur a fait le dépôt; Seius doit rendre la chose au déposant, sans s'occuper si la chose a été volée. D'ailleurs il y a une autre raison: c'est que (art. 1165 C. Civ.) "les conventions n'ont d'effet qu'entre les parties contractantes. Elles ne nuisent point aux tiers, et elles ne leur profitent que dans le cas prévu par l'art. 1121", ce qui est un principe romain et de bon sens. Le volé peut être très intéressant en sa qualité de victime, cependant, il est un tiers par rapport au contrat passé entre le déposant et le dépositaire. La solution ne devrait donc pas faire de doute en droit pur et en équité. Cette solution serait corroborée par deux textes. (+)D.16,3. Depositi. Fg. 11, Ulp. 1.41. Ad. Sabin.; et D.17,1. Mandati, 48. Celsus, 1.7. Dig. Toutefois, cette solution qui paraît conforme au bon sens et être une application logique de l'idée que les conventions n'ont d'effet qu'entre les parties, est écartée par la Loi 31, dont l'auteur préconise une autre solution. Il la fonde sur ce qu'il appelle la "totius rei aequitas", l'équité de la chose toute entière, l'équité intégrale, celle qui est observée par toutes les personnes qui ont été mêlées à l'affaire, et il conclut que les "spolia" doivent être rendus à moi, la victime. Personne, dit-il, n'est plus qualifié que moi pour répéter, voilà ce qu'on lit dans le passage qui

(1) Sur le part. passé contractum et le subst. contractus, v.P. Collinet, Law Quart. Rev. Oct. 1932, p.488-494.

Exemple: dépôt d'une chose volée faite par le voleur à un tiers de bonne foi.

A qui celui-ci doit-il restituer?

En droit, il doit restituer au voleur, car le volé est un tiers.

Tempérament que l'équité et l'idée de justice apportent à cette solution.

commence par le mot "probo". Nous sommes donc en dehors des principes de tout à l'heure, qui paraissaient les plus justes. Qu'est-ce qui peut faire pencher le jurisconsulte vers cette solution ? Ce qui le détermine c'est le grand et fondamental principe contenu dans le mot Justice "suum cuique tribuere" rendre à chacun ce qui lui appartient." Et probo hanc esse justitiam quae suum cuique ita tribuit: Et j'approuve que la justice soit celle qui attribue à chacun le sien".

Cette expression suum cuique tribuere se trouve d'abord dans un texte d'Ulpien. I. Regul. D.1,1,10,Pr.: Inst. 1,2 Pr. Ce texte contient la définition de la justice: iustitia est constans et perpetua voluntas ius suum cuique tribuendi - La justice c'est la volonté constante et perpétuelle de rendre à chacun ce qui lui est dû ". Cette règle forme le dernier des trois préceptes du Droit chez Ulpien D.1,1,10,1 = Inst. I,1,3 juris praecpta sunt haec, honeste vivere, alterum non laedere; suum cuique tribuere - Voici les préceptes du Droit : vivre honnêtement, ne pas léser autrui, rendre à chacun le sien". (1).

L'auteur envisage ensuite une hypothèse nouvelle: Si je ne viens pas réclamer ces choses à Seius, elles doivent être restituées au déposant, malgré l'origine délictueuse de sa possession, et le jurisconsulte fait une référence à un passage de Marcellus: "quod et Marcellus in praedone et fure scribit: ce que Marcellus a écrit à propos du praedo et à propos du fur". Le praedo se traduit généralement par possesseur de mauvaise foi, - et il y a un grand nombre de textes où ce terme s'oppose à B.F. possessor. - Mais praedo a un sens tout autre. Il n'est arrivé à désigner le possesseur de M.F. que par dérivation. Le praedo est en principe différent du possesseur de M.F. C'est l'individu qui possède sans titre; or, le titre et la B.F. ou la M.F. ce n'est pas la même chose; il y a là deux notions distinctes, l'une objective, l'autre subjective. Il ne faut donc pas confondre le sens dérivé (P. de M.F.) et le sens normal (Fosseur sans titre). Le praedo, c'est l'envahisseur, invasor, celui qui enlève la propriété d'autrui, qui s'empare du bien d'autrui sans titré. On est praedo lorsque, disent les textes, l'individu installé sur la chose d'autrui (plutôt un immeuble) étant interrogé par celui qui se prétend le véritable propriétaire ou l'héritier de cet immeuble, sur le point de savoir en vertu de quel titre il possède, ne peut répondre qu'une chose: "possideo quia possideo", ce qui ne veut rien dire, ou ce qui veut dire: je suis incapable d'énoncer mon titre de

Observation sur le sens du mot praedo; différence avec fur. Relation entre le cas du praedo et l'hypothèse de jacence de l'hérité.

(1) V. F. Senn, ouvrage cité.

possession, parce que je n'en ai pas. (Cf. D.5.3,d. H.P., 11,1;12;15.Pr.) Praedo dans sa notion originaire et normale se présente surtout en matière de pétition d'hérédité. - Cela s'explique à cause de la jacence de l'hérédité, parce que le cas d'envahissement d'un bien se conçoit beaucoup plus facilement quand il n'y a pas de propriétaire que quand il y en a un. - Ex. un chemineau trouvant une maison vide y entre et s'y installe. Cette maison faisait partie d'une hérédité. La P.H. sera possible contre ce praedo, parce que la P.H. peut être intentée contre deux personnes seulement: 1<sup>o</sup>) contre le possessor pro herede, celui qui allègue qu'il est héritier opposant son prétendu titre héréditaire à celui qui réclame l'hérédité. - 2<sup>o</sup>) contre le praedo, contre celui qui ne se prétend pas propriétaire et ne peut alléguer aucun titre quelconque et qui est un possessor pro possessore, ce qui ne veut pas dire grand chose non plus et marque l'absence de titre. Dans le cas où on intente la P.H. contre le praedo, le bien envahi sera plutôt un immeuble (ce pourrait être également un meuble). Le praedo s'oppose tout naturellement au fur, car celui-ci ne peut être qu'un voleur de meuble, attendu que (Gaius II.51. in fine) au II<sup>e</sup> siècle, on avait repoussé l'opinion des "anciens" et on n'admettait plus qu'il y ait fur-tum pour les fonds de terre. Donc, il ne peut y avoir fur que quand il y a un meuble dérobé, et en pratique il y aura praedo quand il s'agira d'un immeuble. L'action contre le praedo ne peut pas être l'action furti s'il possède un immeuble. Ce ne peut pas être toujours l'actio vi Bonorum Raptorum qui suppose qu'il y a violence, mais ce seront des actions réelles comme la Revendication ou la P.H.

En notre matière, et dans la référence de notre texte à Marcellus, le praedo ne peut s'entendre d'un envahisseur d'immeuble, car le dépôt ne porte en principe que sur les meubles (quand il s'agit du dépôt ordinaire et non du dépôt séquestre). Pourquoi le Juris-consulte a-t-il doublé son idée en parlant à la fois du praedo et du fur ? C'est délicat à savoir, car il n'y a pas en pratique grande différence entre le praedo qui s'empare d'un meuble et celui qui vole un meuble. L'opinion de Marcellus nous est connue par un texte du Dig. H.T. 1.39 où l'opinion du jurisconsulte est citée par Ulprien 1. 30 ad Ed. (Marcellus a composé vers 166 après J.C. son Digeste, dont un passage se trouve indiqué par Ulprien).

Si praedo : Si le praedo (l'envahisseur) ou le voleur fur depo-:leur ont fait un dépôt (de la chose en-suérint et :vahie ou volée) Marcellus au L.6 de son

hos Marcel- : Dig. pense que même ceux-là agiront  
 lus libro : légalement par l'action de dépôt car  
 sexto Diges- : ils y ont un intérêt (à agir contre les  
 torum pu- : dépositaire) du fait qu'eux-mêmes sont  
 tat recte : personnellement tenus (à rendre les  
 depositi ac- : choses détournées).  
 tuos: nam : Pour pouvoir les rendre, il faut  
 interest eo- : qu'ils puissent les réclamer au dépo-  
 rum eoquod : sitaire.  
 teneantur. :

La référence à Marcellus prouve que l'auteur, même s'il n'est pas Tryphonius, connaissait les sources classiques, puisque le passage de Marcellus se retrouve chez Ulprien et au Digeste. Des personnes qui ont commis un délit peuvent donc parfaitement faire des dépôts valables, ils pourront agir valablement par l'action de dépôt car "aliud est delinquere, aliud contrahere: ce n'est pas parce qu'on est un délinquant qu'on ne peut pas faire un contrat valable (cf. le déporté).

L'auteur du fr. 31 passe ensuite à une hypothèse plus compliquée: La chose du maître a été volée par un individu quelconque au fils ou à l'esclave de ce maître. On sait en effet que les fils et les esclaves détenaient les choses du maître, en particulier quand ils avaient un pécule, et même sans cela; car le rôle économique du fils et de l'esclave était de faire valoir le patrimoine du maître. J'ai confié à mon fils un troupeau dont une des brebis est enlevée par un brigand. Ce qui est un peu particulier et qui fait l'intérêt du texte, c'est que la chose ainsi volée est déposée chez le maître lui-même qui, par supposition, ignore que cette chose a été enlevée des mains de son fils ou de son esclave. Quelle est la valeur du dépôt: le jurisconsulte répond: le dépôt ne se formera pas "ex Jure gentium" parce qu'on ne peut pas être dépositaire de sa propre chose. Le dépôt ne se formera pas en vertu du droit des gens, c'est-à-dire: le jurisconsulte reprenant son idée antérieure, il n'y a pas à chercher à rendre le dépôt valable en invoquant les principes du droit des gens. Le jurisconsulte écarte ce appel à un principe supérieur, au concept d'un droit supérieur au jus civile, (le jus gentium). Le jurisconsulte poursuit donc bien son idée, d'une façon un peu raccourcie sans doute. Car, dit-il, quelle est la puissance du dépôt, quel est le principe sur lequel il repose? C'est qu'on ne peut donner à garder à une personne que la chose d'autrui et non pas à un propriétaire sa propre chose. Le texte latin est ambigu, Mommsen a voulu l'amender, mais c'est inutile: le pas-

Validité du dépôt fait par l'auteur d'un délit; reconnaissance à son profit de l'actio depositi directe.

Autre hypothèse: chose du maître volée à son fils ou à son esclave et déposée chez le maître qui l'ignore.

Le dépôt ne se formera pas ex jure gentium car le dépôt ne peut porter que sur la chose d'autrui.

sage est elleptique parce que l'auteur n'est pas un bon latiniste; c'est un commentateur de basse époque qui se soucie peu de la syntaxe classique. On ne peut pas être dépositaire de sa propre chose: c'est l'évidence même. Le même Ulprien, au L. 30 ad. Ed. encore, livre dont le fg. 1.39 (Suprà) a été tiré, déclare formellement (D. 50.17.D.D.R.J.45): il n'y a pas de gage ni de dépôt, ni de précaire, ni d'achat, ni de location de sa propre chose. Le dépôt ne peut pas se former (dans le cas du fg. 31) cela veut dire que le maître ne sera pas tenu de rendre au voleur le dépôt quand il apprendra plus tard que la chose déposée lui appartenait. Lorsque le voleur voudra agir contre lui par l'action de dépôt, le maître opposera sa propriété et la nullité du dépôt.

L'hypothèse est la même dans la suite du texte. Vol de ma propre chose, vol ignoré par moi, ici on n'a pas volé la chose au fils ou à l'esclave, mais à moi directement. Puis dépôt fait par le voleur chez moi. Le dépôt ne vaut pas, on dira à juste titre que le dépôt n'est pas formé. Pourquoi cela ? Ce qui est intéressant pour nous c'est que l'auteur ici fait appel au concept de B.F.: le dépôt ne peut pas se former quia non est ex fide bona rem suam dominum praedoni restituere compelli: parce que cela ne rentre pas dans le concept de bonne foi (ce n'est pas de la B.F.) que de forcer le propriétaire à rendre sa propre chose au voleur. Le jurisconsulte ici emploie praedoni, il aurait pu dire tout aussi bien furi.

Si le maître a livré sa chose au déposant il aura pour la reprendre une conditio in-debiti dati.

La finale prévoit une dernière hypothèse. Si le propriétaire ignorant avait livré sa propre chose au pseudo déposant, qu'arriverait-il ? Le propriétaire ignorait qu'on lui avait volé la chose, il a cru la recevoir comme en vertu d'un dépôt régulier, il a accepté le dépôt loyalement, le voleur le lui réclame; ignorant le vol commis contre lui, le volé livre la chose (Cela peut se concevoir très bien pour une brebis de son troupeau que le propriétaire ne reconnaît pas). Le propriétaire poursuivi par le voleur déposant, ou simplement sollicité par lui, a livré sa propre chose au pseudo-déposant. L'auteur ne dit pas "restitué". En effet, pas de restitution, puisqu'il n'y a pas de dépôt; livraison, tradition pure et simple, tradition faite sans cause. La notion de cause est facile à saisir ici. La livraison est faite par le propriétaire qui ignore le vol; elle est faite sans cause. Il n'y avait pas de dépôt, il n'y avait qu'un simili-dépôt, donc le maître n'a pas pu livrer la chose, ex causa depositi, mais quasi ex causa depositi, comme en vertu d'un dépôt. Il est trompé, il n'y a qu'une apparence. Il la livre sans cause, car cet homme n'est pas

le dépositaire. Il est dans l'erreur. Que va-t-il arriver ? "Tamen, cependant, la conductio de la chose donnée indue compètera". Remarquons l'expression: "Condictio indebiti dati"; ordinairement on dit simplement "condictio indebiti", la conductio de l'indû. Pourquoi la conductio indebiti ? En effet, c'est un principe que le propriétaire n'a jamais la conductio (sauf la conductio furtiva accordée au propriétaire en cumul avec la revendication, *in odio furum*, Gaius, IV,4). En principe, on ne peut avoir la revendication et la conductio; celle-ci ne se donne qu'à des personnes qui ne sont plus propriétaires. Quand j'ai payé l'indû, j'ai fait un transfert de deniers par traditio à celui que je croyais créancier, j'ai perdu la propriété, j'ai la conductio indebiti qui remplace la revendication. (C'est pourquoi Savigny déclarait que la conductio avait été inventée comme succédané de la revendication perdue, théorie abandonnée depuis longtemps). Ici le propriétaire n'a pas perdu la propriété et cependant il a la conductio indebiti. Ce cas a préoccupé les interprètes anciens qui ont cherché la raison de cette exception à la règle. Le Président Favre (Rationalia t. IV.p. 375) suppose que la conductio a pour objet non pas la propriété, puisque l'individu est resté propriétaire, mais la possession corporelle de la chose. Les Romains sont assez stricts sur certains points, mais à d'autres égards, ils sont très larges. Ici il s'agit d'interpréter largement: le jurisconsulte, en parlant de conductio indebiti, parlerait de la possession. De même qu'on a donné à côté de la R.V. la conductio furtiva contre le voleur, dans l'intérêt propriétaire qui aura plus de facilité à prouver le fait de vol que son droit de propriété de même ici le propriétaire aura une conductio indebiti dans son intérêt. S'il intentait la R.V., il devrait prouver sa propriété, preuve souvent délicate. Il aurait bien aussi les interdits possessoires, mais ce ne sont que des moyens provisoires. Le jurisconsulte lui donne un sorte de conductio indebiti dans laquelle il n'a qu'à prouver les faits de la cause, sans être obligé de prouver qu'il est propriétaire et par laquelle il réclamera la possession perdue sans cause.

Il faut noter que la Loi 31.Pr. a passé dans Domat (loc. Cit. Règle 12) et la loi 31,1 a passé dans Domat (l.c. Règle 13).

5°) Il ne convient pas à la B.F. de refuser de rendre ce qu'on a reçu.

5° règle: Il ne convient pas à la B.F. qu'on refuse de rendre ce qu'on a reçu.

Cette règle est posée au D. 16,3 Depositi 11. Ulp. 1. 41 Ad. Sab. - Ce qu'un esclave a déposé, celui qui a déposé: chez qui cela a été déposé (le suit, *is apud quem*: dépositaire) le rendra à l'esclave.

¶ D. 16, 3, 11.

depositum est ser- : le plus légitimement en vertu  
vo rectissime reddet : de la B.F. Car il ne convient  
ex bona fide: nec : pas à la B.F. de refuser de  
enim convenit bo- : rendre ce que l'on a reçu. Mais  
nae fidei abnegare : on devra rendre à celui de qui  
id quod quis accepit : on a reçu. Il en sera ainsi  
sed debet reddere : toutefois si on rend sans dol  
ei a quo accepit, sic: aucun, c'est-à-dire afin qu'il  
tamen, si sine dolo : n'y ait pas même un soupçon de  
omni reddat, hoc est, : faute. Enfin Sabinus a expliqué  
ut nec culpae quidem : ceci en ajoutant "et qu'aucune  
suspicio sit denique : cause n'intervienne pour la-  
Sabinus hoc expli- : quelle on puisse penser que le  
quit addendo; nec ul- : maître ne veut pas que la chose  
la causa intervenit, : soit rendue (à l'esclave) "Il  
quare putare possit : en est ainsi si le maître peut  
dominum reddi nolle' : être soupçonné, à savoir pou-  
hoc ita est, si po- : sé par une raison légitime.  
tuit suspicari ius- : D'ailleurs il suffit que la  
ta scilicet ratione : B.F. soit présente. Mais si au-  
motus: ceterum suf- : paravant l'esclave avait commis  
ficit bonam fidem : le vol de cette chose, si ce-  
adesse. Sed et si : pendant l'a ignoré celui chez  
ante eius rei furtum : qui il a déposé (le dépositaire  
fecerat servus, si : ou s'il a cru que le maître ne  
tamen ignoravit is : devait pas être opposé à ce  
apud quem depositum : paiement (m. à m. ne devait pas  
vel credidit domi- : être non consentant) il peut  
num non nivitum fo- : être libéré; car la B.F. est  
re cuius solutio- : exigée. Mais non seulement si  
nis, liberari po- : on a payé à l'esclave resté en  
test: bona enim fi- : servitude, mais même si on a  
des exigitur. Non : payé au même esclave affranchi  
tantum autem si rema- : ou aliéné, la libération se  
nenti in servitute : produit si elle procède de jus-  
fuerit solutum, sed : tes causes, à savoir si quel-  
etiam si manumisso : qu'un ignorant a payé à l'es-  
vel alienato, ex ius- : clave affranchi ou aliéné, et  
tis causis liberatio : Pomponius écrit que la même rè-  
contingit, scilicet : gle doit être observée à l'égard  
si quis ignorans ma- : de tous les débiteurs également.  
numissum vel aliena- :  
tum solvit, idem que :  
et in omnibus debito- :  
ribus servandum Pom- :  
ponius scribit. :

Ce texte joue également un rôle dans la controverse entre Fernice et Hugo Krüeger (v. Conclusion)

Au point de vue critique, il est certain que ce texte contient de nombreuses interpolations; le fond seul est d'Ulprien.

Critique du texte (1). Avant que Pernice ne l'étudiât, une seule interpolation avait été signalée par Eisele, dès 1890, dans la revue de Savigny. T. XI. p. 8. Etudiant les termes qui indiquent les gloses (*id est. hoc est - scilicet*), il signalait la phrase: *hoc est ut nec culpae quidem suspicio sit*". Cette phrase, disait-il, ne peut être d'Ulprien, car le dépositaire ne peut jamais être tenu d'un soupçon de faute. Eisele n'avait pas fait une étude approfondie du texte. Pernice (Labeo II.1. p. 171. n.1.) proclame que les impuretés de langue et de fond abondent dans le fragment tout entier: "(rectissime reddet) ex bona fide" sont des mots superflus qui ne servent que de transition entre cette phrase et le passage suivant. En effet, il est inutile de dire deux fois de suite *ex B.F.* et puis *nec enim convenit bonae fidei abnegare*.

Le passage suivant est amorphe. Qu'est-ce que *debebit reddere*, il n'y a pas de complément; *sine dolo omni c'est* du grec (δέντι μάντειον δέλθειον). Qu'est-ce que ce *dol* qui embrasse aussi la *culpae suspicio*? Ensuite *hoc ita est* "flotte dans l'air"; *justa scilicet ratione motus* est une expression favorite des Byzantins ou de Justinien; *credidit dominum non invitum fore hujus solutionis* ce n'est pas une phrase latine. Il a cru que le maître n'était pas récalcitrant, non consentant à ce paiement, c'est grec. En conséquence le fond seul du texte serait d'Ulprien, dans une mesure impossible à déterminer. Cependant les références à des auteurs (Sabinus, Pomponius) prouvent que le texte n'a pas été fabriqué de toutes pièces; le fond du texte est d'Ulprien, mais au Bas-Empire on a brodé dessus. Le L. 41 ad. Sabin. d'Ulprien traitait du *furtum* (c'est le 2ème livre consacré au *furtum*) et notre Loi 11 dans la Paling. porte le n° 2869 d'Ulprien.

Pernice n'a pas remarqué que le texte, après avoir parlé pendant un certain temps du dépôt, de la restitution du dépôt, change de direction dans le dernier tiers après la phrase "si tamen ignoravit is apud quem depositum". A partir de *vel credidit*, il parle de paiement; les termes *hujus solutionis*, *liberari*, *fuerit solutum*, *liberatio*, *solvit*, l'indiquent. Il est donc probable qu'il existe une lacune entre les deux morceaux du texte, par la faute sans doute d'un copiste, car que signifie *hujus solutionis*, alors qu'il n'a pas été encore question de payer? On remarquera que sous le n° 2869 de la Paling. Lenel a fait entrer notre texte en insérant auparavant la loi 18 D.46.3. (déjà mention-

(1) Index interpol., t. I, col. 274-275. M. Collinet y renvoie pour ne pas discuter chaque terme suspecté.

née et que nous retrouverons) où il est traité de la solution à l'esclave.

Commentaire. En général, l'esclave n'ayant pas de capacité acquiert pour son maître. Ayant fait un dépôt, l'esclave ne devrait pas pouvoir réclamer ce dépôt personnellement; le dépôt devrait être rendu au maître, puisque l'esclave n'a pas de capacité personnelle. Pas du tout, le dépositaire qui a reçu d'un esclave doit rendre le dépôt à celui-ci "rectissime", le plus légitimement. Cela est tout à fait juridique, et tout à fait régulier en droit: Il faut qu'il rende à l'esclave et en plus le jurisconsulte fait intervenir la notion de B.F. Il rendra à l'esclave le plus régulièrement du monde et en vertu de la B.F. "parce que la B.F. n'admet pas qu'on refuse de rendre à celui de qui on a reçu", passage interpolé selon P. Huvelin, *Etudes sur le Furtum*, t. I, 1915, p. 710-711, parce que le texte remonte à Sabinus et traitait de l'a. in factum de dépôt. Si le dépôt a été fait par un incapable il faut rendre à cet incapable (cf. Loi 31 on doit rendre même au voleur qui a fait le dépôt). Déjà dans la L. 31, on appliquait la 5ème Règle de la Loi 11. A ce propos, le Président Favre disait que le dépôt est un fait, que l'esclave est capable d'agir et que la restitution du dépôt est également un fait).

Cependant la Loi 11 met une condition à la restitution du dépôt à l'esclave: elle exige que la restitution soit faite en général à celui dont on a reçu, à une condition pourtant, que la restitution ait lieu sine dolo omni, sans le moindre dol, sans dol aucun, et une explication s'ensuit qui a une forme de glose bien accusée (reconnue par tous), qui, même si le fond du texte est d'Ulprien, n'est certainement pas de lui "hoc est ut nec culpas quidem suspicio sit: la restitution devra s'opérer sans dol aucun, c'est-à-dire sans qu'il y ait le moindre soupçon de faute. Ainsi il faudra prendre le mot dol dans son sens le plus large, c'est-à-dire non seulement dans le sens de perfidie, tromperie, fallacia, mais en l'étendant jusqu'au plus léger soupçon de faute par rapport à celui qui a reçu. On se montrera donc très difficile pour lui. Nous allons voir la portée de cette exigence.

Le texte continue en rapportant une explication qui avait été donnée par Sabinus, le deuxième directeur de l'Ecole Sabinienne fondée par Capiton. Ce Sabinus a vécu jusqu'après 54 de notre ère. Ce Sabinus qu'Ulprien commente ici avait ajouté à propos de la règle que nous étudions "nec ulla causa intervenit quare putare possit dominum redi nolle". La restitution devra avoir lieu à moins que ne soit intervenue une cause d'après

Un dépôt ayant été fait par un esclave, le dépositaire doit rendre à l'esclave et non au maître.

Justification de cette solution.

Toutefois pour que cette restitution soit régulière, il faut qu'elle ait lieu sans le moindre dol.

Sens large du mot dol dans cette hypothèse.

Il faut que l'accipiens n'ait pas pu penser que le maître ne voulait pas qu'on rendît à l'esclave.

laquelle l'accipiens puisse penser que le maître n'a pas voulu qu'on rende (à l'esclave). Le texte est encore général. Nous avons quitté le dépôt. Partout il s'agit de restitution en général, il n'y a même pas de complément au mot reddere, reddat, reddi, tous ces verbes n'ont pas de sujet ou pas de complément. Qu'est-ce que Sabinus entend par là ? Il ne s'est pas expliqué: il a posé une réserve importante puisqu'il fait intervenir le maître, ou plus exactement l'opinion du maître. Mais il ne donne pas de détail. P. Huvelin pensait qu'il s'agissait de savoir si la négation du dépôt constituait un furtum. Le commentateur byzantin, plutôt qu'Ulprien, a complété la pensée de Sabinus: "hoc ita est....(cette phrase ne vient certainement pas d'Ulprien, car bien souvent ces mots annoncent l'intervention du commentateur (il en est ainsi quand). D'après lui, il faudra que l'accipiens, le possesseur de la chose à rendre puisse soupçonner la pensée du maître, là deviner, interpréter la volonté du maître, en étant poussé par un juste motif, ou en ne se laissant guider que par un motif raisonnable, et juste. "Ici encore, on reste dans le vague - et sous prétexte de serrer la question, de dissiper ce vague, on nous dit "d'ailleurs il suffit que la B.F. soit présente "ce qui ne nous avance guère. Qu'est-ce que la *justa ratio*, qu'est-ce que cette B.F. qu'il suffit qu'elle soit présente ? Tout cela est bien vague et laisse penser que c'est du byzantin.

Il est bien évident que si le maître avait signifié à l'accipiens sa volonté qu'il ne rendît pas à l'esclave, il n'y aurait pas de difficulté. Mais il ne l'a pas fait. Il s'agit de deviner sa pensée. Dans quel cas l'accipiens pourra-t-il dire qu'il est protégé par la *justa ratio* et pourra-t-il dire qu'il se croyait d'accord avec le maître, quoique celui-ci n'ait pas indiqué son opinion (1) ? Les textes indiquent plusieurs espèces de présomptions de la volonté du maître. Ainsi dans D. 1,16,3. de Solut. et liberat. 18, nous trouvons une espèce qu'il nous faut retourner, et nous en concluons que le dépositaire serait en faute au cas où il aurait rendu la chose à l'esclave, quoi qu'il eût appris que l'esclave avait été affranchi, ou que le pécule avait été enlevé par le maître à l'esclave (*ademptio peculi*). Le dépositaire n'a plus alors le droit de rendre à l'esclave, car en rendant à l'esclave, il ne rend pas au maître, puisque dans le premier cas il y a rupture complète de rapports entre eux; et dans le deuxième cas, rupture relative par rapport à ce pécule. Donc, dans ces cas-là le déposi-

Faits aux-  
quels l'accipi-  
ens pourra  
présumer la  
volonté du  
maître.

(1) Cf. P. Huvelin, op. cit., p. 711-712.

taire sera en faute s'il restitue le dépôt à l'esclave. En effet, du fait qu'il a affranchi l'esclave ou lui a retiré le pécule, il se présume que le maître n'a pas voulu que la chose fût rendue à l'esclave. Tout est une question de fait et de B.F., c'est-à-dire d'interprétation de la volonté du maître faite loyalement. Il y aura B.F. quand l'accipiens prouvera qu'il a agi en toute honnêteté, ignorant que l'esclave avait été affranchi ou que le pécule lui avait été enlevé.

Mais voici un autre cas: sed et si ante ejus rei furtum fecerat servus..., l'esclave a commis un vol de cette chose. Le texte n'est pas bien rédigé. De quelle chose? J'entends de la chose qu'il a déposée (et dont il est question au début du texte) chez quelqu'un qui ignorait le vol, qui était de B.F. L'esclave a volé la chose à son maître, il l'a maniée contre la volonté de celui-ci (car l'élément le plus important du furtum c'est la contrectatio fraudulosa rei alienae, le fait par l'esclave de disposer de la chose qu'on lui a confiée, contrairement à la volonté du maître). Celui-ci lui avait confié un troupeau et il a déposé une tête de ce troupeau chez Tertius qui ignorait le caractère furtif de ce dépôt. (si tamen ignoravit is apud quem depositum, si le dépositaire a ignoré la provenance furtive de l'objet). Mais on ne sait ce qui arrive alors, car nous sommes à la fin de la 1ère partie du texte où il était question de dépôt, et la pensée de l'auteur n'est pas achevée. Ensuite, on passe à un autre ordre d'idées. La phrase originale finissait en disant sans doute: le dépositaire qui rendra l'objet furtif déposé à l'esclave sera tout de même libéré à condition qu'il agisse de B.F. La phrase bona enim fides exigitur nous ramène à l'ordre d'idées de la Loi 31: le dépositaire qui a reçu l'objet furtif, pourvu qu'il fût ignorant, quand il restitue la chose à l'esclave, n'est pas coupable; le dépositaire se conforme à la B.F. mais nous restons dans les applications de la B.F. conformes à la Loi 31: on doit rendre à celui qui a déposé, même voleur.

Jusqu'au mot "depositum" Ulprien suppose donc que l'esclave avait volé la chose dont il a fait plus tard un dépôt: le dépositaire n'a pas eu connaissance du vol. Il sera libéré.

A partir des mots "vel credidit", au contraire, nous entrons, sans aucun doute, dans une autre hypothèse: que signifie en effet cet "hujus solutionis" dont il n'a jamais été question auparavant?

Le mot "solutionis" ne peut concerner qu'un paiement. Or, il n'a été question, auparavant que de dépôt. On peut donc bien penser que le texte présente

Si la chose déposée par l'esclave était une chose volée, le dépositaire sera cependant libéré en la lui restituant, pourvu qu'il soit de B.F.

Dig. XVI.3.II.  
Nouvelle hypothèse à partir de vel credidit: le débiteur du maître a payé à l'esclave de celui-ci en croyant que le maître y était consentant.

ici une solution de continuité. On peut songer à la combler en indiquant qu'il s'agit sans doute d'un débiteur du maître qui a payé à l'esclave, en croyant que le maître n'était pas opposé à ce paiement, qu'il y était consentant "vel credidit dominum non invitum fore hujus solutionis". Ce qui prouve qu'il s'agit bien d'un paiement à l'esclave de la part d'un débiteur du maître, c'est que tout de suite après on lit: "non tantum autem si remanenti in servitute fuerit solutum non seulement si le paiement a été fait à l'esclave resté en servitude.... C'était le cas prévu sans doute avant vel credidit. Le débiteur qui a payé à l'esclave alors qu'il croyait que le maître ne serait pas opposé au paiement, peut être libéré, et ce qui fait sa libération, c'est sa croyance: "B.F. enim exigitur car la B.F. est exigée. Cette croyance, peut-on dire, constitue la B.F. Nous nous mouvons ici dans des notions de loyauté, d'honnêteté, choses synonymes en matière de restitution de dépôt, de libération.

Le Président Favre appliquait la phrase "non tantum....etc.,.. au dépositaire, à la restitution du dépôt, parce qu'il ne s'imaginait pas qu'il y eut deux hypothèses. C'est difficile à admettre parce que solvere n'est pas la même chose que restituere.

Le texte prévoit ensuite une nouvelle double hypothèse. Il va supposer que le paiement a été fait, soit à l'esclave affranchi "si manumisso", soit à l'esclave aliéné "alienato". Dans les deux cas, l'ancien esclave ou l'esclave aliéné n'acquieraient plus pour le maître créancier. Au 1er cas, il acquiert pour lui-même, puisque l'affranchi est libre; au 2ème cas, il acquiert pour son nouveau maître. On peut donc se demander comment le débiteur qui paie à l'affranchi ou à l'esclave aliéné (ou comment le dépositaire, si on continue à prolonger l'idée de dépôt), peut être libéré s'il restitue le dépôt soit à l'affranchi, soit à l'esclave aliéné). Cela paraît difficile à comprendre. Le texte nous répond: *Ex justi causis liberatio contingit*. La libération (terme difficilement applicable à la restitution du dépôt, et qui s'harmonise très bien avec le paiement d'une dette) se produit *ex justis causis*, en vertu de justes causes; le débiteur sera libéré, (le dépositaire sera libéré) s'il s'exécute *ex justis causis*, avec de justes motifs.

Le texte ou un interprète (scilicet) précise par un exemple: "Si quis ignorans manumissum vel alienatum solvit" à savoir si quelqu'un ignorant (l'affranchissement ou l'aliénation) paye l'esclave affranchi ou l'esclave aliéné. Il faut donc ici encore que le débiteur qui s'exécute soit ignorant: c'est tou-

Le débiteur sera libéré à raison de la B.F.

Nouvelle hypothèse: le paiement a été fait à l'esclave affranchi ou aliéné, cependant le paiement qui lui est fait libère le débiteur *ex justis causis* (s'il a ignoré l'affranchissement ou l'aliénation).

jours la même idée de B.F. d'honnêteté, s'il ignore ces faits nouveaux, il croit par conséquent, il pense que l'individu réclame toujours au nom de son ancien maître, le créancier, avec le consentement de celui-ci, et quand il paie, il le fait dans l'ignorance, dans la croyance qu'il fait le paiement à quelqu'un qui est capable de le recevoir et le transmettra au maître (Cf. D.46.3. De sol. et liber. 18 et 35).

Dernière phrase: "Et Pomponius écrit que la même solution doit être observée aussi à l'égard de tous les débiteurs quelconques".

Ulprien rapporte une opinion de Pomponius qu'on ne retrouve pas au Digeste. Les interprètes déclarent que tous les débiteurs quelconques ne seront libérés que s'ils ont de justes motifs de croire qu'ils payaient à l'individu capable de recevoir pour le créancier, soit qu'ils payassent au préposé, esclave ou fils de famille, soit qu'ils payassent au représentant du vrai maître dans le cas de mandat, en ignorant soit la révocation de la permission de toucher, s'il s'agit du préposé (D. 46.3.34.3.) soit la révocation du mandat s'il s'agit de payer à un mandataire (D.H.T. 18). Ce n'est que l'extension à tous les débiteurs des règles que nous venons de voir pour les esclaves.

Une observation est à faire sur cette dernière phrase qui donne un exemple de généralisation; un cas particulier est étendu à tous les débiteurs. Ces généralisations sont assez fréquentes au Digeste, et le plus souvent, on les rapporte aux Byzantins qui ont l'esprit grec et par conséquent généralisateur.

Seulement, il faut être prudent, et on serait exposé à se tromper, si on posait en principe que toute généralisation est byzantine. Nous avons ici la preuve certaine que la généralisation remonte à Pomponius, puisque le texte fait une référence à ce jurisconsulte. Le texte peut avoir été remanié, complété, mais comme il fait une référence nette et intcontestable, il faut se défier de trop généraliser à propos des généralisations. La vérité n'est que relative.

6ème règle: La 4ème règle montrait que la notion de B.F. dans le contrat équivaut à la notion d'équité. La 6ème règle pose aussi l'harmonie entre B.F. et équité. Elle est formulée incidemment à titre d'explication, dans Ulprien L. 31 ad. Ed. D. 17.1. Mandati 10,3". Quia bonae fidei hoc congruit ne de alieno lucrum sentiat..... Parce que ceci convient à la B.F. qu'on ne fasse pas de gain avec la chose d'autrui". La phrase se trouve au milieu d'un passage suspecté (V. Ind. interp., t. I. col. 284).

Nul n'a le droit de s'enrichir au détriment

Généralisa-  
tion de cette  
solution pour  
tous les dé-  
biteurs.

6ème Règle:  
Harmonie en-  
tre la B.F.  
et l'équité  
à propos du  
principe que  
l'on ne peut  
s'enrichir au  
détriment  
d'autrui.

d'autrui, tel est le principe rattaché dans la Loi 10,3, à la B.F. Dans d'autres textes, il l'est à l'équité, ou plus exactement au bonum et aequum, notion qui n'est peut-être pas toujours très claire, mais qu'il peut, en général, assimiler à l'équité D. 23,3. D.J.D. 6,2. Pomp. L. 14, ad. Sab."...Quia bono et aequo non conveniat aut lucrari aliquem cum damno alterius aut damnum sentire per alterius lucrum - parce qu'il ne convient pas au bien et à l'équitable, que quelqu'un s'enrichisse au détriment d'autrui, ou que quelqu'un subisse un préjudice par le gain d'autrui". Peu nous importe que le principe général soit formulé à l'occasion d'une institution particulière, ou qu'il n'ait pas eu peut-être une portée absolue (Cuj. Manuel 534, n. 1) il n'empêche que l'illégalité de l'enrichissement au détriment d'autrui se rattache dans ce texte à l'équité et dans le nôtre à la B.F.

La raison quia, etc., a été suspectée aussi (V. Ind. interp. t. II, col. 50). Donc, l'identité de B.F. à bonum et aequum - qui se tire des deux textes - est à bon droit regardée comme byzantine par M. Pringsheim (loc. cit.)

Nous ne parlerons pas à ce propos de l'enrichissement sans cause et de sa sanction, la condictio (1). Notons seulement - c'est notre sujet - qu'un texte (Afric. 1.8. quaest. D. 23,3, de jure dot., 50, pr.) relie la condictio de l'enrichissement sans cause à la B.F. et au respect du contrat: "...illud ex b.f. est et negotio contracto convenit ut fundus, quasi sine causa penes maritum esse cooperit, condicatur: Cela est de la B.F. et s'accorde avec l'esprit du contrat que le fonds soit réclamé par condictio, comme s'il s'était trouvé sans cause chez le mari". Le passage est suspecté (V. Ind. Interp. t. II, col. 58).

Plusieurs textes (tous suspectés) donnent pour fondements à la condictio: 1<sup>e</sup>) le bonum et aequum; citons D. 23,3,8,2, loi citée; Celsus 1.5 (6) Dig. D.12,1, de R.C., 32 visant la cond. sine causa (interp. Ind., t. I. col. 163-164). Paul, 1.17 ad Plant., D.12,6, de cond. indeb., 65,4 visant la cond. ob rem dati (interp. Ind. t. I. col. 188); Pap. 1.8. quaest., D.H. t. 66, visant la cond. indebiti (suspectée, Ind. t. I., col. 189).

2<sup>e</sup>) le jus gentium, citons Marcien, 1.3 Reg., D. 25,2, de act. rer. amot., 25 (interp., Ind. t. II, col. 109-110); Celsus 1.6 Dig., D. 12,6, de c. ind., 47 (interp. Ind., t. I, col. 186);

3<sup>e</sup>) la natura, citons Pomp. 1.2I, ad Sab., D.12,6 de c. ind., 14 (non suspectée, mais suspect, car il est

(1) Cf. F. de Visscher, La cond. et le syst. de la proc. form. Gand, 1923 et le C.R. de M. Collinet, R.H.D., 1924, p. 532-535.

reproduit à peu près dans Pomp. L. 9 ex var. lect., D. 50,17, de div. r.j.206 (interp. Ind. t. III, col. 600).

Equivalence des concepts de B.F. de Bonum et aequum, de natura, de Jus gentium au point de vue moral.

Nous arrivons donc à la conclusion que pour les jurisconsultes romains, B.F., Bonum et Aequum, (c'est-à-dire l'Equité), Jus Gentium (le droit des gens), Natura (le Droit naturel), ces 4 concepts, ces 4 sources de la Condictio sont des concepts équivalents. Pourquoi ? Parce que tous les quatre s'inspirent de la plus haute morale. Qu'on parle de l'un ou de l'autre, on fait appel toujours à une idée qui est au-dessus ou au sommet du Droit (Cf. Cuq p. 46). Ces concepts "ne sont pas à proprement parler des sources du Droit" dit Krueger (Sources - § 17 - trad. franc. p. 161-167) après avoir étudié les trois derniers termes (il ne s'occupe pas de la B.F. qu'il considère comme appartenant au Droit privé). Ce sont pour lui des concepts philosophiques, sans aucun doute, mais ils sont les fondements d'institutions juridiques ou de la sanction d'institutions juridiques.

Pour nous en tenir aux concepts, nous disons que B.F. = Bonum et Aequum = Jus gentium, = Natura. C'est une conclusion à laquelle nous étions déjà arrivés. Cette équivalence entre plusieurs concepts ne doit pas surprendre de la part des jurisconsultes romains et surtout chez les Byzantins. Ils sont moins rigides que les Modernes dans les termes qu'ils emploient, et leurs pensées sont plus souples, plus fluides, moins mathématiques et il faut bien dire que cette souplesse est un avantage, car elle laisse le champ ouvert au développement des idées et au progrès. Cuq a raison de reprocher à certains auteurs d'avoir calomnié les jurisconsultes romains et en particulier il a raison de combattre M. Gény qui a écrit que la Jurisprudence classique s'était enfermée dans des formules, dans des catégories pures, qu'elle avait été stérile et même rebelle au progrès (Cuq Manuel p. 44. N.3.p.47 n. 6). Cuq rappelle (p. 45 n. 1) combien Bossuet avait une opinion bien plus juste du Droit romain en écrivant que nulle part on ne trouvait une plus belle application des principes du Droit naturel. Il paraît que M. Gény est revenu sur son sentiment.

Cette fluidité du Droit romain, qui est l'ennemie des formules, des catégories, avait été pendant des siècles insaisissable aux interprètes du Droit romain, surtout aux Pandectistes. Elle est encore insaisissable à l'école de Savigny qui s'appelle historique, mais qui ne l'est que pour partie. Toutes deux ont en effet renié l'esprit du Droit romain classique et construit des systèmes artificiels, rigides. - Cette fluidité, ce

n'est que depuis quelques années qu'on ne craint pas de la mettre en lumière et c'est l'Ecole Historique la plus nouvelle qui a eu cet honneur, parce qu'elle ne se préoccupe d'aucun système en vue du droit moderne, parce qu'elle fait de l'histoire, non avec des méthodes juridiques, mais avec des méthodes appropriées. Elle n'est pas surprise de ne pas trouver dans les sources des constructions rigides, impératives, surtout qu'il s'agit de passages d'origine byzantine.

7ème règle:  
La B.F. ne souffre pas que, si le vendeur est libéré, l'acheteur ne le soit pas également.

7ème règle: Labéon (lib. 4 post. a Javoleus epitomat. - Livre 4 des œuvres posthumes de Labéon résumées par Javolenus). D. 19,1, de act. empti et vend., 50 écrit: "Bona fides non patitur ut, cum emptor alicujus legis beneficio pecuniam rei venditae debe-re desisset.... possessione autem tradita futurum est ut rem venditor ae(s)que amitteret,...." "La B.F. ne souffre pas que, quand l'acheteur aurait cessé de devoir l'argent (le prix) de la chose vendue grâce au bénéfice d'une loi... mais la possession ayant été livrée, il arrivera que le vendeur perdrat la chose pareillement (corr. et l'argent (le prix))...."

Pour faire court, M. Collinet ne donne ici qu'une partie du texte, parce qu'il l'a étudié au complet dans son Cours de Pandectes 1928-1929, d'où il a tiré sa contribution aux "Studi Bonfante", vol. III, Pavia, 1929, p. 409-418. Il renvoie donc à cet article où il propose l'émondation de l'aeque de la Florentine en ae(s)que (Cf. auparavant, Collinet, dans R.F.H. 1927, p. 187), fondée sur les Basiliques. Le texte avait fait l'objet auparavant de nombreuses tentatives d'explication.

M. Collinet veut seulement noter que, si on admet son émondation, le texte prouve (comme il l'a dit dans son article) que la connexité des obligations du vendeur et de l'acheteur était reconnue dès Labéon, contrairement à la doctrine qui croit à une évolution de la vente consensuelle (Girard) et cela est capital pour l'histoire de la vente consensuelle (Cf. Monier, Manuel, t. II, p. 183, qui accepte l'hypothèse de M. Collinet). M. Ph. Meylan, "La loi 23 Dig. 46,4 et la notion de bilatéralité du contrat de vente chez Labéon", vient de reprendre le problème (studi Riccobono, t. IV, Palermo, 1938 - XVI, p. 279-311). La loi 50 est discutée aux p. 308-309; l'auteur ne s'accorde pas toujours avec M. Collinet dans l'exégèse (p. ex. pour l'émondation ae(s)que), mais il s'y rallie en principe dans la conclusion: "Je pense, dit-il, (p. 309), que Labéon connaissait la pleine bilatéralité des obligations découlant du contrat de vente, et qu'à cet égard sa doctrine ne diffère probablement pas de celle des jurisconsultes classiques les plus récents". C'est le

principal (Il faut lire d'ailleurs tout l'article).

M. Ph. Meylan, loc. cit, p. 306, approuve la défense de l'authenticité foncière du texte par M. Collinet; donc le fondement de la connexité des obligations serait bien la B.F. déjà en droit classique; pour d'autres, la 1ère phrase du texte est suspectée (Cornil) (Ind., t. I col. 354; l'opinion de M. Cornil est combattue par G. Rotondi, *Scritti giurid.* t. II, p. 153, n. 27 et par MM. Collinet et Meylan.

#### CONCLUSION GENERALE.

Nous obtenons à la fin de ce chapitre, une notion plus précise de la B.F. La B.F. est la soumission à des normes générales et éthiques de la part des contractants. Ces règles générales sont au nombre de sept sans compter les directives plus particulières:

- 1°) Respect des conventions.
- 2°) Pas de double demande,
- 3°) Pas de discussion des subtilités juridiques,
- 4°) Equivalence à l'équité.
- 5°) Obligation de rendre ce qu'on a reçu.
- 6°) Pas d'enrichissement aux dépens d'autrui.
- 7°) Connexité des obligations dans la vente.

Ces sept règles sont évidemment des aspects de la même grande idée morale, le concept éthique, le concept d'honnêteté.

Si l'on veut pousser un peu plus loin, il s'agit de savoir d'après ces règles générales à quoi se rapporte exactement la B.F. équivalente à l'Equité. A ce sujet, une controverse a surgi entre certains auteurs allemands très préoccupés de dégager la base métaphysique de toutes les théories. A quoi se rapporte l'expression *Bona Fides* ?

Pernice (*Labeo* II, I<sup>e</sup>P. p. 171) déclare que l'expression B.F. se rapporte non pas à l'exécution du contrat, mais seulement au contenu de l'enquête ou du jugement; c'est-à-dire que, en parlant de B.F. les Romains songent non à l'exécution du contrat, mais au rôle du juge dans une action de B.F. A ce propos l'auteur (p. 171 n. 1) combat avec vigueur un article de Hugo Krueger qui soutient la thèse contraire. Pour celui-ci à l'époque classique, la B.F. se rapporte toujours, en première ligne, au "devoir d'exécuter" (le contrat, ou les obligations qui dérivent du quasi-contrat ou de la loi). Les deux jurisconsultes discutent sur des textes. Hugo Krueger a invoqué trois textes:

D. 19,1.D. Act. empt. et ven. 11,1, qui, déclare Pernice, est hors du sujet.

Puis deux textes qui lui ont paru décisifs: D. 16,3,11 et 31. H. Krueger tirait de ces deux textes étudiés par nous l'opinion que la B.F. se rapportait

A quoi se rapporte la B.F. au rôle du juge (Pernice) ou au devoir d'exécuter (H. Krueger).

Textes invoqués dans la discussion.

en première ligne au devoir d'exécuter.

Mais, objecte Pernice, non seulement ces deux textes sont fortement interpolés, et par conséquent ne sont pas décisifs, pour le Droit classique, mais encore ils ne se réfèrent pas positivement au dépôt; ils traitent du Furtum. Dans ces conditions, la B.F. se rattache à l'œuvre du Juge et non pas au rôle des parties, elle a bien un sens éthique, mais ce sens éthique n'est pas un sens subjectif; il est un sens objectif. Les expressions B.F. exigit, postulat, B.F. venit in judicium (la B.F. est prise en considération dans le procès) veulent dire que le juge décidera ex F.B., il devra prendre en considération non pas la conduite des parties, la B.F. inhérente aux parties, subjective, mais la coutume des affaires, la B.F. objective. Il y a pourtant (p. 173) continue Pernice une expression *praestare bonam fidem*, laquelle apparaît pour la première fois chez Proculus, qui pourrait faire croire que la B.F. possède le caractère subjectif. Prester la B.F., c'est-à-dire s'abstenir de dol, mettre toute son honnêteté dans l'accomplissement de la prestation. Il semblerait que cette expression possédât le caractère subjectif. - En réalité on retrouve ici le caractère objectif, car ce n'est pas d'après la conception personnelle que les parties se font de la B.F., mais d'après la conception générale que la prestation sera faite. Cela signifie non pas regarder la B.F. du sujet, et que le sujet exécute selon sa conception qu'il a de la B.F.; cela signifie accomplir tout ce qui rentre dans l'honnêteté au point de vue de tout le monde, au point de vue objectif.

Sur cette question, il n'est pas douteux que les textes prennent pour norme, ou pour point de comparaison, non pas l'individu lui-même mais la généralité, et que les textes interprètent l'acte d'un débiteur par rapport à la coutume du lieu par exemple, c'est-à-dire generaliter. Seulement cela ne suffit pas. Le caractère objectif de la B.F. n'est ici ni contesté, ni contestable. Il ne s'agit pas ici de quelque chose d'analogique à la *culpa levis in concreto*.

Le véritable problème est de savoir si la B.F. doit se considérer par rapport à l'exécution du contrat ou au devoir d'exécuter (Krueger) ou toujours au contenu de l'enquête et du jugement, à l'interprétation du juge (Pernice).

En fait la question est mal posée, en ce sens que cette controverse nous ferait croire que nous sommes nécessairement enfermés dans un dilemme: être de l'avis de Krueger ou de Pernice. Pas du tout. Si nous prenons les textes, il ne paraît pas douteux, malgré Pernice, que les Lois 31 et 11 Depositi et qui contien-

Position exacte de la question: les textes parlent de la B.F. à propos du con-

temu du con-  
trat, à propos  
du rôle du ju-  
ge et en de-  
hors du con-  
trat et du  
rôle du juge.

nent les 4<sup>e</sup> et 5<sup>e</sup> règles envisagent la B.F. comme tou-  
chant à l'exécution du contrat. C'est Byzantin, dit-on,  
Possible, mais tout peut ne pas être Byzantin dans ces  
textes, il y a certainement un fond classique à ces  
textes. Les Byzantins se sont contentés de paraphraser  
des idées classiques. Donc, la B.F. dans les 4<sup>e</sup> et  
5<sup>e</sup> règles se rapporte à l'exécution du Contrat et sur  
ce point on peut donner raison à Hugo Krueger.

Les deux auteurs, du reste, n'ont pas poussé  
plus loin et n'ont pas examiné les autres textes et  
les autres règles. Cependant, il faut s'en préoccuper  
si l'on se demande en quoi consiste la B.F. Or, dans  
ces règles, il en est une qui touche aussi à l'exé-  
cution du contrat: (1<sup>ère</sup> règle - respect des conven-  
tions). D'autres visent la tâche du Juge, et Pernice  
ici a raison (2<sup>ème</sup> règle: pas de double demande ;  
3<sup>ème</sup>: pas de discussion des subtilités juridiques ;  
7<sup>ème</sup>: connexité des obligations). Une autre règle  
reste en dehors de l'alternative, c'est la 6<sup>ème</sup> rè-  
gle: pas d'enrichissement aux dépens d'autrui. C'est  
un principe de morale qui est invoqué en dehors du  
contrat (sur le terrain quasi-contractuel): donc il  
ne peut être question de l'exécution d'une convention;  
et d'autre part ce principe n'a rien à voir avec l'in-  
terprétation du juge. Si bien que nous échappons au di-  
lemme. On ne peut pas dire la B.F. se rapporte tou-  
jours au devoir d'exécution (Krueger), ou toujours à  
la conduite du juge (Pernice). Tantôt c'est à l'une,  
tantôt, c'est à l'autre, tantôt c'est à une troisième  
directive qu'obéit la B.F.

Pour voir plus clair encore dans la notion de  
B.F., il faut faire appel à l'histoire.

Or, M. Collinet croit avoir montré plus haut que  
la théorie juridique de la B.F. est née autour de la  
clause "ex F.B." des judicia B.F. en droit international  
privé. Cela ne veut pas dire que la clause a été in-  
ventée pour donner aux juges plus de pouvoirs d'in-  
terprétation, cela n'est qu'une conséquence; la clause  
l'a été pour que le juge décide si les parties se sont  
comportées l'une envers l'autre comme des honnêtes  
gens: "ex F.B." est gouverné par "dare facere" (opor-  
tet). Donc le point de départ de la F.B. est bien  
dans la conduite des parties. C'est par une dérivation  
que l'en est passé aux pouvoirs du juge.

## Chapitre IV

## LA BONNE FOI ET LES INTERETS.

Autant que le temps l'eût permis, M. Collinet aurait désiré étudier quelques applications particulières de la notion générale de B.F. dégagée ci-dessus. Il traitera ici la question des intérêts dans les *judicia B.F.*, spécialement dans le cercle des contrats. La question n'est pas toujours envisagée assez complètement par les Manuels. Elle a pourtant une portée qu'il est inutile de souligner.

Notons d'abord qu'il faut laisser de côté le problème même de la mora debitoris et de sa nature, problème étudié en dernier lieu par M. Alberto Montel, La Mora del debitore; requisiti nel diritto romano e nel diritto italiano, Padova, 1930 - VIII. Le problème est tout différent.

On sait que le juge des actions de Droit strict ne peut condamner le débiteur au paiement d'intérêts que s'ils ont été prévus par le contrat. Ces intérêts en droit devaient faire l'objet d'une *stipulatio* sauf exception (*nauticum fenus*) et on sait qu'en pratique, on faisait également une *stipulatio* pour le capital au lieu de faire un *mutuum* par *traditio*. Le prêt à Rome était donc un contrat verbal constaté d'ailleurs par écrit probatoire (*cautio*) ou un contrat littéral.

Dans l'action de B.F. le juge a au contraire le pouvoir de condamner le débiteur à des intérêts. Ceux-ci ne sont pas des intérêts conventionnels, puisque rien n'a été convenu à leur égard et on déclare souvent que ce sont des intérêts moratoires, puisqu'ils supposent que le débiteur est en retard (Cf. Fernice Labeo II, 12, p. 189).

Pour savoir dans quels cas le débiteur de B.F. est tenu à payer des intérêts et quelle est la nature de ceux-ci, il faut examiner les textes.

Section ILe principe.

Dans les  
J.B.F. les  
intérêts  
sont dus.  
+ D. 3.5.6.

Justifica-  
tion de cette  
solution par  
référence au  
principe pos-  
sé dans la  
loi interca-  
laire précé-  
dente attri-  
bue à Paul.

L'office du  
juge dans les  
B.F.J. vaut  
autant qu'une  
interrogation  
du même objet  
dans la sti-  
pulation.

Le principe que dans les actions de B.F. les in-  
térêts sont dus, se trouve posé dans deux textes du  
Digeste, très connus tous les deux. Le 1er texte est  
très court:

\* D. 3.5. D.N.G. 6 (7) Paul L. 9I ad Edict.:  
Quia tantundem in  
B.F.I. officium  
iudicis valet quan-  
tum in stipulatione  
nominativi eius rei  
facta interrogatio.

Farce que, dans les actions de  
B.F., le pouvoir du Juge vaut  
autant que (vaudrait) l'interro-  
gation faite expressément pour  
le même objet dans une stipula-  
tion.

Ce texte donne la justification (quia) à l'aide  
d'un principe que nous allons examiner, d'une solution  
spéciale relative aux intérêts, et contenue dans le  
fg. précédent, la loi 5.14 (12) (Ulp. L. 10 ad. Ed.):  
Nisi forte, disait le jurisconsulte, usuras ei remise-  
rat. Antonin le Pieux avait adressé un rescrit à Fla-  
vius Longinus dans lequel étaient contenus ces mots  
"à moins qu'il ne lui ait fait remise des intérêts".  
Nous avons trouvé plusieurs exemples du même procédé en  
examinant la 8ème de nos règles.

Ici, ce qu'il y a de particulier, c'est que la  
justification de la solution d'Ulprien n'émane pas de  
lui, mais qu'elle est empruntée à un autre juris consulte,  
Paul, et se trouve intercalée dans le texte même  
d'Ulprien, emprunté au L. 10 ad. Ed. Le texte d'Ulprien  
a été coupé pour fournir deux fragments les lois 5 et  
7, entre lesquels on insère la justification de Paul(1).

Le texte fait une opposition entre les B.F.J. et  
la stipulation, ou plus exactement entre les B.F.J. et  
les actions qui sanctionnent la stipulation. Il nous dit  
que l'Office du juge vaut autant que l'interrogation  
du même objet dans une stipulation: par exemple on avait  
stipulé qu'en cas de retard, vous devriez des intérêts  
de telle quotité en plus du capital prêté, le Juge con-  
damne à ces intérêts et ne peut pas condamner à plus.  
Si rien n'avait été indiqué dans le contrat: le juge

(1)(Il existe au Digeste beaucoup de ces petites Lois  
intercalaires, on se demande tout naturellement d'où el-  
les viennent. Il est bizarre que les commissaires em-  
pruntent ainsi à un jurisconsulte la justification d'un  
autre jurisconsulte. Il y a même ceci de très particulier  
que parfois ces petites Lois sont interpolées (Cf. à leur  
propos, les Conférences d'Oxford de M. Collinet).

du B.F.J. a néanmoins le pouvoir de condamner le défendeur à des intérêts, quoique rien n'ait été déclaré spécialement à cet égard. Il a donc le même pouvoir qu'il aurait dans les actions de Droit strict quand une mention spéciale aurait été faite pour les intérêts. Mais le texte est plus général: non seulement il parle de toutes les actions de B.F., mais de l'officium judicis sans spécifier qu'il s'agit des intérêts. C'est un principe supérieur que dans toutes les actions de B.F. sans exception le pouvoir du juge s'étend aussi loin qu'il s'étendrait dans l'interprétation d'une stipulation qui aurait prévu expressément toutes les hypothèses qui se présentent tacitement dans les actions de B.F.

Caractère incertain de la stipulation d'un capital et des intérêts. Conséquences au point de vue procédural.

En appliquant ce principe aux intérêts comme le fait le Digeste, voici à quoi nous arrivons. Il faut se placer sur le terrain de la procédure. La stipulation a prévu expressément la prestation de la chose principale, et en plus des prestations supplémentaires, par exemple des intérêts. Cette stipulation est nécessairement une stipulation incertaine, car la stipulation n'est certaine que si l'objet exprimé dans ses termes est précisé en nature, en qualité et en quantité, quid quale quantum (Dig. 45.1. de V-0.74 et 75 pr.) Il n'y a donc en réalité que deux stipulations certaines: la stipulation d'une somme d'argent déterminée 10.000 S. sanctionnée par l'action C.C.P. et la stipulatio d'une certa res (Stichus) ou d'une species dont on a précisé la qualité et la quantité: Centum medios optimi tritici africi 100 boisseaux du meilleur blé d'Afrique; objets de la C. certae rei (ou triticaria chez les Byzantins).

Si l'on ajoute à l'objet direct de la stipulation quelque chose qui est indéterminé, la stipulation devient une stipulation incertaine; c'est le cas pour les intérêts, même quand le taux de ces intérêts est précisé, car on ne peut prévoir à quelle somme ils s'élèveront au jour de la réclamation du créancier, au jour de la litis contestatio sur l'action ex stipulatu. La stipulation d'un capital et des intérêts constitue la somme de deux stipulations, une, certaine, pour le sors, et l'autre incertaine pour les usuræ. Lors donc que le créancier réclame le remboursement de son capital et des intérêts échus, il agit pour une stipulation incertaine.

Or, cette stipulation incertaine sanctionnée par l'actio ex stipulatu, s'il la déduisait en Justice une fois, il ne pourrait plus la déduire une deu ième fois, il ne pourrait plus réclamer ensuite les intérêts non encore échus en vertu du principe Bis de eadem re ne sit actio. La jurisprudence a donc fait admettre que

Nécessité pour le créancier qui veut se réserver le Droit de ré-

lamer plus tard les intérêts qui viendront à échoir après sa première demande, de faire mettre en tête de la formule une praescriptio

le demandeur pourrait réclamer les intérêts jusqu'à ce jour par l'actio ex stipulatu, mais que pour réservé l'avenir il devait demander au magistrat de mettre en tête de la formule une praescriptio, laquelle est comme toujours une "clause de réserve". Cette praescriptio est conçue en termes qui rappellent la demonstratio du J.B.F. Gaius 4,136 "quod Aus Aus de N.N.) incertum stipulatus est", mais il ne faut pas oublier d'ajouter, et ceci est capital, "Cujus rei dies fuit" de laquelle chose le terme est échu, c'est-à-dire: je n'agis que dans les limites de mon droit actuel, réservant l'avenir.

Après quoi la formule continue par l'intentio des actions incertaines "quidquid ob eam rem Nus Nus A° A° dare facere oportet" (Gaius 4,136) et finit par la condemnatio qui n'est pas donnée par Gaius, mais que Lenel (E.P.I. p. 172) reconstitue: ejus iudex Num Nium A°A° condemnato, S.N.P. absolvito: Pour savoir s'il doit condamner ou absoudre, le Juge se référera à l'intentio de la formule, et aussi pour déterminer le montant de la condamnation. Mais cette intentio dans notre espèce est en harmonie avec le contenu de la stipulation même. On aurait pu ajouter ici ex stipulatu: tout ce que N.N. doit faire ou donner à cause de ce rapport de droit d'après la stipulation en cause. On ne l'a pas dit, parce que c'était inutile: le juge s'appuiera nécessairement sur le montant de la stipulation pour apprécier le montant de la condamnation du défendeur. Il devra donc considérer les termes de la stipulation, qui en fait, était toujours écrite (1). Le juge se référera à l'écrit, à la "cautio". Que la stipulation soit orale ou écrite son fondement est toujours le même. On y voit qu'il est question d'une interrogation posée par un tel à un tel et d'une réponse faite par celui-ci au premier. Par conséquent la sponsio et la responsio, l'interrogatio et la responsio fixant le contenu de la promesse, le juge se rapportait à l'interrogatio à laquelle la réponse doit être congruente nécessairement. Donc, c'est l'interrogatio qui fait la substance de la promesse. Pour la question d'intérêts, le juge se reportant à l'interrogatio, y trouvera leur taux et condamnera d'après cette interrogatio si le défendeur n'a pas donné ou fait ce qu'il fallait. Le jeu de la formule et l'analyse de la stipulatio nous amènent à déclarer bien fondés les termes de Faul dans cette Loi 6, dont la précision est remarquable: "Quantum in stipulatione nominati ejus rei facta interrogatio".

Dans les B.F.J. le juge avait été saisi d'une question d'intérêts qui, par hypothèse, n'était pas

(1) Exemples dans Girard, Textes 6° Ed. p. 845-846.

de silence des parties le juge devra agir comme s'il y avait eu une stipulation expresse sur tel ou tel point. En vertu de la clause, ea F.R. il devra comprendre dans la condamnation non seulement le principal, mais les accessoires et intérêts.

exprimée nommément dans l'acte. Si vous aviez fait un contrat de vente où vous aviez dit que l'acheteur devra les intérêts du prix au maximum, en cas de retard le juge condamnerait l'acheteur à ce qui aurait été "stipulé" dans le contrat, comme nous dirions aujourd'hui. Mais il faut supposer que les parties n'ont rien dit: dans la vente on a précisé le prix sans rien dire des intérêts. Ou bien il s'agit d'une source d'obligation qui n'est pas un contrat, mais qui engendre une action de B.F., il s'agit d'un fait générateur d'un B.F.J., qui constitue un quasi-contrat, la negotiorum gestio, la tutelle, etc.,.. et là il n'y avait pas à prévoir quoi que ce soit, parce qu'il n'y a pas de contrat. Le gérant doit rendre compte au géré; doit-il les intérêts des sommes qu'il a touchées pour lui ? Dans tous les rapports de B.F., dit Paul, in B.F.J. le juge agira comme s'il y avait une stipulation expresse sur tel ou tel point. Dans les actions de B.F. c'est donc encore à l'intentio de la formule que se référera le juge; elle lui permettra de comprendre dans la condamnation non seulement les obligations principales mais les accessoires, les intérêts, parce que cette intention comporte les mots ex fide bona: quidquid ob eam rem N.N. um A. Aio dare facere oportet ex fide bona, ejus judex N. Num A. Aio condannato s.n.p.a. (Gaius 4.47 formule depositi in jus).

La B.F. (il n'y aurait ici pas besoin de texte pour le savoir) commande au juge de tenir compte de tout ce qui peut exister d'obligations à la charge du défendeur, non seulement le principal, mais les accessoires, les choses qui ont été tacitement convenues entre les parties, les choses qui auraient été promises expressément dans une stipulatio et qui ont été ici passées sous silence, soit parce que les parties n'en ont pas parlé, soit parce que la nature de la source d'obligation ne comportait pas une déclaration du créancier (gestion d'affaires etc.,..)

Le 2ème texte est tiré du D. 16,3, depos.; 24, Pap. L. 9 quaest.

*1932-1933*

M. Collinet l'a déjà examiné dans ses Pandectes de 1924-1925 et de 1926-1927, après en avoir traité dans ses Etudes, t. I, p. 114 - 123, à propos du dépôt irrégulier auquel il se réfère. Cette année, il ne fera sur lui que quelques remarques, qui seront nouvelles, en profitant d'une directive donnée par M. Emilio Albertario, D. 21, I, 35 "Ulpianus L. 1 ad edictum aedilium curulium, exemplo di decomposizione di un testo giustinianeo nei suoi elementi costitutivi (Studi Riccobono - Vol. I, p. 643-651). La méthode n'est pas neuve, sans doute (Cf. P. Collinet, Le rôle de la Doc-

trine et de la Pratique, tir. à part, p. 42 - R.H.D. 1929, p. 11); mais elle est instructive pour les élèves qui s'habitueront ainsi à discerner dans un texte interpolé les différentes mains des scoliastes post-classiques ou préjustiniens qui ont interprété à leur façon le texte classique avant que Tribonien n'intervienne.

D. 16, 3, 24.  
Importance de  
le texte dans  
la question  
du dépôt irré-  
gulier.

Notre texte joue un rôle capital dans l'histoire du dépôt irrégulier. Le dépôt irrégulier est celui qui porte sur une somme d'argent non scellée dans un sac. On peut déposer de l'argent d'une façon régulière comme on dépose un livre, une table, à condition que cet argent soit enfermé dans un sac scellé, de sorte qu'il constitue un objet déterminé, un certum. Mais quand l'argent est laissé à la disposition du dépositaire (en fait, du banquier) et que ce dépositaire étant libre d'en disposer doit vous rendre à première réquisition, non pas les pièces elles-mêmes, mais des pièces équivalentes, autrement dit, la même quantité, alors il y a un dépôt irrégulier. Cette hypothèse ne s'est pas présentée de bonne heure chez les Romains. Lorsqu'elle est apparue dans le système du droit, on s'est demandé quelle était la nature du rapport obligatoire qui liait le dépositaire irrégulier au déposant. Il y eut divergence entre les jurisconsultes (1). Les uns (Paul et Ulprien, assesseurs de Papinien, préfet du prétoire) niaient qu'il pût y avoir dépôt dans ce cas car le dépôt implique obligation de rendre la chose même. Une opinion plus moderne (Papinien, à notre avis) admettait qu'il y eut parfaitement dépôt comme si le dépositaire avait été tenu de rendre la chose elle-même déposée. L'opinion progressive faisait disparaître un des éléments du dépôt. On se demande à quelle époque la sanction du dépôt irrégulier par l'actio depositi a été conçue. Longtemps on a pensé que c'était déjà à l'époque classique, sous l'influence de Papinien, qui aurait présenté cette opinion dans deux textes dont le nôtre. (D. 16, 3, 24) et Pap. L. 3 resp., O. h.t., 25. D'autres auteurs très hardis, les hypercritiques, ont déclaré que les textes étaient interpolés et que ce seraient seulement les Byzantins qui auraient admis la sanction du dépôt irrégulier. - Il y a grand intérêt à savoir la nature du contrat qui se forme, car, si c'est un mutuum qui naît comme disent Paul et Ulprien qui ne reconnaissent pas le dépôt irrégulier, l'action est une action de droit strict; si c'est un dépôt, comme l'admet à notre avis Papinien, c'est une action de B.F. M. Collinet n'insistera pas sur le fait que le grand jurisconsulte s'est laissé influencer par la pratique grecque de Syrie, son pays d'origine, ici comme

(1) Cf. Girard, Man., p. 565, n. 1.

dans plusieurs autres théories dont il est l'inventeur: actio quasi institoria, mutua fidejussio (C. Collinet, t. I). Ces idées, émises en 1912 par M. Collinet ont été adoptées par Girard, Ed. Cuq et M. R. Monier.

Commentaire. On va voir que la consultation demandée à Papinien portait sur l'effet, au point de vue des intérêts, d'un acte de commendatio, c'est-à-dire de l'acte de confier de l'argent à quelqu'un; un tel acte a été conservé par un triptyque de Transylvanie (167 av. J.C.; Girard, Textes, p. 863-864):

Vero III Quadrato cons.  
III Kal. Junias denarios  
quinquaginta L commen-  
datos Lupus Carentis di-  
xit se accepisse et acce-  
pit a Julio Alexandro,  
quos ei reddere debet si-  
ne ulla controversia.  
Actum Alburno Majori.

Consulat de Verus pour la  
3ème fois et de Quadratus;  
le 3 des Kalandes de Juin,  
Lupus, fils de Carentis, a  
dit avoir reçu 50 deniers  
confiés et (les) a reçus  
(effectivement) de Julius  
Alexandre, lesquels il doit  
lui rendre sans controverse  
aucune.

Fait à Alburnus Major (1)

Le commencement de la l. 24 est très instructif. C'est ici la première fois que nous voyons le texte débuter par la transcription d'un acte de la pratique. Il s'agit d'un contrat qui est passé entre deux personnes sous forme de lettre, cas fréquent chez les Romains et de nos jours. Voici ce que dit cette lettre:

\* Dig. 16.3.24 (Papinien, l. 9 quaest.):

1°) Lucius Titius Sem-  
pronio. Salutem. Centum  
nummos quos hac die  
commendasti mihi ad-  
numerante servo Sticho  
actore esse apud me  
ut notum haberemus hac  
epistula manu mea  
scripta tibi notum  
facio. Quae quando vo-  
les et ubi voles con-  
festim tibi numera-  
bo.

Lucius Titius à Sempronius  
Salut.

Les 100 deniers (20 frs.or)  
que tu m'as confiés ce jour,  
l'esclave Stichus ton inten-  
dant me (les) comptant qu'ils  
sont chez moi comme tu me  
l'annonces je te le fais sa-  
voir par cette lettre auto-  
graphe.

Lesquels deniers je te ver-  
serai (je te les rembourse-  
rai) quand tu voudras et où  
tu voudras aussitôt.

Le versement des deniers du créancier a été fait par un esclave qui est l'intendant "actor" dudit créancier. On connaît le rôle joué par les alieni juris à la place du maître dans la conclusion des actes ju-  
ridiques, en voici un exemple pratique. Cette lettre est un reçu de la somme versée, c'est une réponse à un avertissement déjà fait par le créancier, mais la fin

(1) Près Zalatna (Roumanie); documents conservés à Cluj.

est tout à fait remarquable, elle contient le contrat passé: celui qui reçoit la somme, *Lucius Titius*, s'engage à rendre les deniers à *Sempronius* quand celui-ci voudra et où il voudra sur le champ (confestim); autrement dit à première réquisition, *ad nutum*, au gré entièrement libre de *Sempronius* qui a fait verser par son esclave les deniers.

Dans ce texte célèbre "commendasti" est le mot sur lequel tout le débat va porter.

2°) *Quaeritur propter usurarum incrementum. Respondi depositi actionem locum habere.*  
*Quid est enim aliud commendare quam deponere.*

On pose une question à propos de la production d'intérêts. J'ai répondu que l'action de dépôt a lieu. En effet, "commendare" est-il autre chose que "deponere" ?

Pour Papinien bien que l'on n'ait pas employé le mot deponere, l'opération est un dépôt productif par conséquent d'intérêts.

Le créancier (plutôt que le débiteur) avait consulté Papinien pour savoir si le contrat ainsi formé était productif d'intérêts. Papinien répondait "qu'en pareil cas il ne pouvait y avoir de doute"; l'action de dépôt a lieu "car commendare est-il autre chose que deponere" ? Le terme confier employé dans le contrat par lettre n'est-il pas synonyme de deponere que l'on aurait pu employer ? L'opération est certainement un contrat de B.F.; dans un contrat de B.F. la forme ne compte pas, les termes employés ne sont pas sacramentels: que les parties aient employé commendare ou deponere, c'est la même chose, suivant la thèse modérée (Segré, Kuebler, Cuq, p. 445) et pour M. Collinet, le dépôt est admis par Papinien, l'action de dépôt naît, les intérêts sont donc produits puisque les opérations de B.F. sont productives d'intérêts; le juge peut condamner le défendeur à des intérêts sans même que le contrat les ait prévus.

La suite du texte a soulevé d'abondantes remarques de la critique moderne (Cf. Collinet Etudes I pp. 117-120) et Index interpol., t. I, col. 277. Nous nous bornerons à résumer les observations des critiques et à indiquer quelques vues nouvelles.

3°) *Quod ita verum est si id actum est ut corpora nummorum eadem redderentur: nam si ut tantumdem solveretur convenit egrēditur ea res depositi notissimas terminos.*

Ce qui est vrai ainsi si cela a été convenu que les espèces mêmes des deniers seraient rendues: Car si on convient qu'il sera payé "autant" cette chose sort des bornes bien connues du dépôt.

Cette phrase pose la distinction entre le dépôt régulier et le dépôt irrégulier. Dans le premier, ce sont les choses mêmes qui doivent être rendues; la plu-

Distinction faite par la

"Les Cours de Droit"

Source : BIU Gujas  
8, PLACE DE LA SORBONNE, 3

W

Répétitions Ecrites et Orales  
Reproduction interdite

suite du texte entre le dépôt régulier et le dépôt irrégulier pour lequel le texte refuse l'action de dépôt.

Cette distinction et cette solution ne peut venir de Papinien car elle est en contradiction avec la 1ère phase. Il y a peut-être là une annotation d'un scolaste post-classique.

part du temps ce sont des choses qui ne se consomment pas par le premier usage (un meuble corporel). La question ne se pose même pas de savoir si on rendra les mêmes choses; on les rendra nécessairement. Pour les deniers, c'est plus délicat parce que ce sont des choses fongibles et il faut bien distinguer suivant qu'ils sont enfermés dans un sac scellé, auquel cas ce sont bien les mêmes deniers qu'on rendra; ou s'ils sont dans un sac ouvert; est-ce un dépôt régulier ou un dépôt irrégulier? Comme par hypothèse, ces deniers sont à la disposition du dépositaire, il les emploiera et il ne rendra que l'équivalent. Si l'on convient que tantundem, autant sera payé, on tombe dans le dépôt irrégulier. Quelle est sa sanction et sa valeur? Nous savons qu'il y avait controverse entre les jurisconsultes romains. Ici, à considérer le texte, il semble bien que l'action de dépôt ne s'appliquera qu'au premier cas, puisque le texte dit que dans le second cas, on dépasse les bornes bien connues du dépôt. Or, Papinien reconnaît la validité du dépôt irrégulier et sa sanction par l'actio depositi dans la première phrase. En conséquence, on voit l'opposition entre la première phrase: "Respondi" et celle que nous examinons. Celle-ci ne peut donc appartenir à Papinien. Quelle en est l'origine? On discute. Les uns disent que c'est un tribonianisme; cette opinion est insoutenable, il ne peut pas y avoir là une interpolation du temps de Justinien puisque de l'avis général, les Byzantins ont reconnu le dépôt irrégulier, en tant que dépôt sous l'influence de la pratique grecque. D'autres auteurs ont pensé qu'il y avait là une note de Paul, ou d'Ulprien sur Papinien. Nous savons en effet que ces deux jurisconsultes, qui ont été assesseurs de Papinien, ont écrit des notes sur les œuvres du grand Jurisconsulte, et qu'il en reste des traces au Digeste. Nous savons aussi que ces notes ont perdu toute autorité depuis la loi des Citations. Mais cette opinion ne peut être acceptée, car tous deux repoussaient le dépôt irrégulier en tant que dépôt. Si c'était Paul ou Ulprien qui aient écrit cette phrase, ils l'auraient écrite en termes beaucoup plus nets. Une troisième opinion, à laquelle M. Collinet se rallie volontiers, pense donc que c'est une annotation post-classique, peut-être du IV<sup>e</sup> ou du V<sup>e</sup> siècle.

4°) In qua quaestione si depositi actio non teneat cum convenit tantundem, non idem reddi, rationem usurrum haberi non facile dicendum est.

Dans laquelle question si l'action de dépôt ne tient pas, lorsqu'on convient de rendre autant, non la même chose, il n'est pas facile de dire qu'on tiendra compte des intérêts.

Si ce n'est pas un dépôt il ne peut être question d'intérêts. Ce passage ne peut être de Papinien.

Retour du texte à l'opinion de Papinien.

Raisons pour lesquelles ce passage peut cependant être suspecté.

Inutilité de la remarque que l'on ne peut demander d'intérêts avant le retard. Critère d'interpolation à raison de nature contractus.

C'est évident: Si l'on écarte l'action de dépôt dans l'hypothèse du dépôt irrégulier, il ne peut être question d'intérêts, puisque nous sommes en face d'une action de droit strict née d'un mutuum, lequel ne produit pas d'intérêts par lui-même. Si bien que cette phrase est la suite de l'annotation que nous supposons avoir été insérée sur Papinien.

Au point de vue critique, il est certain que le passage n'est pas de Papinien. Les deux phrases depuis "quod ita verum est" sont suspectes en ce sens que Papinien n'avait aucune raison de faire un petit cours à son consultant qui ne demande qu'une réponse à la question qu'il pose. C'est là une annotation post-classique d'origine scolaire.

5°) Et est quidem cons-  
titutum in bona fidei  
judicis quod ad usuras  
attinet ut tantundem  
possit officium arbitri  
quam stipulatio:

Et en effet il a été établi  
en règle dans les actions de  
B.F. en ce qui concerne les  
intérêts, que l'office de  
l'arbitre pouvait autant que  
la stipulation.

Ce passage nous ramène à l'actio depositi, laquelle est une action de B.F., à la réponse donnée par Papinien à son client. Ce passage ne signifie pas grand chose, car c'est purement et simplement un démarquage de ce que nous avons vu dans le premier texte de la matière, le passage de Paul D. 3.5.6. (7). Cependant l'authenticité du passage n'est pas contestée en général, puisqu'il ramène la pensée sur la solution du Jurisconsulte. Pour sa part M. Collinet le suspecte cependant à raison de sa faiblesse et du fait qu'il est une copie servile du passage de Paul. C'est semble-t-il un Scoliaste qui doit en être l'auteur en s'inspirant de Paul.

6°) Sed contra bonam  
fidem et depositi na-  
turam est usuras ab eo  
desiderare temporis an-  
te moram qui beneficium  
in suscipienda pecunia  
dedit.

Mais il est contre la B.F. et contre la nature du dépôt de demander des intérêts, avant tout retard de temps, à celui qui a rendu service en recevant l'argent.

La règle donnée ici va de soi: on ne peut réclamer les intérêts avant l'échéance et on ne peut les réclamer que s'il y a retard (mora) dans la restitution. L'auteur fait allusion au service rendu par le banquier en acceptant l'argent, mais le client aussi rend service au banquier. Notre texte constate que ce serait contre la B.F. et la nature du dépôt de demander des intérêts avant le retard et il faut reconnaître que cette phrase ne signifie pas grand chose.

Au point de vue exégétique, il faut noter le mot desiderare qui a la même origine que desiderium - re-

cours en justice, synonyme d'*actio*, *petitio*, *intentio*, parce que le plaideur exprime un désir. *Suscipere*: recevoir (1) accepter, reconnaître.

Au point de vue du fond: "il est contraire à la B.F. et à la nature du dépôt de demander des intérêts avant tout retard"; c'est une pensée sans vigueur que rien dans le casus ne laissait prévoir et qui ne vient sans doute pas de Papinien. Cependant jusqu'ici personne n'a suspecté cette phrase sauf Rotondi qui, dans son étude sur la "natura contractus" (Cf. Collinet T.I. p. 195-199) a déclaré "et depositi naturam" une expression byzantine. Mais comment supposer que le remaniement du texte se soit borné à ces quelques mots et il est plus probable que c'est le passage tout entier qui a été fabriqué. C'est encore une variation scolastique post-classique sur le thème de Papinien.

7°) Si tamen ab initio de Si toutefois on a convenu usuris praestandis conve- dès l'origine de prester nit, lex contractus serva- des intérêts, la loi du bitur. contrat sera observée.

Au Digeste, cette petite phrase correspond à une vérité évidente, à un axiome: la convention doit être respectée, la "loi du contrat" observée (c'est une des sources de l'art. 1134, al. I.V. Supra), mais la phrase est-elle de Papinien? Les uns disent: c'est un tribonianisme; les autres: c'est une scolie. M. Collinet a cru longtemps que c'était une scolie dont le fond serait cependant authentique, parce qu'il pensait que l'expression lex contractus était vraiment papiniennne. Aujourd'hui il a des doutes, qui lui sont inspirés par un article de M. Valentin - Al. Georgesco, dont il a relu les épreuves et qui va paraître dans la Revista clasică. L'auteur tente de démontrer que l'expression est byzantine, même au F.V. 11, cependant elle ne figure pas dans l'Indice de Guarneri-Citati) et ne peut plus passer pour un papinianisme (Notons qu'elle semble avoir échappé à Heinrich Léopold, dans sa Dissertation d'Erlangen, "Ueber die Sprache des Juristen Aemilius Papinianus", Passau, 1891). Si la thèse de M. Georgescu doit être discutée, il n'en est pas moins vrai qu'ici le passage prête à la suspicion, car le casus scumis à Papinien excluant l'indication d'intérêts à prester, on ne voit pas pourquoi le jurisconsulte aurait envisagé l'hypothèse où il en aurait été convenu; d'autre part, la décision est bien banale: lex contractus servabitur, cela va de soi. Donc ce passage final doit être tenu encore pour une scolie insignifiante.

---

(1) Cf. *suscipere puerum* - le père ne se reconnaît père que quand il a accepté, "soulevé" l'enfant jusqu'à son visage.

En résumé, voici comment M. Collinet décompose le fr. 24 par morceaux:

Les morceaux 1<sup>e</sup> - 2<sup>e</sup> sont bien de Papinien. Les morceaux 3<sup>e</sup> - 4<sup>e</sup> constituent une scolie d'un auteur A. Le morceau 5<sup>e</sup> forme une autre scolie d'un auteur B. Le morceau 6<sup>e</sup> est la suite de 4<sup>e</sup> et provient de A. - Le morceau 7<sup>e</sup> émane d'un troisième scoliaste C et a été écrit sur le morceau 4<sup>e</sup>.

Cette mosaïque de textes fondue dans le Digeste n'a rien de particulier; elle se retrouve constamment dans cette œuvre composite; elle a pour source - suivant M. Collinet - des "chaînes" ou "catènes" de scolies (grecques plutôt que latines, peut-être) écrites sur les Réponses de Papinien, ouvrage fondamental étudié dans les Ecoles de Droit.

Le problème des "chaînes" a été jadis indiqué par M. Collinet (Beyrouth, p. 280, 301 et n. 2, à propos des Fragments du Sinaï et de D. 19,5,5). Il vient d'en donner un nouvel exemple. La décomposition des textes, telle que l'envisage M. Albertario, aboutira à la reconnaissance d'autres exemples. On voit par là quels progrès on peut encore faire dans la critique des textes et combien on est loin de la conception traditionnelle trop simple: ou authenticité du texte ou interpolations dues au seul Justinien (ou Tribonien). Méthode complexe et relative, de plus en plus, doit être notre devise.

Voilà donc deux textes de principe qui posent la règle pour les intérêts dans les B.F.J.: "tantundem possit officium arbitri quam stipulatio". Ils se ramènent en réalité à un, celui de Paul D. 3,5,6 (7), puisque le n° 5 du second texte n'est qu'un démarquage de celui-là. Encore une remarque d'ordre général. Il n'est pas étonnant que le principe n'apparaisse qu'au début du III<sup>e</sup> siècle (Paul), parce que c'est une "loi" que l'on ne commence jamais par formuler un principe; les règles générales couronnent un mouvement de jurisprudence et ne le lancent pas. (Voyez ce que M. Collinet a dit au début du Cours).

En ce qui concerne les intérêts dans les B.F.J., M. Collinet aurait aimé pouvoir suivre ce mouvement de la jurisprudence, depuis les jurisconsultes les plus anciens jusqu'à Justinien. Mais la méthode chronologique, fondamentale en histoire, s'adapte moins bien aux textes juridiques parce que les idées juridiques sont plus complexes que les faits historiques. Son emploi doit être précédé du classement méthodique des textes en distinguant les cas divers où se pose la question des intérêts. Il faut donc classer méthodiquement les textes par idées, par institutions et ne pas se borner à les étudier chronologiquement.

Section IISolutions particulières.

Intérêts  
judiciaires  
ou morato-  
ires.

Les intérêts judiciaires se distinguent des intérêts légaux et des intérêts conventionnels. Ces intérêts s'appellent moratoires parce qu'ils proviennent du retard - *mora* - du débiteur et parce qu'ils courrent seulement depuis sa mise en demeure - *mora* - laquelle se fait par un acte extra judiciaire, sommation, interpellatio. Dans les textes, *mora* doit se traduire tantôt par "mise en demeure", tantôt par "retard". Depuis quand les intérêts moratoires sont-ils dus dans les rapports de B.F. ? Quels sont les principaux textes qui en parlent ? Quelles règles en peut-on déduire ? Y a-t-il eu évolution en cette matière ?

Société - Le premier jurisconsulte qui mentionne la perception d'intérêts moratoires est Labéon, mort avant 22 ap. J.C. que cite au D. 17,2. Pro Socio 60, Fr. Pomp. L. 13 Ad Sabin. (texte peu suspecté, Index, t. I, col. 302) (1):

+ D. 17,2,60  
Pr.  
Socium qui in eo  
quod ex societate  
lucri faceret reddendo  
moram adhibuit cum  
ea pecunia ipse usus  
sit usuras quoque  
eum praestare debere  
Labeo ait sed non  
quasi usuras, sed quod  
socii intersit moram  
eum non adhibuisse:  
sed si aut usus ea pecunia non sit aut moram  
non facerit contra esse: item post mortem socii nullam tallem aestimationem ex facto heredis faciendam quia morte socii dirimatur societas.

L'associé  
qui a tiré  
profit de la  
société par

L'associé qui a mis du retard à rendre le profit qu'il ferait sur la société en employant pour lui-même cet argent, Labéon dit qu'il doit prêter aussi les intérêts. Mais non pas comme des intérêts, mais parce qu'il importe à l'associé qu'il (son associé) ne mette pas de retard. Mais si, ou bien il n'a pas employé cet argent (pour lui-même) ou bien il n'a pas fait retard, ce sera le contraire. De même après la mort de l'associé aucune telle estimation ne peut être faite du fait de l'héritier, parce que la société est dissoute par la mort de l'associé.

Un associé a tiré profit de la société; il a par exemple touché des fonds dans l'intérêt de la société et les a employés à son usage personnel. Cet associé doit des intérêts avec le capital déclare Labéon. Le

(1) Résumé seulement dans E. del Chiaro, Th. Nancy, 1928, p. 176 (Cf. p. 192, n. 3).

temple en employant à son usage personnel des fonds sociaux doit les intérêts avec le capital, mais il les doit moins à titre d'intérêts que de poena.

Conditions auxquelles le juge condamnera l'associé à des intérêts moratoires.

Solution plus rigoureuse de Papinien.

plus curieux, c'est la suite: il les doit non pas à titre d'intérêts, mais parce qu'il importait à l'autre associé qu'il n'y eût pas de retard dans la restitution de la somme. Il ne s'agit pas ici d'intérêts (au sens propre du mot) c'est-à-dire conventionnels ou légaux, mais plutôt d'une somme supplémentaire destinée à faire pression sur l'associé. C'est une sorte de poena, et la même idée de poena apparaît dans un autre texte:

Tryphoninus, L. 2 disput., D. 3,5, de N.G. 37 (38): "...nam illi, de quibus constitutum est, cum gratuitam, certe integrum et abstinentem omni lucro praestare fidem deberent, licenta, qua (corr. quia Mo.) vindicentur abuti maximis usuris vice cujusdam poenae subjiciuntur: Le cas est voisin de celui de l'associé: il s'agit d'un tuteur ou d'un magistrat de municipie qui a employé l'argent "in usus suos"; il doit les intérêts maximum, d'après des constitutions que nous ne possédons pas.

La phrase "sed si aut usus, etc,.. ne signifie rien et la dernière ne vaut pas mieux "quia morte socii dirimatur societas". Ce ne sont que banalités.

On sait que la société se dissout par la mort ou la Capitis deminutio. C'est à ce propos que Gaius (III, 153) fait le rapprochement entre la C.D. et la mort qu'il ne faut pas étendre.

Nous tirerons de ce texte le principe directeur: le juge condamnera l'associé à des intérêts moratoires à deux conditions: a) s'il est en retard dans la restitution de l'argent social, et b) si l'argent dû a été employé par lui à son profit.

Les deux conditions semblent cumulatives ici, mais on va voir qu'elles peuvent fonctionner séparément.

Dans un autre texte: Papinien Liv. II Quaest. D. 22.1, de Usuris 1.1, déclare que l'associé sera condamné à des intérêts du fait qu'il aura envahi, qu'il se sera emparé de l'argent commun, ou de ce qu'il l'aura employé à son usage. Dans ces deux cas les intérêts seront dus "mora non interveniente" sans intervention de demeure ou de retard. Papinien est donc plus rigoureux que Labéon, puisqu'il n'exige aucune mora et on peut constater que, en matière de procuratelle, à propos du mandataire, il n'exigeait pas non plus le retard (Pap. ap. Ulpien D. 17.1.10.3).

Pourquoi cette rigueur de la part du Jurisconsulte ? On la comprend au premier cas où l'associé s'est emparé de l'argent commun, parce que c'est là un fait nocif, délictuel en quelque sorte. Pour le cas où il s'est servi des fonds, l'opposition existe entre Papinien et Labéon, sans conciliation possible.

Il ne paraît pas invraisemblable que la condamna-

tion à des intérêts soit apparue dans la société tout d'abord. On sait que le Digeste ne renferme pas toutes les sources du droit romain. On n'est donc jamais sûr qu'un texte soit le premier, que l'auteur cité au Digeste soit le créateur d'une théorie. Jamais on ne pourra affirmer que c'est Labéon qui ait créé la théorie en matière d'intérêts. Mais en tous cas, c'est le premier texte que nous avons. L'exigence serait apparue en matière de société, en raison des caractères mêmes de ce contrat, fondé sur le *Jus fraternitatis* (1), formant en tout cas entre les parties un lien plus étroit, plus intime que n'importe quel autre contrat, différant de la plupart des autres contrats en ce sens que c'est un contrat qui se poursuit plus ou moins longtemps (comme le louage et à la différence des contrats instantanés comme la vente). Puisque la Société est un contrat durable, on comprend que les opérations soient complexes entre associés, l'un touche de l'argent et en paie pour la société, un autre fait de même. Aussi les questions des rapports entre les associés sont-elles plus pressantes que partout ailleurs; la liquidation de la société est une question importante et on comprend que l'attention des Jurisconsultes ait été attirée sur le cas où un associé a fait un profit dans la gestion de la société, et qu'ils aient pensé qu'il était juste de lui faire payer en cas de retard des intérêts judiciaires et moratoires. C'est un contrat qui a pu être le point de départ d'un certain nombre de théories juridiques (p. ex. compensation).

Louage. Passons à l'exemple du louage: D. 19.2. Locat. cond. 54. Pr. Paul L. 5. Respons.

Quaero an fidejussor  
conductio[n]is etiam  
in usuris non illa-  
tarum pensionum no-  
mine teneatur nec  
prosint ei constitu-  
tiones, quibus cavè-  
tur eos, qui pro ali-  
is pecuniam exsol-  
vunt, sortis solum-  
modo damnum agnos-  
cere oportere. Pau-  
lus respondit si in  
ommem causam conduc-

Je demande si le fidéjusseur  
d'un louage est tenu des in-  
térêts aussi au titre des fer-  
mages non payés et si les  
constitutions ne lui profitent  
pas par lesquelles il est dé-  
cidé que ceux qui paient de  
l'argent pour les autres doi-  
vent assumer les risques du  
principal (du capital) seule-  
ment. - Paul a répondu que, si  
le fidéjusseur s'est obligé  
aussi à toute la cause du loua-  
ge, il doit également à l'exem-

(1) Contre le byzantinisme du *jus prat.* (D. 17,2,63,pr.), F. Lanfranchi, *Studia et docum.*, I, 1935, p. 377, invoquant, à la suite d'Ernst Levy, la Décl. min. 320 de Quintilien.

tionis etiam fidejussor se obligavit, eum quoque exemplo coloni tardius illatarum per moram coloni pensionum praestare debere usurras:

Usurae enim in bonae fidei iudiciis et si non tam ex obligatione proficiscantur quam ex officio judiciis applicentur, tamen, cum fidejussor in omnem causam se applicuit, aequum videtur ipsum quoque agnoscerre onus usurarum ac si ita fidejussisset: "In quantum illum condemnari ex bona fide oportebit, tantum fide tua esse jubes? vel ita: "indemnem me praestabis?"

ple du fermier prester les intérêts des fermages trop tardivement apportés par le retard du fermier:

Quoique les intérêts en effet dans les actions de B.F. ne partent pas tant de l'obligation qu'ils ne sont appliqués en vertu de l'office du Juge, cependant, comme le fidéjusseur s'est appuyé (adjoint) à toute la cause, il semble équitable que lui-même assume aussi la charge des intérêts comme s'il avait cautionné ainsi: "Autant qu'il faudra que lui (le fermier) soit condamné en vertu de la B.F., consens-tu à ce que cela soit sous ta foi?" ou ainsi: "me rendras-tu indemne?".

Le fidejusseur d'un louage est-il tenu des intérêts comme le serait le fermier ?

La question posée au texte est simple: le fidéjusseur d'un louage, c'est-à-dire d'une prise à bail à fermier est-il tenu des intérêts comme le serait le fermier lui-même ? Il faut remarquer dans le texte "nomine" du fait de, du chef de...(au nom de), au titre des fermages non apportés ? Le fidéjusseur profite-t-il des constitutions (que nous ignorons) qui décidaient que ceux qui paient de l'argent pour les autres doivent assumer les risques du principal seulement (et pas des intérêts) ? Remarquons les expressions latines: "sortis, solum modo, damnum, agnoscerre" qui ont un caractère tout à fait juridique. Damnum ou periculum = risque (Cf. Paul. Sentences 1,4,3 = D. 3.5.36 (37) où il est question de la responsabilité des risques). Paul consulté par un client (ou par un auditeur) répond: oui, il a la charge des intérêts s'il s'est engagé à toute la causa conductiois, c'est-à-dire à couvrir toute dette résultant du louage (Causa, ici, veut dire "source de la dette"). Le jurisconsulte termine sa pensée en reprenant le Casus. Le jurisconsulte répète: "cum fidejussor in omnem causam se applicuit aequum videtur ipsum quoque agnoscerre onus usurarum". La fin du texte "ac si ita fidejussisset", est

intéressante. Le fidéjusseur devra des intérêts comme s'il avait cautionné ainsi. On sait que la fidejussion se forme par une question posée par le créancier et par une réponse faite par la caution. Voici les deux modèles de demande que contenait le texte:

1<sup>o</sup>) consens-tu à prendre sous ta foi autant que le montant de la condamnation du fermier en vertu de la B.F? Evidemment si une telle stipulation avait été faite, les intérêts seraient dus aussi par le fidéjusseur qui aurait pris la responsabilité de couvrir le tout. Dans la condamnation sur l'action de B.F. *judicium conducti*, était compris non seulement le principal sors" mais aussi les intérêts "usuræ", à titre de retard dans le paiement du fermage. Nous avons là un modèle technique de fidejussion: *fide tua jubes* (*Jubeo* = adhérer à un acte). "Consens-tu à prendre sous ta foi"

2<sup>o</sup>) "Indemnem me præstabis ?" - me rendras-tu indemnité ? Cette seconde formule est déclarée interpolée par Beseler II, 110 (indemnis serait partout interpolé - Il trouve aussi que la phrase a une allure grecque) Cf. Index, t. I, col. 365: *vel ita - fin*. L'adjectif indemnus montre que nous avons affaire dans les deux cas à la fidejussion indemnitas par laquelle le fidéjusseur s'engage à couvrir le créancier contre les risques de l'insolvabilité du débiteur. Ce genre de cautionnement se rencontre en particulier lorsque le fidéjusseur promet de payer au créancier la différence entre le montant de la dette et ce que le créancier aura touché en réalité après poursuite du débiteur. Le créancier poursuit le débiteur, il obtient 100 sur 500, il peut se retourner contre le fidéjusseur et lui demander la différence, 400. Cette fidejussion indemnitas est un moyen très élégant de faire naître une deuxième action contre le fidéjusseur et de tourner la règle de l'effet extinctif de la *Litis contestatio*. Nous avons ici une autre application de la fidéjussion d'indemnité.

La solution du texte est aussi simple et aussi logique que la question. Paul n'a pas fait d'effort considérable, en répondant: s'il s'est engagé à tout, il doit aussi payer les intérêts.

Le point le plus intéressant du texte, c'est qu'il contient une règle générale: "Usuræ enim in B.F. Iudiciis etsi non tam ex obligatione proficiscantur quam ex officio judicis applicentur - les intérêts dans les Actions de B.F. ne partent pas tant de l'objet de l'obligation qu'ils ne sont appliqués en vertu de l'office du juge". Autrement dit le fondement, la cause de ces intérêts, ce n'est pas l'obligation, l'engagement contractuel ou la responsabilité quasi contractuelle; la source, c'est la décision du Juge, l'*Officium judicis*.

Le fidéjusseur doit les intérêts s'il a garanti toute la causa condictionis. Les intérêts dans les actions de B.F. ne partent pas tant de l'objet de l'obligation qu'ils ne sont appliqués

qués en vertu de l'office du juge.

Le créancier d'un contrat de B.F. n'a pas d'action spéciale pour réclamer les intérêts; il ne peut les réclamer s'il a omis de le faire dans l'action de B.F.

Application en matière de louage.

En matière de gage, le créancier qui a prêté à intérêt le surplus du prix de vente de l'immeuble engagé, doit lui-même les

Les auteurs, comme Girard, p. 691, font ressortir à ce propos que notre règle établit une opposition entre les intérêts judiciaires ou moratoires d'une part et les intérêts conventionnels, d'autre part, qui eux résultent bien ex obligatione de l'obligation prise par le promettant. Opposition aussi avec les intérêts légaux qui prennent leur naissance dans la Loi. C'est donc un principe fondamental de la matière. L'analyse qui l'a déterminé dénote le sens juridique des classiques.

Cette règle générale ajoute Girard, produit cette conséquence que le créancier dans un B.F. jud. qui réclame les intérêts n'a pas d'action spéciale à cet effet; il ne peut donc les réclamer s'il les a omis dans l'action principale, dans l'action de B.F. et Hermogénien énonce cette conséquence à propos de la vente (D. 19.I. de A.E. et V. 49.1): "Quoique le principal ait été payé post moram, après la demeure, les intérêts du prix ne peuvent être réclamés, puisque ceux-ci ne sont pas dans l'obligation, mais sont prestés par l'office du Juge, cum hae (usurae) non sint in obligations sed officio judicis praestentur". Nous retrouvons là la formule même du texte de Paul et si le passage dans Paul est une addition, ce que nous ne savons pas, nous aurions dans le texte d'Hermogénien, Jurisconsulte de la fin du III<sup>e</sup> siècle, le prototype de l'addition.

En tous cas, il importait de rapprocher les deux passages de Paul et d'Hermogénien.

A propos encore du louage un texte du C. IV. 65, de L. et C., 2, d'Antonin Caracalla (213) se rapporte à la Locatio operis faciendi. Il s'agit dans le texte d'un entrepreneur qui a pris en louage des édifices à démolir. L'actio ex conducto, dit le texte, permet d'obtenir, à cause de son caractère de B.F., la dette avec les intérêts accoutumés. L'actio ex conducto est donnée au conductor, c'est-à-dire à l'entrepreneur de démolition. Il faut appeler l'attention sur l'expression: intérêts accoutumés (cum usuris solitis) (voir plus loin, § III).

Gage. - Le texte sur le gage (D. 13.7, de Pиг. Act. 6;1 de Pomponius, L. 35 ad Sabin.) est intéressant parce qu'il se rapportait dans l'origine à la fiducie (au lieu de pignoratum il faut lire fiduciae datum; au lieu de pignus, lire fiducia) (Lenel, Faling. n° 798). Le texte constate que, si le créancier a vendu le fonds engagé ou donné en fiducie à un prix supérieur au montant de la dette, si d'autre part il prête ce surplus à intérêts, il doit prêter les intérêts de cet argent à celui qui a fourni le gage ou la fiducie.

intérêts à son débiteur. Il n'en doit pas, s'il a gardé l'argent en dépôt.

(c'est-à-dire au débiteur). Il en sera de même s'il s'est servi de cet argent (Cf. Labéon, texte sur la société précitée).

Ce texte est en rapport direct avec le texte suivant D. 13.7.7. tiré de Paul L. 2, Sent.

Dépôt. - En effet, la fin du § I de la loi 6, déclare que si le créancier avait gardé l'argent en dépôt, il ne devrait pas les intérêts, car c'est tout à fait différent de prêter de l'argent et d'en toucher intérêt, ou de garder l'argent en dépôt, puisque cette somme ne vous rapporte rien. Il est donc naturel de prêter des intérêts dans le cas où l'on en touche soi-même, et de n'en pas payer quand on garde en dépôt une chose que l'on est obligé de restituer à première réquisition. La loi 7 de Paul continue dans le même ordre d'idées. Elle suppose également le dépôt et déclare que si le créancier (gagiste ou fiduciaire) apportait du retard à rendre le surplus déposé, il presterait des intérêts au débiteur à ce titre, du chef du retard qu'il a mis à restituer la somme qui appartenait à ce débiteur et qu'il avait en dépôt. La maxime ici est donc bien le fondement des intérêts.

Pour le dépôt irrégulier, on peut encore invoquer d'autres textes, que nous nous bornerons à citer, en faisant observer qu'ils ont été groupés, au Digeste, en vertu d'un dessein évidemment prémedité, dans les lois 24 à 26 et lois 28 et 29 (D. 16,3):

loi 24 (Pap. déjà vue);

loi 25,1 (Pap. l. 3 resp.): ut tantundem redderet, suspecté par M. Naber; pur selon M. Collinet (lien avec le fr. 24);

loi 26,1 (Paul, L. 4 resp.): et ideo secundum conventionem usuras quoque actiones depositi peti possunt ; interp. admise par tous, car Paul rejettait le dépôt irrégulier (Index, t. I., col. 277-278);

loi 28 (Scaevola, L. 1 resp.): id est ut usuras eorum accipias, curae habeto ; interp., Index, t. I. col. 278. La fin de: "respondi deberi ex bonae fidei judicio usuras, sive percepit sive pecunia in re sua (dans son intérêt. cf. procuratio in rem suam) usus est" n'a pas encore été suspectée. Q. Cervidius Scaevola (sous Marc Aurèle), aurait donc reconnu le dépôt irrégulier avant Papinien, dit M. Collinet; ce qui s'expliquerait parce que, lui aussi, a été un juriste hellénisant (cf. B. Kuebler, Tatbestände in den Werken der Kasnistischen Literatur, Z.S.S., t. XXVIII-XXIX);

loi 29,1 (Paul, l. 2 sent.); reconnu par tous interpolé pour la raison déjà dite (Index, t. I., col. 278). Le § I nous intéresse particulièrement par la généralisation qu'il contient: "ut in ceteris B.F. judiciis".

Insistons un peu sur cette généralisation. Elle se rencontre encore en matière de dépôt dans Gordien (238) C.J. 4,34, depos., 2, qui dit que les intérêts dans l'a. de dépôt "sicut in ceteris B.F. judiciis", ont coutume de venir de la mora (demeure ou retard). La phrase *sicut etc.,...* doit être interpolée, on va voir pourquoi.

Un autre exemple se trouve hors des contrats, dans la gestion d'affaires: un texte de Paul a été transmis sous deux formes: Sent. 1,4,3 et D. 3,5, de N.G., 36 (37), 1. Paul déclare que le gérant d'affaires, est tenu de prêter des intérêts et d'assumer le risque des dettes de ceux aux mains de qui il a placé l'argent du dominus. La version du Digeste ajoute une réserve: "*nisi fortuitis casibus debitoris ita suas fortunas amiserunt*"; le passage est interpolé (ces pluriels sentent le byzantinisme), et surtout parce qu'il manque au Bréviaire d'Alaric où se trouvent les Sentences de Paul. M. Guarneri-Citati l'a constaté et admet d'ailleurs l'interpolation de tous les textes relatifs au "*fortuitus casus*" (Cf. Index, t. I, col. 42; Suppl. I, col. 51). En revanche, - et l'auteur ne l'a pas fait remarquer - la version du Bréviaire se termine par: "*ha enim in B.F. judiciis servari convenit*", qui manque au Digeste. Donc généralisation post-classique, antérieure à 506, date du Bréviaire. D'autre part, elle est d'origine occidentale.

Toutes ces généralisations (p. ex. heredes ceterique successores), ont été reconnues interpolées par M. Longo et autres. Elles sont de basse époque et pas seulement d'origine tribonienne, comme on l'a cru longtemps. Le Bréviaire cité le montre.

Pour en finir, deux remarques: Voici un texte récent du Digeste (Marcien, L. 4 regul., D. 22,1, de usuris 32,2), qui contient uniquement la formule générale: "in B.F. contractibus ex mora usurae debentur: dans les contrats de B.F. les intérêts sont dus pour le retard. "B.F. contractus" paraît être une expression de basse époque: existait-elle déjà dans Marcien ou a-t-elle remplacé "in B.F. judiciis" ? On ne sait. En tout cas, la règle est générale, c'est une transposition de la généralisation "in B.F. judiciis" et c'est ce qui nous intéresse avant tout.

2°) Signalons à propos des intérêts l'émission d'une nouvelle règle de la B.F. Dioclétien et Maximien (293) C.J. 2,18 (19), de N.G., 18, prévoient le recours du gérant d'affaires contre le dominus (action Neg. gest. contraria) (1) à qui sont réclamés les intérêts des frais faits par lui au profit dudit dominus. Le fondement donné à la demande d'intérêts est rattaché à la B.F.: "ob negotium alienum gestum sumptuum factorum" (1) Cf. Partsch.

usuras praestari F.B. suscit: la B.F. conseille de prêter les intérêts des frais faits pour la gestion de l'affaire d'autrui".

§ 3 - Comment le Juge apprécie-t-il les intérêts ?

Le juge ne peut fixer arbitrairement les intérêts.

• D. 22.I.I.Pr.

On s'imaginerait qu'il était libre de les apprécier arbitrairement. Il n'en est rien. Le juge romain n'était pas complètement libre, même dans une action de B.F. Un texte indique comment il doit déterminer les intérêts: D. 22,1 de Usuris, I Pr. Pap. L. 2 quaest.

• Cum judicio bonae fidei disceptatur, arbitrio judicis usurarum modus ex more regionis ubi contractum est constituitur, ita tamen ut legi non offendat.

Lorsqu'on prononce dans une action de B.F., la mesure des intérêts est fixée par l'arbitrage du Juge d'après la coutume du pays où l'on a contracté, de façon toutefois à ne pas offenser la Loi.

Obligation pour le juge dans la fixation de l'intérêt de tenir compte du mos regionis, sous réserve de respecter le taux légal.

Papinien pose une règle générale pour tous les rapports de B.F. et déclare que le juge calcule les intérêts ex more regionis, d'après la coutume du pays où le rapport de Droit est né. Le principe est donc tout à fait semblable à la règle qui régit certaines matières du Dr. Int. Privé: Locus regit actum. Les Romains ont admis que la coutume locale devait s'imposer au juge principalement en matière commerciale. Il n'y a pas à Rome un droit civil et un droit commercial chez nous. Par conséquent, en Droit Romain, il faut toujours songer que le caractère commercial des contrats l'emporte sur leur caractère civil, à cause de leur fréquence. Rien d'étonnant à ce que les Romains aient imposé au juge pour les intérêts le mos regionis, une coutume locale, qui peut être une coutume pérégrine. Le texte pourtant fait une réserve "ita tamen ut legi non offendat, de façon toutefois à ne pas offenser la loi". Le juge devra respecter la limite du maximum légal. Cette finale a été suspectée depuis Cujas (Index, t. II, col. 29).

On pourra rapprocher de cette réserve un texte déjà vu (D. 17.I. fg. 10.3. Ulprien L. 31 ad Sabin.) d'après lequel le débiteur sera assigné pour les intérêts tels qu'ils sont courants dans les pays "legitimo modo, selon le taux légal", c'est-à-dire sans qu'on puisse dépasser ce taux. Ces mots sont suspectés aussi.

Ainsi le Juge suivra la coutume locale et ne devra pas dépasser l'intérêt légal.

Une autre limite à son pouvoir est indiquée par

Le juge dans une action de B.F. ne peut pas ordonner que soient fournies les stipulations pour garantir le paiement des intérêts naissant de la condamnation.

un autre texte, D. 22,1. de usur. 1.2. Pap. L. 2. Quaest: le juge dans une action de B.F. ne peut pas ordonner régulièrement que les stipulations soient fournies pour garantie des intérêts à payer après la sentence de condamnation, et une note de Paul ajoute: qu'est-ce en effet que le règlement de l'avenir a à faire avec l'office du juge après la condamnation ? Beseler II. p. 26 suspecte cette note qu'il attribue à un scolaste post-classique (Index, t. II, col. 29).

Le texte prévoit que le juge qui peut imposer des stipulations aux plaideurs (cautiones judiciales) ne pourra pas régulièrement imposer une de ces stipulations en garantie des intérêts naissant de la condamnation. Pourquoi ? "cum in potestate sit actoris judicatum exigere: parce qu'il est au pouvoir du demandeur d'exiger l'exécution de la condamnation". Le Juge n'a pas à lui donner plus de garantie qu'il n'en a de par la loi.

Quant au mos regionis Ed. Cuq. (Man. p. 56) dit très bien, ce sont les lois pérégrines continuant à subsister à titre d'usages régionaux ou locaux, lorsque leurs dispositions peuvent se concilier avec les principes du droit romain. Il cite (n. 8) pour le taux des intérêts: Pap., D. XXII, 1, 1, pr. et Ulp., D. XXX, 39, 1 (relative au legs); mais il y a bien d'autres textes pour les intérêts.

M. Collinet observe que la règle générale pour l'application du mos regionis est donnée par Ulpien, l. 45 ad Sab., D. 50, 17 de div. reg., 34, qu'il faut lire.

F I N

-:-:-



Cours terminé d'imprimer le 8 mai 1937.