

D.9.2.30.1 – Le dilemme de Paul

à propos de la protection aquilienne du créancier gagiste¹

Paulina ŚWIĘCICKA

(Université de Cracovie)

Introduction

Il n'est point besoin de souligner que la *lex Aquilia de damno*, qui a inauguré la responsabilité aquilienne ancienne, a constitué les fondements de la responsabilité civile contemporaine, aboutissant à la théorie moderne des obligations issues d'actes illicites².

Il est également bien connu que cette loi était initialement très primitive, mais qu'ensuite ses champs d'application ont été considérablement élargis durant les siècles qui ont suivi sa promulgation, spécialement, dans le but de satisfaire aux besoins de la société. Cet élargissement a été effectué, dans une grande mesure, par les jurisconsultes romains, précisément, par leur interprétation de cette loi. Parmi les domaines compris dans cette extension comme par exemple, la manière de porter préjudice aux choses d'autrui ou encore la façon de calculer les dommages et intérêts, il y a aussi la question

¹ Texte remanié d'une conférence tenue le 26 septembre 2006 à Komotini pendant la 60^{ème} Session de la SIHDA. Je remercie mon ami José Luis Alonso, Professeur à l'Université San Sebastian, qui a bien voulu me donner quelques indications importantes à propos du sujet de cette étude. Je tiens également à exprimer ma gratitude aux Professeurs Hans Ankum d'Amsterdam et Pascal Pichonnaz de Fribourg pour les observations qu'ils m'ont faites pendant la Session.

² C'est une constatation que l'on peut trouver dans presque toutes les études consacrées aux problèmes de la responsabilité *ex lege Aquilia*. Voir par exemple R.ZIMMERMANN, *Roman Law, Contemporary Law, European Law. The Civilian Tradition Today*, Oxford 2001, p.246.

de la légitimation active pour engager l'*actio legis Aquiliae* au cours d'un procès romain, également sous la forme des prétoriennes '*actio in factum*' ou '*actio utilis ad exemplum*'. Les juristes classiques comme Julien, Ulpien ou Paul ont discuté de l'attribution d'une protection identique au bénéficiaire du propriétaire, des possesseurs de bonne foi [Ulp.D.9.2.11.8; Ulp.D.9.2.17], des usufruitiers bénéficiaires [Ulp.D.9.2.11.10; Paul.D.9.2.12] et des créanciers gagistes [Ulp.D.9.2.17; Paul.D.9.2.30.1; Marcel.D.20.1.27]. Autrement dit, les juristes voulaient leur garantir la possibilité d'obtenir une compensation pour les dommages résultantes du délit '*damnum iniuria datum*'. Enfin, les atteintes à une personne humaine, bien que ne pouvant être considérées comme dommages patrimoniaux, étaient sanctionnées par référence à la loi Aquilia [Ulp.D.9.2.13pr.].

Alors, en prenant en considération une telle constatation, je voudrais consacrer cette étude à la question de l'extension de la légitimation active dans le domaine de la protection aquilienne, et aux problèmes soulevés par celle-ci, en particulier à la question concernant le cas du créancier gagiste. Premièrement, je propose de faire une analyse critique d'un des fragments de Paul incorporée dans le titre 9.2 du *Digesta*, *i.e.* de son décision donnée dans le cas de la destruction totale d'une chose mise en gage [D.9.2.30.1]³. Je voudrais faire une reconstruction du raisonnement de Paul, analyser la méthode appliquée par lui et évaluer la justification de sa décision, *i.e.* la *ratio* qui justifie la solution donnée dans le cas présent [§1, §4.1]. De cette manière il sera possible de donner quelques remarques générales sur le problème de la protection aquilienne du créancier dans le contrat de gage. Pour cela, il y aura aussi peut-être intérêt à examiner brièvement d'autres fragments qui contiennent des consultations sur le même problème, *i.e.* le problème de la légitimation active à l'*actio ex lege Aquilia*, dans le cas de la destruction ou détérioration de la *res pignoratitia*, que l'on peut trouver dans les textes d'autres juristes classiques à l'époque des Sévères [§4.2, §4.3]. Enfin, je voudrais

³ En prenant en considération le fait que les compilateurs ne traitaient pas les textes classiques avec une grande «estime linguale», il faut souligner le fait que ce texte a été soupçonné dans quelques uns de ses aspects par la critique des interpolations et il semble également nécessaire de tenir compte de cette critique. Sur ce point, voir les considérations *infra* §2.

clarifier le problème de la formation et du développement du concept selon lequel la prétorienne *actio utilis ad exemplum legis Aquiliae* pouvait être donnée, évidemment sous certaines conditions, pour protéger le créancier gagiste qui avait subi une perte à cause du délit *damum iniuria datum* [§2, §3, §4].

1. Examen de la source choisie

D.9.2.30.1 (Paulus, *libro 22. ad edictum*)⁴

Pignori datus servus si occisus sit, debitori actio competit. sed an et creditori danda sit utilis, quia potest interesse eius, quod debitor solvendo non sit aut quod litem tempore amisit, quaeritur. sed hic iniquum est et domino et creditori eum teneri. nisi si quis putaverit nullam in ea re debitorem iniuriam passurum, cum prosit ei ad debiti quantitatem et quod sit amplius consecuturus sit ab eo, vel ab initio in id, quod amplius sit quam in debito, debitori dandam actionem: et ideo in his casibus, in quibus creditori danda est actio propter inopiam debitoris vel quod litem amisit, creditor quidem usque ad modum debiti habebit Aquiliae actionem, ut prosit hoc debitori, ipsi autem debitori in id quod debitum excedit competit Aquiliae actio.

Si un esclave donné en gage avait été tué, l'*actio [legis Aquiliae]* pourrait être attribuée au débiteur; il y a cependant la question de savoir s'il faut aussi accorder l'*actio utilis* au créancier, parce qu'il pourrait avoir un intérêt à l'obtenir [une possibilité d'agir contre l'auteur du dommage], dans les cas où le débiteur est insolvable et où le créancier lui-même a perdu son procès en raison de l'expiration du délai prescrit; néanmoins il serait injuste d'accorder la plainte [contre le même délinquant] simultanément au propriétaire [un débiteur] et au créancier,

⁴ La doctrine romaniste a largement abordé ce texte. Il serait cependant fastidieux de la citer intégralement dès l'entame du fragment. Les différents auteurs seront dès lors cités au fur et à mesure des questions exégétiques rencontrées. Il faut néanmoins souligner que la majorité des savants a constaté – le plus souvent sans justifier une telle opinion – que ce texte est incompréhensible ou largement interpolé. Voir par exemple G.VALDITARA, *Superamento dell'aestimatio rei nella valutazione del danno Aquiliano ed estensione della tutela ai non domini*, Milano 1991, p.228, qui a écrit: «Riconstruire la sostanza del passo paolino non è facile e qualcuno ha sostenuto che esso è probabilmente irrecuperabile.(...) Certo mi pare il fatto che il testo sia gravemente corrotto...». On peut trouver les mêmes opinions par exemple chez : F.H.LAWSON, *Negligence in the Civil Law*, Oxford 1950, p.115, n. de D.9.2.30.1; J.G.WOLF, *D.20,1,27, Marc.5 dig. Zur Aktivlegitimation des Pfandgläubigers für die action legis Aquiliae*, ZSS 76 (1959), p.521; J.M.THOMSON, *Who could sue on the Lex Aquilia?*, LQR 91 (1975), p.211. Voir pourtant mon analyse et ma proposition de la reconstruction de ce fragment dans le paragraphe qui suit.

soit que nous admettions que le débiteur n'ait subi aucun dommage dans ce cas, parce que le montant de la dette pourrait lui être profitable et qu'il pourrait obtenir le surplus de l'auteur du dommage; et peut-être faut-il accorder l'action au débiteur à l'origine, en considérant que le montant de la dette excéderait le montant du dommage; ainsi donc, dans ces cas où l'on accorde au créancier l'action en raison de l'insolvabilité du débiteur ou de la perte de son procès, le créancier disposera de l'*actio Aquiliae* sur le montant de la dette ce qui sera profitable au débiteur; celui-ci sera aussi en droit de porter l'*actio Aquiliae* pour le surplus, qui excède le montant de la dette.

Comme on peut le voir, la *res facti* suggérée par la première phrase n'est pas très compliquée. Un esclave donné en gage [*pignus datum* ou *pignus obligatum*⁵] a été tué par quelqu'un. Il est évident que le propriétaire de cet esclave a subi une perte à cause de cet acte, le délit '*damnum iniuria datum*', parce que sa chose [un *servus*] a été complètement détruite. Cette situation a été prévue précisément dans le premier chapitre de la loi Aquilia où se trouvait la règle suivante: si le propriétaire a subi une perte à cause d'une '*occissio servi*', il peut demander un dédommagement, en agissant directement sur la base de la loi Aquilia contre celui qui a causé le dommage de cette manière⁶.

Dans le cas examiné il est tout à fait certain que le débiteur était propriétaire d'un esclave tué. De plus, Paul a utilisé le mot '*dominus*' pour désigner la personne qui crée le gage et subi une perte. Il faut également rappeler qu'au commencement, *lex Aquilia* accordait une protection seulement aux propriétaires de choses détruites par quelqu'un d'autre. Comme on peut le lire dans D.9.2.11.6 [Ulp. 1.18 *ad ed.*]: *legis autem Aquiliae actio ero competit hoc est domino*. On

⁵ *Pignus datum* et *rem pignori dare* se réfèrent normalement aux sources du droit romain classique à un gage avec la possession de la chose gagée et à une chose remise en gage. Il est nécessaire de souligner ainsi qu'il y a pourtant beaucoup de textes dans lesquels ces expressions sont employées pour indiquer un *pignus obligatum* qui apparaît dans III siècle avant J.-C. et se stabilisait dans I/II siècle après J.-C. [de la période classique appelée aussi l'*hypotheca*], qui s'était fondée seulement sur le pacte informel entre le débiteur et le créancier [gagiste], sans le transfert de la possession de la *res pignorat*. Voir Ulp.D.13.7.1pr. et aussi Gai.D.50.16.238.2, Ulp.D.13.7.9.2. Sur ce point voir spécialement M.KASER, *Besitzpfand und 'Besitzloses' Pfand. Studien zum römischen Pfandrecht III*, SDHI 45 (1979), pp.5-7,18-19,21 [= *Studien zum römischen Pfandrecht*, Napoli 1982, pp.31-133] et aussi A.WATSON, '*Actio Serviana*' and '*Actio Hypothecaria*', SDHI 27 (1961), pp.356-363.

⁶ Comme on peut le lire dans Gai.D.9.2.2pr. et Gai 3.210 et I.4.3pr. Pour les règles fondamentales de la loi Aquilia voir aussi Ulp.D.9.2.27.5, Gai 3.215, Gai 3.217.

peut dire que 'la condition d'*'erus/dominus'* était une des conditions essentielles pour intenter l'*actio directa ex lege Aquilia* en cas de dommage.

On peut ainsi dire que le juriste s'est servi de la règle générale sans aucunes autres investigations profondes et non nécessaires ici, comme l'accomplissement des conditions exigées par la loi Aquilia, par exemple si la manière de commettre l'acte fatal était illicite [*iniuria*] et positive; ou si cet acte avait été mis en contact direct avec la chose détruite, *i.e.* s'il s'agissait de la relation entre la cause et l'effet et si sa conséquence suivait directement l'acte dans le cas où l'esclave avait été tué ou blessé des mains d'une tierce personne et même si cette personne avait employé un instrument, par exemple un couteau [*damnum corpore corpori datum*']. Telles étaient les premières prémisses de l'utilisation l'*actio directa ex lege Aquilia*⁷, bien qu'à partir de la jurisprudence républicaine tardive, tous les actes de destruction, en plus de ceux énoncés par la loi même, doivent être pris en considération.

On peut ainsi supposer, comme certains savants l'ont évoqué⁸ que le cas investigué par Paul était clair, qu'il n'exigeait donc pas d'interprétation spéciale car *clara non sunt interpretanda*. En conséquence le juriste a directement utilisé une règle générale⁹.

Pourtant, on peut aussi supposer, et à mon avis c'est une hypothèse plus juste, que le juriste ait présenté ici cette règle générale d'application du premier chapitre par nécessité. Comme on l'a dit *supra*, ce fragment est une partie de *Pauli libri ad edictum praetoris urbani*, le commentaire sur l'édit, où l'auteur – le juriste, pour illustrer le texte de l'édit, examinait chaque disposition séparément, le plus souvent en analysant l'utilisation de différents expédients judiciaires

⁷ Voir par exemple Gai 3.129 où le juriste a donné le principe pour intenter l'*actio directa ex lege Aquilia* en disant: *si quis corpore suo damnum dederit*. On peut trouver presque la même constatation dans I.4.3.16.

⁸ Voir aussi G.VALDITARA, *Superamento...*, p.231, qui a supposé qu'il y avait d'autres investigations de Paul, avant la première phrase, pourtant ce sont les compilateurs justiniens qui ont exclu ce texte. C'est une hypothèse possible mais non certaine. Voir aussi mes propositions dans ce § *infra*.

⁹ Ce serait donc un bon exemple de la subsomption – une méthode déductive qui était parfois utilisée par les juristes romains pour trouver une solution juridique dans un cas précis. Voir en particulier F.HORAK, *Rationes decidendi. Entscheidungsbegründungen der älteren römischen Juristen bis Labeo*, I, Aalen 1969, p.84sq, W.LITEWSKI, *Jurisprudencja rzymska*, Kraków 2000, p.127.

[actions, exceptions, interdits *etc.*] ainsi que leur utilisation pratique. C'est pour cela que Paul, comme les autres juristes qui écrivaient les commentaires *ad edictum*, présentait la casuistique de l'application de chaque règle et de chaque expédient¹⁰.

De plus, Otto Lenel a placé ce fragment dans le titre *ad legem Aquiliam ad caput primum*¹¹ relatif aux problèmes des dommages causés par l'occision des *servi* ou *quadrupedes pecudes*. On peut en déduire que Paul a présenté cette règle car il voulait l'exposer au début de son investigation suivante dans le premier chapitre de la *lex Aquilia*. Alors, dans la phrase conditionnelle, le juriste a constaté que le débiteur – le propriétaire de la chose détruite, pouvait intenter par l'*actio directa ex lege Aquilia* contre celui qui avait causé un dommage: *Pignori datus servus si occisus sit, debitori [domino] actio competit*.

Il n'y a aucun doute concernant cette phrase du *responsum* de Paul. Mais le reste du texte pose quelques problèmes sérieux sur sa construction, son interprétation et son authenticité¹². Alors, il faut l'analyser d'une manière très précise.

Premièrement, il faut souligner que Paul a formulé ici un problème, un vrai dilemme. Il a demandé si le créancier gagiste pouvait agir sur la base de la loi Aquilia contre celui qui avait tué l'esclave, celui-ci lui ayant été donné pour une chose gagée – ou bien s'il ne pouvait pas agir.

Naturellement, c'est la question de la possibilité d'obtenir une protection '*ad exemplum legis Aquiliae*' par un non-propriétaire. Comme on l'a dit *supra*, au commencement, *lex Aquilia* protégeait seulement les propriétaires des choses détruites par une autre

¹⁰ Sur les *libri ad edictum* comme genre de littérature juridique voir en général, par exemple F.SCHULZ, *Roman legal science*, Oxford 1953, pp.189-190, A.GUARINO, *Libri ad edictum*, [dans:] *Synthese Arangio-Ruiz*, II, Napoli 1964, pp.768-771, C.A.CANNATA, *Histoire de la Jurisprudence Européenne*, I. *La jurisprudence romaine*, Torino 1989, pp.111-113.

¹¹ O.LENEL, *Palingenesia Iuris Civilis* [Pal.], I, 1010, fr. 365.

¹² Voir par exemple F.BONIFACIO, *L'estinzione del giudizio per 'mors litis'*, AG 142 (1952), pp.60-61, qui a constaté à propos de ce fragment que: «Non si può dubitare del rifacimento del testo paolino: la dottrina, discorde sui limiti dell'alterazione, è concorde nel ritenere che il passo è stato ampiamente e profondamente rimaneggiato.» Pour la bibliographie sur la critique interpolationiste et les arguments *pro et contra* voir *infra* §2 et §3.

personne. En d'autres termes, Paul *quaerit*, premièrement *quid iuris*¹³, ensuite, si l'exception à une certaine règle de la responsabilité aquilienne était possible, et enfin, si on disait 'oui', dans quelles conditions.

Celui qui lit ce texte pour la première fois, pourrait se demander: Mais pourquoi le juriste a pris en considération précisément cette loi? Toutefois, de la part du créancier gagiste, le cas *prima facie* ne convient pas complètement aux hypothèses formulées dans la sphère de la loi Aquilia qui prévoyait seulement des catégories définies comme 'délit'¹⁴. Sans aucun doute, dans cette situation, toutes les conditions requises par la loi Aquilia étaient réunies, mais évidemment non quant au créancier gagiste, mais quant au débiteur - le propriétaire d'un esclave tué, ayant perdu sa propriété, et ayant subi un dommage matériel, déterminé précisément, explicable et préjudiciable par voie de conséquence de l'acte du délit '*damnum iniuria datum*'. Par contre, c'était un gage que le créancier a perdu, *i.e.* une sûreté réelle pour sa créance, qui du I^{er} siècle avant J.-C., était considéré par le droit romain comme l'une des *iura in re aliena*. On peut alors répéter la question: Pourquoi Paul a précisément pris en considération la *lex Aquilia de damno iniuria dato*?

On peut répondre, en supposant, que c'est parce que la situation dans laquelle le créancier gagiste se retrouvait après le délit, ressemblait à celle du propriétaire d'une chose détériorée qui était prévue par la loi Aquilia. Tous les deux ont subi une perte et ils ont intérêt à la compenser. De plus, avant le délit, ils avaient eu un intérêt légitime à conserver la *res pignori data*, l'un parce que c'était sa propriété, tandis que l'autre - parce que c'était après tout une garantie réelle pour sa créance, contre l'inexécution d'une prestation due par le débiteur. On peut donc dire que la légitimation active du créancier gagiste était fondée sur la base du parallélisme de leur position dans le droit, *i.e.* sur l'analogie. C'est pour cela que Paul a dit - '*hoc iure utimur*', c'est-à-dire 'nous suivant le droit aquilien'¹⁵.

¹³ C'est-à-dire 'Quel est le droit propre à ce cas?' Voir T.GIARO, *Geltung und Fortgeltung des römischen Juristenrechts*, ZSS 111 (1994), p.70; IDEM, *L'art de comparer les cas*, SDHI 60 (1994), p.510.

¹⁴ Voir les références dans la note 6 *supra*.

¹⁵ Sur le point de l'utilisation d'une analogie par les juristes romains voir spécialement, T.GIARO, *L'art...*, pp.507-531.

Pour préciser cette constatation, l'on peut sans aucun doute dire que le créancier gagiste a subi une perte à cause de l'occision d'un esclave qui lui avait été donné comme chose gagée. Cependant il s'agissait-là d'un dommage particulier, immatériel, parce que le créancier n'a pas perdu la chose au sens propre, mais il a perdu la garantie d'obtenir le paiement de la dette¹⁶. Comme on le sait, le gage est une sûreté réelle concernant un bien, appartenant à un débiteur [ou à un tiers¹⁷], qui est affecté à une créance de telle manière que dans le cas de l'inexécution d'une prestation due, le créancier pourrait, grâce à ce bien, obtenir satisfaction. Le but du droit de gage était alors la garantie d'obtenir le paiement de la dette. Il est aussi généralement admis que la disparition ou destruction de la *res pignoratitia* fut une des causes qui a provoqué l'extinction du gage, et en conséquence, l'impossibilité de satisfaire un intérêt légitime en voie de réalisation¹⁸. Le créancier gagiste était donc pour la conservation de la *res pignoratitia*, en particulier dans le cas de non-paiement, mais aussi dans le cas de paiement [ou d'extinction de l'obligation garantie par le gage suite à d'autres raisons¹⁹] à cause de son obligation de restitution qui porte sur la chose gagée elle-même²⁰, naturellement, seulement en cas de *pignus datum*²¹. Dans le cas de l'extinction de l'obligation

¹⁶ Pour simplifier l'exposé du cas dans § 1, mais aussi dans § 4.3, on suppose toujours que l'objet de la dette du débiteur est une somme d'argent.

¹⁷ Mais, pour faciliter l'exposé de ce cas, et des autres cas traités *infra* § 4.3, je me limite à la situation où c'est le débiteur lui-même qui a constitué le gage sur la chose qui lui appartient.

¹⁸ C'était une règle qu'on peut déduire par exemple de Marc. D.20.6.8pr.

¹⁹ Voir la formula de l'*actio pignoratitia in personam* reconstituée par Otto LENEL [*Das Edictum Perpetuum* [EP], Leipzig 1927, §99, p.255]: *Si paret Am. Am. No. No. rem qua de agitur ob pecuniam debitam pignoris dedisse eamque pecuniam solutam eove nomine satisfactum esse aut per Nm. Nm. stetisse, quo minus solveretur, eamque rem Ao. Ao. redditam non esse, quanti ea res erit, tantam pecuniam iudex Nm. Nm. Ao. Ao. condemnato; si non paret absolvito*. Sur la base de cette formule on peut constater qu'à côté du cas du paiement de la dette par le débiteur [la *solutio*] qui motivait la restitution de la *res pignori data*, le débiteur pouvait revendiquer une chose gagée aussi en cas de la *satisfactio* et de la *mora creditoris*. Voir par exemple Ulp. D.13.7.9.3. Sur ce sujet voir aussi par exemple M.KASER, *Studien II*, pp.195-234 et B.ALBANESE, *Actio pignoratitia in personam ed inesistenza del credito garantito*, [dans:] *Studi Sanfilippo*, I, Milano 1982, pp.3-8 et *passim*.

²⁰ Voir par exemple Gai. D.44.7.1.6. Comparer le texte parallèle I.3.14.4.

²¹ Voir par exemple D.13.7.40.2 [Pap.1.3 *resp.*]: *Soluta pecunia creditor possessionem pignoris, quae corporalis apud eum fuit, restituere debet...* Il faut remarquer qu'à cause de cela, le prêteur a accordé la protection possessoire au créancier gagiste, bien

principale, le créancier était obligé de restituer la chose gagée parce qu'il n'avait plus l'intérêt de sécurité [C'est-à-dire le soi-disant 'Sicherungsinteresse'] à cause de l'extinction de sa créance (la *solutio* ou les cas adéquats de la *solutio*). Si la chose gagée était détruite non par la faute du créancier gagiste, mais par un tiers, en conséquence de sa responsabilité pour la *custodia*, laquelle était confirmée au moins depuis l'époque classique tardive, il aurait obligation d'offrir compensation au débiteur, si l'obligation principale cessait²². Cette situation aurait été très probable, si l'on accepte l'idée qu'à l'époque classique [toute l'époque ou seulement l'époque classique tardive], le créancier gagiste répondait pour *dolus*, *culpa* et aussi pour la *custodia*,

que celui-ci n'ait pas véritablement l'*animus possidendi* [comparer de Florent. D.13.7.35.1]. Pour justifier cette situation, la doctrine a fait appel au concept de 'possession anormale' qu'elle applique également au précariste, au dépositaire séquestre, à l'emphytéote et au superficiaire. À juste titre on relève une identité d'objectifs avec la légitimation active de l'*actio furti*, qui, comme la protection possessoire déjà mentionnée, étaient destinés à assurer au créancier gagiste une protection efficace. Il faut noter que, entre autres pour une telle protection du créancier gagiste, certains savants fondent la thèse que le créancier gagiste était responsable pour la *custodia* durant toute la période du droit classique. Sur ce point, voir en particulier H. ANKUM, *La responsabilità del creditore pignoratizio nel diritto romano classico*, [dans:] *Studi Biscardi*, IV, Milano 1983, pp.606,628-629. Voir aussi M. KASER, 'Furtum pignoris' und 'furtum fiduciae', ZSS 99 (1982), pp.249-277, qui a constaté que cette responsabilité pour la *custodia*, était admise uniquement par les juristes classiques tardifs à partir de Papinien. Il faut enfin rappeler que certains savants croient que parmi les textes qui mentionnent explicitement la *custodia*, seules Ulp.D.13.7.13.1 et C.8.13.19 [Diocl./Max. const. de 293 après J.-C.] peuvent être appliqués au créancier gagiste et, en effet, l'existence de cette responsabilité à l'époque classique repose sur des indices faibles et peu nombreux. Voir R. ROBAYE, *L'obligation de garde. Essai sur la responsabilité contractuelle en droit romain*, Bruxelles 1987, pp.213-263, IDEM, *Sanction judiciaire du contrat de gage en droit romain classique*, RIDA 34 (1987), p.312 n.3, pp.318-319 et n.26. Ce dernier savant a conclu aussi que le créancier serait libre de l'obligation de restitution, si la chose gagée avait été détruite par une tierce personne, *i.e.* sans sa faute. Ce problème demanderait encore une étude séparée et profonde, donc pour cette étude j'accepte l'opinion selon laquelle à l'époque classique le créancier gagiste était responsable pour *dolus*, *culpa* et *custodia*. Mais sur ce point voir spécialement les études citées dans cette note et aussi les études collectées par H. ANKUM *op.ult.cit.*, *passim*, en part. celles de V. ARANGIO-RUIZ, J. PARIS, G. LUZZATTO. Sur le point de la *custodia* et le *periculum* voir aussi G. MACCORMACK, *Custodia and culpa*, ZSS 89 (1972), p.215 et la note 192 pp.215-216 sur les controverses avec l'interprétation des textes; et IDEM, *Further on periculum*, BIDR 82 (1979), p.11ss. Voir enfin I.3.14.4.

²² Sur ce problème, la discussion et la bibliographie voir les références dans la note 21 *supra* et *infra* dans la note 28.

même si à l'époque classique, le créancier gagiste ne pouvait être poursuivi que par l'*actio pigneraticia* avec la *formula in factum concepta*, car l'*actio pigneraticia* avec la *formula in ius* n'a certainement été confirmée que dans le droit post-classique ou même dans le droit de l'époque de Justinien²³. Il faut souligner qu'il est aussi très probable que cette action avec la *formula ex fide bona* existait déjà à l'époque classique, bien qu'elle ne soit entrée en vigueur qu'après la stabilisation d'Édit par Salvius Iulianus. Cette action n'avait donc pas pu avoir la *formula* de l'édit²⁴. Cependant pour conclure ce cas, il faut dire que Paul n'a pas parlé explicitement de la situation où le créancier gagiste a été payé, mais il n'a mentionné seulement que des cas exemplaires de non-paiement²⁵.

²³ Il est certain que la protection du débiteur—le propriétaire de la *res pignerata*, a été d'abord réalisée par une *actio in factum*, et apparemment pour cette raison le gage, comme le commodat, figurait dans l'Édit sous la rubrique *de rebus creditis*, pendant que par exemple le dépôt était inclus dans la rubrique *de bonae fidei iudiciis*, bien qu'il soit, comme le gage, un contrat réel.

²⁴ O.LENEL, *EP* cit. *supra* dans la note 19. Il est nécessaire de remarquer que la doctrine est divisée sur ce point. Certains auteurs sont *contra* l'existence d'une *formula in ius concepta* de l'*actio pigneraticia* à l'époque classique, tandis que d'autres l'admettent, soit dès l'époque de Gaius, soit seulement dans le droit classique tardif. Sur ce point voir spécialement M.KASER, *Studien II*, p.197sq [= *Studien zum römischen Pfandrecht*, Napoli 1982, pp.59-125, en part. pp.78-93]. Voir aussi W.LITEWSKI, *Das Bestehen der 'formula in ius concepta' mit der 'bona fides' Klausel beim Pfand*, *Labeo* 45 (1999), pp.183-192, qui a constaté que l'*actio pigneraticia* avec la *formula ex fide bona* pouvait exister avant l'an 130 après J.-C. et qu'elle devait être incluse à l'Édit. Je pense néanmoins que si une telle action était subsistante juste avant l'an 130, les juristes [en particulier Ulpian et Gaius] n'avaient aucune raison de l'omettre, si évidemment ce dernier argument n'est pas décisif, car par exemple Gaius sous Gai 4.64 n'a pas mentionné non plus le commodat pour lequel, aux dires de Gaius lui-même [Gai 4.47 *in fine*], l'existence de deux formules est certaine. Cette absence de gage peut donc s'expliquer à la limite. Sur ce sujet voir aussi le très intéressant B.NOORDRAVEN, *Pomp., D.13.7.6.pr.: un caso di pignus*, *BIDR* 22 (1980), pp.252-253, H.ANKUM, *La responsabilità...*, p.603-604, 626. Voir *contra* l'existence de l'*actio pigneraticia* avec la *formula in ius* à l'époque classique, par exemple R.ROBAYE, *L'obligation...*, p.213sq; IDEM, *Sanctiones...*, pp.316-321. Par contre, il est tout à fait certain qu'à l'époque de Justinien le gage était sanctionné par une *actio in ius* avec la *formula ex fide bona*. La liste des *iudicia bonae fidei* sous I.4.6.28 contient l'*actio pigneraticia*. Mais voir et comparer aussi Gai. D.13.6.18.1 et Ulp. D.13.7.13pr.

²⁵ Naturellement, on peut supposer que Paul a donné ici seulement des exemples de situations où le créancier gagiste impayé avait l'intérêt à obtenir la protection aquilienne. Comparer avec les fragments analysés dans § 4.3 de cette étude. Autrement par exemple C.ARNÒ, *Legis Aquiliae actio directa ero competit*,

Pourtant, pour être plus précis, il faut aussi mentionner cette situation comme possible, car dans ce cas le créancier gagiste aurait intérêt à obtenir la possibilité d'actionner par l'*actio ad exemplum legis Aquiliae*, s'il devait payer un dédommagement au débiteur. L'intérêt du créancier gagiste était fondé ici sur sa responsabilité envers le débiteur [c'est-à-dire le soi-disant 'Haftungsinteresse'].

Bien plus, il faut constater que selon Paul l'intérêt du créancier gagiste est légitime - justifié dans deux situations: Premièrement l'insolvabilité du débiteur et deuxièmement la perte de l'*actio in personam* et de son procès par le créancier. En allant plus loin, deux questions doivent être traitées. La première est de savoir précisément quels sont les cas où le créancier gagiste avait un intérêt légitime d'obtenir une protection aquilienne analogique. La seconde concerne la motivation de cet intérêt dans chaque cas.

Dans la première situation spécifique mentionnée par Paul, *i.e.* où le débiteur est insolvable [*solvendo non sit*]²⁶, le créancier gagiste a intérêt à conserver la *res pignori data*, car si le débiteur ne paye pas sa dette, le créancier peut rester en possession de la chose gagée, ou dans la situation du *pignus obligatum* [*hypotheca*] il peut demander la possession de cette chose et ensuite, il dispose du droit de se satisfaire en prenant la chose sur la propriété [*lex commissoria*] ou en vendant le bien [*ius distrahendi, ius vendendi*]²⁷. C'est la seule possibilité de

BIDR 42 (1934), pp.206-207, G.VALDITARA, *Superamento...*, p.234 et aussi I.KROPPEBERG, *Die Insolvenz im klassischen römischen Recht. Tatbestände und Wirkungen außerhalb des Konkursverfahrens*, Köln-Weimar-Wien 2001, p.503, qui ont suggéré que Paul avait décerné la plainte au créancier gagiste seulement dans ces deux situations spécifiques.

²⁶ Sur la signification de ces mots voir, plus récemment, I.KROPPEBERG, *Die Insolvenz...*, pp.45-46 et 503. Comparer aussi avec la signification dans ce cas suggérée par P.VOCI, *Diligentia, Custodia, Culpa. I Dati Fondamentali*, SDHI 56 (1990), p.80 [«Inidoneità del debitore à pagare la summa indicati»] et déjà autrefois A.PERNICE, *Zur Lehre von den Sachbeschädigungen nach römischem Recht*, Weimar 1867, p.205 [«Die Insolvenz des Schuldners constituiert erst das Requisite des damnum zum Thatbestande der lex Aq.(uilia)»].

²⁷ Sur le sujet de quelques aspects ficelés avec l'assouvissement du créancier gagiste – voir spécialement M.KASER, *Studien zum römischen Pfandrecht*, TJR 44 (1976), pp.244sq.; B.NOORDRAVEN, *Pomp.,D.13.7.6.pr...*, pp.247-253, et aussi A.MANIGK, RE 6.2, s.v. *Pignus*, p.1279, A.BURDESE, *Lex commissoria e ius vendendi nelle fiducia e nel pignus*, Torino 1949, p.110sq,120,122-123,139sq, M.KASER, *Über Mehrfache Verpfändung im römischen Recht*, [dans:] *Studi Grosso*, I, Torino 1968, p.31,50.

recupérer sa créance car, même s'il actionne par son *actio in personam* et qu'il réussit, l'exécution sera impossible à cause de l'insolvabilité du débiteur. Dans la situation où le créancier a perdu une chose gagée et par suite, le gage - la garantie du paiement n'existant non plus, il a également perdu la possibilité de vendre la chose pour satisfaire son intérêt, n'ayant rien à vendre. Par conséquent, la possibilité de recevoir un dédommagement lui donnerait une chance d'obtenir son argent de la personne qui a causé la disparition de sa garantie de paiement. Il faut aussi remarquer que dans cette situation, *i.e.* si l'on donne la protection *ad exemplum legis Aquiliae* au créancier gagiste, il n'y aurait aucun intérêt de la part du débiteur d'obtenir une possibilité d'agir, car à cause de son insolvabilité, normalement, il perdrait la *res pignerata* comme garantie²⁸.

Par contre, la deuxième situation est plus nuancée, *i.e.* c'est celle où le créancier a perdu son procès à cause de l'expiration du délai prescrit, et à cause de la *litis contestatio* il a également perdu sa propre *actio in personam*. Paul a utilisé les mots '*litem tempore amisit*' pour décrire cette situation et on peut supposer que le juriste pouvait penser à deux situations possibles où le créancier gagiste n'est pas payé, et à cause du délit '*damnum iniuria datum*' il a perdu à la

²⁸Cela vaut la peine de remarquer que le critère de l'insolvabilité était pris en considération aussi, quoique non chaque fois, dans le cas de *furtum* de la *res pignerata* et de décerner éventuellement la protection au créancier gagiste. Voir Ulp.D.47.2.12.2 et Gai 3.204-205. Sur ce sujet voir H.ANKUM, '*Furtum pignoris*' und '*furtum fiduciae*' im klassischen römischen Recht I, RIDA 26 (1979), pp.127-161, IDEM, '*Furtum pignoris*' und '*furtum fiduciae*' im klassischen römischen Recht II, RIDA 27 (1980), pp.95-143 et IDEM, '*Furtum pignoris*' dans le texte d'Ulpien, D.47.2.12.2, BIDR 29 (1989), pp.169-190; J.THOMAS, *Furtum pignoris*, TJR 38 (1970), pp.135-162, IDEM, *Furtum pignoris: a Commentary of the Commentaries*, [dans:] *Studi Sanfilippo*, I, pp.585-601; M.KASER, '*Furtum pignoris*'..., pp.249-277; IDEM, *Anhang B; 'Furtum pignoris' und 'furtum fiduciae'*, [dans:] *Studien zum römischen Pfandrecht*, Naples 1982, p.233sq; G.VON DEN BERGH, *Custodia and furtum pignoris*, [dans:] *Studi Sanfilippo*, I, pp.603-614 et R.ROBAYE, *L'obligation...*, p.215sq. Il faut aussi ajouter que la protection du créancier gagiste dans le cas du *furtum* était aussi discutée par les classiques et peut être reconnue comme la preuve de respecter les intérêts du créancier à cette période. Voir et comparer les oeuvres citées ici et aussi G.VALDITARA, *Superamento...*, pp.233-234 ou I.KROPPENBERG, *Die Insolvenz...*, pp.501-503. Voir aussi pour les autres remarques la note 21 *supra*.

fois le gage et aussi son affaire [le *lis*] à cause de la *mors litis*²⁹, *i.e.* que la phase *apud iudicem* du procès a bien eu lieu mais elle ne s'est pas terminée par la prononciation d'une sentence définitive par le juge, parce que le délai pour ce faire, qui était prescrit par la *lex Iulia iudiciaria*, ayant expiré. Il faut rappeler que dans la procédure formulaire la *litis contestatio* entre les parties, sauf les effets du procès, causait aussi la consommation d'une *actio in personam* et l'extinction *ipso iure* ou *ope exceptionis*³⁰ du droit de l'obligation, sur lequel l'action était basée, car la première obligation s'est changée en l'autre obligation³¹. En conséquence, le nouveau procès était considéré comme *contra* avec la *bona fides*³² et comme d'inadmissible, selon la règle *bis de eadem re ne sit actio*³³. On peut donc arriver à la conclusion que le créancier a perdu son *actio in personam* et son plein droit à la suite de la *litis contestatio* et qu'il a aussi perdu le procès qui s'était terminé à la suite de *mors litis*.

Il faut expliquer cette hypothèse et donner des précisions sur les variations possibles des événements.

Il est tout à fait certain que dans le cas du non paiement de la dette qui est sécurisée par le gage, le créancier gagiste possède deux possibilités d'agir. Il peut demander le paiement de sa créance par la voie processuelle en intentant l'*actio in personam* ou, après avoir

²⁹ Voir Gai 4.104 et Gai 4.105. Sur '*mors litis*' voir par exemple M.KASER-K.HACKL, *Das römische Zivilprozessrecht* [RZpR], München 1996, p.352 n.24, 35; F.BONIFACIO, *L'estinzione...*, pp.34-67.

³⁰ Voir les fragments de Gaius mentionnés *infra* dans la note 33. Sur ce problème voir en particulier H.ANKUM, *Deux problèmes relatifs à l'exceptio rei iudicatae vel in iudicium deductae dans la procédure formulaire du droit romain classique*, [dans:] MNMHM Georges A. Petropoulos, Athènes 1984, pp.173-195 et aussi M.MARRONE, '*Res in iudicium deducta*'-'*res iudicata*', BIDR 37-38 (1995-1996), pp.63-81.

³¹ Les juristes ont accepté dans telles situations, qu'une novation très spécifique [*novatio necessaria, quasi-novatio*] puisse avoir pris place, *i.e.* le '*condemnari oportere*' a pris la place de '*dare-facere-praestare oportere*' et à la suite de ce changement, l'objet originaire de l'obligation s'est transformé. Voir Gai 3.180-181.

³² Comme on peut lire sous D.50.17.57 [Gai.1.18 *ad ed. prov.*]: *Bona fides non patitur, ut bis idem exigatur*.

³³ Voir Gai 3.180-181, Gai 4.121 et Gai 4.106-107. Sur ce problème voir spécialement KASER-HACKL, RZpR, p.295sq, 350, D.LIEBS, *Die Herkunft der 'Regel' bis de eadem re ne sit actio*, ZSS 84 (1967), pp.104-132; et aussi pour l'analyse et pour la bibliographie M.MARRONE, '*Agere lege*', '*formulae*' e *preclusione processuale*, [dans:] *Praesidia Libertatis. Atti del Convegno, Copanello 7-10 giugno 1992*, Napoli 1994, pp.40-52.

demandé au débiteur de payer la dette, le créancier gagiste peut, comme on l'a dit *supra*, rester en possession de la chose gagée [ou demander cette possession] et dispose ainsi du droit de faire vendre le bien. Alors, dans la situation de non-paiement, le créancier avait un vrai intérêt de sécurité, *i.e.* de conserver la chose gagée pour éventuellement satisfaire sa créance. Si le gage avait expiré avant le procès à cause de la destruction de la *res pignoratitia* par une tierce personne et non par la faute du créancier gagiste, la seule possibilité du créancier était d'intenter une action contre le débiteur. À mon avis, c'est une des situations possibles et il faut la prendre en considération. On peut donc décrire cette variation de la *res facti* probable ainsi: le créancier gagiste impayé qui avait perdu son gage sans sa faute, a intenté une *actio in personam* envers le débiteur; les parties ont fait la *litis contestatio*, mais la sentence n'a pas été prononcée dans le délai prescrit. Dans une telle situation, présupposant évidemment que le gage se subsistait malgré les effets de la *litis contestatio*³⁴, si le créancier avait le possédé, il aurait pu satisfaire son intérêt, *i.e.* sa créance, par la vente de la chose gagée, mais ici cela n'était plus possible, car le gage n'existait plus. On peut donc supposer que Paul a décidé de proposer l'*actio utilis ad exemplum legis Aquiliae* au créancier gagiste en tenant compte de cette situation sans aucun issue, *i.e.* la situation où il n'existait aucune possibilité de la part du créancier de récupérer la dette, sauf par le paiement libre du débiteur, qui cependant ne pouvait plus y être forcé, et aussi il n'existait pas la possibilité d'une action contre le juge qui n'avait pas prononcé l'*iudicatum* dans le délai prescrit; et de plus, il n'existait aucune possibilité de demander la satisfaction à cause de cela³⁵. Pourtant,

³⁴ Voir mes investigations à propos ce problème dans ce § *infra*.

³⁵ Il faut dire que dans le cas la non-prononciation de la sentence définitive par le juge dans le délai prescrit, les parties disposaient de la possibilité d'agir contre ce juge sur la base de la responsabilité '*iudex qui litem suam fecit*', basée sur son *dolus* ou sa *imprudencia vel neglegentia*. Dès le temps de la République, cette responsabilité était exécutée par l'*actio in factum* avec la clause *quantum ob rem aequum videbitur*, qui a donné une grande liberté au juge qui estimait le premier procès. Sur la *formula* d'action contre le juge voir O.LENEL, *EP*, p.168, 169. Voir aussi A.BURDESE, *Sulla responsabilità del 'iudex privatus' nel processo formulare*, [dans:] *Diritto e processo nella esperienza Romana. Atti del Seminari Torinese* [4-5.12.1991] *In memoria di G.Provera*, Napoli 1994, pp.151-186 et P.BIRKS, *A New Argument for a Narrow View of litem suam facere*, *TJR* 52 (1984), p.374,387. Du reste, les parties avaient pareillement la possibilité d'agir par l'*actio de dolo* contre toute personne qui - par sa

comme dans le cas de l'insolvabilité du débiteur, la possibilité d'obtenir un dédommagement donnerait au créancier gagiste une chance de son argent de la personne qui a causé l'extinction de la garantie de récupérer paiement. En conséquence, la solution proposée par Paul devait donc être la même.

Par contre, dans la deuxième situation de non-paiement, lorsque le créancier gagiste, qui possède continuellement encore le gage, a intenté contre le débiteur solvable l'*actio in personam*, et les parties ayant fait une *litis contestatio*, l'effet consommatif et préclusif a provoqué l'extinction de l'*actio in personam* et la réalisation du droit – la base pour l'*actio in personam*. En allant plus loin, il faut décider si le gage pourrait subsister, bien que l'obligation principale n'existe plus. C'est donc une question liée à une des caractéristiques du gage – son caractère accessoire – bien que selon les juristes romains elle ne soit pas aussi évidente qu'aujourd'hui. Je me limite à rappeler ici l'opinion de Hans Ankum qui, dans une étude intitulée *Pignus und Novatio im klassischen römischen Recht*³⁶, a distingué 'l'accessoriété génétique' et 'l'accessoriété fonctionnelle' dans le domaine du *pignus* et de l'*hypotheca*³⁷. Ce savant a démontré que, malgré cette accessoriété fonctionnelle, dans la situation de la 'quasi-novation' du procès mentionnée *supra*, les juristes avaient estimé que le gage pouvait exister en faveur du créancier gagiste et sa créance, bien que cette dernière se soit transformée par suite de la *litis contestatio* et par suite de la prononciation de l'*iudicatum*. Normalement, on peut dire que le gage aurait dû avoir expiré, car l'obligation principale sécurisée

faut – a empêché le procès. Voir Paul.D.4.3.18.4. Il faut souligner que seulement dans la situation où le créancier n'avait pas cette possibilité d'agir contre le juge ou contre une tierce personne coupable d'extinction du procès sans prononciation de la sentence définitive, qu'il n'avait aucune possibilité que la protection *ad exemplum legis Aquiliae*.

³⁶ Pour l'analyse et la bibliographie voir spécialement H.ANKUM, *Pignus und Novatio im klassischen römischen Recht*, [dans:] *Festschrift E.Seidl. 70. Geb.*, Köln 1975, pp.1-14.

³⁷ Selon Hans Ankum, 'l'accessoriété génétique' indiquait que le gage ne peut pas être créé sans une obligation principale. Par contre, 'l'accessoriété fonctionnelle' indiquait le principe selon lequel si l'obligation principale avait expiré, le gage ne pouvant pas exister sans lui, alors il devait expirer pareillement. En d'autres termes, le gage comme le droit accessoire ne peut pas exister si la créance est nulle ou si elle s'éteint. Voir H.ANKUM, *Pignus...*, p.2 et *passim*. Voir aussi E.CARELLI, *Sulla accessorieta del pegno nel diritto roman* [Roma 1934] ed. con una nota di lett. di W.Wołodkiewicz, Napoli, 1980, pp.68-69,70.

a été changée, mais dans des cas comme celui là, les juristes romains ont donné différentes solutions, à savoir que le gage s'est maintenu. C'était l'*opinio communis*³⁸. Toutefois, il faut poser la question du cas où il manque le dernier changement, *i.e.* le procès se termine sans l'*iudicatum*. Le gage aurait-il subsisté ou aurait-il expiré dans la situation de la *mors litis*, où l'on peut invoquer le défaut d'une 'quasi-novation' successive *i.e.* le changement de la *condemnari oportere* en une *iudicatum facere* devant être assurée par le *pignus*?

La réponse à cette question est un peu compliquée. Si l'on considère, conformément à la règle de l'accessoriété fonctionnelle que le gage a expiré avec l'obligation, on devra dire que le créancier gagiste est obligé de restituer la *res pignerata*, car il n'a aucune base légitime pour la retenir, *ergo*, on devra confirmer le droit de la part du débiteur de demander cette restitution en utilisant l'*actio pigneraticia directa*. Néanmoins, si l'on voit la *formula* de l'*actio pigneraticia directa*, on ne pourra accepter une telle conclusion, car la *formula* de cette action, selon Otto Lenel³⁹, était la suivante:

Si paret Am. Am. No. No. rem qua de agitur ob pecuniam debitam pignoris dedisse eamque pecuniam solutam eove nomine satisfactum esse aut per Nm. Nm. stetisse, quo minus solveretur, eamque rem Ao. Ao. redditam non esse, quanti ea res erit, tantam pecuniam iudex Nm. Nm. Ao. Ao. condemnato; si non paret absolvito.

On peut donc déduire de cette *formula* trois situations où le débiteur pouvait demander la restitution de la chose donnée en gage car celui-ci avait expiré en même temps que l'obligation principale, *i.e.* *eamque pecuniam solutam, eove nomine satisfactum esse aut per Nm. Nm. stetisse, quo minus solveretur, eamque rem Ao. Ao. redditam non esse*. En d'autres termes l'*actio pigneraticia directa* pourrait avoir été née en faveur du débiteur [constituant du gage] lorsque la créance garantie a été payée [*solvere*] ou s'est éteinte autrement [*satisfacere*], ou enfin que le créancier est dans le délai [*mora creditoris*]. Aucun de ces cas n'a été rencontré dans la situation analysée. Il faut donc admettre que le gage n'a pas expiré et que, par conséquent le débiteur

³⁸ Voir par exemple D.13.7.11pr-1 [Ulp.1.28 *ad ed.*]: *Solutum non videtur, si lis contestata cum debitore sit de ipso debito vel si fideiussor conventus fuerit. (1) Novata autem debiti obligatio pignus peremit, nisi convenit, ut pignus repetatur*. Voir spécialement E.CARELLI, *Sulla accessorieta...*, p.33, H.ANKUM, *Pignus...*, pp.6-7 n.23 et *passim*.

³⁹ Pour les références voir la note 19. Voir aussi Ulp.D.13.7.9.3.

n'a pas pu demander la restitution de la chose gagée. En d'autres termes, quoique l'obligation principale n'existe plus, on ne peut pas accepter la naissance de l'obligation de restitution de la chose gagée de la part du créancier gagiste, car aucune des hypothèses pour intenter l'*actio pignoratitia directa* n'est remplie. Le créancier gagiste pourrait alors obtenir satisfaction par la réalisation de *pignus*, mais si la *res pignoratita* était détruite à ce moment et que par suite le gage n'existait plus, cette possibilité n'existerait plus aussi. En conclusion il faut constater qu'également dans cette situation le créancier a un intérêt légitime à obtenir la protection aquilienne. C'était l'intérêt de sécurité [le soi-disant 'Sicherungsinteresse'].

Enfin, pour conclure sur ce problème, il faut aussi dire qu'il n'est pas possible de comprendre les mots de Paul d'une autre façon proposée dans la doctrine romanistique⁴⁰, *i.e.* que la perte de l'*actio in personam* a été causée par la prescription matérielle [ou extinctive]. Premièrement, il faut souligner que Paul a ici utilisé les mots '*litem tempore amissit*', et non les mots '*actionem amissit*', qui étaient des termes plus significatifs en cas de prescription matérielle. À l'époque classique il n'y avait pas de prescription des actions d'une manière générale, bien qu'il soit connu que certaines actions étaient prescrites⁴¹. Il faut noter, que c'était Théodose II qui, en l'an 424, introduisait une prescription générale trentenaire applicable dans presque toutes les matières⁴². Dans la situation d'une prescription, la possibilité d'obtenir le droit d'agir contre la personne qui avait causé l'extinction de la garantie du paiement était la seule possibilité de la

⁴⁰ Par exemple GRUEBER, ACP, p.313, DE MEDIO, *La legittimazione attiva nell'actio legis Aquiliae' in diritto romano classico*, [dans:] *Studi Scialoja I*, Milano 1905, p.37. Cela vaut la peine aussi ajouter que certains savants n'expliquent pas plus justement cette phrase et ils cessent sur la constatation qu'elle marque la situation de la déchéance de la plainte dans le résultat du flux du temps. Voir par exemple G.VALDITARA, *Superamento...*, p.234, qui a seulement écrit que dans le cas discuté: «(...) l'*actio legis Aquiliae* era esperibile esclusivamente nelle ipotesi in cui il debitore fosse insolvente oppure si fosse consumata l'azione personale per decorrenza del tempo.»

⁴¹ Voir F.SCHULZ, *Principles of Roman Law*, Oxford 1956, p.249: "Limitation of actions was unknown to Roman law almost without exceptions." Telles exceptions étaient les *actiones temporales*, par exemple *actiones poenales* basée sur *ius honorarium*. Mais voir aussi par exemple Gai 3.121.

⁴² CTh.4.14.1pr.; C.7.39.3pr. Sur ce problème voir en part. M.AMELOTTI, *La prescrizione delle azioni in diritto romano*, Milano 1958, pp.211-271.

part du créancier gagiste, qui avait perdu son *actio in personam* à cause de la prescription. Il est vrai que dans un tel cas, la créance existait toujours, mais l'obligation était devenue une obligation naturelle, où la prestation au profit du créancier était exigée, et où il ne pouvait plus intenter contre le débiteur un *actio in personam*. La perte de la part du créancier gagiste consistait donc en une diminution spécifique de la probabilité de récupérer la dette. Tout de même, comme je déjà souligné, l'on ne peut pas comprendre les mots '*tempore amissio litis*' de la manière expliquée *supra*, *i.e.* comme la prescription matérielle.

Tout cela permet de constater que le créancier gagiste avait son intérêt à obtenir la protection aquilienne et l'action, lui étant attribuée contre la personne qui avait tué l'esclave donné comme une chose gagée, était basée tout autant sur un intérêt de sécurité⁴³. Pourtant il est aussi bien évident qu'il n'était pas possible de lui accorder l'*actio legis Aquiliae*, car il n'était pas le propriétaire de la chose détruite et la perte subie par lui était spécifique, immatérielle. Alors, Paul a posé la question de savoir si le créancier gagiste pouvait obtenir la possibilité d'agir *ad exemplum legis Aquiliae*, naturellement, selon lui, en vue des deux situations mentionnées - *si an creditori danda sit actio utilis?*

Il faut maintenant souligner que cette phrase de Paul n'est qu'une question. Le juriste indiquait et renforçait cela en disant aussi '*quaeritur*'. On peut donc constater que c'était un problème juridique et que les jurisconsultes essayaient de trouver une solution satisfaisante aussi bien pour le débiteur et le créancier gagiste que pour celui qui avait causé un dommage ou qui en était considéré comme responsable⁴⁴. C'est pourquoi Paul l'a exposée sous forme de la '*quaestio*'⁴⁵.

⁴³ Voir aussi le cas du paiement décrit *supra* où l'intérêt basée sur la responsabilité du créancier gagiste ['Haftungsinteresse'].

⁴⁴ Voir §4.3 pour les autres cases des investigées par les juristes classiques.

⁴⁵ Le mot '*quaero*', '*quaestio*', comme gr. □□□□□□□□, □□□□□□ [Cic.N.D.1.1.1; Top.15.60; 21.79; Inv.1.13.18] = 'recherche', a pris dans la langue juridique le sens de 'enquête, interrogatoire' et dans la langue philosophique le sens de 'question, question de savoir si, discussion'. A.ERNOUT-A.MEILLET, *Dictionnaire Étymologique de la Langue Latine. Histoire des Mots*, Paris 1959, s.v. *Quaero* Ce mot était utilisé par les juristes romains pour souligner que le cas était discutable et encore sans une solution définitive.

De plus, il est aussi significatif que Paul ait ici utilisé les mots ‘*actionem dare*’. On peut supposer qu’il pensait à une des *actiones utiles ad exemplum*, qui, comme les *actiones in factum*⁴⁶, avaient été instituées et délivrées par le préteur dans un but d’utilité pour les besoins de la communauté et en raison d’un besoin de justice et d’équité⁴⁷. De telles actions étaient basées sur le modèle d’une action existante, mais dont la formule on avait été adaptée aux circonstances particulières de l’espèce, en raison de l’analogie qui reliait celle-ci à l’hypothèse normale prévue par la formule. Il est aussi possible qu’une action comme celle-ci a été utilisée plus tôt et prévue dans *Edictum Perpetuum* lequel fût établi par le juriste Salvius Iulianus en l’an 130 après J.-C. environ, car après cela, la création d’une nouvelle *formula* est devenue moins probable⁴⁸. On peut dire que, à cause de telles actions il y avait une modification des conditions matérielles prévues initialement dans la loi Aquilia – dans ce cas, il s’agissait de la condition de ‘*erus-dominus*’ en faveur d’une autre personne. Donc, l’*actio utilis ad exemplum legis Aquiliae* était une action avec une fiction d’être ‘*dominus*’ dans la *formula*⁴⁹.

Il faut également souligner que Paul n’a pas donné de réponse *explicite* à la question. Pourtant, on peut déduire de sa phrase suivante que le juriste a exclu sans aucune hésitation et une fois pour toutes, la solution de donner au débiteur et au créancier en même temps la possibilité d’intenter les deux actions contre celui qui avait tué un esclave⁵⁰. Selon Paul, ce serait *iniquum* de donner l’action

⁴⁶ Sur ce point voir en général par exemple KASER-HACKL, RZpR, p.326,329 et G.WESENER, *Utiles Actiones in factum*, [dans:] *Studi Betti*, IV, Milano 1962, p.496 et *passim*.

⁴⁷ Voir spécialement KASER-HACKL, RZpR, p.329. Voir aussi P.VAN WARMELO, *Les Actions autour de la loi Aquilia*, [dans:] *Studi Biscardi*, III, Milano 1982, p.352 et R.SOTTY, *Les actions qualifiées d’utiles’ en droit classique*, LABEO 25 (1979), p.139 et *passim*.

⁴⁸ Voir la constatation de J.G.WOLF, *D.20,1,27, Marc.5 dig.....*, p.523sq.

⁴⁹ Pour les autres situations où les juristes employaient l’expression *actio utilis* pour indiquer une modification dans la *formula* voir par exemple G.WESENER, *Utiles Actiones...*, p.496. Voir aussi P.VAN WARMELO, *Les Actions autour...*, p.357 et n.17, qui a constaté, sans raison, que dans le cas investigé par Paul il’y a l’action avec la transposition des personnes dans l’*intentio* et la *condemnatio*. De même que Paul van Warmelo aussi R.SOTTY, *Recherches...*, pp.251-252.

⁵⁰ Cette constatation est confirmée par la logique puisqu’on peut remarquer que la solution de la *quaestio* est relevée de la possibilité de donner l’*actio utilis legis Aquiliae* au créancier gagiste. Voir F.BONIFACIO, *L’estinzione...*, p.61,62 n.93 qui a

simultanément à deux personnes contre une même personne – le délinquant, car il serait responsable deux fois. En d'autres termes, il serait *iniquum* d'accepter la cumul de l'*actio directa ex lege Aquilia* du débiteur et l'*actio utilis ad exemplum legis Aquiliae* du créancier gagiste. Il faut donc agréer ici la concurrence de leur légitimation active⁵¹.

On peut supposer que c'était une des solutions suggérées dans la doctrine et non acceptée par Paul. Mais on peut également comprendre les mots du juriste comme une phrase de rhétorique utilisée par celui-ci dans le but de préparer le terrain et d'introduire sa solution fondée sur la division d'une action.

Néanmoins, il faut souligner que la *ratio* d'une telle décision provenait pour Paul de l'idée d'*aequitas*, l'idée très difficile à définir et aussi qui se modifiait parallèlement aux changements sociaux et culturels dans la société romaine. Toutefois, pour préciser la signification d'*aequitas* dans certains cas il faut indiquer le principe précis qu'il a concrétisée. Ici, elle a été concrétisée par le principe déjà mentionné – *i.e.* '*de eadem re ne bis sit actio*'.

Il faut également remarquer que l'idée d'*aequitas* a joué un rôle primordial dans la jurisprudence romaine et que c'était souvent un vrai facteur dans le processus consistant à trouver dans un cas particulier le droit, qui pouvait conduire à la découverte de la solution la plus juste et la plus probable. Il faut ajouter aussi que l'idée d'*aequitas* était toujours liée à la conception d'*ius* et que les juristes romains pensaient qu'il fallait qu'il y ait une concordance entre les deux⁵². Un argument basé sur l'idée d'*aequitas romana* n'est pas discutable et donc celui de valeur 'évident' [*ratio evidens*].

Dans ce fragment, on peut aussi trouver d'autres possibilités pour résoudre le problème analysé. On peut les décrire ainsi:

1) L'*actio utilis* pouvait être donnée seulement au créancier gagiste, car on peut constater, que le débiteur n'avait subi aucune perte; si le

constaté que la concurrence des actions du débiteur et du créancier gagiste ne pouvait pas être classique. Sur ce point voir aussi les investigations ultérieures dans §2, 3, 4 de cette étude.

⁵¹ Voir par exemple F.BONIFACIO, *op.cit.loc.cit.* et C.FABIA *Remarques sur le cumul des compositions Aquiliennes*, [dans:] *Atti Congresso Verona 3*, Milano 1951 pp.451-459.

⁵² Voir par exemple D.50.17.90 [Paul.1.15 *quaest.*]: *In omnibus quidem, maximae tamen in iure, aequitas spectanda est.*

créancier obtenait un dédommagement, son intérêt serait satisfait et le débiteur serait libéré du paiement: *nisi si quis putaverit nullam in ea re debitorem iniuriam passurum, cum prosit ei ad debiti quantitatem.*

C'est une bonne proposition mais pour le juriste il était possible que le dommage soit plus important que la dette et que le créancier obtienne plus d'argent que sa créance représentait. Paul était cependant d'avis qu'il n'y avait pas de danger, parce que le créancier ne pouvait obtenir plus que sa créance. Le reste devait être donné au débiteur: *et quod sit amplius consecuturus sit ab eo.*

Il faut remarquer, sans entrer dans le détail que cette phrase est très imparfaite et incomplète⁵³. Ainsi, on peut montrer la répétition du mot 'sit', et le défaut dans la phrase principale, qui pourrait être la suivante: *quod sit amplius consecuturus, reddendum ad debitorem sit* ou *sim.*

Malgré tout, il est possible que la solution médiate soit celle-ci: si le créancier gagiste en agissant par l'*actio utilis* obtenait un dédommagement en somme plus important que sa créance, il pourrait retenir la somme égale à sa créance et devrait donner le surplus au débiteur⁵⁴.

2) de cette façon Paul a suggéré une autre solution. Il serait peut-être mieux que l'action, mais seulement sur le surplus, soit donnée au débiteur *ab initio: vel ab initio in id, quod amplius sit quam in debito, debitori dandam actionem.*

En d'autres termes, Paul a proposé ici une division de la légitimation active entre le créancier gagiste et le débiteur et il a décrit et justifié cette proposition par leurs intérêts comme des *actores* potentiels dans le procès. Chacun ne pouvait réclamer que la somme

⁵³ Comparer avec la critique de G. VALDITARA, *Superamento...*, p.230sq.

⁵⁴ Cette solution est comparable à la règle du droit romain selon laquelle dans le cas de la vente de la chose gagée dans le processus de la réalisation du gage, le créancier gagiste pouvait se payer sur le prix de vente égal au montant de sa créance garantie et il devrait donner la différence entre le prix et le montant de la créance [*superfluum, hyperocha*] au débiteur. Voir aussi les références dans la note 27 de cette étude. Cette conclusion donnée par le juriste est aussi comparable à la solution, qu'on peut trouver sous D.47.2.12.2 où Ulpian a proposé de diviser l'action dans le cas du *furtum* de la *res pignorat*. Il faut remarquer pourtant que sous Paul.D.47.2.15pr on peut trouver une autre proposition de la solution du cas du *furtum*, *i.e.* de décerner la plainte entière au créancier gagiste. Pour les références voir la note 28.

équivalente à son intérêt⁵⁵. Malheureusement, le juriste n'a donné aucune instruction sur la façon dont l'action *ex lege Aquilia* pouvait être divisée. Il faut donc analyser cette situation car le juge était obligé de fixer la somme revenant à chaque personne intéressée – le créancier gagiste et aussi le débiteur. Alors, il fallait distinguer entre deux évaluations nécessaires du montant de la part du juge qui procédait dans ce cas comme cela, *i.e.* 1/ un premier montant de la somme du dédommagement lié à la responsabilité aquilienne concernant le *damnum* et 2/ un deuxième montant lié à la dette – l'obligation principale sécurisée par le gage n'est pas toujours un *certum*, car *par exemple* la dette garantie par le gage, provenait d'une obligation dont la prestation était *incertum* et ne devait qu'être fixée par le juge conformément aux règles du procès formulaire.

En allant plus loin, il faut souligner qu'au cas où l'action a été divisée et par suite aboutissant à deux procès séparés, comme Paul l'a proposé ici, l'un pour le créancier et l'autre pour le débiteur, dans les deux cas le juge devait décider des deux montants des prestations mentionnées *supra*. On peut dire qu'il s'agit substantiellement de l'obligation de la solution des deux cas en même temps, pendant que l'une des actions serait sans formule propre. Dans cette situation, une des solutions possibles serait la limitation de la fixation par l'introduction en *formula* de la clause *cum taxatione*, qui évaluait le montant à une certaine somme, à un maximum que la formule prescrivait au juge de ne pas dépasser quand la condamnation était *incerta*. Pourtant, si la limitation était introduite par *taxatio*, à la suite du procès, l'action serait consumée. Il faut alors proposer une alternative. À mon avis, ce devait être la *praescriptio pro actore*, une clause dans la formule de l'*actio legis Aquiliae* [*directa* ou *utilis*] où l'on peut isoler une partie de la prétention de l'*actor* [le créancier gagiste ou le débiteur] pour qu'elle ne soit pas consumée.

En tout cas, pour finir cette partie de l'analyse, il faut remarquer que cette proposition de Paul nous mène à la sentence définitive: *et*

⁵⁵ Voir par exemple I.KROPPEMBERG, *Die Insolvenz...*, p.502, qui a mentionné cette division de l'action, et l'a expliqué par rapport à l'idée d'insolvabilité mais aussi à l'intérêt du propriétaire de la chose et du créancier gagiste dans la conservation de la chose gagée. De même, mais déjà plus tôt, Max Kaser a expliqué également une telle distinction, *i.e.* par rapport à 'Eigentümerinteresse' et 'Sicherungsinteresse'. Voir M.KASER, *Studien II*, p.199sq. Malheureusement, Inge Kroppenber, de même comme les autres savants, n'a pas développé cette idée de la division de l'action.

ideo in his casibus, in quibus creditori danda est actio propter inopiam debitoris vel quod litem amisit, creditor quidem usque ad modum debiti habebit Aquiliae actionem, ut prosit hoc debitori, ipsi autem debitori in id quod debitum excedit competit Aquiliae actio.

Prima facie on peut dire que cette phrase est plus ou moins identique aux investigations précoces de Paul⁵⁶. Il s'agit d'un petit résumé donné à la fin de toute la *responsum* du juriste, mais il faut souligner que cette phrase est considérée par les savants comme la plus douteuse et problématique. Et de plus elle provoque un problème textuel que nous allons examiner ci-après.

2. Comme je l'ai déjà indiqué, ce fragment de Paul a été soupçonné d'interpolation. Il faut donc constater que certains savants ont dit que tout le texte, sauf la première phrase, n'est qu'interpolation⁵⁷. D'autres savants ont indiqué que seulement la fin du texte avait été modifiée ou même seulement la phrase finale⁵⁸. Ces constatations ont aussi dû provoquer les suivantes. Il faut donc noter, que par suite de la critique interpolationniste, certains auteurs sont *contra* l'existence de la

⁵⁶ Voir *infra* § 3 de cette étude.

⁵⁷ Il faut remarquer que c'était Antoine Favre au XVII^e siècle, qui a expliqué cette idée pour la première fois. Il a écrit: (...) *tota haec quaestio et distinctio Triboniani est, ut stylus ipse ostendit, non Pauli*(...); et il a ajouté que (...) *illud vero temperamentum, ut utriusque detur haec actio, sed creditori usque ad modum debiti, debitori vero in id quod debitum excedit, absurdum sane est.* Voir A.FAVRE, *Rationalia in Pandectas*, II.3, Lugduni, 1659, p.306sq. Ces mots de Favre sont cités et discutés par C.ARNÒ, *Legis Aquiliae actio...*, pp.206-207. Il est facile de remarquer que Favre a seulement mis en considération le style de ce fragment – le *temperamentum*. Voir aussi *Index Interpolationum I et Suppl. ad h.t.*; et B.ALBANESE, *Studi sulla legge Aquilia*, AUPA 21 (1950), pp.323-324 et n.3. Certains savants [cit. *supra* dans la note 3] acceptent aussi la phrase qui commence par le mot '*quaeritur*' comme la Paulienne voir par exemple F.EISELE, *Beiträge zur Erkenntnis der Digesteninterpolationen*, ZSS 13 (1879), p.123; O.GRADENWITZ, *Interpolationen in den Pandekten*, Berlin, 1887, p.89; O.LENEL, *Interpolationenjagd*, ZSS 45 (1925), p.23,35; de MEDIO, *La legittimazione...*, p.36; F.HAYMANN, *Textcritische Studien zum römischem Obligationenrecht*, II. *Periculum est emptoris*, ZSS 41 (1920), p.215; E.VALIÑO, *Acciones pretorias complementarias de la accion civil de la Ley Aquilia*, Pamplona 1973, p.60, 61; IDEM, *Actiones utiles*, pp.63-64; M.KASER, *Studien II*, p.199, n.249.

⁵⁸ A.MANIGK, *Pfandrechtliche Untersuchungen*, I, *Zur Geschichte der römischen Hypothek*, Breslau, 1904, pp.124-125, L.DEBRAY, *Le fermier et la loi Aquilia. Autour du fr.27§14, D.9.2.*, NRHD 33 (1909), p.662 et n.2; et aussi I.KROPFENBERG, *Die Insolvenz...*, p.502 et n.117.

possibilité analysée à l'époque classique, tandis que d'autres l'admettent dès l'époque Sévérienne. Ainsi, Edoardo Carelli croyait que la légitimation active du créancier gagiste existait à l'époque classique. Il a aussi proposé de suppléer à l'une des phrases de Paul par l'insertion de la phrase '*et ei utilem actionem in occisorem dabimus*' après le mot '*quaeritur*'⁵⁹. Par contre, Bernardo Albanese croyait que ce fragment n'était que la glose post-classique. Selon lui, seulement la première phrase est originale⁶⁰.

Il faut donc ajouter quelques remarques pour savoir quelle partie du texte pouvait être interpolée⁶¹ et savoir à partir de quand le créancier gagiste a disposé d'une *actio utilis ad exemplum legis Aquiliae* contre celui qui avait causé l'extinction de son gage ou bien dont le comportement avait diminué la possibilité de se dédommager par le gage.

3. Prenant en considération la question à propos d'une partie du texte qui a pu être modifiée plus tard, il est probable qu'il s'agissait de la fin du texte. En réalité, il existe quelques arguments en faveur de cette possibilité en se basant avant tout sur le style et le contenu matériel de ce fragment⁶².

Primo, dans la phrase finale on peut trouver les mots '*inopiam debitori*' qui sont un peu décalés dans ce contexte, tandis que, au début, Paul parlait du débiteur, qui '*solvendo non esse*', d'une manière beaucoup plus précise⁶³.

⁵⁹ E.CARELLI, *La legittimazione attiva dell'actio legis Aquiliae*, [dans:] *Riv.It .per le Scienze Giurid.* IX, 1934, p.389. Voir aussi IDEM, *Sulla accessorietà...*, p.64.

⁶⁰ B.ALBANESE, *Studi...*, p.323,325,327 et *passim*.

⁶¹ Je voudrais me limiter seulement à quelques remarques sur ce problème. Cependant, les soupçons des interpolations qui concernent le texte sont collectés par G.VALDITARA, *Superamento...*, pp.227-237, où le savant s'est occupé en détail du problème concernant les questions linguales. Il faut remarquer que dans la littérature il y a eu une grande polémique à propos de ce problème, *i.e.* le problème sur l'extension de la légitimation active dans le domaine de la loi Aquilia. Pour les références à la littérature voir aussi les oeuvres citées *supra* dans les notes 57-60.

⁶² Voir par exemple C.FABIA *Remarques sur le cumul ...*, p.455 qui a parlé de «certaines obscurités du raisonnement», F.H.LAWSON, *Negligence ...*, p.115: «(...) Paul does not usually write like this and the section has long been thought to be extensively interpolated (...)». Comparer de J.M.THOMSON, *Who could sue...*, p.211. Voir aussi les fragments cités *supra* dans les notes 58 et 61.

⁶³ Mais voir I.KROPFENBERG, *Die Insolvenz...*, pp.45-46, pour la signification de ce terme dans le discours des juristes romains. En particulier, pour l'expression '*inopia*'

De plus, l'*actio [legis] Aquiliae [directa]* donnée à quelqu'un d'autre que le propriétaire [ici au créancier gagiste] ne peut être qu'une modification ultérieure dans cette phrase. En principe, il est très difficile de résister à l'impression que l'auteur de cette dernière phrase n'a jamais voulu aussi donner l'*actio directa* aussi au créancier gagiste, et par conséquent oublier l'*actio utilis*. Il faut de même souligner que l'on a ici l'*actio Aquiliae*, non l'*actio legis Aquiliae* [ou *ex lege Aquilia*], et qu'il s'agissait d'une modification intentionnelle, bien que beaucoup moins précise et décidément impropre. Donner l'*actio legis Aquiliae directa* à quelqu'un d'autre que *dominus rei* – cela n'était pas possible à l'époque classique, car dans les cas existants hors de la sphère de la loi Aquilia les juristes ont donné systématiquement l'*actio in factum* ou bien l'*actio utilis ad exemplum*, mais jamais l'*actio directa*⁶⁴. À mon avis, c'est donc un changement très significatif, car c'étaient les glossateurs postclassiques qui faisaient de telles simplifications et qui commentaient les classiques sans plus de précisions⁶⁵.

Il est alors possible que ce soit uniquement une modification intervenant à la transformation post-classique de la loi et de la procédure civile, car les postclassiques en abandonnant définitivement la procédure formulaire, n'avaient aucune raison d'introduire une opposition entre l'*actio in ius* et l'*actio in factum* ou l'*actio directa* et l'*actio utilis* parce que c'était sans importance ici⁶⁶. La motivation de telles distinctions a été justifiée uniquement par rapport à la procédure formulaire.

comprenant '*solvendo non esse*', qui figure dans le texte analysé voir *op.cit.* p.46 n.14.

⁶⁴ Pour la règle générale voir. D.9.2.33.1 [Paul., l.2 *ad Plaut.*]: *In damnis, quae lege Aquilia non tenetur, in factum datur actio.*

⁶⁵ Voir F.SCHULZ, *Roman...*, p.289sq. Pour cette conclusion on peut aussi indiquer l'omission du mot '*temporem*' dans la phrase finale – récapitulative ou le changement malheureux du mot '*aut*' de la *quaestio* sur '*vel*' dans la même phrase. On peut constater que c'étaient des omissions intentionnelles, faites pour la simplification. Voir aussi J.G.WOLF, *D.20,1,27, Marc.5 dig...*, p.521.

⁶⁶ Mais voir contrairement par exemple E.VALIÑO, *Acciones pretorias...*, pp.60-61, IDEM, *Actiones utiles...*, p.64. Cet auteur a constaté qu'il est possible que ce soit uniquement une modification faite par rapport à la transformation post-classique de la responsabilité, qui tâchait de créer une situation plus favorable aux non-propriétaires de choses détruites, qui avait un intérêt justifié à les conserver.

Pour résumer, il est donc très probable que cette phrase finale n'avait pas pu être formulée *in extenso* par Paul, mais qu'elle a été retravaillée premièrement par les juristes postclassiques et ensuite par les compilateurs Justinieniens, qui en ont donné la forme définitive⁶⁷, que l'on peut trouver dans *Digesta* et aussi dans la paraphrase grecque de *Digesta*, i.e. *Basilica* – sous B.60.3.30 où on lit: *tunc enim ad modum debiti creditor habet Aquiliam, et de superfluo debitor*⁶⁸.

4. Toutefois, même si des soupçons d'interpolations sont justifiés, je crois qu'il est possible que la jurisprudence classique ait rendu la base pour cette règle finale et que cette règle ait déjà été articulée implicitement par Paul et par les autres jurisconsultes à l'âge des Sévères.

Selon moi, il existe quelques arguments en faveur de cette hypothèse fondée sur:

- 1) Le style de ce fragment et la méthode utilisée par Paul;
- 2) Les fondements de cette règle finale;
- 3) Les autres fragments classiques qui peuvent corroborer l'idée que cette règle peut être classique.

4.1. Face au style d'un cas examiné, il est plus ou moins possible de reconstruire la façon de procéder de Paul. On peut voir que le juriste a d'abord réduit le cas aux éléments juridiquement significatifs. Par conséquent, un cas concret est décrit uniquement par des éléments qui conditionnent ses effets juridiques. À ce point, Paul examinait un cas et cherchait d'abord une solution, un précédent, dans le répertoire des lois et règles casuistiques déjà existantes. C'était la première phrase de la décision analysée⁶⁹.

Pourtant, du reste, Paul devait résoudre le cas. Il commençait donc l'analyse, posait les questions, vérifiait ou infirmait les solutions possibles. On peut voir un enchaînement logico-juridique dans ses arguments. Son exposition du cas est extraordinairement synthétique et complète. Il conduit tout naturellement à la solution, sans

⁶⁷ Comme Franco Bonifacio a écrit: «(...) le contorsioni del raginamento sono tali da indurici a credere che le alterazioni siano dovute a mani diverse(...)». F.BONIFACIO, *L'estinzione...*, p.62. Comparer de G.VALDITARA, *Superamento...*, p.229,237.

⁶⁸ Sur cette passage de *Basilica* voir C.ARNÒ, *Legis Aquiliae actio...*, pp.206-207 et G.VALDITARA, *Superamento...*, p.229.

⁶⁹ C.A.CANNATA, *Histoire...*, p.91sq. Voir aussi F.SCHULZ, *Principles...*, p.40sq.

qu'aucune explication soit nécessaire. Si parfois Paul ajoutait quelques mots, il ne s'agissait en général que de brèves précisions sur la nature d'un fait.

Il est aussi bien évident que Paul cherchait une solution casuistique la plus juste, équilibrée et la plus probable, mais sous forme d'une règle plus large, pour qu'elle corresponde à un niveau d'abstraction plus élevé.

Pour moi, le raisonnement de Paul ressemble à l'argumentation 'pro et contra', inventée et utilisée par les Académistes Platoniciens, et très populaire parmi les philosophes, orateurs et juristes romains⁷⁰. Cette méthode d'argumentation, appelée 'in utramque partem', permettait de distinguer parmi des opinions possibles, la solution la plus convaincante et, cela va de soi la plus probable [*pithanon axima*]⁷¹. En pratique, l'utilisation de cette méthode se manifestait par l'introduction de variantes de la solution de la *res facti* analysée dans le but de mettre en lumière l'élément qui était le plus important pour la solution finale du cas. Cette distinction servait aussi à accentuer la *ratio*, qui n'était cependant pas explicite.

Finalement, c'est Paul qui a inventé sa solution casuistique.

4.2. Dans le texte de Paul, on peut lire: *sed an et creditori danda sit utilis, quia potest interesse eius, quod debitor solvendo non sit aut quod litem tempore amisit, quaeritur*. Selon ce juriste, la légitimation active de l'*actio utilis* peut donc se fonder tout autant sur l'intérêt du créancier qui n'a pas pu conserver la garantie de sa créance.

Il est généralement admis que l'idée de respecter un intérêt individuel – un élément d'*utilitas singularum*, était, sans doute, une des valeurs capitales pour les juristes⁷² et c'était souvent le facteur qui

⁷⁰ Voir spécialement B.SCHMIDLIN, *Horoi, pithana und regulae. Einfluss der Rhetorik auf die juristische Regelbildung*, ANRW II.15, pp.101-130. Sur la connaissance et la popularité de cette méthode parmi les intellectuels romains voir par exemple deux *epistulae* de Plinius le Jeune, dans lesquels il a retracé son application: Pl.(Y), *Ep.*7.27.12 et *Ep.*1.22.3 ; et Cic. par exemple dans *Tusc.Disp.* 4.5.

⁷¹ Voir Aristote, *Top.*B5,112a 16-21,21-26.

⁷² On peut sans doute affirmer que l'idée d'*utilitas* a toujours été présente dans la mentalité ancienne, et *a fortiori* dans celle des Romains, qui s'élève plus que toute autre à des niveaux sophistiqués. Voir par exemple E.DOVERE, *Le discours juridique et moral d'utilitas à Rome*, SDHI 65 (1999), pp.239-247, sur la notion et la présence de l'idée d'*utilitas publica* et *utilitas singularum* dans la réalité romaine. Selon cet auteur, malgré la variété des emplois normatifs du terme '*utilitas*' à l'époque

pouvait conduire à la modification d'une certaine règle au cours de son application. Sans entrer plus dans l'analyse de la distinction entre *actiones directae* et *actiones utiles*⁷³, il est nécessaire de souligner les manifestations de cette idée qui concernent une sauvegarde juridique privée - des manifestations destinées à une utilisation 'externe', au-delà de la sphère ordinaire de l'application des *actiones civiles*.

Comme on peut lire par exemple sous D.19.5.11: [Pomp. l. 39. Q.Muc.]: *Quia actionum non plenus numerus esset, ideo plerumque actiones in factum desiderantur. sed et eas actiones, quae legibus proditae sunt, si lex iusta ac necessaria sit, supplet praetor in eo quod legi deest: quod facit in lege Aquilia reddendo actiones in factum accommodatas legi Aquiliae, idque utilitas eius legis exigit.*

Par ces mots Quintus Mucius Scaevola, un juriste de l'époque républicaine nous a dit que l'idée d'*utilitas* avait été acceptée par le droit romain comme principe général dans le domaine des '*actiones accomodates*', ou bien des '*actiones utiles ad exemplum*'⁷⁴. Il est aussi évident que les *actiones utiles*, même si elles n'étaient pas toutes des actions édictales, étaient agréées par le préteur chaque fois qu'une personne voulait les instituer, et, du reste, elles étaient agréées pour des raisons d'utilité et d'équité. Comme on l'a dit *supra*, en général les *actiones utiles* sont considérées comme actions avec une fiction dans la formule ou actions avec transpositions des personnes⁷⁵.

Je suis donc d'avis que l'on peut comprendre le texte de Pomponius à titre d'indication d'une idée directive dans des cas comme cela de Paul⁷⁶.

classique au VI^e siècle, il est possible de retrouver une mince ligne de continuité, sinieuse et houleuse, reliant les témoignages cicéroniens de l'époque républicaine et la législation de Justinien

⁷³ Voir § 1 de cette étude.

⁷⁴ Voir C.ARNÒ, *Actio in factum accomodata legi Aquiliae*, [dans:] *Atti del Congresso Internazionale di Diritto Romano*, II, Pavia 1935, p.224, qui a essayé d'expliquer cette dualité de la terminologie. De plus, cet auteur a appelé l'*actio in factum*, qui a été formulée *ad exemplum legis Aquiliae* comme l'*actio muciana*. Voir aussi IDEM, *Legis Aquiliae actio...*, p.203, 204 et *passim*.

⁷⁵ Voir Gai 4.38. Sur ce problème voir aussi O.LENEL, *EP* §77. Voir aussi Gai 4.46 et Gai 3.84. Pour les références voir les notes 46-47, 49, *supra*.

⁷⁶ Sur ce fragment voir spécialement C.ARNO, *Legis Aquiliae actio...*, p.199. Voir aussi IDEM, *Actio in factum...*, p.223-226. Carlo Arnò a traité l'opinion de Q. M. Scaevola comme une théorie générale sur *actiones in factum*.

4.3. Enfin, je vais présenter les textes qui concernent le même problème et qui pourraient éclaircir cette situation, car on peut y trouver des opinions presque égales à celles de Paul. Ce que nous allons examiner brièvement maintenant.

Il doit être noté que, malheureusement, l'existence de la règle disputée à l'époque classique repose sur des indices peu nombreux. On dispose au total de trois textes, l'un de Paul, déjà analysé et les deux autres de Marcellus [D.20.1.27] et d'Ulpien [D.9.2.17]. Il faut insister sur le fait que ces trois juristes étaient en relation scientifique avec Papinien, qui était sans doute un jurisconsulte d'une personnalité juridique extraordinaire et d'une pensée robuste. Paul était un assesseur de Papinien et un membre du *consilium* impérial avec Papinien. Tous les deux, Papinien et Paul étaient les disciples de Cervidius Scaevola. Et Marcellus était un disciple de Papinien. Ensuite, Ulpien était un assesseur de Papinien sous Sévère et Caracalla. On peut donc croire qu'il s'agissait de la position de cette école – le cercle de Papinien.

Nous allons jeter un coup d'œil sur ces textes⁷⁷

D.20.1.27 (Marcellus, *libro 5. digestorum*)

Servum, quem quis pignori dederat, ex levissima offensa vinxit, mox solvit, et quia debito non satisfaciebat, creditor minoris servum vendidit: an aliqua actio creditori in debitorem constituenda sit, quia crediti ipsius actio non sufficit ad id quod deest persequendum? quid si eum interfecisset aut eluscasset? ubi quidem interfecisset, ad exhibendum tenetur: ubi autem eluscasset, quasi damni iniuriae dabimus actionem ad quantum interest, quod debilitando aut vinciendo persecutionem pignoris exinanierit. fingamus nullam crediti nomine actionem esse, quia forte causa ceciderat: non existimo indignam rem animadversione et auxilio praetoris. Ulpianus notat: si, ut creditori noceret, vinxit, tenebitur, si merentem, non tenebitur.

⁷⁷ Sur D.20.1.27 voir spécialement l'analyse profonde et la collection de la littérature – J.G.WOLF, *D.20,1,27, Marc.5 dig....*, pp.520-534; et aussi C.ARNÒ, *Legis Aquiliae actio...*, pp.203-204; B.ALBANESE, *Studi...*, pp.312-323, R.REGGI, *Note anonime ai digesta di Marcello*, [dans:] *Studi Parmensi* 4 (1953), p.23sq.; et G.VALDITARA, *Superamento...*, pp.138-155. Sur D.9.2.17 voir C. ARNÒ, *Legis Aquiliae actio...*, pp.204-205. Voir aussi et comparer B.ALBANESE, *Studi...*, pp.327-330, E.VALIÑO, *Acciones pretorias...*, pp.71-79 et G.VALDITARA, *op.cit.*, p. 148 et *passim*.

D.9.2.17 (Ulpianus, libro 18. ad edictum)

Si dominus servum suum occiderit, bonae fidei possessori vel ei qui pignori accepit in factum actione tenebitur.

Le fragment de Marcellus concerne le problème de la protection du créancier gagiste dans la situation où il a subi une perte à cause du comportement du débiteur gagiste – le propriétaire de la chose mise en gage⁷⁸. Dans le cas traité par lui, le débiteur a puni son esclave en lui mettant des chaînes, bien que ce dernier ait commis une *levissima offensa*. Marcellus a constaté non sans raison que le créancier gagiste avait subi une perte, parce que la vente de l'esclave qui avait été puni de cette façon, était impossible ou plus difficile, car la sévérité de la peine indiquait qu'il était un '*noxius servus*', *i.e.* un esclave qui était capable de porter préjudice et de faire du mal. Au marché, cela signifiait une diminution de la valeur vénale de cet esclave. Alors, Marcellus a décidé de donner la protection *ad exemplum legis Aquiliae* au créancier gagiste: *quasi damni iniuriae dabimus actionem*. Il faut souligner que Marcellus a dit ici '*actionem constituere*', on peut donc en déduire que l'action n'existait pas auparavant et que le juriste a suggéré d'en construire une nouvelle. Marcellus a aussi limité la sphère de l'*actio in factum* en disant: *quod debilitando aut vinciendo persecutionem pignoris exinanierit*.

L'autre décision est aussi significative puisqu'Ulpien, dans D.9.2.17⁷⁹ a écrit avec clarté que celui, qui '*pignoris accepit*', pouvait actionner par l'*actio in factum*. C'est cela qui peut être compris uniquement de cette façon - si le créancier gagiste avait subi une perte, il aurait pu réclamer des dommages et intérêts. La décision d'Ulpien a été comprise probablement dans un contexte où il s'occupait de la loi Aquilia par rapport au cas de l'occision d'un esclave remis en gage par son propriétaire – le débiteur qui a institué le gage. De plus, il faut souligner que, selon Ulpien, le créancier gagiste aurait eu l'*actio in factum* sans limitation. C'est important, même si l'on admet, que dans la situation d'Ulpien l'esclave a de plus été tué, par son propriétaire – le débiteur⁸⁰, et c'est pour cela

⁷⁸ Selon Otto Lenel c'est un fragment de *Marcelli digestorum lib.V, tit. de pigneraticia actione* E. 99. O. LENEL, Pal., I, 596, fr.47.

⁷⁹ O.LENEL, Pal., II, 525 fr.615 *ad caput primum de lege Aquilia*.

⁸⁰ Voir F.SCHULZ, *Classical Roman Law*, Oxford 1951, p.591, qui a constaté qu'à l'époque classique, c'était la seule situation possible où le créancier gagiste pouvait

qu'Ulpien ne pouvait pas diviser l'action comme Paul. Il faut dire que pour cette raison, on ne peut pas comparer le raisonnement d'Ulpien et celui de Paul en admettant qu'ils sont contradictoires ou inconciliables, car la *res facti* était différente.

D'autre part on peut observer la tendance d'agréer la protection aquilienne analogique à des personnes différentes que le propriétaire de la chose détruite ou détériorée, dans les autres textes de juristes classiques. Comme on l'a évoqué au début de cette étude, les juristes classiques avaient discuté de l'attribution de la protection accordée au propriétaire, aussi qu'au bénéficiaire de possesseur de bonne foi ou à l'usufruitier bénéficiaire, et même, plus tard, sous Justinien, l'action aquilienne a été étendue au bénéficiaire de simples détenteurs tels que commodataires ou fermiers. Néanmoins, il est nécessaire de souligner que cette évolution élargissant le domaine de la responsabilité aquilienne est perceptible à partir de l'époque classique, n'était qu'une évolution lente et progressive, et de nouvelles propositions ont été le plus souvent acceptées seulement après des discussions et des différends entre les jurisconsultes⁸¹.

On peut néanmoins constater que, déjà à l'époque classique, le problème de l'extension de la protection aquilienne qui était discuté parmi les jurisconsultes, était composé de trois points: 1/ si la protection *ad exemplum legis Aquiliae* pouvait être donnée au *non dominus* [par exemple créancier gagiste] dans le cas de la destruction totale de la chose remise en détention [par exemple *res pignoratitia*] ou dans le cas de sa détérioration; 2/ si oui – à quelle somme le délinquant devait être condamné à verser comme auteur du délit '*damnum iniuria datum*' [par exemple la *condemnatio in summam pecuniae debitae*], et enfin 3/ sur quel intérêt le droit de la personne ayant intérêt à conserver la chose lui donnée et obligée de la

obtenir la possibilité d'actionner contre la personne qui avait causé la destruction ou la détérioration de la *res pignoratitia*, i.e. la situation où c'était le débiteur qui avait commis un délit '*damnum iniuria datum*'.

⁸¹ Sur cette évolution voir spécialement B.ALBANESE, *Studi...*, p.37, 288, 307; F.BONIFACIO, *L'estinzione...*, p.63 et n.95. Voir aussi G.VALDITARA, *Superamento...*, *passim* et en part. p.230, qui a constaté que «la concessione di un rimedio utile ai non domini appare caratterizzare(...) l'orientamento della giurisprudenza severiana in tema di legittimazione del *pater familias*, del *liber homo* posseduto in buona fede, dell'usufruttuario.»

restitution de la chose elle-même d'intenter l'*actio ad exemplum legis Aquiliae* est-il basé?

Enfin, si l'on résume les résultats de la casuistique classique dans une règle générale, on peut dire la même chose que les juristes postclassiques et les compilateurs. Je suis donc d'avis que tout cela permette de croire que la règle finale a été formulée à l'époque classique, bien que la forme définitive qu'on peut retrouver dans le dernier fragment de Paul, puisse être donnée plus tard, le plus apparemment par les postclassiques.

Conclusions finales

Les résultats de la recherche des textes étudiés ici peuvent être résumés en quelques mots.

Bien qu'il soit très difficile de donner une réponse satisfaisante concernant le moment précis de l'apparition de la règle que le créancier gagiste, en considération de son intérêt dans les cas précis pourrait obtenir une possibilité d'agir par l'*actio utilis ad exemplum legis Aquiliae*, je crois, que c'était Paul qui avait été l'*auctor intellectualis* de cette règle et par suite qu'elle a été établie à l'époque classique. On peut arriver à cette conclusion après un examen des textes, qui permettent aussi de penser que les glossateurs ont seulement rapporté le sens sinon les mots mêmes, énoncés par Paul.