
*Université de Liège
Faculté de Droit,
de Science Politique
et de Criminologie*

Droit romain
Syllabus

Jean-François GERKENS
Professeur ordinaire à la Faculté de Droit de Liège

Edition 2024-2025
Bachelier en droit

Presses de l'Université de Liège

Préface – avertissement

Le présent syllabus repose principalement sur les scripts que j'ai écrits pour le MOOC de droit romain, disponible ici :



Il ne faudra donc pas s'étonner du style très oral de ces textes, dès lors qu'il s'agit bien là du but poursuivi. Si j'ai opté pour un maintien de cette forme, c'est en raison du fait qu'il m'a semblé que les deux outils devaient être utilisés de concert (le MOOC et le syllabus) et que si le texte écrit ne correspondait pas au texte oral, cela pouvait être source de confusion et travail supplémentaire pour les étudiants. Or le but est au contraire de les aider et de leur offrir à la fois une version écrite et filmée du même cours de droit romain.

Mais dès lors que le cours de droit romain ne se limite pas au MOOC et inclut également les séances d'analyse de textes, j'ai veillé à insérer à la suite des scripts, les textes de droit romain s'y rapportant. Ces textes sont voués à faire l'objet d'une discussion avec les étudiants. Sur ce point, la participation active des étudiants est primordiale, afin de leur assurer une bonne compréhension de la jurisprudence romaine.

La réalisation de ce projet pédagogique trouve son inspiration dans l'enseignement que j'ai reçu du professeur Roger Vigneron, qui fut un fantastique précurseur avec son didacticiel de droit romain. Le présent document lui doit beaucoup ! C'est le cas en particulier pour une partie de la sélection des textes de droit romain, mais aussi pour le lexique de terminologie juridique élémentaire de droit romain, ainsi que pour les biographies de juristes romains.

Enfin, cet ouvrage n'aurait pu être écrit correctement sans l'aide assidue d'une équipe qui a patiemment relu mes scripts : Sophie Bianchi, Céline Mathieu, Elisa Schils, Marie-Sophie Silan et Céline Tonus. Qu'elles soient sincèrement remerciées pour leur aide précieuse.

Jean-François Gerkens

(6 septembre 2023)

Chapitre 1 – Histoire du droit romain

PARTIE A : SCRIPTS¹

1) L'ancien droit (753-280 avant notre ère)

Qui sont ces Romains auxquels on se réfère encore si souvent aujourd'hui, par exemple en utilisant l'une ou l'autre expression latine ? Si l'on interroge l'homme de la rue, les réponses peuvent varier un peu bien sûr. Il est cependant probable que des noms comme ceux de Jules César, Auguste et Néron soient régulièrement prononcés. Peut-être aussi que des récits de combats de gladiateurs ou de courses de chevaux viendront illustrer le propos. Il est en revanche moins probable que l'homme de la rue évoque la science des juristes romains. Il s'agit là pourtant d'un apport essentiel de la civilisation romaine. Les Romains sont les inventeurs de la science du droit et c'est peut-être leur invention la plus remarquable. Afin de clarifier un peu les idées sur ce point, on ne peut pas faire l'économie d'un petit rappel historique. Traditionnellement, l'histoire du droit romain est découpée en 5 périodes, que nous allons vous présenter brièvement.

La période de l'Ancien droit est celle des débuts de Rome. D'après la tradition, la cité a été fondée par Romulus en 753 avant notre ère. Tout le monde connaît la légende des jumeaux Romulus et Remus, recueillis par la louve. La légende veut que Romulus, après avoir tué son frère, fonda Rome sur le mont Palatin. Mais les chroniqueurs par lesquels ce récit nous est parvenu ont vécu de nombreux siècles plus tard. L'existence même de Romulus est donc loin d'être certaine. Les recherches archéologiques nous apprennent cependant qu'au 8^{ème} siècle avant notre ère, le Palatin était déjà habité.

À ses débuts, Rome n'était qu'une petite bourgade agricole. Ce détail a son importance ! En effet, de nombreuses règles de droit datant de cette époque s'expliquent précisément par ce caractère rural des premiers Romains. Être propriétaire, c'était surtout avoir des champs et du bétail. Ce n'est que plus tard que les Romains sont devenus des marchands et que le commerce a, à son tour, imprimé sa marque sur le droit des Romains.

Dans un village d'agriculteurs, les besoins juridiques sont modestes et les raisonnements juridiques le sont aussi. À ce moment, les Romains ne se distinguaient pas encore des autres peuples de l'antiquité sur le plan du droit. Pour régler les conflits de voisinage ou les problèmes de succession, un seul magistrat suffisait. C'était le Pontife qui s'occupait de la justice, tout comme il s'occupait également de la religion et de la morale.

La Rome des débuts était une monarchie et la tradition veut que 7 Rois se soient succédés à sa tête.

1. Romulus (753-716),
2. Numa Pompilius (715-673),
3. Tullius Hostilius (671-640),
4. Ancus Martius (640-616),
5. Tarquin l'Ancien (616-578),
6. Servius Tullius (575-535),
7. Tarquin le Superbe (534-509).

¹ Chaque terme défini dans le lexique sera suivi d'une « * », et chaque auteur présenté dans les petites biographies sera suivi d'un « @ ».

Mais lorsque ces Rois sont devenus des tyrans, les Romains ont compris qu'il fallait changer le système : Rome devait cesser d'être une monarchie pour devenir une république. Désormais, il n'y avait pas de pire crime politique que de se prendre pour le roi de Rome. Nombreux seront les Romains auxquels une telle tentation sera reprochée. L'exemple le plus connu est certainement celui de Jules César. Mais pour tenter d'empêcher un retour de la tyrannie, la république de Rome est désormais dirigée par deux consuls. Ces consuls étaient élus pour un mandat d'un an qui ne pouvait pas être renouvelé. Ainsi, chaque consul était surveillé par son collègue et aucun d'eux ne pouvait s'installer durablement au pouvoir.

Rome parvint donc à se défaire du risque de la tyrannie. Pour autant, cela ne suffisait pas à assurer la paix civile. La Rome républicaine est une société de classes, avec sa noblesse, les Patriciens, et les gens ordinaires, la Plèbe. En pratique, les Patriciens avaient tous les droits, ce qui poussa la Plèbe à se révolter souvent. Parmi les raisons qui ont déclenché ces révoltes, il y en a une proprement juridique : celle de la publicité des lois. En réalité, les lois romaines n'étaient pas publiques. Cela signifie qu'en pratique, les Plébéiens étaient jugés en fonctions de lois qu'ils ne pouvaient pas connaître. Ils réclamèrent donc que ces lois soient rendues publiques.

En réponse à cette demande, au cours des années 451 à 449 avant notre ère, Rome mandata dix magistrats afin de rédiger le droit de Rome. Ces dix hommes, que l'on appelle Décemvirs, rédigèrent une loi qui passera à la postérité sous le nom de loi des XII Tables.

Il s'agit là d'une étape majeure de l'évolution du droit romain : désormais, le droit n'appartient plus à une caste limitée de pontifes, mais le peuple entier peut en prendre connaissance. C'est le début de l'obligation de publier les lois. De nos jours, cette publicité est toujours indispensable pour l'entrée en vigueur de la loi. À titre d'exemple, en Belgique, la publication se fait dans le Moniteur belge ; en France, dans le Journal Officiel. A Rome, la loi des XII Tables était publiée sous forme de douze tables exposées sur le forum romain. Or le forum est le centre de la vie publique romaine : on y tient le marché, mais on y rend également la justice. Pour en revenir à la loi des XII Tables : je voudrais souligner qu'elle marque une étape très importante dans notre vie juridique. Certains choix législatifs des Décemvirs gouvernent encore notre vie juridique aujourd'hui, comme par exemple la façon de prouver que l'on est propriétaire d'une chose. La preuve de la propriété est une question complexe par nature : comment prouver que l'on est propriétaire d'une chose ? On peut évidemment prouver l'avoir acquise de quelqu'un, mais cela ne prouve pas la propriété elle-même. En effet si j'ai acquis une chose de Monsieur Dupont, cela ne peut me rendre propriétaire qu'à la condition que Monsieur Dupont était lui-même propriétaire. S'il ne l'était pas, on n'a rien prouvé ! Deux millénaires et demi plus tard, le problème reste le même... et la solution retenue par notre droit est encore tributaire du choix fait par les Décemvirs dans cette loi des XII Tables : la propriété se prouvera par la possession*. On peut donc considérer que les Romains avaient raison d'être fiers de leur loi des XII Tables, qu'ils étaient d'ailleurs nombreux à connaître par cœur.

Une nouvelle étape importante est franchie en 367 avant notre ère. C'est à ce moment qu'est créé le préteur urbain. C'est ce magistrat, désormais, qui se charge du règlement des différends entre citoyens Romains. Le pontife en est donc déchargé et peut se concentrer sur les questions religieuses. Cette nouvelle répartition des tâches constitue un pas essentiel sur la voie de la laïcisation du droit. On distingue dès lors nettement les règles de comportement religieuses, des règles humaines et juridiques.

C'est probablement aussi à cette époque qu'ont été créées les magistratures du censeur et des édiles curules. Le censeur, comme son nom le révèle, était chargé du recensement, mais

également de la censure des comportements contraires à la morale. Les édiles curules, eux, sont titulaires d'un pouvoir de police. C'est comme cela qu'ils sont intervenus dans l'organisation des jeux, ainsi que dans la réglementation des marchés publics. Et si j'évoque ces « policiers » romains, c'est parce que certaines de leurs règles gouvernent encore nos contrats de vente aujourd'hui. On peut citer ici les règles garantissant à l'acheteur que la chose qu'il a achetée est dépourvue de vices cachés.

Un autre pas important effectué au cours de la période de l'ancien droit romain concerne la procédure. Si le peuple romain avait pu prendre connaissance de son droit depuis la publication de la loi des XII Tables, il restait un problème pratique : comment faisait-on valoir ses droits en justice ? D'après la légende, c'est à Gnaeus Flavius[@], un scribe d'origine modeste, que l'on doit la publication des règles de procédure. Il a réalisé ce tour de force à la fin du quatrième siècle avant notre ère. Concrètement, ces règles se présentent sous la forme de formules. Ces formules sont des documents stéréotypés qui servent à la fois de point de départ et de marche à suivre du procès. Cette publication passera à la postérité sous le nom de *ius Flavianum*.

L'autre loi majeure de l'ancien droit romain, à côté de la loi des XII Tables, est très certainement la loi Aquilia. La tradition situe l'adoption de cette loi en 286 avant notre ère, mais nous savons maintenant que cette date n'est pas exacte. La date réelle ne nous est pas connue, mais la forme et le contenu de ce plébiscite nous permettent de rattacher cette législation à l'ancien droit. Le nom de la loi – la *lex Aquilia* – lui vient du magistrat qui l'a proposée au vote : le tribun de la plèbe Aquilius. Cette loi est très importante pour nous, parce qu'elle fonde le principe de la responsabilité délictuelle. C'est dans le cadre de l'application de cette loi que les juristes romains vont associer pour la première fois les trois éléments clefs de notre droit de la responsabilité : la faute, le dommage et le lien de causalité entre les deux.

L'exposé de la période de l'ancien droit se conclut avec cette évocation de la *lex Aquilia*. Au cours de cette période initiale, le droit romain a évolué lentement. Il n'en reste pas moins qu'il s'est distingué très tôt du droit des autres civilisations de l'antiquité. C'est surtout en distinguant le droit de la religion que le droit romain s'est montré original et innovant. Comme on le verra, la laïcité du droit est indispensable. Si l'on veut en faire une étude scientifique, il faut pouvoir critiquer les règles, ce qui n'est guère pensable si on les attribue à une divinité.

2) Le droit préclassique (280-27 avant notre ère)

La période qu'il est convenu d'appeler celle du droit préclassique correspond à la fin de la période républicaine de Rome. Les agriculteurs romains sont devenus des soldats insatiables. L'expansion de Rome se poursuit et dépasse désormais les limites de l'Italie. À cette époque, elle se dispute la suprématie de la Méditerranée avec Carthage. Ces guerres contre les Carthaginois sont appelées les guerres puniques, en référence à leur origine phénicienne. Il y a eu 3 guerres puniques. La première dura 23 ans et fut essentiellement maritime (264-241). La deuxième (218-202) a davantage marqué les imaginations. C'est la guerre qui a vu Hannibal mener l'armée carthaginoise à dos d'éléphant. Partis d'Espagne, les Carthaginois ont traversé les Alpes pour attaquer les Romains par le Nord. Pendant ces années, Hannibal a semé le trouble et la terreur dans toute l'Italie. Malgré les nombreuses batailles remportées par les Carthaginois, les Romains finirent par emporter la guerre et par repousser l'armée punique en Afrique. Mais cette victoire romaine n'a pas encore anéanti Carthage et il y eut donc une troisième guerre punique (149-146), destinée cette fois à lui donner le coup de grâce : Carthage devait être détruite et le sera par l'armée romaine menée par Scipion l'Emilien.

Mais revenons à l'époque de la première guerre punique. C'est à ce moment que le préteur urbain fut flanqué du préteur pérégrin. Le mot pérégrin signifie : « étranger vivant sur le sol romain ». Par l'expansion de Rome, il y a de plus en plus de pérégrins qui vivent à côté des Romains. Les contacts commerciaux entre Romains et pérégrins sont eux aussi devenus plus nombreux. Cela fait logiquement naître des problèmes juridiques d'un type nouveau. En effet, le droit applicable aux Romains n'est pas nécessairement le même que celui qui s'applique aux pérégrins. Il était dès lors logique de créer une nouvelle magistrature, avec de nouvelles compétences : celle du préteur pérégrin.

La victoire romaine dans la seconde guerre punique aura elle aussi d'importantes conséquences. D'une part, elle fera tomber l'Espagne sous domination romaine, alors qu'elle était punique auparavant. Mais d'autre part, elle a coûté de nombreuses vies de soldats, causant par la même occasion de nombreux orphelins. Si ces orphelins étaient âgés de moins de 14 ans, le droit romain leur attribuait un tuteur, ce qui réglait l'essentiel des difficultés jusqu'à cet âge. Pour les orphelins de plus de 14 ans, en revanche, rien n'était prévu : ils devaient se débrouiller seuls dans la vie, même si cela reste compliqué pour un adolescent de gérer son patrimoine et sa vie juridique sans aucune aide. Les risques d'être abusé sont nombreux. C'est pour cette raison que les Romains ont adopté la *lex Laetoria*, une loi qui vient en aide aux mineurs qui seraient victimes d'abus par d'autres citoyens romains peu scrupuleux. D'après cette loi, on était mineur jusqu'à l'âge de 25 ans. Aujourd'hui, l'âge de la majorité est descendu à 18 ans, mais les principes de protection sont restés les mêmes.

C'est également peu de temps après la deuxième guerre punique que les Romains ont adopté la *lex Aebutia*. Cette loi a introduit la procédure formulaire, une procédure plus moderne et permettant une approche plus flexible des débats judiciaires. Elle donne un rôle plus actif aux préteurs, qui pourront désormais plus largement influencer l'évolution du droit. Elle leur permettra de créer un nouveau corps de règles juridiques : le droit honoraire (ou *ius honorarium**). On oppose dès lors ce droit honoraire au droit civil (ou *ius civile*), c'est-à-dire le droit tel qu'il découle directement de la loi.

C'est également au deuxième siècle avant notre ère que la science juridique va réellement prendre son envol. Les premiers grands juristes dont l'histoire a retenu le nom étaient aussi appelés les *veteres*, les vieux. Le premier d'entre eux est Publius Mucius Scaevola[@]. Il est considéré comme un des fondateurs du droit civil. Il a également exercé des fonctions politiques, puisqu'il a été consul, ce qui – comme nous l'avons déjà dit – constitue la magistrature la plus élevée de la république romaine. Son fils, Quintus Mucius Scaevola, fut également jurisconsulte.

Il est sans doute utile de préciser qu'un jurisconsulte est une personne qui étudie le droit par goût... Il s'agit là d'une nouveauté propre aux Romains. Avant eux, les règles de droit étaient étudiées par les professionnels uniquement. Avec les jurisconsultes, les cours de droit sont devenus publics et s'adressent aussi aux personnes privées... qui étudient donc le droit par plaisir, parce que cette discipline les passionne. Mais au-delà du plaisir qu'ils éprouvent dans leur étude, les jurisconsultes se servaient également de leur savoir pour rendre d'importants services à leurs concitoyens. Ils donnaient en effet gratuitement des consultations aux personnes qui avaient un problème juridique à résoudre. Voilà pourquoi l'on peut dire que les Romains étaient un peuple de juristes.

Les juriconsultes étaient également les inventeurs de nouvelles solutions juridiques. C'est ainsi que nous devons à Quintus Mucius Scaevola, mentionné précédemment, l'invention de la bonne foi, une notion juridique toujours essentielle aujourd'hui. Il fut également le professeur de droit de Cicéron[@] et d'Aquilius Gallus[@]. Le premier est devenu avocat et a connu une gloire universelle par ses écrits. Le second est – un peu plus modestement – devenu un important juriconsulte à son tour.

C'est à cette époque également, au début du premier siècle avant notre ère, que seront adoptées les lois *Iulia* et *Plautia Papiria*. Celles-ci ont accordé la citoyenneté romaine aux habitants libres de la péninsule italique. Cette augmentation drastique du nombre de citoyens Romains est en quelque sorte une conséquence naturelle de l'expansion géographique du pouvoir de Rome.

Toujours à la même époque, plus précisément en 67 avant notre ère, les Romains adoptèrent une nouvelle loi importante, la *lex Cornelia de iurisdictione*. Cette loi a eu un impact important sur la façon d'administrer la justice. Comme nous l'avons déjà dit, la justice est administrée par les préteurs dans le cadre de la procédure formulaire. Ces formules sont au centre de l'administration judiciaire.

Mais qu'est-ce qu'une formule ? La formule est un texte rédigé par le préteur sur une tablette de cire. Pour introduire un procès, les justiciables doivent s'adresser au préteur. En fonction de la demande qu'ils lui adressent, le préteur leur remettra une tablette portant telle ou telle formule. Cette formule devra ensuite être remise au juge appelé à juger. Elle constitue alors à la fois une injonction de juger adressée à un juge, de même qu'une indication précise des éléments dont le juge devra tenir compte pour aboutir à son jugement. Il est important de noter ici que le juge de la procédure formulaire n'est pas un magistrat, mais un simple citoyen romain. On comprend dès lors pourquoi le préteur lui adresse une formule lui donnant des instructions aussi précises.

C'est à son entrée en charge, que le préteur annonce, par son édit*, quelles formules il accordera au cours de l'année que dure sa charge. La nouveauté apportée par la *lex Cornelia de iurisdictione* de 67, c'est que le préteur sera désormais tenu de respecter le contenu de son édit. Le préteur est donc tenu de respecter scrupuleusement les promesses qu'il a faites en vue d'être élu ! Voilà qui n'est pas banal et devrait peut-être inspirer notre système électoral moderne ! À Rome, cette *lex Cornelia* apportera plus de stabilité dans l'administration de la justice.

A cette période également, les juriconsultes se font toujours plus nombreux. On peut citer en particulier Servius Sulpicius Rufus[@], qui a été préteur en 65 et consul en 51 avant notre ère. Élève d'Aquilius Gallus, il eut à son tour une dizaine d'élèves. Ceux-ci étaient d'ailleurs si nombreux que l'on prit l'habitude de parler d'école Servienne, lorsque l'on se référait à eux. Servius fut prolifique aussi sur le plan de l'écriture, puisqu'on lui attribue 140 livres. Notons néanmoins que ce que les Romains appelaient *liber* (ou livre) se présentait sous forme de rouleau et non d'ouvrage relié, que les Romains appelleront *codex* (ou code). Un *liber* est évidemment nettement plus court qu'un *codex* puisque qu'en pratique, un *liber* enroulé est plus long à consulter qu'un *codex* que l'on peut feuilleter.

Sur le plan politique, des changements profonds s'annoncent. Le système bicéphale du consulat montre ses limites et Crassus, Pompée, mais surtout Jules César aspirent à des règnes plus longs. Tous trois étaient des chefs de guerre prestigieux et se sont entendus pour se répartir le pouvoir en marge des institutions établies. C'est le premier Triumvirat. Mais la collaboration politique entre eux s'avère difficile. Cette période se terminera dans le sang... et l'avènement d'Octave,

qui marque un changement profond de l'organisation politique de Rome. Octave deviendra le premier empereur romain sous le nom d'Auguste.

La fin de la république marque traditionnellement aussi la fin de l'époque préclassique du droit romain.

3) Le droit classique (27 avant notre ère – 284)

Le début de la période classique du droit romain est traditionnellement situé au moment de la transition politique entre la république et l'empire. La rupture politique que semble impliquer ce changement de régime ne doit pas être surévaluée. Cette terminologie est moderne et ne correspond pas à celle utilisée par les Romains eux-mêmes. Ils n'utilisaient pas les concepts de république et d'empire au sens où nous le faisons aujourd'hui.

Souvenons-nous que cette transition correspond à l'époque de l'assassinat de Jules César et de l'avènement d'Auguste.

Si l'on a reproché à Jules César de se prendre pour un roi de Rome – et nous avons vu quelle rancœur les Romains ont gardé contre leurs rois – Auguste s'est montré prudent. Il a veillé à ne pas modifier les règles de fonctionnement de la république romaine. Il a maintenu les deux consuls, les censeurs, les préteurs, les pontifes, le sénat... En apparence, rien ne change. Mais en pratique Auguste est devenu tout-puissant et exerce le pouvoir seul : il cumule toutes ces magistratures. Il est consul perpétuellement réélu avec un collègue bien choisi ; il est en outre Censeur, ce qui lui donne la haute main sur la composition du sénat et il est aussi Tribun de la Plèbe, ce qui lui confère une importante immunité personnelle. À la mort de Lépide, Auguste deviendra en outre grand Pontife. Bien entendu, ce pouvoir est totalitaire et bien éloigné de notre vision de la démocratie. Mais ici aussi, il est probablement utile de rappeler que la république romaine n'était pas une démocratie non plus, loin de là.

Sur le plan de la science juridique, l'enseignement du droit intéresse toujours plus de jurisconsultes en herbe. A l'école Servienne, celle de Servius Sulpicius Rufus, que nous avons évoquée dans notre précédente vidéo, ont succédé deux nouvelles écoles de droit concurrentes et antagonistes : celle des Sabinien et celle des Proculien.

L'école Proculienne a été fondée par Labéon[@]. Alors que sa carrière politique se présentait très bien – il avait gravi un à un les échelons du *cursus honorum* – voilà qu'il se retrouve opposé à Auguste. Cette position était évidemment inconfortable, pour ne pas dire dangereuse. Mais Auguste savait reconnaître la valeur de ses opposants politiques et offrira même le consulat à Labéon. Ce dernier refusera pourtant cet honneur et renoncera même à toute ambition politique. En alternative, il se consacrera totalement à la science juridique. Il prit l'habitude de consacrer 6 mois par an à l'enseignement, puis de se retirer 6 mois à la campagne, pour se consacrer à l'écriture d'ouvrages juridiques. Voilà un rythme de travail que ne renierait pas un professeur universitaire aujourd'hui ! Pendant sa carrière, Labéon rédigea 400 livres et gagna l'estime générale et même celle de l'empereur, auquel il s'était pourtant opposé politiquement.

À cette école Proculienne, s'opposait donc l'école Sabinienne, fondée quant à elle par Capito[@]. À l'opposé de Labéon, Capito était proche de l'empereur. Sur le plan du droit, Capito est également plus conservateur que Labéon, ce qui explique probablement que sa réputation ait été moindre pour les générations suivantes.

Les chefs de file suivants de ces deux écoles juridiques antagonistes, ont été Proculus[@] et Sabinus[@]. Ce sont ces jurisconsultes qui ont donné leur nom à ces écoles. De Proculus, malgré l'indéniable prestige dont il a dû bénéficier, nous ne savons pas grand-chose. C'est une difficulté que nous rencontrons régulièrement avec les grands juristes romains : leurs vies ne nous sont connues que lorsqu'ils ont eu une carrière politique. Nous avons nettement moins de renseignements lorsqu'ils choisissaient de se consacrer exclusivement à leur tâche de jurisconsulte. Masurius Sabinus, en revanche, nous est mieux connu. Son œuvre maîtresse est certainement les *libri tres iuris civilis*, ses trois livres consacrés au droit civil. Rappelez-vous : en droit romain le droit civil est celui qui émane des lois, par opposition au droit honoraire, qui émane quant à lui principalement de l'édit du préteur. L'œuvre de Sabinus prendra une telle importance pour les générations de juristes qui suivront, que plus personne ne commentera le droit civil romain autrement qu'en commentant Sabinus.

Au début du deuxième siècle de notre ère, l'antagonisme entre les écoles faiblit. L'opposition entre elles devient moins systématique. Les grands juristes de cette époque s'appellent Celse[@], Gaius[@], Julien[@], Africain[@] et Pomponius[@], pour n'en citer que quelques-uns. Tous ont été importants et mériteraient qu'on s'y attarde, mais enseigner c'est choisir... et je choisis de vous parler du plus grand professeur de droit romain de toute l'histoire.

Ce « super professeur », c'est Gaius. De lui, nous ne savons à nouveau pas grand-chose, si ce n'est son prénom. D'un côté, c'est frustrant de ne même pas connaître son nom complet, mais d'un autre côté, c'est également extraordinaire qu'un professeur de droit soit passé à la postérité par son seul prénom. Ça l'est encore plus si l'on se souvient que les Romains avaient peu de prénoms et que le prénom « Gaius » est particulièrement banal. On en voudra pour preuve que le prénom de Jules César est en réalité Gaius. Son nom complet est Gaius Iulius Caesar et on omet habituellement de préciser son prénom tant il est banal. Mais le succès du cours de notre Gaius n'est quant à lui pas banal du tout puisqu'il a été utilisé pendant 4 siècles ! Ce cours – appelé « institutes » – a été révolutionnaire, notamment en ce qui concerne sa structure en trois parties. Cette structure sera encore celle retenue par le code Napoléon quelques 17 siècles plus tard.

Un mot également à propos du juriste Julien, qui est un contemporain de Gaius. Il a assumé de nombreuses fonctions importantes sous les empereurs Hadrien, Antonin le Pieux et Marc Aurèle. Hadrien chargea Julien de codifier l'édit du préteur. Jusque-là, le contenu de l'édit du préteur dépendait des différents préteurs, qui en faisaient évoluer le contenu au fil de leurs mandats. Mais dans leur soif de contrôler Rome à tous les niveaux, il était prévisible que les empereurs contrôlent également ce pouvoir des préteurs. Hadrien demanda donc à Julien de donner à l'édit du préteur une forme définitive. Désormais, seul l'empereur lui-même pourrait encore en modifier le contenu. On parle désormais de l'édit perpétuel*. De manière en apparence plus anecdotique, Hadrien appréciait tellement les services de Julien qu'il décida un jour de doubler son salaire. C'est l'occasion de constater un changement majeur dans la fonction de jurisconsulte. Alors que depuis les *veteres*, ils exerçaient une activité bénévole, l'exemple de Julien nous montre que certains jurisconsultes peuvent également être des hauts-fonctionnaires impériaux.

Au rang de ceux-ci, nous pouvons certainement compter les trois grands juristes romains de la fin de la période classique : Papinien[@], Ulpian[@] et Paul[@]. Ils ont tous trois servi l'empereur Septime Sévère. Papinien a été le préfet du prétoire, charge que l'on pourrait comparer à celle d'un ministre de la justice. Ulpian et Paul étaient alors ses assesseurs. Tous deux ont ensuite été préfet du prétoire sous Sévère Alexandre. Mais ce qui nous intéresse particulièrement ici, c'est l'héritage qu'ils nous ont laissé sur le plan juridique. Et cet héritage est très important !

Ce sont en effet les juristes de l'époque classique pour lesquels le plus grand nombre de textes nous sont parvenus. C'est donc largement par eux que le droit romain classique nous est connu. Or ce droit classique est aussi celui qui est considéré comme étant le plus raffiné de nos jours. C'est donc celui-là qui est le plus discuté depuis des siècles, par les générations de juristes qui se sont adonnés à l'étude du droit romain.

C'est également sous les Sévères, et plus précisément sous le règne d'Antonin Caracalla, que fût adoptée, en 212, la *constitutio antoniniana**. Cette constitution (*constitutio principis**) impériale accorda le droit de cité à presque tous les habitants libres de l'empire. Il s'agit en quelque sorte d'une opération de naturalisation massive. Elle fait écho aux lois *Iulia* et *Plautia Papiria* de l'époque préclassique qui avaient accordé la citoyenneté à tous les Italiens. Mais à la différence de cette dernière, que l'on peut considérer comme l'octroi d'un privilège, la constitution antonine poursuit sans doute des buts moins philanthropiques. Caracalla semble davantage avoir poursuivi des motifs politiques et fiscaux. Il n'en reste pas moins que cela a eu pour conséquence qu'à partir de 212, presque tous les habitants de l'empire ont été soumis au même droit romain.

La dynastie des Sévères s'éteindra avec l'assassinat de Sévère Alexandre en 235. Cet assassinat marqua le début d'une longue période d'anarchie dont Rome ne se remettra qu'avec l'avènement de Dioclétien, 50 ans plus tard.

Sur le plan de la science juridique, la fin des Sévères marque aussi le début d'un déclin certain.

Les sources juridiques relatent encore les écrits d'un élève d'Ulpien pendant le règne de Sévère Alexandre. Le nom de cet élève paraît presque emblématique, puisqu'il s'appelait Modestin[@]. Mais au-delà du jeu de mots, ce déclin explique pourquoi on situe à ce moment la fin de l'époque classique du droit romain.

4) Le droit postclassique (284 – 527)

Pour sortir de la longue période d'anarchie du 3^{ème} siècle, Rome avait besoin d'un homme providentiel. Et cet homme, ce fut l'empereur Dioclétien. Il était originaire de Salona, en Illyrie, non loin de l'actuelle ville de Split en Croatie. Ce détail a son importance, parce qu'il marqua le début d'un déplacement du centre de gravité de l'empire romain. L'Illyrie se trouve à l'intersection entre les mondes romain et grec, non seulement d'un point de vue géographique, mais aussi d'un point de vue culturel et linguistique.

Sur le plan politique, Dioclétien réorganise l'empire en inventant la Tétrarchie. Il subdivise le territoire romain en quatre en vue d'améliorer sa protection contre les invasions ennemies. Ce découpage correspond aussi à la réalité linguistique : le latin à l'ouest et le grec à l'est. Dans le cadre de cette réorganisation, Dioclétien s'est adjoint Maximien comme coempereur. Il n'en reste pas moins un monarque absolu. Il détient le contrôle économique et religieux.

Sur le plan économique, Dioclétien a fort à faire parce que la période d'anarchie est marquée par une forte crise économique. Afin de freiner l'inflation galopante qui accompagne cette crise, l'empereur adopte un édit appelé « Édit du maximum » en 301. Cet édit fixe un prix maximum autorisé pour une série de denrées, d'objets et de services, applicable dans tout l'empire. Dans le même ordre d'idées, Dioclétien a également inventé la lésion énorme. Ce concept permet d'annuler une vente (*emptio venditio**) d'immeuble, lorsque le prix obtenu par le vendeur est

inférieur à la moitié de la valeur réelle de l'immeuble. La crise économique était telle qu'elle avait poussé des propriétaires affamés à vendre à vil prix leur maison afin de se nourrir, ce que l'empereur voulait empêcher.

Sur le plan législatif, le règne de Dioclétien marque également la naissance d'un genre nouveau : les compilations de constitutions impériales, c'est-à-dire des actes législatifs qui émanent de l'empereur. Pour cette époque, elles sont au nombre de deux et portent le nom de *codex Gregorianus* et *codex Hermogenianus**. Le code Grégorien rassemble des constitutions impériales de l'époque d'Hadrien jusqu'à celle de Dioclétien. Grégorien est probablement le nom de celui qui a réalisé la compilation, mais il nous est inconnu par ailleurs. Le code compilé par Hermogénien[@] reprend quant à lui des constitutions de Dioclétien et complète le code précédent. Hermogénien est un juriste dont quelques textes nous sont parvenus par le Digeste* de Justinien. Il est d'ailleurs le juriste le plus tardif repris dans cette compilation.

À la fin de son règne, à partir de 303, Dioclétien a également persécuté les chrétiens, de même que les manichéens... avant de prendre sa retraite en 305. Dioclétien est en effet le seul empereur romain à avoir abdiqué. Alors que sa santé déclinait, il s'est fait construire un palais près des lieux de son enfance. Ce palais constitue aujourd'hui le centre de la ville de Split.

Sur le plan de la science juridique, le déclin est notable dès le début de la période postclassique. Il n'y a plus guère de juristes dignes d'être mentionnés. Les modifications juridiques relèvent désormais des chancelleries impériales.

Le prochain empereur d'importance est Constantin. Comme Dioclétien, il est illyrien. Avec lui, l'empire romain bascule sur le plan religieux. En effet, si l'empire a tourné le dos à sa longue tradition religieuse polythéiste pour devenir chrétien, c'est très largement l'affaire d'un empereur. Et c'est à Constantin que nous devons ce changement majeur ! En soi, la performance est assez extraordinaire, lorsque l'on sait que les chrétiens ne représentaient qu'une petite minorité de la population de l'empire au moment où Constantin décide de faire du christianisme la religion d'état. Un premier pas en ce sens est accompli par l'édit de Milan de 313. Par ce dernier, il proclame la liberté des cultes et met fin à la persécution de chrétiens.

Constantin a aussi affirmé son autorité religieuse en décrétant le dimanche comme jour de repos légal et en convoquant le concile de Nicée, en 325. Ce concile, destiné à mettre fin aux dissensions entre sectes chrétiennes, constituera un moment important dans la fondation de l'Église chrétienne. Parmi les décisions prises lors de ce concile, on trouve notamment le calcul de la date de la fête de Pâques, indépendante de la Pâque juive. C'est depuis lors que cette fête a lieu le 1^{er} dimanche après la pleine lune qui suit l'équinoxe de printemps.

Le christianisme de l'état romain ne sera plus mis en cause que sous le règne de l'empereur Julien.

À l'instar de Constantin, Julien a pris un édit de tolérance en 361, autorisant à nouveau le paganisme, le judaïsme et même les autres sectes chrétiennes. C'est d'ailleurs en raison de sa volonté de rétablir la religion romaine dans sa tradition polythéiste que la tradition chrétienne l'a appelé Julien l'Apostat, c'est-à-dire celui qui a renoncé à la foi dans laquelle il a été élevé. Mais le règne de Julien fut trop court pour que cette tentative soit un succès.

À la fin du 4^{ème} siècle, l'empereur Théodose 1^{er}, aussi appelé Théodose le Grand, réprimera les polythéistes romains. Il refusera d'ailleurs aussi le titre de *Pontifex Maximus* et interdira les Jeux Olympiques (393). En effet, le pontificat est une magistrature typiquement païenne, et les

Jeux Olympiques s'inscrivent dans une tradition païenne également. Le point de non-retour est atteint : l'empire romain est définitivement chrétien !

Un autre changement important intervient sur le plan du territoire de l'empire. Théodos^e 1er est en effet le dernier empereur romain à régner sur l'ensemble du territoire. Après lui, l'empire romain sera divisé en empire d'Occident et d'Orient, avec deux empereurs différents, mais surtout des destins très différents. Alors qu'en Orient, l'empire évolue lentement, avec une influence hellénisante, en Occident, le déclin est manifeste. En effet, ce sont les chefs de guerre barbares qui y détiennent le pouvoir de fait. Alaric, le roi des Wisigoths, occupe Rome en 410. Et Genséric, roi des Vandales, saccage Rome à son tour en 455.

Sans que le lien ne soit immédiat, la maîtrise du droit romain y est en net recul. Il n'y a plus en Occident de jurisconsultes dignes de ce nom et les écrits des juristes du passé deviennent difficiles à comprendre et à départager. C'est pourquoi l'empereur d'Occident Valentinien III prend une constitution impériale en 426, appelée « loi des citations* ». D'après celle-ci, seuls 5 jurisconsultes peuvent encore être cités en justice : Gaius, Papinien, Ulpian, Paul et Modestin. Théodose II adoptera cette loi des citations en Orient 12 ans plus tard, mais en l'élargissant. En Orient, on pouvait non seulement citer ces 5 jurisconsultes, mais également tous ceux que ces derniers citaient, ce qui augmente fortement le nombre de juristes que l'on pouvait encore citer en justice. L'explication de cette différence réside dans le fait que le droit est mieux maîtrisé en Orient. On n'y rencontre donc pas le même besoin de simplification.

Sur le plan législatif, les empereurs romains n'ont évidemment pas arrêté de prendre des constitutions impériales après Dioclétien. Il fallait donc prévoir une suite aux codes Grégorien et Hermogénien. En conséquence, Théodose II fera compiler les constitutions impériales depuis Constantin, dans un *codex Theodosianus**, qui entrera en vigueur également en Occident, sur décision de Valentinien III. On voit donc que malgré la séparation des deux empires, certains liens juridiques sont maintenus au début du 5^{ème} siècle.

L'empire d'Occident tombera officiellement en 476, lorsqu'Odoacre déposera Romulus Augustule, le dernier empereur romain d'Occident. De manière un peu grotesque, cet adolescent qui fut le dernier empereur d'Occident portait donc à la fois le nom du premier roi et du premier empereur romain. Sur le plan juridique, la domination barbare ne signifia pas immédiatement que les Romains aient été soumis au droit des barbares. Alaric II, le roi des Wisigoths promulgua même un abrégé de droit romain sous le nom de *Lex Romana Wisigothorum*. Ce recueil de droit romain, également appelé « Bréviaire d'Alaric », devait permettre aux anciens Romains de continuer à appliquer leur droit, même sous la domination wisigothe. La période postclassique du droit romain se termine donc comme cela : En Orient, le droit romain subit une influence hellénistique toujours plus importante. En Occident, le droit romain survit vaille que vaille à la chute de l'empire romain d'Occident.

5) Le droit de Justinien (527– 565)

L'empereur d'Orient Justinien a joué un rôle tellement fondamental sur le plan du droit, qu'il mérite un chapitre à lui tout seul. Comme Dioclétien et Constantin, il est originaire d'Illyrie et plus précisément de Tauresium, qui se situe dans l'actuelle Macédoine du Nord. Alors que dans l'empire romain d'Orient, c'est le grec qui est devenu la langue véhiculaire, en Illyrie on parle encore couramment le latin. Justinien parle donc le latin, une langue devenue minoritaire, et est

d'origine paysanne. Il était sans doute difficile d'imaginer qu'il deviendrait l'un des plus grands empereurs romains et certainement le plus important législateur, toutes époques confondues.

C'est très tôt dans son règne que Justinien pose les premiers jalons de son œuvre juridique. L'essentiel de cette œuvre sera confié à Tribonien[@], son principal conseiller juridique. Originaire de Side, proche de l'actuelle Antalya en Turquie, Tribonien a probablement été formé au droit dans la célèbre école de Beyrouth.

La première tâche que Justinien confie à sa commission de juristes est la compilation d'un code. Bien que Tribonien ait été membre de cette commission, ce n'est pas encore lui qui la préside. Quant au contenu du Code de Justinien*, il se trouve dans la tradition des compilations de constitutions impériales commencée sous Dioclétien. Le Code Justinien fait donc une nouvelle sélection des constitutions impériales depuis l'empereur Hadrien. Il entre en vigueur en 529.

La deuxième tâche, attribuée cette fois à une commission présidée par Tribonien, est la compilation du Digeste. Il s'agit sans aucun doute de l'élément le plus intéressant des législations justiniennes. Alors que la loi des citations avait effectué un tri fondé sur les jurisconsultes que l'on pouvait encore invoquer en justice, le Digeste fait un tri plus direct. Cette fois, il ne s'agit plus simplement de choisir des juristes, mais de choisir des extraits d'écrits de juristes des périodes préclassique et classique, et de les organiser par matières. Le Digeste porte également le nom grec de « pandektis » (Πανδέκτης) ou Pandectes, ce qui signifie « qui contient tout ». Désormais, seuls les passages retenus dans le Digeste peuvent encore être cités en justice et constituent du droit applicable. Tout le reste appartient à l'histoire et perd toute validité juridique. La commission de Tribonien commence son travail en 530 et l'achève en 533. Une prouesse exceptionnelle, vu l'ampleur du travail accompli !

Ce qui nous intéresse particulièrement, par rapport au Digeste, c'est qu'il contient des droits préclassique et classique émanant des jurisconsultes et non du droit postclassique venant des empereurs, tel qu'il se trouve dans le code. Or, comme nous l'avons déjà dit, le droit classique est considéré comme le plus perfectionné. Ce perfectionnement a résulté en particulier de la manière dont il s'est développé. Souvent, les cas pratiques rencontrés dès l'époque préclassique ont continué à faire l'objet de discussions pendant les siècles qui ont suivi. C'est comme cela que, lorsque nous trouvons un texte d'Ulpian ou de Paul dans le Digeste, très souvent ces juristes de la fin de l'époque classique nous renseignent également sur les positions des juristes des générations précédentes, remontant souvent aux *veteres*. Ces fragments du Digeste nous fournissent donc régulièrement un condensé de 4 siècles de science juridique.

On pourrait se demander en quoi une telle vision historique du droit pouvait être intéressante pour Justinien. N'aurait-il pas été plus efficace de n'exprimer que les règles de droit ? Le fait est que Justinien était manifestement très conscient de la richesse et de la supériorité de la jurisprudence classique. Il fallait donc la préserver. Mais cela posait aussi un problème nouveau. En effet, sur de nombreux points, le droit du 6^{ème} siècle était fort différent de celui de l'époque classique. En 3 siècles, le droit avait forcément évolué. Il fallait donc faire en sorte que les textes retenus dans le Digeste soient en conformité avec le droit nouveau. Les membres de la commission de Tribonien avaient dès lors reçu la mission de sélectionner et d'adapter les textes classiques en fonction du droit de Justinien. Cette adaptation passait régulièrement par le changement de certains passages des textes. Ces changements que l'on pourrait aussi appeler falsifications, sont appelés interpolations. Justinien avait donné des instructions très claires sur ce point et l'existence d'interpolations ne fait donc aucun doute. Il est en revanche nettement plus délicat de déterminer quels textes ont été interpolés et dans quelle mesure. Ces interpolations ne sont en effet pas signalées dans le Digeste.

Mais si la reconstitution des textes originaux n'est pas chose aisée, deux éléments sont de nature à nous aider ici. Il y a d'abord la hâte dans laquelle les Compilateurs ont travaillé. En réalisant cet immense travail en 3 ans seulement, ils ont commis certaines incohérences dans leurs interpolations, ce qui permet parfois de les repérer plus facilement. Par ailleurs, les commissaires ont également fait preuve d'un très grand respect vis-à-vis des écrits des juristes classiques. Il en a parfois résulté qu'ils renoncent à interpoler certains textes qu'ils auraient dû interpoler, s'ils avaient été totalement cohérents. C'est le cas notamment lorsqu'il reste des éléments de procédure formulaire dans les écrits, alors que cette procédure a été abolie à l'époque de Justinien. Il est vrai que dans ces cas-là, on pourra uniquement constater que le texte n'est pas interpolé et non l'inverse.

Mais le Digeste n'est pas la seule pièce de législation promulguée par Justinien en 529. La même année, l'empereur a également promulgué ses Institutes. Après 4 siècles d'utilisation, le contenu des Institutes de Gaius n'est plus en adéquation avec le droit applicable. Justinien charge donc Tribonien, ainsi que Théophile[@] et Dorothee[@], de rédiger un nouveau cours de droit appelé à remplacer celui de Gaius. Il s'agit pour l'essentiel d'une mise à jour du cours de Gaius. Les points communs entre les deux écrits sont en effet nombreux. La principale particularité des Institutes de Justinien*, c'est d'être promulgués comme on promulgue une loi. Les cours élémentaires pour juristes débutants ne font pas habituellement l'objet d'une promulgation. Ce n'était certainement pas le cas du cours rédigé par Gaius ! Mais la promulgation des Institutes de Justinien signifie que ce cours pourra être invoqué en justice par les plaideurs, comme n'importe quelle loi.

Bien que le Digeste et les Institutes étaient supposés se conformer au droit de l'époque de Justinien, ils y ont néanmoins apporté des changements importants. En conséquence, il a fallu rédiger une nouvelle version du Code promulgué quelques années plus tôt. La version de 529 est d'ailleurs la seule version du Code de Justinien dont nous disposons aujourd'hui.

L'essentiel de l'œuvre législative de Justinien est donc achevé en 529, soit plus de trente ans avant la fin de son règne. Il continuera évidemment à promulguer des constitutions impériales par la suite, mais elles ne feront pas l'objet d'un recueil officiel et séparé. Elles seront rassemblées pour des raisons pratiques dans des compilations privées que l'on appellera les Nouvelles de Justinien*. Il est important de noter que ces nouvelles constitutions sont désormais écrites en grec, la langue véhiculaire de l'empire d'Orient. Le latin devient en quelque sorte l'ancienne langue des juristes. Il reste indispensable pour comprendre le Code, le Digeste et les Institutes de Justinien, mais son usage est désormais cantonné au droit provenant du passé.

Si Tribonien fut le juriste attitré de Justinien, Bélisaire fut son chef d'armées. L'empereur ne voulait pas uniquement restaurer la grandeur juridique de Rome, il voulait aussi reconstituer son territoire. Il fallait pour cela reconquérir les territoires occupés par les peuples barbares suite à la chute de l'empire d'Occident. Les guerres de reconquête permirent notamment à Justinien de reprendre l'Afrique dès 533 et l'Italie en 554. Les Lombards reprendront l'Italie dès 568, soit 3 ans après le décès de Justinien. Mais même si la présence romaine en Italie fut brève, elle a suffi à Justinien pour qu'il rende son droit applicable aux Italiens. C'est en effet ce qu'il fit dès 554 en adoptant l'édit de la Pragmatique Sanction.

Ces derniers événements, dont l'importance n'apparaît pas immédiatement, sont pourtant ceux qui ont permis au Digeste de ne pas tomber dans l'oubli. C'est grâce à eux que le droit romain a pu avoir une deuxième vie. Comme nous le verrons, Justinien n'est pas le dernier à avoir pris conscience de l'immense richesse de la science juridique classique. Pour autant, si le travail de la commission de Tribonien a contribué à sauver le droit romain, il l'a également fortement

tronqué. La sélection effectuée dans les œuvres classiques a eu pour effet que la littérature non retenue dans la compilation a ensuite été perdue. Les écrits d'Ulpian, Proculus et Labéon, pour n'en citer que quelques-uns, ne nous sont donc plus connus que dans la mesure où ils ont été retenus dans le Digeste. En sauvant une partie importante de la jurisprudence classique, Justinien a donc également causé la perte du reste.

L'héritage juridique transmis par Justinien fera l'objet d'un module suivant. Il serait cependant dommage de ne pas rappeler que l'héritage architectural qu'il nous a laissé est lui aussi du plus grand intérêt. On ne citera ici que les joyaux que constituent la basilique Sainte-Sophie de Constantinople, qui a émerveillé les touristes de toutes les époques depuis le 6^{ème} siècle, et la basilique San Vitale de Ravenne, qui nous fournit le portrait le plus célèbre de l'empereur.

PARTIE B : TEXTES ET TABLEAUX

1) Ancien droit

Dates	Faits politiques	Sources du droit privé	Science du droit privé
753	Fondation de Rome : ROYAUTÉ		Les pontifes
510 - 509	RÉPUBLIQUE		
451 - 449	Les Décemvirs	Loi des XII tables (<i>Lex XII Tabularum</i>)	
367	Création du préteur urbain, des édiles curules et probablement des censeurs		
vers 300			Cn. Flavius, début probable de la jurisprudence profane
286 ?		<i>Lex Aquilia</i> (dommages)	

2) Droit préclassique

Dates	Faits politiques	Sources du droit privé	Science du droit privé
264-241	Première guerre punique : début de la politique d'expansion		
vers 242	Création du préteur pérégrin		
206	Province d'Espagne		
vers 200		<i>Lex Laetoria</i> (mineurs)	Les <i>veteres</i> (jurisconsultes des II ^{ème} et I ^{er} s. avant notre ère:
133			P. Mucius Scaevola, consul
104			Q. Mucius Scaevola, consul
90-89		<i>Lex Iulia et lex Plautia Papiria</i> (Droit de cité aux Italiens)	
(106-43)			M. Tullius Cicero
67		<i>Lex Cornelia de iurisdictione</i> (observation de l'édit : <i>edictum perpetuum</i>)	C. Aquilius Gallus, préteur
60-56	1 ^{er} Triumvirat (César, Pompée, Crassus)		Servius Sulpicius Rufus
48-44	Dictature de César		C. Trebatius Testa
43-32	2 ^{ème} Triumvirat (Antoine, Octave, Lepidus)		Aulus Ofilius Alfenus Varus, consul
30	Province d'Égypte		Aufidius Namusa Q. Aelius Tubero Fabius Mela

3) Droit classique

Dates	Faits politiques	Sources du droit privé	Science du droit privé
	PRINCIPAT (Haut-empire)		<u>Sabiniens</u> <u>Proculiens</u>
27-14 de notre ère.	Auguste		Capito Labeo
14-37	Tibère		<u>Massurius Sabinus</u> M. Cocceius Nerva
37-41	Gaius (Caligula)		Cassius Longinus <u>Proculus</u>
41-54	Claude		
54-68	Néron		M. Cocceius Nerva (fils)
69-79	Vespasien		
79-81	Titus		Iavolenus Priscus
81-96	Domitien		<u>Déclin des antagonismes d'écoles</u>
96-98	Nerva		
98-117	Trajan		Urseius Ferox Neratius Priscus Titius Aristo
117-138	Hadrien	Codification de l' <i>edictum perpetuum</i>	Iuventius Celsus (Celse) P. Salvius Iulianus (Julien) Sextus Pedius
138-161	Antonin le Pieux		Sextus Caecilius Africanus (Africain) Sextus Pomponius Gaius
161-169	<i>Divi fratres</i> (M. Aurèle + L. Verus)		Ulpus Marcellus Quintus Cervidius Scaevola
169-177	Marc Aurèle		
177-180	Marc Aurèle + Commode		
180-192	Commode		
193-198	Septime Sévère		Aemilius Papinianus (Papinien)
198-211	Sévère + Caracalla		Iulius Paulus (Paul)
211-217	Antonin Caracalla		Domitius Ulpianus (Ulpian)
217-218		<i>Constitutio Antoniniana</i> (extension du droit de cité à tous les pérégrins ordinaires)	Aelius Marcianus
218-222	Élagabal		
222-235	Sévère Alexandre		Herrennius Modestinus (Modestin)
235-284	Période d'anarchie		

4) Droit postclassique

Dates	Faits politiques	Sources du droit privé	Science du droit privé
	MONARCHIE ABSOLUE (Bas-empire)		
284-305	Dioclétien et Maximien	<i>Codex Gregorianus</i>	
285-305		<i>Codex Hermogenianus</i>	Hermogénien
307-337	Constantin		
379-395	Théodose I ^{er}		
395	Séparation de l'empire d'Orient (Arcadius) et de l'empire d'Occident (Honorius)		
408-450	Théodose II (Orient)		
425-455	Valentinien III (Occident)	426 : loi des citations	
438		<i>Codex Theodosianus</i>	
474-491	Zénon (Orient)		
476	Odoacre : fin de l'empire romain d'Occident		
491-518	Anastase (Orient)		
493-526	Théodoric le Grand (Ostrogoth) (Italie)		
506		<i>Lex Romana Wisigothorum</i>	
518-527	Justin (Orient)		

5) Droit de Justinien

Dates	Faits politiques	Sources du droit privé	Science du droit privé
527-565	Justinien (Orient)	« <i>Corpus Iuris Civilis</i> »	Tribonien
533		Digeste et Institutes de Justinien	Théophile
534		Code de Justinien	Dorothee
535-565		Novelles	
535-553	Guerre des Goths : L'armée de Justinien reprend l'Italie aux Ostrogoths		
554		La législation de Justinien est introduite en Italie	
(886-911)		Les Basiliques	

Chapitre 2 - Les sources du droit romain

PARTIE A : SCRIPTS

1) La loi

Pour comprendre le droit romain, il est utile de s'interroger sur le fonctionnement des organes qui fixent le contenu des règles de droit applicables aux Romains. Et pour traiter cette question, nous choisirons comme point de départ la présentation qu'en font les Institutes de Gaius[@]. Au deuxième siècle de notre ère, lorsque Gaius s'adresse à ses étudiants, il leur explique en effet que les sources du droit sont les suivantes : les lois, les plébiscites*, les sénatus-consultes*, les constitutions impériales*, les édits* des magistrats et les réponses des jurisconsultes. Afin de traiter des trois premières sources, je cède la parole à Yann Berthelet, professeur d'histoire de l'antiquité gréco-romaine à l'Université de Liège.

La loi, le plébiscite et le sénatus-consulte en droit romain.

La loi

Un point commun entre la loi, le plébiscite et le sénatus-consulte, c'est que ces règles de droit émanent d'assemblées. À propos de la loi, Gaius (Gai.1.3 – Texte 2.1) écrit qu'elle est ce que le peuple prescrit et établit. Mais comment le peuple prescrit-il ses lois ? Il fallait tout d'abord qu'un magistrat du peuple romain détenteur du droit d'auspices, c'est-à-dire du droit de consulter Jupiter par l'observation du ciel ou des oiseaux avant toute action civile ou militaire importante, réunisse le peuple en comices, c'est-à-dire en assemblées populaires délibératives. Le magistrat soumettait alors au peuple sa proposition de loi, sa *rogatio*, que l'assemblée avait le choix d'accepter ou de rejeter, mais en aucun cas d'amender.

Les comices les plus anciens sont les comices curiates. Réunissant l'ensemble des citoyens, les plébéiens aussi bien que les membres de l'aristocratie patricienne, ils étaient structurés selon la division archaïque du peuple romain en 30 curies, subdivisions des 3 tribus primitives.

À l'époque royale, les comices curiates ratifient la désignation du Roi par le vote d'une loi d'investiture. Sous la république, ils ratifient de même l'élection des magistrats.

Par cette loi curiate d'investiture, étroitement liée aux auspices pris préalablement par le magistrat lors de son entrée en charge, les comices curiates confèrent au magistrat élu un surcroît de légitimité en en faisant un *magistratus iustus*, irréprochable aux yeux des dieux comme aux yeux des hommes. Dans l'hypothèse d'auspices d'entrée en charge défavorables, le peuple réuni en comices curiates pouvait exercer son droit à se rétracter pour se conformer à l'avis souverain de Jupiter. À partir d'une époque difficile à préciser, peut-être la deuxième guerre punique, les 30 curies ont été représentées par 30 appariteurs appelés licteurs.

Outre la loi curiate d'investiture des magistrats, les curies ont conservé sous la république et sous l'empire des attributions en matière religieuse, y compris certaines fêtes, et en matière de droit familial, à propos des testaments et des adoptions.

Sur le plan du pouvoir – et en particulier du pouvoir législatif – le centre de gravité de Rome s'est déplacé vers une nouvelle assemblée populaire : les comices centuriates, créés à la fin de l'époque royale ou, au plus tard, au début de la république. Dans la mesure où les comices centuriates correspondent au peuple réuni en armes, ils ne pouvaient pas être convoqués à l'intérieur du *pomerium*, limite juridico-religieuse de Rome, mais seulement en-dehors de la ville, sur le Champ de Mars, consacré au dieu de la guerre.

Depuis une réforme attribuée traditionnellement au roi Servius Tullius en 578 avant notre ère, mais qu'il convient plus probablement de situer à la fin du IV^e siècle, les comices centuriates répartissent les citoyens romains, patriciens comme plébéiens, en 193 centuries. Ces dernières sont hiérarchisées selon une logique censitaire, depuis les 18 centuries équestres regroupant les citoyens les plus honorables et les plus riches, membres de l'aristocratie équestre et sénatoriale, jusqu'au prolétaires, en passant par les 5 classes de fantassins et les centuries de musiciens militaires et d'artisans du génie. Chaque centurie dispose d'un vote et chaque vote est émis dans l'ordre hiérarchique des centuries. Votent donc en premier lieu les 18 centuries équestres, puis les 80 centuries de la première classe, de sorte que si les 18 centuries équestres et les 80 centuries de la première classe votent dans le même sens, elles atteignent à elles seules la majorité absolue de 98 centuries : les autres centuries ne sont dès lors plus appelées à voter.

Le passage des comices curiates aux comices centuriates marque donc une évolution sur le plan du critère de ralliement des Romains pour voter leurs lois. Alors que les comices curiates étaient réunis d'après les origines familiales des citoyens, les comices centuriates dépendent de critères censitaires, régulièrement évalués par des magistrats publics appelés censeurs : la fortune, en premier lieu, mais aussi les vertus civiques et morales.

Nous avons déjà noté que Rome ne prétendait pas être une démocratie. L'organisation des comices centuriates nous permet d'être plus précis : Rome est une *res publica* aristocratique, où le pouvoir est détenu par les plus riches, à condition toutefois qu'ils se mettent au service de la cité, à l'armée comme dans l'exercice civil des magistratures et des sacerdoces, selon une conception géométrique de l'égalité où les droits sont proportionnés aux devoirs.

Les comices centuriates votent des lois, élisent les magistrats supérieurs du peuple romain (préteurs, consuls, censeurs), à l'exception des dictateurs, et jugent les crimes passibles de la peine capitale.

À la fin du 4^e siècle avant notre ère sont institués les comices tributes, qui réunissent par tribu les citoyens romains, patriciens comme plébéiens. À partir de 241 avant notre ère, la cité romaine compte 35 tribus territoriales, qui n'ont rien à voir avec les 3 tribus primitives et se répartissent en 4 tribus urbaines, regroupant les citoyens les plus pauvres, et 31 tribus rustiques. Même si l'on connaît moins bien le fonctionnement des comices tributes que celui des comices centuriates, le système semble donc là aussi favoriser les grands propriétaires fonciers.

Les comices tributes élisent les magistrats inférieurs du peuple romain, à savoir les questeurs et les édiles curules, ainsi que les tribuns militaires de légions. À partir du 3^e siècle avant notre ère pour le *pontifex maximus**, puis à partir de 104/103 pour les pontifes, les augures et les *uirii sacris faciundis*, 17 tribus sur 35 sont tirées au sort pour participer au processus de désignation de ces prêtres. Les comices tributes peuvent également voter des lois et juger des crimes passibles de peines d'amendes.

À partir de 149 avant notre ère, la création des tribunaux permanents, les *quaestiones perpetuae*, diminue peu à peu le rôle judiciaire des comices centuriates et tributes.

Sous Tibère, les comices perdent leurs compétences électorales au profit du sénat, dont la liberté de choix se restreint d'ailleurs aux candidats qui ne sont pas déjà recommandés par le prince. Les comices ont cependant conservé leurs compétences législatives, bien que sous la surveillance étroite du pouvoir impérial. Sont en particulier attestés, au moins jusqu'à Domitien et sans doute jusqu'au 3^e siècle de notre ère, les comices chargés de ratifier, au moyen d'une ou de plusieurs lois, l'ensemble des pouvoirs impériaux d'un nouvel empereur. En pratique, c'est

une simple ratification sans débat des mesures prises auparavant par l'armée et le sénat, comme l'atteste la *lex de imperio* de l'empereur Vespasien.

Le plébiscite

Après la loi, Gaius nous parle du plébiscite (Gai.1.3 – Texte 2.1), dont il nous dit qu'il est ce que la plèbe prescrit et établit. Il précise également que « la plèbe diffère du peuple en ce que sous le nom de peuple on entend tous les citoyens, patriciens compris, tandis que sous le nom de plèbe on entend les citoyens autres que les patriciens ».

C'est le *concilium plebis* qui vote les plébiscites. Apparue en 471 avant notre ère dans le contexte des luttes entre la plèbe et les patriciens, le *concilium plebis* réunit par tribu les seuls plébéiens, sur convocation d'un tribun ou d'un édile de la plèbe, c'est-à-dire des magistrats dépourvus d'auspices. À partir de la *Lex Hortensia* de 287 avant notre ère, les plébiscites ont eu force de loi et se sont imposés à toute la population, même aux patriciens qui ne participent pourtant pas à leur vote. Enfin, comme les comices tributes, le concile de la plèbe peut juger des crimes passibles de peines d'amendes.

Le sénatus-consulte

Après la loi et le plébiscite, Gaius aborde le sénatus-consulte (Gai.1.4 – Texte 2.1).

Il « est ce que le sénat prescrit et établit ; il a force de loi, bien que la chose ait été débattue ». Littéralement, le sénatus-consulte est l'avis du sénat. À l'époque royale, le sénat, conseil du roi, regroupe les *patres familias* de l'organisation gentilice archaïque. Plus tard, sous la république et l'empire, le sénat est composé des anciens magistrats, patriciens dans un premier temps, puis également plébéiens après 367 avant notre ère. Les sénateurs – qui siègent à vie – ont longtemps été au nombre de 300. Sous Sylla, ils sont passés à 600, à 900 sous César et à nouveau 600 sous Auguste.

Sous la république, les compétences du sénat vont en s'élargissant. Elles incluent notamment la politique étrangère, la politique budgétaire et l'*auctoritas patrum*. Cette dernière compétence constitue un droit de contrôle – et donc de rejet – des décisions des comices. En vertu de cette *auctoritas patrum*, les comices ne peuvent donc rien décider sans l'accord du sénat. Elle ne porte pas, en revanche, sur les plébiscites. À cette époque, le sénatus-consulte est avant tout une recommandation que le sénat fait à un magistrat. Cet avis n'est pas contraignant au début, mais sera de plus en plus suivi par les magistrats, en ce compris les Tribuns de la Plèbe.

Sous le Principat, les avis du sénat deviennent progressivement obligatoires et finissent par remplacer les lois et les plébiscites, puisque l'on ne réunit plus guère les assemblées populaires. En ce sens, ils sont donc devenus la principale source législative sous le Principat.

Cependant, à partir des Sévères, l'approbation du sénat devient purement formelle et la véritable source législative réside dans l'*oratio principis*, une prière du Prince au sénat, qui s'incline et acquiesce à la demande de l'Empereur. Le sénat n'est dès lors plus qu'une simple chambre d'entérinement.

Durant l'Antiquité tardive, le sénat subsiste en tant qu'organe consultatif, mais est rarement consulté. Comme on le comprend, cela fait alors déjà un temps certain que la loi n'émane plus vraiment du peuple.

2) Les édits des magistrats

Gaius (Gai .1.6 – Texte 2.1) écrit que le « droit d'édicter appartient aux magistrats du peuple romain. Le droit ayant la teneur la plus vaste se trouve dans les édits des deux préteurs, urbain et pérégrin, dont les pouvoirs juridictionnels appartiennent, dans les provinces, aux gouverneurs ».

Par édit, ou *edictum* en latin, on désignait initialement toute communication d'un magistrat adressée au public. Comme nous le rappelle l'étymologie, puisque *edictum* vient de *ex-dicere*, cette communication a été orale dans un premier temps, avant de se faire par voie d'affichage. Par cette proclamation, les magistrats font connaître, au moment de leur entrée en fonction, la façon dont ils entendent organiser leur charge. Dès lors que cet édit restait en vigueur pendant toute l'année de la charge, il était appelé édit permanent, ou *edictum perpetuum**. Si le magistrat avait à régler une question imprévue en cours de charge, il le faisait en prenant exceptionnellement un édit imprévu, ou *edictum repentinum*.

Bien que les consuls, pour ne citer qu'eux, prenaient également des édits, c'est l'édit du préteur qui est le plus important dans le domaine du droit privé, et c'est bien entendu ce dernier qui nous occupera prioritairement. Lorsque l'on désigne le droit issu des édits des magistrats, on parle de droit honoraire, ou *ius honorarium** ; lorsque l'on vise celui qui provient de l'édit du préteur en particulier, c'est alors le droit prétorien, ou *ius pretorium*.

Comme nous l'avons déjà dit, l'édit du préteur contient la liste des formules qu'il accordera aux justiciables. Ces formules correspondent à autant d'actions en justice que l'on peut utiliser, par exemple pour revendiquer un bien dont on a été dépossédé, exiger le paiement d'une somme qui nous est due en vertu d'un contrat, demander réparation d'un dommage que l'on a subi... Pour toutes ces actions en justice, il faut obtenir une formule de la part du préteur. L'édit indique également aux justiciables dans quelles conditions chacune de ces formules sera accordée ou refusée. L'édit du préteur constitue donc l'équivalent d'un code de procédure, mais aussi une sorte de code civil. À la différence de notre vision contemporaine du droit, les Romains abordaient les questions de droit par l'angle de la procédure et des formules. Autrement dit, ils mettaient en avant l'action en revendication plutôt que le droit de propriété.

Comme nous l'avons signalé, l'édit permanent est propre à chaque préteur pour la durée de sa charge. On l'imagine cependant sans difficulté : l'édit du préteur ne pouvait pas changer du tout au tout chaque année. En pratique, le nouveau préteur reprenait habituellement en grande partie l'édit de son prédécesseur. Les innovations se faisaient plutôt à la marge. Le contenu de l'édit du préteur évoluait donc au fil des années. Cette flexibilité de l'édit a constitué un élément essentiel de l'évolution du droit romain. C'est grâce au droit prétorien que le droit romain a pu progresser et évoluer de manière aussi décisive. En particulier, l'édit servait à combler les lacunes du droit civil et à adapter ce dernier aux besoins de la pratique.

Le préteur urbain prenait donc un édit concernant les conflits entre citoyens romains à Rome. Lorsque le conflit opposait un citoyen romain et un pérégrin ou deux pérégrins vivant à Rome, c'est le préteur pérégrin qui était compétent. En revanche, comme l'écrit Gaius, si le conflit

n'avait pas lieu à Rome mais en province, c'était cette fois le gouverneur de province qui était compétent. Le droit romain était en effet applicable partout où il y avait des Romains, donc parfois très loin de l'endroit où se trouvait le préteur. C'est pourquoi le pouvoir juridictionnel était exercé par ces gouverneurs de province en-dehors de Rome. Ceux-ci adoptaient dès lors également un édit contenant des formules d'actions en justice, à l'instar des préteurs urbain et pérégrin.

Rappelons enfin que l'édit du préteur a reçu une forme définitive sous le règne d'Hadrien. Après la codification de l'édit par Julien, seul l'empereur avait encore le pouvoir d'en modifier le contenu.

3) Les constitutions impériales

Gaius (Gai. 1.5 – Texte 2.1) écrit que « la constitution impériale est ce que l'Empereur a décidé par édit, par décret* ou par lettre. On n'a jamais douté que ces décisions aient force de loi, puisque l'Empereur se voit conférer le pouvoir impérial par la loi ». Le professeur Gaius explique donc que la constitution impériale peut prendre trois formes différentes.

Commençons par les édits ou *edicta* en latin. Nous avons déjà utilisé ce mot dans des contextes différents. Nous avons parlé de l'édit du préteur, de l'édit de Milan, de l'édit de tolérance... Tous ces édits peuvent être assimilés au pouvoir édictal des magistrats, dont nous avons parlé dans la capsule précédente. Par ces édits, les magistrats ont un pouvoir de prendre des décisions de portée relativement générale. Lorsque l'édit émane d'un empereur, il s'agit de l'exercice d'une compétence similaire. Comme nous l'avons déjà dit, le pouvoir absolu de l'empereur est la résultante des différents pouvoirs qu'il tire du cumul des magistratures. C'est donc au titre de magistrat qu'il peut à son tour prendre des édits.

En mentionnant les décrets ou *decreta* en latin, Gaius se réfère aux jugements rendus par l'empereur. Souvenez-vous que dans le cadre de la procédure formulaire, les jugements ne sont pas rendus par des magistrats, mais par des personnes privées sur injonction du préteur. C'est donc en marge de cette procédure formulaire que s'est développé le pouvoir impérial de prendre des décrets. Dans sa quête de pouvoir absolu, l'empereur s'est également arrogé le pouvoir judiciaire. À cette fin, il a offert la possibilité aux justiciables romains d'introduire un recours contre les jugements rendus dans la procédure formulaire. Le recours en appel est donc né comme cela, de l'avidité de pouvoir des empereurs. Aujourd'hui, on ne conçoit plus vraiment un système judiciaire sans une possibilité d'aller en appel. Les circonstances de cette invention devraient pourtant à tout le moins nous pousser à la réflexion. Toujours est-il que l'empereur a autorisé ses sujets à lui adresser des recours en justice, même sans s'être auparavant adressés au préteur. Contrairement aux édits, les décrets que l'empereur rend en première instance ou en appel ont, en principe, un effet limité au procès en cours. Mais tout dépendait ici de si le décret avait été publié ou non. Lorsque c'était le cas, une règle à portée générale pouvait en découler parce que la décision de l'empereur pouvait servir de précédent.

La troisième forme de constitution impériale est la lettre, ou *epistula* en latin. Par ces lettres, l'empereur répond à des consultations juridiques de magistrats ou de particuliers. Lorsqu'il clarifie un point de droit pour un magistrat, une simple lettre pouvait suffire. En revanche, si la consultation juridique émanait d'un particulier, des mesures de prudence devaient être observées. Dans ce cas, l'*epistula* porte le nom de rescrit ou *rescriptum* en latin. Afin d'éviter les risques de fraude, la question et la réponse devaient se trouver sur le même support afin de

ne pas pouvoir être dissociées. Le particulier devait donc laisser la place nécessaire sur le parchemin sur lequel il convenait de réécrire... d'où le nom de rescrit. Par la technique du rescrit, l'empereur s'empare cette fois le pouvoir des jurisconsultes. Dans un premier temps, le rescrit a une portée individuelle. C'est-à-dire que l'avis émis par l'empereur est voué à s'appliquer à l'affaire pour laquelle il a été consulté. Mais, à nouveau, si dans un deuxième temps cet avis faisait l'objet d'une publicité plus large, il pouvait par là servir de précédent et obtenir une portée générale.

À l'énumération des 3 formes de constitutions impériales proposée par Gaius, on peut en ajouter une quatrième : le mandat ou *mandatum** en latin. Il s'agit cette fois d'un ordre adressé par l'empereur à un fonctionnaire. Cela correspond un peu à nos circulaires ministérielles actuelles. Un tel document a pour finalité d'expliquer au fonctionnaire comment il doit appliquer la loi. Par nature, le *mandatum* n'a donc pas pour finalité de créer du droit nouveau. Mais en fonction des circonstances ou des destinataires du *mandatum*, le contenu pouvait avoir une portée générale. Il arrivait d'ailleurs que des *mandata* reçoivent une publicité officielle de la part de l'empereur et se retrouvent ensuite dans les compilations postclassiques, c'est-à-dire les codes grégorien, hermogénien[@] et théodosien.

Les différents codes contiennent donc 4 formes de constitutions impériales. Le pouvoir législatif des empereurs est dès lors un fait indéniable. Mais comment peut-on le justifier juridiquement ? D'où l'empereur détient-il ce droit ? Gaius écrit à ce propos : « On n'a jamais douté que ces décisions aient force de loi, puisque l'empereur se voit conférer le pouvoir impérial par la loi ». Reconnaissons que l'argument est étrange ! Les professeurs d'université sont nommés par décret, mais personne n'a envisagé que cela leur donnait le pouvoir de prendre des décrets ! La justification de Gaius est donc absurde et il est peu crédible que le grand professeur ait vraiment cru en cette explication.

Mais comment les choses se sont-elles passées historiquement ? Comment l'empereur a-t-il réellement reçu la *cura legum*, c'est-à-dire le pouvoir de prendre des lois ? Elle fut proposée par 3 fois à Auguste, mais il l'a à chaque fois refusée. Voici d'ailleurs comment il l'écrit lui-même² :

« La dictature m'ayant été conférée en mon absence et en ma présence par le sénat et le peuple (...) je ne l'ai pas acceptée (...) Pendant mon sixième consulat (soit en 27 avant notre ère), après avoir éteint la guerre civile en vertu des pouvoirs absolus que m'avait conférés le consentement universel, j'ai fait passer la république de mon pouvoir dans celui du sénat et du peuple romain. Pour honorer cet acte méritoire, par sénatus-consulte, j'ai été nommé Auguste (...) Dès lors je l'ai emporté sur tous en autorité, mais je n'ai pas eu plus de pouvoirs qu'aucun de mes collègues dans mes diverses magistratures ».

Nous avons déjà parlé du danger qu'il y avait à se prendre pour le roi. Auguste veut donc ici également éviter qu'on lui en fasse le reproche. Il veille donc à préserver les apparences de continuité avec la république et ses magistratures. La nouveauté, c'est évidemment qu'Auguste les cumule toutes, ce qui lui confère un pouvoir absolu ! Si Auguste a encore des scrupules et veille à préserver les apparences, ses successeurs en auront nettement moins.

² Le texte qui suit est une traduction française d'un extrait des *Res gestae*. Il provient d'une inscription retrouvée à Ancyre dans laquelle Auguste rappelle ce qu'il a fait pour le peuple romain. La traduction est de Lucien JERPHAGNON, *Histoire de la Rome antique*, Paris 1987, p. 190.

Le pouvoir législatif des empereurs n'est plus mis en doute. En pratique, cela signifiait que lorsqu'il voulait proposer une réforme législative, il s'adressait au sénat par la voie d'une *oratio principis*, la prière du prince. C'était alors au sénat – qui ne pouvait rien refuser à aux empereurs – de voter cette réforme. Nous l'avons vu, le sénat est devenu une chambre d'entérinement des demandes que les empereurs lui adressent... et le passage par le sénat finira par devenir inutile. À terme, c'est l'*oratio principis* qui deviendra immédiatement la loi.

4) Les réponses des prudents

Gaius (Gai.1.7 – Texte 2.1) écrit que « Les réponses des prudents sont les avis et consultations de ceux auxquels il a été accordé de créer du droit. Si leurs opinions concordent, ce qu'ils expriment ainsi a force de loi ; dans le cas contraire, il est permis au juge de suivre l'opinion qu'il veut ; c'est ce que décide un rescrit du divin Hadrien ».

Comme nous l'avons déjà évoqué, les réponses des prudents sont des avis donnés par des simples citoyens lors de consultations juridiques. Ces citoyens sont des hommes prudents, c'est-à-dire des savants, qui se sont formés à la « jurisprudence ». Ils ont fait cela par goût du droit et sans assumer – a priori – de rôle officiel dans l'administration de la justice. Cette activité bénévole des jurisprudents a pris forme au deuxième siècle avant notre ère, avec les *veteres*, qui ont été les premiers prudents, les premiers jurisconsultes.

Mais l'activité juridique des jurisconsultes est multiple et mérite d'être analysée en distinguant les 4 fonctions qu'ils assument : *agere*, *scribere*, *cauere* et *respondere*.

Agere d'abord : agir en justice, donc ! Les jurisprudents représentaient des concitoyens en justice, comme le font les avocats aujourd'hui. Mais cette fonction s'est assez vite effacée au profit des autres. Ou plutôt : certains juristes se sont spécialisés dans la fonction d'avocat, alors que les jurisprudents se sont focalisés sur les questions proprement juridiques, sans choix partisan.

Deuxièmement *Cauere*, qui signifie littéralement « prendre garde ». Ici aussi, les jurisprudents rendent service à leurs concitoyens en les aidant à prévenir des conflits. Pour y réussir, ils conseillent les particuliers lors de la rédaction des testaments et des contrats. Une rédaction minutieuse de ces écrits permet en effet de diminuer fortement les problèmes futurs.

Une troisième fonction est *Scribere*, écrire. Il s'agit là probablement de leur activité favorite. Ils écrivent des traités, des Institutes, des digestes et aussi des commentaires. Ces commentaires sont des commentaires sur le droit civil ou sur le droit prétorien. Comme nous l'avons annoncé, les commentaires de droit civil sont appelés commentaires *ad Sabinum*, dès lors que c'est Sabinus[®] qui est l'auteur de l'œuvre standard sur le droit civil : les *libri tres iuris civilis*. Lorsque les commentaires portent sur le droit prétorien, ils sont appelés commentaires *ad edictum** et suivent ordinairement l'ordre des formules de l'édit.

Enfin, la quatrième fonction des jurisprudents est *Respondere*, celle que Gaius vise spécifiquement lorsqu'il traite des sources du droit romain. Les jurisprudents répondent donc aux questions de droit posées par les particuliers. Généralement, cela part d'un différend pour lequel un particulier est attiré en justice et par rapport auquel il y a un doute juridique.

Interrogé par le justiciable, le jurisprudent rend alors un avis qui pourra être utilisé par le juge pour trancher le litige. Ce qui est particulièrement remarquable, c'est que cet avis est offert gratuitement. Voilà un service bénévole de haute technicité qui justifie à nouveau que nous qualifions les Romains de peuple de juristes.

À l'époque des *veteres*, le nombre de jurisprudents était encore relativement restreint. Dès lors que l'activité était bénévole et exercée par des citoyens très distingués, elle ne faisait l'objet d'aucune restriction. Les premières restrictions arriveront avec Auguste, qui limitera la possibilité d'invoquer des avis de jurisconsultes en justice. Désormais, seuls les jurisprudents que l'empereur couvrait de son *auctoritas* pouvaient être cités. Le procédé sera régularisé sous l'empereur Tibère, le successeur d'Auguste, sous le nom de *ius publice respondendi**, c'est-à-dire le droit de répondre officiellement. Seuls les avis rendus par les jurisconsultes ayant reçu le *ius publice respondendi* pourront désormais être invoqués en justice. L'introduction du *ius publice respondendi* poursuivait un double but. Sur le plan de l'évolution du droit, la limitation du nombre de jurisconsultes habilités à donner un avis officiel permettait de réduire un peu la dispersion des avis et les contradictions entre les avis émis par des jurisconsultes avec des sensibilités différentes. D'un point de vue politique, cela permettait à l'empereur de prendre le contrôle sur un pouvoir qui lui échappait largement jusque-là.

Cette mesure de limitation ne pouvait cependant avoir qu'un effet mesuré sur l'unification du droit. À l'époque de Tibère en effet, l'antagonisme des Proculiens et des Sabinien bat son plein et le *ius publice respondendi* était accordé à des membres des deux écoles. Il se pouvait donc que le juge doive choisir entre deux positions doctrinales opposées.

Gaius nous renseigne à ce propos d'une étape supplémentaire franchie environ un siècle plus tard, par l'empereur Hadrien. Dans un rescrit, cet empereur précise que la liberté de choix des juges se limitera désormais aux cas dans lesquels les positions des jurisprudents divergent entre elles. Si elles concordent, le juge est obligé de suivre leur avis, parce qu'il a force de loi. Si ces avis ont force de loi, c'est donc que les jurisconsultes créent bien du droit et que leurs écrits peuvent être considérés comme des sources juridiques.

Après l'époque de Gaius et du rescrit d'Hadrien auquel il se réfère, de nouvelles restrictions ont été introduites par la loi des citations*, dont nous avons déjà parlé dans le premier module. Pour rappel, par cette loi, l'empereur d'Occident, Valentinien III (426 de notre ère), n'autorisait plus le recours qu'aux écrits de 5 jurisconsultes.

Parmi ces 5 juristes, Gaius est à la fois le plus ancien (2^{ème} siècle de notre ère) et le moins attendu. Notre modeste professeur de droit n'avait pas reçu le *ius publice respondendi* de son vivant. Pour lui, la loi des citations correspond donc en quelque sorte à une consécration. Les 4 autres juristes retenus étaient plus attendus. Mais la loi des citations ne fait pas qu'énumérer les juristes que l'on peut encore citer en justice : elle restreint également la liberté du juge, dans le choix de la position qu'il préfère entre les avis de ces 5 juristes. Si ils divergent sur un point de droit, le juge doit adopter la position majoritaire au sein de leurs écrits. En cas d'égalité entre les tenants de positions divergentes, le juge doit adopter la position de Papinien[@]. Et enfin, si Papinien est muet, alors le juge peut décider librement l'avis qu'il choisit de suivre.

L'application de la loi des citations a été étendue à l'empire d'Orient par Théodose II en 438 de notre ère. Parce que la maîtrise juridique était meilleure en Orient qu'en Occident, la version orientale de la loi se veut moins restrictive en ce qui concerne le nombre de jurisconsultes que l'on peut encore citer en justice. Aux 5 noms retenus par la loi de Valentinien III, Théodose II ajoute également tous les juristes cités par eux, ce qui allonge très nettement la liste.

En Orient, la loi des citations sera appliquée pendant un peu moins d'un siècle, jusqu'à l'entrée en vigueur du Digeste* de Justinien en 533. Avec le Digeste, la sélection des avis de jurisconsultes que l'on peut invoquer en justice est opérée différemment. Il n'est plus désormais question de retenir tous les avis des jurisconsultes listés. Les compilateurs dirigés par Tribonien[@] ont cette fois fait une sélection de textes individuels sans se focaliser particulièrement sur le nom des juristes qui les ont écrits. Sur le plan de la cohérence entre les avis émis dans ces textes, les contradictions devaient être supprimées par les compilateurs, mais force est de constater que cela n'a pas totalement réussi. En partie, la survie de certaines contradictions s'explique par la rapidité avec laquelle le Digeste a été compilé. En conséquence, le temps a manqué pour éliminer toutes les contradictions. Mais le grand respect des compilateurs pour les juristes classiques a également pu jouer un rôle. Parfois, le maintien de deux positions concurrentes résulte de leur hésitation à effectuer un choix entre des positions également respectables.

En conclusion, la contribution des jurisprudents au droit romain, et par lui à notre droit depuis, est immense. Aujourd'hui encore, le Digeste est la source du droit romain la plus utilisée et la plus riche.

5) Comparaison des Institutes de Gaius et de Justinien sur la présentation des sources de droit

Nous avons choisi la présentation de Gaius (Gai.1.2-7 – Texte 2.1) comme colonne vertébrale de notre module consacré aux sources de droit. Afin de mieux comprendre les rapports entre les Institutes de Gaius et ceux de Justinien (Texte 2.2), il est intéressant de comparer les deux cours de droit. Nous vous proposons dès lors de mettre les extraits de Gaius, que nous venons de commenter, en parallèle avec la version des Institutes* de Justinien, rédigés par Tribonien[@], Théophile[@] et Dorothee[@]. 4 siècles environ séparent ces textes et ils témoignent d'une évolution de la manière de considérer le droit et ses sources.

Souvenons-nous que Gaius écrivait à propos de la loi qu'elle est ce que le peuple prescrit et établit. Justinien écrit que la loi est ce que le peuple romain établissait sur proposition d'un magistrat sénatorial, par exemple un consul*.

Les deux explications sont conformes à la réalité, mais dénotent une évolution idéologique. L'imparfait utilisé par Justinien souligne le caractère révolu du système. Il semble également établir une comparaison entre le passé et le présent, pour conclure que, précédemment non plus, ce n'était pas vraiment le peuple qui déterminait le contenu du droit. La prépondérance des magistrats dans le vote des lois permet de ne pas légitimer l'ancien système en défaveur du système en place sous Justinien. Il signifie qu'au fond, le contenu des lois a de tout temps dépendu de ce que voulait l'autorité.

Pour l'exposé des plébiscites, on peut faire la même analyse : La principale différence est que par rapport à Gaius, Justinien omet l'explication sur la différence entre Patriciens et Plébéiens. Il faut dire que cette distinction ne joue plus de rôle pratique depuis le 3^{ème} siècle de notre ère.

La comparaison des présentations des sénatus-consultes nous apporte du neuf. Alors que Gaius nous disait simplement que le pouvoir du sénat a fait l'objet d'un débat, sans autre explication, Justinien utilise cette fois le présent et explique pourquoi le pouvoir a changé. Il attribue ce changement à l'évolution démographique. La délégation de pouvoir a été rendue indispensable

par l'augmentation du nombre de Romains. Le peuple a dès lors délégué son pouvoir de légiférer au sénat.

Ce sénat, qui sous la république était composé d'anciens magistrats, était donc indirectement élu par le peuple. Sous le Principat, en revanche, on est généralement sénateur de père en fils, et l'empereur pouvait y adjoindre des chevaliers de son choix, de même qu'il exclut certains sénateurs. Il n'en reste pas moins que, même si la représentativité des sénateurs n'est pas idéale, l'explication de Justinien a quand même l'air d'être suffisamment neutre : la dimension de la population de Rome est devenue telle, qu'elle nécessite une délégation du pouvoir.

Mais est-on bien sûr que ce soit cela qui explique la délégation et le pouvoir du sénat ? À partir de quand peut-on penser que la population de Rome était trop grande pour être réunie en un endroit ? Depuis les *leges Iulia et Plautia Papiria* qui datent du début du premier siècle avant notre ère (90-89 avant notre ère), tous les citoyens de la péninsule italique sont déjà devenus citoyens romains !

Or nous savons que le peuple romain a encore voté des lois au moins jusqu'à la fin du premier siècle de notre ère. Il y a donc près de deux siècles entre ces deux faits et il est donc impossible qu'ils soient directement la conséquence l'un de l'autre. Qui plus est, en ce qui concerne les sénatus-consultes, il semble bien qu'ils n'aient guère survécu aux lois que pendant un siècle ! L'explication des Institutes de Justinien est donc totalement antihistorique. Si c'est de la pseudo-histoire, c'est donc de la vraie idéologie. L'explication est purement idéologique !

La comparaison des exposés sur les constitutions impériales est elle aussi étonnante. Alors que, comme nous l'avons déjà relevé, l'explication de Gaius n'en n'est pas une, celle de Justinien semble plus rationnelle. L'argument est à nouveau celui de la délégation de pouvoir accordée par la loi. Le problème est cependant que, pour autant que nous sachions, la loi par laquelle l'empereur est investi de son pouvoir ne contient aucune mention d'une telle délégation du pouvoir législatif.

Bref, le discours est truqué, le but de l'explication des Institutes de Justinien, c'est de légitimer le pouvoir impérial de prendre des lois. À cette fin, tous les arguments possibles sont invoqués. On y cumule donc un argument juridique : la délégation de pouvoir ; un argument historique : celui d'après lequel le fonctionnement législatif n'était pas plus démocratique sous la république ; et un argument de fait, faisant le constat que dans une société nombreuse, il est indispensable de faire appel à un chef.

Pourtant, ces arguments ne sont pas seulement faux, ils comportent aussi d'étranges incohérences. Ainsi, pourquoi Justinien justifie-t-il encore le pouvoir du sénat en utilisant le présent, alors qu'il ne prend plus de sénatus-consultes depuis plus de 3 siècles ? Pourquoi Justinien ressent-il encore le besoin de justifier son pouvoir législatif, alors que cela fait plus de 5 siècles que l'empereur détient ce pouvoir ? Qui plus est, dans la constitution *Deo Auctore*, c'est-à-dire la constitution par laquelle il promulgue son Digeste, il affirme qu'il a reçu son pouvoir de Dieu ! (« *Deo auctore nostrum gubernantes imperium, quod nobis a caelesti maiestate traditum est* » = exerçant sous l'autorité divine notre pouvoir, qui nous a été remis par la majesté céleste...). Cet argument divin est pourtant beaucoup plus fort que ceux qui sont repris dans les Institutes de Justinien ! Il ne souffre pas de discussion et il est admis depuis longtemps ! On en retire dès lors l'impression que le texte des Institutes de Justinien ne peut pas dater de son époque et a été rédigé à une époque antérieure.

Cette impression est d'ailleurs confirmée par un extrait du Digeste, dans lequel on peut lire un texte du juriste Ulpien[@] qui est presque identique.

Justinien (I.1.2.6) : « Mais aussi ce qui a plu au Prince a force de loi, puisque, par la « *lex regia* » qui est prise au sujet de son pouvoir, le peuple lui a concédé et remis toute sa souveraineté et puissance. (...) »

Ulpien (D.1.4.1pr.) : « Ce qui est plu au Prince a force de loi, puisque, par la « *lex regia* » qui est prise au sujet de son pouvoir, le peuple lui a concédé et remis toute sa souveraineté et puissance. »

Si l'on admet dès lors que le texte repris dans les Institutes de Justinien est d'Ulpien, tout s'explique. Il est normal que les plébiscites soient mentionnés au passé et les sénatus-consultes le soient au présent. Il est également normal que le pouvoir législatif de l'empereur fasse l'objet d'une justification puisque l'argument divin ne peut pas être invoqué au début du troisième siècle, alors que l'empire romain n'est pas encore devenu chrétien. Il est également compréhensible qu'Ulpien tente plus sérieusement de justifier le pouvoir de l'empereur, dès lors qu'il est directement à son service, ce qui n'était pas le cas de Gaius. Gaius peut donc se permettre de prendre un peu plus de liberté critique en ne donnant pas une justification plausible du pouvoir législatif de l'empereur.

En conclusion, on ne peut donc que constater qu'un exposé des sources du droit comporte presque toujours un message politique et idéologique. En effet, dès lors que le pouvoir de légiférer peut être exercé par des pouvoirs très variables, il est presque impossible que le juriste qui en fait l'exposé ne marque pas également son sentiment par rapport au bien-fondé ou non de l'attribution de ce pouvoir. Et à ce petit jeu, Gaius semble bien être plus critique qu'Ulpien, même si lui aussi devait faire preuve d'une certaine retenue. Ce n'est pas parce que Gaius n'est pas un fonctionnaire impérial, qu'il peut impunément et ouvertement critiquer l'empereur. Lorsqu'il affirme que l'on n'a jamais douté du pouvoir de l'empereur de prendre des lois, il ne justifie nullement ce droit, mais il ne le critique pas ouvertement non plus.

PARTIE B : TEXTES

Texte 2.1 (ancien 12) Gai. 1.2-7

2. *Constant autem iura populi romani ex legibus, plebiscitis, senatus consultis, constitutionibus principum, edictis eorum, qui ius edicendi habent, responsis prudentium.*
3. *Lex Est, quod populus iubet atque constituit. plebiscitum est, quod plebs iubet atque constituit. plebs autem a populo eo distat, quod populi appellatione universi cives significantur, connumeratis et patriciis; plebis autem appellatione sine patriciis ceteri cives significantur; (...)*
4. *Senatus consultum est, quod senatus iubet atque constituit; idque legis vicem optinet, quamvis fuerit quaesitum.*
5. *Constitutio principis est, quod imperator decreto vel edicto vel epistula constituit; nec unquam dubitatum est, quin id legis vicem optineat, cum ipse imperator per legem imperium accipiat.*
6. *Ius autem edicendi habent magistratus populi romani. Sed amplissimum ius est in edictis duorum praetorum, urbani et peregrini, quorum in provinciis iurisdictionem praesides earum habent; (...)*
7. *Responsa prudentium sunt sententiae et opiniones eorum, quibus permissum est iura condere. Quorum omnium si in unum sententiae concurrant, id quod ita sentiunt, legis vicem optinet; si vero dissentiunt, iudici licet quam velit sententiam sequi: idque rescripto divi Hadriani significatur.*

Gaius, institutes, 1.2-7 :

2. Les sources du droit du peuple romain sont les lois, les plébiscites, les sénatus-consultes, les constitutions impériales, les édits émanant de ceux qui ont le droit d'édicter, les réponses des prudents.
3. La loi est ce que le peuple prescrit et établit, le plébiscite, ce que la plèbe prescrit et établit. La plèbe diffère du peuple en ce que sous le nom de peuple on entend tous les citoyens, patriciens compris, tandis que sous le nom de plèbe on entend les citoyens autres que patriciens (...).
4. Le sénatus-consulte est ce que le sénat prescrit et établit ; il a force de loi, bien que la chose ait été débattue.
5. La constitution impériale est ce que l'Empereur a décidé par décret, par édit ou par lettre. On n'a jamais douté que ces décisions aient force de loi, puisque l'Empereur se voit conférer le pouvoir impérial par la loi.
6. Quant au droit d'édicter, il appartient aux magistrats du peuple romain. Le droit ayant la teneur la plus vaste se trouve dans les édits des deux préteurs, urbain et pérégrin, dont les pouvoirs juridictionnels appartiennent, dans les provinces, aux gouverneurs (...).
7. Les réponses des prudents sont les avis et consultations de ceux auxquels il a été accordé de créer du droit. Si leurs opinions concordent, ce qu'ils expriment ainsi a force de loi ; dans le cas contraire, il est permis au juge de suivre l'opinion qu'il veut ; c'est ce que décide un rescrit du divin Hadrien.

Texte 2.2 (ancien 12 bis) I. 1.2.4-6

Gai.1.3 :

Lex est, quod populus iubet atque constituit. Plebiscitum est, quod plebs iubet atque constituit.

Inst.1.2.4 :

Lex est, quod populus romanus senatore magistratu interrogante, veluti consule, constituebat. Plebi scitum est, quod plebs plebeio magistratu interrogante, veluti tribuno, constituebat.(...).

4 *Senatus consultum est, quod senatus iubet atque constituit ; idque legis vicem optinet, quamvis fuerit quaesitum.*

5 *Senatus consultum est, quod senatus iubet atque constituit. Nam cum auctus est populus romanus in eum modum, ut difficile sit in unum eum convocare legis sancienda causa, aequum visum est senatum vice populi consuli.*

5 *Constitutio principis est, quod imperator decreto vel edicto vel epistula constituit; nec umquam dubitatum est, quin id legis vicem optineat, cum ipse imperator per legem imperium accipiat.*

6 *Sed et quod principi placuit, legis habet vigorem, cum lege regia, quae de imperio eius lata est, populus ei et in eum omne suum imperium et potestatem concessit.(...).*

Institutes de Justinien, 1.2.4 : La loi est ce que le peuple romain établissait sur proposition d'un magistrat sénatorial, par exemple un consul. Le plébiscite est ce que la plèbe établissait sur proposition d'un magistrat de la plèbe, par exemple un tribun. (...)

5 : Le sénatus-consulte est ce que le sénat prescrit et établit. En effet, comme le peuple romain avait augmenté à un point tel qu'il était difficile de le convoquer en un seul lieu pour sanctionner les lois, on a jugé équitable de consulter le sénat à la place du peuple.

6 : Mais aussi ce qui a plu au Prince a force de loi, puisque, par la "lex regia" qui est prise au sujet de son pouvoir, le peuple lui a concédé et remis toute sa souveraineté et puissance. (...)

Chapitre 3 - La deuxième vie du droit romain

PARTIE A : SCRIPTS

1) Le droit appliqué en Occident après les invasions barbares

Comme l'indique le titre de ce troisième module, le droit romain a eu une deuxième vie. Pour qu'il en soit ainsi, il a forcément fallu qu'il meure d'abord et c'est de cette mort que nous devons vous parler pour commencer. Comment un système juridique meurt-il ? Sans vouloir généraliser, on peut dire que le droit romain – pour autant que l'on puisse réellement considérer qu'il soit mort un jour – est mort à feu doux. S'il en est ainsi, c'est parce que l'empire romain d'Occident lui-même n'est pas tombé aussi brutalement que ne le disent les cours d'histoire. Les livres d'histoire s'accrochent généralement à la date de 476 de notre ère. Cette année-là, Odoacre a déposé Romulus Augustule, le dernier empereur romain d'Occident. Par voie de conséquence, puisque la fin de l'empire romain marque un tournant civilisationnel important, nos livres d'histoire considèrent en outre que cette date correspond à la fin de l'Antiquité et au début du Moyen-Âge. Mais quelle importance cette date a-t-elle pu avoir sur le plan du droit ?

Comme nous l'avons évoqué précédemment dans la séquence consacrée au droit postclassique, les rois germaniques sont déjà solidement installés sur le territoire romain d'occident dès la fin du 4^{ème} siècle. On peut même dire qu'au cours des 5^{ème} et 6^{ème} siècles, les peuples germaniques ont installé leurs propres royaumes sur le territoire romain, et cela avant même la chute officielle de l'empire en 476. Techniquement, ils étaient parfois liés à l'État romain par un traité, qui en faisait des alliés, respectueux du pouvoir impérial romain. Mais ce respect disparaît définitivement au moment de la chute de Romulus Augustule.

Les Wisigoths furent le premier de ces peuples germaniques à établir – en tant que peuple – un contact officiel et formalisé avec l'empire romain par voie de traité. Au début du 5^{ème} siècle, ils ont établi leur propre royaume sur le territoire romain, dans le Sud-Ouest de la Gaule d'abord, et en incluant de plus en plus l'Espagne par la suite. Vers 470, leur roi Euric a pensé qu'il serait utile d'avoir des lois liant son peuple, d'après le modèle romain. Il entreprit dès lors de faire rédiger l'*Edictum Eurici Regis*. Ce code qui sera plus tard appelé *Codex Euricianum* ou Code d'Euric est rédigé en latin. Cette langue latine est d'ailleurs telle qu'elle démontre une bonne maîtrise de la langue. Mais, si la technique juridique est romaine, son contenu diffère clairement du droit romain. Au début du 6^{ème} siècle, le roi Wisigoth Alaric II – entretemps totalement indépendant de l'empire romain d'Occident, puisque celui-ci était tombé – a en outre codifié le droit de « ses » Romains, c'est-à-dire les anciens citoyens romains devenus sujets wisigoths. Souvenez-vous : cette codification s'adressant aux anciens Romains s'est appelée *Lex Romana Wisigothorum*, avant de porter couramment aussi le nom de Bréviaire d'Alaric (*Breviarium Alaricianum*). Son contenu repose sur du droit romain postclassique, dont certaines dispositions sont modifiées ou omises. C'est le cas par exemple pour la législation impériale concernant les unions mixtes, qui excluait la possibilité pour une Romaine d'épouser un Wisigoth. On comprend pourquoi une telle législation, fondamentalement hostile aux barbares, était considérée inacceptable par ces derniers. Toute velléité d'application d'une telle législation écartée par l'autorité wisigothe était d'ailleurs soumise à des peines sévères.

Plus tard, au cours du 7^{ème} siècle, le roi Wisigoth a complètement interdit l'application du droit romain : tous ses sujets devaient désormais vivre sous le droit wisigoth réformé et rédigé récemment sous la forme de la *Lex Wisigothorum*, la loi des Wisigoths.

Si nous nous reportons à nouveau au début du 6^{ème} siècle, mais dans le royaume des Burgondes, on peut constater qu'une codification de droit romain y a également été confectionnée. Ce n'est pas le roi lui-même qui l'a commanditée, elle a été rédigée à l'initiative d'un juriste romain. Il

en a résulté un petit livre semi-officiel, portant le nom de *Lex Romana*, auquel on ajoute aujourd'hui *Burgundiorum*. Le texte repose sur le même droit romain que celui utilisé par les Wisigoths, mais les textes sont souvent modifiés ou formulés autrement. Cette réorganisation des textes juridiques semble se justifier par une tentative de les rapprocher du droit burgonde, repris dans la *Lex Burgundiorum*. Cette loi burgonde, rédigée environ 10 ans plus tôt, contenait le droit burgonde applicable aux Burgondes eux-mêmes. Ainsi, les deux corps de règles étaient-ils plus facilement comparables et applicables.

Si nous nous tournons maintenant vers le royaume franc, nous pouvons constater que les rois francs ne sont pas intéressés par le droit de leurs nombreux sujets romains. Dans un premier temps, ils ont néanmoins toléré qu'ils se voient appliquer leur propre droit romain... pour autant qu'ils obéissent à leur roi et surtout qu'ils s'acquittent envers lui de toutes les taxes qu'ils payaient auparavant à l'empereur romain. À défaut de compilation de droit romain confectionnée par les Francs, les Romains du royaume franc appliquaient le Bréviaire d'Alaric.

Dans les années 787-788, Charlemagne autorisa l'application du Bréviaire d'Alaric aux Romains de la partie gauloise de son royaume. Souvenons-nous que ce n'est qu'en 800 qu'il sera couronné empereur romain. Pendant tout le règne de Charlemagne, le Bréviaire a été reproduit de nombreuses fois et a reçu une très bonne diffusion pour l'époque. Cela génère donc un paradoxe : le Bréviaire d'Alaric est utilisé dans l'empire carolingien, alors qu'il a été rejeté chez les Wisigoths qui l'avaient pourtant compilé.

Si nous revenons dans la péninsule italique, il est utile de rappeler qu'elle a été reconquise par Justinien suite à la guerre contre les Goths menée de 535 à 553. En conséquence, et par la voie de la *Pragmatica Sanctio* de 554, l'œuvre législative de Justinien a été rendue applicable aux Italiens. Mais l'empereur meurt déjà 11 années plus tard, et les Lombards chasseront les Byzantins dès 568. Les 14 années d'application du droit de Justinien en Italie ne semblent pas avoir suffi pour que ce droit prenne réellement racine. Les signes d'une application du droit de Justinien en Italie au cours des 9^{ème} et 10^{ème} siècles font en tout cas défaut.

En guise de conclusion sur le droit appliqué dans les royaumes barbares du haut Moyen-Âge, et au risque d'être un peu schématique, on peut dire que le droit romain recule fortement, même si ce n'est pas de manière uniforme. La séparation entre Romains et Germains s'estompe avec le temps et une application différenciée du droit romain aux uns et des coutumes d'origine germanique aux autres ne se justifie plus. Ce qu'il reste de droit romain est très éloigné du corps de règles raffinées développées par les jurisconsultes classiques.

2) La redécouverte du Digeste et les glossateurs

À la fin du haut Moyen-Âge, le droit romain est donc moribond. Son enseignement se limite à bien peu de choses, comme l'utilisation du Bréviaire d'Alaric. En revanche, l'imposante œuvre législative de Justinien est bien trop complexe pour être comprise, ou pire encore appliquée. C'est alors, probablement au 11^{ème} siècle, que quelque chose de miraculeux se réalise. Un manuscrit du 6^{ème} siècle longtemps considéré d'une lecture trop compliquée trouve des lecteurs curieux et intéressés. Ce manuscrit, on lui donnera le nom de *Littera Pisana*. Plus tard, après son déplacement en 1406 à la bibliothèque Laurentiana à Florence, on l'appellera également la *Littera Florentina*, la Florentine. Et ce manuscrit, vous l'aurez deviné, c'est un manuscrit du Digeste* de Justinien !

Il fallait du courage et de l'opiniâtreté pour se lancer dans cette lecture, après environ 4 siècles d'oubli. Le premier lecteur courageux dont le nom nous est parvenu semble avoir été un certain Pepo, dont nous ne savons pas grand-chose avec certitude, si ce n'est qu'il semble avoir enseigné le droit romain sur la base du Digeste. Mais la vraie redécouverte du Digeste est souvent attribuée à son élève Irnérius, dont la réputation a été bien plus grande, parce qu'il a mis son savoir par écrit.

Irnérius a également joué un rôle important dans la fondation de l'université de Bologne, la première université européenne. Il s'ensuit que, lorsque cette université a commencé ses enseignements, le droit romain enseigné par Irnérius faisait partie des disciplines enseignées. Le cours d'Irnérius portait sur le Digeste de Justinien. On dit d'Irnérius qu'il a fondé l'école des glossateurs. Ce nom est directement lié à la technique utilisée par Irnérius et ses élèves, la technique dite de la glose. La glose est une annotation explicative rédigée sur le manuscrit du Digeste. En pratique, elle est rédigée dans la marge ou entre les lignes.

Dans un premier temps, le but poursuivi était modestement de comprendre le texte. La méthode des glossateurs est dès lors ce que l'on a appelé la méthode exégétique, du grec « *exegesis* » (ἐξήγησις) qui signifie « explication », « éclaircissement », et que l'on traduit en latin par *interpretatio*. L'exégèse, c'est donc l'interprétation philologique et doctrinale d'un texte en progressant mot à mot.

Après s'être contentés d'explications, les glossateurs ont progressivement évolué vers des commentaires dont la portée était également juridique. Ils ont également commencé à faire des liens entre les différents passages du Digeste, à dégager des analogies, mais aussi à résoudre des contradictions. L'existence de contradictions dans le Digeste a déjà été évoquée précédemment. S'il est normal que les jurisconsultes romains n'aient pas toujours été d'accord entre eux, les compilateurs auraient dû supprimer ces contradictions par une sélection raisonnée des textes retenus dans le Digeste. Mais comme nous l'avons également déjà relevé, ce travail de sélection s'est fait dans un laps de temps très court et dans un grand respect des jurisconsultes, ce qui impliquait parfois le maintien de position divergentes.

Dans un stade ultérieur, les glossateurs imagineront également des exemples d'application des règles qu'ils lisent dans le Digeste, afin de les illustrer. Ces exemples ne sont habituellement pas ancrés dans la société de la Rome antique, mais bien dans la réalité italienne des 11^{ème} et 12^{ème} siècles. Ce faisant, ils transcendent donc l'étude historique et préparent une nouvelle application du droit romain en Italie. Enfin, les glossateurs commencent également à rédiger de petites synthèses et à rechercher des principes généraux.

L'école des glossateurs composée par Irnérius et ses nombreux élèves a accumulé les gloses au fil des années. Dans les années 1130-1140, deux courants se dégagent au sein des glossateurs. Il y a d'une part Bulgarus et ses élèves et d'autre part Martinus Gosia et ses élèves. L'école de Bulgarus est reconnue pour son sérieux scientifique. Elle reste très proche du texte du Digeste, sans prendre de libertés interprétatives. Martinus Gosia et les siens, en revanche, ont tendance à prendre plus de libertés, en recourant plus fréquemment à l'équité. Il semblerait que Martinus Gosia ait plus particulièrement été influencé par le droit canon, qui faisait aussi partie de la formation des juristes.

Un point final sera apporté au travail des glossateurs par Accurse, au 13^{ème} siècle. Ce dernier, également professeur de droit à l'université de Bologne, rédige en effet la *glossa ordinaria*, aussi appelée la grande Glose. Accurse y fait la somme des apports des glossateurs depuis Irnérius. Cette grande Glose, c'est au fond une sorte de résumé de toutes les gloses précédentes.

En tout, il y a environ 96.000 gloses dans l'œuvre d'Accurse. Cette œuvre récapitulative sera reproduite un grand nombre de fois et fera désormais autorité. L'intérêt du travail d'Accurse n'a d'ailleurs pas disparu à ce jour. Aujourd'hui encore, lorsque l'on fait une étude de droit romain, il est utile de voir ce que les glossateurs ont écrit sur le passage dont on veut faire l'exégèse. En effet, les glossateurs avaient une telle connaissance du Digeste qu'ils le connaissaient quasiment par cœur. Personne, aujourd'hui, ne connaît plus le Digeste d'une manière aussi approfondie et il ne serait pas raisonnable de se passer des enseignements des glossateurs.

Le succès remporté par les glossateurs aux débuts de la fondation de l'université de Bologne a été énorme ! Les étudiants affluent de toute l'Europe. Tout le monde veut s'abreuver au savoir des glossateurs. C'est ainsi qu'au 12^{ème} siècle, les glossateurs ont attiré 10.000 étudiants à Bologne, ce qui, pour l'époque, est tout à fait fabuleux.

En conclusion, le succès des glossateurs est tout bonnement phénoménal ! Il s'agit d'un réel renouveau intellectuel pour l'Europe. Bologne est un centre intellectuel comme l'Europe occidentale n'en a plus connu depuis les Romains. Et bien vite, d'autres universités seront fondées un peu partout en Europe, suivant le modèle bolognais et adoptant aussi l'enseignement des glossateurs.

Si l'on peut s'étonner du fait que ce grand renouvellement intellectuel du 11^{ème} siècle se soit réalisé autour du droit d'un empire qui a disparu en Europe occidentale depuis plus de 6 siècles... Force est de constater que c'est ce succès des glossateurs qui explique la naissance d'une culture juridique commune en Europe. Tout naturellement, ceux qui sont venus à Bologne pour apprendre le droit romain ont, quand ils sont rentrés chez eux, utilisé le droit romain qu'ils avaient appris. Il est au minimum appliqué de manière subsidiaire, lorsque le droit local ne donne pas de solution au problème posé.

Mais avec la grande Glose d'Accurse, le modèle des glossateurs était donc arrivé à ses limites. La technique de la glose devait dès lors être remplacée par une technique nouvelle : le commentaire.

Désormais, les exposés des professeurs de Bologne ne suivent plus seulement l'ordre du Digeste, mais deviennent plus systématiques. Maintenant que le contenu du Digeste est bien maîtrisé, son apport peut être transformé pour créer des outils à destination de la pratique. Puisque la forme utilisée nouvellement est le commentaire, les juristes qui appliquent cette forme de l'étude du droit romain sont appelés « commentateurs ». Mais puisqu'ils arrivaient après les glossateurs, on les a également appelés « post-glossateurs ». Et on leur a même donné un troisième nom dérivé de leur principal représentant : Bartole de Saxoferrato. On les appellera donc aussi bartolistes. L'autorité de Bartole est telle que, jusqu'au 18^{ème} siècle, prévaudra l'adage : *Nemo iurista, nisi Bartolista* ! Personne n'est juriste, s'il n'a étudié Bartole ! Le mérite des bartolistes n'est pas tant d'avoir amélioré notre connaissance du droit romain de l'antiquité. C'est beaucoup plus d'avoir trouvé la possibilité de se servir de l'héritage romain pour les besoins de l'époque.

Le succès des commentateurs est encore plus grand que celui des glossateurs. Depuis lors, les universités se sont encore multipliées et la méthode bartoliste s'est diffusée de manière conforme à l'adage. La généralisation de l'enseignement bartoliste à l'échelle européenne renforce encore la communauté d'esprit et de technique entre juristes européens.

Voilà donc comment le droit romain a pu renaître et avoir une deuxième vie ! Il s'appelle désormais le « *ius commune* », c'est-à-dire le droit commun.

3) Les Humanistes et le *mos gallicus*

Depuis la fondation de l'université de Bologne, le renouveau juridique et intellectuel a essaimé un peu partout en Europe. Les Italiens ont diffusé la méthode bartoliste, tout comme ils avaient diffusé celle des glossateurs auparavant. C'est également en Italie, dès la fin du 14^{ème} siècle, que commence la Renaissance. Pour rappel, la Renaissance est ce mouvement opérant un retour vers la culture de l'antiquité. Il a pris son essor dans le Nord de l'Italie, avant de se répandre dans les autres pays d'Europe à partir du 15^{ème} siècle. Par son retour aux idées et aux arts de l'antiquité, la Renaissance ne pouvait qu'être favorable à l'essor du droit romain. Cet approfondissement des savoirs de l'antiquité impliquait une meilleure maîtrise de la philologie et de l'histoire, ce qui ouvrait la porte à une plus grande compréhension de l'œuvre de Justinien. Il semble pourtant que les juristes n'aient pas immédiatement mesuré les avantages qu'ils pouvaient tirer de l'évolution de ces disciplines.

Un acteur-clef de cette époque est assurément André Alciat [Andrea Alciati (1492-1550)]. Issu d'une famille milanaise, il est non seulement juriste, mais aussi philologue et historien. Et Alciat entend bien mettre à profit ses connaissances dans ces deux autres disciplines. La philologie lui a permis de mieux maîtriser la signification des termes juridiques et d'en approfondir l'évolution au fil des époques romaines. Un autre avantage majeur d'Alciat par rapport à ses collègues juristes c'était sa connaissance du grec. Il est utile de rappeler ici que les glossateurs et les commentateurs ignoraient généralement le grec. À quoi bon connaître le grec pour comprendre un droit écrit en latin me direz-vous ? Il se fait que les juristes romains connaissaient bien le grec et citaient régulièrement les auteurs grecs dans leurs écrits. Une bonne maîtrise du grec est dès lors indispensable pour bien comprendre la pensée des juristes romains. L'ignorance du grec chez les glossateurs est telle que dans les copies du Digeste qu'ils utilisaient, les passages en grec ont simplement été omis. C'est pour tenter de remédier à cela, qu'Alciat publiera un petit ouvrage consacré à tous ces passages en grecs qui font défaut dans les sources utilisées par les glossateurs et les bartolistes (*Opusculum quo graecae dictiones fere ubique in Digestis restituuntur*, 1515).

Alciat est donc un philologue, mais comme nous le disions, il est également historien. Alciat reproche particulièrement aux bartolistes de rechercher l'utilité du droit romain pour eux-mêmes et de ne pas s'intéresser à la vraie pensée des juristes romains. Les bartolistes cherchent à développer une « *communis opinio* », une opinion commune sur les questions de droit, alors qu'Alciat, lui, veut la vérité historique.

Nous voyons donc apparaître ici un mouvement nouveau, communément appelé l'humanisme juridique. Les travaux d'Alciat n'ont pas beaucoup intéressé les juristes italiens de l'époque. Il les publiera dès lors essentiellement en France, sa nouvelle terre d'adoption. En France, Alciat est en effet très tôt adoubé par Guillaume Budé (1467-1540) qui, dès avant le jeune humaniste italien, préconisait déjà une étude philologique et historique du droit romain. C'est aussi en France, et particulièrement dans l'université de Bourges, qu'Alciat enseignera cette nouvelle façon d'étudier le droit. À Bourges, son enseignement est accueilli avec grand intérêt. C'est pour cette raison que l'humanisme juridique sera avant tout un courant français, qui s'oppose au courant italien. Pour désigner ces deux courants, on a dès lors pris l'habitude de parler de

« *mos gallicus* » pour l'humanisme juridique prôné en France, et de « *mos italicus* » pour le maintien de l'étude traditionnelle du droit romain à la façon de Bartole.

Après Alciat d'autres juristes français écriront des travaux dont l'autorité sera bien supérieure.

Citons ici François Douaren (1509-1559), Jacques Cujas (1522-1590), Hugues Doneau (1527-1591), Antoine Favre (1557-1624) ... Pour se limiter ici à quelques mots seulement : le mérite d'Alciat a certainement été de mettre du vent dans les voiles de l'humanisme juridique, mais le plus grand maître, c'est Jacques Cujas.

Les humanistes refusent les amalgames entre le droit romain et le droit moderne, comme le pratiquent les bartolistes. Le droit romain est pour eux une discipline historique et ils n'ont pas de mots assez durs pour exprimer ce qu'ils pensent des glossateurs et de leurs successeurs. À ce titre, les humanistes ne cherchent donc pas des recettes juridiques dans le Digeste, mais en font une analyse historique faisant la distinction entre l'ancien droit, les droits préclassique, classique, postclassique et le droit de Justinien. Ils reconnaissent d'ailleurs la nette supériorité du droit romain classique.

Pour la première fois, le droit romain classique fait donc l'objet d'une attention toute particulière. Rechercher le droit classique dans l'œuvre de Justinien suppose le recours à une innovation méthodologique supplémentaire : celle qui va mener à la chasse aux interpolations. Comme nous l'avons dit lorsque nous avons parlé du Digeste de Justinien : les compilateurs ont dû adapter la jurisprudence classique aux exigences du droit du 6^{ème} siècle. Ils ont donc interpolé les écrits de juristes classiques. Repérer ces interpolations est une tâche particulièrement complexe, puisqu'il faut tenter de reconstituer une pensée que l'on a voulu effacer. C'est pourtant cette tâche à laquelle Antoine Favre va consacrer une grande partie de ses efforts. On peut dire de lui qu'il a été le premier chasseur d'interpolations, poussant par là jusqu'au bout, la logique de l'humanisme juridique.

Alors que l'humanisme juridique prend un essor très marqué en France, son rayonnement n'est pas limité à celle-ci. En Allemagne, dès le début du 16^{ème} siècle, le juriste Ulrich Zasius (1461-1535) plaide, lui-aussi, pour une interprétation plus historique des textes de Justinien, dénonçant le manque de sensibilité philologique des bartolistes. Aux Pays-Bas, le mouvement humaniste ne laisse pas indifférent de célèbres professeurs de droit romain de l'Université de Louvain, comme Gabriel Mudée (1500-1560), élève d'Érasme. Cependant, l'exemple des Pays-Bas montre que tant la formation universitaire des juristes que la pratique restent fermement ancrées dans la tradition bartoliste. Il en va de même en Espagne, puissance mondiale à l'aube des temps modernes.

C'est là qu'Antonio Agustín (1517-1586), juriste, humaniste et homme d'Église se consacre au rétablissement de la version la plus authentique des textes de Justinien suivant une lecture scrupuleuse de la *Littera pisana* combinée à des connaissances exceptionnelles de la langue grecque et de l'histoire ancienne. Mais il ne méprise pas le savoir juridique du *mos italicus* pour autant, maîtrisant parfaitement la tradition bartoliste et l'appliquant en tant qu'auditeur au tribunal de la Rote romaine.

Cette intéressante combinaison d'inspirations s'explique en partie par son parcours. Après ses études de lettres à l'université de Salamanque, Antonio Agustín a rejoint l'université de Bologne, où il fut l'élève d'Alciat alors que ce dernier était revenu y enseigner quelques années. À l'époque, l'université de Salamanque, jouissait d'une renommée particulière. Elle attirait les esprits les plus brillants et envoyait ses *alumni* dans le monde entier pour y occuper des postes-

clés, au fur et à mesure de l'extension de l'empire espagnol. C'est la raison pour laquelle on parle d'une vraie « école » qui s'est formée autour de Salamanque : « L'École de Salamanque ». Cette école mérite notre attention pour avoir créé une culture juridique particulièrement hybride. Elle mélange différents courants d'interprétation du droit romain, tant bartoliste qu'humaniste, sans négliger l'apport de la théologie morale à la compréhension du monde.

Un bon exemple de cette utilisation pragmatique du droit romain est offert par Antonio Gómez. Ce dernier est titulaire de la chaire de droit romain à l'Université de Salamanque et l'auteur d'un traité comparant droit romain et droit espagnol. À côté des passages tirés des textes de Justinien, on y retrouve à la fois des références à Thomas d'Aquin (un théologien du 13^{ème} siècle), à Bartole, Zasius, Alciat et Domingo de Soto (un des grands théologiens de l'École de Salamanque). Cette culture juridique hybride, particulièrement forte en Espagne, est caractéristique d'une époque, celle des 16^{ème} et 17^{ème} siècles, où le droit romain a connu une renaissance foisonnante, tout en s'ouvrant à d'autres courants de pensée. Ce décloisonnement du droit romain contribuera à la fois à le diffuser, mais aussi à le rendre plus vulnérable. Sous l'effet de l'humanisme et de l'École de Salamanque, les textes de droit romain les plus divers gagnent de l'intérêt auprès d'un public encore plus large, tout en perdant l'autorité absolue dont ils avaient joui auprès des bartolistes.

4) Les Lumières, les codifications et le droit romain

Alors que l'opposition entre le *mos gallicus* et le *mos italicus* était avant tout académique, le droit romain subissait la concurrence du droit coutumier dans les prétoires. D'après les régions d'Europe, le rapport de force entre ces deux tendances pouvait être assez variable. Cette grande variété apportait évidemment aussi son lot d'incertitudes. D'une ville à l'autre, le droit applicable pouvait changer fortement. Un tel état des choses devenait définitivement inacceptable alors que montait en puissance la philosophie des Lumières. Cette dernière peut être considérée comme une évolution naturelle des idées de la Renaissance. Appliquée au droit, la philosophie des Lumières exigeait le rejet de l'arbitraire et de l'obscurantisme. À cette fin, il convenait donc de donner au droit une organisation raisonnée. Mais c'est peu dire que pour arriver à un tel résultat, les obstacles étaient nombreux !

La difficulté principale était probablement de rapprocher le droit coutumier du droit romain. Il fallait à cette fin présenter ces deux corps de règles de manière à les comparer plus facilement. En France ce travail a été réalisé par Jean Domat (dans *Les lois civiles dans leur ordre naturel* - 1689) et François Bourjon (dans *Le droit commun de la France et la coutume de Paris, réduits en principes* - 1747), qui présentaient respectivement le droit romain et le droit coutumier français de manière raisonnée. Un important travail de synthèse des deux corps de règles sera ensuite réalisé par Robert-Joseph Pothier (1699-1772), qui deviendra dès lors la première source d'inspiration des auteurs du code Napoléon de 1804.

Parmi ces derniers, c'est avant tout le nom de Portalis (Jean-Etienne-Marie Portalis (1746-1807)) qu'il convient de citer. Portalis décrit son travail de rédaction comme étant celui d'une transaction entre le droit romain et les coutumes, en essayant de ménager l'un et l'autre autant que possible. Mais à propos du droit des contrats, il écrit qu'il n'a fait que reprendre les règles romaines, puisque dans cette matière, « nous n'irons jamais au-delà des principes qui nous ont été transmis par l'Antiquité ».

Le Code civil des Français, que l'on appellera plus tard code Napoléon, contient donc beaucoup de règles romaines. Bien que ce code ne soit pas le seul ni le premier code civil de son époque – on peut citer ici notamment le code prussien de 1794 et le code civil autrichien de 1812 – il est certainement celui qui a joué le rôle le plus important dans le mouvement de la codification des droits civils. Nombreux sont les pays qui suivront l'exemple français et s'inspireront du code de 1804.

Même si le mouvement de codification ressemble un peu à un raz-de-marée, il faut pourtant remarquer qu'il y a aussi un courant opposé à cette codification : l'école historique allemande.

Le 19^{ème} siècle correspond, pour les universités allemandes, à un essor formidable. La science allemande est à la pointe du progrès dans de nombreux domaines et c'est le cas aussi dans le domaine du droit. L'Allemagne n'est pas encore unifiée au moment de l'entrée en vigueur du code Napoléon. Les codifications promulguées à l'époque ne concernent donc pas toute l'Allemagne, mais uniquement des parties de celles-ci, comme la Prusse ou la Bavière. L'école historique allemande, qui est dominante dans les facultés de droit, s'oppose d'ailleurs vigoureusement à une telle codification du droit allemand. Ce courant de pensée juridique a été fondé par Gustav Hugo (1764-1844), mais c'est Savigny [Friedrich Carl von Savigny (1779-1861)] qui en est le chef de file. Dans une controverse restée célèbre et qui opposait ce dernier à son collègue Thibaut [Anton Friedrich Justus Thibaut (1772-1840)], Savigny critique fortement les codes et en particulier le code français. L'école historique allemande fait en outre un profond travail d'étude du droit romain, dont elle extrait les principes juridiques pour les rationaliser à outrance. Ce courant allemand, appelé également école pandectiste, transformera en effet le droit romain, pourtant très casuistique à l'origine, en un droit dogmatique et logique. Ce n'est que lorsque ce travail d'épuration du droit romain sera achevé, que les Allemands en feront un code civil. Le code allemand, appelé Bürgerliches Gesetzbuch ou BGB en abrégé, entre en vigueur en 1900, soit près d'un siècle après le code Napoléon. À la différence de ce dernier, le contenu du code allemand n'est pas le fruit d'un compromis entre le droit romain et le droit coutumier. Le BGB se revendique d'ailleurs purement « romain ».

Comme on peut le déduire des deux exemples emblématiques de codification que je viens de rappeler brièvement, les codes n'ont pas "tué" le droit romain. En revanche, les codifications l'ont fortement transformé, puisque désormais les principes juridiques hérités des juristes de l'antiquité sont notamment rédigés en français ou en allemand. La lecture d'un article du code civil n'évoque plus la Rome antique à celui qui n'a pas été formé à en reconnaître l'origine. Les codes forment donc une sorte d'écran de fumée entre notre droit moderne et son passé romain. C'est pourtant ce passé qui seul nous permet de comprendre pleinement la rationalité de nos principes juridiques actuels.

Mais maintenant que presque tous les systèmes juridiques du monde ont été codifiés, quel impact ces codifications ont-elles eu sur l'étude du droit romain ?

En codifiant le droit dans un langage moderne, les législateurs ont relégué le droit romain au rayon de l'histoire du droit. Désormais, faire des recherches et publier dans le domaine du droit romain n'est plus susceptible d'avoir un impact sur le travail des juges. On peut donc dire que les codifications ont davantage libéré la recherche, même si cette liberté était déjà revendiquée par l'humanisme juridique. Il y a d'ailleurs un point de comparaison flagrant entre Antoine Favre, déjà mentionné précédemment et les jusromanistes du 20^{ème} siècle (c'est comme cela que l'on appelle les spécialistes de l'étude du droit romain aujourd'hui) : ce point commun concerne les interpolations. Comme nous l'avons déjà dit, Favre est le premier à faire la chasse aux interpolations dans les sources justiniennes. Mais au début du 20^{ème} siècle, cette traque

devient une réelle mode. Cette mode tourne d'ailleurs à l'excès. Certains auteurs se mettent à réécrire complètement les sources romaines. On en retire l'impression qu'ils se sentent tellement libérés qu'ils écrivent le droit romain tel qu'ils auraient voulu que les juristes de l'antiquité l'écrivent. Il leur arrive même régulièrement d'écrire que les juristes romains se trompent en droit romain. Difficile ici ne pas y voir une arrogance déplacée du chercheur moderne. Au cours de la deuxième moitié du 20^{ème} siècle, les jusromanistes reviendront à plus de modération dans leurs critiques. Les hypothèses d'interpolation sont aujourd'hui exprimées avec beaucoup plus de prudence.

Mais où en sont la recherche et l'enseignement du droit romain aujourd'hui ? Il est bien difficile de donner une réponse suffisamment nuancée en quelques phrases, mais fondamentalement, il me semble déceler deux courants sur le plan de la recherche.

Il y a d'abord un courant qui nous semble minoritaire et d'après lequel le droit romain doit être étudié en faisant complètement abstraction du droit moderne. D'après les tenants de cette vision de la recherche, il faut éviter toute influence du droit moderne sur nos tentatives de reconstruction du droit romain. En conséquence, le droit romain est un domaine d'étude historique et non juridique. Il ne doit donc pas être enseigné en faculté de droit, mais au département d'histoire.

Mais pour la majorité des jusromanistes, le droit romain est une discipline avant tout juridique et il a sa place en faculté de droit. Sur le plan de la recherche il est non seulement légitime, mais même essentiel de faire des liens entre ces recherches et le droit moderne. C'est aussi dans cette perspective qu'il convient de l'enseigner et c'est le choix que nous avons fait.

Sur le plan de l'enseignement et de la formation des juristes, le droit romain joue dès lors un double rôle : il est à la fois explicatif et propédeutique. D'une part, il explique le fondement de nos règles de droit. Et ces règles, nous ne pourrions pas facilement en comprendre la rationalité sans cette explication historique. Et d'autre part, le droit romain est idéal pour commencer l'apprentissage du droit privé. C'est cela que l'on veut dire en soulignant son caractère propédeutique. L'étude des règles romaines plutôt que des articles d'une loi, a l'avantage de la stabilité et de ne pas dépendre de la volonté du législateur. Commencer ses études de droit par l'apprentissage de règles qui pourraient disparaître peu de temps après fragilise la formation. En revanche, commencer sa formation juridique par le droit romain, qui est non seulement la base de notre droit, mais aussi celle de la plupart des autres pays, garanti une formation durable et efficace même sur le plan international.

En guise de conclusion sur l'état de la recherche dans le domaine du droit romain aujourd'hui, il est interpellant de voir que la production scientifique a très fortement augmenté au fil des siècles, et tout particulièrement depuis le 20^{ème} siècle. Non seulement, on n'a jamais autant publié de recherches sur le droit romain, mais on ne l'a jamais fait dans autant de langues et dans autant de pays différents. Le droit romain est étudié sur de nombreux continents différents désormais, ce qui fait qu'il nous semble légitime de parler ici d'une troisième vie du droit romain.

PARTIE B : TEXTES

Texte 3.1 (ancien 1^{er}) D. 1.1.1pr.

Ulp., 1 inst. (D. 1.1.1pr.) :

Iuri operam daturum prius nosse oportet, unde nomen iuris descendat. Est autem a iustitia appellatum : nam, ut eleganter celsus definit, ius est ars boni et aequi.

Ulpien, au livre 1er de ses Institutes (D. 1.1.1pr³) :

Celui qui « s'adonne au droit doit » d'abord savoir d'où vient ce mot (*ius*). Il tire son nom de la justice (*iustitia*). En effet, selon l'élégante définition de Celse, le droit est l'art du bon et de l'équitable.

Texte 3.2 (nouveau) D. 1.1.10.1

Ulp., 1 reg. (D. 1.1.10.1) :

Iuris praecepta sunt haec : honeste vivere, alterum non laedere, suum cuique tribuere.

Ulpien, au livre 1er des Règles (D. 1.1.10.1) :

Les préceptes du droit sont de vivre honnêtement, ne faire de tort à personne et attribuer à chacun ce qui lui est dû.

Texte 3.3 (ancien 2) D. 1.3.17

Cels., 26 dig. (D. 1.3.17) :

Scire leges non hoc est verba earum tenere, sed vim ac potestatem.

Celse, au livre 26 de son Digeste (D. 1.3.17) :

Connaître les lois, ce n'est pas en posséder les mots, mais en connaître les effets et les virtualités.

Texte 3.4 (ancien 3a) D. 1.1.1.2

Ulp., 1 inst. (D. 1.1.1.2) :

Huius studii duae sunt positiones, publicum et privatum. Publicum ius est quod ad statum rei romanae spectat, privatum quod ad singulorum utilitatem: sunt enim quaedam publice utilia, quaedam privatim.

Ulpien, au livre 1^{er} de ses institutes, (D. 1.1.1.2) :

Il y a deux branches dans l'étude du droit, le droit public et le droit privé. Le droit public est relatif à la structure de l'Etat romain ; le droit privé concerne les intérêts des particuliers : il existe en effet des choses qui sont d'intérêt public et d'autres, d'intérêt privé.

³ Cette référence se lit comme suit : Digeste de Justinien, Livre 1, Titre 1, lex 1 (ou fragment 1), principium.

Texte 3.5 (ancien 3b) Glose ad singulorum

Ad singulorum. Scilicet principaliter, secundo ad publicam utilitatem. expedit enim reipublicae, ne quis re sua male utatur: ut inst. de ijs, qui sunt sui vel alie. iur. §. penul. & à. de procura. l. servum. §. publice, sic & econtra, quod est publicum principaliter, secundo pertinet ad utilitatem singulorum : ut l. j. in fi. C. de cadu. tollen.

Glose “ad singulorum” (les intérêts des particuliers).

Bien entendu à titre principal, et à titre secondaire (il concerne) l'intérêt public. Il importe en effet à l'Etat que personne n'utilise ses biens à mauvais escient, ainsi qu'il est dit aux Inst. 1.8.2 et infra D. 3.3.33.2. De même et en sens inverse, ce qui est principalement d'intérêt public concerne à titre secondaire les intérêts des particuliers, ainsi qu'il est dit au C. 6.51.1.16.

Texte 3.6 (ancien 90) Maltraitance d'esclaves Gai. 1.52-53

Gai. 1.52-53 :

52. In potestate itaque sunt servi dominorum. Quae quidem potestas iuris gentium est: nam apud omnes peraeque gentes animadvertere possumus dominis in servos vitae necisque potestatem esse; et quodcumque per servum acquiritur, id domino acquiritur. 53. Sed hoc tempore neque civibus romanis nec ullis aliis hominibus, qui sub imperio populi romani sunt, licet supra modum et sine causa in servos suos saevire : nam ex constitutione sacratissimi imperatoris Antonini qui sine causa servum suum occiderit, non minus teneri iubetur, quam qui alienum servum occiderit. Sed et maior quoque asperitas dominorum per eiusdem principis constitutionem coercetur : nam consultus a quibusdam praesidibus provinciarum de his servis, qui ad fana deorum vel ad statuas principum confugiunt, praecepit, ut si intolerabilis videatur dominorum saevitia, cogantur servos suos vendere. Et utrumque recte fit : male enim nostro iure uti non debemus; qua ratione et prodigis interdicitur bonorum suorum administratio.

Gaius, institutes 1.52-53 :

52. Les esclaves sont soumis à la puissance de leurs maîtres. Cette espèce de puissance ressortit il est vrai au droit des gens ; car nous pouvons remarquer que d'une façon générale chez tous les peuples le maître a sur les esclaves la puissance de vie et de mort et tout ce qui s'acquiert par le truchement de l'esclave revient au maître. 53. Mais de nos jours il n'est permis ni aux citoyens romains ni à aucun de ceux qui se trouvent sous l'empire du peuple romain de sévir outre mesure et sans motif contre les esclaves. Car en vertu d'une constitution de l'empereur Antonin, qui tue sans motif son propre esclave est passible de sanction au même titre que celui qui tue l'esclave d'autrui. Même une rigueur trop grande des maîtres est réprimée par une constitution du même prince ; consulté en effet par certains gouverneurs de provinces sur la conduite à tenir à l'égard des esclaves qui cherchent asile auprès des temples des dieux ou des statues des princes, il décréta que si la sévérité des maîtres s'avérait intolérable, on les contraignît à vendre leurs esclaves. Et il eut raison dans les deux cas : nous ne devons pas faire un mauvais usage de nos droits ; (c'est en vertu du même principe qu'on interdit au prodigue l'administration de ses biens).

Chapitre 4 – Procédure et monde romain

PARTIE A : SCRIPTS

1) La procédure en ancien droit : les *legis actiones*

La procédure est parfois regardée avec un certain dédain. Lorsque l'on évoque un vice de procédure, on pense souvent à un tour de passe-passe utilisé par quelqu'un pour éviter une condamnation qu'il aurait pourtant méritée. Cette vision populaire des choses est cependant loin de dresser un tableau satisfaisant de ce qu'est vraiment la procédure. L'invention de la procédure a été le passage obligé pour passer d'une société dans laquelle la vengeance était libre à une société ordonnée. Grâce à la procédure, celui qui avait subi un tort ne pouvait plus se faire justice à lui-même, mais devait s'adresser à une autorité impartiale qui règlera le différend. On ne sera dès lors pas surpris d'apprendre que la procédure romaine a évolué au fil des époques. De l'ancien droit à l'époque de Justinien, on distingue trois types de systèmes procéduraux : La procédure des actions de la loi, en ancien droit ; la procédure formulaire en droit préclassique et classique et la procédure extraordinaire (*cognitio extra ordinem**) ensuite.

Commençons par l'ancien droit romain, période pendant laquelle la procédure est celle des actions de la loi ou des *legis actiones*. Tout comme c'était déjà le cas pour le droit romain archaïque en général, la procédure ancienne nous est mal connue parce que nous ne disposons pas de sources juridiques directes. Nos informations reposent toutes sur des récits nettement postérieurs, dont la fiabilité est dès lors incertaine. S'il semble qu'au début de l'histoire romaine, les différends étaient réglés au niveau des clans ou des *gentes*, c'est toujours à l'époque archaïque que les Romains ont mis en œuvre une procédure relative à la protection des droits privés. C'est Gaius[@] qui nous parle de cette procédure appelée la *legis actio*. À l'époque où Gaius écrit, cette procédure a disparu depuis très longtemps, mais il s'agit là de notre source la plus complète sur le sujet. Lorsque Cicéron[@] ou d'autres juristes classiques y font référence, ils en attribuent la réglementation à la loi des XII Tables (*Lex XII Tabularum**) ou à d'autres lois postérieures. Mais il semble acquis que certaines de ces actions étaient bien antérieures à la loi des XII Tables, qui n'aurait dès lors que confirmé ces actions plus anciennes.

La procédure des actions de la loi repose sur l'utilisation de formules solennelles précises. Le respect rigoureux de ces formules est essentiel pour en assurer l'efficacité devant le juge. La plus petite erreur ou modification d'une formule orale entraînait la perte du procès !

Les sources nous apprennent que c'était le préteur qui détenait la compétence de l'état romain en matière judiciaire. Mais la préture n'est devenue une administration autonome qu'en 367 avant notre ère. Avant cela, la compétence devait revenir aux plus hautes sphères de la société romaine, mais nous n'avons que peu de certitudes sur son fonctionnement.

Toujours est-il que le devoir du magistrat judiciaire consistait en la *iurisdictio*. D'après son étymologie, il signifie *ius dicere*, c'est-à-dire « dire le droit » et cela dans les litiges particuliers. On peut supposer qu'à l'origine, c'était le maître du tribunal qui prononçait personnellement le jugement. Ce n'est qu'à partir de la loi des XII Tables qu'il arrivait que l'on recoure également à de simples citoyens pour rechercher la solution judiciaire et pour prononcer le jugement. L'octroi d'un tel pouvoir à de simples citoyens a constitué un changement majeur dans la nature de la procédure.

Gaius cite 5 types d'actions de la loi, 5 façons d'agir en justice, *5 modi agendi*, mais nous n'en développerons que deux. La plus ancienne est la *legis actio sacramento**, l'action de la loi par le serment. Cette action a une valeur résiduelle. Elle peut donc être utilisée à chaque fois qu'il n'y a aucune autre action plus spécifique qui pourrait lui être préférée.

D'après Gaius, l'action de la loi par le serment se déroule comme suit :

Dans un premier temps, les parties se retrouvaient devant le préteur et exposaient leur différend, annonçant leur volonté d'en découdre dans le cadre d'une action de la loi par le serment. En conséquence, elles déposaient une somme d'argent au trésor qu'elles perdraient en cas de condamnation. Ensuite, le préteur nommait un juge qui était donc un simple citoyen.

Dans un deuxième temps, l'audience se déroulait devant le juge. Au cours de celle-ci, les faits étaient brièvement exposés. Si les parties se disputaient une chose – par exemple la propriété d'un esclave – la première partie disait : « J'affirme que cet homme m'appartient en vertu du droit des Quirites » et il apposait une baguette en guise de signe de propriété. L'autre partie faisait ensuite exactement la même chose. Le juge intervenait alors pour séparer les parties et leur disait « *Mittite ambo hominem !* », lâchez tous les deux cet homme. Et les parties obtempéraient. Elles se défiaient ensuite par les serments, chacune affirmant son bon droit par un *sacramentum*.

Le juge convoquait alors les parties à une deuxième audience, après avoir examiné les faits et déterminé laquelle des deux avait fait un faux serment. En conséquence, le juge attribuait alors la chose (dans notre cas l'esclave) au vainqueur de l'instance et ordonnait que le perdant perde aussi la somme promise au profit du trésor public. Dans l'exemple que nous venons d'utiliser : le différend qui porte sur la propriété d'un esclave, ce qui fait l'objet du litige est une chose, une *res* en latin. Dans ce cas-là, l'action est appelée *legis actio sacramento in rem**. C'est une action réelle (*actiones in rem**). On lui oppose la *legis actio sacramento in personam*, l'action personnelle (*actiones in personam**). Dans une action personnelle, l'objet du litige n'est plus une chose, mais un devoir à accomplir par l'autre partie. Cette partie pourrait par exemple s'être engagée à labourer le champ du demandeur.

Mais revenons un moment sur la symbolique de la procédure de ces actions de la loi. L'origine guerrière des formalités n'est pas totalement effacée. Le recours à la baguette pour affirmer son droit est très parlante ici. Gaius appelle cette baguette une *vindicta*, mais il s'agit là d'une version démilitarisée de la lance de soldat qui était appelée *hasta*. Les Romains considéraient en effet qu'il n'y avait pas de propriété plus sûre que le butin de guerre, celui que l'on a gagné et que l'on protège avec sa lance. Mais dans le cadre des actions de la loi, le combat judiciaire est donc un combat démilitarisé. En outre, après avoir exprimé leur droit, les parties sont séparées par le juge. La vengeance est rejetée et remplacée par une procédure impartiale.

Remarquons aussi que dans la formule prononcée par les parties, celles-ci invoquent le droit des Quirites, c'est-à-dire le droit des ancêtres romains. Cela nous montre que cette procédure est réservée aux citoyens romains, puisqu'eux seuls peuvent invoquer le droit des Quirites. Un étranger ne le pourrait pas. Les actions de la loi relèvent également du droit civil ; souvenez-vous, c'est le droit qui découle des lois du peuple romain et que l'on oppose au droit prétorien. Mais en droit archaïque, le droit prétorien ne s'est pas encore développé.

Parmi les autres actions de la loi, nous mentionnerons encore la *legis actio per manus iniunctionem**, l'action de la loi par la mainmise. Cette action ressemble à ce que nous appellerions aujourd'hui une exécution forcée d'un jugement précédent. Lorsque le perdant d'un jugement ne versait pas la somme à laquelle il avait été condamné, le créancier pouvait mettre solennellement sa main sur son débiteur pour lui réclamer cette somme. Si ce dernier ne s'exécutait pas, le juge adjugeait la personne du débiteur à son créancier qui pouvait l'enchaîner et le reprendre chez lui. Dans un délai de 60 jours, il devait exhiber son débiteur à trois reprises sur le forum, afin de vérifier si quelqu'un était prêt à payer la dette à la place du débiteur. Si à

l'expiration du délai, la dette n'était toujours pas payée, le créancier pouvait faire de son débiteur ce qu'il voulait. Il pouvait par exemple le tuer ou le vendre comme esclave. Mais il semble que la pratique ait plutôt consisté à mettre le débiteur au travail, afin qu'il rembourse sa dette en travaillant.

On le voit, la procédure archaïque des actions de la loi est une procédure assez rigide et rude pour les justiciables. Si elle constitue un grand progrès pour l'organisation des différends entre Romains, ceux-ci aspiraient néanmoins à une procédure plus souple, dans laquelle une petite erreur ne devait pas nécessairement être fatale pour l'issue du procès. Le progrès viendra au cours de la période suivante, avec le développement de la procédure formulaire.

2) La procédure en droit préclassique et classique : La procédure formulaire

Comme nous l'avons dit précédemment, la procédure formulaire est intimement liée à l'évolution de la magistrature du préteur, créée en 367 avant notre ère.

Nous venons de rappeler que dans le cadre de la procédure des actions de la loi, le rôle du préteur était assez limité. Il accordait une des cinq actions de la loi en fonction des circonstances... Mais bien vite les circonstances se sont diversifiées et le préteur a imaginé d'accorder cette fois des actions en justice en vertu d'un texte écrit : la formule. La procédure formulaire se déroulait en deux temps : la phase « *in iure* » et la phase « *in iudicio* ».

La phase *in iure* – littéralement « en droit » parce que l'on y discute uniquement les questions de droit, sans aborder les faits – se déroule devant le préteur. Au cours de cette phase, les justiciables se présentaient chez le préteur pour expliquer librement leur différend. Le justiciable qui avait pris l'initiative de cette entrevue chez le préteur exigeait généralement que ce dernier lui remette une formule. Le préteur n'était cependant pas obligé de la lui délivrer. Si la demande était manifestement infondée ou qu'aucune formule de l'édit du préteur ne rencontrait la demande, il pouvait faire une *denegatio actionis*, il pouvait dénier l'action. Mais si la demande n'était pas manifestement infondée et correspondait à une formule de l'édit, il remettait celle-ci au demandeur.

Le destinataire de la formule était cependant le juge désigné par le préteur dans la formule. C'est à ce juge qu'il reviendra d'appliquer la formule. Ce juge n'était pas un magistrat, mais un simple citoyen. Le choix du juge pouvait être réalisé par les parties au procès elles-mêmes... du moins si elles avaient réussi à se mettre d'accord sur un nom. Dans l'hypothèse où elles n'avaient pas à l'esprit une personne en particulier, le préteur disposait de listes de citoyens qui s'étaient signalés auprès de lui, pour marquer leur disponibilité à rendre ce service à leurs concitoyens. Si les parties ne parvenaient pas à se mettre d'accord sur une des personnes de la liste, c'était alors le préteur qui désignait le juge d'autorité. On pourrait s'interroger sur les motivations d'un citoyen romain d'officier en tant que juge, une charge bénévole et à haut risque, puisque le perdant du procès risque de ne pas repartir content du service rendu. L'explication réside d'une part dans le grand sens du civisme des Romains. D'autre part, les citoyens qui démontraient ainsi leurs talents en rendant une bonne justice, se faisaient un nom, ce qui pouvait constituer un excellent point de départ pour une carrière politique future. Notons cependant que la justice rendue par le citoyen-juge reste la justice de Rome, rendue sous la surveillance du préteur.

La phase *in iure* se terminait donc par la remise de la formule à destination du juge. Ce moment est appelé la *litiscontestatio*. Il scelle l'accord des parties de résoudre leur différend à l'aide de la formule remise par le préteur et il empêche toute autre tentative postérieure d'aller en justice pour la même affaire. La *litisconstatio* a donc un rôle extinctif pour le futur. Le jugement rendu en vertu de la formule remise à ce moment sera la seule issue.

La phase suivante est dès lors la phase « *in iudicio* » ou « *apud iudicem* », c'est-à-dire en justice ou devant le juge. C'est ordinairement le surlendemain de la *litiscontestatio* que les parties se retrouvaient chez le juge désigné par la formule.

Sur le plan du contenu, la formule se présentait par exemple comme suit : « Que Caius soit juge. S'il est prouvé que le fonds Capénien dont il s'agit appartient à Aulus Agerius selon le droit quiritaire, et si ce fonds de terre n'est pas restitué à Aulus Agerius conformément à ton arbitrage, juge condamne Numerius Negidius envers Aulus Agerius à telle somme que vaut cette affaire ; sinon absous-le ».

Cette formule simplifiée peut être divisée en 4 parties. La première est la *nominatio* : Que Caius soit juge. C'est la désignation du juge dont il a été question dans la phase *in iure*. Cette *nominatio* était ordinairement rédigée à l'extérieur de la formule scellée par le préteur. De la sorte, le juge recevait une formule dont il pouvait constater qu'elle lui était adressée, et dont le text' n'avait pas pu être altéré par les parties.

La deuxième partie est l'*intentio*. Ce sont les mots : « S'il est prouvé que le fonds Capénien dont il s'agit appartient à Aulus Agerius selon le droit quiritaire ». L'*intentio* transcrit le contenu de la demande exprimée par le demandeur devant le préteur. Nous y trouvons deux noms propres. Le fonds Capénien est simplement un fonds de terre situé dans la ville de Capéna, non loin de Rome. C'est ce fonds qui fait l'objet du litige entre les parties. Le nom du demandeur est Aulus Agerius. Il s'agit là d'une dénomination générique. Littéralement, il signifie Aulus qui agit en justice. Numerius Negidius étant le nom générique du défendeur et qui signifie « Celui qui refuse de payer ». L'opposition entre demandeur et défendeur a l'air assez banale aujourd'hui, mais c'est une évolution majeure que nous devons à la procédure formulaire. Dans les actions de la loi, il y avait deux parties sur pied d'égalité, mais elles étaient désignées indistinctement. En procédure formulaire, le préteur fait le constat que demandeur et défendeur ne partent pas strictement d'une position identique. Dans notre cas, si Aulus agit en justice pour récupérer le fonds Capénien, c'est parce qu'il est actuellement occupé par Numerius. Mais pour faire valoir son droit, ce sera donc à Aulus, le demandeur, de prouver que même s'il ne possède pas actuellement le fonds Capénien, il en est pourtant le propriétaire quiritaire. La charge de la preuve incombe donc au demandeur.

La troisième partie de la formule est la *clausula arbitraria*, la clause arbitrale. Elle ne se retrouve pas systématiquement dans toutes les formules. Mais ici, elle correspond aux mots : « et si ce fonds de terre n'est pas restitué à Aulus Agerius conformément à ton arbitrage ». Autrement dit, le juge a écouté le demandeur et est convaincu qu'il est bien le propriétaire quiritaire du fonds Capénien. Il se tourne alors vers Numerius pour lui suggérer de restituer le fonds à Aulus. S'il le fait immédiatement, c'est-à-dire au cours de la phase *in iudicio* du procès, cela lui permettra d'éviter toute condamnation. En revanche, si Numerius refuse de restituer le fonds, il sera condamné... c'est la dernière partie de la formule.

La formule se termine par la *condemnatio*, condamnation. Ce sont les mots : « juge condamne Numerius Negidius envers Aulus Agerius à telle somme que vaut cette affaire ; sinon absous-le ». On constate que le juge n'a que deux possibilités : soit il condamne, soit il absout.

Il devra absoudre Numerius Negidius si Aulus Agerius n'a pas réussi à prouver qu'il était le propriétaire du fonds Capénien ou si Numerius a restitué le fonds pendant la phase *in iudicio*. Il devra en revanche le condamner si Aulus a fait la preuve et que Numerius n'a pas restitué.

Cette condamnation correspondait nécessairement au paiement d'une somme d'argent. La formule dit « condamne Numerius à telle somme que vaut cette affaire ». Comment cette valeur était-elle fixée ? De manière peut-être un peu surprenante pour nos yeux modernes, cette somme était fixée par le demandeur lui-même. Autrement dit, face au défendeur qui refusait de restituer la chose, le juge s'adressait à Aulus pour lui demander à combien il estimait le fonds Capénien. Comme on peut l'imaginer, cette évaluation était bien naturellement une surévaluation. Aulus avait tout intérêt à surestimer le fonds. Cette surestimation était-elle pour autant problématique ? Au contraire ! C'est bien cela que l'on attendait du demandeur : qu'il survalue le bien. Cela n'aurait eu aucun sens qu'il donne une évaluation raisonnable du fonds puisque dans ce cas, on se serait trouvé face à une sorte de vente forcée. En surévaluant systématiquement la valeur de la chose, on incitait donc aussi le défendeur à la restituer dans le cadre de la procédure, ce qui restait la meilleure solution au litige. Ce mécanisme ressemble un peu à notre système d'astreinte, qui n'a pourtant été introduit en Belgique et en France qu'à la fin du 20^{ème} siècle.

La formule utilisée en exemple ici était la formule de la *rei vindicatio*, l'action en revendication par laquelle le propriétaire quiritaire d'une chose revendique qu'elle lui soit restituée. Dès lors que l'objet de l'action en justice est une chose, une *res*, cette action est dite action réelle. Tout comme c'était déjà le cas pour la *legis actio sacramento*, une action en justice peut être *in rem*, c'est l'action réelle, ou *in personam*, c'est l'action personnelle.

Enfin, je voudrais terminer par un commentaire sur le caractère binaire de la condamnation dans la procédure formulaire. Comme nous l'avons vu, le juge n'a que deux possibilités : il condamne ou il absout. Il n'y a pas de troisième voie. Si ce système a l'avantage de la clarté, il est important de souligner à quel point il a influencé notre vision de la justice. Il faut bien dire qu'aujourd'hui encore, le juge est celui qui condamne ou qui absout. Ce n'est qu'à grand peine que nous essayons d'esquisser des modes de résolution alternatifs de nos différends. Sur ce plan, nous pensons encore à la justice à la manière des Romains et nous le devons à la procédure formulaire !

3) Procédure en droit postclassique : La procédure extraordinaire

Comme nous l'avions déjà annoncé dans le module consacré aux sources du droit, lorsque les empereurs romains se sont emparés du pouvoir, ils ont également fait main basse sur la justice. Mais l'évolution de la procédure romaine sous les empereurs romains dépasse ce seul aspect lié au pouvoir.

Concrètement, l'évolution du procès romain commence dans les provinces romaines et non dans la capitale. À la suite de ses nombreuses guerres de conquête, Rome a agrandi son territoire petit à petit. Il en a résulté que le degré de romanisation des provinces nouvellement conquises pouvait fortement varier en fonction des circonstances et du moment de la conquête. Sur le plan de la procédure, le principe était, comme nous l'avons vu dans le module 2, que l'on appliquait également la procédure formulaire. En raison de la distance, le rôle du préteur était cependant assumé par un magistrat romain local, comme par exemple le gouverneur de province. Mais il arrivait également que certaines provinces nouvellement annexées n'adoptent pas la procédure formulaire ou uniquement avec certaines modifications. La justice romaine dans les provinces

était en outre souvent concurrencée par une justice autochtone, certains peuples conquis bénéficiant en effet d'une importante autonomie. Cette justice fonctionnait alors avec des lois et une procédure propre. Le droit romain et la procédure romaine restaient un privilège réservé aux citoyens romains présents dans les provinces. L'importance pratique de la procédure formulaire y était dès lors réduite, en tout cas jusqu'à l'octroi de la citoyenneté romaine à tous les habitants de l'empire en 212 de notre ère, par la *constitutio Antoniniana**. Ce changement aurait pu fortement augmenter l'importance de la procédure formulaire, mais en pratique, ce fut plutôt le contraire ; il a largement contribué à sa décadence.

Dans les lieux où la procédure formulaire n'était pas appliquée, il y avait les *cognitiones*, c'est-à-dire des procès au cours desquels le magistrat ou le fonctionnaire impérial prenait connaissance (*cognitio*) de la cause à juger. Autrement dit, la vérification des faits et le jugement n'étaient pas dévolus à un juge privé, mais c'était le magistrat romain ou un fonctionnaire impérial qui s'en chargeait. Le recours aux *cognitiones* à la place de la procédure formulaire était assez fréquent dans les provinces romaines. Mais à Rome également, on voit apparaître les *cognitiones* dès le début du Principat. Ce dernier fait s'explique cette fois par la modification des rapports de pouvoir sous le règne d'Auguste. Cette nouvelle procédure a donc coexisté avec la procédure formulaire, par rapport à laquelle elle était donc extraordinaire. C'est pour cette raison que les juristes classiques ont appelé cela les *cognitiones extra ordinem**.

Cette nouvelle forme procédurale appliquée à Rome part donc d'une initiative d'Auguste qui s'immisce dans le système judiciaire en offrant de rendre la justice lui-même tant en droit pénal qu'en droit privé. Dans un premier temps, les jugements impériaux étaient des jugements de premier degré. L'appel n'était envisageable que vis-à-vis d'un jugement rendu dans le cadre d'une *cognitio* n'émanant pas de l'empereur lui-même. En pratique, les empereurs ne jugeaient guère en personne, mais déléguaient le jugement à des juges qu'ils choisissaient. Au deuxième siècle, l'empereur déclarait souvent que le jugement rendu par de tels juges était sans appel, comme s'il l'avait rendu en personne. Rappelons aussi que cette délégation ne signifiait pas que l'empereur se désintéressait des questions de droit, puisqu'il donnait régulièrement des avis juridiques par la voie de rescrits et que ces derniers liaient évidemment les juges.

Les empereurs ont apparemment commencé à accepter des appels de jugements issus de la procédure formulaire dans le courant du premier siècle, mais uniquement avec l'effet d'annuler les conséquences de la *litis contestatio*. Autrement dit, il annulait l'impossibilité de rejurer la cause et permettait comme cela un nouveau procès formulaire. Ce sont des juristes des 2^{ème} et 3^{ème} siècles qui rapportent que le pouvoir de juger directement en appel a été reconnu aux empereurs eux-mêmes. La diffusion de l'appel a eu pour conséquence qu'un réel appareil judiciaire, composé de fonctionnaires impériaux, s'est mis en place. Une hiérarchie des organes était également établie, en fonction de laquelle le juge d'appel dépendait de l'identité du juge qui avait rendu le jugement attaqué. Rappelons que les jugements rendus par ou au nom de l'empereur étaient appelés *decreta**, décrets.

Sur le plan plus concret, les *cognitiones extra ordinem* se définissent avant tout de manière négative, en ce qu'elles ne sont pas la procédure formulaire. Mais il est néanmoins possible de dégager quelques points communs et récurrents entre les *cognitiones*. Voici les trois points principaux à nos yeux :

- Premièrement, on peut citer le caractère semi-public de la *cognitio*. Cela signifie que les parties pouvaient être tenues de comparaître devant le magistrat et que ce dernier pouvait les juger en leur absence si une partie ne comparaisait pas. Un tel jugement n'était pas possible dans le cadre des actions de la loi et de la procédure formulaire. Le défendeur

qui ne comparaisait pas était appelé *contumax*, en raison du fait qu'il n'obéissait pas à l'ordre du magistrat.

- Deuxièmement, le terme de *cognitio* qui indique que le fonctionnaire prend connaissance des faits, semble impliquer qu'il n'y a pas de séparation entre la phase *in iure* et la phase *in iudicio*. Mais en réalité il n'en était généralement rien. Le recours à la *litiscontestatio* pour fixer le contenu du différend et pour lancer la deuxième phase subsistait souvent dans les procédures extraordinaires. En revanche, cette subdivision n'était plus obligatoire mais facultative et le magistrat ou le fonctionnaire pouvait y renoncer de manière discrétionnaire, c'est-à-dire sans devoir se justifier sur son choix.
- Troisièmement, le magistrat ou le fonctionnaire appelé à prononcer un jugement disposait pour cela d'une plus grande flexibilité que le juge du procès formulaire, dont nous avons rappelé qu'il n'avait d'autre choix que de suivre le texte de la formule et d'absoudre ou de condamner le défendeur en conséquence. Les juges impériaux avaient, en revanche, un grand pouvoir d'appréciation quant à l'absolution, la condamnation, mais aussi quant à la mesure de la condamnation. Il semble même que cette condamnation n'était plus nécessairement une condamnation à une somme d'argent, bien que la question soit controversée.

Nous l'avons dit, les *cognitiones* étaient extraordinaires par opposition à la procédure formulaire, qui reste la procédure ordinaire aux yeux des juristes classiques. Il en résulte que les justiciables romains avaient donc le choix de recourir à l'un ou l'autre système. Avec le temps, ce choix a tourné à la faveur du système judiciaire impérial. Les facteurs déterminant de cette évolution sont, bien entendu, la croissance du pouvoir de l'empereur, mais aussi la possibilité d'introduire un recours en appel qui était propre au système impérial. Ce recours en appel a fini par donner une supériorité hiérarchique à la justice de l'empereur.

À la période postclassique du droit romain, la procédure formulaire disparaît donc définitivement.

4) Le monde romain : les personnes et les choses

Le droit romain est avant tout le droit des Romains pour les Romains. Par Romains, il faut bien entendre les habitants de la ville de Rome dans un premier temps. Nous avons vu précédemment qu'à la suite des guerres de conquêtes, certains étrangers ont pu obtenir la citoyenneté romaine. Tous les Italiens sont devenus Romains en 90-89 avant notre ère (*Leges Iulia et Plautia Papiria*) et les autres pérégrins habitant le territoire de l'empire en 212 de notre ère (*Constitutio Antoniniana*).

Il est sans doute utile de rappeler ici que le concept d'étranger a évolué au fil des siècles pour les Romains. À l'origine, lorsque Rome n'était qu'un village, les étrangers étaient nécessairement des ennemis. Le mot utilisé pour dire étranger était « *hostis* », que l'on traduirait par ennemi aujourd'hui. Cette conception de l'étranger n'était pas propre aux Romains. Elle était partagée par tous les peuples antiques. Mais au fil du temps et de l'expansion de Rome, de plus en plus d'étrangers vivaient sur le territoire romain sans être des ennemis. Il était donc temps de faire une distinction entre l'ennemi et l'étranger, désormais appelés « *peregrinus* » ou pérégrin en français.

Une autre distinction importante en droit romain est la distinction entre les personnes et les choses. Notons cependant d'emblée que cette distinction n'est pas exclusive. C'est comme cela qu'en droit romain, les esclaves sont à la fois des personnes et des choses. Comment est-il possible d'être à la fois une chose et une personne ? Tout dépend ici du domaine juridique considéré. Les esclaves sont des choses dès lors que l'on considère qu'ils sont la propriété de leur maître, comme n'importe quelle autre chose. Les esclaves se vendent et s'achètent, se louent, se prêtent comme n'importe quelle *res*. Les esclaves sont donc objets de droits réels.

Mais à certains égards, les esclaves sont également considérés comme des personnes. C'est le cas par exemple lorsqu'ils causent un dommage. En effet, pour savoir si un esclave a commis un dommage fautivement, ce caractère fautif sera évalué d'après les mêmes critères que ceux que l'on utilise pour une personne libre.

En ce qui concerne la catégorie des choses, les juristes romains la subdivisaient de deux manières. La loi des XII tables opérait déjà la distinction entre biens meubles et biens immeubles. Comme leur nom l'indique, les immeubles sont les choses que l'on ne peut pas déplacer, comme une villa par exemple, alors que les meubles sont toutes les choses qui se déplacent, comme une table par exemple, mais aussi un esclave ou un éléphant.

Cette distinction entre meubles et immeubles est toujours très importante aujourd'hui, mais en droit classique romain, elle était supplantée par une autre distinction plus importante encore : la distinction entre *res Mancipi** et *res nec Mancipi*. Cette dernière distinction n'existe plus aujourd'hui. En pratique, elle a été supprimée par l'empereur Justinien. Mais en quoi était-elle tellement importante ? Pour simplifier, on peut dire que les *res Mancipi* étaient des choses d'une importance supérieure par rapport aux *res nec Mancipi*. Cette importance supérieure se manifestait par le fait que pour en transférer la propriété, il fallait recourir à une procédure particulière : la *Mancipatio**. Les *res nec Mancipi* en revanche ne nécessitaient pas de procédure particulière pour en transférer la propriété. Nous reviendrons sur la question du transfert de propriété dans notre vidéo suivante. Mais précisons ce que sont des *res Mancipi* : les immeubles situés à Rome, les esclaves, ainsi que certains quadrupèdes : les bœufs, les chevaux, les mules et les ânes. Tous les autres animaux et – plus généralement – tous les autres meubles, sont des *res nec Mancipi*.

Si nous examinons la catégorie des personnes, nous y trouvons également deux distinctions. La première est ce que l'on appelle une *summa divisio*, c'est-à-dire une distinction exclusive. C'est la distinction entre personnes libres et personnes esclaves. Il s'agit d'une *summa divisio* parce que tout être humain est nécessairement soit libre, soit esclave. En revanche, ces catégories ne sont pas figées, puisqu'un esclave peut devenir libre et inversement. Une personne qui naît esclave peut donc être affranchie et devenir libre. Mais le statut de l'esclave affranchi n'est pas identique à celui de la personne libre de naissance, qui est dite ingénue, par opposition à la personne devenue libre, appelée affranchie. La différence essentielle réside dans le fait que l'affranchi reste tenu de devoirs de reconnaissance vis-à-vis de son ancien maître. L'ancien maître n'est donc plus le propriétaire de l'esclave affranchi, mais il en reste le patron.

La deuxième distinction importante au niveau des personnes est la distinction entre personnes *sui iuris** et personnes *alieni iuris**. Une personne *sui iuris* – littéralement de son droit – n'est soumise à la puissance d'aucune autre personne. La personne *alieni iuris* – littéralement du droit de quelqu'un d'autre – est au contraire soumise à la puissance d'une personne *sui iuris*. Seule une personne *sui iuris* dispose de la capacité juridique. Cela signifie donc qu'elle seule peut poser des actes juridiques, conclure des contrats et aller en justice. En principe, seul le *paterfamilias* est *sui iuris*. Il faut être attentif ici à ne pas confondre le *paterfamilias* avec le fait

d'avoir des enfants. En effet, il ne suffit pas d'être père sur le plan biologique pour être *paterfamilias*. Il faut en outre n'avoir plus aucun aïeul masculin en vie. En conséquence, si l'on a toujours un aïeul masculin en vie, on est *alieni iuris* et on ne dispose d'aucun patrimoine propre ni d'aucune capacité juridique.

De nos jours, l'accession à la capacité juridique dépend de l'âge que l'on a. À 18 ans, l'âge de la majorité chez nous, tout le monde devient juridiquement capable. À Rome, ce n'est donc pas une question d'âge. On peut avoir 50 ans, des enfants et des petits-enfants : si on a toujours son père, on n'est donc pas *paterfamilias* ni *sui iuris*. En sens inverse, on peut aussi être orphelin de tout aïeul masculin de manière bien plus précoce. Dans une telle situation, l'orphelin devient *sui iuris* même s'il n'a que 3 ans. Il va de soi qu'à cet âge, on ne peut pas exercer sa capacité juridique en personne. C'est pourquoi l'orphelin se voyait attribuer un tuteur qui veillait sur lui et le représentait dans l'accomplissement des actes juridiques. Cette tutelle se terminait lorsque le jeune *sui iuris* avait atteint l'âge de 14 ans, l'âge de la puberté pour les garçons. Pour les filles, l'âge de la puberté était 12 ans. Comme nous l'avons dit précédemment : pour les Romains également, cet âge était particulièrement précoce pour prétendre mener sa vie en toute autonomie. Le problème est devenu très apparent dans la foulée de la deuxième guerre punique. Une loi *Laetoria* est dès lors venue protéger les adolescents jusqu'à l'âge de la majorité, fixé à 25 ans.

Mais revenons à la situation habituelle de la personne *sui iuris*. Elle exerce une *patria potestas* – une puissance paternelle – sur sa famille qui comprend les fils et les filles de famille, mais aussi les esclaves. Ce pouvoir était un pouvoir absolu, incluant le pouvoir de vie et de mort. Le *paterfamilias* avait donc également le pouvoir de vendre non seulement ses esclaves, mais également ses enfants. Le phénomène de la vente (*emptio venditio**) des enfants n'est d'ailleurs pas particulièrement rare dans l'histoire de l'humanité. Il est avant tout le reflet d'une grande pauvreté. Si la chose a dû arriver à Rome, il ne semble pas que la pratique ait été très répandue en ancien droit. En droit classique, Rome est riche et la pratique reste marginale. Elle a cependant augmenté à partir du 4^{ème} siècle de notre ère, qui est une période de forte récession économique. Les empereurs chrétiens n'ont pas interdit la pratique. En revanche, ils ont prévu une disposition permettant au père de racheter les enfants qu'il avait vendus. Justinien limitera encore la possibilité de vendre ses enfants aux situations de pauvreté extrême.

Le pouvoir que le *paterfamilias* exerçait sur son épouse n'était pas la *patria potestas* ; il portait un autre nom. On parlait dans ce cas de *manus* : il avait la main sur sa femme. La situation de la femme romaine était donc partiellement différente de celle des enfants. Dans le cadre d'un long mouvement d'émancipation des femmes romaines, le droit romain a d'ailleurs développé des mécanismes leur permettant d'échapper à la *manus* de leur mari. Les femmes pouvaient d'ailleurs également être des personnes *sui iuris*. Les sources nous montrent à propos des femmes romaines qu'en pratique, elles jouissaient souvent d'une grande liberté et d'une autonomie que de nombreuses femmes d'aujourd'hui ne renieraient pas.

Voilà un tableau, très rapidement brossé, des rapports de pouvoir au sein de la famille romaine. Dans la vidéo suivante, nous porterons plus spécialement notre attention sur les rapports avec les choses et leur transfert de propriété.

5) Le monde romain : les modes de transfert de propriété

Nous avons vu qu'en droit romain, les choses étaient soit des *res Mancipi**, soit des *res nec Mancipi*, selon qu'elles nécessitaient une *Mancipatio* ou non pour en transférer la propriété. Cette affirmation appelle immédiatement une explication, en particulier pour les personnes vivant dans un système juridique issu du code Napoléon. D'après ce dernier en effet, le transfert de propriété ne nécessite aucun acte spécifique et s'opère automatiquement. Cela signifie par exemple que lorsque l'on achète une chose, on en devient automatiquement propriétaire par le contrat de vente. Cette automaticité ne se retrouve cependant pas dans tous les systèmes juridiques contemporains, bien au contraire : il constitue plutôt une originalité du code Napoléon. En droit romain, comme dans de nombreux droits contemporains, le transfert de propriété suppose donc la réalisation d'un acte juridique spécifique. En droit romain classique, il y en a trois différents : la *Mancipatio**, l'*in iure cessio** et la *traditio**, et nous allons les envisager un à un.

La *Mancipatio* est un procédé solennel de transfert de la propriété. Si l'on dit que ce procédé est solennel, c'est pour souligner qu'il suppose que les participants respectent un certain nombre de formalités. Si ces formalités n'ont pas été respectées, le transfert de propriété n'a pas fonctionné et n'est pas valable sur le plan du droit.

On pourrait se demander pourquoi les Romains ont considéré que de telles formalités étaient utiles. Sans doute faut-il y voir un besoin de certitude quant à la propriété des *res Mancipi*, tellement importantes dans un environnement agricole et pauvre. Aux débuts de Rome, les ressources étaient très limitées et il était essentiel que la propriété des champs, des animaux de trait et des esclaves ne souffre aucun doute. Dans ce cadre, seul un procédé solennel, dont personne ne pouvait ignorer l'existence et les conséquences juridiques, pouvait offrir une telle clarté.

Comment une telle *Mancipatio* fonctionne-t-elle en pratique ? Le respect du rituel nécessite la présence de 5 témoins et d'un porteur de balance, appelé le *libripens*. Les témoins sont là pour attester du bon déroulement de la procédure et pour pouvoir en témoigner dans un éventuel procès postérieur. Jusqu'au droit classique, la preuve est apportée en justice en recourant à des témoins et très rarement à l'aide d'un écrit. Si la propriété est contestée, ces témoins seront donc tenus de venir en justice pour témoigner de la *Mancipatio*. Le nombre de 5 a probablement été choisi pour augmenter les chances de maintenir un minimum de témoins en vie pendant une durée utile. Ces témoins doivent en outre être des citoyens romains pubères.

La présence du porteur de balance nous renseigne sur les origines de ce rituel. Cette balance servait à l'origine à peser le prix payé par l'acheteur. Il faut ici se souvenir que les Romains n'ont commencé à utiliser la monnaie au plus tôt qu'à partir du 3^{ème} siècle avant notre ère. Avant cela, on payait avec des lingots ou des pièces dont la valeur dépendait du type de métal et de son poids, mais non de la valeur faciale. Lorsque les Romains ont commencé à utiliser la monnaie, ils n'ont pas renoncé au symbolisme de la balance. Le porteur de balance a donc été maintenu, même s'il ne pesait plus rien. Son rôle était donc symbolique, tout en restant indispensable.

Lorsque tous les protagonistes de la *Mancipatio* sont en place, l'acquéreur – disons d'un esclave – prononce scrupuleusement les mots suivants : « J'affirme que cet homme m'appartient en vertu du droit des Quirites. Qu'il me soit acquis par cette pièce d'airain et cette balance de bronze ». Il frappe alors la balance avec la pièce d'airain, s'empare de la chose et l'emporte avec lui. Il découle de cette description que l'aliénateur ne joue aucun rôle actif dans le rituel,

mais aussi que la chose aliénée doit être présente, pour autant qu'il s'agisse d'un bien meuble. Les immeubles étaient généralement mancipés en leur absence.

Lorsque Gaius décrit ce rituel dans son cours de droit, il dit que c'est une vente imaginaire. Il faut comprendre en effet que les formalités sont celles d'une vente archaïque. Mais la *mancipatio* ne constitue plus une vente depuis longtemps, lorsque Gaius l'explique. C'est devenu un mode d'aliénation des *res mancipi* et aussi des personnes *alieni iuris**. Nous avons évoqué la possibilité d'aliéner les personnes *alieni iuris* dans notre vidéo précédente, dans laquelle nous avons dit que le *paterfamilias* avait le droit de vendre ses enfants. Cette aliénation se réalisait donc également par *mancipatio*.

Nous avons souligné que cette pratique était probablement peu courante chez les Romains. Il est utile de souligner l'existence d'une règle présente dans la loi des XII Tables à ce propos. Si le père vend trois fois son fils, ce dernier est libéré de son père. Autrement dit, si un *paterfamilias* vendait trois fois son fils – ce qui supposait qu'il le rachetait après chaque vente – il n'était plus digne d'exercer sur lui sa *patria potestas*, sa puissance paternelle.

De manière très intéressante, les Romains ont ici également justifié d'être appelé un peuple de juristes, dès lors qu'ils ont une nouvelle fois fait œuvre d'ingénierie juridique dans l'utilisation de cette règle. Nous avons laissé entendre précédemment qu'un citoyen romain pouvait avoir 50 ans, une longue et importante carrière politique et malgré tout être *alieni iuris*, si son *paterfamilias* était toujours en vie. Afin de remédier à cet inconvénient, les Romains ont imaginé la solution suivante : le *paterfamilias* pouvait se mettre d'accord avec un ami pour lui aliéner trois fois son fils par *mancipatio*. Après chaque aliénation, l'ami libérait le fils, qui retournait donc sous la puissance de son père après les deux premières *mancipationes*, mais c'était différent après la troisième, puisque cette dernière effaçait la *patria potestas*. En conséquence, le fils de famille devenait *sui iuris* et était donc émancipé. Par la même occasion, cela nous permet de souligner l'origine étymologique de l'émancipation.

Avec le temps, les Romains ont considéré que le recours à la *mancipatio* était certes rassurant, mais également contraignant, au vu du nombre de personnes à réunir. Ils se sont dès lors demandé s'il n'était pas possible d'arriver au même résultat en recourant à un système impliquant moins de personnes. Dans un nouvel élan d'ingénierie juridique, ils se sont dit qu'il serait possible de mettre d'accord l'aliénateur et l'acquéreur pour entreprendre un procès fictif. Ainsi, l'acquéreur intentait une action en justice pour revendiquer la chose qu'il voulait acquérir comme s'il en était déjà le propriétaire. Au lieu de contester cette revendication, l'aliénateur confirmait que le demandeur était bien le propriétaire et le préteur lui attribuait la chose. Le transfert était donc réalisé avec la seule complicité, certes involontaire, du préteur. Ce procédé était d'une simplicité réellement ingénieuse !

Ce procédé a été appelé *in iure cessio*. L'origine de ce nom est facile à comprendre : dès lors que le défendeur acquiesçait et ne contestait pas la demande du demandeur, il était inutile de désigner un juge et de passer à la phase *in iudicio*. L'affaire cessait donc au terme de la phase *in iure*.

Une interprétation de cette procédure a été portée à l'écran dans le cadre de la série Rome. Dans cet extrait, deux citoyens romains procèdent à une *in iure cessio*. Lucius Vorenus, y fait donation de son esclave gauloise Eirene à son ami Titus Pullo. L'*in iure cessio* ne fait donc pas suite à une vente dans ce cas, mais le but reste le même : il faut transférer la propriété de la chose. Je propose de regarder cet extrait.

Dans cet extrait, on voit un fonctionnaire désabusé s'adresser à l'aliénateur et lui demander d'attester qu'il est bien citoyen romain et que l'acquéreur est le propriétaire de l'esclave. Le fait que le préteur soit remplacé par un fonctionnaire n'est pas impossible, même si à la fin de la république, l'appareil étatique est moins développé qu'il ne le sera par la suite. Le fait qu'il apparaisse désabusé est amusant et souligne qu'il n'est pas dupe du caractère factice de l'action en justice. Il sait bien que l'action en justice déployée devant lui est détournée à d'autres fins, c'est-à-dire le transfert de propriété. L'invocation de la citoyenneté romaine, quant à elle, était en effet nécessaire puisque c'est bien du transfert de la propriété quiritaire qu'il est question. Là où la série s'écarte probablement de la procédure romaine, c'est dans le fait que le magistrat s'adresse immédiatement au défendeur, sans même que le demandeur n'affirme son droit de propriété. D'après les institutes de Gaius, celui-ci devait en effet prononcer la phrase habituelle : « J'affirme que cette esclave m'appartient en vertu du droit des Quirites ». Bref, s'il fallait faire un reproche à la série, il porterait sur cet oubli.

En raison de son fonctionnement, l'*in iure cessio* n'est évidemment pas limitée au transfert de propriété des *res Mancipi*. Elle permet de faire bien d'autres choses, dès lors qu'il suffit d'affirmer une chose devant le préteur et que cette affirmation ne soit pas contredite pour que la chose devienne vraie en droit. À titre d'exemple, on peut comme cela créer des servitudes (*servitus**), des usufruits, affranchir des esclaves, adopter une personne... En sens inverse, on peut aussi mettre fin à ces droits en affirmant qu'ils n'existent pas. Il va de soi également que l'*in iure cessio* permet aussi d'acquérir des *res nec Mancipi*, bien que le transfert de propriété de ces dernières ne nécessite pas de rituel particulier.

Le troisième mode de transfert de la propriété, adapté aux *res nec Mancipi* est la *traditio*. Pour réaliser cette dernière, il suffit de remettre la chose aliénée à l'acquéreur avec la volonté de l'aliéner, l'acquéreur ayant de son côté la volonté d'en devenir le propriétaire. À la différence des deux premiers modes de transfert de propriété que nous avons exposés, l'efficacité de la *traditio** ne dépend plus du respect scrupuleux d'un rituel, mais de la volonté des parties.

En conclusion, nous voyons que le droit romain classique connaissait trois modes de transfert de la propriété. Nous en verrons les conséquences pratiques et l'évolution dans les vidéos consacrées à la propriété en droit romain. Mais prenons conscience dès maintenant du caractère non-automatique du transfert de propriété, ce qui a l'avantage d'en augmenter la visibilité et d'en simplifier l'analyse juridique.

PARTIE B : TEXTES

Texte 4.1 (ancien 9) Gai. 4.16

Gai. 4.16 :

Si in rem agebatur, mobilia quidem et moventia, quae modo in ius adferri adducive possent, in iure vindicabantur ad hunc modum : qui vindicabat, festucam tenebat ; deinde ipsam rem adprehendebat, velut hominem, et ita dicebat: hunc ego hominem ex iure Quiritium meum esse aio. Secundum suam causam, sicut dixi, ecce tibi, vindictam imposui, et simul homini festucam inponebat. Adversarius eadem similiter dicebat et faciebat. Cum uterque vindicasset, praetor dicebat : mittite ambo hominem. Illi mittebant. Qui prior vindicaverat, sic dicebat : postulo, anne dicas, qua ex causa vindicaveris? Ille respondebat: ius feci, sicut vindictam inposui. Deinde qui prior vindicaverat, dicebat: quando tu iniuria vindicavisti, D aeris sacramento te provocho; adversarius quoque dicebat similiter: et ego te; aut si res infra mille asses erat, scilicet L asses sacramentum nominabant. Deinde eadem sequebantur, quae cum in personam ageretur. (...).

Gaius, institutes 4.16 :

Dans les actions réelles, on revendiquait de la façon suivante les choses mobilières et celles qui se meuvent, du moins si elles pouvaient être apportées ou menées en justice. Le revendiquant tenait une baguette ; puis il appréhendait l'objet du litige – mettons un homme – et disait : « J'affirme que cet homme m'appartient en vertu du droit des Quirites. Selon l'attribution en propriété dont il est l'objet, comme j'ai dit, je t'ai imposé la baguette ». En même temps, il touchait l'homme de sa baguette. Son adversaire prononçait les mêmes paroles et faisait les mêmes gestes. Quand chacun d'eux avait revendiqué, le préteur disait : « Lâchez tous les deux l'homme ». Ils le lâchaient. Celui qui avait revendiqué le premier disait : « Je demande que tu dises quelle est cette attribution de propriété en vertu de laquelle tu as revendiqué ». L'autre répondait : « J'ai fait ce qui est le droit de la manière dont j'ai imposé la baguette ». Le premier disait : « Comme tu as revendiqué à tort, je te provoque à un *sacramentum* de 500 as ». L'adversaire disait aussi : « Et moi de même ». (S'il s'agissait d'une affaire de moins de 1000 as, ils chiffraient naturellement le *sacramentum* à 50 as). Ensuite, la procédure était la même qu'en matière d'action personnelle. (...)

Texte 4.2 (ancien 91) Gai. 4.17

Gai. 4.17 :

Si qua res talis erat, ut sine incommodo non posset in ius adferri vel adduci, velut si columna aut navis aut grex alicuius pecoris esset, pars aliqua inde sumebatur, eaque in ius adferebatur, deinde in eam partem quasi in totam rem praesentem fiebat vindicatio; itaque / vel / ex grege vel una ovis aut capra in ius adducebatur, vel etiam pilus inde sumebatur et in ius adferebatur; ex nave vero et columna aliqua pars defringebatur; similiter si de fundo vel de aedibus sive de hereditate controversia erat, pars aliqua inde sumebatur et in ius adferebatur, et in eam partem proinde atque in totam rem praesentem fiebat vindicatio, velut ex fundo gleba sumebatur et ex aedibus tegula, et si de hereditate controversia erat, aequae

Gaius, institutes 4.17 :

Si la chose ne pouvait sans inconvénient être apportée ou amenée en justice, par exemple s'il s'agissait d'une colonne, d'un navire ou d'un troupeau de bétail, on en prenait pour l'apporter

au prétoire une fraction comme si la chose entière était présente. Ainsi, on amenait en justice, s'il s'agissait d'un troupeau, une brebis ou une chèvre, ou même un poil et on l'y apportait ; s'il s'agissait d'un navire ou d'une colonne, on en détachait une partie. De même, si le débat portait sur une succession, on en prenait une partie pour l'apporter en justice et le procès en revendication se faisait comme si la chose entière eût été présente : par exemple, pour un fonds, on prenait une motte de terre, pour un bâtiment une tuile, (...)

Texte 4.3 (ancien 4) *Rei vindicatio*

REI VINDICATIO

[N:] *Caius iudex esto.* – [I:] *Si paret fundum capenatem, quo de agitur, ex iure Quiritium Auli Agerii esse,* [Cl:] *Neque is fundus arbitrio tuo aulo agerio restituetur,* [C:] *Quanti ea res erit, tantam pecuniam, Iudex, Numerium Negidium Aulo Agerio condemna ; si non paret absolve.*

Revendication :

[N:] Que Caius soit juge. – [I:] S'il est prouvé que le fonds Capénien dont il s'agit appartient à Aulus Demandeur selon le droit quiritaire, [Cl:] et si ce fonds de terre n'est pas restitué à Aulus Demandeur conformément à ton arbitrage, [C:] juge, condamne Numerius Défendeur envers Aulus Demandeur à telle somme que vaudra cette affaire ; sinon, absous-le.

Texte 4.4 (ancien 5) *Condictio certae creditae pecuniae*

CONDUCTIO CERTAE CREDITAE PECUNIAE

[N:] *Caius iudex esto.* – [I:] *Si paret Numerium Negidium Aulo Agerio SESTERTIUM decem milia dare oportere,* [C:] *Iudex, Numerium Negidium Aulo Agerio sestertium decem milia condemna ; si non paret, absolve.*

Condictio de la somme d'argent déterminée prêtée :

[N:] Que Caius soit juge. – [I:] S'il est prouvé que Numerius Défendeur doit verser à Aulus Demandeur la somme de dix mille sesterces ; [C:] juge, condamne Numerius Défendeur à dix mille sesterces envers Aulus Demandeur ; sinon absous-le.

Texte 4.5 (ancien 5bis)

10 C(AIUS) BLOSSIUS CELADUS IUDEX ESTO
 1 [SI PAR] RET C(AIUM) MARCIUM [SATUR] NINUM
 2 [C(AIO)] SULPICIO CINNAM [O] HS I)) m m m
 3 [D] ARE OPORTERE Q(UA) [D(E) R(E) AGI] TUR
 4 C(AIUS) BLOSSIUS CELADUS [I] UDEX
 5 [C(AIUM)] MARCIUM SATU [R] NINUM [HS] m m ((I))
 6 [C(AIO)] SULPICIO CINNAM [O CON] DEMNATO
 7 SI NON PARRET APSOLVITO
 8 IUDICARE IUSSIT P(UBLIUS) COSSINIUS PRISCUS IIVIR
 9 [ACTU] M PUTEOL [IS]
 9A
 10 [F] AUSTO CORNELIO SUL [LA FELI] CE
 11 [Q(UINTO)] MARCIO BAREA SORANO COS

Que Caius Blossius Celadus soit juge ;
S'il apparaît que Caius Marcius Saturninus doit verser huit mille sesterces à Caius Sulpicius Cinnamus, chose qui fait l'objet du litige,
Que le juge Caius Blossius Celadus condamne Caius Marcius Saturninus à huit mille sesterces au profit de Caius Sulpicius Cinnamus ; s'il n'apparaît pas, qu'il l'absolve.
Publius Cossinius Priscus, duumvir, a commandé de juger.
Fait à Puteoli,

.....
Faustus Cornelius Sulla l'Heureux et Quintus Marcius Barea de Sora étant consuls.

Texte 4.6 (ancien 6) Gai. 3.90

Gai. 3.90 :

Re contrahitur obligatio velut mutui datione ; mutui autem datio proprie in his [fere] (?) rebus contingit, quae res pondere numero mensura constant, qualis est pecunia numerata vinum oleum frumentum aes argentum aurum; quas res aut numerando aut metiendo aut pendendo in hoc damus, ut accipientium fiant et quandoque nobis non eadem, sed aliae eiusdem naturae reddantur. Unde etiam mutuuum appellatum est, quia quod ita tibi a me datum est, ex meo tuum fit.

Gaius, institutes 3.90 :

L'obligation se contracte par la remise d'une chose, par exemple dans une dation à titre de *mutuum*. Le *mutuum*, au sens propre ne se réalise que pour des choses qui se pèsent, se comptent ou se mesurent, telles que la monnaie, le vin, l'huile, le grain, le bronze, l'argent, l'or. En comptant, pesant ou mesurant ces choses, nous les donnons afin qu'elles deviennent la propriété de ceux qui les reçoivent et pour qu'ils nous rendent un jour, non pas les mêmes choses, mais d'autres de même nature. C'est même pourquoi cela s'appelle *mutuum*, parce que ce qui est ainsi donné par moi à toi cesse d'être mien pour devenir tien (*ex meo tuum*).

Texte 4.7 (ancien 7) D. 12.1.11.1

Ulp., 26 ad ed. (D. 12.1.11.1) :

Si tibi dedero decem sic, ut novem debeas, Proculus ait, et recte, non amplius te ipso iure debere quam novem. Sed si dedero, ut undecim debeas, putat Proculus amplius quam decem condici non posse.

Ulpien, au livre 26 sur l'Edit (D. 12.1.11.1) :

Si je t'ai donné dix (pièces de monnaie) de telle sorte que tu m'en doives neuf, Proculus dit – et c'est à juste titre – que tu ne m'en dois *ipso iure* (en vertu du droit lui-même) pas plus que neuf. Mais si je les ai données de telle sorte que tu m'en doives onze, Proculus pense qu'une *condictio* ne peut pas porter sur plus que dix.

Texte 4.8 (ancien 8) Gai. 1.119-122

Gai. 1.119 :

Est autem mancipatio, ut supra quoque diximus, imaginaria quaedam venditio ; quod et ipsum ius proprium civium romanorum est. Eaque res ita agitur : adhibitis non minus quam quinque testibus civibus romanis puberibus et praeterea alio eiusdem condicionis, qui libram aeneam

teneat, qui appellatur libripens, is qui mancipio accipit, rem (aes?) Tenens ita dicit : « hunc ego hominem ex iure Quiritium meum esse aio isque mihi emptus esto hoc aere aeneaque libra » ; deinde aere percutit libram idque aes dat ei, a quo mancipio accipit, quasi pretii loco.

120. *Eo modo et serviles et liberae personae mancipantur. Animalia quoque, quae mancipi sunt, quo in numero habentur boves, equi, muli, asini, item praedia tam urbana quam rustica, quae et ipsa mancipi sunt, qualia sunt italica, eodem modo solent mancipari.*

121. *In eo solo praediorum mancipatio a ceterorum mancipatione differt, quod personae serviles et liberae, item animalia, quae mancipi sunt, nisi in praesentia sint, mancipari non possunt – adeo quidem ut eum, qui mancipio accipit, adprehendere id ipsum, quod ei mancipio datur, necesse sit: unde etiam mancipatio dicitur, quia manu res capitur – praedia vero absentia solent mancipari.*

122. *Ideo autem aes et libra adhibetur, quia olim aereis tantum nummis utebantur (...) Eorumque nummorum vis et potestas non in numero erat, sed in pondere (...).*

Gaius, institutes 1.119 :

Cependant la mancipation, comme nous l'avons dit précédemment, est une sorte de vente symbolique. Elle ressortit au droit particulier aux citoyens romains. Les choses se passent ainsi : en présence d'au moins cinq témoins citoyens romains pubères et d'une autre personne de même condition, qui tient une balance de bronze et qu'on appelle le *libripens* (peseur), celui qui reçoit par mancipation, tenant (la chose) (une pièce d'airain), dit : « J'affirme que cet homme m'appartient en vertu du droit des Quirites : qu'il me soit acquis par cette pièce d'airain et cette balance de bronze ». Puis il frappe la balance avec la pièce d'airain, qu'il donne en guise de prix à celui duquel il reçoit par mancipation.

120 : On mancipe de cette façon les individus qui sont esclaves comme ceux qui sont libres, ainsi que les animaux mancipables, au nombre desquels figurent les bœufs, les chevaux, les mulets, les ânes ; de même les biens-fonds tant urbains que ruraux, qui sont mancipables, tels ceux qui sont situés en Italie, se mancipient de la même façon.

121 : La mancipation des biens-fonds ne diffère des autres mancipations que sur un point : les individus esclaves et libres, ainsi que les animaux mancipables, ne peuvent être mancipés que s'ils sont présents, car il est nécessaire que celui qui a reçu (qui reçoit ?) par mancipation puisse saisir l'objet même qui lui est mancipé ; c'est de là d'ailleurs que vient le mot « *mancipatio* », parce que la chose est saisie en main. Au contraire, les biens-fonds sont d'habitude mancipés en leur absence.

122 : On se sert d'une pièce d'airain et d'une balance de bronze, parce que jadis on utilisait seulement des monnaies d'airain ; (...) la valeur et le pouvoir d'achat de ces monnaies résidaient non dans leur nombre, mais dans leur poids ; (...).

Texte 4.9 (ancien 10) Gai. 2.24

Gai. 2.24 :

In iure cessio autem hoc modo fit : apud magistratum populi romani vel praetorem [vel apud praesidem provinciae] is, cui res in iure ceditur, rem tenens ita dicit : hunc ego hominem ex iure Quiritium meum esse aio ; deinde postquam hic vindicaverit, praetor interrogat eum, qui cedit, an contra vindicet ; quo negante aut tacente tunc ei, qui vindicaverit, eam rem addicit ; idque legis actio vocatur.

Gaius, institutes 2.24 :

L'abandon devant le magistrat se pratique de la façon suivante : devant un magistrat du peuple romain, soit le préteur soit le gouverneur de province, celui à qui la chose est abandonnée, la tenant en main, s'exprime ainsi : « J'affirme que cet homme m'appartient en vertu du droit des Quirites ». Ensuite, après qu'il ait ainsi revendiqué, le préteur demande à celui qui abandonne s'il fait une « *contravindicatio* ». Si celui-ci refuse ou garde le silence, le préteur adjuge la chose au revendiquant. On appelle cela une action de la loi.

Texte 4.10 (ancien 11) Gai. 2.18-20

Gai. 2.18 :

Magna autem differentia est inter Mancipi res et nec Mancipi. 19. Nam res nec Mancipi ipsa traditione pleno iure alterius fiunt, si modo corporales sunt et ob id recipiunt traditionem. 20. Itaque si tibi vestem vel aurum vel argentum tradidero sive ex venditionis causa sive ex donationis sive quavis alia ex causa, statim tua fit ea res, si modo ego eius dominus sim.

Gaius, institutes 2.18 :

La différence entre les *res Mancipi* et *nec Mancipi* est considérable. **19** : Car les *res nec Mancipi* s'aliènent complètement par la *traditio* même, si toutefois elles sont corporelles et sont de ce fait susceptibles de *traditio*. **20** : Aussi, si je te livre un vêtement, de l'or ou de l'argent, soit à titre de vente ou de donation, soit à tout autre titre, la chose devient-elle immédiatement tienne, à condition que j'en sois propriétaire.

Texte 4.11 (ancien 110) Gai. 2.16

Gai. 2.16 :

At ferae bestiae nec Mancipi sunt, velut ursi leones, item ea animalia quae fere bestiarum numero sunt, velut elephanti et cameli. Et ideo ad rem non pertinet, quod haec animalia etiam collo dorsove domari solent : nam ne nomen quidem eorum animalium illo tempore fuit, quo constituebatur quaedam res Mancipi esse, quaedam nec Mancipi.

Gaius, institutes 2.16 :

Mais les bêtes sauvages, tels que les ours et les lions ne sont pas Mancipables. Il est de même des animaux qui leurs sont assimilables, tels que les éléphants et les chameaux. Et il n'importe pas ici que l'on ait l'habitude de domestiquer ces animaux comme animaux de trait. Car le nom⁴ de ces animaux n'existait même pas à l'époque où la distinction entre animaux Mancipables et non Mancipables a été créée.

⁴ Julien Reinach traduit ici par « la domestication », mais cette traduction n'est pas exacte à mon sens. Argument : Fernand De Visscher, *Une histoire d'éléphants*, in *L'Antiquité Classique* 29 (1960), p.52.

Chapitre 5 – le droit de propriété

PARTIE A : SCRIPTS

1) La propriété en ancien droit : caractéristiques et limites

Après 4 modules destinés à nous familiariser avec l'environnement juridique des Romains, nous entrons maintenant dans le vif du sujet, en abordant une matière fondamentale, celle du droit de propriété. Cette branche du droit est à la fois essentielle par rapport au droit romain en général, mais aussi par rapport à notre vision moderne du droit de propriété, qui est restée très « romaine ». Cela nous donnera aussi l'occasion de vérifier que le droit de propriété a plus évolué dans le cadre de la jurisprudence romaine, que depuis les Romains. L'exposé sera donc chronologique et commencera en ancien droit romain.

Par rapport aux autres peuples de l'antiquité, les Romains apportent une innovation très importante : ils sont les premiers à distinguer la propriété et la possession*. Peut-être vous demandez-vous pourquoi j'ai laissé mon chapeau pour m'adresser à vous aujourd'hui. Mais comment savez-vous que c'est bien mon chapeau ? Peut-être est-il simplement un accessoire appartenant à notre camérawoman ou à notre régisseuse ! La seule chose que vous pouvez savoir, c'est que je possède ce chapeau. La possession est visible, mais la propriété est incertaine parce qu'elle n'est pas visible. La possession est un fait alors que la propriété est un droit. Pour établir mon droit de propriété sur le chapeau, je devrai donc éventuellement fournir des preuves supplémentaires de ce droit de propriété.

Les Romains ont également défini le contenu du droit de propriété en lui attribuant 9 prérogatives. Les trois premières sont l'*usus*, le *fructus* et l'*abusus*. Par *usus*, on vise le droit d'user de la chose sur laquelle porte le droit. Le *fructus* est le droit d'en retirer les fruits et l'*abusus* est le droit d'en abuser, c'est-à-dire de la détruire. Cette destruction peut s'entendre comme une destruction matérielle ou juridique, en l'aliénant à quelqu'un d'autre par exemple. Les trois prérogatives suivantes sont la négation des trois premières, c'est-à-dire le droit de ne pas user de la chose, de ne pas en recueillir les fruits et de ne pas la détruire ou l'aliéner. Les trois dernières, enfin, sont le droit d'empêcher les autres d'user de la chose, d'en recueillir les fruits ou d'en abuser.

À quelles conditions est-on propriétaire quiritaire en ancien droit romain ? Il faut que le propriétaire soit romain et que la chose soit elle aussi romaine. On pourrait s'étonner de ces restrictions, mais elles sont très logiques par rapport à ce que nous avons déjà dit : le droit romain a été conçu pour les Romains. Pour faire valoir son droit de propriété en justice, dans le cadre des *legis actiones*, il est indispensable d'invoquer les Quirites, c'est-à-dire les ancêtres Romains... ce que seul un citoyen romain a le droit de faire. En ce qui concerne le caractère romain de la chose qui fait l'objet du droit de propriété, il convient de distinguer entre les meubles et les immeubles.

En ce qui concerne les meubles, c'est un peu particulier, puisque l'on considère qu'est romaine toute chose qui appartient à un Romain. En pratique, la condition n'a donc guère de portée, dans la mesure où chaque fois que le propriétaire est romain, la chose est romaine. En effet, lorsqu'un citoyen romain achète un collier en or sur le marché et le reprend chez lui : impossible de savoir encore quelle est la nationalité de ce collier.

À propos des immeubles, qui comme leur nom l'indique ne se déplacent pas, la situation est différente. Ici la distinction entre immeubles romains et non-romains reste visible : un immeuble n'est romain que s'il est inclus dans la cité de Rome. Ce n'est pas parce qu'un terrain non-romain a été conquis ou acquis par un romain qu'il devient romain. C'est le lieu qui

détermine s'il est romain ou non. Les territoires nouvellement conquis par les armées romaines restent donc du sol étranger. Du moins en est-il ainsi au début. Avec le temps, les sols de certaines colonies et de certains municipes romains seront également considérés comme sol romain. En deux mots, on peut dire que les premières colonies ont été établies dans la péninsule italique, afin d'en sécuriser la conquête, mais aussi à des fins commerciales. Les colonies sont donc essentiellement peuplées de citoyens romains et il arrivait que, par privilège, le sol de cette colonie soit assimilé au sol de Rome. Ce même genre de privilège individuel pouvait également être accordé à des municipes. Ces derniers étaient au départ des cités alliées de Rome. Leurs habitants n'étaient donc pas des Romains au début, mais au fil du temps, ces alliés se sont souvent romanisés au point de leur ressembler très fort.

La propriété quiritaire est donc un privilège réservé aux Romains par rapport à des choses romaines. Ce privilège est matérialisé par la protection judiciaire du droit. Sur le plan du contenu, ce droit est particulièrement étendu, comme nous l'avons vu en évoquant les 9 prérogatives du propriétaire. On dit du droit de propriété qu'il est absolu et illimité. Il est absolu en ce que le propriétaire ne souffre pas de concurrence d'une autre personne. Il est illimité en ce que le propriétaire peut – a priori – tout faire avec la chose dont il est propriétaire. Souvenons-nous en effet que le propriétaire a aussi le droit de détruire la chose. Dès l'ancien droit pourtant, certaines limites ont malgré tout été apportées à l'usage que l'on pouvait faire de son droit de propriété. Nous citerons 4 limites importantes déjà présentes dans la loi des XII Tables et qui concernent toutes les rapports de voisinage.

La première limite est celle de l'*ambitus*. D'après cette règle, il était interdit de construire ou de cultiver jusqu'à l'extrême limite de son terrain. Il était obligatoire de s'arrêter au minimum à 2 pieds et demi de la limite du terrain. Dans la mesure où cette même limitation était également imposée au voisin, cela laissait donc un espace de 5 pieds entre les deux terrains. Le pied était une unité de mesure équivalent à peu près à 30 centimètres. Il était donc interdit de construire à moins de 75 centimètres de la limite. En tout, la zone libre entre deux terrains était donc de 1,5 mètres, ce qui permettait un passage aisé, notamment avec une charrue et un animal de trait.

Une deuxième limitation concerne la gestion de l'écoulement de l'eau de pluie. Le Latium et plus généralement la péninsule italique étaient très pluvieux pendant l'antiquité. En conséquence, l'eau de pluie – souvent excessive – causait d'importants dégâts à l'agriculture. La loi des XII Tables prévoyait dès lors que celui qui souffrait d'un excès d'eau de pluie suite à une modification de l'écoulement de l'eau de pluie par son voisin, pouvait obtenir le rétablissement de l'écoulement antérieur. Il s'ensuit que l'on ne peut donc pas faire ce que l'on veut de l'eau de pluie qui passe par notre fonds.

La troisième limite concerne les arbres qui poussent à la limite des terrains voisins. Dans une telle situation, il est probable que les branches de l'arbre surplombent le terrain du voisin. Si les branches descendent trop bas, elles empêcheront le voisin de profiter pleinement de son terrain. Pour ce cas-là, la loi des XII Tables a fixé une limite de 15 pieds (soit 4,5 mètres). Le propriétaire de l'arbre peut donc être forcé de couper les branches les plus basses, celles qui sont en-dessous de la limite de 15 pieds. Si ce dernier fait preuve de mauvaise volonté, il est prévu que le voisin incommodé peut lui-même couper ces branches. Mais pour éviter qu'il ne soit un peu gourmand et coupe aussi des branches qui ne sont pas inférieures à 15 pieds, une amende de 25 as est due par arbre qui a fait l'objet d'une coupe excessive.

Lorsque l'arbre est un arbre fruitier, se pose également le problème des fruits qui tomberaient sur le terrain du voisin. Dans ce cas, la loi des XII Tables prévoit la possibilité pour le

propriétaire de venir reprendre ses fruits le troisième jour, ce qui signifie en pratique que l'on peut le faire un jour sur deux.

La dernière limitation du droit de propriété dont il sera question pour l'ancien droit est celle qui concerne le cas des constructions qui menacent ruines. Imaginez que votre voisin n'habite plus dans sa maison et que cette maison menace de s'écrouler. Cet écroulement risque évidemment de vous causer un dommage, soit en emportant une partie de votre maison, soit en écrasant vos biens qui se trouveraient à l'endroit où l'immeuble s'effondre. Il est clair qu'au jour où l'immeuble tombera, le dommage causé devra être réparé, mais dans des cas comme celui-ci, pour lesquels le dommage est prévisible, il est préférable de se prémunir. C'est aussi ce que les rédacteurs de la loi des XII Tables ont pensé : « Mieux vaut prévenir que guérir ! » Celui qui constate la menace qui pèse sur ses biens en raison d'un immeuble voisin qui risque de s'effondrer a donc le droit d'intenter contre son voisin une *actio damni infecti* (l'action du dommage futur). Les sources sont malheureusement insuffisantes pour bien comprendre comment cette action fonctionnait en ancien droit.

2) La propriété en ancien droit : la preuve d'un droit absolu

Après avoir montré que la propriété quiritaire était quasiment illimitée, nous vous proposons de revenir sur le caractère absolu du droit de propriété. Cela signifie que le propriétaire peut faire valoir son droit vis-à-vis de quiconque. Nous avons déjà fait allusion à ce caractère absolu en soulignant que le propriétaire pouvait empêcher les tiers d'user de la chose, d'en recueillir les fruits et d'en abuser. On oppose un droit absolu au droit relatif, que l'on ne peut faire valoir que vis-à-vis d'une ou plusieurs personnes, comme c'est le cas pour le droit de créance par exemple.

Souvenons-nous que faire valoir son droit de propriété en ancien droit romain, c'est en particulier aller en justice et intenter une *legis actio sacramento in rem**. Dans ce cadre, le juge attribuera la chose à une des deux parties présentes. Mais cela n'exclut pas que le vrai propriétaire de la chose ne soit ni l'une, ni l'autre partie présente. L'état du droit consécutivement à un jugement relatif à un droit de propriété n'est jamais définitif. On ne peut jamais exclure que ce jugement soit un jour remis en cause par un nouveau procès intenté par un tiers absent au premier. Et il n'est pas impossible que le juge du nouveau procès considère que le droit du tiers soit préférable à celui du vainqueur du premier procès. Mais ce que nous venons de mettre en relief, ce n'est pas le caractère relatif du droit de propriété : c'est l'effet relatif du jugement. Autrement dit : le droit de propriété est absolu, le jugement rendu par rapport à ce droit de propriété n'a qu'un effet relatif.

Illustrons cela par un exemple. Si Aulus Agerius fait une *mancipatio** d'un terrain au profit de Numerius Negidius et qu'ensuite, Aulus intente une action contre Numerius dans le but de récupérer le terrain comme s'il en était toujours propriétaire, Aulus sera, en principe, débouté et Numerius acquitté.

Mais si Aulus n'était pas le vrai propriétaire au moment d'aliéner le terrain à Numerius, rien n'empêche que ce vrai propriétaire – appelons-le Tertius – revendique le terrain par la suite. Et s'il est le vrai propriétaire, il sera logique que le juge du deuxième procès modifie le résultat du premier.

Mais à nouveau, cet exemple ne contredit pas le caractère absolu du droit de propriété. Il le confirme au contraire. Dès lors que c'est Tertius le vrai propriétaire du terrain, il peut le faire

valoir contre quiconque et même contre quelqu'un qui se l'est vu attribuer par un jugement précédent. Bref : le droit de propriété est absolu, mais le jugement qui statue sur la propriété est relatif.

Évidemment, pour pouvoir gagner un procès en justice, il faut pouvoir prouver son droit. Sans preuve, pas de droit ! Or la preuve du droit de propriété est difficile à établir. Comme nous l'avons vu pour la *mancipatio*, la preuve peut être apportée par le recours aux témoins qui ont assisté à la *mancipatio*. Mais comme le montrait notre exemple, ces témoins ne peuvent pas témoigner d'autre chose que la bonne réalisation des formalités de la *mancipatio*. Ils peuvent confirmer la présence d'Aulus, de Numerius, du porteur de balance, du prononcé des formules sacramentelles, de la présence de 5 témoins pubères... mais pas de l'efficacité de la *mancipatio*. Cette efficacité dépend de si Aulus était propriétaire ou non du terrain aliéné et ça, les témoins n'ont aucun moyen de le vérifier. Or comme le veut l'adage : *Nemo plus iuris ad alium transferre potest quam ipse haberet*. Personne ne peut transférer plus de droit à autrui qu'il n'en avait lui-même. Ce principe de droit romain est resté d'application aujourd'hui et l'adage a lui aussi gardé ses lettres de noblesses. En conséquence, la *mancipatio*, même si elle a été effectuée parfaitement, ne rend pas l'acquéreur propriétaire si l'aliénateur ne l'était pas.

Nous voyons donc que les témoins à la *mancipatio* ne peuvent pas résoudre le problème de preuve du droit de propriété. La preuve du droit de propriété supposait que l'on puisse prouver que l'on a acquis la chose d'un propriétaire qui lui-même a acquis d'un propriétaire et ainsi de suite. Autrement dit, pour les terrains situés à Rome, il était indispensable de remonter la chaîne de propriétaires successifs jusqu'à Romulus. Or en ancien droit, les Romains n'utilisaient pas les preuves écrites et il était illusoire d'apporter ce type de preuve par témoignage pour une période couvrant plusieurs générations. Plus tard, on appellera ce type de preuve la *probatio diabolica*, la preuve diabolique, parce que seul le diable pourrait établir une telle preuve.

Les Décemvirs étaient bien conscients de ce problème de preuve au moment de rédiger la loi des XII Tables et ils ont prévu un remède à ce problème dans la troisième règle de la 6^{ème} table : « *Usus auctoritas fundi biennium ceterum rerum annus esto* ». On a l'habitude d'appeler cette règle, la règle de l'*usus auctoritas*. D'après elle, on peut prouver son droit de propriété sur la chose par l'usage que l'on en a fait pendant un temps suffisamment long. Ce temps est de 2 ans pour les immeubles et 1 an pour les meubles. C'est donc la possession d'un an ou deux qui prouve le droit de propriété.

Mais que se passe-t-il si l'*usus* est insuffisant, c'est-à-dire si la durée de la possession est inférieure à 1 ou 2 ans ? Si l'*usus* est insuffisant, il faut recourir à l'*auctoritas*. L'*auctor*, l'auteur est celui qui a aliéné la chose. Si la possession est insuffisante, le possesseur doit donc se retourner vers son *auctor* et exiger de lui qu'il vienne le soutenir en justice. L'*auctor* viendra alors prouver qu'avant d'aliéner la chose, il la possédait depuis plus d'un an ou deux. L'*auctoritas* est donc la garantie due par l'aliénateur et qui protège l'acquéreur tant que le délai d'un an ou deux n'est pas écoulé. Après l'écoulement du délai, l'*auctoritas* de l'aliénateur n'est donc plus nécessaire et la possession d'un ou deux ans suffit à faire la preuve de sa propriété.

Afin de résoudre le problème de la *probatio diabolica*, les Décemvirs ont donc conçu de prouver le droit de propriété par la possession, pour autant qu'elle soit d'une durée suffisamment longue. Cette règle de l'*usus auctoritas* connaît cependant deux exceptions.

La première exception concerne les étrangers. La septième règle de la 3^{ème} table : « *Adversus hostem aeterna auctoritas esto* ». Contre les ennemis, l'*auctoritas* est éternelle. Souvenez-vous, nous avons déjà évoqué cette utilisation du mot « *hostis* » dans une capsule précédente. Au

cinquième siècle avant notre ère, lors de la rédaction de la loi des XII Tables, le mot *hostis* (ennemi) est toujours le mot utilisé pour désigner l'étranger. Et pour ces étrangers, la règle de l'*usus auctoritas* est donc écartée. Seuls les Romains en bénéficient. Dire que pour les ennemis l'*auctoritas* est éternelle, cela signifie qu'ils ne pourront jamais invoquer leur possession pour prouver leur droit de propriété. Ils devront éternellement faire appel à l'*auctoritas* de la personne qui leur a aliéné la chose.

La seconde exception concerne les choses volées. Elle ne semble pas avoir été prévue par la loi des XII Tables, mais par une *lex Atinia* postérieure. D'après celle-ci « *quod subreptum erit, eius rei aeterna auctoritas esto* ». Par rapport à la chose volée, l'*auctoritas* était donc également éternelle. Autrement dit, si la personne qui revendique la propriété d'une chose en justice prouve qu'elle lui a été volée, le défendeur ne pourra plus invoquer sa possession d'un an ou deux pour prouver son droit de propriété. Il devra lui aussi faire appel à l'*auctoritas* de celui qui lui avait aliéné cette chose. Cet appel en garantie échouera donc si la chose a effectivement été volée. En ancien droit romain, seul un bien meuble est susceptible d'être volé. Il est impossible de voler un immeuble, dès lors que l'on ne peut pas l'emporter et le soustraire à la vue de son propriétaire. En revanche, il est possible d'enlever un immeuble par violence, en chassant son propriétaire. Par rapport à la règle de l'*usus auctoritas*, les Romains ont traité les deux situations de la même manière. C'est-à-dire qu'ils vont rejeter le recours à la possession pour prouver la propriété, tant pour les choses volées, que pour les choses enlevées par violence.

Il est important de se rendre compte que cette exception faite pour les choses volées constitue par la même occasion une importante entorse au système. Comment être certain que la chose que l'on acquiert n'a pas un jour été volée ou enlevée par violence ? Le droit de propriété reste donc soumis à une incertitude non négligeable, puisqu'un vrai propriétaire inconnu du possesseur peut surgir à n'importe quel moment. Cela nous donne l'occasion de constater que si ce système fonctionnait malgré tout, c'est en conséquence d'un fait statistique important. Dans la très grande majorité des cas, le possesseur est aussi le propriétaire et les choses volées sont l'exception. Si la possession donne l'apparence de la propriété, c'est que cette apparence n'est habituellement pas trompeuse mais conforme à la réalité.

3) La propriété en droit classique : L'évolution de la propriété quiritaire

Après la période de l'ancien droit, le droit de propriété romain devient plus complexe. En effet, à côté de la propriété quiritaire, deux nouvelles formes de propriété apparaissent : la propriété prétorienne – ou bonitaire – et la propriété provinciale.

La propriété quiritaire ne change pas vraiment, mais on constate un perfectionnement de la terminologie. Traditionnellement, cette propriété est exprimée par les mots « *meum esse* », littéralement, cela signifie « c'est à moi ! ». Malgré le caractère très fruste en apparence, cette expression correspond de manière très précise à la propriété quiritaire. Mais à partir de l'époque classique, on voit également apparaître d'autres expressions comme « *dominium* » ou « *proprietas* ».

De manière similaire, les juristes romains ont aussi défini le droit de propriété des terrains en incluant la propriété du sous-sol ainsi que de ce qui se trouve sur le sol. Le propriétaire du sol est donc aussi propriétaire de ce que l'on pourrait retirer du sous-sol (propriété *usque ad inferos*). Il doit aussi avoir la libre possession de l'espace se situant au-dessus du sol. Mais comme nous l'avons vu en traitant des branches de l'arbre du voisin qui arrivent sur notre

terrain : nous ne pouvons en exiger la suppression qu'en-dessous de la limite de 15 pieds. Autrement dit, l'usage exclusif de l'espace qui surplombe le terrain est limité à 4 mètres 50 pour le propriétaire. Sur le plan de la durée, le droit de propriété quiritaire est perpétuel. Il ne peut pas être attribué pour une durée limitée. On est donc propriétaire pour toujours... sauf si l'objet du droit de propriété lui-même disparaît. Si la chose est détruite, il ne peut plus y avoir de droit de propriété sur cette chose. Mais tant qu'elle existe, le droit est maintenu à son propriétaire.

À partir de l'époque préclassique, les Romains ont également clarifié la distinction entre le droit de propriété et les autres droits réels que sont les servitudes (*servitus**) et l'usufruit par exemple. Nous reviendrons sur ces autres droits réels plus tard.

Si nous revenons aux conditions de la propriété quiritaire en droit préclassique, on constate qu'elles n'ont pas changé depuis l'ancien droit : il faut toujours être citoyen romain et il faut toujours que la chose soit romaine. Le changement majeur découle du fait qu'il y a beaucoup plus de Romains, dès lors que dans les années 90-89 avant notre ère, les lois *Iulia* et *Plautia Papiria* ont accordé le droit de cité à tous les habitants de la péninsule italique. En ce qui concerne les pérégrins vivant en-dehors de la péninsule italique, le droit de cité pouvait également leur être accordé à titre de privilège individuel ou collectif. C'était assez courant pour les pérégrins qui avaient effectué leur service militaire dans l'armée romaine. Si l'on veut bien se souvenir que le service militaire durait vingt ans, on peut en effet imaginer que les vétérans de l'armée avaient suffisamment démontré leur fidélité à Rome pour mériter la citoyenneté romaine. Comme nous l'avons déjà dit, trois siècles plus tard, la constitution antonine (*constitutio Antoniniana**) accordera ce même droit de cité à tous les pérégrins de l'empire romain. À ce moment, la citoyenneté a définitivement cessé d'être un privilège.

L'augmentation du nombre de citoyens romains entraîne également une augmentation du nombre de meubles romains, sans que cela n'ait une incidence autre que quantitative. Pour les immeubles, la question reste plus technique. Nous avons vu qu'en ancien droit, le sol de certaines colonies et de certains municipes était assimilé à celui de Rome. En droit préclassique, c'est tout le sol de la péninsule italique qui lui est assimilé et les fonds de terre italiques sont appelés « *fundi italici* ». À partir d'Auguste, il arrivera que par privilège, certains fonds provinciaux reçoivent cette qualité également, ce qui sera exprimé par l'octroi du *ius italicum**, c'est-à-dire qu'on leur attribuera les mêmes avantages qu'aux fonds italiques. On leur applique donc la même exemption fiscale qu'aux fonds romains et italiques. À titre d'exemple la ville de Cologne – dont le nom rappelle qu'elle fut une colonie romaine – reçoit le *ius italicum* en 49 de notre ère.

Soulignons ici que l'octroi du droit de cité et du *ius italicum* sont deux privilèges indépendants l'un de l'autre. Il arrivait que l'autorité romaine attribue l'un ou l'autre, ou les deux en même temps.

Revenons maintenant au contenu de la propriété quiritaire. En ancien droit, nous avons dit que ce droit était illimité et absolu, mais qu'en est-il en droit préclassique et classique ? Pour l'essentiel, ces caractéristiques ont été maintenues, mais avec certaines nuances que nous allons préciser.

La règle de l'*ambitus*, imposant un espace sans cultures ni constructions aux limites du fonds, est tombée en désuétude et n'est plus respectée. Du moins constate-t-on que dans les villes, et particulièrement à Rome, les murs mitoyens sont devenus courants. Le moment du changement semble avoir été 387 avant notre ère. C'est en effet cette année-là que les Gaulois ont saccagé

Rome au point qu'il a fallu reconstruire la ville complètement. Et tout indique que cette reconstruction s'est faite sans plus respecter la règle de l'*ambitus*.

L'organisation de l'*actio aquae pluviae arcendae*, l'action en vue de détourner l'eau de pluie fait l'objet d'affinements importants également. Cette action pouvait être intentée par celui qui subissait un dommage en raison d'un excès d'eau de pluie. Ce dommage devait affecter son agriculture et résulter d'une construction faite de main d'homme, comme une digue ou un fossé par exemple. Si le dommage résultait d'une évolution purement naturelle sans intervention humaine, l'action était refusée, car il fallait supporter les dommages naturels d'un cœur égal. Avec l'extension du territoire romain, les règles organisant cette action ont été remises en question. À la fin de l'époque classique, il semble bien que l'on ait accordé l'action même en cas d'évolution naturelle de la situation et aussi lorsqu'il y avait un manque d'eau de pluie, plutôt qu'un excès. Il convient de rappeler ici que la raison d'être de cette règle provient de la forte pluviosité de l'Italie sous la république. Mais dès lors que le droit romain s'applique également à des régions dont la pluviosité est nettement moindre, cette limite a été remise en question.

La troisième limitation du droit de propriété, celle qui concernait les branches des arbres et les fruits qui tombent chez le voisin, ne subit pas de changement. La règle reste que le propriétaire de l'arbre peut aller chercher ses fruits chez son voisin un jour sur deux. Une difficulté pratique pouvait survenir lorsque le voisin empêchait le propriétaire des fruits de venir les chercher. Intenter une action en justice pour se voir autorisé à aller les chercher risquait d'être inefficace en pratique, puisqu'ils risquaient d'être pourris avant que l'autorisation ne soit prononcée en justice. C'est pour ce type de situation d'urgence que les Romains ont inventé une procédure d'urgence appelée la procédure interdictale. Dans cette procédure, le préteur prononce un interdit dont l'objet est d'agir rapidement dans des situations impliquant une réaction urgente sans examiner la question de droit, mais en se contentant des apparences. L'interdit est une mesure d'autorité, reposant sur l'*imperium** du magistrat. Elle est aussi provisoire et n'empêche pas de faire un recours par la suite. Mais en l'absence de recours, la mesure devient définitive. Par un tel interdit, le préteur pouvait donc interdire au voisin récalcitrant d'empêcher le propriétaire de l'arbre de venir ramasser ses fruits.

La quatrième limitation du droit de propriété provenait de la prévention des dommages futurs. Agir contre un propriétaire qui laisse tomber son immeuble en ruine, c'est forcément limiter ses prérogatives de ne pas user de la chose, de même que celle d'abuser de la chose. À partir du droit préclassique les choses fonctionnaient comme suit : le voisin qui se sent menacé par un futur écroulement d'un édifice voisin peut aller trouver son propriétaire pour lui demander de s'engager dans le cadre d'une *cautio damni infecti**, une caution du dommage futur. Cette *cautio* correspond à un contrat plus généralement appelé *stipulatio**. La *stipulatio* est un contrat oral et solennel, dans lequel le stipulant (demandeur dans notre cas) pose une question du type : « Promets-tu de me dédommager si ton édifice s'écroule ? ». Le propriétaire de l'édifice, appelé promettant dans le contrat de stipulation, répondait alors de manière rigoureusement conforme : « Je promets de te dédommager si mon édifice s'écroule ». Par cet échange oral, le contrat de stipulation, dans notre cas une *cautio damni infecti*, était conclu. Vous pourriez vous demander en quoi un tel contrat améliore la position du stipulant, dès lors qu'il faut toujours attendre que le dommage se réalise pour obtenir un dédommagement. La réponse est très nette : par ce contrat, le stipulant évite la redoutable tâche de prouver que l'effondrement est dû à une faute du propriétaire. Souvent une telle preuve est très difficile à apporter. La *cautio damni infecti* règle la question à l'avance : le promettant a promis de réparer le dommage et s'il pense que l'effondrement n'est pas dû à sa faute, c'est maintenant à lui de le prouver. Ajoutons à cela que si le propriétaire refuse de s'engager dans le cadre d'une *cautio damni infecti*, il peut y être

forcé par le prêteur. Et si même le prêteur n'arrive pas à le convaincre de prononcer les mots oralement comme le requiert la stipulation, le prêteur pourra admettre l'existence d'un contrat fictif. En cas d'effondrement de l'immeuble par la suite, tout se passera comme si le propriétaire de l'immeuble effondré avait effectivement fait la promesse et son voisin sera indemnisé du dommage subi.

En droit classique, d'autres limitations que celles déjà connues en ancien droit viendront s'ajouter. Parmi celles-ci, citons une interdiction de vendre certaines choses, et plus précisément l'interdiction de vendre les *res litigiosae*, les choses litigieuses. Concrètement, lorsqu'un bien sous notre possession est contesté en justice et que l'action en justice est dans sa phase *in iudicio*, celle-ci est une *res litigiosa* et il est interdit de la vendre. Une telle vente serait en effet malsaine, dès lors qu'il y a un doute sur l'identité du propriétaire.

4) La propriété en droit classique : La propriété prétorienne ou bonitaire

Nous avons vu précédemment que la possession est un fait et non un droit. C'est une apparence de propriété qui peut être contestée en justice. La possession est aussi une apparence de propriété protégée par la procédure interdictale. Le prêteur va en effet protéger le possesseur d'une chose contre celui qui trouble cette possession et essaie de l'arracher de force. Le principe étant ici que, dans une société ordonnée, personne ne peut se faire justice à lui-même. Dès lors, si quelqu'un vient d'arracher une chose à son possesseur, le prêteur prononcera dans ce cas un interdit que l'on appellera restitatoire, dès lors qu'il obligera le défendeur à restituer la chose qu'il a arrachée de force. S'il a simplement tenté de l'arracher, sans y parvenir, on dira que l'interdit est prohibitif, puisque le prêteur interdira au défendeur d'encore importuner le possesseur autrement qu'en intentant une action en justice. Afin de compléter la typologie des interdits, signalons qu'il existe une troisième forme d'interdit, c'est l'interdit exhibitoire. Ce dernier sert à obliger quelqu'un à montrer quelque chose en justice. Cela peut être très pratique par exemple lorsque quelqu'un vient de décéder et qu'un légataire sait que le défunt lui a fait un legs testamentaire. Dans une telle situation, les héritiers pourraient avoir envie de faire disparaître le testament, en vue d'hériter aussi du bien légué. Par l'interdit exhibitoire, on peut obliger les héritiers à exhiber le testament en justice en urgence, pour éviter sa destruction.

Nous avons également déjà vu que dès la loi des XII Tables, le possesseur d'une chose était protégé par la règle de l'*usus auctoritas*, puisque cette possession pouvait servir de preuve de la propriété, pour autant que cette chose n'ait pas fait l'objet d'un vol. C'est sur ce dernier point que le droit romain a évolué entre l'ancien droit et le droit préclassique : la définition du vol. Cette évolution se marque en particulier par rapport à la situation de l'héritier apparent.

Prenons un exemple pour bien comprendre le concept : Imaginez un père qui emprunte un livre à un ami et décède peu de temps après. Soulignons que ce contrat de prêt est appelé *commodatum**, ou commodat en français, c'est-à-dire un contrat n'opérant aucun transfert de propriété au profit de l'emprunteur. À la suite du décès, donc, le fils ignore tout du commodat et croit avoir hérité du livre. Il va pourtant de soi que l'ami du père est resté le propriétaire de ce livre. Le fils est ici héritier apparent : il est en possession du livre et croit de bonne foi en être le propriétaire. Si le fils décidait de vendre ce livre dont il n'est pas propriétaire, l'acheteur serait-il considéré comme voleur du livre ou non ? En ancien droit romain, il aurait été considéré voleur, mais plus en droit préclassique. Ce changement de la définition du vol a donc aussi une implication importante sur la position de l'acheteur du livre. En ancien droit, il aurait acheté un livre volé et il n'aurait pas pu invoquer la règle de l'*usus auctoritas* pour en prouver sa propriété.

Mais en droit préclassique, un acheteur mis dans la même situation pourra invoquer la règle, puisque la définition du vol a évolué et que le livre n'est plus un livre volé.

La conséquence un peu surprenante de cette évolution sera donc que celui qui a acheté un livre à notre héritier apparent pourra prouver sa propriété du livre alors pourtant qu'il l'a acquis de quelqu'un qui n'était pas propriétaire. Cette solution contredit l'adage que nous évoquions précédemment : « *Nemo plus iuris ad alium transferre potest quam ipse haberet* ». Cela signifie donc que la règle a changé de nature. Ce n'est plus uniquement une règle de preuve, mais une règle de fond du droit, c'est-à-dire une règle qui permet d'acquérir la propriété. Pour distinguer cette nouvelle règle de l'ancienne, on parlera d'usucapion* cette fois. *Usu-capere* signifie prendre par l'usage : C'est la possession qui rend propriétaire.

Mais si nous reprenons notre hypothèse de l'héritier apparent, dont nous avons dit qu'il croyait de bonne foi être propriétaire du livre emprunté par son père, et que nous envisageons maintenant que l'acheteur du livre savait, lui, que le livre n'appartenait pas au vendeur. Serait-il acceptable qu'un tel acquéreur devienne propriétaire malgré sa mauvaise foi ? Évidemment non ! On ne peut pas d'une part tenir compte de la bonne foi du vendeur et d'autre part fermer les yeux sur la mauvaise foi de l'acheteur !

En conséquence, la règle de l'usucapion requiert la possession d'un an ou deux, mais aussi la bonne foi du possesseur. Mais qu'entend-on par cette bonne foi de l'acquéreur-possesseur ? On dit qu'il croit de bonne foi – mais erronément – posséder en tant que propriétaire. Cette situation suppose donc que le possesseur commet une erreur. En pratique, il peut commettre deux types d'erreurs qui ne font pas obstacle à sa bonne foi. Soit il croit que celui qui lui a aliéné la chose était propriétaire alors qu'il ne l'était pas ; soit il a cru qu'une *traditio** suffirait à le rendre propriétaire alors que la chose est une *res Mancipi** et qu'il aurait fallu recourir à une *mancipatio** ou une *in iure cessio**.

En plus de cela, il faut que la possession* soit dite *ad usucapionem*. On veut dire par là qu'elle doit être efficace pour usucaper, c'est-à-dire qu'elle doit résulter d'une juste cause. Cette juste cause d'acquisition peut être soit un achat, une donation, une dot, un legs, un paiement, ou un abandon par son propriétaire précédent.

A contrario, la possession *ad usucapionem* ne peut évidemment pas résulter d'un contrat de bail ou de commodat. Dans de telles situations, le possesseur ne peut d'ailleurs pas croire de bonne foi que la possession le rendra propriétaire. Il sait bien qu'à terme, il devra restituer la chose empruntée ou louée à son propriétaire. La juste cause fait ici défaut.

On le voit, les conditions de juste cause et de bonne foi sont assez contraignantes, mais cela s'explique par les conséquences importantes qui sont liées à cette possession *ad usucapionem* : le possesseur devient propriétaire... du moins si la chose n'a pas fait l'objet d'un vol auparavant, puisqu'en cas de vol le vrai propriétaire pourra toujours venir la récupérer.

Mais venons-en alors à la deuxième forme de propriété : la propriété prétorienne ou bonitaire. On pourrait se demander « pourquoi une deuxième forme de propriété ? ». L'explication réside dans les développements que nous venons de faire à propos de l'usucapion. Revenons au cas de l'acheteur qui acquiert une *res Mancipi* – disons un cheval – par *traditio*. Souvenons-nous qu'en principe, cette *traditio* n'est pas efficace et le vendeur reste propriétaire du cheval. Mais nous avons dit que si cet acheteur était de bonne foi, il pourrait devenir propriétaire du cheval par le jeu de l'usucapion, après une possession d'un an, puisque le cheval est un bien meuble.

On pourrait se demander comment une telle bonne foi était possible, puisqu'aujourd'hui, on aurait tendance à dire que nul n'est censé ignorer la loi. Mais sous la république romaine, la question n'est pas encore envisagée de manière aussi stricte. Imaginons la situation d'un agriculteur de Calabre, récemment devenu citoyen romain. S'il achète le cheval à un vendeur romain, il devra faire une *mancipatio*. Mais s'il l'achète à un vendeur grec, la *mancipatio* est impossible et il suffira de faire une *traditio*. L'erreur de droit de l'agriculteur devient compréhensible. Le paradoxe est en outre que s'il se contente de faire une *traditio*, le droit fonctionnera mieux s'il achète à un étranger qu'à un Romain. Mais grâce à l'usucapion, l'agriculteur deviendra malgré tout propriétaire quiritaire du cheval. Il devra seulement attendre l'écoulement du délai d'un an de possession.

Mais que se passe-t-il avant l'écoulement du délai d'usucapion ? Dans l'exemple du vendeur romain qui vend et fait *traditio* d'un cheval à un autre romain, le vendeur reste donc propriétaire quiritaire jusqu'à l'écoulement du délai. De manière malhonnête, le vendeur pourrait donc aller en justice pour revendiquer le cheval qu'il a pourtant aliéné, sous prétexte qu'il en est toujours le propriétaire quiritaire. Un tel résultat serait évidemment inacceptable moralement et c'est aussi ce qu'en pense le préteur. Lorsque dans une telle situation, le propriétaire intentait une *rei vindicatio**, le préteur accordait donc à l'acquéreur un moyen de défense, une exception. Ici, cette exception s'appelle *exceptio rei venditae et traditae**, l'exception de la chose vendue et tradée. Grâce à elle, le défendeur-acquéreur l'emportera en justice... et la morale sera sauvée.

Mais plutôt que d'être confronté à son vendeur, notre acquéreur pouvait également être victime d'un vol. Imaginons que notre acquéreur retrouve son cheval volé dans les mains d'un tiers. Comment pourrait-il le revendiquer en justice alors qu'il n'est pas encore propriétaire quiritaire, étant donné que le délai d'usucapion n'est pas écoulé ? D'après le droit civil romain, il ne peut pas tenter de *rei vindicatio* ! Pour nous comme pour les Romains, cette solution heurte le sentiment d'équité et c'est à nouveau le préteur qui viendra à la rescousse en accordant à notre acquéreur une action en justice calquée sur la *rei vindicatio*. Cette action s'appelle *actio Publiciana**, et repose sur la fiction de l'écoulement du délai d'usucapion.

On fera comme si le délai était déjà écoulé. Autrement dit, la formule de l'action Publicienne dira « S'il apparaît qu'Aulus Agerius aurait été propriétaire quiritaire, s'il avait possédé la chose depuis un an ». Ceci nous donne par la même occasion un exemple des rapports qui se sont développés entre le droit civil – celui des lois – et le droit prétorien, celui de l'édit du préteur. Lorsque les règles issues du droit civil aboutissent à une solution inéquitable, c'est au droit prétorien de développer une solution correctrice. C'est parce que les solutions ont été développées par le préteur, que l'on a pris l'habitude de parler de propriété prétorienne. Les Romains disaient plutôt qu'avant l'écoulement du délai d'usucapion, le possesseur *ad usucapionem* avait la chose *in bonis*. C'est pour cela qu'aujourd'hui on a également pris l'habitude de parler de propriété bonitaire.

Si nous appliquons les moyens procéduraux développés par le préteur au cas de l'héritier apparent par lequel nous avons commencé cette point, comment cela fonctionne-t-il ? Imaginons que le propriétaire du livre – celui qui l'avait prêté par commodat au père de l'héritier apparent – intente une *rei vindicatio* contre l'acheteur de bonne foi avant l'écoulement du délai d'usucapion. Dans ce cas, l'exception de la chose vendue et tradée ne pourra pas être utilisée, puisque ce n'est pas le propriétaire qui a vendu le livre. À l'inverse, si le livre était en possession du propriétaire initial et que l'acquéreur de bonne foi voulait tenter une action Publicienne pour le récupérer, celle-ci serait également vouée à l'échec. Cette action en justice opposerait en effet le propriétaire quiritaire à une personne qui aurait seulement pu le devenir si le délai d'usucapion était écoulé.

En conclusion, nous avons donc deux situations différentes, en fonction de l'erreur du possesseur de bonne foi.

S'il s'est trompé sur la qualité de l'acte de transfert de propriété en utilisant une *traditio* plutôt qu'une *mancipatio*, le possesseur de bonne foi a un droit absolu sur la chose, puisque personne n'a de droit plus fort que lui. Il pourra récupérer la chose contre quiconque grâce à l'action Publicienne.

En revanche, si le possesseur s'est trompé sur la qualité de propriétaire de celui qui lui a aliéné la chose, son droit n'est plus absolu puisqu'il y a un tiers qui est le vrai propriétaire et pourra prétendre garder ou reprendre le bien au possesseur de bonne foi.

En définitive, nous avons bien deux sortes de possesseurs *ad usucapionem*, qui deviendront donc propriétaires quiritaires par la possession. Mais parmi eux, l'un est déjà titulaire d'un droit absolu et ne peut être inquiété avant l'écoulement du délai, alors que l'autre doit attendre l'écoulement du délai pour que son droit devienne absolu. C'est donc pour ce dernier – celui qui s'est trompé sur la qualité de propriétaire de l'aliénateur – que l'effet de l'usucapion est le plus spectaculaire.

5) La propriété provinciale et le retour à une conception unique du droit de propriété

À côté de la propriété quiritaire et de la propriété bonitaire, il y avait donc encore une troisième forme de propriété en droit classique : la propriété provinciale. Le contexte est le suivant : lorsque les légions romaines conquéraient de nouveaux territoires, cela impliquait de gérer à la fois les étrangers vaincus et le territoire inclus dans l'empire romain. Les soldats des armées vaincues étaient généralement capturés en tant qu'esclaves. Les civils des peuples vaincus étaient quant à eux laissés sur place. Ils avaient la chance de ne pas être réduits à l'esclavage et pouvaient garder leurs biens, et notamment leurs immeubles.

Mais le droit qu'ils avaient sur ces immeubles ne pouvait évidemment pas être un droit de propriété quiritaire puisqu'ils n'étaient pas Romains. En tant que vaincus, leur droit était limité. En pratique, c'est l'État romain qui était le véritable propriétaire et l'étranger occupait cette terre de manière précaire contre paiement d'une redevance. Cette redevance était payée au fisc romain et correspondait à la fois à un loyer et à un impôt.

C'est ce droit précaire des pérégrins que nous appelons propriété provinciale. Les Romains désignaient ce droit par l'expression « *habere possidere frui* », c'est-à-dire « avoir, posséder et recueillir les fruits ». Cette expression est donc très différente du « *meum esse* » de la propriété quiritaire ou du « *in bonis esse* » de la propriété bonitaire.

Le caractère précaire de la propriété provinciale résidait dans le fait que l'état romain n'en avait laissé l'usage à son occupant que faute d'un usage imminent. Si un besoin devait se présenter ou si le propriétaire provincial omettait de payer la redevance, l'État romain reprenait le bien. Il faut souligner que le paiement de cet impôt foncier constituait une source de revenus indispensable pour Rome ! C'était de loin la rentrée principale pour le fonctionnement de l'état romain.

Mais après avoir défini la propriété provinciale de manière un peu négative, il faut malgré tout reconnaître que le propriétaire provincial avait certains droits sur la chose. C'est ainsi qu'il avait la possibilité de vendre et d'aliéner le bien. Bien entendu, en vertu de l'adage « *Nemo plus iuris ad alium transferre potest quam ipse haberet* », l'acquéreur ne pouvait à son tour obtenir qu'un droit de propriétaire provincial.

Cette propriété provinciale était protégée en justice par une action calquée sur la *rei vindicatio*, disant : « Que Mévius soit juge. S'il apparaît qu'il est permis à Aulus Agerius d'avoir, de posséder et de retirer les fruits du fonds dont il s'agit et que ce fonds n'est pas restitué à Aulus Agerius conformément à ton arbitrage, juge, condamne Numerius Negidius envers Aulus Agerius à une somme égale à ce que vaudra cette chose. S'il n'apparaît pas, absous-le ».

Même si cette formule ressemble à celle de la *rei vindicatio*, la façon dont le droit est décrit est très différente puisqu'il est question d'un fonds qu'il est permis d'avoir, de posséder et dont on peut retirer les fruits. C'est bien dans la formule qu'apparaît l'expression « *habere possidere frui* ».

En conclusion pour la propriété provinciale, on peut donc schématiser la situation en disant que le vrai propriétaire est l'État romain, le propriétaire provincial étant simplement toléré contre paiement de l'impôt foncier. Bien que l'on pourrait remettre en question la qualification de « propriété » ici, on a pris l'habitude d'en faire une troisième forme de propriété romaine en droit classique. Ce choix s'explique notamment par l'évolution postclassique de la propriété en droit romain.

Pendant cette période postclassique, les Romains sont revenus progressivement à une conception unique du droit de propriété. Mais plutôt que d'envisager cela comme un retour en arrière, il serait plus juste de souligner que cette évolution est avant tout le fruit de la continuation des mouvements lancés aux cours des siècles précédents. En effet, par le développement de la propriété bonitaire, la différence entre les *res Mancipi* et les *res nec Mancipi* s'était nettement estompée, au point de rendre désuète la *Mancipatio*. Dans ce cas, pourquoi encore faire l'effort de recourir à la *Mancipatio* si la *traditio* soutenue par le prêteur permet d'arriver au même résultat pratique ? En conséquence, l'empereur Justinien a aboli définitivement ces institutions tombées en désuétude. La distinction qui était précédemment essentielle entre *res Mancipi* et *res nec Mancipi* a disparu et a été remplacée en importance par la distinction entre meubles et immeubles. Les choses les plus importantes sont désormais les immeubles.

Sans *res Mancipi*, la *Mancipatio* et l'*in iure cessio* n'avaient plus de raison d'être non plus, évidemment. Le transfert de propriété était mieux maîtrisé par les Romains qui n'avaient plus besoin d'être rassurés par un formalisme strict. La *traditio* remplissait tous les besoins et transférait aussi bien les meubles que les immeubles.

En conséquence de ces suppressions, la distinction entre propriété quiritaire et bonitaire disparut naturellement. Mais qu'en était-il alors de la propriété provinciale ? Souvenons-nous que la spécificité principale de celle-ci résidait dans l'obligation de payer l'impôt foncier. Autrement dit, le principal privilège du propriétaire quiritaire ou bonitaire était d'être exempté de cet impôt. Mais ce privilège a été supprimé sous le règne de l'empereur Dioclétien, qui a décidé de soumettre les fonds italiens à l'impôt foncier.

Son but était évidemment d'augmenter les recettes fiscales, mais sur le plan de la propriété, il a fait disparaître tout intérêt pratique de distinguer encore la propriété quiritaire de la propriété

provinciale. Désormais tout le monde devait payer l'impôt foncier. Rappelons en outre que depuis la *constitutio antoniniana** de 212, tous les habitants de l'empire étaient devenus citoyens Romains. Continuer à discriminer les citoyens sur le plan de l'impôt foncier devenait de toute façon difficilement justifiable.

Bref, il n'y avait plus de différence entre la propriété quiritaire et la propriété provinciale et sur ce point, on peut dire que c'est plutôt la propriété quiritaire qui a été abaissée au niveau de la propriété provinciale. C'est un droit diminué au point que, par exemple, être propriétaire d'un terrain n'implique plus nécessairement que l'on soit aussi propriétaire du sous-sol. Il fallait désormais une autorisation de l'État pour exploiter une mine ou une carrière et il fallait même payer une redevance proportionnelle au produit retiré du sol.

Sur le plan des conditions traditionnelles de la propriété, les choses ont évolué également. Alors qu'en ancien droit, seul le *paterfamilias* pouvait exercer un droit de propriété, les choses ont changé avec le temps. Par l'intermédiaire de l'institution du pécule*, le *paterfamilias* pouvait faire gérer une partie de son patrimoine par son fils ou par un esclave. Dans un premier temps, c'était toujours le *paterfamilias* qui était le seul titulaire du droit de propriété, mais en droit postclassique, les fils de famille ont obtenu de plus en plus de droits sur les pécules jusqu'à en devenir des quasi-propriétaires. C'était particulièrement le cas, par exemple, lorsqu'un fils de famille avait effectué son service militaire et qu'il recevait le paiement de sa solde. Cet argent gagné au prix de son sang ne pouvait plus simplement revenir à son *paterfamilias*, mais constituait ce que l'on a appelé un *peculium castrense**, un pécule militaire. Et de cet argent gagné en tant que soldat, les fils de famille pouvaient désormais faire ce qu'ils voulaient, indépendamment de la volonté de leur père.

En résumé : à l'époque postclassique, presque tout le monde a la citoyenneté romaine, certains *alieni iuris** sont traités comme des propriétaires et tous les immeubles sont soumis à l'impôt foncier. On ne peut donc plus vraiment dire que le droit de propriété est limité aux Romains et aux choses romaines. Ces catégories sont pour ainsi dire vidées de leur sens. Seuls les esclaves restent encore exclus du droit de propriété.

Comme nous l'avons déjà laissée entendre en disant que le propriétaire du sol ne dispose plus librement du sous-sol de son terrain, le droit de propriété n'est plus vraiment un droit illimité comme il l'était encore en droit classique. Il y a de plus en plus de règles restrictives en ce qui concerne la construction d'immeubles, surtout dans les villes.

On voit aussi apparaître de plus en plus de restrictions du droit d'abuser – et donc d'aliéner – une chose dont on est propriétaire. Alors qu'en droit classique, l'interdiction de vendre ne concernait que les choses qui faisaient l'objet d'un litige dans sa phase *in iudicio*, les possibilités de restreindre le droit d'aliéner se généralisent en droit postclassique et de Justinien. Il est désormais possible de vendre ou donner une chose à quelqu'un en lui interdisant de la vendre à son tour, en insérant pour cela une clause d'inaliénabilité dans le contrat ou dans le testament. Le nouveau titulaire du droit de propriété obtenait donc un droit fortement diminué.

Enfin, les mesures de réquisitions sont également devenues beaucoup plus fréquentes en droit postclassique. L'empire romain est soumis à la pression des forces armées barbares et cherche à se défendre par tous les moyens possibles. Régulièrement, l'administration romaine exige donc que certains citoyens exercent certaines activités pour l'état ou fournissent certaines denrées afin d'assurer le fonctionnement de certains services publics. L'armée romaine réquisitionne aussi régulièrement des stocks de nourriture, des locaux, des navires, etc. En

principe, les propriétaires sont dédommagés, mais ils n'ont pas eu le choix de vendre ou non et sont confrontés à une vente forcée...

On le comprend : en droit postclassique, le droit de propriété est bien mal en point et nettement moins bien protégé que précédemment.

6) La prescription acquisitive de propriété

Pour en terminer avec le droit de propriété, il nous reste à parler d'un mode d'acquisition qui s'est développé à partir de la fin de la période classique : la *praescriptio longi temporis* ou prescription de long temps. Dans ce cas également, l'invention de cette institution juridique résulte de développements commencés bien plus tôt et plus précisément dans l'évolution de l'usucapion.

Souvenons-nous que l'usucapion est déjà une forme de prescription acquisitive, puisqu'elle peut rendre le possesseur propriétaire par la possession d'un an pour les meubles et deux ans pour les immeubles. Souvenons-nous également que l'écoulement du délai joue un rôle variable. En cas d'erreur sur la qualité de l'acte de la part de l'acquéreur, ce dernier changera simplement de nom à la fin du délai : il était propriétaire bonitaire et devient propriétaire quiritaire. En revanche, en cas d'erreur sur la qualité de propriétaire de l'aliénateur, le changement est plus radical. Pendant le délai, le vrai propriétaire peut revendiquer la chose, mais une fois de délai d'usucapion écoulé, ce n'est plus possible et l'acquéreur ne peut plus être inquiété par personne. Ce n'est qu'après l'écoulement du délai que son droit devient absolu et peut être opposé à quiconque. Généralement, on réserve d'ailleurs le terme de « propriété » à un tel droit absolu. L'acquéreur *a non domino*, c'est-à-dire celui qui acquiert d'un non-propriétaire, n'est dès lors pas appelé propriétaire prétorien ou bonitaire pour cette raison.

Après ce bref rappel des règles relatives à l'usucapion, souvenons-nous également que ces règles sont réservées aux citoyens romains. Les pérégrins sont exclus de la propriété quiritaire et de l'usucapion. Pour ceux-ci, l'écoulement du temps ne joue donc aucun rôle. Cela signifie donc aussi qu'ils n'auront jamais la paix et que leur situation juridique restera toujours incertaine, puisqu'ils pourront toujours être inquiétés dans la possession, sans jamais pouvoir l'invoquer pour prouver leur droit de propriété. Jamais la possession ne les rendra propriétaires. Cette situation est problématique pour un système juridique qui a besoin de stabilité et de certitudes. C'est une exigence fondamentale pour le bon fonctionnement du système.

En théorie, on peut imaginer deux types d'ordres juridiques. Prenons d'abord le cas d'un système primitif, dans lequel tout repose sur la transmission orale. Dans un tel système, dès que les témoins sont tous morts, les problèmes potentiels disparaissent avec eux et la possession ne souffre plus de discussion. Mais si le système est celui d'une civilisation plus évoluée, gardant des traces écrites des situations anciennes, alors cela devient source de conflits. Imaginons par exemple une famille qui cultive un champ pendant deux siècles et dont le droit est remis en question par un écrit après tout ce temps. Cela ferait certainement désordre et ferait naître des doutes par rapport à beaucoup de situations apparemment établies.

Puisque ce problème concernait les pérégrins, c'est avant tout en province qu'il s'est posé... et c'est là qu'une solution juridique s'est développée. En réalité, la solution romaine s'est inspirée du droit hellénistique. Ce dernier considérait comme acquis les droits qui n'avaient pas été contestés pendant une longue période.

Les Romains ont adopté la *praescriptio* en 200 de notre ère, sous le règne de Sévère et Caracalla. Littéralement, *prae-scribere* signifie écrire avant. La *praescriptio* est dès lors une partie de la formule que l'on insère avant *l'intentio* et après la désignation du juge. Cette prescription est dès lors un argument que le juge doit examiner avant même d'examiner le fond de l'affaire. En l'occurrence, le défendeur pouvait par exemple invoquer le fait que le demandeur était resté inactif depuis 20 ans par exemple. Si le juge constatait qu'il y avait réellement eu une telle inactivité prolongée, il devait alors absoudre le défendeur sans devoir entreprendre d'autre vérification. Plus tard, l'argument de la prescription pour inactivité deviendra un argument de la défense parmi d'autres et sera traité comme toutes les exceptions. Pour rappel, le mot exception est utilisé pour désigner un argument du défendeur.

Mais revenons à l'insertion de la prescription en droit romain par les empereurs Sévère et Caracalla. La règle devait profiter aux fonds provinciaux qui ne pouvaient pas bénéficier de l'usucapion. En conséquence, le possesseur ne devenait pas propriétaire après deux ans, mais après 10 ou 20 ans. Le délai était de 10 ans lorsque les deux parties habitaient la même cité et 20 ans s'ils habitaient des cités différentes. Dans la mesure où la prescription de long temps comble la lacune de l'absence d'usucapion, la prescription requérait elle aussi que le possesseur soit de bonne foi et puisse invoquer une juste cause.

La prescription de long temps se présente donc à ce moment comme une usucapion avec des délais allongés pour les provinciaux. Pourtant l'idée fondatrice des deux mécanismes n'est pas la même. Alors que l'usucapion prend racine dans la bonne foi du possesseur, la prescription se fonde plutôt sur l'inaction du propriétaire et cette inaction s'accommode mal de l'obligation d'être de bonne foi.

Mais Sévère et Caracalla ne limitent pas le bénéfice de la prescription de long temps aux provinciaux. Il était difficile de leur accorder un droit et refuser le même aux Romains. Dès le début, la règle a donc fonctionné pour les meubles qui ne pouvaient pas être usucapés, comme les meubles volés. L'usucapion est impossible pour les meubles volés, mais la prescription de long temps fonctionne donc.

En résumé, la *praescriptio longi temporis* fonctionne donc pour tant pour les meubles que pour les immeubles, et tant pour les pérégrins que pour les Romains. Pour en bénéficier, le possesseur doit posséder cette chose de bonne foi et en vertu d'une juste cause. Il ne peut donc pas savoir que la chose a fait l'objet d'un vol ou d'un enlèvement par violence.

En outre, la prescription s'appliquera aussi par rapport à une servitude ou un usufruit. Ainsi par exemple si vous avez laissé passer le bétail de votre voisin sur votre terrain pendant vingt ans sans vous y opposer, vous perdez le droit de l'empêcher de passer et il acquiert une servitude de passage. La particularité de ce type d'acquisition, c'est qu'il n'y a dans ce cas ni bonne foi de celui qui fait passer son bétail puisqu'il sait bien qu'il n'a pas de servitude de passage, ni juste cause, puisqu'il n'y a eu aucun accord de volonté pour faire naître la servitude. Il y a donc des situations dans lesquelles la prescription de long temps fonctionne sans bonne foi.

Cette incongruité sera corrigée sous le règne de Constantin puisque l'empereur supprimera les conditions de bonne foi et de juste cause. En contrepartie de cet allègement des conditions d'application, le délai de possession sans intervention du propriétaire est prolongé à une durée de 40 ans.

L'empereur Théodose II réduira le délai à 30 ans. En outre, il étendra le champ d'application de la prescription à l'acquisition d'autres droits que la propriété, la servitude et l'usufruit : les

droits de créance ! Ainsi par exemple, si vous aviez prêté une somme d'argent par *mutuum* à quelqu'un et que vous omettiez de lui en réclamer la restitution pendant 30 ans, vous perdiez le droit de le faire. Dans ce cas, la prescription n'est plus acquisitive de propriété, mais extinctive de l'action en justice par laquelle on pouvait réclamer le paiement d'une dette en justice. En définitive, en perdant l'action en justice, on perd le droit lui-même.

Environ un siècle plus tard, Justinien fera une synthèse des droits des époques classique et postclassique. Il y a désormais trois types de prescriptions acquisitives.

Premièrement, il y a pour les meubles une prescription acquisitive de trois ans appelée usucapion. Elle suppose – comme l'usucapion classique – que la chose usucapée n'ait pas été volée ou enlevée par violence, et que le possesseur soit de bonne foi et ait acquis la chose en vertu d'une juste cause.

Deuxièmement, il y a une prescription de 10 ou 20 ans pour les immeubles acquis en vertu d'une juste cause et possédés de bonne foi, s'ils n'ont pas fait l'objet d'un enlèvement par violence. On en revient ici à une règle ressemblant à celle de Sévère et Caracalla, à ceci près que le critère géographique dont dépend le délai de 10 ou 20 ans n'est plus que les parties vivent – ou non – dans la même cité, mais dans la même province.

Troisièmement, il y a une prescription résiduelle de 30 ans, qui fonctionne dans tous les cas qui ne sont pas couverts par les deux premières. Cette prescription de 30 ans, comme celle de Théodose II, éteint les actions en justice non utilisées pendant ce délai.

Cette synthèse réalisée sous Justinien est remarquablement similaire à l'état de la question dans le code Napoléon.

PARTIE B : TEXTES

Texte 5.1 (ancien 13 a) XIIITab.7.8.A

XIIITab. 7.8.A :

Si aqua pluvia nocet...

Loi des XII Tables, table 7.8.a :

Si l'eau de pluie nuit ...

Texte 5.2 (ancien 13 b) D. 40.7.21pr.

Pomp., 7 ex Plaut., (D. 40.7.21.pr.) :

(...) *Sic et verba legis duodecim tabularum veteres interpretati sunt si aqua pluvia nocet, id est si nocere poterit.*(...)

Pomponius, au livre 7 sur Plautius (D. 40.7.21.pr.) :

(...) C'est ainsi que les anciens ont interprété les termes de la loi des douze tables : "Si l'eau de pluie nuit", dans le sens "si elle peut nuire". (...)

Texte 5.3 (ancien 92) D. 39.3.1pr.

Ulp., 43 ad ed. (D. 39.3.1pr.) :

Si cui aqua pluvia damnum dabit, actione aquae pluviae arcendae avertetur aqua. Aquam pluviam dicimus, quae de caelo cadit atque imbre excrescit, sive per se haec aqua caelestis noceat, ut Tubero ait, sive cum alia mixta sit.

Ulpian, au livre 43 sur l'édit (D. 39.3.1pr.) :

Si quelqu'un subit un dommage du fait de l'eau de pluie, il aura une action en vue de détourner l'eau de pluie. Par eau de pluie, nous entendons l'eau qui tombe du ciel et forme un torrent, soit que cette eau nuise seule, comme dit Tubero, soit qu'elle nuise étant mêlée à d'autres eaux.

Texte 5.4 (ancien 93) Cic., Top. 3.39

Cic., Top. 3.39 :

Ut aqua pluvia ultimo genere ea est, quae de caelo veniens crescit imbri, sed propriae, in quo quasi ius arcendi continetur, (genus est aqua pluvia) nocens, eius generis formae loci vitio et manu nocens, quarum altera iubetur ab arbitro coerceri, altera non iubetur.

Cicéron, Topiques 3.39 :

Par exemple, si l'on remonte au genre le plus compréhensif, l'eau de pluie est celle qui vient du ciel et s'accroît par la pluie ; mais, en un genre moins éloigné, qui suffit à conditionner l'exercice de l'action en détournement des eaux pluviales, on ne considère que l'eau de pluie qui cause des dégâts : de ce genre les espèces sont les dégâts imputables au vice du lieu, et ceux qui sont imputables au travail de l'homme. C'est dans le second cas que l'arbitre ordonne de détourner les eaux, non dans le premier.

Texte 5.5 (ancien 14) D. 39.3.1.1

Ulp., 53 ad ed. (D. 39.3.1.1) :

Haec autem actio locum habet in damno nondum facto, opere tamen iam facto, hoc est de eo opere, ex quo damnum timetur : totiensque locum habet, quotiens manu facto opere agro aqua nocitura est, id est cum quis manu fecerit, quo aliter flueret, quam natura soleret, si forte immittendo eam aut maiorem fecerit aut citatiorem aut vehementiorem aut si comprimendo redundare effecit. Quod si natura aqua noceret, ea actione non continentur.

Ulpien, au livre 53 sur l'édit (D. 39.3.1.1) :

Cette action a toutefois lieu à propos d'un dommage qui n'est pas encore produit, l'ouvrage étant cependant déjà construit, c'est-à-dire à propos d'un ouvrage dont on craint qu'il ne cause un dommage. Elle a lieu toutes les fois que, par un ouvrage fait de main d'homme, l'eau de pluie doit nuire à un fonds, c'est-à-dire lorsque quelqu'un a, de ses mains, fait en sorte que l'eau s'écoule autrement que de la manière accoutumée : par exemple, si en lâchant l'eau on la rendait plus importante, plus rapide, plus violente, ou si en diminuant son cours on la faisait refluer (chez le voisin). Mais si c'était par son cours naturel que l'eau cause un dommage, on n'aurait dans ce cas aucune action.

Texte 5.6 (ancien 15) D. 39.3.1.21

Ulp., 53 ad ed. (D. 39.3.1.21):

Sicut autem opus factum, ut aqua pluvia mihi noceat, in hanc actionem venit, ita per contrarium quaeritur, an posset aquae pluviae arcendae agi, si vicinus opus fecerit, ne aqua, quae alioquin decurrens agro meo proderat, huic prosit. Ofilius igitur et Labeo putant agi non posse, etiamsi intersit mea ad me aquam pervenire: hanc enim actionem locum habere, si aqua pluvia noceat, non si non prosit.

Ulpien, au livre 53 sur l'édit (D. 39.3.1.21) :

De même que cette action a lieu dans le cas où mon voisin aurait fait une construction par laquelle les eaux de pluie dussent me nuire, on demande si réciproquement j'aurais une action contre mon voisin qui aurait fait une construction par laquelle les eaux qui, en passant par mon champ, lui étaient utiles, cesseraient de profiter à ce champ. Ofilius et Labéon sont d'avis que je ne dois pas en ce cas avoir d'action contre lui, quoique j'aie intérêt à ce que les eaux me parviennent. Car cette action a lieu dans le cas où l'eau de pluie cause un dommage, non dans le cas où elle cesse d'être utile.

Texte 5.7 (ancien 16) D. 39.3.2.5-6

Paul, 49 ad ed. (D. 39.3.2.5):

Item Varus ait: aggerem, qui in fundo vicini erat, vis aquae deiecit, per quod effectum est, ut aqua pluvia mihi noceret. Varus ait, si naturalis agger fuit, non posse me vicinum cogere aquae pluviae arcendae actione, ut eum reponat vel reponi sinat, idemque putat et si manu factus fuit neque memoria eius exstat: quod si exstat, putat aquae pluviae arcendae actione eum teneri. Labeo autem, si manu factus sit agger, etiamsi memoria eius non exstat, agi posse ut reponatur: [nam hac actione neminem cogi posse, ut vicino prosit, sed ne noceat aut interpellat facientem, quod iure facere possit ?] [quamquam tamen deficiat aquae pluviae arcendae actio, attamen opinor utilem actionem vel interdictum mihi competere adversus vicinum, si velim aggerem

restituere in agro eius, qui factus mihi quidem prodesse potest, ipsi vero nihil nociturus est: haec aequitas suggerit, etsi iure deficiamus.]

2.6 : *Apud Namusam relatum est, si aqua fluens iter suum stercore obstruxerit et ex restagnatione superiori agro noceat, posse cum inferiore agi, ut sinat purgari; hanc enim actionem non tantum de operibus esse utilem manu factis, verum etiam in omnibus, quae non secundum voluntatem sint. Labeo [contra Namusam probat:] ait enim naturam agri ipsam a se mutari posse et ideo, cum per se natura agri fuerit mutata, aequo animo unumquemque ferre debere, sive melior sive deterior eius condicio facta sit. Idcirco et si terrae motu aut tempestatis magnitudine soli causa mutata sit, neminem cogi posse, ut sinat in pristinam locum condicionem redigi. [Sed Nos etiam in hunc casum aequitatem admisimus.]*

Paul, au livre 49 sur l'Edit (D. 39.3.2.5) :

De même Varus rapporte cette espèce : la violence des eaux a rompu la digue qui était sur le fonds de mon voisin, d'où il arrive que les eaux de pluie me causent du dommage. Varus dit que si cette digue était un ouvrage naturel, je ne peux forcer mon voisin par l'*actio aquae pluviae arcendae* à rétablir cette digue ou à souffrir qu'elle soit rétablie. Il décide la même chose si cette digue a été faite de main d'homme, mais depuis un temps immémorial, car si elle était construite depuis un temps connu, il pense que le voisin serait tenu par l'action. Cependant, Labéon estime que lorsque la digue a été faite de main d'homme, même depuis un temps immémorial, on peut intenter l'action pour que la digue soit rétablie. [Car par cette action, on ne peut être forcé de procurer un avantage au voisin mais bien de ne pas lui causer un dommage ou de ne pas l'empêcher de faire ce qu'il a le droit de faire ?] [Mais bien que l'*actio aquae pluviae arcendae* puisse ne pas avoir lieu, je pense pouvoir bénéficier d'une action utile ou de l'interdit contre mon voisin si je veux rétablir sur son fonds une digue qui peut m'être utile sans lui être nuisible. C'est ce que recommande l'équité, même s'il nous manque à ce sujet des prescriptions légales.]

2.6 : Namusa écrit, si l'eau en coulant voit son cours obstrué par du limon (fumier) , de sorte que sa stagnation nuise au fonds supérieur, on peut agir contre le propriétaire du fonds inférieur pour le forcer à laisser nettoyer le passage des eaux. Car cette action n'est pas seulement utilisable contre les travaux faits de main d'homme, mais même contre tous ceux qui se font sans notre volonté.

Labéon [n'approuve pas cette opinion de Namusa ;] dit que la disposition naturelle d'un fonds peut se changer d'elle-même. Et dans ce cas, chacun des voisins doit supporter le changement d'un cœur égal, que sa situation en soit améliorée ou qu'elle empire. Pour la même raison, si la structure du sol se trouve modifiée par un tremblement de terre ou par la violence de la tempête, personne ne peut être forcé à souffrir que les lieux soient rétablis dans leur état antérieur. [Nous cependant, nous avons même dans ce cas laissé place à l'équité.]

Texte 5.8 (ancien 83) D. 39.3.2pr.

Paul, 49 ad ed. (D. 39.3.2pr.):

In summa tria sunt, per quae inferior locus superiori servit : lex, natura loci, vetustas, quae semper pro lege habetur, minuendum scilicet litium causa.

Paul, au livre 49 sur l'édit (D. 39.3.2pr.) :

En général il y a trois causes qui assujettissent un fonds inférieur à un fonds supérieur : il y a la loi, la nature des lieux et la *vetustas*, qui a toujours été prise pour une loi, en vue de diminuer les litiges.

Texte 5.9 (ancien 17) D. 39.3.6.7

Ulp., 53 ad ed. (D. 39.3.6.7):

Celsus scribit, si quid ipse feci, quo tibi aqua pluvia noceat, mea impensa tollere me cogendum, si quid alius qui ad me non pertinet, sufficere, ut patiar te tollere.(...).

Ulpien, au livre 53 sur l'édit (D. 39.3.6.7) :

Celse écrit : si j'ai fait moi-même un ouvrage par lequel l'eau de pluie te cause un dommage, je dois être condamné à l'ôter à mes frais. Si c'est un autre qui l'a fait, et qui ne dépende pas de moi, il suffit que je souffre que tu l'ôtes. (...)

Texte 5.10 (ancien 18) D. 8.5.8.5-7

Ulp., 17 ad ed. (D. 8.5.8.5):

Aristo Cerellio Vitali respondit non putare se ex taberna casiaria fumum in superiora aedificia iure immitti posse, nisi ei rei servitutem talem admittit. Idemque ait: et ex superiore in inferiora non aquam, non quid aliud immitti licet: in suo enim alii hactenus facere licet, quatenus nihil in alienum immittat, fumi autem sicut aquae esse immissionem: posse igitur superiorem cum inferiore agere ius illi non esse id ita facere. Alfenus denique scribere ait posse ita agi ius illi non esse in suo lapidem cadere, ut in meum fundum fragmenta cadant. Dicit igitur aristo eum, qui tabernam casiariam a minturnensibus conduxit, a superiore prohiberi posse fumum immittere, sed minturnenses ei ex conducto teneri: agique sic posse dicit cum eo, qui eum fumum immittat, ius ei non esse fumum immittere. Ergo per contrarium agi poterit ius esse fumum immittere: quod et ipsum videtur aristo probare. Sed et interdictum uti possidetis poterit locum habere, si quis prohibeatur, qualiter velit, suo uti. 8.6. Apud Pomponium dubitatur libro quadragesimo primo lectionum, an quis possit ita agere licere fumum non gravem, puta ex foco, in suo facere aut non licere. Et ait magis non posse agi, sicut agi non potest ius esse in suo ignem facere aut sedere aut lavare. 8.7. Idem in diversum probat: nam et in balineis, inquit, vaporibus cum Quintilla cuniculum pergentem in Ursi Iuli instruxisset, placuit potuisse tales servitutes imponi.

Ulpien, au livre 17 sur l'édit (D.8.5.8.5)

Aristo a répondu à Cerellius Vitalis qu'il ne pensait pas qu'on pût faire passer par des constructions voisines plus élevées la fumée provenant d'un atelier où l'on enfume le fromage, à moins qu'une servitude n'ait été consentie à ce propos. Il dit aussi que du fonds supérieur on ne peut évacuer les eaux ou tout autre chose par le fonds inférieur. Car chacun peut faire ce qu'il veut sur son propre fonds, pourvu qu'il n'introduise rien sur le fonds d'autrui. Il en va des "immissions" de fumée comme de celles de l'eau. Le propriétaire du fonds supérieur a donc une action contre celui du fonds inférieur pour prétendre qu'il n'a pas le droit de faire ce qu'il fait. Il dit d'ailleurs qu'Alfenus a écrit que je pouvais agir en justice pour soutenir que mon voisin n'a pas le droit tailler des pierres sur son fonds de telle sorte qu'il en projette des éclats sur mon terrain. Aristo décide en conséquence qu'un particulier qui avait loué, pour y enfumer des fromages, un atelier appartenant à des habitants de la ville de Minturne pouvait être empêché par le propriétaire du fond voisin supérieur d'y faire passer sa fumée; mais les habitants de Minturne seraient alors tenus vis-à-vis de lui en vertu du contrat de location. Il dit ainsi qu'on peut actionner celui qui provoque l'"immission" de fumée, en prétendant qu'il n'a pas le droit de l'envoyer sur le fonds d'autrui. Dès lors, par le raisonnement inverse, on pourra aussi agir dans le cas contraire en prétendant qu'on a le droit d'envoyer sa fumée. Aristo paraît bien être lui-même de cet avis. Et l'interdit *uti possidetis* pourrait aussi être délivré si quelqu'un était empêché d'utiliser son bien de la manière qu'il veut.

8.6 : Dans Pomponius, au livre 41 des “Leçons”, il est mis en doute que l’on puisse agir en justice sur base de la permission ou de l’interdiction de faire sur son propre fonds une fumée légère comme par exemple celle que dégage un foyer. Il estime plutôt qu’il n’y a pas d’action, de même qu’on ne peut agir en prétendant qu’on a le droit de faire du feu chez soi, de s’y asseoir ou d’y laver.

8.7 : Dans le cas inverse, il donne une réponse affirmative : car on a ainsi décidé dans le cas d’une certaine Quintilla, qui avait fait placer un tuyau conduisant la vapeur de ses bains sur le fonds d’Ursus Iulius, qu’il était possible de constituer une telle servitude.

Texte 5.11 (ancien 77) Gai. 2.40-41

Gai. 2.40-41 :

40. Sequitur ut admoneamus apud peregrinos quidem unum esse dominium : nam aut dominus quisque est aut dominus non intellegitur. Quo iure etiam populus romanus olim utebatur : aut enim ex iure Quiritium unusquisque dominus erat aut non intellegebatur dominus. Sed postea divisionem accepit dominium, ut alius possit esse ex iure Quiritium dominus, alius in bonis habere. 41. Nam si tibi rem Mancipi neque in iure cessero, sed tantum tradidero, in bonis quidem tuis ea res efficitur, ex iure Quiritium uero mea permanebit donec tu eam possidendo usucapias ; semel enim inpleta usucapione proinde pleno iure incipit, id est et in bonis et ex iure Quiritium tua res esse, ac si ea Mancipata <esset> vel in iure cessa.

Gaius, Institutes 2.40-41 :

40. Il nous faut maintenant attirer l’attention sur ce que les étrangers ne connaissent qu’une seule forme de maîtrise : on est censé être propriétaire ou ne pas l’être. Ce droit était autrefois en vigueur même chez le peuple romain : ou bien, en effet, on était propriétaire de droit quiritaire ou on n’était pas considéré comme propriétaire. Plus tard, la notion de propriété se scinda : une même chose pouvait appartenir à l’un de droit quiritaire et se trouver au nombre des biens de l’autre (*in bonis*). **41.** En effet, si je ne t’ai pas fait une *mancipatio* ni une *in iure cessio* d’une *res Mancipi*, mais te l’ai simplement tradée, tu auras cette chose *in bonis*, mais restera mienne de droit quiritaire, jusqu’à ce que tu l’usucapes par la possession : c’est seulement une fois l’usucapion accomplie que la chose commencera à être tienne de plein droit, c’est-à-dire à se trouver à la fois dans tes biens et à t’appartenir de droit quiritaire, comme si elle t’avait été aliénée par *mancipatio* ou *in iure cessio*.

Texte 5.12 (ancien 19) D. 41.3.1

De usurpationibus et usucapionibus

Gai., 21 ad ed. provinc. (D. 41.3.1) :

Bono publico usucapio introducta est, ne scilicet quarundam rerum diu <tius ? > et fere semper incerta dominia essent, cum sufficeret dominis ad inquirendas res suas [statuti temporis] <anni biennii> spatium.

Gaius, au livre 21 sur l’édit provincial (D. 41.3.1) :

L’usucapion a été introduite pour le bien public, à savoir que la propriété de certaines choses ne restât pas <plus? > longtemps et presque toujours incertaine, alors qu’on laissait aux propriétaires un laps de [temps réglementé]<un an ou deux> suffisant pour rechercher leurs propriétés.

Texte 5.13 (ancien 94) Gai. 2.44

Gai. 2.44 :

Quod ideo receptum videtur, ne rerum dominia diutius in incerto essent, cum sufficeret domino ad inquirendam rem suam anni aut biennii spatium, quod tempus ad usucapionem possessori tributum est.

Gaius, institutes 2.44 :

Cela paraît avoir été admis pour que la maîtrise de ces choses ne restât pas plus longtemps dans l'incertitude : comme il suffisait au maître, pour retrouver sa chose, d'un an ou deux, ce temps fut accordé au possesseur pour usucaper.

Texte 5.14 (ancien 78) D. 30.114.14

Marcianus, 8 inst. (D. 30.114.14) :

Divi Severus et Antoninus rescripserunt eos, qui testamento vetant quid alienari nec causam exprimunt, propter quam id fieri velint, nisi invenitur persona, cuius respectu hoc a testatore dispositum est, nullius esse momenti scripturam, quasi nudum praeceptum reliquerint, quia talem legem testamento non possunt dicere: quod si liberis aut posteris aut libertis aut heredibus aut aliis quibusdam personis consulentes eiusmodi voluntatem significarent, eam servandam esse, sed haec neque creditoribus neque fisco fraudi esse: nam si heredis propter testatoris creditores bona venierunt, fortunam communem fideicommissarii quoque sequuntur.

Marcianus, au livre 8 de ses institutes (D. 30.114.14) :

Les divins Sévère et Antonin ont décidé dans un rescrit que la disposition par laquelle le testateur défend à son héritier d'aliéner était nulle s'il n'a pas exprimé la raison pour laquelle il a énoncé cette interdiction et qu'on ne voie personne en faveur de qui elle paraissait avoir été faite ; le testateur est alors censé avoir fait une simple recommandation à son héritier parce que de telles charges ne peuvent être insérées dans un testament. Mais si une volonté du même ordre est énoncée pour le bien des enfants, descendants, affranchis, héritiers ou quelque autre personne, elle doit être respectée.

Texte 5.15 (ancien 79) C. 4.51.7

C. 4.51.7 :

Sancimus, sive lex alienationem inhibuerit sive testator hoc fecerit sive pactio contrahentium hoc admiserit, non solum dominii alienationem vel mancipiorum manumissionem esse prohibendam, sed etiam usus fructus dationem vel hypothecam vel pignoris nexum penitus prohiberi: similique modo et servitutes minime imponi nec emphyteuseos contractum, nisi in his tantummodo casibus, in quibus constitutionum auctoritas vel testatoris voluntas vel pactionum tenor qui alienationem interdixit aliquid tale fieri permiserit.

IUST. A. IOHANNI PP. D. K. NOV. CONSTANTINOPOLI.

Code de Justinien 4.51.7 :

Nous ordonnons, lorsqu'une aliénation a été interdite par la loi, par un testateur ou par un accord entre contractants, que non seulement la propriété ne puisse être aliénée, mais encore qu'on ne puisse absolument pas constituer sur le bien un usufruit, une hypothèque, ou un gage ; de même, qu'on ne puisse consentir sur lui une servitude ni un droit d'emphytéose ; à moins que ce ne

soit dans les cas où les constitutions, la volonté du testateur ou la teneur de la convention qui ont interdit l'aliénation ne permettent de faire quelque chose de semblable.

Justinien à Jean, préfet du prétoire, fait aux calendes de novembre (531), à Constantinople.

Texte 5.16 (ancien 80) C. 11.59.8

C. 11.59.8 :

Qui agros domino cessante desertos vel longe positos vel in finitimis ad privatum pariter publicumque compendium excolere festinat, voluntati suae nostrum noverit adesse responsum: ita tamen, ut, si vacanti ac destituto solo novus cultor insederit, ac vetus dominus intra biennium eadem ad suum ius voluerit revocare, restitutis primitus quae expensa constiterit facultatem loci proprii consequatur. Nam si biennii fuerit tempus emensum, omni possessionis et domini carebit iure qui siluit.

VALENTIN. THEODOS. ET ARCAD. AAA. TATIANO PP. ORIENTIS. (a 388 – 392).

Code de Justinien 11.59.8 :

Que ceux qui voudront se charger de la culture d'un fonds abandonné par le propriétaire, sachent que nous les y autorisons, sous la réserve que si dans les deux années qui suivent, l'ancien propriétaire revendiquait ce fonds, ils le lui rendent, après avoir reçu le remboursement des dépenses qu'ils pourraient avoir faites. Ce délai expiré, tout droit à la possession et à la propriété cessera pour celui qui ne s'est pas manifesté

Valentinien-Théodose-Arcadius à Tatianus, préfet du prétoire d'Orient (388-392).

Texte 5.17 (ancien 81) C. 11.59.11

C. 11.59.11 :

Locorum domini intra sex menses edictis vocati revertantur. Qui si adfuerint, et propria teneant et ea quae ex praeterito contraxerint debita redhibere cogantur.

ARCAD. ET HONOR. AA. HADRIANO PP. D. VI K. SEPT. STILICHONE ET AURELIANO CONSS (a 400).

Code de Justinien 11.59.11 :

Que les propriétaires des fonds abandonnés soient sommés de reprendre dans les 6 mois leur propriété et de payer les impôts qu'ils devaient. Mais si par leur silence, ils font entendre qu'ils abandonnent leur bien, que ces fonds soient délivrés en toute propriété à d'autres qui s'engagent à payer les impôts qui seront dus à partir du moment de leur prise de possession effective du bien.

Arcadius et Honorius à Hadrien, préfet du prétoire, fait aux calendes de septembre du 6^{ème} consulat de Stilichon et Aurélien (400).

Texte 5.18 (ancien 28) D. 8.4.13.1

Ulp., 6. opin. (D. 8.4.13.1) :

Si constat in tuo agro lapidicinas esse, invito te nec privato nec publico nomine quisquam lapidem caedere potest, cui id faciendi ius non est (...).

Ulpien, au livre 6 des opinions (D. 8.4.13 1) :

S'il apparaît qu'il y a des carrières dans ton fonds, personne qui n'a pas un droit de le faire, ne peut, sans ton accord, en retirer des pierres, que ce soit à titre privé ou pour le bien public (...)

Texte 5.19 (ancien 29) CTh. 10.19.1

CTh. 10.19.1 :

De metallis et metallariis.

IMP. CONSTANTINUS A. AD MAXIMUM RATIONALEM AFRIC(AE).

Secandorum marmorum ex quibuscumque metallis volentibus tribuimus facultatem, ita ut, qui caedere metallum atque ex eo facere quodcumque decreverint, etiam distrahendi habeant liberam potestatem.

DAT. PRID. KAL. OCTOB. CONSTANTINO A. VI ET CONSTANTINO CAES. CONSS.

Code Théodosien 10.19.1 (Constantin) :

L'Empereur Constantin à Maximus, administrateur d'Afrique.

Nous accordons la faculté à ceux qui le veulent d'extraire des pierres de n'importe quelle carrière, de telle sorte que ceux qui auront décidé d'arracher du minerai et d'en faire un usage quelconque, auront même le libre pouvoir de le vendre.

Fait au jour précédant les calendes d'octobre, Constantin, étant consul pour la sixième fois, avec Constantin César (= 30 sept. 320).

Chapitre 6 : les démembrements du droit de propriété

PARTIE A : SCRIPTS

1) Les servitudes

Après avoir longuement expliqué le fonctionnement du droit de propriété, le moment est venu de parler des autres droits réels et nous commencerons par la servitude, que nous avons déjà évoquée précédemment. Sur le plan de la terminologie, la servitude suppose un rapport entre deux fonds de terre. Le fonds qui a un droit sur l'autre est appelé fonds dominant. L'autre est appelé fonds servant.

La première servitude imaginée a très probablement été la servitude de passage et c'est dès lors de cet exemple que nous allons partir pour expliquer la création du mécanisme juridique. Prenons le cas du terrain A qui n'a pas d'accès direct à la voie publique, parce qu'il en est séparé par le terrain B. Le propriétaire du terrain enclavé a besoin d'accéder à la voie publique, sans quoi son terrain est inexploitable. Il s'agit là d'un besoin économique central par rapport à la conception de la servitude. Une première solution a dû résider dans la vente d'une bande de terrain au propriétaire du terrain A, afin qu'il puisse accéder à la voie publique en restant sur son fonds. Mais en réalité, cette solution n'est pas conforme à la volonté réelle des parties. A veut simplement avoir le droit de passer sur le terrain B, pas en devenir propriétaire. Il fallait donc développer une solution d'après laquelle la propriété du fonds ne changeait pas, mais grâce à laquelle le propriétaire du fonds A obtenait un droit permanent d'accéder à la voie publique. En conséquence, B restait propriétaire du sol, mais A recevait le droit de passer par un passage déterminé. C'est cela que l'on entend quand on parle d'un démembrement du droit de propriété : une partie des prérogatives du propriétaire sont accordées à une autre personne que ce propriétaire.

Cette origine de la servitude explique pourquoi elle est une *res mancipi* : La constitution de la servitude se fait toujours par *mancipatio*, comme on le faisait par le passé, lorsque l'on aliénait la propriété quiritaire de la bande de terrain servant au passage. C'est du moins le cas des servitudes rustiques, les servitudes les plus anciennes en droit romain. Ces servitudes rustiques étaient déjà réglementées par la loi des XII tables et étaient conçues dans le but de servir une exploitation agricole. À l'inverse, les servitudes urbaines concernaient les constructions et ont été développées plus tard.

Les servitudes rustiques étaient trois servitudes de passage : la servitude *iter*, permettant de passer à pied ; la servitude *actus*, permettant de faire passer un troupeau ; et la servitude *via*, permettant de passer avec un véhicule. À part ces trois servitudes de passage, deux servitudes supplémentaires concernaient l'irrigation des champs : la servitude *aquae haustus* permettant de puiser de l'eau chez un voisin et la servitude *aquae ductus*, permettant de faire passer de l'eau par le fonds d'un voisin. Enfin, la dernière servitude rustique était le *ius pascendi*, le droit de faire paître son bétail sur le fonds de quelqu'un d'autre.

Les servitudes urbaines – comme nous l'avons laissé entendre – sont quant à elles des *res nec mancipi*. Cette différence s'explique par le fait que la catégorie des *res mancipi* a été figée en ancien droit. Au moment où les servitudes urbaines ont été inventées, aucune nouvelle *res mancipi* n'était encore ajoutée, ce qui en faisait des *res nec mancipi* par défaut. En revanche, le caractère rustique ou urbain n'est pas lié à la localisation de la servitude. Il importe peu que l'on soit en ville ou à la campagne : la distinction dépend du type de servitude et non du lieu.

Les servitudes urbaines étaient au nombre de 4 : la servitude *oneris ferendi*, qui permet d'appuyer une construction sur la construction de son voisin ; la servitude *altius non tollendi*,

par laquelle on se réserve une vue, en empêchant un voisin de construire au-delà d'une certaine hauteur ; la servitude *cloacae*, par laquelle on obtient le droit d'évacuer ses eaux usées par le fonds de son voisin ; et enfin la servitude *luminis*, par laquelle on se garanti une source du lumière, ce qui implique par exemple l'interdiction pour le voisin de construire devant notre fenêtre, empêchant par-là la lumière d'entrer chez nous.

Ces deux listes de servitudes étaient en principe exhaustives, mais la jurisprudence a bientôt admis que l'on étende ces listes par analogie. Toutes ces servitudes sont soumises aux mêmes 4 conditions.

Premièrement, il fallait que tant les fonds que les propriétaires soient tous romains. Cette condition est la conséquence logique de l'origine des servitudes, directement liée à la propriété quiritaire.

Deuxièmement, la servitude ne peut pas consister, pour le propriétaire du fonds servant, en l'obligation de faire quelque chose, mais uniquement de laisser faire. Ainsi par exemple, si nous prenons une servitude de passage, le propriétaire du fonds servant doit seulement laisser passer le bénéficiaire de la servitude, mais pas nettoyer le passage par exemple. Cette deuxième condition s'explique par le caractère a priori illimité du droit de propriété. L'octroi d'une servitude constitue déjà une diminution de ce droit, mais une obligation positive de faire quelque chose rendrait la chose intolérable.

Troisièmement, on ne peut pas avoir de servitude sur sa propre chose. Si le propriétaire du fonds servant devient également propriétaire du fonds dominant, par exemple en achetant ce fonds, la servitude s'éteint automatiquement par confusion. La confusion est un mécanisme toujours utilisé aujourd'hui et qui éteint les droits incompatibles entre eux. Cela n'a en effet aucun sens d'avoir une servitude de passage sur un fonds qui m'appartient déjà, c'est une évidence ne nécessitant pas de droit particulier. Notons dès maintenant que le mécanisme de la confusion ne s'applique pas uniquement à la servitude mais plus généralement à toutes les situations similaires.

Quatrièmement, la servitude doit être utile au fonds dominant. Cette condition-ci est la conséquence du besoin économique qui se trouve à la base de la servitude. La servitude doit être utile au fonds et non à son propriétaire. Ainsi, une servitude de passage doit servir à passer sur le fonds de son voisin, pas à se promener sur ce fonds pour son plaisir personnel.

Après les 4 conditions de validité des servitudes, il convient également de souligner les caractéristiques principales des servitudes et nous en citerons 3.

Premièrement, la servitude est en principe perpétuelle, tout comme le droit de propriété dont elle est issue. Mais nous avons déjà vu qu'elle pouvait s'éteindre par confusion. À partir de l'époque classique, la jurisprudence romaine admettra également qu'elle soit éteinte du commun accord des propriétaires des fonds dominant et servant. Par ailleurs, lorsque le propriétaire du fonds dominant omettait d'utiliser son droit de servitude pendant une période de 2 ans, cette servitude pouvait s'éteindre par non-usage. Ce mécanisme était appelé l'*usucapio libertatis*, l'usucapion de liberté.

La deuxième caractéristique de la servitude est son indivisibilité. Cela signifie que si le fonds dominant vient à être partagé en plusieurs fonds, chacun des fonds résultant de ce partage bénéficiera de la servitude.

La troisième caractéristique est l'inaliénabilité de la servitude. A priori, cela n'a en effet aucun sens de vendre une servitude indépendamment du fonds pour lequel elle a été créée. La servitude résulte d'un besoin et cela lie viscéralement le fonds dominant et la servitude. Mais avec le temps, les mentalités vont également évoluer, jusqu'à admettre une telle aliénation de la servitude seule. En revanche, cette aliénation ne sera efficace que si le propriétaire du fonds servant marque son accord.

A l'époque postclassique, les servitudes vont encore évoluer. Alors que le droit de propriété était soumis à de nombreuses limitations, on voit également se développer des règles d'urbanisme applicables à la ville de Constantinople. Ces règles datent en effet du règne de l'empereur Zénon, à une époque postérieure à la chute de l'empire romain d'occident. Ces règles d'urbanisme sont conçues comme des servitudes légales, dès lors qu'elles sont imposées par la loi et non par un accord entre propriétaires.

Ce recours aux servitudes légales pour régler les constructions urbaines sera poursuivi par les empereurs suivants et en particulier par Justinien. Ce dernier élargira aussi le concept de servitude en le limitant plus aux droits réels constitués au profit d'un fonds, c'est-à-dire les servitudes telles qu'on les a définies jusqu'ici. Il appellera servitude également les droits réels constitués au profit d'une personne. En faisant cela, il dénature la catégorie des servitudes pour distinguer entre les servitudes réelles et les servitudes personnelles. Par servitudes personnelles, il visait les droits d'usufruit, d'usage et d'habitation... qui feront l'objet de notre prochaine vidéo, mais que l'on n'a plus l'habitude d'appeler servitude aujourd'hui. En effet, de nos jours, seules les servitudes réelles sont encore appelées servitudes.

2) L'usufruit

Nous l'avons déjà dit : en ancien droit romain, le droit de propriété est réservé au seul *paterfamilias*. En cas de décès, son patrimoine passait à ses enfants. Mais pour sa veuve, le risque de rester démunie n'était pas mince.

C'est en réponse à ce problème que les Romains ont imaginé ce qui allait devenir l'usufruit. Cette institution juridique est plus tardive que les servitudes et date probablement du 3^{ème} siècle avant notre ère. Comment faire pour que les biens du mari aillent à la veuve dans un premier temps et reviennent aux enfants ensuite ? Le risque principal était bien entendu que la veuve se remarie. Dans pareille situation, les biens destinés aux enfants tombaient dans le patrimoine du nouveau mari et les enfants du premier lit perdaient tout.

Il fallait donc trouver une idée plus ingénieuse et c'est ce que certains maris romains ont fait. Dans leur testament, ils disaient léguer l'*usus* et le *fructus* de leurs biens à leur veuve, alors qu'à leurs enfants, ils léguaient l'*abusus*. En conséquence, la veuve pouvait continuer à habiter l'ancienne maison familiale, mais seuls les enfants avaient le pouvoir de la vendre. La veuve ne pouvait donc pas transmettre son droit à quelqu'un d'autre, et pas non plus à son éventuel nouveau mari. L'usufruit – dont le nom latin *ususfructus* est limpide – est donc un droit fondamentalement temporaire, puisqu'il a été conçu pour permettre à la veuve de terminer sa vie à l'abri du besoin. À la mort de cette dernière, l'usufruit s'éteint.

Pendant la durée de l'usufruit, les enfants ont donc très peu de droits sur la chose en usufruit. C'est pour cette raison que l'on parle dans leur chef de « nue-propriété ». A la mort de l'usufruitière, ils deviennent plein-propriétaires.

L'usufruitier, de son côté, peut donc user de la chose et en retirer les fruits. Par fruits, on entend non seulement les fruits naturels au sens botanique, comme la pomme, le raisin ou le froment, mais aussi les produits des mines et des carrières, de même que les petits nés d'animaux en usufruit. Mais pour les animaux, il faut malgré tout distinguer selon que l'usufruit porte sur un animal isolé ou sur un troupeau. Dans le cas du troupeau, tous les nouveau-nés ne constituent pas des fruits. C'est tout le troupeau qu'il faut prendre en considération. Ainsi, si dans un troupeau de 20 moutons, 3 meurent et 5 naissent, 3 nouveau-nés servent à reconstituer le troupeau et les deux supplémentaires sont des fruits dont l'usufruitier peut disposer. Le remplacement des 3 moutons morts par 3 brebis est appelé mécanisme de subrogation en droit. Ce mécanisme permet de faire en sorte qu'à la fin de l'usufruit, il y ait toujours un troupeau de moutons, ce qui ne serait pas le cas si les moutons morts n'avaient pas été remplacés. Cette règle relative aux troupeaux ne s'applique cependant pas aux esclaves, dont les Romains ne considéraient pas qu'ils pouvaient constituer un troupeau. Le nouveau-né d'une esclave n'était d'ailleurs pas non plus considéré être un fruit.

Lorsque l'usufruit porte – par exemple – sur un gigantesque vignoble, l'usufruitier n'est évidemment pas tenu de consommer les raisins personnellement. Il a le droit de les vendre et d'en garder le prix obtenu. Pour des raisons similaires, il pourrait aussi donner le vignoble en location et garder le montant du loyer pour lui. Dans un cas comme dans l'autre, l'argent obtenu par l'usufruitier est considéré comme un fruit, que l'on appelle fruit civil aujourd'hui.

De manière un peu étrange, l'usufruitier pouvait même vendre l'usufruit. C'est étrange dans la mesure où tout le mécanisme a été conçu pour empêcher la veuve de spolier ses enfants. C'est pour cela qu'il faut bien s'entendre sur les conséquences d'une telle vente. En cas de vente d'usufruit, l'acquéreur ne devenait pas plein propriétaire, mais obtenait uniquement le droit d'user et de recueillir les fruits dont disposait le vendeur. En outre, les conséquences de cette vente cessaient à la mort du vendeur, puisque c'est à ce moment que son droit d'usufruit prenait fin. Une telle vente d'usufruit ne s'accompagnait donc évidemment pas d'une *mancipatio* ou d'un autre acte de transfert de la propriété, puisqu'il ne pouvait être question de rendre l'acquéreur propriétaire du bien en usufruit. L'*abusus* restait l'apanage du seul nu-propriétaire.

Dès lors que l'usufruitier devait rendre la chose à la fin de l'usufruit et qu'il n'avait pas le droit d'en abuser, il devait aussi l'utiliser « *salva rerum substantia* », c'est-à-dire en préservant la substance. La jurisprudence romaine regorge d'exemples à ce propos. Imaginons que l'usufruit portait sur un jardin d'agrément ; dans pareille situation, l'usufruitier n'avait pas le droit de le transformer en champ agricole ou en carrière par exemple. De même, si l'usufruit portait sur un esclave précepteur de grec, l'usufruitier ne pouvait pas en faire, disons... un gladiateur. Chaque esclave devait être utilisé en conformité avec sa condition antérieure. L'usufruitier d'un terrain ne pouvait pas non plus y construire un édifice. Il n'avait même pas le droit de terminer un édifice dont la construction avait été commencée. Si le bien en usufruit était inutilisable en l'état, c'était l'usufruit lui-même qui prenait fin.

Puisque c'est l'usufruitier qui a l'usage effectif de la chose, c'est lui également qui doit en supporter les coûts relatifs. C'est donc lui qui doit supporter le coût de la nourriture du bétail et payer l'impôt foncier par exemple. Il serait injuste de demander au nu-propriétaire de supporter ces frais.

L'action en justice par laquelle l'usufruitier fait valoir son droit est la *vindicatio ususfructus*, qui est analogue à la *vindicatio servitutis*.

Si nous nous interrogeons sur la situation du nu-propiétaire, nous comprenons aisément qu'il ne peut pas entreprendre grand-chose par rapport au bien en usufruit. Nous avons pourtant dit que c'est lui qui dispose de l'*abusus*. Mais comme vous l'aurez compris, il ne serait pas acceptable qu'il détruise la chose en usufruit. L'*abusus* en question porte donc uniquement sur son droit d'aliéner sa nue-propiété.

Mais que se passe-t-il si l'usufruitier fait un usage abusif de la chose et n'en préserve pas la substance comme il devrait le faire ? Pour le nu-propiétaire, une telle situation est particulièrement inconfortable, puisqu'il ne peut rien réclamer avant le décès de l'usufruitier. À ce moment, il peut devenir très difficile de prouver que la chose en usufruit a péri en raison du comportement de l'usufruitier. Imaginons par exemple que l'usufruit ait porté sur un esclave et qu'au moment où l'usufruit prend fin, l'esclave est déjà mort depuis 15 ans. Comment le nu-propiétaire peut-il encore espérer trouver les éléments matériels qui lui permettront de prouver que la mort est due au comportement de l'usufruitier ?

La protection du nu-propiétaire est -ici aussi- venue du prêteur qui a obligé l'usufruitier à faire une promesse par stipulation. Le mécanisme est similaire à celui de la *cautio* damni infecti*, la caution pour le dommage futur. Dans ce cas-ci, la stipulation porte le nom de *cautio* usufructuaria*. Par celle-ci l'usufruitier promet ne pas abuser du bien, de le restituer au nu-propiétaire et de s'abstenir de tout dol, c'est-à-dire de tout comportement contraire à la bonne foi. Grâce à cette *cautio usufructuaria*, la situation du nu-propiétaire était nettement plus confortable dès lors qu'il ne devait plus attendre la fin de l'usufruit pour agir contre l'usufruitier.

Il nous reste à envisager une situation particulière découlant des origines de l'usufruit. Comment fallait-il comprendre un testament par lequel un défunt léguait à sa veuve 200 tonneaux de vin en usufruit, tout en léguant la nue-propiété à leurs enfants ? La difficulté relative au vin, c'est qu'il s'agit d'une chose dite consommable. Cela signifie qu'il n'est pas possible de l'utiliser sans la détruire. Si nous reprenons l'exemple du vin : que peut-on en faire d'autre que le boire ? Or cela est interdit à l'usufruitière, puisqu'elle ne peut user de la chose qu'en en préservant la substance. A priori, un tel usufruit devrait donc être caduc, puisqu'il est impossible à l'usufruitière d'en profiter. Le sénat romain a cependant considéré qu'il fallait donner un sens à ce type de testaments et a dit qu'un tel usufruit sur une chose consommable était valable. C'est ensuite la jurisprudence romaine qui a élaboré la solution en appelant cela un « quasi-usufruit ». Puisque la chose était consommable, le quasi-usufruitier obtenait donc le droit de la consommer, à charge pour lui d'en restituer l'équivalent au nu-propiétaire, à la fin du quasi-usufruit. Ce n'est donc plus la chose elle-même qui doit être rendue, mais son équivalent. La restitution de cet équivalent était confortée par la promesse de restitution déjà incluse dans la *cautio usufructuaria*.

L'usufruit est un droit réel réparti sur deux têtes : le nu-propiétaire et l'usufruitier. En cas de quasi-usufruit, le quasi-usufruitier peut faire de la chose ce qu'il veut, en ce compris la détruire, puisque l'on ne peut pas en user autrement qu'en la détruisant. Dans telle situation, le quasi-usufruitier se comporte donc comme un plein-propiétaire. Par voie de conséquence, le nu-propiétaire n'est plus propriétaire du tout. Son droit n'est plus un droit réel, puisqu'il n'a aucun droit sur la chose. Son droit est au contraire un droit de créance, puisque tout ce qu'il peut encore faire, c'est exiger la restitution de l'équivalent de la chose consommable en quasi-usufruit. Si nous reprenons notre exemple de départ, les enfants du vigneron ne peuvent pas exercer de droit sur les tonneaux de vin légués par le père à leur mère, ils peuvent uniquement exiger de leur mère qu'elle leur restitue l'équivalent des tonneaux de vin légués en quasi-usufruit. En ce sens, le quasi-usufruit n'est donc pas un droit réel au même titre que l'usufruit.

En droit contemporain, l'usufruit est resté une institution très courante. Les raisons pratiques de son instauration sous la république romaine sont toujours actuelles, même si aujourd'hui, la plupart des usufruits résultent de l'application de la loi et non des testaments. C'est la loi qui accorde au conjoint survivant un usufruit sur tout ou partie des biens du défunt.

3) La superficte

Après avoir traité des servitudes et de l'usufruit, il nous reste deux autres démembrements du droit de propriété à exposer : la superficte et l'emphytéose. Ces deux institutions juridiques ont comme point commun qu'elles sont des droits réels nés d'une relation personnelle. Au départ, nous avons donc une relation entre propriétaire et locataire. Par rapport au bien loué, le locataire n'a qu'un droit de créance. Il peut seulement exiger du propriétaire qu'il respecte le contrat de bail, mais il n'a aucun droit sur la chose elle-même. Cependant, certains locataires ont vu leurs droits se consolider au point qu'ils se sont transformés en droit réel, en droit sur la chose elle-même, notamment avec la prérogative d'aliéner cette chose.

Mais commençons par la superficte. Son origine doit être recherchée dans le caractère illimité de la propriété romaine. Souvenez-vous : être propriétaire d'un terrain, c'est pouvoir presque tout faire avec ce terrain, mais aussi avec ce qui se trouve *sur* ce terrain. Ainsi, si un arbre pousse sur un terrain qui m'appartient, l'arbre m'appartient également. Pour les mêmes raisons, si je construis une maison sur mon terrain, la maison m'appartient également. Nous l'avons dit : la propriété d'un terrain entraîne celle de l'air qui le surplombe et de tout ce qui s'y trouve. C'est que l'on appelle aujourd'hui le principe de l'accession et que les Romains exprimaient par les mots « *superficies solo cedit* ». On peut traduire librement cela par : « Ce qui se trouve sur la superficte du terrain, suit le même sort que lui ».

Ce principe de l'accession expliqué, nous pouvons maintenant en venir à la naissance du droit de superficte. Tout commence probablement sur le forum. Pour rappel, le forum est un lieu essentiel pour les Romains, puisqu'il se trouve au centre de la vie publique. C'est là que l'on rend la justice, mais c'est aussi là que les Romains faisaient du commerce. C'est donc aussi la place du marché sur laquelle les commerçants installent leurs échoppes. À l'époque comme aujourd'hui, les commerçants étaient tenus de payer une redevance pour s'y installer et faire commerce. Ces échoppes étaient sans doute – et particulièrement aux débuts – de fabrication sommaire en raison de leur caractère temporaire. Mais certains commerçants étaient présents sur le forum tous les jours et l'on peut comprendre qu'ils aient fini par choisir de s'installer de manière moins sommaire. Ils en viennent donc à construire de réelles boutiques. Mais en raison du principe de l'accession, puisque le forum est un lieu public, c'est Rome qui en est propriétaire et non le commerçant qui a construit la boutique.

Puisque les commerçants ne pouvaient pas être propriétaires de la boutique qu'ils avaient construite, il fallait donc les considérer comme des locataires. Et la redevance – appelée vectigal – payée pour pouvoir s'installer sur le forum correspondait donc à un loyer payé à Rome. Mais bien vite, le choix de considérer le commerçant comme un simple locataire d'un bâtiment qu'il avait pourtant construit lui-même a semblé un peu artificiel. L'évolution est ici aussi arrivée par l'intervention du préteur. Il a considéré que ce commerçant était digne d'être mieux protégé en justice qu'un simple locataire. Alors que les interdits* étaient normalement réservés aux titulaires de droits réels, le préteur a accordé un interdit à ces commerçants-locataires également : l'*interdictum de loco publico fruendo* ; l'interdit de ceux qui jouissent d'un lieu public. Grâce à celui-ci, ils pouvaient donc se défendre contre ceux qui viendraient troubler leur

occupation de ce lieu public. Plus tard, la même situation s'est présentée aussi dans les lieux privés, mais la solution juridique retenue a été similaire. Le prêteur a accordé à ce locataire un peu particulier un interdit propre, l'interdit du superficiaire.

Le commerçant était donc protégé contre les importuns dans le cadre de son activité. Mais toute activité humaine a une fin et une question épineuse concernait l'organisation de la fin de carrière du commerçant. Comment pouvait-il transmettre son commerce ? Il lui était évidemment impossible de vendre sa boutique puisqu'il n'en était pas le propriétaire ! Pourtant, le commerce a une certaine valeur économique, mais comment faire ? Il n'était pas possible de vendre sa position de locataire. Un locataire est en effet avant tout un débiteur de loyers et on ne conçoit pas de vendre des dettes.

C'est une nouvelle fois le prêteur qui a apporté le changement sur ce point également en accordant à ce commerçant une action réelle. Ce faisant, le droit lui-même n'est plus un droit de créance, mais devient un droit réel. C'est ce changement de nature du droit qui justifie que nous traitions de la superficie ici, parmi les droits réels. Cette création d'un nouveau droit réel n'était évidemment pas une chose anodine, même pour le prêteur. C'est pourquoi, il a choisi de prendre ses précautions par rapport à cette nouvelle action réelle. Alors que normalement, le prêteur n'examinait que les questions de droit, sans vérifier les faits, qui étaient, eux, examinés par le juge, le prêteur n'accordait cette action que *cognita causa*, c'est-à-dire après avoir pris connaissance des faits. Afin de ne pas accorder cette action trop facilement, le prêteur vérifiait en particulier si le superficiaire occupait l'emplacement depuis un temps suffisamment long pour mériter cette protection juridique.

L'action réelle du superficiaire devait lui permettre de reprendre la construction dans les mains de quiconque la lui avait prise, en ce compris le propriétaire du sol. Grâce à cette action réelle, le droit du superficiaire devient donc un droit absolu, opposable à tout le monde. Enfin, puisque la superficie est devenue un droit réel, il n'y avait plus d'obstacle à la possibilité d'aliéner ce droit et le commerçant pouvait désormais transmettre son commerce.

À l'époque postclassique, la situation du superficiaire s'est un peu embrouillée sur le plan juridique. Dans la partie occidentale de l'empire, les écrits juridiques montrent une certaine confusion entre les différents droits réels, et la superficie est régulièrement confondue avec un droit de propriété pur et simple sur la construction. En Orient, c'est l'influence hellénistique qui a imposé une situation similaire. Dès lors que le droit grec ne connaissait pas le principe de l'accession, avoir des propriétaires différents pour le sol et la construction ne posait pas de problème juridique. C'est comme cela que le principe de l'accession, que les Romains appelaient *superficies solo cedit*, finit par être oublié.

Mais pour le droit de superficie comme pour tant d'autres domaines juridiques, l'ordre est revenu en droit de Justinien. Ce dernier le restaure en effet dans sa forme du droit classique. Il rétablit donc le principe de l'accession et classe la superficie parmi les *iura in re aliena*, c'est-à-dire les droits sur une chose appartenant à autrui. La clarté est restaurée sur le principe que le propriétaire du terrain est par conséquent aussi propriétaire de la construction sur laquelle le superficiaire a un droit de superficie distinct du droit de propriété. Il n'en reste pas moins qu'à l'époque de Justinien, les droits du superficiaire n'ont pas grand-chose à envier à ceux du propriétaire sur le plan du droit. Il dispose en effet d'une action réelle, d'un interdit et de la *cautio damni infecti*. Il peut transmettre son droit entre vifs ou à cause de mort. Il peut le grever d'une servitude et entreprendre tous les travaux qu'il veut, en ce compris la destruction de la construction. La seule action du propriétaire qui lui échappe est l'*actio aquae pluviae arcendae*, l'action en vue de détourner l'eau de pluie. L'explication principale réside ici dans le fait que

cette action n'était accordée qu'à condition qu'un dommage soit causé à un champ agricole. Et on n'imagine pas cela dans cadre d'un droit de superficie.

4) L'emphytéose

À côté du droit de superficie, il y a un droit réel similaire que l'on appelle emphytéose. L'origine est très semblable, puisque l'emphytéote était, lui aussi, initialement un locataire d'un lieu public, dont les prérogatives ont été consolidées jusqu'à se transformer en un droit réel. La différence principale avec la superficie réside dans le fait que l'emphytéose ne porte pas sur une construction, mais sur des terrains agricoles.

L'État romain possédait en effet des terrains agricoles – l'*ager publicus* – qu'il donnait en location (*locatio conductio**) à des particuliers. C'étaient les censeurs qui étaient chargés de cette mission et comme ils étaient élus pour une période de 5 ans, ces contrats de location étaient quinquennaux. Mais ces locations étaient en outre renouvelables et souvent renouvelées. Même le décès du fermier-locataire n'interrompait pas réellement la location puisqu'il était habituel que l'héritier reprenne l'exploitation agricole à son compte et poursuive la location à la place du défunt. La redevance payée était ici également le vectigal et le champ soumis à une telle location était dès lors appelé *ager vectigalis* ou champ *vectigalis*. Le locataire d'un tel champ n'était pas un locataire ordinaire, dès lors que sa situation était bien plus durable dans le temps.

Le préteur a donc également pris en considération cette durabilité pour protéger juridiquement le locataire d'un *ager vectigalis*.

Premièrement, il lui a accordé un interdit possessoire. Mais contrairement à la situation du superficiaire, il lui a accordé l'interdit du propriétaire et n'a pas cru bon de créer un interdit spécifique, comme il l'avait fait en faveur du superficiaire.

Deuxièmement, le préteur lui a aussi accordé une action réelle calquée sur l'action du propriétaire provincial. Ce locataire était désigné comme celui qui *in perpetuum fruentum conduxisse*, c'est-à-dire qui loue de manière permanente.

Troisièmement, le locataire *vectigalis* a obtenu l'*abusus*, puisqu'il pouvait aliéner son droit et aussi le donner en gage.

Ce droit, que les Romains ont finalement appelé emphytéose, leur a posé des problèmes de classification. Fallait-il considérer ce contrat comme une vente ou comme une location ? L'emphytéote dispose d'une série d'avantages, comme l'action réelle et l'interdit, dont ne bénéficie pas le locataire et qui le font ressembler à un acheteur. Mais contrairement à ce dernier, il ne pourra jamais bénéficier de l'usucapion. De plus, son droit de vendre l'emphytéose est soumis à une réserve importante : pour le vendre, il doit d'abord le proposer au propriétaire qui bénéficie d'un droit de préemption. Enfin, l'emphytéote reste toujours soumis au risque de devoir restituer la chose au propriétaire. Tant qu'il paie le vectigal et s'acquitte de l'impôt foncier, ce risque est écarté, mais dès qu'il omet de payer, l'obligation de restituer la chose refait surface !

C'est par rapport à ces caractéristiques hybrides que les juristes romains ont exprimé leurs hésitations. Le juriste Gaius[@] admet qu'il faut plutôt y voir une location. L'emphytéote doit en

effet payer un loyer et risque de devoir restituer le bien à son propriétaire et ces deux caractéristiques ont sans doute fait pencher la balance à ses yeux.

Mais en droit romain comme en droit moderne, ce type de situations hybrides est courant. Si l'on prend l'exemple d'une voiture : on peut bien sûr l'acheter ou la louer, mais on peut aussi conclure un contrat de leasing. Dans ce cas, le contrat se présentera souvent comme un contrat de louage dans un premier temps. À la fin du contrat, le preneur peut en rester là et restituer la voiture – auquel cas, le contrat sera une location ; mais le preneur peut également choisir de payer la valeur résiduelle de la voiture et la garder, et dans ce cas le contrat deviendra un contrat de vente. On voit donc que ce n'est qu'à la fin du contrat que l'on peut savoir quelle est la nature définitive du contrat.

L'utilisation d'un terme anglais pourrait laisser penser que ce type de contrat est nouveau et certainement inconnu des Romains. Il n'en est pourtant rien. Le même juriste Gaius nous donne l'exemple suivant. Les Romains étaient friands de combats de gladiateurs. Ces combats étaient offerts par des magistrats romains pour s'attirer les faveurs du peuple.

Mais généralement, ces gladiateurs n'appartenaient pas aux magistrats. Ces derniers devaient se les procurer auprès de lanistes, dont le métier était d'entraîner des gladiateurs qui étaient généralement des esclaves. Les magistrats achetaient donc les gladiateurs utiles pour les spectacles qu'ils organisaient. Si les gladiateurs mouraient, c'était tant pis : c'était la loi du genre. Mais si les gladiateurs survivaient ? Cela embêtait souvent les magistrats qui n'étaient pas lanistes et ne tenaient pas à garder ces gladiateurs. Ils pouvaient bien sûr les revendre, mais la solution retenue était plus généralement une autre. Le contrat entre le magistrat et le laniste prévoyait que les esclaves qui mourraient étaient achetés alors que ceux qui survivaient n'étaient que loués. Ce n'était donc qu'après les combats que l'on pouvait savoir si le contrat conclu était une vente ou une location... et la ressemblance avec le contrat de leasing ne vous aura pas échappé !

Mais revenons à l'emphytéose... Alors que les juristes romains tergiversaient sur la nature de l'emphytéose, la question a finalement été tranchée par l'empereur Zénon, à la fin du 5^{ème} siècle. Il semble donc bien que la controverse évoquée par Gaius ait encore perduré pendant plus de trois siècles. La solution choisie par l'empereur est de faire de l'emphytéose une catégorie juridique distincte de la vente et de la location. L'emphytéose n'est donc ni l'une, ni l'autre. Mais en disant cela, on a uniquement réglé une question théorique, pas encore la question pratique du régime juridique à appliquer à l'emphytéose. Sur ce plan, la constitution impériale de Zénon ne donne que peu d'informations. Elle renvoie les parties aux dispositions contractuelles conclues entre elles par écrit. À cette époque, il est devenu tout à fait usuel de garder une preuve écrite des contrats importants que l'on conclut... et certainement pour une emphytéose qui a vocation à durer longtemps. Mais si Zénon fait place à la liberté contractuelle, il fallait malgré tout envisager le cas dans lequel les parties ne prévoyaient rien quant à la destruction de la chose par force majeure.

La question de la force majeure devait nécessairement recevoir une solution spécifique, dès lors que le droit de la vente et celui de la location divergent sur ce point. Si la chose vendue périt entre le moment de la conclusion du contrat et le transfert de propriété, le droit romain imputait le risque à l'acheteur. Cela signifie que l'acheteur devait payer le prix convenu même s'il ne recevrait jamais la chose achetée. Dans le cadre du contrat de location, la solution est différente : si la chose louée périt par force majeure, le locataire est libéré de son obligation de payer : c'est donc le bailleur qui supporte le risque. Il convenait dès lors que le nouveau régime créé par Zénon impute le risque de la force majeure soit au propriétaire, soit à l'emphytéote... Mais ici

aussi, c'est une voie médiane qui est choisie. La constitution impériale décide que si la chose périt, il faut distinguer selon que la perte est totale ou partielle. Si elle est totale, c'est le propriétaire qui supporte le risque, si elle est partielle, c'est l'emphytéote. Malgré l'apparent équilibre de la solution, vu que l'objet de l'emphytéose est un champ agricole, une destruction totale n'est presque pas possible. Il faut en effet imaginer un cataclysme dévastateur comme un glissement de terrain ou une invasion par une armée ennemie qui ferait perdre le terrain à Rome de manière définitive. En revanche, une invasion de sauterelles, un incendie ou une inondation n'aurait pas un tel effet. Il ferait perdre la récolte, mais pas le terrain. Remarquez que cela signifie aussi que l'emphytéote devra payer le vectigal même s'il est privé des ressources que le terrain agricole aurait pu lui apporter. Comme vous pouvez le voir, le régime choisi par Zénon est donc sévère pour les emphytéotes, mais cela correspond aussi à la précarité de leur droit en général.

Sous Justinien, il est en outre précisé que l'emphytéote doit payer l'impôt foncier. En soi, c'est une décision logique, puisque c'est lui qui exploite le fonds. Mais à part son obligation de payer le vectigal et l'impôt, l'emphytéote ressemble également à un propriétaire quant à ce qu'il peut faire du fonds. Si on le compare avec le superficiaire il peut même – contrairement à ce dernier – intenter l'action en vue de détourner l'eau de pluie. En revanche, la transmission du bien entre vifs reste soumise, sous Justinien également, à l'obtention d'un accord du propriétaire. Celui-ci garde en effet un droit de préemption du bien qui doit surtout lui permettre d'en profiter pour augmenter le montant du vectigal.

Enfin, si l'emphytéote omettait de payer la redevance pendant trois ans, il perdait son droit.

En définitive, l'emphytéote est un propriétaire de seconde zone. Rappelons-nous que sous Justinien, les Romains en sont revenus à une conception unifiée de la propriété. Mais la position de citoyens-propriétaires de second rang qui revenait préalablement aux propriétaires provinciaux est en quelque sorte dès lors assumée par les emphytéotes. Ils sont titulaires d'un droit précaire, soumis à un dur labeur et tenus de payer de lourdes redevances. Cette situation n'est pas sans rappeler la soumission des serfs au moyen âge. Cette similitude n'est d'ailleurs pas un hasard puisque c'est précisément ce rapport entre emphytéotes et propriétaires qui a ensuite évolué pour devenir la relation féodale entre vassal et seigneur.

PARTIE B : TEXTES

Texte 6.1 (ancien 102) Gai. 2.17

Gai. 2.17 :

Item fere omnia, quae incorporalia sunt, nec mancipi sunt exceptis servitutibus praediorum rusticorum; nam eas mancipi esse constat, quamvis sint ex numero rerum incorporalium.

Gaius, institutes 2.17 :

De même presque toutes les choses incorporelles ne sont pas mancipables, à l'exception des servitudes rurales, car il est constant que celles-ci sont mancipables, bien que figurant parmi les choses incorporelles.

Texte 6.2 (ancien 30) D. 8.1.15.1

Pomp., 33 ad Sab. (D. 8.1.15.1):

Servitutium non ea natura est, ut aliquid faciat quis, veluti viridia tollat aut amoeniorem prospectum praestet, aut in hoc ut in suo pingat, sed ut aliquid patiatur aut non faciat.

Pomponius, au livre 33 sur Sabinus (D. 8.1.15.1) :

La nature des servitudes ne consiste pas en ce que quelqu'un fasse quelque chose (comme par exemple arracher la verdure pour me procurer une vue plus agréable ou repeindre son bâtiment dans le même dessein), mais en ce que quelqu'un souffre ou ne fasse pas quelque chose.

Texte 6.3 (ancien 31) D. 8.5.6.2

Ulp., 17 ad ed. (D. 8.5.6.2) :

Etiam de servitute, quae oneris ferendi causa imposita erit, actio nobis competit, ut et onera ferat et aedificia reficiat ad eum modum, qui servitute imposita comprehensus est. Et Gallus putat non posse ita servitutum imponi, ut quis facere aliquid cogeretur, sed ne me facere prohiberet: nam in omnibus servitutibus refectio ad eum pertinet, qui sibi servitutum adserit, non ad eum, cuius res servit. Sed evaluit Servi sententia, in proposita specie ut possit quis defendere ius sibi esse cogere adversarium reficere parietem ad onera sua sustinenda. Labeo autem hanc servitutum non hominem debere, sed rem, denique licere domino rem derelinquere scribit.

Ulprien, au livre 17 sur l'édit (D. 8.5.6.2) :

Concernant la servitude de support (*servitus oneris ferendi*), nous avons même une action pour l'obliger (le propriétaire du fonds servant) à supporter la charge (de notre construction) et à réparer son bâtiment pour qu'il reste dans l'état prévu lors de la constitution de la servitude. Gallus pense qu'une servitude ne peut être constituée pour forcer quelqu'un à faire quelque chose, mais pour qu'il ne m'empêche pas de faire quelque chose ; car dans toutes les servitudes, l'entretien incombe à celui qui invoque le droit à la servitude et non au propriétaire du fonds servant. Néanmoins, dans l'espèce dont il s'agit, l'avis de Servius l'a emporté, selon lequel une personne peut prétendre avoir le droit de forcer son adversaire à réparer le mur sur lequel sa propre construction est appuyée. Labéon écrit à ce propos que la servitude n'est pas due par le propriétaire, mais par la chose même ; c'est ainsi qu'il lui est permis d'abandonner son droit de propriété sur la chose.

Texte 6.4 (ancien 32) D. 8.3.31

Iul., 2 ex Minic. (D. 8.3.31) :

Tria praedia continua trium dominorum adiecta erant: imi praedii dominus ex summo fundo imo fundo servitutum aquae quaesierat et per medium fundum domino concedente in suum agrum ducebat: postea idem summum fundum emit: deinde imum fundum, in quem aquam induxerat, vendidit. Quaesitum est, num imus fundus id ius aquae amisisset, quia, cum utraque praedia eiusdem domini facta essent, ipsa sibi servire non potuissent. Negavit amisuisse servitutum, quia praedium, per quod aqua ducebatur, alterius fuisset et quemadmodum servitus summo fundo, ut in imum fundum aqua veniret, imponi aliter non potuisset, quam ut per medium quoque fundum duceretur, sic eadem servitus eiusdem fundi amitti aliter non posset, nisi eodem tempore etiam per medium fundum aqua duci desisset aut omnium tria simul praedia unius domini facta essent.

Julien, au livre 2 des extraits du Minicius (D. 8.3.31) :

Trois fonds contigus appartenait à trois propriétaires différents. Le propriétaire du fonds inférieur avait acquis une servitude lui permettant d'amener de l'eau du fonds supérieur sur le sien en la faisant passer sur le fonds intermédiaire, avec le consentement du propriétaire de ce fonds ; dans la suite, il achète le fonds supérieur ; enfin, il vend le fonds inférieur dans lequel il avait amené l'eau. On demande si le fonds inférieur a perdu le droit de bénéficier de l'eau, pour la raison que les deux immeubles, ayant appartenu au même propriétaire, n'auraient pas pu être au service l'un de l'autre. Minicius a répondu que la servitude n'était pas éteinte car le fonds intermédiaire, par lequel l'eau était conduite, appartenait à quelqu'un d'autre ; et comme on ne pouvait imposer de servitude au fonds supérieur, pour en faire venir de l'eau sur le fonds inférieur, qu'autant que cette eau passerait par le fonds intermédiaire, de même cette servitude n'aurait pu s'éteindre qu'autant que dans le même temps cette eau aurait cessé d'être amenée par le fonds intermédiaire, ou que les trois fonds auraient appartenu en même temps au même propriétaire.

Texte 6.5 (ancien 33) D. 18.6.8.2

Paul, 33 ad ed. (D. 18.6.8.2):

Cum usum fructum mihi vendis, interest, utrum ius utendi fruendi, quod solum tuum sit, vendas, an vero in ipsum corpus, quod tuum sit, usum fructum mihi vendas: nam priore casu etiamsi statim morieris, nihil mihi heres tuus debet, heredi autem meo debetur, si tu vivis: posteriore casu heredi meo nihil debetur, heres tuus debet.

Paul, au livre 33 sur l'édit (D. 18.6.8.2) :

Si tu me vends un usufruit, il faut distinguer si tu me vends le droit d'user et de percevoir les fruits, qui seul t'appartient, ou si tu me vends l'usufruit d'un bien qui t'appartient : car dans le premier cas, même si tu meurs immédiatement, ton héritier ne me doit rien ; mais si tu vis, la dette subsiste même en faveur de mes héritiers ; dans le second cas, il n'est rien dû à mon héritier, mais ton héritier est débiteur.

Texte 6.6 (ancien 34a) D. 7.5.1

Ulp., 18 ad Sab. (D. 7.5.1) :

Senatus censuit, ut omnium rerum, quas in cuiusque patrimonio esse constaret, usus fructus legari possit: quo senatus consulto inductum videtur, ut earum rerum, quae usu tolluntur [vel minuuntur], possit usus fructus legari.

Ulpien, au livre 18 sur Sabinus (D. 7.5.1) :

Le sénat a décidé : n'importe qui peut léguer l'usufruit de toutes les choses qui sont effectivement dans son patrimoine. En vertu de ce sénatus-consulte on a apparemment introduit la règle que l'on peut léguer l'usufruit des choses qui par l'usage sont anéanties [ou amoindries].

Texte 6.7 (ancien 34b) D. 7.5.2.1

Gai., 7 ad ed. Provinc. (D. 7.5.2.1) :

Quo senatus consulto non id effectum est, ut pecuniae usus fructus proprie esset (nec enim naturalis ratio auctoritate senatus commutari potuit), sed remedio introducto coepit quasi usus fructus haberi.

Gaius, au livre 17 sur l'édit provincial (D. 7.5.2.1) :

Par ce sénatus-consulte on n'a pas fait en sorte qu'un véritable usufruit puisse exister sur une somme d'argent (car la raison naturelle n'a pas pu être modifiée par un sénatus-consulte), mais, par l'introduction d'un palliatif, on a établi l'équivalent d'un usufruit.

Texte 6.8 (ancien 82) Gai. 2.73

Gai. 2.73 :

Praeterea id quod in solo nostro ab aliquo aedificatum est, quamvis ille suo nomine aedificaverit, iure naturali nostrum fit, quia superficies solo cedit.

Gaius, institutes 2.73 :

En outre, si l'on bâtit sur notre terrain, la construction, bien qu'élevée par le bâtisseur en son nom propre, nous revient de droit naturel, parce que la propriété de la superficie cède le pas à celle du sol.

Texte 6.9 (ancien 35) Gai. 3.145

Gai. 3.145 :

Adeo autem emptio et venditio et locatio et conductio familiaritatem aliquam inter se habere videntur, ut in quibusdam causis quaeri soleat, utrum emptio et venditio contrahatur, an locatio et conductio, veluti si qua res in perpetuum locata sit. Quod evenit in praediis municipum, quae ea lege locantur, ut quamdiu id vectigal praestetur, neque ipsi conductori neque heredi eius praedium auferatur ; sed magis placuit locationem conductionemque esse.

Gaius, institutes 3.145 :

Il y a une telle analogie entre l'achat-vente et la location-prise à bail que, dans certains cas, l'on se demande auquel des deux contrats l'on a affaire. Par exemple, si une chose est louée à bail perpétuel, ce qui a lieu pour les terrains municipaux qui se louent sous la condition suivante : « Tant que ce vectigal (redevance) sera payé, le terrain ne sera retiré ni au preneur ni à son héritier ». La jurisprudence préfère y voir une location.

Texte 6.10 (ancien 96) Gai. 3.146-147

Gai. 3.146-147 :

146. *Item / quaeritur / si gladiatores ea lege tibi tradiderim, ut in singulos, qui integri exierint, pro sudore denarii XX mihi darentur, in eos vero singulos, qui occisi aut debilitati fuerint, denarii mille, quaeritur, utrum emptio et venditio an locatio et conductio contrahatur. Et magis placuit eorum, qui integri exierint, locationem et conductionem contractam videri, at eorum, qui occisi aut debilitati sunt, emptionem et venditionem esse; idque ex accidentibus apparet, tamquam sub condicione facta cuiusque venditione aut locatione. Iam enim non dubitatur, quin sub condicione res veniri aut locari possint.* **147.** *Item quaeritur, si cum aurifice mihi convenerit, ut is ex auro suo certi ponderis certaeque formae anulos mihi faceret et acciperet verbi gratia denarios CC, utrum emptio et venditio an locatio et conductio contrahatur. Cassius ait materiae quidem emptionem venditionemque contrahi, operarum autem locationem et conductionem ; sed plerisque placuit emptionem et venditionem contrahi. Atqui si meum aurum ei dederam mercede pro opera constituta, convenit locationem conductionem contrahi.*

Gaius, institutes 3.146-147 :

146. Si je t'ai livré des gladiateurs sous condition que pour chacun de ceux qui reviendraient intacts il me serait donné 20 deniers pour leur peine et 1000 pour ceux qui seraient tués ou estropiés, la question se pose de savoir s'il s'agit d'une *locatio-conductio* ou d'une *emptio-venditio*. La jurisprudence décide que pour ceux qui reviendraient intacts il s'agit d'une *locatio-conductio*, - pour les autres, une *emptio-venditio* : c'est l'événement qui décide, comme si la question de savoir s'il y a vente ou location dépendait, pour chacun, de la réalisation d'une condition. Notons en effet qu'on ne doute plus que l'on puisse vendre ou louer sous condition.

147. On discute également le cas suivant : je conviens avec un orfèvre qu'il me fera des bagues d'un poids et d'une forme déterminés avec de l'or lui appartenant et me prendra par exemple 200 deniers. Y a-t-il vente ou location ? Cassius dit qu'il y a vente de matière et louage d'ouvrage. Généralement, on admet qu'il y a vente. Mais si je lui ai donné l'or m'appartenant, en fixant un prix pour le travail, tout le monde reconnaît qu'il y a conclusion d'une location.

Texte 6.11 (ancien 36) C. 4.66.1

De emphyteutico iure

C. 4.66.1 :

Ius emphyteuticarium neque conductionis neque alienationis esse titulis addicendum, sed hoc ius tertium sit constitutum ab utriusque memoratorum contractuum societate seu similitudine separatum, conceptionem definitionemque habere propriam et iustum esse validumque contractum, in quo cuncta, quae inter utrasque contrahentium partes super omnibus vel etiam fortuitis casibus pactionibus scriptura interveniente habitis placuerint, firma illibataque perpetua stabilitate modis omnibus debeant custodiri : ita ut, si interdum ea, quae fortuitis casibus sicut eveniunt, pactorum non fuerint conventionem concepta, si quidem tanta emergerit clades, quae prorsus ipsius etiam rei quae per emphyteusin data est facit interitum, hoc non emphyteuticario, cui nihil reliquum mansit, sed rei domino, qui, quod fatalitate ingruebat, etiam nullo intercedente contractu habiturus fuerat, imputetur : sin vero particulare vel aliud leve damnum contigerit, ex quo non ipsa rei penitus laedatur substantia, hoc emphyteuticarius suis partibus non dubitet adscribendum.

ZENO A. SEBASTIANO PP. (a.476–484).

Du droit d'emphytéose

C. 4.66.1 :

Le droit d'emphytéose ne doit être classé ni parmi les actes de location, ni parmi ceux d'aliénation, mais nous ordonnons qu'il constitue une troisième institution juridique dénuée de communauté ou de ressemblance avec les deux types de contrats mentionnés ; qu'elle ait une conception et une définition propre ; qu'elle soit un contrat régulier et valable, en vertu duquel tout ce qui a été convenu par écrit entre les parties contractantes, même au sujet des cas fortuits, soit observé en tous cas comme des règles fermes et fixes, dotées d'une autorité perpétuelle. Si les effets des cas fortuits n'avaient pas été réglés dans les clauses du contrat, les dispositions suivantes seraient d'application : s'il intervient un sinistre d'une telle importance qu'il cause la perte totale de la chose donnée en emphytéose, que ce dommage soit supporté, non par l'emphytéote, à qui il ne reste rien, mais par le propriétaire de la chose, lequel aurait été touché par l'accident dû à la fatalité même s'il n'y avait pas eu de contrat. Mais si le dommage survenu est partiel, ou léger et que la substance même de la chose n'en soit pas complètement atteinte, alors l'emphytéote doit sans aucun doute prendre le dommage à sa charge.

Zénon à Sébastian, préfet du prétoire (a.476-484).

Chapitre 7 – Les droits de créance

PARTIE A : SCRIPTS

1) Délits et créances en ancien droit

Au moment d'expliquer les fondements de la procédure romaine et plus précisément le fonctionnement des actions de la loi, nous avons montré que les parties au procès utilisaient une baguette, *la vindicta*, représentant une arme démilitarisée. Cet élément nous montre que les Romains sont passés d'un système dans lequel on se vengeait du mal que l'on nous fait, à un système organisé et régulé par l'intervention d'une tierce personne : le juge. Il est donc permis de dire qu'à l'origine, la procédure judiciaire correspond à une régulation de la vengeance privée. C'est aussi à cela que servait la loi du Talion, la loi la plus ancienne que nous connaissons et qui est habituellement exprimée par les mots « œil pour œil, dent pour dent ». Aussi barbare que cette règle puisse nous apparaître, elle correspond à une limitation du droit de la vengeance, puisque si on m'a pris un œil, ma vengeance sera limitée à un œil également. Si une telle limite constitue un progrès, elle n'est pas sans défaut non plus, puisqu'aucune société n'a intérêt à multiplier le nombre de ses citoyens borgnes !

Imaginez qu'en fonction de la loi du Talion, quelqu'un soit autorisé à vous prendre un œil ; probablement tenteriez-vous de le convaincre de renoncer à son droit à la vengeance. Et à cette fin, vous pourriez lui proposer une somme d'argent. Une telle somme d'argent est appelée « composition volontaire ». Si l'autre partie accepte la somme, elle renonce à son droit de vengeance. Dans un stade ultérieur de l'évolution, cette composition a été fixée par un magistrat et est devenue obligatoire. On veut dire par là que celui qui avait de droit de se venger perdait ce droit et était obligé d'accepter la composition déterminée par le magistrat. Plus tard encore, le montant de la composition n'a plus été fixé par un magistrat, mais par la loi elle-même, qui a établi un tarif d'amendes en fonction de la gravité des faits. On voit donc que le droit à la vengeance s'est progressivement transformé en un droit à de l'argent remplaçant cette vengeance.

Nous verrons dans une prochaine vidéo comment le droit romain a fait cette évolution. Mais revenons maintenant à la procédure romaine qui a résulté de cette évolution. La procédure des *legis actiones*, les actions de la loi.

Nous avons expliqué qu'en droit privé, les Romains opposaient les actions réelles aux actions personnelles. Par une action réelle, on fait valoir un droit réel alors que par une action personnelle, on fait valoir un droit personnel, plus souvent appelé droit de créance. Nous avons ensuite développé le contenu des droits réels que sont la propriété, les servitudes, l'usufruit, la superficie et l'emphytéose. En toute logique, le tour est venu de parler des droits de créance. Alors que le droit réel est un droit sur une chose, le droit de créance est un droit d'exiger d'une autre personne qu'elle effectue une prestation. Un droit de créance confronte donc deux personnes : le créancier et le débiteur. Le débiteur a une obligation à exécuter au profit du créancier et ce dernier dispose donc d'une action personnelle pour exiger cette exécution. Cette obligation sera au centre de nos préoccupations pendant quelques vidéos.

Mais comment naissent les obligations ou comment devient-on débiteur ? De manière un peu surprenante, une obligation peut naître de deux manières fort différentes : elle peut naître d'un contrat, mais également résulter d'un délit.

Comment deux circonstances aussi différentes peuvent-elles aboutir à un même résultat ? L'explication de ce phénomène est probablement – comme souvent en droit romain – procédurale. Souvenez-vous des actions de la loi, dont nous avons parlé pour l'ancien droit.

Nous avons vu que la procédure de la *legis actio per manus iniectioem** menait à une situation de quasi-esclavage dans le chef de la personne condamnée. Le demandeur à l'action recevait le droit d'enchaîner le défendeur et de le rapporter à la maison, en vue de le mettre au travail pour qu'il rembourse le montant dû. D'une certaine manière, cet enchaînement du défendeur nous rappelle que la procédure elle-même prend racine dans le rachat d'un droit à la vengeance. Si le prix n'est pas payé, la vengeance refait surface sous la forme d'un quasi-esclavage.

Mais cette situation de celui qui n'a pas payé son dû peut elle-même résulter aussi bien d'un contrat que d'un délit. En ancien droit, il était même possible de tomber dans cet état de quasi-esclavage sans passer par un jugement. On doit citer ici le cas du contrat de *nexum*.

Le *nexum* est un contrat de prêt dont nous ne connaissons malheureusement plus très bien le fonctionnement. Mais ses caractéristiques principales sont les suivantes. Pour conclure un contrat de *nexum*, il fallait respecter un formalisme similaire à celui de la *mancipatio*. Il fallait donc des témoins et un porteur de balance. Ce porteur de balance pesait le lingot prêté à l'emprunteur et ce dernier en garantissait le remboursement au prix de sa propre personne. En conséquence, si l'argent n'était pas remboursé, l'emprunteur tombait automatiquement en quasi-esclavage au profit du prêteur. Et dans le cas du *nexum*, il n'était donc pas requis de passer par un juge chargé de constater la réalité du contrat et de l'inexécution. Ce contrat a probablement donné lieu à des abus, ce qui explique que le *nexum* a été interdit dès le 4^{ème} siècle avant notre ère. Alors que le système juridique romain se perfectionnait, l'incertitude pouvant découler d'un tel contrat devenait inacceptable. En interdisant le *nexum*, ce n'est pas le quasi-esclavage qui en découlait que les Romains ont voulu empêcher, mais ce sont les abus que permettait un contrat dont l'application n'était pas contrôlée par un juge.

En résumé, en ancien droit, on peut dire que celui qui ne paie pas ce qu'il doit, risque fort de se trouver dans une situation très désagréable, que j'ai appelée un quasi-esclavage. Une sanction aussi lourde pourrait sembler très éloignée de notre droit moderne. Sûr de son avancée sociale, l'homme contemporain est parfois tenté de jeter un regard condescendant sur les sociétés de l'antiquité, qualifiées dans ce contexte d'esclavagistes. Sans insister ici sur le côté anachronique de ce jugement de valeur, nous vous proposons de nous arrêter un instant sur la terminologie juridique en matière d'obligations.

La définition la plus célèbre de l'obligation peut sans doute être trouvée dans les Institutes de Justinien* (I. 3.13.pr.) : « *Obligatio est iuris vinculum, quo necessitate adstringimur alicuius solvendae rei secundum nostrae civitatis iura* ». L'obligation est le lien de droit en vertu duquel nous sommes nécessairement contraints de payer quelque chose, conformément aux droits de notre cité. Cette définition reste très moderne. La terminologie utilisée mérite pourtant un éclairage particulier. Dire que l'obligation est un lien de droit semble une évidence. Mais il est intéressant de se souvenir ici que le mot « *vinculum* » ne signifie « *lien* » que dans un sens dérivé. Initialement, « *vinculum* » désigne la chaîne, précisément celle qui sert à enchaîner le mauvais payeur pour le réduire au quasi-esclavage. Dans le même ordre d'idée : « *ob-ligatus* » désigne celui qui est lié physiquement et donc entravé au point qu'il ne peut plus se détacher seul. Enfin, si « *solvere* » est souvent traduit par « payer », son sens premier est « défaire les liens ». Autrement dit, le débiteur est quelqu'un qui est attaché par de lourdes chaînes dont il doit se défaire en respectant le droit. Comme on peut le comprendre : malgré la grande évolution des concepts juridiques, le vocabulaire reste très attaché à cette situation de quasi-esclavage des débiteurs.

En ancien droit, c'est donc en quelque sorte parce que tant les délits que les contrats pouvaient mener le mauvais payeur à cette situation de quasi-esclavage, que tous deux ont finalement

donné naissance à l'obligation. Comme on le comprend, cette configuration juridique ne correspond pas encore à notre obligation juridique. À ce moment, c'est la personne du débiteur – son corps ! – qui se trouve en première ligne pour garantir la bonne exécution de ce qui est dû. Ce n'est que plus tard que le patrimoine du débiteur prendra la place de son corps en tant que garantie. Lorsque le débiteur ne s'exécutera pas, ce seront ses biens qu'il faudra saisir et vendre afin de désintéresser les créanciers.

2) Délits et créances en droit classique

Pendant la période classique, le droit romain des obligations se perfectionne beaucoup. À côté des contrats et des délits, une troisième source d'obligations est envisagée. Gaius[@] les appelle les *obligationes ex variis causarum figuris*, c'est-à-dire les obligations de sources diverses. Ce sont là des sources d'obligation qui ne sont ni contractuelles ni délictuelles. Nous en verrons quelques exemples un peu plus tard.

Si nous reprenons les délits comme source d'obligation, la logique du rachat du droit à la vengeance est totalement remise aux oubliettes. Désormais, le délit devient une source d'obligations parmi les autres, et donne droit au paiement d'une somme d'argent, mais certainement plus à la vengeance. Il faut cependant ajouter une précision importante ici. Les délits qui constituent des sources d'obligation sont des délits que l'on peut considérer comme mineurs. Les délits plus graves sont quant à eux punis de la mort, du bannissement ou d'autres sanctions similaires. Mais avec ces délits plus graves, on sort nettement du domaine du droit des obligations. La procédure n'est d'ailleurs pas la même. Les délits dont nous parlerons sont en effet ceux qui font l'objet d'un procès formulaire, par opposition aux crimes plus graves, qui sont jugés dans un cadre strictement pénal.

Les délits mineurs que nous envisagerons dans les vidéos suivantes sont des délits qui causent un dommage à une personne ou à ses biens. Comme dommage causé à une personne, on peut citer ici l'*iniuria**. Littéralement, on peut traduire cela par injure. L'*iniuria* concerne toutes les atteintes à la personnalité ou à l'honneur. Comme dommage aux biens, nous traiterons du *furtum**, c'est-à-dire le vol, et du *damnum iniuria datum**, c'est-à-dire le dommage causé de manière illicite, l'ancêtre de notre responsabilité civile.

Mais c'est dans le domaine des contrats que les Romains ont accompli les progrès les plus importants. En ancien droit, les contrats étaient tous des contrats solennels, ce qui veut dire que leur conclusion était soumise à de strictes conditions de formes. Il ne suffisait donc pas que les parties au contrat se mettent d'accord, il fallait surtout qu'elles respectent une série de formalités. Nous en avons vu un exemple emblématique avec le contrat de *nexum*. Souvenez-vous, c'est ce contrat de prêt que l'on conclut *per aes et libram*, c'est-à-dire avec la pièce d'airain et la balance. Un nouvel exemple est le contrat de *stipulatio*, la stipulation. Ce contrat est un contrat initialement purement oral, conclu entre un stipulant et un promettant. Le stipulant s'adressait au promettant en lui disant, par exemple : « Promets-tu de me verser la somme de 100 ? » et le promettant était tenu de lui répondre strictement : « Je promets de verser la somme de 100 ». Lorsque les parties avaient échangé cette question et cette réponse, la stipulation était valablement conclue.

Si le promettant répondait autrement, par exemple en disant « Oui, oui, bien sûr, tu as ma parole », le contrat n'était pas valablement conclu et la promesse n'avait aucune valeur juridique. Ce n'est donc pas le consentement qui compte, mais le respect des formes.

Pourquoi les Romains avaient-ils compliqué les choses et imposé un tel carcan à l'expression de la volonté ? Il est important ici de se rendre compte que, posée comme cela, la question envisage le problème à l'envers ! Le problème que les Romains ont dû résoudre était plutôt : Comment faire pour créer une obligation juridique qui engage le débiteur ? Dès lors que ce débiteur risquait d'être enchaîné, il était important qu'il soit conscient de son engagement... et pour le conscientiser, rien de tel qu'un rituel univoque, un rituel dont les conséquences étaient absolument certaines. Si l'on a respecté scrupuleusement les formalités obligatoires, les conséquences juridiques sont parfaitement claires.

Ce n'est donc que durant la période préclassique du droit romain, que les choses ont évolué. Les effets des obligations étaient mieux maîtrisés et de nouveaux contrats ont vu le jour, pour lesquels les formalités solennelles n'étaient plus requises. Pour ces nouveaux contrats, c'est donc la volonté interne des parties qui est décisive pour leur validité. On peut citer ici le contrat de vente et le contrat de louage par exemple. Comme le faisait déjà remarquer Gaius, cela signifie donc que l'on peut désormais conclure ces contrats à distance, par échange de courriers.

Mais chaque médaille a son revers. Cette simplification est également source de complications, puisque l'expression de la volonté peut résulter d'une erreur, d'un malentendu. Si la volonté peut s'exprimer n'importe comment, comment peut-on être certain de ce qui a été voulu ? Alors que pour les contrats solennels, il suffisait de vérifier si les formes avaient été scrupuleusement respectées, pour les contrats consensuels, il faut interpréter l'expression de la volonté pour en connaître les conséquences juridiques. Alors que dans un contrat solennel, il importe peu qu'une des parties se trompe sur le contenu de son engagement, dans les contrats consensuels, l'engagement ne devient valide que si la volonté exprimée est conforme à la volonté interne de celui qui l'exprime. Il est donc essentiel de connaître cette volonté réelle, ce qui n'est pas forcément facile, d'autant qu'elle est régulièrement exprimée de manière imparfaite. Imaginons par exemple quelqu'un qui propose de vendre sa maison pour la durée de deux ans. Comment faut-il comprendre cette proposition ? Est-ce une réelle vente ? A priori, une telle vente n'est pas possible... Est-ce une location alors ? Ou une superficie ? Une emphytéose ? Les mots seuls ne suffisent pas. Il faudra probablement interroger l'auteur de cette proposition quant à son intention réelle.

Bref, puisque la volonté exprimée peut différer de la volonté réelle des parties, les juristes romains ont analysé les vices de la volonté et ont retenu à ce titre l'erreur, le dol et la crainte.

Il y a une erreur lorsque l'on se trompe spontanément. En principe, une telle erreur empêche l'existence d'un consentement et donc la validité du contrat. Mais les juristes romains ont immédiatement admis qu'il convenait de distinguer entre trois types d'erreurs, parce que toutes ne devaient pas avoir le même effet.

Premièrement, il y a les erreurs que l'on dit erreurs-obstacle, parce qu'elles font obstacle à l'existence-même du contrat. Il s'agit de l'*error in negotio* et de l'*error in corpore*. L'*error in negotio* est l'erreur sur le contrat. Par exemple lorsque Titus pense prêter une somme d'argent à Marcus mais que ce dernier pense que c'est une donation. Par *error in corpore*, on vise l'erreur sur l'objet, comme lorsque Marcus pense acheter l'esclave Stichus à Titus, mais que ce dernier pense lui vendre l'esclave Pamphile. Dans les deux cas, le droit romain ne reconnaît l'existence d'aucun contrat valable, puisque le consentement fait défaut.

À l'opposé de ces erreurs-obstacle, il y a une série d'erreurs qui n'ont aucun effet sur la validité du contrat. On peut en premier lieu citer ici l'*error in nomine*, l'erreur sur le nom. Marcus pense acheter l'esclave Stichus, mais se trompe sur son nom et l'appelle Pamphile. Si Titus entendait

bien lui vendre Stichus, peu importe que Marcus lui donne un autre nom, tant que les deux parties visent bien le même esclave.

Une deuxième erreur sans incidence sur la validité du contrat est l'erreur sur la valeur. Imaginons Marcus qui achète le cheval Pégase pour un montant équivalent au double de sa valeur de marché parce qu'il s'est mépris sur cette valeur. Dans pareille situation, c'est tant pis pour Marcus : il n'avait qu'à mieux se renseigner avant d'acheter !

La troisième erreur sans incidence est l'erreur sur les mobiles. Si par exemple j'achète un bœuf pour labourer le champ dont je pense hériter de mon oncle, mais que mon oncle ne me lègue pas ce champ, c'est également tant pis pour moi. Je n'aurais pas dû acheter ce bœuf avant d'être certain d'en avoir l'utilité. La raison pour laquelle je conclus un contrat ne peut pas invalider mon consentement.

Enfin, entre les erreurs-obstacle et celles qui n'ont pas d'incidence sur la validité des contrats, il y a une troisième sorte d'erreurs dont l'incidence varie. En la matière, c'est à nouveau à partir de cas pratiques que les juristes romains ont développé des solutions.

Il y a premièrement l'*error in substantia*, l'erreur sur la substance. Si j'achète un chandelier en cuivre alors que je croyais qu'il était en or massif, la vente sera nulle, mais si le chandelier est bien en or, mais comporte un peu de cuivre, elle restera valable.

Deuxièmement, on a l'*error in qualitate*, l'erreur sur la qualité. Si je pense acheter UNE esclave alors que c'est UN esclave, la vente est nulle, mais si j'achète une esclave dont je pensais qu'elle n'avait pas encore eu d'enfant alors qu'elle en a eu, cela n'a pas d'incidence.

Troisièmement, il y a aussi l'*error in persona*, l'erreur sur la personne du cocontractant. Si j'achète le cheval Pégase à Marcus alors que je pensais qu'il appartenait à Titius, cela n'a pas d'importance et la vente reste valable ; peu importe l'identité du vendeur. En revanche, si je pense conclure un contrat de travail avec Marcus plutôt que Titus, cela peut invalider le contrat en fonction des circonstances. Imaginons que mon intention était d'engager un maçon, mais que Titus n'y entend rien en maçonnerie parce qu'il est teinturier et que c'était Marcus le maçon... on pourra admettre que l'erreur sur la personne est décisive et permet d'invalider le contrat.

Enfin, quatrièmement, il y a encore l'*error in quantitate*, l'erreur sur la quantité. Le contrat est nul si je donne ma maison en location pour un loyer de 1000, mais que locataire pense qu'il est de 500. Le contrat restera cependant valable si la différence de loyer est inférieure à 1% par exemple.

À côté de l'erreur, le deuxième vice de la volonté est la *metus*, la crainte. Imaginez que quelqu'un vous menace par les mots : « La bourse ou la vie ! ». Si vous donnez à ce moment votre bourse à votre agresseur, cette donation n'est évidemment pas spontanée. Votre volonté n'était pas libre, mais résulte d'une crainte de mourir. Il n'en reste pas moins que la volonté n'était pas absente et en droit civil romain, la donation n'était donc pas nulle. C'est une nouvelle fois le prêteur qui est intervenu pour corriger cette solution injuste en accordant à la victime de la crainte, les moyens procéduraux nécessaires pour annuler les effets de cet acte juridique accompli sous l'empire de la *metus*. Précisons cependant que le prêteur veillait à ce que le mal dont l'intéressé était menacé soit plus grand que celui qui résulte de la conclusion du contrat. De même, ce mal devait être de nature à impressionner une personne courageuse. Il ne suffisait donc pas, par exemple, que notre agresseur nous menace de nous jeter un mauvais sort ! Enfin,

il ne fallait pas que la menace soit légitime. Autrement dit, si la menace consistait simplement à nous poursuivre en justice ou à nous dénoncer auprès du préteur, la *metus* était évidemment absente.

Enfin, le troisième vice de la volonté est le *dolus malus**, le mauvais dol. Ce dol ressemble à l'erreur dont nous avons déjà parlé, mais cette fois cette erreur est provoquée volontairement par le cocontractant. Le dol est le fait de tromper le cocontractant en vue de le pousser à conclure un contrat. On a vu comme cela des vendeurs utiliser des artifices pour faire croire à leur acheteur que le bien avait des qualités qu'il n'avait pas. La notion de dol est intimement liée à celle de la bonne foi, dont le développement fera l'objet d'une autre vidéo. On oppose au *dolus malus*, le *dolus bonus*, c'est-à-dire le bon dol, celui que l'on commet au détriment d'une personne mal intentionnée. Le bon dol n'est pas répréhensible. J'ai donc le droit d'utiliser des artifices pour faire croire à un voleur que je ne possède aucun bien, même si ce n'est pas vrai.

Pour le *dolus malus*, comme pour la *metus*, la protection ne relève pas du droit civil romain, mais du droit prétorien. C'est le préteur qui a pris l'initiative de cette protection. Malgré la ressemblance entre le dol et l'erreur, le fait que dans le cas du dol, l'erreur résulte d'une volonté délibérée du cocontractant, a pour conséquence que les possibilités d'annuler le contrat sont bien moins restrictives que dans le cas de l'erreur.

On le voit, en droit classique, le droit des contrats a fortement évolué. En considérant l'importance de la volonté des parties, le droit romain a dû développer des mécanismes juridiques permettant de compenser les incertitudes que cela faisait peser sur la validité des contrats.

3) Délits et créances en droit postclassique

Pendant la période postclassique, le droit des obligations – comme d'autres branches du droit romain – subit une régression. La maîtrise des concepts juridiques est en net recul. La rigueur juridique régresse également.

En matière de délits, nous avons déjà relevé la distinction que faisaient les Romains entre les délits les plus graves, les *crimina*, et les délits plus bénins, relevant du droit privé. Pour ces derniers, ce sont les victimes qui ont l'initiative des poursuites. C'est à eux de s'adresser au préteur afin d'initier le procès, solliciter une *litis contestatio* et la remise d'une formule... qui leur permettra de faire valoir une obligation.

Pour les délits les plus graves, c'est-à-dire les délits qui perturbent l'ordre social comme la trahison, le parricide, la désertion ou le sacrilège, il est de l'intérêt de l'état lui-même de faire cesser le trouble social. Plus question ici de s'adresser au préteur, c'est l'état qui prend l'initiative de la procédure devant une juridiction spéciale et sollicite des sanctions pénales qui n'ont rien à voir avec une obligation.

À l'époque postclassique, les deux types de procédures et de délits commencent à se confondre. Cela est notamment la conséquence du remplacement progressif de la procédure formulaire par la procédure extraordinaire. Le juge privé est remplacé par un fonctionnaire, compétent tant pour les délits privés que les délits publics. Il s'en suit naturellement que les lignes de démarcation évoluent également.

Cette évolution du droit des délits à l'époque postclassique a contribué à donner naissance à une nouvelle distinction. Il s'agit de la distinction toujours actuelle entre l'amende et les dommages et intérêts. La condamnation de l'auteur du délit est dès lors composée de deux montants. Il y a d'une part l'amende qui revient à l'État et les dommages et intérêts qui reviennent à la victime.

En matière contractuelle, le droit postclassique se caractérise particulièrement par trois évolutions : l'extension de la liberté contractuelle, l'évolution du formalisme et l'accroissement du rôle de l'équité.

L'extension de la liberté contractuelle est, elle aussi, liée au changement procédural. Alors qu'en droit classique, l'édit du préteur constituait une sorte de carcan pour l'évolution des contrats, ce carcan saute avec la généralisation de la procédure extraordinaire. Pourquoi pouvait-on considérer l'édit du préteur comme un carcan ? C'est simple : pour faire valoir un droit en justice, il était indispensable d'utiliser une formule présente dans l'édit. Il était dès lors aventureux d'inventer des nouveaux contrats si ceux-ci n'étaient pas protégés en justice. Notons cependant que si l'édit du préteur pouvait être décrit comme un carcan, il ne s'agissait pas non plus d'un carcan rigide. Le préteur a en effet très tôt inséré une dose de flexibilité dans son arsenal de formules, en accordant des actions utiles lorsque toutes les conditions requises n'étaient pas rencontrées.

Avec la procédure extraordinaire, l'importance de la formule régresse nettement. Dès lors que le fonctionnaire se charge à la fois de la phase *in iure* et de la phase *in iudicio*, la formule est fortement « dématérialisée » puisque cela n'avait guère de sens de se remettre une telle formule à soi-même. Il s'ensuit que les catégories contractuelles commencent à perdre en netteté. C'est n'est plus la formule qui est au premier plan, mais l'accord de volonté. On voit dès lors apparaître de nouveaux contrats qu'il serait bien difficile de nommer, puisqu'ils ne ressemblent à aucun autre et sont uniques en leur genre.

Cette liberté contractuelle ne sera pas remise en cause par la suite. Même en droit de Justinien, qui rend pourtant aux catégories contractuelles leur netteté perdue, la faculté de créer des contrats en-dehors des contrats traditionnels est préservée.

La deuxième évolution postclassique du droit des contrat concerne le formalisme. Souvenez-vous de l'importance du formalisme solennel en ancien droit. Il se justifiait par son importance sur le plan de la sécurité juridique. Le respect des formes était rassurant pour les parties. Nous avons vu qu'en droit classique, des contrats consensuels ont vu le jour. L'absence de formes était compensée par un perfectionnement de la technique juridique. En améliorant leur droit, les juristes romains ont pu rassurer leurs concitoyens quant à l'efficacité de cette nouvelle catégorie de contrats. Mais le formalisme ne disparaît pas pour autant ! La régression du formalisme solennel se fait au profit d'un nouveau formalisme, le formalisme probatoire. Désormais les formes ne conditionnent plus la validité de l'acte, mais sa preuve.

Depuis l'époque classique, l'écrit est en effet entré dans les mœurs. Il est devenu normal de garder une trace écrite des actes juridiques que l'on a posés, en vue de pouvoir s'en servir comme preuve. L'écrit est en effet une preuve bien plus fiable et pratique que le témoignage, dont nous avons vu l'utilité dans le cadre de la *mancipatio* pour ne citer que cet exemple.

Il nous faut ici lever une ambiguïté de la terminologie juridique française et préciser que le terme d'acte juridique, courant en français, a deux sens très différents. Si nous prenons par exemple le cas d'une stipulation. Il s'agit d'un contrat que l'on peut aussi appeler acte juridique.

Si le stipulant et le promettant ont strictement respecté les formes et le jeu de question-réponse, l'acte juridique est valable et constitue un *negotium*. Si pour s'assurer que le promettant tiendra sa promesse, on lui fait signer un papier qui pourra servir de preuve lors d'un éventuel procès, ce papier peut aussi être appelé « acte juridique », mais on parlera plus précisément dans ce cas d'un *instrumentum*. Autrement dit, un acte juridique est soit un *negotium*, soit un *instrumentum*. Le premier est le contrat lui-même, le second est la preuve de ce contrat.

Le recours à l'écrit probatoire s'est donc généralisé au cours de la période classique, alors pourtant que les Romains ne sont que peu lettrés. L'instruction généralisée et obligatoire n'existe pas à Rome. Ils sont dès lors régulièrement tenus de recourir à l'aide d'un tabellion pour rédiger cet écrit probatoire à leur place. L'existence des tabellions est signalée pour la première fois par Ulpien au troisième siècle. Ceux-ci étaient initialement des fonctionnaires subalternes qui arrondissaient leurs revenus en servant d'écrivains publics, en rédigeant des *instrumenta* pour les particuliers. Sous Justinien, leur activité a été subordonnée à l'octroi d'une concession par l'autorité et ils se sont organisés en corporation. Ces tabellions sont bien évidemment les ancêtres de nos notaires.

Dans la mesure où les tabellions étaient a priori neutres par rapports aux parties signataires de l'*instrumentum*, le contenu du document était digne de foi. C'est pour cette raison que ces écrits ont reçu une force probante supérieure à celle des écrits rédigés par les parties elles-mêmes. Le droit romain a, en conséquence, distingué deux types d'écrits : l'*instrumentum publice confectum*, rédigé par un tabellion, et l'*instrumentum privatum*, rédigé par une personne privée. L'*instrumentum publicum* était considéré authentique dès lors que le tabellion l'attestait en justice. L'*instrumentum privatum* quant à lui, même s'il était d'une force probante supérieure au témoignage, constituait une preuve de second rang par rapport à l'*instrumentum publice confectum*.

Bref, voilà comment le formalisme probatoire est né. Il est utile de constater qu'il n'a pas pour autant mis fin au formalisme solennel qui a lui aussi connu un essor en droit postclassique, même s'il a désormais changé de style. Il n'est plus question de formules sacramentelles indispensables à la validité de l'acte juridique, mais plutôt de l'obligation de rédiger un écrit pour que le *negotium* soit valable.

Ce retour au formalisme solennel date de Constantin, qui impose la rédaction d'un écrit pour effectuer une donation. Sans écrit, un *instrumentum publice confectum*, la donation ne sera pas valable. En outre, cet écrit devait faire l'objet d'une *insinuatio*, c'est-à-dire d'un enregistrement dans un registre officiel. D'une part, cet écrit devait permettre à la famille de connaître l'existence de ces donations qui étaient susceptibles de léser les futurs héritiers. Et d'autre part, cette formalité était payante, ce qui constituait par la même occasion un nouvel impôt et une nouvelle source de revenu pour le fisc romain. Une règle similaire sera plus tard introduite également pour les ventes d'immeubles... et là également, on ne peut pas s'empêcher de faire le rapprochement avec notre droit actuel.

Pour terminer, il nous reste à dire deux mots de la troisième évolution du droit des contrats en droit postclassique : le rôle prépondérant joué par l'équité. C'est à nouveau l'empereur Constantin qui décrète dans une constitution impériale (314) qu'il convient d'avoir plus d'égard pour la justice et l'équité que pour le droit strict. Une telle affirmation est quelque peu désarmante, dès lors qu'elle semble apte à ruiner tous les efforts réalisés par les juristes romains jusque-là. En effet, si le juge peut à tout moment choisir d'écarter une règle de droit et lui préférer l'équité, à quoi bon s'efforcer de forger des règles de droit perfectionnées et justes ?

Soulignons ici que le concept d'équité prend deux acceptions très différentes. Lorsque les juristes classiques utilisent ce mot, c'est habituellement en vue de désigner le caractère équitable d'une règle, d'une solution. Ils recherchent l'égalité des citoyens par une application égale du droit à tous. Mais dans les mots de Constantin, l'équité est opposée au droit strict. Ce n'est donc plus par une application égale du droit que l'on obtient un jugement équitable, mais en écartant l'application de la règle de droit. On remplace donc la technique juridique par des bons sentiments, par l'arbitraire du juge qui pourra selon son bon vouloir appliquer ou écarter la règle de droit.

Constantin semble d'ailleurs lui-même avoir pris conscience du caractère excessif de sa constitution impériale, en la corrigeant par une nouvelle constitution deux ans plus tard (316). Dans ce nouveau texte, l'empereur décrète cette fois que lui seul peut écarter le droit strict au profit de l'équité. Il renonce donc un peu à la supériorité de l'équité par rapport au droit, qui rendait l'application de la justice bien trop aléatoire.

Il n'en reste pas moins que cette vision favorable au jugement en équité a continué à fortement marquer le droit par la suite.

4) L'invention de la bonne foi

La bonne foi ! Être de bonne ou de mauvaise foi... Si l'idée semble relativement facile à appréhender, elle n'est pas aussi simple à exprimer en des termes juridiques précis. De quoi parle-t-on dans le fond ? Dans la présente vidéo, nous vous proposons de définir ces concepts en suivant le chemin de leur invention par les juristes romains.

Comme nous l'avons montré précédemment, en ancien droit romain les rapports juridiques reposaient sur le respect strict du formalisme. Pour conclure un contrat, il importait uniquement de respecter un rituel. Si l'on avait respecté les formes obligatoires, le contrat était valable indépendamment de la représentation que les parties s'en faisaient. Nous l'avons dit : peu importe si une des parties s'était trompée et tant pis si elle avait été induite en erreur par quelqu'un : lorsque les formules sacramentelles avaient été prononcées, le contrat était valablement conclu. Cela signifie donc qu'en ancien droit, un contrat conclu sous l'empire de la mauvaise foi devait malgré tout être respecté. On peut comprendre aisément qu'une telle issue procédurale ait fini par heurter le sens commun et c'est une fois de plus le préteur qui est intervenu pour rétablir l'équité dans cette relation contractuelle devenue bancale.

La période et la manière dont les choses se sont passées nous sont relativement bien connues, grâce à des écrits de Cicéron[@]. Ce dernier a bien sûr été un politicien influent, mais il a aussi été proconsul de la province de Cilicie, dans le sud de l'actuelle Turquie. En tant que proconsul, il avait une multitude de tâches, parmi lesquelles celle de servir de préteur dans les affaires judiciaires concernant les citoyens romains de Cilicie. Il lui revenait donc également de rédiger un édit*. Et dans son édit de 51 avant notre ère, Cicéron écrit qu'il a accordé une exception, lorsqu'une affaire a été menée contrairement à la bonne foi.

Qu'est-ce que cela signifie ? Souvenez-vous de la procédure formulaire et plus particulièrement de la formule. La formule est composée de plusieurs éléments, à commencer par la *nominatio* du juge, suivie de l'*intentio*, dans laquelle on trouve le contenu des prétentions du demandeur. Mais la procédure formulaire reconnaît également les arguments de la défense. L'argument du défendeur s'inscrit dans la formule sous le nom d'*exceptio* et se place immédiatement après

l'*intentio*. Cicéron a donc admis que lorsque le demandeur intentait une action reposant sur un contrat conclu sous l'empire de la mauvaise foi, il accorderait une exception au défendeur, afin qu'il ne soit pas tenu d'exécuter ce contrat. Cette idée, Cicéron la tenait de son professeur de droit : Quintus Mucius Scaevola[@], qui avait déjà introduit cette exception précédemment dans son édit de la province d'Asie. Soulignons ici qu'il s'agit bien de la province d'Asie, qui se situe elle aussi dans l'actuelle Turquie, et non du continent asiatique. Comme on le voit, il arrivait que les innovations juridiques soient testées dans les provinces avant d'être adoptées à Rome.

C'est finalement Aquilius Gallus[@] qui a introduit la notion dans l'édit de Rome, lorsqu'il fut préteur en 66 avant notre ère. Tout comme Cicéron, Aquilius Gallus a été l'élève de Quintus Mucius Scaevola. Sa source d'inspiration est donc la même. Mais entre l'exception de Scaevola et celle de Gallus, la terminologie a néanmoins évolué. Alors que pour le premier, l'exception devait être accordée lorsqu'une affaire avait été menée contrairement à la bonne foi, le second l'accordait en cas de dol.

Mais fondamentalement, l'idée reste la même. Afin d'illustrer cela par un exemple, rien de tel que d'utiliser celui fourni par Cicéron lui-même. C'est l'histoire de Canius et Pythius. Canius est un riche chevalier, désireux d'acheter une villa à Syracuse. Pythius, qui possède une telle villa, décide de monter un stratagème pour attiser l'envie de Canius. Il dit d'abord ne pas avoir de villa à vendre, mais invite Canius à une fête chez lui. Pour cette fête, il demande à des pêcheurs de jouer un rôle et de feindre de ne pas pouvoir se passer de la propriété pour exercer leur métier, parce que tout le poisson de Syracuse se trouve au large de la villa de Pythius. Grisé par cette mise en scène, Canius propose des montants toujours plus élevés à Pythius qui finit par lui vendre la villa. Canius paie le montant convenu le jour même, mais lorsqu'il revient le lendemain, il se rend compte de la supercherie. Il a été victime d'une simulation, d'un dol. Et Cicéron conclut en précisant qu'à l'époque des mésaventures de Canius, Aquilius Gallus n'avait pas encore introduit les formules du dol dans son édit.

Le dol - *dolus* - est un mot qui vient du grec *dolos* (*doloç*) et signifie hameçon. C'est donc un piège. Il y a dol lorsque l'on simule une chose en feignant en faire une autre. Le dol est donc avant tout une simulation faite dans le but d'induire son cocontractant en erreur. En conséquence, l'exception accordée par le préteur depuis Aquilius Gallus s'appelle *exceptio doli** ou exception de dol. Dans l'exemple de Canius et Pythius, cela signifie que si Canius n'avait pas encore payé la villa et que Pythius lui réclamait le paiement en justice, Canius aurait pu s'y opposer à l'aide de l'exception de dol. En revanche, si Canius avait déjà payé, l'exception ne lui était plus d'aucune utilité. Il lui faudrait alors récupérer l'argent déjà payé. Ce serait alors lui le demandeur à l'action en justice et il pourrait recourir à l'action de dol*.

L'action et l'exception de dol sont de puissants outils à la disposition du préteur, pour assurer la justice et empêcher les comportements de mauvaise foi. Assez vite, la définition du dol a dépassé les hypothèses de simple simulation pour englober tous les comportements de mauvaise foi. C'est notamment le juriste Labéon[@] qui propose de distinguer le dol de la simulation, dès lors qu'il peut très bien y avoir un dol sans simulation et une simulation sans dol. Il n'est en effet pas nécessaire de tromper activement le cocontractant, on peut également tirer avantage d'une situation qui induit la contrepartie en erreur. Comme cas de simulation sans dol on pourrait citer l'exemple suivant : si pour éviter de donner ma bourse à des bandits de grand chemin je me déguise en moine ayant fait vœu de pauvreté, peut-on vraiment me reprocher cette simulation ? Dans ce dernier cas, les juristes romains parlaient de *dolus bonus*, de bon dol, et admettaient sans peine qu'un tel bon dol n'était pas répréhensible. La difficulté d'une telle distinction réside dans le fait que ce qui distingue le bon du mauvais dol, c'est la victime de la

simulation. Si la simulation se fait au détriment d'une personne respectable, c'est un mauvais dol, sinon c'est un bon dol.

Une autre évolution du dol réside dans le moment où il a été commis. Alors que dans l'exemple de simulation exposé par Cicéron, le dol de Pythius était antérieur à la conclusion du contrat, les juristes romains admettent que la mauvaise foi peut également apparaître plus tard. Elle peut par exemple résulter d'une mauvaise exécution d'un contrat valablement conclu. C'est à nouveau Labéon qui nous en donne un exemple. Prenez un vendeur qui vend un esclave à un acheteur, mais qui empoisonne cet esclave avant de le remettre à l'acheteur. Le contrat de vente ne pose donc pas de problème en soi, c'est cette fois sa mauvaise exécution qui est constitutive de dol.

Enfin, le dol peut même survenir encore plus tard, et résulter du fait même d'intenter une action en justice. C'est cette fois Gaius qui nous propose un exemple. La situation concerne un particulier qui s'adresse à un banquier pour lui emprunter de l'argent, disons 1000 deniers. Le banquier assure le particulier qu'il lui prêtera l'argent le lendemain, mais lui demande dès à présent de s'engager dans le cadre d'une stipulation. Par le contrat de stipulation, le banquier fait promettre au particulier de lui restituer la somme de 1000 deniers à telle date. Mais au lieu d'effectivement prêter les 1000 deniers au particulier, le banquier garde l'argent pour lui... et décide – en toute mauvaise foi – d'intenter une action en justice fondée sur la promesse faite par stipulation, en restitution de la somme jamais prêtée. En soi, la stipulation est valablement conclue, mais le fait de réclamer la restitution d'une somme qui n'a jamais été prêtée est évidemment constitutive d'un dol. Le prêteur a donc accordé une exception de dol au particulier que le banquier a tenté de gruger par cette action en justice.

Cet exemple de Gaius nous montre que le dol peut être postérieur non seulement à la conclusion du contrat, mais aussi à l'exécution ou l'inexécution de celui-ci, puisque cette fois il résulte du fait même d'intenter une action en justice. En l'occurrence, le banquier réclame en justice une somme à laquelle il sait pertinemment qu'il n'a pas droit.

Comme le montrent ces exemples, le concept de dol – ainsi que les moyens procéduraux servant à empêcher les comportements dolosifs – ont permis de moraliser les rapports contractuels entre Romains. Il s'agit là d'une évolution essentielle pour un système juridique auparavant concentré sur le respect des formes et faisant abstraction de la volonté interne des parties. Et on n'imagine plus, aujourd'hui, renoncer à cette invention majeure des juristes romains !

PARTIE B : TEXTES

Texte 7.1 (ancien 37) Inst. 3.13pr.

Inst. 3.13pr. :

Nunc transeamus ad obligationes. Obligatio est iuris vinculum, quo necessitate adstringimur alicuius solvendae rei secundum nostrae civitatis iura.

Institutes de Justinien, 3.13pr. :

Passons maintenant aux obligations. L'obligation est un lien de droit en vertu duquel nous sommes nécessairement contraints de payer quelque chose, selon les droits de notre État.

Texte 7.2 (ancien 38) XIIITab. 6.1

XIIITab. 6.1 :

Cum nexum faciet mancipumque, uti lingua nuncupassit, ita ius esto.

Loi des XII Tables, table 6.1 :

Lorsque quelqu'un fera un *nexum* ou une *mancipatio*, comme il aura déclaré, qu'ainsi soit le droit.

Texte 7.3 (ancien 84) Gai. 3.135-136

Gai. 3.135-136 :

135. *Consensu fiunt obligationes in emptionibus et venditionibus, locationibus conductionibus, societatibus, mandatis.* **136.** *Ideo autem istis modis consensu dicimus obligationis contrahi, quia neque verborum neque scripturae ulla proprietas desideratur, sed sufficit eos, qui negotium gerunt, consensisse. Unde inter absentes quoque talia negotia contrahuntur, veluti per epistulam aut per internuntium, cum alioquin verborum obligatio inter absentes fieri non possit.*

Gaius, institutes 3.135-136 :

135. Les obligations naissent par consentement mutuel en matière d'*emptio venditio*, de *locatio conductio*, de *societas* et de *mandatum*. **136.** On dit que les obligations de ce genre se contractent par consentement mutuel, parce qu'elles n'exigent ni paroles ni écrits spéciaux, et qu'il suffit que ceux qui font affaire soient d'accord. Il en résulte que de telles affaires se traitent même entre absents, par exemple par lettre ou par échange de messagers, alors que d'autre part une obligation verbale ne peut se former entre absents.

Texte 7.4 (ancien 39)⁵ D. 50.16.219

Pap., 2 resp. (D. 50.16.219) :

In conventionibus contrahentium voluntatem potius quam verba spectari placuit. Cum igitur ea lege fundum vectigalem municipes locaverint, ut ad heredem eius qui suscepit pertineret, ius heredum ad legatarium quoque transferri potuit.

Papinien, au livre 2 des réponses (D. 50.16.219) :

On a admis que dans les conventions il convenait de considérer davantage l'intention des parties contractantes que les termes de la convention. Ainsi, si des magistrats municipaux ont donné à bail un fonds *vectigalis* à quelqu'un avec la clause que son héritier pourrait continuer le bail, le droit de l'héritier a pu s'étendre également au légataire.

⁵ Comp. Article 1156 de l'ancien code civil et art. 5.64 du nouveau code civil belge.

Texte 7.5 (ancien 40)⁶ D. 34.5.26

Cels., 26 dig. (D. 34.5.26) :

Cum quaeritur in stipulatione, quid acti sit, ambiguitas contra stipulatorem est.

Celse, au livre 26 de son Digeste (D. 34.5.26) :

Lorsque dans une stipulation on se demande ce qui a été convenu, l'ambiguïté doit jouer à l'encontre du stipulant.

Texte 7.6 (ancien 58) D. 12.1.32

Cels., 5 dig. (D. 12.1.32) :

Si et me et Titium mutuum pecuniam rogaveris et ego meum debitorem tibi promittere iusserim, tu stipulatus sis, cum putares eum Titii debitorem esse, an mihi obligaris ? Subsisto, si quidem nullum negotium tecum contraxisti: sed propius est ut obligari te existimem, non quia pecuniam tibi credidi (hoc enim nisi inter consentientes fieri non potest): sed quia pecunia mea ad te pervenit, eam mihi a te reddi bonum et aequum est.

Celse, au livre 5 de son digeste (D. 12.1.32) :

Si tu as demandé de l'argent à emprunter à moi et à Titius, que j'aie chargé mon débiteur de t'en promettre et que tu aies stipulé de lui en croyant qu'il était débiteur de Titius, es-tu obligé envers moi ? J'hésite, car tu n'as contracté aucun acte avec moi. Je pense toutefois que tu es mon obligé. Non pas que le prêt ait été contracté entre nous (car ceci ne peut se faire qu'entre parties consentantes), mais parce que mon argent t'est parvenu et qu'il est bon et équitable qu'il me soit rendu.

Texte 7.7 (ancien 41) D. 18.1.9pr.

Ulp., 28 ad Sab. (D. 18.1.9pr.) :

In venditionibus et emptionibus consensum debere intercedere palam est: ceterum sive in ipsa emptione dissentient sive in pretio sive in quo alio, emptio imperfecta est. Si igitur ego me fundum emere putarem cornelianum, tu mihi te vendere sempronianum putasti, quia in corpore dissensimus, emptio nulla est. (...).

9.1. Plane si in nomine dissentiamus, verum de corpore constet, nulla dubitatio est, quin valeat emptio et venditio: nihil enim facit error nominis, cum de corpore constat.

9.2. Inde quaeritur, si in ipso corpore non erratur, sed in substantia error sit, ut puta si acetum pro vino veneat, aes pro auro vel plumbum pro argento vel quid aliud argento simile, an emptio et venditio sit. Marcellus scripsit libro sexto digestorum emptionem esse et venditionem, quia in corpus consensum est, etsi in materia sit erratum. Ego in vino quidem consentio, quia eadem prope uonsivaest, si modo vinum acuit: ceterum si vinum non acuit, sed ab initio acetum fuit, ut embamma, aliud pro alio venisse videtur. In ceteris autem nullam esse venditionem puto, quotiens in materia erratur.

Ulprien, au livre 28 sur Sabinus (D. 18.1.9pr.) :

Il est clair que dans la vente un consensus des volontés doit régner : aussi la vente n'est-elle pas réalisée lorsque les parties ne sont pas d'accord sur la vente elle-même ou sur le prix ou sur un autre point. Par conséquent, si je crois acheter un fonds Cornélien alors que tu penses me vendre le fonds Sempronien, la vente est nulle parce que nous ne sommes pas d'accord sur l'objet même du contrat (...).

⁶ Comp. Article 1162 de l'ancien code civil et art. 5.66 du nouveau code civil belge.

1. : Bien entendu, si nous divergeons sur la dénomination de la chose mais qu'il y a accord sur la chose elle-même, il ne fait pas de doute que la vente est valable : l'erreur de dénomination ne nuit en rien lorsqu'il y a accord sur l'objet.

2. : A partir de là, on s'est demandé s'il y a vente lorsqu'on ne se trompe pas sur son objet même, mais sur la substance de cet objet, comme par exemple si on vend du vinaigre pour du vin, du bronze pour de l'or, du plomb ou quelque chose d'autre qui ressemble à de l'argent, pour de l'argent. Marcellus écrit au livre 6 de son Digeste qu'il y a vente puisqu'il y a consentement sur l'objet, même s'il y a erreur sur la matière. Je suis du même avis en ce qui concerne le vin, parce qu'il s'agit à peu près de la même essence c'est-à-dire la même substance, pour autant que le vin soit devenu aigre ; mais s'il n'est pas devenu aigre, mais qu'il se soit agi dès l'origine d'acide, c'est-à-dire de vinaigre, on considère qu'une chose a été vendue pour une autre. Je pense que dans les autres cas la vente est nulle toutes les fois qu'il y a erreur sur la matière.

Texte 7.8 (ancien 42) D. 18.1.41.1

Iul., 3 ad Urs. Ferocem (D. 18.1.41.1) :

Mensam argento coopertam mihi ignoranti pro solida vendidisti imprudens: nulla est emptio pecuniaque eo nomine data condicetur.

Julien, au livre 3 sur Urseius Ferox (D. 18.1.41) :

Tu m'as vendu imprudemment une table recouverte d'argent pour une table en argent massif, sans que je m'en aperçoive moi-même : la vente est nulle et l'argent qui a été payé à ce titre pourra faire l'objet d'une *condictio*.

Texte 7.9 (ancien 43) Inst. 3.19.23

Inst. 3.19.23 :

Si de alia re stipulator senserit, de alia promissor, perinde nulla contrahitur obligatio, ac si ad interrogatum responsum non esset, veluti si hominem Stichum a te stipulatus quis fuerit, tu de Pamphilo senseris, quem Stichum vocari credideris.

Institutes de Justinien, 3.19.23 :

Si le stipulant a en vue une chose et le promettant une autre chose, aucune obligation n'est contractée, de la même façon que s'il n'avait pas été répondu à la question ; par exemple si quelqu'un stipule de toi l'esclave Stichus et que tu as en vue Pamphile, que tu crois s'appeler Stichus.

Texte 7.10 (ancien 100) D. 45.1.134pr.

Paul, 1.15 resp. (D. 45.1.134pr.) :

Titia, quae ex alio filium habebat, in matrimonium coit Gaius Seius habente familiam : et tempore matrimonii consenserunt, ut filia Gaii Seii filio Titiae desponderetur, et interpositum est instrumentum et adiecta poena, si quis eorum nuptiis impedimento fuisset: Postea Gaius Seius constante matrimonio diem suum obiit et filia eius noluit nubere: quaero, an Gaii Seii heredes teneantur ex stipulatione. Respondit ex stipulatione, quae proponeretur, cum non secundum bonos mores interposita sit, agenti exceptionem doli mali obstaturam, quia inhonestum visum est vinculo poenae matrimonia obstringi sive futura sive iam contracta.

Paul, au livre 15 des réponses (D. 45.1.134pr.) :

Titia qui avait un fils d'un autre homme, épouse Gaius Séius, qui avait une fille ; à l'époque du mariage, ils conviennent que la fille de Gaius Séius serait fiancée au fils de Titia ; un acte est rédigé et on y ajoute une peine pour le cas où l'un d'entre eux ferait obstacle au mariage. Ensuite, Gaius Séius décède pendant son mariage et sa fille refuse de se marier. Je demande si les héritiers de Gaius Séius sont tenus par la *stipulatio*. Paul a répondu qu'à celui qui agirait en vertu de la *stipulatio* mentionnée, il conviendrait d'opposer l'exception de dol parce qu'elle n'avait pas été conclue conformément aux bonnes mœurs : car on considère comme malhonnête d'entraver des mariages par le lien d'une clause pénale, qu'il s'agisse de mariages futurs ou de mariages déjà conclus.

Texte 7.11 (ancien 44 a) C. 3.1.8

C. 3.1.8 :

Placuit in omnibus rebus praecipuam esse iustitiae aequitatisque quam stricti iuris rationem.

CONST. ET LICIN. AA. AD DIONYSIUM. a. 314 D. ID. MAI. VOLUSIANO ET ANNIANO CONSS.

C. 3.1.8 :

Il est admis qu'en toute matière il convient d'avoir plus d'égard pour la justice et l'équité que pour le droit strict.

Constantin et Licinius, à Dyonisius, fait au îdes de mai, Volusianus et Annianus étant consul (a.314).

Texte 7.12 (ancien 44 b) C. 1.14.1

C. 1.14.1 :

Inter aequitatem iusque interpositam interpretationem nobis solis et oportet et licet inspicere.

CONSTANT. A. SEPTIMIO BASSO PU. a. 316 D. III NON. DEC. SABINO ET RUFINO CONSS.

C. 1.14.1 :

Il ne convient et n'appartient qu'à nous de donner une interprétation moyenne entre l'équité et le droit.

Constantin à Septime Bassus, préfet urbain. Fait le 3^{ème} jour des nones de décembre, Sabinus et Refinus étant consuls (a.316).

Texte 7.13 (ancien 20) Cic. Att. 6.1.15

Cic., ad Att., 6.1.15 :

Ego tamen habeo ἰσοδυναμοῦσαν sed tectiorem ex Q. Muci P. F. Edicto Asiatico, « *EXTRA QUAM SI ITA NEGOTIUM GESTUM EST UT EO STARI NON OPORTEAT EX FIDE BONA* ».

Cicéron, à Atticus 6.1.15 :

(...) J'ai cependant dans le mien (édit) une réserve de même portée, mais d'une forme plus enveloppée : je l'ai empruntée à l'édit de Q. Mucius, le fils de Publius, pour l'Asie : « SAUF DANS LE CAS OÙ UNE AFFAIRE A ÉTÉ MENÉE DE TELLE SORTE QUE LA BONNE FOI S'OPPOSE À CE QU'ON EN RESPECTE LES CONVENTIONS » (...).

Texte 7.14 (ancien 21) Gai. 4.119

Gai. 4.119 :

Omnes autem exceptiones in contrarium concipiuntur, quam adfirmat is cum quo agitur: nam si verbi gratia reus dolo malo aliquid actorem facere dicat, qui forte pecuniam petit, quam non numeravit, sic exceptio concipitur: SI IN EA RE NIHIL DOLO MALO AULI AGERII FACTUM SIT NEQUE FLAT; (...) Ideo scilicet quia omnis exceptio obicitur quidem a reo, sed ita formulae inseritur, ut condicionalem faciat condemnationem, id est ne aliter iudex eum cum quo agitur condemnet, quam si nihil in ea re, qua de agitur, dolo actoris factum sit; (...).

Gaius, institutes 4.119 :

La rédaction de toutes les exceptions comporte la négation de ce qu'affirme le défendeur. Supposons que le défendeur soutienne que le demandeur l'a actionné par dol malicieux, par exemple en ce qu'il réclame de l'argent qu'il n'a pas avancé. L'exception sera ainsi rédigée : « SI DANS CETTE CHOSE RIEN N'A ÉTÉ FAIT NI NE DOIT SE FAIRE PAR L'EFFET D'UN DOL MALICIEUX D'AULUS AGERIUS ». (...) On procède ainsi parce que, bien que l'exception soit opposée par le défendeur, elle est insérée dans la formule de façon à rendre la condamnation conditionnelle, c'est-à-dire que le juge ne condamne le défendeur que si rien dans le litige n'a été effectué par l'effet d'un dol malicieux du demandeur (...).

Texte 7.15 (ancien 22) D. 2.14.7.9

Ulp., 4 ad. ed. (D. 2.14.7.9):

Dolo malo ait praetor pactum se non servaturum. Dolus malus fit calliditate et fallacia: et ut ait Pedius, dolo malo pactum fit, quotiens circumscribendi alterius causa aliud agitur et aliud agi simulatur.

Ulpian, au livre 4 sur l'édit (D. 2.14.7.9) :

Le préteur dit qu'il ne fera pas exécuter une convention conclue sous l'empire du dol. Le dol se commet par malice et par ruse et, comme le dit Pedius, une convention est conclue par dol toutes les fois que, pour circonvenir quelqu'un, on traite d'une chose en feignant traiter d'une autre.

Texte 7.16 (ancien 23) D. 4.3.1.2

Ulp., 11 ad ed. (D. 4.3.1.2):

Dolum malum Servius quidem ita definiit machinationem quandam alterius decipiendi causa, cum aliud simulatur et aliud agitur. Labeo autem posse et sine simulatione id agi, ut quis circumveniatur: posse et sine dolo malo aliud agi, aliud simulari, sicuti faciunt, qui per eiusmodi dissimulationem deserviant et tuentur vel sua vel aliena: itaque ipse sic definiit dolum malum esse omnem calliditatem fallaciam machinationem ad circumveniendum fallendum decipiendum alterum adhibitam. Labeonis definitio vera est.

1.3. *Non fuit autem contentus praetor dolum dicere, sed adiecit malum, quoniam veteres dolum etiam bonum dicebant et pro sollertia hoc nomen accipiebant, maxime si adversus hostem latronemve quis machinetur.*

Ulpian, au livre 11 sur l'édit (D. 4.3.1.2) :

Servius définit le dol de la manière suivante : une certaine manœuvre employée pour leurrer quelqu'un lorsqu'on traite d'une chose en feignant de traiter d'une autre. Labéon cependant pense qu'on peut, sans simulation faire en sorte que quelqu'un soit trompé ; on peut aussi sans dol paraître faire une chose alors qu'on en fait une autre ; par exemple, ceux qui par une dissimulation contraire à la vérité conservent et protègent leurs biens ou ceux d'autrui. C'est pourquoi lui-même définit le dol toute malice, ruse, manœuvre utilisée pour circonvenir, tromper ou leurrer quelqu'un. La définition de Labéon est exacte.

1.3 : Le préteur ne s'est pas contenté de parler de dol, il a ajouté « mauvais » dol, car les anciens parlaient aussi de bon dol qu'ils assimilaient à de l'habileté, surtout lorsqu'on manœuvrait au détriment d'un ennemi ou d'un voleur de grand chemin.

Texte 7.17 (ancien 24) D. 4.3.7.3

Ulp., 11 ad ed. (D. 4.3.7.3) :

(...) *Labeo (...) adfert talem speciem. Qui servum mihi debebat vel ex venditione vel ex stipulatu, venenum ei dedit et sic eum tradidit: vel fundum, et dum tradit, imposuit ei servitutem vel aedificia diruit, arbores excidit vel extirpavit: ait Labeo, sive cavet de dolo sive non, dandam in eum de dolo actionem (...).*

Ulpien, au livre 11 sur l'édit (D. 4.3.7.3) :

(...) Labéon (...) rapporte cet exemple : un particulier me devait un esclave, soit en vertu d'une vente, soit en vertu d'une *stipulatio* ; il l'empoisonne et me le livre dans cet état. Ou il me devait un fonds, et tandis qu'il me le livre, il constitue sur ce fonds une servitude ou il détruit un bâtiment, coupe ou déracine des arbres. Labéon dit qu'il faut accorder contre ce particulier une action de dol, qu'il se soit engagé ou non à s'abstenir de tout dol. (...)

Texte 7.18 (ancien 25) D. 44.4.8pr.-1

Paul, 6 ad Plaut. (D. 44.4.8pr.-1) :

Dolo facit, qui petit quod redditurus est.

1. *Sic, si heres damnatus sit non petere a debitore, potest uti exceptione doli mali debitor et agere ex testamento.*

Paul, au livre 6 sur Plautius (D. 44.4.8pr.-1) :

Commet un dol, celui qui réclame ce qu'il devra rendre.

1. : Ainsi lorsqu'un héritier s'est vu imposer la charge de ne pas réclamer paiement à un débiteur, celui-ci peut opposer l'exception de dol et intenter contre lui une action basée sur le testament pour se faire libérer.

Texte 7.19 (ancien 26) Gai. 4.36

Gai. 4.36 :

<Item usucapio fingitur in ea actione quae publiciana> vocatur. Datur autem haec actio ei, qui ex iusta causa traditam sibi rem nondum usu cepit eamque amissa possessione petit: nam quia non potest eam rem ex iure Quiritium suam esse intendere, fingitur rem usu cepisse, et ita quasi ex iure Quiritium dominus factus esset, intendit velut hoc modo: IUDEX ESTO. SI QUEM HOMINEM A. AGERIUS EMIT <ET> IS EI TRADITUS EST, ANNO POSSEDISSET, TUM SI EUM HOMINEM, DE QUO AGITUR, EIUS EX IURE QUIRITUM ESSE OPORTERET ET RELIQUA.

Gaius, institutes 4.36 :

Il y a de même une fiction d'usucapion dans l'action qu'on appelle publicienne. On accorde cette action à celui qui, avant d'avoir usucapé la chose qu'on lui a tradée en vertu d'une juste cause, en perd la possession et veut la réclamer. Comme il ne peut pas prétendre dans l'*intentio* que cette chose lui appartient selon le droit quiritaire, on introduit alors la fiction qu'il l'a usucapée, et ainsi il peut rédiger son *intentio* comme s'il était propriétaire quiritaire, de la façon suivante, par exemple : « QU'UN TEL SOIT JUGE. SI L'ESCLAVE QU'AULUS AGERIUS A ACHETÉ ET QU'ON LUI A TRADÉ, AVAIT ÉTÉ POSSÉDÉ PAR LUI PENDANT UN AN, ET QU'ALORS CET ESCLAVE DONT IL S'AGIT DÛT ÊTRE SA PROPRIÉTÉ SELON LE DROIT QUIRITAIRE, ETC. ».

Texte 7.20 (ancien 27) D. 44.4.4.32

Ulp., 76 ad ed. (D. 44.4.4.32) :

Si a Titio fundum emeris qui Sempronii erat isque tibi traditus fuerit [pretio soluto?] ,deinde Titius Sempronio heres extiterit et eundem fundum Maevio vendiderit et [tradiderit] <mancipio dederit>, Iulianus ait aequius esse praetorem te tueri exceptione in factum concepta, quia et, si ipse Titius fundum a te peteret, exceptione in factum comparata vel doli mali summovertur et, si ipse eum possideret et Publiciana peteres, adversus excipientem "si non suus esset" replicacione uteris, ac per hoc intellegeretur eum fundum rursus vendidisse, quem in bonis non haberet.

Ulpien, au livre 76 sur l'édit (D. 44.4.4.32) :

Si tu as acheté de Titius un fonds qui appartenait à Sempronius et que ce fonds t'ait été livré, [le prix en étant payé?], et qu'ensuite Titius devienne l'héritier de Sempronius et qu'il revende le même fonds à Maevius [en le lui livrant] <en le lui mancipant> : Julien dit qu'il est plus équitable que le préteur te protège parce que si Titius lui-même te réclamait le fonds, sa demande serait repoussée par une exception rédigée en fait ou par l'exception de dol malicieux et que si le même Titius en avait la possession et que tu le lui réclames par l'action Publicienne, tu pourrais utiliser une *replicatio* à l'exception « si la chose ne lui appartient pas » (qu'il soulèverait) ; d'où il s'ensuit qu'il est censé avoir revendu une nouvelle fois un fonds qu'il n'avait plus *in bonis*.

Chapitre 8 : les délits

PARTIE A : SCRIPTS

1) Le *furtum* – le vol

Le délit de *furtum** correspond à ce que nous appelons le vol aujourd'hui. Nous avons déjà brièvement abordé la question du vol dans le cadre de l'*usus auctoritas* et de l'usucapion*. Nous avons dit que l'acquisition de la propriété par l'usucapion ne fonctionnait pas lorsque la chose avait été volée. Mais intéressons-nous maintenant au vol en tant que délit.

En ancien droit, on considérait qu'il y avait *furtum* dès le moment où quelqu'un emportait clandestinement une chose mobilière se trouvant sous la garde de quelqu'un d'autre. Être de bonne ou de mauvaise foi n'avait donc pas d'incidence pour savoir s'il y avait *furtum* ou non à cette époque. De même, les biens immobiliers ne pouvaient pas être volés puisque l'on ne pouvait pas les emporter.

La répression du vol en ancien droit dépendait des circonstances. Les Romains distinguaient entre le *furtum manifestum* et le *furtum nec manifestum*, c'est-à-dire le vol manifeste et le vol non manifeste. Aujourd'hui on dirait que la distinction dépend de la présence ou non d'un flagrant délit.

En cas de *furtum manifestum*, le volé devait faire appel à des témoins. Il faisait cela par exemple en appelant des voisins à sa rescousse. Ceux-ci pouvaient alors vérifier la présence du voleur et constater le flagrant délit. Ces témoins autorisaient alors la victime du vol à tuer le voleur. La sanction du vol manifeste est donc particulièrement sévère et c'est pour cela que les témoins étaient indispensables. Leur présence permettait de limiter les risques d'une sanction arbitraire et exagérée. J'imagine sans trop de peine que pour beaucoup d'entre vous, la peine de mort est de toute façon exagérée pour punir un voleur, même lorsqu'il est pris en flagrant délit. Nous devons constater ici que ce qui nous paraît excessif aujourd'hui était relativement normal à l'époque. En ces temps reculés de l'ancien droit, les richesses étaient très limitées et voler le seul bœuf ou la seule charrue d'un agriculteur, c'était le ruiner et le condamner à la famine. Les conséquences du vol étaient donc souvent très graves et le punir durement une nécessité.

La même sanction était appliquée au voleur même s'il n'avait pas été pris sur le fait, mais que la chose volée avait été retrouvée chez lui, dans le cadre d'une perquisition solennelle appelée *quaestio lance et licio*. Cette perquisition était menée par la victime du vol présumé, habillée d'un simple pagne et munie d'un plateau. Si elle ressortait de la maison avec la chose volée, le perquisitionné était déclaré auteur d'un vol manifeste et pouvait être tué.

Dès la loi des XII tables cependant, l'intervention d'un magistrat est devenue nécessaire pour exécuter la sanction. Les voisins ne suffisent plus à cet effet... à moins que le vol n'ait été commis de nuit et que le voleur ait été armé. Dans une telle situation, la victime avait le droit de se défendre en tuant immédiatement le voleur sans devoir faire appel à la justice. Mais une fois le voleur tué, la victime devait à nouveau appeler ses voisins afin qu'ils constatent les faits et régularisent l'exécution.

Mais en-dehors du vol nocturne par un voleur armé, la loi des XII tables imposait donc l'intervention d'un magistrat. Ce magistrat pouvait, en définitive, accorder la *manus iniectio* contre le voleur, ce qui signifiait – comme nous l'avons vu – que le voleur était enchaîné et mis à la disposition de la victime. En principe, cette mise à la disposition incluait un droit de vie et de mort, même si le voleur était plus généralement mis au travail afin de payer sa dette.

En l'absence de flagrant délit, dans le cas d'un *furtum nec manifestum*, le recours au magistrat a bien entendu été de tous temps indispensable et la sanction ne pouvait plus être la peine de mort. Pour un vol non manifeste, le voleur était cette fois tenu de payer à la victime un montant équivalent au double de la valeur de la chose volée. En plus de ce montant, le voleur devait bien entendu aussi restituer cette chose volée.

À l'époque classique, la notion de *furtum* se précise et se diversifie, jusqu'à inclure des situations que l'on ne qualifierait pas nécessairement de vol aujourd'hui. À titre d'exemple on peut citer les cas suivants.

Imaginons que je sois créancier de Marcus qui me doit la somme de 1000 deniers. Il me paie le montant dû et décède peu de temps après. L'héritier de Marcus trouve dans les effets de ce dernier une reconnaissance de dette concernant ces mêmes 1000 deniers. Ignorant que Marcus m'a déjà remboursé, il me paie une deuxième fois le même montant. Si je me souvenais précisément avoir déjà reçu les 1000 deniers de Marcus, je suis donc de mauvaise foi en acceptant ce deuxième paiement. En droit romain classique, cette acceptation était qualifiée de *furtum nec manifestum*, c'était un vol.

Prenons un autre exemple. Marcus a conclu avec moi un contrat de dépôt* pour son char. En vertu de ce contrat, je dois garder le char mais je n'ai pas le droit de m'en servir. Si je m'en sers malgré tout, cela constitue un *furtum usus*, c'est-à-dire un vol d'usage. Je n'ai pas volé le char en tant que tel, puisque c'est Marcus qui me l'a apporté, mais j'en ai volé l'usage.

En ce qui concerne la distinction entre *furtum manifestum* et *furtum nec manifestum*, elle a été maintenue à l'époque classique. La sanction du vol manifeste n'est cependant plus la mort, mais une condamnation au quadruple de la valeur de la chose volée. La sanction du double attachée au *furtum nec manifestum* reste en revanche inchangée.

Sur le plan procédural, la victime du vol disposait de deux actions complémentaires : l'*actio furti* et la *rei vindicatio*. L'*actio furti* servait à réprimer le vol et était intentée contre le voleur. La *rei vindicatio* servait à récupérer la chose volée et était intentée contre la personne actuellement en possession de la chose volée. En pratique, cela n'était pas forcément le voleur lui-même, puisque ce dernier pouvait l'avoir vendue ou transmise à quelqu'un d'autre.

La situation évoquée du voleur qui se débarrasse de la chose volée peut parfois empêcher l'utilisation de la *rei vindicatio*. Prenons par exemple quelqu'un qui vole du vin et décide de le boire ; ou quelqu'un qui vole de l'argent et le dépense immédiatement. Dans de pareilles circonstances, il est impossible de récupérer la chose volée par une *rei vindicatio* puisqu'elle a été détruite – dans le cas du vin – ou parce qu'elle a disparu, comme cet argent qu'il est virtuellement impossible de retrouver. Cela signifie-t-il pour autant que le voleur échappera à son obligation de restituer la chose volée et sera tenu uniquement de payer le double ou le quadruple en vertu de l'*actio furti* ? La réponse est ici négative ! Cela serait trop injuste comme solution. Lorsque la *rei vindicatio* était devenue impossible pour des raisons pratiques, celle-ci était remplacée par une *condictio furtiva**. La *condictio* du vol. Puisque la chose elle-même a disparu et que l'action réelle est devenue impossible, cette action est remplacée par une action personnelle. En vertu de la *condictio*, le voleur était tenu de restituer au propriétaire l'équivalent de ce qu'il avait volé. Dans nos exemples, il devait donc restituer l'équivalent du vin ou de l'argent volés.

À partir de la fin de la période classique, le *furtum* échappe de plus en plus souvent à la procédure formulaire pour être examiné par un juge particulier. C'était particulièrement le cas

pour le *furtum manifestum*. En conséquence, les sanctions étaient différentes également, dès lors que le voleur était soumis à des sanctions pénales comme le bannissement ou les travaux forcés.

À l'époque postclassique, on constate à nouveau une confusion entre certains concepts. Pour le *furtum* cette confusion se remarque entre l'amende et la restitution. Alors qu'en droit classique, il y avait clairement deux actions en justice distinctes avec des objectifs distincts, les sources postclassiques parlent de « *reddere quadruplum* » et de « *dupli redhibitio* », c'est-à-dire rendre le quadruple et restitution du double. La restitution et l'amende se confondent donc. Alors qu'en droit classique, la condamnation au quadruple ou au double s'ajoutait à la restitution et avait donc avant tout un caractère pénal, en traitant de restitution du double ou du quadruple, le droit postclassique met en avant l'aspect réparateur au détriment de l'aspect répressif. La *condictio furtiva* et la *rei vindicatio* disparaissent donc des procès pour vol.

Mais cette disparition n'a été que momentanée, puisqu'en matière de *furtum* comme dans tant d'autres domaines juridiques, l'avènement du droit de Justinien s'est caractérisé par un retour à une vision plus classique des catégories juridiques. La distinction entre le caractère répressif de l'*actio furti* et le caractère réparateur de la *rei vindicatio* et de la *condictio furtiva* est pleinement rétablie par Justinien.

2) L'iniuria – l'injure

Afin de bien comprendre ce qu'était le délit d'*iniuria*, il faut commencer par constater que le terme est polysémique. Dans son acception la plus large, le mot signifie « *quod iure non fit* », c'est-à-dire ce qui s'est fait en contradiction avec le droit. En ce sens, l'*iniuria* désigne donc tout acte illicite, tout acte qui a été commis en violation du droit. Dans la loi des XII Tables, l'*iniuria* prend un sens plus précis et désigne une blessure corporelle légère. En réalité, la loi des XII Tables sanctionne les comportements menant à trois types de blessures corporelles : le *membrum ruptum*, l'*os fractum* et l'*iniuria*.

« *Membrum ruptum* » signifie littéralement « membre brisé ». Cela vise particulièrement le fait d'arracher un membre. Plus généralement, la loi des XII Tables vise par-là l'atteinte définitive à l'intégrité physique, c'est-à-dire la blessure dont on ne peut pas guérir. La victime n'est donc pas morte de la blessure mais a subi une lésion irréparable. La mesure de cette lésion est bien entendu très variable, dès lors que l'on admet aisément que ce n'est pas la même chose de perdre un bras ou un orteil. En conséquence, la mesure de la sanction était également variable. Elle était même conçue de manière parfaitement proportionnelle, puisque la loi des XII Tables prévoyait, dans ce cas, l'application de la loi du Talion : œil pour œil et dent pour dent. Comme nous l'avons laissé entendre précédemment, malgré son caractère rudimentaire, voire brutal, la loi du Talion constitue un progrès par rapport à une société dans laquelle chacun exerce sa vengeance librement. D'une part, elle apporte une limitation de la vengeance. D'autre part, elle incite à la recherche de solutions pacifiques. En effet, l'auteur de la blessure tentera d'éviter de subir la vengeance de sa victime. À cette fin, il lui fera très probablement une offre de composition. Cette composition constitue un accord entre l'auteur et la victime, par lequel la victime renonce à son droit à la vengeance, en échange d'une somme d'argent ou d'un autre bien de valeur.

La deuxième sorte de blessure corporelle envisagée par la loi des XII Tables est l'« *os fractum* ». Littéralement, cela signifie « os brisé » et vise cette fois la lésion corporelle dont on peut guérir,

mais qui provoque une malformation qui reste visible. Pour cette atteinte corporelle, moins grave que la précédente, la loi des XII Tables n'envisage plus l'application de la loi du Talion. Pour l'*os fractum*, c'est une peine en argent qui est prévue. Le tarif varie ici en fonction de la victime. S'il s'agit d'une blessure d'un homme libre, le montant est fixé à 300 as, alors que si c'est un esclave, il est de 150 as. Il y a deux manières de considérer cette différence. Un regard contemporain pourrait être heurté par cette discrimination entre êtres humains. Mais à l'inverse, le fait qu'un esclave soit considéré comme un demi-homme libre est en soi extraordinaire. En effet, sur le plan du droit, un esclave est a priori considéré comme une chose et non un être humain. C'est d'ailleurs cette vision qui sera retenue par la *lex Aquilia* quelques siècles plus tard. Dans cette loi, les dommages subis par un esclave reçoivent un traitement totalement différent de celui des blessures infligées à des humains libres. Les esclaves y sont assimilés aux animaux et non aux êtres humains. Cette évolution est difficile à interpréter. Peut-être qu'à Rome, au 5^{ème} siècle avant notre ère, les esclaves étaient encore peu nombreux et moins considérés comme de la marchandise qu'au cours des siècles suivants.

La troisième sorte de blessure corporelle réprimée par la loi des XII Tables était l'*iniuria**, qui fait l'objet principal de cette vidéo. À ce stade, l'*iniuria* est donc la lésion physique la plus légère réprimée par la loi. Puisque la lésion est légère, la peine l'est également : elle est de 25 as.

Ce système de la loi des XII Tables, avec trois niveaux de répression des atteintes physiques, est tombé en désuétude assez vite. D'une part, l'évolution des mœurs romaines s'accommodait mal du maintien de la loi du Talion. D'autre part, il y avait la fixation du montant des peines en pièces de monnaie. À l'époque déjà, l'économie monétaire était soumise à l'inflation et ces tarifs fixés par la loi des XII Tables ont bien vite été inadaptés. Le caractère dérisoire des montants a d'ailleurs été mis en évidence par une anecdote racontée par Aulu-Gelle (dans les Nuits Attiques 20.1.13). Cet auteur romain du 2^{ème} siècle de notre ère nous conte l'histoire de Lucius Veratius, un homme particulièrement méchant et sans-gêne. Ce dernier se faisait un plaisir de gifler les hommes libres à pleine main. Il était alors suivi partout par un esclave portant une bourse remplie d'as, ces petites pièces de monnaie des débuts de Rome. Et à chacune des personnes qu'il giflait, il faisait donner les 25 as dûs en application de la loi des XII Tables. Ce comportement était bien entendu très choquant et c'est pour cela que les préteurs sont intervenus. Ils se sont détournés de cette disposition légale et ont désormais ordonné aux juges d'évaluer le montant de la peine en fonction de l'importance de l'injure.

Pour les atteintes corporelles, les préteurs ont pris un édit* général. Celui-ci n'abrogeait pas la loi des XII Tables, mais en réévaluait les peines pour les adapter au coût de la vie. En ce qui concerne les atteintes à l'honneur ou à la pudeur, c'est-à-dire celles qui n'entraînent aucune lésion corporelle, le préteur prendra des édits spéciaux. Ces édits spéciaux visaient des hypothèses spécifiques d'injures que le préteur entendait réprimer, comme l'attentat à la pudeur ou le *convicium* par exemple. Le *convicium* constitue un chahut que l'on cause en rassemblant une foule devant la maison de la victime en hurlant des injures à son égard.

L'intervention du préteur à propos de ces atteintes au corps ou à la personnalité a eu pour conséquence de faire disparaître les montants des peines fixés dans la loi. C'était désormais au juge de faire l'estimation de cette atteinte dans le cadre de l'*actio iniuriarum aestimatoria*, l'action estimatoire de l'injure. Il lui revenait de fixer le montant de la condamnation en équité. En outre, une condamnation des suites de cette action entraînait également l'infamie* du condamné. Cette infamie constituait une sanction supplémentaire dont la conséquence était que celui qui avait été condamné pour injure ne pouvait plus se plaindre d'être injurié. S'il faisait l'objet d'un comportement injurieux, il lui était donc impossible de s'en plaindre en justice.

À l'époque postclassique, le sort de l'*iniuria* est similaire à celui du *furtum*. Les cas les plus graves feront l'objet d'une procédure criminelle et seuls les cas les moins graves seront encore réglés par une procédure privée ordinaire.

3) La Lex Aquilia – La responsabilité délictuelle

C'est dans la *lex Aquilia* qu'il faut chercher les origines de notre responsabilité délictuelle, aussi appelée responsabilité extra-contractuelle ou responsabilité aquilienne. Cette loi est en réalité un plébiscite, proposé au *concilium plebis* par le tribun de la plèbe Aquilius. La datation de cette loi est controversée mais on peut néanmoins la situer dans la deuxième partie de la période de l'ancien droit romain, après la loi des XII Tables.

La loi est composée de trois chapitres, dont seul le premier et le troisième nous intéressent, puisque le deuxième porte sur un autre sujet et est très tôt tombé en désuétude. D'après le chapitre premier, celui qui tue injustement un esclave ou un quadrupède vivant en troupeau doit être condamné à dédommager le propriétaire de cet esclave ou de cet animal d'un montant équivalent à la valeur la plus élevée qu'il a eue pendant l'année qui a précédé. Le chapitre trois de la *lex Aquilia*, quant à lui, concerne les autres choses et punit celui qui brûle, brise ou rompt injustement une chose. Dans ce cas, l'auteur est tenu du montant que valait la chose dans les trente jours qui ont précédé. Le chapitre trois couvre, en pratique, tous les cas qui ne sont pas rencontrés par le chapitre premier.

La *lex Aquilia* est révolutionnaire de plusieurs manières. D'une part, elle rompt définitivement avec la logique de vengeance encore contenue dans la loi des XII Tables. Souvenons-nous en effet que pour le *membrum ruptum*, c'est toujours la loi du Tallion qui est de rigueur d'après la loi des XII Tables. Comme nous l'avons dit, la logique de la loi du Tallion échappe à toute logique économique. La *lex Aquilia* au contraire entre sensiblement dans une telle logique : le dommage causé provoque une perte patrimoniale et il est juste qu'elle soit dédommée en fonction de la valeur de marché de la chose perdue. D'autre part, la *lex Aquilia* est également révolutionnaire en ce qu'elle est la première fois dans l'histoire que l'on associe les éléments fondamentaux de notre système de responsabilité moderne : le dommage, l'illicéité et le lien causal entre les deux. Il fallait donc que le dommage ait été causé de manière illicite pour qu'il donne lieu à réparation.

Je propose que nous examinions ces trois éléments l'un après l'autre.

Commençons par le *damnum*, le dommage, puisqu'il constitue la motivation de départ de celui qui demande réparation. Dans la *lex Aquilia*, les façons de causer un dommage sont énumérées de manière restrictive. Nous les avons déjà citées : tuer, brûler, briser et rompre. Très vite, les Romains se sont rendus compte que ces définitions étaient insuffisantes par rapports aux besoins pratiques. Le préteur a dès lors donné une interprétation extensive à ces termes.

C'est ainsi que le terme *occidere*, c'est-à-dire tuer au sens de tuer raide, est interprété dans le sens de *mortis causam praestare*, c'est-à-dire apporter la cause de la mort. La mort ne devait donc plus être violente et immédiate, mais pouvait, par exemple, résulter d'un empoisonnement par des médicaments inadéquats, d'une noyade, de la privation de nourriture ou d'une blessure dont l'effet fatal ne serait pas immédiat. L'autre terme interprété largement était *rumpere*, soit rompre ou casser. Les *veteres* admettaient déjà qu'il fallait entendre *rumpere* dans le sens de *corrumpere*, c'est-à-dire corrompre, détériorer. Par cette extension, presque toutes les sortes de dommages étaient désormais couvertes par une action en justice. Puisque ces extensions étaient

extérieures aux strictes conditions d'application de la *lex Aquilia* elle-même, le préteur accordait dans ces cas l'action utile* ou *in factum*, plutôt que l'*actio legis Aquiliae* elle-même. En faisant cela, il adaptait donc la formule aux circonstances des faits alors qu'ils sortaient du champ strict de la loi. C'est ainsi qu'il a été admis que le dommage causé ne devait pas nécessairement consister en une détérioration d'une chose. Ainsi par exemple si vous bousculez quelqu'un et que vous faites tomber des pièces de monnaie qu'il tenait en main, de sorte qu'elles tombent dans l'égout et soient irrécupérables, vous avez bel et bien causé un dommage. Le fait que les pièces n'aient été ni brûlées, ni détériorées n'empêche pas la condamnation au dédommagement.

Le deuxième élément indispensable à l'obtention de l'action de la *lex Aquilia* était l'*iniuria*, l'acte illicite. Il fallait donc que le dommage résulte d'un acte illicite, contraire à la loi. Ici également, il convenait d'élargir le champ d'application et c'est à nouveau à l'époque des *veteres* que les choses évoluent de manière décisive. C'est ainsi que Quintus Mucius Scaevola⁷ considérait déjà que l'élagueur qui laissait tomber sur un passant la branche d'arbre qu'il venait de couper devait être tenu de la *lex Aquilia*, s'il n'avait pas prévenu les passants qu'il lâcherait cette branche. Dès lors, l'acte illicite n'est plus seulement celui qui est contraire à la loi, mais de manière bien plus générale celui que n'aurait pas commis un homme prudent et diligent. Il fallait donc évaluer le comportement qui avait causé le dommage à l'échelle d'un être idéal, qui ne commet aucune faute, même pas la plus légère.

Le troisième élément est le lien de causalité. Ici également, la vision de la *lex Aquilia* était particulièrement étroite au début. Il fallait que le dommage ait été causé *corpore corpori*, c'est-à-dire dans un rapport du corps à corps. Mais ici également, la jurisprudence romaine a admis qu'il fallait dépasser cette vision étroite du lien causal. Dans un texte célèbre⁸, Celse⁹ décrit cela en soulignant que la responsabilité est la même, qu'un esclave tué soit mort du coup qu'il a reçu, du choc avec le rocher contre lequel il a été projeté, ou même si, jeté d'un pont, il a tenté de se soustraire au courant en nageant, mais qu'exténué, il meure noyé. Dans une interprétation stricte de la *lex Aquilia* on aurait pu prétendre que l'esclave était mort parce qu'il ne savait pas bien nager et non d'avoir été projeté du pont. Mais ce type d'argument n'est donc pas ou plus acceptable et la condamnation sera la même dans tous les cas.

Un autre cas emblématique⁹ de cette extension du lien de causalité est assurément celui de cette collision en chaîne survenue sur les pentes du Capitole, à Rome. Alors que deux chariots bien chargés et tirés par des mules montent péniblement la colline du Capitole en se suivant, des muletiers qui suivent le premier chariot tentent de soulager les mules en poussant ce chariot. Mais pour une raison ou pour une autre, les muletiers arrêtent de pousser et le premier chariot recule sur les mules tirant le second chariot. Ces mules reculent à leur tour et un petit esclave suivant le second chariot est écrasé par celui-ci. Alfenus, qui raconte ce cas, explique que la responsabilité sera imputée soit aux muletiers, s'ils ont spontanément arrêté de pousser le premier chariot, soit au propriétaire des mules tirant ce chariot, si celles-ci se sont effarouchées et ont eu un comportement contre-nature en reculant. La responsabilité du propriétaire des mules tirant le second chariot – qui a pourtant effectivement écrasé le petit esclave – est quant à elle exclue, puisque ces mules n'ont eu d'autre choix que de reculer en raison du recul du

⁷ L'avis de Quintus Mucius Scaevola est mentionné par Paul, dans son commentaire sur Sabinus, texte qui est lui-même repris dans le Digeste de Justinien sous D. 9.2.31 (Texte 8.2).

⁸ L'avis de Publius Iuventius Celsus est mentionné par Ulpien, dans son commentaire sur l'édit, texte qui est lui-même repris dans le Digeste de Justinien sous D. 9.2.7.7 (Texte 8.5).

⁹ Il s'agit ici d'un cas exposé par Publius Alfenus Varus, et reproduit dans le Digeste de Justinien sous D. 9.2.52.2 (Texte 8.6).

premier chariot. On le voit, le dommage – c'est-à-dire la mort du petit esclave – est ici éloigné de la faute qui l'a causé.

La responsabilité des muletiers qui ont arrêté de pousser le premier chariot pose la question de la responsabilité par abstention. Ils se sont effectivement abstenus de pousser ce chariot et rien ne les obligeait à le pousser. Mais la jurisprudence romaine a considéré que si l'abstention pure n'était pas punissable, l'abstention dans l'action l'était. Autrement dit : les muletiers avaient le droit de ne pas pousser le chariot, mais dès lors qu'ils avaient commencé à le faire, ils ne pouvaient plus arrêter.

Dans le cas des mules sur le Capitole, Alfenus se demande qui a commis une faute. Mais il se peut très bien que plusieurs personnes en aient commis une et il faut alors choisir à qui le dommage peut être imputé. C'est un cas rapporté par Fabius Mela¹⁰ qui illustre bien ce problème. Sur une place sur laquelle des personnes jouent au ballon, un esclave se fait raser par un barbier. Un joueur lance alors un ballon violemment sur la main du barbier... qui tranche la gorge de l'esclave. A qui faut-il imputer le dommage ? Au lanceur qui a lancé la balle ? Cette responsabilité est généralement exclue car il était habituel de jouer au ballon sur cette place. Est-ce alors le barbier qui s'est installé en un endroit aussi dangereux, ou l'esclave lui-même puisqu'il s'est confié à un tel barbier ? Les circonstances pratiques peuvent avoir un impact sur ce choix, mais Ulpien[@] semble préférer imputer le dommage à l'esclave lui-même.

Cet exemple nous montre que la jurisprudence romaine est particulièrement riche et qu'il serait vain de la résumer ici en quelques phrases. Ces nombreux cas pratiques ont tous influencé notre façon de réfléchir aux questions de responsabilités. Ils sont d'ailleurs d'une modernité éternelle. Pour ne revenir que sur le cas du barbier : il préfigure la question de l'exception sportive. Un dommage réalisé dans le cadre d'une activité sportive organisée doit-il être traité comme n'importe quel autre dommage ? Les Romains semblent avoir considéré que dans certains cas, le lieu jouait un rôle prépondérant et permettait d'exempter l'auteur du dommage de sa responsabilité. Mais il ne s'agit là que d'un exemple parmi tant d'autres...

Le dernier point relatif à l'application de la *lex Aquilia* que nous voudrions évoquer ici est procédural. La découverte du coupable d'un dommage est une chose difficile. Le juge qui doit examiner les faits doit régulièrement avoir des talents de détective. C'est pourquoi la position de la victime du dommage est souvent malaisée. En effet, comment prouver les faits a posteriori, alors qu'il n'y avait évidemment ni caméras de surveillance, ni analyse sanguine ou d'ADN ? Face à ce problème, les Romains ont développé une idée astucieuse. Puisque la position du défendeur était a priori confortable dans un litige en responsabilité aquilienne, ils ont veillé à fragiliser cette assurance. Ils ont fait cela en intimant au défendeur de soit reconnaître les faits, soit de les nier. Mais s'il niait et que sa culpabilité était ensuite établie au cours du procès, il n'était plus condamné à simplement réparer le dommage causé, il était alors condamné au double de ce montant. Par ce procédé, le défendeur conscient de sa culpabilité était donc fortement incité à reconnaître les faits. Ce procédé astucieux appelé « litiscroissance » avait donc un double avantage : il rééquilibrait les positions des parties au procès tout en abrégant souvent la procédure et la difficile recherche de la vérité dans des procès en responsabilité.

Un fois de plus, l'ingéniosité des juristes romains fait merveille !

¹⁰ Le cas apporté par Fabius Mela est rapporté par Ulpien et repris dans le Digeste de Justinien sous D.9.2.11pr. (Texte 8.10).

PARTIE B : TEXTES

Texte 8.1 (ancien 48) Les lanceurs de javelot D. 9.2.9.4

Ulp., 18 ad ed. (D. 9.2.9.4) :

Sed si per lusum iaculantibus servus fuerit occisus, Aquiliae locus est: sed si cum alii in campo iacularentur, servus per eum locum transierit, aquilia cessat, quia non debuit per campum iaculatorium iter intempestive facere. Qui tamen data opera in eum iaculatus est, utique Aquilia tenebitur:

Ulpien, au livre 18 sur l'édit (D. 9.2.9.4) :

Il y a lieu à l'action de la *Lex Aquilia* dans le cas où un esclave est tué par des gens qui lancent des javelots pour se divertir. Mais l'action cesse si ces gens s'exerçaient sur un terrain d'entraînement et que l'esclave ait traversé ce terrain, parce qu'il ne devait pas passer de manière intempestive. Toutefois, celui qui aura lancé un javelot sur lui à dessein sera en toute hypothèse tenu par la *Lex Aquilia*.

Texte 8.2 (ancien 47) L'élagueur D. 9.2.31

Paul., 10 ad Sab. (D. 9.2.31) :

Si putator ex arbore ramum cum deiceret vel machinarius hominem praetereuntem occidit, ita tenetur, si is in publicum decidat nec ille proclamavit, ut casus eius evitari possit. Sed Mucius etiam dixit, si in privato idem accidisset, posse de culpa agi: culpam autem esse, quod cum a diligente provideri poterit, non esset provisum aut tum denuntiatum esset, cum periculum evitari non possit. Secundum quam rationem non multum refert, per publicum an per privatum iter fieret, cum plerumque per privata loca volgo iter fiat. Quod si nullum iter erit, dolum dumtaxat praestare debet, ne immittat in eum, quem viderit transeuntem: nam culpa ab eo exigenda non est, cum divinare non potuerit, an per eum locum aliquis transiturus sit.

Paul, au livre 10 sur Sabinus (D. 9.2.31) :

Si un élagueur en laissant tomber une branche d'arbre ou un ouvrier qui travaille sur un échafaudage, en laissant tomber quelque chose, tue un esclave qui passe, il n'est responsable que si l'objet est tombé sur un chemin public et qu'il n'ait pas crié de manière à ce qu'on ait pu éviter sa chute. Mucius dit que l'on pourrait agir sur base de la faute, même si un tel accident était arrivé dans un lieu privé : il y a faute lorsqu'on ne prévient pas ce qui pourrait être prévenu par un homme diligent, ou lorsqu'on n'avertit qu'au moment où il n'est plus possible d'éviter le danger. Pour cette raison, il n'y a pas grande différence selon que l'accident ait eu lieu sur un chemin public ou privé, d'autant moins que très souvent des chemins privés sont utilisés par le public. Mais s'il n'y a aucun chemin, l'ouvrier ne doit répondre que de son dol, de telle sorte qu'il ne jette rien sur quelqu'un qu'il voit passer par là : car on ne peut pas lui reprocher une faute alors qu'il n'a pas pu deviner que quelqu'un allait passer.

Texte 8.3 (ancien 63) D. 9.2.49.1

Ulp., 9 disp. (D. 9.2.49.1) :

Quod dicitur damnum iniuria datum Aquilia persequi, sic erit accipiendum, ut videatur damnum iniuria datum, quod cum damno iniuriam attulerit; nisi magna vi cogente fuerit factum, ut Celsus scribit circa eum, qui incendii arcendi gratia vicinas aedes intercidit: nam hic scribit cessare legis Aquiliae actionem: iusto enim metu ductus, ne ad se ignis perveniret, vicinas aedes intercidit: et sive pervenit ignis sive ante extinctus est, existimat legis Aquiliae actionem cessare.

Ulpien, au livre 9 des disputes (D. 9.2.49.1) :

Quand on dit que la *lex Aquilia* poursuit le *damnum iniuria datum* (“dommage causé de manière illicite”), on entend par là que le dommage doit résulter d’un fait illicite. Tel n’est pas le cas si l’on a été obligé de le causer par force majeure, comme Celse l’a écrit à l’égard de celui qui abat la maison de son voisin pour empêcher un incendie de gagner jusqu’à lui ; car il écrit que l’action Aquilienne ne peut avoir lieu en ce cas. C’est en effet en raison d’une juste crainte qu’il a agi, pour éviter que le feu n’atteigne sa propre maison ; et ce jurisconsulte pense que l’action *legis Aquiliae* doit être refusée que le feu ait atteint la maison abattue ou qu’il ait été éteint auparavant.

Texte 8.4 (ancien 101) Gai. 3.210-211

Gai. 3.210-211 :

210. *Damni iniuriae actio constituitur per legem Aquiliam, cuius primo capite cautum est, ut si quis hominem alienum alienamve quadrupedem, quae pecudum numero sit, iniuria occiderit, quanti ea res in eo anno plurimi fuit, tantum domino dare damnetur.* 211. *Is iniuria autem occidere intellegitur, cuius dolo aut culpa id acciderit, nec ulla alia lege damnum, quod sine iniuria datur, reprehenditur; itaque impunitus est, qui sine culpa et dolo malo casu quodam damnum committit.*

Gaius, institutes 3. 210-211 :

210 : L’action pour dommages causés injustement est réglée par la loi Aquilia qui dispose dans son chapitre premier, que celui qui aura tué injustement l’esclave d’autrui ou le quadrupède faisant partie de son bétail soit condamné à donner au maître la valeur maximum qu’a eue la chose dans l’année.

211 : Tuer injustement signifie tuer par dol ou par faute ; aucune autre loi ne punit le dommage causé sans injustice; reste donc impuni qui, sans faute ni dol malicieux, cause un dommage par suite d’un accident.

Texte 8.5 (ancien 45) D. 9.2.7.7

Ulp., 18 ad ed. (D. 9.2.7.7) :

Sed si quis de ponte aliquem praecipitavit, Celsus ait, sive ipso ictu perierit aut continuo submersus est aut lassatus vi fluminis victus perierit, lege Aquilia teneri, quemadmodum si quis puerum saxo inlisisset.

Ulpien, au livre 18 sur l’édit (D. 9.2.7.7) :

Si quelqu’un précipite un esclave du haut d’un pont, il est tenu en vertu de la *Lex Aquilia*, dit Celse, soit que l’esclave soit mort du coup qu’il a reçu, qu’il ait été immédiatement submergé ou que exténué par la force du courant il périsse noyé, de la même façon que si quelqu’un avait projeté un jeune esclave contre un rocher.

Texte 8.6 (ancien 46) Les mules sur le Capitole D. 9.2.52.2

Alf., 2 dig. (D. 9.2.52.2) :

In clivo Capitolino duo plostra onusta mulae ducebant : prioris plostri muliones conversum plostrum sublevabant, quo facile mulae ducerent: inter superius plostrum cessim ire coepit et cum muliones, qui inter duo plostra fuerunt, e medio exissent, posterius plostrum a priore percussum retro redierat et puerum cuiusdam obriverat: dominus pueri consulebat, cum quo se agere oporteret. Respondi in causa ius esse positum: nam si muliones, qui superius plostrum

sustinuissent, sua sponte se subduxissent et ideo factum esset, ut mulae plostrum retinere non possint atque onere ipso retraherentur, cum domino mularum nullam esse actionem, cum hominibus, qui conversum plostrum sustinuissent, lege Aquilia agi posse: nam nibilo minus eum damnum dare, qui quod sustineret mitteret sua voluntate, ut id aliquem feriret: veluti si quis asellum cum agitasset non retinisset, aequae si quis ex manu telum aut aliud quid immisisset, damnum iniuria daret. Sed si mulae, quia aliquid reformidassent et muliones timore permoti, ne opprimerentur, plostrum reliquissent, cum hominibus actionem nullam esse, cum domino mularum esse. Quod si neque mulae neque homines in causa essent, sed mulae retinere onus nequissent aut cum coniterentur lapsae concidissent et ideo plostrum cessim redisset atque hi quo conversum fuisset onus sustinere nequissent, neque cum domino mularum neque cum hominibus esse actionem. Illud quidem certe, quoquo modo res se haberet, cum domino posteriorum mularum agi non posse, quoniam non sua sponte, sed percussae retro redissent.

Alfenus, au livre 2 de son Digeste (D. 9.2.52.2) :

Des mules, tirant deux charrettes chargées, montaient la colline du Capitole ; les muletiers de la première charrette qui risquait de faire marche arrière, la soulevaient afin que les mules pussent tirer plus facilement. A ce moment, cette charrette commence à reculer et comme les muletiers, se trouvant entre les deux charrettes, abandonnent leur position, la charrette inférieure, heurtée par la première, roule en arrière et écrase un jeune esclave. Le maître de celui-ci demande contre qui il convenait d'intenter une action. J'ai répondu que la question de droit dépendait des circonstances de la cause. Car si les muletiers qui soutenaient la première charrette s'étaient retirés de leur propre initiative et qu'ainsi les mules n'aient pu retenir la première charrette et aient été entraînées en arrière par le poids de sa charge, il n'y aurait aucune action contre le propriétaire des mules, mais on pourrait agir sur la base de la *Lex Aquilia* contre les muletiers qui ont soutenu la charrette débutant une marche arrière. Car lâcher volontairement une chose que l'on retient, de telle sorte que cette chose blesse quelqu'un, ce n'est rien moins que causer un dommage : ainsi par exemple si quelqu'un qui mène un âne ne le retient pas, de même que quelqu'un cause un *damnum iniuria datum* en jetant une lance ou quelque chose d'autre. Mais si les mules, parce qu'elles se sont effarouchées et les muletiers, parce qu'ils craignaient d'être écrasés, ont laissé rouler la charrette, il n'y a pas d'action contre les muletiers mais il y en a une contre le propriétaire des mules. Si par contre ni les mules ni les muletiers ne sont en cause, mais que les premières n'aient pu retenir la charge, ou que, s'y efforçant, elles aient trébuché et soient tombées, de sorte que la charrette ait roulé en arrière, et que les muletiers, sur qui la charge était retombée, n'aient pu en soutenir le poids, il n'y aurait action ni contre le propriétaire des mules, ni contre les muletiers. Ce qu'il y a de certain c'est que, de quelque manière que l'événement se soit produit, il n'y a pas d'action contre le propriétaire des mules de la deuxième charrette car elles n'ont pas reculé spontanément, mais à cause du choc de la première charrette.

Texte 8.7 (ancien 66) Le sanglier pris au piège dans un collet D. 41.1.55

Proc., 2 epistolarum (D. 41.1.55) :

In laqueum, quem venandi causa posueras, aper incidit : cum eo haereret, exemptum eum abstuli: num tibi videor tuum aprum abstulisse? Et si tuum putas fuisse, si solutum eum in silvam dimissem, eo casu tuus esse desisset an maneret? Et quam actionem tecum haberes, si desisset tuus esse, num in factum dari oportet, quaero. Respondit: laqueum videamus ne intersit in publico an in privato posuerim et, si in privato posui, utrum in meo an in alieno, et, si in alieno, utrum permissu eius cuius fundus erat an non permissu eius posuerim: praeterea utrum in eo ita haeserit aper, ut expedire se non possit ipse, an diutius luctando expediturus se fuerit. Summam tamen banc puto esse, ut, si in meam potestatem pervenit, meus factus sit. Sin autem aprum meum ferum in suam naturalem laxitatem dimisisses eoque facto meus esse desisset, actionem mihi in factum dari oportere, veluti responsum est, cum quidam poculum alterius ex nave eiecisset.

Proculus, au livre deux des lettres (D. 41.1.55) :

Un sanglier s'est pris dans un collet que tu as posé pour la chasse ; comme je l'y voyais coincé, je l'en ai retiré et emporté. Penses-tu que j'aie emporté un sanglier qui t'appartenait ? Et si tu crois qu'il t'appartenait, qu'en serait-il si je l'avais détaché et relâché dans la forêt ? Serait-il toujours à toi ? S'il cessait d'être à toi, quelle action aurais-tu contre moi ? Faudrait-il t'accorder une *actio in factum* ?

Proculus répond : Examinons s'il importe que j'aie placé mon collet dans un lieu public ou privé, et si c'était un lieu privé, si le fonds m'appartenait ou appartenait à autrui ; et s'il appartenait à autrui, si j'ai placé mon collet avec ou sans la permission du propriétaire des lieux. En outre, il faut encore vérifier si le sanglier était tellement coincé dans le collet qu'il n'eut pu s'en dépêtrer seul, ou si au contraire il y serait arrivé en se débattant plus longuement.

En définitive, je crois que si ce sanglier est entré dans ma *potestas* il m'appartenait ; que si tu l'as remis en liberté et que par ce fait, il cesse d'être mien, il convient de me donner une *actio in factum*, comme il a, par exemple, été décidé dans le cas où quelqu'un aurait jeté du bateau un vase appartenant à quelqu'un d'autre.

Texte 8.8 (ancien 97) D. 41.1.3

Gai., 2 rerum cottidianum (D. 41.1.3) :

Pr. *Quod enim nullius est, id ratione naturali occupanti conceditur.* 1. *Nec interest quod ad feras bestias et volucres, utrum in suo fundo quisque capiat an in alieno. Plane qui in alienum fundum ingreditur venandi aucupandive gratia, potest a domino, si is providerit, iure prohiberi ne ingrederetur.* 2. *Quidquid autem eorum ceperimus, eo usque nostrum esse intellegitur, donec nostra custodia coeretur: cum vero evaserit custodiam nostram et in naturalem libertatem se receperit, nostrum esse desinit et rursus occupantis fit.*

Gaius, au livre deux des choses quotidiennes (D. 41.1.3) :

En effet ce qui n'appartient à personne, la raison naturelle fait qu'on le laisse à celui qui est le premier à s'en emparer. 1. Et en ce qui concerne les bêtes sauvages et les oiseaux, on ne fait pas de différence selon qu'on les capture sur son propre fonds ou sur celui d'autrui. Evidemment, celui qui entre sur le terrain d'autrui pour chasser et attraper des oiseaux peut juridiquement se voir interdire l'accès du terrain par le propriétaire si celui-ci a pris l'initiative d'agir en ce sens. 2. Tout ce que nous avons capturé parmi ces animaux est considéré comme nous appartenant jusqu'à ce qu'ils restent sous notre garde. Car lorsqu'ils s'en échappent et retournent à leur liberté naturelle, ils cessent d'être notre propriété et redeviennent susceptible d'occupation.

Texte 8.9 (ancien 98) D. 41.1.5.1

Gai., 2 rerum cottidianum (D. 41.1.5.1) :

Illud quaesitum est, an fera bestia, quae ita vulnerata sit, ut capi possit, statim nostra esse intellegatur. Trebatio placuit statim nostram esse et eo usque nostram videri, donec eam persequamur, quod si desierimus eam persequi, desinere nostram esse et rursus fieri occupantis: itaque si per hoc tempus, quo eam persequimur, alius eam ceperit eo animo, ut ipse lucrifaceret, furtum videri nobis eum commississe. Plerique non aliter putaverunt eam nostram esse, quam si eam ceperimus, quia multa accidere possunt, ut eam non capiamus: quod verius est.

Gaius, au livre deux des choses quotidiennes (D. 41.1.5.1) :

On se demande si une bête sauvage qui a été blessée au point de pouvoir être capturée est considérée comme nous appartenant dès l'instant où la blessure intervient. Trebatius a décidé qu'elle nous appartenait dès cet instant et qu'elle semblait rester nôtre pendant tout le temps où nous sommes à sa poursuite, mais que si nous cessons de la poursuivre, elle cesse de nous

appartenir et redevient susceptible d'occupation. C'est pourquoi si, pendant que nous sommes à sa poursuite, un autre s'en empare avec l'intention d'être le seul à en tirer profit, c'est un vol qu'il commet, semble-t-il, envers nous. La plupart des jurisconsultes pensent au contraire que la bête sauvage ne nous appartient pas sauf si nous l'avons capturée, parce qu'il peut arriver pour de multiples raisons que nous ne la capturions pas. Ce qui est une opinion plus conforme à la vérité.

Texte 8.10 (ancien 49) Le cas du barbier D. 9.2.11pr.

Ulp., 18 ad ed. (D. 9.2.11.pr.) :

Item Mela scribit, si, cum pila quidam luderent, vehementius quis pila percussa in tonsoris manus eam deiecerit et sic servi, quem tonsor habebat, gula sit praecisa adiecto cultello: in quocumque eorum culpa sit, eum lege Aquilia teneri. Proculus in tonsore esse culpam: et sane si ibi tondebat, ubi ex consuetudine ludebatur vel ubi transitus frequens erat, est quod ei imputetur: quamvis nec illud male dicatur, si in loco periculoso sellam habenti tonsori se quis commiserit, ipsum de se queri debere.

Ulpien, au livre 18 sur l'édit (D. 9.2.11.pr.) :

Mela donne un autre exemple : des gens jouaient au ballon, et l'un d'eux, ayant frappé le ballon assez (trop?) violemment, le projette sur la main d'un barbier, lequel rasait justement un esclave dont la gorge est ainsi tranchée : est tenu par l'action de la *Lex Aquilia* celui d'entre eux à qui on peut imputer une faute. Proculus pense que le barbier est en faute. Effectivement, s'il rasait sur une place où l'on a coutume de jouer, ou bien sur laquelle il y a un va-et-vient intense, on peut le lui imputer ; quoique l'on puisse prétendre aussi, sans que ce soit à tort, que celui qui se confie à un barbier qui a établi son siège dans un endroit dangereux ne doit s'en prendre qu'à soi-même.

Texte 8.11 (ancien 65) D. 43.24.7.4

Ulp., 71 ad ed. (D. 43.24.7.4) :

Est et alia exceptio, de qua Celsus dubitat, an sit obicienda: ut puta si incendii arcendi causa vicini aedes interdicti et quod vi aut clam mecum agatur aut damni iniuria. Gallus enim dubitat, an excipi oporteret: "Quod incendii defendendi causa factum non sit"? Servius autem ait, si id magistratus fecisset, dandam esse, privato non esse idem concedendum: si tamen quid vi aut clam factum sit neque ignis usque eo pervenisset, simpli litem aestimandam: si pervenisset, absolvi eum oportere. Idem ait esse, si damni iniuria actum foret, quoniam nullam iniuriam aut damnum dare videtur aequae perituris aedibus. Quod si nullo incendio id feceris, deinde postea incendium ortum fuerit, non idem erit dicendum, quia non ex post facto, sed ex praesenti statu, damnum factum sit nec ne, aestimari oportere. Labeo ait

Ulpien, au livre 71 sur l'édit, (D. 43.24.7.4) :

Il y a une autre exception à propos de laquelle Celse se demande si elle peut être opposée : par exemple si j'ai abattu la maison de mon voisin en vue de me protéger contre un incendie et que l'on agit contre moi en vertu de l'interdit *quod vi aut clam* ou de la *Lex Aquilia*. Gallus se demande d'ailleurs si l'on ne peut pas opposer l'exception : "*Quod incendii defendendi causa factum non sit*" (exception de ce qui a été fait dans le but de se protéger contre un incendie) ? Servius dit que si un magistrat a fait cela, il faut lui accorder l'exception, mais qu'il en va différemment pour le particulier. Cependant, si le particulier a agi ainsi mais que le feu n'est pas parvenu jusque là, il doit être condamné au simple ; si, au contraire, le feu a progressé jusque là, il faut l'absoudre. Le jurisconsulte dit qu'il en va de même si l'on avait agi en vertu de la *Lex Aquilia*, car il n'y a eu ni dommage ni illicéité, vu que la maison aurait de toute façon péri.

Mais si l'on avait agi de la sorte en l'absence d'un incendie et que celui-ci s'est déclenché par la suite, on ne pourrait pas dire la même chose. Car comme le dit Labéon, l'existence d'un dommage doit être appréciée au présent, sans tenir compte des événements subséquents.

Texte 8.12 (ancien 64) D. 47.9.3.7

Ulp., 56 ad ed. (D. 47.9.3.7) :

Quod ait praetor de damno dato, ita demum locum habet, si dolo damnum datum sit: nam si dolus malus absit, cessat edictum. Quemadmodum ergo procedit, quod Labeo scribit, si defendendi mei causa vicini aedificium orto incendio dissipaverim, et meo nomine et familiae iudicium in me dandum? Cum enim defendendarum mearum aedium causa fecerim, utique dolo careo. Puto igitur non esse verum, quod Labeo scribit. An tamen lege Aquilia agi cum hoc possit? Et non puto agendum: nec enim iniuria hoc fecit, qui se tueri voluit, cum alias non posset. Et ita Celsus scribit.

Ulpien, au livre 56 sur l'édit (D. 47.9.3.7) :

Ce que dit le préteur du dommage causé n'a lieu que s'il a été causé par dol; car s'il n'y a pas de dol, l'édit ne s'applique pas. Comment donc comprendre ce que dit Labéon, que si pour me défendre d'un incendie qui commence à éclater, j'abats la maison de mon voisin, on peut me poursuivre et en mon nom, et au nom de mes esclaves ? Car comme je l'ai fait pour défendre ma maison, je l'ai fait sans dol. Je pense donc que ce qu'écrit Labéon n'est pas vrai. Peut-on agir en vertu de la *lex Aquilia* ? Je ne pense pas qu'on le puisse, car c'est sans *iniuria* qu'a agi celui qui a voulu se protéger alors qu'il ne pouvait le faire autrement. C'est ainsi que l'écrit Celse.

Texte 8.13 (ancien 107) D. 43.24.18pr.

Celsus., 25 dig. (D. 43.24.18.pr.) :

Si immaturam silvam caedeam cecidit quis, interdicto quod vi aut clam tenetur: si maturam similiter caedeam neque damno dominus adfectus est, nihil praestabit.

Celse, au livre 25 de son digeste (D. 43.24.18.pr.) :

Si celui contre qui on intente l'interdit *quod vi aut clam* a coupé des arbres trop jeunes, il est tenu en vertu de cet interdit ; mais si il a coupé de la même manière des arbres arrivés à maturité, comme le propriétaire n'a subi aucun dommage, il ne doit rien.

Texte 8.14 (ancien 103) D. 9.2.29.3

Ulp., 18 ad edictum (D. 9.2.29.3) :

Item Labeo scribit, si, cum vi ventorum navis impulsisset in funes anchorarum alterius et nautae funes praecidissent, si nullo alio modo nisi praecisis funibus explicare se potuit, nullam actionem dandam. Idemque Labeo et Proculus et circa retia piscatorum, in quae navis piscatorum inciderat, aestimarunt. Plane si culpa nautarum id factum esset, lege aquilia agendum. Sed ubi damni iniuria agitur ob retia, non piscium, qui ideo capti non sunt, fieri aestimationem, cum incertum fuerit, an caperentur. Idemque et in venatoribus et in aucupibus probandum.

Ulpien, au livre 18 sur l'édit (D. 9.2.29.3) :

Labéon écrit encore : Si un bateau est poussé par la force du vent dans les cordages d'un autre bateau et si l'équipage a coupé ces cordages, cela ne donnera lieu à aucune action, si il n'y avait aucun autre moyen de dépêtrer le bateau. Labéon et Proculus estiment qu'il doit en aller de

même lorsque c'est un bateau de pêche qui s'est pris dans des filets de pêche. Il va de soi que si c'est par la faute de l'équipage que le bateau s'est trouvé dans pareille situation, on pourra agir en vertu de la lex Aquilia. Cependant, si l'on a agi en vertu de cette loi à propos des filets de pêche, l'estimation du dommage ne pourra inclure les poissons qui n'auront pas été pêchés pour cette raison, car il n'est pas certain qu'ils auraient été pêchés. Il faut admettre la même solution pour les chasseurs.

Texte 8.15 D. 47.9.1pr.

Ulp., 56 ad ed. (D. 47.9.1pr.) :

Praetor ait: " In eum, qui ex incendio ruina naufragio rane nave expugnata quid rapuisse recepisse dolo malo damnive quid in his rebus dedisse dicitur: in quadruplum in anno, quo primum de ea re experiundi potestas fuerit, post annum in simplum iudicium dabo. Item in servum et in familiam iudicium dabo".

Ulpien, au livre 56 sur l'édit (D. 47.9.1pr.)

Le préteur dit : « Si l'on expose que quelqu'un dans un incendie, une ruine un naufrage, une barque, un navire en détresse, a enlevé quelque chose par violence ou a reçu par dol, ou a causé quelque dommage, je donnerai action au quadruple dans l'année dès l'instant que l'on pourra poursuivre, et après l'année au simple. De même je donnerai l'action contre l'esclave et la famille ».

Texte 8.16 (ancien 105) D. 47.9.3.3

Ulp., 56 ad edictum (D. 47.9.3.3) :

Non tantum autem qui rapuit, verum is quoque, qui recipit ex causis supra scriptis, tenetur, quia receptores non minus delinquant quam adgressores. Sed enim additum est "dolo malo", quia non omnis qui recipit statim etiam delinquit, sed qui dolo malo recipit. Quid enim, si ignarus recipit? Aut quid, si ad hoc recipit, ut custodiret salvaque faceret ei qui amiserat utique non debet teneri.

Ulpien, au livre 56 sur l'édit (D. 47.9.3.3) :

Non-seulement celui qui a ravi de force, mais aussi celui qui recèle, peut être poursuivi pour les causes exposées ci-dessus ; parce que les receleurs ne sont pas moins coupables que ceux qui attaquent. Mais on a ajouté par dol, parce que quiconque reçoit ne commet pas pour cela un délit, mais bien celui qui reçoit en fraude : car s'il reçoit ignorant la qualité de la chose, ou s'il l'a reçue pour la garder, la conserver à celui qui l'a perdue, il n'est pas coupable.

Texte 8.17 (ancien 106) D. 47.9.4pr.-1

Paul., 54 ad edictum (D. 47.9.4.pr.-1) :

Pedius posse etiam dici ex naufragio rapere, qui, dum naufragium fiat, in illa trepidatione rapiat.

1. Divus Antoninus de his, qui praedam ex naufragio diripiissent, ita rescripsit: « quod de naufragiis navis et ratis scripsisti mihi, eo pertinet, ut explores, qua poena adficiendos eos putem, qui diripiisse aliqua ex illo probantur. Et facile, ut opinor, constitui potest: nam plurimum interest, peritura collegerint an quae servari possint flagitiose invaserint (...) ».

Paul, au livre 54 sur l'édit (D. 47.9.4pr.-1) :

Pédus dit que ravit dans un naufrage, celui qui alors que le naufrage a lieu, ravit pendant la terreur qui précède.

1. L'empereur Antonin a ainsi fait un rescrit au sujet de ceux qui pillent pendant le naufrage : « Ce que vous m'avez écrit du naufrage d'un navire et d'une barque, se réduit à demander de quelle peine je pense que doivent être punis ceux qui sont prouvés avoir pillé quelque chose de ce navire. Et comme je le pense, cela peut s'établir facilement, car il y a beaucoup de différence à recueillir ce qui va périr, ou de s'être saisi criminellement de ce qui peut se conserver. (...) ».

Texte 8.18 (ancien 69) D. 9.2.15.1

Ulp., 18 ad edictum (D. 9.2.15.1) :

Si servus vulneratus mortifere postea ruina vel naufragio vel alio ictu maturius perierit, de occiso agi non posse, sed quasi de vulnerato, sed si manumissus vel alienatus ex vulnere perit, quasi de occiso agi posse Iulianus ait. haec ita tam varie, quia verum est eum a te occisum tunc cum vulnerabas, quod mortuo eo demum apparuit: at in superiore non est passa ruina apparere an sit occisus. sed si vulneratum mortifere liberum et heredem esse iusseris, deinde decesserit, heredem eius agere Aquilia non posse.

Ulpien, au livre 18 sur l'édit (D. 9.2.15.1) :

Si un esclave est blessé mortellement et qu'il périt ensuite dans l'écroulement d'une maison, un naufrage ou d'un autre coup, on ne peut pas agir en raison de la mort mais uniquement en vertu de la blessure. Mais si il est affranchi ou vendu et meurt de ses blessures, on pourra agir en vertu de la mort. Julien dit que la différence entre les deux solutions s'explique par le fait que s'il est vrai que l'agresseur a tué l'esclave en le blessant mortellement, ce n'est qu'au moment du décès que la mort apparaît or dans le premier cas, celui de l'écroulement de la maison, cette constatation ne peut pas être faite. Si l'esclave blessé mortellement est ensuite affranchi et institué héritier, l'héritier de cet esclave ne pourra pas agir en vertu de la *lex Aquilia*.

Texte 8.19 D. 9.2.36.1

Marcel., 21 dig. (D. 9.2.36.1) :

Si dominus servum, quem Titius mortifere vulneraverat, liberum et heredem esse iusserit eique postea Maevius exstiterit heres, non habebit Maevius cum Titio legis Aquiliae actionem, scilicet secundum Sabini opinionem, qui putabat ad heredem actionem non transmitti, quae defuncto competere non potuit: nam sane absurdum accidit, ut heres pretium quasi occisi consequatur eius, cuius heres exstitit. quod si ex parte eum dominus heredem cum libertate esse iusserit, coheres eius mortuo eo aget lege Aquilia.

Marcellus, au livre 21 du digeste (D.9.2.36.1) :

Si le maître d'un esclave que Titius a blessé mortellement l'affranchit et l'institue héritier ; et qu'ensuite cet esclave laisse Maevius comme héritier, d'après l'opinion de Sabinus, Maevius n'a pas l'action de la *Lex Aquilia* contre Titius, que le défunt n'aurait pu exercer Car il serait absurde d'octroyer le prix de l'esclave en raison d'une mort grâce à laquelle l'héritier est héritier. Mais si l'esclave blessé mortellement avait été affranchi et institué héritier seulement en partie, son cohéritier aurait, après sa mort, l'action de la *Lex Aquilia*.

Texte 8.20 (ancien 67) D. 9.2.11.3

Ulp., 18 ad edictum (D. 9.2.11.3) :

Celsus scribit, si alius mortifero vulnere percusserit, alius postea exanimaverit, priorem quidem non teneri quasi occiderit, sed quasi vulneraverit, quia ex alio vulnere periit, posteriorem teneri, quia occidit. quod et Marcello videtur et est probabilius.

Ulpien, au livre 18 sur l'édit (D. 9.2.11.3) :

Celse écrit : si quelqu'un blesse mortellement (un esclave) et que quelqu'un d'autre tue ensuite cet esclave, le premier n'est pas tenu de l'avoir tué, mais de l'avoir blessé car il est mort d'une autre blessure ; le second est tenu de l'avoir tué. C'est aussi l'avis de Marcellus et c'est le plus probable.

Texte 8.21 (ancien 68) D. 9.2.51

Iul., 86 dig. (D. 9.2.51) :

Pr. Ita vulneratus est servus, ut eo ictu certum esset moriturum: medio deinde tempore heres institutus est et postea ab alio ictus decessit: quaero, an cum utroque de occiso lege Aquilia agi possit. Respondit: occidisse dicitur vulgo quidem, qui mortis causam quolibet modo praebuit: sed lege Aquilia is demum teneri visus est, qui adhibita vi et quasi manu causam mortis praebuisset, tracta videlicet interpretatione vocis a caedendo et a caede. rursus Aquilia lege teneri existimati sunt non solum qui ita vulnerassent, ut confestim vita privarent, sed etiam hi, quorum ex vulnere certum esset aliquem vita excessurum. igitur si quis servo mortiferum vulnus inflixerit eundemque alius ex intervallo ita percusserit, ut maturius interficeretur, quam ex priore vulnere moriturus fuerat, statuendum est utrumque eorum lege Aquilia teneri. 1. Idque est consequens auctoritati veterum, qui, cum a pluribus idem servus ita vulneratus esset, ut non appareret cuius ictu perisset, omnes lege Aquilia teneri indicaverunt. 2. Aestimatio autem perempti non eadem in utriusque persona fiet: nam qui prior vulneravit, tantum praestabit, quanto in anno proximo homo plurimi fuerit repetitis ex die vulneris trecentum sexaginta quinque diebus, posterior in id tenebitur, quanti homo plurimi venire poterit in anno proximo, quo vita excessit, in quo pretium quoque hereditatis erit. eiusdem ergo servi occisi nomine alius maiorem, alius minorem aestimationem praestabit, nec mirum, cum uterque eorum ex diversa causa et diversis temporibus occidisse hominem intellegatur. quod si quis absurde a nobis haec constitui putaverit, cogitet longe absurdius constitui neutrum lege Aquilia teneri aut alterum potius, cum neque impunita maleficia esse oporteat nec facile constitui possit, uter potius lege teneatur. multa autem iure civili contra rationem disputandi pro utilitate communi recepta esse innumerabilibus rebus probari potest: unum interim posuisse contentus ero. cum plures trabem alienam furandi causa sustulerint, quam singuli ferre non possent, furti actione omnes teneri existimantur, quamvis subtili ratione dici possit neminem eorum teneri, quia neminem verum sit eam sustulisse.

Julien, au livre 86 de ses digestes (D. 9.2.51) :

Pr. : Un esclave est blessé de telle manière qu'il est certain qu'il va mourir de cette blessure. Il est ensuite institué héritier avant de mourir d'un autre coup. Je demande si les deux agresseurs peuvent être poursuivis pour avoir tué l'esclave en vertu de la *lex Aquilia*. Il répond : est généralement tenu de la mort celui qui a porté le coup qui a causé le mort. Mais d'après la *lex Aquilia*, est tenu celui qui a agi violemment et a causé la mort de sa main. Cette interprétation est due au fait que l'on tire le sens de « *occidere* » des mots « *caedendo* » (tuer) et « *caede* » (meurtre). En outre, sont tenus de la *lex Aquilia*, non seulement ceux qui blessent un esclave de manière à le tuer immédiatement, mais aussi ceux qui en blessent un de manière telle qu'il est sûr qu'il mourra de ses blessures. Par conséquent, si quelqu'un inflige à un esclave une blessure mortelle et que dans l'intervalle quelqu'un lui donne un autre coup, de telle sorte qu'il meurt plus vite que s'il était mort de la première blessure, les deux agresseurs doivent être tenus de la *lex Aquilia*.

1. C'est aussi une conséquence de l'avis des anciens (*veteres*) pour qui, lorsque plusieurs personnes blessent un esclave sans que l'on puisse savoir de quel coup il est mort, tous sont tenus de la *lex Aquilia*.

2. L'estimation du dommage n'est cependant pas la même pour les deux personnes car celui qui a causé la première blessure sera tenu de la valeur maximale de l'esclave au cours des 365 jours qui ont précédé la blessure ; le second est tenu de la valeur maximale de l'esclave durant l'année précédant son décès, en ce compris son héritage. Il y en a donc un qui devra un montant supérieur à celui dû par l'autre et cela ne doit pas surprendre car chacun d'eux a tué l'homme dans des circonstances et en des temps différents. Si certains pensent que notre solution est absurde, je pense qu'il serait encore plus absurde qu'aucun des deux ne soit tenu de la *lex Aquilia* ou l'un plutôt que l'autre car un tel maléfice ne peut pas rester impuni et il n'est pas facile de déterminer lequel des deux devrait plus être tenu de la loi que l'autre. Il y a d'innombrables exemples qui prouvent que lorsque les solutions strictement rationnelles sont contraires à l'utilité commune, elles sont rejetées au profit de celles-ci. Voici un exemple parmi d'autres : Si plusieurs personnes volent une poutre qu'aucune d'elles n'aurait pu emporter seule, elles sont toutes tenues de l'*actio furti*, bien que par un raisonnement subtil on pourrait dire que personne n'est tenu, puisqu'il est vrai qu'aucune d'elles (prise séparément) n'a emporté la poutre.

Chapitre 9 – Les contrats

PARTIE A : SCRIPTS

1) La stipulation

La *stipulatio**, comme nous l'avons dit précédemment, est un contrat oral et solennel, nécessitant le strict respect d'un jeu de question et réponse entre le stipulant et le promettant. Le stipulant s'adressait au promettant en lui disant, par exemple : « Promets-tu de me verser la somme de 100 ? » (*Spondesne centum dare ?*) et le promettant était tenu de lui répondre strictement : « Je promets de verser la somme de 100 » (*Centum dare spondeo !*). Lorsque les parties avaient échangé cette question et cette réponse, la stipulation était valablement conclue. Si le promettant répondait autrement, par exemple en disant « Oui, oui, bien sûr, tu as ma parole ! », le contrat n'était *pas* valablement conclu et la promesse n'avait aucune valeur juridique. Ce n'est donc pas le consentement qui compte, mais le respect des formes.

Au-delà du caractère strict des conditions de forme, la stipulation est également le prototype de la flexibilité des outils juridiques romains. Elle peut en effet remplir bon nombre de fonctions différentes puisque le contenu de la promesse est libre. On peut promettre de payer des intérêts dans le cadre d'un contrat de prêt, on peut promettre de garantir la dette de quelqu'un d'autre, on peut promettre de réparer un dommage s'il se réalise, et bien d'autres choses.

La stipulation est aussi un acte abstrait. On veut dire par cela qu'elle est valable indépendamment de sa cause, c'est-à-dire indépendamment de la raison pour laquelle on fait cette promesse. Que l'on n'ait rien dit ou que l'on ait menti sur cette raison ne change rien : en toute hypothèse, le contrat de stipulation sera valable pour autant que les conditions de forme aient été respectées.

Prenons l'exemple suivant. Imaginons un contrat de vente par lequel un vendeur vend un char pour le montant de 100 deniers. La livraison est prévue une semaine après la conclusion du contrat. Mais parce que le vendeur a envie de s'assurer du bon paiement du prix par l'acheteur, il lui fait promettre par stipulation qu'il paiera 100 deniers. Grâce à cette stipulation, le vendeur pourra choisir de réclamer les 100 deniers en vertu de la vente ou de la stipulation.

Imaginons maintenant que le char ne soit jamais livré à l'acheteur, mais que le vendeur réclame malgré tout le paiement des 100 deniers. S'il le fait en vertu de l'action de la vente, l'acheteur pourra lui opposer l'exception de dol* puisque le vendeur est de mauvaise foi et réclame le prix d'une chose qu'il ne livre pas.

En revanche, si le vendeur réclame les 100 deniers en vertu de la stipulation, la solution sera différente ! En effet, puisque la stipulation est valable indépendamment de sa cause, peu importe pourquoi le promettant a promis ! Il devra de toutes façons payer même si le char n'a jamais été livré !

L'absence de livraison constitue une absence de cause qui reste sans incidence sur la validité de la stipulation. C'est en tous cas la solution retenue par le droit civil romain. Mais comme souvent, lorsqu'une solution du droit civil paraissait inique, le préteur est intervenu pour corriger cette anomalie. Cette correction trouve son origine dans une clause que les parties pouvaient ajouter dans la stipulation : la clause de dol. En ajoutant cette clause dans la stipulation, le stipulant et le promettant s'engageaient à ne pas commettre de dol. En conséquence, si le vendeur de char de notre exemple réclamait le paiement des 100 deniers en vertu de la stipulation sans avoir livré le char comme promis, le promettant pouvait à nouveau opposer à cette action en justice une exception de dol et éviter de payer.

Cette clause de dol était donc très utile... Mais elle avait le grand défaut de reposer sur la bonne volonté du stipulant. Que pouvait faire notre acheteur si le vendeur refusait d'ajouter une clause de dol dans la stipulation ? C'est particulièrement pour ce type de situation-là que le prêteur est venu à la rescousse du promettant. À cette fin, il a décidé que même si la clause n'avait pas été expressément ajoutée, il fallait toujours considérer qu'elle avait été sous-entendue. Il n'était dès lors plus nécessaire de l'ajouter expressément afin de pouvoir recourir à l'exception de dol. Grâce à cette évolution, le contrat de stipulation n'était donc plus vraiment un contrat abstrait... même s'il restait un problème de preuve. Afin de pouvoir recourir à l'exception de dol dans notre exemple, le promettant devait en effet pouvoir prouver que le char ne lui avait jamais été livré. La chose n'était pas aisée, mais pas impossible non plus. Il pouvait par exemple invoquer le témoignage de ses voisins, qui pouvaient confirmer qu'il circulait toujours à pied et non en char. Ces témoignages pouvaient rendre crédible l'affirmation d'après laquelle le char n'avait pas été livré et ouvrir la voie à l'utilisation de l'exception de dol.

Mais il s'avère que le problème de preuve du promettant peut être plus compliqué encore. Imaginons que la promesse qu'il a faite ne porte plus sur le paiement du prix d'un char, mais sur le remboursement d'un emprunt bancaire. Comme dans le cas précédent, le banquier ne remet jamais les 100 deniers au promettant mais en réclame la restitution.

Cette fois-ci, le secours des voisins devient illusoire. Comment les faire témoigner du fait que le banquier n'a pas remis l'argent en guise de prêt ? Généralement, on ne tient pas tout son voisinage au courant des emprunts bancaires que l'on effectue. Et même si le promettant s'était lamenté auprès de ses voisins d'avoir fait confiance à un banquier escroc... que vaudrait un tel témoignage ? Il ne s'agit pas d'un fait que le voisin a constaté personnellement. C'est uniquement quelque chose que le promettant lui a raconté.

En réalité, toute la difficulté provient de ce qu'il est extrêmement difficile de prouver un fait négatif, une abstention. Il est quasiment impossible de prouver que le banquier ne nous a pas remis une somme d'argent. Sur ce point, la réponse a été apportée à la fin de l'époque classique par des constitutions impériales. Ce sont cette fois les empereurs et non les prêteurs qui sont intervenus pour aider le promettant éconduit en lui accordant une exception particulière : l'exception de l'argent non remis. Elle vise précisément l'hypothèse du banquier qui réclame de l'argent en vertu d'une stipulation alors qu'il ne l'a jamais prêté. Grâce à cette exception, ce n'est plus au promettant de prouver que l'argent ne lui a pas été remis, mais c'est au banquier de prouver qu'il l'a fait. Pour ce dernier, la remise de l'argent est un fait positif et non une abstention. Il pourra aisément prouver qu'il a remis l'argent à l'aide de ses livres de comptabilité. L'exception de l'argent non remis effectue donc un retournement de la charge de la preuve. Grâce à cette nouvelle exception, il est permis de dire que la stipulation a changé de nature et nécessite désormais une cause pour être valable. Il revient en effet au banquier de prouver qu'il y a une cause à son action en justice.

Une autre métamorphose touchera le contrat de stipulation dans le courant du droit postclassique. Cette fois-ci, c'est son formalisme solennel qui en sera affecté. Comme nous l'avons déjà dit précédemment, à l'époque postclassique, le formalisme juridique évolue. Pour l'essentiel, le formalisme solennel fait place à un formalisme probatoire. Cette évolution touchera également le formalisme de la stipulation, dont le caractère strictement oral compliquait la preuve. Il était donc devenu courant de consigner le contenu de la stipulation par écrit dans un *chirographum*, un écrit probatoire. Dans un premier temps, cela ne changeait rien au contrat qui restait oral. On lui ajoutait simplement une preuve écrite.

Cet écrit relatait simplement les faits et commençait par les mots : « Interrogé il a promis... » (*interrogatus spondit...*) de payer 100 deniers par exemple. Ces mots introductifs ont porté le nom de clause stipulatoire. Dans les actes de la pratique, on a trouvé cette clause stipulatoire dans bon nombre de documents, même loin de Rome et même pour des actes qui n'ont rien à voir avec une stipulation. L'explication réside une nouvelle fois dans le déclin de la connaissance du droit. La clause stipulatoire est insérée dans les écrits probatoires sans que son utilité ne soit comprise. Elle s'y trouve par pur mimétisme, pour faire joli ou pour faire romain... Mais dès lors que presque plus personne ne savait pourquoi cette clause se trouvait dans les écrits, elle a fini par être délaissée.

Un peu plus tard, pendant la période du droit postclassique, le formalisme solennel oral de la stipulation a lui aussi été abandonné. Il n'y a dès lors plus eu d'échange de question-réponse entre le stipulant et le promettant. Le contrat n'était d'ailleurs plus oral mais nécessitait désormais la rédaction d'un écrit dans lequel la clause stipulatoire avait disparu. En revanche, puisque la rédaction d'un écrit était indispensable à la validité de la stipulation, on peut dire de cette dernière qu'elle est restée un contrat solennel. Elle n'est pas devenue un contrat consensuel, pour lequel le simple consentement des parties suffirait. Même en droit postclassique, la stipulation nécessitait le respect d'une formalité pour être valable. Mais c'est cette formalité qui a changé : auparavant, il fallait un jeu de question-réponse oral alors que maintenant il faut rédiger un écrit.

Comme on le voit, la stipulation a fortement évolué au fil du temps. À l'origine, c'était un contrat oral, de droit strict et abstrait et en droit postclassique, c'est devenu un contrat écrit, ne tolérant plus l'absence de bonne foi et de cause.

2) Le depositum – Le dépôt

Le contrat de dépôt, *depositum** en latin, est un contrat très différent de la stipulation dont nous venons de parler. En effet, la stipulation est un contrat unilatéral, c'est-à-dire qu'elle engendre des obligations* dans le chef d'une seule partie au contrat, en l'occurrence le promettant. Le dépôt, de son côté, est un contrat unilatéral imparfait, ce qui signifie qu'il y a un débiteur principal, mais qu'en fonction des circonstances, l'autre partie peut également être tenue d'exécuter certaines obligations.

Prenons l'exemple suivant. Imaginons un fermier dont l'écurie prend feu. Il parvient à sauver son cheval mais n'a pas le temps de s'en occuper parce qu'il doit tenter d'éteindre l'incendie. Il le dépose donc chez un collègue fermier en attendant de reconstruire une écurie. Le fermier qui dépose le cheval est appelé le déposant, celui qui l'héberge le dépositaire. L'obligation principale repose sur le dépositaire qui a l'obligation de restituer le cheval. L'obligation accessoire et éventuelle repose sur le déposant, qui devra le cas échéant rembourser certains frais au dépositaire.

Notons que ce contrat de dépôt est un contrat de bonne foi. Cela signifie par exemple que le dépositaire est tenu de nourrir le cheval, même s'il ne s'y est pas expressément engagé. Laisser mourir le cheval de faim serait un comportement de mauvaise foi.

Comme nous l'avons signalé en traitant du délit de *furtum**, la loi des XII Tables interdisait déjà au dépositaire d'utiliser la chose déposée. S'il utilisait le cheval, il commettait un *furtum*

usus, un vol d'usage, condamnable au double de la valeur du cheval, au titre de *furtum nec manifestum*.

L'origine du contrat de dépôt n'est pas contractuelle. Comme l'illustre notre exemple, il prend ses racines dans une situation d'urgence, résolue avec l'assistance d'une personne bienveillante. Le dépôt consiste en effet en un service rendu gratuitement. Dans notre exemple, le déposant ne doit pas rémunérer le dépositaire pour l'hébergement de son cheval. En revanche, il est normal que le dépositaire ne doive pas assumer des dépenses propres à la chose déposée. Ainsi, si le cheval déposé est effrayé et rue au point de causer des dégâts à l'écurie dans laquelle il a été déposé, c'est à son propriétaire - c'est-à-dire le déposant - d'en supporter les frais de réparation.

Si l'origine du dépôt n'est pas contractuelle, le facteur juridique apparaît malgré tout si les relations entre déposant et dépositaire tournent à l'aigre, par exemple si le dépositaire refuse de restituer la chose déposée ou s'en sert, ce qui lui est interdit. Dans ces deux cas, le comportement est assimilé à un vol non manifeste. L'action directe du dépôt accordée au déposant contre le dépositaire entraîne dès lors - comme pour le vol non manifeste - une condamnation au double de la valeur de la chose déposée.

C'est avec l'intervention du prêteur que le dépôt évolue vers un contrat. Le prêteur prend conscience que ce contrat peut être conclu dans des circonstances très variables. Si dans certains cas, le déposant a le loisir de choisir la personne du dépositaire, il arrive aussi que l'urgence l'oblige à s'adresser au premier dépositaire venu, comme c'était le cas dans notre exemple de l'écurie qui prend feu. Dans ce dernier cas, on parle de dépôt nécessaire. Cette situation nécessite une protection majeure du déposant qui agit dans un état de désarroi dont il serait malhonnête de tirer profit. Le dépositaire qui profite de ce désarroi sera dès lors - comme précédemment - soumis à une condamnation au double de la valeur de la chose déposée en vertu d'une action pénale.

Dans les cas où le dépositaire a le loisir de choisir le déposant, le prêteur n'a plus accordé une action pénale, mais dans un premier temps, il a accordé une *actio in factum*, une action dont la formule est rédigée en fait.

Le but poursuivi ici était de tester une nouvelle solution juridique et de limiter, dans ce cas, la condamnation au montant simple de la valeur de la chose déposée. Dans un deuxième temps, lorsque le prêteur a considéré que l'expérience de l'action *in factum* était concluante, il a transformé cette action en une action *in ius*, c'est-à-dire une action dont la formule a été rédigée en droit. C'est grâce à cette dernière que le dépôt reçoit vraiment sa reconnaissance en tant que contrat, et même en tant que contrat de bonne foi. Il n'est en effet pas question pour le prêteur de créer des contrats de droit strict, puisque l'intérêt de la bonne foi dans les contrats est désormais bien confirmé.

Mais en réalité, il faut préciser que l'action du dépôt est double puisqu'elle peut être intentée par le déposant ou éventuellement par le dépositaire. L'action du déposant s'appelle l'*actio depositi directa* (l'action directe du dépôt) alors que l'action du dépositaire est l'*actio depositi contraria* (l'action contraire du dépôt).

L'action directe permet de réclamer au dépositaire qu'il exécute l'obligation principale du dépôt : celle de restituer la chose déposée par le déposant. Mais il va de soi que cette obligation de restituer est précédée chronologiquement par une obligation de garder la chose déposée. Il doit la conserver sans s'en servir puisque s'il use de la chose, il sera condamné pour *furtum*

usus, comme nous l'avons déjà dit. L'obligation de restituer est quant à elle inconditionnelle. Cela signifie donc que le dépositaire ne peut aucunement refuser de restituer la chose lorsque le déposant lui en adresse la demande. Si nous reprenons l'exemple du dépôt d'un cheval, le dépositaire ne peut donc pas exiger que le déposant lui paie d'abord les frais de nourriture avant de restituer le cheval. Il ne dispose d'aucun droit de rétention.

Mais que se passe-t-il si la chose déposée subit un dommage dans les mains du dépositaire ? Dans quelle mesure ce dernier est-il responsable de ce dommage ? Cette responsabilité a évolué en même temps que la protection juridique du déposant. Dans le cadre de l'action pénale, seul le dol du dépositaire pouvait donner lieu à une condamnation. Il fallait donc qu'il ait volontairement causé un dommage à la chose déposée pour être tenu de le réparer. Sans doute cet apparent laxisme s'explique-t-il par le fait que le dépositaire a rendu un service gratuit et qu'il ne faut donc pas être trop regardant. La règle reste la même dans le cadre de l'action *in factum* : seule la faute intentionnelle du dépositaire est punissable.

Cette responsabilité évoluera cependant lorsque le prêteur fera du dépôt un contrat doté d'une action rédigée en droit, l'*actio in ius*. À partir de ce moment-là, la responsabilité du dépositaire inclura aussi la faute lourde. On parle de faute lourde lorsque cette faute est telle que même si l'on ne peut pas prouver qu'elle est intentionnelle, elle est tellement incroyable qu'il n'est pas possible qu'elle soit involontaire. Comme exemple, on pourrait imaginer le dépôt d'une harpe de grande valeur que le dépositaire conserverait à l'air libre, sans protection contre le soleil et surtout contre la pluie. Le dépositaire pourrait toujours faire l'idiot et prétendre qu'il ne savait pas que la harpe craignait la pluie, mais c'est tellement gros que même si on ne peut pas prouver le caractère intentionnel, c'est malgré tout une faute lourde, que l'on peut assimiler à un dol. C'est ce que depuis le juriste Nerva[@], les juristes expriment par les mots « *culpa lata dolo equiparatur*¹¹ » : la faute lourde équivaut au dol.

Dans le prolongement de cette idée de Nerva, le juriste Celse a d'ailleurs objectivé la règle. Si nous reprenons l'exemple du dépôt d'une harpe et que le dépositaire possède lui-même une harpe qu'il garde bien à l'abri de l'humidité, mais que la harpe déposée est stockée à l'air libre, il perd toute crédibilité s'il affirme encore qu'il ignorait que la harpe déposée craignait la pluie. Dans pareil cas, son attitude différente par rapport à ses biens propres et à ceux qu'il a acceptés en dépôt objective sa mauvaise foi. On ne parle dans ce cas plus de faute lourde, mais de faute légère concrète. Ces deux concepts concernent le caractère intentionnel de la faute. La différence réside dans le fait que pour la faute lourde, l'intention est définie de manière abstraite, alors que pour la faute légère concrète, elle est définie de manière concrète.

A contrario, si le dépositaire s'est comporté de manière aussi négligente avec les choses déposées qu'avec les siennes, il n'est plus coupable d'avoir causé le dommage subi par les choses déposées. Dans notre exemple : s'il conserve sa propre harpe sous la pluie, on ne peut plus lui reprocher de mal prendre soin des choses déposées chez lui. S'il commet ici une faute en ne se comportant pas comme un bon père de famille, cette faute n'est cependant pas punissable, parce qu'elle est cette fois une faute légère abstraite. On considère en effet que si le déposant choisit un dépositaire habituellement peu soigneux, il doit s'en prendre à lui-même et ne peut pas faire le reproche au dépositaire de se comporter avec la même négligence qu'il s'occupe de ses propres affaires ou des affaires déposées. En droit moderne également, la responsabilité du dépositaire est limitée à sa faute légère concrète.

¹¹ Cfr. *Infra*, Texte 9.1, Celse au livre 11 de son digeste (D. 16.3.32).

Si nous nous intéressons maintenant à l'action contraire du dépôt accordée au dépositaire, celle-ci permet à ce dernier de se faire rembourser les frais que le dépôt lui a occasionnés. Puisqu'il rend un service gratuit au dépositaire, il est normal qu'il n'assume pas personnellement ces frais nécessaires à la conservation de la chose. On parle dans ce cas d'impenses* nécessaires. On les oppose aux impenses utiles et aux impenses voluptuaires. Les impenses voluptuaires sont les frais qui ne font qu'embellir la chose : par exemple si le dépositaire repeint la harpe déposée. Les impenses utiles l'améliorent, mais ne sont pas nécessaires à sa conservation. C'est le cas par exemple si le dépositaire remplace une corde usée de la harpe. Mais ces impenses voluptuaires et utiles ne peuvent pas être réclamées par le dépositaire. Il ne peut que réclamer le remboursement des impenses nécessaires à la conservation de la chose.

Enfin, signalons qu'à la fin du droit classique, une nouvelle sorte de dépôt s'est développée en droit romain : le dépôt irrégulier. Dans ce cas, il s'agit d'un dépôt d'une somme d'argent auprès d'un banquier. Contrairement au dépositaire ordinaire, le banquier a le droit de se servir de l'argent déposé. Lorsque le déposant veut récupérer son argent, il ne reçoit donc pas les mêmes pièces de monnaie que celles qu'il a déposées. En contrepartie de son droit de se servir de l'argent déposé, le banquier doit cependant rémunérer le dépôt en payant un intérêt au déposant. Cet intérêt est dû en vertu du caractère de bonne foi du contrat de dépôt. C'est cette bonne foi qui justifie qu'une contrepartie à ce droit d'utiliser l'argent soit payée sous forme d'intérêts.

3) L'emptio venditio - La vente

Le contrat d'*emptio-venditio** est le prototype du contrat synallagmatique parfait. À la différence des contrats unilatéraux que nous avons exposés précédemment, il n'est plus cette fois question d'une obligation principale ou exclusive. Le contrat de vente fait naître deux obligations dont l'une est la contrepartie de l'autre. En ancien droit, le contrat était exécuté au comptant, ce qui signifie que l'échange des prestations se faisait en un seul moment. Cette concomitance est encore visible dans le rituel de la *mancipatio**, dans lequel l'acquéreur tend la pièce d'airain tout en mettant la main sur la chose acquise.

Plus tard, et lorsque le vendeur faisait confiance à l'acheteur, il pouvait lui faire crédit et l'autoriser à payer le prix à un moment ultérieur. En vertu de ce décalage dans le temps entre la remise de la chose vendue et le paiement du prix, le vendeur devenait donc créancier et l'acheteur débiteur du prix. L'inverse était possible également : il se pouvait que l'acheteur paie le prix avant de recevoir la livraison de la chose achetée. C'est alors l'acheteur qui devient créancier et le vendeur débiteur de la chose vendue. Le contrat d'*emptio venditio* est dès lors un contrat consensuel, c'est-à-dire un contrat dont la conclusion se satisfait du consentement entre le vendeur et l'acheteur sur le prix et sur la chose vendue. Une fois conclu, le contrat donne naissance à des obligations dans le chef des deux parties. Pour rappel, il ne rend pas l'acheteur propriétaire de la chose achetée. Il faudra à cette fin recourir à un acte de transfert de propriété spécifique.

Mais à quoi les parties au contrat de vente s'engagent-elles ? Quel est l'objet des obligations réciproques ? Le vendeur peut a priori vendre n'importe quoi, avec certaines limites malgré tout. Sont en effet exclues ici les *res extra commercium**, c'est-à-dire les choses qui sont exclues du commerce, comme un temple, la mer ou le forum. Il n'est pas non plus possible de vendre une chose qui n'existe pas, comme une licorne ou un centaure.

En revanche, il est possible de vendre une chose future, c'est-à-dire une chose qui n'existe pas encore au moment du consentement mais qui existera, par exemple lorsque l'on demande à un orfèvre de nous vendre un bijou spécifique, qui n'existe pas encore mais qu'il doit réaliser. Il arrive également que cette chose future ne soit pas certaine mais simplement espérée. On parlera dans ce cas d'*emptio rei speratae*. C'est le cas par exemple lorsque l'on vend tous les veaux qui naîtront de telle vache... sans savoir si la vache aura effectivement des veaux dans le futur. Il s'agit dans ce cas d'une vente sous condition (*condicio**), ce qui signifie qu'elle n'aura lieu que si une condition spécifique se réalise. Dans notre exemple, il n'y aura donc de contrat de vente que si et lorsqu'un veau naît. Si la condition ne se réalise pas, l'acheteur ne devra pas payer de prix et le vendeur ne devra pas fournir d'autre veau.

L'*emptio rei speratae* ne doit pas être confondue avec l'*emptio spei*. L'objet de l'*emptio spei* est par exemple l'achat d'un billet de tombola. Il va de soi que si votre billet n'est pas gagnant, vous ne pouvez pas le retourner au vendeur et lui demander de vous rendre le prix payé. Littéralement, *emptio spei* se traduit par achat d'espoir. Les juristes romains utilisaient dans ce cas l'exemple du coup de filet du pêcheur. Le pêcheur vendait en effet à l'avance tout ce que son filet de pêche contiendra... sans savoir s'il contiendra réellement beaucoup de poisson, un peu de poisson, voire pas du tout de poisson. C'est donc un peu comme si l'acheteur achetait l'espoir de recevoir du poisson, mais que cet espoir pouvait être déçu sans pour autant annuler la vente. Il n'est pas inutile de préciser que l'espoir n'est cependant pas le seul objet de la vente. Si l'on imagine que le pêcheur fait une bonne pêche, il ne sera pas autorisé à dire à l'acheteur d'espoir : je t'ai vendu l'espoir, mais les poissons, je les garde pour moi ! Les poissons éventuels sont donc bien également l'objet du contrat de vente dans ce cas.

Une dernière particularité relative à la chose vendue est que le vendeur ne doit pas nécessairement en être le propriétaire au moment de la vente. Nous reviendrons sur cette spécificité dans le cadre des obligations du vendeur.

L'obligation de l'acheteur est bien entendu de payer le prix. Ce prix est fixé en argent : c'est ce qui distingue la vente du troc. Ce prix est également fixé librement par les parties et un déséquilibre entre le prix et la valeur de la chose vendue n'a pas d'incidence sur la validité du contrat de vente. Les premières restrictions à cette liberté arriveront en droit postclassique. En vue d'enrayer l'inflation et d'aider les classes sociales les moins aisées, l'empereur Dioclétien adoptera l'Édit du maximum en 301. Par cet édit*, un prix maximum a été fixé pour certaines denrées et certains services comme les œufs, la viande, le vin, les honoraires d'avocat, etc.

Cette obligation de payer le prix doit se faire au moment et au lieu convenu par les parties. Il convient cependant de souligner que cette obligation de payer le prix est dépendante de l'exécution des obligations du vendeur. Si le vendeur n'a pas livré la chose vendue alors qu'il aurait dû le faire, l'acheteur a le droit de ne pas payer le prix. Il s'agit là d'une conséquence du caractère synallagmatique du contrat de vente : l'obligation de l'un est la contrepartie de l'obligation de l'autre.

Un paramètre supplémentaire dont il faut tenir compte, c'est la raison pour laquelle le vendeur ne s'est pas exécuté. Si son inexécution est volontaire ou fautive et qu'il réclame malgré tout le paiement du prix à l'acheteur par la voie d'une action de la vente (*actio venditi*), ce dernier pourra lui opposer une exception du contrat non exécuté (*exceptio non adimpleti contractus*). Cette dernière exception est une forme d'exception de dol. C'est en effet faire preuve de mauvaise foi de réclamer le paiement du prix à l'acheteur alors que l'on refuse volontairement de lui fournir le bien acheté. Mais si c'est la force majeure qui a empêché le vendeur de fournir la chose vendue, aucune mauvaise foi ne pourra plus lui être reprochée. L'acheteur ne pourra

donc plus opposer d'exception à l'action de la vente du vendeur. En conséquence, cette *actio venditi* sera efficace et l'acheteur sera tenu de payer le prix, même s'il ne recevra jamais la chose qu'il avait pourtant achetée. Cette règle est exprimée par les mots « *periculum est emptoris* », le risque est supporté par l'acheteur. Cette règle peut sembler sévère pour l'acheteur, mais il faut bien se rendre compte que c'est bien plus la situation qui est injuste que la règle. Si une chose vendue périt par force majeure entre le moment de la vente et le moment où elle est remise à l'acheteur, il faut bien attribuer le risque à l'une des deux parties : soit on dit que l'acheteur est libéré de son obligation de payer le prix et c'est le vendeur qui est le perdant ; soit on dit que l'acheteur doit malgré tout payer et c'est lui le perdant. Ce qui reste inévitable, c'est qu'il y aura un perdant. En droit romain, comme en droit français et belge, c'est l'acheteur qui subit cette fatalité.

Mais passons maintenant aux obligations du vendeur. Pour ce dernier, les obligations sont plus complexes et variées que pour l'acheteur, qui doit surtout payer le prix. Le vendeur est tenu de 4 obligations.

La première obligation du vendeur est de garder la chose vendue jusqu'au moment où elle sera fournie à l'acheteur. Cette obligation appelée *custodia* est relativement lourde à porter puisqu'elle dépasse celle d'un bon père de famille : dans ce cadre, le vendeur ne doit pas uniquement s'abstenir de commettre toute faute, il doit même préserver la chose des éventuels cas fortuits (*casus fortuitus**). Dans ce cas particulier, le cas fortuit est distingué de la force majeure. Il sera question de cas fortuit dans les cas où bien que le vendeur n'ait commis aucune faute, la perte de la chose vendue qui était sous sa garde aurait pu être évitée.

On peut citer comme exemple le cas dans lequel la chose déjà vendue a été volée par un voleur. Bien que le vendeur n'ait pas commis de faute, il avait malgré tout la possibilité d'éviter ce vol en protégeant mieux la chose déjà vendue. Mais si le village, dans lequel le vendeur vit a été pillé par une armée ennemie, qui a aussi emmené la chose vendue, c'est différent. Dans ce cas, il s'agit d'un cas de force majeure échappant complètement à la sphère de contrôle du vendeur et cette perte échappe aussi à sa *custodia*. C'est précisément dans ce cas que le risque est supporté par l'acheteur (*periculum est emptoris*). Cette précision sur la *custodia* permet également de relativiser le poids de la charge du risque reposant sur l'acheteur : seul le risque totalement inévitable par le vendeur est imputé à l'acheteur. Ce sera d'ailleurs au vendeur de faire la preuve qu'il n'aurait rien pu faire pour éviter que la chose vendue périsse par force majeure. À l'époque de Justinien, le système de la *custodia* est abandonné et l'obligation de garde du vendeur est réduite à celle d'un bon père de famille, ce qui signifie qu'il sera libéré de toute obligation dès lors que la chose vendue périt sans faute de sa part.

La deuxième obligation du vendeur est de fournir à l'acheteur la libre possession et la jouissance paisible de la chose vendue. Il doit donc mettre l'acheteur dans la position de pouvoir posséder et jouir de la chose. À strictement parler, cette obligation n'est pas une obligation de transférer la propriété, dès lors qu'il existe des situations dans lesquelles une telle dation n'est pas possible. Comme exemple, on peut citer ici la vente d'un fonds provincial. Seul l'État romain est propriétaire de ce fonds provincial. Cela n'empêche pas sa vente, mais bien sa *mancipatio* ou sa *traditio*. De manière plus générale, dès lors que la vente est conclue avec un non-Romain, il n'est pas concevable de lui transférer la propriété quiritaire de la chose vendue et la *mancipatio*, tout comme la *traditio*, sont exclues. En revanche, pour la plupart des ventes entre Romains, l'obligation de fournir la libre possession et la jouissance paisible est – en pratique – réalisée par un transfert de propriété de la chose vendue.

La troisième obligation du vendeur est l'obligation de garantir l'acheteur contre l'éviction. Si un tiers agit en justice contre l'acheteur en prétendant être le propriétaire de la chose achetée, le vendeur est tenu de venir lui prêter main-forte devant le juge. S'il échoue et que l'acheteur perd son instance, on dit que l'acheteur est évincé. Le vendeur n'a donc pas réussi dans son obligation de garantir contre l'éviction et sera condamné à payer le double du prix à l'acheteur. Cette garantie d'éviction est intimement liée à l'obligation de fournir la libre possession et la jouissance paisible. Il ne peut en effet être question de jouissance paisible en cas d'éviction. D'un point de vue technique, cette obligation de restituer le double du prix découle de la *mancipatio** ou de l'*in iure cessio**. Lorsqu'aucune *mancipatio* ou *in iure cessio* n'avait été effectuée, un résultat similaire pouvait être obtenu par l'intermédiaire d'une *stipulatio duplae*. Par cette stipulation, le vendeur promettait à l'acheteur de lui restituer le double du prix en cas d'éviction. Lorsque le vendeur refusait de conclure une telle stipulation spontanément, le prêteur pouvait l'y contraindre.

Enfin, la quatrième et dernière obligation du vendeur consiste en la garantie des vices cachés de la chose vendue. Sur ce point, il convient de distinguer deux régimes de protection de l'acheteur : le régime général d'une part et le régime spécifique de la vente d'esclaves sur un marché public d'autre part.

D'après le régime général, le vendeur est tenu de son dol. Il commet un dol s'il prétend que la chose vendue est dépourvue d'un vice qu'elle a pourtant, ou lorsqu'il s'abstient volontairement de signaler un vice de la chose. Dans pareils cas, l'acheteur pourra intenter une action de l'achat (*actio empti*) contre le vendeur et ce dernier sera tenu de le dédommager de la totalité de son dommage. Il n'est pas inutile de souligner qu'un tel dommage peut être nettement supérieur au prix de vente. Comme exemple, on pourrait citer le cas de la vente d'une vache malade. Si celle-ci contamine tout le troupeau de l'acheteur et que ce dernier perd 100 vaches, la totalité du dommage est donc la valeur de ces 100 vaches, soit approximativement 100 fois plus que le prix de vente.

À côté de ce régime général, les édiles curules ont développé un régime propre aux marchés aux esclaves. Leur but était d'assainir les pratiques des vendeurs sur ces marchés en offrant une meilleure garantie aux acheteurs. À cette fin, l'édit des édiles curules visait trois situations :

Premièrement et comme dans le régime général, le vendeur restait tenu de son dol.

Deuxièmement, le vendeur était également tenu s'il mentait sur la marchandise, soit en affirmant que l'esclave vendu avait une qualité qu'il n'avait pas, soit en affirmant qu'il n'avait pas un défaut qu'il avait pourtant.

Troisièmement, le vendeur était systématiquement tenu lorsque l'esclave était porteur d'un vice énuméré dans l'édit et qu'il ne l'avait pas déclaré à l'acheteur. Dans ce dernier cas, le vendeur était tenu même s'il n'avait commis aucune faute et qu'il ignorait l'existence du vice. Particulièrement dans ce troisième cas, on comprend la portée de l'assainissement du marché voulu par les édiles : un marchand ne peut pas vendre une marchandise qu'il ne connaît pas parfaitement. En contrepartie de ce durcissement de la garantie due par le vendeur, l'étendue du dédommagement est cependant réduite. Le montant auquel il sera condamné dépendra de la volonté de l'acheteur victime du vice de la chose. Ce dernier aura le choix entre deux actions en justice. Il pourra intenter soit l'*actio redhibitoria*, soit l'*actio quanti minoris*. Par l'action rédhibitoire, il pourra restituer l'esclave vicié et récupérer le prix payé. Par l'action « de combien en moins », il pourra récupérer une partie du prix payé, en raison du fait que l'esclave s'avère avoir une valeur moindre.

Sous Justinien, le régime développé par les édiles curules a été généralisé et étendu à toutes les ventes. Pour le vendeur, le régime de responsabilité était dès lors devenu relativement draconien. Dans l'esprit de ce développement, on ne peut s'empêcher de faire le rapprochement avec la protection des consommateurs aujourd'hui : une garantie est due à l'acheteur, peu importe ce que le vendeur savait des vices de la chose !

4) La *locatio conductio* – La location

Le contrat de *locatio conductio** est, tout comme l'*emptio venditio*, un contrat consensuel, de bonne foi et synallagmatique parfait. Mais s'il était acceptable de traduire *emptio venditio* par contrat de vente, il est nettement plus douteux de traduire *locatio conductio* par location. En droit romain, le contrat de *locatio conductio* couvre une réalité bien plus large que notre contrat de location. Il correspond à trois de nos contrats modernes : le contrat de bail, le contrat d'entreprise et le contrat de travail.

Pour expliquer cette surprenante unité, on peut tenter la conjecture suivante. D'après les récits légendaires, Romulus a donné deux arpents de terre à chaque père de famille lors de la fondation de Rome. Mais cette parfaite égalité – si tant est qu'elle a existé – n'a pas pu durer longtemps. Bien vite, certains se sont mariés et ont eu un nombre variable d'enfants... ce qui a donné lieu à des partages et à des regroupements de terres et donc à des inégalités entre propriétaires. Certains n'avaient plus aucune terre à cultiver, alors que d'autres en avaient plus qu'ils ne pouvaient les cultiver personnellement. Il fallait dès lors trouver un arrangement pour permettre à ceux qui avaient trop de terres de les valoriser malgré tout et à ceux qui en avaient trop peu, de cultiver les terres d'autrui, afin de trouver le moyen de survivre.

Mais quel contrat conclure ? On peut imaginer que pour ces premiers Romains, agriculteurs illettrés, la dénomination du contrat ne jouait aucun rôle. Ce qui comptait c'était que chacun y trouve son compte. Mais selon les arrangements particuliers, le contrat pouvait prévoir que le champ était laissé à la disposition de celui qui le cultivera, en échange d'une rémunération versée au propriétaire. Auquel cas, le contrat ressemblait à ce que nous appellerions un louage de chose. Mais il se pouvait également que le propriétaire garde la maîtrise du champ et des récoltes effectuées par un tiers rémunéré pour sa peine. Dans ce cas, nous parlerions aujourd'hui de contrat d'entreprise ou de contrat de travail, en fonction de la liberté laissée au laboureur dans son travail. Pour les juristes romains, le contrat conclu est indistinctement un contrat de *locatio conductio*, là où aujourd'hui nous voyons trois contrats différents.

Afin de développer les caractéristiques du contrat, nous concentrerons notre attention d'abord sur une *locatio rei*, un louage de chose. Dans ce contrat, le locataire est appelé *conductor* et le bailleur *locator*. L'obligation principale du *conductor* est de payer le loyer. Ce loyer est habituellement fixé en argent. Par exception, si le contrat portait sur un champ, il pouvait aussi être fixé en une partie de la récolte de ce champ. Enfin, le montant du loyer pouvait être fixé librement, indépendamment de la valeur du bien donné en location. À la fin du contrat, le locataire devait restituer le bien au bailleur. Il en était de même si le locataire omettait de payer le loyer.

En contrepartie de ce loyer, le *locator* devait mettre la chose louée à la disposition du *conductor* pendant un temps déterminé. Cette durée était en principe fixée par le contrat. À l'échéance, le contrat prenait fin de manière automatique sans qu'il soit utile de signifier une résiliation du

contrat au *conductor*. Mais si le *conductor* ne restituait pas le bien et que le propriétaire n'en réclamait pas la restitution, le contrat pouvait être reconduit tacitement.

Tant le *locator* que le *conductor* étaient responsables des fautes qu'ils commettaient dans l'exécution de leurs obligations contractuelles. Si l'objet du contrat était détruit sans la faute d'une des deux parties – et particulièrement sans la faute du *conductor* – le contrat prenait fin et ce dernier était libéré de son obligation de payer le loyer. Le risque de perte était en effet supporté par le propriétaire de la chose louée dans une *locatio conductio*. Imaginons par exemple la location d'un bateau à un capitaine de navire. Si lors d'une traversée en mer, le bateau est pris dans une tempête et sombre, c'est le propriétaire, c'est-à-dire le *locator* qui en subit la perte. Il perd tant le bateau que le loyer, sans pouvoir se retourner contre le *conductor*.

Si le propriétaire vendait la chose louée à un tiers, le locataire perdait le bénéfice de la chose louée. Cette règle est exprimée par l'adage « *emptio tollit locatum* », la vente rompt le bail. Mais en rompant de la sorte le contrat de bail, le bailleur s'exposait à une *actio conducti* du locataire, qui pouvait se plaindre du non-respect du contrat de *locatio conductio*. Si le propriétaire voulait se prémunir d'une telle condamnation au moment de vendre son bien, il pouvait adjoindre le contrat de vente d'un pacte par lequel il imposait à l'acheteur de respecter le contrat qu'il avait conclu avec son locataire.

Venons-en maintenant au deuxième type de *locatio conductio*, la *locatio conductio operarum*, c'est-à-dire l'équivalent du contrat de travail. L'ouvrier était dans ce cas le *locator* qui rendait des services, des *operae*, au *conductor*. En échange, ce dernier lui payait un salaire en argent. Pour le reste tout se passait de manière similaire à ce qui a été dit pour la *locatio rei*. Chacune des parties était tenue de sa faute en cas d'inexécution du contrat.

Enfin, le troisième type de *locatio conductio* était la *locatio conductio operis faciendi*, c'est-à-dire l'équivalent du contrat d'entreprise. C'est ici le *locator* qui remet une chose qui lui appartient au *conductor*, afin que ce dernier effectue un ouvrage, un *opus*, sur cette chose. En échange de cet ouvrage, le *conductor* reçoit une rémunération. L'objet d'un tel contrat pouvait être très variable. À titre d'exemple, cela pouvait porter sur la construction d'une maison, le transport de marchandises par mer, la réalisation d'un bijou, la tonte d'un mouton ou des soins apportés à une personne malade. Puisque le *locator* n'est tenu que de payer la rémunération, l'essentiel de la responsabilité repose sur le *conductor*. Celui-ci doit évidemment s'abstenir de toute maladresse et de toute faute dans la réalisation de l'*opus*. Lorsqu'il effectue son ouvrage sur une chose qui lui a été remise par le *locator* – par exemple l'or destiné à être transformé en une bague – le *conductor* doit en prendre soin tout particulièrement. Il a dans ce cas une obligation de garde – une *custodia* – similaire à celle du vendeur. Cette obligation dépasse la simple responsabilité pour faute puisqu'elle couvre également la garantie en cas de vol que le *conductor* aurait pu empêcher en étant plus prudent. Lorsque l'*opus* a été réalisé, il est remis au *locator* et fait l'objet d'une *adprobatio*, c'est-à-dire une approbation par ce dernier. Cette *adprobatio* met fin à la *custodia* du *conductor* et transfère définitivement le risque de détérioration de la chose par cas fortuit sur la personne du *locator*.

Comme on le voit, le contrat de *locatio conductio* est particulièrement varié et pouvait avoir des contenus très différents. Mais malgré toutes ces différences, les juristes romains traitaient ce contrat comme un contrat unique. C'est l'occasion de constater à nouveau la grande parcimonie avec laquelle les juristes romains inventaient de nouvelles institutions juridiques. Avant d'envisager de créer des nouveaux contrats, ils utilisaient toutes les potentialités des contrats existants. Et la *locatio conductio* en est l'illustration parfaite !

PARTIE B : TEXTES

Texte 9.1 (ancien 52) D. 16.3.32

Cels., 11 dig. (D. 16.3.32) :

Quod Nerva diceret latiore culpam dolum esse, Proculo displicebat, mihi verissimum videtur. Nam et si quis non ad eum modum quem hominum natura desiderat diligens est. Nisi tamen ad suum modum curam in deposito praestat, fraude non caret: nec enim salva fide minorem is quam suis rebus diligentiam praestabit.

Celse, au livre 11 de son digeste (D. 16.3.32) :

Ce qu'aurait dit Nerva et qui déplaisait à Proculus, à savoir qu'une faute assez lourde constitue un dol, me paraît tout à fait exact. En effet, quelqu'un qui ne fait pas preuve de la diligence que requiert la nature humaine, n'est pas exempt de mauvaise foi. A moins qu'il n'use dans un dépôt de sa diligence habituelle ; car il n'usera pas, avec bonne foi, d'une diligence moindre qu'à l'égard de ses propres affaires.

Texte 9.2 (ancien 53) D. 17.2.72

Gai., 2 rer.cott. (D. 17.2.72) :

Socius socio etiam culpa nomine tenetur, id est desidiaae atque negligentiae. Culpa autem non ad exactissimam diligentiam dirigenda est: sufficit etenim talem diligentiam communibus rebus adhibere, qualem suis rebus adhibere solet, quia qui parum diligentem sibi socium acquirit, de se queri debet.

Gaius, au livre 2 des choses quotidiennes (D. 17.2.72) :

L'associé est tenu vis-à-vis de son coassocié aussi en raison de sa faute, c'est-à-dire de sa passivité et de sa négligence. La faute ne doit cependant pas être évaluée en fonction de la diligence la plus scrupuleuse : il suffit en effet de faire preuve, pour les affaires communes, de la même diligence que celle dont on fait preuve pour les siennes propres ; car qui prend un associé peu diligent ne doit s'en prendre qu'à soi-même.

Texte 9.3 (ancien 54) D. 12.1.9.9

Ulp. 26 ad ed. (D. 12.1.9.9) :

Deposui apud te decem, postea permisi tibi uti: Nerva Proculus etiam antequam moveantur, condicere quasi mutua tibi haec posse aiunt, et est verum, ut et Marcello videtur: animo enim coepit possidere. Ergo transit periculum ad eum, qui mutuam rogavit et poterit ei condici.

Ulpien, au livre 26 sur l'édit (D. 12.1.9.9) :

Je t'ai remis dix (pièces de monnaie) à titre de dépôt, dans la suite je t'ai permis de les utiliser : Nerva et Proculus disent qu'avant même que les pièces aient quitté le lieu du dépôt, il est possible de te les réclamer par une *condictio*, comme si elles avaient fait l'objet d'un *mutuum*. Cette opinion est exacte, ainsi que l'a vu également Marcellus : car il a commencé à posséder *animo (domini)*. C'est pourquoi le risque de perte passe à celui qui a demandé le prêt et on pourra lui intenter une *condictio*.

Texte 9.4 (ancien 99) C. 4.44.2

C. 4.44.2 :

Rem maioris pretii si tu vel pater tuus minoris pretii, distraxit, humanum est, ut vel pretium te restituente emptoribus fundum venditum recipias auctoritate intercedente iudicis, vel, si emptor elegerit, quod deest iusto pretio recipies. minus autem pretium esse videtur, si nec dimidia pars veri pretii soluta sit.

DIOCL. ET MAXIM. AA. AURELIO LUPO. PP. V K. NOV. DIOCLETIANO A. II ET ARISTOBULO CONSS (a 285).

C. 4.44.2 :

Si toi ou si ton père a vendu un fonds pour un prix minime, il est juste que soit, en restituant le prix à l'acheteur, tu reçoives en retour le fonds vendu par l'intercession d'un juge, soit, si l'acheteur en fait le choix, qu'il te donne le juste prix. Par prix minime, il faut entendre celui qui n'atteint pas la moitié du vrai prix.

Dioclétien et Maximien à Aurelius Lupus, fait le cinquième jour des calendes de novembre, Dioclétien et Aristobulus étant consuls (a. 285).

Texte 9.5 (ancien 108) D. 19.1.13.20

Ulp., 32 ed. (D. 19.1.13.20) :

Veniunt autem in hoc iudicium infra scripta. In primis pretium, quanti res venit. Item usurae pretii post diem traditionis: nam cum re emptor fruatur, aequissimum est eum usuras pretii pendere

Ulpian, au livre 32 sur l'édit (D. 19.1.13.20) :

Telles sont les choses qui entrent dans cette action (*venditi*) : premièrement le prix dont on est convenu ; deuxièmement les intérêts du prix du jour de la *traditio*, car vu que l'acheteur commence de ce temps à percevoir les fruits de la chose vendue, il est bien juste qu'il paie les intérêts du prix.

Texte 9.6 (ancien 55) D. 18.6.13-15

Paul., 3 Alf. epit. (D. 18.6.13) :

Lectos emptos aedilis, cum in via publica positi essent, concidit: si traditi essent emptori aut per eum stetisset quo minus traderentur, emptoris periculum esse placet.

Iul., 3 ad Urs. Feroc. (D. 18.6.14) :

Eumque cum aedili, si id non iure fecisset, habiturum actionem legis Aquiliae: aut certe cum venditore ex empto agendum esse, ut is actiones suas, quas cum aedile habuisset, ei praestaret.

Paul., 3 Alf. epit. (D. 18.6.15pr.) :

Quod si neque traditi essent neque emptor in mora fuisset quo minus traderentur, venditoris periculum erit.

Paul, au livre 3 de l'abrégé d'Alfenus (D. 18.6.13) :

Un édile a fait détruire des lits achetés qui avaient été placés sur la voie publique. Si ces lits avaient été tradés à l'acheteur, ou s'il n'avait tenu qu'à lui que la tradition lui en fût faite, il me paraît que c'est à lui de supporter la perte.

Julien, au livre 3 sur Urseus Ferox (D. 18.6.14) :

et il aura contre l'édile l'action de la *Lex Aquilia* si celui-ci a agi contrairement au droit; ou du moins pourra-t-il agir contre le vendeur en vertu de l'achat, pour que ce dernier lui cède les actions qu'il aurait contre l'édile.

Paul, au livre 3 de l'abrégé d'Alfenus (D. 18.6.15pr.) :

Mais si les lits n'étaient pas tradés et qu'il n'ait pas tenu à l'acheteur que la tradition en fût faite, c'est au vendeur à en supporter la perte.

Texte 9.7 (ancien 70) D. 44.7.45

Paul., 3 ad Plautium (D. 44.7.45) :

Is, qui ex stipulatu Stichum debeat, si eum ante moram manumiserit et is, priusquam super eo promissor conveniretur, decesserit, non tenetur : non enim per eum stetisse videtur, quo minus eum praestaret.

Paul, au livre 3 sur Plautius (D. 44.7.45) :

Quelqu'un doit l'esclave Stichus en vertu d'une stipulation. Avant d'être en demeure de le livrer, il l'affranchit et avant que le stipulant n'intente d'action contre lui à ce propos, l'esclave décède. Le promettant n'est pas tenu car il n'a pas tenu à lui de n'avoir pas fourni l'esclave.

Texte 9.8 (ancien 71) D. 18.4.21

Paul., 16 quaestiones (D. 18.4.21) :

Venditor ex hereditate interposita stipulatione rem hereditariam persecutus alii vendidit : quaeritur, quid ex stipulatione praestare debeat : nam bis utique non committitur stipulatio, ut et rem et pretium debeat. Et quidem si, posteaquam rem vendidit heres, intercessit stipulatio, credimus pretium in stipulationem venisse : quod si antecessit stipulatio, deinde rem nactus est, tunc rem debeat. Si ergo hominem vendiderit et is decesserit, an pretium eiusdem debeat ? non enim deberet Stichi promissor, si eum vendidisset, mortuo eo, si nulla mora processisset. Sed ubi hereditatem vendidi et postea rem ex ea vendidi, potest videri, ut negotium eius agam quam hereditatis. Sed hoc in re singulari non potest credi : nam si eundem hominem tibi vendidero et necdum tradito eo alii quoque vendidero pretiumque accepero, mortuo eo videamus ne nihil tibi debeam ex empto, quoniam moram in tradendo non feci (pretium enim hominis venditi non ex re, sed propter negotiationem percipitur) et sic sit, quasi alii non vendidissem : tibi enim rem debebam, non actionem. (...)

Paul, au livre 16 des questions (D. 18.4.21) :

Un héritier vend et fait stipulation de remettre tout ce qu'il touchera de la succession à quelqu'un, mais touche un bien de la succession et le vend à quelqu'un d'autre. Il est demandé ce qui est dû en vertu de la stipulation car elle ne peut porter à la fois sur la chose et sur le prix. Et il est vrai que si la promesse par stipulation est postérieure à la vente du bien, nous croyons que la stipulation donne droit au prix. Mais si la stipulation est antérieure, c'est la chose qui est due. Si donc il a vendu un homme et que celui-ci est décédé, en doit-il le prix ? Car le promettant ne doit pas Stichus s'il l'a vendu et que ce dernier est mort alors qu'il n'y avait pas de demeure. Mais lorsqu'il a vendu un héritage et ensuite une chose tirée de cet héritage, on peut y voir une affaire menée pour le compte de l'acheteur plutôt que pour l'héritier. Mais il n'en va pas de même pour une chose isolée car si je t'ai vendu un homme et qu'alors que je ne t'en avais pas fait *traditio* je l'ai vendu à quelqu'un d'autre et que j'en ai reçu le prix, si l'esclave meurt, nous voyons que je ne te dois rien en vertu de la vente, car je n'étais pas en demeure de t'en faire *traditio* (le prix de l'homme vendu a été perçu en vertu de l'affaire et non de la chose) et c'est comme si je n'avais pas vendu l'esclave à quelqu'un d'autre car je te devais la chose et non l'action.

Texte 9.9 (ancien 72) D. 14.2.10.1

Lab., 1 pithanon a Paulo epit. (D. 14.2.10.1) :

Si ea condicione navem conduxisti, ut ea merces tuae portarentur easque merces nulla nauta necessitate coactus in navem deterioorem, cum id sciret te fieri nolle, transtulit et merces tuae cum ea nave perierunt, in qua novissime vectae sunt, habes ex conducto locato cum priore nauta actionem. Paulus: Immo contra, si modo ea navigatione utraque navis periit, cum id sine dolo et culpa nautarum factum esset. Idem iuris erit, si prior nauta publice retentus navigare cum tuis mercibus prohibitus fuerit. Idem iuris erit, cum ea condicione a te conduxisset, ut certam poenam tibi praestaret, nisi ante constitutum diem merces tuas eo loci exposuisset, in quem debebendas eas merces locasset, nec per eum stare, quo minus remissa sibi ea poena spectaret. Idem iuris in eodem genere cogitationis observabimus, si

probatum fuerit nautam morbo impeditum navigare non potuisse. Idem dicemus, si navis eius vitium fecerit sine dolo malo et culpa eius.

Labéon, au livre premier des « pithana » dans l'épitomé de Paul (D.14.2.10.1) :

Si tu prends un bateau en location, afin de faire transporter des marchandises et que sans aucune nécessité, le capitaine (*nauta*) transborde les marchandises sur un moins bon bateau, alors qu'il savait que tu ne serais pas d'accord et que tes marchandises périssent avec ce deuxième bateau, tu disposes d'une action tirée de la location contre le capitaine du premier bateau.

Paul : je pense que l'action ne doit pas être accordée si les deux bateaux sombrent au cours du même voyage, et que le naufrage n'est pas dû à la faute ou au dol des équipages ; la même solution juridique prévaut si le capitaine du premier bateau a été empêché de faire le trajet avec les marchandises par l'autorité publique ; de même si le capitaine du premier bateau s'était engagé à te payer une certaine peine en cas de retard, et qu'il n'a pas tenu à lui d'encourir la peine ; la solution serait encore la même dans le même genre de circonstances si le capitaine du premier bateau a été retenu par la maladie ; je dis la même chose si le bateau était vicié et que cela s'était fait sans dol ni faute de sa part.

Chapitre 10 – les obligations de sources diverses

PARTIE A : SCRIPTS

1) La *communio* – L’indivision

Nous avons vu précédemment que les obligations* trouvaient leur source dans les contrats et les délits. Mais Gaius® nous enseigne qu’il y a aussi une troisième source d’obligations. Faute de mieux, il parle d’*obligationes ex variis causarum figuris*, les obligations de sources diverses. Ces obligations se caractérisent par le fait qu’elles ne sont pas d’origine contractuelle – puisqu’elles ne résultent pas d’un accord entre les parties concernées – mais elles ne sont pas non plus le résultat d’un acte délictueux. Nous en examinerons trois différentes : l’indivision, la gestion d’affaires et l’enrichissement sans cause. Mais commençons par l’indivision ou *communio* en latin.

L’indivision est la situation juridique dans laquelle plusieurs personnes sont copropriétaires d’une même chose. On peut donc également parler de copropriété pour désigner cet état des choses. Mais comment devient-on copropriétaires ? L’origine la plus courante est celle d’une succession. Si l’on imagine un *paterfamilias* qui décède sans rédiger de testament et qui laisse trois enfants, ceux-ci seront en principe copropriétaires du patrimoine de leur père. Une deuxième origine de l’indivision peut également être un achat groupé. Si, en passant devant une pâtisserie avec deux amis, vous décidez d’acheter ensemble une tarte, vous en serez également copropriétaires. Une troisième possibilité réside dans le contrat de société. Si vous décidez de fonder une société avec deux amis – les Romains parlaient alors de *societas** – vous déciderez de mettre certaines choses en commun pour les affecter à une activité commune. Ces biens mis en commun, de même que les biens qui résulteront de l’activité commune dans le cadre de la société, sont également en indivision.

Pour ce troisième exemple, il convient de ne pas confondre le contrat de société et la copropriété qui en découle. En droit romain, la *societas*, est un contrat consensuel, de bonne foi, synallagmatique parfait, par lequel deux ou plusieurs personnes s’engagent à mettre en commun, en tout ou en partie, leurs biens ou leurs activités, en vue d’en retirer un avantage patrimonial commun. Cet avantage commun est un bénéfice commun, c’est-à-dire une valeur patrimoniale dont les associés sont copropriétaires.

Mais comment fonctionne la *communio* ? En droit classique, le principe est que chacun des indivisaires peut disposer librement de sa part dans l’indivision. Si je suis copropriétaire pour 25% d’un cheval, cela signifie donc que je peux faire ce que je veux de ces 25%. En revanche, je ne peux pas me servir de ce cheval sans obtenir l’autorisation des autres copropriétaires. En conséquence, si je vendais ma quote-part de propriété du cheval, cela rendrait l’acquéreur copropriétaire avec les mêmes restrictions d’utilisation. Chaque indivisaire dispose donc d’une sorte de droit de veto quant à l’utilisation du bien commun. L’usage pratique de la chose requiert en effet l’unanimité des copropriétaires.

Comme on peut l’imaginer, cette règle de l’unanimité n’est pas pratique et risque de mener à une paralysie. C’est pour cette raison que l’indivision est essentiellement conçue comme une situation temporaire. Chacun des copropriétaires a le droit de demander de sortir de l’indivision par la voie d’une demande de partage de la chose. Le partage peut bien entendu se faire à l’amiable. Dans l’exemple de la tarte achetée à plusieurs, c’est l’issue la plus probable : la tarte est partagée en autant de personnes qu’il n’y a de copropriétaires. Chacun des indivisaires est dès lors devenu plein propriétaire du morceau de tarte qui lui a été attribué. Mais lorsque la demande de partage résulte d’un différend sur l’utilisation de la chose en indivision, il est

fréquent que ce différend porte également sur les modalités de partage. Le passage en justice devient alors inévitable.

La demande judiciaire s'introduit par une action en partage. Si l'indivision porte sur une chose qui peut être facilement divisée, le partage est relativement facile à réaliser. Imaginons que l'objet à partager soit une tonne d'olives. S'il y avait 4 copropriétaires à parts égales, le partage devrait résulter en quatre parts de 250 kg et la chose sera entendue. Mais il peut également arriver que le partage en nature pose des problèmes pratiques. Imaginons que l'objet à partager soit un cheval. Cette fois, il ne peut évidemment pas être question de couper le cheval en quatre morceaux. En revanche, l'action en partage pourra aboutir à la vente du cheval. En effet, si le partage en nature du cheval n'est pas possible, le prix obtenu de la vente du cheval est quant à lui très facile à partager. Une autre solution réside dans la possibilité pour l'un des copropriétaires de racheter leur quote-part aux autres. En faisant cela, il devient donc seul propriétaire du cheval.

Mais au-delà de la division arithmétique du prix ou de la valeur du bien partagé, il se peut également que le partage donne lieu à d'autres rééquilibrages financiers. Il se peut que le partage en nature n'ait pas été complètement conforme aux quotes-parts indivises. Imaginons que deux héritiers soient copropriétaires de deux chevaux, mais que ces deux chevaux n'aient pas du tout la même valeur. Celui qui héritera du cheval avec la valeur la plus élevée devra compenser cet avantage par le paiement d'une somme d'argent à l'autre héritier. Cette somme d'argent destinée à équilibrer le partage est appelée « soulte ». La soulte peut également servir à compenser d'autres déséquilibres entre copartageants. Imaginons que pendant la durée de la copropriété, les chevaux aient été dans l'écurie de l'un des deux héritiers et que ce dernier ait supporté seul les frais liés aux soins des animaux. Il est alors normal que celui des deux qui n'a pas participé aux frais soit tenu de compenser cette différence au moment du partage. En sens inverse, on peut aussi tenir compte de l'usage des chevaux pendant la période de la copropriété. Si l'un des deux en a tiré un usage beaucoup plus grand que l'autre, cela devra également être compensé. Enfin, remarquons que des dettes peuvent émerger également vis-à-vis de tiers. Ce serait le cas par exemple si les chevaux n'ont pas été gardés par un des copartageants mais dans un manège appartenant à un tiers qui doit encore être payé pour sa peine. La dette vis-à-vis de ce tiers devra être intégrée dans les comptes du partage.

Une particularité supplémentaire de l'action en partage provient du fait que le montant des dettes nées au cours de la période de copropriété ne sont pas nécessairement connues au moment de l'introduction de l'action. Il se peut par exemple que le bien commun soit un immeuble sur lequel des travaux ont été entrepris mais ne sont pas encore terminés ou facturés. Il s'en suit que l'action en partage prend une forme un peu particulière. En effet, en fonction de ces données partiellement imprévisibles au moment de l'introduction de l'action, il est tout à fait imaginable que le demandeur soit en définitive tenu de payer une soulte au défendeur. Cette issue est évidemment totalement inhabituelle pour la procédure formulaire, qui prévoit que le juge peut uniquement condamner ou absoudre le défendeur. C'est pour cette raison que la formule de l'action en partage prend une forme originale dans sa dernière partie. La *condemnatio* est dans ce cas exprimée comme suit : « Juge condamne à tout ce qu'il convient que l'un soit condamné envers l'autre, sinon absous » (*Quidquid ob eam rem alterum alteri praestare oportet [ex fide bona] eus iudex alterum alteri condemna, si non paret absolve*). Autrement dit, dans une action en partage, chacun des copartageants est à la fois demandeur et défendeur à l'action. Qui plus est, cette action est également à la fois réelle et personnelle, puisque son objet porte à la fois sur des choses indivises et des obligations nées de l'indivision.

Dans les exemples utilisés précédemment, ces obligations découlaient d'un partage ou d'une utilisation inégalitaire du bien indivis. Nous pouvons encore ajouter ici les dettes découlant d'un dommage causé à la chose indivise. Les sources [D. 10.3.26] nous donnent l'exemple d'un esclave en copropriété entre deux personnes qui effectue des travaux chez l'un des deux. Dans le cadre de ce travail, l'esclave se casse une jambe. S'il apparaît par la suite que cette blessure est due à la dangerosité du travail que le copropriétaire lui a imposé, ce dernier peut être tenu de réparer ce dommage lorsqu'il résulte de son dol ou de sa faute. En principe, le copropriétaire est responsable de sa *culpa levissima*, la faute la plus légère, c'est-à-dire celle qu'un homme honnête prudent et diligent ne commettrait pas. La responsabilité du copropriétaire est donc habituellement assimilée à la responsabilité dans le cadre de l'application de la *lex Aquilia*. Par exception, il arrive aussi que le copropriétaire ne soit tenu que de sa faute légère concrète. C'est le cas lorsque les copropriétaires sont liés par un contrat de société. C'est en effet au moment de choisir son associé qu'il fallait se demander s'il était une personne honnête, prudente et diligente. Si l'on s'associe à une personne habituellement négligente, c'est tant pis pour nous : il faudra bien assumer notre erreur de casting¹².

Comme nous l'avons déjà dit, le droit de demander le partage à n'importe quel moment souligne le caractère essentiellement temporaire de l'indivision. Il est cependant une situation de copropriété qui fait exception à ce caractère temporaire : c'est le cas du mur mitoyen. Un mur séparant deux propriétés et appartenant aux deux voisins ne peut pas faire l'objet d'un partage pour des raisons matérielles évidentes. Cela n'a pas de sens de partager un mur qui se trouve entre deux propriétés. Puisque dans ce cas, l'action en partage est impossible, le droit romain a limité le droit de veto. Chacun des copropriétaires a le droit d'user le pan de mur qui regarde sa propriété sans devoir demander l'autorisation de l'autre.

En droit de Justinien, le caractère provisoire de la copropriété a reculé et est devenu moins absolu. À partir de ce moment en effet, il est devenu possible pour les indivisaires de réclamer le paiement de certains montants aux autres, sans que cela n'implique nécessairement de mettre fin de l'indivision et de demander le partage.

2) Le *negotium gestum* – La gestion d'affaires

« Chacun son métier, et les vaches seront bien gardées¹³ ! ». Voilà la morale d'une fable qui exprime qu'il n'est pas bon de s'occuper des affaires des autres. Mais s'il est vrai que nous n'aimons généralement pas que quelqu'un s'immisce dans nos affaires, il arrive également que l'aide spontanée d'autrui soit la bienvenue. Imaginons que pendant mon absence, un camion de déménagement se présente chez moi, avec l'intention manifeste de voler les meubles de ma maison. Dans pareille situation, je serais heureux que mon voisin intervienne pour empêcher ce cambriolage. De manière similaire, si une tempête emporte le toit de ma maison alors que je suis en vacances, je serais probablement content que mon voisin fasse appel à un couvreur pour prendre les dispositions urgentes qui préserveront mes biens.

Ces exemples nous montrent que l'ingérence désintéressée de mon voisin ne doit pas être découragée ni qualifiée de faute. Pour les Romains, il existait même un devoir moral d'aider autrui qu'ils appelaient *officium*.

¹² Cfr infra, Texte 9.2. : Gai. 2 rer. cott. (D. 17.2.72).

¹³ Morale tirée de la fable de Florian : Le vacher et le garde-chasse.

Sur le plan terminologique, celui qui gère l'affaire d'autrui est appelé *gestor* ou gérant en français. Celui dont l'affaire est gérée est le *dominus* ou maître de l'affaire. Il ne s'agit pas d'un contrat puisque rien n'a été convenu entre le *dominus* et le *gestor*. Ce dernier a agi d'initiative et sans y être invité. Mais malgré l'absence de contrat, une telle situation fait naître des obligations juridiques. C'est du moins le cas si une série de conditions sont remplies.

Pour que l'on puisse parler de *negotium gestum* ou de gestion d'affaires, trois conditions doivent être remplies.

Premièrement, il faut que le gérant ait posé un acte de gestion. Celui-ci peut être simplement matériel, comme lorsque le gérant décide de soigner l'esclave de son voisin par exemple ; mais cela peut aussi être un acte juridique, comme lorsqu'il engage un couvreur pour réparer le toit de son voisin emporté par une tempête. Dans ce dernier exemple, le *gestor* conclut donc un contrat de *locatio conductio** avec le couvreur, afin que celui-ci intervienne sur la maison du *dominus*.

Deuxièmement, cet acte de gestion doit être relatif au patrimoine d'autrui. Si le *gestor* croit avoir géré l'affaire d'autrui, mais se rend compte qu'il est copropriétaire du bien géré, il n'y a pas de *negotium gestum*. Dans ce cas, ce sont les règles de la *communio* qui devront être appliquées. Précisons cependant aussi que s'il est important que l'acte de gestion porte sur la chose d'autrui, il importe peu que le *gestor* sache précisément à qui elle appartient.

Troisièmement, et puisque la gestion d'affaires n'est pas un contrat, il faut que le maître de l'affaire n'ait pas consenti à l'acte de gestion. S'il avait chargé son voisin de veiller sur sa maison avant de partir en vacances, il y aurait entre eux un contrat de mandat, ou *mandatum** en latin. À la différence du gérant, le mandataire sera responsable de ne pas avoir agi alors qu'il s'y était engagé par mandat. Le gérant, quant à lui, n'a aucune obligation d'intervenir. Ce n'est que s'il pose un acte de gestion, qu'il pourra ensuite être tenu de quelque chose. Mais si le maître de l'affaire consent a posteriori à l'acte de gestion du gérant, le résultat est le même : la gestion d'affaire se transforme en mandat. Les Romains disaient en effet : « *Ratihabitio mandato comparatur* », la ratification équivaut au mandat. C'est particulièrement la situation du maître de l'affaire qui s'en voit modifiée, puisqu'en tant que mandant, il assume des obligations contractuelles dépassant celles qui découlent de la gestion d'affaires. Mais revenons aux trois conditions pour qu'il y ait une gestion d'affaire : il faut donc :

1. Un acte de gestion
2. Sur le patrimoine d'autrui
3. Sans le consentement du maître de l'affaire

Lorsque ces trois conditions sont remplies, le maître de l'affaire dispose d'une *actio negotiorum gestorum directa* (une action directe de la gestion d'affaire) contre le gérant. En revanche et même si le maître de l'affaire est souvent absent lorsque le gérant intervient, il ne s'agit pas là d'une quatrième condition à l'octroi de l'action. Par cette action directe, le *dominus* peut exiger trois choses :

Premièrement, il peut exiger du gérant qu'il continue sa gestion et qu'il termine ce qu'il a commencé.

Deuxièmement, il peut exiger du gérant qu'il rende compte de sa gestion, c'est-à-dire qu'il explique tout ce qu'il a fait ou fait faire, et ce qu'il a payé ou reçu dans le cadre de sa gestion.

Troisièmement, le *dominus* peut exiger du gérant qu'il lui remette le bénéfice des actes accomplis et qu'il lui restitue tout ce qu'il a éventuellement reçu dans le cadre de sa gestion. Imaginons en effet qu'en l'absence du *dominus*, un débiteur de ce dernier se soit présenté pour payer sa dette envers lui, mais que ce soit le *gestor* qui en ait reçu le paiement, l'action directe de la gestion d'affaire permettra au *dominus* d'en obtenir la restitution.

Pour que le gérant puisse à son tour se tourner contre le maître de l'affaire afin de lui demander de couvrir les frais qu'il a exposés, quatre conditions supplémentaires doivent être remplies.

Premièrement, l'acte de gestion du gérant doit être utile au maître de l'affaire. On veut dire par là que le gérant pourra uniquement réclamer le remboursement des impenses* utiles, par opposition aux impenses voluptuaires, qui servent simplement à embellir une chose, sans en améliorer l'usage. Il convient de souligner que l'utilité de l'acte de gestion s'évalue au moment où celui-ci est posé. Il importe peu que celui-ci ait porté ses fruits dans la durée. Ainsi, on retiendra que j'ai fait œuvre utile en éteignant un incendie qui commençait dans la maison du maître de l'affaire, même si par la suite, cette maison est détruite par une inondation ou un tremblement de terre. C'est donc l'intention et non le résultat qui compte ici.

Deuxièmement, il faut que le gérant ait agi de manière désintéressée. Ce ne sera pas le cas si au moment où il est intervenu, il pensait gérer sa propre affaire. L'intention d'intervenir sur le bien d'autrui doit donc être présente dès le début, dès le moment où l'initiative est prise.

Troisièmement, il faut que le gérant ait eu la volonté d'obliger le maître de l'affaire. Il ne doit donc pas avoir agi avec une intention libérale. Autrement dit, son désintéressement ne concerne que le fait qu'il ne demandera pas de rémunération, mais n'implique pas qu'il fera une donation au maître de l'affaire. Si nous reprenons d'exemple du gérant qui engage un couvreur pour réparer le toit du *dominus*, le gérant n'entend pas se faire rémunérer pour sa peine, mais il n'entend pas non plus payer la facture du couvreur à la place du maître de l'affaire.

Enfin et quatrièmement, le maître de l'affaire ne doit jamais s'être opposé à l'intervention du gérant. On explique cette règle par le fait que le droit de propriété est un droit absolu et inclut le droit d'interdire à quiconque d'accéder à sa propriété. Si le maître de l'affaire a donc interdit au gérant d'intervenir sur ses biens en son absence et qu'il le fait malgré tout, il ne pourra pas se retourner contre le *dominus*. Cette quatrième condition a cependant été discutée en droit classique et certains jurisconsultes ont admis que si le *gestor* était intervenu utilement sur le bien du maître de l'affaire en bravant l'interdiction qui lui en avait été faite, il fallait malgré tout lui accorder une action utile*. Le recours à cette action utile a cependant à nouveau été supprimé par Justinien.

Lorsque ces quatre conditions supplémentaires étaient rencontrées, c'est-à-dire lorsque le gérant était intervenu utilement, de manière désintéressée, avec la volonté d'obliger le maître de l'affaire et sans avoir bravé son interdiction, alors le gérant pouvait intenter une *actio negotiorum gestorum contraria* (une action inverse de la gestion d'affaire) contre le maître de l'affaire. Par cette action inverse, le *gestor* peut exiger deux choses.

Premièrement, il peut exiger que le maître de l'affaire lui rembourse ce qu'il a dépensé dans le cadre de sa gestion et qu'il indemnise d'éventuels dommages subis dans ce cadre. Imaginons par exemple que le *gestor* envoie son esclave réparer le toit du voisin, mais que cet esclave soit mordu par le chien du *dominus*. La réparation du dommage qui en résulte pourra être obtenue par l'*actio contraria*.

Deuxièmement, le *gestor* peut aussi exiger du *dominus* qu'il reprenne à sa charge les obligations qu'il a assumées dans le cadre de sa gestion. Si le gérant a engagé un couvreur pour réparer le toit mais que le travail n'est pas terminé, il peut exiger du maître de l'affaire qu'il prenne sa place dans le contrat de *locatio-conductio*. Il y a donc une subrogation personnelle et même si c'est le gérant qui a conclu le contrat avec le couvreur, c'est le maître de l'affaire qui assumera le paiement des travaux effectués.

En conclusion, on peut dire que la gestion d'affaire est une institution juridique toute en demi-teinte : elle se situe au carrefour de la propriété, du mandat, de la responsabilité et des libéralités.

3) L'enrichissement sans cause

La dernière obligation de source diverse dont nous allons vous parler est l'enrichissement sans cause. D'emblée, il convient de souligner que l'enrichissement sans cause n'est pas un concept directement romain. Il résulte plutôt de la généralisation d'une idée juridique romaine. Comme très souvent, le point de départ de cette idée part d'un instrument procédural. En l'occurrence, il s'agit de la *condictio*. La *condictio* est une action personnelle, c'est-à-dire une action en justice par laquelle on fait valoir un droit de créance. Dans l'absolu, ce droit de créance peut avoir une origine contractuelle, délictuelle ou... autre.

Nous avons déjà évoqué l'exemple du contrat de prêt de consommation appelé *mutuum** en droit romain. Lorsque le prêteur voulait agir en justice pour obtenir la restitution de la somme prêtée, il devait intenter une *condictio*. Dans ce cas précis, elle porte le nom de *condictio certae creditae pecuniae*, la *condictio* d'une certaine somme d'argent prêtée.

Nous avons également vu un exemple de *condictio* pour une obligation délictuelle, lorsque nous avons parlé de la *condictio furtiva*, l'action par laquelle la victime d'un vol réclame la restitution de l'équivalent de la chose volée, lorsque cette chose volée ne peut plus être restituée en nature.

Il nous reste dès lors à envisager les situations dans lesquelles la *condictio* permet de réclamer le paiement d'une obligation qui n'est ni contractuelle, ni délictuelle. C'est dans ce type de situations que nous parlons aujourd'hui d'enrichissement sans cause. Les juristes romains n'y voyaient pas particulièrement l'expression d'une catégorie homogène, comme nous le faisons aujourd'hui. Pour eux, il y avait une série de situations dans lesquelles la solution résidait dans l'octroi d'une *condictio*. C'est donc sous cette forme qu'il nous faut l'expliquer. Nous allons donc vous exposer une série de situations particulières dans lesquelles le prêteur accordait une *condictio*, en vue de rétablir un équilibre entre les parties, parce que l'enrichissement de l'une au détriment de l'autre n'était pas justifié.

La première *condictio* de ce type est la *condictio indebiti*, c'est-à-dire la *condictio* de l'indu. Cette action en justice était accordée en cas de paiement indu. Cela signifie donc que quelqu'un a effectué un paiement sans raison de le faire. Deux raisons sont ici envisageables.

La première est celle dans laquelle, le *solvens*, c'est-à-dire la personne qui paie, pensait être débitrice d'une dette, mais que cette dette n'existait pas. L'inexistence de la dette peut résulter du fait qu'elle a déjà été payée précédemment, mais que le *solvens* ne le savait pas, ou du fait que le contrat qui justifiait le paiement n'était pas valable juridiquement et a été annulé.

La deuxième hypothèse est celle dans laquelle il y avait bien une dette, mais pas entre le *solvens* et l'*accipiens*. Autrement dit, soit le *solvens* était bien débiteur, mais le créancier était quelqu'un d'autre que l'*accipiens* ; soit c'était bien l'*accipiens* qui devait recevoir le paiement, mais de la part de quelqu'un d'autre que le *solvens*, qui n'était donc pas le débiteur. Bref, le paiement n'aurait pas dû avoir lieu entre ces deux personnes.

Soulignons cependant que pour que le *solvens* puisse intenter une *condictio indebiti*, il faut nécessairement que tant lui que l'*accipiens* se soient trompés. L'erreur du *solvens* est en effet indispensable, parce que s'il ne s'était pas trompé en payant, c'est qu'il avait l'intention de faire une donation, ou qu'il avait géré l'affaire d'autrui. Dans ce dernier cas, il n'y avait pas de paiement indu, mais une gestion d'affaire. Mais l'erreur du *solvens* ne suffit pas. Il faut également que l'*accipiens* se soit trompé. En effet, si ce dernier accepte un paiement alors qu'il sait pertinemment que l'argent ne lui est pas dû, il commet un vol, un *furtum* nec manifestum*. Dans ce cas, le *solvens* pourra intenter une *actio furti* et réclamer la restitution de l'argent versé en recourant à une *rei vindicatio** ou une *condictio furtiva*.

Une deuxième *condictio* est la *condictio causa data causa non secuta*. C'est la *condictio* accordée lorsque la cause n'a pas été suivie de ce qui avait été donné pour cette cause. Plus concrètement, un *solvens* effectue une prestation au profit d'un *accipiens*, dans l'attente que ce dernier effectue une contre-prestation, sans pour autant que les deux aient conclu un contrat. Mais si l'*accipiens* n'effectue pas la contre-prestation attendue, le *solvens* pourra réclamer par cette *condictio* la répétition de la prestation effectuée. Par exemple, si le *solvens* a remis une somme d'argent à l'*accipiens* afin que ce dernier affranchisse un esclave ou émancipe un fils, mais qu'il ne le fait pas, la *condictio causa data causa non secuta* sera accordée au *solvens*.

Une troisième *condictio* est la *condictio ob iniustam causam*, c'est-à-dire en raison d'une cause injuste. Cette fois, le *solvens* a effectué un paiement en contradiction avec une interdiction légale, comme par exemple s'il a payé un intérêt moratoire supérieur au maximum légal autorisé, c'est-à-dire un taux annuel de 12% en droit romain. Dans ce cas, le *solvens* pourra obtenir la répétition de l'excédent d'intérêt qu'il a payé.

Une quatrième *condictio* est la *condictio ob turpem causam*, c'est-à-dire en raison d'une cause immorale. Il est interdit de conclure des contrats dont l'objet est immoral ou d'effectuer des prestations en raison d'un tel contrat. Il est donc immoral d'engager un tueur à gage, tout comme le paiement d'une rançon est également immoral. En conséquence, si j'ai payé une rançon, je peux donc en réclamer la répétition par la *condictio ob turpem causam*. L'octroi de cette *condictio* est cependant refusé par le prêteur si le *solvens* a également eu un comportement immoral. Imaginons par exemple que le *solvens* ait remis une somme d'argent à un tueur à gages afin qu'il assassine quelqu'un, mais que ce dernier n'exécute pas sa sale besogne. Dans ce cas, le prêteur n'accordera pas la *condictio* contre le tueur défaillant, parce que le comportement du *solvens* était lui aussi immoral. À pareil comportement immoral, le prêteur n'a pas à intervenir. C'est une règle exprimée par l'adage : « *In pari causa turpitudinis, possessoris melior condicio habetur* ». La justice n'a donc pas à rétablir l'équilibre dans un tel marché : ce serait encourager l'immoralité. Pour les mêmes raisons, celui qui verse un pot-de-vin mais n'obtient pas la faveur espérée, ne pourra pas non plus récupérer le montant versé par une *condictio*.

Une cinquième *condictio* est la *condictio sine causa*. Celle-ci semble avoir été ajoutée à une époque plus tardive, en vue de compléter le système des actions accordées au *solvens*. Cette *condictio* a été accordée lorsqu'une dation avait été faite pour une cause qui a disparu ou n'a jamais existé. À titre d'exemple, on peut citer le cas de celui qui donne de l'argent en vue de

l'affranchissement d'un esclave déjà libre, ou en vue de constituer une dot au profit d'une femme qui est morte. Les sources nous parlent également de celui qui paie une somme en vue de réparer un dommage qu'il pense avoir causé, alors qu'aucun dommage n'a été subi. Bref, le *solvens* effectue une prestation en raison d'une cause qui n'existe pas.

Enfin, une sixième *condictio* est la *condictio liberationis*. Cette dernière peut être utilisée avant même qu'une prestation n'ait été effectuée et précisément pour éviter un enrichissement sans cause. Il faut ici imaginer une situation similaire à celles que nous venons d'énumérer, mais par rapport à laquelle le *solvens* s'est seulement engagé à réaliser une prestation et ne l'a pas encore effectuée. Il s'est donc engagé dans le cadre d'une obligation dépourvue de cause. Il lui est dès lors possible d'éviter l'enrichissement qui en résulterait en demandant par anticipation à en être libéré par la *condictio liberationis*. À titre d'exemple, imaginons que quelqu'un promette par stipulation de payer une somme d'argent à un homme, en vue de constituer une dot au profit de la future femme de ce dernier. Mais entre le moment de la conclusion de la stipulation et le paiement, la femme décède. Dans ce cas, le promettant pourra tenter la *condictio liberationis* en vue d'être par avance libéré de son engagement contractuel. Pour cette dernière *condictio*, le résultat judiciaire est clair : le demandeur sera libéré de sa dette. Mais qu'en est-il pour les autres *condictiones* ?

Le principe est ici que l'*accipiens* doit restituer la chose ou la somme d'argent qu'il a reçue. Il se peut cependant que la chose reçue n'existe plus ou ne soit plus en possession de l'*accipiens* parce que ce dernier l'a revendue. Si elle a été revendue, c'est ce prix qui devra être restitué. Si elle a été détruite, ce sera sa valeur. Enfin, il se peut aussi que la chose remise à l'*accipiens* ait gagné en valeur, comme lorsqu'une vache a eu un veau, c'est à la fois la vache et le veau qui devront être restitués. Il en est de même lorsque c'est un champ agricole qui doit être restitué et que celui-ci a porté des fruits. Le demandeur pourra réclamer aussi bien le champ que la récolte.

Comme on le voit, la *condictio* remplit ici de nombreux services, lorsqu'une prestation a généré un enrichissement sans cause. En ce sens, on peut dire que cette action personnelle vient combler un vide rencontré dans des situations qui ne sont ni contractuelles, ni délictuelles, mais pour lesquelles l'équité requiert une intervention de la justice.

PARTIE B : TEXTES

Texte 10.1 (ancien 86) D. 3.5.5.1

Ulp., 10 ad ed. (D. 3.5.5.1) :

Sed et si, cum putavi Titii negotia esse, cum essent Sempronii, ea gessi, solus Sempronius mihi actione negotiorum gestorum tenetur.

Ulprien, au livre 10 sur l'édit (D. 3.5.5.1) :

Mais si j'ai géré les affaires de Sempronius, pensant gérer celles de Titius, seul Sempronius est tenu envers moi par l'action de gestion d'affaires.

Texte 10.2 (ancien 87) D. 3.5.9.1

Ulp., 10 ad ed. (D. 3.5.9.1) :

Is autem qui negotiorum gestorum agit non solum si effectum habuit negotium quod gessit, actione ista utetur, sed sufficit, si utiliter gessit, etsi effectum non habuit negotium. Et ideo si insulam fulsit vel servum aegrum curavit, etiamsi insula exusta est vel servus obit, aget negotiorum gestorum: idque et Labeo probat. Sed ut Celsus refert, Proculus apud eum notat non semper debere dari. Quid enim si eam insulam fulsit, quam dominus quasi impar sumptui deliquerit vel quam sibi necessariam non putavit? Oneravit, inquit, dominum secundum Labeonis sententiam, cum unicuique liceat et damni infecti nomine rem derelinquere. Sed istam sententiam Celsus eleganter deridet: is enim negotiorum gestorum, inquit, habet actionem, qui utiliter negotia gessit: non autem utiliter negotia gerit, qui rem non necessariam vel quae oneratura est patrem familias adgreditur. Iuxta hoc est et, quod Iulianus scribit, eum qui insulam fulsit vel servum aegrotum curavit, habere negotiorum gestorum actionem, si utiliter hoc faceret, licet eventus non sit secutus. Ego quaero: quid si putavit se utiliter facere, sed patri familias non expediebat? Dico hunc non habiturum negotiorum gestorum actionem: ut enim eventum non spectamus, debet utiliter esse coeptum.

Ulprien, au livre 10 sur l'édit (D. 3.5.9.1) :

Celui qui agit sur base de la gestion d'affaires peut le faire non seulement lorsque sa gestion a été un succès, mais aussi il suffit qu'il ait géré utilement quoique l'affaire n'ait pas réussi. Ainsi, s'il a étançonné une maison ou soigné un esclave malade, il aura l'action de gestion d'affaires quoique la maison ait brûlé ou que l'esclave soit mort : c'est ce que Labéon admet aussi. Mais, ainsi que le rapporte Celse, Proculus remarque (dans son commentaire sur Labéon) qu'il ne faut pas toujours payer : car que se passe-t-il si (le gérant) a étançonné une maison que son propriétaire avait abandonnée parce qu'il ne pouvait plus en supporter les frais d'entretien ou parce qu'il considérait qu'elle ne lui était plus nécessaire ? Dans l'optique de Labéon, (le gérant) aurait imposé une charge, objecte Proculus, alors pourtant que quiconque a le droit d'abandonner une chose, même si elle menace ruine. Celse cependant se moque avec raison de cet avis : a l'action de gestion d'affaires, dit-il, celui qui a géré utilement : mais ce n'est pas gérer utilement que d'entreprendre une affaire qui n'est pas nécessaire ou qui doit constituer une charge pour le père de famille. (...) Je me demande quant à moi ce qu'il faut décider si (le gérant) croyait faire œuvre utile alors qu'elle ne profitait pas au père de famille : je dis qu'il n'aura pas l'action de gestion d'affaires. Si nous ne prenons pas en considération le succès de l'entreprise, il faut cependant qu'elle ait commencé utilement.

Texte 10.3 (ancien 88) D. 3.5.5.5

Ulp. 10 ad ed. (D. 3.5.5.5) :

Sed et si quis negotia mea gessit non mei contemplatione, sed sui lucri causa, Labeo scripsit suum eum potius quam meum negotium gessisse (qui enim depraedandi causa accedit, suo lucro, non meo commodo studet): sed nibilo minus, immo magis et is tenebitur negotiorum gestorum actione. Ipse tamen si circa res meas aliquid impenderit, non in id quod ei abest, quia improbe ad negotia mea accessit, sed in quod ego locupletior factus sum habet contra me actionem.

Ulpian, au livre 10 sur l'édit (D. 3.5.5.5) :

Mais si quelqu'un gère mes affaires, non pas en considération de ma personne, mais pour son propre profit, Labéon écrit qu'il a plutôt fait son affaire que la mienne (car celui qui intervient pour piller poursuit son profit et non mon avantage). Néanmoins et à plus forte raison, il sera tenu par l'action de gestion d'affaires. Quant à lui, s'il a dépensé quelque chose à propos de mes affaires, il aura une action contre moi, non pas pour ce qu'il a dépensé, puisqu'il s'est ingéré malhonnêtement dans mes affaires, mais pour ce dont je me suis enrichi.

Texte 10.4 (ancien 59) Le kidnapping lusitanien D. 3.5.20pr.

Paul., 9 ad ed. (D. 3.5.20pr.) :

Nam et Servius respondit, ut est relatatum apud alfenum libro trigensimo nono digestorum: cum a lusitanis tres capti essent et unus ea condicione missus, uti pecuniam pro tribus adferret, et nisi redisset, ut duo pro eo quoque pecuniam darent, isque reverti nolisset et ob hanc causam illi pro tertio quoque pecuniam solvissent: Servius respondit aequum esse praetorem in eum reddere iudicium.

Paul, au livre 9 sur l'édit (D.3.5.20pr.) :

Car telle est aussi la réponse donnée par Servius, ainsi qu'il est relaté au livre 39 du Digeste d'Alfenus : trois Romains avaient été capturés par des Lusitaniens. L'un d'entre eux est libéré à la condition d'apporter la rançon des trois et que s'il ne revenait pas, les deux autres devraient payer aussi pour lui. Le prisonnier libéré refusant de revenir, les deux autres paient également pour lui. Servius a répondu qu'il était équitable que le préteur accorde une action contre ce troisième.

Texte 10.5 (ancien 60) Le pupille autonome D. 12.1.19.1

Iul., 10 dig. (D. 12.1.19.1) :

Si pupillus sine tutoris auctoritate crediderit aut solvendi causa dederit, consumpta pecunia conditionem habet vel liberatur non alia ratione, quam quod facto eius intellegitur ad eum qui acceperit pervenisse: quapropter si eandem pecuniam is, qui in creditum vel in solutum acceperat, alii porro in creditum vel in solutum dederit, consumpta ea et ipse pupillo obligatur vel eum a se liberabit et eum cui dederit obligatum habebit vel se ab eo liberabit. Nam omnino qui alienam pecuniam credendi causa dat, consumpta ea habet obligatum eum qui acceperit: item qui in solutum dederit, liberabitur ab eo qui acceperit.

Julien, au livre 10 de son digeste (D.12.1.19.1) :

Si un pupille prête une somme sans l'autorisation de son tuteur, il a une *condictio*, si l'argent est « consommé ». La raison en est que par son fait, l'argent est censé être parvenu à celui qui l'a reçu. C'est pourquoi si celui qui avait reçu à titre de prêt prête à son tour la même somme à un autre, si l'argent est « consommé », il sera lui-même obligé vis-à-vis du pupille, et il aura comme débiteur celui à qui il aura donné la somme. Car de manière générale, celui qui prête de l'argent appartenant à autrui a comme débiteur celui qui l'a accepté, si l'argent est « consommé ».

Si un pupille paie une dette sans l'autorisation de son tuteur, il est libéré de sa dette, si l'argent est « consommé ». La raison en est que par son fait, l'argent est censé être parvenu à celui qui l'a reçu. C'est pourquoi si celui qui avait reçu à titre de paiement donne la même somme en paiement d'une dette à un autre, si l'argent est « consommé », le pupille sera libéré à son égard et il sera libéré vis-à-vis de celui à qui il aura donné la somme. Car de manière générale celui qui paie une dette avec l'argent d'autrui est libéré vis-à-vis de celui qui l'a reçu, si l'argent est « consommé ».

Texte 10.6 (ancien 75) Le mur mitoyen D. 39.2.35-37

Ulp., 42 ad Sabinum (D. 39.2.35) :

In parietis communis demolitione ea quaeri oportet, satis aptus fuerit oneribus ferendis an non fuerit aptus.

Paul., 10 ad Sabinum (D. 39.2.36) :

Sed ita idoneum esse plerique dixerunt, ut utrarumque aedium onera, quae modo iure imponantur, communis paries sustinere possit.

Ulp., 42 ad Sabinum (D. 39.2.37) :

Nam si non fuit, utique demolire eum oportuit nec debet, si quid damni ex hac causa attigit, is qui demolitus est teneri, nisi sumptuose aut parum bonus novus paries sit restitutus. quod si fuerit idoneus paries, qui demolitus est, in actionem damni infecti venit id, quanti interfuit actoris eum parietem stare: merito, nam si non debuit demoliri, restituere eum debet proprio sumptu. sed et si qui reditus ob demolitionem amissus est, consequenter restitui eum Sabinus voluit. si forte habitatores migraverunt aut non tam commode habitare possunt, imputari id aedificatori potest.

Ulpien, au livre 42 sur Sabinus (D. 39.2.35) :

A propos de la démolition des murs indivis, il faut vérifier s'il est apte à supporter ou non les constructions.

Paul, au livre 10 sur Sabinus (D. 39.2.36) :

Un mur est donc considéré comme idoine, s'il est apte à supporter chacun des édifices qui, d'après le droit, peuvent s'appuyer sur ce mur indivis.

Ulpien, au livre 42 sur Sabinus (D. 39.2.37) :

Car si ce n'est pas le cas, il faudra de toute façon démolir le mur et celui qui le démolit ne sera pas tenu du dommage subi par l'autre en raison de cette démolition sauf si le nouveau mur a été mal construit ou à trop grands frais. Mais si le mur qui a été détruit était idoine, celui qui l'a détruit pourra être tenu, en vertu de l'action *damni infecti*, au montant de l'intérêt que l'autre avait que le mur reste debout car s'il ne devait pas le démolir, il doit le reconstruire à ses frais. Et depuis Sabinus, celui qui a perdu un revenu en raison de la démolition pourra se le faire restituer. Si par exemple les personnes habitant la maison contiguë ont dû déménager ou ont perdu en confort, cela peut être imputé au constructeur.

Texte 10.7 (ancien 51) L'esclave aux deux pécules D. 41.1.43.2

Gai. 7 ad ed. prov. (D. 41.1.43.2) :

Cum servus, in quo alterius usus fructus est, hominem emit et ei [traditus] <mancipio datus> sit, antequam pretium solvat, in pendenti est, cui proprietatem adquisierit: et cum ex peculio, quod ad fructuarium pertinet, solverit, intellegitur fructuarii homo fuisse: cum vero ex eo peculio, quod proprietarium sequitur, solverit, proprietarii ex post facto fuisse videtur.

Gaius, au livre 7 sur l'édit provincial (D. 41.1.43.2) :

Si un esclave, dont quelqu'un d'autre (que le nu-propiétaire) a l'usufruit, achète un esclave et que celui-ci lui soit [tradé] <mancipé>, il est incertain, avant qu'il n'ait payé le prix, pour qui la propriété est acquise : s'il paie avec le pécule qui appartient à l'usufruitier, l'esclave (acheté) est censé avoir été acquis à l'usufruitier ; mais si c'est avec le pécule du nu-propiétaire, l'esclave est considéré à partir du paiement comme ayant appartenu au nu-propiétaire.

Textes additionnels

Texte 11.1 (ancien 56) Expropriation D. 19.2.33

Afr., 8 quaest. (D. 19.2.33) :

Si fundus quem mihi locaveris publicatus sit, teneri te actione ex conducto, ut mihi frui liceat, quamvis per te non stet, quominus id praestes: Quemadmodum, inquit, si insulam aedificandam locasses et solum corruiisset, nihilo minus teneberis. Nam et si vendideris mihi fundum isque priusquam vacuus traderetur publicatus fuerit, tenearis ex empto: Quod hactenus verum erit, ut pretium restituas, non ut etiam id praestes, si quid pluris mea intersit eum vacuum mihi tradi. Similiter igitur et circa conductionem servandum puto, ut mercedem quam praestiterim restituas, eius scilicet temporis, quo frui non fuerim, nec ultra actione ex conducto praestare cogaris. Nam et si colonus tuus fundo frui a te aut ab eo prohibetur, quem tu prohibere ne id faciat possis, tantum ei praestabis, quanti eius interfuerit frui, in quo etiam lucrum eius continebitur: Sin vero ab eo interpellabitur, quem tu prohibere propter vim maiorem aut potentiam eius non poteris, nihil amplius ei quam mercedem remittere aut reddere debebis,

Africain, au livre 8 des questions (D.19.2.33) :

1/ Si le fonds que tu m'as donné en location est devenu un fonds public, tu seras tenu, en vertu de l'action de louage, à me fournir la jouissance de la chose, bien qu'il ne dépende pas de toi que tu ne me l'aies pas procurée.

2/ De même dit-il (Julien), que si tu m'avais commandé la construction d'une maison de rapport et que le sol se soit effondré : tu n'en serais pas moins tenu.

3a/ Car même si tu m'avais vendu un fonds et que celui-ci soit devenu un fonds public avant que tu ne m'en aies délivré la libre possession, tu serais tenu par l'action d'achat.

3b/ Ceci n'est vrai que dans la mesure où tu restitues le prix de vente et non dans la mesure où tu m'indemniseras de l'intérêt plus grand que j'aurais eu à ce que la libre possession me soit délivrée.

4/ C'est pourquoi je crois que la même décision doit être prise concernant la location, à savoir que tu me restitues la somme que j'ai payée, et bien entendu pour l'époque où je n'aurais pas eu la jouissance. Tu ne seras pas tenu à davantage par l'action de location.

5a/ En effet, si ton fermier est empêché de jouir du fonds par toi-même ou par quelqu'un à qui tu pourrais interdire de le faire, tu devras lui procurer tout ce qu'il avait d'intérêt à bénéficier de la jouissance ; et on y comprendra le profit qu'il aurait pu faire.

5b/ Mais si le fermier est troublé par quelqu'un à qui tu ne peux interdire le trouble pour un cas de force majeure ou en raison de sa puissance, tu ne lui devras rien de plus que la restitution du loyer ou la remise de la dette de loyer.

Texte 11.2 (ancien 57) Novation Gai. 2.38

Gai. 2.38 :

Obligations quoquo modo contractae nihil eorum recipiunt: nam quod mihi ab aliquo debetur, id si velim tibi deberi, nullo eorum modo, quibus res corporales ad alium transferuntur, id efficere possum; sed opus est, ut iubente me tu ab eo stipuleris; quae res efficit, ut a me liberetur et incipiat tibi teneri. Quae dicitur novatio obligationis.

Gaius, institutes 2.38 :

De quelque manière qu'elles aient été contractées, les obligations n'admettent aucun de ces modes d'aliénation. En effet, si je veux que ce qu'un tiers me doit te soit dû, nous ne pouvons obtenir ce résultat par aucun des modes par lesquels les choses corporelles sont transférées ; mais il est nécessaire que sur mon ordre tu stipules du tiers. De cette façon, il sera libéré à mon égard et deviendra ton débiteur. C'est ce qu'on appelle une novation d'obligation.

Texte 11.3 (ancien 61) donation à une femme D. 12.4.9pr.-1

Paul. 17 ad Plaut. (D. 12.4.9pr.-1) :

Si donaturus mulieri iussu eius sponso numeravi nec nuptiae secutae sunt, mulier condicet. Sed si ego contraxi cum sponso et pecuniam in hoc dedi, ut, si nuptiae secutae essent, mulieri dos acquireretur, si non essent secutae, mihi redderetur, quasi ob rem datur et re non secuta ego a sponso condicam.

1. *Si quis indebitam pecuniam per errorem iussu mulieris sponso eius promississet et nuptiae secutae fuissent, exceptione doli mali uti non potest: maritus enim suum negotium gerit et nihil dolo facit nec decipiendus est: quod fit, si cogatur indotatam uxorem habere. Itaque adversus mulierem condictio ei competit, ut aut repetat ab ea quod marito dedit aut ut liberetur, si nondum solverit. (...).*

Paul, au livre 17 sur Plautius (D. 12.4.9pr.-1) :

Si ayant l'intention de faire une donation à une femme, j'ai sur son ordre versé une somme à son fiancé, et que le mariage n'ait pas lieu, la femme pourra intenter une *condictio*. En revanche, si j'ai conclu avec le fiancé un contrat et que je lui aie versé l'argent dans le dessein qu'une dot serait ainsi constituée à la femme au cas où le mariage aurait lieu, mais que si le mariage n'avait pas lieu, l'argent me serait rendu, alors la somme est censée donnée pour une cause et celle-ci ne s'étant pas réalisée, je pourrai intenter une *condictio* contre le fiancé.

1. Si quelqu'un, croyant erronément devoir une somme d'argent à une femme, a sur son ordre promis de la payer à son fiancé et que le mariage ait eu lieu, il ne peut opposer l'exception de dol : car le mari a géré sa propre affaire, n'a pas agi dolosivement et ne doit pas être abusé, ce qui serait le cas s'il était forcé de garder sa femme sans dot. C'est pourquoi le promettant aura une *condictio* contre la femme afin de répéter ce qu'il a versé au mari ou afin d'être libéré s'il n'a pas encore payé (...).

Texte 11.4 (ancien 62) Gage sur fonds de commerce D. 20.1.34pr.

Scaev. 27 dig. (D. 20.1.34pr.) :

Cum tabernam debitor creditori pignori dederit, quaesitum est, utrum eo facto nihil egerit an tabernae appellatione merces, quae in ea erant, obligasse videatur? Et si eas merces per tempora distraxerit et alias comparaverit easque in eam tabernam intulerit et decesserit, an omnia quae ibi deprehenduntur creditor hypothecaria actione petere possit, cum et mercium species mutatae sint et res aliae illatae? Respondit: ea, quae mortis tempore debitoris in taberna inventa sunt, pignori obligata esse videntur.

Scaevola, au livre 27 de son digeste (D. 20.1.34pr.) :

Un débiteur avait donné sa boutique en gage à son créancier. Il est demandé si de ce fait rien n'a été conclu (= si le gage est nul), ou si, sous l'appellation de « boutique », il fallait considérer qu'étaient l'objet du gage les marchandises qui s'y trouvaient. Si au cours du temps, le débiteur a vendu ces marchandises et en a acheté d'autres qu'il a mises dans la boutique, et qu'ensuite il soit décédé, est-ce que le créancier peut réclamer, par l'action hypothécaire, tout ce qui se trouve dans la boutique, alors que l'individualité des marchandises a changé et que d'autres ont été apportées ? Il (Scaevola) répondit : est considéré comme soumis au gage tout ce qui se trouve dans la boutique au moment de la mort du débiteur.

Texte 11.5 (ancien 73) Responsabilité du mari par rapport à la dot D. 25.1.4

Paul., 36 ad edictum (D. 25.1.4) :

Et in totum id videtur necessariis impensis contineri, quod si a marito omissum sit, iudex tanti eum damnabit, quanti mulieris interfuerit eas impensas fieri. sed hoc differt, quod factarum ratio habetur, etsi res male gesta est, non factarum ita, si ob id res male gesta est: itaque si fulserit insulam ruentem eaque exusta sit, impensas consequitur, si non fecerit, deusta ea nihil praestabit.

Paul, au livre 36 sur l'édit (D. 25.1.4) :

En général, on considère que les impenses sont nécessaires, lorsque, celles-ci ayant été omises par le mari, le juge le condamne à l'intérêt que la femme avait que les impenses ait été faites.

Mais il faut distinguer : le mari avait raison de faire les impenses même si les choses ont mal tourné, mais non si c'est en raison de ce que le mari a fait que les choses ont mal tourné. C'est pourquoi s'il répare une maison en ruine, mais que celle-ci périt dans un incendie, il pourra réclamer la restitution des impenses, mais s'il ne le fait pas, il ne sera tenu à rien.

Texte 11.6 (ancien 74) L'esclave dû au titre de dot D. 23.3.56pr.

Paul., 6 ad Plautium (D. 23.3.56pr.) :

Si is qui Stichum mulieri debet in dotem delegatus sit et antequam solveret debitor, Stichus decesserit, cum neque per debitorem stetisset quo minus solveret, neque maritus in agendo moram fecisset : periculo mulieris Stichus morietur: quamquam etiamsi moram maritus fecerit in exigendo, si tamen etiam apud maritum moriturus Stichus fuerit, actione dotis maritus non teneatur.

Paul, au livre 6 sur Plautius (D. 23.3.56pr.) :

Si celui qui doit l'esclave Stichus à une femme est délégué pour le donner à titre de dot et qu'avant qu'il ne le remette, l'esclave Stichus décède, puisqu'il n'a pas tenu au débiteur qu'il ne le livre pas et que le mari n'était pas en demeure d'agir (contre le débiteur), l'esclave Stichus meurt aux risques de la femme. Mais même si le mari était en demeure d'exiger Stichus, car si l'esclave serait également mort auprès du mari, celui-ci n'aurait pas été tenu de l'action dotale.

Texte 11.7 (ancien 76) Latinus Largus et l'hypothèque D. 44.2.30.1

Paul., 14 quaest. (D. 44.2.30.1) :

Latinus Largus : cum de hereditate inter Maevium, ad quem pertinebat, et Titium, qui controversiam moverat, transigeretur, traditio rerum hereditariarum Maevio heredi a Titio facta est, in qua traditione etiam fundum ei suum proprium, quem ante multos annos avo eiusdem Maevii heredis obligaverat quemque alii postea in obligationem deduxerat, ex causa pacti tradidit. His gestis posterior Titii creditor ius suum persecutus est et optinuit. Post hoc iudicium Maevius heres reperit in rebus avitis chirographum eiusdem Titii ante multos annos conscriptum, per quod apparuit eum fundum, qui in causam transactionis venerat, etiam avo suo ab eodem Titio fuisse obligatum. Cum ergo constet prius avo Maevii heredis in obligationem eundem fundum datum, de quo Maevius superatus est, quaero, an ius avi sui, quod tunc, cum de eodem fundo ageretur, ignorabat, nulla exceptione opposita exsequi possit. Respondi : si de proprietate fundi litigatur et secundum actorem pronuntiatum fuisset, diceremus petenti ei, qui in priore iudicio victus est, obstaturam rei iudicatae exceptionem, quoniam de eius quoque iure quaesitum videtur, cum actor petitionem implet. Quod si possessor absolutus amissa possessione eundem ab eodem, qui prius non optinuit, peteret, non obesset ei exceptio : nihil enim in suo iudicio de iure eius statutum videretur. Cum autem pignoratitia actum est adversus priorem creditorem, potest fieri, ut de iure possessoris non sit quaesitum, quia non, ut in proprietatis quaestione quod meum est alterius non est, ita in obligatione utique consequens est, ut non sit alii obligatum, quod hic probabit sibi teneri. Et probabilius dicitur non obstare exceptionem, quoniam de iure possessoris quaesitum non est, sed de sola obligatione. In proposita autem quaestione magis me illud movet, numquid pignoris ius extinctum sit dominio adquisito: neque enim potest pignus perseverare domino constituto creditore. Actio tamen pignoratitia competit : verum est enim et pigneri datum et satisfactum non esse, quare puto non obstare rei iudicatae exceptionem.

Paul, au livre 14 des questions (D. 44.2.30.1) :

Latinus Largus écrit : Dans une controverse à propos d'un héritage, Maevius, à qui l'héritage revient et Titius, qui le détient, concluent une transaction, aux termes de laquelle Titius remet par tradition les biens de la succession à Maevius, de même qu'un fonds qui lui appartient en propre, et sur lequel il avait concédé une hypothèque au grand-père de Maevius de nombreuses années plus tôt, et ensuite à quelqu'un d'autre. Ce deuxième créancier hypothécaire fait alors valoir son droit et l'emporte. Après ce jugement, Maevius découvre un écrit dans les affaires de son défunt grand-père, d'après lequel ce dernier avait, lui aussi, un droit d'hypothèque sur le fonds ayant fait l'objet de la transaction. Puisqu'il est établi que Maevius a perdu le fonds en justice alors pourtant que son droit était antérieur à celui de demandeur, je demande si Maevius peut exercer le droit de son grand-père puisque lors du procès précédent, il ignorait qu'il aurait

pu opposer une exception (découlant de l'antériorité de son droit d'hypothèque). J'ai répondu : Si le premier litige avait porté sur le droit de propriété et que le fonds avait été accordé au second acteur, on aurait dit que le demandeur, qui avait perdu lors de la première instance, se verra opposer l'exception de la chose jugée puisque l'on devra admettre que le juge aura également examiné son droit de propriété. Mais si (lors du premier procès) le possesseur a été absout, qu'il perd cependant la possession au profit du demandeur débouté, il pourrait revendiquer le fonds sans se voir opposer l'exception (*rei iudicatae*) car rien n'a encore été décidé à propos de son droit dans le procès qui lui était favorable. Et si l'action *pignerarticia* a été intentée contre le premier créancier, il se peut que le droit du premier possesseur n'ait pas été examiné, car comme en matière de propriété, ce qui est à moi n'est pas à autrui, mais on ne peut pas dire la même chose en ce qui concerne les sûretés : Si un fonds est déclaré être grevé d'une hypothèque au profit de quelqu'un, cela n'exclut pas qu'il le soit également au profit de quelqu'un d'autre. On peut dès lors retenir que l'exception (*rei iudicatae*) ne pourra être opposée (à Maevius) car il n'a pas encore été question de possession mais uniquement d'hypothèque (lors du premier procès). Dans cette question, ce qui me fait douter le plus, c'est de savoir si le droit d'hypothèque n'a pas été éteint par l'acquisition de la propriété. L'hypothèque ne peut en effet pas subsister lorsque le créancier hypothécaire est devenu propriétaire. Malgré cela, l'action *pignerarticia* lui sera accordée, car il est vrai qu'une hypothèque lui a été accordée et qu'il n'a pas été satisfait, et c'est pourquoi je pense que l'exception *rei iudicatae* ne doit pas être accordée (contre l'action servienne de Maevius).

Texte 11.8 (ancien 89) Les cautionnements Gai. 3.120

Gai. 3.120 :

Praeterea sponsoris et fidepromissoris heres non tenetur, nisi si de peregrino fidepromissore quaeramus et alio iure civitas eius utatur; fideiussores autem etiam heres tenetur.

Gaius, institutes 3.120 :

L'héritier du répondant et du fidépromettant n'est pas tenu, à moins que notre fidépromettant ne soit un pérégrin dont le droit national soit différent. Au contraire, l'héritier du fidéjusseur est tenu.

Texte 11.9 (ancien 95) Canius Cic. Off. 3.14.58-60

Cic, de off. 3.14.58-60 :

58. (...) C. Canius, eques Romanus, nec infacetus et satis litteratus, cum se Syracusas otandi, ut ipse dicere solebat, non negotiandi causa contulisset, dictitabat se hortulos aliquos emere velle, quo invitare amicos et ubi se oblectare sine interpellatoribus posset. Quod cum percrebuisset, Pythius ei quidam, qui argentariam faceret Syracusis, venales quidem se hortos non habere, sed licere uti Canio, si vellet, ut suis, et simul ad cenam hominem in hortos invitavit in posterum diem. Cum ille promississet, tum Pythius, qui esset ut argentarius apud omnes ordines gratiosus, piscatores ad se convocavit et ab iis petivit, ut ante suos hortulos postridie piscarentur, dixitque quid eos facere vellet. Ad cenam tempore venit Canius; opipare a Pythio adparatum convivium, cumbarum ante oculos multitudo, pro se quisque, quod ceperat, adferebat; ante pedes Pythii pisces abiciebantur.

59. Tum Canius « quaeso », inquit, « quid est hoc, Pythi ? tantumne piscium ? tantumne cumbarum ? » Et ille : « Quid mirum ? » inquit, « hoc loco est Syracusis quidquid est piscium, hic aquatio, hac villa isti carere non possunt ». Incensus Canius cupiditate contendit a Pythio, ut venderet. Gravate ille primo. Quid multa ? impetrat. Emit homo cupidus et locuples tanti, quanti Pythius voluit, et emit instructos. Nomina facit, negotium conficit. Invitat Canius postridie familiares suos, venit ipse mature, scalnum nullum videt. Quaerit ex proximo vicino, num feriae quaedam piscatorum essent, quod eos nullos videret. « Nullae, quod sciam », ille, « sed hic piscari nulli solent. Itaque heri mirabar quid accidisset ».

60. Stomachari Canius, sed quid faceret ? Nondum enim C. Aquilius, collega et familiaris meus, protulerat de dolo malo formulas; in quibus ipsis, cum ex eo quaereretur, quid esset dolus malus, respondebat, cum esset aliud

simulatum, aliud actum. Hoc quidem sane luculente, ut ab homine perito definiendi. Ergo et Pythius et omnes aliud agentes, aliud simulates perfidi, improbi, malitiosi. Nullum igitur eorum factum potest utile esse, cum sit tot vitiis inquinatum.

Cicéron, de off. 3.14.58-60 :

58. C. Canius, chevalier romain assez fin et cultivé, comme il se rendait à Syracuse pour se détendre, comme il disait, et non pour affaires, répétait à qui voulait l'entendre qu'il voulait acheter quelques petits jardins pour y inviter ses amis et s'y distraire à l'abri des fâcheux. Le bruit s'en étant répandu, un certain Pythius, banquier à Syracuse, dit à Canius qu'il n'avait pas de jardin à vendre, mais qu'il pourrait cependant utiliser les siens comme s'ils étaient à lui, et l'invita dans ses jardins pour dîner le jour suivant. Canius ayant promis de venir, Pythius, qui comme banquier était bien vu de tous les milieux, convoqua des pêcheurs et leur demanda de pêcher le lendemain en face de ses jardins, leur disant ce qu'ils devaient faire. Au moment du repas, Canius arrive et voit un repas somptueusement préparé par Pythius, ainsi qu'une multitude de barques ; tout ce que prenait chaque pêcheur était apporté et des poissons s'amoncelaient aux pieds de Pythius. 59. Alors Canius demande : « Qu'est-ce donc, Pythius ? tant de poisson, tant de barques ? » L'autre de répondre : « Quoi d'étonnant ? tout le poisson de Syracuse est ici, toute l'eau est ici, ces gens ne peuvent se passer de ce domaine ». Brûlant de convoitise, Canius harcèle Pythius pour qu'il le lui vende. L'autre est réticent. Le prix monte ; il obtient l'affaire. Riche et plein de convoitise, il l'achète au prix fixé par Pythius, et entièrement aménagé et équipé. Les actes sont passés, l'affaire est conclue. Le lendemain, Canius invite ses amis, vient lui-même plus tôt, ne voit pas une rame. Il demande au plus proche voisin si les pêcheurs sont en fête, du moment qu'il n'en voit aucun. « Pas que je sache », dit l'autre, « mais d'ordinaire personne ne pêche ici ; c'est pourquoi j'étais étonné de ce qui s'est passé hier ». 60. Canius est stupéfait, mais que faire ? Q. Aquilius, mon collègue et ami, n'avait pas encore édicté ses formules de dol ; sur ces mêmes formules, lorsqu'on lui demandait ce qu'était le dol, il répondait que c'était le fait de simuler une chose et d'en faire une autre.

Texte 11.10 (ancien 104) L'actio de incendio D. 47.3.9pr.

Ulp., 56 ad ed. (D. 47.9.3pr.) :

Praetor ait: " In eum, qui ex incendio ruina naufragio rate nave expugnata quid rapuisse recepisse dolo malo damnive quid in his rebus dedisse dicitur: in quadruplum in anno, quo primum de ea re experiundi potestas fuerit, post annum in simplum iudicium dabo. Item in servum et in familiam iudicium dabo".

Ulpien, au livre 56 sur l'édit (D. 47.9.3pr.) :

Le préteur dit : « Si l'on expose que quelqu'un dans un incendie, une ruine un naufrage, une barque, un navire en détresse, a enlevé quelque chose par violence ou a reçu par dol, ou a causé quelque dommage, je donnerai action au quadruple dans l'année dès l'instant que l'on pourra poursuivre, et après l'année au simple. De même je donnerai l'action contre l'esclave et la famille ».

Texte 11.11 (ancien 109) La sévérité des legis actiones Gai. 4.11

Gai. 4.11 :

Actiones, quas in usu veteres habuerunt, legis actiones appellabantur vel ideo quod legibus proditae erant, quippe tunc edicta praetoris, quibus complures actiones introductae sunt, nondum in usu habebantur, vel ideo quia ipsarum legum verbis accommodatae erant et ideo immutabiles proinde atque leges observabantur. Unde eum qui de vitibus succisis ita egisset, ut in actione vites nominaret, responsum est, rem perdidisse, quia debuisset arbores nominare, eo quod lex XII tabularum, ex qua de vitibus succisis actio competeret, generaliter de arboribus succisis loqueretur.

Gaius, institutes 4.11 :

Les actions en usage autrefois s'appelaient actions de la loi, soit parce qu'elles avaient été créées par les lois (car, en ce temps-là, les édits du préteur, par lesquels la plupart des actions ont été

introduites n'étaient pas encore en usage), soit parce qu'elles avaient été formulées par les termes mêmes des lois et étaient de ce fait respectées scrupuleusement comme des lois. Supposons donc un procès portant sur une coupe de vignes. Le demandeur parle de *vignes*. Il perd son procès, car comme demandeur il aurait dû parler d'*arbres*, parce que la loi des XII tables sur laquelle repose l'action relative aux coupes des vignes, parle d'une façon générale d'arbres coupés.

Petit lexique de droit romain

ACTIO AD EXHIBENDUM

Action personnelle, sanctionnant l'obligation pour tout possesseur ou détenteur d'une chose mobilière de l'exhiber, de la présenter à celui qui se propose d'intenter à son sujet une autre action, telle que l'action en revendication (*rei vindicatio**).

ACTIO DE DOLO

Action relative au dol. a) Action pénale introduite dans l'édit du préteur par Aquilius Gallus. Elle bénéficie à la personne qui a conclu un acte juridique sous l'empire d'un *dolus malus*, c'est-à-dire une ruse, une manœuvre, un acte frauduleux employé pour circonvenir, tromper ou leurrer cette personne. Elle est dirigée contre l'auteur du dol, et tend à le faire condamner à une amende d'un montant équivalent au dommage subi.

b) L'*actio de dolo* est également accordée en cas de dol commis postérieurement à la conclusion de l'acte et se manifestant par un comportement contraire à la bonne foi.

L'*actio de dolo* est infamante (voy. *Infamia**), munie de la *formula arbitraria** et subsidiaire.

ACTIO PUBLICIANA

Action Publicienne. Action créée par le préteur Publicius en vue de permettre à un possesseur de revendiquer la chose possédée comme s'il en était devenu propriétaire quiritaire. La formule de l'action Publicienne contient la fiction que le délai requis pour l'*usucapio** est déjà écoulé.

L'action est accordée aux possesseurs qui peuvent bénéficier de l'usucapion, mais dont la durée de la possession est encore inférieure au délai d'usucapion ; il s'agit donc :

a) du propriétaire prétorien, qui a acquis une *res Mancipi** par *traditio** ;

b) de celui qui a acquis de bonne foi une chose qui n'appartenait pas à l'aliénateur ; dans ce dernier cas, l'action Publicienne échoue lorsqu'elle est dirigée contre le véritable propriétaire quiritaire.

ACTIONES IN PERSONAM

Actions personnelles, c'est-à-dire relatives à une personne. Actions par lesquelles le demandeur réclame du défendeur l'exécution d'une prestation. Le fondement de ces actions est une obligation préexistante du défendeur vis-à-vis du demandeur.

ACTIONES IN REM

Actions réelles, c'est-à-dire relatives à une chose. Actions par lesquelles le demandeur affirme qu'il a un droit sur une chose possédée par le défendeur. Le fondement de l'action étant un droit sur la chose elle-même, l'action peut être dirigée contre quiconque empêche le demandeur d'exercer son droit. En outre, les actions réelles n'impliquant pas de responsabilité du défendeur, celui-ci peut à son gré s'opposer à la prétention du demandeur ou abandonner la chose pendant la phase *in iure* du procès.

Exemple : la *rei vindicatio**.

ACTIONES UTILES

Actions utiles (ou *ad exemplum* : à l'imitation de). Actions délivrées par le préteur sur le modèle d'une action existante, mais dont il adapte la formule aux circonstances particulières de l'espèce, en raison de l'analogie qui relie celle-ci à l'hypothèse normale prévue par la formule.

L'adaptation peut notamment consister :

- en une fiction (*formula ficticia* ; exemple : *actio Publiciana**),

- en une modification des conditions matérielles prévues initialement (exemple : en matière de *damnum iniuria datum**, *actio legis Aquiliae utilis* délivrée en cas de dommage causé fautivement sans contact direct de l'auteur avec la chose endommagée) ou
- en une transposition de la personne du demandeur ou du défendeur dans la formule (exemple : une dette ayant été contractée par l'intermédiaire d'un *alieni iuris**, celui-ci est nommé dans l'*intentio*, mais la *condemnatio* désigne comme défendeur à condamner le *sui iuris** dont l'*alieni iuris* dépend).

ALIENI IURIS PERSONA

Personne qui est soumise au droit d'autrui, qui est sous sa puissance (*potestas*). Tels sont les fils et les filles de famille, soumis à la puissance paternelle (*patria potestas*) et les esclaves, assujettis au pouvoir de leur maître (*dominica potestas*).

Antonyme : *sui iuris persona**.

CASUS FORTUITUS

I. - Cas fortuit (dénommé également *vis maior*, force majeure). Évènement dommageable dû à une cause naturelle (exemple : mort d'un esclave due à la maladie ou la vieillesse) ou à l'intervention de tiers (exemples : vol par un voleur isolé ; pillage par l'ennemi ou par des voleurs en bande).

Le risque de perte (*periculum*) d'une chose ou d'une prestation résultant d'un cas fortuit doit en principe être supporté par le propriétaire de cette chose ou le créancier de cette prestation. Dans ce dernier cas, le débiteur de la prestation devenue impossible à exécuter est libéré de son obligation, à condition que la perte ne soit due à aucune faute de sa part, ce qui implique en principe que l'évènement dommageable ait été imprévisible et inévitable.

II. - Les sources romaines établissent cependant parfois une distinction entre :

- a) *Casus fortuitus* : évènement extérieur au débiteur mais rentrant dans sa sphère de contrôle et donc, dans une certaine mesure, prévisible et évitable (exemple : vol par un voleur isolé).
- b) *Vis maior* : évènement échappant au contrôle du débiteur et qui, même s'il avait été prévu, n'aurait pas pu être évité (exemples : tremblement de terre, naufrage, inondation, incendie dû à la foudre, etc.).

CAUTIO

Promesse faite dans la forme d'une *stipulatio**, par laquelle quelqu'un s'engage à une prestation (en particulier à un dédommagement) pour le cas où le stipulant subirait un dommage dans des circonstances déterminées.

La *cautio* peut être contractée par le promettant sans garantie complémentaire (*cautio nuda*) : elle confère alors au stipulant l'avantage de pouvoir intenter l'action issue de la stipulation (*actio ex stipulatu*) en cas d'inexécution.

La *cautio* peut aussi s'accompagner de sûretés (un gage, une caution); on appelle *satisdatio* une *cautio* à laquelle s'ajoute l'engagement d'autres personnes à titre de cautions.

CODEX GREGORIANUS

Recueil de constitutions impériales dû à un certain Gregorius (ou Gregorianus), par ailleurs inconnu, et contenant surtout des rescrits de l'époque d'Hadrien jusqu'à celle de Dioclétien. Il a été rédigé vers les années 292 et 293 de notre ère.

CODEX HERMOGENIANUS

Recueil de constitutions impériales de Dioclétien, rédigé vers 295 de notre ère, probablement par le jurisconsulte Hermogenianus. Il constitue un complément du Codex Gregorianus (*). Des constitutions ultérieures y furent ajoutées.

CODEX THEODOSIANUS

Compilation de constitutions impériales, de portée générale, émanant des empereurs romains à partir de Constantin jusqu'à Théodose II et encore d'application sous le règne de ce dernier. Ce recueil officiel est entré en vigueur en 439 de notre ère dans l'empire d'Orient. Valentinien III le mettra en vigueur dans l'empire d'Occident. Le Code Théodosien, divisé en 16 livres et subdivisé en titres à l'intérieur desquels les constitutions se suivent par ordre chronologique, contient majoritairement du droit public.

COGNITIO EXTRA ORDINEM

Procédure extraordinaire. Forme la plus tardive de la procédure romaine. Elle a commencé par concourir avec la procédure formulaire (vis-à-vis de laquelle elle était « extra-ordinaire ») pour être finalement la seule en vigueur à partir du milieu du 4^{ème} siècle de notre ère. Elle se caractérise par le fait que la sentence n'est plus prononcée par une personne privée désignée comme juge, mais par un magistrat ou un fonctionnaire impérial. La généralisation de cette procédure entraîne la disparition de la formule, de la distinction entre les phases *in iure* et *in iudicio* du procès, ainsi que des catégories délimitées d'actions du droit classique. Cette procédure, qui peut alors être aussi bien publique que privée, est entièrement menée par le même magistrat ou fonctionnaire qui en dirige toutes les phases.

COMMODATUM

Commodat ou prêt à usage. Contrat réel, à titre gratuit, de bonne foi, par lequel une personne (le prêteur) remet la détention d'une chose à une autre personne (l'emprunteur), laquelle peut en user et doit la restituer à la date fixée. Le commodat est un contrat unilatéral imparfait car le prêteur peut être éventuellement obligé de rembourser les dépenses faites pour la conservation de la chose prêtée ; il peut aussi être tenu pour le dommage subi par l'emprunteur lorsqu'il lui a sciemment remis une chose atteinte d'un vice.

COMMUNIO

Propriété commune de plusieurs personnes sur un bien ou un ensemble de biens. Chaque copropriétaire est titulaire d'un droit portant sur l'intégralité du ou des biens, mais réduit à une quote-part abstraite (exprimable par une fraction) du droit de propriété global. De cette quote-part abstraite de « copropriété indivise », chaque indivisaire peut disposer librement sans l'accord des autres indivisaires (il peut, par exemple, la vendre). Au contraire, pour pouvoir disposer et gérer le ou les biens en indivision eux-mêmes, il est nécessaire que tous les copropriétaires consentent à l'acte de disposition ou de gestion qui va affecter leur droit. En principe, chaque indivisaire peut à tout moment exiger qu'il soit mis fin à la *communio* par un partage. Cette faculté est toutefois exclue dans certains cas : ainsi lorsque la chose en indivision est un mur mitoyen (*paries communis*).

COMPENSATIO

Compensation. Situation dans laquelle la créance d'une personne vis-à-vis d'une autre est contrebalancée par la créance en sens inverse dont celle-ci est titulaire vis-à-vis de la première, de telle sorte que seul le titulaire de la créance la plus élevée peut encore faire valoir son droit au solde.

CONDICIO

a) Situation matérielle ou juridique d'une personne ou d'une chose.

b) Evènement futur et incertain quant à sa réalisation (*incertus an*), à l'arrivée duquel est subordonné la naissance (condition suspensive) ou l'anéantissement (condition résolutoire) d'un acte juridique.

CONDICTION

Action personnelle, civile et de droit strict, qui se caractérise par le fait que sa formule est abstraite, c'est-à-dire ne mentionne pas la cause de l'obligation dans l'*intentio*. Elle pouvait dès lors être intentée dans tous les cas où le créancier réclamait une somme d'argent déterminée (*certa pecunia*) ou une autre chose déterminée (*certa res*), que sa demande soit fondée sur un *mutuum**, une *stipulatio**, un *furtum** ou un enrichissement sans cause. Dès la période classique, la *condictio* a été étendue à certains cas où la demande porte sur une chose indéterminée ou sur un fait (*incertum*), telle la *condictio liberationis* par laquelle un débiteur qui s'est engagé par une stipulation sans cause, demande à être libéré de sa dette.

CONSTITUTIO ANTONINIANA

Constitution de l'empereur Antonin Caracalla de l'an 212 de notre ère, étendant le droit de cité à presque tous les sujets libres de l'empire romain. Cette constitution poursuivait principalement des objectifs fiscaux (accroître les recettes de certains droits dont étaient redevables les seuls citoyens romains).

CONSTITUTIO PRINCIPIS

Constitution de l'empereur. Au fil du Principat et du Bas-empire, les empereurs se sont peu à peu arrogés le droit de prendre des décisions variées, que l'on classe habituellement en quatre catégories :

1.- *Edicta* (édits), instructions obligatoires de portée générale, symétriques à ceux des magistrats.

2.- *Decreta* (décrets), jugements rendus en premier ressort ou en appel dans des litiges civils ou pénaux.

3.- *Rescripta* (rescrits), réponses faites par l'empereur sur des points de droit à la suite de demandes formulées par des magistrats ou des particuliers : à ceux-ci, la réponse était généralement transcrite au bas de la demande (*subscriptio*) afin que la réponse ne puisse être isolée de la question. Aux magistrats, vis-à-vis desquels la même précaution n'était pas jugée nécessaire, l'empereur répondait par de simples lettres (*epistulae*).

Ces décisions et avis sur des litiges particuliers (dans les cas des décrets et rescrits) pouvaient prendre valeur de précédents et constituer de nouvelles règles de droit.

4.- *Mandata* (mandats), instructions individuelles adressées à des fonctionnaires particuliers, qui ont parfois également introduit du droit nouveau.

CONSUL

Consul. Magistrat romain apparu au début de la république romaine et aboli en 541 par l'empereur Justinien. Les consuls étaient élus par deux pour une durée d'un an, dans un mandat non renouvelable. Ce sont eux qui détiennent l'essentiel du pouvoir à Rome, jusqu'à ce que Jules César, puis Auguste ne s'accaparent le pouvoir.

CORPUS IURIS CIVILIS

Nom donné, à partir du 16^{ème} siècle, à l'ensemble de l'œuvre législative de l'empereur Justinien (482-565) et qui comprend :

1. - CODEX IUSTINIANUS (Code de Justinien).

Une commission instituée par Justinien et comprenant notamment Tribonien a rassemblé en un recueil l'essentiel des constitutions qui ont été édictées par les empereurs depuis Hadrien, et qui restaient toujours en vigueur à l'époque. Ce recueil, qui contient surtout du droit postclassique, est promulgué en 529. Après la promulgation du Digeste et des Institutes, une mise en concordance du Code s'avère nécessaire, d'autant que de nouvelles constitutions ont été édictées depuis 529. Le nouveau *Codex Iustinianus repetitae prelectionis* (d'un choix renouvelé) est promulgué en 534.

2. - DIGESTA IUSTINIANI (Digeste de Justinien).

Une commission, présidée par Tribonien, est chargée en 530 de trier, dans l'ensemble des écrits des jurisconsultes, tout ce qui reste utilisable. Le travail est terminé dans le temps étonnamment court de trois ans et les PANDECTES (du grec « Πανδέκται Βιβλίοι » pandektaï bibliōi : livres qui englobent tout) ou DIGESTE (du latin : *digesta* : ouvrage d'ensemble où les matières sont examinées dans un ordre systématique) sont promulgués en 533. Tandis que les écrits des jurisconsultes non repris au Digeste perdent désormais toute valeur juridique, le texte de la compilation a force de loi. Voy. aussi : *Digesta Iustiniani**

3. - INSTITUTIONES IUSTINIANI (Institutes de Justinien).

La transformation du droit impérial (Code) et du droit des jurisconsultes (Digeste) impliquait une adaptation de l'enseignement du droit. Aussi Justinien charge-t-il Tribonien de rédiger un nouveau manuel d'introduction à l'étude du droit, destiné à remplacer les Institutes de Gaius (datant du milieu du 2^{ème} siècle). L'ouvrage, rédigé en collaboration avec Théophile et Dorothee, présente la particularité d'être à la fois un cours élémentaire de droit et un texte de loi, que les plaideurs peuvent invoquer en justice, car il a été promulgué et est entré en vigueur en 533.

4. - NOVELLAE IUSTINIANI (Novelles de Justinien).

Après la promulgation des grandes compilations du Code et du Digeste, Justinien édicte encore une série de constitutions entre les années 535 et 565. Les *novellae leges* (nouvelles lois) n'ont pas été rassemblées dans un recueil officiel et nous sont parvenues grâce à des compilations privées.

DAMNUM INIURIA DATUM

Domage causé de manière illicite. La *Lex Aquilia* (date incertaine) prévoyait deux catégories de délits, en raison desquels un propriétaire pouvait intenter l'*actio legis Aquiliae* :

- a) le fait de tuer un esclave ou un quadrupède vivant en troupeau ;
- b) le fait de blesser un esclave ou un même quadrupède, de tuer ou blesser un autre animal ou de détériorer toute autre chose.

Pour être responsable, l'auteur du dommage devait l'avoir causé de manière illicite (*iniuria*), par un acte positif (et non une abstention) qui l'avait mis en contact direct avec la chose endommagée. À l'époque classique, la portée d'application et les conditions de cette responsabilité aquilienne ont été considérablement étendues.

DELEGATIO

Délégation. Acte juridique par lequel une personne (le délégant) en invite une seconde (le délégué) à accomplir vis-à-vis d'une troisième personne (le délégataire) une prestation

quelconque qui consiste généralement dans une promesse (*delegatio obligandi*) ou un transfert immédiat de la propriété (*delegation solvendi*).

DEPOSITUM

Dépôt. Contrat réel, de bonne foi, à titre gratuit et unilatéral imparfait, par lequel une personne (déposant) remet à une autre (dépositaire) la détention d'une chose mobilière, à charge pour celle-ci de la conserver et de la restituer à la demande du déposant et au plus tard au terme fixé par la convention. Le dépôt fait naître éventuellement à la charge du déposant l'obligation d'indemniser le dépositaire des dépenses qu'il aurait faites pour la conservation de la chose déposée et des dommages que cette chose lui aurait causés.

DIES

Jour, c'est-à-dire jour à venir, fixé pour l'efficacité (terme suspensif) ou pour l'extinction (terme extinctif) d'un droit. Le terme est certain en ce sens que l'on est sûr de son arrivée (*dies certus an*) ; il peut être certain ou incertain quant à la date précise de son arrivée (à la mort de Tertius) (*dies certus vel incertus quando*). Par contre, si l'arrivée de l'événement est incertaine (*dies incertus an*), on se trouve en présence non plus d'un terme, mais d'une *condicio**, b.

DIGESTA IUSTINIANI

Digeste de Justinien. Compilation d'écrits de jurisconsultes, réalisée sur l'ordre de l'empereur et promulguée en 529 : voy. Corpus iuris civilis*. Les fragments dont se compose le Digeste datent essentiellement de l'époque classique du droit romain [41 % du Digeste est constitué d'extraits d'ouvrages d'Ulpien, 16 % d'extraits de Paul ; viennent ensuite, par ordre d'importance, des passages de Papinien (5 %), Scaevola, Pomponius, Julien et Gaius (3,95 %)]. Ces fragments contiennent fréquemment eux-mêmes des citations d'auteurs plus anciens. Le Digeste nous renseigne ainsi sur le contenu et l'évolution du droit romain pendant près d'un demi-millénaire correspondant à l'époque de son essor et de son plein développement. Une seconde raison de l'importance du Digeste est qu'il nous renseigne aussi sur l'état du droit romain à l'époque de Justinien. Celui-ci avait ordonné à la commission des Compilateurs de modifier le texte des jurisconsultes lorsqu'il ne concordait plus avec l'état du droit au 6^{ème} siècle ou lorsqu'il était en contradiction avec d'autres sources. Ces modifications au texte initial ont effectivement eu lieu, dans de nombreux cas, mais sans être extérieurement indiquées : la version nouvelle est ainsi faussement attribuée au jurisconsulte, auteur de l'écrit originaire (= interpolations). Ceci pose à l'interprète moderne de difficiles problèmes de redécouverte du droit romain classique. Deux faits facilitent toutefois la solution de ces problèmes :

- 1) la rapidité avec laquelle les Compilateurs ont travaillé, et qui leur a fait assez souvent perdre de vue l'anachronisme ou la contradiction que contenait le texte classique ;
- 2) le très grand respect des Compilateurs pour la jurisprudence classique, qui les incite à maintenir des passages dont la teneur aurait logiquement dû être modifiée (par exemple : les mentions du prêteur et de la procédure formulaire).

Le Digeste est enfin la source du droit romain la plus importante pour une troisième raison : la jurisprudence classique qu'il restitue est celle qui, à la suite de la réception du droit romain (voy. Module 3), a le plus fortement influencé les structures et la pensée juridiques de l'Europe continentale.

DOLUS (MALUS)

- Dol. a) Toute ruse, manœuvre, acte frauduleux employé pour circonvenir, tromper ou leurrer autrui et, en particulier, pour l'amener à conclure un contrat ;
- b) Tout comportement contraire à la bonne foi ;

c) Inexécution volontaire d'une obligation ; le dol s'oppose ici à la faute (*culpa*), inexécution involontaire.

EDICTUM

Edit. Ce terme désigne initialement toute communication d'un magistrat adressée au public, d'abord oralement (*ex-dicere*), puis par voie d'affichage. Dans la suite, on distingue entre :

a) l'*edictum perpetuum* (édit permanent) : proclamation affichée par les magistrats (notamment consuls, préteurs urbains et pérégrins, édiles curules, gouverneurs de province) lors de leur entrée en charge, par laquelle ils font connaître la manière dont ils entendent régler les questions de leur compétence pendant toute la durée de leurs fonctions (un an). Du point de vue du droit privé, l'édit permanent le plus important est celui du préteur : voy. *Edictum* perpetuum (praetoris)*.

b) l'*edictum repentinum* (édit imprévu), édit rendu exceptionnellement par un magistrat au cours de ses fonctions pour régler une question qui n'avait pas été prévue par l'édit d'entrée en charge.

EDICTUM PERPETUUM (PRAETORIS)

Edit permanent du préteur dans lequel il expose, lors de son entrée en charge, le programme de son administration judiciaire (voy. *Edictum**). Il y donne d'une part la liste des formules qui pourront lui être demandées ; d'autre part, il indique dans quelles circonstances et sous quelles conditions il les accordera ou les refusera. L'édit constitue ainsi une espèce de code à la fois de procédure et de droit civils. Depuis une *Lex Cornelia de iurisdictione* de l'an 67 avant notre ère, les préteurs sont tenus de respecter les engagements pris par eux dans leurs édits. Si chaque préteur rend un nouvel édit lors de son entrée en charge, il y reprend habituellement la plus grande partie de l'édit de son prédécesseur, se contentant d'innover sur des points isolés. Cette technique a permis au droit prétorien de combler peu à peu les lacunes du droit civil et d'adapter celui-ci aux besoins de la pratique. La teneur de l'édit permanent s'est ainsi progressivement étendue jusqu'à ce que l'empereur Hadrien confie au jurisconsulte Julien, aux environs de l'an 130 de notre ère, le soin de donner à l'édit du préteur urbain une forme définitive. Suite à cette codification, l'empereur se réserve le droit d'apporter de nouvelles modifications à l'édit (que certains auteurs intitulent désormais « édit perpétuel »).

EMPTIO VENDITIO

Vente. Contrat consensuel, de bonne foi, synallagmatique parfait, par lequel l'une des parties, le vendeur, s'oblige à fournir à l'autre la libre possession et la jouissance paisible d'une chose, et l'autre, l'acheteur, s'oblige à lui transférer la propriété du prix, lequel doit être fixé en argent.

EXCEPTIO DOLI (MALI)

Exception de dol. Lorsqu'un acte juridique a été conclu entre le demandeur et le défendeur, dont le premier réclame en justice l'exécution, l'exception de dol peut lui être opposée :

a) si l'acte juridique a été conclu sous l'empire d'un *dolus malus*, c'est-à-dire une ruse, une manœuvre, un acte frauduleux employé pour circonvenir, tromper ou leurrer le défendeur ;

b) si, postérieurement à la conclusion de l'acte, et spécialement par le fait même d'intenter l'action, le demandeur a un comportement contraire à la bonne foi.

EXCEPTIO PACTI (CONVENTI)

Exception du pacte conclu. Exception basée sur l'existence d'un pacte, c'est-à-dire d'une convention additionnelle modifiant les relations juridiques préexistantes entre les deux parties. Exemple : le *pactum de non petendo* (au sujet de ce qui ne sera pas réclamé), lequel réalise une remise de dette.

EXCEPTIO REI VENDITAE ET TRADITAE

Exception de la chose vendue et livrée. Exception accordée à l'acheteur qui, à la suite d'une vente valable et d'une *traditio**, a été mis en possession de la chose vendue, mais n'est pas devenu propriétaire quiritaire. Cette exception lui permet de s'opposer à la revendication du vendeur ou d'un ayant-cause du vendeur.

FORMULA ARBITRARIA

Formule arbitrale. Formule insérée dans certaines actions et en vertu de laquelle le juge peut inviter le défendeur, pendant la phase *in iudicio* du procès, à exécuter en nature la prestation qui lui est réclamée (par exemple : restituer, exhiber). Si le défendeur suit cette invitation, il évite toute condamnation. Sinon, il s'expose à une condamnation en argent, plus désavantageuse pour lui que l'exécution en nature.

FORMULA IN IUS (IN FACTUM) CONCEPTA

Formule rédigée en droit (en fait). Lorsque le demandeur fondait sa demande sur le droit civil (*ius civile* voy. *ius honorarium*), le préteur pouvait lui délivrer une formule qui, dans sa partie initiale (*intentio*), était rédigée en droit, c'est-à-dire exposait le droit auquel prétendait le demandeur. Lorsqu'en revanche la demande se fondait sur le *ius honorarium**, la formule était – dans la majorité des cas – rédigée en fait : l'*intentio* contenait l'exposé des faits dont le juge devait vérifier l'existence. Dans le premier cas, la condamnation du défendeur était liée à l'établissement de l'existence du droit particulier prévu par l'*intentio*. Quand la formule était *in factum concepta*, la condamnation découlait au contraire de la preuve des circonstances de fait prévues. Par le biais des *actiones in factum conceptae*, le préteur a considérablement développé les moyens de protection des justiciables.

FURTUM

Vol. Délit commis par celui qui « s'approprie » intentionnellement, à son profit et, en principe, clandestinement, soit une chose mobilière faisant partie du domaine juridique de quelqu'un, soit une personne se trouvant sous sa puissance, sans son accord ou à son insu. L'« appropriation » comprend le fait de s'emparer d'une chose pour l'acquérir illicitement :

- soit qu'on se saisisse de l'objet du vol,
- soit qu'on en conserve la détention,
- soit qu'on profite de l'erreur d'autrui en acceptant sciemment un paiement indu.

Le mot inclut encore :

- le fait de « s'approprier » le simple usage d'une chose sans prétendre s'approprier la chose elle-même (*furtum usus* : vol d'usage) et même
- le fait, pour un propriétaire, de priver de la possession d'une chose qui appartient à ce propriétaire quelqu'un qui la possède *ad usucapionem* (voy. *Possessio**) ou à titre de gage (*furtum possessionis* : vol de la possession).

IMPENSAE

Impenses. Frais faits pour une chose appartenant à autrui. On distingue :

- a) les impenses nécessaires (*impensae necessariae*) qui sont faites pour éviter une destruction ou une détérioration de la chose ;
- b) les impenses utiles (*impensae utiles*) qui ont pour effet d'augmenter la valeur ou l'utilité de la chose ;
- c) les impenses voluptuaires (*impensae voluptariae*) qui ne sont ni nécessaires ni utiles et ont pour seul effet d'embellir ou d'agrémenter la chose.

IMPERIUM

Ordre donné, injonction. L'*imperium* est également le droit de donner des ordres. Il peut porter sur un petit groupe de personnes, comme le pouvoir du *paterfamilias* sur sa famille (*imperium doemsticum*) pour sur l'ensemble du peuple romain (*imperium populi Romani*).

Dans un sens plus technique, l'*imperium* désigne le pouvoir des magistrats supérieurs sous la république et de l'empereur sous le principat. L'*imperium* des magistrats couvre différents pouvoirs, comme celui de l'initiative législative par voie de proposition faite aux assemblées populaires ou comme celui de commandement militaire.

INFAMIA

Infamie. Déchéance sociale et juridique frappant certaines personnes qui se sont rendues coupables de certains comportements jugés déshonorants. Les causes et les conséquences de l'infamie ont varié selon les époques.

C'est ainsi qu'en vertu de la Loi des XII Tables, lorsque le témoin qui avait assisté à la conclusion d'un acte *per aes et libram* (voy. *Mancipatio**) refusait dans la suite son témoignage au sujet de cet acte, il encourait une interdiction d'être désormais témoin et de recourir au témoignage d'autrui, ce qui l'excluait de la plupart des actes importants de la vie juridique.

A l'époque classique, sont notamment frappés d'infamie, les individus condamnés pour les délits de *furtum**, *iniuria**, *dolus (malus)* (voy. *actio de dolo**). Les conséquences de cette infamie étaient alors notamment l'exclusion des magistratures municipales et urbaines, l'incapacité d'être témoin en justice, d'y représenter quelqu'un ou de s'y faire représenter.

IN INTEGRUM RESTITUTIO

Restitution en entier ou rétablissement de l'état antérieur. Mesure exceptionnelle prise par le préteur pour anéantir les effets juridiques d'un événement et rétablir la situation juridique antérieure à cet événement (celui-ci pouvant être un acte juridique, l'écoulement d'un délai ou l'introduction d'une action). Une personne s'estimant préjudiciée par un effet juridique réalisé valablement selon le droit civil, mais dont les résultats heurteraient l'équité, pouvait adresser une plainte au préteur. Celui-ci, après avoir examiné les faits et avoir en principe entendu l'adversaire du plaignant, décidait ou non d'accorder des moyens de procédure par lesquels les conséquences préjudiciables de l'événement seraient pratiquement anéanties.

Exemple : le propriétaire d'une *res Mancipi** a aliéné cette chose par *mancipatio** sous l'effet de la crainte (*metus*) : le préteur pourra accorder à l'aliénateur une *rei vindicatio** fictive, dans laquelle il est supposé que la *mancipatio* n'a pas eu lieu et que l'aliénateur est donc toujours propriétaire.

IN IURE CESSIO

Abandon devant le magistrat. Mode d'acquisition consistant dans un simulacre de procès limité à la phase *in iure*. L'instance débute comme dans une véritable action en revendication. Le demandeur (acquéreur) et le défendeur (aliénateur) comparaissent devant le préteur ; le demandeur prononce la formule de la *vindicatio* des actions de la loi : « *Hunc ego hominem* (s'il s'agit d'acquérir un esclave) *ex iure Quiritium meum esse aio* » (j'affirme que cet homme m'appartient en vertu du droit des Quirites).

Mais ensuite, au lieu de s'opposer à cette affirmation par une affirmation identique (*contravindicatio*), le défendeur se tait ou reconnaît expressément la légitimité de la prétention du demandeur. Le préteur en prend acte et attribue l'enjeu du litige au demandeur. Le transfert est ainsi réalisé sans que le procès doive se poursuivre par la phase *in iudicio*.

INIURIA

Injure. a) Au sens large : tout acte qui est accompli contrairement au droit.

b) Au sens étroit : atteinte à la personnalité : offense faite à l'honneur ou la considération d'un homme libre en raison de violences matérielles contre sa personne ou celle de quelqu'un qui lui est soumis ou en raison de comportements intentionnellement outrageants.

INTERDICTUM

Interdit. Décision d'autorité prise par le préteur en vertu de son *imperium**, en dehors d'une instance judiciaire, lorsque le règlement d'un litige lui paraît requérir une mesure urgente.

À la demande du plaignant, et à la suite d'une procédure sommaire, le magistrat adresse un ordre à la partie adverse ou aux deux parties, ordre d'exhiber une personne ou une chose (*interdicta exhibitoria*), de restituer une chose ou détruire un ouvrage (*interdicta restitutoria*) ou ordre de ne pas accomplir certains actes (*interdicta prohibitoria*).

Si les personnes à qui s'adresse cet ordre s'inclinent devant lui, le but est atteint et la procédure se termine. C'est ce qui a lieu dans la majorité des cas, car les personnes concernées, constatant la volonté du plaignant de faire respecter son droit et voyant que l'existence de ce droit a paru vraisemblable au préteur, auront tendance à respecter son interdit.

Si toutefois elles le transgressent, parce qu'elles estiment la prétention du plaignant non fondée, ou pour quelque autre motif, elles s'exposent à une instance judiciaire qui se déroulera suivant le schéma de la procédure formulaire et se terminera par une sentence.

IUS HONORARIUM

Ensemble des dispositions prises par les magistrats dans leurs édits en vue d'adapter le *ius civile* (c'est-à-dire, le droit contenu dans les lois, plébiscites, sénatus-consultes, constitutions impériales ainsi que celui résultant de l'autorité des jurisprudents) aux exigences de la vie économique et sociale et du développement du droit. Ces dispositions consistent essentiellement dans des moyens procéduraux nouveaux accordés aux particuliers pour la protection de leurs intérêts.

IUS ITALICUM

Privilège accordé à certaines cités provinciales et en vertu duquel leur sol est assimilé, au point de vue juridique, au sol de l'Italie : leurs fonds de terre deviennent des *res Mancipi** susceptibles de propriété quiritaire et sont exemptés de l'impôt foncier.

IUS PUBLICAE RESPONDENDI

Droit de répondre officiellement. Privilège concédé par les empereurs romains à certains jurisconsultes, de donner aux questions posées sur des points de droit par des particuliers ou par des magistrats des réponses ayant un caractère officiel et obligatoire. Auguste ayant couvert certains jurisconsultes de son autorité (*auctoritas*), son successeur Tibère a régularisé le procédé sous le nom de *ius publice respondendi*.

LEGIS ACTIO PER MANUS INIECTIONEM

Action de la loi par la « main-mise » du créancier sur la personne du débiteur. Cette procédure d'exécution est engagée en principe contre un débiteur qui a été condamné à l'issue d'une autre instance. Le créancier ayant solennellement mis la main (*manum inicere*) sur le débiteur en lui réclamant la somme due, celui-ci doit payer ou désigner un « *vindex* » qui serait disposé à contester le droit du créancier, en courant le risque d'être condamné au double de la condamnation initiale.

À défaut de paiement ou d'intervention d'un *vindex*, le magistrat adjuge le débiteur au créancier et celui-ci peut l'enchaîner et l'emmener chez lui où il le garde pendant soixante jours. Si aucune

solution n'intervient durant ce délai, le créancier a théoriquement le droit de mettre le débiteur à mort ou de le vendre comme esclave. En pratique, il préférerait le maintenir en détention et le faire travailler jusqu'à ce qu'il se soit acquitté de sa dette.

LEGIS ACTIO SACRAMENTO (IN REM) (IN PERSONAM)

Action de la loi par le « serment ». Vraisemblablement la plus ancienne des actions de la loi, elle a une portée générale résiduaire, en ce sens qu'elle peut être intentée dans tous les cas où une autre action n'est pas prévue par la loi. Sa particularité réside dans ce que, les deux parties ayant fait des déclarations solennelles contradictoires, l'une invitait l'autre à prêter un serment sur la véracité de son affirmation. Lorsque l'invitation était suivie, la première partie prêtait à son tour serment. Cette double prestation de serment avait pour effet de rendre « hors-la-loi » (= *sacer*) celle des parties dont la prétention se révélait injustifiée. Elle devait alors, dans les temps anciens, procéder à un sacrifice expiatoire d'un certain nombre de têtes de bétail. Dans la suite, ce sacrifice fut remplacé par une somme d'argent à verser au trésor public à titre d'amende. Dans cette procédure, le rôle du juge consiste à décider, d'après les éléments de preuve avancés par les parties, laquelle des deux a fait un serment « juste ». Le demandeur et le défendeur se trouvent, après leur serment, dans une position d'égalité juridique : l'un et l'autre doivent faire la preuve de leur affirmation. La *legis actio sacramento* était appelée « *in rem* » lorsque l'objet de la contestation était un droit réel, « *in personam* » lorsque le demandeur prétendait que son adversaire avait une obligation à son égard, ce que le défendeur niait.

LEX XII (duodecim) TABULARUM

Loi des XII Tables. Sous la pression des plébéens, qui souhaitaient plus d'égalité et de sécurité juridiques, dix magistrats (les *decemviri*) rédigent en 451-449 avant notre ère un recueil de lois, qui fut gravé sur douze tables et affiché au Forum. Ce recueil formule un certain nombre de principes interprétatifs et en partie innovateurs des coutumes romaines (*mores maiorum* : usage des ancêtres). Il constitue la base du droit privé romain.

LEX AEBUTIA

Loi qui introduit la procédure formulaire et qui donne au préteur un rôle plus actif sur le plan de la procédure, mais surtout sur le plan du fond du droit, par la voie du *ius honorarium* qui est désormais possible.

Cette loi est de la première moitié du deuxième siècle avant notre ère (droit pré-classique).

LEX CORNELIA DE IURISDICTIONE

Depuis une *Lex Cornelia de iurisdictione* de l'an 67 avant notre ère, les préteurs sont tenus de respecter les engagements pris par eux dans leurs édits.

Si chaque préteur rend un nouvel édit lors de son entrée en charge, il y reprend habituellement la plus grande partie de l'édit de son prédécesseur, se contentant d'innover sur des points isolés. Cette technique a permis au droit prétorien de combler peu à peu les lacunes du droit civil et d'adapter celui-ci aux besoins de la pratique.

LEX IULIA et LEX PLAUTIA PAPIRIA

Lois accordant en 90, puis en 89 avant notre ère, la qualité de citoyens romains à tous les Latins, puis à tous les habitants libres de l'Italie.

LOCATIO CONDUCTIO

Louage. Contrat consensuel, de bonne foi, synallagmatique parfait, par lequel une personne promet à une autre de lui fournir la jouissance d'une chose (*locatio rei*, louage de chose) ou ses services (*locatio operarum*, contrat de travail) ou bien d'exécuter un ouvrage déterminé

(*conductio operis faciendi*, contrat d'entreprise), moyennant un prix, fixé en principe en argent, que s'engage à lui verser l'autre partie. Dans ce contrat, le *locator* est celui qui « place », met quelque chose à la disposition de l'autre partie, soit la chose dont celle-ci peut jouir (= bailleur), soit sa propre force de travail (= travailleur), soit la chose sur laquelle un ouvrage déterminé doit être exécuté (= maître de l'ouvrage). L'autre partie est le *conductor* (respectivement = locataire, employeur, entrepreneur).

« LOI DES CITATIONS »

Constitution promulguée en 426 de notre ère par Valentinien III pour l'empire romain d'Occident. Elle prévoit que ne pourront désormais être cités en justice que les écrits de cinq jurisconsultes (Papinien, Paul, Ulpie, Gaius et Modestin). En cas de divergence entre ces auteurs, le juge devra choisir l'opinion de la majorité ou, en cas de parité d'opinion, l'opinion soutenue par Papinien. Si aucun de ces deux critères ne permet de décider, le juge choisira alors librement l'opinion qu'il préfère. En 438, Théodose II rend la loi applicable à l'empire d'Orient, mais en ajoutant aux cinq jurisconsultes prévus, tous ceux que ces cinq-là auraient cités dans leurs œuvres, pour autant que leurs opinions soient connues avec certitude.

MANCIPATIO

Procédé solennel d'aliénation volontaire des personnes *alieni iuris** et des *res mancipi** se réalisant au moyen de l'airain et de la balance (*per aes et libram*). En présence de l'aliénateur, de cinq témoins et d'un porteur de balance (*libripens*), l'acquéreur tenant en main une pièce d'airain prononce la formule : « *Hunc ego hominem* (dans le cas d'un esclave) *ex iure Quiritium meum esse aio isque mihi emptus esto hoc aere aeneaque libra* » (je déclare que cet homme m'appartient en vertu du droit des Quirites : qu'il me soit acquis par cette pièce d'airain et cette balance de bronze). Puis il frappe la balance avec la pièce d'airain, remet celle-ci à l'aliénateur et saisit la personne ou la chose aliénée.

MANDATUM

Mandat. Contrat consensuel, de bonne foi, à titre gratuit, unilatéral imparfait, par lequel une personne (le mandant) donne mission à une autre (le mandataire), qui accepte, d'accomplir un acte ou une série d'actes matériels (exemple : nettoyer des vêtements) ou juridiques (exemple : acheter un esclave). Le mandataire s'oblige ainsi à accomplir la mission, à en rendre compte au mandant et à lui restituer tout ce qu'il pourrait avoir reçu en vertu du mandat. Le mandant est éventuellement obligé d'indemniser le mandataire des dépenses et des dommages que l'exécution de sa mission pourrait avoir entraînés et de prendre à sa charge les obligations qu'il aurait assumées dans le cadre du mandat. Le *mandatum* est un contrat essentiellement gratuit : la promesse d'une rémunération transformerait l'accord des parties en une *locatio conductio**.

MORA DEBITORIS (CREDITORIS)

Retard, demeure du débiteur (du créancier).

a) Un débiteur est en demeure lorsque, sa dette étant échue, il apporte un retard imputable dans l'exécution de ses obligations. Lorsque l'exécution de l'obligation n'est pas effectuée par le débiteur au moment prévu, le créancier peut faire constater le retard de son débiteur par une *interpellatio*, c'est-à-dire un acte par lequel il le somme de payer. La demeure du débiteur a pour effet principal la *perpetuatio obligationis*, la perpétuation de l'obligation, en ce sens que celle-ci n'est plus susceptible de s'éteindre par cas fortuit* : le débiteur est en effet désormais responsable même si l'obligation devient impossible à exécuter pour un cas fortuit ou un cas de force majeure. En dehors des actions de droit strict, la demeure du débiteur a comme effet secondaire de mettre à charge du débiteur de somme d'argent des « intérêts moratoires » qui

viennent s'ajouter au capital dû. La demeure du débiteur est purgée par l'offre qu'il fait au créancier d'exécuter régulièrement son obligation ; cette offre entraîne la demeure du créancier :

b) Un créancier est en demeure lorsqu'une offre régulière du débiteur se heurte à une circonstance tenant à la personne du créancier et rendant impossible l'exécution de l'obligation. La demeure du créancier a pour effet principal que le débiteur n'est plus désormais responsable que de son dol. Elle a pour effet secondaire de mettre fin au cours des intérêts moratoires dus par le débiteur.

MUTUUM

Prêt de consommation. Contrat par lequel une personne (le prêteur, créancier) confie (*credere*) une certaine quantité d'argent ou d'une autre chose fongible à une autre personne (l'emprunteur, débiteur) laquelle s'engage à restituer, à la date fixée, une quantité égale de choses de même nature et de même qualité. Le *mutuum* est un contrat réel, car il requiert pour sa formation, outre l'accord de volonté des parties, la remise de la chose (*res*) prêtée par le prêteur à l'emprunteur. Le *mutuum* est un contrat unilatéral, car il n'engendre d'obligation qu'à charge d'une des parties au contrat, l'emprunteur. Ce dernier devient, par l'effet du *mutuum*, propriétaire de la chose empruntée. Enfin le *mutuum* est un contrat de droit strict, en ce qu'il donne lieu à la *condictio certae creditae pecuniae*, qui ne comporte pas la clause de bonne foi.

NOVATIO

Novation. Extinction d'une obligation préexistante sous l'effet d'une *stipulatio** dans laquelle le promettant s'engage à la même prestation que celle qui était l'objet de l'obligation ainsi éteinte. La stipulation novatoire doit contenir un élément neuf par rapport à l'obligation éteinte ; cet élément neuf peut être :

- a) soit la personne du créancier, un nouveau créancier stipulant se substituant à l'ancien ;
- b) soit la personne du débiteur, un nouveau débiteur promettant se substituant à l'ancien ;
- c) soit, les deux personnes restant les mêmes, une nouveauté relative à la dette, telle l'adjonction ou la suppression d'un terme (voy. *Dies**) ou d'une condition (voy. *Conditio**).

OBLIGATIO

Obligation ou droit de créance. Rapport juridique en vertu duquel une personne (*debitor* : débiteur) est tenue d'accomplir une prestation au profit d'une autre personne (*creditor* : créancier), laquelle peut, lorsque la prestation n'est pas accomplie régulièrement, intenter contre le débiteur une *actio in personam**, à l'issue de laquelle elle peut être autorisée à procéder à une exécution forcée sur la personne ou sur les biens du débiteur. La notion d'*obligatio* comprend ainsi à la fois un droit de quelqu'un à la prestation (*ius crediti*), une prestation due (*debitum*) et la responsabilité de quelqu'un d'autre qui est tenu (lié, et même initialement « lié autour du corps » : *ob-ligatus*) en cas d'inexécution de la prestation.

PECULIUM

Pécule.

A. - Dès la fin de l'ancien droit, ensemble de biens remis par le *paterfamilias* à l'un de ses *alieni iuris* (*) (esclave, fils de famille) qui en a l'usage, la jouissance et en général la libre administration. L'origine de l'institution doit être vue dans la nécessité économique où se trouvaient les citoyens romains de tirer profit de l'activité des personnes qui leur étaient juridiquement soumises. Les biens constituant le pécule restent, en droit, la propriété du *paterfamilias*. Une évolution se manifestera dans le statut juridique des pécules confiés aux fils de famille. À côté du pécule simple, dit *peculium profectivum* (= *a patre profectum* : provenant du père), d'autres formes de pécule vont faire leur apparition :

B. - *Peculium castrense* : il est constitué essentiellement de biens acquis par le fils durant son service militaire, et sur lesquels des droits de disposition de plus en plus étendus lui sont personnellement reconnus, à partir d'Auguste. Dès la fin du Principat, ce pécule est considéré comme la propriété personnelle du fils de famille qui peut en disposer librement par des actes entre vifs ou à cause de mort.

C. - *Peculium quasi castrense* : à partir de Constantin, ce sont les biens acquis par des fils de famille dans l'exercice de certaines fonctions impériales ou ecclésiastiques. Ils sont juridiquement assimilés aux biens du *peculium castrense* par Justinien.

PIGNUS (HYPOTHECA)

Gage (hypothèque). Sûreté réelle consistant en ce qu'un bien, appartenant à un débiteur ou à un tiers, est affecté à une créance de manière telle qu'en cas d'inexécution de la prestation due, le créancier puisse, grâce à ce bien, obtenir satisfaction.

PONTIFEX MAXIMUS

Grand pontife. Ce titre est donné au grand prêtre qui est la tête du collège des pontifes. Il est chargé de la surveillance de la bonne pratique dans le cadre de la religion publique romaine.

POSSESSIO

Possession. Pouvoir de fait exercé sur une chose, que celle-ci appartienne ou non au possesseur.

I. - Cette situation de fait est prise en considération par le droit dans deux séries de cas :

a) *possessio ad usucapionem* (possession conduisant à l'usucapion) : lorsque la possession repose sur une *iusta causa possessionis* (juste cause, c'est-à-dire un motif en vertu duquel la propriété aurait dû normalement être transférée au possesseur, par exemple : une donation, un legs, etc.) et que le possesseur possède la chose *animo domini* (c'est-à-dire avec l'intention de la garder pour soi et de ne reconnaître à personne le droit de la réclamer), cette possession a pour effet de rendre le possesseur propriétaire quiritaire par *usucapio** (on l'appelle, pour cette raison, également *possessio civilis*). Sous les mêmes conditions, cette possession confère, avant que l'*usucapio* n'intervienne, le bénéfice de l'*actio Publiciana**.

b) *possessio ad interdicta* (possession protégée par des interdits) : la possession est parfois protégée par des *interdicta** contre les atteintes qui peuvent lui être apportées : sans trancher la question de la propriété de la chose, le préteur interdit à l'auteur du trouble de continuer celui-ci. Les interdits possessoires sont accordés principalement lorsque le possesseur possède *animo domini*. C'est le cas lorsque le possesseur est effectivement ou se croit erronément propriétaire (*bonae fidei possessor* : possesseur de bonne foi), mais aussi lorsqu'il sait pertinemment ne pas l'être (*malae fidei possessor* : possesseur de mauvaise foi), tel le voleur (sauf dans un conflit volé-voleur, où la préférence est donnée au volé).

Les interdits possessoires sont accordés également dans certains cas où l'*animus domini* est absent et où le possesseur reconnaît qu'il a l'obligation de restituer la chose ; ainsi dans le cas du créancier gagiste et du séquestre.

II. - Lorsque le droit n'attache aucun effet à la possession (les conditions de l'usucapion ou des interdits possessoires n'étant pas remplies), les Romains parlaient de *naturalis possessio* et la doctrine moderne de détention. Ainsi, sont de simples détenteurs le dépositaire ou le locataire qui ne possèdent pas *animo domini* et ne bénéficient pas des interdits possessoires.

REI VINDICATIO

Action en revendication. Sous la procédure formulaire, action civile, réelle, accordée au propriétaire quiritaire d'une chose qui ne la possède pas contre le possesseur de la chose.

L'action tend à faire constater le droit de propriété du demandeur et à faire restituer la chose par le défendeur ou, à défaut, à faire condamner ce dernier à une somme d'argent déterminée.

RES EXTRA COMMERCIIUM

Appelées dans les sources romaines « *res quarum commercium non est* » : choses qui ne sont pas dans le commerce, c'est-à-dire qui sont soustraites à l'activité juridique des particuliers. Telles sont les :

- a) *res divini iuris* : choses de droit divin (exemples : temples, autels, lieux consacrés aux dieux) ;
- b) *res communes omnium* : choses communes à tous (exemples : l'air, la mer) ;
- c) *res publicae* : choses appartenant à l'Etat : elles sont hors commerce dans la mesure où elles sont affectées à l'usage de tous (*usus publicus*) (exemples : voies publiques, arènes, théâtres, cours d'eau à écoulement constant).

RES MANCIPI – RES NEC MANCIPI

Les *res mancipi* sont les choses qui, dans une économie agricole comme celle de l'ancienne Rome, constituent les moyens de production les plus importants : les immeubles situés en Italie ainsi que les servitudes rustiques (mais non les servitudes urbaines) grevant ces immeubles, les bêtes de somme ou de trait (chevaux, boeufs, ânes, mulets) ainsi que les esclaves. Toutes les autres choses sont des *res nec mancipi*, ainsi par exemple la monnaie, le menu bétail, les produits du sol, etc.

Les *res mancipi* ne peuvent être aliénées, en principe, qu'en observant le formalisme de la *mancipatio** ou de l'*in iure cessio**, tandis que l'aliénation des *res nec mancipi* peut s'opérer par une simple *traditio**.

SERVITUS

- a) Esclavage.
- b) Servitude (= *iura praediorum*). Droit réel qui consiste en ce que des limitations déterminées sont apportées au droit de propriété d'un fonds (appelé fonds servant) au profit de la propriété d'un autre fonds (appelé fonds dominant). Le propriétaire du fonds dominant a le droit d'accomplir certains actes sur le fonds servant (exemple : droit de passage) ou le droit d'exiger du propriétaire du fonds servant qu'il s'abstienne d'accomplir certains actes (par exemple : ne pas construire au-delà d'une certaine hauteur). Les sujets actif et passif du droit de servitude sont les propriétaires des fonds dominants et servant en tant que tels, indépendamment de leurs rapports personnels.

SOCIETAS

Société. Contrat consensuel, de bonne foi, synallagmatique parfait, par lequel deux ou plusieurs personnes s'engagent à mettre en commun, en tout ou en partie, leurs biens ou leurs activités, en vue d'en retirer un avantage patrimonial commun. Les associés s'engagent en outre à se répartir les bénéfices et les pertes résultant de leur gestion selon des proportions déterminées conventionnellement ou, à défaut, par parts égales. La liberté des parties n'est restreinte, à cet égard, que par l'interdiction de constituer une *societas leonina* (société léonine), dans laquelle l'un des associés n'aurait le droit de partager que les pertes, sans prendre part aux bénéfices. La *societas* requiert le consentement permanent des associés (*affectio societatis*), non seulement pour être constituée, mais aussi pour continuer d'exister, en ce sens qu'elle est dissoute par la volonté unilatérale contraire de l'une des parties.

STIPULATIO

Contrat solennel, oral, de droit strict, conclu dans la forme d'une interrogation du créancier-stipulant (« *spondesne centum dare ?* » : promets-tu de donner 100 ?) suivie immédiatement

d'une réponse rigoureusement conforme du débiteur-promettant (« *spondeo* » : je promets), et qui fait naître à la charge du promettant l'obligation d'exécuter la prestation promise au profit du stipulant. La *stipulatio* peut avoir comme objet les prestations les plus variées ; elle peut mentionner ou non la cause de l'engagement pris par le promettant (par exemple : à titre de donation, d'intérêt d'un prêt, etc.); sa validité est, en principe, indépendante de cette cause.

SUI IURIS PERSONA

Personne qui est juridiquement indépendante, qui ne se trouve pas sous la puissance d'une autre. Exemple : le *paterfamilias* (père de famille).

Antonyme : *alieni iuris persona**.

TRADITIO

Mode de transfert de la propriété consistant dans la remise de la chose par l'aliénateur propriétaire en main de l'acquéreur, ou plus généralement dans la mise de la chose à la disposition de l'acquéreur, effectuée avec la volonté d'aliéner et d'acquérir la propriété et fondée sur une juste cause. La *traditio* est, à l'époque classique, le mode principal d'acquisition de la propriété quiritaire des *res nec mancipi**.

USUCAPIO

Usucapion. Mode d'acquisition de la propriété quiritaire par la possession prolongée pendant un an ou deux ans, selon qu'il s'agit de meubles ou d'immeubles. L'usucapion ne joue que dans le cadre de la propriété quiritaire, c'est-à-dire au profit de citoyens romains et à propos de choses romaines. Elle requiert, en outre :

a) la bonne foi du possesseur au moment de son entrée en possession, c'est-à-dire la croyance d'avoir acquis la chose de quelqu'un qui en était le propriétaire (alors qu'en réalité, il ne l'était pas) et de l'avoir acquise par un acte propre à transférer la propriété (alors qu'en réalité, il n'a pas eu cet effet);

b) une *possessio** *ad usucapionem*, c'est-à-dire fondée sur une juste cause et dotée de l'*animus domini*.

L'usucapion est prohibée pour les choses volées ou enlevées par violence, non seulement à l'encontre du voleur ou de l'auteur de la violence, mais encore vis-à-vis de quiconque en main de qui ces choses peuvent ultérieurement se trouver.

USUSFRUCTUS

Droit réel sur la chose d'autrui, qui confère à son titulaire le droit d'user de cette chose (*uti*) et d'en percevoir les fruits (*frui*) sans en altérer la substance. C'est un droit inaliénable et temporaire, qui s'éteint au plus tard à la mort de l'usufruitier et qui ne peut porter, en principe, que sur des choses non consommables.

Petites biographies romaines

Sextus Caecilius AFRICANUS (Africain)

Vivant selon toute vraisemblance sous les règnes d'Hadrien (117-138) et d'Antonin le Pieux (138-161), il doit être originaire de la province d'Afrique, ainsi que le laissent supposer son nom même et ses relations étroites avec Julien@.

Son ouvrage principal s'intitule « Questions » : il y relate l'avis d'un jurisconsulte qu'il ne nomme pas mais qui doit être Julien, dont il était l'élève et dont il a dû noter les avis oraux, les agrémentant de remarques critiques personnelles. Sa casuistique complexe et son art de la déduction rendent malaisée la lecture de son oeuvre. Néanmoins, les nombreuses citations de ses « Questions » par Papinien@, Paul@ et Ulpien@ démontrent qu'il jouissait auprès d'eux d'un prestige certain.

Titius ARISTO (Ariston)

Juriste sous Trajan (53-117). On sait peu de choses de sa vie. Il aurait appartenu au *consilium* de l'empereur (cfr. D.37.12.5). Son nom indique qu'il est probablement un affranchi ou un fils d'affranchi, ce qui expliquerait qu'il n'a pas été sénateur ni reçu le *ius publice respondendi**... Ce qui ne l'a pas empêché de répondre à la question de Cerellius Vitalis (cfr. Texte 5.10 D.8.5.8.5) d'être à la base d'un cas extrêmement célèbre discuté pendant des siècles.

Caius Ateius CAPITO

Élève d'Aulus Ofilius, il fut consul en l'an 5 de notre ère. Il se révéla partisan d'Auguste et du Principat. En tant que jurisconsulte, il jouissait de son vivant de la même considération que Labeo@ et fonda l'école des Sabinien. Dans la suite, sa réputation s'estompa, peut-être en raison de son conservatisme rigide sur le plan juridique.

Il est l'auteur de livres sur le droit pontifical et de *Coniectanea* où il discute des problèmes posés par le droit public lié au Principat et par le droit privé résultant des lois d'Auguste.

Publius Iuventius CELSUS (Celse)

Préteur en 106 ou 107 de notre ère, il fut gouverneur de Thrace entre 107 et 117, consul pour la deuxième fois en 129, enfin proconsul d'Asie. Il fit partie du Conseil d'Hadrien.

Son ouvrage principal est un Digeste en 39 livres, mais il est également l'auteur de « Questions », de « Lettres » et de « Commentaires ». Il y apparaît comme un esprit remarquablement indépendant et sagace, un non-conformiste qui n'hésite pas à ridiculiser ses collègues par des critiques mordantes. On a aussi retenu de lui des définitions célèbres (voy. les Textes 4.1 et 4.2).

Marcus Tullius CICERO (Cicéron)

Ce fut un avocat et un orateur célèbre, non un jurisconsulte. Il a toutefois acquis des connaissances juridiques en étant élève notamment de Quintus Mucius Scaevola@. Il commence sa carrière de magistrat en étant questeur en 75 avant notre ère, édile en 69, préteur en 66 et consul en 63. En 51-50 on le retrouve gouverneur de la province de Cilicie.

Ses écrits, qui constituent une mine très riche de renseignements pour l'historien du droit, se répartissent en quatre groupes :

- a) sa correspondance, à son ami Atticus, son frère Quintus et ses amis ;
- b) ses ouvrages sur la rhétorique ;
- c) ses oeuvres philosophiques ;
- d) ses plaidoyers et discours politiques.

Ils doivent cependant faire l'objet d'une évaluation attentive en tenant compte des motifs personnels, politiques, judiciaires ou spéculatifs qui le poussent parfois à donner des informations tendancieuses, voire parfois inexacts.

DOROTHEUS (Dorothee)

Professeur de droit à Beyrouth à l'époque de Justinien. A été associé à sa Compilation pour le Digeste, le deuxième Code et les Institutes (voy. *Corpus Iuris Civilis**).

Gnaeus FLAVIUS

Selon une tradition légendaire, le plébéen Gnaeus FLAVIUS, scribe du censeur Appius Claudius, aurait dérobé à son patron, en 304 avant notre ère, les formules des actions de la loi (*legis actiones*) et les aurait rendues publiques. Ce recueil aurait été appelé dans la suite le *ius Flavianum*.

Ce récit légendaire tend à prouver que le secret de la connaissance du droit par les seuls pontifes n'était plus considéré comme indispensable et que le processus de laïcisation de la jurisprudence était déjà bien entamé. L'apport de Flavius à ce processus a probablement consisté à prendre progressivement note des actions délivrées aux plaideurs et d'en constituer une sorte de formulaire

GAIUS

Né sous Hadrien (117-138 de notre ère), il était encore en vie en 178 de notre ère, mais c'est à peu près tout ce que l'on connaît de certain à son propos. Il a dû professer dans la partie orientale de l'empire romain.

I.- Peu connu de son vivant, sa réputation s'est étendue dans tout l'empire à l'époque postclassique, ainsi que l'attestent les nombreuses copies de son oeuvre principale (les *Institutes*, v. infra) et le fait que dans la loi des citations* il est cité parmi les plus grands jurisconsultes classiques.

Sa contribution primordiale à la science juridique est constituée par ses « Institutes », sorte de manuel d'introduction à l'étude du droit et de la procédure civile, dont la systématique a influencé la plupart des codifications européennes des temps modernes. Elle est basée sur la répartition de l'ensemble des phénomènes juridiques en trois parties :

Inst. 1, 8 : *Omne ius quo utimur vel ad personas vel ad res vel ad actiones pertinet.* (tout le droit dont nous nous servons est relatif aux personnes, aux biens ou aux actions).

Il y poursuivait l'objectif d'exposer le droit privé romain selon un plan clair et ordonné, en classifiant les notions et les matières traitées.

A côté de cet ouvrage destiné à l'enseignement du droit, Gaius est encore l'auteur de commentaires sur l'Edit du préteur, sur des lois particulières et sur la Loi des XII Tables*. Le Digeste de Justinien reprend 521 fragments de ses oeuvres.

II.- Une deuxième cause de sa célébrité est due au fait que ses "Institutes", restées en grande partie inconnues à l'époque de la réception du droit romain, n'ont été découvertes qu'en 1816 par l'historien allemand G. Niebuhr dans la bibliothèque capitulaire de Vérone : il s'agissait d'un manuscrit copié à la fin du 4^{ème} siècle de notre ère, mais qui fut réutilisé, après grattage, pour recopier des lettres de Saint Jérôme au 7^{ème} ou 8^{ème} siècle. C'est ce que l'on appelle un palimpseste (manuscrit dont on a effacé la première écriture pour pouvoir écrire un nouveau texte : au Moyen Âge, la rareté du parchemin rendit courant l'usage du palimpseste.). En l'occurrence, il s'agit du palimpseste de Vérone, dont un autre savant allemand, Studemund, a fait une copie (apographe) reproduisant avec minutie la première écriture.

Ce palimpseste nous est particulièrement précieux pour la connaissance du droit romain classique parce qu'il est indemne des interpolations qui caractérisent le *Corpus iuris civilis** de Justinien.

Aquilius GALLUS

Élève de Quintus Mucius Scaevola[@], il fut préteur en 66 avant notre ère, puis renonça à poursuivre une carrière politique pour se consacrer entièrement à sa tâche de jurisconsulte, ce qui lui valut la considération de ses concitoyens. On lui doit, en tant que préteur, l'introduction dans l'Édit notamment de l'action de dol (*actio de dolo**).

Ami de Cicéron[@], celui-ci raconte de lui qu'il se consacrait si exclusivement aux problèmes juridiques, qu'à quelqu'un qui lui demandait son avis sur un problème de fait et non de droit, il aurait répondu « *nihil hoc ad nos : ad Ciceronem* » : il n'y a là rien qui nous concerne : cela concerne Cicéron ! (lequel était avocat et s'occupait donc avant tout des faits).

HERMOGENIANUS (Hermogénien)

Vivant à l'époque de Dioclétien, il est chronologiquement le dernier des jurisconsultes à avoir été repris dans le Digeste (ce qui prouve que les Compilateurs estimaient ses écrits). Il est l'auteur présumé du *Codex Hermogenianus** et l'auteur avéré d'un recueil de règles de droit extraites d'œuvres de la période classique (*iuris epitomae libri VI*).

IAVOLENUS Priscus (Javolène)

Consul en 86 de notre ère, il fut ensuite gouverneur des provinces de Germanie supérieure, de Syrie et d'Afrique.

Il a succédé à Sabinus[@] comme chef de file des Sabinien et fut le professeur de Julien[@]. Il nous est connu par ses commentaires d'auteurs antérieurs : notamment de Labéon[@], et d'un auteur par ailleurs inconnu, Plautius.

Publius Salvius IULIANUS (Julien)

Né aux environs de l'an 100 de notre ère en Afrique du Nord d'une famille romaine appartenant à l'ordre équestre, Julien fut l'élève du jurisconsulte Iavolenus Priscus[@]. Sous Hadrien, Antonin le Pieux et Marc Aurèle, il occupa des magistratures importantes : questeur, préteur, consul en 148, gouverneur de la Germanie inférieure à Cologne entre 150 et 161 et procursul d'Afrique entre 161 et 169.

Aux environs de 130, Hadrien le chargea de codifier l'*Edictum praetoris**. Une inscription nous apprend que cet empereur doubla son traitement en raison de sa science remarquable (*propter insignem doctrinam*). Son ouvrage principal est un Digeste en 90 livres, caractérisé par un style simple, clair et élégant, où il résout d'anciennes controverses de manière convaincante et contribue à atténuer les oppositions entre les Sabinien et les Proculien. Sa méthode est essentiellement casuistique.

Son oeuvre est peut-être « la plus classique » de toutes les oeuvres classiques. Elle est en tout cas celle que les jurisconsultes ultérieurs ont le plus citée. De même le Digeste de Justinien* en contient-il de nombreux extraits.

Marcus Antistius LABEO (Labéon)

Né aux environs de l'an 50 avant notre ère, il fut l'élève, notamment, du jurisconsulte C. Trebatius Testa. Appartenant à l'ordre sénatorial, il suivit le *cursus honorum* jusqu'à la préture. Partisan déclaré de l'ordre républicain, il s'oppose à Auguste et refuse le consulat que celui-ci lui offre. Abandonnant dès lors la carrière politique, il se consacre uniquement à la science juridique, passant six mois de l'année à Rome pour y enseigner et se retirant à la campagne le reste du temps pour y méditer et écrire.

Cet épisode explique que l'oeuvre de Labéon fut considérable : on lui attribue plus de 400 livres, couvrant tous les domaines du droit. Notamment des commentaires des édits des préteurs urbain et pérégrin et des édiles curules. On le tient pour fondateur de l'école Proculienne.

En dépit de son opposition à Auguste, il jouit d'un grand prestige, tant de son vivant que dans les siècles suivants où l'on continua à admirer tant la profondeur de ses connaissances que son esprit indépendant et innovateur.

Caius Cassius LONGINUS

Fut consul en l'an 30 de notre ère, proconsul d'Asie en 40-41, et administra la Syrie de 47 à 49. Élève de Sabinus[@], il prit à sa suite la direction de son école.

Il écrivit des livres consacrés au droit civil et des recueils de « Réponses ».

Ulpianus MARCELLUS

Fit partie des conseils d'Antonin le Pieux et de Marc Aurèle. Esprit pénétrant, il lui est arrivé d'apporter des corrections à la doctrine de Julien[@].

Son œuvre principale est un Digeste en 31 livres, mais il écrivit aussi des « notes » sur le Digeste de Julien et sur les « règles » de Pomponius[@].

Aelius MARCIANUS

L'un des derniers jurisconsultes classiques, il a dû vivre sous le règne de Septime Sévère (193-211) jusqu'à celui d'Alexandre Sévère (222-235).

C'est avant tout un professeur de droit, dont les « *Institutiones* » en 16 livres, bâties en partie sur le modèle des « *Institutes* » de Gaius[@], constituent un intermédiaire entre le manuel d'introduction et le commentaire approfondi.

On ne lui connaît pas de « *responsa* » (réponses à des questions de particuliers), ce qui semble indiquer qu'il n'aurait pas eu le *ius publice respondendi*^{*}.

Fabius MELA

Juriste du début de l'époque classique dont nous ne savons pratiquement rien. Il est surtout cité par Ulpian[@].

Herrennius MODESTINUS (Modestin)

Dernier des jurisconsultes classiques, il nous est peu connu : élève d'Ulpian, il est probablement d'origine orientale, ainsi que le fait présumer la partie de son œuvre écrite en grec. Entre 224 et 244 de notre ère il fut commandant de la garde de nuit (*praefectus vigilum*) à Rome. Il a dû jouir du *ius publice respondendi*^{*}.

Ses écrits sont essentiellement dédiés à l'enseignement, mais aussi constitués par de petites monographies. Il a joui d'une grande autorité auprès des empereurs postclassiques, ainsi que l'atteste la loi des citations^{*}.

Aufidius NAMUSA

Juriste du 1^{er} siècle avant notre ère, il a été un des élèves de Servius Sulpicius Rufus[@].

Lucius NERATIUS Priscus

Contemporain de Celse[@], a été consul et fit partie des Conseils de Trajan et de Hadrien. Il a écrit des livres de *Regulae* (règles), des « réponses » et fut le premier à commenter l'œuvre de Plautius (dans ses *Libri ex Plautio*), jurisconsulte du I^{er} siècle de notre ère, par ailleurs inconnu.

Marcus Cocceius NERVA (pater et filius)

Père et fils font partie de l'École Proculienne.

Le père bénéficia de l'amitié de Tibère, mourut en l'an 33 de notre ère et fut cité de nombreuses fois par les jurisconsultes ultérieurs, sans que l'on connaisse les titres de sa production.

Le fils est probablement le père de l'empereur Nerva. Il a écrit des livres consacrés à l'usucapion et a laissé beaucoup de *Responsa*.

Aemilius PAPINIANUS (Papinien)

Né vers le milieu du II^{ème} siècle de notre ère, il fut peut-être élève de Cervidius Scaevola[@]. Sous Septime Sévère (193-211), il commença une carrière de fonctionnaire impérial qui le mènera jusqu'à la charge de préfet du prétoire en 203 de notre ère. Il mourra assassiné sur ordre de Caracalla en 212.

Ses oeuvres juridiques les plus célèbres sont ses « Questions » de droit (« *Quaestionum libri XXXVII* ») et ses avis (« *Responsorum libri XIX* »). Ses écrits se caractérisent par une grande profondeur de pensée, sa compréhension des problèmes de la pratique et sa faculté d'exposer son raisonnement de manière concise.

A l'époque postclassique, il fut considéré comme le plus grand jurisconsulte que Rome ait produit, au point que la loi des citations* lui accorde un poids plus considérable qu'aux autres jurisconsultes. La tradition lui décerne le titre de « Prince des jurisconsultes », tant à cause de son caractère que de ses connaissances¹⁴.

Iulius PAULUS (Paul)

Après avoir suivi l'enseignement de Cervidius Scaevola[@] et avoir été avocat, il fut avec Ulpian[@], assesseur du préfet du prétoire Papinien[@]. Il deviendra lui-même préfet du prétoire sous Alexandre Sévère, après une courte période de bannissement sous Élagabal.

Son oeuvre est plus considérable encore que celle d'Ulpian (86 écrits répartis en 319 livres) et est renommée en raison de son originalité et de la clarté de ses exposés. Il y traite non seulement du droit civil, mais aussi de procédure, de droit pénal et de droit public.

En tant que professeur de droit, on lui doit deux livres d'*Institutiones*, six livres de *Regulae* (Règles) et un livre intitulé *Liber singularis regularum* (livre unique de « règles »).

PLAUTIUS

Jurisconsulte du premier siècle de notre ère dont nous ne savons pas grand chose mais qui a dû connaître un prestige certain, à en juger par les abondants commentaires de son oeuvre.

Sextus POMPONIUS

Tout ce que nous connaissons de sa vie est qu'il vécut sous les règnes d'Hadrien (117-138) et d'Antonin le Pieux (138-161) et a dû s'occuper essentiellement de l'enseignement et de la science du droit. En revanche, son oeuvre est considérable et prouve sa connaissance approfondie des droits préclassique et classique. On lui doit un Commentaire de l'Édit (d'au moins 83 mais peut-être bien de 150 livres), un Commentaire sur Quintus Mucius[@] et un troisième sur Sabinus[@]. Ces ouvrages expliquent qu'il ait été fréquemment cité par les jurisconsultes ultérieurs.

Mais ce qui le rend surtout célèbre de nos jours est son « *Enchiridium* », manuel d'introduction au droit, dont le début est consacré à un exposé historique des sources juridiques romaines, des magistratures et de la jurisprudence romaine depuis les débuts de Rome jusqu'à l'époque de Julien[@]. Il s'agit de la seule histoire du droit romain écrite par un jurisconsulte romain que nous possédions.

¹⁴ Ch. MAYNZ, Cours de droit romain, t.I, Bruxelles 1876, n°195 p.297.

PROCLUSUS

Auteur mystérieux, dont nous ne connaissons que le *cognomen* (surnom), qui est né vraisemblablement entre les années 12 et 2 avant notre ère et mort après 66. Contemporain et rival de Sabinus[@], il a succédé à Marcus Cocceius Nerva[@] père à la tête de l'École Proculienne en l'an 33 de notre ère. Il devait donc jouir à cette époque d'un prestige certain.

Massurius SABINUS

D'origine relativement humble, a vécu sous Tibère sans accéder aux magistratures. À l'âge de cinquante ans, il accède à la classe des chevaliers, mais il est le premier à avoir été doté du *ius publice respondendi** sans avoir le rang de sénateur.

Son oeuvre la plus marquante est constituée par les « *tres libri iuris civilis* », synthèse du droit civil exposé selon une nouvelle systématique (droit des successions, droit des personnes, obligations et droit des biens) et qui a servi de base aux commentaires « *ad Sabinum* » qu'en ont fait notamment Pomponius[@], Paul[@] et Ulpien[@].

Il a succédé à Capito[@] à la tête de l'école qui portera son nom, celle des Sabinien, ce qui tend à prouver la réputation considérable dont il jouissait.

Publius Mucius SCAEVOLA

L'un des trois « fondateurs du droit civil » (avec Marcus Iunius Brutus et Manius Manilius) il fut consul en 133 et *pontifex maximus* (grand pontife) de 133 à 115 avant notre ère. On lui doit dix livres de droit civil, qui ne nous sont pas parvenus, mais contenaient vraisemblablement ses principales « réponses » aux questions juridiques qui lui avaient été posées.

Quintus Cervidius SCAEVOLA

A vécu dans la seconde moitié du 2^{ème} siècle de notre ère et fait partie du Conseil de Marc-Aurèle, dont il était le principal conseiller en matière juridique. A eu comme disciple notamment Paul[@].

L'essentiel de son oeuvre se situe dans la pratique : ses réponses sont souvent concises et dénuées de grandes motivations.

Quintus Mucius SCAEVOLA

Fils de Publius Mucius, il fut consul en 95 et *pontifex maximus* (grand pontife) en 87 avant notre ère. Figure éminente de juriste, d'homme politique et d'administrateur, son gouvernement de la province d'Asie en 94 est resté célèbre (voy. Texte 7.13). Ses 18 livres de droit civil sont la seule oeuvre préclassique que l'on ait continué à lire pendant toute la période classique : il est vrai qu'elle innovait fondamentalement en introduisant une certaine systématique (par la classification des questions juridiques en catégories) dans des matières exposées jusque-là de manière casuistique.

SERVIUS Sulpicius Rufus

Disciple de C. Aquilius Gallus[@], il fut préteur en 65 et consul en 51 avant notre ère. Adversaire permanent de Quintus Mucius Scaevola[@], il polémiqua longuement avec lui. Tandis que celui-ci avait développé une systématique du droit civil, Servius met davantage l'accent sur la systématique plus processuelle de l'Édit du préteur.

On retient aussi son rôle comme fondateur d'école (dite « servienne »), puisqu'il fut le maître d'au moins dix disciples, dont Aulus Ofilius, Publius Alfenus Varus[@] et Aufidius Namusa[@], lequel a rassemblé et ordonné ses écrits en 140 *libri digestorum* (livres de digeste).

THEOPHILUS (Théophile)

Professeur de droit à Constantinople à l'époque de Justinien. A été associé aux étapes principales de la Compilation : au premier Code, au Digeste et aux Institutes (voy. *Corpus Iuris Civilis**).

TRIBONIANUS (Tribonien)

Coordinateur et principal réalisateur de la Compilation de Justinien (voy. *Corpus Iuris Civilis**), Tribonien nous est paradoxalement peu connu : il était « questeur du sacré palais » au début de la Compilation et après une éclipse on le retrouve avec la même charge à partir de 529 de notre ère. La Compilation terminée, il restera en poste et sera l'inspirateur des Nouvelles. Si l'on ajoute que Justinien n'était pas expert en matière juridique, il est clair que c'est à Tribonien que l'on doit essentiellement l'ensemble de l'oeuvre législative de Justinien.

On le décrit par ailleurs comme remarquablement intelligent, mais aussi comme cupide. Il est mort entre 541 et 543.

Domitius ULPIANUS (Ulpien)

Originaire de Tyr en Syrie (actuellement au Liban), Ulpien devait être issu d'une famille provinciale jouissant depuis assez longtemps du droit de cité romain. Il fut assesseur du préfet du prétoire Papinien[@] sous Septime Sévère et Caracalla, ensuite sous Alexandre Sévère, préfet de l'annone, pour devenir enfin lui-même préfet du prétoire en 222. Au cours d'un soulèvement de la garde prétorienne, il fut tué en 228.

Son oeuvre comporte de longs commentaires de l'Edit (traitant du droit prétorien) et sur Massurius Sabinus[@] (traitant du droit civil), ainsi qu'une série de monographies et des ouvrages destinés à l'enseignement. L'opinion répandue autrefois, selon laquelle Ulpien serait un pur compilateur et manquerait d'originalité, n'est plus admise aujourd'hui. Sans doute son originalité est-elle moindre que celle d'un Julien[@] ou d'un Paul[@], mais il ne manque ni d'indépendance d'esprit ni de sens pratique.

Par contre, l'ouvrage qu'on lui attribuait naguère, les « Règles d'Ulpien » ou « *Tituli ex corpore Ulpiani* » paraît bien être d'un auteur postclassique inconnu.

Publius Alfenus VARUS

Juriste et sénateur du 1^{er} siècle avant notre ère, il a été un des élèves de Servius Sulpicius Rufus[@]. Originaire de Crémone, il n'est pas issu d'une famille sénatoriale puisque son père (et peut-être lui-même) était cordonnier. Sa nomination en tant que Consul en 39 avant notre ère, alors qu'il est un *homo novus* est sans doute une des conséquences de la guerre civile qui a suivi l'assassinat de César. La suite de sa carrière politique n'est pas connue.

Il est l'auteur de *Digesta*, une oeuvre juridique de 40 livres.

Table des matières

Préface – avertissement	3
Chapitre 1 – Histoire du droit romain	4
PARTIE A : SCRIPTS.....	5
1) L'ancien droit (753-280 avant notre ère)	5
2) Le droit préclassique (280-27 avant notre ère)	7
3) Le droit classique (27 avant notre ère – 284).....	10
4) Le droit postclassique (284 – 527).....	12
5) Le droit de Justinien (527– 565)	14
PARTIE B : TEXTES ET TABLEAUX.....	18
1) Ancien droit	18
2) Droit préclassique	19
3) Droit classique	20
4) Droit postclassique.....	21
5) Droit de Justinien.....	22
Chapitre 2 - Les sources du droit romain.....	23
PARTIE A : SCRIPTS.....	24
1) La loi.....	24
2) Les édits des magistrats	27
3) La constitution impériale	28
4) Les réponses des prudents.....	30
5) Comparaison des Institutes de Gaius et de Justinien sur la présentation des sources de droit....	32
PARTIE B : TEXTES	35
Texte 2.1 (<i>ancien 12</i>) Gai. 1.2-7	35
Texte 2.2 (<i>ancien 12 bis</i>) I. 1.2.4-6.....	36
Chapitre 3 - La deuxième vie du droit romain.....	37
PARTIE A : SCRIPTS.....	38
1) Le droit appliqué en Occident après les invasions barbares	38
2) La redécouverte du Digeste et les glossateurs	39
3) Les Humanistes et le <i>mos gallicus</i>	42
4) Les Lumières, les codifications et le droit romain	44
Chapitre 4 – Procédure et monde romain.....	49
PARTIE A : SCRIPTS.....	50
1) La procédure en ancien droit : les <i>legis actiones</i>	50
2) La procédure en droit préclassique et classique : La procédure formulaire.....	52
3) Procédure et monde romain La procédure extraordinaire	54
4) Les personnes et les choses	56
5) Les modes de transfert de propriété	59

PARTIE B : TEXTES.....	62
Texte 4.1 (ancien 1 ^{er}) D. 1.1.1pr.	Erreur ! Signet non défini.
Texte 4.2 (ancien 2) D. 1.3.17	Erreur ! Signet non défini.
Texte 4.3 (ancien 3a) D. 1.1.1.2.....	Erreur ! Signet non défini.
Texte 4.4 (ancien 3b) Glose <i>ad singulorum</i>	Erreur ! Signet non défini.
Texte 4.5 (ancien 9) Gai. 4.16.....	62
Texte 4.6 (ancien 91) Gai. 4.17	62
Texte 4.7 (ancien 4) <i>Rei vindicatio</i>	63
Texte 4.8 (ancien 5) <i>Condictio certae creditae pecuniae</i>	63
Texte 4.9 (ancien 5bis).....	63
Texte 4.10 (ancien 6) Gai. 3.90	64
Texte 4.11 (ancien 7) D. 12.1.11.1	64
Texte 4.12 (ancien 8) Gai. 1.119-122	64
Texte 4.13 (ancien 10) Gai. 2.24	65
Texte 4.14 (ancien 11) Gai. 2.18-20.....	66
Texte 4.15 (ancien 110) Gai. 2.16.....	66
Chapitre 5 – le droit de propriété.....	67
PARTIE A : SCRIPTS.....	68
1) La propriété en ancien droit : caractéristiques et limites.....	68
2) La propriété en ancien droit : la preuve d'un droit absolu	70
3) La propriété en droit classique : L'évolution de la propriété quiritaire.....	72
4) La propriété en droit classique : La propriété prétorienne ou bonitaire	75
5) La propriété provinciale et le retour à une conception unique du droit de propriété.....	78
6) La prescription acquisitive de propriété	81
PARTIE B : TEXTES	84
Texte 5.1 (ancien 13 a) XIIITab.7.8.A.....	84
Texte 5.2 (ancien 13 b) D. 40.7.21pr.....	84
Texte 5.3 (ancien 92) D. 39.3.1pr.	84
Texte 5.4 (ancien 93) Cic., Top. 3.39	84
Texte 5.5 (ancien 14) D. 39.3.1.1	85
Texte 5.6 (ancien 15) D. 39.3.1.21	85
Texte 5.7 (ancien 16) D. 39.3.2.5-6.....	85
Texte 5.8 (ancien 83) D. 39.3.2pr.	86
Texte 5.9 (ancien 17) D. 39.3.6.7.....	87
Texte 5.10 (ancien 18) D. 8.5.8.5-7.....	87
Texte 5.11 (ancien 77) Gai. 2.40-41.....	88
Texte 4.14 (ancien 11) Gai. 2.18	Erreur ! Signet non défini.
Texte 5.12 (ancien 78) D. 30.114.14.....	89

Texte 5.13 (ancien 79) C. 4.51.7.....	89
Texte 5.14 (ancien 80) C. 11.59.8.....	90
Texte 5.15 (ancien 81) C. 11.59.11	90
Texte 5.16 (ancien 19) D. 41.3.1	Erreur ! Signet non défini.
Texte 5.17 (ancien 94) Gai. 2.44	Erreur ! Signet non défini.
Texte 5.18 (ancien 28) D. 8.4.13.1.....	91
Texte 5.19 (ancien 29) CTh. 10.19.1	91
Chapitre 6 : les démembrements du droit de propriété.....	92
PARTIE A : SCRIPTS.....	93
1) Les servitudes.....	93
2) L'usufruit.....	95
3) La superficie.....	98
4) L'emphytéose.....	100
PARTIE B : TEXTES	103
Texte 6.1 (ancien 102) Gai. 2.17	103
Texte 6.2 (ancien 30) D. 8.1.15.1	103
Texte 6.3 (ancien 31) D. 8.5.6.2	103
Texte 6.4 (ancien 32) D. 8.3.31	104
Texte 6.5 (ancien 33) D. 18.6.8.2.....	104
Texte 6.6 (ancien 34a) D. 7.5.1.....	105
Texte 6.7 (ancien 34b) D. 7.5.2.1.....	105
Texte 6.8 (ancien 82) Gai. 2.73	105
Texte 6.9 (ancien 35) Gai. 3.145.....	105
Texte 6.10 (ancien 96) Gai. 3.146-147	106
Texte 6.11 (ancien 36) C. 4.66.1.....	106
Chapitre 7 – Les droits de créance.....	108
PARTIE A : SCRIPTS.....	109
1) Délits et créances en ancien droit.....	109
2) Délits et créances en droit classique.....	111
3) Délits et créances en droit postclassique.....	114
4) L'invention de la bonne foi.....	117
PARTIE B : TEXTES	120
Texte 7.1 (ancien 37) Inst. 3.13pr.....	120
Texte 7.2 (ancien 38) XIIITab. 6.1.....	120
Texte 7.3 (ancien 84) Gai. 3.135-136	120
Texte 7.4 (ancien 39) D. 50.16.219.....	120
Texte 7.5 (ancien 40) D. 34.5.26.....	121
Texte 7.6 (ancien 58) D. 12.1.32.....	121

Texte 7.7 (ancien 41) D. 18.1.9pr.	121
Texte 7.8 (ancien 42) D. 18.1.41.1	122
Texte 7.9 (ancien 43) Inst. 3.19.23.....	122
Texte 7.10 (ancien 100) D. 45.1.134pr.....	122
Texte 7.11 (ancien 44 a) C. 3.1.8.....	123
Texte 7.12 (ancien 44 b) C. 1.14.1	123
Texte 7.13 (ancien 20) Cic. Att. 6.1.15.....	123
Texte 7.14 (ancien 21) Gai. 4.119.....	124
Texte 7.15 (ancien 22) D. 2.14.7.9.....	124
Texte 7.16 (ancien 23) D. 4.3.1.2.....	124
Texte 7.17 (ancien 24) D. 4.3.7.3.....	125
Texte 7.18 (ancien 25) D. 44.4.8pr.-1.....	125
Texte 7.19 (ancien 26) Gai. 4.36	125
Texte 7.20 (ancien 27) D. 44.4.4.32.....	126
Chapitre 8 : les délits	127
PARTIE A : SCRIPTS.....	128
1) Le <i>furtum</i> – le vol.....	128
2) L' <i>iniuria</i> – l'injure	130
3) La <i>Lex Aquilia</i> – La responsabilité délictuelle.....	132
PARTIE B : TEXTES	135
Texte 8.1 (ancien 48) Les lanceurs de javelot D. 9.2.9.4.....	135
Texte 8.2 (ancien 47) L'élagueur D. 9.2.31.....	135
Texte 8.3 (ancien 63) D. 9.2.49.1	135
Texte 8.4 (ancien 101) Gai. 3.210-211	136
Texte 8.5 (ancien 45) D. 9.2.7.7	136
Texte 8.6 (ancien 46) – Les mules sur le Capitole D. 9.2.52.2	136
Texte 8.7 (ancien 66) – Le sanglier pris au piège dans un collet D. 41.1.55.....	137
Texte 8.8 (ancien 97) D. 41.1.3	138
Texte 8.9 (ancien 98) D. 41.1.5.1.....	138
Texte 8.10 (ancien 49) – Le cas du barbier D. 9.2.11pr.	139
Texte 8.11 (ancien 65) D. 43.24.7.4.....	139
Texte 8.12 (ancien 64) D. 47.9.3.7.....	140
Texte 8.13 (ancien 107) D. 43.24.18pr.....	140
Texte 8.14 (ancien 103) D. 9.2.29.3.....	140
Texte 8.15 D. 47.9.1pr.....	141
Texte 8.16 (ancien 105) D. 47.9.3.3.....	141
Texte 8.17 (ancien 106) D. 47.9.4pr.-1.....	141
Texte 8.18 (ancien 69) D. 9.2.15.1	142

Texte 8.19 D. 9.2.36.1.....	142
Texte 8.20 (ancien 67) D. 9.2.11.3.....	143
Texte 8.21 (ancien 68) D. 9.2.51.....	143
Chapitre 9 – Les contrats.....	145
PARTIE A : SCRIPTS.....	146
1) La stipulation.....	146
2) Le <i>depositum</i> – Le dépôt.....	148
3) L' <i>emptio venditio</i> - La vente.....	151
4) La <i>locatio conductio</i> – La location.....	155
PARTIE B : TEXTES.....	157
Texte 9.1 (ancien 52) D. 16.3.32.....	157
Texte 9.2 (ancien 53) D. 17.2.72.....	157
Texte 9.3 (ancien 54) D. 12.1.9.9.....	157
Texte 9.5 (ancien 108) D. 19.1.13.20.....	158
Texte 9.6 (ancien 55) D. 18.6.13-15.....	158
Texte 9.7 (ancien 70) D. 44.7.45.....	159
Texte 9.8 (ancien 71) D. 18.4.21.....	159
Texte 9.9 (ancien 72) D. 14.2.10.1.....	159
Chapitre 10 – les obligations de sources diverses.....	161
PARTIE A : SCRIPTS.....	162
1) La <i>communio</i> – L’indivision.....	162
2) Le <i>negotium gestum</i> – La gestion d’affaires.....	164
3) L’enrichissement sans cause.....	167
PARTIE B : TEXTES.....	170
Texte 10.1 (ancien 86) D. 3.5.5.1.....	170
Texte 10.2 (ancien 87) D. 3.5.9.1.....	170
Texte 10.3 (ancien 88) D. 3.5.5.5.....	170
Texte 10.4 (ancien 59) – Le kidnapping lusitanien D. 3.5.20pr.....	171
Texte 10.5 (ancien 60) Le pupille autonome D. 12.1.19.1.....	171
Texte 10.6 (ancien 75) Le mur mitoyen D. 39.2.35-37.....	172
Texte 10.7 (ancien 51) L’esclave aux deux pécules D. 41.1.43.2.....	172
Textes additionnels.....	173
Texte 11.1 (ancien 56) Expropriation D. 19.2.33.....	173
Texte 11.2 (ancien 57) Novation Gai. 2.38.....	173
Texte 11.3 (ancien 61) donation à une femme D. 12.4.9pr.-1.....	174
Texte 11.4 (ancien 62) Gage sur fonds de commerce D. 20.1.34pr.....	174
Texte 11.5 (ancien 73) Responsabilité du mari par rapport à la dot D. 25.1.4.....	174
Texte 11.6 (ancien 74) L’esclave dû au titre de dot D. 23.3.56pr.....	175

Texte 11.7 (ancien 76) Latinus Largus et l'hypothèque D. 44.2.30.1	175
Texte 11.8 (ancien 89) cautionnement Gai. 3.120.....	176
Texte 11.9 (ancien 90) Maltraitance d'esclaves Gai. 1.52-53.....	Erreur ! Signet non défini.
Texte 11.10 (ancien 95) Canius Cic. Off. 3.14.58-60.....	176
Texte 11.11 (ancien 104) actio de incendio D. 47.3.9pr.....	177
Texte 11.12 (ancien 109) sévérité des legis actiones Gai. 4.11	177
Petit lexique de droit romain.....	179
Petites biographies romaines	195