

Jean-François GERKENS  
Docteur en droit  
Assistant à la Faculté de Droit de Liège

# « AEQUE PERITURIS... »

**Une approche  
de la causalité dépassante  
en droit romain classique**

Ed. Collection Scientifique de la Faculté de Droit de Liège  
1997

## AVANT-PROPOS

Qu'il me soit ici permis de remercier toutes les personnes qui m'ont aidé ou soutenu dans la rédaction de ce livre.

Au premier rang de ceux-ci, il va de soi que cet ouvrage doit beaucoup aux éminents conseils que m'ont prodigués M. Fritz Sturm, Professeur à Lausanne, et M. Roger Vigneron, Professeur à Liège. La confiance et l'attention qu'ils m'ont accordées m'ont fourni la motivation indispensable à l'aboutissement heureux de ma thèse de doctorat.

Je voudrais également remercier Etienne Famerie, premier assistant à la Faculté de Philosophie et Lettres de l'Université de Liège, dont l'aide m'a été essentielle dans l'approfondissement de la critique de texte.

Il y a également mon épouse Annick et mon fils Guillaume, qui ont dû supporter mes nombreuses — et parfois longues — absences, lorsque je voyageais à travers l'Europe, à la recherche d'un article, d'un ouvrage ou d'un manuscrit... Leur patience et leur présence à mes côtés ont été pour moi un stimulant irremplaçable.

Je voudrais aussi remercier la Faculté de Droit de l'Université de Liège — en particulier mes collègues assistants — qui eux non plus n'ont pas été avares d'encouragements et m'ont souvent été d'une grande aide.

Enfin, que tous ceux qui, de près ou de loin, m'ont aidé et soutenu dans la réalisation de ma thèse de doctorat trouvent ici un témoignage de ma profonde reconnaissance.

Liège, le 26 septembre 1997

J.-F. G.

## PRÉFACE

*Parmi les questions qui, dès ma première année de droit, m'ont tenu en haleine, figure en premier lieu celle de la causalité hypothétique. C'est là en effet un problème qui, après la deuxième guerre mondiale, bénéficiait d'un sensible regain d'intérêt.*

*Faut-il s'en étonner ? Pendant et après les hostilités, on tâchait de s'approprier des biens publics avant que l'ennemi s'en saisisse. On ne se gênait guère de piller avant que l'ennemi ne le fasse.*

*La responsabilité de la troupe était-elle engagée lorsqu'en retraite elle vidait des caves de foyers d'officiers quelques heures avant l'arrivée de l'ennemi ? Les autorités civiles n'avaient-elles pas le devoir moral de fracturer les portes des dépôts de l'armée pour distribuer les vivres, provisions qui autrement seraient tombées entre les mains de l'occupant ?*

*Des jeunes qui volaient dans les forêts les bûches entassées pour apporter du bois aux vieillards qui ne pouvaient pas se chauffer, répondaient-ils de leurs actes alors qu'il était avéré que tout ce bois aurait été séquestré par l'occupant et transporté à l'étranger ?*

*Les interventions licites ou illicites de particuliers, de soldats ou d'autorités civiles ne prévenaient-elles pas le sort de biens que le propriétaire était de toute manière condamné à perdre, dont personne ne pouvait plus garantir l'intégrité ?*

*Le problème n'était cependant pas nouveau. En Allemagne, le Reichsgericht s'en était déjà occupé avant la première guerre mondiale. Et entre les deux guerres la doctrine allemande ne l'avait pas perdu de vue.*

*Faut-il, par analogie aux art. 287, phrase 2, et 848 C.civ. allem., aux art. 565 et 705 C.comm. allem., et à l'art. 44 loi allem. sur la navigation fluviale, nier l'existence d'un dommage lorsque les juges du fond constatent à l'audience de jugement que le demandeur ne peut plus invoquer de dommage imputable au défendeur, car, compte tenu d'événements se déroulant à la suite de l'atteinte à son droit, il se trouve dans une situation financière aussi mauvaise ou encore plus catastrophique ? Ou faut-il plutôt admettre que le dommage causé par la violation du droit ne peut être gommé postérieurement, effacé successivement par un fait dommageable apte à provoquer une diminution de patrimoine équivalente ou même majeure ? Et une fois admise la rigueur de cette deuxième solution, peut-on au moins la modérer en prenant en considération des faits dommageables qui, au moment de la réalisation effective du dommage, existaient*

déjà en germe, à l'état embryonnaire, déployaient déjà une menace ? C'est d'ailleurs cette hypothèse modératrice qui seule mérite d'être appelée « überholende Kausalität ». En effet, une chaîne de causalité ne saurait être dépassée lorsqu'elle n'existe pas encore en tant que menace dans l'optique du juriste, voire du commun des mortels.

Ces questions intriguaient non seulement les étudiants, mais aussi beaucoup de civilistes allemands et suisses. Et pendant presque 40 ans après la deuxième guerre mondiale des flots d'encre ont été versés par des chercheurs pour y voir plus clair. Mais, curieusement, même ceux qui avaient une formation historique n'examinaient pas quelle a été, dans ce domaine, la position des jurisconsultes romains, celle des glossateurs, postglossateurs, humanistes voire pandectistes. Avaient-ils perçu le problème, proposé des solutions ?

Comme, en 1951, aucune étude n'avait touché ces questions, je désirais y consacrer ma thèse de doctorat. Seulement mon Maître, le professeur Philippe Meylan, m'en déconseilla : Le problème ne l'intéressait guère et il craignait que je ne m'égare.

J'eus moins de scrupules lorsque j'étais devenu son successeur et proposai le sujet à mon premier doctorant en 1964. Hélas ! ce fut un échec ! Le candidat capitula après une année de recherches et renonça de ce fait définitivement à faire une thèse.

J'eus donc l'intention d'étudier l'histoire de la causalité hypothétique moi-même. Mais tiraillé entre le droit romain, l'histoire du droit, le droit civil et le droit international privé je n'y avais jamais vraiment trouvé le temps. Voyant les années s'enfuir et le troisième âge s'approcher, j'ai décidé de laisser mon plus beau sujet à un étudiant désirant faire une thèse de droit romain.

Ce fut Jean-François Gerkens, l'élève de mon élève Roger Vigneron. Pendant les trois ans que j'ai pu guider ses analyses et encourager ses recherches, j'en ai fait profiter aussi mes étudiants lausannois. Dans le séminaire de droit romain, obligatoire à Lausanne pour tous les étudiants envisageant de faire une thèse dans quelque matière que ce soit, je traitais les projets d'exégèse du jeune assistant liégeois et les faisais analyser voire critiquer par mes étudiants, élite de la 4<sup>e</sup> ou de la 5<sup>e</sup> année de droit. Une vraie initiation et coopération à la recherche historique.

Jean-François Gerkens examine tous les textes du Corpus iuris civilis, qui, de près ou de loin, abordent la question de la causalité dépassante : responsabilité délictuelle, responsabilité contractuelle, obligations du mari quant à la dot de son épouse, participation aux frais de la démolition et de la reconstruction d'un mur mitoyen ne remplissant plus sa fonction.

Rares sont les thèses qui donnent des exégèses complètes. A vrai dire, Jean-François Gerkens examine non seulement la forme des textes, met-

*tant parfois en évidence même des erreurs du grand Mommsen, mais l'assistant liégeois analyse aussi tous les essais d'explication tentés jusqu'alors et en particulier les critiques interpolationnistes que l'approche plus conservatrice de nos sources, aujourd'hui de mode, croit pouvoir négliger voire passer complètement sous silence « Verdächtig, aber inhaltlich echt ! » disait-on naguère ... Mais encore ! ?*

*Les résultats auxquels M. Gerkens arrive ne pèchent pas par un dogmatisme tranchant. Bien au contraire, ils sont très nuancés et se laissent ramener aux cinq thèses suivantes :*

*1) La causalité dépassante n'est pas un concept romain. Il n'en est pas moins vrai que les juristes classiques tiennent compte de faits dommageables hypothétiques. Aedibus aequè perituris. Ea navigatione utraque navis periiit. Parietem communem utique demoliri oportuit.*

*2) En matière de responsabilité délictuelle une chaîne de causalité hypothétique est prise en considération lorsque, pour l'oeil du juriste, elle existe visiblement à l'état embryonnaire au moment de la réalisation au dommage effectif. En d'autres termes, lorsqu'elle constitue déjà une menace réelle, évaluable, pour le bien détruit par un fait dommageable antérieur. De plus, la chaîne de causalité dépassée doit avoir son origine dans une force naturelle (tempête, incendie) et non pas dans une action ou inaction humaine. Autrement les juristes classiques auraient dû admettre l'impunité des deux auteurs de délits. En effet, tant l'auteur du fait dommageable effectif que l'auteur du fait dommageable hypothétique auraient pu invoquer l'argument aequè perituris (il serait mort de toute façon).*

*3) En revanche, en matière de responsabilité contractuelle aussi bien qu'en matière de responsabilité fondée sur des *variae causarum figurae*, l'existence d'une chaîne de causalité hypothétique dépassée par le fait dommageable effectif ne conditionne point la libération du débiteur. Les juristes romains n'imputent l'inexécution d'une obligation contractuelle à la perte fortuite hypothétique que pour autant qu'elle soit postérieure à la faute contractuelle et que le débiteur ne soit pas en demeure.*

*4) Les règles des législations modernes qui, en matière de responsabilité contractuelle, imputent le dommage à des événements hypothétiques (art. 1302, al. 2, C.civ. ; art. 1221 C.civ.it. ; art. 103, al. 2, CO suisse ; art. 287 C.civ.allem. ; art. 84 C.civ.néerl.) ne remontent pas au droit romain, car c'est précisément en cas de demeure que ces normes laissent échapper le débiteur à sa responsabilité.*

*5) Le futur code des contrats européen doit condamner ces solutions laxistes et retourner à la rigueur romaine. Le *topos perpetuari obligationem* est appelé à régner en maître en interdisant la prise en considération de cas fortuits hypothétiques survenus pendant la demeure du débiteur.*

*Qu'il me soit permis en guise de conclusion de dire toute la joie et la légitime fierté que j'éprouve à présenter un ouvrage dont j'ai pu suivre, pas à pas, l'élaboration tout en laissant au candidat la liberté absolue des solutions choisies qui ne correspondent d'ailleurs pas toujours aux miennes. Il ne me reste qu'à souhaiter que son ouvrage serve d'exemple à d'autres jeunes juristes et qu'il les incite à dédier quelques années de leur vie à la recherche désintéressée des origines du droit civil européen.*

Fritz STURM

PROFESSEUR À LA FACULTÉ DE DROIT  
DE L'UNIVERSITÉ DE LAUSANNE

## INTRODUCTION

Le sujet que le Professeur Sturm nous a suggéré d'étudier dans la présente thèse, est celui du « dépassement causal » ou de la « causalité dépassante » (1), phénomène que la doctrine allemande appelle : « *überholende Kausalität* ».

Dans bon nombre de pays, le problème est très controversé dans la doctrine et dans la jurisprudence. Aussi est-il intéressant de remonter le cours de l'histoire, à la recherche des premières analyses dont notre problème a fait l'objet. Comme le lecteur s'en doutera, ces origines sont à chercher dans les solutions des cas pratiques auxquels les jurisconsultes romains ont été confrontés.

Le champ principal de nos recherches est donc le droit romain classique. Mais avant d'aborder le droit romain lui-même, il nous a semblé intéressant d'examiner très brièvement l'intérêt que suscite la question du dépassement causal dans différents droits positifs proches du nôtre.

#### A. — Première approche du phénomène de la causalité dépassante

La manière la plus suggestive de faire une première approche du phénomène de la causalité dépassante est de recourir à l'exemple. On trouve de tels exemples dans la jurisprudence de presque tous les systèmes juridiques voisins. Il est vrai que les exemples qui suivent sont, à certains égards, très différents les uns des autres. Si nous les avons néanmoins repris ici sans les distinguer, c'est en raison du fait que la doctrine a souvent désigné par le vocable « causalité dépassante » — ou « causalité hypothétique » — des réalités très différentes. Avant de donner notre définition de la causalité dépassante, voici d'abord les exemples annoncés.

Commençons par quelques cas tirés de la jurisprudence allemande et proposés par von Caemmerer (2), auteur d'un article essentiel sur le sujet de la causalité dépassante, en droit allemand :

Dans un arrêt du 27 décembre 1937 (3), le « Reichsgericht » s'est prononcé sur le cas suivant :

---

(1) Cette traduction est également celle de : DESCHENAUX H. et TERCIER P., *La responsabilité civile*, 2<sup>e</sup> édition, Berne, 1982, p. 56.

(2) VON CAEMMERER E., « Das Problem der überholenden Kausalität », in *Gesammelte Schriften I*, Tübingen, 1968, pp. 428 et s.

(3) *Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen*, 156 (1938), pp. 187 et s.



*Un fermier se plaint de l'inondation de ses cultures suite à l'ouverture des vannes d'une écluse. La Cour a décidé que l'éclusier ne serait pas tenu, s'il pouvait prouver qu'en n'ouvrant pas les vannes, la crue des eaux aurait provoqué l'effondrement du barrage et que cela aurait eu pour conséquence que les cultures du fermier auraient de toute façon été inondées.*

Dans un arrêt du 18 octobre 1951 (4), la Cour fédérale allemande a pris position sur le cas suivant :

*Un bulldozer provoque fautivement l'écroulement d'une maison, à propos de laquelle il s'avère par la suite qu'elle se serait de toute façon écroulée, des suites d'un bombardement aérien antérieur. La Cour a décidé que le conducteur du bulldozer ne pouvait être tenu de l'écroulement de la maison.*

Dans un arrêt du 10 juillet 1959 (5), la même Cour est confrontée à :

*Une intervention chirurgicale ophtalmologique est entreprise sans l'accord requis du patient et cause sa cécité. La Cour décide que le médecin ne sera pas tenu de sa responsabilité s'il parvient à prouver qu'en l'absence de son intervention, la maladie du patient aurait de toute façon causé la cécité.*

En Italie, dans un arrêt du 26 mars 1990 (6), la Corte di cassazione s'est prononcée sur le cas suivant :

*Un homme souffrant d'une tumeur (néoplasie extramédullaire) est opéré (laminectomie) par un médecin qui n'a aucune compétence particulière en la matière et qui n'a pas effectué les analyses préalables qu'il aurait dû entreprendre. Par sa maladresse, le médecin cause une immédiate et complète paralysie de toute la partie inférieure du corps du patient. La Cour a admis que dans l'évaluation du dommage, il fallait tenir compte du fait que tôt ou tard, la maladie dont souffrait le patient aurait de toute façon abouti à cette paralysie.*

On peut trouver des exemples similaires de prise en compte des prédispositions pathologiques (7) du patient, dans la jurisprudence belge. À ce propos, notre Cour de cassation (8) s'est exprimée comme suit :

*Attendu que lorsqu'un acte illicite est la cause d'un dommage, l'auteur doit en supporter toutes les conséquences, y compris celles liées à l'action invalidante de l'état antérieur, sauf s'il s'agit de conséquences qui seraient de toute manière survenues, même en l'absence de cette faute.*

Dans un arrêt du 1<sup>er</sup> décembre 1931 (9), le Tribunal fédéral helvétique avait été amené à prendre position dans le cas suivant :

*Une piétonne est victime d'un accident mortel causé par la négligence d'un automobiliste. Il est cependant avéré qu'elle souffrait d'une artériosclérose sévère,*

(4) *Monatsschrift für Deutsches Recht*, 6 (1952), pp. 214 et s.

(5) *Juristenzeitung*, 14 (1959), pp. 773 et s.

(6) *Giurisprudenza Italiana*, 143 (1991), I, 1, pp. 600 et s.

(7) Sur cette question, v. également *infra*, introduction point C.

(8) Cass. (2<sup>e</sup> ch.), 6 janvier 1993, *Pas.*, 1993, I, pp. 11 et s.

(9) *Arrêts du Tribunal fédéral suisse*, 57 (1931), II, pp. 540 et s.

à laquelle elle aurait de toute façon succombé peu de temps après. Le Tribunal a décidé que l'automobiliste était malgré tout tenu, en raison de l'anticipation du décès (10).

Le même Tribunal, dans un arrêt du 23 novembre 1970 (11) est saisi du cas suivant :

*Une avalanche déclenchée artificiellement détruit des bâtiments. Il est possible que l'avalanche, qui se serait abattue naturellement, eût causé le même dommage. Le Tribunal a cependant rejeté cet argument, car une simple possibilité ne peut suffire, il aurait fallu prouver que l'avalanche se serait de toute façon abattue sur les bâtiments en question.*

Le droit anglo-saxon (12) nous fournit également des exemples. Ainsi, la Chambre des Lords (13) a eu à connaître du cas suivant :

*Le 12 septembre 1964, X traverse une route à pied et est renversé par le véhicule conduit par Y. X est blessé à la jambe gauche et subit une certaine invalidité. Le jugement de cette affaire n'a lieu que le 26 février 1968. Peu de temps avant ce jugement, le 29 novembre 1967, X est victime d'une attaque à main armée et est atteint d'une balle de révolver dans la même jambe, laquelle est immédiatement amputée. Se posait alors la question suivante : fallait-il oui ou non tenir compte de l'amputation de la jambe de X, dans l'évaluation du dommage causé par Y? En l'occurrence, la Chambre des Lords a décidé qu'il ne fallait pas tenir compte de cette amputation. Lord Pearson (14) justifie cette solution par le fait que dans le cas contraire, Z aurait dû être tenu de la totalité du dommage, or en tirant une balle sur X, l'auteur (Z) de l'attaque à main armée n'a pas tiré sur une personne entièrement saine de corps. Z ne peut dès lors être tenu qu'en tant qu'il a aggravé l'état de quelqu'un qui était déjà handicapé.*

Les cas envisageables ne se limitent pas au cas de responsabilité extra-contractuelle. On trouve également des exemples en matière

(10) Le même Tribunal s'est encore prononcé sur le problème des prédispositions pathologiques dans un arrêt plus récent : *Arrêts du Tribunal fédéral suisse*, 113 (1987), II, pp. 86 et s.

(11) *Arrêts du Tribunal fédéral suisse*, 96 (1970), II, pp. 172 et s. V. aussi : *Arrêts du Tribunal fédéral suisse*, 87 (1961), II, p. 364 et s. : Un avocat commis d'office omet d'intenter une action en paternité pendant le délai prévu. Sa cliente intente une action en responsabilité contre lui. L'avocat se défend notamment en invoquant que même s'il avait observé le délai pour l'action, il n'en était pas pour autant certain que cette action aurait abouti à la reconnaissance de la paternité. Le Tribunal a rejeté l'argument de l'avocat, admettant que l'issue de l'action en paternité était certaine.

(12) Pour la causalité en droit anglo-saxon, l'ouvrage de référence est : HART H.L.A. et HONORÉ T., *Causation in the Law*, 2<sup>e</sup> édition, Oxford, 1985.

(13) V. *Baker vs Willoughby*, in *Law Reports — Appeal Cases*, 1970, pp. 467 et s.

(14) *Baker vs Willoughby*, p. 495.

contractuelle. Voici par exemple la substance d'une décision du Tribunal fédéral helvétique (15) :

*A et B, copropriétaires d'un terrain ont conclu un pré-contrat avec C, acheteur potentiel. Ce pré-contrat prévoyait que le contrat de vente devait être conclu dans les 30 jours consécutifs à l'octroi d'un permis de bâtir pour le terrain en question. A et B s'engageaient en outre à participer activement à la procédure permettant d'obtenir le permis de bâtir. Le pré-contrat devait perdre ses effets si, dans les six ans, le contrat de vente n'avait pas été conclu. A n'a fait aucune demande de permis de bâtir dans le délai de six ans. C introduit dès lors une demande en dommages-intérêts contre A, pour non-respect de ses engagements contractuels. Le Tribunal fédéral a cependant rejeté cette demande, car même si A avait fait la demande de permis de bâtir, il lui aurait été impossible de l'obtenir dans le délai requis, en raison de l'intervention de tiers. Il s'avère en effet que la population était opposée au projet immobilier de C.*

Comme nous l'annonçons, les exemples sont divers et nombreux. Si l'on devait leur trouver un dénominateur commun, on pourrait retenir qu'à chaque fois, celui à qui l'on veut faire porter la responsabilité du dommage subi peut invoquer le fait que le dommage se serait de toute façon réalisé, même en l'absence de l'acte qu'il a posé. À chaque fois également, deux faits semblent avoir été aptes à causer le même dommage, mais un seul l'a causé effectivement.

Le moment est venu de définir ce que nous entendons précisément par « dépassement causal » ou « causalité dépassante » ou encore « causalité hypothétique ».

---

(15) Arrêt du 28 novembre 1989, in *Arrêts du Tribunal fédéral suisse*, 115 (1989), II, pp. 440 et s. Cet arrêt est discuté par Studhalter (*Die Berufung des präsumtiven Haftpflichtigen auf hypothetische Kausalverläufe*, Thèse, Zürich 1995, p. 67), auteur d'une thèse de doctorat récente, entièrement consacrée au sujet de la causalité hypothétique en droit suisse et en droit allemand. V. également : *Arrêts du Tribunal fédéral suisse*, 39 (1913), II, pp. 463 et s : Un contrat de bail est conclu pour une période de six ans, avec la particularité que le loyer devra être renégocié après deux ans pour la période des trois dernières années. En cas de désaccord à l'occasion de cette négociation, il est prévu que le bail sera résilié un an après l'échec des négociations (soit après trois ans de bail). Le bailleur résilie cependant le bail sans respecter les formes et le locataire perd la jouissance du bail après deux ans et deux mois. Le locataire demande réparation du *lucrum cessans* pour les trois ans et dix mois dont il n'a pu jouir du bien. Le Tribunal fédéral n'a pas suivi le bailleur lorsqu'il a invoqué que de toute façon, le bail aurait pris fin après la première période de trois ans, car ils ne seraient jamais tombés d'accord dans le cadre de la renégociation du loyer. Le Tribunal a considéré que l'échec des négociations n'était pas prouvé et que le *lucrum cessans* devait être évalué sur base d'une jouissance des lieux de six ans.

## B. — Définitions

Notre but est d'examiner les textes du Digeste dans lesquels on peut trouver des cas intéressant le problème de la « causalité dépassante ». Pour faire ce type de recherche dans le Digeste, il faut bien entendu déterminer dans quelles conditions l'on se trouve dans un cas de causalité dépassante. Il est dès lors indispensable de préciser ce que l'on entend par là.

### 1. — LA DÉFINITION LARGE DU DÉPASSEMENT CAUSAL

La réalité couverte par ce terme n'est pas toujours bien définie. Certains auteurs utilisent cette expression dans une acception large. Voici, par exemple, la définition qu'en donne Hausmaninger (16) : « Von überholender Kausalität spricht man, wenn ein Ereignis einen Schaden real herbeigeführt und ein anderes Ereignis denselben Schaden bewirkt hätte, wenn ihm das erstgenannte Ereignis nicht zuvorgekommen wäre ».

Il s'agit là de la définition la plus large. Il y aurait donc causalité dépassante à chaque fois qu'un fait cause réellement un dommage et qu'un autre fait aurait réalisé le même dommage, si le premier ne l'avait pas déjà réalisé. Par exemple : Primus détruit la maison de Secundus ; deux mois plus tard, un incendie ravage tout le quartier, et la maison de Secundus aurait donc de toute façon péri.

### 2. — LA DÉFINITION RESTRICTIVE DU DÉPASSEMENT CAUSAL

Souvent, les auteurs (17) considèrent que cette définition est trop large et lui préfèrent une définition plus restrictive, comme celle qui nous est proposée, par exemple, par Ankum (18) : « Nach modernen Einsichten spricht man von überholender Kausalität wenn ein bestimmtes Ereignis stattgefunden hat, wodurch später eine bestimmte

(16) HAUSMANINGER H., *Schadenersatzrecht der Lex Aquilia*, 5. Aufl., Wien, 1996, p. 19.

(17) V. par ex. : NIEDERLÄNDER H., « Schadenersatz bei hypothetischen Schadensereignissen », *AcP*, 153 (1954), p. 42, note 6 ; SCHINDLER K.H., « Ein Streit zwischen Julian und Celsus », *ZSS*, 74 (1957), pp. 201 et s. ; MEDICUS D., *Bürgerliches Recht*, 16. Aufl., Köln, 1993, n° 849.

(18) ANKUM H., « Das Problem der 'überholenden Kausalität' bei der Anwendung der lex Aquilia im klassischen römischen Recht », *Festgabe von Lübtow zum 80. Geburtstag*, Berlin, 1980, p. 326.

Folge eingetreten wäre, und, bevor es so weit kommt, ein zweites Ereignis geschieht, das unmittelbar zu dieser Folge führt ».

D'après cette deuxième définition, il ne suffit plus de constater que le dommage eût été réalisé même en l'absence du fait qui l'a réellement causé, il faut en plus que le fait qui aurait pu le réaliser soit antérieur à celui qui l'a réellement réalisé. Comme l'écrivent aussi Niederländer (19), Schindler (20) et Medicus (21), ce n'est que dans une telle situation que l'expression « dépassement causal » convient bien. En effet, on voit bien que dans une telle situation il y a un fait qui dépasse l'autre. Si nous reprenons l'exemple évoqué plus haut, cela signifie qu'il n'y aurait dépassement causal que si l'incendie faisait déjà rage au moment où Primus détruit la maison de Secundus. Alors que l'on pouvait s'attendre à ce que l'incendie détruise la maison, avant qu'il n'en soit ainsi, c'est Primus qui détruit la maison. On peut dire que dans pareille situation, l'acte de Primus a dépassé l'incendie dans la réalisation du dommage.

### 3. — CAUSALITÉ DÉPASSANTE ET DÉPASSEMENT CAUSAL

Les deux premières définitions de la causalité dépassante ont un point commun, elles désignent toutes deux un complexe de faits. Seul le complexe de faits décrit par la seconde définition représente réellement un dépassement. Si l'on veut être réellement précis (22), l'expression « causalité dépassante » ne devrait même pas désigner le complexe de faits lui-même, mais plutôt l'élément de ce complexe qui effectue le dépassement, par opposition à la « causalité dépassée ». Si nous reprenons l'exemple de l'incendie dans sa deuxième mouture, le lien causal fondé sur l'incendie constituerait donc la causalité dépassée, et celui fondé sur l'acte de Primus, la causalité dépassante.

Lorsque l'on entend désigner un complexe de faits par l'expression « causalité dépassante », on use donc d'une métonymie. Il n'en reste pas moins que c'est ainsi que l'entendent généralement les auteurs allemands, lorsqu'ils traitent de la « überholende Kausalität ». En ce sens — c'est-à-dire lorsqu'ils désignent un complexe de faits — causalité dépassante et dépassement causal sont synonymes.

(19) NIEDERLÄNDER H., « Schadenersatz bei hypothetischen Schadensereignissen », *AcP*, 153 (1954), p. 42, note 6.

(20) SCHINDLER K.H., « Ein Streit zwischen Julian und Celsus », *ZSS*, 74 (1957), pp. 201 et s.

(21) MEDICUS D., *Bürgerliches Recht*, 16. Aufl., Köln, 1993, n° 849.

(22) V. par ex. : DESCHENAUX H. et TERCIER P., *La responsabilité civile*, 2<sup>e</sup> édition, Berne, 1982, p. 56.

## 4. — LA CAUSALITÉ HYPOTHÉTIQUE

La réalité décrite par la définition de Hausmaninger ne comporte donc pas nécessairement un dépassement. Pour cette raison, certains auteurs (23) préfèrent, dans ce cas, employer l'expression « causalité hypothétique » plutôt que celle de causalité dépassante. Notons qu'ici également, cette appellation constitue une métonymie, puisque le lien causal hypothétique ne couvre qu'une partie du complexe de faits visé. En effet, ce dernier se caractérise par une mise en concurrence d'un lien causal effectif et d'un lien causal hypothétique. C'est ainsi que d'autres d'auteurs (24) parlent de « Beachtung des hypothetischen Ursachenzusammenhangs » ou bien de « Beachtung der Reserveursache », pour désigner la prise en compte du lien causal hypothétique ou du fait dommageable hypothétique.

Cette dernière précision n'est cependant pas non plus anodine, puisque par là on en arrive à une autre façon encore d'appréhender le dépassement causal. Il n'est plus ici question d'apprécier les faits en tant que tels, mais de donner une définition qui est fonction du résultat juridique. En effet, il y aurait dépassement chaque fois que le lien causal hypothétique est préféré au lien causal effectif. Le dépassement causal n'est donc plus un simple complexe de faits, mais un argument permettant à celui qui a causé un dommage, d'éviter d'en être tenu pour responsable.

On touche ici au problème de la distinction que l'on peut faire entre le lien causal naturel et le lien causal juridique. Cette distinction est retenue en particulier par la doctrine suisse (25). On veut dire par là que le lien causal tel qu'il est retenu par le droit n'est pas forcément le même que celui qui découle des règles de la nature. Cela apparaît clairement si nous prenons une nouvelle fois l'exemple de l'incendie, dans le cas où l'incendie se déclenche après la destruction de la maison par Primus. Par l'acte de Primus, le lien causal « naturel » est établi, et il est matériellement impossible qu'un fait postérieur — l'incendie — supprime rétroactivement ce lien causal dans les faits. Le lien causal « naturel » subsiste donc en toute hypothèse. En revanche, le système juridique peut considérer que, du point de vue de la responsabilité, seul l'incendie

(23) V. encore récemment : STUDHALTER B., *Die Berufung des präsumtiven Haftpflichtigen auf hypothetische Kausalverläufe*, Thèse, Zürich, 1995, p. 1, pp. 7 et s.

(24) V. VON CAEMMERER E., « Das Problem der überholenden Kausalität », in *Gesammelte Schriften I*, Tübingen 1968, p. 413. Cet auteur, tout en référant cette opinion, pense que les discussions terminologiques sont stériles en la matière.

(25) V. par ex. : BREHM R., *Berner Kommentar*, VI.1, Teilband 3/1, 1990, art. 41.

doit être retenu comme ayant causé le dommage, alors que cela était matériellement impossible.

C'est pour les mêmes raisons que la doctrine germanique considère généralement que la question qui nous occupe ne pose pas un problème de causalité, mais plutôt un problème d'imputabilité (26). La question est alors régulièrement abordée sous l'angle de l'évaluation du dommage (27). Ainsi, par exemple lorsque le dommage évolue dans le temps (28), cette évaluation doit également tenir compte de circonstances hypothétiques, pour autant qu'elles soient antérieures au jugement sur la question (29).

À notre avis cependant, s'il faut être conscient du fait que lorsque l'on parle de causalité en droit, on ne désigne pas nécessairement un lien causal purement matériel, cela n'empêche pas de continuer à parler de causalité. Nous croyons en effet qu'il reste plus parlant de traiter de causalité, pour appréhender le sujet qui nous occupe.

L'incertitude de la terminologie nous oblige donc à faire un choix.

##### 5. — NOTRE DÉFINITION DE LA CAUSALITÉ DÉPASSANTE

Avant tout, notons que lorsque comme nous, on tente de faire une définition *a priori*, il va de soi que cette définition ne peut porter que sur le lien causal « naturel ». Autrement dit, nous nous bornerons ici à déterminer à quel complexe de faits correspond ce que nous appelons causalité dépassante. Il n'est nullement question de déterminer dès à présent dans quelles conditions, le dépassement causal permet d'échapper à la responsabilité. Ce n'est évidemment qu'après avoir examiné les sources, que nous pourrons établir les conséquences juridiques qu'il faut attacher à la causalité dépassante.

En ce qui concerne les différentes définitions qui ont été données du dépassement causal, voici notre position. Nous croyons qu'il est préférable de ne parler de dépassement de causalité que dans les cas où l'on peut réellement concevoir que quelque chose dépasse autre chose. Si le fait dommageable hypothétique se déroule à un moment où le dommage est déjà réalisé, voire même réparé, il ne nous semble plus possible

(26) V. par ex. : STAUDINGER J. et MEDICUS D., *Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, 12. Aufl., 2. Buch, Berlin 1980, p. 57, n° 98 ; GERNHUBER J. et LANGE H., *Handbuch des Schuldrechts*, Band 1 (*Schadenersatz*), 2. Aufl., Tübingen 1990, § 4, pp. 178 et s.

(27) V. OFTINGER K. et STARK E.W., *Schweizerisches Haftpflichtrecht*, 1. Bd, 5. Aufl., Zürich, 1995, p. 252.

(28) V. STAUDINGER J. et MEDICUS D., *op. cit.*, p. 60, n° 104.

(29) V. GERNHUBER J. et LANGE H., *op. cit.*, pp. 194 et s.

de parler de causalité dépassante. Par conséquent, la définition de Hausmaninger nous paraît devoir être écartée.

Pour les mêmes raisons, notre définition de la causalité dépassante ne correspond pas non plus à la réalité couverte par ce que von Caemmerer appelle « *Beachtung der Reserveursache* » (30). On peut en effet imaginer que le législateur décide que dans certains cas, il faut imputer le dommage à un fait dommageable hypothétique (« *Reserveursache* »), alors que le dépassement n'est plus possible, le dommage étant déjà effectif avant que se réalise ce fait dommageable hypothétique.

Enfin, nous n'emploierons pas l'expression « causalité dépassante » en tant que synonyme du lien causal effectif. Ce n'est qu'en tant qu'elle désigne un complexe de faits — lorsqu'elle est synonyme de dépassement causal — que nous l'utiliserons. Nous parlerons donc indifféremment de causalité dépassante et de dépassement causal.

Pour qu'un dépassement causal soit possible, il est indispensable qu'il y ait deux faits dommageables distincts, pouvant causer un même dommage. Celui qui, matériellement, causera le dommage, sera appelé fait dommageable effectif. Celui qui aurait pu causer le dommage, mais qui en a été empêché en raison de la survenance de l'autre fait dommageable, sera appelé fait dommageable hypothétique.

Dans notre exemple, il est donc indispensable que l'incendie se soit déjà déclenché au moment où Primus détruit la maison de Secundus. Dans ce cas, l'acte de destruction de Primus constitue le fait dommageable effectif, l'incendie le fait dommageable hypothétique. Tous deux étaient aptes à causer un même dommage, la destruction de la maison de Secundus. Le lien causal effectif est celui qui relie l'acte de Primus au dommage ; le lien causal hypothétique, celui qui relie l'incendie au dommage. Il s'agit bien d'un exemple de dépassement causal, puisqu'alors que l'on pouvait croire que c'était l'incendie qui causerait le dommage, il a été dépassé par l'acte de Primus.

Dans les exemples tirés de la jurisprudence et rapportés au point précédent, tous les cas examinés constituent des cas de dépassement causal au sens où nous venons de le définir, à l'exception de l'affaire examinée par la Chambre des Lords. Dans ce dernier cas, le fait dommageable hypothétique (le coup de revolver entraînant l'amputation de la jambe) est postérieur à la réalisation du dommage (la blessure résultant de l'accident de la route).

---

(30) Pour rappel, nous avons déjà implicitement écarté cette définition en annonçant que nous ne pouvions pas retenir *a priori* une définition qui serait fonction du résultat juridique.



L'utilisation de l'expression « fait dommageable » — qui peut paraître un peu imprécise — s'explique par la volonté de couvrir par un seul vocable : le dol, la faute, le cas fortuit et la force majeure. Bref, tout fait pouvant causer un dommage.

Afin qu'un fait dommageable puisse dépasser l'autre, il est indispensable qu'un au moins de ces événements ait un effet différé dans le temps. Il faut qu'entre le moment où le fait dommageable a lieu et le moment de la réalisation du dommage, s'écoule un laps de temps, permettant à l'autre fait dommageable d'intervenir et de causer le dommage. La notion de dépassement utilisée ici est en effet un dépassement dans le temps.

Notre vision du dépassement causal est donc proche de la définition proposée par Ankum.

### C. — État de la question en droit franco-belge

De manière générale, c'est un euphémisme de dire que la doctrine franco-belge s'est peu intéressée au problème de la causalité dépassante. Généralement, on se contente d'écrire que dans la vérification de la présence d'un lien causal, le juge doit « fonder uniquement son appréciation sur les événements connus, sans tenir compte de ceux qui ne présentent qu'un caractère hypothétique (31) ».

Ce type d'affirmation exclut — par principe — le recours à la causalité dépassante. Du moins cela empêche-t-il quelqu'un qui se trouve dans une hypothèse de dépassement causal, d'invoquer le fait dommageable hypothétique en vue de se soustraire à sa responsabilité.

Il est cependant également admis que le principe que nous venons d'énoncer n'est pas absolu, dans la mesure où « le juge du fond est seul juge du caractère hypothétique des explications qu'on lui soumet (32) ». Bref, la doctrine a généralement laissé la question en friche et s'en remet presque entièrement au juge, pour trancher la question de la causalité hypothétique.

Si l'on examine dès lors la jurisprudence, on constate que le recours au fait dommageable hypothétique a été abordé essentiellement dans le

(31) V. DALCQ R.O., « Traité de la responsabilité civile », in *Les Nouvelles — Droit civil*, T. 5/2, Bruxelles, 1962, p. 131 (n° 2444). Dans un sens proche, v. : MAZEAUD H. et L., et MAZEAUD J., *Traité théorique et pratique de la responsabilité civile délictuelle et contractuelle*, 6<sup>e</sup> édition, T. 2, Paris, 1970, pp. 734 et s.

(32) V. DALCQ R.O., *op. cit.*, p. 132 (n° 2446).

cadre des prédispositions pathologiques de la victime (33). Dans ce type de cas, il semble établi — du moins en Belgique (34) — que « lorsqu'un acte illicite est la cause d'un dommage, l'auteur doit en supporter toutes les conséquences, y compris celles liées à l'action invalidante de l'état antérieur, sauf s'il s'agit de conséquences qui seraient de toute manière survenues, même en l'absence de cette faute (35) ». Dans ce cas particulier, il est donc tenu compte du fait dommageable hypothétique, et l'auteur du fait dommageable effectif n'est plus tenu de la réparation du dommage causé par sa faute.

Comme on le constate par ce rapide survol de doctrine et de la jurisprudence belge, la prise en compte du fait dommageable hypothétique est très partielle dans notre droit. Voyons maintenant l'état de la question en droit romain.

#### D. — Droit romain

Après avoir introduit la question en droit positif, il faut délimiter le sujet que nous nous sommes proposés d'étudier dans la présente thèse, dans le cadre du droit romain. Notre but est d'examiner les textes du Digeste dans lesquels on peut trouver un cas intéressant le problème de la « causalité dépassante ». À cette fin, nous nous fonderons bien sûr sur la définition que nous avons dégagée plus haut (36).

Pour notre travail, nous avons donc recherché tous les textes du Digeste dans lesquels le dommage pouvait résulter tant d'un fait dommageable effectif que d'un fait dommageable hypothétique. Par l'examen de ces textes, nous avons cherché à savoir comment les juriconsultes classiques effectuaient le choix entre ces deux faits dommageables et en particulier si le modèle de la causalité dépassante joue un rôle dans le cadre de ce choix.

Par cette délimitation du sujet de notre travail, nous excluons donc toutes les questions liées au seul problème des risques. Nous n'étudie-

(33) Sur ce sujet, v. : DALCQ R.O., *op. cit.*, pp. 142 et s. (n<sup>os</sup> 2476 et s.) ; HANNEQUART Y., « État antérieur et prédispositions morbides », *Revue Générale des Assurances et des Responsabilités*, 1987, 11230 ; D'HONDT A., « L'état antérieur en droit commun », note sous Civ. Bruxelles 16 novembre 1988, *Bulletin des Assurances*, 1989, p. 147.

(34) En France, l'argument des prédispositions pathologiques de la victime ne semble plus permettre d'exonération, même partielle, de l'auteur de la faute ayant causé le dommage. V. en ce sens : MAZEAUD H. et L., et MAZEAUD J., *op. cit.*, pp. 737 et s. ; LE TOURNEAU Ph. et CADIET L., *Droit de la responsabilité*, Paris 1996, p. 256.

(35) V. Cass. (2<sup>e</sup> ch.), 6 janvier 1993, *Pas.*, 1993, I, p. 12.

(36) V. *supra*, point B.

rons donc pas les textes se rapportant au problème du risque entre le moment de la *litiscontestatio* et celui du jugement (37). Ces fragments, bien que fondant parfois leur solution sur un déroulement hypothétique des faits, ne font pas reposer leur réflexion sur un problème de responsabilité, mais plutôt sur une attribution du risque de la perte par force majeure. Il ne s'agit donc plus purement d'un concours entre l'impact juridique accordé à deux faits dommageables concurrents.

Les textes que nous allons aborder dans la présente thèse ont partiellement déjà fait l'objet d'études abordant la question du lien causal par quelques auteurs. Avant de commencer notre propre exégèse de ces textes, il est utile de rappeler brièvement l'apport de ces auteurs à notre sujet. Par la suite nous n'aurons plus l'occasion de revenir sur l'analyse globale qu'ils font de notre problème. Nous n'y reviendrons plus que partiellement, dans le cadre de chacune de nos exégèses.

---

(37) Nous visons ici en particulier : PAUL., *lib. 20 ad Edict.* (D. 5, 3, 40 pr.) : *Illud quoque quod in oratione divi Hadriani est, ut post acceptum iudicium id actori praestetur, quod habiturus esset, si eo tempore quo petit restituta esset hereditas, interdum durum est. quid enim, si post litem contestatam mancipia aut iumenta aut pecora deperierint? damnari debet secundum verba orationis, quia potuit petitor restituta hereditate distraxisse ea. et hoc iustum esse in specialibus petitionibus proculo placet: Cassius contra sensit. in praedonis persona Proculus recte existimat, in bonae fidei possessoribus cassius. nec enim debet possessor aut mortalitatem praestare, aut propter metum huius periculi temere indefensum ius suum relinquere; PAUL., *lib. 21 ad Edict.* (D. 6, 1, 27, 2) : *Si homo petitus dolo possessoris deterior factus sit, deinde sine culpa eius ex alia causa mortuus sit, aestimatio non fiet eius, quod deteriore eum fecerat, quia nihil interest petitoris: sed haec quantum ad in rem actionem: legis autem Aquiliae actio durat; GAIVS, *lib. 9 ad Ed. Provinc.* (D. 16, 3, 14, 1) : « Sive autem cum ipso apud quem deposita est actum fuerit sive cum herede eius et sua natura res ante rem iudicatam interciderit, veluti si homo mortuus fuerit, Sabinus et Cassius absolvi debere eum cum quo actum est dixerunt, quia aequum esset naturalem interitum ad actorem pertinere, utique cum interitura esset ea res et si restituta esset actori »; ULP., *lib. 11 ad Edict.* (D. 4, 2, 14, 11) : « Quid si homo sine dolo malo et culpa eius, qui vim intulit et condemnatus est, periit? in hoc casu a rei condemnatione ideo relaxabitur, si intra tempora iudicati actionis moriatur, quia tripli poena propter facinus satisfacere cogitur. pro eo autem, qui in fuga esse dicitur, cautio ab eo extorquenda est, quatenus et persequatur et omnimodo eum restituat: et nihilominus in rem vel ad exhibendum vel si qua alia ei competit actio ad eum recipiendum integra ei qui vim passus est servabitur, ita ut, si dominus eum quoquo modo receperit, is qui ex stipulatione convenitur exceptione tutus fiat. haec si post condemnationem: si autem ante sententiam homo sine dolo malo et culpa mortuus fuerit, tenebitur, et hoc fit his verbis edicti 'neque ea res arbitrio iudicis restituetur'. ergo si in fuga sit servus sine dolo malo et culpa eius cum quo agetur, cavendum est per iudicem, ut eum servum persecutus reddat. sed et si non culpa ab eo quocum agitur aberit, si tamen peritura res non fuit, si metum non adhibuisset, tenebitur reus: sicut in interdicto unde vi vel quod vi aut clam observatur. itaque interdum hominis mortui pretium recipit, qui eum venditurus fuit, si vim passus non esset. »**

Les auteurs en question sont, essentiellement, Antoine Favre, Friedrich Mommsen, Bernhard Windscheid, Carl Haß, Hans Niedermeyer, Robert Röhle et Reinhard Willvonseder. Tous, à l'exception de Röhle, ont comme point commun d'analyser la question sans distinguer les plans délictuels et contractuels, ce qui, comme nous le verrons, est à l'origine de leurs difficultés.

### 1. — ANTOINE FAVRE

Dans son « *de erroribus pragmaticorum* », Favre (38) consacre un chapitre au sujet : « *De re post moram perempta, qua penes actorem fuit æque peritura* ».

Le principe en la matière, est que « *mora perpetuat obligationem* (39) ». Cela se justifie par le fait que si le débiteur avait fourni la chose à temps, le créancier aurait pu la revendre.

L'auteur se demande ensuite s'il y a également « *perpetuatio* » dans l'hypothèse où plutôt que d'être en *mora*, le débiteur commet une faute. Il répond positivement à cette question, arguant que la *culpa* est plus grave que la *mora*, et qu'il n'y a donc aucune raison de privilégier le débiteur qui commet une faute.

Favre retient cependant deux exceptions à la perpétuation de l'obligation du débiteur fautif. Il s'agit premièrement du cas dans lequel le créancier n'aurait pas pu revendre la chose, même si le débiteur n'avait pas commis la faute en question (40). Deuxièmement, il faut également excepter le cas où la cause de la perte par cas fortuit est antérieure à la faute (41) ou à la *mora*. Favre fournit à cet égard l'exemple suivant : Le débiteur d'un esclave est en *mora solvendi*. Il s'avère cependant que cet esclave est atteint d'un mal incurable et mortel. L'auteur nous dit que dans pareil cas, il faut distinguer selon que le mal s'est déclaré avant ou après la *mora*. Si c'était avant, le débiteur sera absous, même si l'esclave meurt après la *mora*. Dans le cas contraire, le débiteur reste tenu.

Ailleurs, Favre (42) constate qu'il y a un cas qui n'entre pas dans son schéma. Il s'agit de l'esclave qui est mortellement blessé par un premier

(38) FABER A., *De erroribus pragmaticorum*, Lugduni 1658, Decad. XVIII, Err. X, pp. 244 et s.

(39) FABER A., *op. cit.*, p. 245, n° 3.

(40) Favre fonde cette affirmation sur le texte de Labéon et de Paul : D. 14, 2, 10, 1 (v. *infra*, 2<sup>e</sup> partie, chapitre 1, notre exégèse de ce texte).

(41) Favre fonde cette affirmation sur le texte d'Ulpien, D. 43, 24, 7, 4 (v. *infra*, 1<sup>e</sup> partie, chapitre 1, notre exégèse de ce texte).

(42) FABER A., *Rationalia in Pandectas*, Lugduni 1659, T. 2, Pars 2 (*ad D.* 9, 2, 11, 3), p. 284.

agresseur, puis tué par un second. D'après la seconde exception, le second agresseur ne devrait être tenu à rien. Les sources (43) sont cependant d'un autre avis. D'après celles-ci, le second agresseur est toujours tenu de la mort de l'esclave. L'auteur ne réussit pas vraiment à expliquer cette solution (44).

## 2. — FRIEDRICH MOMMSEN

La position de l'auteur allemand (45) n'est pas très éloignée de celle de Favre. Pour Mommsen, il ne suffit pas qu'il soit possible que le dommage se fût de toute façon réalisé, pour que ce dommage ne donne pas lieu à réparation par celui qui l'a effectivement causé. Car une telle production hypothétique du dommage par un fait postérieur ne peut jamais être exclue (l'esclave tué, pourrait-on parodier, aurait bien fini par mourir un jour), et cela aurait donc pour conséquence qu'aucun dommage ne donnerait jamais lieu à réparation.

Si l'on compare cette affirmation à ce que nous disait Favre, on constate que les deux auteurs sont d'accord pour reconnaître que les cas dans lesquels la responsabilité disparaît par le fait que la chose aurait de toute façon péri, ne peuvent constituer que l'exception et non la règle.

Ainsi, l'auteur allemand est d'avis que si la réalisation du dommage était de toute façon certaine, dès avant que celui-ci ne soit causé par la faute du défendeur, ce dernier ne doit pas en être tenu (Ex. : Celui qui détruit une chose qui allait de toute façon périr, n'est pas tenu de l'avoir détruite). Cette règle correspond à la deuxième exception de Favre.

Mommsen envisage également le cas du débiteur qui se met fautivement dans l'impossibilité d'exécuter son obligation, alors que l'objet de cette dernière disparaît ensuite par cas fortuit. Dans pareil cas, le débiteur est libéré, ce qui correspond *grosso modo* à la première exception de Favre. Mommsen hésite cette fois sur l'explication à donner quant à la libération du débiteur. Il propose deux analyses possibles (46). Soit

(43) V. ULP. D. 9, 2, 11, 3 ; ULP. D. 9, 2, 15, 1 et IUL. D. 9, 2, 51 et nos exégèses de ces textes (1<sup>e</sup> partie, chapitre 3).

(44) Nous reviendrons sur ce point au moment de faire l'exégèse des textes en question.

(45) MOMMSEN F., *Zur Lehre von dem Interesse*, 2. Abt., Braunschweig 1855, pp. 145 et s.

(46) MOMMSEN F., *op. cit.*, pp. 152 et s. : « Für die Classification dieser Fälle kommt es darauf an, ob man die culpose Herbeiführung der Unmöglichkeit der Leistung oder die darauf beruhende Nichterfüllung der Obligation als die zur Leistung des Interesse verpflichtende Thatsache ansieht. Ist die erstere Auffassung die richtige, so liegt der Grund, weshalb hier das Interesse nicht in Anspruch genom-

on fonde la réparation du dommage sur la faute du débiteur, par laquelle il s'est mis dans l'impossibilité d'exécuter son obligation. Dans ce cas, le débiteur n'est pas tenu parce que le dommage se serait réalisé même en l'absence de sa faute. Soit on fonde la réparation du dommage sur l'inexécution subséquente à l'impossibilité d'exécuter dans laquelle le débiteur s'est placé. Dans ce dernier cas, le débiteur n'est pas tenu parce qu'il n'y a pas de lien causal suffisant et que cette inexécution n'est pas de celles qui donnent lieu à réparation.

Enfin, l'auteur allemand éprouve les mêmes difficultés que Favre, pour expliquer la solution retenue dans le cas de l'esclave blessé mortellement (47).

### 3. — RICHARD COHNFELD

Cohnfeld (48) s'exprime un peu différemment, mais ne diverge guère de Mommsen sur le fond, à propos des points que nous avons exposés. Il énonce deux règles qui concernent directement notre problème.

D'une part : Si on n'avait pas eu quelque chose, lors même qu'un fait hypothétique aurait eu lieu, cela ne fait pas naître d'intérêt (49). Soit l'avantage disparaît à nouveau par la survenance d'un autre fait (Ex. : Une chose est détériorée puis complètement détruite. L'intérêt à la non-détérioration de cet objet disparaît). Soit, inversement, un fait antérieur empêche que cet avantage ne survienne (Ex. : Un immeuble dont on sait qu'il était sur le point de s'écrouler en raison de la négligence de celui qui était censé l'entretenir, périt dès avant ce moment, à cause d'un incendie).

D'autre part : La simple possibilité que l'on n'aurait peut-être pas eu quelque chose, même si le fait hypothétique s'était réalisé ou, inversement, qu'on ne l'aurait pas eu même si le fait hypothétique ne s'était pas réalisé, ne suffit pas à exclure le lien causal. Car l'avantage dépen-

---

men werden kann, darin, daß der Schaden auch ohne die Dazwischenkunft der zum Ersatz verpflichtenden Thatsache eingetreten wäre. Ist dagegen die letztere Auffassung anzunehmen (...); der Grund, weshalb hier ein Anspruch auf das Interesse ausgeschlossen ist, liegt alsdann darin, daß es, da die Erfüllung der Obligation auch ohne die Culpa des Schuldners unterblieben wäre, an einem genügenden Causalnexus zwischen dieser Culpa und der Nichterfüllung der Obligation fehlt, die Nichterfüllung mithin keine solche ist, welche zur Leistung des Interesse verpflichtet. »

(47) MOMMSEN F., *op. cit.*, p. 155, note 16.

(48) COHNFELDT R., *Die Lehre vom Interesse nach römischem Recht*, Leipzig, 1865, pp. 136 et s.

(49) COHNFELDT R., *op. cit.*, p. 138 : « Würde man etwas nicht haben, auch wenn eine fragliche Thatsache eingetreten wäre, so hat man an dieser kein Interesse. »

dant du fait hypothétique ne peut être supprimé ou empêché que par un fait qui s'est effectivement réalisé avant ou après (50).

#### 4. — BERNHARD WINDSCHEID

Pour Windscheid (51), il n'y a responsabilité que si le dommage causé n'eût pas été réalisé en l'absence du fait dont on se demande s'il donne lieu à réparation. Cela implique pour lui que dans trois cas, l'*id quod interest* n'est pas dû.

A. Le fait en question aurait causé le dommage, s'il avait pu déployer tous ses effets. Un autre fait est cependant intervenu et a causé le dommage avant qu'il ne le soit par le premier. Ex. : Quelqu'un blesse mortellement un animal appartenant à autrui, mais celui-ci meurt frappé par la foudre, avant de succomber à la blessure. L'auteur de la blessure n'est donc pas tenu.

B. Le fait en question a effectivement causé le dommage, mais ce dernier a également été causé par un autre fait. Ex. : Un débiteur se met fautivement dans l'impossibilité d'exécuter son obligation, mais la chose périt sans sa faute et le débiteur est libéré. Windscheid ajoute cependant que cette règle ne fonctionne que dans l'hypothèse où l'on n'est pas dans un cas où les deux faits constituent des délits. Si les deux faits sont des délits, la règle ne joue plus et l'auteur de chacun de ces délits doit être tenu.

C. Le fait en question a causé le dommage, mais a également eu pour conséquence qu'un autre fait, qui aurait causé le même dommage, ne puisse pas le causer. Ex. : Un armateur transborde fautivement des marchandises sur un autre bateau que celui qui était prévu contractuellement. Le premier bateau coule, mais également le second. L'armateur n'est donc pas tenu.

#### 5. — CARL HAß

Pour Haß (52), il n'y a jamais de responsabilité possible, s'il n'y a pas un lien causal entre la faute et le dommage. En revanche, il se peut

(50) COHNFELDT R., *op. cit.*, pp. 153 et s. : « die bloße Möglichkeit, daß man Etwas vielleicht doch nicht gehabt hätte, auch wenn die fragliche Thatsache eingetreten wäre, oder umgekehrt gehabt hätte, auch wenn die Thatsache nicht eingetreten wäre, ist nicht geeignet, den Causalzusammenhang auszuschließen. Denn der von einer fraglichen Thatsache abhängige Vortheil kann nur durch eine wirklich eingetretene spätere oder frühere Thatsache aufgehoben oder verhindert werden. »

(51) WINDSCHEID B. et KIPP Th., *Lehrbuch der Pandekten*, 9. Aufl., Frankfurt am Main, 1906, 2. Bd, pp. 62 et s. (§ 258 note 15).

(52) HAß C., « Über die Verwerthbarkeit des Gegensatzes von adäquatem und inadäquatem Kausalzusammenhang in der Lehre vom Interesse », *Jher.Jb.*, 37 (1897), pp. 401 et s et 408 et s.

qu'exceptionnellement dans des cas où un lien causal est avéré, il n'y ait malgré tout pas lieu à responsabilité. Il s'agit des cas dans lesquels le dommage se serait réalisé, même si la faute n'avait pas été commise. L'auteur pense que dans de pareils cas, la limitation de la responsabilité se fonde sur des considérations d'équité (53). Il est d'avis que ce qui est décisif, c'est le laps de temps qui s'écoule entre le premier et le second fait dommageable. S'il est insignifiant, la responsabilité tombe ; s'il est plus grand, elle est maintenue.

#### 6. — HANS NIEDERMEYER

Niedermeyer (54) écrit ceci : Le droit classique ne tient compte du lien causal hypothétique que si, au moment du fait par lequel le débiteur intervient dans la sphère du créancier, le fait dommageable hypothétique avait déjà une existence matérielle et n'a été empêché de causer le dommage que par la survenance du fait du débiteur (55). Autrement dit, il n'est tenu compte du fait dommageable hypothétique, que si sa réalisation était déjà en germe au moment de la réalisation effective du dommage par le fait du débiteur.

#### 7. — ROBERT RÖHLE

La conclusion à laquelle parvient Röhle (56) est beaucoup plus limitée et va totalement à l'encontre de ce que pensaient les auteurs cités ci-avant. D'après lui, la question de la prise en compte du fait dommageable hypothétique est, grosso modo, limitée au domaine de la responsabilité délictuelle tirée de la *lex Aquilia*. L'évolution historique des formules de l'édit du préteur aurait empêché une conception dogmatique des problèmes de causalité (57).

(53) HAB C., *op. cit.*, p. 411 : « Billigkeitserwägungen ».

(54) NIEDERMEYER H., « Studie zu den wissenschaftlichen Grundlagen der Lehre von der Mora seit Sabinus », in *Festschrift Fritz Schulz*, Weimar 1951, T. I, 399 et s.

(55) NIEDERMEYER, *op. cit.*, p. 449 : « Das klassische Recht berücksichtigt einen irrealen Kausalzusammenhang gegenüber Eingriffen aus der Sphäre des Schuldners in die Sphäre des Gläubigers nur, wenn zur Zeit der Tat reale Ansätze zum Ablauf einer durch die Tat des Schuldners irreal gewordenen Schädigung beim Gläubiger vorhanden sind ».

(56) RÖHLE R., « Zur Frage der sogenannten verdrängenden Verursachung im Römischen Recht », *SDHI*, 31 (1965), pp. 305 et s.

(57) RÖHLE R., *op. cit.*, p. 311 : « Zusammenfassend lässt sich somit feststellen dass die von Labeo, Celsus und Julian diskutierte Frage, ob eine hypothetisch gebliebene Ursache berücksichtigt werden soll oder nicht, im grossen und ganzen auf das Gebiet der deliktischen Haftung nach der *lex Aquilia* beschränkt ist. Die verschiedene geschichtliche Entwicklung der einzelnen, vom Prätor im Edikt verheis-



## 8. — REINHARD WILLVONSEDER

Dans son étude sur l'utilisation par les juristes romains du concept de la *condicio sine qua non*, Willvonseder (58) tire les conclusions suivantes. Les sources montrent que les juristes romains ont vu le problème de la causalité dépassante. Dans certains cas, le lien causal hypothétique a été pris en cause de manière telle que l'on a conclu à la non-responsabilité de l'auteur du fait dommageable effectif. L'auteur constate cependant également que dans d'autres cas, le lien causal hypothétique a été rejeté (comme par exemple dans le cas de l'esclave blessé mortellement puis tué, qui posait déjà des problèmes à Favre (59)). Pour expliquer cette différence, Willvonseder ne trouve pas d'autre explication que le fait que dans certains cas, le recours au lien causal hypothétique paraît injuste.

\*

\* \*

Pour la plupart des auteurs cités ici, le principal écueil semble avoir été l'explication du cas de l'esclave mortellement blessé puis assassiné. En effet, si les théories établies par ces auteurs semblent généralement cohérentes, il nous semble qu'aucune d'elles n'explique valablement pourquoi celui qui abat la maison qui va brûler n'est tenu de rien, alors que celui qui tue l'esclave qui va mourir est tenu du décès de ce dernier.

Nous allons dès lors examiner une à une les sources permettant de voir clair en la matière. Nous avons subdivisé l'étude de ces textes en trois parties. Nous envisagerons d'abord les textes concernant la responsabilité délictuelle. Ensuite, nous aborderons les sources traitant de la responsabilité contractuelle. Enfin, il nous restera à examiner quelques textes échappant aux deux catégories précédentes.

---

senen Formeln und ihr jeweiliger Wortlaut, den es auszulegen galt, hat einer weiteren dogmatischen Erfassung der Kausalitätsprobleme im Wege gestanden ».

(58) WILLVONSEDER R., *Die Verwendung der Denkfigur der « condicio sine qua non » bei den römischen Juristen*, Wien-Köln-Graz, 1984, pp. 160 et s.

(59) V. *supra*, texte et note 42 et s.

**PREMIÈRE PARTIE**

**La causalité dépassante  
en matière  
de responsabilité délictuelle**

## CHAPITRE PREMIER

### LE *DAMNUM INCENDII* *ARCENDI CAUSA DATUM*

Il nous paraît fructueux d'aborder le sujet par un texte d'Ulpien (D. 43, 24, 7, 4) qui pose particulièrement bien le problème de la possibilité pour le défendeur d'invoquer le fait dommageable hypothétique qui lui permettrait de ne pas être tenu responsable du dommage causé par sa faute.

#### A. — Exégèse de Ulp., *l. 71 ad ed.* (D. 43, 24, 7, 4)

*Est et alia exceptio, de qua Celsus (1) dubitat, an sit obicienda : ut puta si incendii arcendi causa vicini aedes intercidi et quod vi aut clam mecum agatur aut damni iniuria. Gallus enim dubitat, an excipi (2) 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 (3) litem aestimandam : si pervenisset, absolvi eum oportere. Idem ait esse, si damni iniuria actum foret, quoniam nullam iniuriam aut damnum dare videtur aequè 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.*

---

(1) Mommsen propose de remplacer « Celsus » par « Gallus ».

(2) Dans la Florentine, on trouve « effici ». C'est dans la Vulgate que l'on trouve « excipi » à cet endroit. V. en ce sens : les deux manuscrits de Paris (Bibliothèque Nationale de France, Latin n. 4455 et Latin n. 4458A), le manuscrit de Bamberg (Staatsbibliothek Bamberg, Msc. Jur. 17) ainsi que le manuscrit du Vatican (Biblioteca Apostolica Vaticana, Pal. Lat. n. 754). La leçon de la Vulgate est également préconisée par les frères Kriegel, dans leur édition du Digeste (*Corpus iuris civilis*, 16<sup>e</sup> édition, Lipsiae s.d.).

(3) SCHMIDT (*Das Interdiktenverfahren der Römer*, Leipzig, 1853, pp. 255 et s., note 6) propose de remplacer « simpli » par « simpliciter ». Mommsen propose d'insérer les mots « eum quocum agatur quod vi aut clam damnandum in id quod interest vel si damni iniuria cum eo actum esset » devant « simpli litem aestimandam ».

## 1. — CONTENU DU FRAGMENT

Les faits envisagés par le fragment sont les suivants : une personne, voyant un incendie progresser en direction de sa maison, décide d'abattre celle de son voisin (située entre le feu et sa propre maison) pour éviter que le feu ne se propage à la sienne.

La personne lésée pourra tenter — selon le cas — soit un interdit *quod vi aut clam* (*q.v.a.c.*), soit une *actio legis Aquiliae*. Il faut alors savoir si le défendeur pourrait opposer à cette action ou à cet interdit une exception « *Quod incendii defendendi causa factum non sit* ».

Ulpien relate à ce propos l'avis de trois jurisconsultes, dont seul le troisième — Servius — semble avoir une opinion bien tranchée. En matière d'interdit *q.v.a.c.*, ce dernier réserve l'exception aux magistrats, à l'exclusion des particuliers. Dans le cas des particuliers, il distingue néanmoins deux possibilités : soit le feu progresse jusqu'aux ruines de la maison abattue et le défendeur est absous, soit il ne les atteint pas et le défendeur est condamné au simple.

Ulpien, ou Servius, compare ensuite l'interdit avec l'*actio legis Aquiliae*. À la fin du fragment, Ulpien fait état d'un avis de Labéon portant sur une variante de l'hypothèse de départ : le voisin démolit la maison avant même le déclenchement de l'incendie. Dans ce cas, les deux jurisconsultes accordent l'*actio legis Aquiliae*.

## 2. — CRITIQUE DE TEXTE

Il y a trois incertitudes importantes à examiner :

2.1. — *Celsus dubitat* — *Gallus enim dubitat*

Un doute peut surgir, dans la mesure où les mots « *Gallus enim dubitat* » semblent être la répétition de quelque chose qui a été dit plus haut. C'est pourquoi Mommsen (4) a estimé qu'il devait y avoir là une erreur de retranscription et qu'il fallait remplacer les mots « *Celsus dubitat* » par « *Gallus dubitat* ». Bon nombre d'auteurs l'ont d'ailleurs suivi dans cette voie (5). Notons que Mommsen efface en outre les mots « *Gallus enim dubitat* ».

(4) MOMMSEN Th., *Digesta ad h. l.*

(5) PERNICE A., *Labeo*, 2. Aufl., Halle, 1895, 2. Band, 1. Teil, p. 68 ; BINDING K., *Die Normen und ihre Übertretung*, T. II, 2, 2. Aufl., Leipzig, 1916, pp. 661 et s. ; SEGRÈ G., *Le obbligazioni e le azioni ex delicto (corso di diritto romano)*, T. II, Torino, 1926, p. 124, note 1 ; ARU L., « Appunti sulla difesa privata in diritto romano », *Ann. Palermo*, 15 (1936), p. 140 ; VISKY K., « La responsabilité en droit romain », *RIDA*, 3 (1949), pp. 478 et s. ; LAWSON F.H., *Negligence in the civil law*, Oxford, 1950, p. 172 ; WATSON A., *The Law of Obligations in the Later Roman*

Pour Favre (6) et Noodt (7), c'était au contraire *Gallus* qu'il fallait remplacer par *Celsus*. Par la suite, cet avis a encore été adopté par Karlowa (8), De Martino (9) et Longo (10). Pour appuyer ce choix, Karlowa (11) invoque D. 9, 2, 49, 1 (12), texte qui prouverait que Celse s'était exprimé sur le sujet. De Martino (13) trouve un appui supplémentaire dans D. 47, 9, 3, 7 (14).

Ces auteurs font donc un raisonnement similaire à celui de Mommsen — en prenant argument de la syntaxe — mais résolvent le problème de manière opposée, sur base d'un argument de fond : dans les deux textes parallèles, il est certain que c'est Celse qui donne son avis. Cet argument de fond pourrait cependant être retourné contre les tenants du remplacement de *Gallus* par *Celsus*. En effet, dans les fragments parallèles en question, l'avis de Celse apparaît tout à fait tranché et on pourrait en déduire que dès lors, il était peu probable que dans notre cas, *Celsus dubitat* (15).

*Republic*, Oxford, 1965, p. 241 ; MACCORMACK G., « Aquilian Studies », *SDHI*, 41 (1975), p. 53, note 96.

(6) FABER A., *De erroribus pragmat.*, Lugduni, 1658, Decad. LXXVII, Err. V, p. 330.

(7) NOODT G., *Opera omnia*, Lugduni Batavorum, 1724, cap. 6, p. 145 et cap. 19, p. 168.

(8) KARLOWA O., *Römische Rechtsgeschichte*, T. II, Leipzig, 1901, p. 1237, note 3.

(9) DE MARTINO F., « In tema di stato di necessità », *RISG*, 14 (1939), p. 45.

(10) LONGO G., « Note critiche in tema di stato di necessità (1955) », in *Ricerche romanistiche*, Milano 1966, p. 606 ; et « Sulla legittima difesa e sullo stato di necessità in diritto romano », *Festgabe von Lübtow*, Berlin 1970, p. 333.

(11) KARLOWA O., *op. cit.*, p. 1237, note 3.

(12) V. *infra*, — chapitre 1, B — notre exégèse de ce fragment.

(13) DE MARTINO F., *op. cit.*, p. 44 et s.

(14) V. *infra*, — chapitre 1, C — notre exégèse de ce fragment.

(15) À ce propos, Noodt (*Opera omnia*, Lugduni Batavorum, 1724, cap. 6, p. 145) a tenté de démontrer que la locution verbale *dubitare an* ne supposait pas la présence d'un doute. D'autres auteurs, qui ne défendaient pourtant pas la solution du remplacement de *Gallus* par *Celsus* ont réutilisé ce même argument : V. GLÜCK C.F., *Ausführliche Erläuterungen der Pandekten*, Erlangen, 1808, X, p. 329 ; PERNICE A., *Labeo*, 2. Band, 1. Teil, Halle 1895, p. 68 ; VISKY K., « La responsabilité en droit romain », *RIDA*, 3 (1949), p. 480 (« Aquilius Gallus cependant tend d'accorder dans un tel cas l'*exceptio* susceptible à écarter la revendication de dommages par le voisin »). Plus récemment, SCHIPANI (*Responsabilità « ex lege Aquilia »*. *Criteri di imputazione e problema della « culpa »*, Torino, 1969, p. 281) adhérerait encore à cette lecture : « *Dubito* exprime un incertezza ; *dubito an* introduce anche un'interrogazione in forma tale da essere tendenzialmente assertoria, espressione modesta di una convinzione soggettiva ». Celse n'aurait en réalité pas vraiment nourri de doute quant à la solution à donner et la formulation *dubito an* aurait un sens plutôt affirmatif, servant à exprimer de manière modeste une conviction subjective. Schipani se base pour cela sur l'avis qu'exprime Celse en matière

Ici, il convient cependant de bien distinguer, car si les textes parallèles informent bien sur l'avis de Celse concernant l'*actio legis Aquiliae*, c'est aller trop vite de croire — sans le vérifier — qu'il octroierait nécessairement l'exception « *Quod incendii defendendi causa factum non sit* » en matière d'interdit *q.v.a.c.*, là où il refuse l'*actio legis Aquiliae*. Autrement dit, rien ne permet de dire a priori que l'*actio legis Aquiliae* et l'interdit *q.v.a.c.* doivent nécessairement aboutir au même résultat (16). Comme on le voit, l'argument de fond ne permet donc pas de préférer une solution à l'autre.

Si l'on fait abstraction de ceux qui ne prennent pas position (17), il existe encore une troisième catégorie d'auteurs pour qui il faut maintenir le nom des deux juriconsultes. Il en est ainsi pour Suarez de Men-

---

d'*actio legis Aquiliae* (v. les textes parallèles : D. 9, 2, 49, 1 et D. 47, 9, 3, 7). Nous ne sommes cependant pas persuadé que les subtilités grammaticales invoquées par Schipani permettent réellement une meilleure compréhension du passage, dans la mesure où cet auteur admet de toute façon que même l'interprétation la plus favorable des mots de Celse n'empêche pas que celui-ci émette un certain doute (Avec Schipani, on pourrait traduire la phrase par : « Celse se demande si il ne faudrait pas accorder l'exception... »).

(16) Nous reviendrons sur cette question plus tard (*infra* point 3.5.).

(17) Parmi lesquels on trouve : GLÜCK C.F., *Ausführliche Erläuterungen der Pandekten*, Erlangen, 1808, X, p. 323 : l'auteur cite néanmoins l'hypothèse de Noodt (v. *supra*, note 15) ; SCHULTING A., *Notae ad Digesta seu Pandectas*, in N. SMALLENBURG, T. VI, Lugduni Batavorum, 1828, p. 589 ; VON TUHR A., *Der Nothstand im Civilrecht*, Heidelberg, 1888, p. 61 ; STELLA MARANCA F., *Intorno ai frammenti di Celso*, Roma, 1915, p. 147 ; BONFANTE P., *Corso di diritto romano*, Roma, 1926, T. 2/1, pp. 406 et s. (Rist. 1966, pp. 470 et s.) ; VAN WARMELO P., « Interdictum quod vi aut clam », *Acta Juridica*, 1962 (paru en 1964), pp. 26 et s. ; CANNATA C.A., « Genesi e vicende della colpa aquiliana », *Labeo*, 17 (1971), p. 69 ; NÖRR D., « Zur Interdependenz von Prozeßrecht und materiellem Recht am Beispiel der lex Aquilia », in *Rechthist. Journal*, 6 (1987), p. 114 ; WACKE A., « Notwehr und Notstand bei der Aquilischen Haftung », *ZSS*, 106 (1989), pp. 498 et s.

Il n'est pas inutile de noter ici que les auteurs relatant simplement et de manière neutre l'hypothèse d'interpolation émise par un collègue sont parfois considérés de manière abusive comme ayant adhéré à cette hypothèse. Il en est ainsi chez VISKY [« La responsabilité en droit romain », *RIDA*, 3 (1949), pp. 478 et s.], qui cite comme étant favorables à la modification de *Celsus* en *Gallus* tant BONFANTE qui ne prend pas position [v. *Corso di diritto romano*, Roma, 1926, T. 2/1, pp. 406 et s. (Rist., 1966, pp. 470 et s.)] que LENEL (*Palingenesia iuris civilis*, Lipsiae, 1889, Vol. 1, col. 160 ; Vol. 2, col. 836) qui est résolument favorable au maintien de *Celsus*. De même Stella Maranca cite-t-il Schulting (*op. cit.*) en relation avec la correction proposée par Mommsen, alors que cet auteur ne fait qu'énoncer les propositions opposées, émises par Favre et Noodt.

doza (18), Lenel (19), Röhle (20) et Schipani (21). Ce dernier justifie sa position par le fait que l'on peut très bien considérer que, lorsqu'Ulpien cite Celse en début de fragment, c'est uniquement en vue de délimiter le problème qui va être abordé ensuite, avec un grand nombre de citations (22).

À notre avis, c'est cette dernière position qu'il est préférable d'adopter. Il nous paraît en effet plus juste de maintenir notre confiance au texte, malgré le problème de syntaxe rencontré, car rien ne permet de dire qu'Ulpien n'a pas réellement cité les deux jurisconsultes à cet endroit. Étant donné le peu de substance des opinions attribuées aux deux jurisconsultes à cet endroit, le maintien du texte dans son état actuel nous paraît d'autant plus justifiée, que de toute façon même une modification du texte, que ce soit dans le sens préconisé par Mommsen ou celui adopté par Favre, n'aurait pour ainsi dire aucune incidence sur le fond.

## 2.2. — *Excipi — effici*

Le deuxième problème textuel est dû à la divergence qu'il y a entre la Vulgate (23), qui porte « *excipi* », et la Florentine où l'on trouve « *effici* ». Cette divergence n'a cependant pas vraiment de conséquence pour la compréhension du fragment. Dans les deux versions, le sens de la phrase est semblable : Gallus se demande si l'on peut se prévaloir de l'exception « *Quod incendii defendendi causa non sit* ». On comprend néanmoins que la version de la Vulgate soit préférée de manière quasiment unanime (24), dans la mesure où, en l'absence de toute divergence quant au fond, le terme *excipi* est plus précis et convient mieux.

(18) SUAREZ DE MENDOZA J., « *Commentarii ad Legem Aquiliam* », in MEERMANI GERARD., *Novus Thesaurus Juris Civilis et Canonici*, Hagae-Comitum, 1751, T. II, p. 30 : Alors que cet auteur discute les hypothèses d'interpolation avancées par Favre, il maintient ici, contrairement à Favre, qu'Ulpien introduit le problème en citant Celse et Gallus.

(19) LENEL O., *Paligenesia iuris civilis*, Lipsiae, 1889, Vol. 1, col. 160 ; Vol. 2, col. 836.

(20) RÖHLE R., « Zur Frage der sogenannten verdrängenden Verursachung im Römischen Recht », *SDHI*, 31 (1965), p. 309 : En réalité cet auteur ne s'exprime pas expressément sur la question, mais il maintient explicitement le nom des deux jurisconsultes sans émettre de doute quant à leur intervention en la matière.

(21) SCHIPANI S., *Responsabilità « ex lege Aquilia ». Criteri di imputazione e problema della « culpa »*, Torino, 1969, p. 155, note 4.

(22) Dans le même sens : ORMANNI A., « *Necessità (stato di)* », *ED*, 27, Milano, 1977, p. 826.

(23) V. *supra*, note 2.

(24) Le seul auteur relativement récent chez qui on peut encore trouver trace de la divergence entre les deux versions est DE MARTINO [« *In tema di stato di necessità* », *RISG*, 14 (1939), p. 41]. D'après lui, *effici* serait une erreur de copiste pour

2.3. — *Simpli litem aestimandam*

Le dernier problème concernant une éventuelle erreur de copiste concerne les mots « *simpli litem aestimandam* », pour lesquels Schmidt (25) propose le remplacement de *simpli* par *simpliciter*. Cette erreur serait due, d'après l'auteur, au fait qu'une abréviation aurait été mal résolue par le copiste, ou que ce dernier ne se serait pas rendu compte qu'il s'agissait d'une abréviation et l'aurait retranscrite telle quelle. Pourquoi cette proposition ? Comme l'explique Schmidt, le problème est le suivant : après avoir réservé le bénéfice de l'exception en question au seul magistrat, Servius entreprend de faire une distinction dans le cas du particulier. Si ce dernier ne bénéficie jamais de l'exception, il sera néanmoins absous dans l'hypothèse où le feu continue sa progression jusqu'aux ruines de la maison qu'il a abattue. Si par contre le feu s'éteint avant cela, le particulier serait condamné au simple.

Ce qui surprend ici, c'est que cette condamnation au simple semble faire référence à la possibilité d'une condamnation au double. Cette dernière semble cependant inimaginable dans le cadre d'un interdit restitutoire. Or c'est bien dans le cas de l'interdit que Servius prévoit qu'il faudra condamner au simple, puisqu'immédiatement après avoir énoncé la solution alternative (l'absolution), il enchaîne en comparant cette dernière solution à celle qu'il faudrait adopter en matière de *damnum iniuria datum*. Il est donc certain que la condamnation au simple concernait un cas d'interdit *q.v.a.c.* (26). D'après Schmidt, il fallait donc comprendre que dans le cas où le feu s'éteint avant d'arriver à la maison abattue, le particulier était simplement soumis à une condamnation.

Que faut-il en penser ? D'une part, il semble bien que le choix de *simpliciter* soit fondé sur le seul fait que ce mot soit suffisamment vide de sens pour contourner le problème. D'autre part, il faut bien admettre que cela ne fait que déplacer la question, car, tout comme on pouvait se demander par opposition à quoi il fallait condamner au simple, on

*excipi*. Il pense à un effacement voulu par les Compilateurs, mais mal déchiffré par le copiste. Tribonien, face à la répétition, aurait peut-être voulu effacer les mots « *Gallus enim dubitat...* » afin d'éviter le problème que pose la succession de « *Celsus dubitat* » et « *Gallus enim dubitat* ».

(25) SCHMIDT K.A., *Das Interdiktenverfahren der Römer*, Leipzig, 1853, pp. 255 et s., note 6.

(26) *Contra* : FABER A., *De erroribus pragmat.*, Lugduni, 1658, Decad. LXXVII, Err. V, pp. 330 et s. L'auteur considère que tout le fragment ne concernait que le cas de l'*actio legis Aquiliae*. Pour arriver à ses fins, il doit néanmoins affirmer que la quasi-totalité du fragment est interpolée. Pour plus de détails sur la position de Faber, v. *infra*, texte et notes 99 et s.



peut, avec Ubbelohde (27), s'interroger sur la manière dont on aurait pu condamner autrement que simplement. Cette correction de Schmidt n'a d'ailleurs pas eu énormément de succès (28).

Certains auteurs, plutôt que de chercher à corriger une erreur due à un scribe, penchent en faveur de la solution de l'interpolation. Ainsi en était-il déjà pour Noodt (29), pour qui « *hanc vocem simpli esse spuriam* ». Plus tard, Kaser (30) dira de ce mot qu'il est « *unheilbar verdorben* ». Cependant, comme le fait remarquer Ubbelohde (31), il est arbitraire de supprimer le « *simpli* » sans donner d'explication sur sa présence dans la Florentine.

Rudorff (32) semble, au contraire, n'avoir pas vu le problème. Cet auteur fait ici totale abstraction de l'interdit *q.v.a.c.* Il explique la condamnation au simple par le fait que le défendeur à l'*actio legis Aquiliae* ne nie pas avoir abattu la maison du demandeur en invoquant l'état de nécessité. Il n'y aurait donc pas de raison de condamner au double. Mais le problème, c'est précisément que Servius parle à cet endroit de l'interdit *q.v.a.c.*, et que c'est justement dans le cadre de l'interdit que l'idée d'une condamnation au double est heurtante.

C'est pour la même raison que Mommsen (33) a tenté d'insérer les mots « *eum quocum agatur quod vi aut clam damnandum in id quod interest vel si damni iniuria cum eo actum esset* » devant « *simpli litem aestimandam* ». Dans cette dernière hypothèse, il va de soi que le problème serait résolu, puisqu'alors il serait bien question d'*actio legis Aquiliae* à

(27) UBBELOHDE A., in C.F. GLÜCK, *Ausführliche Erläuterungen der Pandekten*, Erlangen, 1890, Série 43-44, 2<sup>e</sup> partie, p. 141. L'auteur se demande où, dans la solution proposée par Schmidt, il fallait chercher le contrepied logique auquel *simpliciter* semble inévitablement faire référence. Cet auteur remarque en effet que, dans tous les cas repris chez Dirksen (*Manuale latinitatis fontium iuris civilis Romanorum*, Berlin 1837, pp. 889 et s., *s.h.v.* § 2 — cité par Schmidt pour attester du sens de *simpliciter*), le contrepied logique de *simpliciter* apparaît clairement.

(28) Elle a été adoptée par BREMER (*Jurisprudentiae Antehadrianae*, Lipsiae, 1896, 1, p. 237) et par VERNAY (*Servius et son école*, Paris 1909, p. 253). Mommsen cite Schmidt dans son édition du Digeste (*ad h.l. nota 30*) mais ne semble pas entièrement satisfait par cette solution puisqu'il en propose une autre immédiatement après. Deux auteurs citeront encore la correction de Schmidt, apparemment sans grande conviction : V. STELLA MARANCA F., *Intorno ai frammenti di Celso*, Roma, 1915, p. 147 ; DE MARTINO F., « In tema di stato di necessità », *RISG*, 14 (1939), p. 43.

(29) NOODT G., *Opera omnia*, Lugduni Batavorum, 1724, cap. 19, p. 168.

(30) KASER M., *Quanti ea res est*, München, 1935, p. 10, note 4.

(31) UBBELOHDE A., in C.F. GLÜCK, *Ausführliche Erläuterungen der Pandekten*, Erlangen, 1890, Série 43-44, 2<sup>e</sup> partie, p. 143 texte et note 46.

(32) RUDORFF A.A.F., « Über die Litisrescenz », *Zeitschrift für geschichtliche Rechtswissenschaft*, 14 (1848), p. 470.

(33) Digeste, *ad h.l.*, note 4.

cet endroit. La solution ne manque pas d'élégance, mais ne saurait être admise (34). En effet, cette insertion qui change considérablement le sens du texte, est basée sur le seul argument que le fragment comporte un mot difficilement explicable.

De plus, il faut bien reconnaître que Ubbelohde (35) a raison de souligner que l'insertion proposée par Mommsen crée un nouveau problème. Si les mots « *simpli litem aestimandam* » concernent le cas de l'*actio legis Aquiliae*, c'est aux dépens de la phrase immédiatement subséquente, dont les premiers mots (*idem ait esse, si damni iniuria actum foret...*) paraissent dès lors superflus (36).

D'autre part, il est permis de douter que, même dans l'hypothèse de l'*actio legis Aquiliae*, une condamnation au simple soit justifiable aussi facilement que le font Rudorff (37) et Cannata (38). En effet, à l'instar d'Ubbelohde (39), il nous semble qu'en invoquant à tort un état de nécessité, la condamnation est acquise « *adversus negantem in duplum* » et jamais « *adversus confitentem* » !

Une autre solution a été envisagée par Cujas (40) et Suarez de Mendoza (41). D'après eux, l'explication de la condamnation au simple réside dans une application par analogie de la *Lex Rhodia de iactu*. Il faudrait dès lors que les voisins dont les maisons ne sont pas sinistrées

(34) La solution proposée par Mommsen a néanmoins été adoptée par CANNATA [« Genesi e vicende della colpa aquiliana », *Labeo* 17 (1971), p. 69] et NÖRR [« Zur Interdependenz von Prozeßrecht und materiellem Recht am Beispiel der lex Aquilia », in *Rechthist. Journal*, 6 (1987), p. 114].

(35) UBBELOHDE A., in C.F. GLÜCK, *Ausführliche Erläuterungen der Pandekten*, Erlangen, 1890, Série 43-44, 2<sup>o</sup> partie, p. 142.

(36) CANNATA (*op. cit.*, p. 71.) se rend compte de cette objection, quand il adhère à la position de Mommsen, mais ne trouve pas de meilleure explication que l'éventuelle intervention des Compilateurs, qui auraient raccourci le texte (v. *infra*, 3.2.A.).

(37) RUDORFF A.A.F., « Über die Litisrescenz », *Zeitschrift für geschichtliche Rechtswissenschaft*, 14 (1848), p. 470.

(38) CANNATA C.A., *op. cit.*, pp. 70 et s.

(39) UBBELOHDE A., *op. cit.*, p. 142.

(40) CUJAS J., *Operum Postumorum*, T. 5, Neapoli, 1722, col. 532 et s. ; Cette idée est reprise par WACKE [« Notwehr und Notstand bei der Aquilischen Haftung », *ZSS*, 106 (1989), p. 499], même si ce dernier ne s'en sert pas particulièrement pour expliquer le « *simpli* ».

(41) SUAREZ DE MENDOZA J., « Commentarii ad Legem Aquiliam », in MEERMANI GERARD., *Novus Thesaurus Juris Civilis et Canonici*, Hagae-Comitum 1751, T. II, p. 29.

contribuent à la réparation du dommage des autres (42). Contrairement à Gaill (43) et Zoësius (44), ils ne proposent pas une application analogique de la *lex Rhodia de iactu* dans tous les cas d'incendie, mais uniquement dans celui où, d'après Servius, « *simpli litem aestimandam* ». Ces mots voudraient donc dire que la somme des contributions ne dépasserait pas l'estimation du dommage. Cette solution semble néanmoins sortir du cadre de notre fragment qui ne parle nullement de contribution. Or on peut douter que Servius et Ulpien aient simplement sous-entendu une pareille signification aussi spécifique pour le mot « *simpli* ». En effet, il n'est pas aisé d'imaginer que l'on puisse obtenir l'application de la *lex Rhodia* en agissant par la voie de l'interdit *q.v.a.c.* contre le seul auteur de la violence. De plus, au titre « *De lege Rhodia de iactu* », dans le seul fragment où il est question d'un incendie (45), l'assimilation se fait dans le sens inverse : on y considère en effet que dans le cas où le navire a sombré ou versé, il faut adopter la même solution que pour l'incendie et renoncer à la contribution de la *lex Rhodia*.

(42) *Contra* : HUBER U., *Praelectionum iuris civilis*, Lovanii, 1766, T. II, p. 322 ; THIBAUT A., « Über die Selbstvertheidigung gegen fremde Sachen », *AcP*, 8 (1825), p. 146 ; GIARO T., *Excusatio Necessitatis nel diritto romano*, Warszawa 1982, pp. 85 et s. ; Comp. aussi : GLÜCK (*Ausführliche Erläuterungen der Pandekten*, Erlangen, 1813, XIV, pp. 233 et s.) qui n'envisage l'extension de l'application de la *lex Rhodia* à des cas comme l'incendie ou les dommages de guerre que dans le cadre de l'application « *actuelle* » de cette loi, sans qu'il soit question d'attribuer cette application par analogie aux Romains eux-mêmes ; dans le même sens que Glück, v. HONSELL (« Ut omnium contributione sarciatur quod pro omnibus datum est », *Festschrift Waldstein*, Stuttgart 1993, p. 149), pour qui l'application par analogie de la contribution de la *lex Rhodia* à notre cas remonte au Moyen Age et est étrangère au Digeste. V. aussi : VAN WETTER P., *Les obligations en droit romain*, T. III, Gand-Paris 1886, pp. 324 et s. Pour cet auteur, une application analogique de la *Lex Rhodia de iactu* est difficilement imaginable dans le cas de l'incendie, notamment en raison de l'« inégalité complète entre les voisins au point de vue du danger de l'incendie. La gravité de ce danger varie essentiellement d'après la situation des maisons voisines (...) Dans ces conditions, il serait peu équitable de forcer tous les voisins à contribuer au sacrifice de la maison démolie. En outre, comment déterminer jusqu'où le feu se serait étendu s'il n'avait pas été coupé ? Or cette détermination est indispensable pour connaître les propriétaires obligés de contribuer ». V. néanmoins l'hésitation de l'auteur dans le cas où l'incendie menace d'une manière égale un nombre déterminé de maisons (p. 325 note 3). Dans le même sens : MOLITOR J.P., *Les obligations en droit romain*, 2<sup>e</sup> éd., Paris, 1874, pp. 380 et s.

(43) GAILL, A., *Practicarum observationum*, Amstellodami, 1663, lib. 2, obs. 22, 5, p. 316.

(44) ZOESIUS H., *Commentarius ad Digestorum*, Coloniae Agrippinae, 1651, pp. 253 et s., note 16.

(45) PAUL., *lib. 3 epit. Alf. dig.* (D. 14, 2, 7) : *Cum depressa navis aut deiecta esset, quod quisque ex ea suum servasset, sibi servare respondit, tamquam ex incendio.*

Quant à Ubbelohde (46), il propose encore une autre lecture. D'après lui, même s'il est vrai que Servius envisage exclusivement l'interdit *q.v.a.c.* quand il dit *simpli litem aestimandam*, rien n'empêche de chercher la réponse à notre question en-dehors de l'interdit, en l'occurrence dans l'*actio legis Aquiliae*. Autrement dit, en disant que, dans l'hypothèse où le feu ne rejoint pas les ruines de la maison abattue, le défendeur doit être condamné au simple, cette dernière précision aurait été faite par référence — et donc aussi par opposition — au cas de l'*actio legis Aquiliae* où il y aurait condamnation au double.

Que penser de la lecture d'Ubbelohde ? À notre avis, elle ne permet pas de donner une réponse satisfaisante à notre question. En effet, d'une part, il serait surprenant que Servius fasse déjà référence à l'*actio legis Aquiliae* à cet endroit, alors qu'il entreprend une comparaison explicite à la phrase suivante. D'autre part, et il s'agit ici de l'argument principal, tout semble indiquer que, dans l'hypothèse en question, la solution en cas d'*actio legis Aquiliae* aurait été l'absolution pure et simple et non la condamnation au double. C'est en tout cas la conclusion sans équivoque que l'on peut tirer des deux fragments parallèles du texte : Ulp. lib. 9 Disp. (D. 9, 2, 49, 1) et lib. 56 ad Ed. (D. 47, 9, 3, 7). Particulièrement dans le premier des deux textes, il est dit explicitement que, même si le feu ne progresse pas jusqu'à la maison abattue, le défendeur à l'*actio legis Aquiliae* sera absous. Qui plus est, dans notre fragment 7 § 4, si l'on excepte la finale qui traite d'un cas différent, il n'est question à aucun endroit de condamner celui qui a abattu une maison *incendii arcendi causa* et qui se voit intenter une action sur base de la *lex Aquilia* (Rappelons que « *simpli litem aestimandam* » concerne uniquement une condamnation basée sur l'interdit *q.v.a.c.*). Remarquons également qu'Ubbelohde ne pourrait pas s'en sortir en imaginant une controverse entre Servius et Ulpien sur le problème de savoir s'il fallait, en cas d'*actio legis Aquiliae*, condamner au double ou refuser l'action. En effet, Ulpien relate l'opinion de Servius sans la contredire et tout semble indiquer qu'il partageait cette opinion.

Il y a encore une autre hypothèse qui a été avancée par Aru (47). Ce dernier propose d'opposer à la condamnation au simple, l'hypothèse de la condamnation au quadruple dont il est question au titre « *De incendio ruina naufragio rate nave expugnata* » (47, 9) du Digeste. Au frag-

(46) UBBELOHDE A., in C.F. GLÜCK, *Ausführliche Erläuterungen der Pandekten*, Erlangen, 1890, Série 43-44, 2<sup>o</sup> partie, pp. 144 et s.

(47) ARU L., « Appunti sulla difesa privata in diritto romano », *Ann. Palermo*, 15 (1936), pp. 140 et s.

ment 3 § 7 (48) de ce titre, le cas envisagé est d'ailleurs précisément celui qui nous occupe. La possibilité du recours à l'action tirée du titre « *De incendio...* » avancée par Labéon est néanmoins sévèrement contredite par Ulpien et par Celse dans l'hypothèse où la destruction a été effectuée *incendii arcendi causa*. Ulpien note en effet que pour qu'il y ait condamnation au quadruple, il faut qu'il y ait eu dol. Or, fait-il remarquer en citant Celse, il n'y a même pas d'*iniuria*. Est-il dès lors pensable qu'Ulpien ait eu à l'esprit le cas de cette action au moment de préciser que la condamnation devait être limitée au simple ? Vu la sévérité de la contradiction de Labéon par Ulpien, il semble peu probable qu'il ait cru bon d'insister sur le fait qu'il s'agissait d'une condamnation au simple, et non au quadruple. En effet, étant donné que le jurisconsulte parle du titre « *De incendio ruina...* » au livre 56 de son commentaire sur l'Édit, et que notre fragment se trouve au livre 71 du même ouvrage, il paraît impensable qu'il fasse implicitement une comparaison avec une action pour laquelle il avait déjà montré avec force qu'elle ne pouvait en aucun cas s'appliquer ici.

Enfin, Suarez de Mendoza (49) et Lenel (50) proposent comme solution d'opposer à la condamnation au simple l'évaluation sous serment par le demandeur. Il est vrai qu'Ulpien (51) écrit que si la restitution n'est plus possible, le demandeur victorieux obtiendra du juge l'*id quod interest* sur base du *iusiurandum*, excepté dans le cas où il ne pourra pas prêter serment. Dans ce dernier cas, l'estimation sera opérée par le juge lui-même. Le fragment souligne une opposition entre deux types d'évaluations possibles pour la condamnation par l'interdit *q.v.a.c.* Les deux fragments suivants montrent en plus que l'évaluation devait se faire par le demandeur lorsque c'est dolosivement que le défendeur s'est mis dans

(48) ULP., *lib. 56 ad Ed.* (D. 47, 9, 3, 7) — V. — *infra*, chapitre 1, C — notre exégèse de ce fragment : *Quod ait praetor de damno dato, ita demum locum habet, si dolo damnum datum sit : nam si dolo 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.*

(49) SUAREZ DE MENDOZA J., « *Commentarii ad Legem Aquiliam* », in MEERMANI GERARD., *Novus Thesaurus Juris Civilis et Canonici*, Hagae-Comitum 1751, T. II, pp. 29 et s. Rappelons que pour cet auteur, il s'agit d'une solution complémentaire à une autre solution déjà envisagée *supra*, (texte et note 41).

(50) LENEL O., *Edictum perpetuum*, Leipzig, 1883, p. 388, note 1 (Comp. 3<sup>e</sup> éd. Leipzig, 1927, p. 483, note 4 — v. *infra*, note 61).

(51) ULP., *lib. 71 ad Ed.* (D. 43, 24, 15, 9) : *Sed quod interfuit, aut per iusiurandum, quod in litem actor iuraverit, aut, si iurare non possit, iudicis officio aestimandum est.*

l'impossibilité de restituer (52), alors que, s'il n'avait commis qu'une faute — voire s'il n'avait même pas commis de faute (53) — l'estimation devait être faite par le juge (54). D'après ces deux auteurs, il faut donc considérer que le *simpliciter* correspond à l'estimation du juge, et que l'évaluation par le demandeur lui-même constitue l'option écartée dans le cas où le défendeur aurait agi « *incendii defendendi causa* », étant sous-entendu que, dans le cas où le demandeur peut lui-même effectuer l'évaluation, il y aura le risque d'une certaine surévaluation, donc d'une condamnation supérieure à la condamnation au simple.

Ubbelohde (55) formule à cet endroit une objection. D'après lui, il n'est pas pensable qu'Ulpian — qui ne parle pas au fragment 7 § 4 explicitement de l'hypothèse de l'évaluation sous serment — impose à ses lecteurs de résoudre une telle devinette pour pouvoir comprendre le passage. À notre avis cependant, le terme « devinette » ne convient pas ici, dans la mesure où Ulpian (56) lui-même (et cela dans son livre 71 sur l'édit, c'est-à-dire celui-là même dont est extrait le fragment 7 § 4) nous enseigne que, sauf exception, on avait recours au « *iusiurandum in litem* ». On comprend dès lors sans trop de difficultés qu'Ulpian n'ait pas cru nécessaire de rappeler qu'il faisait référence à la solution de principe.

Ubbelohde (57) formule une seconde objection, basée sur le fragment subséquent à celui invoqué par Lenel (58). D'après ce texte, celui qui a rendu la restitution impossible par son propre dol sera considéré comme pouvant toujours restituer, et sera, par conséquent, exposé à une évaluation du demandeur qui lui sera défavorable. Or, d'après Ubbelohde, il en serait toujours ainsi dans le cas qui nous concerne. Pour lui, en effet, le dol consisterait dans le fait d'abattre une maison malgré l'opposition du propriétaire. Il n'y aurait donc aucune raison d'exclure le *iusiurandum in litem* dans ce cas, et ce serait même la seule solution possible. Nous pensons que Ubbelohde se trompe, vu qu'Ul-

(52) ULP., *lib. 71 ad Ed.* (D. 43, 24, 15, 10) : *Eum autem, qui dolo malo fecerit, quo minus possit restituere, perinde habendum, ac si posset.*

(53) Sur ce point, mais aussi sur la compréhension des fragments 15 §§ 9-11, v. UBBELOHDE A., in C.F. GLÜCK, *Ausführliche Erläuterungen der Pandekten*, Erlangen, 1890, Série 43-44, 2° partie, pp. 249 et s.

(54) ULP., *lib. 71 ad Ed.* (D. 43, 24, 15, 11) : *Culpam quoque in hoc interdicto venire erit probandum : quae tamen arbitrio iudicis aestimanda erit.*

(55) UBBELOHDE A., *op. cit.*, p. 143.

(56) V. ULP., *lib. 71 ad Ed.* (D. 43, 24, 15, 9), *supra*, note 51.

(57) UBBELOHDE A., *op. cit.*, pp. 143 et s.

(58) ULP., *lib. 71 ad Ed.* (D. 43, 24, 15, 10), *supra*, note 52.

prien lui-même nous apprend par ailleurs (59) qu'il n'y a pas de dol si l'on agit pour défendre sa maison (60). Il est donc tout à fait naturel que la solution retenue soit celle prévue dans l'hypothèse où l'impossibilité de restituer n'est pas due au dol du défendeur, c'est-à-dire la condamnation au montant du dommage, tel qu'il sera évalué par le juge.

D'après nous, c'est donc la solution proposée par Suarez de Mendoza et Lenel qui s'impose, et si le juge doit condamner au simple dans notre hypothèse, c'est par opposition à la condamnation au montant résultant de l'évaluation faite par le propriétaire de la maison abattue. Notons que cette solution n'a pas connu un grand succès, et c'est un euphémisme puisque dans la troisième édition de son *Edictum perpetuum* (61), plutôt que de défendre son interprétation du passage, Lenel lui-même se contente d'ajouter la référence de la contradiction que lui fait Ubbelohde (62).

Par la suite, on ne trouvera plus trace de cette discussion que chez De Martino (63), qui fait référence à Ubbelohde dans sa traduction italienne. La doctrine postérieure à l'auteur italien passe carrément le problème sous silence (64) ; ou encore l'esquive en se ralliant sans autre justification à la tentative de correction de Mommsen (65) ou en invoquant de manière générale l'intervention des Compilateurs (66) ; ou

(59) V. *supra*, note 48.

(60) Il est vrai que d'après ce texte, il n'y a pas d'*iniuria* non plus, mais, comme nous le rappellerons plus loin (v. *infra*, texte et note 71), l'absence d'*iniuria* n'empêche pas la condamnation dans le cadre de l'interdit *q.v.a.c.*

(61) LENEL O., *Edictum perpetuum*, 3<sup>e</sup> éd., Leipzig, 1927, p. 483, note 4.

(62) V. UBBELOHDE, in C.F. GLÜCK, *Ausführliche Erläuterungen der Pandekten*, Erlangen, 1890, Série 43-44, 2<sup>e</sup> partie, pp. 143 et s.

(63) V. DE MARTINO, « In tema di stato di necessità », *RISG*, 14 (1939), p. 43, note 2.

(64) V. RÖHLE R., « Zur Frage der sogenannten verdrängenden Verursachung im Römischen Recht », *SDHI*, 31 (1965), p. 309 ; WATSON A., *The Law of Obligations in the Later Roman Republic*, Oxford, 1965, p. 241 ; LONGO G., « Note critiche in tema di stato di necessità (1955) », in *Ricerche romanistiche*, Milano, 1966, pp. 606 et s. ; et « Sulla legittima difesa e sullo stato di necessità in diritto romano », *Festgabe von Lübtow*, Berlin 1970, p. 333 ; MACCORMACK G., « Aquilian Studies », *SDHI*, 41 (1975), p. 54. Pour éviter de devoir expliquer pourquoi le particulier doit être condamné au simple dans le cas qui nous intéresse, MacCormack se contente de dire que dans ce cas il est responsable (« liable ») ; WILLVONSEDER R., *Die Verwendung der Denkfigur der « condicio sine qua non » bei den römischen Juristen*, Wien-Köln-Graz, 1984, pp. 157 et s. ; WACKE A., « Notwehr und Notstand bei der Aquilischen Haftung », *ZSS* 106 (1989), pp. 498 et s.

(65) Voir *supra*, note 34.

(66) V. VISKY K., « La responsabilité en droit romain », *RIDA*, 3 (1949), p. 479.

enfin exprime tout simplement son incapacité à comprendre le passage (67).

En conclusion, le texte tel qu'il est transmis par la Florentine — sous réserve de la correction de « *effici* » en « *excipi* » est très probablement conforme à celui qu'a promulgué Justinien. Il faut maintenant vérifier si les mots qu'on y attribue à Ulpien sont bien conformes à ceux qui se trouvaient à l'origine dans le livre 71 de son commentaire sur l'Édit.

### 3. — EXPLICATION DU FRAGMENT

Le fragment a fait l'objet de nombreuses critiques interpolationnistes. À vrai dire, extrêmement rares sont les auteurs qui estiment que le fragment n'est pas interpolé (68), au moins dans une de ses parties. Nous avons déjà commenté certaines de ces critiques, dans la mesure où il arrive que des altérations soient considérées par d'aucuns comme de simples erreurs de retranscription, alors que d'autres y voient la main des Compilateurs. Nous ne reviendrons plus sur les questions déjà abordées.

Nous allons maintenant examiner les différents problèmes que pose la compréhension du fragment, et la manière dont ils ont été résolus par le passé, que la solution suppose une interpolation ou non.

Dans un premier temps, il faut examiner les problèmes de compatibilité externe du fragment, c'est-à-dire dans quelle mesure son contenu est

(67) V. SCHIPANI S., *Responsabilità « ex lege Aquilia ». Criteri di imputazione e problema della « culpa »*, Torino, 1969, p. 158, note 10.

(68) Seuls BIONDI [*Istituzioni di diritto romano*, 4. ed., Milano, 1965, p. 531, note 27 (2. ed. Milano 1952, p. 506, note 27)] et SOLAZZI [« Leggendo i libri 'de officio consulis' », *Rendiconto del R. Ist. Lombardo per le Scienze e le lettere*, 55 (1922), 89, note 1 (rist. Scritti di diritto romano, II (1913-1924), Napoli, 1957, p. 524, note 16.)] semblent éventuellement pouvoir entrer dans cette catégorie, mais, même pour ces deux auteurs, il n'est pas entièrement certain qu'ils aient été opposés à toute hypothèse d'interpolation. Le premier dit simplement que De Martino nie à tort la classicité de la doctrine reportée dans notre fragment. Faut-il pour autant comprendre que d'après lui l'entièreté du fragment est classique ? Cela n'est pas certain. Pour le second, il semble moins certain encore qu'il ait vraiment cru à la classicité du passage. En réalité, c'est VISKY [« La responsabilité en droit romain », *RIDA*, 3 (1949), p. 479, note 103] qui affirme cela, mais Solazzi semble plutôt se demander de manière générale si le fragment est vraiment inaltéré. DE MARTINO [« In tema di stato di necessità », *RISG*, 14 (1939), p. 43] et SCHIPANI (*op. cit.*, p. 160, note 11) en déduisent d'ailleurs plutôt que Solazzi doutait de la classicité du fragment. L'erreur de Visky vient probablement d'une mauvaise interprétation des signes de l'*index interpolationum* (LEVY E. et RABEL E., Weimar 1931, ad h.l.), où l'on peut lire : « *genuin* (?) Solazzi Rend Lomb 55 (1922) 89 n 1 ».



en contradiction avec ce qui a pu être dit dans d'autres. Ensuite, nous envisagerons les problèmes de compatibilité interne du fragment.

3.1. — *Contradiction externe :*  
*Ulp. lib. 71 ad ed. — lib. 9 disp.*

La première contradiction dont il faut rendre compte est celle qu'il y a entre notre fragment et le fragment parallèle Ulp., *lib. 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.*

La contradiction est flagrante. En effet, dans les deux textes, on trouve à propos du cas où un particulier abat la maison de son voisin afin d'endiguer un incendie, la même distinction : soit l'incendie progresse jusqu'aux ruines de la maison abattue (*si pervenisset — ignis pervenit*), soit il s'éteint auparavant (*neque usque eo pervenisset — ignis ante extinctus est*). Or, pour le cas où l'incendie *ante extinctus est*, notre fragment conclut à une condamnation au simple, alors que le fragment parallèle conclut à l'absolution pure et simple.

Les solutions imaginées par la doctrine sur ce point sont essentiellement de trois types :

A. *La solution de la Glose*

La solution d'Accurse (69) est fondée sur la justification du refus de l'action telle qu'elle apparaît dans le fragment 49 § 1 : l'*actio legis Aquiliae* n'est pas accordée, car celui qui a abattu la maison de son voisin a agi *iusto metu ductus*. Le glossateur en a donc déduit que si dans ce paragraphe, l'auteur du dommage était néanmoins absous, c'est que sa crainte était suffisamment justifiée par le fait qu'il a pu croire que le feu aurait réellement pu progresser jusqu'aux ruines de la maison abat-

(69) ACCURSIUS, *Glossa « Extinctus » ad D. 9, 2, 49, 1*, in GOTHOFREDUS D., *Digestum vetus*, Lugduni, 1604.

tue (70). Ce qui aurait donc importé, c'est que la crainte soit justifiée, et une des manières de vérifier cela aurait été de voir si le feu pouvait raisonnablement « *pervenire* ».

La tentative de conciliation des Glossateurs est vaine, car elle ne permet pas de résoudre le problème rencontré : dans la justification de Servius, il n'y a pas de place pour une application de la notion de *iustus metus* qui supprimerait l'*iniuria*. En effet, la distinction de Servius s'applique également à l'interdit *q.v.a.c.*, pour lequel la présence ou l'absence d'*iniuria* est indifférente (71). De plus, la justification *aeque perituris aedibus* montre bien que Servius raisonne en termes de *damnum*, et non d'*iniuria*. Enfin, ce jurisconsulte ne semble visiblement pas s'être demandé si vraiment celui qui a abattu la maison du voisin a pu agir sous l'empire d'une juste crainte, vu que dans son mode de pensée ce qui comptera, c'est si, au moment où le feu s'éteindra, il a progressé jusqu'aux ruines de la maison abattue ou non. Il ne s'agit donc nullement d'évaluer la situation telle qu'elle a pu paraître aux yeux de celui qui *intervenit* au moment de son intervention.

#### B. *La solution de la controverse sur le contenu de l'état de nécessité*

D'autres, à l'instar de Löhr (72), expliquent plutôt la divergence entre Celse au fragment 49 § 1 et Servius au fragment 7 § 4 par une controverse qu'il y aurait eu entre les différents jurisconsultes. Elle aurait porté sur le contenu de la notion d'état de nécessité. Il ne serait plus question, comme chez les Glossateurs, de voir si la circonstance que l'incendie s'est éteint avant d'arriver aux ruines de la maison abattue empêchait ou non l'existence d'une juste crainte, mais plutôt d'évaluer si les circonstances concrètes pouvaient ou non constituer un état de nécessité. Cette évolution apparaît clairement chez Thibaut (73), pour

(70) Cette solution est encore préconisée par THOMASIIUS (*Ad Huberum, lib. 9, tit. 2*, in SCHOL., *Huberi Praelectionum*, Lovanii, 1766, p. 322); de même : POTHIER J., *Pandectae Justinianae in novum ordinem digestae*, Paris, 1818, p. 394, note 1; plus récemment encore : MACCORMACK G., « Aquilian Studies », *SDHI*, 41 (1975), p. 55 : « A person who had reasonable grounds for thinking that a fire would reach his own house cannot be deemed to be at fault if he pulls down a neighbour's house in order to check the spread of the fire ».

(71) V. ULP., *lib. 71 ad edictum* (D. 43, 24, 1, 2) : *Et parvi refert, utrum ius habuerit faciendi, an non : sive enim ius habuit sive non, tamen tenetur interdico, propter quod vi aut clam fecit : Tueri enim ius suum debuit, non iniuriam comminisci.*

(72) LÖHR E., *Die Theorie der Culpa*, Gießen 1806, pp. 95 et s.; approuvant la position de Löhr : GLÜCK C.F., *Ausführliche Erläuterungen der Pandekten*, Erlangen, 1808, X, p. 331; de même : STAMMLER R., *Darstellung der strafrechtlichen Bedeutung des Nothstandes*, Erlangen, 1878, pp. 12 et s.

(73) THIBAUT A., « Über die Selbstvertheidigung gegen fremde Sachen », *AcP*, 8 (1825), pp. 143 et s.

qui la circonstance que la maison aurait de toute façon péri n'est qu'une motivation accessoire (*Nebengrund*) dans l'argumentation de Servius, la raison principale étant l'état de nécessité (74). Pernice (75) en conclut que l'admission de l'état de nécessité est une question de fait, et qu'il ne faut pas s'étonner si certains jurisconsultes réclament plus de preuves que d'autres (76). D'après une partie de la doctrine, les jurisconsultes classiques auraient donc été d'accord quant au bien-fondé du recours à l'état de nécessité, non quant aux conditions à remplir pour que l'on soit effectivement dans un tel cas.

Le problème que pose cette interprétation, c'est que les deux textes émanent d'Ulpian et que ce jurisconsulte ne contredit ni Servius, ni

---

(74) Il est vrai que Thibaut n'envisage pas réellement la contradiction présentée par les deux textes. En effet, s'il explique pourquoi Servius recourt à une autre justification de l'absolution, il ne dit pas expressément pour quelle raison ce dernier condamne *si ignis ante extinctus est*. Néanmoins, la justification par un recours généralisé à l'état de nécessité nous montre bien le passage qui est fait de la reconnaissance d'une circonstance évasive d'*iniuria* (la juste crainte) ou de *damnum* (*aeque periturus aedibus*) vers une généralisation du recours à l'état de nécessité.

(75) PERNICE A., *Zur Lehre von den Sachbeschädigungen*, Weimar, 1867, p. 39.

(76) Dans le même sens : VON TUHR A., *Der Nothstand im Civilrecht*, Heidelberg, 1888, pp. 61 et s. : d'après cet auteur, Ulpian aurait mis un terme à la controverse, en prenant parti pour la position de Celse. Comp. également dans le même sens : KARLOWA O., *Römische Rechtsgeschichte*, T. II, Leipzig, 1901, pp. 1237 et s. ; FERRINI C., *Diritto penale romano*, 1902 (Rist. Roma 1976), p. 87, note 2 : « La difficoltà però di distinguere un mero pericolo da un danno imminente spiega le controversie che si ebbero in proposito fra i giuristi romani » ; BONFANTE P., *Corso di diritto romano*, Roma, 1926, T. 2/1, pp. 406 et s. (Rist. 1966, pp. 470 et s.) ; ARU L., « Appunti sulla difesa privata in diritto romano », *Ann. Palermo*, 15 (1936), p. 141 ; DE MARTINO F., « In tema di stato di necessità », *RISG*, 14 (1939), p. 47 ; VISKY K., « La responsabilité en droit romain », *RIDA*, 3 (1949), pp. 478 et s. ; RÖHLE R., « Zur Frage der sogenannten verdrängenden Verursachung im Römischen Recht », *SDHI*, 31 (1965), p. 309 (Il se peut cependant que cet auteur n'ait pas vraiment vu la totalité du problème, dans la mesure où il ne fait aucune référence au fragment 49 § 1 — il se contente de faire remarquer que Servius met une condition supplémentaire à l'octroi de l'exception, par rapport à Celse et Gallus) ; WATSON A., *The Law of Obligations in the Later Roman Republic*, Oxford, 1965, p. 241 ; TAFARO S., « 'Causa timoris' e 'migratio inquilinorum' in un responso serviano », *INDEX*, 5 (1974/1975), p. 57 ; MACCORMACK G., « Aquilian Studies », *SDHI*, 41 (1975), pp. 53 et s. [Bien que ne parlant pas expressément de l'état de nécessité, cet auteur situe la controverse entre Servius et Celse sur les conditions à respecter pour éviter d'être tenu responsable d'avoir abattu la maison de son voisin. Il finit par considérer (p. 56) que pour Servius le fait d'abattre la maison de son voisin devait probablement constituer une faute, alors que pour Celse, tel n'était pas le cas. On en revient donc, comme pour les autres auteurs cités ici, à un problème de faits.] ; HORAK F., « C.R. B.W. Frier, *The Rise of the Roman Jurists* », *ZSS*, 105 (1988), pp. 840 et s., note 20 ; ZIMMERMAN R., *The Law of Obligations*, Cape Town, 1990, p. 1001 ; HONSELL H., *Römisches Recht*, 3. ergänzte Aufl., Berlin-Heidelberg, 1994, p. 148 ; HAUSMANINGER H., *Schadenersatzrecht der Lex Aquilia*, 5. Aufl., Wien 1996, pp. 23 et s.

Celse. Von Tuhr (77), qui avait bien vu le problème, décide purement et simplement qu'Ulpien devait en réalité être de l'avis de Celse (78). Pour lui, cela ressort avec certitude du troisième fragment parallèle : Ulp., *lib. 56 ad Edict.* (D. 47, 9, 3, 7) (79). Il est vrai que, dans ce fragment, Ulpien répète et approuve la position de Celse, en fonction de laquelle, l'*actio legis Aquiliae* ne doit pas avoir lieu. Mais il n'est plus ici question de préciser qu'il en sera ainsi même si l'incendie s'éteint avant de rejoindre les ruines de la maison abattue. On ne voit donc pas en quoi ce texte serait plus déterminant que 49 § 1, où la contradiction semble évidente.

Von Tuhr fait également valoir que, chronologiquement, Celse est plus proche d'Ulpien que de Servius, et qu'il y aurait eu sur la question de l'état de nécessité une évolution de la jurisprudence. Mais, comme on peut s'en rendre compte, il ne s'agit là pas tant d'un argument permettant de penser qu'Ulpien a tranché une controverse, qu'une raison de croire que si Ulpien avait dû choisir entre les deux jurisconsultes, il aurait peut-être été plus proche des idées de Celse.

Pour sortir de l'impasse, Kaser (80) propose d'admettre que tout le milieu de notre fragment (de « *Si tamen* » à « *aeque perituris aedibus* »), qu'il considère comme étant « *schwer anstößig* », est interpolé. À la place, Ulpien aurait, contrairement à Servius, accordé l'exception également au particulier. Pour seule justification, Kaser dit que c'était le seul moyen par lequel le juge aurait pu tenir compte de l'état de nécessité. Mais il faut bien reconnaître que cette solution n'est pas très convaincante. En effet, elle suppose acquis qu'Ulpien était de l'avis de Celse et aurait nécessairement fait jouer l'état de nécessité dans le cas discuté par Servius. Or c'est bien là le problème. D'autre part, il ne dit rien du mobile, du reste difficile à concevoir, qui aurait pu pousser les Compila-

(77) VON TUHR A., *Der Nothstand im Civilrecht*, Heidelberg, 1888, pp. 62 et s.

(78) Le même choix est réalisé par : KARLOWA O., *Römische Rechtsgeschichte*, T. II, Leipzig, 1901, pp. 1237 et s. ; BONFANTE P., *Corso di diritto romano*, Roma, 1926, T. 2/1, pp. 406 et s. (Rist. 1966, pp. 470 et s.) ; ARU L., « Appunti sulla difesa privata in diritto romano », *Ann. Palermo*, 15 (1936), p. 141 ; MACCORMACK G., « Aquilian Studies », *SDHI*, 41 (1975), p. 55 ; ZIMMERMAN R., *The Law of Obligations*, Cape Town, 1990, p. 1001. Cependant aucun de ces auteurs ne justifie pour quoi il pense qu'Ulpien aurait pris position en faveur de l'un et contre l'autre.

(79) ULP., *lib. 56 ad edictum* (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.*

(80) KASER M., *Quanti ea res est*, München, 1935, p. 10, note 4.

teurs à interpoler le fragment en ce sens. Bref, rien ne permet d'affirmer qu'Ulpien ait adopté la position de l'un plutôt que de l'autre.

Mais il y a mieux. Contrairement à ce que croyaient Glück (81), Stammer (82), et plus récemment Ormanni (83), les Basiliques ne permettent en rien de confirmer l'idée d'après laquelle l'opinion de Celse aurait été adoptée par Ulpien et aurait périmé celle de Servius. Au contraire, comme le reconnaît von Tuhr lui-même, on trouve dans cette œuvre à la fois l'opinion de Celse (84) et de Servius (85). Tout porte donc à croire qu'Ulpien considérait d'une manière ou d'une autre que Servius et Celse avaient raison tous les deux. Comment comprendre alors que tant d'auteurs aient affirmé qu'Ulpien avait adopté la position de Celse contre celle de Servius ?

Il faut prendre ici un peu de recul. L'origine de l'erreur se situe d'après nous dans le fait de vouloir imposer aux Romains notre vision de l'état de nécessité. Or nous savons qu'en tant que tel, ce concept leur était totalement étranger (86). Il faut en tout cas tenir compte des contraintes imposées par la procédure formulaire. C'est en effet méconnaître l'attachement des Romains au besoin de se fonder sur l'arsenal des formules, que de tenter d'expliquer la distinction que fait Servius en recourant à l'idée d'état de nécessité dans un cas où, comme nous l'avons déjà montré, l'absence d'*iniuria* en raison d'une juste crainte ne saurait jouer aucun rôle. Nous en venons ainsi à la troisième solution possible.

### C. La solution de Suarez de Mendoza

L'idée que l'incompatibilité apparente entre les opinions de Servius et Celse pouvait s'expliquer par la différence qu'il y avait entre l'*actio legis Aquiliae* et l'interdit *q.v.a.c.* est apparue au plus tard du temps de Sua-

(81) GLÜCK C.F., *Ausführliche Erläuterungen der Pandekten*, Erlangen, 1808, X, p. 331.

(82) STAMMLER R., *Darstellung der strafrechtlichen Bedeutung des Nothstandes*, Erlangen, 1878, p. 14.

(83) ORMANNI A., « Necessità (stato di) », *ED*, 27, Milano, 1977, p. 832.

(84) Bas. 60, 3, 49.

(85) Bas. 58, 23, 7.

(86) V. MAYER-MALY Th., « Das Notverkaufsrecht des Hausvaters », *ZSS*, 75 (1958), pp. 129 et s.; ASCHERI M., « Note per la storia dello stato di necessità », *St.Senesi*, 1975 (87.1), pp. 25 et s.; ORMANNI A., *op. cit.*, pp. 822 et s.; GIARO T., *Excusatio Necessitatis nel diritto romano*, Warszawa, 1982, pp. 89 et s.

rez de Mendoza (87), Wissenbach (88), Voet (89) et Huber (90). Ces trois derniers se contentent de constater que, dans l'hypothèse où *ignis ante extinctus est*, l'action n'a pas lieu, au contraire de l'interdit.

Suarez de Mendoza fournit, quant à lui, une argumentation beaucoup plus riche. Il part de la différence que fait Servius entre le particulier et le magistrat, n'accordant l'exception qu'au second. Suarez montre alors que le magistrat ne bénéficie de l'exception que dans le cas de l'interdit *q.v.a.c.* En effet, elle lui serait inutile dans le cas de l'*actio legis Aquiliae*, car, s'il a abattu la maison sans commettre de dol ou d'*iniuria*, le magistrat a agi *iure potestatis*, et l'action n'a pas lieu (91). En revanche, si la maison a été abattue de manière dolosive ou par *iniuria*, l'action sera accordée, et il n'y a aucune raison pour que le magistrat puisse y opposer une exception (92). Suarez rappelle ensuite que quiconque commet un acte sur le bien d'un autre — alors même que ce dernier s'y était opposé — sera tenu par l'interdit *q.v.a.c.*, qu'il ait eu le droit ou non de faire cet acte (93). Contrairement à ce qu'en pensait Antoine Favre (94), le fait qu'il ait agi *iure potestatis* ne suffit donc plus en soi pour permettre au magistrat d'éviter la condamnation sur cette

(87) SUAREZ DE MENDOZA J., « Commentarii ad Legem Aquiliam », in MEERMANI GERARD., *Novus Thesaurus Juris Civilis et Canonici*, Hagae-Comitum 1751, T. II, pp. 28 et s.

(88) WISSENBACH J.J., *Exercitationum ad quinquaginta libros Pandectarum*, Franecker Frisiorum, 1661, Disp. 23, Lib. 43, th. 16, col. 896.

(89) VOET J., *Commentarius ad Pandectas*, Hagae-Comitum, 1716, T. I, p. 549.

(90) HUBER U., *Eunomia Romana*, Franequer, 1700, p. 416 ; du même auteur : *Praelectionum iuris civilis*, Lovanii, 1766, T. II, p. 322 (*Ad leg. Aquil. § 1*).

(91) Suarez de Mendoza appuie ces affirmations sur les textes suivants :

ULP., *lib. 11 ad Edict.* (D. 4, 2, 3, 1).

*Sed vim accipimus atrocem et eam, quae adversus bonos mores fiat, non eam quam magistratus recte intulit, scilicet iure licito et iure honoris quem sustinet. ceterum si per iniuriam quid fecit populi Romani magistratus vel provinciae praeses, Pomponius scribit hoc edictum locum habere : si forte, inquit, mortis aut verberum terrore pecuniam alicui extorsit.*

ULP., *lib. 32 ad Edict.* (D. 19, 2, 13, 8).

*Si quis mensuras conduxerit easque magistratus frangi iusserit, si quidem iniquae fuerunt, Sabinus distinguit, utrum scit conductor an non : si scit, esse ex locato actionem, si minus, non. quod si aequae sunt, ita demum eum teneri, si culpa eius id fecit aedilis. Et ita Labeo et Mela scribunt.*

ULP., *lib. 57 ad Edict.* (D. 47, 10, 13, 1).

*Is, qui iure publico utitur, non videtur iniuriae faciendae causa hoc facere : iuris enim executio non habet iniuriam.*

ULP., *lib. 57 ad Edict.* (D. 47, 10, 13, 6).

*Quae iure potestatis a magistratu fiunt, ad iniuriarum actionem non pertinent.*

(92) Pour plus de détails sur le cas du magistrat, v. *infra*, 3.3.

(93) ULP., *lib. 71 ad Edict.* (D. 43, 24, 1, 2) — V. *supra*, note 71.

(94) FABER A., *De erroribus pragmat.*, Lugduni, 1658, Decad. LXXVII, Err. V, pp. 330 et s. V. *infra*, 3.3.

base. L'auteur appuie cette affirmation par un exemple, le cas des avis apposés clandestinement sur la maison hypothéquée :

Venuleius, *lib. 2 interd.* (D. 43, 24, 22, 2) :

*Si ad ianuam meam tabulas fixeris et ego eas, priusquam tibi denuntiarem, refixerero, deinde invicem interdicto quod vi aut clam egerimus : nisi remittas mihi, ut absolvar, condemnandum te, quasi rem non restituas, quanti mea intersit, aut certe exceptionem mihi profuturam « si non vi nec clam nec precario feceris ».*

Nous avons donc Primus qui appose clandestinement des avis sur la maison de Secundus, en vue de faire savoir que celle-ci est hypothéquée. Secundus enlève alors ces avis sans faire de dénonciation à Primus. Bien que Secundus avait un droit à l'enlèvement des avis, il ne pourra éviter la condamnation sur base de l'interdit *q.v.a.c.* que par le biais d'une exception. Suarez en déduit que pour le magistrat également, l'exception est le seul moyen d'éviter la condamnation sur base de l'interdit.

En matière d'*actio legis Aquiliae*, contrairement à ce qui se passe pour l'interdit *q.v.a.c.*, celui qui agit *iure* n'est pas tenu par l'action. Or tel est précisément le cas s'il a abattu la maison de son voisin, animé d'une juste crainte (*iustus metus*). Il en va différemment de l'interdit, puisque la circonstance que l'on ait eu le droit d'agir ou non est indifférente.

La solution que propose Schipani (95), comme celle de Suarez, repose sur la différence qu'il y a entre l'*actio legis Aquiliae* et l'interdit *q.v.a.c.*, quant à leurs conditions d'octroi.

Ces deux auteurs sont probablement ceux qui se rapprochent le plus de la vérité. Il faudra affiner leurs positions au fil des points suivants.

### 3.2. — Contradiction interne —

#### *l'actio legis Aquiliae dans la distinction de Servius*

Un important problème est posé par la question suivante : dans quelle mesure Servius parle-t-il de l'*actio legis Aquiliae* ? Pour pouvoir résoudre cette question, il est indispensable de se pencher sur la contradiction suivante. Dans un premier temps, la question de l'octroi de l'exception semble posée à la fois pour l'*actio legis Aquiliae* et l'interdit *q.v.a.c.* (« *aut damni iniuria* »). Dans un deuxième temps, Servius répond que l'exception doit être réservée au magistrat et que le particulier sera absous si le feu progresse jusqu'aux ruines de la maison abattue. Dans un troisième temps, Servius (ou Ulpien) dit qu'il doit en être de même en cas d'*actio legis Aquiliae*, comme si il n'avait encore été question que de l'interdit auparavant (« *idem ait esse, si damni iniuria actum foret* »). Il semble donc bien y avoir une contradiction entre le premier et le troi-

(95) SCHIPANI S., *Responsabilità « ex lege Aquilia ». Criteri di imputazione e problema della « culpa »*, Torino, 1969, pp. 155 et s.

sième temps. La question concerne donc le deuxième temps : Servius y parle-t-il oui ou non de l'*actio legis Aquiliae* ?

Une majorité d'auteurs se contente de prendre position de manière implicite, sans affronter le problème de la contradiction interne que nous venons de décrire. Ainsi certains (96) traitent-ils de la distinction de Servius en termes d'*actio legis Aquiliae*, sans même mentionner qu'il y était peut-être également (voire uniquement) question de l'interdit *q.v.a.c.* D'autres (97) ne parlent de la distinction de Servius qu'en termes d'interdit *q.v.a.c.* Une troisième catégorie d'auteurs (98) se contente de rapporter que l'avis de Servius valait tant pour l'interdit que pour l'action. Mais il faut en venir maintenant à la partie de la doctrine qui a réellement affronté le problème. Nous rencontrons essentiellement trois types de positions :

(96) V. RUDORFF A.A.F., « Über die Litisrescenz », *Zeitschrift für geschichtliche Rechtswissenschaft*, 14 (1848), p. 470 ; WATSON A., *The Law of Obligations in the Later Roman Republic*, Oxford, 1965, pp. 240 et s. ; TAFARO S., « 'Causa timoris' e 'migratio inquilinorum' in un responso serviano », *INDEX*, 5 (1974/1975), pp. 56 et s. ; NÖRR D., « Causa mortis », *Münchener Beiträge zur Papyrusforschung und Antiken Rechtsgeschichte*, München, 1986, p. 157 et p. 190 ; HAUSMANINGER H., *Schadenersatzrecht der Lex Aquilia*, 5. Aufl., Wien, 1996, p. 23.

(97) V. BRUNNEMANN J., *Jurisconsulti commentarius in Pandectas*, Lugduni, 1714, T. II, ad 43, 24, 7, 4, p. 313 ; UBBELOHDE A., in C.F. GLÜCK, *Ausführliche Erläuterungen der Pandekten*, Erlangen, 1890, Série 43-44, 2<sup>e</sup> partie, pp. 139 et s. (rappelons que cet auteur, tout en admettant que les distinctions de Servius ne concernent que l'interdit *q.v.a.c.*, considère néanmoins qu'une allusion à l'*actio legis Aquiliae* est déjà faite dès avant les mots « *idem ait...* », par le biais de la condamnation au simple ; v. *supra*, 2.3., texte et note 46) ; PERNICE A., *Labeo*, 2. Aufl., Halle 1895, 2. Band, 1. Teil, p. 68 ; SEGRÈ, *Le obbligazioni e le azioni ex delicto* (corso di diritto romano), T. II, Torino 1925-1926, pp. 123 et s. ; BONFANTE P., *Corso di diritto romano*, Roma, 1926, T. 2/1, pp. 406 et s. (Rist. 1966, pp. 470 et s.) ; VISKY K., « La responsabilité en droit romain », *RIDA*, 3 (1949), p. 479 ; VAN WARMELO P., « Interdictum quod vi aut clam », *Acta Juridica*, 1962 (paru en 1964), p. 27, note 41. D'après ce dernier auteur, la distinction ne peut cependant pas être de Servius, car elle ne prend un sens qu'en cas de *cognitio*. Il estime en effet, comme BESELER (« *Miscellanea Graecoromana* », *Studi Bonfante*, vol. II, Milano, 1930, pp. 59 et s.) que l'exception dans la procédure interdictale doit s'entendre dans un sens substantiel et non plus technique. Il en conclut dès lors que les références aux jurisconsultes de la République seraient fictives. *Contra* : BERGER, « Interdictum », *RE*, 9, 2, Stuttgart, 1916, 1688 : « Die *exceptio* ist jener Bestandteil des Interdikts, der durch seine negative Fassung eine Ausnahme vom I.-Befehl festsetzt bei Vorliegen des mit der *exceptio* umfaßten Umstandes keine Folge zu leisten : *non tenebit interdictum repulso per exceptionem eo qui experitur* (D. 43, 4, 4, 1) ».

(98) V. STÖLZEL A., *Die Lehre von der operis novi nunciatio und dem interdictum quod vi aut clam*, Cassel-Göttingen, 1865, p. 407 ; KARLOWA O., *Römische Rechtsgeschichte*, T. II, Leipzig, 1901, pp. 1237 et s. ; ARU L., « Appunti sulla difesa privata in diritto romano », *Ann. Palermo*, 15 (1936), p. 140 ; WATSON A., *The Law of Property in the Later Roman Republic*, Oxford, 1968, p. 228. ; MACCORMACK G., « Aquilian Studies », *SDHI*, 41 (1975), p. 54.



### A. La solution interpolationniste d'Antoine Favre

Selon Favre (99), ce sont les mots « *idem ait esse, si damni iniuria actum foret* » qui sont interpolés. D'après lui, il s'agit là d'une erreur commise par Tribonien, car la distinction de Servius devait, d'après l'introduction, concerner également l'*actio legis Aquiliae*. Il affirme cela en raison des mots « *simpli litem aestimandam* (100) » qui semblent concerner plutôt l'action que l'interdit. Mais cet auteur ira encore beaucoup plus loin, puisqu'il écrit que l'introduction est également interpolée, et même que le fragment d'Ulprien ne concernait en réalité que l'*actio legis Aquiliae*. Or, à propos de cette action, il considère que l'exception dont il est question ici est inconcevable, puisque soit on a agi conformément au droit et l'action n'a pas lieu, soit on a commis un dol ou une *iniuria* et il n'y a aucune raison d'accorder une exception ni au magistrat ni au particulier. Il va donc de soi que toutes les références à l'exception sont également de la main de Tribonien.

Cette solution est évidemment radicale, puisque plutôt que d'essayer de concilier les mots qui semblent être en contradiction, voire de dénoncer l'interpolation d'un des termes de la contradiction, il finit par considérer que les deux termes de celle-ci sont interpolés. D'après Favre, Servius se serait limité à dire qu'il fallait réserver au magistrat le droit d'intervenir en cas d'incendie, car le particulier ne fait dans ce cas-là qu'ajouter au tumulte. Tribonien aurait agi dans le seul but de nous proposer une nouvelle question. Favre en est donc réduit à affirmer que les Compilateurs auraient créé ce fragment de toutes pièces. Il ne peut cependant avancer aucun motif qui expliquerait pourquoi ils auraient ressenti le besoin d'inventer tout cela. L'origine de ses réflexions est essentiellement, comme il le dit lui-même de manière indirecte (101), le fait qu'il trouve que la distinction entre particulier et magistrat est trop absurde pour être de la main de Servius ou Ulprien.

La position de Cannata (102) est proche de celle de Favre, mais un peu moins radicale. Lui aussi se base sur les mots « *simpli litem aestimandam* » pour affirmer qu'il était déjà question de l'*actio legis Aquiliae* dès avant les mots « *idem ait...* ». Il convient alors que ces derniers créent un malaise, mais ne va, contrairement à Favre, pas jusqu'à consi-

(99) FABER A., *De erroribus pragmat.*, Lugduni, 1658, Decad. LXXXVII, Err. V, pp. 330 et s.

(100) V. à ce propos l'interprétation fournie *supra*, au point 2.3., et la contradiction de Suarez *infra*, au point 3.2.B.

(101) FABER A., *op. cit.*, p. 331.

(102) CANNATA C.A., « Genesi e vicende della colpa aquiliana », *Labeo*, 17 (1971), pp. 70 et s.

dérer qu'ils sont interpolés. Il estime plutôt que, vu que le fragment contient d'autres passages obscurs, ici comme ailleurs, c'est une conséquence des découpages et du résumé dont il a fait l'objet. On pourrait, d'après lui, s'en sortir en considérant que les mots « *si pervenisset, absolvi eum oportere* » se rapportent exclusivement à l'interdit.

Pour le reste du fragment, l'auteur propose également de considérer que « *quoniam nullam iniuriam aut damnum dare videtur aequae perituris aedibus* » est interpolé, en raison du fait que pour Celse, la circonstance « *aequae perituris aedibus* » était sans conséquence au vu du fragment D. 9, 2, 49, 1. Il fait alors la conjecture suivante : « *si pervenisset, absolvi eum interdicto oportere ; idem ait esse, si damni iniuria actum foret, [quoniam nullam dare videtur aequae perituris aedibus]* (103) ; *sed Celsus, etiamsi ignis ante extinctus est, id iniuria factum non esse ait : iusto enim metu ductus, ne ad se ignis perveniret, vicinus aedes intercidit* » (104).

Chez Cannata, comme chez Favre, ce qui gêne le plus, c'est qu'une reconstruction d'une telle ampleur soit proposée sans aucune explication quant aux mobiles des Compilateurs ou des commentateurs post-classiques qui auraient interpolé le fragment de la sorte.

En particulier, lorsque Cannata affirme que « *simplici litem aestimandam* » doit s'expliquer en termes d'*actio legis Aquiliae*, c'est en se fondant sur la solution proposée par Mommsen, et à propos de laquelle nous avons déjà pu montrer qu'elle ne pouvait pas être admise (105). Quand l'auteur propose ensuite de lever la contradiction interne dont nous nous occupons ici, en admettant que l'hypothèse « *si pervenisset...* » ne concerne que l'interdit, cela suppose donc que Servius parle dans un premier temps à la fois de l'action et de l'interdit pour le cas du magistrat et pour le cas du particulier dans l'hypothèse « *si pervenisset* », et qu'ensuite, sans le dire l'autre terme de l'alternative (*si non pervenisset*) n'aurait plus concerné que l'interdit. Cela n'est admissible que si l'on suppose qu'il y a là une nouvelle interpolation, ce que ne manque pas de faire l'auteur dans sa reconstruction (« *si pervenisset, absolvi eum <interdicto> oportere* »). On pourrait également s'interroger sur les raisons de réintroduire Celse dans la suite du fragment, alors que rien ne le suggère.

Comme on le voit, cette solution, comme celle de Favre, est hautement discutable. Il nous semble en tout cas préférable d'examiner

(103) C'est nous qui ajoutons les crochets. L'auteur semble avoir oublié de supprimer ces mots qu'il considérerait pourtant comme interpolés.

(104) L'auteur propose de manière subsidiaire, et sur base de D. 47, 9, 3, 7, la finale suivante : « *...sed Celsus, etiamsi ignis ante extinctus est, iniuria hoc factum non esse ab eo, qui se tueri voluit, cum alias non posset* ».

(105) V. *supra*, texte et notes 33 et s.

d'abord s'il n'est pas possible de donner malgré tout au fragment un sens qui respecterait mieux le texte tel qu'il nous est parvenu. C'est en tout cas ce que pense Suarez (106) quand il reproche à Favre d'attribuer à Tribonien ses propres erreurs.

### B. La solution de Suarez de Mendoza

Comme on pouvait s'y attendre, Suarez de Mendoza propose une autre solution pour résoudre l'incompatibilité entre les mots « *aut damni iniuria* » et « *idem ait esse, si damni iniuria actum foret* ». Il fait à Favre le reproche d'oublier que la question introductive est proposée par Celse et Gallus. Servius répondrait à cette question en deux temps, et en commençant par l'interdit *q.v.a.c.* La comparaison introduite par les mots « *idem ait...* » ne concernerait que le dernier terme de la dernière distinction (*si pervenisset — absolvi*). Il s'agirait donc du cas où l'on n'est pas tenu de l'interdit, en raison de l'absence de dommage. Le cas où l'incendie est éteint avant de progresser jusqu'aux ruines de la maison abattue ne serait pas envisagé par Servius dans le cadre de la *lex Aquilia*.

Cette position est un corollaire de celle prise par le même auteur sur la question posée au point 3.1 (La contradiction externe). En effet, en résolvant l'incompatibilité des opinions d'Ulpien (D. 43, 24, 7, 4 — D. 9, 2, 49, 1), il lui avait fallu admettre que l'opinion de Servius concernait un cas différent de celle de Celse. En conséquence, l'opinion de Servius ne pouvait pas, dans l'argumentation de Suarez, concerner autre chose que le cas de l'interdit *q.v.a.c.* La position de Suarez a l'avantage de mieux respecter le texte du fragment que la position de Favre, puisqu'elle ne suppose aucune interpolation. Par ailleurs, on peut noter que parmi les auteurs qui résolvaient la question du point 3.1. en admettant qu'il devait y avoir une controverse entre les jurisconsultes classiques sur le contenu de l'état de nécessité (3.1.B.), il n'y en a aucun qui propose une solution au problème envisagé ici. Ceci constitue évidemment une nouvelle raison de préférer la position de Suarez sur la question du point 3.1.

### C. La proposition d'interpolation de Schipani

La troisième position est celle d'après laquelle les mots « *aut damni iniuria* » seraient interpolés. Les premiers à avoir exprimé des doutes sur

---

(106) SUAREZ DE MENDOZA J., « *Commentarii ad Legem Aquiliam* », in MEERMANI GERARD., *Novus Thesaurus Juris Civilis et Canonici*, Hagae-Comitum, 1751, T. II, p. 30.

ces mots semblent avoir été Kaser (107) et De Martino (108). Mais il s'agissait, pour ces auteurs, uniquement d'une mise en doute générale, ne portant pas précisément sur le problème que nous affrontons ici.

C'est Schipani (109) qui affirme probablement en premier lieu que ces mots sont interpolés. Pour lui, cela découle de manière certaine du fait que l'*actio legis Aquiliae* ne nécessite aucunement l'insertion d'une exception dans sa formule : que ce soit en jouant sur l'absence de dommage ou d'*iniuria*, le texte de la loi, comme celui de la formule font déjà largement place à ce type d'argumentation. En effet, sans un *damnum* et un *iniuria rumpere*, l'action ne sera pas accordée (110). Pour Schipani, il aurait donc été trop incongru de croire que Celse ait réellement pu se poser la question de savoir s'il pouvait y avoir lieu d'insérer l'exception dont il est question ici dans la formule de l'*actio legis Aquiliae* (111).

À la question du pourquoi de l'interpolation, l'auteur répond qu'elle est probablement due au fait que plus loin dans le fragment, Servius fait une comparaison avec le *damnum iniuria*. Dans la mesure où, avec la fin de la procédure formulaire, le sens du mot *exceptio* a évolué pour signifier de manière générale tout argument de la défense, on n'aurait plus pu comprendre pourquoi Celse et Ulpien n'envisageaient la question que pour le cas de l'interdit *q.v.a.c.* (112).

Comme on peut le remarquer, l'idée de Schipani n'était pas de résoudre la contradiction dont nous traitons ici, en proposant cette interpolation. En effet, si cet auteur fait cette proposition, sa démarche est motivée par le seul problème de la pensée de Celse. Sur ce point, Schipani est d'ailleurs tout à fait convaincant. Mais le fait qu'il propose

(107) KASER M., *Quanti ea res est*, München, 1935, p. 10, note 4 : « Ich streiche (...) die Hinweise auf die (stets verdächtige) a. damni iniuriae ».

(108) DE MARTINO F., « In tema di stato di necessità », *RISG*, 14 (1939), p. 42 : « Così anche sembra sospetto, in sede materiae, la menzione dell'*actio damni iniuria* ».

(109) V. SCHIPANI S., *Responsabilità « ex lege Aquilia »*. *Criteri di imputazione e problema della « culpa »*, Torino, 1969, pp. 155 et s. ; approuvent la position de Schipani : LONGO G., « Sulla legittima difesa e sullo stato di necessità in diritto romano », *Festgabe von Lübtow*, Berlin, 1970, p. 333, note 21 ; ORMANNI A., « Necessità (stato di) », *ED*, 27, Milano, 1977, p. 827.

(110) Notons que Favre fait la même constatation (v. *supra*, point A.). Si cependant il n'arrive pas à la même conclusion, c'est en raison du fait qu'il n'imagine pas que l'exception puisse être utile au magistrat en matière d'interdit *q.v.a.c.* (sur la question du magistrat, v. *infra*, 3.3.)

(111) Cela est d'autant plus vrai que nous savons par ailleurs (D. 9, 2, 49, 1 et D. 47, 9, 3, 7) que Celse estimait que l'*actio legis Aquiliae* devait être refusée pour absence d'*iniuria* dans le cas qui nous occupe.

(112) V. SCHIPANI S., *op. cit.*, p. 156, note 6.

en même temps une solution à notre contradiction interne semble être un hasard, car il n'aborde pas la question dans ces termes.

La position de Schipani, tout en différant de celle de Suarez dans la manière de résoudre la contradiction interne en question, la rejoint néanmoins sur l'autre point. En effet, en supprimant les mots « *aut damni iniuria* », Schipani supprime toute raison de croire que les distinctions de Servius aient pu concerner autre chose que le cas de l'interdit *q.v.a.c.* (113). La comparaison avec l'*actio legis Aquiliae* n'est donc introduite qu'à partir des mots « *Idem ait...* ».

Malgré les ressemblances entre ces deux solutions, celle de Schipani comporte un grand avantage sur l'autre, dans la mesure où elle permet d'éviter une difficulté qui subsiste chez Suarez (114). Chez ce dernier, en effet, le lecteur du fragment est obligé d'admettre que Servius commence à répondre à la question posée par Celse et Gallus en ne traitant que de l'interdit *q.v.a.c.* sans le dire expressément. En admettant la proposition d'interpolation faite par Schipani, ce problème disparaît.

Une fois admis le principe d'après lequel Servius effectue la distinction entre magistrat et particulier, et celle entre les cas où « *ignis pervenisset vel non* », en ne considérant que l'interdit *q.v.a.c.*, en raison de la différence qui existe entre cet interdit et l'*actio legis Aquiliae*, il va de soi que la comparaison de Servius entre les deux moyens procéduraux ne porte que sur le dernier terme de la dernière distinction. Le seul cas pour lequel valent les mots « *Idem ait esse, si damni iniuria actum foret, quoniam nullam iniuriam aut damnum dare videtur aequè perituris aedibus* » est donc le cas où « *ignis pervenit* ». C'est d'ailleurs le seul cas où l'on peut dire qu'il n'y a pas de *damnum* et que la maison aurait de toute façon péri, conformément à la motivation « *quoniam nullam iniuriam aut damnum dare videtur aequè perituris aedibus* » (115). Il s'agit là d'un autre argument de texte qui nous conforte dans notre position.

Si nous revenons maintenant à l'argumentation de Schipani, il faut bien avouer qu'elle serait plus convaincante encore, si elle était plus

(113) Il est important de noter ici que Schipani ne semble pas arriver à cette conclusion. En effet, d'après lui, l'exception dont il est question au début de notre fragment, concerne la phase *in iure* de la procédure formulaire. Plus loin, les mots « *si tamen — oportere* » concerneraient en revanche la phase *apud iudicem*. Or une telle analyse de la procédure ne peut concerner que l'*actio legis Aquiliae*. Cela est surprenant : alors que l'interpolation qu'il propose permettrait de résoudre notre contradiction, l'auteur la réintroduit en affirmant que Servius parlait déjà de l'*actio legis Aquiliae* avant les mots « *idem ait...* ». On comprend bien dans ce cas que Schipani finisse par écrire que l'opinion de Servius est incompréhensible.

(114) Notons que Schipani ne semble pas avoir eu connaissance de la position de Suarez de Mendoza à laquelle il ne fait aucune référence.

(115) Nous reviendrons plus tard (V. *infra*, 3.5.) sur le problème posé par ces mots.

complète. On peut en effet regretter qu'il traite de l'exception à l'interdit *q.v.a.c.* sans rien dire du seul cas où elle a été accordée expressément : le cas du magistrat (116).

### 3.3. — *Le magistrat et l'utilité de l'exception*

Le nombre d'auteurs s'étant intéressés de près à la distinction de Servius entre le magistrat et le particulier est relativement restreint (117). Qu'il pouvait y avoir là un problème était pourtant connu depuis Favre (118). Le magistrat a-t-il vraiment besoin d'une exception pour se défendre ? Trois positions ont été défendues à cet égard :

#### A. *La solution de Favre*

On pourrait considérer que l'exception n'est jamais envisageable pour le magistrat. Comme nous l'avons déjà dit brièvement plus haut (119), pour Favre qui était de cet avis, il fallait raisonner comme suit : la distinction de Servius, d'après laquelle seul le magistrat bénéficie de l'exception, et non le particulier, est indéfendable en droit civil comme en droit prétorien. Pour cet auteur en effet, il est impossible qu'un magistrat bénéficie d'une exception, puisque soit il agit conformément au

(116) Sur la question de savoir si le particulier, qui, d'après l'opinion de Servius, devait être absous en cas d'interdit *q.v.a.c.*, l'était sur base d'une exception, v. *infra*, 3.4.

(117) Ainsi, peut-on trouver chez beaucoup d'auteurs, la simple mention de la distinction, avec éventuellement la précision que c'est parce que le magistrat agit pour le bien public (STÖLZEL A., *Die Lehre von der operis novi nunciatio und dem interdictum quod vi aut clam*, Cassel-Göttingen, 1865, p. 407), qu'il est le seul à avoir le droit d'intervenir (PERNICE A., *Labeo*, 2. Aufl., Halle 1895, 2. Band, 1. Teil, p. 68), ou qu'il n'est pas responsable (MACCORMACK G., « Aquilian Studies », *SDHI*, 41 (1975), p. 54). Comp. aussi : HUBER U., *Eunomia Romana*, Franequer, 1700, pp. 415 et s. ; GLÜCK C.F., *Ausführliche Erläuterungen der Pandekten*, Erlangen, 1808, X, p. 328 ; RUDORFF A.A.F., « Über die Litisrescenz », *Zeitschrift für geschichtliche Rechtswissenschaft*, 14 (1848), p. 470 (Cet auteur présente la distinction de Servius comme si elle n'opposait pas le cas du magistrat à celui du particulier, mais plutôt le cas du particulier, selon qu'il a agi avec ou sans l'injonction d'un magistrat) ; SEGRÈ G., *Le obbligazioni e le azioni ex delicto (corso di diritto romano)*, T. II, Torino, 1925-1926, p. 124 ; BONFANTE P., *Corso di diritto romano*, Roma, 1926, T. 2/1, pp. 406 et s. (Rist. 1966, p. 470) ; ARU L., « Appunti sulla difesa privata in diritto romano », *Ann. Palermo*, 15 (1936), p. 140 ; VAN WARMELO P., *Interdictum quod vi aut clam*, *Acta Juridica* 1962 (paru en 1964), p. 27, note 41 ; WATSON A., *The Law of Obligations in the Later Roman Republic*, Oxford, 1965, p. 241 ; RÖHLE R., « Zur Frage der sogenannten verdrängenden Verursachung im Römischen Recht », *SDHI*, 31 (1965), p. 309.

(118) FABER A., *De erroribus pragmat.*, Lugduni, 1658, Decad. LXXVII, Err. V, pp. 330 et s.

(119) V. *supra*, 3.2.A.

droit, et il est inimaginable que l'on ait contre lui une action ou un interdit ; soit il a commis une *iniuria*, et il n'y a pas de raison de le favoriser par rapport au particulier et tous deux seront tenus par l'action et l'interdit.

Pour Favre, l'opinion de Servius est donc interpolée sur ce point aussi. Cet avis est apparemment (120) partagé par De Martino (121), qui croit également à l'interpolation. Il n'imagine pas, en effet, qu'un magistrat puisse avoir besoin d'une exception — comme s'il n'avait pas, en raison de son *imperium*, le pouvoir de démolir une maison dans le but de circonscrire une incendie, donc dans l'intérêt de la sécurité publique.

En conséquence, Favre et De Martino étaient d'avis que le fragment ne devait pas, à l'origine, porter sur la question d'une exception à l'interdit *q.v.a.c.* (122). Le début du fragment — c'est-à-dire les mots « *Est et alia — obicienda* » — devait donc également être considéré comme étant interpolé (123).

(120) V. cependant *infra*, texte et note 132.

(121) DE MARTINO F., « In tema di stato di necessità », *RISG*, 14 (1939), p. 43 : « (...) sorprende che al magistrato occorresse concedere un'exceptio, come se il magistrato non avesse in virtù del proprio *imperium* il potere di ordinare la demolizione di un edificio, allo scopo di circoscrivere un incendio, quindi nell'interesse della sicurezza pubblica ».

(122) Pour Favre — comme nous l'avons déjà dit et critiqué plus haut (V. *supra*, 3.2.A.) — l'avis de Servius devait se limiter à réserver au magistrat le droit d'intervenir pour endiguer un incendie. DE MARTINO (« In tema di stato di necessità », *RISG*, 14 (1939), pp. 43 et s.), comme l'a très bien montré Schipani (*Responsabilità « ex lege Aquilia »*. *Criteri di imputazione e problema della « culpa »*, Torino, 1969, pp. 157 et s., note 9), ne parvient pas à montrer clairement quel aurait pu être le problème posé aux jurisconsultes classiques. En effet, après avoir dit que le problème classique ne pouvait pas concerner la question de l'exception, il prétend néanmoins que Servius aurait répondu au doute de Celse sur la nécessité d'une exception, en posant le problème sous l'angle du « *damnum* ». Comme on le voit, après avoir affirmé qu'il ne devait pas être question de l'exception, De Martino se contredit lui-même en affirmant que le problème de Celse concernait l'exception.

(123) Pour FAVRE (*De erroribus pragmat.*, Lugduni, 1658, Decad. LXXVII, Err. V, p. 332.), Tribonien se serait trahi par l'utilisation de l'adjectif verbal (*obicienda*), signifiant qu'il serait obligatoire de recourir à l'exception, alors que ce recours n'est en principe qu'une faculté, dépendant de la volonté de la personne concernée. À notre avis, il est cependant abusif de dire que cette façon de s'exprimer implique que celui qui serait dans la position de recourir à l'exception n'aurait pas le choix d'y recourir ou non. De toute façon, comme nous en avons déjà fait le reproche à Favre (V. *supra*, 3.2.A.), il faudrait à tout le moins invoquer un motif plausible pour lequel les Compilateurs seraient intervenus à cet endroit.

La critique de ces mots se fait plus péremptoire encore chez BREMER (*Iurisprudentiae Antehadrianae*, Lipsiae, 1896, 1, p. 236) et chez KASER (*Quanti ea res est*, München, 1935, p. 10, note 4). Ce dernier se contente de d'écrire : « Ich streiche den nichtssagenden Eingang ». Dans la mesure où les deux auteurs ne justifient en

### B. La solution de Suarez de Mendoza et de Noodt

Comme nous l'avons relaté plus haut (124), Suarez estime — contrairement à ce que disait Favre — que l'exception était indispensable au magistrat dans le cas de l'interdit *q.v.a.c.* Il suit donc le raisonnement de Favre dans le cas de l'*actio legis Aquiliae* : s'il y a eu dol ou *iniuria*, le magistrat doit subir le même sort que le particulier (125) ; en

rien leur position, ces critiques ne permettent pas non plus, à notre sens, de renverser à elles seules la présomption d'authenticité dont doit bénéficier tout fragment.

De son côté, DE MARTINO (« In tema di stato di necessità », *RISG*, 14 (1939), p. 42) commente ces mots par un : « *tipicamente scolastico* ! ». Pour lui, notre fragment (§ 4) est complètement remanié par des commentateurs postclassiques, et constitue en réalité une digression qui n'a pu trouver sa place dans le commentaire à l'édit que par le rapprochement au § 3 rapportant une opinion de Julien à propos de l'admissibilité d'une exception « *quod non tu vi aut clam feceris* » dans l'interdit *q.v.a.c.* Dès lors, les mots introductifs auraient pour seule raison d'être de permettre l'insertion de notre fragment à cet endroit. De Martino fait d'ailleurs remarquer qu'au fragment précédent (D. 43, 24, 7, 3), il était question de l'admissibilité d'une exception à l'interdit *q.v.a.c.*, et non pas de l'opportunité d'opposer une exception. Or cet auteur n'imagine pas l'intérêt qu'il pourrait y avoir d'introduire une exception dont l'opportunité serait douteuse.

En réalité, ce qui fait dire à De Martino qu'il s'agit ici d'un problème d'opportunité, c'est que l'exception aurait été inutile, en cas d'absence de *damnum*, vu que ni l'interdit *q.v.a.c.*, ni l'*actio legis Aquiliae* ne pouvaient avoir lieu. Dans le cas contraire, d'après l'auteur, l'interdit *q.v.a.c.* et l'*actio legis Aquiliae* devraient avoir lieu sans recours possible à une exception. À notre avis cependant, le fragment ne dit pas que Servius accordait l'*actio legis Aquiliae* dans l'hypothèse où *ignis non pervenit*. En effet, il dit seulement qu'il faut absoudre dans le cas où *ignis pervenit*. La condamnation au simple dont il était question (*simpli litem aestimandam*) ne concernait en effet que le cas de l'interdit (V. *supra*, 2.3. et 3.2.). Il nous semble donc que pour Servius comme pour Celse et Ulpien [L'avis de Celse et Ulpien ressort clairement des fragments Ulp., *lib. 9 Disp.* (D. 9, 2, 49, 1) et Ulp., *lib. 56 ad Ed.* (D. 47, 9, 3, 7)], la solution en matière d'*actio legis Aquiliae*, si *ignis non pervenit* devait être l'absolution. Il en ressort donc aussi que si l'on voulait aligner le régime de l'interdit sur celui de l'action (donc absoudre si *ignis non pervenit*), il aurait probablement fallu recourir à l'exception dans le premier cas. Le problème n'était donc plus tout à fait un problème d'opportunité dans ce cas-là, mais peut-être bien le seul moyen d'aligner le régime de l'interdit sur celui de l'action.

(124) V. *supra*, 3.1.C.

(125) L'auteur, tout en rappelant à cet endroit que le magistrat est également soumis à la *Lex Aquilia*, renvoie aux textes suivants : ULP., *lib. 18 ad Edict.* (D. 9, 2, 29, 7). *Magistratus municipales, si damnum iniuria dederint, posse Aquilia teneri. nam et cum pecudes aliquis cepisset et fame eas necavisset, dum non patitur te eis cibaria adferre, in factum actio danda est. item si dum putat se ex lege capere pignus, non ex lege ceperit et res tritas corruptasque reddat, dicitur legem Aquiliam locum habere : quod dicendum est et si ex lege pignus cepit. si quid tamen magistratus adversus resistantem violentius fecerit, non tenebitur Aquilia : nam et cum pignori servum cepisset et ille se suspenderit, nulla datur actio.* IULIANUS, *lib. 3 ad Urs. Ferozem* (D. 18, 6, 14). *Eumque cum aedili, si id non iure fecisset, habiturum*



revanche, si la maison a été abattue sans qu'il y ait eu dol ou *iniuria*, le magistrat a agi *iure potestatis*, et l'action n'a pas lieu (126).

Suarez rappelle alors qu'il en va différemment pour l'interdit *q.v.a.c.*, car dans ce cas il importe peu que l'on ait eu ou non le droit d'abattre la maison : quiconque commet un acte sur le bien d'autrui — alors que ce dernier s'y était opposé — sera tenu par l'interdit (127). Il s'oppose donc à l'opinion d'Antoine Favre (128), d'après laquelle le fait d'avoir agi *iure potestatis* devait permettre au magistrat d'éviter la condamnation. Suarez en vient alors à expliquer pourquoi l'exception ne doit être accordée au particulier que dans l'hypothèse « *si ignis usque eo pervenisset* ». S'il en est ainsi, c'est que l'équité impose uniquement de protéger le particulier qui abat une maison qui aurait péri. Si le magistrat est quant à lui protégé même s'il a abattu une maison qui n'aurait pas péri, c'est en raison du fait qu'il faut favoriser son intervention là où un grand incendie menace. Il est à cet égard préférable que ce soit un magistrat plutôt qu'un particulier qui intervienne (129).

Noodt (130), qui défend la même position, estime qu'il est normal que l'on accorde plus facilement l'exception au magistrat, au vu de la présomption d'honorabilité dont ce dernier doit pouvoir bénéficier. Il faut en effet qu'il n'ait rien à redouter, lorsque la nécessité d'une intervention se présente à lui et on ne pourra pas lui reprocher d'avoir commis une *iniuria*, même si le feu ne devait pas progresser jusqu'à la maison abattue.

---

*actionem legis Aquiliae : aut certe cum venditore ex empto agendum esse, ut is actiones suas, quas cum aedile habuisset, ei praestaret.*

(126) V. *supra*, 3.1.C.

(127) V. *supra*, 3.1.C.

(128) FABER A., *De erroribus pragmat.*, Lugduni, 1658, Decad. LXXVII, Err. V, pp. 330 et s. Dans le même sens, DE MARTINO [« In tema di stato di necessità », *RISG*, 14 (1939), p. 43].

(129) Suarez invoque ici deux autres textes où l'intervention d'un magistrat est préconisée : ULP., *lib. 35 ad Edict.* (D. 27, 9, 7, 1). *Si pupillus dedit pignori ex permissu praetoris, nonnulla erit dubitatio, an alienatio possit impediri. Sed dicendum est posse creditorem ius suum exsequi : tutius tamen fecerit, si prius praetorem adierit.* POMP., *lib. 6 ad Q. Muc.* (D. 46, 3, 81, 1). *Si lancem deposuerit apud me Titius et pluribus heredibus relictis decesserit : si pars heredum me interpellet, optimum quidem esse, si praetor aditus iussisset me parti heredum eam lancem tradere, quo casu depositi me reliquis coheredibus non teneri. Sed et si sine praetore sine dolo malo hoc fecero, liberabor aut (quod verius est) non incidam in obligationem. optimum autem est id per magistratum facere.*

(130) NOODT G., *Opera omnia*, Lugduni Batavorum, 1724, cap. 19, p. 168.

C. *Cannata et le pouvoir discrétionnaire du magistrat*

Une troisième position est défendue par Cannata (131), d'après qui l'exception garde sa raison d'être, même dans la formule de l'*actio legis Aquiliae*. D'après lui, on a voulu accorder au magistrat un pouvoir discrétionnaire, mais comme la faculté de démolir de manière discrétionnaire trouverait sa source précisément dans l'exception, il apparaît cohérent à l'auteur d'en étendre l'application également à l'*actio ex lege Aquilia*. Il s'agit là d'un sophisme. Il ne peut en effet être question de pouvoir discrétionnaire que si l'exception était applicable non seulement pour l'interdit *q.v.a.c.*, mais aussi pour l'*actio legis Aquiliae*. Dès lors, déduire de ce pouvoir que l'exception joue également dans ce dernier cas n'a évidemment pas de sens. L'argumentation de Cannata basée sur le pouvoir discrétionnaire du magistrat ne permet donc pas de prouver que l'exception devait lui être octroyée à la fois contre l'interdit et contre l'action.

Cela signifie-t-il pour autant que le magistrat n'avait pas un pouvoir discrétionnaire ? D'autres auteurs semblent avoir pensé cela. Rappelons-nous ce que disait De Martino (132) concernant l'*imperium*. Pour cet auteur, l'*imperium* devait suffire pour permettre au magistrat de démolir une maison en vue d'endiguer un incendie. Cette opinion comporte une certaine ambiguïté. L'auteur entend-il par là que l'*imperium* octroyait au magistrat un pouvoir discrétionnaire, ou le magistrat a-t-il le droit d'intervenir dans la seule hypothèse où il est vérifié qu'il a effectivement agi en vue d'endiguer un incendie, et donc dans l'intérêt de la sécurité publique ? Impossible de répondre à cette question dans la mesure où l'auteur ne fait qu'exprimer sa surprise quant au contenu du fragment. En réalité, pour savoir si d'après De Martino le magistrat disposait d'un pouvoir discrétionnaire, il aurait fallu savoir si son *imperium* aurait empêché d'agir contre lui par l'interdit *q.v.a.c.* Contraire-

(131) CANNATA C.A., *Genesi e vicende della colpa aquiliana*, Labeo, 17 (1971), pp. 70 et s. : « è vero che l'*exceptio* appare necessaria nel caso dell'interdetto e non in quello dell'*actio ex lege Aquilia*, ma non sarei tanto assolutista a questo proposito. Nell'interdetto l'eccezione era necessaria al magistrato, ove si volesse riconoscere la discrezionalità (...) ma siccome la facoltà di demolire a sua discrezione trova, per il magistrato, la fonte — a quanto è dato desumere — proprio nella concessione dell'*exceptio* in parola, appare coerente l'idea di estenderne l'applicazione anche all'*actio ex lege Aquilia*, poichè di per se, l'atto poteva essere considerato *iniuria* ». Dans le même sens : WILLVONSEDER R., *Die Verwendung der Denkfigur der « condicio sine qua non » bei den römischen Juristen*, Wien-Köln-Graz, 1984, p. 158, note 47 ; MANTOVANI D., *Gli esordi del genere letterario ad edictum*, Per la storia del pensiero giuridico romano dall'età dei pontefici alla scuola di servio, Atti del seminario di S. Marino, 7-9 gennaio 1993, Torino, 1996, p. 111.

(132) V. *supra*, point 3.3.A., texte et note 121.

ment à Cannata, il estimait cependant que l'*imperium* excluait la nécessité de recourir à une exception.

D'autres ont également estimé que lorsque Servius octroyait l'exception à un magistrat, cela devait être à un magistrat dépourvu d'*imperium*. Tel est l'avis émis par Karlowa (133), qui donne comme exemple d'un magistrat dépourvu d'*imperium*, le magistrat municipal (134). Cette fois-ci, le pouvoir attribué au magistrat est bien un pouvoir discrétionnaire, puisque l'auteur estime que le magistrat doit bénéficier de l'exception de manière inconditionnelle, tant contre l'interdit *q.v.a.c.* que contre l'*actio legis Aquiliae*. Solazzi (135) admet également, pour autant que le texte ne soit pas interpolé, qu'il pourrait bien s'agir ici du magistrat municipal.

Robinson (136) pense que pour Servius, le magistrat en question devait être un édile. Il s'agit là d'un autre magistrat dépourvu d'*imperium*. L'auteur ne donne cependant aucune justification particulière à cette position.

Toujours dans le même ordre d'idée, Ormanni (137) penche encore pour un autre type de magistrat dépourvu d'*imperium*. Il pense aux *triumviri nocturni* — appelés aussi *triumviri incendis arcendis* (138) — c'est-à-dire les magistrats à qui l'on avait confié le « service incendie » pendant la période républicaine. À l'origine, le fragment aurait donc comporté les mots « *IIIvir nocturnus* » à la place de « *magistratus* ».

(133) KARLOWA O., *Römische Rechtsgeschichte*, T. II, Leipzig, 1901, p. 1237.

(134) L'idée de cet exemple est peut-être bien inspirée de la lecture de MOMMSEN (*Römisches Staatsrecht*, 3. éd., Leipzig, 1887, T. 1, pp. 16 et s., note 1), qui affirme de manière générale qu'à un certain moment, lorsqu'il était question de « *magistratus* » sans autre spécification, c'était le magistrat municipal que l'on visait. LEIFER (*Die Einheit des Gewaltgedankens im römischen Staatsrecht*, München-Leipzig, 1914, pp. 140 et s.) écrit même que dans les constitutions impériales tardives, « *magistratus* » — désignant le magistrat municipal — avait un sens technique.

(135) SOLAZZI S., « Leggendo i libri 'de officio consulis' », *Rendiconto del R. Ist. Lombardo per le Scienze e le lettere*, 55 (1922), 89, note 1 [rist. *Scritti di diritto romano*, II (1913-1924), Napoli 1957, p. 524, note 16].

(136) ROBINSON O., « Fire Prevention at Rome », *RIDA*, 24 (1977), p. 380.

(137) ORMANNI A., « Necessità (stato di) », *ED*, 27, Milano, 1977, p. 827, note 34. Dans le même sens : GIARO T., *Excusatio Necessitatis nel diritto romano*, Warszawa, 1982, p. 86, note 46.

(138) C'est le nom que leur donne Paul, *Lib. sing. de Off. praef. Vig.* (D. 1, 15, 1). *Apud vetustiores incendiis arcendis triumviri praeerant, qui ab eo, quod excubias agebant nocturni dicti sunt : Interveniebant nonnumquam et aediles et tribuni plebis. erant autem familia publica circa portam et muros disposita, unde si opus esset evocabatur : Fuerant et privatae familiae, quae incendia vel mercede vel gratia extinguere, deinde divus Augustus mahuit per se huic rei consuli.*

Cependant, l'auteur propose une autre solution (139) par la suite, en nous « rappelant » que si Servius parlait effectivement de *magistratus*, ce terme était généralement utilisé pour désigner le magistrat municipal. Ormanni veut ensuite produire un argument en faveur de la thèse d'après laquelle il s'agissait bien dans notre fragment du magistrat municipal : Le § 3 (D. 43, 24, 7, 3) de notre fragment ferait également référence à des actes ordonnés par le magistrat municipal. À la lecture de ce paragraphe, on ne voit cependant pas à quoi Ormanni fait allusion. Il n'y est en tout cas pas du tout question de magistrat (140).

Pour clarifier les choses, il est peut-être bon de partir du régime habituel de la responsabilité civile des magistrats. Mommsen (141) est très éclairant à cet égard. En principe, aucun régime exceptionnel ne doit être réservé aux magistrats (142). Ainsi, tout particulier pouvait, en principe, agir en justice — par exemple en raison d'un *damnum iniuria datum* — contre un magistrat (143). Il est probable que de telles actions étaient plus fréquentes dans le droit de la République que sous l'Empire (144).

À cela, il faut cependant ajouter les problèmes liés à la hiérarchie dans la magistrature. Ainsi, le préteur ne pouvait aucunement contraindre un magistrat pourvu d'*imperium* à comparaître devant lui contre son gré (145). Cette règle ne vaut cependant que pour la durée

(139) Les mots utilisés par ORMANNI [« Necessità (stato di) », *ED*, 27, Milano, 1977, p. 827, note 34 *in fine*] n'indiquent pas clairement qu'il s'agit bien d'une alternative pour lui [« Non va per altro dimenticato che, se Servio parlava effettivamente di *magistratus*, questo termine veniva usualmente adoperato per indicare il magistrato municipale, (...) »], mais il s'agit de la seule manière d'éviter la contradiction : soit le texte de Servius disait *IIIvir nocturnus*, soit il disait *magistratus*, mais il ne pouvait dire les deux en même temps.

(140) Il n'est pas impossible que l'auteur ait voulu parler du § 2 du même fragment. À cet endroit, il est en effet question de l'interdiction faite par le préteur de faire un nouvel œuvre. Mais même dans ce cas, le préteur n'est pas un magistrat municipal, et l'argument ne résiste pas à l'analyse.

(141) MOMMSEN Th., *Römisches Staatsrecht*, 3. éd., Leipzig, 1887, T. 1, pp. 698 et s. ; dans le même sens : KÜBLER B., « Magistratus », *RE*, 27, Stuttgart, 1928, col. 428 et s.

(142) MOMMSEN Th., *op. cit.*, p. 698.

(143) Dans le même sens, outre Favre (V. *supra*, 3.3.A.) et Suarez (V. *supra*, 3.3.B.), il y a aussi plus récemment : HAUSMANINGER H., *Schadenersatzrecht der Lex Aquilia*, 5. Aufl., Wien, 1996, p. 25. V. aussi ULP., *lib. 18 ad Ed.* (D. 9, 2, 29, 7) : *Magistratus municipales, si damnum iniuria dederint, posse aquilia teneri. (...)* et IUL., *lib. 3 ad Urs. Fer.* (D. 18, 6, 14) : *Eumque cum aedili, si id non iure fecisset, habiturum actionem legis Aquiliae (...)*.

(144) MOMMSEN Th., *op. cit.*, pp. 699 et s.

(145) ULP., *lib. 5 ad Ed.* (D. 2, 4, 2) : *In ius vocari non oportet neque consulem neque praefectum neque praetorem neque proconsulem neque ceteros magistratus, qui*

de la fonction. À la fin de celle-ci, même les hauts magistrats deviennent susceptibles de poursuites (146). En pratique, il semble cependant que même pour les magistratures inférieures, l'on ait souvent préféré postposer les poursuites à la sortie de fonctions (147).

Si l'on applique cela au cas de l'incendie, l'interdit *q.v.a.c.* n'était donc, *a priori*, imaginable que contre des magistrats dépourvus d'*imperium*, et en cela Karlowa, Solazzi et Ormanni avaient raison. Le motif pour lequel le magistrat dépourvu d'*imperium* devait néanmoins bénéficier d'une exception a, à notre avis, été correctement analysé par Noodt (148). D'après lui, il fallait laisser les coudées franches aux magistrats, pour qu'ils puissent intervenir rapidement et efficacement en cas d'incendie.

Cela confère-t-il un pouvoir discrétionnaire aux magistrats ? La réponse coule ici de source. Dans la mesure où seuls les magistrats inférieurs avaient besoin d'une exception, contrairement aux magistrats avec *imperium*, il n'y a aucune raison de considérer que les premiers auraient eu, grâce à cette exception, plus de pouvoirs que les seconds, qui ne disposaient pas, en règle générale, de ce pouvoir discrétionnaire (149). Ceci confirme donc également que l'exception ne devait être

---

*imperium habent, qui et coercere aliquem possunt et iubere in carcerem duci : nec pontificem dum sacra facit : nec eos qui propter loci religionem inde se movere non possunt : sed nec eum qui equo publico in causa publica transvehatur. Praeterea in ius vocari non debet qui uxorem ducat aut eam quae nubat : nec iudicem dum de re cognoscat : nec eum dum quis apud praetorem causam agit : neque funus ducentem familiare iustave mortuo facientem.* ULP., lib. 12 ad Ed. (D. 4, 6, 26, 2) : *Ait praetor : « aut cum eum invitum in ius vocare non liceret neque defenderetur » haec clausula ad eos pertinet, quos more maiorum sine fraude in ius vocare non licet, ut consulem praetorem ceterosque, qui imperium potestatemve quam habent. Sed nec ad eos pertinet hoc edictum, quos praetor prohibet sine permissu suo vocari, quoniam aditus potuit permittere : patronos puta et parentes.* POMP., lib. 26 ad Sab. (D. 46, 7, 12) : *Si reus post iudicatum solvi ab eo datum in magistratu sit nec invitum in ius vocari possit, tamen, nisi res boni viri arbitrato defendatur, fideiussores tenentur.*

(146) ULP., lib. 42 ad Sab. (D. 47, 10, 32) : *Nec magistratibus licet aliquid iniuriose facere. Si quid igitur per iniuriam fecerit magistratus vel quasi privatus vel fiducia magistratus, iniuriarum potest conveniri. Sed utrum posito magistratu an vero et quandiu est in magistratu ? Sed verius est, si is magistratus est, qui sine fraude in ius vocari non potest, expectandum esse, quoad magistratu abeat. Quod et si ex minoribus magistratibus erit, id est qui sine imperio aut potestate sunt magistratus, et in ipso magistratu posse eos conveniri.*

(147) MOMMSEN Th., *op. cit.*, p. 707.

(148) V. *supra*, 3.3.B.

(149) Notons ici qu'il ne suffit pas d'admettre que la charge du « service incendie » était réservée aux seuls les magistrats inférieurs. En effet, les consuls et les tribuns partageaient également cette charge. V. MOMMSEN Th., T. 2, 1, pp. 138 et s. texte et note 6 ; p. 328 texte et note 1 ; p. 510 ; p. 597 ; T. 2, 2, pp. 1054 et s.

accordée que dans le cadre de l'interdit *q.v.a.c.*, et non dans le cadre l'*actio legis Aquiliae*, sans quoi les magistrats (inférieurs) auraient réellement bénéficié d'un pouvoir discrétionnaire. En effet, dans la mesure où en matière d'*actio legis Aquiliae*, le magistrat qui agit conformément à ses attributions ne risque aucune condamnation, on ne voit pas quel autre intérêt il pourrait y avoir à accorder une exception, que de lui permettre de commettre impunément des actes de violence illégitime.

C'est donc à nouveau Suarez de Mendoza qui était le plus proche de la bonne solution, dans la mesure où il considérait que l'exception ne devait être accordée au magistrat que dans le cas de l'interdit *q.v.a.c.* Par contre, il ne distinguait pas entre les magistrats avec ou sans *imperium* (150). De plus, il y a d'après nous une autre erreur dans la position de cet auteur, en ce qui concerne la situation du particulier.

#### 3.4. — *Le particulier et ses moyens de défense en matière d'interdit q.v.a.c.*

Comme nous l'avons dit précédemment, d'après Suarez de Mendoza et Noodt (151), si le particulier était absous dans l'hypothèse où « *ignis usque eo pervenisset* », c'est sur la base d'une exception (152).

Une position similaire est encore adoptée par Kaser (153) sur ce point. Cet auteur estime aussi que l'exception était le seul moyen d'échapper à la condamnation sur la base de l'interdit *q.v.a.c.* dans notre cas, car la démolition de la maison est un « *vi factum* », et l'except-

(150) La même omission était faite par Favre et De Martino (V. *supra*, 3.3.A.)

(151) V. *supra*, 3.3.B.

(152) Accordent également l'absolution sur base d'une exception : RUDORFF A.A.F., « Über die Litisrescenz », *Zeitschrift für geschichtliche Rechtswissenschaft*, 14 (1848), p. 470. ; VISKY K., « La responsabilité en droit romain », *RIDA*, 3 (1949), p. 479 ; RÖHLE R., « Zur Frage der sogenannten verdrängenden Verursachung im Römischen Recht », *SDHI*, 31 (1965), p. 309. D'autres auteurs sont un peu plus prudents et restent ambigus. Ainsi, KARLOWA (*Römische Rechtsgeschichte*, T. II, Leipzig, 1901, pp. 1237 et s.) et BONFANTE [*Corso di diritto romano*, Roma, 1926, T. 2/1, pp. 406 et s. (Rist. 1966, p. 470)] se rapprochent-ils le plus possible des mots du fragment en disant simplement que le particulier est absous, sans spécifier si c'est à l'aide d'une exception ou non. Mais ce qui laisse cependant penser qu'ils croyaient néanmoins que Servius octroyait l'absolution par le biais de l'exception, c'est que les deux auteurs précisent par la suite que Celse (ou Gallus pour Bonfante) octroyait l'exception sans distinguer si le feu joignait ou non les ruines de la maison abattue.

(153) KASER M., *Quanti ea res est*, München, 1935, p. 10, note 4 : « Da die Demolierung des Hauses in der Tat ein 'vi factum' war, ließ sich die exceptio nicht entbehren, wenn der Richter die Notstandslage berücksichtigen sollte ».

tion était inévitable, s'il fallait que le juge tienne compte de l'état de nécessité (154).

On peut être surpris par cette position dans la mesure où Servius réserve clairement l'octroi de l'exception au magistrat (155). D'ailleurs, bon nombre d'auteurs (156) estiment que celui qui a abattu une maison en vue d'endiguer un incendie, alors que le feu a effectivement progressé jusque là, doit être absous non pas à l'aide de l'exception dont le bénéfice est réservé au magistrat, mais sur base de l'absence de *damnum*. Comment l'absence de *damnum* permet-elle de justifier que le particulier sera absous ?

#### A. La position d'Ubbelohde

Parmi les auteurs dont nous parlions ci-avant, seul Ubbelohde (157) justifie de manière indirecte en quoi l'absence de *damnum* permet d'éviter une condamnation sur base de l'interdit *q.v.a.c.* (158). Cette explication, il la donne en répondant à Witte (159), qui prétendait que le fragment ne pouvait traiter que d'une procédure *per formulam arbitriam*, car si cela avait été une procédure *per sponsionem*, le particulier n'aurait jamais pu être absous sans bénéficier d'une exception. Ubbelohde répond que même dans la procédure *per sponsionem*, l'interdit sera

(154) Dans le même sens : MANFREDINI A., *Contributi allo studio dell'« iniuria » in età repubblicana*, Milano, 1977, p. 95, note 72.

(155) V. WITTE H., *Das Interdictum uti possidetis*, Leipzig, 1863, p. 22 : « Wäre ex sponsione geklagt, so hätte den Verklagten nur eine exceptio in der Formel des Interdikts schützen können, die aber dem Privaten ausdrücklich versagt wird ».

(156) V. STÖLZEL A., *Die Lehre von der operis novi nunciatio und dem interdictum quod vi aut clam*, Cassel-Göttingen, 1865, p. 407 ; UBBELOHDE A., in C.F. GLÜCK, *Ausführliche Erläuterungen der Pandekten*, Erlangen, 1890, Série 43-44, 2<sup>o</sup> partie, p. 144 ; WATSON A., *The Law of Obligations in the Later Roman Republic*, Oxford, 1965, p. 241 ; WILLVONSEDER R., *Die Verwendung der Denkfigur der « condicio sine qua non » bei den römischen Juristen*, Wien-Köln-Graz, 1984, p. 158.

(157) UBBELOHDE A., *op. cit.*, p. 140.

(158) Parmi les autres auteurs cités ci-dessus (note 156), il y en a un (Watson) qui traite uniquement du cas comme s'il s'agissait d'une exception à l'*actio legis Aquiliae*. Dans ce cas, il est bien évident que l'absence de *damnum* empêche toute condamnation. Un autre (Stölzel) semble motiver sa position essentiellement en alignant la solution de l'interdit sur celle de l'*actio legis Aquiliae*, et apparemment sans se poser de question concernant la procédure. Un dernier (Willvonseder) voit dans cette absence de dommage une application de la *condicio sine qua non*, et n'explique pas en quoi cela permet d'éviter la condamnation.

(159) WITTE H., *Das Interdictum uti possidetis*, Leipzig, 1863, pp. 21 et s.

refusé si le demandeur ne peut pas témoigner d'un intérêt (160), ce qui laisse entendre que dans le cas où « *absolvi eum oportere* », ce serait par défaut d'intérêt.

### B. La position de Schipani

Bien que n'analysant pas si le particulier devait être absous sur base d'une exception ou non, il avance un argument intéressant. Il part du problème que devait se poser Celse. Vu qu'il considère que les mots « *aut damni iniuria* » sont interpolés, les doutes du jurisconsulte classique ne pouvaient concerner que le cas de l'interdit *q.v.a.c.* Comme nous l'avons d'ailleurs déjà fait remarquer, les fragments parallèles (161) montrent bien que les doutes de Celse ne portent pas sur l'*actio legis Aquiliae*.

D'après Schipani, Celse se demandait s'il fallait absoudre celui qui a abattu la maison qui aurait de toute façon brûlé, sur base d'une exception, ou sur base de l'absence de dommage. Il tire cette idée d'un autre fragment de Celse (162). Ce fragment montre justement que le défendeur à l'interdit n'était tenu de restituer que dans la mesure où un dommage avait été réalisé (163). L'auteur invoque alors les nombreux rema-

(160) Il se base pour cela sur deux textes : ULP., *lib. 71 ad Ed.* (D. 43, 24, 11, 14) : *Idem Iulianus scribit interdictum hoc non solum domino praedii, sed etiam his, quorum interest opus factum non esse, competere* ; et PAUL., *lib. 67 ad Ed.* (D. 43, 24, 16 pr.) : *Competit hoc interdictum etiam his qui non possident, si modo eorum interest.*

(161) Pour rappel, il s'agit de : ULP., *lib. 9 Disp.* (D. 9, 2, 49, 1) et *lib. 56 ad Ed.* (D. 47, 9, 3, 7).

(162) CELS., *lib. 25 digest.* (D. 43, 24, 18 pr.) : *Si immaturam silvam caeduum cecidit quis, interdicto quod vi aut clam tenetur : si maturam similiter caeduum neque damno dominus adfectus est, nihil praestabit.*

(163) Schipani rappelle que la nécessité d'un dommage avait déjà été individualisée par BERGER (« Interdictum », *RE*, 9, 2, Stuttgart 1916, 1663), et invoque encore deux autres textes allant dans le même sens : ULP., *lib. 71 ad Ed.* (D. 43, 24, 7, 7) :

*Plane si quid agri colendi causa factum sit, interdictum quod vi aut clam locum non habet, si melior causa facta sit agri, quamvis prohibitus quis vi vel clam fecerit.* et ULP., *lib. 71 ad Ed.* (D. 43, 24, 11, 4) :

*Quod ait praetor : « quod vi aut clam factum est », ad quod tempus referatur, videamus, utrum ad praeteritum an ad praesens. quae species apud Iulianum exposita est : ait enim in hoc interdicto praesentis temporis significationem accipi debere. si tamen, inquit, ex opere damnum datum fuerit aut dominus aut is, cuius fundo nocitum erit, sua impensa id sustulerit, utilius probari, quod Iulianus temptat, ut et damnum sarcietur et impendia restituantur.*

Sur la nécessité d'un *damnum*, v. encore : CAPOGROSSI COLOGNESI L., « L'interdetto 'quod vi aut clam' e il suo ambito di applicazione », *INDEX*, 21 (1993), pp. 234 et s. ; Une position proche est également défendue par : DI PORTO A., « La tutela della 'salubritas' fra editto e giurisprudenza, il ruolo di Labeone », *BIDR*, 30 (1988), pp. 471 et s. : l'auteur se fonde sur les mots de l'édit : « *quod... factum est* »,



niements qu'a subis notre texte (7 § 4) pour expliquer que la solution d'Ulpien ne peut plus être reconstituée qu'avec difficulté.

Il poursuit néanmoins en tentant une analyse de l'opinion exprimée par Servius. Celle-ci évoluerait sur deux plans, correspondant aux deux phases de la procédure romaine classique. Ainsi, là où il est question de l'exception, et de son insertion dans la formule, l'opinion exprimée concernerait la phase *in iure*, alors que dans la suite, Servius ferait une analyse de la conséquence concrète de l'octroi ou non de l'exception au cours de la phase *apud iudicem* (164).

Cette dernière constatation est basée sur le mot « *absolvi* », qui est le terme technique utilisé dans la formule même. Vu que Servius réserve l'exception au magistrat, les mots « *si tamen — oportere* » ne peuvent donc qu'être relatifs au cas du magistrat d'après Schipani. Ce dernier est conscient qu'en général, ces mots ont été étudiés comme se rapportant au cas du particulier, mais il n'a pas d'autre argument à proposer pour prouver qu'il y est question du cas du magistrat (165).

### C. Critique et prise de position

Il y a ici au moins une objection à adresser à la position de Schipani : Le passage « *si tamen — oportere* » concerne le cas du particulier et non celui du magistrat, car sinon, comment faudrait-il comprendre que malgré son exception, le magistrat pourrait être condamné au simple de la valeur du litige ? L'auteur ne trouve d'ailleurs aucune explication pour les mots « *si tamen — aestimandam* ».

En réalité, Schipani a raison lorsqu'il pense que les mots « *simpli litem aestimandam* » et « *absolvi eum oportere* » constituent des consignes adressées à un juge. Mais comme il en a lui-même fourni les principaux arguments (166), ces consignes doivent nécessairement s'intégrer dans la procédure interdictale et être adressées au juge du *iudi-*

---

pour justifier que l'acte violent ou clandestin doit avoir eu une conséquence matérielle... bref, ait causé un dommage.

(164) Schipani est suivi en cela par : ORMANNI A., « *Necessità (stato di)* », *ED*, 27, Milano 1977, p. 828.

(165) SCHIPANI S., *Responsabilità « ex lege Aquilia ». Criteri di imputazione e problema della « culpa »*, Torino, 1969, p. 158, note 10.

(166) Pour rappel, Schipani nous a montré que les mots « *aut damni iniuria* » sont interpolés (v. 3.2.C.) — ce qui tend à prouver que Servius parlait uniquement de l'interdit *q.v.a.c.* dans le passage « *si tamen—oportere* » — et que si on ne disposait pas d'une exception en matière d'interdit, il restait éventuellement possible d'invoquer l'absence de dommage (v. ci-avant, 3.4.B.) — or c'est bien de ce genre d'argumentation dont il s'agit dans les mots « *si tamen — oportere* ».

*cium secutorium* (167). Dans le cadre du *iudicium secutorium*, il est très improbable que les mots « *si tamen — oportere* » constituent l'illustration concrète de l'effet de l'exception. En effet, dans la mesure où le magistrat dispose d'une exception, l'interdit ne sera généralement pas accordé contre lui et il n'y aura donc pas lieu à un *iudicium secutorium*. En revanche, pour le particulier, vu qu'il ne dispose pas d'un tel moyen de défense, la probabilité d'un passage devant le juge est beaucoup plus grande.

Si nous revenons maintenant à la justification donnée par Ubbelohde, nous voyons que l'on ne peut pas déduire de l'absence de *damnum*, qu'il n'y a aucun intérêt dans le chef du demandeur. En effet, il y a une différence entre absoudre pour absence de *damnum* et refuser l'interdit pour défaut d'intérêt. Car c'est bien une *denegatio interdicti* que se verra opposer le demandeur qui ne pourra pas faire preuve d'un intérêt (168). Or les mots même de Servius (*absolvi eum oportere*) font penser — comme nous venons de le montrer — qu'il y avait lieu, en cas d'absence de *damnum*, à une absolution qui ne pouvait donc être prononcée que par le juge au cours du *iudicium secutorium*.

On peut d'ailleurs faire la même constatation pour le cas où Servius estimait qu'il fallait condamner au simple (*simpli litem aestimandam*). Cette condamnation est également prononcée par le juge au cours du *iudicium secutorium* (169). Un autre élément qui nous fait penser que ce n'est pas l'absence d'intérêt qui devait être prise en compte ici, c'est qu'au moment où le particulier abat la maison de son voisin, ce dernier a déjà un intérêt à demander l'interdit, et les conditions de l'octroi de celui-ci sont réunies. La présence ou l'absence de *damnum* est alors une question de fait qui devra être vérifiée par le juge.

La position de Schipani est donc paradoxale. Il est l'auteur qui a su le mieux montrer que l'absence de *damnum* permettait d'éviter une condamnation par l'interdit *q.v.a.c.*, et malgré cela, il ne semble pas avoir imaginé que c'est là que pouvait se trouver la clef de la compréhension de l'opinion de Servius. Le verdict qu'il émet — « L'ipotesi *si tamen — aestimandam* resta comunque inspiegabile » — nous paraît en tout cas devoir être remis en question.

(167) Sur ce terme qui n'est pas technique, v. : UBBELOHDE A., in C.F. GLÜCK, *Ausführliche Erläuterungen der Pandekten*, Erlangen, 1890, Série 43-44, 2<sup>e</sup> partie, pp. 127 et s. (n° 92).

(168) V. *supra*, texte et note 160.

(169) Que la condamnation au simple ait lieu par le *iudicium secutorium* est également admis par UBBELOHDE (*op. cit.*, p. 145).

En effet, la solution nous semble bien être celle-ci. En l'absence d'exception, le seul moyen qu'avait le particulier pour éviter la condamnation, c'était de pouvoir prouver qu'il n'y avait pas eu de dommage. En l'occurrence, dans la mesure où la maison aurait de toute façon péri par les flammes, le dommage causé par le particulier en abattant la maison disparaît. Par contre, si l'incendie s'est éteint avant de rejoindre les ruines de la maison abattue, le dommage ne peut plus être imputé au feu. L'interdit aboutit alors à une condamnation au simple, c'est-à-dire au montant du dommage évalué par le juge (170).

Si telle est la solution en matière d'interdit *q.v.a.c.*, nous avons eu l'occasion de montrer qu'en cas d'*actio legis Aquiliae*, la solution est différente pour le particulier, puisqu'il pourra échapper à toute condamnation, pour autant qu'il ait agi sous l'empire d'une juste crainte (171). Il est donc possible, comme le font remarquer Celse et Ulpien, qu'un particulier ne soit pas condamné sur base de l'*actio legis Aquiliae* intentée contre lui, alors même que l'incendie s'est éteint avant de progresser jusqu'aux ruines de la maison abattue. Il faut maintenant voir la teneur de la comparaison de Servius entre l'action et l'interdit.

### 3.5. — *La comparaison de Servius entre l'actio legis Aquiliae et l'interdit q.v.a.c.*

Comme nous l'avons déjà montré (172), les mots « *idem ait esse, si damni iniuria actum foret, quoniam nullam iniuriam aut damnum dare videtur aequè perituris aedibus* » se rapportent uniquement au cas où le feu rejoint les ruines de la maison abattue par le particulier, et où il n'y a donc pas lieu à condamnation.

Nous avons également déjà fait part des suspicions d'interpolation que Favre et Cannata font peser sur ces mots (173), mais bien d'autres auteurs s'y attaqueront, que ce soit pour la totalité de ces mots, comme Bremer (174), sur l'alternative « *iniuriam aut damnum* » que Kaser (175) considérait comme étant « gröblich unscharf » et De Martino (176)

(170) Sur la condamnation au simple, v. *supra*, 2.3.

(171) V. D. 9, 2, 49, 1 et D. 47, 9, 3, 7 (*supra* 3.1.).

(172) V. *supra*, texte et note 115.

(173) V. les propositions de Favre et Cannata, cités *supra*, texte et notes 99 et s.

(174) BREMER F.P., *Iurisprudentiae Antehadrianae*, Lipsiae, 1896, 1, p. 237. De même : LONGO G., « Note critique in tema di stato di necessità (1955) », *Ricerche romanistiche*, Milano 1966, p. 606 ; RÖHLE R., « Zur Frage der sogenannten verdrängenden Verursachung im Römischen Recht », *SDHI*, 31 (1965), p. 307 : « Ihm (Glossator) sind auch die Worte *idem ait esse...*, die sich auf *aut damni iniuria* beziehen, zuzuschreiben ».

(175) KASER M., *Quanti ea res est*, München, 1935, p. 10, note 4.

(176) DE MARTINO F., « In tema di stato di necessità », *RISG*, 14 (1939), p. 43.

« illogica », ou sur « *aeque perituris aedibus* », qui d'après ce dernier auteur est « intolérable stylistiquement ».

Schipani (177) essaiera de son côté de dépasser les critiques interpolationnistes formulées par ses prédécesseurs, et de donner une explication satisfaisante de ces mots, sans en attribuer la paternité aux Compilateurs.

Il commence par expliquer que la phrase « *quoniam-videtur* » est présentée comme contenant un avis émis par Ulpien, mais que, d'un point de vue logique, tout semblerait indiquer qu'il s'agit plus exactement de l'opinion de Servius qui serait devenue dominante, et qu'Ulpien aurait faite sienne. Il dénote alors la profonde incertitude de la motivation, synthétisée dans l'alternative « *iniuriam aut damnum* ». L'auteur tient à souligner l'authenticité substantielle de ces mots, car c'est dans cette hésitation que l'analogie avec le cas de l'*actio legis Aquiliae* trouverait ses racines. Il met en lumière le parallélisme qu'il y a d'une part entre la nécessité d'un dommage pour l'*actio legis Aquiliae* et pour l'interdit *q. v. a. c.*, et d'autre part entre la nécessité d'une *iniuria* pour l'*actio legis Aquiliae* et le résultat analogue obtenu pour l'interdit par le biais de l'exception. Ainsi l'incertitude aurait porté chez Servius sur un problème de caractère processuel (exception ou absence de *damnum* ?), alors que pour Celse, il se serait plutôt agi d'un problème de fond (Fallait-il oui ou non retenir un motif de non-responsabilité ?).

Schipani en vient alors à tenter une explication sur le rapport existant entre la nécessité d'une *iniuria* et l'observation *aeque perituris aedibus*. Celui-ci serait dû à l'incertitude de la phase initiale de l'état de nécessité, concept qui n'existait pas encore en tant que tel, mais dont l'exigence concrète se serait déjà faite sentir. Cela expliquerait pourquoi il est fait référence à des données objectives, c'est-à-dire pourquoi il est requis que si le particulier n'avait pas abattu la maison de son voisin, le feu se serait effectivement propagé. À ce propos, Schipani soulève une incertitude. Il se demande s'il fallait que le feu se propage jusqu'à la maison du voisin ou jusqu'à celle de celui qui l'a abattue.

Quoi qu'il en soit, cette perspective faisant totalement abstraction de l'évaluation faite par le sujet se déroulerait au contraire d'après des critères d'évaluation posthume, qui ne pourraient se baser que sur des points de référence standardisés. Ainsi, le fragment daterait donc d'un moment où l'état de nécessité n'était pas encore bien défini, mais le texte ferait apparaître l'effort consenti pour donner un effet à ce que nous appellerions aujourd'hui état de nécessité, en se basant soit sur des

(177) SCHIPANI S., *Responsabilità « ex lege Aquilia ». Criteri di imputazione e problema della « culpa »*, Torino, 1969, pp. 159 et s.

critères purement objectifs, soit sur l'interprétation des données législatives (178).

Nous ne pouvons pas souscrire à la totalité de cette argumentation très fournie de Schipani. Il nous semble qu'il est victime du travers qu'il dénonce lui-même. Comme tous les auteurs qui analysent le fragment en termes d'état de nécessité, il admet difficilement que dans une même hypothèse, l'interdit *q.v.a.c.* et l'*actio legis Aquiliae* puissent, dans certains cas, aboutir à un résultat différent. Ici aussi, la position de Schipani est paradoxale. En effet, alors que cet auteur est le premier à avoir mis en lumière de manière circonstanciée l'interpolation des mots « *aut damni iniuria* » (179), au lieu d'en conclure que les distinctions opérées par Servius concernaient exclusivement l'interdit *q.v.a.c.*, et que cela permettait de comprendre pourquoi les solutions adoptées par Servius et Ulpien à cet endroit différaient de celles adoptées par Celse et Ulpien en matière d'*actio legis Aquiliae*, il se contente d'affirmer que la position de Servius est incompréhensible et fait dire à ce dernier qu'il devait, par d'autres moyens procéduraux, obtenir le même résultat judiciaire pour l'action et l'interdit.

Nous sommes d'accord avec Schipani lorsqu'il établit les parallèles entre l'*actio legis Aquiliae* et l'interdit *q.v.a.c.* Il est vrai que dans les deux cas, il faut un *damnum* (180), et que si pour l'*actio legis Aquiliae*, l'absence d'*iniuria* peut aboutir à l'absolution de celui qui a causé un dommage, le même résultat peut être obtenu pour l'interdit par l'octroi d'une exception. Il nous semble également que c'est ce parallèle qui permet de comprendre l'alternative *iniuriam aut damnum*. Mais contrairement à Schipani, nous ne croyons pas qu'il y ait ici une hésitation de la part de Servius. Il nous semble plutôt que ces mots s'expliquent par le fait que ce jurisconsulte répond à deux questions en même temps. Alors que l'absolution en matière d'interdit *q.v.a.c.* s'explique dans le cas où *ignis pervenisset* par l'absence de *damnum*, en matière d'*actio legis Aquiliae*, c'est en général à l'absence *iniuria* que l'on recourt pour justifier l'absolution (181).

Dans le cas particulier où en plus, le défendeur pouvait alléguer que la maison aurait de toute façon péri et que le *damnum* faisait donc également défaut, cela constituait en matière d'*actio legis Aquiliae* un moyen de défense surabondant. Mais comme Servius répond ici à la

(178) Dans le même sens : ORMANNI A., « Necessità (stato di) », *ED*, 27, Milano, 1977, p. 828.

(179) *V. supra*, 3.2.C.

(180) Rappelons cependant que si Schipani envisage le *damnum* comme une condition d'octroi de l'interdit, nous pensons plutôt qu'il s'agit d'une condition pour obtenir une condamnation sur base de l'interdit (*V. supra*, 3.4.C.).

(181) *V. les fragments parallèles* : D. 9, 2, 49, 1 et D. 47, 9, 3, 7.

fois pour l'action et l'interdit, il ne peut pas dire que l'absolution découle à la fois de l'absence de *damnum* et de l'absence d'*iniuria*, puisque dans le cas de l'interdit, seul le premier argument convient. Cela explique donc qu'il invoque l'*iniuria* ou le *damnum*, et pas l'*iniuria* et le *damnum*.

Là où nous sommes à nouveau d'accord avec Schipani, c'est lorsqu'il constate que Servius posait le problème en termes objectifs de procédure, alors que Celse se posait plutôt un problème de fond. Il est cependant relativement certain qu'en matière d'interdit *q.v.a.c.*, c'est la solution de Servius qui a été retenue, vu que c'est également celle d'Ulpien. Il nous semble donc exclu d'essayer de voir dans notre fragment le début de la reconnaissance de l'état de nécessité, dans la mesure où l'exception a précisément été refusée aux particuliers. Il nous faut dès lors trouver une autre explication de la solution de Servius et d'Ulpien.

Schipani n'échappe pas non plus à la tentation de recourir à l'état de nécessité, lorsqu'il se demande si la condition pour absoudre le particulier est que le feu progresse jusqu'à la maison de son voisin ou s'il faut qu'elle progresse jusqu'à sa propre maison. Cela revient, au fond, à se demander à partir de quand il fallait considérer que la menace pour le particulier peut être considérée comme étant suffisante pour lui éviter d'être tenu responsable de la destruction de la maison de son voisin. Il nous semble cependant que la réponse ne doit faire aucun doute, dans la mesure où Servius justifie sa solution en disant qu'il n'y a pas de *damnum* et que la maison aurait de toute façon péri, la réponse est bien claire : il suffisait que le feu progresse jusqu'à la maison abattue (182). Il s'agit là d'une évaluation objective des faits, bien distincte de ce que nous appelons aujourd'hui état de nécessité.

Si l'on en vient maintenant à la position de Celse, il est possible qu'il ait envisagé l'hypothèse de l'octroi de l'exception en question au particulier. On pourrait alors y voir une tentative de reconnaissance d'une situation que nous appellerions état de nécessité aujourd'hui. Il faut cependant admettre que pour autant que Celse ait réellement imaginé une telle solution pour aligner les résultats de l'interdit *q.v.a.c.* sur ceux de l'*actio legis Aquiliae*, celle-ci n'a en tout cas pas été retenue par Ulpien, ni par Justinien, ni même par les Basiliques (183).

(182) On aurait d'ailleurs pu objecter à Schipani qu'il paraissait de toute façon absurde de retenir l'autre solution, dans la mesure où, en pratique, il est difficilement imaginable que le feu ait progressé jusqu'à la maison restée intacte après avoir franchi les ruines de la maison abattue. Si, par contre, Schipani entendait par là qu'il fallait attendre que le feu ait atteint sa maison pour abattre celle de son voisin, cela n'a plus de sens, car à ce moment-là, il est trop tard pour éviter la propagation de l'incendie.

(183) V. Bas. 58, 23, 7.

Une certaine différence a donc été maintenue entre l'*actio legis Aquiliae* et l'interdit *q.v.a.c.* puisque dans le cas où « *ignis ante extinctus est* », seul l'interdit *q.v.a.c.* devait pouvoir aboutir à la condamnation du défendeur. Faut-il s'en étonner ? Il ne faut pas se laisser abuser par la ressemblance entre ces deux moyens procéduraux. Il est vrai que dans le cas de la maison abattue *incendii arcendi causa*, ils permettent tous deux de demander la réparation d'un dommage causé. Pour le reste, les différences sont nombreuses et cela notamment quant aux conditions d'application. Alors que l'*actio legis Aquiliae* requiert un *damnum* et une *iniuria*, l'interdit *quod vi* requiert essentiellement que l'on se soit opposé en vain à l'acte du défendeur (184). Les buts poursuivis sont donc bien différents à la base : l'interdit *quod vi aut clam* ne sert pas d'abord à obtenir la réparation d'un dommage.

Pratiquement, les choses se passeraient donc comme suit :

Un incendie fait rage et progresse dans la direction de l'habitation de Primus. Celui-ci décide d'intervenir pour éviter que sa maison ne soit la proie des flammes et se dirige vers la maison de son voisin Secundus, avec l'intention de l'abattre. Si Secundus est présent et ne tente pas de s'interposer en lui interdisant de commettre cet acte, il ne pourra pas recourir à l'interdit *q.v.a.c.* contre Primus pour obtenir la restitution de sa maison, car il est indispensable que le demandeur ait marqué son opposition à l'acte de destruction du défendeur (185), pour lequel l'interdit a été demandé (186). Or, comme nous le savons, l'*actio legis Aquiliae* sera inutile à Secundus, dans la mesure où Primus n'a pas commis d'*iniuria*. Si, au contraire, Secundus a préalablement interdit à Primus d'abattre sa maison, et que ce dernier le fait néanmoins, il y a bien lieu à l'interdit. Par l'interdit, le défendeur est obligé de restituer. S'il ne le fait pas, il y a lieu à un *iudicium secutorium* (187). Ce dernier n'aboutira cependant

(184) Pour l'interdit *quod clam*, le demandeur ne doit pas avoir marqué son opposition formellement, mais la clandestinité du défendeur s'explique par l'opposition pressentie du demandeur (v. ULP., *lib. 71 ad Ed.* : D. 43, 24, 3, 7 s. ; VENUL., *lib. 2 interdictorum* : D. 43, 24, 4).

(185) Il en est comme ça en tout cas pour l'interdit *quod vi*. Pour l'interdit *quod clam*, v. note précédente (184).

(186) V. ULP. *lib. 71 ad Ed.* : D. 43, 24, 1, 5-9, et par ex. : BERGER, « Interdictum », *RE*, 9, 2, Stuttgart, 1916, 1663 et s.

(187) Notons qu'il est inutile de distinguer ici selon que les parties ont adopté la procédure *per sponsionem* ou *per formulam arbitriam*. En ce qui concerne notre cas, la solution est identique dans les deux cas. En effet, come l'écrit UBBELOHDE (in C.F. GLÜCK, *Ausführliche Erläuterungen der Pandekten*, Erlangen, 1890, Série 43-44, 2<sup>o</sup> partie, pp. 127 et s), dans le cadre de la procédure *per sponsionem*, le jugement rendu sur l'*actio ex sponsione* ou *ex restipulatione* n'accorde que la somme de la *sponsio*. Ce jugement ne permet donc pas encore au demandeur de l'interdit *q.v.a.c.* d'obtenir la restitution à laquelle il a droit, pour autant qu'il ait remporté l'instance sur la *sponsio*. Il devra alors intenter une nouvelle action qui aura le même but que l'*actio*

à une condamnation que dans l'hypothèse où la condition du *damnum* est effectivement remplie. Ce n'est donc que si l'incendie est éteint avant de progresser jusqu'à la maison de Secundus qu'il en sera ainsi.

On voit bien qu'en pratique, les situations ne sont pas tout à fait identiques, puisque dans un cas, celui qui a abattu la maison de son voisin a en plus enfreint l'interdiction que lui avait faite ce dernier. Cette différence objective permet dès lors de comprendre pourquoi le résultat judiciaire ne doit pas nécessairement être identique dans les deux cas. Il reste maintenant à comprendre comment l'absence de *damnum*, dans le cas où Secundus a dénoncé l'intervention de Primus, permettra à ce dernier d'éviter d'être condamné sur base de l'interdit *q. v. a. c.*

### 3.6. — *Quand y a-t-il absence de damnum ?*

Servius et Ulpien ont expliqué que lorsque le feu progresse jusqu'aux ruines de la maison abattue, il n'y a pas de *damnum*, car la maison aurait de toute façon péri. Cette position est précisée ensuite par l'opinion de Labéon. Ulpien — voire peut-être encore Servius — livre une nouvelle hypothèse. Cette fois, quelqu'un abat la maison d'un autre avant même que l'incendie se déclenche. Il apparaît par la suite que la maison aurait de toute façon péri par le feu. Ici la solution est différente. On ne peut pas considérer qu'il n'y a pas de *damnum* et il y a lieu à condamnation. Ulpien ajoute ici une justification qu'il attribue à Labéon : la vérification de la présence ou non d'un *damnum* se fait *ex praesenti statu* et non *ex post facto*.

Cette dernière partie du fragment a suscité relativement peu de commentaires. Il arrive même que les auteurs qui citent le fragment omettent les derniers mots, sans même signaler qu'ils ne citent pas l'intégralité du texte (188). En général cependant, l'authenticité du passage n'est pas mise en doute (189).

---

*per formulam arbitrariam* : « *Quod opus vi aut clam factum est, si arbitrato tuo non restituetur, quanti ea res erit etc.* »

(188) Cela est le cas chez : WITTE H., *Das Interdictum uti possidetis*, Leipzig, 1863, p. 21 ; VON TUHR A., *Der Nothstand im Civilrecht*, Heidelberg, 1888, p. 61 ; ARU L., « Appunti sulla difesa privata in diritto romano », *Ann. Palermo*, 15 (1936), p. 139 ; VISKY K., « La responsabilité en droit romain », *RIDA*, 3 (1949), p. 478. Chez trois autres auteurs, cette suppression est moins surprenante, dans la mesure où ils n'entendent pas fournir le fragment tel qu'il apparaît dans les Digestes, mais se limitent à compiler les avis de certains jurisconsultes : V. LENEL O., *Paligenesia iuris civilis*, Lipsiae, 1889, col. 160, n° 210 (Le fragment est en revanche complet : col. 836, n° 1594) ; BREMER F.P., *Iurisprudentiae Antehadrianae*, Lipsiae, 1896, 1, pp. 236 et s. ; STELLA MARANCA F., *Intorno ai frammenti di Celso*, Roma, 1915, p. 147.

(189) Ainsi, même les auteurs les plus critiques envers notre fragment considèrent-ils que ce passage n'est pas interpolé. V. dans ce sens : FABER A., *De erroribus*



La motivation de Labéon peut pourtant paraître assez surprenante, dans la mesure où elle est, a priori, contraire à la distinction faite par Servius (190). En effet, selon Servius, le défendeur ne sera fixé définitivement sur son sort qu'après que le feu sera éteint : s'il est éteint avant d'arriver aux ruines de la maison qu'il a abattue, il doit être condamné, sinon, il sera absous.

Dans les deux cas, l'argumentation est semblable : Quelqu'un cause volontairement un dommage dont on sait par la suite qu'il aurait eu lieu même sans cet acte volontaire. On peut donc s'étonner que dans un cas, on décide que la condition du *damnum* est réalisée et pas dans l'autre. Il faut donc examiner de plus près la notion de *damnum* et voir en quoi celui-ci fait défaut, lorsque pour protéger sa maison contre un incendie, le propriétaire de celle-ci abat la maison de son voisin, qui aurait de toute façon été la proie des flammes.

Le seul qui, à notre connaissance, ait tenté de répondre à cette question est von Tuhr (191). D'après lui, dans l'hypothèse où l'incendie est déjà actif au moment où la maison est abattue, celle-ci perdrait la totalité de sa valeur par le fait qu'elle est vouée à périr par les flammes. En abattant cette maison, aucun dommage ne serait donc réalisé, vu que la maison aurait déjà perdu la totalité de sa valeur. Par contre, dans le cas de l'incendie qui se déclare après que la maison ait été abattue, la maison n'étant pas encore dévaluée au moment de l'acte, celui-ci réaliserait bel et bien un dommage.

Cette interprétation comporte un inconvénient de taille, et l'auteur (192) s'en rend compte lui-même : d'après le chapitre trois de la *lex Aquilia*, l'estimation du dommage doit se faire en fonction de la valeur maximale de la chose détruite au cours du mois qui précède la réalisation du dommage. Le fait que juste avant cette réalisation, la chose ait perdu la totalité de sa valeur ne semble donc pas suffire à supprimer le dommage, puisqu'il suffit au demandeur, de remonter à un moment

---

*pragmat.*, Lugduni, 1658, Decad. LXXVII, Err. V, p. 332 ; KASER M., *Quanti ea res est*, München, 1935, pp. 10 et s., note 4 ; DE MARTINO F., « In tema di stato di necessità », *RISG*, 14 (1939), p. 43 ; VAN WARMELO P., *Interdictum quod vi aut clam*, Acta Juridica 1962 (paru en 1964), p. 27, note 41. D'après ce dernier, ces mots ressemblent à une annotation, mais ne sont pas nécessairement un ajout des Compilateurs.

(190) Croient à une contradiction entre Labéon et Servius : FABER A., *De erroribus pragmat.*, Lugduni, 1658, Decad. LXXVII, Err. V, p. 332 ; STAMMLER R., *Darstellung der strafrechtlichen Bedeutung des Nothstandes*, Erlangen, 1878, p. 14.

(191) VON TUHR A., *Der Nothstand im Civilrecht*, Heidelberg, 1888, pp. 62 et s. La même explication se trouve chez WILLVONSEDER R., *Die Verwendung der Denkfigur der « condicio sine qua non » bei den römischen Juristen*, Wien-Köln-Graz, 1984, p. 159.

(192) VON TUHR A., *op. cit.*, p. 63, note 2.

où l'incendie ne s'était pas encore déclenché pour que l'estimation de la chose puisse se faire à sa valeur normale.

L'auteur cherche alors à sortir de ce guêpier en se basant sur un texte de Gaius (193). Ce dernier nous apprend qu'avant Sabinus, l'interprétation de la *lex Aquilia* n'était pas unanime sur un point. Alors que le premier chapitre de la loi prévoyait expressément que l'estimation du dommage se faisait à la valeur maximale de la chose au cours de l'année écoulée, le troisième chapitre ne fait pas la même précision pour le délai de trente jours. Il n'est donc pas dit expressément que c'est au maximum de la valeur de la chose au cours des trente jours précédents, que l'estimation doit se faire. D'après Gaius, certains jurisconsultes auraient préconisé de laisser au juge la possibilité de choisir entre la valeur maximale et la valeur minimale. Pour von Tuhr, il suffisait donc de penser que Servius était un de ceux qui permettaient l'estimation du dommage au montant minimal.

Cette vision des choses est extrêmement audacieuse, mais ne résiste pas à l'analyse. D'une part, en imaginant même que Servius ait vraiment préconisé une position laissant ce choix au juge, ici la situation est encore bien différente, car en affirmant l'absence de *damnum* et l'obligation d'absoudre le particulier (*absolvi eum oportere*), Servius ne laisserait plus aucun choix au juge. D'autre part, von Tuhr raisonne sur la position de Servius en termes d'*actio legis Aquiliae*, alors que, comme nous l'avons montré, cette partie du fragment concerne exclusivement l'interdit *q. v. a. c.* En conséquence, il ne peut être question de penser que ce jurisconsulte ait joué sur une règle d'application de la *lex Aquilia*.

La position de von Tuhr est encore adoptée par Willvonseder (194).

À notre avis, il ne s'agit pas tant d'un problème d'estimation du dommage, que d'un problème d'existence ou non d'un *damnum*. C'est donc de ce côté qu'il faut chercher une explication.

Comment Servius et Ulpien pouvaient-ils affirmer l'absence de *damnum*, alors que le dommage était manifeste : la maison a été abattue ! D'un point de vue objectif, le dommage est indubitable. L'affirmation de l'absence de *damnum* ne saurait donc découler que du fait que « *aeque perituris aedibus* ». Le raisonnement est le suivant : Vu que la

---

(193) GAIUS, *Institutes*, 3, 218 : « *Hoc tamen capite non quanti in eo anno, sed quanti in diebus XXX proxumis ea res fuerit, damnatur is, qui damnum dederit. ac ne 'plurimi' quidem verbum adicitur ; et ideo quidam putaverunt liberum esse iudici ad id tempus ex diebus XXX aestimationem redigere, quo plurimi res fuit, vel ad id, quo minoris fuit. Sed Sabino placuit proinde habendum ac si etiam hac parte 'plurimi' verbum adiectum esset : nam legis latorem contentum fuisse, quod prima parte eo verbo usus esset* ».

(194) WILLVONSEDER R., *Die Verwendung der Denkfigur der « condicio sine qua non » bei den römischen Juristen*, Wien-Köln-Graz, 1984, pp. 158 et s.

maison aurait de toute façon péri, son propriétaire de n'a pas subi de dommage. Ce n'est qu'en se plaçant du point de vue subjectif, de l'*id quo interest*, que l'on peut affirmer qu'il n'y a pas de dommage.

Ce raisonnement ne peut cependant pas être appliqué sans restrictions. C'est le sens de la précision finale de notre fragment. Lorsque quelqu'un abat une maison avant même le déclenchement de l'incendie, le fait que la maison aurait de toute façon péri ne peut plus être pris en compte. S'il en est ainsi, c'est parce que l'existence ou non d'un *damnum* doit être évaluée *ex praesenti statu*, et non *ex post*. C'est donc au moment où la maison est abattue, qu'il faut se demander s'il elle n'aurait pas de toute façon péri.

Il n'y a pas ici de contradiction avec la solution adoptée par Servius et Ulpien à propos de de l'interdit *q.v.a.c.* Il est vrai que dans ce dernier cas, il faut attendre de voir si *ignis pervenit*, pour pouvoir affirmer qu'il n'y a pas de *damnum*. Mais malgré cela, l'incendie n'est pas un événement intervenant « *ex post* ». Il peut déjà être envisagé dans la vérification de l'existence d'un *damnum*, ce qui n'est pas le cas lorsque, comme dans le contre-exemple commenté par Labéon, l'incendie se déclenche après que la maison a été abattue.

En donnant cette ultime précision sur la notion de *damnum*, Ulpien ne précise pas si sa considération concerne l'interdit *q.v.a.c.* ou l'*actio legis Aquiliae*. Mais dans la mesure où la nécessité d'être en présence d'un *damnum* est un point commun entre l'action et l'interdit, et que cette opinion fait suite à une hypothèse où les deux moyens procéduraux sont comparés, il faut admettre que la précision est valable pour la notion de *damnum*, tant dans l'action que dans l'interdit (195).

Comme on le voit, la contradiction entre Servius et Labéon n'était donc qu'apparente. Ce sont ces deux hypothèses que nous allons maintenant envisager sous l'angle du problème de causalité posé par le fragment, après avoir brièvement rappelé comment nous proposons de le lire.

(195) L'opinion contraire de RÖHLE [« Zur Frage der sogenannten verdrängenden Verursachung im Römischen Recht », *SDHI*, 31 (1965), pp. 307 et s.] ne peut être retenue ici. Pour cet auteur, l'opinion de Labéon ne concerne que le cas de la *lex Aquilia*, car elle ne se rattache pas au *quod vi aut clam factum est* ni à l'exception qui y est attachée. Le fait que dans les mots attribués à Labéon (il y en a très peu : « *quia non ex post facto, sed ex praesenti statu, damnum factum sit nec ne, aestimare oportere* ».) on ne trouve pas les mots « *quod vi aut clam* » ou « *exceptio* » n'est pas déterminant, puisque l'intérêt de la finale du fragment, c'est d'expliquer la notion de *damnum*, commune à l'interdit et à l'action. Il est vrai que nous ne connaissons pas le contexte exact dans lequel Labéon donne son avis et il n'est pas impossible qu'à cet endroit, l'avis exprimé sur le *damnum* concernait exclusivement le cas de la *lex Aquilia*. Cependant, chez Ulpien, cette vision du *damnum* vaut également pour l'interdit *q.v.a.c.*, sans quoi, il aurait à nouveau dû distinguer.

## 4. — CONCLUSIONS

4.1. — *Bref résumé de notre lecture du fragment*

Nous considérons que les mots « *aut damni iniuria* » sont interpolés. Le reste du fragment nous paraît devoir être maintenu.

Dans ce texte, Ulpien pose la question de l'éventualité de l'opposabilité de l'exception « *Quod incendii defendendi causa factum non sit* » à l'interdit *q. v. a. c.* Celse et Gallus semblent s'être demandé s'il fallait l'octroyer chaque fois que le défendeur a agi *incendii arcendi causa*. La solution retenue par Ulpien est cependant celle de Servius, d'après laquelle, seul un magistrat — dans la mesure où l'*imperium* lui fait défaut — pouvait y recourir. Le particulier ne bénéficiait donc pas de l'exception et l'interdit devait être accordé au demandeur. Cependant, s'il s'avérait, au cours du *iudicium secutorium*, que le demandeur n'avait en réalité subi aucun *damnum* — vu que sa maison aurait de toute façon péri par les flammes — il n'y aurait lieu à aucune condamnation. Si, au contraire, l'incendie s'était éteint avant de parvenir aux ruines de la maison abattue, le défendeur serait condamné au montant du dommage, tel que l'évaluerait le juge.

Dans le cas où il n'y a pas eu de *damnum*, la situation est similaire au cas de l'*actio legis Aquiliae*, dans la mesure où cette action n'aura pas lieu non plus. Mais dans le cas de l'action, il y a deux conditions qui ne sont pas remplies : l'*iniuria* et le *damnum*.

Ulpien nous donne alors une précision importante sur la manière de voir si la condition de *damnum* est réalisée ou non. Il cite pour cela Labéon, d'après qui il faut se placer *ex praesenti statu* pour savoir s'il y a eu *damnum* ou non.

4.2. — *Conclusions sur la causalité*

Il reste maintenant à répondre à une question fondamentale : Les solutions d'Ulpien, Servius et Labéon étaient-elles fondées sur une réflexion concernant la causalité ?

Une réponse négative a été apportée à cette question par Röhle (196). D'après lui, le fragment ne pose aucun problème de causalité en raison du fait que les Romains n'avaient pas suffisamment approfondi la notion de *damnum*. Dès lors, toutes les solutions s'expliqueraient par le recours à l'état de nécessité. Preuve en serait que Labéon ne retient pas la causalité hypothétique constituée par l'incendie qui se déclenche

(196) RÖHLE R., « Zur Frage der sogenannten verdrängenden Verursachung im Römischen Recht », *SDHI*, 31 (1965), pp. 308 et s.

après la démolition de la maison, mais insisterait plutôt sur le fait que l'intervenant a agi illégalement.

La position de Röhle est cependant intenable. En effet, pour pouvoir faire cette affirmation, l'auteur doit considérer que Servius et Ulpien octroyaient l'exception au particulier, ce qui est erroné, comme nous l'avons déjà montré (197). Nous avons également montré (198) que la solution, en matière d'interdit *q.v.a.c.*, ne pouvait pas s'expliquer par un recours à la notion d'état de nécessité. Enfin, l'argument sur la position de Labéon n'est pas fondé non plus. On ne voit pas, en effet, où Röhle va chercher l'idée que Labéon fait le choix d'accorder l'action ou l'interdit en soulignant que c'est en raison d'un agissement illégal. Il n'est en tout cas aucunement question d'*iniuria*, mais uniquement de *damnum* dans la partie du fragment se rapportant à l'opinion de Labéon.

Peut-on dire, pour autant, que les solutions retenues par Ulpien dans le fragment s'expliquent en recourant à la causalité ? Il est vrai que la prise en compte du lien causal n'est pas exprimée directement. Il faut bien admettre que ce n'est pas une surprise, vu que même lorsqu'il s'agit de l'application de la *lex Aquilia*, il n'y a pas d'expression spécifique pour désigner le lien causal. Il est pourtant certain que les Romains connaissaient le phénomène « lien causal », même s'il n'avaient pas de terme technique pour le désigner. Cela découle avec certitude de l'interprétation extensive du « *rumperelcorrumpere* ».

À notre avis, lorsqu'Ulpien, Servius et Labéon vérifient la présence d'un *damnum* dans le texte, ils fondent leur réflexion sur des considérations causales. Plusieurs éléments nous poussent à penser cela. D'une part, dans toutes les hypothèses examinées, le propriétaire de la maison abattue subit un préjudice. Pourtant, selon les situations, on dira soit qu'il y a un *damnum*, soit qu'il n'y en a pas. C'est donc que la vérification de la présence d'un *damnum* dépend d'autre chose que la réalité matérielle de l'endommagement du bien. D'autre part, si pour les jurisconsultes en question, la justification « *aeque perituris* » signifie l'absence de *damnum*, aujourd'hui, on parlerait plutôt de causalité. En effet, lorsque l'on dit aujourd'hui que la chose aurait de toute façon péri, on n'entend pas dire qu'il n'y a pas de dommage, mais que le bien a péri en raison d'une autre cause. Il n'en reste pas moins que, pour les Romains également, l'idée qui sous-tend « *aeque perituris* », comme celle qui sous-tend l'application extensive de « *rumpere* » dans la *lex*

(197) V. *supra*, point 3.4.

(198) V. *supra*, point 3.5.

*Aquilia* est fondée sur une appréciation du lien causal. Dans ce dernier cas également, c'est par la voie du *damnum* — ou plus précisément le type de *damnum* — que les Romains ont introduit l'idée qu'il fallait un lien causal entre la faute et le dommage, pour que l'auteur soit tenu de le réparer.

Reprenons maintenant de manière schématique les deux hypothèses qui nous intéressent plus particulièrement :

1. Primus, voyant l'incendie approcher, abat la maison de Secundus. Le feu progresse jusqu'à la maison de ce dernier. Primus ne subira aucune condamnation sur base de l'interdit *q. v. a. c.*, ni de l'*actio legis Aquiliae*.
2. Tertius abat la maison de Quartus avant même le déclenchement d'un incendie qui progresse jusqu'à la maison de ce dernier. Tertius sera condamné tant sur base de l'interdit *q. v. a. c.* que de l'*actio legis Aquiliae*.

Seule la première de ces deux hypothèses constitue un cas de « dépassement » de causalité. En effet, on ne peut parler de dépassement que dans la mesure où un premier fait dommageable (le feu) ne cause jamais le dommage qu'il aurait dû causer, pour la raison qu'un autre fait dommageable (l'acte du particulier), postérieur au premier, cause le dommage (la maison est détruite) avant même que le premier ait pu le réaliser.

Ainsi, dans le premier cas repris ci-dessus [1], le lien causal hypothétique a été dépassé par le lien causal effectif.

Dans le second cas [2], c'est Tertius qui intervient en premier lieu, et le dommage est déjà entièrement réalisé au moment où l'incendie est déclenché. Le lien causal effectif précède donc le lien causal hypothétique. En conséquence, il ne peut plus y avoir de dépassement de lien de causalité.

Comme on le voit, la prise en considération du lien causal hypothétique n'est pas uniforme en droit romain. Dans le cas où le lien causal hypothétique subit un dépassement, il en sera tenu compte, alors que tel n'est pas le cas, dans l'hypothèse où il est postérieur. La clef est ici donnée par Labéon, d'après qui il faut se placer au moment où naît l'action (ou l'interdit), pour voir si l'on peut tenir compte du fait que « *aeque perituris aedibus* ». Autrement dit, le lien causal hypothétique semble n'entrer en ligne de compte que si le fait dommageable hypothétique existait déjà au moment de la réalisation effective du dommage.

B. — Exégèse de Ulp., *lib. 9 Disp.*  
(D. 9, 2, 49, 1)

*Quod dicitur damnum iniuria datum Aquilia (199) persequi, sic erit accipiendum, ut videatur damnum iniuria datum, quod cum damno iniuriam attulerit (200) ; nisi (201) 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.*

1. — CONTENU DU TEXTE

Dans ce fragment, Ulpien donne des précisions sur le contenu de la notion d'*iniuria*. Ainsi, un dommage ne sera pas considéré comme ayant été causé illégalement (par *iniuria*), s'il l'a été sous la contrainte d'une force majeure. Le jurisconsulte illustre alors cette affirmation par un exemple proposé par Celse. Il s'agit à nouveau du cas de celui qui abat la maison de son voisin dans le but d'empêcher un incendie de parvenir jusqu'à la sienne. Dans ce cas, Celse refuse en effet l'*actio legis Aquiliae*, en raison du fait que c'est animé d'une juste crainte que l'auteur du dommage est intervenu. Il est à cet égard indifférent que le feu ait progressé jusqu'aux ruines de la maison abattue ou qu'il ait été éteint auparavant.

2. — CRITIQUE DU TEXTE

2.1. — *Aquila* — *Aquiliam* (Hal.)

L'édition Haloander (202) donne *Aquiliam* au lieu d'*Aquila*. Les deux versions sont grammaticalement correctes. Il s'agit dans les deux cas d'une proposition infinitive. Dans la version « *Aquila* », ce mot est sujet de *dicitur* et il s'agit de la tournure personnelle. Dans la version « *Aqui-*

(199) L'édition Haloander (Haloandri Digestorum editio Norimbergae a. 1529) porte « *Aquiliam* ».

(200) Mommsen (*Digesta*, ad h.l.) propose d'ajouter les mots « *fieri autem non potest, ut damnum iniuriam non attulerit* » après « *quod cum damno iniuriam attulerit* ».

(201) D'après l'index interpolationum, le manuscrit de Padoue (Biblioteca Universitaria di Padova, Ms. 941) dit « *non si* » au lieu de « *nisi* ». Vérification faite, on trouve dans ce manuscrit comme dans celui du Vatican (Biblioteca Apostolica Vaticana, Vat. Lat. n. 1406), un « *n* » surmonté d'un petit trait vertical. Il reste cependant probable que cette abréviation signifie « *nisi* » et non « *non si* ».

(202) V. *supra*, note 199.

liam », le mot est sujet de *persequi* et il s'agit d'une proposition infinitive. Du point de vue du sens, les deux versions sont aussi équivalentes.

Nous pensons qu'il faut préférer la version de la Florentine. En effet, à qualité égale, le poids de ce manuscrit est évidemment supérieur à une édition imprimée au XVI<sup>e</sup> siècle. Qui plus est, la version de l'édition Haloander apparaît comme une *lectio facilior* du point de vue syntaxique. Pour comprendre la version « *Aquila* », il faut faire appel à une forme grammaticale plus complexe (l'infinitif personnel), ce qui permet de penser qu'*Aquiliam* est le fruit d'une simplification (la proposition infinitive étant plus banale).

## 2.2. — *Nisi* — *Non si*

Comme le fait remarquer Schipani (203), la bonne compréhension du fragment est entravée par la manière étrange dont s'insère la phrase « *nisi — factum* » après la phrase précédente.

C'est pourquoi Mommsen proposait dans son édition du Digeste d'insérer les mots « *fieri autem non potest, ut damnum iniuriam non attulerit* » après « *quod cum damno iniuriam attulerit* ».

Cette proposition a le mérite d'offrir une lecture plus fluide du texte, sans en altérer le sens. En effet, en bref, le fragment nous apprend que la *lex Aquilia* ne trouve application que pour autant qu'un *damnum* a été causé par *iniuria*, et que tel n'est pas le cas s'il a été causé sous la contrainte de la force majeure. L'ajout de Mommsen comble une double lacune. D'une part il y avait un problème grammatical : il manquait une proposition principale avant *nisi*. D'autre part, il y avait un décalage logique : la phrase introduite par *nisi* semble apporter une exception à l'affirmation qui précède. Or on ne peut pas dire que le cas de la force majeure soit une exception à la règle qui veut que le *damnum* doit avoir été causé par *iniuria* pour que la *lex Aquilia* trouve application. En revanche, le cas de la force majeure est bien une exception au principe d'après lequel tout *damnum* trouve son origine dans une *iniuria*.

En dépit de toutes les qualités de cette proposition de Mommsen, il ne s'agit là que d'une conjecture dont la vérification est impossible. L'apport principal de cet ajout consiste donc dans le fait de pointer le doigt sur les lacunes du texte.

Pour Pugsley (204), la difficulté est double : d'une part, il faut expliquer les répétitions (*damnum iniuria datum... damnum iniuria datum...*

(203) SCHIPANI S., *Responsabilità « ex lege Aquilia ». Criteri di imputazione e problema della « culpa »*, Torino, 1969, pp. 310 et s.

(204) PUGSLEY D., « *Damni iniuria* », *TR*, 36 (1968), pp. 374 et s.



*damno iniuriam*) ; d'autre part, il faut trouver un sujet acceptable à *fuert factum*. La solution au problème se trouve, selon lui, dans le fait que le seul sujet logiquement admissible pour *attulerit* doit être l'homme qui *incendii arcendi gratia vicinas aedes intercidit*. Cela lui suggère la solution suivante : il remplace *damnum iniuria datum* par *iniuria* et justifie cela en affirmant que les deux termes ont le même sens, mais que seul le second serait un terme technique. Ce sens technique serait pour Ulpian : « *damnum culpa datum* ». En conséquence, les mots « *ut videatur — attulerit* » seraient une note marginale d'un scribe, qui aurait voulu attirer l'attention sur le fait qu'ici il n'était pas question de l'*iniuria* en tant que délit séparé.

Pugsley propose donc la reconstruction suivante (205) : « *Quod dicitur [damnum iniuria datum] <iniuriam> Aquilia persequi, sic erit accipiendum [ut videatur damnum iniuria datum quod cum damno iniuriam attulerit :] nisi magna vi cogente fuerit fact[um] <a> : ut Celsus scribit circa eum qui incendii arcendi gratia vicinas aedes intercidit* ».

La reconstruction de Pugsley ne permet cependant pas de résoudre l'énigme de l'insertion de la phrase « *nisi — factum* » dans le fragment. En outre, elle crée un nouveau problème en séparant la locution « *sic... ut* » pour ne laisser subsister que le « *sic* ». Enfin, il nous semble que l'on ne peut pas — sous prétexte qu'il est permis de douter de la technicité du terme de *damnum iniuria datum* — affirmer que *iniuria* était le terme technique qui a été remplacé par *damnum iniuria datum*. D'ailleurs, pour faire cette affirmation, Pugsley se base sur la pensée de Mommsen (206). Or s'il est vrai que ce dernier écrit que *damnum iniuria datum* n'est pas un terme technique, il écrit cependant aussi que le terme technique correspondant — pour la période d'Ulpian en tout cas (207) — est *damnum iniuria* et non *iniuria*. De toute façon, le fait que *damnum iniuria datum* ne soit pas un terme technique ne signifie en

(205) C'est nous qui ajoutons les crochets pointus indiquant les changements introduits par l'auteur, ainsi que la version de l'édition de Mommsen entre crochets carrés.

(206) MOMMSEN Th., *Römisches Strafrecht*, Leipzig 1899, pp. 825 et s.

(207) Pour le texte de la loi des XII Tables, MOMMSEN (*op. cit.*, pp. 825 et s.) émet l'hypothèse que le terme *iniuria* couvrait à la fois le dommage corporel et le dommage aux biens. En tout cas, fait-il remarquer, le terme « illicite » — d'un point de vue linguistique — semble pouvoir s'adapter également aux deux hypothèses (« Sprachlich passt 'Unrecht' gleichmässig auf beide »). Mais il est certain que par la suite, la dénomination technique des deux types de délits, tout en restant proche, a évolué de manière séparée avec l'*iniuria* désignant le dommage corporel, et le *damnum iniuria* désignant le dommage aux biens (« Bei der dort entwickelten Scheidung der beiden Kreise ist die Benennung gewissermassen beiden Delicten geblieben, indem im späteren Recht die aus der Körperverletzung entwickelte Personalverletzung einfach Unrecht 'iniuria' genannt wird, die Sachbeschädigung dagegen technisch bezeichnet wird als 'Leistung wegen Unrechts', *damnum iniuria* »).

rien qu'il n'était pas utilisé même par les jurisconsultes du temps d'Ulpien. La meilleure preuve en est qu'au moment d'expliquer le troisième chapitre de la *lex Aquilia*, Gaius (208) utilise lui-même le terme dans ses *Institutes*.

Pourrait-on éviter le problème soulevé ici en remplaçant *nisi* par *non si* (209) ? Cette version semble avoir été préconisée par **Mitteis et Peters**, responsables de l'édition de la partie de l'*Index interpolationum* se rapportant aux livres I à IX du Digeste. Pour admettre pareille hypothèse, il faudrait imaginer que la proposition principale qui fait défaut dans notre phrase serait concentrée dans le mot « *non* », qui constituerait une négation de la phrase qui précède. Outre le fait que la source qui nous offre la version « *non si* » est secondaire par rapport à la Florentine et que l'explication qui précède nous paraît un peu artificielle, cette lecture ne permet aucun progrès quant à la compréhension du fragment.

En conclusion, il faut se résigner à constater l'incongruité contenue dans notre fragment. Il semble probable que les découpages dont a souffert le texte original en soient la cause. Quoi qu'il en soit, le sens de la phrase en question demeure malgré tout suffisamment clair.

### 3. — EXPLICATION DU TEXTE

Le texte a fait l'objet de moins d'études approfondies que le fragment parallèle déjà étudié (Ulp., *lib. 71 ad Ed.* — D. 43, 24, 7, 4). Le plus souvent, c'est d'ailleurs dans le but d'expliquer ce texte parallèle, que notre fragment a été abordé.

#### 3.1. — *Points d'accord de la doctrine*

Les auteurs sont quasiment unanimes sur deux points : A. Le texte d'Ulpien a subi des altérations. B. Celse refuse l'application de la *lex Aquilia* dans le cas de la maison abattue *incendii arcendi causa* en raison de l'absence d'*iniuria*.

A. Notre fragment est considéré comme étant interpolé par une partie importante de la doctrine, mais avec de grandes différences d'appré-

(208) V. GAIUS, *Institutes*, 3, 217 : « *Capite tertio de omni cetero damno cavetur. Itaque si quis servum vel eam quadrupedem, quae pecudum numero est, vulneraverit sive eam quadrupedem, quae pecudum numero non est, velut canem, aut feram bestiam, velut ursum, leonem, vulneraverit vel occiderit, hoc capite actio constituitur. in ceteris quoque animalibus, item in omnibus rebus, quae anima carent, damnum iniuria datum hac parte vindicatur. (...)* »

(209) Pour rappel, il s'agit là de la leçon attribuée — à notre avis erronément — au manuscrit de Padoue (Biblioteca Universitaria di Padova, Ms. 941) par les auteurs de l'*index interpolationum*, v. *supra*, note 201.

ciation. Cette doctrine est — quant à cette interpolation — divisée en deux tendances générales :

— ceux qui considèrent que le fragment a manifestement été retouché, mais qu'il contient toujours la substance du texte classique ;

— ceux qui estiment au contraire que le fragment a fait l'objet d'une interpolation qui a trahi le fond. La position de ces derniers sera envisagée plus tard (point 3.2.B.).

Parmi les auteurs qui considèrent que notre fragment n'a pas subi d'altération sur le fond, c'est chez De Martino (210) que la critique est la plus virulente. Pour lui, le texte est certainement une paraphrase. D'ailleurs, écrit-il, la phrase « *quod cum damno iniuriam attulerit* » n'est digne que d'un modeste compendiaire (« *modesto epitomatore* »). Il voit un autre indice d'interpolation dans l'utilisation du mot « *circa* ». Il se base pour cela sur une remarque laconique de Beseler (211) qui — notons-le — s'exprime sur un autre fragment que le nôtre. C'est cependant la finale qui paraît la plus suspecte à De Martino. Ainsi fait-il remarquer que les mots introduits par « *nam* » ne sont pas une explication, même s'ils en ont l'air. Il se base à nouveau sur Beseler (212), mais aussi sur Biondi (213), pour affirmer que « *cessare actionem* » est une formulation douteuse. En plus de cela, il fait remarquer qu'il n'y a pas de sujet à *ductus* ni à *intercidit* ; que *sive pervenit—extinctus est* devrait être au subjonctif ; et que *existimat* — *cessare* est une répétition de *nam* — *actionem*.

En dépit de ces critiques, De Martino estime que le fragment nous renseigne valablement sur l'opinion de Celse. La paraphrase du texte de Celse n'aurait dès lors plus subi que des changements mineurs par l'intervention de Tribonien. L'auteur justifie cela par le fait qu'il ne voit pas quel intérêt il y aurait eu à attribuer cette opinion à Celse (214).

Schipani (215) reprend essentiellement les remarques de De Martino sur les déficiences formelles du texte. En plus de ce dernier, il constate également qu'il est impossible de savoir si, outre le refus de l'action aquilienne pour absence d'*iniuria*, la motivation de ce refus peut également être attribuée à Celse. Pour Schipani non plus, la substance classi-

(210) DE MARTINO F., « In tema di stato di necessità », *RISG*, 14 (1939), pp. 46 et s.

(211) BESELER G., *Beiträge*, II, Tübingen 1911, p. 138 : « Circa ist περί ».

(212) BESELER G., *Beiträge*, IV, Tübingen 1920, pp. 187 et « *Miscellanea critica* », *ZSS* 43 (1922), p. 428.

(213) BIONDI B., « Iudicia contraria », *Ann. Palermo*, 7 (1918), p. 109 et note 1.

(214) Notons cependant que De Martino réduit l'opinion de Celse au refus de l'*actio legis Aquiliae* par manque d'*iniuria*, sans préciser en quoi l'*iniuria* fait défaut.

(215) SCHIPANI S., *Responsabilità « ex lege Aquilia »*. *Criteri di imputazione e problema della « culpa »*, Torino, 1969, pp. 310 et s.

que du fragment n'a pas été altérée. La même opinion est encore suivie par **Ormanni** (216).

Comme on le voit, le nombre d'indices révélant l'intervention des Compilateurs ou de commentateurs postclassiques est relativement élevé. Remarquons néanmoins que la plupart de ceux-ci valent essentiellement par leur accumulation. En effet, lorsque De Martino affirme de manière un peu péremptoire que « *quod cum damno iniuriam attulerit* » n'est digne que d'un modeste compendiaire, ou lorsqu'il estime que « *circa* » (217) et « *cessare actionem* » (218) sont de facture postclassique, il s'agit là d'indices dont aucun ne permet à lui seul d'affirmer avec certitude que le fragment est interpolé. C'est la juxtaposition de ces indices, avec les autres anomalies qu'il met en exergue, qui permet à De Martino d'affirmer que le texte a été retravaillé.

Si l'on se rappelle également la remarque de Schipani, quant au problème de l'insertion de « *nisi — factum* », il est plausible que notre fragment a fait l'objet de remaniements. Quant à savoir si — contrairement à ce qu'en pensent De Martino, Schipani et Ormanni — ces remaniements ont eu un effet sur la substance du fragment, il s'agit là d'une question que nous reportons au point 3.2.B.

**B.** Les auteurs sont unanimes à soutenir que Celse refusait l'*actio legis Aquiliae* dans le cas de quelqu'un qui abattait la maison de son voisin en vue de protéger sa propre maison contre un incendie.

L'unanimité apparaît déjà un peu moins clairement, lorsqu'il s'agit de déterminer pour quelle raison la *lex Aquilia* ne doit pas s'appliquer. Il

(216) ORMANNI A., « Necessità (stato di) », *ED*, 27, Milano 1977, p. 832.

(217) Notons à ce propos que « *circa* » se trouve 451 fois dans les sources juridiques romaines, dont 176 fois dans le Digeste, et 3 fois dans la *Lex Acilia de repetundarum* (v. GIRARD P.F., *Textes de droit romain*, 5<sup>e</sup> édition, Paris 1923, pp. 32 et s., lignes 11, 13 et 17).

(218) Rappelons que BESLER [« *Miscellanea critica* », *ZSS*, 43 (1922), p. 428] admet lui-même que cette expression n'est pas toujours interpolée. L'expression « *cessare actionem* » se trouve 65 fois dans le Digeste (v. VIR, *actio*, p. 115, l. 6), alors que, dans le Code de Justinien, le verbe « *cessare* » n'est associé que par deux fois au mot « *actio* ». Or, dans le premier de ces deux cas, « *cessare* » prend le sens de « tomber en désuétude » (C. 4, 18, 2 : *Recepticia actione cessante, quae sollemnibus verbis composita inusitato recessit vestigio, necessarium nobis visum est magis pecuniae constitutae naturam ampliare*) et dans le second, le sens d'« abroger » (C. 5, 13, 1, 1 in fine : *Et nemo putet nos haec sancire in his tantummodo dotibus, quae instrumentis receptae sunt : nihil enim prohibet, etsi sine scriptis dos vel detur vel promittatur vel suscipiatur, simili modo intellegi factam stipulationem et hypothecam ex utraque parte, quasi fuerit scripta. Et natura quidem ex stipulatu actionis haec intellegatur, re uxoria in posterum cessante.*). Comme on le voit, dans le Code de Justinien « *cessare* » ne prend donc jamais, lorsqu'il est associé à « *actio* », le sens de « perdre son effet » qu'il a habituellement dans le Digeste et en particulier dans notre fragment.

reste cependant vrai que tous les auteurs semblent se référer plus ou moins directement à l'absence d'*iniuria*. Cela reste vrai, même si certains (219) s'expriment un peu différemment et préfèrent invoquer un droit de défendre son bien. En effet, celui qui défend son bien agit « *iure* » et il n'y a donc pas d'*iniuria*.

Si l'on examine de plus près la partie de la doctrine qui s'attarde plus longuement à l'étude de notre fragment, on constate d'une part qu'elle pose clairement le problème en termes d'*iniuria*, mais d'autre part qu'elle est loin d'être unanime sur le point suivant : En quoi, d'après Celse et Ulpien, l'*iniuria* fait-elle défaut lorsque quelqu'un abat la maison de son voisin dans le but de défendre son bien contre un incendie ?

### 3.2. — En quoi l'*iniuria* fait-elle défaut ?

Comme nous le laissons entendre, plusieurs positions sont défendues ici. Il y a d'une part ceux qui assimilent l'absence d'*iniuria* à une absence de *culpa* (A), et d'autre part ceux pour qui l'*iniuria* suppose une évaluation objective, incompatible avec l'évaluation subjective de la *culpa* (B). Ensuite, nous verrons la position de deux auteurs qui, chacun à leur manière, tentent de concilier les deux positions (C).

A. Si l'on se tourne vers la doctrine ancienne, l'absence d'*iniuria* est assimilée à une absence de *culpa*. C'est ainsi que l'entendent Favre (220) et Noodt (221) car, d'après eux, celui qui agit *magna vi cogente* et *iusto metu ductus* ne commet pas de faute et agit donc « *iure* ». Sur ce dernier point, Suarez de Mendoza (222) adopte une position similaire. D'après lui, celui qui abat la maison de son voisin en raison d'une juste crainte

(219) Dans ce sens : COROÏ J., *La violence en droit criminel*, Paris, 1915, p. 27 ; SEGRÈ G., *Le obbligazioni e le azioni ex delicto (corso di diritto romano)*, T. II, Torino, 1925-1926, p. 124 (Segrè parle d'un « *ius defendendi* ») ; TAFARO S., « 'Causa timoris' e 'migratio inquilinorum' in un responso serviano », *INDEX*, 5 (1974/1975), pp. 56 et s. ; HAUSMANINGER H., *Schadenersatzrecht der Lex Aquilia*, 5. Aufl., Wien, 1996, pp. 25 et s. (Cet auteur préfère parler de cause de justification, comme on le ferait en droit moderne. Il fait à cette occasion une distinction entre deux justifications : Pour Celse, l'acte de démolition serait justifié en cas de force majeure, et même si il n'y avait eu qu'une juste crainte.) ; ZIMMERMAN R., *The Law of Obligations*, Cape Town-Wetton-Johannesburg, 1990, p. 1001 ; de ROBERTIS F.M., *La responsabilità contrattuale nel diritto romano*, Bari 1996, p. 66 (Cet auteur parle de *iustus timor* et de cause exonérante).

(220) FABER A., *Rationalia in Pandectas*, Lugduni, 1659, T. 2, Pars 2, p. 317 (ad D. 9, 2, 49, 1). Notons au passage, que Favre ne considère pas notre fragment interpolé.

(221) NOODT G., *Opera omnia*, Lugduni Batavorum, 1724, cap. 19, pp. 167 et s.

(222) SUAREZ DE MENDOZA J., « Commentarii ad legem Aquiliam », in MEERMANI GERARD., *Novus Thesaurus Juris Civilis et Canonici*, Hagae-Comitum, 1751, T. II, p. 29.

agit « iure » et ne peut donc pas être tenu par la *lex Aquilia*. Le même auteur précise par ailleurs (223) que l'action n'est pas accordée quand le dommage est le résultat d'un coup du sort, qu'il se soit réalisé de manière fortuite ou qu'il résulte de la force majeure, car dans ce cas, aucune faute n'a été commise.

L'idée d'après laquelle c'est l'absence de faute qui explique que selon Celse, l'*actio legis Aquiliae* ne devait pas avoir lieu dans notre cas a continué à connaître un certain succès par la suite. Ainsi, **Gino Segrè** (224) suggère-t-il de parler de *damnum culpa factum* (225), qui serait exclu par la présence d'un *iustus metus* et de l'impossibilité d'agir autrement (226). De même, **Kunkel** (227) cite notre texte comme exemple d'un cas où *iniuria* doit être compris dans le sens d'élément subjectif du délit et signifie en réalité *culpa*. **Tafaro** (228) semble également placer cet élément subjectif au centre de la pensée de Celse, dans la mesure où il attribue à ce jurisconsulte une évaluation fondée sur le comportement de celui qui a démoli la maison. **MacCormack** (229) affirme simplement qu'il apparaît clairement que Celse fondait sa décision sur l'absence de faute. Quant à **Robaye** (230), il estime que la peur légitime supprime, dans notre cas, le caractère fautif de la destruction de la maison.

**B.** Certains auteurs estiment que l'*iniuria* constitue nécessairement une condition objective de l'application de la *lex Aquilia*. Il serait dès lors impossible que l'absence d'*iniuria* résulte d'une crainte, notion purement subjective. Pour cette raison, ces auteurs pensent générale-

(223) SUAREZ DE MENDOZA J., *op. cit.*, p. 17 : « (...) *damni injuria non continetur damnum fatale, sive quod fortuito accidit : quia nulla intervenit culpa in eo, quod fato, sive vi majori contingit* ».

(224) SEGRÈ G., *Le obbligazioni e le azioni ex delicto (corso di diritto romano)*, T. II, Torino, 1925-1926, p. 123.

(225) Comme nous l'avons écrit *supra*, (texte et notes 204 et s.) Pugsley parle également de *damnum culpa datum* dans le cadre de notre fragment.

(226) L'impossibilité d'agir autrement (*cum alias non posset*) est un argument tiré du troisième fragment parallèle (ULP. D. 47, 9, 3, 7 v. *infra*, C, notre exégèse de ce fragment).

(227) KUNKEL W., « Exegetische Studien zur aquilischen Haftung », ZSS, 49 (1929), p. 164.

(228) TAFARO S., « 'Causa timoris' e 'migratio inquilinorum' in un responso serviano », INDEX, 5 (1974/1975), p. 57 : « Celso pare conoscere una valutazione più articolata (que ne le fait Servius dans le fragment parallèle ULP. D. 43, 24, 7, 4) del comportamento del demolitore, il quale veniva scusato per aver agito *magna vi cogente, cum alias non posset*, insomma, *iusto enim metu ductus* ».

(229) MACCORMACK G., « *Aquilian Studies* », SDHI, 41 (1975), pp. 55 et s. : « The more precise reason attributed to Celsus in D. 9, 2, 49, 1 makes it plain that he based his decision upon the absence of fault ».

(230) ROBAYE R., « Remarques sur le concept de faute dans l'interprétation classique de la *lex Aquilia* », RIDA, 38 (1991), pp. 372 et s.

ment que les Compilateurs sont intervenus pour interpoler le fond de notre fragment.

Il en va ainsi pour **Binding** (231), qui affirme que le fragment n'est pas intact. Pour lui, cela semble découler du fait que la peur ne peut suffire à supprimer l'*iniuria*, car cette dernière ne fait défaut que dans les véritables situations d'état de nécessité.

La même opinion est exprimée de manière un peu plus explicite par **Aru** (232), pour qui le concept de « *iustus metus* » serait dû à l'intervention des Compilateurs. Il en serait ainsi parce qu'en matière d'état de nécessité, Ulpien et Celse n'auraient eu d'égard que pour l'absence d'*iniuria*, c'est-à-dire une condition objective, et non l'absence de *culpa*, c'est-à-dire une évaluation subjective excluant l'imputabilité. Le concept de « *iustus metus* » serait dès lors incompatible avec l'évaluation objective que fait Ulpien. Aru n'explique donc pas l'absence d'*iniuria* par la juste crainte du défendeur, mais semble plutôt penser que pour Celse, l'absence d'*iniuria* devait pouvoir s'expliquer par le fait que l'on a agi « *magna vi cogente* ».

Une opinion similaire est encore développée par **Longo** (233). Sa position diverge cependant de celle d'Aru. Pour Longo, les mots « *magna vi cogente* » sont une manière subjective d'évaluer l'acte de celui qui a abattu la maison de son voisin, et sont donc également interpolés. Il explique dès lors l'absence d'*iniuria* par le fait que l'acte de démolition a été commis dans une situation objective de nécessité (*incendii arcendi gratia*) (234). L'auteur conclut que la référence, par voie d'interpolation, à la juste crainte, semble déplacer l'argumentation en matière d'état de nécessité sur une base subjective (235). Malgré cela, il déclare bizarrement que toutes ces manipulations ne révèlent aucune

(231) BINDING K., *Die Normen und ihre Übertretung*, T. IV, 2, 2. Aufl., Leipzig, 1919, p. 52.

(232) ARU L., « Appunti sulla difesa privata in diritto romano », *Ann. Palermo*, 15 (1936), pp. 138 et s.

(233) LONGO G., *Sulla legittima difesa e sullo stato di necessità in diritto romano*, Festgabe von Lübtow, Berlin, 1970, p. 334.

(234) LONGO G., *op. cit.*, p. 334 : « Dopo la frase iniziale e dopo altre proposizioni, che sono state, verosimilmente, erase, per fare posto a quelle intrusive, era esposto il pensiero celsino sull'ipotesi in cui dovesse escludersi l'*iniuria* essendosi agito per difendersi da una obiettiva, inevitabile, necessitata, situazione. (*incendii arcendi gratia*) ».

(235) LONGO, *op. cit.*, p. 334 : « l'acento, non originario, al *metus*, sembra spostare — sottolineandolo — il motivo del decidere, anche per lo stato di necessità, sulla base soggettiva ».

innovation, ni aucun changement substantiel d'orientation quant aux notions en jeu (236).

En dehors des auteurs déjà cités et qui attribuent une partie de notre fragment aux Compilateurs, il en est d'autres qui semblent penser que l'*iniuria* doit s'entendre comme un élément objectif de l'application de la *lex Aquilia*. Ainsi, Mommsen (237) cite-t-il notre texte pour montrer que l'*iniuria* est absente si la destruction de la chose d'autrui était le seul moyen d'éviter la perte d'un bien propre. Comme on le voit, l'auteur ne fait aucune référence à la juste crainte, ni même à la contrainte d'une force majeure pour expliquer l'absence d'*iniuria*. Il invoque plutôt, comme argument déterminant, l'impossibilité d'agir autrement. Ce dernier argument ne se trouve pas expressément dans notre fragment, mais plutôt dans le troisième fragment parallèle (Ulp. D. 47, 9, 3, 7 : « *cum alias non posset* »), auquel Mommsen ne fait aucun renvoi explicite.

Plus récemment, Wacke (238) fait encore le constat qu'il est étrange (« *eigentümlich* ») que le texte semble déduire l'absence d'une condition objective — l'*iniuria* — de la présence d'un élément subjectif : le « *iustus metus* ». L'auteur ne semble cependant pas en déduire que le texte est interpolé.

C. Une argumentation hybride est adoptée par Ormanni (239). Tout en admettant les nombreuses remarques faites par la doctrine quant à la forme du texte, il pense qu'il n'y a aucun élément permettant d'affirmer avec certitude que la motivation attribuée à Celse est d'origine postclassique ou justinienne. Contrairement à Longo, il ne considère pas que « *magna vi cogente* » et « *iusto metu ductus* » sont interpolés. Ces mots permettraient même de mieux comprendre la pensée de Celse. Celle-ci serait basée sur deux arguments concomitants et également aptes à faire « *cessare legis Aquiliae actionem* ». Il y aurait d'une part l'argument subjectif : la juste crainte dans l'évaluation du danger imminent créé par l'incendie et d'autre part l'argument objectif : la « *magna vis cogens* ». Il faut donc comprendre que pour Ormanni, la notion d'*iniuria* n'est pas purement objective, puisqu'un élément subjectif est susceptible de l'annuler.

Schipani (240), comme Ormanni, essaie également d'interpréter notre fragment sans recourir à l'interpolation. Mais, plutôt que de jouer sur

(236) LONGO, *op. cit.*, p. 334 : « Ma tutte tali manipolazioni non rivelano alcuna innovazione nè alcun diverso orientamento nozionale di natura sostanziale ».

(237) MOMMSEN Th., *Römisches Strafrecht*, Leipzig, 1899, p. 830 texte et note 9.

(238) WACKE, « Notwehr und Notstand bei der Aquilischen Haftung », *ZSS* 106 (1989), p. 498, note 118.

(239) ORMANNI A., « Necessità (stato di) », *ED* 27, Milano, 1977, p. 832.

(240) SCHIPANI S., *Responsabilità « ex lege Aquilia »*. *Criteri di imputazione e problema della « culpa »*, Torino, 1969, pp. 310 et s.



la notion d'*iniuria*, il tente de concilier les notions de *iustus metus* et d'*iniuria* en montrant que la juste crainte peut s'évaluer de manière objective. Il procède comme suit. Constatant que la motivation adoptée par Celse pour refuser l'action ne ressort pas aisément d'une simple lecture du fragment, il fait remarquer que le texte même nous donne deux justifications possibles : la force majeure (*magna vis*) et la crainte (*iustus metus*). Il ajoute à cela une troisième possibilité tirée d'un des fragments parallèles (Ulp. D. 47, 9, 3, 7) (241) et également attribuée à Celse : l'impossibilité d'agir autrement (*cum alias non posset*).

À l'instar de Mommsen (242), Schipani estime alors que c'est cette dernière justification qui est la base de l'opinion de Celse. Elle montre bien que l'absence d'*iniuria* repose sur une évaluation objective de la situation. La notion de *iustus metus* interviendrait ici de deux manières. D'une part, le *iustus* pourrait jouer un rôle spécial, en tant qu'il constituerait un contrepied à l'*iniuria*. D'autre part, la crainte trouverait ici, par l'impossibilité d'agir autrement, une évaluation objective. Schipani pense néanmoins qu'une telle conception de la notion de *iustus metus* n'exclut pas que cette formulation ait, dans un second temps, permis de faire un pas supplémentaire en direction d'une analyse directe de la volonté.

#### 4. — CONCLUSION

La doctrine dominante (243) en la matière admet que si, dans la loi des XII Tables, l'*iniuria* signifiait uniquement « *non iure* », dans un second temps l'*iniuria* (dans l'application jurisprudentielle de la *lex Aquilia*) aurait inclu le concept de *culpa*, jusqu'à y être assimilé. D'une

(241) V. *infra*, point C., notre exégèse de ce fragment.

(242) V. *supra*, texte et note 237.

(243) En ce sens, v. par ex. : ALBANESE B., « Studi sulla legge Aquilia », *Ann. Palermo*, 21 (1950), p. 180 ; BEINART B., « The Relationship of Iniuria and Culpa in the Lex Aquilia », *Studi Arangio-Ruiz*, Napoli, 1953, T. 1, pp. 281 et s. ; PERLIN B., « Le caractère subjectif de l'iniuria aquilienne à l'époque classique », *Studi De Francisci*, Milano 1956, T. IV, pp. 263 et s. (surtout pp. 283 et s.) ; WATSON A., *The Law of Obligations in the Later Roman Republic*, Oxford, 1965, p. 236 ; KASER M., *Das Römische Privatrecht*, T. 1, 2. Aufl., München, 1971, pp. 161 et 504 ; MACCORMACK G., « Aquilian Studies », *SDHI*, 41 (1975), p. 56 ; MANFREDINI A., *Contributi allo studio dell'« iniuria » in età repubblicana*, Milano, 1977, pp. 93 et s. ; PUGLIESE G., *Istituzioni di diritto romano*, Padova, 1991, pp. 605 et s. ; KUNKEL W. et HONSELL H., *Römisches Recht*, 4. Aufl., Berlin-Heidelberg, 1987, p. 365 ; FEENSTRA R., *Romeinsrechtelijke grondslagen van het Nederlands privaatrecht*, Leiden, 1990, pp. 157 et s. ; ZIMMERMAN R., *The Law of Obligations*, Cape Town, 1990, pp. 1004 et s. ; HAUSMANINGER H., *Schadenersatzrecht der lex Aquilia*, 5. Aufl., Wien, 1996, p. 20.

condition purement objective, on serait donc passé à une évaluation subjective.

Il n'y a pas vraiment d'unanimité sur le moment à partir duquel cette évolution aurait été acquise, mais il semble certain que tel était le cas du temps de Gaius (244). Peut-être l'*iniuria* comprenait-elle déjà la *culpa* dès la République (245), mais cela est moins sûr (246). Quoi qu'il en soit, cette certitude nous permet en tout cas de contredire Binding, Aru et Longo, puisque contrairement à ce que ces auteurs pensaient, il paraît certain que du temps d'Ulpien, l'*iniuria* ne devait plus s'entendre dans un sens exclusivement objectif. Il nous semble donc bien que la substance classique de notre fragment ait été maintenue.

Qu'en était-il de la pensée de Celse (247) ? Voyait-il l'*iniuria* comme une condition objective ou subjective ? Il est difficile de répondre à cette question. Il est probable que la notion de *iustus metus* puisse lui être attribuée. Fallait-il pour autant l'entendre dans un sens subjectif, comme on le fait d'habitude ou dans un sens objectif comme le propose Schipani ? Trancher cette question supposerait une étude beaucoup plus approfondie sur la notion d'*iniuria*, étude qu'il n'est pas le lieu d'aborder ici, car elle sortirait complètement du cadre d'une dissertation sur la causalité dépassante.

(244) V. GAIUS, *Institutes*, 3, 211 : *Is iniuria autem occidere intellegitur, cuius dolo aut culpa id acciderit, nec ulla alia lege damnum, quod sine iniuria datur, reprehenditur ; itaque inpunitus est, qui sine culpa et dolo malo casu quodam damnum committit*. V. cependant SCHIPANI (*op. cit.*, pp. 249 et s.). Pour cet auteur, l'explication de Gaius est le résultat d'une simplification imposée par des exigences pédagogiques et n'implique pas que l'*iniuria* soit réduite à la *culpa* et au *dolus*.

(245) En ce sens, v. par ex. : WATSON A., *The Law of Obligations in the Later Roman Republic*, Oxford, 1965, p. 236 ; KASER M., *Das Römische Privatrecht*, T. 1, 2. Aufl., München, 1971, p. 504 ; MACCORMACK G., « Aquilian Studies », *SDHI*, 41 (1975), p. 56 ; KUNKEL W. et HONSELL H., *Römisches Recht*, 4. Aufl., Berlin-Heidelberg 1987, p. 365 ; HAUSMANINGER H., *Schadenersatzrecht der Lex Aquilia*, 5. Aufl., Wien, 1996, p. 20.

(246) D'autres auteurs se réfèrent plutôt à la période classique. V. par ex. : ALBANESE B., « Studi sulla legge Aquilia », *Ann. Palermo*, 21 (1950), p. 180 ; BERNART B., « The Relationship of Iniuria and Culpa in the Lex Aquilia », *Studi Arancio-Ruiz*, Napoli, 1953, T. 1, p. 285 (Pour cet auteur, le meilleur témoin de l'évolution de la notion d'*iniuria* semble en tout cas être Gaius.) ; PERRIN B., « Le caractère subjectif de l'*iniuria* aquilienne à l'époque classique », *Studi De Francisci*, Milano, 1956, T. IV, pp. 263 et s. (surtout p. 283 : « Ce ne serait donc qu'à l'époque d'Ulpien qu'on voit s'affirmer en sa plénitude le caractère subjectif du délit de *damnum iniuriae datum* ... ») ; MANFREDINI A., *Contributi allo studio dell'« iniuria » in età repubblicana*, Milano, 1977, p. 94 ; FEENSTRA R., *Romeinsrechtelijke grondslagen van het Nederlands privaatrecht*, Leiden, 1990, p. 158.

(247) Sur la pensée de Celse en particulier, v. : CERAMI P., *La concezione Celsina del « ius »*, Palermo, 1985, pp. 152 et s.

Quoi qu'il en soit du caractère objectif ou non de l'*iniuria*, ce qui nous intéresse plus particulièrement, dans le cadre du dépassement de causalité, c'est la finale de notre fragment (« *et sive pervenit—cessare* ») dont, hormis lors de l'étude du premier fragment parallèle (248), nous n'avons pas encore traité jusqu'ici. S'il en est ainsi, c'est essentiellement parce qu'elle fait généralement l'objet de relativement peu de commentaires. Le seul auteur ayant donné une interprétation de la finale est Longo, mais nous y reviendrons après avoir brièvement rappelé notre interprétation du fragment parallèle.

Dans le texte parallèle en question, Servius distinguait le résultat de l'interdit *q.v.a.c.* selon que le feu avait progressé, ou non, jusqu'aux ruines de la maison abattue *incendii arcendi causa*. L'interdit n'aboutissant à une condamnation du défendeur que dans le cas où le feu s'était éteint avant de parvenir aux ruines de la maison abattue. Ce résultat s'expliquait par le fait que dans le cas où le feu avait continué sa progression, on pouvait dire que la maison aurait de toute façon péri et qu'une des conditions à l'aboutissement de l'interdit — la réalisation d'un *damnum* — faisait défaut. Ce texte montre donc bien que dans le cas d'une maison abattue alors qu'un incendie fait rage, la réalisation d'un *damnum* dépend du moment auquel s'éteint le feu.

Si nous revenons maintenant à la finale de notre fragment, il faut nous défendre de la critique de Longo (249), qui considère qu'il s'agit là d'un complément irrationnel — et donc interpolé — de la décision. En effet, la précision que l'*actio legis Aquiliae* n'aurait pas lieu, même si le feu devait s'éteindre avant de progresser jusqu'aux ruines de la maison abattue est tout à fait pertinente. Il s'agit là de la meilleure manière de montrer que pour octroyer l'action, il faut bien sûr un *damnum* mais aussi une *iniuria*. Or celle-ci fait ici défaut.

En effet, si l'*iniuria* n'avait pas été une condition de l'octroi de l'action, il aurait fallu distinguer selon que le feu progressait ou non jusqu'aux ruines de la maison abattue (250). Or l'objet de notre fragment est précisément de montrer que pour qu'il y ait lieu à l'action de la *lex Aquilia*, il faut que le *damnum* ait été causé par *iniuria* (« *ut videatur damnum iniuria datum, quod cum damno iniuriam attulerit* »).

L'*iniuria* est une condition indispensable à l'octroi de l'*actio legis Aquiliae*, et celle-ci fait défaut, que le feu progresse jusqu'aux ruines de la maison abattue ou non. En faisant cette dernière précision, Ulpian

(248) V. *supra*, l'exégèse du fragment D. 43, 24, 7, 4, point 3.1.

(249) LONGO G., « Sulla legittima difesa e sullo stato di necessità in diritto romano », *Festgabe von Lübtow*, Berlin, 1970, p. 334.

(250) Afin de déterminer s'il y avait, oui ou non, un *damnum*.

nous montre donc bien l'autonomie de la condition d'*iniuria* par rapport à la condition de *damnum*.

Il faut rappeler ici les raisons pour lesquelles ce même jurisconsulte était contraint de faire, dans le cas de l'interdit *q.v.a.c.*, la distinction qu'il refuse expressément de faire dans le cas de l'*actio legis Aquiliae*. Si le *damnum* est une condition commune à l'interdit et à l'action, en revanche l'*iniuria* en tant que telle est propre à l'*actio legis Aquiliae* et ne se retrouve qu'implicitement dans l'interdit, par le biais du *vi aut clam*, qui restent des conditions définies objectivement dans la Compilation justinienne.

### C. — Exégèse de Ulp., *lib. 56 ad edictum* (D. 47, 9, 3, 7)

*Quod ait praetor de damno dato, ita demum locum habet, si dolo (251) 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.*

#### 1. — CONTENU DU TEXTE

Le préteur octroyait l'action *de incendio ruina naufragio rate nave expugnata* (ci-après : *actio de incendio*) contre celui qui, à l'occasion d'un incendie, d'un écroulement de maison ou d'un naufrage, commettait un vol, un recel ou causait un dommage.

Concernant ce troisième cas, c'est-à-dire celui du dommage, Ulpien précise dans notre fragment que l'action au quadruple ne sera octroyée que si ce dommage a été causé dolosivement. À cet égard il contredit Labéon, d'après qui l'action devait être octroyée même contre celui qui avait abattu la maison de son voisin dans le but d'empêcher un incendie de progresser jusqu'à sa propre maison. D'après Ulpien, en effet, celui qui a abattu la maison dans de telles circonstances n'a pas agi dolosivement.

(251) Dans la Florentine, « *malo* » a été inséré par une main postérieure à cet endroit. On retrouve « *dolo malo* » également dans les manuscrits de Paris (Bibliothèque Nationale de France, Latin n. 4455 et Latin n. 4458A) de Bamberg (Staatsbibliothek Bamberg, Msc. Jur. 17) et du Vatican (Biblioteca Apostolica Vaticana, Pal. Lat. n. 754).

À cette occasion, Ulpien rappelle — et approuve — l'opinion de Celse, d'après laquelle l'action de la *lex Aquilia* n'aurait pas lieu non plus, car celui qui ne pouvait agir autrement n'a pas commis d'*iniuria*.

## 2. — CRITIQUE DU TEXTE

### *Dolo — Dolo malo*

Le fait que dans certains manuscrits, l'on trouve « *dolo* » et dans d'autres « *dolo malo* » n'est guère éclairant. La correction du manuscrit de la Florentine en « *dolo malo* » n'est pas de la première main et pour cette raison, il est difficile de savoir sur quelle base elle a été effectuée. Dans la mesure où le sens du fragment n'en souffre nullement, il nous paraît inutile de nous attarder sur cette question.

## 3. — EXPLICATION DU TEXTE

La position de Celse et d'Ulpien, refusant l'*actio legis Aquiliae* contre celui qui a abattu la maison de son voisin dans le but d'endiguer un incendie, ne provoque aucune surprise. Nous avons déjà abordé ce point au moment d'étudier un des fragments parallèles (Ulp. D. 9, 2, 49, 1) (252). Rappelons simplement que si pour ces deux jurisconsultes, l'*actio legis Aquiliae* ne doit pas être accordée, c'est en raison de l'absence d'*iniuria*. On a pu remarquer une divergence au niveau de la justification de cette absence : au lieu de se référer encore à la force majeure ou à la juste crainte, c'est ici l'impossibilité d'agir autrement (*cum alias non posset*) qui est invoquée comme justification.

Le principal problème d'interprétation posé par notre fragment concerne la compréhension de l'opinion de Labéon, qui *a priori* peut paraître étrange. C'est ce qu'il nous faudra examiner.

### 3.1. — *L'opinion de Labéon est-elle interpolée ?*

Le fragment a été déclaré interpolé par un certain nombre d'auteurs, et cela dans un grand nombre de sens différents.

Parmi les auteurs qui envisagent la possibilité d'une interpolation, trois citent Beseler (253). Pourtant, à la page à laquelle ces auteurs (254)

(252) V. *supra*, au point B, notre exégèse de ULP. D. 9, 2, 49, 1, points 3. et 4.

(253) BESELER G., *Beiträge zur Kritik der römischen Rechtsquellen*, IV, Tübingen, 1920, p. 242.

(254) V. DE MARTINO F., « In tema di stato di necessità », *RISG*, 14 (1939), p. 43, note 2 ; SCHIPANI S., *Responsabilità « ex lege Aquilia »*. *Criteri di imputazione e problema della « culpa »*, Torino, 1969, p. 207, note 8 ; ORMANNI A., « Necessità (stato di) », *ED*, 27, Milano, 1977, p. 829, note 44.

renvoient, Beseler n'aborde pas vraiment l'étude de notre fragment. Dans sa concision habituelle (255), il se contente d'écrire que Binding se trompe dans son interprétation du fragment. Or ce dernier auteur n'affirme pas expressément que notre texte n'a pas été interpolé. Beseler ajoute qu'il reviendra sur le fragment plus tard, mais sans localiser précisément l'endroit auquel il fait référence. Même s'il est vrai qu'en règle, lorsque ce dernier aborde une source, c'est pour la déclarer interpolée, on ne pouvait pas faire une telle affirmation sans citer le passage précis où Beseler écrit expressément que notre fragment est interpolé. Il semble en réalité que les auteurs se soient simplement fiés à l'*Index interpolationum* (256) qui cite Beseler pour notre fragment.

Après vérification, ce n'est que vingt-huit ans plus tard — et de manière posthume — qu'est paru le manuscrit dans lequel l'auteur allemand revient sur notre fragment (257), comme il l'avait annoncé dans le tome IV de ses « *Beiträge* ». Il réécrit alors le passage comme suit :

*Quod ait praetor de damno dato, ita demum locum habet, si dolo datum datum sit : nam si dolus malus absit, cessat edictum. [Quemadmodum ergo procedit] <puto igitur non esse verum>, quod Labeo scribit, si defendendi mei causa vicini aedificium orto incendio dissipaverim, et meo nomine et familiae iudicium in me dandum[? Cum enim — cum alias non posset]. Et ita Celsus scribit.*

À cet endroit de ses travaux, Beseler s'en prend prioritairement à l'utilisation du verbe *procedere*, dont il estime l'usage typiquement post-classique. Le sort qu'il réserve à la fin du fragment est en revanche plus difficilement compréhensible.

Même si — comme le prétend l'auteur — *procedit* est interpolé, la correction qu'il propose à cet endroit ne change rien quant au fait que Labéon accorde l'action au quadruple contre celui qui cause un dommage *incendii arcendi causa*. La suppression du long passage [*Cum enim defendendarum — cum alias non posset*] ne fait d'ailleurs qu'ajouter au trouble provoqué par notre fragment : Comment expliquer la solution prônée par Labéon ? Comme on le constate, les remarques de Beseler ne permettent guère de progrès quant à la compréhension de notre texte.

(255) Beseler se contente d'écrire : « Zu (47, 9) 37 *Ulp. 56 ed später sv procedere. Unrichtig B* ». Notons que par B., l'auteur désigne Binding, de l'ouvrage duquel (*Die Normen und ihre Übertretung*, T. II, 2, 2. Aufl., Leipzig, 1916) il fait la critique.

(256) LEVY E. et RABEL E., *Index interpolationum*, Weimar, 1931, *ad h.l.*

(257) BESELER G., « Beiträge zur Kritik der römischen Rechtsquellen », *ZSS*, 66 (1948), pp. 348 et s ; pour notre fragment en particulier : pp. 350 et s. (Notons au passage que ce qui est paru dans la *Savigny Zeitschrift* sous forme d'article, devait initialement constituer le tome VI des *Beiträge* de Beseler).

De Martino (258) estime également que notre fragment est interpolé. Il lui paraît en effet impossible que Labéon ait accordé l'action de l'édit en faisant abstraction de la condition de dol. Pour cet auteur, la condition de dol est clairement inscrite dans le texte de l'édit. L'avis de Labéon ne devait dès lors pas porter sur cet édit, mais sur la *lex Aquilia*. De Martino estime que ce fait est prouvé par l'exemple qui suit et qui porte sur le cas de la démolition de la maison du voisin dans le but d'endiguer un incendie.

D'un point de vue formel, l'auteur s'en prend — tout comme Beseler — à l'utilisation de *procedere*. *Quemadmodum ergo procedit* constituerait une expression typiquement scholastique, de même que les mots *cessat, dolo careo, alias*. Il constate également que les mots *ita demum* — *edictum* constituent une répétition, alors que le *nam* qui suit les présente comme étant un motif.

De Martino propose alors la reconstruction suivante (259) : « *Quod ait praetor de damno dato, ita demum locum habet, si dolo <malo> (260) damnum datum sit [ : nam si dolus malus absit, cessat edictum. quemadmodum ergo procedit] <. huic contrarium non est>, 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] <. in lege Aquilia dolus enim non venit. ceterum verum non est>, quod Labeo scribit [ . an tamen lege Aquilia agi cum hoc possit ? et non puto agendum : nec enim iniuria hoc] <, lege Aquilia agi posse : iniuria non> fecit, qui se tueri voluit, [cum alias non posset,] et ita Celsus scribit ».*

La critique de l'auteur italien nous paraît exagérée. Il faut remarquer qu'il fait dire à Ulpien, exactement le contraire de ce qu'il dit, d'après le texte tel qu'il nous est parvenu dans le Digeste. Or comme seul argument pour cela, il invoque que la tournure « *quemadmodum ergo procedit* » est, d'après lui, typiquement scholastique.

Nous ne pouvons pas souscrire à cette lecture interpolationniste du fragment. D'une part, le caractère « typiquement scholastique » de « *quemadmodum ergo procedit* » reste à prouver. D'autre part, même s'il était vrai que le texte a été retravaillé, rien ne permet de dire que d'après le texte original d'Ulpien, l'opinion de Labéon était conforme

(258) DE MARTINO F., « In tema di stato di necessità », *RISG*, 14 (1939), pp. 44 et s.

(259) C'est nous qui ajoutons les crochets pointus indiquants les changements introduits par l'auteur, ainsi que la version de l'édition de Mommsen entre crochets carrés.

(260) L'insertion de « *malo* » est très probablement proposée sur base de la correction de la Florentine (v. *supra*, note 251).

à celle de Celse et Ulpien. Au contraire, il est assez difficile d'imaginer l'intérêt qu'auraient eu les Compilateurs à créer une controverse imaginaire entre les jurisconsultes classiques, puisqu'en définitive, ils retiennent purement et simplement la position de Celse et d'Ulpien.

Quant aux autres arguments invoqués par De Martino, ils ne paraissent pas plus probants. Nous avons déjà vu que *cessare actionem* (261) ne devait pas nécessairement être considéré comme étant interpolé. *Cessat edictum* est tout aussi courant dans nos sources (262). Enfin, à propos de « *dolo careo* » et « *alias* », nous ne voyons pas en quoi ils sont suspects.

Quoi qu'il en soit, on remarque qu'en se basant sur de semblables arguments de forme, Beseler et De Martino aboutissent à des résultats opposés. En effet, là où le premier transformait le texte sans changer fondamentalement la position de Labéon, le second fait dire au jurisconsulte le contraire de ce que lui fait dire Ulpien d'après le Digeste.

Bref, nous ne croyons pas que pour comprendre la position de Labéon, il suffise de la considérer interpolée et de la rendre conforme aux opinions de Celse et d'Ulpien.

L'éventualité soulevée par Beinart (263) — pour qui « *utique careo* » pourrait être interpolé — ne permet pas non plus de progresser dans la compréhension de l'opinion de Labéon. L'auteur ne donne d'ailleurs aucune explication pour soutenir cette supposition et n'en tire pas non plus de conséquence particulière.

Lebigre (264) estime que notre fragment a été sérieusement retouché et que « *cum alias non posset* » est interpolé, dans la mesure où ces mots évoquent pour elle les remaniements apportés en matière de légitime défense. Sans autres explications, une telle position ne nous paraît pas tenable. Elle est en effet incompatible notamment avec la position de Mommsen sur l'application de la *lex Aquilia* en cas de dommage causé *incendii arcendi causa* (265). Cela mériterait à tout le moins une justification plus fournie.

(261) V. *supra*, au point 3.1. de notre exégèse de D. 9, 2, 49, 1.

(262) V. par exemple : D. 2, 2, 1, 2 ; D. 2, 7, 3 pr. ; D. 2, 7, 3, 1 ; D. 4, 2, 14 pr. ; D. 4, 2, 21 pr. ; D. 4, 3, 1, 4 ; D. 4, 5, 2 pr. ; D. 21, 1, 1, 6 ; D. 21, 1, 23, 2 ; D. 37, 10, 1, 8 ; D. 39, 1, 1, 1 ; D. 39, 2, 4, 6 ; D. 39, 4, 1, 5 ; D. 42, 8, 6, 3 ; D. 42, 8, 6, 4 ; D. 42, 8, 6, 5.

(263) BEINART B., « The Relationship of Iniuria and Culpa in the Lex Aquilia », *Studi Arangio-Ruiz*, Napoli, s.d., T. 1, p. 287, note 36.

(264) LEBIGRE A., *Quelques aspects de la responsabilité pénale*, Paris, 1967, p. 87 note 6.

(265) MOMMSEN Th., *Römisches Strafrecht*, Leipzig 1899, p. 830. Pour Mommsen, il n'y a pas d'*iniuria*, lorsque la menace qui pesait sur notre bien ne pouvait être détournée autrement qu'en causant un dommage à autrui.



Tout en affirmant que la substance de notre fragment est classique, Longo (266) pense qu'il a été manipulé. Ainsi, considère-t-il que « *quemadmodum—dandum?* » est un commentaire postclassique, qui aurait incité les Compilateurs à insérer la phrase « *puto igitur—et non puto agendum* ». En revanche, il considère que la finale « *nec enim iniuria — Celsus scribit* » est inattaquable. Quant à la position de Labéon, l'auteur estime qu'il n'est pas possible de la retracer.

En conclusion, il faut constater que la position de Labéon reste une énigme pour tous ces auteurs. Sauf à adopter la position de De Martino et à faire dire à Labéon le contraire de ce que lui fait dire Ulprien, l'hypothèse de l'interpolation ne permet pas de la résoudre. Il nous semble qu'une bonne partie de la doctrine qui considère l'opinion de Labéon comme interpolée se base essentiellement sur le fait qu'il paraît incroyable que Labéon ait pensé que l'action *de incendio* pouvait être octroyée en l'absence de tout dol. Pour cautionner une telle affirmation, il faudrait avant tout vérifier si cela est vraiment aussi incroyable que cela n'en a l'air. À l'instar de Schipani (267), nous croyons que l'authenticité du texte peut être démontrée par une analyse plus approfondie du fragment.

### 3.2. — Labéon limite-t-il ou refuse-t-il le recours à l'état de nécessité ?

Un grand nombre d'auteurs analysent l'opinion de Labéon en termes d'état de nécessité. En général, ils sont alors d'avis que ce jurisconsulte ne reconnaissait que peu — voire pas du tout — d'effets à l'état de nécessité. Ainsi, Watson (268) admet-il que Labéon refusait le recours à l'état de nécessité. Cette affirmation est cependant basée sur une interprétation peu approfondie de notre fragment (et de ses deux fragments parallèles). Elle ne fait aucune distinction entre les différentes actions et l'interdit, et semble même assimiler l'état de nécessité et l'exception « *quod incendii, defendendi causa factum non sit* » sous le nom de « *defence of property* ».

Les autres auteurs pour qui la position de Labéon dans notre fragment s'explique par un rejet (total ou partiel) de l'état de nécessité ont un point commun. Ils abordent tous la contradiction qu'il y a entre notre texte et un fragment du titre « *Ad legem Aquiliam* » :

(266) LONGO G., « Sulla legittima difesa e sullo stato di necessità in diritto romano », *Festgabe von Lübtow*, Berlin, 1970, pp. 334 et s.

(267) SCHIPANI S., *Responsabilità « ex lege Aquilia ». Criteri di imputazione e problema della « culpa »*, Torino, 1969, p. 207, note 7.

(268) WATSON A., *The Law of Obligations in the Later Roman Republic*, Oxford, 1965, p. 241.

Ulp., *lib. 18 ad edictum* (D. 9, 2, 29, 3) :

*Item Labeo scribit, si, cum vi ventorum navis impulsas esset 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.*

Dans ce texte, Labéon admet que lorsque la force du vent a poussé un navire dans les cordages ou dans les filets d'un autre navire, il n'y a pas d'action contre celui qui coupe les cordages ou les filets afin de dépêtrer le navire. Il en est ainsi à condition que le navire se soit empêtré sans faute et qu'il n'y ait pas eu d'autre manière de dépêtrer le navire.

Le problème rencontré par ces auteurs est que dans ce fragment, Labéon semble favorable à l'idée qu'en cas d'état de nécessité, l'action doit être refusée contre celui qui a causé le dommage, alors que dans le fragment dont nous faisons ici l'exégèse, cela semble être le contraire. Les solutions apportées à cette contradiction sont multiples :

A. Lehmann (269) envisage, dans un premier temps, de considérer que si Labéon adopte une solution différente dans le cas du bateau empêtré, c'est en raison de la grande différence de valeur entre les biens en présence. Il serait normal de sacrifier un cordage pour sauver un bateau, alors que sacrifier une maison pour une autre ne se justifierait pas. Lehmann rejette cependant immédiatement cette hypothèse pour lui préférer une autre :

Labéon n'accorderait l'action *de incendio* que dans la mesure où elle est « *reipersecutoria* » et non dans sa fonction pénale. Il n'y aurait dès lors pas de condamnation au quadruple, mais une condamnation au simple (270). Lehmann pense donc que Labéon reconnaissait un effet limité à l'état de nécessité : les actions pénales ne permettraient pas d'obtenir plus qu'une condamnation au simple. Cette position de Lehmann ne peut cependant pas nous convaincre.

En effet, la comparaison avec la position de Servius sur l'interdit *q.v.a.c.* ne nous paraît pas pertinente. Premièrement, l'interdit *q.v.a.c.* diffère de l'action *de incendio* en ce qu'il aboutit normalement à une

(269) LEHMANN, « Über die civilrechtlichen Wirkungen des Nothstandes », *Jher.Jb.*, 13 (1874), pp. 221 et s.

(270) Pour appuyer cette hypothèse, l'auteur invoque le fragment parallèle concernant l'interdit *q.v.a.c.* (Ulp.-Serv.-D. 43, 24, 7, 4), dans lequel il est écrit que si le feu s'éteint avant de parvenir à la maison abattue, l'auteur du dommage doit être condamné au simple.

condamnation au simple (271), alors que l'action *de incendio* n'aboutit à ce résultat que si elle a été intentée après le délai d'un an (272). Deuxièmement, Servius n'accorde l'interdit que dans le cas où le feu est éteint avant de parvenir à la maison abattue, alors que Labéon ne semble pas distinguer. Troisièmement, Labéon ne semble pas accorder l'action *de incendio* au simple, mais bien au quadruple, sans quoi Ulpien l'aurait probablement fait savoir. Quatrièmement, la distinction entre la fonction pénale et celle « *reipersecutoria* » des actions et interdits n'est abordée dans aucun des deux textes.

**B.** La solution de **Pernice** (273) est différente. D'après lui, la contradiction entre les deux textes se résout en admettant que Labéon permettait le recours à l'état de nécessité dans le seul cadre de la *lex Aquilia*. Il fonde cette idée sur le fait que notre fragment concerne un cas d'action *de incendio*, alors que le cas du bateau empêtré se pose dans le cadre de la *lex Aquilia*.

Cette position est évidemment paradoxale, dans la mesure où l'état de nécessité est en principe une cause de justification (274) qui, par son caractère objectif, devrait empêcher toute action et pas seulement l'action de la *lex Aquilia*. Cela ne serait réellement soutenable que si l'auteur donnait la raison pour laquelle Labéon accorde une action et pas l'autre.

**C.** **Binding** (275) pense que si Labéon refuse l'action *de incendio*, c'est en raison du fait qu'il n'admettait pas encore un tel recours à l'état de nécessité. En l'occurrence, cela se traduisait par le fait que pour le jurisconsulte, celui qui abattait la maison de son voisin *incendii arcendi causa* commettait un dol. Quant à la contradiction avec le fragment Ulp.-D. 9, 2, 29, 3, Binding la résout en recourant à la solution que

---

(271) V. *supra*, au point Chapitre 1, A, notre exégèse de ULP. D. 43, 24, 7, 4, point 2.3.

(272) V. ULP., *lib. 56 ad ed.* (D. 47, 9, 1 pr.) : *Praetor ait : « In eum, qui ex incendio ruina naufragio rate nave expugnata quid rapuisse recepisse dolo malo damnice 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 ».*

(273) PERNICE A., *Labeo*, 2. Aufl., Halle 1895, 2. Band, 1. Teil, pp. 68 et s.

(274) V. HAUSMANINGER H., *Schadenersatzrecht der Lex Aquilia*, 5. Aufl., Wien, 1996, pp. 23 et s.

(275) BINDING, *Die Normen und ihre Übertretung*, T. II, 2, 2. Aufl., Leipzig, 1916, pp. 662 et s : « Labeo nimmt hier eine dolose Handlungsweise an, weil er eine solche Notstandsverletzung noch für unerlaubt betrachtet ».

rejetait Lehmann (276). Pour rappel, il s'agit de la solution d'après laquelle Labéon aurait estimé que l'action de la *lex Aquilia* n'avait pas lieu dans le cas du bateau entraîné dans les cordages d'un autre bateau par le vent en raison de la grande différence de valeur entre les biens en présence. Labéon aurait donc été d'avis qu'il n'y avait pas de dol dans les cas où la valeur du bien sacrifié était nettement inférieure à celle du bien épargné.

Cette solution ne nous semble pas pouvoir être retenue. En effet, faire dépendre la présence d'un dol de la valeur du bien endommagé n'a pas de sens dans la situation décrite dans le texte analysé ici. De plus, il nous semble qu'en abattant la maison de son voisin en vue d'endiguer un incendie, l'auteur du dommage n'a pas nécessairement choisi de sacrifier un bien, au profit d'un autre de valeur semblable. En effet, il est tout à fait possible que si il n'avait pas abattu la maison de son voisin, ce soient les deux maisons qui auraient péri par les flammes. Il est même possible que le feu se serait encore étendu aux autres maisons avoisinantes... En conséquence, celui qui a abattu une maison *incendii arcendi causa* a peut-être sacrifié un bien de valeur nettement inférieure à celui qui a été sauvé.

D. Gino Segrè (277) contredit également la solution proposée par Binding. Il n'y a pas place — chez Labéon, ni dans les sources en général — pour une comparaison entre la valeur du bien sacrifié et celle du bien à sauver. Il est d'avis que d'après Labéon, il y a bien eu dol, et que celui-ci réside dans l'intention illicite (278) qui serait à la base de l'acte dommageable. Pour ce jurisconsulte, le dol ne pouvait être évité que si l'on avait la certitude que soit il n'était pas possible de sauver son bien sans le sacrifice de celui d'autrui (Comme dans le cas du bateau pris dans les cordages d'un autre — Ulp., D. 9, 2, 29, 3), soit le sacrifice effectué se serait de toute façon réalisé (Distinction proposée dans les fragments D. 43, 24, 7, 4 et D. 9, 2, 49, 1).

À notre avis, rien ne permet d'affirmer avec certitude que Labéon accordait l'*actio legis Aquiliae* dans l'hypothèse où quelqu'un a abattu une maison *incendii arcendi causa* et que l'incendie s'est éteint avant de parvenir à la maison abattue. D'autre part, si l'on suit l'explication de Segrè, il faudrait admettre (étant donné que pour Labéon, celui qui a abattu la maison a commis un dol s'il n'est pas certain qu'elle aurait

(276) Pour la solution que Lehmann rejette, v. *supra*, texte et notes 269 et s. Notons au passage que — faussement — Binding fait dire à Lehmann que la contradiction entre les deux fragments est insoluble, alors que Lehmann propose deux solutions, dont la première est même récupérée par Binding.

(277) SEGRÈ G., *Le obbligazioni e le azioni ex delicto (corso di diritto romano)*, T. II, Torino, 1925-1926, pp. 124 et s.

(278) Segrè parle d'un « intento antigiuridico ».

de toute façon péri) que le texte traite uniquement du cas où le feu s'éteint avant de parvenir aux ruines de la maison abattue. Or l'auteur ne donne aucune justification de ce choix implicite.

E. La position d'Ormanni (279) est proche de celle de Pernice. Il résout également la contradiction entre les deux textes en imaginant que Labéon limitait le recours à l'état de nécessité à des cas similaires à celui du bateau empêtré. La particularité de ce dernier cas ne serait cependant pas l'utilisation de l'*actio legis Aquiliae*, mais le fait que le *nauta* du bateau empêtré était soumis de manière imminente à une *vis cui resisti non potest*. Ormanni avance alors deux arguments par lesquels Labéon aurait pu justifier sa position dans le cas du bateau empêtré : Il y a d'abord l'argument fourni par le fragment même : l'impossibilité de remédier autrement à la situation (*si nullo alio modo explicare se potuit*). Mais il y aussi le critère énoncé par Labéon dans le cas de la maison démolie avant le déclenchement de l'incendie : « *non ex post facto, sed ex praesenti statu damnum factum sit aestimare oportere* » (D. 43, 24, 7, 4). Ce dernier argument est emprunté à Schipani (280). D'après ce dernier, la solution adoptée par Labéon dans le cas des bateaux peut s'expliquer par ce critère, puisque la « *vis ventorum* » interviendrait « *ex praesenti statu* », alors que l'*incendium* interviendrait, au contraire, « *ex post* ».

Ce qui embarrasse le plus dans la position d'Ormanni, c'est que l'on ne voit pas clairement pourquoi dans un cas l'action doit être refusée, alors que dans l'autre, c'est la solution contraire qui prévaut. Le critère « *vis cui resisti non potest* » qu'il élabore ne nous paraît pas pouvoir résoudre la contradiction envisagée ici. En effet, on ne voit pas pour quelle raison, il n'y aurait eu de « *vis cui resisti non potest* » que dans le seul cas du bateau empêtré, alors qu'à première vue, l'incendie semble correspondre également à cette définition. On pourrait même dire qu'au contraire, dans le cas du bateau empêtré, il n'y a plus vraiment une force à laquelle il faut résister, puisqu'au moment où le *nauta* cause le dommage, la « *vis ventorum* » a déjà terminé son action. Dans le chef du *nauta*, il ne s'agit donc pas tant de résister, mais plutôt de réagir.

En conclusion, nous pensons que les auteurs qui basent leur argumentation sur l'état de nécessité commettent une erreur de méthode. En effet, comme nous le rappelions déjà à l'occasion de notre exégèse d'un autre fragment d'Ulpien [*lib. 71 ad Ed.* (D. 43, 24, 7, 4)], nous pensons

(279) ORMANNI A., « Necessità (stato di) », *ED*, 27, Milano, 1977, pp. 828 et s.

(280) Pour la position de Schipani, v. *infra*, au point 4.

que le droit romain classique n'a pas connu de pareil concept (281). Du moins n'a-t-il pas existé, en droit romain classique, de cause de justification applicable de manière générale à toute situation que nous qualifierions d'état de nécessité aujourd'hui. Il nous semble plutôt que les juristes romains étaient d'avis que dans certains cas — que nous qualifierions aujourd'hui d'état de nécessité — l'*iniuria* (ou le dol) requise pour l'application de la norme accordant un dédommagement (par exemple la *lex Aquilia* ou le titre de l'édit du préteur concernant l'*actio de incendio*) faisait défaut. Cela tient au fait que, par la nature même de certaines actions ou de certains interdits, il n'est tenu aucun compte de l'absence de dol ou d'*iniuria* dans la production du dommage. Il en était déjà ainsi dans le cadre de l'interdit *q.v.a.c.* ; voyons ce qu'il en est pour l'*actio de incendio*.

### 3.3. — Labéon a-t-il fondé sa position sur une lecture pointilleuse de l'édit ?

A. C'est ce qu'admet von Tuhr (282). Selon l'édit, constate-t-il, l'action sera accordée contre trois différents agissements : *rapere*, *recipere* et *damnum dare*. Or l'adjonction des mots *dolo malo* n'est faite que dans le cas de *recipere*, c'est-à-dire le cas où elle était évidemment la plus indispensable. En effet, l'entrée en possession de choses à l'occasion d'un incendie ou d'un naufrage peut résulter tant d'une bonne que d'une mauvaise intention. En revanche, quand un dommage a été causé on peut — sauf cas exceptionnels — le mettre sur le compte d'une intention illicite. Ceci explique alors pourquoi le préteur n'a pas ressenti le besoin de faire l'adjonction *dolo malo* pour ces cas exceptionnels. Peut-être même n'avait-il pas du tout pensé à ces cas. Ceci pourrait expliquer pourquoi Labéon accordait l'action *de incendio* chaque fois qu'un dommage avait été causé à l'occasion d'un incendie, sans vérifier s'il y avait eu dol ou non. Ulpien aurait alors proposé une nouvelle interprétation de l'édit : le dol aurait été requis non seulement en cas de *recipere*, mais aussi pour le *damnum dare*. Avec cette nouvelle interprétation des mots de l'édit, Ulpien devait évidemment rejeter la solution de Labéon, puisque dans le cas où l'on abat la maison de son voisin dans le but de protéger sa propre maison, on ne commet pas de dol.

(281) Pour rappel, v. dans le même sens : MAYER-MALY Th., « Das Notverkaufsrecht des Hausvaters », *ZSS*, 75 (1958), pp. 129 et s. ; ASCHERI M., « Note per la storia dello stato di necessità », *St. Senesi*, 1975 (87.1), pp. 25 et s. ; ORMANNI A., « Necessità (stato di) », *ED*, 27, Milano, 1977, pp. 822 et s. ; GIARO T., *Excusatio Necessitatis nel diritto romano*, Warszawa, 1982, pp. 89 et s.

(282) VON TUHR A., *Der Nothstand im Civilrecht*, Heidelberg, 1888, pp. 64 et s.

B. Une interprétation semblable, bien que moins approfondie, a été adoptée par Aru (283). Labéon aurait, selon lui, basé son interprétation sur la phrase de l'édit : « *dolo malo damnive quid in his rebus dedisse dicetur* ». Or cette phrase semble mettre le dol et le dommage sur un même pied. En conséquence, comme von Tuhr, Aru pense que c'est pour cela que Labéon se serait contenté d'un dommage causé à l'occasion d'un incendie pour accorder l'action *de incendio*. Ulprien, représentant une phase plus évoluée de la jurisprudence, aurait estimé que les deux conditions devaient être réunies ensemble pour que l'action ait lieu.

C. La solution de von Tuhr sera encore adoptée dans la suite par Röhle (284) et Schipani (285).

D. Plus récemment, MacCormack (286) a encore répété l'idée que la position de Labéon pouvait s'expliquer par une lecture pointilleuse de l'édit. L'auteur hésite cependant entre l'explication de von Tuhr et une autre : Labéon envisagerait ici le dol dans un sens particulier. Le dol serait constitué par l'intention de commettre l'acte interdit par l'édit (c'est-à-dire : commettre un *damnum* à l'occasion d'un incendie).

Cette dernière explication ne nous semble cependant pas pouvoir être préférée à celle de von Tuhr. Le fait que l'acte dommageable ait été commis intentionnellement ne peut suffire pour que l'on considère qu'il a été commis de manière dolosive. En effet, si tel était le cas, il faudrait admettre que l'édit *de incendio* s'applique également chaque fois qu'un *recipere* a été effectué intentionnellement, ce qui n'aurait pas de sens.

E. Selon nous, c'est donc l'explication de von Tuhr qui est la meilleure. Un argument supplémentaire (287) et essentiel en ce sens nous paraît pouvoir être tiré d'une constatation faite par Lenel (288) à pro-

(283) ARU L., « Appunti sulla difesa privata in diritto romano », *Ann. Palermo*, 15 (1936), pp. 140 et s.

(284) RÖHLE R., « Zur Frage der sogenannten verdrängenden Verursachung im Römischen Recht », *SDHI*, 31 (1965), p. 309. Cet auteur est encore plus concis qu'Aru. Il se contente de dire que pour Labéon *dolo malo* ne portait que sur *recipisse*, alors que pour Ulprien, cela portait également sur *damnive quid*.

(285) SCHIPANI S., *Responsabilità « ex lege Aquilia »*. *Criteri di imputazione e problema della « culpa »*, Torino, 1969, pp. 153 et s. Pour cet auteur également, Labéon était d'avis que la condition de dol ne concernait que le *recipere* et éventuellement le *rapere*, et non le *damnum in his rebus dare*. Ulprien aurait alors étendu la condition du dol à ce dernier cas.

(286) MACCORMACK G., « Dolus in the Law of the Early Classical Period », *SDHI*, 52 (1986), p. 279.

(287) À notre connaissance, il n'a jamais été invoqué à l'appui de la thèse de von Tuhr jusqu'ici.

(288) LENEL O., *Edictum perpetuum*, 3<sup>e</sup> éd., Leipzig, 1927, pp. 396 et s. ; le même auteur dans : *Palingenesia iuris civilis*, Lipsiae, 1889, col. 766, note 1.

pos de la *lex 3* du titre *De incendio ruina naufragio rate nave expugnata*. Pour cet auteur, il est impossible qu'après avoir expliqué de manière complète les mots « *recepisse dolo malo* » (D. 47, 9, 3, 3), Ulpien ait poursuivi en dissertant sur la manière de comprendre « *rapuisse* » (D. 47, 9, 3, 4-6), avant de revenir au « *damnum datum dolo malo* » (D. 47, 9, 3, 7). Lenel pense que les paragraphes 4 à 6 insérés par le Compilateurs constituaient à l'origine plutôt un commentaire de la formule et non de l'édit du préteur.

Il semblerait donc que dans le livre 56 du commentaire *ad edictum* d'Ulpien, les §§ 3 et 7 aient été immédiatement consécutifs. Ceci vient conforter la thèse de von Tuhr, puisque le § 3 (289) montre bien que dans un premier temps la condition de dol avait été ajoutée spécialement pour celui qui « *recipit* » un bien ravi ou détourné à l'occasion d'un incendie (ou d'un naufrage...). On voit bien que l'édit lui-même n'a pas été plus loin. De même, d'après la façon dont s'exprime Ulpien au début de notre fragment (« *Quod ait praetor de damno dato, ita demum locum habet, si dolo damnum datum sit* »), il semble bien qu'il ajoute une condition qui ne se trouve pas dans le texte. Il devient dès lors tout à fait plausible que du temps de Labéon, l'édit du préteur n'avait pas encore reçu cette interprétation restrictive.

Cette lecture de l'opinion de Labéon — et plus généralement de notre fragment — confirme donc bien l'appréciation que nous faisons de l'état de nécessité (290). En effet, on voit que ce n'est qu'à partir du moment où l'on a appliqué la condition de dol également à l'hypothèse du *damnum dare*, que l'on a pu tenir compte de la circonstance que c'est *incendii arcendi causa* que le dommage a été causé.

#### 4. — CONCLUSION

Dans notre fragment, Ulpien insiste sur le fait que l'action *de incendio* ne peut être octroyée que contre quelqu'un qui a agi dolosivement. Il fait alors état d'une opinion de Labéon, concernant un cas où il accorde l'action. Sachant que la question principale du fragment est celle du dol dans l'action *de incendio*, la solution de Labéon peut s'expliquer de deux manières.

---

(289) ULP., lib. 56 *ad ed.* (D. 47, 9, 3, 3) : *Non tantum autem qui rapuit, verum is quoque, qui recepit 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 recepit, ut custodiret salvaque faceret ei qui amisserat ? Utique non debet teneri.*

(290) V. *supra*, fin du point 3.2.



Soit il considérait — comme Ulpien — que l'action ne pouvait être accordée que contre quelqu'un qui a commis un dol, et alors la controverse porte uniquement sur la présence ou non du dol dans le cas concret envisagé. Soit il considérait que l'action pouvait être accordée même en l'absence de dol.

Dans le premier cas, nous nous trouvons dans l'hypothèse envisagée par Binding, Gino Segrè ou MacCormack. Nous avons montré que cette solution n'est pas défendable. Il fallait donc que Labéon considère que l'action *de incendio* pouvait être accordée, même si aucun dol n'a été commis. Que cette solution n'était pas absurde, comme le pensait De Martino (v. *supra*, 3.1.), a déjà été exposé de manière convaincante par von Tuhr et d'autres à sa suite (v. *supra*, 3.3.). C'est donc bien de ce côté-là qu'il faut chercher l'explication de la position de Labéon.

Puisque pour Labéon, l'action pouvait être accordée contre tout auteur d'un dommage causé — même sans dol — à l'occasion d'un incendie (ou d'un naufrage...), il ne restait plus que deux conditions à l'octroi de l'action : l'incendie (ou le naufrage...) et le *damnum*. Dans le cas concret envisagé par Labéon — c'est-à-dire l'hypothèse de celui qui abat la maison de son voisin *incendii arcendi causa* — la condition de l'incendie est évidemment remplie.

On pourrait alors encore se poser la question de l'existence d'un *damnum*. A priori, cela ne semble poser aucun problème : la maison du voisin est en ruines et le dommage semble manifeste. C'est ici qu'il est néanmoins intéressant de comparer notre fragment à un de ses fragments parallèles (v. l'exégèse de Ulp.-D. 43, 24, 7, 4), où la condition de *damnum* est abordée plus longuement.

C'est également ce que fait Schipani (291), pour qui le critère utilisé par Labéon pour vérifier s'il y a un *damnum* ou non se trouve inscrit dans le fragment mentionné ci-avant : Ulp. (D. 43, 24, 7, 4) : « (...) *non ex post facto sed ex praesenti statu damnum factum sit, necne* ». L'auteur déduit de ces mots que Labéon devait accorder également l'*actio legis Aquiliae* même contre celui qui a abattu la maison de son voisin *incendii arcendi causa*, car le dommage qu'aurait causé l'incendie interviendrait « *ex post* ».

Schipani (292) affronte également la contradiction avec le texte d'Ulpien (D. 9, 2, 29, 3) concernant le bateau empêtré dans les cordages d'un autre bateau par l'effet du vent. À ce propos, il estime qu'il serait schématique et imprécis d'analyser le cas du bateau pris dans les cordages d'un autre dans les termes de ce que l'on appelle l'état de néces-

(291) SCHIPANI S., *Responsabilità « ex lege Aquilia »*. *Criteri di imputazione e problema della « culpa »*, Torino, 1969, pp. 206 et s.

(292) SCHIPANI S., *op. cit.*, pp. 209 et s.

sité. Il pense plutôt que la raison effective pour laquelle Labéon refuserait l'*actio legis Aquiliae* dans le cas du bateau empêtré, se trouverait ici également dans les mots « *non ex post facto, sed ex praesenti statu...* ». En se plaçant *ex praesenti statu*, c'est la force du vent qui a causé la collision. En conséquence, la prise en compte de la force majeure serait devenue dominante dans la solution et ce serait là la raison pour laquelle Labéon refuse l'action. Bref, c'est donc par ces mots que Schipani fait la différence entre le cas du bateau empêtré et le cas de la maison abattue *incendii arcendi causa* : le vent — contrairement à l'incendie — est un événement présent (« *praesens status* »).

L'auteur a raison, lorsqu'il écrit que cela n'a pas beaucoup de sens de faire une analyse des solutions romaines en utilisant la catégorie de l'état de nécessité, qui est un concept moderne. Il faut donc faire abstraction de ce concept et examiner les hypothèses ainsi que les solutions de manière concrète.

Il nous faut cependant contredire l'utilisation que fait l'auteur du critère de Labéon (« *non ex post facto, sed ex praesenti statu...* »). En effet, quand Ulpien fait référence à ce critère, c'est dans un cas différent de celui de notre fragment. Il s'agit du cas où la maison est abattue avant même le déclenchement de l'incendie. Ce cas est évidemment très différent de ceux que nous examinons ici, et dont les points communs sont qu'ils concernent une situation née postérieurement à un événement de force majeure (293) et qui ne permet qu'une seule issue (294). Il paraît d'ailleurs certain que « *non ex post facto...* » ne doit pas s'entendre dans le sens où l'entend Schipani, car cela introduirait une contradiction flagrante dans le fragment Ulp.-D. 43, 24, 7, 4 et dans la pensée d'Ulpien en général. En effet, vu que ce jurisconsulte adopte le critère « *non ex post facto...* » de Labéon dans Ulp.-D. 43, 24, 7, 4, on comprendrait mal pourquoi il contredirait aussi fortement Labéon dans Ulp.-D. 47, 9, 3, 7, si ce dernier ne faisait qu'appliquer ce même critère. De même, on ne comprendrait pas pourquoi Ulpien adopte la position de Celse dans Ulp.-D. 9, 2, 49, 1 et Ulp.-D. 47, 9, 3, 7, pourtant incompatible avec la manière dont Schipani comprend le critère « *non ex post facto...* ».

Pour une meilleure compréhension de la position de Labéon dans le cas où l'incendie se déclenche après que la maison ait été abattue, nous

(293) Dans le cas de l'incendie, il est question de « *magna vis* » (ULP. D. 9, 2, 49, 1) et dans le cas de la tempête, de « *vi ventorum* » (ULP. D. 9, 2, 29, 3).

(294) ULP. D. 47, 9, 3, 7 : « *cum alias non posset* » ; ULP. D. 9, 2, 29, 3 : « *si nullo alio modo explicare se potuit* »

renvoyons à ce que nous avons écrit plus haut, à l'occasion de l'étude du fragment Ulp.-D. 43, 24, 7, 4 (295).

En réalité, la clef de l'explication de la solution adoptée par Labéon dans le cas de l'action *de incendio* se trouve bien dans le fragment parallèle mentionné ci-avant. Il ne s'agit cependant pas du critère invoqué par Schipani qui concerne une hypothèse distincte de la nôtre.

Rappelons brièvement le contenu de Ulp.-D. 43, 24, 7, 4. Ce fragment concernait l'octroi de l'interdit *q.v.a.c.* dans le cas de la maison abattue *incendii arcendi causa*. Or les conditions d'octroi de l'interdit sont tout à fait similaires à celles de l'action *de incendio* dans l'optique de Labéon. Si dans ce dernier cas, il fallait un incendie et un *damnum*, pour l'interdit, il fallait — outre le *damnum* — que l'auteur du dommage ait bravé l'interdiction du voisin (296). La ressemblance entre les deux réside essentiellement en ce que les conditions d'octroi, telles qu'elles sont fixées par l'édit, ne font aucune place à une quelconque prise en compte du fait que l'auteur du dommage a agi dans le seul but de protéger son propre bien.

Rappelons également que notre lecture du fragment Ulp.-D. 43, 24, 7, 4 nous avait montré que l'exigence de *damnum* connaissait une particularité dans le cas de la maison abattue *incendii arcendi causa*. En effet, d'après Servius, la condition du *damnum* n'est pas remplie si le feu atteint effectivement les ruines de la maison abattue, car dans ce cas il fallait admettre que la maison aurait de toute façon péri (*aeque perituris aedibus*). Or nous avons admis (297) que le critère de Labéon (*non ex post, sed ex praesenti statu damnum factum sit*) n'était pas du tout contraire à l'opinion de Servius. En effet, pour Labéon, comme pour Servius, l'incendie est un événement présent, et cela même si l'on ne connaît pas encore la totalité du dommage qu'il va causer.

En conséquence, on pourrait légitimement se demander pourquoi la distinction de Servius (298) n'est pas reportée dans notre fragment sur l'action *de incendio*. La raison en est relativement simple.

Dans le fragment Ulp.-D. 43, 24, 7, 4, la question centrale du fragment était de savoir s'il fallait ou non accorder l'interdit *q.v.a.c.* dans l'hypothèse bien précise de la maison abattue *incendii arcendi causa*.

(295) V. point 3.6. de cette exégèse.

(296) Il en est ainsi pour l'interdit *quod vi*. Pour l'interdit *quod clam*, le demandeur ne doit pas avoir marqué son opposition formellement, mais la clandestinité du défendeur s'explique par l'opposition pressentie du demandeur (v. ULP., *lib. 71 ad Ed.* : D. 43, 24, 3, 7 s. ; VENUL., *lib. 2 interdictorum* : D. 43, 24, 4).

(297) V. *supra*, exégèse d'ULP.-D. 43, 24, 7, 4, point 3.6.

(298) C'est-à-dire la distinction entre le cas où le feu progresse jusqu'aux ruines de la maison abattue, et celui où le feu s'éteint avant d'y parvenir.

Pour rappel, la condamnation sur la base de l'interdit *q.v.a.c.* dépendait alors de la réalisation ou non d'un *damnum* — condition qui n'était remplie que si le feu ne progressait pas jusqu'aux ruines de la maison abattue.

Notre fragment se présente tout à fait autrement. Dans le cas de l'action *de incendio*, l'hypothèse du *damnum incendii arcendi causa datum* n'est abordée que de manière secondaire, à titre d'exemple pour illustrer le propos d'Ulpien. En effet, ce dernier voulait avant tout insister sur le fait que le dol est une condition indispensable à l'octroi de l'action *de incendio*, dans le cas du *damnum dare* comme dans celui du *recipere*.

L'exemple de la maison abattue *incendii arcendi causa* est alors invoqué dans le but de montrer l'effet de la condition de dol. Pour cela, il fallait bien évidemment que la condition de *damnum* soit remplie par hypothèse, sans quoi l'exemple perdait toute sa pertinence. Or, comme nous venons de le rappeler, dans le cas discuté par Ulpien et Labéon, la condition de *damnum* n'était réalisée que pour autant que le feu s'éteint sans parvenir aux ruines de la maison abattue. Il faut donc admettre que le cas où Labéon octroyait l'action au quadruple était celui où le feu s'éteignait avant de progresser jusqu'aux ruines de la maison abattue.

#### D. — Synthèse sur les fragments abordant le *damnum incendii arcendi causa datum*

Après avoir fait l'exégèse des trois fragments du Digeste qui abordent le cas d'un dommage causé dans le but de protéger son propre bien contre un incendie menaçant, le moment est venu d'en faire la synthèse.

Le cas a été envisagé dans le cadre de trois moyens procéduraux différents : Il s'agit de l'*actio legis Aquiliae*, de l'action *de incendio* et de l'interdit *q.v.a.c.* Il est intéressant de comparer ces moyens procéduraux sous l'angle des conditions qui doivent être remplies pour obtenir une condamnation par le biais de ceux-ci :

- Pour l'*actio legis Aquiliae*, il faut : *damnum* ;  
*iniuria* ;
- Pour l'action *de incendio* : *damnum* ;  
*incendium* ;  
(*dolus*) (299) ;

(299) Rappelons que la condition de dol n'était inscrite expressément dans l'édit du prêteur que pour le cas du *recl*. Ainsi, jusqu'à Labéon au moins, l'action *de incendio* était accordée contre celui qui avait causé un dommage à l'occasion d'un

— Pour l'interdit *q.v.a.c.* : *damnum* ;  
*vis (clam)*.

Si l'on vérifie maintenant la réalisation de ces conditions dans le cas du *damnum incendii arcendi causa datum*, qu'observe-t-on ?

Prenons d'abord la condition de *damnum*, commune aux trois moyens procéduraux. Celle-ci n'est remplie que si le feu s'éteint avant de parvenir aux ruines de la maison abattue, sans quoi il faudra considérer qu'elle aurait de toute façon péri (Ulp.-D. 43, 24, 7, 4 : « *aeque perituris aedibus* »).

Les conditions d'*incendium* et de *vis* (ou *clam*) doivent être remplies par hypothèse, car il s'agit là de circonstances qui devront être vérifiées en fait.

L'*iniuria* fait certainement défaut. Cela est répété dans les trois fragments d'Ulpien qui traitent de notre problème.

Le *dolus* fait également défaut. Aux yeux d'Ulpien, cela semble être le cas *a fortiori*, puisque l'*iniuria* faisait déjà défaut (Ulp.-D. 47, 9, 3, 7).

On peut donc remarquer qu'une des trois actions ne trouvera jamais application dans le cas d'un *damnum incendii arcendi causa datum*. Il s'agit de l'*actio legis Aquiliae*. En effet, dans le cadre de cette action, l'*iniuria* fera toujours défaut, il n'y a même pas lieu de vérifier si la condition de *damnum* est remplie ou non. C'est d'ailleurs comme cela que s'exprime Ulpien (D. 9, 2, 49, 1).

Pour ce qui est de l'action *de incendio*, la situation a évolué. Du temps de Labéon, le dol n'était pas encore requis et le fait que l'on ait agi *incendii arcendi causa* ne suffisait pas encore pour éviter, sur cette seule base, toute condamnation au quadruple. Dans ce cas, il fallait donc encore vérifier si le feu avait progressé jusqu'aux ruines de la maison abattue, ou non. Dans le premier cas, on pouvait dire que la maison aurait de toute façon brûlé et la condition de *damnum* faisait défaut. La condamnation au quadruple était donc limitée aux cas où le feu s'éteignait avant d'arriver aux ruines de la maison abattue.

Cela a changé au plus tard avec Ulpien, pour qui, celui qui avait agi sans dol ne pouvait aucunement subir une condamnation sur base de cette action. À partir de ce moment-là, la situation pour l'action *de incendio* était donc devenue identique à celle de l'*actio legis Aquiliae*.

Par contre, le fait que le dommage causé l'a été dans le seul but de protéger son bien contre un incendie n'a jamais permis en soi, à un par-

incendie, qu'il ait agi dolosivement ou non. À ce sujet, v. *supra*, notre exégèse d'ULP. D. 47, 9, 3, 7, points 3.3.

ticulier (300), d'éviter une condamnation sur base de l'interdit *q.v.a.c.* Dans ce cas, seule l'absence de *damnum* était susceptible d'éviter à l'auteur du dommage de se faire condamner.

Bref, le fait d'avoir agi *incendii arcendi causa* ne peut jouer un rôle que dans les cas où les conditions d'application du moyen procédural utilisé le permettent. À la fin de la République, cela n'est le cas que pour l'*actio legis Aquiliae*. Du temps d'Ulpien, l'action de *incendio* vient s'ajouter. L'interdit *q.v.a.c.* ne suivra jamais cette évolution.

Comme on peut le noter, les considérations d'état de nécessité sont complètement absentes de l'explication que nous faisons des fragments concernant le *damnum incendii arcendi causa datum*. S'il en est ainsi, c'est tout simplement parce que la catégorie : « état de nécessité, cause de justification » est étrangère au droit romain (301). Elle est le fruit de la science juridique de l'Europe continentale, et en particulier de celle de l'Allemagne du XIX<sup>e</sup> siècle (302). Il est donc inutile, voire néfaste d'utiliser ce terme lorsqu'il faut résoudre le cas du *damnum incendii arcendi causa datum* en droit romain. En effet, pour les Romains cette circonstance n'a pu être prise en considération qu'à partir du moment — et dans la mesure — où ils considéraient qu'elle était élisive d'*iniuria* pour la *lex Aquilia*. Mais comme nous l'avons vu, les Romains connaissaient encore d'autres moyens procéduraux que l'*actio legis Aquiliae* permettant également d'obtenir la réparation d'un dommage. Or ces autres moyens procéduraux ne requéraient pas tous, pour leur application, que l'auteur du dommage ait commis une *iniuria*, un dol ou une faute. Dans ces cas, la circonstance que l'auteur du dommage a agi *incendii arcendi causa* n'est donc pas susceptible d'empêcher une condamnation. Cette circonstance n'a donc jamais pu constituer une cause de justification au sens où nous l'entendons aujourd'hui. En effet, elle ne supprimait pas toute possibilité de devoir réparer le dommage causé.

S'il est vrai que les Romains ne reconnaissaient pas à l'état de nécessité l'effet objectif que nous reconnaissons aux causes de justifications aujourd'hui, il semble néanmoins que l'on puisse remarquer dans le cas du *damnum incendii arcendi causa datum*, une certaine évolution. En

(300) Il en va autrement du magistrat, à qui l'on aurait octroyé une exception dans pareille situation (V. ULP. D. 43, 24, 7, 4).

(301) V. MAYER-MALY Th., « Das Notverkaufsrecht des Hausvaters », ZSS, 75 (1958), pp. 129 et s. ; SCHIPANI S., *Responsabilità « ex lege aquilia » Criteri di imputazione e problema della « culpa »*, Torino, 1969, p. 210 ; ASCHERI M., « Note per la storia dello stato di necessità », *St. Senesi*, 1975 (87.1), pp. 25 et s. ; ORMANNI A., « Necessità (stato di) », *ED*, 27, Milano, 1977, pp. 822 et s. ; GIARO T., *Excusatio Necessitatis nel diritto romano*, Warszawa, 1982, pp. 89 et s.

(302) V. ORMANNI A., *op. cit.*, p. 822.

effet, comme nous le notions déjà, c'est probablement dans le cadre de l'application de la *lex Aquilia* qu'il a pour la première fois été tenu compte du fait que celui qui a causé le dommage, l'avait fait dans le seul but de protéger sa maison contre un incendie.

Si l'action de la *lex Aquilia* n'avait pas lieu dans le cas qui nous concerne, c'était en raison de l'absence d'*iniuria*. C'est donc que l'évolution de cette dernière notion a joué un rôle important dans notre cas. À partir du moment où les Romains ont admis que des raisons subjectives pouvaient avoir pour conséquence que l'*iniuria* fasse défaut, l'application de la *lex Aquilia* a subi un changement très important. Vu que cette évolution s'est faite autour de la notion d'*iniuria*, elle n'a pas pu s'étendre — au delà de l'*actio legis Aquiliae* — aux actions en réparation d'un dommage dont l'application ne dépendait pas de la présence d'une *iniuria*.

Pendant, il ne nous paraît pas impossible que cet important changement ait fait évoluer les mentalités et la conception que les jurisconsultes romains avaient de la responsabilité. Il est plausible que ce soit cela qui a poussé Ulpien (ou un autre jurisconsulte postérieur à Labéon) à adopter une interprétation plus restrictive de la partie de l'édit du préteur qui traite de l'action *de incendio*. Il devenait inconvenant que quelqu'un qui aurait été absous sur base de la *lex Aquilia* puisse, dans des circonstances identiques, être condamné au quadruple sur base de l'action *de incendio*.

On pourrait alors légitimement se demander pourquoi la même évolution n'a pas eu lieu dans le cadre de l'interdit *q. v. a. c.* Plusieurs raisons pourraient expliquer cela :

— L'interprétation d'Ulpien sur l'action *de incendio* pouvait malgré tout se baser sur le texte de l'édit, qui prévoyait déjà le dol dans certaines hypothèses. D'après ce que nous savons du texte de l'édit sur l'interdit *q. v. a. c.*, rien de tel ne devait s'y trouver (303). Le seul moyen qui aurait permis d'obtenir le même résultat dans le cas de l'interdit que dans les autres cas, était dès lors l'exception « *quod incendii defendendi causa factum non sit* ». La question de cette exception est abordée dans le fragment d'Ulpien qui traite de l'interdit. Le recours à l'exception est cependant refusé aux particuliers, et cela tant par Ulpien que par Justinien.

— Dans le cas de l'interdit *q. v. a. c.*, la situation n'est pas exactement pareille. En effet, alors que pour l'action *de incendio*, il suffisait que l'on ait causé un dommage à l'occasion d'un incendie, dans le cas de l'interdit, il fallait en plus que la victime du dommage tente de s'opposer à

(303) V. ULP. (*lib. 71 ad ed.*) D. 43, 24, 1 pr. et 2.

l'acte dommageable (304). La position de Servius approuvée par Ulpien se conçoit dès lors beaucoup mieux. En effet, ce qui a dû jouer, d'après nous, pour refuser aux particuliers l'octroi de l'exception, c'est probablement la volonté de maintenir un certain ordre dans la lutte contre les incendies. Voici comment on peut imaginer les différents cas de figure :

A. On peut penser que le particulier s'opposera à la destruction des maison, surtout s'il est d'avis qu'il reste une chance pour qu'elle ne périsse pas dans l'incendie. S'il en arrive lui même à la conclusion que sa maison est perdue, il est imaginable qu'il ne s'oppose pas à sa destruction, dans le but d'endiguer l'incendie. Dans ce cas, puisque celui qui a abattu la maison n'a agi ni *vi*, ni *clam*, l'interdit ne sera pas accordé et il ne sera donc pas non plus nécessaire de recourir à l'exception. Pour rappel, l'action de la *lex Aquilia* et l'action *de incendio* ne seront pas accordées non plus.

B. Si, malgré le fait que sa maison n'ait aucune chance d'être sauvée, le voisin s'oppose à sa destruction, celui qui abat la maison malgré tout agit donc *vi*, ou *clam*. L'interdit sera donc accordé à la victime. Si l'auteur de la destruction est un magistrat, il pourra immédiatement opposer l'exception « *quod incendii defendendi causa factum non sit* » et la procédure s'arrêtera là. Si l'auteur de la destruction est un particulier, il pourra échapper à l'obligation de restituer en invoquant le fait qu'il n'y a pas de *damnum*, puisque la maison aurait de toute façon péri. Cette circonstance étant vérifiée par le fait que l'incendie a progressé jusqu'aux ruines de la maison abattue.

C. Si le voisin s'oppose à la destruction de sa maison et qu'ensuite l'incendie s'arrête avant d'arriver jusqu'aux ruines de la maison abattue, le voisin dispose toujours de l'interdit *q.v.a.c.* Il faut alors distinguer selon que la destruction a été faite par un magistrat ou un particulier.

Si un magistrat (305) a détruit la maison, il aura malgré tout l'exception, car il lui incombait de diriger la lutte contre l'incendie. Notons cependant que si le magistrat n'a pas réellement agi dans le but d'endiguer l'incendie, mais a détruit la maison méchamment, il est probable que l'exception lui aurait de toute façon été refusée. Dans le même cas, l'action de la *lex Aquilia*, comme l'action *de incendio* auraient probablement été accordées également.

---

(304) Rappelons que pour l'interdit *quod clam*, le demandeur ne doit pas avoir marqué son opposition formellement, mais la clandestinité du défendeur s'explique par l'opposition pressentie du demandeur (v. ULP., *lib. 71 ad Ed.* : D. 43, 24, 3, 7 s. ; VENUL., *lib. 2 interdicatorum* : D. 43, 24, 4).

(305) Pour appel, il s'agit ici des magistrat dépourvus de l'*imperium*, v. *supra*, notre exégèse de D. 43, 24, 7, 4, point 3.3.



Si un particulier a détruit la maison, l'interdit sera accordé contre lui, toujours sans qu'il ait la possibilité d'invoquer l'exception. Mais en plus, il ne pourra pas invoquer non plus la circonstance que le voisin n'a pas subi de *damnum*, vu que cette fois-ci, on ne peut plus dire que la maison aurait de toute façon péri. Dès lors, si l'on admet que le particulier a abattu la maison sans faute ni dol, il reste néanmoins vrai que l'opposition du voisin aurait dû le rappeler à l'ordre et que son acte s'est révélé totalement inutile : il a agi dans la précipitation, or c'était d'abord aux magistrats de diriger la lutte contre les incendies. Voilà ce qui justifie, à nos yeux, la différence de résultat pratique à laquelle on arrivait dans le cadre du *damnum incendii arcendi causa datum*. Comme on le voit, en pratique, cette différence devait être très ténue, puisque lorsqu'il s'avérait que l'incendie s'arrêtait avant de progresser jusqu'aux ruines de la maison abattue, la probabilité que l'acte de destruction soit considéré comme fautif, voire dolosif, augmentait également.

Cependant, même dans le cas de l'interdit *q.v.a.c.* on peut percevoir l'évolution. En effet, même si l'exception est en définitive refusée au particulier, le fait même que la question ait été posée semble indiquer que la tentation existait de faire évoluer l'interdit dans le même sens que l'*actio legis Aquiliae*. Ainsi, il nous semble tout à fait plausible que l'évolution de l'*iniuria*, et par elle l'évolution de l'application de la *lex Aquilia*, ait eu une influence sur les autres moyens procéduraux permettant d'obtenir la réparation d'un dommage.

Les apports du *damnum incendii arcendi causa datum* à la question de la causalité dépassante se rapportent, comme nous l'avons déjà montré (306), au problème de la réalisation de la condition de *damnum*. Cette condition n'est remplie que si la maison ayant été abattue *incendii arcendi causa* n'eût pas de toute façon péri par le feu. Cela est le cas si l'incendie s'éteint avant de progresser jusqu'aux ruines de cette maison. A contrario, si l'incendie progresse jusqu'aux ruines de la maison abattue, la condition de *damnum* n'est pas remplie et aucun des moyens procéduraux requérant la réalisation de cette condition ne pourra avoir lieu. Comme nous l'avons déjà montré (307), ce dernier cas est un cas de dépassement causal. En effet, on y trouve un fait dommageable hypothétique (le feu) qui ne réalise pas le dommage qu'il aurait pu causer (la destruction de la maison du voisin) en raison de la survenance d'un fait dommageable effectif (la destruction par le voisin) qui anticipe la réalisation du dommage. Nous avons donc un lien causal hypothétique (entre le feu et la destruction de la maison) qui se fait dépasser par

(306) V. notre exégèse de ULP. D. 43, 24, 7, 4, point 4.

(307) V. *supra*, notre exégèse de D. 43, 24, 7, 4, point 4.2.

un lien causal effectif (entre l'acte du voisin et la destruction de la maison).

Dans le cas du *damnum incendii arcendi causa datum*, le dépassement de causalité n'a cependant pas le même intérêt pour tous les moyens procéduraux. Il ne joue un rôle que si toutes les autres conditions que le *damnum* sont déjà remplies. Cela n'est pas le cas pour l'action de la *lex Aquilia*, puisqu'elle ne s'applique que si le dommage a été causé par *iniuria*. Or comme cette dernière fait toujours défaut lorsque l'on a agi *incendii arcendi causa*, l'action n'aura jamais lieu, même si le feu s'éteint avant de progresser jusqu'aux ruines de la maison abattue. Il en va de même pour l'action *de incendio*, à partir du moment où elle ne pouvait pas avoir lieu en l'absence de dol. La condition de dol n'étant jamais remplie dans le chef de celui qui abat la maison de son voisin *incendii arcendi causa*.

Les seuls cas où il a vraiment pu avoir lieu à un dépassement de causalité, sont donc l'action *de incendio* (avant que ne soit introduite la condition de dol) et l'interdit *q. v. a. c.*

Dans le cas du *damnum incendii arcendi causa datum* examiné ici, on constate que lorsque le fait dommageable hypothétique (de type : cas fortuit) est antérieur à la réalisation du dommage par un autre fait dommageable (de type : acte humain), c'est le fait dommageable hypothétique qui est retenu comme ayant causé le dommage, puisque la chose aurait de toute façon péri... C'est probablement cet argument : *aeque perituris* qui est central et qui justifie cette solution. La limite à ce type d'argumentation est fournie *in fine* du fragment d'Ulpian, D. 43, 24, 7, 4 : Il faut que le fait dommageable hypothétique précède la réalisation effective du dommage.

## CHAPITRE II

### LES AUTRES CAS DE CONCURRENCE ENTRE RESPONSABILITÉ DÉLICTEUELLE ET FORCE MAJEURE

Après avoir longuement examiné le cas du *damnum incendii arcendi causa datum*, le moment est venu de vérifier si les conclusions que nous avons cru pouvoir tirer à cet endroit, peuvent être étendues à d'autres cas semblables. Dans le présent chapitre, nous allons examiner deux textes dans lesquels un fait dommageable de type « faute délictuelle » est en concurrence avec un fait dommageable de type « cas fortuit », dans la réalisation d'un dommage. Voici d'abord le cas d'un sanglier pris dans un collet.

#### A. — Exégèse de Proculus, *lib. 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 solum eum in silvam dimissem, eo casu tuus esse desisset an maneret ? et quam actionem mecum 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 hanc puto esse, ut, si in meam potestatem pervenit, meus factus sit. sin autem aprum meum ferum (1) in suam naturalem laxitatem dimisisses eoque (2) facto meus esse desisset, actionem mihi in factum dari oportere, veluti responsum est, cum quidam poculum alterius ex nave eiecisset.*

---

(1) Dans l'édition Haloander, « *ferum* » est remplacé par « *factum* ». Notons également que dans un des manuscrits de Paris (Bibliothèque Nationale de France, Latin n. 4455), le « *ferum* » est omis.

(2) Dans la Florentine, on trouve simplement « *eo facto* ». Dans les éditions des frères Kriegel et de Mommsen, un « *et* » est inséré avant ces mots. Pour notre part, nous avons pu constater que dans au moins trois manuscrits de la Vulgate (Bibliothèque Nationale de France, Latin n. 4458A ; Staatsbibliothek Bamberg, Msc. Jur. 17 ; Biblioteca Apostolica Vaticana, Pal. Lat., n. 754), on trouve à cet endroit « *eoque* ». Nous reviendrons sur cette question lors de la critique du texte, *infra*, point 2.

## 1. — CONTENU DU TEXTE

Proculus expose le cas suivant : Un chasseur tend un collet. Celui-ci se referme sur un sanglier. Un passant voit ce sanglier pris au piège et s'en empare. Le jurisconsulte se pose alors une série de questions : le sanglier était-il déjà la propriété du chasseur ? Si oui, le sanglier serait-il resté la propriété du chasseur, si, au lieu de s'en emparer, le passant l'avait relâché ? Dans ce dernier cas, quelle action y aurait-il contre le passant ?

Afin de trouver la réponse à ces questions, Proculus se demande s'il ne faudrait pas faire certaines distinctions : le collet a-t-il été placé dans un lieu public ou non ? S'il a été placé dans un lieu privé, ce dernier était-il la propriété du chasseur ou d'autrui ? S'il s'agissait du fonds d'autrui, le collet avait-il été posé avec la permission du propriétaire ? Par ailleurs, il faut encore voir si le sanglier n'aurait pas pu se dépêtrer seul.

Après toutes ces distinctions, Proculus donne (étrangement) une solution unique aux questions posées : à partir du moment où l'on a le sanglier en sa *potestas*, on en est propriétaire. Dès lors, s'il a été remis en liberté, on en perd la propriété et on a une *actio in factum* contre celui qui a libéré le sanglier.

Proculus justifie le recours à l'*actio in factum* en comparant le cas du sanglier libéré à celui du vase jeté à la mer.

## 2. — CRITIQUE DE TEXTE

Le texte de notre fragment pose peu de problèmes du point de vue de la critique de texte.

2.1. — *Et eo — eoque*

Dans son édition du Digeste, Mommsen, tout comme les frères Kriegel, propose de corriger la Florentine et de rajouter : « *et* » (3). Il est vrai que l'omission paraît flagrante, dans la mesure où il semble indispensable d'insérer une conjonction de coordination entre les deux propositions. Alors que peu avant la parution de l'édition de Mommsen, les auteurs citaient encore la version de la Florentine (4), la doctrine a ensuite unanimement (5) adopté la correction.

(3) V. *supra*, note 2.

(4) V. : LENZ G., *Das Recht des Besitzes und seine Grundlagen*, Berlin, 1860, pp. 271 et s. ; BARON J., « Zur Lehre vom Erwerb und Verlust des Besitzes », *Jher.Jb.*, 7 (1865), p. 58.

(5) V. néanmoins : LONGO G., *Corso di diritto romano — i diritti reali*, Padova, 1962, p. 94. L'auteur ne précise cependant pas en quoi il rejette la correction de

À notre avis, si cette solution est satisfaisante sur le fond, il nous paraît cependant préférable de retenir la solution que nous propose la Vulgate (6). On y trouve « *eoque* ». Du point de vue du contenu, cette solution est identique, mais le fait qu'elle soit contenue dans un manuscrit nous fait penser qu'elle est probablement la meilleure. Notons que Liebe (7), sans préciser qu'il se fondait sur la Vulgate, a proposé cette même leçon.

## 2.2. — *Ferum — factum*

Mommsen (8) fait remarquer que certaines éditions du Digeste remplacent *ferum* par *factum*. Nous avons trouvé *factum* dans l'édition Haloander du Digeste, ainsi que dans l'édition de la Glose, de Denis Godefroy (9).

On retrouve encore la version « *factum* » chez les pandectistes Liebe (10) et Bekker (11), et, plus récemment, chez Krampe (12) et MacCormack (13). À notre connaissance cependant, seul Krampe tente de justifier cette émendation. Il le fait d'ailleurs de manière très sommaire, puisqu'il se contente d'affirmer que *factum* est plus exact tant du point de vue des faits que du point de vue de la langue (14).

Brassloff (15) propose une autre modification. Il constate que le texte du fragment contient quatre fois le mot *aper*, et que ce n'est qu'à la dernière fois, lors de la conclusion, qu'il est question d'*aper ferus*. D'après lui, il n'y a pas d'autre exemple dans nos sources, où il serait question d'un tel *aper ferus*. Il refuse cependant d'adhérer à la correction proposée ci-avant, dans la mesure où il estime que seuls des motifs de style peuvent justifier le remplacement de *ferum* par *factum*. Il préfère dès lors remplacer *ferum* par *iterum*. Selon Brassloff, une telle correction est plus proche du texte et même commandée par son sens.

---

Mommsen. En réalité, cela semble plutôt être un oubli, car en un autre endroit, il suit Mommsen (LONGO G., « Appunti esegetici e note critiche in tema di lex Aquilia », in *Ricerche romanistiche*, Milano, 1966, p. 719).

(6) V. *supra*, note 2.

(7) LIEBE V., *Der Besitz als Recht* in thesi, Braunschweig, 1876, p. 102.

(8) MOMMSEN Th., *Digesta*, ad h.l.

(9) Lyon, 1604, T. III (*Digestum novum*), ad h.l.

(10) LIEBE V., *Der Besitz als Recht* in thesi, Braunschweig 1876, p. 102.

(11) BEKKER E.I., *Das Recht des Besitzes*, Leipzig, 1880, p. 184.

(12) KRAMPE Ch., *Proculi Epistulae*, Karlsruhe, 1970, p. 65, note 27.

(13) MACCORMACK G., « *Aquilian Studies* », *SDHI*, 41 (1975), p. 34.

(14) « (...) sachlich und sprachlich zutreffender ».

(15) BRASSLOFF St., « *Satura critica* », *Studi Riccobono*, 1, Palermo 1936 (Rist. Aalen 1974), p. 326.

S'il est vrai qu'il peut paraître surprenant que Proculus ait tenu à préciser que le sanglier était « *ferus* » (sauvage), au moment de conclure sa réponse, nous ne voyons aucune raison d'adopter les corrections proposées ci-avant. En effet, outre qu'elles ne sont attestées par aucun manuscrit, elles n'ont pas une portée déterminante quant à la compréhension de notre fragment.

S'il fallait malgré tout trouver une explication à l'emploi de l'adjectif « *ferus* » par Proculus, peut-être conviendrait-il d'y voir une manière de rappeler l'« *animus revertendi* » qui caractérise les animaux dits « sauvages ». En effet, il est tout à fait possible que le jurisconsulte ait simplement voulu rappeler que le sanglier faisait partie de la catégorie des animaux qui redeviennent une *res nullius*, lorsqu'ils recouvrent leur liberté (16). Cela est d'autant plus plausible que c'est justement à ce processus que Proculus fait référence dans la phrase visée (*sin autem* (17) *aprum meum ferum in suam naturalem laxitatem dimisisses et eo facto meus esse desisset*) (18).

### 3. — EXPLICATION DU TEXTE

Ce qui frappe dès le premier coup d'oeil, dans l'opinion émise par Proculus, c'est la relative inadéquation entre les questions, les distinctions qu'il pose et la réponse finale qu'il offre. Pour faire apparaître un peu mieux ce décalage, nous allons reprendre de manière analytique les questions posées par le fragment, et vérifier dans quelle mesure il y est répondu.

Dans la première partie du texte, Proculus expose deux cas distincts pour lesquels il annonce trois problèmes qu'il faudra résoudre :

(A) Le passant emporte le sanglier pris dans le piège posé par le chasseur.

(B) Le passant libère le sanglier pris dans le piège posé par le chasseur.

À propos du cas (A), Proculus se demande si le chasseur avait acquis la propriété du sanglier pris dans son collet [1].

À propos du cas (B), Proculus se demande si le chasseur qui aurait acquis la propriété du sanglier, ne la perdait pas par le fait de sa libération par le passant [2]. Dans les mêmes circonstances, le jurisconsulte

(16) V. GAUJUS D. 41, 1, 3 (*infra* texte et note 61).

(17) D'après certains auteurs, « *sin autem* » est un signe d'interpolation. V. cependant sur cette question : ALBERTARIO E., « Contributi alla critica del Digesto », in *Studi di diritto romano VI*, Milano, 1953, pp. 95 et s.

(18) Sur le sujet de l'animal capturé qui redevient une *res nullius*, v. *infra*, 3.2.

pose également le problème de l'action que le chasseur aurait contre le passant [3].

Dans la deuxième partie du texte, au moment d'aborder la réponse aux problèmes préalablement individualisés, Proculus procède de manière heuristique. Plutôt que de donner immédiatement les réponses que l'on attend, il commence par se demander s'il ne faudrait pas, au préalable, effectuer certaines distinctions (*videamus ne intersit...*).

Ces distinctions portent sur deux types d'éléments.

( $\alpha$ ) Il y a d'une part le lieu dans lequel le chasseur a tendu le collet. S'agissait-il d'un lieu public ou privé. S'il était privé, était-il la propriété du chasseur ou d'un tiers. Dans ce dernier cas, le chasseur avait-il la permission du propriétaire pour chasser sur son fonds.

( $\beta$ ) D'autre part, il faut voir si le sanglier était coincé de manière telle qu'il lui était impossible de se dépêtrer seul du piège dans lequel il était pris.

Dans la troisième partie du texte, Proculus donne la solution qu'il préconise pour la question [3]. Ainsi, il accorde au chasseur une *actio in factum* contre le passant qui libère le sanglier. Notons que le jurisconsulte ne précise pas en quoi les distinctions ( $\alpha$ ) et ( $\beta$ ) lui ont permis de rejoindre cette solution.

Dans la quatrième partie du texte, Proculus justifie la solution qu'il apporte à la question [3] en comparant le cas (B) avec le cas où quelqu'un jette un vase appartenant à autrui à la mer, c'est-à-dire dans un endroit où il est impossible de le récupérer.

Comme nous pouvons le constater, les zones d'ombre sont nombreuses :

- Les questions [1] et [2] restent sans réponse directe.
- La portée exacte des distinctions ( $\alpha$ ) et ( $\beta$ ) demeure énigmatique.
- Il faudra préciser la nature de l'*actio in factum* préconisée par Proculus.

Toutes ces zones d'ombre ont fait dire à bon nombre d'auteurs que les Compilateurs (19) ont très probablement abrégé le fragment de Pro-

(19) V. en ce sens : ALBANESE B., qui dans un premier temps émet un doute [« Studi sulla legge Aquilia », *Ann. Palermo*, 21 (1950), p. 83], qu'il confirmera et précisera par la suite [« La nozione del furtum fino a Nerazio », *Ann. Palermo*, 23 (1953), p. 186] pour émettre l'hypothèse que notre texte a probablement subi une simplification postclassique ; VOCI P., *Modi d'acquisto della proprietà*, Milano, 1952, p. 15 ; METRO A., *L'obbligazione di custodire nel diritto romano*, Milano, 1966, p. 69 ; BARTON J.L., « The Lex Aquilia and Decretal Actions », *Daube Noster*, Edinburgh, 1974, p. 18 ; HUGHES D., « Furtum ferum bestiarum », *Irish Jurist*, 9 (1974), p. 189 ; POLARA G., *Le « venationes »*. *Fenomeno economico e costruzione*

culus. Généralement, ces auteurs sont cependant d'avis que la solution reportée à la fin de notre texte doit être attribuée à Proculus (20).

Cette impression d'incohérence entre la première partie du fragment et la suite, est encore accentuée par le changement de personne. En effet, alors qu'au début le poseur de piège est désigné par la deuxième personne, par la suite, Proculus le met en scène à la première personne du singulier.

Plutôt que d'adhérer purement et simplement à l'idée que le fragment a été abrégé, nous nous proposons de tenter d'éclairer autant que faire se peut les zones d'ombres que nous venons d'indiquer.

### 3.1. — *Comment le chasseur devient-il propriétaire du sanglier ?*

A. *Peut-on acquérir la propriété du sanglier par le simple « incidere in laqueum » ?*

La première question à laquelle il faut répondre est celle du mode d'acquisition des animaux sauvages par le chasseur : est-il possible d'acquérir la propriété du sanglier par le seul fait qu'il soit tombé dans le piège qu'on lui a tendu ? Plus précisément : peut-on acquérir la propriété du sanglier avant même d'en être conscient et d'en avoir manifesté expressément la volonté en prenant matériellement possession de l'animal ? Il s'agit là d'une question préalable. C'est d'ailleurs aussi comme cela que Proculus envisage la question, vu qu'il enchaîne par « *et si tuum putas fuisse...* ». En conséquence, l'intérêt de se poser toutes les questions subséquentes est tributaire d'une réponse positive à cette première question.

Comme nous le faisons déjà remarquer, Proculus ne répond pas expressément à cette question. Au contraire, par les mots « *et si tuum*

---

*giuridica*, Milano, 1983, pp. 66 et s ; DONAHUE Ch. Jr, « *Animalia ferae naturae* », *Studies A.A. Schiller*, Leiden 1986, pp. 45 et s.

(20) V. ALBANESE B., « Studi sulla legge Aquilia », *Ann. Palermo*, 21 (1950), p. 83 et « La nozione del furtum fino a Nerazio », *Ann. Palermo*, 23 (1953), pp. 186 et s. ; VOCI P., *op. cit.*, p. 15 ; METRO A., *op. cit.*, p. 69 ; BARTON J.L., *op. cit.*, p. 18 ; HUGHES D., *op. cit.*, p. 189 ; PAUW P., « Actio in factum and the Lex Aquilia », *The South African Law Journal*, 97 (1980), p. 292, note 23 ; DONAHUE Ch. Jr, *op. cit.*, pp. 45 et s. *Contra* : POLARA G., *op. cit.*, p. 67, note 9.



*fuisse* », il admet la possibilité que tel ne soit pas le cas. Cette question était déjà âprement discutée par les Glossateurs (21).

Parmi les auteurs plus récents, il en est quelques-uns qui contestent que le chasseur ait pu acquérir la propriété du sanglier par le simple *incidere in laqueum*.

La doctrine plus récente (22) qui défend l'idée que l'*incidere in laqueum* ne peut suffire, se fonde sur la théorie de la possession de Savigny (23). Pour ce dernier, la prise de possession suppose un acte corporel (« körperliche Handlung », p. 206), qu'il appelle « Apprehension ». Pour les choses mobilières en particulier, cet auteur est d'avis qu'une présence physique immédiate est indispensable (« unmittelbare Gegenwart », p. 216). En application de cette théorie, Liebe (24) et Hirsch (25) sont d'avis que le chasseur ne peut entrer en possession du sanglier que dans la mesure où il a eu connaissance du fait et qu'il exprime sans équivoque la volonté d'acquérir la propriété de l'animal.

Une telle position nous paraît cependant difficilement défendable (26). En effet, si l'entrée en possession avait dépendu de la pré-

(21) V. la glose *meam potestatem*, dans GOTHOFREDUS D., *Digestum Novum*, Lugduni, 1604, ad D. 41, I, 55 (col. 393 et s.).

(22) Cette idée se trouve déjà dans la glose *meam potestatem*, op. cit. V. aussi : REINOLDUS B.H., « Disputatio juridica inauguralis de legum inscriptionibus habita Lugduni Batavorum » (3 apr. 1705), in WIELING, *Iurisprudentia restituta*, Amstelædami, 1727, pp. 185 et s. et WIELING A., « Prætermissa ad Reinoldum », in *Iurisprudentia restituta*, Amstelædami, 1727, Pars posterior, p. 241 (ad Pag. 187 init.).

(23) SAVIGNY F.C., *Das Recht des Besitzes*, 7. Aufl., Wien, 1865, pp. 205 et s.

(24) LIEBE V., *Der Besitz als Recht* in thesi, Braunschweig, 1876, pp. 102 et s., p. 103 : « Vor allem muß der Fallensteller direct oder in einem Beauftragten Kenntniß von dem Fange erhalten haben. Alsdann muß eine Willensentscheidung erfolgen, welche eine Ortsverfügung über das festhängende Thier enthält. Diese Willensentscheidung muß allerdings in einer äußeren Thätigkeit sich verkörpern, um aus dem Gebiete der unerkennbaren Cogitation herauszutreten. (...) Andernfalls ist die Conception des Besitzwillens unsinnig ».

(25) HIRSCH P., *Die Prinzipien des Sachbesitzerwerbes und -Verlustes*, Leipzig, 1892, pp. 62 et s., v. stt p. 73, où l'auteur affirme que l'acquisition de la propriété se fait à un moment postérieur à l'*incidere in laqueum*, moment déterminé par un acte montrant clairement la volonté de celui qui a posé le piège, de continuer à posséder l'animal (« Dieses Moment wird durch deutliche, in der Regel in der Lokomotion des gefangenen Tieres bestehende Dokumentierung der Absicht, dieses Tier fortan zu besitzen, bestimmt. »).

(26) V. explicitement en ce sens : OERTMANN P., *Die Volkswirtschaftslehre des Corpus iuris civilis*, Berlin, 1891, p. 34 et s. ; SALEILLES R., « Etude sur les éléments constitutifs de la possession », *Revue Bourguignonne de l'enseignement supérieur*, 3 (1893), pp. 30 et s. (Notons cependant que Saleilles, de façon étrange, estime que Proculus rejette uniquement la distinction d'après le lieu, et non la distinction d'après la possibilité qu'a le sanglier de s'échapper seul.) ; VERMOND E., *Théorie générale de la possession en droit romain*, Paris, 1895, pp. 50 et s. ; KRAMPE Ch.,

sence physique du chasseur, on ne comprendrait pas l'attitude de Proculus. D'après Liebe et Hirsch, le seul critère déterminant l'acquisition de la propriété du sanglier par le chasseur, est l'expression matérielle de la volonté d'entrer en possession. Or rien dans le fragment ne semble indiquer que le chasseur ait jamais exprimé pareille volonté avant l'intervention du passant. Pareille circonstance s'accomode d'ailleurs mal avec l'hypothèse décrite par Proculus. Il nous semble en tout cas que les mots *si in meam potestatem pervenit, meus factus sit*, ne peuvent pas être interprétés dans ce sens. De plus, il faudrait admettre que Proculus se fourvoie complètement, lorsqu'il propose de distinguer d'après le lieu de la capture et d'après le fait que le sanglier aurait pu se dépêtrer seul ou non.

La position de Liebe et Hirsch est tout à fait minoritaire (27). La doctrine majoritaire est d'avis que l'acquisition de la propriété du sanglier était complètement réalisée dès l'*incidere in laqueum*.

#### B. Proculus renonce-t-il à ses distinctions ?

Une fois que l'on adopte l'idée admise par la doctrine majoritaire, on est confronté à une nouvelle question : quelles sont les conditions à remplir pour qu'il y ait effectivement acquisition de la propriété dès le moment où le collet se referme sur le sanglier ? L'*incidere in laqueum* est-il la seule condition, ou bien y a-t-il d'autres conditions à respecter ?

La doctrine est de nouveau partagée sur cette question. La réponse que l'on donne est conditionnée par l'attitude que l'on adopte face à deux idées énoncées dans le fragment. Il y a d'une part les distinctions que Proculus introduit par *videamus ne intersit...* ( $\alpha\beta$ ), et d'autre part l'affirmation : *si in meam potestatem pervenit, meus factus sit* [3]. Outre les auteurs qui passent la question sous silence (28) et ceux qui l'évitent,

*Proculi Epistulae*, Karlsruhe 1970, p. 66 : « Proculus will sagen, daß zum Eigentumserwerb keine körperliche Inbesitznahme erforderlich ist, sondern genügt, daß die Sache in den Machtbereich (*potestas*) des Erwerbers gelangt » ; DONAHUE Ch. Jr., « Animalia ferae naturae », *Studies A.A. Schiller*, Leiden, 1986, p. 46 : « True, Proculus and Trebatius deal with situations in which some physical contact with the animal has occurred, but neither author suggests that that fact is significant » ; KUNKEL W. et MAYER-MALY Th., *Römisches Recht*, 4. Aufl., Berlin-Heidelberg, 1987, p. 139 : « Nicht auf die körperliche Inbesitznahme kommt es an, sondern darauf, ob die Sache in den Machtbereich (*in meam potestatem*) gelangt ». Pour une critique plus générale de la théorie de la possession de Savigny, v. : JHERING R., *Über den Grund des Besitzschutzes*, 2. verbesserte und vermehrte Aufl., Iena, 1869, pp. 160 et s.

(27) V. cependant aussi : GORDON W.M., *Studies in the Transfer of Property by « Traditio »*, Aberdeen, 1970, pp. 59 et s.

(28) V. par ex. : CORNIL G., *Traité de la possession*, Paris, 1905, p. 128 ; KUNKEL W. et MAYER-MALY Th., *op. cit.*, p. 139.

arguant que les Compilateurs (29) l'ont rendue incompréhensible, on trouve ici généralement deux types de positions (30). Pour certains, les distinctions ( $\alpha\beta$ ) n'ont aucune incidence, car après les avoir énoncées, Proculus y renonce par l'affirmation [3]. Pour d'autres, elles explicitent l'affirmation [3].

La question de la portée des distinctions de Proculus était déjà discutée par les Glossateurs (31). Depuis lors, la doctrine a été très prolifique, et les interprétations qui ont été faites de notre fragment vont en des sens très divers. Pour dénouer l'écheveau, nous allons, dans un premier temps, rassembler les éléments internes au fragment susceptibles de contribuer à résoudre notre problème. Ensuite, il faudra également faire appel aux éléments extérieurs de comparaison, qu'offrent les sources juridiques romaines sur le sujet.

### 1) *Éléments internes*

Le premier élément de la discussion est constitué des mots *videamus ne intersit*, par lesquels Proculus introduit les distinctions en question. Pour Kindel (32), ces mots ne peuvent se traduire autrement que par : « Remarquons que les circonstances énoncées ici ne jouent aucun rôle (33) ». Cette traduction est cependant réfutée par Pininski (34). Ce dernier préfère : « Voyons si les circonstances suivantes ne jouent pas un rôle... » (35). Hirsch (36), qui sur la forme est bien obligé d'admettre que la traduction de Pininski est meilleure que celle de Kindel, n'en retient pas moins que Proculus exprime un doute quant aux circons-

(29) BARTON J.L., « The Lex Aquilia and Decretal Actions », in *Daube Noster*, Edinburgh 1974, p. 18.

(30) V. déjà la glose *summam*, GOTHOFREDUS D., *Digestum Novum*, Lugduni, 1604, ad D. 41, 1, 55 (col. 393).

(31) V. la même glose *summam*.

(32) KINDEL W., *Die Grundlagen des römischen Besitzrechts*, Berlin, 1883, p. 214.

(33) KINDEL, *op. cit.*, p. 214 : « Proculus sagt ausdrücklich : « *videamus, ne intersit...* » und diese Worte können nur dahin übersetzt werden : wir mögen beachten, daß es auf die erwähnten Umstände nicht ankomme ».

(34) PININSKI L., *Der Thatbestand des Sachbesitzerwerbs*, T. 1, Leipzig, 1885, p. 65.

(35) PININSKI, *op. cit.*, p. 65 : « Das Wort *ne* bedeutet ja in der Wendung *videamus ne...* ganz regelmäßig nicht : « daß nicht », sondern « ob nicht ».

(36) HIRSCH P., *Die Prinzipien des Sachbesitzerwerbes und -Verlustes*, Leipzig, 1892, p. 64.

tances en question. Plus récemment, Seidl (37) traduisait ces mots par « Proculus pense qu'il faut distinguer si... (38) ».

Les utilisations de l'expression *videamus/videndum ne* dans le Digeste ont été recensées par Pool (39). Il constate que l'utilisation de cette expression ne préjuge pas de la position du jurisconsulte. Dans certains cas [4], ce dernier confirme explicitement l'hypothèse qu'il avait introduite par cette expression, dans d'autres cas [7], il l'infirme. À propos de notre fragment en particulier, Pool (40) constate que le contexte ne permet pas de tirer de conclusion sur la position de Proculus quant aux distinctions qu'il propose. Il lui paraît néanmoins raisonnable de penser que le jurisconsulte considérerait que sa suggestion (d'après laquelle il faut distinguer) était plausible (« annehmbar »).

Bref, les mots *videamus ne intersit...* ne permettent pas de tirer de conclusion définitive sur la manière dont Proculus envisageait les distinctions qu'il propose.

Un autre élément important de la discussion est constitué par la phrase *summam tamen hanc puto esse, ut, si in meam potestatem pervenit, meus factus sit* (41). Pour certains, ces mots montrent bien que les distinctions restent sans incidence.

Ainsi, Hirsch (42) est d'avis que Proculus aurait fait une répétition inutile, s'il avait considéré que les distinctions avaient dû être incluses dans la solution. De même pour Bonfante (43), il s'agit là d'une affirmation qui ne peut que surpasser et rendre insignifiantes les distinctions. Cette solution est encore envisagée avec bienveillance par Voci (44).

(37) SEIDL E., *Römische Rechtsgeschichte und römisches Zivilprozeßrecht*, Köln, 1971, p. 74.

(38) SEIDL, *op. cit.*, p. 74 : « Proculus meint da gäbe es zunächst zwei Möglichkeiten. Man müsse unterscheiden, ob das Schwein so in dem Fallstrick hing, daß es sich nicht befreien konnte... ».

(39) POOL E., « De minutilis curat philologus : Was bedeutet videndum/videamus ne ? », *ZSS*, 100 (1983), 454 et s.

(40) POOL, *op. cit.*, p. 456.

(41) Notons que cette phrase est expressément déclarée substantiellement classique par : SCHULZ F., *Classical Roman Law*, Oxford, 1951, p. 586.

(42) HIRSCH P., *Die Prinzipien des Sachbesitzerwerbes und -Verlustes*, Leipzig, 1892, p. 64.

(43) BONFANTE P., *Corso di diritto romano*, Roma, 1926, T. 2/2, p. 58 (Rist. Milano, 1968, p. 78).

(44) VOCI P., *Modi d'acquisto della proprietà*, Milano, 1952, pp. 14 et s. : « Ma la conclusione decisiva è per lui (Proculo) questa : la bestia diventa mia, se me ne sia impadronito. Ciò significa che le altre circostanze non hanno valore ai fini dell'acquisto di proprietà ».

**Pininski** (45) est ici d'un tout autre avis. Si Proculus avait vraiment voulu revenir sur les distinctions qu'il propose, il aurait dû le faire expressément, ou du moins faire précéder les mots *summam tamen...* d'un *sed*. Au contraire, enchaîne-t-il, l'utilisation du *tamen*, semble bien montrer que les distinctions gardent une certaine utilité. Dans le même sens que Pininski, **Brassloff** (46) estime que la phrase examinée ici résume plutôt la solution avancée par les distinctions.

Pour **Albanese** (47), on ne peut exclure que Proculus se soit contenté de mettre en lumière les problèmes que l'on pourrait rencontrer. Par la suite, il s'en serait tenu à une énonciation du principe général qui régit le problème de l'acquisition par le chasseur de la propriété du gibier. **Krampe** (48) — qui partage sur ce point l'avis d'Albanese — explique en outre que la façon de procéder de Proculus est la conséquence du fait que ce dernier ne répondait pas à un cas pratique, mais exposait un cas d'école (49).

À notre avis, c'est Albanese qui est le plus proche de la vérité. Il nous semble aussi que Proculus a entendu, dans un premier temps, mettre certains problèmes en lumière, avant d'en arriver à une solution générale. Nous ne pensons pas pour autant qu'en procédant de la sorte, Proculus considère que les distinctions qu'il a énoncées sont totalement inutiles. À notre avis, ces distinctions sont peut-être secondaires, mais néanmoins utiles.

En réalité, ce qui fait naître l'impression que les distinctions sont surpassées, c'est l'utilisation de la notion de *potestas*. Pour beaucoup en effet, la *potestas* est purement un problème de fait (50). Sur base de

(45) PININSKI L., *Der Thatbestand des Sachbesitzerwerbs*, T. 1, Leipzig, 1885, p. 65.

(46) BRASSLOFF St., « Satura critica », *Studi Riccobono*, 1, Palermo, 1936 (Rist. Aalen 1974), pp. 325 et s.

(47) ALBANESE B., « La nozione del furtum fino a Nerazio », *Ann. Palermo*, 23 (1953), p. 187.

(48) KRAMPE Ch., *Proculi Epistulae*, Karlsruhe, 1970, pp. 65 et s.

(49) V. *infra*, texte et note 53 et s.

(50) V. en ce sens : SCHIRMER Th., « Noch einmal das Jagdrecht des Römischen Grundeigentümers », *ZSS*, 3 (1882), p. 31 ; WENDT O., « Rechtssatz und Dogma. Theorie und Praxis », *Jher.Jb.*, 22 (1884), pp. 362 et s. : « (...) das ist keine Rechtsfrage mehr, sondern Sache des thatsächlichen Beurtheilens und Ermessens (...) » ; PININSKI L., *op. cit.*, pp. 66 et s. : « Das Wort *potestas* bedeutet in unserer Stelle zweifellos eine gewisse « faktische » *Herrschaft*, ein Haben des Thieres in unserer Macht » ; SCHEURL A., *Zur Lehre vom römischen Besitzrecht*, Erlangen, 1886, p. 84. L'auteur écrit : « wirkliche Gewalt » ; RANDA A., *Der Besitz nach österreichischem Rechte*, 4. Aufl., Leipzig, 1895, p. 404, note 4b : « Proculus deutet also kasuistisch gewisse Momente an, von denen die Entscheidung abhängt, — allein er selbst entscheidet die einzelnen Fälle nicht, und zwar in der Erwägung : daß doch Alles darauf ankomme, ob im konkreten Fall die faktische Macht begründet sei (...) » ;

cette constatation, certains (51) déduisent que les distinctions sont incompatibles avec les problèmes de fait posés par la *potestas*. D'autres (52), au contraire, estiment que Proculus énonce ces distinctions à titre d'exemples — voire dans un but explicatif — des problèmes de fait que l'on peut rencontrer dans l'acquisition de la *potestas*.

Un troisième élément de la discussion est constitué par l'objet de cet avis de Proculus. Le cas envisagé par le jurisconsulte est-il un cas pratique qui lui a été présenté, ou est-ce plutôt un cas d'école ?

Baron (53) affirme qu'il s'agit d'un *responsum*. En conséquence, si les distinctions avaient vraiment été introduites de manière inutile par le jurisconsulte, la réponse qu'il aurait ainsi fournie aurait été dénuée de sens. Krüger (54) cependant — et indépendamment du problème qui nous occupe — est d'avis que si les *Epistulae* étaient constituées essentiellement de *Responsa*, on y trouve également quelques *Quaes-*

---

HRUZA E., « Der Sachbesitzerwerb corpore et animo nach römischem und heutigem Rechte », *GrünhZ*, 24 (1897), p. 286. L'auteur est d'avis que la *potestas* suppose qu'il y ait « eine gesicherte Inhabung », ce qui dépend pour lui d'une *quaestio facti*; RICCOBONO S., « Traditio ficta », *ZSS*, 34 (1913), p. 202; BRASSLOFF St., « Satura critica », *Studi Riccobono*, 1, Palermo, 1936 (Rist. Aalen 1974), p. 325 et s. : « Zusammenfassend könne man sagen, daß man das Eigentum dann, wenn man die tatsächliche Gewalt über das Tier erlangt hat, erwerbe »; ALBERTARIO E., *Possesso e quasi possesso*, Milano, 1946, p. 96; BORKOWSKI A., *Textbook on Roman Law*, London, 1994, p. 175 : « (...) to acquire ownership of a wild animal it was necessary to take effective control of it — wounding an animal, without capturing it, was probably insufficient. It was irrelevant to the question of ownership that the capture occurred on someone else's land (...). Ownership was retained for as long as the taker remained in effective control of the animal ».

(51) V. en ce sens : VOET J., *Commentarius ad Pandectas*, Hagae-Comitum, 1716, T. 2, ad Tit. 41.2, num. 4. (p. 721); BONFANTE P., *Corso di diritto romano*, Roma, 1926, T. 2/2, pp. 57 et s. (Rist. Milano, 1968, pp. 77 et s.); VOCI P., *Modi d'acquisto della proprietà*, Milano, 1952, pp. 13 et s.; BORKOWSKI A., *op. cit.*, p. 175.

(52) V. en ce sens : BARON J., « Zur Lehre vom Erwerb und Verlust des Besitzes », *Jher.Jb*, 7 (1865), pp. 65 et s.; SCHIRMER Th., « Noch einmal das Jagdrecht des Römischen Grundeigentümers », *ZSS*, 3 (1882), p. 31; WENDT O., « Rechtssatz und Dogma. Theorie und Praxis », *Jher.Jb*, 22 (1884), pp. 362 et s.; PININSKI L., *Der Thatbestand des Sachbesitzerwerbs*, T. 1, Leipzig, 1885, pp. 64 et s.; SCHEURL A., *Zur Lehre vom römischen Besitzrecht*, Erlangen, 1886, pp. 84 et s.; HRUZA E., « Der Sachbesitzerwerb corpore et animo nach römischem und heutigem Rechte », *GrünhZ*, 24 (1897), p. 286; RICCOBONO S., « Traditio ficta », *ZSS*, 34 (1913), p. 202; BRASSLOFF St., « Satura critica », *Studi Riccobono*, 1, Palermo, 1936 (Rist. Aalen 1974), pp. 325 et s.; HAUSMANINGER H., « Besitzerwerb solo animo », *Festgabe Herdlitzka*, 1972, p. 115.

(53) BARON J., *op. cit.*, pp. 64 et s.

(54) KRÜGER P., *Geschichte der Quellen und Litteratur des Römischen Rechts*, 2. Aufl., München-Leipzig, 1912, p. 167.

tiones (55). Parmi les exemples de *Quaestiones*, l'auteur cite précisément notre texte.

Cette vision sera encore confirmée par von Lübtow (56), Krampe (57) et Franciosi (58). C'est d'ailleurs Krampe qui a le mieux développé les arguments à l'appui de la thèse de la *quaestio*. Il relève d'une part que la question est posée pour deux cas différents, ce qui tend à indiquer qu'il s'agissait d'une question théorique, plutôt que d'un cas pratique. D'autre part, il pense que ce n'est que dans le but d'un intérêt théorique que l'on peut être amené à s'interroger sérieusement sur l'éventualité d'une action contre soi-même (59). Il nous semble cependant que les indices relevés par Krampe ne sont pas nécessairement déterminants. En effet, la question de la personne contre qui l'on pourrait tenter l'*actio in factum* évolue au cours du fragment. Alors qu'au moment de poser le cas, l'action est dirigée contre « moi », au moment de fournir la réponse, c'est à « moi » (et donc contre « toi ») que l'*actio in factum* est octroyée. Il n'est donc pas impossible non plus que ce qui originellement était un cas pratique, ressemble aujourd'hui à un cas d'école, en raison d'altérations postclassiques subies par le texte (60)...

Quoi qu'il en soit de cette question, il ne semble pas que l'on puisse vraiment en tirer de conséquences quant à l'utilité des distinctions dans l'esprit de Proculus.

## 2) *Éléments externes*

Venons-en maintenant aux principales sources qui ont été invoquées dans notre discussion, à l'appui de l'une ou de l'autre thèse.

(55) D'après Riccobono (RICCOBONO S., « Iurisprudencia », *NNDI*, 9, Torino, 1963, p. 362) les « *Libri Epistolarum*, contengono pure, di regola, responsi dati per lettera e spesso sopra quesiti anche teorici ».

(56) VON LÜBTOW U., « Die bei Befreiung eines gefesselten Sklaven eingreifende actio », *Mélanges Meylan I*, Lausanne, 1963, p. 218. L'auteur parle dans notre cas d'un cas d'école traditionnel (« Traditioneller Schulfall »).

(57) KRAMPE Ch., *Proculi Epistulae*, Karlsruhe, 1970, pp. 65 et s.

(58) FRANCIOSI G., « Occupazione (storia) », *ED*, 29, Milano, 1979, p. 612. L'auteur écrit à propos du cas exposé par Proculus, qu'il est « probabilmente di scuola ».

(59) KRAMPE, *op. cit.*, p. 65 : « Weil die Fragen auf zwei Sachverhaltsvarianten bezogen sind, können sie nicht einen praktischen Fall betreffen, sondern müssen im Sinne einer theoretischen Problemstellung verstanden werden. Zu diesem Schluß zwingt vor allem auch die dritte Frage. Denn nur aus theoretischem Interesse erkundigt man sich sinnvollerweise nach einer *actio* gegen sich selbst ».

(60) Pour une position proche de celle-ci, considérant que Proculus devait traiter un cas pratique élargi par la doctrine postclassique, v. : PAMPALONI M., « Appunti sopra l'acquisto di proprietà per alluvione », *St. senesi*, 43 (1929), 234 ; DONAHUE Ch. Jr., « Animalia ferae naturae », *Studies A.A. Schiller*, Leiden, 1986, p. 46.

Dans le cadre de l'opportunité de distinguer d'après le lieu où le collet a été tendu (distinction  $\alpha$ ), un texte doit prioritairement retenir notre attention :

Gaius, *lib. 2 rerum cottidianarum sive aureorum* (D. 41, 1, 3) (61) :

*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 coercetur : cum vero evaserit custodiam nostram et in naturalem libertatem se receperit, nostrum esse desinit et rursus occupantis fit.*

Ce texte a été régulièrement invoqué à l'appui de la thèse de l'indifférence du lieu où le piège a été posé. Il est vrai qu'il dit explicitement que tout animal sauvage est une *res nullius*, où qu'il soit. Il ne faut donc pas distinguer d'après l'endroit de la capture, pour savoir si le chasseur a ou n'a pas, acquis la propriété de l'animal. C'est ainsi que **van Giffen** (62) et **Voet** (63) en ont tout naturellement déduit que la première distinction de Proculus ( $\alpha$ ) ne pouvait être décisive. Plus récemment, cette position a encore été défendue par **Pagenstecher** (64), **Lan-**

---

(61) V. aussi : Institutes de Justinien 2, 1, 12 : *Ferae igitur bestiae et volucres et pisces, id est omnia animalia, quae in terra mari caelo nascuntur, simulatque ab aliquo capta fuerint, iure gentium statim illius esse incipiunt : quod enim ante nullius est, id naturali ratione occupanti conceditur. nec interest, feras bestias et volucres utrum in suo fundo quisque capiat, an in alieno : plane qui in alienum fundum ingreditur venandi aut aucupandi gratia, potest a domino, si is providerit, prohiberi ne ingrediat. quidquid autem eorum ceperis, eo usque tuum esse intellegitur, donec tua custodia coercetur : cum vero evaserit custodiam tuam et in naturalem libertatem se receperit, tuum esse desinit et rursus occupantis fit. naturalem autem libertatem recipere intellegitur, cum vel oculos tuos effugerit vel ita sit in conspectu tuo, ut difficilis sit eius persecutio.*

(62) GIPHANIUS H., *Lecturae altorphinae*, Francofurti, 1605, ad h. l. (pp. 383 et s.).

(63) VOET J., *Commentarius ad Pandectas*, Hagae-Comitum, 1716, T. 2, ad Tit. 41.2, num. 4 (p. 721).

(64) PAGENSTECHEER E., *Die römische Lehre vom Eigenthum*, II, Heidelberg, 1858, p. 69.



ducci (65), Schirmer (66), Carlo (67) et Gianetto Longo (68), Kaser (69), Voci (70) et Franciosi (71), Borkowski (72).

L'incompatibilité de ce fragment de Gaius avec la distinction (a) de Proculus est cependant loin de faire l'unanimité. En effet, voici comment Cujas (73) combine la lecture des deux textes.

Le texte de Gaius dit bien que le propriétaire du fonds a le droit d'en interdire l'accès à celui qui voudrait y chasser. Dès lors, Cujas estime que la distinction que fait Proculus entre le cas où l'on chasse avec la permission du propriétaire, et celui où l'on chasse sans cette permission, doit avoir pour conséquence que quand la permission fait défaut, le chasseur ne peut rien acquérir (74). Dans la foulée, Cujas maintient également les autres distinctions de Proculus.

En réalité, tant Gaius que Proculus semblent faire des distinctions. Dans les deux cas, il est difficile d'évaluer dans quelle mesure ces distinctions influent sur l'acquisition de la propriété. Comment faut-il évaluer la possibilité du propriétaire d'empêcher que l'on chasse sur son terrain ? À ce propos, un autre texte est susceptible de nous aider :

Ulp., *lib. 57 ad Edict.* (D. 47, 10, 13, 7) :

*Si quis me prohibeat in mari piscari vel everriculum (quod Graece σαγήνη dicitur) ducere, an iniuriarum iudicio possim eum convenire? sunt qui putent iniuriarum me posse agere: et ita Pomponius et plerique esse huic similem eum, qui in publicum lavare vel in cavea publica sedere vel in quo alio loco agere sedere conversari non patiat, aut si quis re mea uti me non permittat: nam et hic iniuriarum conveniri potest. conductori autem veteres interdictum dederunt, si forte publice hoc conduxit: nam vis ei prohibenda est, quo minus conductione sua fruatur. si quem tamen ante aedes meas vel ante praetorium meum piscari prohibeam, quid dicendum est? me iniuriarum iudicio teneri an non? et quidem mare com-*

(65) LANDUCCI L., « Il diritto di proprietà e il diritto di caccia », *AG*, 29 (1882), pp. 313 et s. ; également : LANDUCCI L., « Caccia », *Enc. giur. it.*, III, I, 1, Milano 1898, pp. 19 et s. ; 24 et s.

(66) SCHIRMER Th., « Noch einmal das Jagdrecht des Römischen Grundeigentümers », *ZSS*, 3 (1882), p. 31.

(67) LONGO C., *Le cose — la proprietà e i suoi modi d'acquisto*, (ristampa Milano, 1946), pp. 90 et s.

(68) LONGO G., *Corso di diritto romano — i diritti reali*, Padova, 1962, pp. 91 et s.

(69) KASER M., « Occupatio », *RE*, Suppl. 7, Stuttgart, 1940, col. 685.

(70) VOCI P., *Modi d'acquisto della proprietà*, Milano, 1952, pp. 13 et s.

(71) FRANCIOSI G., « Occupazione (storia) », *ED*, 29, Milano, 1979, p. 612.

(72) BORKOWSKI A., *Textbook on Roman Law*, London, 1994, p. 175.

(73) CUIACIUS J., *Operum priorum*, T. 3, Neapoli, 1722, lib. 4, cap. 2 (col. 89 et s.).

(74) Il semble cependant que l'auteur ait revu sa position au moment de commenter le texte des Institutes. V. : CUIACIUS J., *Operum postunorum*, T. 8, Neapoli, 1722, Comm. Inst. lib. 2, v. *si is providerit* (col. 936 et s.).

*mune omnium est et litora, sicuti aer, et est saepissime rescriptum non posse quem piscari prohiberi : sed nec aucupari, nisi quod ingredi quis agrum alienum prohiberi potest. usurpatum tamen et hoc est, tametsi nullo iure, ut quis prohiberi possit ante aedes meas vel praetorium meum piscari : quare si quis prohibeatur, adhuc iniuriarum agi potest. in lacu tamen, qui mei domini est, utique piscari aliquid prohibere possum.*

A priori, ce texte semble plutôt limiter le *ius prohibendi* du propriétaire. Malgré cela, pour Cujas (75), ce fragment d'Ulpien ne fait que confirmer la possibilité pour le propriétaire, d'empêcher que le chasseur ne devienne propriétaire du gibier qu'il chasserait sur son terrain. Noodt (76), au contraire de Cujas, ne pense pas que le fait d'avoir attrapé du gibier dans un piège posé sur le terrain de quelqu'un qui nous l'avait interdit, empêche complètement d'en acquérir la propriété. Pour ce dernier, le fait d'avoir posé son piège dans un lieu public ou sur le terrain d'un propriétaire non consentant empêche seulement d'acquérir par l'*incidere in laqueum*. Dans ces cas, il faut en plus une appréhension manuelle. L'*incidere in laqueum* ne suffit donc que quand le chasseur a posé le piège sur son propre terrain, ou sur le terrain d'autrui, mais avec sa permission. Cette position est encore celle de Chesius (77) et de Brunnemmann (78).

Une autre lecture de ces textes est proposée par Doneau (79). Pour ce dernier, l'interdiction du propriétaire n'a absolument aucune conséquence sur l'acquisition de la propriété. Le propriétaire pourrait tout au plus intenter une *actio iniuriarum* contre celui qui transgresserait l'interdiction. Une telle interdiction, continue Doneau, ne change rien au fait que le gibier est une *res nullius*. En conséquence, il reste également susceptible d'acquisition par occupation, puisque le lieu — conformément au fragment de Gaius [D. 41, 1, 3, 1 (80)] — est indifférent. Bref, pour Doneau, il faut bien distinguer l'acte d'incursion de celui d'occupation. L'acte d'occupation reste possible même après l'incursion, car il se fait vis-à-vis d'une chose qui n'appartient ni au propriétaire du terrain, ni à personne d'autre, vu qu'elle est *nullius*.

(75) CUIACIUS J., *Operum priorum*, T. 3, Neapoli, 1722, lib. 4, cap. 2 (col. 89 et s.).

(76) NOODT G., *Opera omnia*, Lugduni Batavorum, 1724, *probabilium iuris*, lib. 2, cap. 4, note 3 (p. 44).

(77) CHESIUS B., « Interpretationum juris », in HEINECCIUS, *Jurisprudentia Romana et Attica*, T. 2, Lugduni Batavorum, 1739, lib. 1, cap. 36, col. 184.

(78) BRUNNEMANN IO., *Jurisconsulti commentarius in Pandectas*, Lugduni, 1714, T. II, ad L. *In laqueum* 55, (p. 246).

(79) DONELLUS H., *Opera Omnia*, T. 1, Romae, 1828, lib. 4, cap. 8, 11 (col. 694 et s.).

(80) V. *supra*, texte et note 61.

La position de Doneau a connu un large succès (81), puisque, dans les grandes lignes, la majorité (82) des auteurs l'ont partagée.

(81) V. : VOET J., *Commentarius ad Pandectas*, Hagae-Comitum, 1716, T. 2, ad Tit. 41.2, num. 4 (pp. 721 et s.) ; ORTOLAN M., *Explication historique des Instituts de l'empereur Justinien*, 3<sup>e</sup> édition, Paris, 1844, T. 1, p. 362 ; PUCHTA G.F., *Vorlesungen über das heutige römische Recht*, 3. Aufl., Leipzig, 1852, t. 1, p. 302 ; PAGENSTECHEER E., *Die römische Lehre vom Eigentum*, II, Heidelberg, 1858, pp. 68 et s. ; DEMANGEAT Ch., *Cours élémentaire de droit romain*, 2<sup>e</sup> édition, Paris, 1866, T. 1, pp. 436 et s. ; SENTENIS C.F.F., *Das practische gemeine Civilrecht*, 3. Aufl., Leipzig, 1868, t. I, § 50, p. 498, note 2 ; GÖPPERT, « C.R. Wächter, Das Jagdrecht und die Jagdvergehen », *Kritische Vierteljahrsschrift*, 13 (1871), pp. 223 et s. ; SCHIRMER Th., « Kennen die Römer ein Jagdrecht des Grundeigentümers ? », *Zeitschrift für Rechtsgeschichte*, 11 (1873), pp. 311 et s. et « Noch einmal das Jagdrecht des Römischen Grundeigentümers », *ZSS*, 3 (1882), pp. 23 et s. ; BRINZ A., *Lehrbuch der Pandekten*, 2. Band, Erlangen, 1879, § 148, pp. 566 et s. ; ACCARIAS C., *Précis de droit romain*, 3<sup>e</sup> édition, Paris, 1879, T. 1, p. 526 ; LANDUCCI L., « Il diritto di proprietà e il diritto di caccia », *AG*, 29 (1882), pp. 313 et s. ; JHERING R., « Rechtsschutz gegen injuriöse Rechtsverletzungen », *Jher.Jb.*, 23 (1885), pp. 244 et s. ; CZYHLARZ K., in GLÜCK, *Ausführliche Erläuterungen der Pandekten*, L. 41-42, I, Erlangen, 1887, pp. 50 et s. (stt pp. 63 et s.) ; WINDSCHEID B. et KIPP Th., *Lehrbuch der Pandekten*, 9. Aufl., 1906, § 184, note 5 (pp. 942 et s.) ; SCIALOJA V., *Teorie della proprietà*, vol. 2, Roma 1931, p. 37 ; LONGO C., *Le cose — la proprietà e i suoi modi d'acquisto*, (ristampa Milano, 1946, pp. 90 et s.) ; LOMBARDI G., « Libertà di caccia e proprietà privata in diritto romano », *BIDR*, 53-54 (1948), pp. 306 et s., note 4 ; VOCI P., *Modi d'acquisto della proprietà*, Milano, 1952, pp. 13 et s. ; LONGO G., *Corso di diritto romano — i diritti reali*, Padova, 1962, pp. 89 et s. ; BURDESE A., *Manuale di diritto privato romano*, Torino, 1975 (3<sup>e</sup> édition), pp. 321 et s. ; FRANCIOSI G., « Occupazione (storia) », *ED*, 29, Milano, 1979, p. 612 ; BORKOWSKI A., *Textbook on Roman Law*, London, 1994, p. 175.

(82) Notons malgré tout qu'un auteur tentera d'ébranler cette position : WÄCHTER C.G., « Das Jagdrecht und Jagdvergehen », *Sammlung von Abhandlungen der Mitglieder der Jurist. Fak. Leipzig*, I (1868), pp. 338 et s. ; WÄCHTER C.G., *Pandekten*, II, Leipzig, 1881, § 134, pp. 129 et s. Les textes invoqués par cet auteur [ULP., *lib. 17 ad Sab.* (D. 7, 1, 9, 5) : *Aucupiorum quoque et venationum redditum CASSIUS ait libro octavo iuris civilis ad fructuarium pertinere : ergo et piscationum.* TRYPH., *lib. 7 Disp.* (D. 7, 1, 62 pr.) : *Usufructuarium venari in saltibus vel montibus possessionis probe dicitur : nec aprum aut cervum quem ceperit proprium domini capit, sed aut fructus iure aut gentium suos facit.* IUL., *lib. 6 ex Minic.* (D. 22, 1, 26 pr.) : *Venationem fructus fundi negavit esse, nisi fructus fundi ex venatione constet.* PAUL. SENT. 3, 6, 22 : *Accessio ab alluvione ad fructuarium fundum, quia fructus fundi non est, non pertinet : venationis vero et aucupii redditus ad fructuarium pertinent.*] sèment un léger doute, mais ne sont pas vraiment clairs. Pour notre propos, la position de Wächter est cependant secondaire, car il ne défend pas la même position que Cujas. L'auteur allemand ne conteste pas que le chasseur ait pu acquérir la propriété du gibier chassé sur le terrain d'autrui, malgré l'interdiction faite par le propriétaire. Il est simplement d'avis que le chasseur commet une faute non seulement par l'*ingredi*, mais même par le *venari*. En conséquence, le chasseur aurait pu garder le gibier attrappé, mais aurait dû dédommager le propriétaire du lieu. Cette position est basée sur le fait que les textes reproduits ci-avant semblent traiter le gibier comme le revenu — ou les fruits — du fonds. Pour beaucoup, ces textes ne concernent cependant pas un problème d'occupation, mais n'ont d'autre raison d'être que

Sur la question de l'intérêt de distinguer d'après la possibilité qu'avait le sanglier de se dépêtrer seul, un autre texte a régulièrement été invoqué (distinction  $\beta$ ) :

Gaius, *lib. 2 rer. cott.* [D. 41, 1, 5, 1 (83)] :

*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.*

Dans ce fragment, Gaius se demande si un animal sauvage appartient au chasseur dès le moment où il l'a blessé. Le jurisconsulte expose alors la position minoritaire de Trebatius. Pour ce dernier, le chasseur devait être considéré propriétaire du gibier dès et tant qu'il le pourchassait. Cette opinion ne semble cependant pas avoir obtenu la faveur des juris-

de régler les relations entre l'usufruitier et le nu-propriétaire [GÖPPERT, « C.R. Wächter, Das Jagdrecht und die Jagdvergehen », *Kritische Vierteljahrsschrift*, 13 (1871); SCHIRMER Th., « Kennen die Römer ein Jagdrecht des Grundeigentümers ? », *Zeitschrift für Rechtsgeschichte*, 11 (1873), pp. 311 et s. et « Noch einmal das Jagdrecht des Römischen Grundeigentümers », *ZSS*, 3 (1882), pp. 23 et s.; ACCARIAS C., *Précis de droit romain*, 3<sup>e</sup> édition, Paris, 1879, T. 1, p. 526 : « il n'y a pas à distinguer si la capture s'opère sur mon propre terrain ou sur le terrain d'autrui. Car les animaux qui passent sur un fonds ou même qui y vivent habituellement ne peuvent pas pour cela être considérés comme produits du fonds »; BRINZ A., *Lehrbuch der Pandekten*, 2. Band, Erlangen, 1879, § 148 (pp. 566 et s.); LANDUCCI L., « Il diritto di proprietà e il diritto di caccia », *AG*, 29 (1882), pp. 326 et s.; LANDUCCI L., « Caccia », *Enc. giur. it.*, III, I, 1, Milano, 1898, pp. 20 et s.; BRÜNNACK W., « Das Wesen des Rechts an der Jagd und der Fischerei nach deutschem und preußischem Recht », *Gruchots Beiträge zur Erläuterung des deutschen Rechts*, 16 (1872), pp. 182 et s.; WINDSCHEID B. et KIPP Th., *Lehrbuch der Pandekten*, 9. Aufl., 1906, § 184, note 5 (pp. 942 et s.); BONFANTE P., *Corso di diritto romano*, Roma, 1926, T. 2/2, pp. 57 et s. (Rist. Milano, 1968, pp. 77 et s.). Notons cependant que Bonfante revient à la position de Cujas (en tout cas pour le droit de Justinien), dans la mesure où il admet l'existence d'une réserve de chasse sur les terrains destinés à la chasse [*Corso*, pp. 58 et s. (*Rist.*, pp. 78 et s.)]; KASER M., « Occupatio », *RE*, Suppl. 7, Stuttgart, 1940, col. 685; LONGO C., *Le cose — la proprietà e i suoi modi d'acquisto*, (ristampa Milano, 1946), pp. 92 et s.; LOMBARDI G., « Libertà di caccia e proprietà privata in diritto romano », *BIDR*, 53-54 (1948), pp. 276 et s., pp. 290 et s. (301); VOCI P., *Modi d'acquisto della proprietà*, Milano, 1952, pp. 15 et s.; LONGO G., *Corso di diritto romano — i diritti reali*, Padova, 1962, pp. 90 et s.].

(83) V. aussi : Inst. J. 2, 1, 13 : *Illud quaesitum est, an, si fera bestia ita vulnerata sit, ut capi possit, statim tua esse intellegatur. quibusdam placuit statim tuam esse et eo usque tuam videri, donec eam persequaris, quodsi desieris persequi, desinere tuam esse et rursus fieri occupantis. alii non aliter putaverunt tuam esse, quam si ceperis. sed posteriore sententiam nos confirmamus, quia multa accidere solent, ut eam non capias.*

consultes classiques, pour lesquels il fallait que la bête soit attrapée. Par analogie, certains auteurs (84) en ont déduit que la position exposée ici par Gaius prouvait que la distinction de Proculus (β) devait être maintenue. Un animal sauvage qui a encore la possibilité de se dépêtrer de son piège reste — tout comme le gibier blessé — une *res nullius* susceptible d'être occupée par quiconque.

Nous reviendrons sur cette question au point suivant.

### C. Conclusions sur l'acquisition du gibier par « incidere in laqueum »

Comme nous l'écrivions plus haut (85), nous adhérons à l'idée que le chasseur peut devenir propriétaire du gibier en son absence, par le biais d'un piège qui se referme automatiquement sur l'animal sauvage. La question que nous nous proposons de résoudre ici, était de savoir si une telle acquisition ne nécessitait pas le respect de certaines autres conditions. C'est en tout cas ce que semble suggérer Proculus, quand il propose de distinguer d'après le lieu où le collet a été posé (α) et d'après la possibilité pour la bête de s'échapper (β).

Comme nous l'avons noté (86), la majorité des auteurs qui sont d'avis que Proculus renonce à ses distinctions, se basent sur l'idée que le lieu doit rester indifférent, quant à l'acquisition du gibier par *occupatio*. Il faut bien admettre que Doneau et ses partisans sont très convaincants à cet égard (87). Il apparaît en effet certain, que l'absence de permission — voire l'interdiction — du propriétaire n'empêche pas le chasseur de devenir propriétaire du gibier chassé sur le terrain du premier.

(84) V. en ce sens : DONELLUS H., *Opera Omnia*, T. 1, Romae, 1828, lib. 4, cap. 8, col. 692 : « *Nam si ita haesit, ut diutius luctando potuerit se expedire : non magis dici potest hunc captum esse aut meum fieri, quam feram bestiam ita vulneratam, ut capi posset, cum in utroque pariter accidere potuerit, ne caperetur* » ; GIPHANIUS H., *Lecturae altorphinae*, Francofurti, 1605, ad D. 41, 1, 55 (p. 384). À propos de la distinction de Proculus (β), van Giffen écrit : « *Puto tamen eam distinctionem esse veram, argumento ferae vulneratae a venatore. Nam si ita est vulnerata ut plane conciderit, nec amplius possit evadere, aut se sublevare, erit eius, qui vulneravit : alioqui eius, qui eam persecutus cepit. l. 5. §. 1. hoc. tit. Haec igitur distinctio, utrum in laqueo heserit aper ut expedire se non possit ipse an diutius luctando expediturus se fuerit, differentiam iuris adfert* » ; PININSKI L., *Der Thatbestand des Sachbesitzerwerbs*, T. 1, Leipzig, 1885, p. 66 : « (...) daß die Möglichkeit des *se expedire* des Tieres vollkommen gleichgültig sein sollte, ist mit Rücksicht auf die Entscheidung der l. 5 § 1 D. de a. r. d. 41, 1 höchst unwahrscheinlich ». Deux autres auteurs admettent la distinction (β) sans chercher d'appui dans un autre texte, v. : SALEILLES R., « Etude sur les éléments constitutifs de la possession », *Revue Bourguignonne de l'enseignement supérieur*, 3 (1893), pp. 30 et s. ; LANDUCCI L., « Caccia », *Enc. giur. it.*, III, I, 1, Milano, 1898, pp. 24 et s.

(85) V. *supra*, point 3.1.A.

(86) V. *supra*, point 3.1.B.

(87) V. *supra*, texte et notes 79 et s.

Faut-il pour autant en déduire que Proculus nous a fait perdre notre temps en avançant des distinctions inutiles ? Nous ne le pensons pas. C'est ici qu'il nous paraît opportun de rappeler l'opinion de Noodt (88). Pour ce dernier, si le collet a été placé ailleurs que sur un terrain privé propre ou avec consentement du propriétaire, le chasseur ne devient propriétaire du gibier pris au piège, qu'au moment où il s'en empare manuellement. Tout d'abord, constatons que cette position n'est pas tout à fait incompatible avec celle de Doneau. En effet, pour Noodt non plus, l'interdiction faite par le propriétaire n'empêche pas le chasseur de devenir propriétaire du gibier chassé chez le premier.

Ici, il nous faut opérer une distinction essentielle et que nous suggérerait déjà — bien que dans un autre contexte — Abraham Wieling (89) : il y a deux types différents d'acquisitions par *occupatio* qui sont en jeu ici. En effet, en règle générale, l'occupation du gibier se réalise par une *adprehensio* directe (90). Ce n'est que par exception, que l'on peut acquérir la propriété du gibier dès avant cette *adprehensio*. Et c'est précisément de cette exception que nous entretenons Proculus. Dès lors, puisque le mode d'occupation est exceptionnel, il est normal que les conditions à respecter soient légèrement plus strictes. Proculus ne tente donc aucunement de déroger à la règle d'après laquelle le sanglier est une *res nullius*, susceptible d'occupation où qu'elle soit. Il est d'ailleurs probable qu'une telle dérogation eut été difficilement concevable. Là où le jurisconsulte innove, c'est au niveau du mode d'acquisition par occupation.

La position de Noodt nous paraît donc être celle qu'il faut retenir, à propos de la première distinction ( $\alpha$ ) de Proculus. Elle est d'ailleurs tout à fait compatible avec l'affirmation : *summam tamen hanc puto esse, ut, si in meam potestatem pervenit, meus factus sit*. Par ces mots, Proculus a résumé les distinctions d'après le lieu et l'autorisation du propriétaire de l'endroit. Le chasseur ne peut être considéré avoir la *potestas* sur le sanglier, que si le collet lui est facilement accessible. Tel est le cas, s'il l'a tendu chez lui ou chez quelqu'un qui y a consenti.

Venons-en maintenant à l'autre distinction ( $\beta$ ) proposée par Proculus. Pour rappel, il s'agit de celle d'après laquelle il n'est pas indifférent que le sanglier soit en mesure — ou non — de se dépêtrer seul de son piège. La discussion de cette distinction est généralement délaissée par

(88) V. *supra*, texte et note 76.

(89) WIELING A., « Prætermissa ad Reinoldum », in *Iurisprudentia restituta*, Amstelædami, 1727, Pars posterior, p. 241 (*ad Pag. 187. init.*) : l'auteur oppose le *ius vulnerantis & persequentis* au *ius capientis*.

(90) Comme c'est le cas, par exemple, dans le fragment de Gaius (*lib. 2 rer. cott.*, D. 41, 1, 5, 1 ; v. *supra*, texte et note 83).

les auteurs. La plupart d'entre eux se sont contentés de constater l'inutilité de la distinction ( $\alpha$ ) soit pour en déduire que la distinction ( $\beta$ ) devait subir le même sort, soit pour passer la question complètement sous silence.

Comme nous l'écrivions plus haut (91), certains auteurs ont expressément justifié la validité de cette distinction ( $\beta$ ) par le recours au fragment de Gaius (*lib. 2 rer. cott.*, D. 41, 1, 5, 1). Il serait normal que le chasseur n'acquière pas la propriété du sanglier qui est en mesure de se libérer seul, tout comme il n'acquiert pas non plus la propriété du gibier simplement blessé. C'est ici la justification « *quia multa accidere possunt* » qui a été mise en avant. L'auto-libération du sanglier serait une de ces circonstances qui « *accidere possit* ».

À première vue, l'analogie semble plausible. À notre avis, elle est cependant un peu hâtive. En effet, comme dans le cadre de la discussion de la distinction ( $\alpha$ ), il nous faut rappeler que Proculus nous entretient d'un mode particulier d'acquisition par occupation. Or dans le fragment de Gaius, il est certain que le mode d'acquisition en question est l'occupation par *adprehensio* directe. Par ailleurs, un animal pris au piège n'est pas un animal blessé. L'animal blessé court toujours, alors que l'animal pris au piège, même s'il lui reste la possibilité — après une longue lutte (*diutius luctando*) — de s'échapper seul, est réduit à l'immobilité.

Il faut ici prendre un peu de recul. Le fragment de Proculus est, depuis toujours, étudié principalement dans le cadre de deux problématiques distinctes : les auteurs s'y sont intéressés, soit parce qu'il y est question d'une *actio in factum*, soit parce que le texte offre un cas particulier d'occupation de gibier. Les premiers se sont relativement peu intéressés aux distinctions proposées par Proculus, dans la mesure où elles sont relativement secondaires par rapport à la question qui les a occupés au premier chef : quelle est la nature de cette *actio in factum* (92) ? Les seconds, obnubilés par le problème de l'acquisition de propriété du sanglier, semblent avoir perdu de vue que Proculus propose ses distinctions ( $\alpha\beta$ ) après avoir posé trois questions différentes : Le chasseur a-t-il acquis la propriété [1] ; l'a-t-il perdue par le fait de la libération par le passant [2] ; a-t-il une action contre ce dernier [3] ? Or rien n'oblige le lecteur de croire que les distinctions ( $\alpha\beta$ ) concernent exclusivement la question [1]. À notre avis, la distinction ( $\beta$ ) ne concerne d'ailleurs pas un problème d'acquisition de propriété, mais intervient plutôt dans la résolution des questions [2] et [3]. Nous pensons donc que le chasseur est déjà propriétaire du sanglier pris dans un

(91) V. *supra*, texte et note 83.

(92) Sur cette question, v. *infra*, 3.3.A.

collet dont il pourrait s'échapper, en luttant de manière acharnée. Il nous faut cependant reporter l'approfondissement de l'étude de la distinction ( $\beta$ ) aux points ultérieurs.

### 3.2. — *Comment le chasseur perd-il la propriété du sanglier ?*

La perte de la propriété des animaux sauvages ne semble jamais avoir fait l'objet de grandes polémiques. La situation est ici relativement plus claire (93).

Dans le cadre de notre fragment, deux cas sont possibles : soit le passant remet l'animal en liberté (A), soit il l'emporte (B). Examinons ces deux cas individuellement.

#### A. *Le passant libère le sanglier*

Parmi les animaux sauvages (94), on distingue traditionnellement entre les animaux apprivoisés et ceux qui ne le sont pas (95). Si les premiers demeurent en propriété tant qu'ils ont l'*animus revertendi*, les

(93) Pour la doctrine sur ce sujet, v. : ORTOLAN M., *Explication historique des Instituts de l'empereur Justinien*, 3<sup>e</sup> édition, Paris, 1844, T. 1, pp. 362 et s.; BARON J., « Zur Lehre vom Erwerb und Verlust des Besitzes », *Jher.Jb.*, 7 (1865), pp. 118 et s.; DEMANGEAT Ch., *Cours élémentaire de droit romain*, 2<sup>e</sup> édition, Paris 1866, T. 1, pp. 436 et s.; ACCARIAS C., *Précis de droit romain*, 3<sup>e</sup> édition, Paris, 1879, T. 1, pp. 326 et s.; CZYHLARZ K., in Glück, *Ausführliche Erläuterungen der Pandekten*, L. 41-42, I, Erlangen, 1887, pp. 43 et s. (§ 1727 b.); LANDUCCI L., « Caccia », *Enc. giur. it.*, III, I, 1, Milano, 1898, pp. 13 et s.; BONFANTE P., *Corso di diritto romano*, Roma, 1926, T. 2/2, pp. 56 et s. (Rist. Milano, 1968, pp. 75 et s.); KASER M., « Occupatio », *RE*, Suppl. 7, Stuttgart, 1940, col. 685; LONGO C., *Le cose — la proprietà e i suoi modi d'acquisto*, (ristampa Milano, 1946), pp. 90 et s.; VOCI P., *Modi d'acquisto della proprietà*, Milano, 1952, p. 13; BURDESE A., *Manuale di diritto privato romano*, Torino, 1975 (3<sup>e</sup> édition), pp. 321 et s.; ZAMORANI P., *Possessio e animus*, I, Milano, 1977, pp. 15 et s.; FRANCIOSI G., « Occupazione (storia) », *ED*, 29, Milano, 1979, pp. 612 et s.; KUNKEL W. et MAYER-MALY Th., *Römisches Recht*, 4. Aufl., Berlin-Heidelberg, 1987, pp. 164 et s.; GUARINO A., *Diritto privato romano*, 9<sup>e</sup> éd., Napoli, 1992, n° 58.8 (pp. 654 et s.); BORKOWSKI A., *Textbook on Roman Law*, London, 1994, pp. 175 et s.

(94) Les animaux domestiques ne sont jamais considérés comme une *res nullius*, et partant, échappent à la réglementation dont il est question ici.

(95) Cette distinction est fondée, notamment, sur le texte des Institutes de Gaius, 2, 67 s. : *Itaque si feram bestiam aut volucrem aut piscem ceperimus, quidquid (?) captum fuerit, id nostrum esse incipit (?) et eo usque nostrum esse intellegitur, donec nostra custodia coerceatur. cum vero custodiam nostram evaserit et in naturalem se libertatem receperit, rursus occupantis fit, quia nostrum esse desinit; naturalem autem libertatem recipere videtur, cum aut oculos nostros evaserit, aut licet in conspectu sit nostro, difficilis tamen eius persecutio sit.* 2, 68 : *In iis autem animalibus, quae ex consuetudine abire et redire solent, veluti columbis et apibus, item cervis qui in silvas ire et redire solent, talem habemus regulam traditam, ut si revertendi ani-*



seconds supposent que le maître les garde dans sa *custodia*. Quand la *custodia* — ou l'*animus revertendi* — vient à faire défaut, les animaux sauvages — ou apprivoisés — sont dits retrouver leur liberté naturelle. Pour les animaux apprivoisés, cela signifie qu'ils retournent à l'état sauvage. Dans les deux cas, l'animal redevient une *res nullius*, occupable par quiconque.

Dans le cas proposé par Proculus, le sanglier n'était pas un animal apprivoisé. S'il retrouve sa liberté naturelle, c'est donc simplement en échappant à la *custodia* du propriétaire et en retrouvant sa liberté naturelle :

Gaius, *lib. 2 rer. cott.* (D. 41, 1, 3, 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.*

Le retour à la liberté naturelle peut s'effectuer tant par le seul fait de l'animal, que suite à l'intervention d'un tiers (96). Ce qui compte, c'est qu'en fait, l'animal sauvage ait retrouvé sa liberté naturelle, peu importe la manière dont ceci s'est déroulé :

Gaius, *lib. 2 rer. cott.* (D. 41, 1, 5 pr.) :

*Naturalem autem libertatem recipere intellegitur, cum vel oculos nostros effugerit vel ita sit in conspectu nostro, ut difficilis sit eius persecutio.*

À notre avis, c'est ici qu'il faut voir une similitude (97) avec la distinction (β) proposée par Proculus. En effet, quelle différence y a-t-il entre un sanglier qui s'échappe (seul ou avec l'aide d'un tiers) de la cage dans laquelle je l'avais enfermé, et celui qui s'échappe du piège que je lui avais tendu, et dans lequel il était empêtré ? À notre avis, le fait que l'animal soit en mesure — *diutius luctando* — de se libérer seul n'est pas un critère décisif pour distinguer ces deux cas. Il nous semble en effet que cette possibilité peut exister aussi bien dans le cas de l'animal mis en cage, que dans le cas de l'animal pris au piège.

En conséquence, le chasseur qui a placé un collet sur un terrain privé lui appartenant — ou sur le terrain d'autrui avec son autorisation (98) — détient la *custodia* sur le gibier qui y est pris. Et cela est le

---

*mum habere desiderint, etiam nostra esse desinant et fiant occupantium ; revertendi autem animum videntur desinere habere, cum revertendi consuetudinem deseruerint.*

(96) V. : DEMANGEAT Ch., *Cours élémentaire de droit romain*, 2<sup>e</sup> édition, Paris, 1866, T. 1, p. 437 ; ACCARIAS C., *Précis de droit romain*, 3<sup>e</sup> édition, Paris, 1879, T. 1, p. 526 ; CZYHLARZ K., in GLÜCK, *Ausführliche Erläuterungen der Pandekten*, L. 41-42, I, Erlangen, 1887, p. 45.

(97) Et non avec le texte immédiatement consécutif : D. 41, 1, 5, 1. V. *supra*, texte et note 83.

(98) Sur cette condition, v. *supra*, texte et notes 61 et 5.

cas dès le moment où l'animal est pris au piège, nonobstant la possibilité qu'il aurait de s'échapper *diutius luctando*. Cette situation ne pose d'ailleurs aucun problème pratique, puisque si le chasseur ne relève pas le piège avant que le gibier ait réussi à s'échapper, ce dernier retrouve — comme le veut la règle générale — sa liberté naturelle, et redevient une *res nullius*.

Comme nous le constatons déjà pour la distinction (α) (99), nous ne croyons pas pour autant que la distinction (β) proposée par Proculus soit inutile. Simplement, nous pensons qu'elle ne concerne pas les problèmes d'acquisition de propriété et d'occupation (question 1), mais plutôt celui de l'octroi ou non de l'*actio in factum* (question 3), que nous allons envisager au point suivant (100).

### B. *Le passant emporte le sanglier*

Si le passant avait gardé le sanglier, au lieu de le relâcher — ce qui constitue la première hypothèse envisagée par Proculus (A) — le chasseur en serait resté propriétaire. En conséquence, c'est une *actio furti* qu'il aurait pu intenter contre le passant.

Cette idée a été remise en cause par Schirmer (101), et plus récemment par Hughes (102). Pour ce dernier, deux principes contradictoires doivent être confrontés : — « la propriété ne peut pas être acquise ou perdue par un vol » ; et — « la perte de la possession de l'animal sauvage entraîne la perte de la propriété sur celui-ci ». Il propose de concilier ces principes de la manière suivante : Le chasseur cesse de posséder l'animal sauvage volé. Le voleur n'en est pas propriétaire. L'animal est donc redevenu une *res nullius*, occupable par le voleur, qui en devient propriétaire. L'auteur conclut cependant en admettant que ni sa thèse, ni la thèse opposée, ne trouvent de confirmation explicite dans les sources.

À notre avis, il faut pourtant rejeter la solution imaginée par Hughes. Les deux principes ne sont contradictoires que si le second principe est : « la perte de la possession de l'animal sauvage entraîne la perte de la propriété sur celui-ci ». Comme nous l'écrivions plus haut, la perte de la propriété de l'animal est liée à la perte de la *custodia* sur celui-ci. Or il y a perte de la *custodia* quand l'animal a recouvré sa liberté naturelle. Contrairement à Hughes, nous croyons pas que ce retour à la liberté

(99) V. *supra*, point 3.1.

(100) V. *infra*, 3.3.B.

(101) SCHIRMER Th., « Noch einmal das Jagdrecht des Römischen Grundeigentümers », ZSS, 3 (1882), p. 31.

(102) HUGHES D., « Furtum ferum bestiarum », *Irish Jurist*, 9 (1974), pp. 188 et s.

naturelle soit simplement un exemple illustratif (103). Cela nous semble au contraire être une condition indispensable pour que l'animal puisse redevenir une *res nullius* occupable. Gaius (D. 41, 1, 3, 2) semble d'ailleurs bien mettre les deux conditions sur un même pied : *Cum vero evaserit custodiam nostram et in naturalem libertatem se receperit, nostrum esse desinit et rursus occupantis fit.*

Le second principe nous semble dès lors devoir être exprimé comme suit : — le propriétaire de l'animal sauvage en perd la propriété, lorsque ce dernier échappe à sa *custodia* en retrouvant sa liberté naturelle. Une telle compréhension de la règle nous paraît plus conforme aux textes et n'entre pas en contradiction avec le premier principe énoncé par Hughes. Cela évite également de devoir imaginer que le vol d'un animal sauvage capturé n'est pas un vol.

De plus, il nous semble que l'idée d'après laquelle le *furtum* d'une *fera bestia* était quelque chose de tout à fait anodin, est confirmé par un autre texte de Gaius [D. 41, 1, 5, 1 : (...) *itaque si per hoc tempus, quo eam persequimur, alius eam ceperit eo animo, ut ipse lucrifaceret, furtum videri nobis eum commississe* (104)].

Ce texte porte sur la controverse concernant le moment de l'acquisition de l'animal sauvage poursuivi par le chasseur. En est-il propriétaire dès le moment où il l'a blessé, ou doit-il l'appréhender ? La réponse à cette question a été qu'il ne suffisait pas de le blesser. Mais ce qui nous intéresse particulièrement dans ce fragment, c'est qu'au moment d'exposer le cas de l'animal poursuivi par un chasseur est appréhendé par un autre, c'est de *furtum* qu'il est question. Or la seule chose qui ait été rejetée par la doctrine majoritaire, c'est bien que l'acquisition de la propriété ait lieu dès le moment où l'animal poursuivi est blessé. Le fait que si la propriété était acquise au chasseur, c'était une *actio furti* qu'il pouvait intenter contre celui qui lui soustrayait l'animal, semble au contraire avoir été une idée tout à fait anodine (105).

(103) Sur cette *naturalis libertas*, v. : CZYHLARZ K., in GLÜCK, *Ausführliche Erläuterungen der Pandekten*, L. 41-42, I, Erlangen, 1887, pp. 44 et s.

(104) Pour le texte entier, v. *supra*, texte et note 83.

(105) Dans le même sens, v. : LANDUCCI L., « Caccia », *Enc. giur. it.*, III, I, 1, Milano 1898, p. 13 texte et note 6 ; SCIALOJA V., *Teorie della proprietà*, vol. 2, Roma, 1931, p. 36 ; VOCI P., *Modi d'acquisto della proprietà*, Milano, 1952, p. 14. Pour cet auteur, le recours à l'*actio in factum* se justifie précisément par l'absence d'*animus lucri faciendi* dans le cas où le passant a simplement relâché le sanglier. *A contrario* cet *animus* est-il présent dans le cas où le passant l'emporte. V. également : DONAHUE Ch. Jr, *Animalia ferae naturae*, Studies A.A. Schiller, Leiden, 1986, p. 47.

### C. Conclusions sur la perte de la propriété du sanglier

Ce n'est donc que si le passant libère le sanglier, que le chasseur en perd la propriété. Dans ce cas, il aura droit à une *actio in factum*. En revanche, si le passant emporte le sanglier, le chasseur aura une *actio furti*. Cette dernière action ne pose pas de problème particulier. La nature exacte de l'*actio in factum* a, quant à elle, fait l'objet d'une polémique sur laquelle nous allons nous attarder un instant.

#### 3.3. — L'*actio in factum*

Le fait même que Proculus accordait une *actio in factum* contre celui qui a libéré l'animal pris dans son piège ne fait aucun doute, et n'a jamais été discuté. Là où il reste des zones d'ombres, c'est d'une part, quant à la nature exacte de cette action, et d'autre part, quant aux circonstances précises dans lesquelles elle doit être accordée.

##### A. La nature de l'*actio in factum*

La nature de l'*actio in factum* fait depuis longtemps l'objet d'une controverse aiguë. Existe-t-il une *actio in factum* « indépendante », ou est-elle nécessairement basée sur une autre action, préexistante ? Ce n'est pas ici le lieu de tenter de trancher en quelques lignes, une controverse qui a déjà fait couler beaucoup d'encre. Nous nous contenterons donc de dresser le cadre des positions qui ont été défendues en la matière, à propos du fragment qui nous intéresse plus particulièrement.

La doctrine plus ancienne, avec Cujas (106), van Giffen (107) et Noodt (108) est résolument d'avis que l'*actio in factum* dont il est question dans notre fragment devait s'entendre dans le sens d'*actio utilis legis Aquiliae*.

Noodt se pose explicitement la question du dommage occasionné *non corpori*, c'est-à-dire celui qui n'entraîne aucune lésion au *corpus*. Dans ce cas, affirme-t-il, l'*actio legis Aquiliae* — qu'elle soit *directa* ou *utilis* — ne peut suffire. Il faut alors recourir à une *actio in factum* (109).

(106) CUIACIUS J., *Operum postumorum*, T. 7, Neapoli, 1722, ad D. 19, 5, 14, col. 851.

(107) GIPHANIUS H., *Lecturae altorphinae*, Francofurti, 1605, ad D. 41, 1, 55, pp. 383 et s.

(108) NOODT G., *Opera omnia*, Lugduni Batavorum, 1724, *Ad legem Aquiliam*, lib. sing., cap. 18, pp. 164 et s.

(109) NOODT G., *op. cit.*, p. 164. L'auteur cite ici librement un texte des Institutes de Justinien : I.J. 4, 3, 16 : « *Quid si non corpore datum fuerit damnum, neque corpus laesum sit, sed alio modo alicui damnum contigerit? hic quum non sufficiat neque directa, neque utilis Legis Aquiliae actio : placere, eum qui obnoxius fuerit, in factum actione Jure Praetorio in Subsidiium teneri* ». Il renvoie également à deux

Paradoxalement, Noodt est cependant d'avis que dans le cas de notre fragment, l'*actio in factum* dont parle Proculus doit nécessairement se comprendre comme étant une *actio utilis legis Aquiliae*. Il justifie cela par le fait que la liberté rendue au sanglier faisait échapper ce dernier à la propriété du chasseur. Or une telle perte de propriété revient au même, d'après Noodt, que si le passant avait tué l'animal.

La rupture de la belle unanimité de la doctrine sur ce point semble pouvoir être imputée à Pernice. Alors qu'en 1867 (110), il écrivait encore à propos de certains fragments, dont le nôtre :

« In allen diesen Fällen ist der Gesichtspunkt des *damnum* offenbar in einseitiger Weise hervorgekehrt und darum über die substantielle Verletzung der Sache hinweggesehen, welche überall sonst — wenigstens für das dritte Capitel — die Grundlage bildete. Dennoch ist auch hier der ursprüngliche Standpunkt immer noch einigermaßen festgehalten. Denn allenthalben ist die unbefugte Einwirkung des Schuldigen auf eine fremde körperliche Sache die Veranlassung eines Vermögensschadens. Und damit ist die äußerste Grenze der Haftung *ex lege Aq.* nach reinem römischen Rechte erreicht ».

Bien des années après avoir estimé que l'*actio in factum* (accordée au chasseur dans notre fragment) était une application de la *lex Aquilia*, Pernice fait pourtant l'affirmation suivante (111) :

« Eine wahre *petitio principii* aber ist es, wenn man etwa auch die *a. in factum* des Proculus in fr. 55 de ARD. 41, 1 (...) oder auch nur die des Sabinus fr. 7 § 21 ad l. Aq. 9, 2 als aquilische Klagen auffaßt ».

L'auteur a donc complètement changé sa position. Il semble avoir été le premier à penser que l'*actio in factum* en question pouvait n'avoir aucun rapport avec la *lex Aquilia*. En cela, il sera bientôt suivi par Karlowa (112). Pour ce dernier, l'*actio in factum* n'est pas *ad exemplum legis Aquiliae*, mais une action indépendante. Cette position sera suivie par bon nombre d'auteurs (113).

---

textes du Digeste : PAUL., *lib. 2, ad Plaut.* (D. 9, 2, 33, 1) : *In damnis, quae lege Aquilia non tenentur, in factum datur actio* ; et POMP., *lib. 39 ad Q. Muc.* (D. 19, 5, 11) : *Quia actionum non plenus numerus esset, ideo plerumque actiones in factum desiderantur. sed et eas actiones, quae legibus proditae sunt, si lex iusta ac necessaria sit, supplet praetor in eo quod legi deest : quod facit in lege Aquilia reddendo actiones in factum accommodatas legi Aquiliae, idque utilitas eius legis exigit.*

(110) PERNICE A., *Zur Lehre von den Sachbeschädigungen*, Weimar, 1867, p. 157.

(111) PERNICE A., *Labeo*, II, 1, 2. Aufl., Halle 1895, p. 211, note 1.

(112) KARLOWA O., *Römische Rechtsgeschichte*, T. II, Leipzig, 1901, p. 1337.

(113) V. en ce sens : DE FRANCISCI P., *Συνάλλαγμα*, vol. 2, Pavia, 1916, p. 85 et s. ; VON LÜBTOW U., « Die bei Befreiung eines gefesselten Sklaven eingreifende actio », *Mélanges Meylan I*, Lausanne 1963, pp. 211 et s. (221) ; du même auteur : *Untersuchungen zur lex Aquilia de damno iniuria dato*, Berlin, 1971, pp. 180 et s. (183) et « Die Aktionen im Umkreis der 'lex Aquilia' », *Labeo*, 30 (1984), pp. 317

Dans la même brèche ouverte par Pernice, s'est également engouffré Rotondi (114). Plutôt que d'y voir une *actio in factum* indépendante, ce dernier défend l'idée que cette action devait être basée sur l'*actio doli* (115).

L'idée qu'il s'agit au contraire d'une *actio in factum ad exemplum legis Aquiliae*, garde cependant également un certain nombre de fidèles (116).

À notre avis, c'est la thèse de l'*actio in factum* indépendante qui respecte le mieux les textes (117). Nous ne pouvons pas suivre Noodt, lorsqu'il affirme qu'il revient au même de perdre la propriété, ou de voir tuer le sanglier. Cela créerait, une distinction entre le cas de la coupe (*poculum*) et celui du sanglier. En effet, si le chasseur perd la propriété du sanglier qui a été relâché, on ne peut pas en dire autant de la coupe lancée à la mer. Or c'est précisément l'analogie entre ces deux cas qui a poussé Proculus à octroyer une *actio in factum* contre le passant. Ce

---

et s. (322); LONGO G., « Appunti esegetici e note critiche in tema di lex Aquilia », in *Ricerche romanistiche*, Milano, 1966, pp. 719 et s.; KRAMPE Ch., *Proculi Epistulae*, Karlsruhe 1970, pp. 66 et s.; PAUW P., « Actio in factum and the Lex Aquilia », *The South African Law Journal*, 97 (1980), p. 292; HAUSMANINGER H., *Schadenersatzrecht der Lex Aquilia*, 5. Aufl., Wien, 1996, pp. 16 et s.; ZIMMERMAN R., *The Law of Obligations*, Cape Town, 1990, pp. 986 et s.

(114) ROTONDI G., « Theorie postclassiche sull'actio legis Aquiliae », *Scritti giuridici*, vol. 2 (Paru également dans : *Ann. Perugia*, 1914), Milano, 1922, pp. 447 et s. (455).

(115) Rotondi est suivi en cela par : NIEDERLÄNDER H., « Die Entwicklung des furtum und seine etymologischen Ableitungen », *ZSS*, 67 (1950), pp. 232 et s.; WATSON A., « Actio de dolo and actiones in factum », *ZSS*, 78 (1961), pp. 395 et s. *Contra* : ACCARIAS C., *Précis de droit romain*, 3<sup>e</sup> édition, Paris, 1879, T. 1, p. 526, note 4, pour qui l'*actio in factum* et l'*actio doli* devaient plutôt s'exclure, la première ne trouvant application qu'en l'absence de dol.

(116) V. ALBANESE B., « Studi sulla legge Aquilia », *Ann. Palermo*, 21 (1950), p. 84; SELB W., « Formulare Analogien in actiones utiles und actiones in factum vor Julian », *Studi Sanfilippo*, V, Milano 1984, p. 746.

(117) Que tel ait été le cas sous Justinien, semble attesté à suffisance par le texte des Institutes cité par NOODT (I.J. 4, 3, 16; v. *supra*, note 109). Le texte correspondant des Institutes de GAÏUS (Gai. Inst. 3, 219 : « *Ceterum placuit ita demum ex ista lege actionem esse, si quis corpore suo damnum dederit; ideoque alio modo damno dato utiles actiones dantur, velut si quis alienum hominem aut pecudem incluserit et fame necaverit, aut iumentum tam vehementer egerit, ut rumperetur; item si quis alieno servo persuaserit, ut in arborem ascenderet vel in puteum descenderet, et is si ascendendo aut descendendo ceciderit, aut mortuus fuerit aut aliqua parte corporis laesus sit. sed si quis alienum servum de ponte aut ripa in flumen proiecerit et si suffocatus fuerit, hic quoque corpore suo damnum dedisse eo, quod proiecerit, non difficiliter intellegi potest* ») ne comporte pas le passage où il est dit qu'en cas de dommage réalisé « *neque corpus laesum fuerit* », il y a lieu à une action *in factum*, qui n'est ni une *actio directa*, ni une *actio utilis Aquilia*. Il reste cependant vrai que dans le texte de Gaius, l'action de la *lex Aquilia* semble ne s'être appliquée qu'aux cas dans lesquels le *corpus* a subi une lésion.

qui a permis au jurisconsulte d'appliquer — par analogie — la solution du *poculum* à notre fragment, c'est le fait que le dommage subi ne portait pas atteinte au *corpus* du bien appartenant à la victime.

Quoiqu'il en soit, ce qui nous intéresse au premier chef, c'est que l'action soit octroyée en réparation d'un dommage causé fautivement. Le fait que cette action soit fondée sur la *lex Aquilia* ou non est secondaire, dans le cadre d'une étude sur le dépassement de causalité.

### B. *Quand l'actio in factum* était-elle accordée ?

Dans quelles conditions, le chasseur dispose-t-il d'une *actio in factum* contre le passant qui a libéré le sanglier pris au piège ? Comme le dit clairement Proculus, une telle action n'a de sens que si l'on peut considérer que le chasseur est devenu propriétaire de l'animal. À notre avis (118), il n'en est ainsi que si le chasseur a tendu son collet sur un terrain lui appartenant personnellement, ou sur celui d'un autre particulier, mais avec la permission de ce dernier.

Dans un deuxième temps, il faut que le chasseur ait perdu la propriété du sanglier par le fait du passant. Cela est le cas par le fait même du retour du sanglier dans son état de liberté naturelle (119). Par contre, l'*actio furti* doit être préférée à l'*actio in factum*, si le passant emporte le sanglier (120).

Par la perte de la propriété sur le sanglier qui retrouve sa liberté naturelle, le chasseur subit donc un dommage qui a la particularité d'être *non corpori*.

C'est ici qu'intervient, selon nous, la distinction (β) proposée par Proculus. Quand le jurisconsulte précise qu'il faudra vérifier si le sanglier n'aurait pas pu se dépêtrer seul de son piège, il vise, à notre sens, la possibilité de disculper le passant en se fondant sur l'idée que le chasseur aurait de toute façon perdu le sanglier (121).

L'idée est la suivante : en libérant le sanglier, le passant a causé un dommage au chasseur. Mais s'il s'avère que le sanglier aurait pu se libérer seul — *diutius luctando* — le chasseur aurait de toute façon subi la

(118) V. *supra*, 3.1.

(119) V. *supra*, 3.2.

(120) V. *supra*, 3.2.B.

(121) Le fait que notre fragment applique une idée de ce type a déjà été défendu par NIEDERMEYER (« Studie zu den wissenschaftlichen Grundlagen der Lehre von der Mora seit Sabinus », in *Festschrift Fritz Schulz*, Weimar, 1951, T. I, p. 417, note 3) et WILLVONSEDER (*Die Verwendung der Denkfigur der « condicio sine qua non » bei den römischen Juristen*, Wien-Köln-Graz, 1984, p. 160).

perte de la propriété de ce sanglier. Le dommage n'a donc été qu'anticipé par l'acte du passant, et ce dernier ne peut en être tenu.

#### 4. — CONCLUSIONS

##### 4.1. — *Résumé de notre position sur le fragment*

Un chasseur a tendu un collet. Un sanglier s'y empêtre. Un passant défait le nœud. Quelles actions le chasseur pourra-t-il intenter contre le passant ?

Il y a premièrement l'*actio furti*. Pour qu'il y ait un *furtum*, il faut nécessairement que le chasseur soit déjà devenu propriétaire du sanglier, et que le passant l'ait emporté.

Comme nous l'avons vu, Proculus estime que le chasseur peut devenir propriétaire du sanglier par le simple fait qu'il est pris dans le collet. Pour qu'il en soit ainsi, il faut que le collet ait été tendu sur un terrain appartenant au chasseur lui-même, ou sur celui de quelqu'un qui a donné son accord au chasseur.

Par le fait qu'il emporte le sanglier qui est la propriété du chasseur, le passant commet donc un *furtum*.

La seconde action possible est l'*actio in factum*. Pour cette dernière, il faut également que le chasseur ait déjà été propriétaire du sanglier au moment de l'intervention du passant. Les mêmes conditions de lieu et d'autorisation doivent donc être respectées.

À la différence de l'*actio furti*, l'*actio in factum* convient lorsque le passant, au lieu de l'emporter, ne fait que rendre au sanglier sa liberté naturelle. Dans ce cas, il est tenu compte du dommage subi par le chasseur, par le fait qu'il perd la propriété du sanglier. En retrouvant sa liberté naturelle, le sanglier redevient une *res nullius*. Le dommage subi par le chasseur a donc la particularité d'être *non corpori*. C'est pour cette raison que Proculus accorde une *actio in factum*, plutôt qu'une *actio legis Aquiliae*.

Proculus fait encore une précision dans le cadre de l'application de l'*actio in factum* : Lorsque le sanglier se serait dépêtré tout seul, si le passant ne l'y avait pas aidé, ce dernier ne peut être tenu pour responsable de la perte du sanglier. Dans ce cas, le chasseur aurait de toute façon perdu la propriété du sanglier, et n'a donc pas subi de dommage par la faute du passant. Cette dernière précision fait donc appel au dépassement de causalité.



4.2. — *Conclusions sur le dépassement de causalité*

Notre fragment s'explique donc partiellement par le dépassement de causalité. Cette constatation a déjà été faite par Niedermeyer (122) et Willvonseder (123).

Notons que pour qu'il puisse effectivement être question de dépassement de causalité dans le cas du sanglier, certains préalables ont dû être établis. Il nous a fallu admettre :

1. Que l'acquisition du sanglier pouvait se faire par le simple *incidere in laqueum*. (V. *supra*, 3.1.A.)

2. Que les distinctions faites n'étaient pas rendues inutiles pas l'affirmation : « *summam tamen hanc puto esse, ut, si in meam potestatem pervenit, meus factus sit.* » (V. *supra*, 3.1.B.)

3. Que cette acquisition ne dépendait pas de la capacité du sanglier à se dépatrer seul du collet. (V. *supra*, 3.1.C. ; 3.2.A. ; 3.3.B.)

Si l'on admet ces préalables, on constate que Proculus fait application du dépassement de causalité dans notre fragment.

En effet, au moment où le passant arrive près du sanglier pris dans le collet, celui-ci se débat. Voyant que le sanglier est de toute façon sur le point de se libérer, le passant anticipe cette libération en défaisant le collet. Ce faisant, il anticipe également la perte de la propriété du sanglier par le chasseur. Dans le cas présent, la perte de la propriété est assimilée à un dommage, et c'est pour cela que l'on peut parler de dépassement de causalité.

L'acte du passant constitue donc un fait dommageable effectif, qui dépasse le fait dommageable hypothétique constitué par la lutte menée par le sanglier.

La situation est ici identique à celle que nous avons rencontrée dans le cas de l'incendie qui aurait de toute façon détruit la maison, abattue anticipativement par le voisin (124).

Dans les deux cas, le fait dommageable effectif est constitué d'un acte fautif humain : d'une part l'abattage de la maison, et d'autre part la libération du sanglier. Dans les deux cas également, le fait domma-

(122) NIEDERMEYER H., « Studie zu den wissenschaftlichen Grundlagen der Lehre von der Mora seit Sabinus », in *Festschrift Fritz Schulz*, Weimar, 1951, T. I, p. 417, note 3.

(123) WILLVONSEDER R., *Die Verwendung der Denkfigur der « condicio sine qua non » bei den römischen Juristen*, Wien-Köln-Graz, 1984, p. 160. L'auteur admet cependant qu'il n'est pas sûr que Proculus ait réellement songé au dépassement de causalité. La distinction d'après que le sanglier aurait pu se libérer seul ou non pourrait également être analysée sous l'angle de la *potestas* sur le sanglier.

(124) V. *supra*, au chapitre premier, notre exégèse du fragment d'Ulpien (D. 43, 24, 7, 4).

geable effectif est postérieur au déclenchement du fait dommageable hypothétique : d'une part l'incendie et d'autre part la lutte du sanglier.

Dans les deux cas encore, le fait dommageable hypothétique n'a pas l'occasion de causer le dommage prévu : d'une part la maison est abattue avant de brûler et d'autre part le sanglier est libéré avant qu'il ne se dépêtre seul.

Dans les deux cas toujours, la réalisation du fait dommageable hypothétique n'aurait pas permis à celui qui a subi le dommage de revendiquer une réparation : ni l'incendie, ni la lutte du sanglier ne permettaient cela.

Dans les deux cas enfin, la réalisation du dommage est anticipée par le fait dommageable effectif, et n'est pas sujette à réparation : ni l'interdit *q.v.a.c.*, ni l'*actio in factum* ne seront accordés.

Dans le cas du sanglier, comme dans celui de l'incendie, l'existence d'un fait dommageable hypothétique antérieur (de type : cas fortuit), fait que l'auteur du fait dommageable effectif ne sera pas tenu pour responsable du dommage causé.

Une dernière précision doit encore être faite à propos de l'applicabilité du schéma de dépassement causal au cas où le passant emporte le sanglier. Peut-on imaginer qu'il y a lieu à dépassement de causalité dans le cadre de l'*actio furti* ?

Rien ne s'y oppose. Il est vrai qu'en raison de notre position sur la distinction (β), on aurait pu en douter. En effet, comme nous venons de le rappeler, nous pensons que le chasseur devient propriétaire du sanglier même si ce dernier peut encore, *diutius luctando*, se dépêtrer seul de son collet. En conséquence, en emportant un tel sanglier, le passant emporte une *bestia* qui est certes *fera*, mais qui n'est plus une *res nullius*. On est dès lors tenté de conclure qu'il y a un *furtum*.

Mais ici aussi, l'idée que la chose aurait de toute façon péri pour son propriétaire nous paraît devoir être appliquée. Le délit disparaît, lorsqu'il porte sur une chose qui va de toute façon périr.

Bref, d'après nous, l'*actio furti* sera refusée dans le cas où le passant emporte un animal qui allait de toute façon s'échapper.

**B. — Exégèse de Paul., lib. 54 ad edictum,  
(D. 47, 9, 4, pr. + 1)**

*Pedius posse etiam dici ex naufragio rapere, qui, dum naufragium fiat (125), in illa trepidatione rapiat.*

(125) Alors que dans la Florentine, on trouve « *dum naufragium fiat* », la Vulgate nous offre différentes leçons. Ainsi, des deux manuscrits parisiens (Bibliothèque

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 diripuisse aliqua ex illo probantur. et facile, ut opinor, constitui potest : nam plurimum interest, peritura collegerint an quae servari possint flagitiose invaserint. (...) »*

## 1. — CONTENU DU TEXTE

Ce fragment de Paul est extrait du même titre du Digeste que le fragment d'Ulpien (D. 47, 9, 3, 7) que nous avons déjà vu. Il s'agit du titre consacré à l'édit « *de incendio ruina naufragio rate nave expugnata* ». Le jurisconsulte nous relate d'abord l'avis de Pédus, d'après lequel ravir dans un naufrage, c'est ravir dans la terreur qui précède immédiatement le naufrage.

Paul cite alors un rescrit qu'il attribue à l'empereur Antonin, concernant ceux qui pillent pendant le naufrage. Il avait été demandé à l'empereur à quelle peine devait être condamné celui qui a pillé le navire naufragé. Antonin répondit qu'il était facile de voir qu'il y avait lieu de distinguer entre ceux qui ont recueilli quelque chose qui va périr, et ceux qui se sont saisi honteusement d'un bien qui peut se conserver.

## 2. — CRITIQUE DE TEXTE

Si l'on porte son attention aux leçons des manuscrits de Paris, de Bamberg et du Vatican, on constate que le *principium* porte : *Pedius posse etiam dici ex naufragio rapere, qui, cum nondum naufragium fiat, in illa trepidatione rapiat* (126). Cette leçon place plus clairement le délit dans la période qui précède le naufrage, ce qui est conforme à d'autres fragments du même titre (127). On pourrait pourtant se demander si

que Nationale de France, Latin n. 4455 et Latin n. 4458A) qui portaient « *nondum naufragium fiat* », un « *cum* » a été ajouté dans le premier, de manière à donner : « *cum nondum naufragium fiat* ». Le manuscrit de Bamberg (Staatsbibliothek Bamberg, Msc. Jur. 17) a également été corrigé en ce sens. Le manuscrit du Vatican (Biblioteca Apostolica Vaticana, Pal. Lat. n. 754) porte uniquement « *cum nondum naufragium fiat* », sans aucune correction.

(126) V. *supra*, note 125.

(127) ULP., *lib. 56 ad edict.* (D. 47, 9, 1, 5) :

*Item ait Praetor : « Si quid ex naufragio » hic illud quaeritur, utrum, si quis eo tempore tulerit, quo naufragium fit, an vero et si alio tempore, hoc est post naufragiumque : nam res ex naufragio etiam hae dicuntur, quae in litore post naufragium iacent. et magis est, ut de eo tempore.*

GAIUS, *lib. 21 ad edictum provinciale* (D. 47, 9, 2) :

*et loco,*

ULP., *lib. 56 ad edict.* (D. 47, 9, 3, 1) :

*quo naufragium fit vel factum est, si quis rapuerit, incidisse in hoc edictum videatur. qui autem rem in litore iacentem, postea quam naufragium factum est, abstulit,*

l'antériorité par rapport au naufrage ne devient pas un peu trop claire. En effet, en précisant que quelque chose a été ravi *in illa trepidatione*, il semble clair que le naufrage a déjà commencé. Il faut que le délit ait été commis avant que le navire ait sombré, mais pas avant qu'il n'ait commencé à prendre eau. Il ne nous paraît donc pas indiqué de suivre cette lecture.

### 3. — EXPLICATION DU TEXTE

Concernant le rescrit de l'empereur Antonin, on peut constater que les auteurs se sont essentiellement intéressés à un problème : Quel est exactement l'empereur visé par Paul sous le nom de *divus Antoninus* ?

La question est fortement controversée, et cela depuis longtemps déjà. Pour les Glossateurs (128), comme pour Cujas (129), il devait s'agir d'Antonin le Pieux (130). C'est probablement Augustinus (131) qui, le premier, a suggéré qu'il pouvait s'agir d'un autre empereur : Caracalla (132) (consacré sous le nom de *divus Antoninus Magnus*). Cette hypothèse semble avoir échappé à Fitting (133), pour qui « *divus Antoninus* » pouvait désigner soit Antonin le Pieux, soit Marc Aurèle (consacré sous le nom de *divus M. Antoninus Pius*). Mommsen (134), dans un article visant à corriger les travaux de Fitting, pense qu'en l'absence de repères chronologiques, il était impossible de trancher entre

---

*in ea condicione est, ut magis fur sit quam hoc edicto teneatur, quemadmodum is, qui quod de vehiculo excidit tulit. nec rapere videtur, qui in litore iacentem tollit.*

(128) V. FRAN., « Glossa 'Pedi' ad D. 47, 9, 4 », in GOTHOFREDUS D., *Digestum novum*, Lugduni, 1604, col. 1351.

(129) CUIACIUS J., *Operum postumorum*, T. 5, Neapoli, 1722, col. 752.

(130) V. aussi : GROTIUS G., *Ejusdem Julii Pauli vita*, in SCHULTING, *Jurisprudentia vetus ante-Justiniana*, Lipsiae, 1737, p. 207 ; SCHULTING A., *Notae ad Digesta seu Pandectas*, in N. SMALLENBURG, T. VII.1, Lugduni Batavorum, 1832, p. 214.

(131) AUGUSTINUS A., *De nominibus propriis pandectarum*, in Thesaurus OTTONIS, Lugduni Batavorum, 1741, T. 1, col. 297 (N.B. : l'œuvre d'Augustinus se trouve à la fin du Tome premier du thesaurus d'Otto, et bénéficie d'une numérotation indépendante).

(132) Du même avis qu'Augustinus : HAENEL G., *Corpus legum ab imperatoribus romanis ante Iustinianum latarum*, Lipsiae, 1857, p. 155.

(133) FITTING H., *Alter und Folge der Schriften römischer Juristen von Hadrian bis Alexander*, 2. Aufl., Halle a. S., 1908, p. 85.

(134) MOMMSEN Th., « Die Kaiserbezeichnung bei den römischen Juristen », *Gesammelte Schriften*, II, Berlin, 1905, pp. 167 et s.

Antonin le Pieux, Marc Aurèle et Caracalla (135). Par la suite, si la majorité des auteurs (136) continuent à attribuer le rescrit à Antonin le Pieux, l'hypothèse d'après laquelle il serait de Caracalla garde également ses défenseurs (137). Pour notre part, il nous paraît vain d'essayer de trancher ici une question que Mommsen lui-même considérait comme insoluble.

Sur le plan de la causalité, la distinction qui est faite entre les biens « *periturae* », et ceux « *quae servari possint* » nous paraît digne d'intérêt. Le rescrit présente cette distinction comme étant essentielle, à propos de ceux qui ont été trouvés en train de ravir quelque chose à l'occasion d'un naufrage. La portée exacte de la distinction n'est pas précisée (138), mais elle semble évidente à l'auteur du rescrit (*et facile, ut opinor, constitui potest*). Un indice nous paraît pouvoir être trouvé dans les termes utilisés pour désigner la façon dont les biens ont été ravis. Si les biens qui auraient de toute façon péri sont simplement recueillis (*colligerint*), ceux qui peuvent être conservés sont, quant à eux, saisis honteusement [*flagitiose* (139) *invaserint*].

(135) Ne tranchant pas la question non plus, v. : PERNICE A., « Parerga. Der sogenannte Realverbalcontract », *ZSS*, 13 (1892), p. 281 ; DE MARTINO F., « Note di diritto marittimo, 'Lex Rhodia' », *Scritti De Martino*, II, Roma, 1982, p. 78 ; PALAZZOLO N., *Potere imperiale ed organi giurisdizionali nel II secolo D.C.*, Milano, 1974, pp. 57 et s. ; MANFREDINI A., « Il naufragio di Eudemone (D. 14, 2, 9) », *SDHI*, 49 (1983), p. 380 ; MAGGIO L., « Note critiche sui i rescritti postclassici. I. Il c.d. processo per rescriptum », *SDHI*, 61 (1995), p. 301.

(136) En ce sens, v. : FLORE G., « Di alcuni casi di vis publica », *Studi Bonfante*, IV, Milano 1930, pp. 338 et s. ; LEVY E., « Gesetz und Richter im kaiserlichen Strafrecht », *BIDR*, 45 (1939), p. 111 ; D'ORS A., « Divus-Imperator. Problema de cronologia y transmission de las obras de los juriconsultos romanos », *AHDE*, 14 (1942-1943), p. 51, note 44 ; GUALANDI G., *Legislazione imperiale e giurisprudenza*, T. 2, Milano, 1963, pp. 70 et s. ; GARNSEY P., *Social Status and Legal Privilege in the Roman Empire*, Oxford, 1970, p. 119 et p. 163 ; NÖRR D., « C.R. Garnsey, Social Status and Legal Privilege », *ZSS*, 88 (1971), p. 411 ; MAROTTA V., *Multa de iure sanxit*, Milano, 1988, pp. 331 et s.

(137) V. : KARLOWA O., *Römische Rechtsgeschichte*, T. I, Leipzig, 1885, p. 750 (notons que l'auteur ne s'exprime pas sur notre texte en particulier) ; DE ROBERTIS F.M., « Arbitrium iudicantis e statuizioni imperiali », *ZSS*, 59 (1939), pp. 238 et s. ; DE ROBERTIS F.M., « Sulla cronologia degli scritti dei giuristi classici », *RISG*, 15 (1940), pp. 210 et s. ; DE ROBERTIS F.M., *Studi di diritto penale romano*, Bari, 1944, pp. 78 et s. ; DE ROBERTIS F.M., « Lex Rhodia, Critica e anticritica su D. 14, 2, 9 », *Studi Arangio-Ruiz*, 3, Napoli (s.d.), p. 162 ; RILINGER R., *Humiliores — Honestiores*, München, 1988, pp. 235 et s.

(138) BESELER « Beiträge zur Kritik der römischen Rechtsquellen », *ZSS*, 66 (1948), p. 301] pensait d'ailleurs pouvoir en tirer la conclusion que la distinction était interpolée. Comme nous pensons pouvoir le montrer, cette conclusion est cependant un peu hâtive.

(139) Sur le terme « *flagitium* », v. : KASER M., « Rechtswidrigkeit und Sittenwidrigkeit im klass. röm. Recht », *ZSS*, 60 (1940), p. 109.

Willvonseder (140) en a déduit que ce texte faisait application de la formule de la *condicio sine qua non* : Lorsque les biens auraient de toute façon péri, il n'y a pas de dommage, et celui qui a recueilli les « *periturae* » ne devait pas être tenu. À dire vrai, cette position n'est pas réellement neuve. Les Glossateurs (141) étaient déjà d'avis que lorsqu'il s'agissait de « *periturae* », il n'y avait pas lieu à application de l'édit. Cette lecture est également celle de Brunnemann (142).

Une lecture différente est proposée par Cujas (143). Il semble considérer que s'il est permis de ramasser les biens d'autrui avant qu'ils ne périssent dans le naufrage, c'est uniquement afin d'éviter au propriétaire d'en subir la perte. Il fonde cette interprétation sur un texte de Callistrate, issu du même titre du Digeste :

Callistratus, *lib. 2 Quaestionum* (D. 47, 9, 7) :

*Ne quid ex naufragiis diripiatur vel quis extraneus interveniat colligendis eis, multifariam prospectum est. nam et divus Hadrianus edicto praecepit, ut hi, qui iuxta litora maris possident, scirent, si quando navis vel inficta vel fracta intra fines agri cuiusque fuerit, ne naufragia diripiant, in ipsos iudicia praesides his, qui res suas direptas queruntur, reddituros, ut quidquid probaverint ademptum sibi naufragio, id a possessoribus recipiant. (...)*

D'après ce texte, il est interdit à ceux qui habitent en bord de mer, de recueillir les biens ayant dérivé vers leur terrain, suite à un naufrage. Un édit de l'empereur Hadrien offre aux propriétaires de tels biens naufragés, une action leur permettant de les récupérer en les mains de ceux qui les ont recueillis.

À notre avis, Cujas se trompe en rapprochant ces deux textes, car ils visent des situations différentes. Alors que le rescrit relaté par Paul concerne les biens emportés dans le tumulte qui a précédé le naufrage, l'édit d'Hadrien porte sur les biens recueillis après le naufrage. En effet, puisqu'il y est question des biens recueillis sur les bords de mer, il faut donc qu'ils y soient parvenus à la suite du naufrage.

Il nous semble dès lors que ce fragment confirme plutôt la lecture que faisaient déjà les Glossateurs. En effet, si les biens naufragés sont parvenus sur le littoral, c'est donc que d'après la distinction faite dans le

(140) WILLVONSEDER R., *Die Verwendung der Denkfigur der « condicio sine qua non » bei den römischen Juristen*, Wien-Köln-Graz, 1984, pp. 43 et s.

(141) V. FRAN., « Glossa 'Pedius' ad D. 47, 9, 4 », in GOTHOFREDUS D., *Digestum novum*, Lugduni, 1604, col. 1351.

(142) BRUNNEMANN Io., *Jurisconsulti commentarius in Pandectas*, Lugduni, 1714, p. 381 (ad D.47, 9, 4) : « Qui ex incendio quid furati fuerint, non tantum civiliter in quadruplum, sed & criminaliter poena etiam corporis afflictiva possunt affligi. Autor ad L. 18. numer. 1.2.J. C. de Furtis. Si scilicet non collegerint certo alias peritura, quod quilibet vir bonus facere potest in tali turbulento statu ».

(143) CUIACIUS J., *Operum postumorum*, T. 5, Neapoli, 1722, col. 753.

fragment de Paul, on les aurait qualifiés de biens « *quae servari possint* ». La seule conclusion que l'on peut — à notre avis — tirer de la comparaison des deux textes sur ce point, c'est que celui qui recueille un bien « qui peut se conserver » est toujours puni, qu'il l'ait recueilli avant ou après le naufrage. Quant aux biens « *periturae* », qui — par définition — ne peuvent être recueillis qu'avant le naufrage, il nous paraît tout à fait plausible qu'ils aient échappé à cette réglementation. Comme nous l'avons montré plus haut, le vocabulaire utilisé dans le rescrit laisse entendre que celui qui recueillait des biens « *periturae* », devait échapper à toute condamnation.

Pour rappel, cette lecture est d'ailleurs conforme aux conclusions que nous avons tirées à propos de l'édit « *de incendio...* ». Lorsque nous avons étudié le fragment d'Ulpien (D. 47, 9, 3, 7) (144), concernant le *damnum incendii arcendi causa datum*, nous avons noté que la condition de *damnum* n'était pas remplie lorsque la maison abattue aurait de toute façon péri par le feu. De la même manière, il ne devait pas y avoir *raptum*, lorsque la chose ravie aurait de toute façon péri par le naufrage.

#### 4. — CONCLUSIONS SUR LA CAUSALITÉ DÉPASSANTE

Sur le plan de la causalité dépassante, ce rescrit confirme l'idée que nous avons cru pouvoir dégager des textes traitant des situations semblables. Nous avons donc un fait dommageable hypothétique (le naufrage) qui semble devoir causer la perte de certains biens (*periturae*). Avant que le propriétaire de ces biens ait subi cette perte par le naufrage, celle-ci lui est causée par un fait dommageable effectif (le *raptum*).

Cette situation est donc semblable au cas de l'incendie (145) déjà évoqué et au cas du sanglier (146). Dans aucun des trois cas, l'auteur du fait dommageable effectif n'est tenu. Cela est dû au fait qu'au moment où il agit, un cas fortuit constituant un fait dommageable hypothétique était déjà en voie de réaliser ce dommage.

Si l'on compare le cas du *raptum* à celui du sanglier (147), on constate qu'il y a un point commun supplémentaire. À chaque fois, le fait dommageable effectif cause une perte de la chose (le bien — le sanglier) pour son propriétaire, sans en causer la destruction.

(144) V. au chapitre premier, notre exégèse de ce texte.

(145) V. *supra*, chapitre premier.

(146) V. notre exégèse de D. 41, 1, 55.

(147) V. notre exégèse de D. 41, 1, 55.

De manière plus générale, comme nous le verrons au chapitre suivant, il semble qu'il n'est pas indispensable que le cas fortuit constitue le fait dommageable hypothétique, pour que l'auteur de l'autre fait dommageable ne soit pas tenu. Le cas de l'esclave blessé mortellement puis décédé dans l'écroulement d'une maison (148) nous montrera que la situation est la même dans l'hypothèse où le cas fortuit constitue le fait dommageable effectif. En principe, ce cas aurait dû être examiné dans le présent chapitre, mais pour des raisons de connexité, nous avons préféré en joindre l'examen à celui de ses deux textes parallèles.

Ce qui semble déterminant, en définitive, c'est qu'au moins un des faits dommageables soit un cas fortuit, et que le fait dommageable hypothétique ne survienne pas *ex post*, c'est-à-dire à un moment où le dommage est déjà réalisé.

---

(148) V. au chapitre suivant, notre exégèse de D. 9, 2, 15, 1.