

CHAPITRE III

**CAS DE RESPONSABILITÉ DÉLICTEUELLE
SANS CONCURRENCE
AVEC UN CAS DE FORCE MAJEURE**

Au cours du présent chapitre, nous allons examiner le cas de l'esclave blessé mortellement, qui meurt d'un autre coup que celui qui a causé la blessure initiale. Ce cas nous permettra de comparer la (ou les) solutions retenues en droit romain classique, lorsqu'aucun des faits dommageables en concurrence n'est de type « cas fortuit ». Comme nous l'avions constaté lors de l'introduction (au point D.), c'est sur ce cas que les auteurs ont généralement buté, lorsqu'ils tentaient de dégager une solution commune à tous les cas de causalité dépassante en droit romain.

**A. — Exégèse de Ulp., *lib. 18 ad edictum*
(D. 9, 2, 11, 3)**

Celsus scribit, si alius mortifero vulnere percusserit, alius postea exanimaverit, priorem quidem non teneri quasi occiderit, sed quasi vulneraverit, quia ex alio vulnere periit, posteriorem teneri, quia occidit. quod et Marcello videtur et est probabilius.

1. — CONTENU DU TEXTE

Ulpien relate les opinions des jurisconsultes Celse et Marcellus sur la question suivante : Quelqu'un (A) blesse mortellement un esclave. Plus tard, quelqu'un d'autre (B) tue cet esclave.

D'après Celse, A doit être tenu de la blessure et non du décès de l'esclave, car il est mort d'une autre cause. B doit être tenu du décès de l'esclave, car c'est lui qui l'a tué.

Marcellus et Ulpien sont d'accord avec cette solution.

2. — CRITIQUE DE TEXTE

Le fragment ne pose guère de problème du point de vue de la critique de texte.

3. — EXPLICATION DU TEXTE

Avant toute chose, il est important de souligner que les fragments que nous avons entrepris d'examiner ici, sont parmi les textes du Digeste qui ont fait l'objet du plus grand nombre de commentaires. Qui plus est, plusieurs auteurs récents (1) ont déjà fait une analyse synthétique de la doctrine traitant du cas de l'esclave blessé mortellement, puis tué. Il nous paraît dès lors inutile de refaire complètement un travail qui a déjà été fait, et de réécrire des choses qui ont déjà été écrites. Nous nous permettrons donc d'être plus bref dans nos commentaires concernant les opinions qui nous paraissent secondaires.

En lui-même, le fragment d'Ulpien pose peu de problèmes.

La critique interpolationniste ne s'est guère arrêtée à l'étude de notre texte (2). Seuls Levy (3) et Albanese (4) relèvent quelques indices d'intervention des Compilateurs. Pour le premier, il s'agit d'une intervention purement formelle, sans conséquence sur le fond. Le second, en revanche, réécrit complètement le fragment d'Ulpien. Il constate que le texte ne mentionne pas la victime du dommage, et que « *perit* » n'a pas de sujet. D'autre part, l'auteur estime que « *sed quasi vulneraverit* » et « *et est probabilius* » doivent être attribués aux Compilateurs.

(1) V. surtout : SCHINDLER K.H., « Ein Streit zwischen Julian und Celsus », ZSS, 74 (1957), pp. 201 et s. ; DALLA D., « Giuliano e il longum intervallum in tema di applicazione dell'Aquila », AG, 187 (1974), pp. 145 et s. ; 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, pp. 325 et s.

(2) L'*Index interpolationum* ne mentionne notre texte que dans le supplément I et renvoie à : LEVY E., *Die Konkurrenz der Aktionen und Personen*, Berlin, 1922, p. 25, note 5.

(3) LEVY E., *op. cit.*, p. 25, note 5 : « Die sachlich unschädlichen Worte *quia ex alio vulnere perit* sind wohl Glossen ».

(4) ALBANESE B., « Studi sulla legge Aquilia », *Ann. Palermo*, 21 (1950), pp. 147 et s. : « *Celsus scribit, si alius mortifero vulnere <servum alienum> percusserit, alius postea exanimaverit, priorem [quidem] non teneri quasi occiderit, [sed quasi vulneraverit], quia ex alio vulnere perit <servus neque quasi vulneraverit quia, ex alio vulnere mortuo servo, non apparuit quanto deterior factus sit>, posteriorem teneri, quia occidit. quod et Marcello videtur [et est probabilius]. <Julianus autem contra scribit...>* ». V. cependant également la reconstruction moins radicale de BESELER [« Romanistische Studien », *TR*, 10 (1930), p. 182] : « *Celsus scribit, si alius mortifero vulnere <servum> percusserit, alius postea exanimaverit, <illum> [priorem quidem] non teneri quasi occiderit, sed quasi vulneraverit, quia ex alio vulnere perit [, posteriorem teneri, quia occidit]. quod et Marcello videtur et est probabilius* ». Les modifications proposées par Beseler n'ont cependant qu'un impact très limité sur le fond. L'auteur efface essentiellement les références à la condamnation du second agresseur.

À notre avis, la position d'Albanese est trop critique. S'il est vrai que le texte ne mentionne ni la victime, ni le fait que c'est à un esclave que la blessure mortelle a été conférée, cela nous paraît très secondaire, dans la mesure où le paragraphe immédiatement précédent au nôtre ne laisse subsister aucune équivoque. Nous croyons en tout cas que cette constatation est tout à fait insuffisante pour démontrer l'intervention des Compilateurs.

Pour ce qui est du caractère apocryphe de « *sed quasi vulneraverit* », Albanese tente de le justifier par le fait qu'à cet endroit, Ulpien traitait de l'application du chapitre I de la *lex Aquilia*, et qu'il ne pouvait donc pas être question d'un cas de *vulnus*, se rapportant au chapitre III de la même loi. Cette argumentation nous paraît cependant spécieuse, car le cas envisagé est bien celui d'un esclave qui meurt. Le fait qu'en plus d'une condamnation sur base du chapitre premier de la *lex Aquilia*, il y ait lieu à une condamnation sur base du chapitre III n'a rien de vraiment surprenant. Il suffit, pour s'en convaincre, de lire le texte de Gaius [*lib. 7 ad edict. provinc.* — D. 9, 2, 32, 1 (5)], où il est précisé que celui qui blesse puis tue un esclave sera tenu à la fois du premier et du troisième chapitre de la *lex Aquilia*. Il nous semble en tout cas erroné de penser que « *quasi vulneraverit* » ne peut paraître qu'absurde. Sur ce point, nous pensons que Kunkel (6) et Schindler (7) avaient raison de prendre les deux « *quasi* » dans le sens « du point de vue de » (« unter den Gesichtspunkt (8) »).

Pour ce qui est de l'hypothèse de l'interpolation de la finale de notre texte, Albanese n'a pas d'argument particulier, sinon qu'il croit que la position de Celse devait être différente. L'auteur essaie de déduire cela d'un autre texte d'Ulpien relatant l'opinion de Julien :

Ulp., *lib. 18 ad edict.* (D. 9, 2, 21, 1) :

Annus autem retrorsus computatur, ex quo quis occisus est : quod si mortifere fuerit vulneratus et postea post longum intervallum mortuus sit, inde annum

(5) GAIUS, *lib. 7 ad edict. provinc.* (D. 9, 2, 32, 1) : « *Si idem eundem servum vulneraverit, postea deinde etiam occiderit, tenebitur et de vulnerato et de occiso : duo enim sunt delicta. aliter atque si quis uno impetu pluribus vulneribus aliquem occiderit : tunc enim una erit actio de occiso* ».

(6) Kunkel n'a pas, à notre connaissance, pris cette position dans un de ses écrits. Mais Schindler (v. note suivante) reconnaît que l'idée lui a été suggérée par Kunkel lors d'un de leurs entretiens.

(7) SCHINDLER K.H., « Ein Streit zwischen Julian und Celsus », *ZSS*, 74 (1957), p. 214.

(8) La même traduction a également été adoptée par : 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. 328. Sur la diversité des acceptions de « *quasi* » v. aussi : QUADRATO R., *Sulle tracce dell'annullabilità*, Napoli, 1983, pp. 55 et s.

numerabimus secundum Iulianum, ex quo vulneratus est, licet Celsus contra scribit.

Ce texte nous explique à quel moment il faut se placer pour définir l'année dont il est question pour l'évaluation du dommage dans le cadre de l'application du premier chapitre de la *lex Aquilia*. Cette évaluation pose un problème particulier lorsque l'esclave blessé mortellement meurt de ses blessures après l'écoulement d'un certain délai. Dans ce cas, d'après Julien et Ulpien, il faut prendre la valeur maximale qu'a eu l'esclave au cours de l'année qui a précédé la blessure, et non l'année qui a précédé le décès. Celse aurait été d'avis contraire. Il était donc probablement d'avis que même lorsque l'esclave ne mourait pas tout de suite de ses blessures, l'année devait être calculée à partir du jour du décès. Albanese en déduit que lorsque l'esclave ne mourait pas de ses blessures, mais d'un autre coup, Celse devait être d'avis que ce dernier coup empêchait la constatation de la diminution effective de valeur encourue par l'esclave en raison du premier coup. En conséquence, Celse aurait été d'avis que l'auteur de la première blessure ne devait pas être tenu du chapitre III de la *lex Aquilia* non plus.

Ici encore l'argumentation d'Albanese ne convainc pas. En effet, d'une part, l'affirmation de l'auteur, d'après laquelle l'estimation est devenue impossible — ce qui resterait de toute manière à prouver — ne peut concerner que l'estimation sur base du chapitre premier de la *lex Aquilia*. On ne voit pas très bien en quoi cela empêche une condamnation sur base du chapitre III, puisque la diminution de valeur encourue par la blessure de l'esclave peut être constatée dès avant le décès et indépendamment de celui-ci. D'autre part, une chose est de vérifier si il y a un dommage ou non, autre chose est d'évaluer ce dommage (9).

En conclusion, avec la très grande majorité des auteurs (10), nous pensons que le fragment d'Ulpien n'a pas subi d'interpolation. L'apport de notre texte est donc clair. Lorsque A blesse mortellement un esclave, mais que B le tue avant qu'il ne décède de la blessure occasionnée par A, ce dernier doit être considéré comme ayant blessé et non tué l'es-

(9) Nous avons déjà fait cette remarque à l'occasion de notre exégèse de D. 43, 24, 7, 4, au point 3.6.

(10) V. expressément dans le sens de la non-interpolation : SCHINDLER K.H., « Ein Streit zwischen Julian und Celsus », ZSS, 74 (1957), pp. 215 et s. ; PUGSLEY D., « Causation and confessions in the lex Aquilia », TR, 38 (1970), pp. 163 et s. ; DALLA D., « Giuliano e il longum intervallum in tema di applicazione dell'Aquilia », AG, 187 (1974), pp. 152 et s. ; 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. 335 ; RASTÄTTER J., *Marcelli notae ad Iuliani Digesta*, Diss., Freiburg, 1980, p. 121, note 69 ; CERAMI P., *La concezione Celsina del « ius »*, Palermo, 1985, pp. 156 et s., note 291.

clave. A sera donc condamné sur base du troisième chapitre de la *lex Aquilia*.

La justification de Celse à cet égard, est que l'esclave n'est pas mort de la blessure occasionnée par A, mais d'une autre blessure. B sera tenu sur base du premier chapitre, car il a effectivement tué l'esclave.

Pour finir, Ulpien dit que l'opinion de Celse était partagée par Marcellus et que lui-même la considérait comme étant la plus probable (*probabilis*). Cette façon de prendre position laisse clairement entendre qu'il existait une autre opinion sur la question. Avant d'aller plus loin, il faut examiner cette autre opinion, qui était celle de Julien, *lib. 86 digestorum* (D. 9, 2, 51).

B. — Exégèse de Iul., *lib. 86 Digestorum* (D. 9, 2, 51)

Pr. Ita vulneratus est servus, ut eo ictu certum esset moriturum : medio deinde tempore heres institutus est et postea ab alio ictus decessit : quaero, an cum utroque de occiso lege Aquilia agi possit. respondit (11) : occidisse dicitur vulgo quidem, qui mortis causam quolibet modo praebuit : sed lege Aquilia is demum teneri visus est, qui adhibita vi et quasi manu causam mortis praebuisset, tracta videlicet interpretatione vocis a caedendo et a caede. rursus Aquilia lege teneri existimati sunt non solum qui ita vulnerassent, ut confestim vita privarent, sed etiam hi, quorum ex vulnere certum esset aliquem vita excessurum. igitur si quis servo mortiferum vulnus inflixerit eundemque alius ex intervallo ita percusserit, ut maturius interficeretur, quam ex priore vulnere moriturus fuerat, statuendum est utrumque eorum lege Aquilia teneri.

1. *Idque est consequens auctoritati veterum, qui, cum a pluribus idem servus ita vulneratus esset, ut non appareret cuius ictu perisset, omnes lege Aquilia teneri iudicaverunt.*

2. *Aestimatio autem perempti non eadem in utriusque persona fiet : nam qui prior vulneravit, tantum praestabit, quanto in anno proximo homo plurimi fuerit repetitis ex die vulneris trecentum (12) sexaginta quinque diebus, posterior in id*

(11) Dans les manuscrits de Paris (Bibliothèque Nationale de France, Latin n. 4450 et Latin n. 4458A) ainsi que dans le manuscrit du Vatican (Biblioteca Apostolica Vaticana, Vat. Lat. n. 1406), on trouve : « *respondi* ». Dans les manuscrits de Leipzig (Universitätsbibliothek Leipzig, Ms. 873) et de Padoue (Biblioteca Universitaria di Padova, Ms. 941), on ne trouve que l'abréviation « R. ».

(12) A la place de « *trecentum* », on trouve « *trecentis* » dans la Vulgate [V. les manuscrits de Paris (Bibliothèque Nationale de France, Latin n. 4450 et Latin n. 4458A) de Leipzig (Universitätsbibliothek Leipzig, Ms. 873), du Vatican (Biblioteca Apostolica Vaticana, Vat. Lat. n. 1406) et de Padoue (Biblioteca Universitaria di Padova, Ms. 941)]. Qui plus est, dans le manuscrit de Paris, on trouve « *trecentis quiquaginta* », dans celui du Vatican « *trecentis sexaginta* » et dans celui de Padoue « *trecentis sexaginta V.* ».

tenebitur, quanti homo plurimi venire poterit in anno proximo, quo vita excessit, in quo pretium quoque hereditatis erit. eiusdem ergo servi occisi nomine alius maiorem, alius minorem aestimationem praestabit, nec mirum, cum uterque eorum ex diversa causa et diversis temporibus occidisse hominem intellegatur. quod si quis absurde a nobis haec constitui putaverit, cogitet longe absurdius constitui neutrum lege Aquilia teneri aut alterum potius, cum neque impunita maleficia esse oporteat nec facile constitui possit, uter potius lege teneatur. multa autem iure civili contra rationem disputandi pro utilitate communi recepta esse innumerabilibus rebus probari potest : unum interim proposuisse (13) contentus ero. cum plures trabem alienam furandi causa sustulerint, quam singuli ferre non possent, furti actione omnes teneri existimantur, quamvis subtili ratione dici possit neminem eorum teneri, quia neminem verum sit eam sustulisse.

1. — CONTENU DU TEXTE

Voici les éléments contenus dans le long texte de Julien.

Les faits sont analogues à ceux du fragment d'Ulpien, examiné précédemment. Un esclave est blessé par A, de manière telle qu'il est certain qu'il va mourir de cette blessure. Avant que ce décès n'ait lieu, l'esclave est d'abord institué héritier, puis frappé par B. L'esclave décède du coup que lui a porté B.

Julien pose la question suivante : A et B peuvent-ils tous deux être tenus « *de occiso* » en vertu de la *lex Aquilia* ? Autrement dit, les deux agresseurs sont-ils tous deux responsables du décès de l'esclave en vertu du premier chapitre de la *lex Aquilia* ?

Le jurisconsulte introduit sa réponse par des considérations générales : Dans le langage commun, on entend par « *occidisse* » (avoir tué), avoir causé la mort d'une manière ou d'une autre. Dans le cadre de l'application de la *lex Aquilia*, on vise toutefois plus précisément celui qui tue à la fois violemment et de sa main. Cette interprétation est due au fait que l'on tire le sens de « *occidere* » de celui des mots « *caedendo* » (tuer) et « *caede* » (meurtre). En outre, on dit que sont tenus de la *lex Aquilia* non seulement ceux qui blessent un esclave de manière à le tuer immédiatement, mais aussi ceux qui en blessent un de manière telle qu'il est sûr qu'il mourra de ses blessures.

La réponse proprement dite est alors la suivante : Si A blesse mortellement un esclave, mais qu'avant qu'il ne décède, il est frappé par B, ce qui a pour conséquence qu'il décède plus tôt que s'il était mort de

(13) Dans la Florentine, on trouve uniquement « *posuisse* ». Dans les manuscrits de la Vulgate que nous avons pu consulter (Bibliothèque Nationale de France, Latin n. 4450 et Latin n. 4458A ; Universitätsbibliothek Leipzig, Ms. 873 ; Biblioteca Apostolica Vaticana, Vat. Lat. n. 1406 ; Biblioteca Universitaria di Padova, Ms. 941) portent, à cet endroit, « *proposuisse* » (en réalité « *pposuisse* »). V. sur ce point notre critique de texte.

la première blessure, il faut décider que tous deux sont tenus en vertu du premier chapitre de la *lex Aquilia*.

Après avoir donné la réponse à la question, Julien invoque l'autorité des *veteres* pour appuyer sa décision. D'après ces derniers, lorsque plusieurs personnes blessent un même esclave, sans que l'on puisse savoir de quel coup il est mort, tous étaient tenus en vertu de la *lex Aquilia*.

Ensuite, le jurisconsulte précise la portée de sa décision : L'estimation du dommage qui devra être réparé n'est pas identique pour A et B. A devra la valeur maximale qu'a eu l'esclave pendant l'année qui a précédé la première blessure. B devra la valeur maximale qu'a eu l'esclave pendant l'année qui a précédé le jour du décès effectif de l'esclave, en ce compris la valeur de l'héritage. Julien précise que si A et B ne doivent pas le même montant, c'est normal, puisqu'ils ont agi dans des situations et des moments différents.

Enfin, le jurisconsulte justifie sa solution par une *reductio ad absurdum*. À ceux qui trouveraient absurde de condamner les deux agresseurs pour le décès de l'esclave, Julien répond que les autres solutions imaginables seraient plus absurdes encore.

Il ne faudrait pas qu'un tel méfait reste impuni, ce qui serait le cas si ni A, ni B n'était tenu. Et si un seul des deux agresseurs devait être tenu pour responsable, il serait bien difficile de déterminer lequel.

Ici, comme souvent dans le *ius civile* nous dit Julien, il faut préférer le respect de l'utilité commune à l'application strictement rationnelle de la loi. Le jurisconsulte nous donne un autre exemple où un pareil choix a été fait. Lorsque plusieurs personnes volent ensemble une poutre qu'aucune n'aurait pu voler seule, l'*actio furti* doit néanmoins être accordée contre tous. En suivant une logique rigoureuse, on aurait pourtant pu dire que personne ne devait être tenu, car il est vrai qu'aucun d'eux (pris séparément) n'a emporté la poutre.

2. — CRITIQUE DE TEXTE

Les divergences des manuscrits ne posent guère de problème. Il est vrai qu'à la place du « *respondit* », on attendrait un « *respondi* » (14). Pour Krückmann (15) et Rechnitz (16), il s'agit là d'un indice d'interpo-

(14) V. *supra*, note 11.

(15) KRÜCKMANN P., « Ein Zwischenschiebsel », ZSS, 60 (1940), p. 234.

(16) RECHNITZ W., *Studien zu Salvius Iulianus*, Weimar, 1925, p. 77.

lation. Jörs (17), Schindler (18), Schulz (19), Below (20) et Dalla (21) ont cependant montré qu'il s'agit probablement plutôt de l'abréviation « R », mal résolue par un copiste. Dans les manuscrits de Leipzig et de Padoue, on ne trouve d'ailleurs que cette abréviation.

Le même type d'explication pourrait valoir pour le « *trecentum* » à la place du « *trecentis* » (22). Mommsen (23), dont l'avis est repris par Pescani (24), était déjà d'avis qu'ici, c'est le chiffre « CCC » qui a été mal déchiffré. Cela nous semble confirmé par le fait que plutôt que de trouver « *trecentum sexaginta quinque* », on trouve « *trecentis quinquaginta* » dans le manuscrit de Paris, « *trecentis sexaginta* » dans celui du Vatican et « *trecentis sexaginta V.* » dans celui de Padoue, ce qui montre que les sigles ont été très mal compris.

En revanche, « *proposuisse* » (25) de la Vulgate nous paraît meilleur que « *posuisse* », et il ne nous paraît pas impossible que tel ait été le texte original. La leçon de la Florentine peut très bien s'expliquer par la simple « perte » du « p », abrégeant généralement le préfixe « pro- » dans les manuscrits du Digeste. Dans les manuscrits de la Vulgate que nous citons, on trouve en effet chaque fois « *pposuisse* ».

3. — EXPLICATION DU TEXTE

Les faits analysés par Julien sont les mêmes que ceux qui font l'objet du fragment d'Ulpien (l. 11, 3), étudié précédemment. La réponse de Julien n'est cependant pas aussi concise que l'opinion de Celse, rapportée par Ulpien. Avant d'en arriver aux divergences entre Celse et Julien, suivons d'abord le raisonnement de ce dernier.

Julien se demande si A et B sont tous deux tenus « *de occiso* ». Il introduit sa réponse par une question corollaire : Quelqu'un qui blesse un esclave de manière telle qu'il ne meurt pas tout de suite, mais après

(17) JÖRS P., « Aemilius Papinianus », *RE*, 1, Stuttgart, 1893, p. 574.

(18) SCHINDLER K.H., « Ein Streit zwischen Julian und Celsus », *ZSS*, 74 (1957), p. 210, note 25.

(19) SCHULZ F., *Geschichte der römischen Rechtswissenschaft*, Weimar, 1961, p. 255, note 1 et p. 284.

(20) BELOW K.-H., *Die Haftung für lucrum cessans im römischen Recht*, München, 1964, p. 11.

(21) DALLA D., « Giuliano e il longum intervallum in tema di applicazione dell'Aquila », *AG*, 187 (1974), 159, note 27.

(22) V. *supra*, note 12. Sur la question de l'interpolation de ce mot, v. *infra*. texte et notes 51 et s.

(23) MOMMSEN, *Digesta*, ad h.l.

(24) PESCANI P., « Origine delle lezioni della littera Bononiensis superiori a quella della littera Florentina », *BIDR*, 85 (1982), p. 222.

(25) V. *supra*, note 13.

l'écoulement d'un certain temps, peut-il être tenu « *de occiso* » ? Julien répond à cette question par l'affirmative. La *lex Aquilia* s'applique non seulement à ceux qui frappent leur victime de manière telle qu'elle décède immédiatement, mais aussi à ceux qui occasionnent une blessure telle qu'il est sûr qu'elle entraînera la mort.

Notons immédiatement que la doctrine interpolationniste (26) a beaucoup critiqué ce passage du texte de Julien. Étrangement, Beseler (27) a, dans un premier temps (28), considéré que l'essentiel du raisonnement de Julien était classique. La doctrine dominante (29) actuelle

(26) V. : RECHNITZ W., *Studien zu Salvius Iulianus*, Weimar, 1925, pp. 77 et s. ; MONTEL A., « Nota sul fr. 36 § 1 D. ad legem Aquiliam IX, 2 », *Studi Ascoli*, Messina, 1931, pp. 5 et s., note 7 (tiré à part) ; KRÜCKMANN P., « Ein Zwischenschicksel », *ZSS*, 60 (1940), p. 234 ; Below (BELOW K.-H.), *Die Haftung für lucrum cessans im römischen Recht*, München, 1964, p. 11) pour qui le rappel de la règle d'application initiale de la *lex Aquilia* — d'après laquelle il fallait un contact immédiat entre l'auteur et la victime — ne saurait être de Julien, parce qu'il interrompt le raisonnement du jurisconsulte. Cette position de Below ne nous semble cependant pas pouvoir être retenue. Il paraît plutôt normal que Julien fasse ce rappel, pour justifier que désormais, on peut être tenu « *de occiso* » même lorsque l'on a blessé un esclave qui n'est mort de ses blessures qu'après l'écoulement d'un certain temps.

(27) BESELER (*Beiträge zur Kritik der römischen Rechtsquellen*, IV, Tübingen, 1920, pp. 193 et s.) se contente de modifier la finale du *principium*, dans le but de faire concorder l'opinion de Julien avec celle de Celse (D. 9, 2, 11, 3). Nous reviendrons plus tard sur l'harmonisation des deux textes.

(28) Cette clémence vis-à-vis du *principium* semble avoir surpris l'auteur lui-même, puisque 11 ans plus tard, il qualifiait sa propre position de « zu bescheiden », et biffait la totalité du raisonnement de Julien sans fournir aucun argument. V. aussi : BESELER G., « Beiträge zur Kritik der römischen Rechtsquellen », *ZSS*, 66 (1948), pp. 355 et s. V. encore la position contrastée de VON LÜBTOW (*Untersuchungen zur lex Aquilia de damno iniuria dato*, Berlin, 1971, p. 61 et note 154) qui suit Beseler, tout en admettant que le texte inséré par les Compilateurs est substantiellement classique.

(29) V. : KUNKEL W., « Exegetische Studien zur aquilischen Haftung », *ZSS*, 49 (1929), p. 159, note 1 (Pour Kunkel, les mots « *occidisse—praebuisset* » sont classiques, et seule l'étymologie peut être mise en doute) ; ALBANESE B., « Studi sulla legge Aquilia », *Ann. Palermo*, 21 (1950), pp. 102 et s. ; p. 158 ; SCHINDLER K.H., « Ein Streit zwischen Julian und Celsus », *ZSS*, 74 (1957), p. 212 ; WESEL U., *Rhetorische Statuslehre und Gesetzesauslegung der römischen Juristen*, Köln, 1967, pp. 83 et s. ; BALZARINI M., *Ricerche in tema di danno violento e rapina nel diritto romano*, Padova, 1969, pp. 169 et s., 173, note 246 ; SCHIPANI S., *Responsabilità « ex lege aquilia » Criteri di imputazione e problema della « culpa »*, Torino, 1969, p. 49, note 17 ; MAYER-MALY T., « 'Vulgo' und Vulgarismus », *Labeo*, 6 (1970), p. 13, note 29 : « die Interpolationsannahmen von Rechnitz und Beseler entbehren tauglicher Begründung » ; PUGSLEY D., « Causation and confessions in the lex Aquilia », *TR*, 38 (1970), pp. 167 et s. ; DALLA D., « Giuliano e il longum intervallum in tema di applicazione dell'Aquila », *AG*, 187 (1974), p. 160 ; 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. 335 ; RASTÄTTER J., *Marcelli notae ad Iuliani Digesta*, Diss., Freiburg, 1980, p. 119 ;

a montré de manière répétée que le *principium* de notre fragment n'est pas interpolé.

Prises hors de leur contexte, ces affirmations de Julien concernant l'interprétation de « *occidere* » dans la *lex Aquilia* n'ont rien de surprenant et paraissent conformes à l'enseignement des juriconsultes classiques en la matière (30). Ce passage est d'ailleurs cité régulièrement par la doctrine (31), comme un des textes illustrant l'interprétation extensive du premier chapitre de la *lex Aquilia*.

Bon nombre d'auteurs ont trouvé que le raisonnement de Julien était un peu spécieux (32). Il est vrai que si on le met en parallèle avec le

WILLVONSEDER R., *Die Verwendung der Denkfigur der « condicio sine qua non » bei den römischen Juristen*, Wien-Köln-Graz, 1984, p. 147.

(30) Sur l'interprétation restrictive initiale de « *occidere* », v. : ULP., *lib. 18 ad ed.* (D. 9, 2, 7, 1) : *Occisum autem accipere debemus, sive gladio sive etiam fuste vel alio telo vel manibus (si forte strangulavit eum) vel calce petiit vel capite vel qualiter qualiter* ; GAIUS, *Institutes*, 3, 219 : *Ceterum placuit ita demum ex ista lege actionem esse, si quis corpore suo damnus dederit*. Sur la condamnation « *de occiso* » dans le cas où l'esclave blessé mortellement meurt de ses blessures après l'écoulement d'un long intervalle, v. : ULP., *lib. 18 ad ed.* (D. 9, 2, 21, 1) : *Annus autem retrorsus computatur, ex quo quis occisus est : quod si mortifere fuerit vulneratus et postea post longum intervallum mortuus sit, inde annum numerabimus secundum Iulianum, ex quo vulneratus est, licet Celsus contra scribit*.

(31) V. en ce sens : HASSE J. C., *Die Culpa des Römischen Rechts*, 2. Aufl., Bonn, 1838, p. 30 ; MOMMSEN Th., *Römisches Strafrecht*, Leipzig, 1899, p. 828 ; KUNKEL W., « Exegetische Studien zur aquilischen Haftung », *ZSS*, 49 (1929), p. 159 ; ALBANESE B., « Studi sulla legge Aquilia », *Ann. Palermo*, 21 (1950), pp. 102 et s. ; p. 158 ; KRELLER H., *Römisches Recht*, II, Wien, 1950, p. 293, note 3 ; BALZARINI M., *Ricerche in tema di danno violento e rapina nel diritto romano*, Padova, 1969, pp. 169 et s. ; LABRUNA L., « C.R. von Lübtow, Untersuchungen zur 'Lex Aquilia' », *IVRA*, 23 (1972), p. 192 ; SOTTY R., « Les actions qualifiées d'« utiles » en droit classique », *Labeo*, 25 (1979), p. 156 ; WESEL U., *Rhetorische Statuslehre und Gesetzsauslegung der römischen Juristen*, Köln, 1967, p. 30 ; MÜLLER-EISELT K.P., *Divus Pius constituit*, Berlin, 1982, p. 250, note 34 ; BEHREND O., « Anthropologie juridique de la jurisprudence classique romaine », *RHD*, 68 (1990), p. 359, texte et note 91 ; REINOSO-BARBERO F., « Sobre los precedentes griegos del 'casus'. Un supuesto delictivo idéntico : Protag. en Plut., Per. 36.5 y Ulp. 18 ed., D.9,2,9,4 », *INDEX*, 21 (1993), p. 501. Rappelons que pour von Lübtow (VON LÜBTOW U., *Untersuchungen zur lex Aquilia de danno iniuria dato*, Berlin, 1971, p. 61) le passage est interpolé, bien que son contenu soit classique.

(32) V. en ce sens : FABER A., *Rationalia in Pandectas*, Lugduni, 1659, T. 2, Pars 2 (ad D. 9, 2, 51), p. 318 : « Qui enim mortifere vulneravit, ita demum credendum est iam tum occidisse, si ex postfacto id appareat » ; NOODT G., *Opera omnia*, Lugduni Batavorum, 1724, (*Ad legem Aquilianam, Liber singularis*) cap. X, p. 155 ; BALZARINI M., *Ricerche in tema di danno violento e rapina nel diritto romano*, Padova, 1969, p. 173, note 246 ; DALLA D., « Giuliano e il longum intervallum in tema di applicazione dell'Aquila », *AG*, 187 (1974), pp. 159 et s. ; NÖRR D., *Causa mortis*, München, 1986, p. 187 ; SCARANO USSANI V., *L'utilità e la certezza. Compiti e modelli del sapere giuridico in Salvio Giuliano*, Milano, 1987, p. 6 ; VALDITARA G., *Superamento dell'aestimatio rei nella valutazione del danno aquiliano ed estensione*

texte d'Ulpien que nous avons examiné précédemment, on constate qu'il ne répond pas aux arguments qui y sont développés.

Voici le raisonnement de Julien : L'interprétation large de *occidere* a eu pour conséquence que le premier chapitre de la *lex Aquilia* s'appliquait également dans le cas où le décès de l'esclave survenait longtemps après le moment de la blessure mortelle. Or la blessure conférée par A est assurément mortelle. A doit donc être tenu « *de occiso* ».

Il est permis de mettre en doute que cette interprétation large de *occidere* suffise à appliquer le premier chapitre de la *lex Aquilia* lorsque la blessure conférée par A n'a finalement pas causé le décès de l'esclave. Cela est contesté au moins par Celse, Marcellus et Ulpien (D. 9, 2, 11, 3). D'après ces trois jurisconsultes, il était indispensable que l'esclave décède effectivement de cette blessure pour que A puisse être tenu *de occiso*.

Julien est d'un autre avis. Pour lui, le « *mortifere vulnerare* » équivaut déjà à un « *occidere* ». C'est comme cela qu'il en vient à la conclusion qu'à la fois A et B sont tenus « *de occiso* » (33). L'argumentation de ce jurisconsulte n'en est pas pour autant boiteuse. Nous pouvons simplement constater qu'il ne rencontre pas ici la position de Celse.

Dans le § 1, Julien appuie — par le biais d'un raisonnement analogique — son opinion sur celle des *veteres*. Il fait appel à la position adoptée par ceux-ci dans le cas où les agresseurs A et B ne se succèdent pas dans le temps, mais agissent de manière concommittante, sans que l'on puisse savoir lequel d'entre eux a porté le coup fatal à l'esclave. La solution des *veteres* était de condamner tous les agresseurs en vertu du chapitre premier (34) de la *lex Aquilia*.

della tutela ai non domini, Milano, 1992, p. 22. Ce dernier auteur trouve que le raisonnement de Julien est obscur.

(33) Il est vrai que dans notre fragment, il est simplement dit que tous deux sont tenu en vertu de la *lex Aquilia*, sans qu'il soit précisé en vertu de quel chapitre. Il ne fait cependant aucun doute que dans l'optique de Julien, les deux agresseurs sont tenus en vertu du chapitre premier. En effet, l'argumentation du jurisconsulte est suffisamment univoque à ce propos. Certains auteurs [BESELER G., *Beiträge zur Kritik der römischen Rechtsquellen*, IV, Tübingen, 1920, p. 193 ; ALBANESE B., « Studi sulla legge Aquilia », *Ann. Palermo*, 21 (1950), p. 158] ont trouvé opportun de corriger le texte du Digeste en ajoutant les mots « *de occiso* » ou « *ex primo capite* » à la fin du Principium. Une telle correction ne nous semble cependant pas nécessaire, vu que le passage est suffisamment explicite sans cette précision.

(34) On pourrait faire ici la même remarque que précédemment (v. *supra*, note 33) : Le texte ne précise pas qu'il s'agit du premier chapitre de la *lex Aquilia* [v. ALBANESE B., « Studi sulla legge Aquilia », *Ann. Palermo*, 21 (1950), p. 160. Cet auteur propose ici aussi l'insertion de « *quasi occiderint* » entre « *omnes lege Aquilia* » et « *teneri* »]. Ici non plus, le contexte ne nous paraît pas admettre d'autre lecture de ce passage. De plus, celle-ci est expressément confirmée par Ulp., *lib. 18 ad edict.* (D. 9, 2, 11, 2) : v. *infra*, p. 171.

De nombreux auteurs ont trouvé que l'analogie entre les deux cas était forcée (35). Certains (36) en ont déduit que le § 1 était une insertion des Compilateurs. Mais comme l'a écrit Rastätter (37), la faiblesse de l'argument ne suffit pas pour douter de son authenticité.

Outre l'auteur déjà cité, la doctrine dominante actuelle est d'avis que le § 1 n'est pas le résultat d'une interpolation (38). Nous sommes également de cet avis, car, comme l'a montré Albanese (39), tant le contenu que la localisation du § 1 sont attestés par un autre texte du Digeste. En effet, si l'on consulte la *lex* 11 du titre *ad legem Aquilianam* du Digeste, on constate qu'Ulpien traite les deux cas l'un à la suite de l'autre. Ainsi, il fait précéder le fragment 11, 3 (40), dont le contenu correspond à

(35) V. en ce sens : FABER A., *Rationalia in Pandectas*, Lugduni, 1659, T. 2, Pars 2 (ad D. 9, 2, 51), p. 318 ; THOMAS J.A.C., « Aspetti metodologici della giurisprudenza romana classica », *Ann. Macerata*, 30 (1971), p. 322 ; DALLA D., « Giuliano e il longum intervallum in tema di applicazione dell'Aquila », *AG*, 187 (1974), pp. 161 et s. ; MACCORMACK G., « Aquilian Studies », *SDHI*, 41 (1975), p. 27 ; CASAVOLA F., « Cultura e scienza giuridica nel secondo secolo d.C. : il senso del passato », *ANRW*, II, 15 (1976), p. 155 (le même texte a également été édité dans : CASAVOLA F., *Giuristi adrianei*, Napoli, 1980, p. 39 et s.) ; TALAMANCA M., « Per la storia della giurisprudenza romana », *BIDR*, 80 (1977), pp. 305 et s., note 235 ; RASTÄTTER J., *Marcelli notae ad Iuliani Digesta*, Diss., Freiburg, 1980, p. 120 ; MACCORMACK G., « Juristic Interpretation of the Lex Aquilia », *Studi Sanfilippo*, I, Milano, 1982, pp. 260 et s. ; VALDITARA G., *Superamento dell'aestimatio rei nella valutazione del danno aquiliano ed estensione della tutela ai non domini*, Milano, 1992, pp. 22 et s. Tous les auteurs n'utilisent pas un vocabulaire aussi mesuré sur ce point, puisque von Lübtow (VON LÜBTOW U., *Untersuchungen zur lex Aquilia de damno iniuria dato*, Berlin, 1971, p. 62) écrit : « Diese Analogie beruht auf einen Trugschluß ».

(36) V. : BESELER G., *Beiträge zur Kritik der römischen Rechtsquellen*, IV, Tübingen, 1920, pp. 193 et s. ; BESELER G., *Juristische Miniaturen*, Leipzig, 1929, p. 88 ; BESELER G., « Romanistische Studien », *ZSS*, 50 (1930), p. 58 ; KRÜCKMANN P., « Ein Zwischenschiebsel », *ZSS*, 60 (1940), p. 234 ; POWELL R., « 'Novus actus interveniens' in Roman Law », *Current Legal Problems*, 1951, p. 204 ; WATSON A., *The Law of Obligations in the Later Roman Republic*, Oxford, 1965, p. 245, note 5 ; PUGSLEY D., « Causation and confessions in the lex Aquilia », *TR*, 38 (1970), p. 167 ; VON LÜBTOW U., *Untersuchungen zur lex Aquilia de damno iniuria dato*, Berlin, 1971, p. 62.

(37) RASTÄTTER J., *op. cit.*, p. 120.

(38) V. : ALBANESE B., « Studi sulla legge Aquilia », *Ann. Palermo*, 21 (1950), p. 160 ; SCHINDLER K.H., « Ein Streit zwischen Julian und Celsus », *ZSS*, 74 (1957), p. 213 ; BUND E., *Untersuchungen zur Methode Julians*, Köln, 1965, p. 191 ; CERAMI P., « Considerazioni sulla cultura e sulla logica di Cecilio Africano », *IVRA*, 22 (1971), p. 135 ; 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. 357 ; WILLVONSEDER R., *Die Verwendung der Denkfigur der « conditio sine qua non » bei den römischen Juristen*, Wien-Köln-Graz, 1984, pp. 148 et s. ; NÖRR D., *Causa mortis*, München, 1986, p. 188.

(39) ALBANESE B., « Studi sulla legge Aquilia », *Ann. Palermo*, 21 (1950), p. 160.

(40) Texte étudié *supra*, au point A.

celui de la l. 51pr., par un autre texte dont le contenu correspond précisément à celui de la l. 51,1.

Ulp., *lib. 18 ad edict.* (D. 9, 2, 11, 2) :

Sed si plures servum percusserint, utrum omnes quasi occiderint teneantur, videamus. et si quidem apparet cuius ictu perierit, ille quasi occiderit tenetur : quod si non apparet, omnes quasi occiderint teneri Iulianus ait, et si cum uno agatur, ceteri non liberantur : nam ex lege Aquilia quod alius praestitit, alium non relevat, cum sit poena.

Au demeurant, il ne nous semble pas que l'analogie de Julien soit aussi incongrue qu'une partie de la doctrine le soutient. Les auteurs qui sont d'avis que l'argument de Julien n'est pas pertinent font, à notre sens, l'erreur d'envisager les questions affrontées par Julien d'après des catégories modernes.

Ainsi, d'après Beseler (41), si l'analogie n'existe pas entre les deux cas, c'est parce que dans le cas principal (lorsque l'esclave est d'abord blessé mortellement, puis tué) se pose le problème de l'interruption du lien causal, problème qui ne se pose pas dans le cas du § 1. Pour admettre le raisonnement de Beseler, il faudrait être certain que les jurisconsultes romains raisonnaient de la même manière, en utilisant les mêmes concepts que Beseler, ce qui reste entièrement à prouver.

De la même manière, il faut rejeter l'argument de Beseler et von Lübtow (42) d'après lequel les deux cas sont différents, parce que dans le cas principal, il n'y a pas de doute sur la personne de celui qui a tué l'esclave.

Premièrement, il va en effet de soi que les deux cas ne sont pas identiques, mais cela est le propre du raisonnement par analogie. Lorsque l'on raisonne de cette manière, on déduit la solution d'un cas nouveau, en se fondant sur un cas ancien, différent sous certains aspects et analogue sous d'autres (43). Il ne suffit donc pas de constater que les deux cas sont différents pour pouvoir en déduire qu'il est impossible de raisonner par analogie (44).

(41) BESELER G., *Beiträge zur Kritik der römischen Rechtsquellen*, IV, Tübingen, 1920, p. 194.

(42) VON LÜBTOW U., *Untersuchungen zur lex Aquilia de damno iniuria dato*, Berlin, 1971, p. 62.

(43) En ce sens, v. : VALDITARA G., *Superamento dell'aestimatio rei nella valutazione del danno aquiliano ed estensione della tutela ai non domini*, Milano 1992, pp. 22 et s. Pour cet auteur, la différence entre les deux cas n'empêche pas qu'il y ait un élément commun entre les deux cas, suffisant à justifier le recours au raisonnement par analogie.

(44) V. par exemple la définition du Robert électronique : « Jugement, raisonnement par analogie, qui conclut d'une ressemblance partielle à une autre ressemblance plus générale ou totale ». V. aussi : LARENZ K., *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, 6. Aufl., Berlin/Heidelberg 1991, pp. 381 et s.

Ensuite, si pour les deux auteurs, il est sûr que dans le cas principal, c'est le second agresseur qui a tué l'esclave, tout semble indiquer que Julien était d'un autre avis. En effet, lorsque dans le *principium*, Julien affirme que le *mortifere vulnerare* équivaut à un *occidere*, il semble au contraire dire que A a également tué l'esclave. En affirmant le contraire, ces auteurs imposent au jurisconsulte une analyse des faits d'après le concept moderne de « causalité interrompue (unterbrochene Kausalität) ». D'après celle-ci, il faut considérer que le lien causal entre la blessure mortelle infligée par A et le dommage causé au propriétaire de l'esclave est interrompu par le coup de grâce infligé par B.

Il faut pourtant se rendre compte que le concept de l'interruption du lien causal n'est pas un concept purement logique, qui s'impose de lui-même. Il suppose acquis que la causalité hypothétique ne peut jouer aucun rôle au niveau de l'application de la *lex Aquilia*. En effet, lorsque l'on dit que le premier lien causal est interrompu par l'acte de B, on s'interdit de raisonner sur ce qui se serait passé, si B n'avait pas donné le coup de grâce à l'esclave. Il nous semble pourtant que cette supposition a clairement été envisagée par Julien dans le § 2, lorsqu'il écrit : « *longe absurdius constitui neutrum lege Aquilia teneri* ». En imaginant que ni A, ni B, ne soient tenus, il a dû envisager le fait que tant A que B pouvaient invoquer le fait que même en l'absence de la blessure qu'ils ont chacun infligée à l'esclave, celui-ci serait décédé. On voit ici clairement que la causalité hypothétique n'est pas exclue d'emblée, dans l'appréciation de la responsabilité aquilienne. Julien semble même indiquer qu'il s'agit là d'une manière courante de raisonner en la matière, et que cette *ratio disputandi* n'est écartée qu'en raison du résultat absurde auquel elle aboutit en l'espèce.

Comme on le voit, les grandes différences qu'il peut y avoir — aux yeux d'un juriste moderne — entre les deux cas comparés par Julien, ne doivent pas nous mener inmanquablement à la conclusion que le texte est interpolé, ni que le jurisconsulte divague.

C'est en ce sens que se sont exprimés Willvonseder (45) et Nörr (46). Pour tous deux, le cas principal serait aujourd'hui qualifié de « überholende Kausalität », alors que celui du § 1 serait appelé « alternative Kausalität ». Mais malgré cette différence, ils trouvent également des

(45) WILLVONSEDER R., *Die Verwendung der Denkfigur der « condicio sine qua non » bei den römischen Juristen*, Wien-Köln-Graz, 1984, pp. 148 et s.

(46) NÖRR D., *Causa mortis*, München 1986, p. 188 : « Daß die Auffassung Julians folgerichtig (*consequens*) zur Entscheidung der *veteres* ist, nach der bei tödlicher Verletzung eines Sklaven durch mehrere Personen und fehlender Beweismöglichkeit hinsichtlich des tödlichen Schlages alle Beteiligten nach dem ersten Kapitel haften (s. auch fr. 11.2), ist nur dann fragwürdig, wenn man die 'Konsequenz' in einem recht engen Sinne nimmt ».

ressemblances entre les deux cas. D'après Willvonseder, la ressemblance réside dans le fait que dans les deux cas, le lien causal fait défaut, si l'on applique la théorie de l'équivalence des conditions (*condicio sine qua non*). Nörr s'exprime de manière plus générale, et écrit seulement que dans les deux cas, le lien qui unit l'acte et sa conséquence est perturbé (*gestört*).

Nous pensons que, globalement, ces deux auteurs ont raison : L'argumentation de Julien tend à montrer que la manière d'apprécier la responsabilité aquilienne proposée par la *ratio disputandi* (qui exclut la responsabilité dans le chef de celui qui pouvait invoquer le fait que la chose aurait de toute façon péri ou pour qui on n'a pas pu établir qu'il a personnellement causé le dommage visé) aboutit à un résultat absurde, qu'il convient de rejeter. En ce sens, le cas du § 1 — tout comme celui de la finale du § 2 — convient très bien pour montrer qu'il faut parfois recourir à un autre critère que celui-là, pour apprécier la responsabilité aquilienne (ou la responsabilité pour vol, dans le cas de la finale du § 2).

Après avoir donné une première justification de sa solution, Julien expose, au début du § 2, le résultat (47) concret auquel aboutit la double condamnation « *de occiso* ». Le montant de l'estimation n'est pas identique pour A et pour B, parce que les deux agresseurs ont agi à des moments différents et dans des conditions différentes.

Il est vrai que la précision du début du § 2 est essentiellement une simple conséquence logique de la position défendue par Julien dans le *principium*. En retenant que A et B étaient tous deux tenus *de occiso*, il allait de soi que l'estimation était tributaire du moment auquel chaque agresseur avait commis l'*occidere* en vertu duquel il était tenu.

(47) Notons ici que dans sa thèse de doctorat, SCHEBITZ (*Berechnung des Ersatzes nach der Lex Aquilia*, Thèse, Berlin, 1987, pp. 299 et s.) a défendu l'idée que le § 2 traitait d'un autre cas que le *principium*. D'après lui, Julien y discuterait le cas où tant A que B ont conféré une blessure mortelle à l'esclave. Cette fois-ci, l'esclave ne serait pas mort immédiatement par le coup porté par B. Après ce deuxième coup, l'esclave aurait été institué héritier avant de mourir sans que l'on sache de quelle blessure il est mort. À notre avis, cette lecture est indéfendable. Pour l'admettre, il faudrait imaginer que Julien ait changé la configuration du cas examiné sans en avertir le lecteur. Qui plus est, si les deux coups sont antérieurs au moment où l'esclave a été institué héritier, et qu'il n'apparaît pas de quel coup il est mort, rien n'explique plus pourquoi seul B est tenu de la valeur de l'héritage. Schebitz (p. 312) en est réduit à invoquer que le coup de B était plus proche de ce moment, et que c'est pour cela que seul B est tenu (« Der zweite Schädiger war an dem Ereignis der Erbeinsetzung « näher dran », so daß er den Wert der Erbschaft ersetzen mußte »).

Below (48) a cru pouvoir en déduire que puisque la phrase [*eiusdem — intellegatur*] n'apportait rien au lecteur qu'il ne sache déjà, elle pouvait être supprimée.

D'une part, ce type de raisonnement n'a plus cours aujourd'hui, car il ne suffit plus de douter de l'utilité d'une phrase pour pouvoir l'attribuer au Compilateurs. D'autre part, comme l'a parfaitement montré Dalla (49), cette précision n'est pas inutile. Elle est même devenue indispensable par le fait de l'exemple utilisé dans le § 1, qui pouvait jeter un trouble sur la question. Julien entendait bien préciser que l'analogie entre le cas du *principium* et celui du § 1 ne s'étendait pas à la question de l'estimation du dommage. En cela, le début du § 2 est en parfaite connexion avec le § 1. Enfin, il reste quand même une précision intéressante et qui n'allait peut-être pas tellement de soi : l'estimation due par B comprend également le montant de la succession (50).

D'autres auteurs (51) ont encore tenté de réécrire le § 2 de notre fragment en fonction des interpolations qu'ils croyaient y avoir trouvées. En particulier, Beseler est d'avis que Julien ne devait pas avoir écrit « *trecentum sexaginta* », mais plutôt « *triginta* », car « *wer frei stilisierend den Jahresbegriff ausdrücken will, sagt Jahr* ». L'argument de forme ne nous paraît pas pouvoir être retenu, car comme l'a écrit Pugsley (52), d'une part, il était pas heureux de répéter deux fois « un an » dans la même phrase ; d'autre part, cela pouvait être une manière d'insister sur le délai.

(48) BELOW K.-H., *Die Haftung für lucrum cessans im römischen Recht*, München, 1964, p. 14.

(49) DALLA D., « Giuliano e il longum intervallum in tema di applicazione dell'Aquila », *AG*, 187 (1974), pp. 162 et s.

(50) Sur ce point, v. en particulier : SCHEBITZ B., *Berechnung des Ersatzes nach der Lex Aquilia*, Thèse, Berlin, 1987, pp. 302 et s. et VALDITARA G., *Superamento dell'aestimatio rei nella valutazione del danno aquiliano ed estensione della tutela ai non domini*, Milano, 1992, pp. 23 et s. V. aussi : JOLOWICZ H.F., « The Original Scope of the Lex Aquilia and the Question of Damages », *LQR*, 38 (1922), 227 et s. ; GERKE Th.J., « Geschichtliche Entwicklung der Ansprüche aus der lex Aquilia », *SDHI*, 23 (1957), p. 68 ; SCHINDLER K.H., « Ein Streit zwischen Julian und Celsus », *ZSS*, 74 (1957), p. 229 ; 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, pp. 351 et s.

(51) Outre l'article de Below renseigné plus haut (v. *supra*, note 48), on peut citer ici : BESELER G., *Beiträge zur Kritik der römischen Rechtsquellen*, III, Tübingen 1913, p. 27 ; BESELER G., *Beiträge zur Kritik der römischen Rechtsquellen*, IV, Tübingen, 1920, pp. 194 et s. ; BELOW K.H., « Heredis institutio eines servus und lex Aquilia », *Festschrift Lewald*, Basel, 1953, p. 19 ; VON LÜBTOW U., *Untersuchungen zur lex Aquilia de damno iniuria dato*, Berlin, 1971, pp. 62 et s.

(52) PUGSLEY D., « Causation and Confessions in the lex Aquilia », *TR*, 38 (1970), pp. 168 et s.

Qui plus est, cette position est conforme à celle adoptée ailleurs par le même jurisconsulte (53) : Lorsqu'un esclave décédait longtemps après avoir subi les blessures qui ont causé sa mort, c'est pendant l'année qui précède la blessure, et non l'année qui précède le décès, qu'il faut estimer sa valeur. Il est donc normal que l'estimation du dommage causé par A se fasse par rapport au moment où il a conféré la blessure mortelle, et non par rapport au moment du décès effectif.

La doctrine dominante (54) actuelle a d'ailleurs admis et montré de manière répétée, que cette partie de notre fragment n'était pas interpolée.

Après avoir exposé les tenants et aboutissants de sa position, Julien entreprend une nouvelle fois de la justifier. Se rendant compte que le résultat de la double condamnation « *de occiso* » à des montants différents pourrait sembler absurde à certains, il s'en défend. À cette fin, il tente de montrer que si la solution qu'il prône peut paraître absurde, les solutions alternatives le sont encore plus.

Il serait inadmissible de ne condamner ni A, ni B, car une telle agression ne saurait rester impunie. Il serait tout aussi difficile de ne punir que l'un des deux, car rien ne justifie que l'un soit plus tenu que l'autre.

Pour conclure, Julien insiste sur le fait que dans le *ius civile*, les exemples ne manquent pas où, devant un tel choix, l'on a préféré l'*utilitas communis* contre la *ratio disputandi* (55). Et il nous en donne un :

(53) V. : ULP., *lib. 18 ad edict.* (D. 9, 2, 21, 1) : *Annus autem retrorsus computatur, ex quo quis occisus est : quod si mortifere fuerit vulneratus et postea post longum intervallum mortuus sit, inde annum numerabimus secundum Iulianum, ex quo vulneratus est, licet Celsus contra scribit.*

(54) Outre Pugsley, déjà cité, v. : HAYMANN F., « Textkritische Studien zum römischen Obligationenrecht », *ZSS*, 40 (1919), p. 219, note 2 ; ALBANESE B., « Studi sulla legge Aquilia », *Ann. Palermo*, 21 (1950), pp. 155 et s. ; SCHINDLER K.H., « Ein Streit zwischen Julian und Celsus », *ZSS*, 74 (1957), pp. 225 et s. ; DALLA D., « Giuliano e il longum intervallum in tema di applicazione dell'Aquilia », *AG*, 187 (1974), pp. 162 et s. ; 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. 337 ; RASTÄTTER J., *Marcelli notae ad Iuliani Digesta*, Diss., Freiburg, 1980, p. 120, note 68 ; WILLVONSEDER R., *Die Verwendung der Denkfigur der « condicio sine qua non » bei den römischen Juristen*, Wien-Köln-Graz, 1984, p. 147 ; VALDITARA G., *Superamento dell'aesimatio rei nella valutazione del danno aquiliano ed estensione della tutela ai non domini*, Milano, 1992, pp. 20 et s.

(55) Stein (STEIN P., *Regulae iuris*, Edinburgh, 1966, pp. 95 et s.) pense d'ailleurs que Julien avait tendance à explorer les implications logiques des règles juridiques, afin de rendre le droit plus rationnel. Toujours d'après cet auteur, ce jurisconsulte était cependant aussi un réaliste, qui reconnaissait que le droit contenait de nombreux éléments irrationnels, qui devaient être acceptés pour le bien commun.

Lorsque plusieurs personnes volent ensemble une poutre qu'aucun d'eux n'aurait pu voler seul, l'*actio furti* est accordée contre tous. Par une argumentation subtile, on aurait pourtant pu arriver à la conclusion que personne ne devait être tenu, vu qu'aucun d'eux (pris séparément) n'a réellement emporté la poutre.

C'est probablement cette dernière partie du fragment de Julien qui a fait l'objet du plus grand nombre de critiques interpolationnistes. Elles ont été portées contre les mots suivants : *quod si* (56), *absurde* (57) *constitui* (58), *longe* (59), *neutrum* (60), *neque impunita maleficia* (61),

(56) V. en ce sens : GUARNIERI CITATI A., « Studi sulle obbligazioni indivisibili nel diritto romano I », *Ann. Palermo*, 9 (1921), pp. 38 et s. ; BELOW K.-H., *Die Haftung für lucrum cessans im römischen Recht*, München, 1964, p. 15. *Contra* : SCHINDLER K.H., « Ein Streit zwischen Julian und Celsus », *ZSS*, 74 (1957), pp. 225 et s.

(57) V. en ce sens : BELOW K.-H., *Die Haftung für lucrum cessans im römischen Recht*, München, 1964, p. 15. *Contra* : SCHINDLER K.H., *op. cit.*, pp. 226 et s. ; CERAMI P., « Considerazioni sulla cultura e sulla logica di Cecilio Africano », *IVRA*, 22 (1971), p. 135.

(58) V. en ce sens : ERMAN H., « Entstammt BGB. § 226 Tribonian oder Celsus ? », *ZSS*, 25 (1904), p. 361 ; SEGRÈ G., « Sul deposito irregolare in diritto romano », *BIDR*, 19 (1907), p. 216 ; BESELER G., *Beiträge zur Kritik der römischen Rechtsquellen*, III, Tübingen, 1913, p. 27 ; BONEFANTE P., *Proprietà e servitù*, Scritti giuridici varii 2, Torino, 1926, p. 128 ; BELOW K.-H., *Die Haftung für lucrum cessans im römischen Recht*, München, 1964, p. 16. *Contra* : SCHINDLER K.H., *op. cit.*, p. 227, note 67.

(59) V. en ce sens : BELOW K.-H., *Die Haftung für lucrum cessans im römischen Recht*, München, 1964, p. 16 ; PRINGSHEIM F., *Der Kauf mit fremden Geld*, Leipzig, 1916, p. 66. *Contra* : SCHINDLER K.H., *op. cit.*, p. 226.

(60) V. en ce sens : BESELER G., *Beiträge zur Kritik der römischen Rechtsquellen*, IV, Tübingen, 1920, p. 195 ; BELOW K.-H., *Die Haftung für lucrum cessans im römischen Recht*, München, 1964, p. 15. *Contra* : ALBANESE B., « Studi sulla legge Aquilia », *Ann. Palermo*, 21 (1950), pp. 161 et s. ; SCHINDLER K.H., *op. cit.*, pp. 225 et s. ; CERAMI P., « Considerazioni sulla cultura e sulla logica di Cecilio Africano », *IVRA*, 22 (1971), p. 135.

(61) V. en ce sens : BESELER G., *Beiträge zur Kritik der römischen Rechtsquellen*, III, Tübingen, 1913, p. 27 ; ROTONDI G., « Theorie postclassiche sull'actio legis Aquiliae », *Scritti giuridici*, vol. 2, Milano, 1922, p. 452 ; ALBERTARIO E., « Animus furandi », in *Studi di diritto romano*, 3, Milano, 1936, p. 224 ; SCHINDLER K.H., *op. cit.*, pp. 228 et s. ; HEUMANN H. et SECKEL E., *Handlexikon zu den Quellen des römischen Rechts*, 10. Aufl., Graz, 1958, *impunitus*, p. 253 ; BELOW K.-H., *Die Haftung für lucrum cessans im römischen Recht*, München, 1964, p. 15. *Contra* : WACKE A., « Zum Dolus-Begriff und der Actio de Dolo », *RIDA*, 27 (1980), p. 366 ; WACKE A., « Sul concetto di 'dolus' nell'actio de dolo », *IURA*, 28 (1977), p. 24 ; 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, pp. 337 et s.

ratio disputandi (62), *communis utilitas* (63), *innumerabilis* (64), *suptili ratione* (65). Généralement, c'est la totalité (66) du texte suivant « *quod*

(62) V. en ces sens : PRINGSHEIM F., « *Ius aequum und ius strictum* », *ZSS*, 42 (1921), p. 663 ; BELOW K.-H., *Die Haftung für lucrum cessans im römischen Recht*, München, 1964, p. 16. *Contra* : LENEL O., « *Wortforschung* », *ZSS*, 50 (1930), pp. 15 et s. (d'après cet auteur, le mot *disputatio* est tout à fait classique) ; SCHWARZ F., « *Begriffsanwendung und Interessenwertung im klassischen römischen Recht* », *AcP*, 152 (1952/1953), p. 203 ; SEIDL E., « *Moderne zivilrechtliche Lehren als Erkenntnismittel der Rechtsgeschichte* », *Festschrift Lehmann*, Berlin, 1956, I, p. 106 ; SCHINDLER K.H., « *Ein Streit zwischen Julian und Celsus* », *ZSS*, 74 (1957), p. 227 ; CERAMI P., « *Considerazioni sulla cultura e sulla logica di Cecilio Africano* », *IVRA*, 22 (1971), p. 135 ; MAYER-MALY Th., « *Natura cavillationis* », *Festgabe Herdlitzka*, München 1972, p. 181 ; WIEACKER F., « *Offene Wertungen bei den römischen Juristen* », *ZSS*, 94 (1977), pp. 30 et s. ; RASTÄTTER J., *Marcelli notae ad Iuliani Digesta*, Diss., Freiburg, 1980, p. 121 ; WEYAND S., *Der Durchgangserwerb in der juristischen Sekunde : Systemdenken oder Problemdenken im klassischen römischen Recht*, Göttingen, 1989, pp. 34 et s.

(63) V. en ce sens : STEINWENTER A., « *Utilitas publica — utilitas singulorum* », *Festschrift Koschacker*, I, Weimar, 1939, p. 99 ; BELOW K.-H., *Die Haftung für lucrum cessans im römischen Recht*, München, 1964, p. 16 ; LONGO G., « *Utilitas publica* », *Labeo*, 18 (1972), p. 20. *Contra* : ALBANESE B., « *Studi sulla legge Aquilia* », *Ann. Palermo*, 21 (1950), p. 162 ; SCHWARZ F., *op. cit.*, p. 203 ; SEIDL E., *op. cit.*, p. 106 ; SCHINDLER K.H., *op. cit.*, pp. 227 et s. ; ANKUM H., « *Utilitatis causa receptum* », *Symbolae David*, T. 1, Leiden, 1968, p. 23 ; CERAMI P., *op. cit.*, p. 135 ; WIEACKER F., « *Offene Wertungen bei den römischen Juristen* », *ZSS*, 94 (1977), pp. 30 et s. ; 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. 339 ; RASTÄTTER J., *op. cit.*, p. 121 ; WEYAND S., *op. cit.*, pp. 34 et s.

(64) V. en ce sens : HEUMANN H. et SECKEL E., *Handlexikon zu den Quellen des römischen Rechts*, 10. Aufl., Graz, 1958, *innumerabilis*, p. 270. *Contra* : SCHWARZ F., *op. cit.*, p. 203 ; SEIDL E., *op. cit.*, p. 106 ; SCHINDLER K.H., *op. cit.*, pp. 228 et s. ; CERAMI P., *op. cit.*, p. 135 ; WIEACKER F., *op. cit.*, pp. 30 et s.

(65) V. en ce sens : PRINGSHEIM F., « *Ius aequum und ius strictum* », *ZSS*, 42 (1921), p. 663 ; BELOW K.-H., *Die Haftung für lucrum cessans im römischen Recht*, München, 1964, pp. 15 et s. Hésitant : ARCHI G.G., « *Interpretatio iuris — interpretatio legis — interpretatio legum* », *ZSS*, 87 (1970), p. 39. *Contra* : GRADENWITZ O., « *Licet enim legibus soluti sumus attamen legibus vivimus* », *ZSS*, 26 (1905), p. 365 ; ALBANESE B., « *Studi sulla legge Aquilia* », *Ann. Palermo*, 21 (1950), p. 162 ; SCHINDLER K.H., *op. cit.*, pp. 227 et s. ; CERAMI P., « *Giuliano nel suo tempo* », *Labeo*, 35 (1989), p. 119.

(66) Certains auteurs se contentent d'affirmer que ce passage est totalement interpolé, sans justifier leur position : PAMPALONI M., « *La complicità nel delitto di furto* », *St. Senesi*, 16 (1899), p. 207, note 12 ; PACCHIONI F.C., « *Appendice 2* », in *F.C. di Savigny. Le obbligazioni (trad. italiana)*, T. 1, Torino, 1912, p. 720, note 1 ; BETTI E., *L'efficacia estintiva della litis contestatio nelle obbligazioni solidali passive*, Programma dell'ultima parte (18 lezioni) del Corso di Diritto Romano tenuto nell'Università di Camerino nell'anno accademico 1917-18, p. 26 ; HAYMANN F., « *Textkritische Studien zum römischen Obligationenrecht* », *ZSS*, 40 (1919), p. 219 ; HAYMANN F., « *Textkritische Studien zum römischen Obligationenrecht* », *ZSS*, 41 (1920), p. 79 ; SEGRÈ G., « *Obligatio, obligare, obligari nei testi della giu-*

si quis... » qui était suspectée. Mais ici aussi, comme pour le reste du fragment, la doctrine (67) plus récente — et en particulier Schindler (68) — a démontré que la finale du § 2 n'était pas interpolée.

Sur le fond, l'argumentation de Julien a heurté une grande partie de la doctrine (69). Comment faut-il comprendre cette *reductio ad absurdum*? Ici, comme pour l'analogie du § 1, bon nombre d'auteurs se disent peu convaincus par l'argumentation développée par Julien. Ce qui semble avoir principalement dérangé cette partie de la doctrine, c'est le recours du jurisconsulte aux solutions alternatives à la double

rusprudenzen classica e del tempo di Diocleziano », *Studi Bonfante*, Milano, 1930, T. 3, p. 587 ; PUGSLEY D., « Causation and confessions in the *lex Aquilia* », *TR*, 38 (1970), pp. 169 et s. ; VON LÜBTOW U., *Untersuchungen zur lex Aquilia de damno iniuria dato*, Berlin, 1971, p. 63.

(67) V. : ORESTANO R., « Jus singulare e privilegium in diritto romano », *Ann Macerata*, 11 (1937), p. 61 ; ALBANESE B., « Studi sulla legge Aquilia », *Ann. Palermo*, 21 (1950), pp. 161 et s. ; CERAMI P., « Considerazioni sulla cultura e sulla logica di Cecilio Africano », *IVRA*, 22 (1971), p. 135 ; HONSELL Th., « Gemeinwohl und öffentliches Interesse im klassischen römischen Recht », *ZSS*, 95 (1978), p. 124 ; 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, pp. 337 et s. ; RASTÄTTER J., *Marcelli notae ad Iuliani Digesta*, Diss., Freiburg, 1980, pp. 116 et s. ; KRAMPE Ch., « C.R. Rastätter, Marcelli notae ad Iuliani Digesta », *TR*, 52 (1984), pp. 61 et s.

(68) SCHINDLER K.H., « Ein Streit zwischen Julian und Celsus », *ZSS*, 74 (1957), pp. 225 et s.

(69) V. en particulier : FABER A., *Rationalia in Pandectas*, Lugduni, 1659, T. 2, Pars 2 (ad D. 9, 2, 51), p. 318 ; GLÜCK C.F., *Ausführliche Erläuterungen der Pandecten*, X.1, Erlangen, 1803, (§ 702) pp. 348 et s. ; BELOW K.-H., *Die Haftung für lucrum cessans im römischen Recht*, München, 1964, p. 15 : « Neutrum lege Aquilia teneri aut alterum potius ist sinnlos. Entweder leisten beide Täter de occiso Schadenersatz, oder X haftet nach cap. 3, Y auf Grund von cap. 1, denn es dürfte schon nach römischem Recht unzulässig sein, daß ein Täter, der eine unerlaubte Handlung begeht, der Schadenersatzpflicht entkommt, indem er sich auf das Delikt eines anderen beruft » ; VON LÜBTOW U., *Untersuchungen zur lex Aquilia de damno iniuria dato*, Berlin, 1971, p. 63 : « Diese Erwägung geht fehl. Denn es gibt immer noch den Weg, den ersten Täter *de vulnerato*, den zweiten *de occiso* in Anspruch zu nehmen » ; 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. 350 : « Die Art und Weise, wie er die offenbar von seiten des nicht durch ihn erwähnten Celsus herrührende oder erwartete, insbesondere auf logische Argumente basierende Kritik ablehnt, ist nicht besonders überzeugend » ; RASTÄTTER J., *Marcelli notae ad Iuliani Digesta*, Diss., Freiburg, 1980, p. 121 : « Die juristische Logik, bei Celsus und Marcellus streng beachtet, wird von Julian mit Utilitätsüberlegungen überspielt, nachdem er Celsus' Lösung zu Unrecht mit dem in der Tat absurden neutrum teneri in Verbindung gebracht hat » ; NÖRR D., *Causa mortis*, München, 1986, p. 182, note 95 : « Was den Gegner Julians in fr. 51.2 angeht, so folge ich verbreiteten Auffassung, daß Celsus gemeint ist ; eine andere Frage ist es, ob die Argumentation Julians den Standpunkt des Celsus auch 'trifft' ».

condamnation *de occiso* : *longe absurdius constitui neutrum lege Aquilia teneri aut alterum potius*. L'avis de Beseler (70) sur cette dernière phrase est, à cet égard, tout à fait symptomatique : « Cette phrase est un non-sens, car si on décide que les deux ne sont pas tenus *de occiso*, il faut que le premier soit tenu *de vulnerato*, et le second *de occiso* ».

Pourquoi une certaine catégorie d'auteurs considère-t-elle que *neutrum...* est un non-sens, ou est une hypothèse irréaliste, qui ne saurait convaincre ? L'origine de cette analyse doit, à notre avis, être recherchée dans l'harmonisation que font ces auteurs entre le fragment de Julien, et celui d'Ulpien (l. 11, 3), envisagé précédemment.

Depuis Cujas (71) au plus tard, la doctrine dominante (72) pense que ces deux fragments témoignent d'une controverse menée à distance

(70) BESELER G., *Beiträge zur Kritik der römischen Rechtsquellen*, IV, Tübingen, 1920, p. 195 : « *Neutrum lege Aquilia teneri aut alterum potius* ist Unsinn : wenn man nicht beide *de occiso* haften läßt, muß man den ersten *de vulnerato*, den zweiten *de occiso* haften lassen ».

(71) CUIACIUS J., *Operum postumorum*, T. 6, Neapoli, 1722, *ad lib. 86, digest. Juliani*, col. 445 et s.

(72) V. en ces sens : VOORDA B., *De crimineele ordonnantien van Koning Philips van Spanje, vermeld van eene verhandeling over het verstand van de Ordonnantie, op de Stijl van Procèdeeren in Crimineele Zaken*, Leyden 1792, Cap. 2, § ult., pp. 248 et s. (Voorda pense qu'il s'agit d'une controverse entre Sabiniens et Proculiens) ; GLÜCK C.F., *Ausführliche Erläuterungen der Pandecten*, X.1, Erlangen, 1803, (§ 702) pp. 348 et s. ; LÖHR E., *Die Theorie der Culpa*, Gießen, 1806, 2. Abs., § 20, p. 128 et s. (L'auteur considère en tout cas que c'est par erreur que les Compilateurs ont retenu le texte de Julien dans le Digeste) ; APPLETON Ch., « La date des Digesta de Julien », *NRH*, 34 (1910), pp. 769 et s. ; KÜBLER B., « C.R. Fitting, Alter an Folge der Schriften römischer Juristen », *Kritische Vierteljahresschrift*, 49 (1911), pp. 9 et s. ; SCHINDLER K.H., « Ein Streit zwischen Julian und Celsus », *ZSS*, 74 (1957), p. 226 et s. ; RÖHLE R., « Zur Frage der sogenannten verdrängenden Verursachung im Römischen Recht », *SDHI*, 31 (1965), p. 306, note 6 ; LIEBS D., « Gemischte Begriffe im römischen Recht », *INDEX*, 1 (1970), p. 168 ; CASAVOLA F., « Cultura e scienza giuridica nel secondo secolo d.C. : il senso del passato », *ANRW*, II, 15 (1976), pp. 154 et s. (même texte : CASAVOLA F., *Giuristi Adrianei. Con note di propografia e bibliografia su giuristi del II secolo d. C. di Giacomo de Cristofaro*, Napoli, 1980, pp. 39 et s.) ; 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, pp. 350 et s. ; RASTÄTTER J., *Marcelli notae ad Iuliani Digesta*, Diss., Freiburg, 1980, p. 121 ; MANTHE U., « C.R. Casavola, Giuristi Adrianei », *ZSS*, 99 (1982), p. 423 ; KRAMPE Ch., « C.R. Rastätter, Marcelli notae ad Iuliani Digesta », *TR*, 52 (1984), pp. 61 et s. ; NÖRR D., *Causa mortis*, München, 1986, p. 182, note 95 et p. 188 ; SCARANO USSANI V., *L'utilità e la certezza. Compiti e modelli del sapere giuridico in Salvio Giuliano*, Milano, 1987, pp. 7 et s. ; MAIFELD J., *Die aequitas bei L. Neratius Priscus*, Trier, 1991, p. 58, note 110 ; VALDITARA G., *Superamento dell'aestimatio rei nella valutazione del danno aquiliano ed estensione della tutela ai non domini*, Milano, 1992, pp. 24 et s. S'exprimant de manière moins affirmative, v. : BRETONE M., *Geschichte des römischen Rechts*, München, 1992, p. 200.

entre Celse et Julien. Celse, qui n'est pas cité nommément par Julien, devait être visé par les mots : *quod si quis absurde a nobis haec constitui putaverit*. D'autre part, lorsqu'Ulpien conclut le fragment 11, 3 par les mots : *et est probabilius*, il y aurait là une référence implicite à la solution préconisée par Julien, et rejetée à la fois par Celse, Marcellus et lui-même. Les deux fragments qui proposent pour le même problème deux solutions différentes auraient donc été directement dirigés l'un contre l'autre.

L'argumentation de Julien aurait donc eu pour objet de démontrer que la solution de Celse était encore plus absurde que la sienne. Les auteurs visés ici trouvent alors que Julien démontre mal l'absurdité de la position de Celse. En abordant la question sous cet angle, on pouvait adopter trois attitudes.

Nous avons déjà écarté la première, qui était d'attribuer les passages aux Compilateurs. Cette position est en effet rejetée de manière presque unanime par la doctrine dominante actuelle.

La deuxième était d'admettre que Julien faisait un raisonnement de piètre qualité. Il s'agit là de la position la plus généralement admise aujourd'hui.

C'est cependant avec raison, que trois auteurs (73) plus récents ont choisi une troisième voie. D'après ceux-ci, ce n'est pas contre Celse que Julien développe son argumentation dans la deuxième partie du § 2. Il paraît en effet difficile d'admettre que Julien argumente contre Celse, alors que la position de ce dernier est très différente de celle combattue par Julien. Nous pensons que c'est un peu hâtivement que l'on a conclu que puisque les deux jurisconsultes avaient des positions différentes sur la question, Julien devait forcément viser Celse dans son argumentation. Les mots de Julien nous semblent plutôt interdire ce genre de raisonnement.

La position que nous venons d'adopter nous permet donc d'essayer de comprendre l'argumentation de Julien, sans devoir admettre qu'elle est interpolée, absurde ou d'une grande faiblesse.

Julien nous dit que la *ratio disputandi* (74) pouvait aboutir au résultat qu'aucun — ou un seul — des agresseurs n'était tenu en vertu de la *lex*

(73) V. : DALLA D., « Giuliano e il longum intervallum in tema di applicazione dell'Aquila », *AG*, 187 (1974), pp. 164 et s. ; WILLVONSEDER R., *Die Verwendung der Denkfigur der « condicio sine qua non » bei den römischen Juristen*, Wien-Köln-Graz, 1984, p. 149 ; CERAMI P., « Giuliano nel suo tempo », *Labeo*, 35 (1989), p. 120.

(74) Julien utilise dans le même fragment d'autres mots pour exprimer la même idée : *suptilis ratio*. Il visait par là, le raisonnement, la déduction logique, l'argumentation dialectique. V. en ce sens : SCHWARZ F., « Begriffsanwendung und Inte-

Aquila (75). Comment la *ratio disputandi* pouvait-elle aboutir à un tel résultat ?

Généralement, les auteurs (76) qui ont examiné cette hypothèse, pensent que si le premier agresseur (A) ne peut être tenu, c'est parce que l'esclave est mort d'un autre coup, et que si le second (B) ne peut l'être, c'est parce que l'esclave serait mort de toute façon. Plus juste serait, à notre avis, de dire que tant A que B peuvent se défendre en disant que l'esclave serait mort, même en l'absence du coup qu'ils lui ont porté (77). En effet, en excluant la responsabilité de A, parce que l'esclave est mort d'un autre coup, on adopte l'argumentation de Celse (l. 11, 3 : « *quia ex alio vulnere periit* »). Celle-ci a cependant comme corollaire que c'est B qui a tué (« *posteriorem teneri, quia occidit* »), et permet donc difficilement que l'on considère que A et B échappent simultanément à la responsabilité *de occiso*.

ressenwertung im klassischen römischen Recht », *AcP*, 152 (1952/1953), p. 203 ; ANKUM H., « *Utilitatis causa receptum* », *Symbolae David*, T. 1, Leiden 1968, p. 23 ; CERAMI P., « Considerazioni sulla cultura e sulla logica di Cecilio Africano », *IVRA*, 22 (1971), p. 136 ; VON LÜBTOW U., *Untersuchungen zur lex Aquilia de damno iniuria dato*, Berlin, 1971, p. 63 ; DALLA D., « Giuliano e il longum intervalum in tema di applicazione dell'*Aquila* », *AG*, 187 (1974), p. 166 ; TALAMANCA M., « Per la storia della giurisprudenza romana », *BIDR*, 80 (1977), p. 306, note 236 ; HONSELL Th., « Gemeinwohl und öffentliches Interesse im klassischen römischen Recht », *ZSS*, 95 (1978), p. 124 ; 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. 330 ; RASTÄTTER J., *Marcelli notae ad Iuliani Digesta*, Diss., Freiburg, 1980, p. 121 ; SCARANO USSANI V., *L'utilità e la certezza. Compti e modelli del sapere giuridico in Salvio Giuliano*, Milano, 1987, pp. 161 et s. ; CARCATERRA A., « CR Scarano Ussani, l'utilità e la certezza », *SDHI*, 54 (1988), p. 447 ; BUND E., « Il 'sapere' di Salvio Giuliano », *Labeo*, 35 (1989), p. 112 ; CERAMI P., « Giuliano nel suo tempo », *Labeo*, 35 (1989), p. 119 ; WEYAND S., *Der Durchgangserwerb in der juristischen Sekunde : Systemdenken oder Problemdenken im klassischen römischen Recht*, Göttingen, 1989, p. 35.

(75) Ici, tout comme pour le *principium* et le § 1 du fragment 51, il semble aller de soi que Julien ne parle que du chapitre 1 de la *lex Aquilia*. Il ne s'agit donc que de la responsabilité *de occiso*.

(76) V. déjà en ce sens : Glossa « *Disputandi* » ad D. 9, 2, 51, in GOTHOFREDUS, *Digestum vetus*, Lugduni, 1604, col. 1089 : « contra rigorem iuris. nam de rigore iuris neuter tenetur. prior non : quia non occidit. secundus non quia & sine eius vulnere esset mortuus ». Plus récemment : ALBANESE B., « Studi sulla legge *Aquila* », *Ann. Palermo*, 21 (1950), pp. 161 et s. ; SCHINDLER K.H., « Ein Streit zwischen Julian und Celsus », *ZSS*, 74 (1957), pp. 226 et s. ; ANKUM H., *Utilitatis causa receptum*, *Symbolae David*, T. 1, Leiden 1968, p. 23 ; RASTÄTTER J., *op. cit.*, p. 121 ; NÖRR D., *Causa mortis*, München, 1986, p. 188.

(77) V. en ce sens : 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. 350 ; WILLVONSEDER R., *Die Verwendung der Denkfigur der 'condicio sine qua non' bei den römischen Juristen*, Wien-Köln-Graz, 1984, p. 149.

Nous pensons donc que pour expliquer « *neutrum teneri* », il faut recourir à un argument unique pour les deux agresseurs. Les deux agresseurs disposaient d'un même argument pour échapper à leur responsabilité *de occiso*. Cela nous paraît également confirmé par les exemples utilisés par Julien pour raisonner par analogie : l. 51, 1 : Plusieurs agresseurs frappent ensemble un esclave, sans qu'il n'apparaisse clairement qui a donné le coup fatal ; l. 51, 2 i.f. : Plusieurs personnes volent ensemble une poutre tellement lourde qu'aucun d'eux n'aurait pu l'emporter seul.

Willvonseder (78) propose la formule de la *condicio sine qua non*. Il est vrai que ni l'acte de A, ni l'acte de B, pris isolément, n'a constitué un acte indispensable à la réalisation du dommage. À notre avis, c'est dans cette direction qu'il faut chercher l'explication de « *neutrum teneri* ».

C'est ici qu'il nous paraît intéressant de comparer le cas examiné par Julien avec celui déjà examiné dans un autre fragment d'Ulpien (D. 43, 24, 7, 4). L'intérêt de cette comparaison était déjà apparu à Favre (79).

Pour rappel, dans le fragment en question, il était admis que lorsque quelqu'un abattait une maison, alors qu'il était certain dès ce moment, qu'elle aurait de toute façon péri (*aeque perituris aedibus*) dans un incendie, il n'y avait pas lieu à responsabilité en vertu de l'interdit *quod vi aut clam*. Servius (ou Ulpien lui-même) justifiait cette solution par le fait que la maison aurait de toute façon brûlé, et qu'il n'y avait donc pas de *damnum*. Ulpien ajoutait encore la précision de Labéon, d'après qui cette solution ne valait que si l'incendie était déjà déclenché au moment de la destruction de la maison. Si la maison avait été détruite avant le début de l'incendie, celui qui avait abattu la maison devait être tenu.

Peut-on transposer cette solution au cas de l'esclave blessé mortellement ? Tout porte à le croire. Au moment où B tue l'esclave, il est certain que celui-ci va de toute façon mourir (*ut eo ictu certum esset moriturum*) du coup que lui a donné A. D'après la solution retenue par les jurisconsultes dans le cas de l'incendie, B ne devait donc pas être tenu en vertu de la *lex Aquilia*. Un raisonnement analogue peut être tenu pour A. Le coup que ce dernier a donné à l'esclave présente la particularité qu'il n'a pas immédiatement eu pour effet de tuer l'esclave. Mais au moment où le décès de l'esclave survient, il est également certain que

(78) WILLVONSEDER R., *op. cit.*, p. 149.

(79) FABER A., *Rationalia in Pandectas*, Lugduni, 1659, T. 2, Pars 2 (*ad D. 9, 2, 11, 3*), p. 284. V. *infra*, texte et notes 141 et s., notre exposé de la position de cet auteur.

l'esclave serait mort de toute façon, même en l'absence du coup porté par A.

Avec cet exemple, il nous semble avoir montré que l'on ne pouvait se contenter d'affirmer que l'hypothèse « *neutrum teneri* » était insensée ou évidemment fausse (80). Elle semble au contraire tout à fait plausible, mais Julien la rejette en raison de la solution absurde à laquelle une semblable argumentation aboutit dans le cas proposé.

Après avoir constaté qu'il serait absurde que personne ne soit tenu *de occiso*, Julien pense qu'il en va de même si on ne retient que l'un des deux agresseurs. Le jurisconsulte constate qu'il n'est pas facile de départager A et B. Cela paraît évident, lorsque l'on admet que A et B disposent tous les deux d'un argument valable identique : Si je n'avais pas frappé l'esclave, celui-ci serait de toute façon mort.

Ce point de l'argumentation de Julien constitue un des éléments appuyant la thèse de ceux qui croient que Julien répond dans ce fragment, aux attaques de Celse, pour qui seul B devait être tenu *de occiso*. Nous pensons cependant que Julien a développé son raisonnement dans le seul cadre du premier chapitre de la *lex Aquilia*. Ce raisonnement devient d'ailleurs beaucoup plus cohérent, lorsqu'on le lit sans penser à la solution de Celse.

N'ayant pas d'argument permettant de départager A et B, Julien se résout à les tenir tous deux responsables du décès de l'esclave.

En bref, le raisonnement de Julien devait donc être celui-ci : L'interprétation du droit civil — telle qu'elle est privilégiée par la dialectique (*suptili ratione*) — aurait abouti à ne condamner aucun des deux agresseurs. Cela est inadmissible, car un tel délit ne peut rester impuni. Dans un tel cas, comme dans beaucoup d'autres semblables, l'utilité publique doit être préférée à cette interprétation.

L'opposition entre l'*utilitas communis* et la *ratio disputandi* a souvent été examinée quant à sa portée générale. Ainsi, certains auteurs (81)

(80) Pour des qualifications de ce genre, v. : FABER A., *Rationalia in Pandectas*, Lugduni, 1659, T. 2, Pars 2 (*ad D. 9, 2, 51*), p. 318 ; BESELER G., *Beiträge zur Kritik der römischen Rechtsquellen*, IV, Tübingen, 1920, p. 195 : « Unsinn » ; BELOW K.-H., *Die Haftung für lucrum cessans im römischen Recht*, München, 1964, p. 15 : « sinnlos » ; VON LÜBTOW U., *Untersuchungen zur lex Aquilia de damno iniuria dato*, Berlin, 1971, p. 63 : « Diese Erwägung geht fehl » ; ANKUM H., « Utilitatis causa receptum », *Symbolae David*, T. 1, Leiden 1968, p. 23, note 1 : « Of course it is inexact ».

(81) V. en ce sens : BRINZ A., *Lehrbuch der Pandekten*, 2. Band, Erlangen, 1879, § 281b, p. 355, note 15 ; LEPTIEN U., « Utilitatis causa », *SDHI*, 35 (1969), p. 61 ; VISKY K., « Die Frage der Kausalität aufgrund des D. 9, 2 (*ad legem Aquilianam*) », *RIDA*, 26 (1979), p. 488 ; WACKE A., « Zum Dolus-Begriff und der Actio de Dolo », *RIDA*, 27 (1980), p. 366, note 47 ; ANKUM H., « Actions by which we claim

voient dans la préférence de l'*utilitas communis* une confirmation du caractère pénal de la *lex Aquilia*. Très rares sont les auteurs qui ont approfondi l'examen de l'argumentation de Julien sur ce point (82).

Dalla (83) pense que l'*utilitas communis* peut s'expliquer par la volonté de dédommager en suffisance le propriétaire de l'esclave lorsque le décès de celui-ci intervient après l'écoulement d'un *longum interval-lum*.

À notre avis, la question du montant du dédommagement devait en effet être un des éléments justifiant la position de Julien. Le recours à l'utilité commune nous paraît cependant suffisamment justifiée par « *neque impunita maleficia...* ». Il ne nous semble pas nécessaire de chercher ailleurs l'explication de cette *utilitas communis*.

Avant d'en arriver à une explication coordonnée des positions de Celse et de Julien, un dernier texte doit être examiné.

C. — Exégèse de Ulp., *lib. 18 ad edictum* (D. 9, 2, 15, 1)

Si servus vulneratus mortifere postea ruina vel naufragio vel alio ictu maturius perierit, de occiso agi non posse, sed quasi de vulnerato, (84) sed si manumissus vel alienatus ex vulnere periit, quasi de occiso agi posse Iulianus (85) ait. haec ita tam varie, quia verum est eum a te occisum tunc cum vulnerabas, quod mortuo eo demum apparuit : at in superiore non est passa ruina apparere an sit occisus.

a Thing (Res) and a Penalty (Poena) in Classical Roman Law, *BIDR*, 85 (1982), p. 32 ; ANKUM H., « Quanti ea res erit in diebus XXX proximis dans le troisième chapitre de la *lex Aquilia* : un fantasma florentin », *Mélanges Ellul*, Paris, 1983, p. 177, note 24. Seidl (SEIDL E., « Wege zu Julian », *Festgabe von Lübtow*, Berlin, 1970, p. 219) y voit une opposition entre le *ius honorarium* et le *ius civile*. Le premier serait basé sur la logique, alors que le second viserait d'abord l'intérêt général.

(82) Comme on pouvait s'y attendre, les auteurs qui estimaient que Julien n'était pas convaincant, voient généralement dans l'argument de l'*utilitas communis*, une tentative désespérée de convaincre malgré tout.

(83) Dalla est suivi en cela par : RASTÄTTER J., *Marcelli notae ad Iuliani Digesta*, Diss., Freiburg, 1980, pp. 121 et s.

(84) Dans de nombreuses éditions du Digeste, précédant l'édition de Mommsen, la virgule est remplacée par un point. V. par exemple l'édition (Lugduni 1604) de la Glose par Denis Godefroid ou l'édition des frères Kriegel.

(85) ANKUM (« Das Problem der 'überholenden Kausalität' bei der Anwendung der *lex Aquilia* im klassischen römischen Recht », *Festgabe von Lübtow zum 80. Geburtstag*, Berlin, 1980, p. 352) écrit que dans les manuscrits de la Vulgate de Bologne, « *Iulianus* » est précédé d'un « *et* ». Nous n'avons cependant pas pu trouver ce « *et* » dans les manuscrits que nous avons consultés (Bibliothèque Nationale de Paris, Latin n. 4450 et Latin n. 4458A ; Universitätsbibliothek Leipzig, Ms. 873 ; Biblioteca Apostolica Vaticana, Vat. Lat. n. 1406 ; Biblioteca Universitaria di Padova, Ms. 941).

sed si vulneratum mortifere liberum et heredem esse iusseris, deinde decesserit, heredem eius agere Aquilia non posse.

1. — CONTENU DU TEXTE

Ulpien relate l'avis de Julien concernant un esclave blessé mortellement. Cet avis porte sur deux cas différents. Dans le premier, l'esclave blessé mortellement décède dans l'écroulement d'un édifice, dans un naufrage ou d'un autre coup. Dans le second, l'esclave décède de sa blessure mortelle, mais après avoir été affranchi ou vendu. Dans le premier cas, l'agresseur ne pourra être tenu que *de vulnerato*, alors que dans le second, il sera tenu *de occiso*.

Ulpien (ou encore Julien) justifie la différence entre les deux solutions comme suit. S'il est vrai que l'agresseur a tué l'esclave par la blessure mortelle qu'il lui a portée, ce n'est qu'au moment du décès que la mort de l'esclave est acquise. Or dans le premier cas, l'écroulement de l'édifice n'a pas permis de faire cette constatation.

Une dernière précision est ajoutée : Si l'esclave blessé mortellement est décédé après avoir été affranchi et institué héritier, l'héritier de cet esclave ne pourra pas agir sur base de la *lex Aquilia*.

2. — CRITIQUE DE TEXTE

Du point de vue de la critique de texte, c'est la lecture que fait Ankum (86) de notre passage qui retiendra toute notre attention. L'auteur rappelle d'une part que dans la majorité des éditions antérieures à celle de Mommsen, il y avait un point et non une virgule après « *de vulnerato* » (87) et d'autre part que dans les manuscrits de la Vulgate de Bologne, *Iulianus* était précédé d'un « *et* ».

Le but poursuivi par l'auteur est que le début de notre texte (*Si servus vulneratus — de vulnerato*) ne puisse pas être attribué à Julien. Pour des raisons de fond, il estime en effet que ce qui y est attribué à ce jurisconsulte est complètement incompatible avec le contenu du texte de Julien que nous venons d'examiner (l. 51).

Pour ce qui est du changement de la ponctuation, le choix de Mommsen de placer une virgule plutôt qu'un point après *de vulnerato* s'explique aisément sur le plan du latin. En effet, en y plaçant un point, il aurait du même coup privé la première phrase de tout verbe conjugué. Ankum a bien expliqué qu'il pouvait arriver que parfois, l'infinitif (*posse*) prenne le sens d'un indicatif présent (*potest*). À propos de cette

(86) ANKUM H., *op. cit.*, pp. 352 et s.

(87) V. *supra*, note 84.

affirmation, nous voyons deux explications possibles. Soit il s'agit d'un infinitif historique, mais cela est peu probable, vu que celui-ci est utilisé uniquement dans le cadre de la narration et qu'il y a donc peu de chances de le trouver dans un texte juridique d'Ulpien. Soit ce jurisconsulte fait un usage très particulier de l'infinitif, comme l'écrit Ankum. Nous croyons cependant qu'il ne faut retenir une telle hypothèse que s'il n'y a pas moyen de lire ce texte autrement. Or, la leçon de l'édition de Mommsen permet d'éviter le recours à cet usage particulier de l'infinitif. En effet, en mettant une virgule, l'usage de l'infinitif redevient plus conventionnel et la phrase — bien qu'un peu longue — paraît bien équilibrée : *Le de occiso agi non posse* est en opposition au *quasi de occiso agi posse*, et tous deux se rapportent à *Iulianus ait*.

Notons au surplus que la ponctuation retenue par Ankum — à la suite des éditions anciennes du Digeste — ne permet de toute façon pas d'exclure que le contenu du début de notre fragment soit également attribuable à Julien.

Pour ce qui est du « *et Iulianus ait* », qu'Ankum a trouvé dans les manuscrits de la Vulgate de Bologne — pour rappel (88), nous ne l'avons pas trouvé dans les manuscrits que nous avons pu consulter — l'argument ne nous paraît pas non plus déterminant sur le fond. Il n'exclut pas non plus que le début du fragment puisse être attribué à Julien.

Comme on le voit, les modifications que propose Ankum par rapport à l'édition de Mommsen, se justifient essentiellement par des arguments de fond. À notre avis, l'argument de fond lui-même doit être remis en question. Nous croyons en effet que le contenu de ce qu'Ulpien attribue à Julien dans notre texte n'est pas du tout incompatible avec ce qu'a écrit Julien dans le texte étudié précédemment (l. 51). C'est ce que nous allons tenter de montrer.

3. — EXPLICATION DU TEXTE

En principe, ce texte aurait dû être examiné au chapitre 2, car il porte sur un cas de concurrence entre responsabilité extra-contractuelle et force majeure. Ici, comme dans les deux textes précédents, il est question d'un esclave blessé mortellement. Cette fois, le fait dommageable effectif est cependant un cas de force majeure. Si nous examinons malgré tout ce texte au chapitre 3, c'est essentiellement en raison du fait que les trois textes du présent chapitre ont toujours été étudiés ensembles. Il nous a dès lors paru inévitable d'en faire de même, sans quoi il aurait été difficile de faire correctement état de la doctrine existante.

(88) V. *supra*, note 85.

Bon nombre d'auteurs se sont attaqués à l'authenticité de ce texte. Ils invoquent à cette fin quelques indices formels. Ainsi, « *ita* » devrait être remplacé par « *ideo* » (89). Le brusque passage à la deuxième personne du singulier dans la phrase « *Haec ita tam — occisus* » donne à penser que celle-ci n'est pas de Julien (90). De même a-t-on fait remarquer que dans un premier temps, il était question à la fois de *ruina*, *naufragium* et *alius ictus*, alors que par la suite, il n'est plus question que de *ruina* (91).

Ces indices sont relativement faibles (92). Il semble d'ailleurs évident que c'est avant tout parce que ce texte fournit un avis de Julien qui semble incompatible avec celui que le même jurisconsulte défend dans le texte que nous avons vu précédemment (l. 51), qu'on le suspecte d'interpolation.

La position de Beseler (93) est exemplaire (94) à cet égard. S'attaquant à notre texte, il commence par expliquer que le fragment 15.1 est interpolé, pour les raisons que nous venons d'énumérer. La première phrase (*Si servus — Iulianus ait*) serait quant à elle fortement abrégée, car la position de Julien est celle du fragment 51. Se ravisant, il admet cependant qu'il n'est pas impossible non plus que la l. 15.1 soit de Julien et la l. 51 interpolée. Sept ans plus tard, c'est cette deuxième solution que Beseler (95) retiendra pour vraie. En réalité, quelle que soit la

(89) En ce sens : KÜBLER B., « Textkritische Kleinigkeiten », *ZSS*, 30 (1909), p. 410 ; BESELER G., *Beiträge zur Kritik der römischen Rechtsquellen*, III, Tübingen, 1913, p. 9 : « Man darf in 15¹ *ita* nicht durch *ideo* ersetzen, der Byzantiner Justinian schreibt in C (6, 51) 1 10^o auch *haec ita tam varie* » ; ALBANESE B., « Studi sulla legge Aquilia », *Ann. Palermo*, 21 (1950), p. 165.

(90) En ce sens : BESELER G., *op. cit.*, p. 9 ; ALBANESE B., « Studi sulla legge Aquilia », *Ann. Palermo*, 21 (1950), p. 166.

(91) V. : ALBANESE B., *op. cit.*, p. 166 ; PUGSLEY D., « Causation and confessions in the lex Aquilia », *TR*, 38 (1970), p. 164 ; 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, pp. 348 et s.

(92) Si l'on interroge la base de donnée : Bibliotheca Iuris Antiqui (BIA) sur le nombre de textes attribués à Ulpien, contenant le mot « *ita* », on trouve 897 textes. Le passage à la deuxième personne — tout comme l'omission de *naufragium* et *alius ictus* à la fin du texte — n'indique rien de particulier en soi.

(93) BESELER G., *Beiträge zur Kritik der römischen Rechtsquellen*, III, Tübingen, 1913, pp. 8 et s. : « Der erste Satz von 15¹ ist arg gekürzt : Julian nahm, wie (9. 2) 51 zeigt, auch in dem ersten der beiden Fälle Tötung an. Oder ist der erste Satz von 15¹ echt und 51 von Justinian verändert ? Unmöglich ist auch das nicht ».

(94) On pourrait dire la même chose pour les autres auteurs interpolationnistes. Outre les auteurs déjà cités, nous reviendrons sur certaines hypothèses d'interpolation, au moment d'aborder le fond de la contradiction apparente dans la pensée de Julien.

(95) BESELER G., *Beiträge zur Kritik der römischen Rechtsquellen*, IV, Tübingen, 1920, p. 194.

solution retenue en définitive, l'attitude de l'auteur montre bien que les indices concernant la forme défailante de notre fragment ne sont pas déterminants. Quelle était l'opinion de Julien ? Beseler — comme tous les auteurs qui ont été confrontés à ces deux textes — s'est trouvé devant l'obligation d'essayer de résoudre une contradiction apparente dans la pensée du jurisconsulte. Il essaie de résoudre ce problème en déclarant qu'un des textes est interpolé. Ce qui le gêne, c'est qu'il ne sait pas lequel choisir. À cet égard, il semble en tout cas certain que les indices formels ne sont d'aucun secours.

Avant d'en arriver à notre tentative de conciliation des positions de Julien dans ces deux fragments, il faut encore analyser les hypothèses introduites par les mots « *sed si manumissus...* ». Ces cas sont distincts de ceux que nous avons examinés jusqu'ici. C'est probablement pour cette raison qu'ils ont fait l'objet de beaucoup moins de commentaires.

Il y a d'abord le cas de l'esclave blessé mortellement, puis vendu ou affranchi par son maître. Julien pense que lorsque l'esclave décède après l'aliénation ou l'affranchissement, son ancien maître peut toujours agir *de occiso* contre l'agresseur. Comment expliquer cette solution ? Comment quelqu'un peut-il agir en vertu de la *lex Aquilia* alors qu'au moment du décès, l'esclave était déjà un homme libre ou sous la puissance de quelqu'un d'autre ?

Favre (96) explique qu'il apparaît des faits que l'esclave est mort de ses blessures, et qu'il fallait donc remonter au jour de la blessure pour déterminer si le propriétaire pouvait agir *de occiso* contre l'agresseur. L'auteur précise que ce type de rétroactivité n'a rien d'exceptionnel, puisque d'après un autre texte de Julien (97), pour estimer la valeur d'un esclave, il faut prendre l'année qui précède le *dies vulneris*. Cette explication a été retenue par tous les auteurs (98) qui ont traité la question. Les auteurs les plus récents ne se contentent cependant plus de

(96) FABER A., *Rationalia in Pandectas*, Lugduni, 1659, T. 2, Pars 2 (*ad D. 9, 2, 15, 1*), p. 288.

(97) V. : ULP., *lib. 18 ad edict.* (D. 9, 2, 21, 1) : *Annus autem retrorsus computatur, ex quo quis occisus est : quod si mortifere fuerit vulneratus et postea post longum intervallum mortuus sit, inde annum numerabimus secundum Iulianum, ex quo vulneratus est, licet Celsus contra scribit.*

(98) V. : ALBANESE B., « Studi sulla legge Aquilia », *Ann. Palermo*, 21 (1950), p. 167 ; SCHINDLER K.H., « Ein Streit zwischen Julian und Celsus », *ZSS*, 74 (1957), pp. 219 et s. ; DALLA D., « Giuliano e il longum intervallum in tema di applicazione dell'Aquila », *AG*, 187 (1974), p. 172 ; 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, pp. 344 et s. ; WILLVONSEDER R., *Die Verwendung der Denkfigur der « condicio sine qua non » bei den römischen Juristen*, Wien-Köln-Graz, 1984, p. 148 ; NÖRR D., *Causa mortis*, München, 1986, p. 185.

cette explication sommaire. Il est vrai que même si l'estimation de l'esclave est fondée sur le *dies vulneris*, le maître d'un esclave blessé mortellement ne pourra agir *de occiso* que lorsque celui-ci sera mort. Tant que cette condition n'est pas réalisée, celui qui a blessé l'esclave ne saurait être tenu *de occiso*.

D'après Dalla (99), Julien constate qu'il n'y a pas de rupture du lien causal entre la blessure et le décès. Si une action *de occiso* est toujours possible après la mort de l'esclave, c'est parce que l'affranchissement — ou l'aliénation — a été effectué avec la certitude que l'esclave allait mourir. L'affranchissement devait permettre à l'esclave de mourir libre. Le maître renonçait ainsi par anticipation à un bien qu'il devra de toute façon perdre.

Quant à l'aliénation, elle ne devait généralement pas être lucrative. Un esclave blessé mortellement apporte généralement plus de désagréments que d'avantages à l'acquéreur. Dalla pense donc que ce dernier ne devait être mû que par des raisons d'affection ou par l'espérance d'acquisitions extraordinaires par son biais (par exemple recueillir une succession). Quoiqu'il en soit, le prix obtenu devait être infime, et le préjudice patrimonial était complètement subi par l'ancien propriétaire. C'est donc à ce dernier que doit revenir l'action *de occiso*. Il serait d'ailleurs injuste que l'auteur de la blessure mortelle puisse se prévaloir de l'affranchissement ou de l'aliénation pour échapper à sa responsabilité *de occiso*.

Willvonseder (100) adopte ici une position radicalement opposée. D'après lui, Julien accorde l'action *de occiso* à l'ancien patron de l'esclave, malgré le fait que ce dernier n'ait (presque) pas subi de dommage. En cas de vente, le dommage n'est que partiel, puisqu'il a quand même touché un prix. En cas d'affranchissement, il n'y a pas de dommage du tout, puisque le maître de l'esclave a réalisé le dommage lui-même. Willvonseder affirme que Julien n'a jamais pensé à l'hypothèse du maître qui affranchit son esclave, dans le but qu'il puisse mourir libre. Si Julien permet malgré tout d'agir *de occiso*, ce serait donc uniquement parce que pour Julien, cette action naît avec l'action de blesser mortellement (« Verletzungshandlung »).

Pour Nörr (101), les motifs d'un affranchissement se laissent deviner aisément. Il invoque à cet égard l'édit de Claude :

(99) DALLA D., *op. cit.*, pp. 170 et s.

(100) WILLVONSEDER R., *op. cit.*, p. 148.

(101) NÖRR D., *op. cit.*, p. 185.

Modestin, *lib. 6 regularum* (D. 40, 8, 2) :

Servo, quem pro derelicto dominus ob gravem infirmitatem habuit, ex edicto divi Claudii competit libertas.

La justification de l'auteur allemand — bien que peu explicite — semble donc être proche de celle de Dalla sur ce point. Il semble bien que pour lui également, il s'agit simplement de permettre à l'esclave de mourir libre.

En revanche, pour le cas de l'aliénation, Nörr pense que Julien devait viser un cas où l'acquéreur ignorait l'existence de la blessure de l'esclave.

Sur ce point, il nous semble que c'est Dalla qui a raison. Nous ne croyons guère à la possibilité soulevée par Nörr, d'après laquelle l'acquéreur aurait pu ignorer la blessure de l'esclave. D'une part, la probabilité qu'une telle blessure mortelle soit aisément visible est, à notre avis, très élevée. D'autre part, en imaginant qu'elle ne le soit pas, le vendeur serait presque inévitablement exposé à l'action rédhitoire, à l'*actio quanti minoris* ou à l'*actio empti*.

Quant aux développements de Willvonseder, ils semblent destinés à démontrer que Julien accordait l'action de la *lex Aquilia*, même en l'absence de dommage. Il nous semble pourtant que rien ne permet une telle conjecture. Avec Dalla, nous pensons bien au contraire que le maître de l'esclave a déjà subi la totalité du dommage patrimonial par le fait de la blessure mortelle. L'affranchissement ou l'aliénation subséquente n'y changent rien.

Reste, enfin, le cas où l'esclave blessé mortellement est affranchi et institué héritier avant de décéder, et où l'héritier de cet esclave voudrait agir contre l'agresseur en vertu de la *lex Aquilia*. Ulpien refuse l'action dans ce cas, sans autre justification. Celle-ci nous est cependant fournie par des textes de Marcellus et de Marcianus :

Marcellus, *lib. 21 digestorum* (D. 9, 2, 36, 1) :

Si dominus servum, quem Titius mortifere vulneraverat, liberum et heredem esse iusserit eique postea Maevius exstiterit heres, non habebit Maevius cum Titio legis Aquiliae actionem, scilicet secundum Sabini opinionem, qui putabat ad heredem actionem non transmitti, quae defuncto competere non potuit : nam sane absurdum accidit, ut heres pretium quasi occisi consequatur eius, cuius heres exstitit. quod si ex parte eum dominus heredem cum libertate esse iusserit, coheres eius mortuo eo aget lege Aquilia.

Marcianus, *lib. 4 regularum* (D. 9, 2, 16) :

Quia in eum casum res pervenit, a quo incipere non potest.

Marcellus nous apprend que l'action de la *lex Aquilia* était déjà refusée à l'héritier par Sabinus. La raison en est la suivante : L'action de *occiso* appartient au maître de l'esclave. Comme nous venons de le voir,

elle pouvait être exercée même lorsque l'esclave avait été affranchi avant de décéder de ses blessures. On aurait donc pu penser que cette action serait passée dans le patrimoine de l'héritier de l'esclave, en transitant par celui de l'esclave affranchi. Cette dernière supposition n'est pas correcte, car il est unimaginable d'hériter d'une action en réparation du dommage causé par le décès de celui dont on hérite. Marcianus complète le raisonnement : L'affranchi lui-même n'aurait jamais pu exercer cette action, car il n'aurait pas pu agir *de occiso* de son vivant. Il est donc exclu que son héritier puisse hériter d'une action dont ne bénéficiait pas le défunt.

Venons-en maintenant au problème principal posé par notre texte. Pourquoi les auteurs pensent-ils que la position attribuée à Julien par Ulpien (l. 15.1), est incompatible avec celle qu'il défend par ailleurs (l. 51) ?

La question tourne essentiellement autour de la compréhension des mots « *vel alio ictu* ». Pour bon nombre d'auteurs (102), ces mots sont un ajout postclassique. S'il en est ainsi, c'est parce que d'après une des interprétations du texte, la contradiction peut être concentrée dans ces trois mots. En effet, si *alius ictus* doit être compris comme étant une seconde blessure infligée par un nouvel agresseur (103), on se trouve dans une situation identique à celle de la l. 51. Or dans un cas, Julien pense que le premier agresseur doit être tenu « *de occiso* », dans l'autre, Ulpien lui fait dire que le premier agresseur ne doit être tenu que « *de vulnerato* ». La contradiction est donc évidente et un premier pas est de supprimer ces trois mots.

C'est Ankum (104) qui a le mieux défendu cette position. Il était cependant d'avis qu'il ne suffisait pas de biffer ces mots pour supprimer la contradiction chez Julien. Il reste que dans un cas, l'auteur de la bles-

(102) V. : ALBANESE B., « Studi sulla legge Aquilia », *Ann. Palermo*, 21 (1950), p. 167 ; PUGSLEY D., « Causation and confessions in the lex Aquilia », *TR*, 38 (1970), p. 164 ; VON LÜBTOW U., *Untersuchungen zur lex Aquilia de damno iniuria dato*, Berlin, 1971, pp. 59 et s. ; MACCORMACK G., « Aquilian Studies », *SDHI*, 41 (1975), p. 28 ; 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, pp. 348 et s. ; KRAMPE Ch., « C.R. Rastätter, Marcelli notae ad Iuliani Digesta », *TR*, 52 (1984), p. 62. Hésitant : WILLVONSEDER R., *Die Verwendung der Denkfigur der « condicio sine qua non » bei den römischen Juristen*, Wien-Köln-Graz, 1984, p. 147 n° 10.

(103) En ce sens, v. : ALBANESE B., *op. cit.*, p. 167 ; POWELL R., « 'Novus actus interveniens' in Roman Law », *Current Legal Problems*, 1951, p. 201 ; ANKUM H., *op. cit.*, p. 333 ; KRAMPE Ch., *op. cit.*, p. 62 ; DOLL A., *Von der vis maior zur höheren Gewalt. Geschichte und Dogmatik eines haftungsentslastenden Begriffs*, Frankfurt/M. 1989, p. 105.

(104) ANKUM H., *op. cit.*, pp. 333 et s.

sure mortelle est tenu « *de occiso* », dans l'autre, « *de vulnerato* ». Pour Ankum, le fait que l'esclave soit mort d'un second coup ou de l'écroulement d'un immeuble ne devait rien changer.

Certains (105) en ont déduit que la totalité de la première phrase de notre texte devait être interpolée. D'autres (106) estiment plutôt que cette première phrase ne doit pas être attribuée à Julien. C'est aussi l'avis d'Ankum (107). Comme nous l'avons écrit plus haut (108), celui-ci pense qu'il est préférable d'adopter la ponctuation qu'il a trouvée dans certaines éditions antérieures à celle de Mommsen. Dans ces éditions, « *sed si manumissus...* » était précédé d'un point, et non d'une virgule. Les mots *de occiso agi non posse, sed de vulnerato* ne seraient dès lors plus de Julien, mais d'Ulpian lui-même. De même invoque-t-il la leçon d'un manuscrit dans lequel il y a un « *et* » devant « *Iulianus ait* ». Comme nous l'avons déjà écrit également, les modifications proposées par Ankum ne suffirent pas en elles-mêmes à changer le contenu du fragment en ce sens. C'est l'argument de fond qui conduit à cette conclusion.

À notre avis, cette position n'est pas la bonne. Il nous semble pouvoir montrer que l'argument de fond, déterminant à la lecture proposée par Voorda et Ankum ne tient pas.

Si l'on remonte dans le temps, on constate que les premières tentatives d'harmoniser les deux avis attribués à Julien sont très anciennes.

(105) En ce sens, v. : ALBANESE B., « Studi sulla legge Aquilia », *Ann. Palermo*, 21 (1950), p. 167 ; LEVY E., *Die Konkurrenz der Aktionen und Personen*, Berlin, 1922, p. 25, note 4 ; RÖHLE R., « Zur Frage der sogenannten verdrängenden Verursachung im Römischen Recht », *SDHI*, 31 (1965), p. 305. *Contra* : BESELER G., *Beiträge zur Kritik der römischen Rechtsquellen*, IV, Tübingen 1920, p. 194.

(106) V. déjà : VOORDA B., *De crimineele ordonnantien van Koning Philips van Spanje, vermeld van eene verhandeling over het verstand van de Ordonnantie, op de Stijl van Procedereen in Crimineele Zaken*, Leyden, 1792, Cap. 2, § ult., pp. 251 et s. Plus récemment : SCHINDLER K.H., « Ein Streit zwischen Julian und Celsus », *ZSS*, 74 (1957), p. 223 ; 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, pp. 352 et s. ; KRAMPE Ch., « C.R. Rastätter, Marcelli notae ad Iuliani Digesta », *TR*, 52 (1984), p. 62 ; WILLVONSEDER R., *Die Verwendung der Denkfigur der « condicio sine qua non » bei den römischen Juristen*, Wien-Köln-Graz, 1984, p. 147 ; NÖRR D., *Causa mortis*, München 1986, p. 182, 185 ; VALDITARA G., *Superamento dell'aestimatio rei nella valutazione del danno aquiliano ed estensione della tutela ai non domini*, Milano, 1992, p. 26.

(107) Cité *supra*, note 86.

(108) V. *supra*, texte et notes 86 et s.

Voici d'abord la solution préconisée par un scholiaste (109) et par les Glossateurs (110). D'après eux, Julien distinguait entre le cas où il était certain que la blessure était mortelle et le cas où elle ne l'était pas. Si l'agresseur n'était tenu que *de vulnerato* dans la l. 15.1, c'est donc parce qu'il n'était pas certain que la blessure encourue par l'esclave était mortelle. Cette position a également l'avantage de supprimer la contradiction dans le Digeste, entre les fragments 11.3 et 51. Elle a continué à connaître un certain succès, en particulier sous la plume de Suarez (111) qui est, selon nous, celui qui l'a le mieux défendue (112).

Cette lecture de l'opinion de Julien pose cependant certains problèmes. En supprimant la contradiction chez Julien, on supprime également la controverse que l'on pensait exister entre lui et Celse. Comment faudrait-il alors comprendre le « *probabilius* » qu'il y a dans la l. 11.3 ? Ulpian donne vraiment l'impression de choisir entre plusieurs positions possibles, ce qui devient assez énigmatique, si l'on admet que Julien, Celse et Marcellus était du même avis.

De plus, comme le faisait déjà remarquer Vangerow (113), les l. 11.3 et l. 15.1 ne semblent pas indiquer que le décès de l'esclave par le seul premier coup ait pu être mis en doute. Il semble plutôt certain que le premier coup devait suffire à tuer l'esclave, le deuxième n'a fait qu'anticiper le décès (l. 11.3 : *si alius mortifero vulnere percusserit, alius postea exanimaverit* — l. 15.1 : *servus vulneratus mortifere... maturius perierit*). L'usage de *maturius* (que l'on trouve d'ailleurs tant dans la l. 15.1 que

(109) SCHELTEMA H.J., *Series B Volumen VIII, Scholia in Lib. LX.III*, p. 3161 ; Scholia 10 ad 60, 3, 50 : Τοῦτο ἐστὶν ἡ διαφορὰ τοῦ παρόντος κεφ. πρὸς τὸ β'. θεμ. τοῦ 1ε'. κεφ., ὅτι ἐκεῖ ἡ πρώτη πληγὴ οὐκ ἦν ἐξ ἀνάγκης θανάσιμος, ἀλλ' ἀμφίβολος· ἐνταῦθα δὲ ἡ πρώτη ἐξ ἀνάγκης ἐμελλεν φονεῦσαι τὸν πληγέντα, καὶ ἴσως μεθ' ἡμέραν.

(110) Glossa « *mortiferè* » ad D. 9, 2, 15, in GOTHOFREDUS, *Digestum vetus*, Lugduni, 1604, col. 1064.

(111) SUAREZ DE MENDOZA J., « *Commentarii ad Legem Aquiliam* », in MEERMANI GERARD., *Novus Thesaurus Juris Civilis et Canonici*, Hagae-Comitum, 1751, T. II, pp. 42 et s.

(112) Cette solution a encore été préconisée par : MATTHAEUS A., *De criminibus*, Amstellodami, 1666, ad lib. 48 Dig. Tit. 5, de Sicariis, cap. 3.17, pp. 497 et s. ; VOET Io., *Commentarius ad Pandectas*, Hagae-Comitum, 1716, T. I, p. 540 ; CASTELLARI P.G., « *Della lex Aquilia ossia del danno dato* », *AG*, 22 (1879), p. 356, note 7 ; HAß C., « *Über die Verwerthbarkeit des Gegensatzes von adäquatem und inadäquatem Kausalzusammenhang in der Lehre vom Interesse* », *Jher.Jb.*, 37 (1897), p. 402, note 48 ; FERRINI C., « *Postille esegetiche ai frammenti del commentario di Ulpiano alle formule edittali ad legem Aquiliam* », in *Opere di Contardo Ferrini*, Milano, 1929, pp. 97 et s. V. aussi : VANGEROW K.A., *Lehrbuch der Pandekten*, 7. Aufl., Marburg-Leipzig, 1876, Tome 3, § 681, Anm. 2 (p. 587). Cet auteur pense que cette solution n'est pas impossible (« *Ich halte diese Unterscheidung nicht für unmöglich aber auch nicht für wahrhaft befriedigend...* »).

(113) VANGEROW K.A., *op. cit.*, Anm. 2 (p. 587).

dans la l. 51) montre bien que le deuxième coup fait que l'esclave meurt plus tôt que s'il était mort de sa première blessure. De même, l'usage de *mortifere* (114) ne semble que difficilement permettre l'idée que la première blessure n'était pas mortelle.

À notre avis, ce qui a induit ces auteurs en erreur, c'est le fait que Julien (l. 51) prend la peine d'insister sur le fait qu'il est certain que l'esclave va mourir de sa première blessure (*ut eo ictu certum esset moriturum*). Cette précision était importante pour le jurisconsulte, dans la mesure où il entendait que le premier agresseur devait être tenu *de occiso*. Cela ne signifie cependant nullement que dans les autres textes, le caractère mortel de la blessure ait été douteux.

Nous sommes en tout cas d'accord avec Schindler (115), lorsqu'il écrit que l'on ne peut pas réduire la question à un problème de preuve (116). Lorsqu'un jurisconsulte parle d'une blessure mortelle, c'est qu'elle est mortelle. Il s'agit là d'une hypothèse de départ, qui ne saurait être mise en cause par la suite, fut-ce de manière implicite.

D'autres auteurs ont alors expliqué la différence entre la l. 15.1 et la l. 51 par le fait que Julien aurait changé d'avis ou était inconsistant (117). Cette hypothèse nous paraît également devoir être rejetée. En effet, si tel avait été le cas, on comprend mal qu'Ulpien n'ait pas cité Julien dans le fragment 11.3, alors qu'il le citait dans tous les autres paragraphes du même fragment. Qui plus est, il est très probable qu'Ulpien ait tiré les deux avis de Julien du même livre 86 de son digeste (118). Or il paraît inadmissible de soupçonner le jurisconsulte d'avoir soutenu deux positions incompatibles dans un même livre.

(114) En ce sens, v. : ALBANESE B., « Studi sulla legge Aquilia », *Ann. Palermo*, 21 (1950), p. 166 ; SCHINDLER K.H., « Ein Streit zwischen Julian und Celsus », *ZSS*, 74 (1957), pp. 221 et s. ; HEUMANN H. et SECKEL E., *Handlexikon zu den Quellen des römischen Rechts*, 10. Aufl., Graz 1958, *mortifer* (p. 352).

(115) SCHINDLER K.H., *op. cit.*, pp. 221 et s. V. aussi : NÖRR D., *Causa mortis*, München, 1986, p. 185.

(116) Réduisant le problème à une question de preuve : THAYER J.B., *Lex Aquilia*, Cambridge, 1929, pp. 113 et s. : « It was impossible to tell wch wound caused the death » ; POWELL R., « 'Novus actus interveniens' in Roman Law », *Current Legal Problems*, 1951, pp. 201 et s. ; RASTÄTTER J., *Marcelli notae ad Iuliani Digesta*, Diss., Freiburg, 1980, pp. 122 et s. ; DOLL A., *Von der vis maior zur höheren Gewalt. Geschichte und Dogmatik eines haftunsentlastenden Begriffs*, Frankfurt/M., 1989, p. 105.

(117) V. en ce sens : FABER A., *Rationalia in Pandectas*, Lugduni, 1659, T. 2, Pars 2 (*ad D. 9, 2, 15, 1*), p. 288 ; NOODT G., *Opera omnia*, Lugduni Batavorum, 1724, T. 1, *Ad legem Aquilianam*, lib. sing., cap. 10, p. 155 ; GLÜCK C.F., *Ausführliche Erläuterungen der Pandecten*, X.1, Erlangen, 1803 (§ 702), p. 349 ; PERNICE A., *Zur Lehre von den Sachbeschädigungen nach römischen Rechte*, Weimar, 1867, pp. 181 et s. ; RASTÄTTER J., *op. cit.*, p. 122.

(118) V. : LENEL O., *Paligenesia iuris civilis*, Lipsiae, 1889, T. 1, col. 480 et s.

Avant de se résigner à une lecture aussi peu satisfaisante, il nous paraît essentiel d'explorer toutes les autres explications possibles de la position de Julien.

C'est le moment de revenir un instant aux trois mots qui sont au centre de la polémique : « *vel alio ictu* ». Comme nous l'avons déjà écrit, c'est dans ces mots que la plupart des auteurs voient la similitude avec le cas examiné par Julien, dans la l. 51. Le décès de l'esclave blessé mortellement pourrait être le fait d'un second agresseur. Cette façon de comprendre *alius ictus* a cependant été critiquée par un grand nombre d'auteurs (119), qui considèrent que le jurisconsulte faisait une énumération de cas fortuits. Cette dernière analyse nous paraît indiscutable. En particulier, les arguments de Ferrini et Dalla nous paraissent déterminants sur ce point.

Ferrini (120) : S'il s'était agi d'un coup donné par un second agresseur, on aurait dû trouver « *alterius ictus* », plutôt que « *alius ictus* ». Le contexte lui-même (*non est passa ruina apparere an sit occisus*) indique bien qu'il est question d'un événement excluant la responsabilité de quiconque, soit un cas fortuit.

Dalla (121) : D'un point de vue grammatical, « *alio ictu* » doit être lu en rapport avec les deux autres cas de « *ictu* » cités (*ruina, naufragium*). Il faut donc comprendre qu'il s'agit d'un autre événement accidentel, comme le coup de foudre ou la chute d'un arbre... Nörr (122) complète cette série par d'autres exemples (123).

(119) V. en ce sens : FERRINI C., « Postille esegetiche ai frammenti del commentario di Ulpiano alle formule edittali ad legem Aquiliam », in *Opere di Contardo Ferrini*, Milano 1929, pp. 102 et s. ; BEINART B., « Once More on the Origin of the Lex Aquilia », *Butterworths South African Law Review*, 1956 (In memory of H.F. Jolowicz), p. 75, note 2 ; DALLA D., « Giuliano e il longum intervallum in tema di applicazione dell'Aquila », *AG*, 187 (1974), pp. 173 et s. ; RASTÄTTER J., *Marcelli notae ad Iuliani Digesta*, Diss., Freiburg, 1980, p. 122, note 77 ; NÖRR D., *Causa mortis*, München, 1986, p. 182, note 95 ; MILELLA O., « Casus e 'vis maior' in Sen., 'Ben.' 4, 39, 3-4 ; 7, 16, 3 », *Labeo*, 33 (1987), p. 293 ; REINOSO-BARBERO F., « Sobre los precedentes griegos del 'casus'. Un supuesto delictivo idéntico : Protag. en Plut., Per. 36.5 y Ulp. 18 ed., D. 9, 2, 9, 4 », *INDEX*, 21 (1993), p. 497.

(120) Ferrini C., *op. cit.*, p. 102.

(121) DALLA D., *op. cit.*, p. 173. V. aussi : BEINART B., *op. cit.*, p. 75, note 2 : « The *alius ictus* cannot refer to a blow by a second assailant ; it must be read ejusdem generis with the other events, and taken to mean an act not caused by human agency. In this fragment, therefore, there is no question of sharing responsibility, but simply as to whether the assailant can be said to have caused death. No question of reparation arises ».

(122) NÖRR D., *Causa mortis*, München, 1986, p. 182, note 95.

(123) V. : IUL. D. 14, 2, 6 (« *ictu fulminis* ») ; ULP. D. 9, 3, 1 pr. ; HORATIUS, *od.*, 3, 8, 8 ; PLENIUS MAIOR, *nat. hist.*, 23, 11, 14 (édition Loeb) ; QUINTILLIANUS, *inst. or.*, 6, pr., 3 ; LUCANUS, *Phars.*, 6, 611 ss.

On peut noter que certains auteurs récents (124) sont très hésitants sur ce point, et évitent de prendre position. Ils proposent simplement une alternative, sans réellement exclure l'une des possibilités. Cette hésitation est probablement due au fait que si ces auteurs admettent, a priori, que la l. 15.1 ne visait que des cas fortuits, ils ne voient pas vraiment en quoi cela justifie que Julien modifie sa position sur la responsabilité de celui qui a blessé mortellement un esclave. Peut-être n'ont-ils pas été convaincus par les auteurs qui ont examiné cette possibilité.

Seuls (125) Ferrini (126) et Dalla (127) ont tenté de justifier la position de Julien par le biais d'une distinction selon que l'esclave blessé mortellement était finalement décédé d'un cas fortuit ou d'une seconde agression humaine. Pour ces auteurs, Julien devait être d'avis que l'anticipation du dommage par un cas fortuit rompait le lien causal (l. 15.1), alors que dans le cas d'une seconde blessure (l. 51), cette dernière ne faisait que s'ajouter à la première. Pour que celui qui blesse mortellement un esclave puisse être tenu *de occiso*, il faut que le décès de cet esclave soit la conséquence directe et exclusive de ses blessures (« *quod mortuo eo demum apparuit* »).

À notre avis, ces deux auteurs ont raison de justifier la position de Julien dans les lois 15.1 et 51 en admettant que le jurisconsulte distin-

(124) V. : MACCORMACK G., « Aquilian Studies », *SDHI*, 41 (1975), p. 28 ; KRAMPE Ch., « C.R. Rastätter, Marcelli notae ad Iuliani Digesta », *TR*, 52 (1984), p. 62 ; WILLVONSEDER R., *Die Verwendung der Denkfigur der « condicio sine qua non » bei den römischen Juristen*, Wien-Köln-Graz, 1984, p. 147.

(125) Nörr, cité précédemment (v. *supra*, texte et note 122) comme admettant que « *vel alio ictu* » vise un autre cas fortuit, suit l'idée d'après laquelle la première phrase de la l. 15.1 ne doit pas être attribuée à Julien. Pour lui, il n'y a donc pas lieu d'essayer de justifier la position de Julien comme le font Ferrini et Dalla. Ajoutons cependant encore la réflexion de Willvonseder (*Die Verwendung der Denkfigur der « condicio sine qua non » bei den römischen Juristen*, Wien-Köln-Graz, 1984, p. 147) formulée uniquement sur un mode interrogatif : « Wäre es nicht möglich, daß Julian anders entschieden hat, wenn die zweite Ursache eine Naturgewalt gewesen ist ? »

(126) FERRINI C., « Postille esegetiche ai frammenti del commentario di Ulpiano alle formule edittali ad legem Aquiliam », in *Opere di Contardo Ferrini*, Milano 1929, p. 103.

(127) DALLA D., « Giuliano e il longum intervallum in tema di applicazione dell'Aquila », *AG*, 187 (1974), p. 174. Comp. aussi : SCARANO USSANI V., *L'utilità e la certezza. Compiti e modelli del sapere giuridico in Salvio Giuliano*, Milano 1987, pp. 6 et s., note 6. Ce dernier auteur renvoie à l'explication de Dalla, tout en imaginant que si la solution est différente en cas d'événement de force majeure, c'est en raison du fait que celui-ci ne permettait pas de vérifier la nature effectivement mortelle de la blessure infligée à l'esclave. Outre le fait que l'on ne voit pas en quoi l'événement naturel diffère du coup immédiatement mortel sur ce point, nous avons déjà écrit (v. *supra*, texte et notes 115 et s.) que la différence entre les deux fragments ne pouvait pas se réduire à une question de preuve.

guait selon que l'esclave était mort d'un cas fortuit, ou plutôt d'une seconde agression. C'est donc en ce sens, que nous tenterons de conclure l'examen des trois textes examinés ici (l. 11,3, 15.1 et 51).

En conclusion, le fragment doit donc se comprendre comme suit. Ulpien adhère à l'avis de Julien concernant le cas d'un esclave blessé mortellement. Si, avant de mourir de ses blessures, il décède par cas fortuit, l'agresseur ne peut être tenu que *de vulnerato*. S'il meurt de ses blessures, mais après avoir été affranchi ou aliéné, son ancien maître peut continuer à agir *de occiso*. Ulpien (et probablement Julien) justifie cette différence par le fait que dans le second cas, l'esclave décède d'une blessure antérieure à l'affranchissement ou à l'aliénation. Dans le premier cas en revanche, la survenance du cas fortuit empêche que l'on attribue la responsabilité du décès à l'agresseur.

En corollaire au second cas, Ulpien rappelle que si l'affranchissement n'empêche pas que le maître agisse *de occiso* contre l'agresseur, il est exclu que l'héritier de l'affranchi (lui-même héritier de son ancien maître) exerce cette action.

D. — Conclusions

1. — HARMONISATION DES POSITIONS DE CELSE ET JULIEN

Quels sont les rapports entre les trois textes examinés précédemment (l. 11,3, l. 15,1 et l. 51)? Nous avons déjà mentionné les tentatives d'harmonisation de l'opinion de Julien, qui concernait les deux derniers de ces textes. Ces tentatives prenaient généralement aussi en compte l'avis de Celse, exprimé dans le premier des trois textes. Voici un bref rappel de ces tentatives.

Dans un premier temps, les auteurs (128) ont tenté de réconcilier les textes en admettant que si dans la l. 51, la blessure était certainement mortelle, dans les deux autres textes, il n'y aurait pas de certitude sur le caractère mortel de la blessure. Mais nous avons montré que cette

(128) V. par exemple déjà la Glose « *Si alius mortifero* » ad D. 9, 2, 11, in GOTHOFREDUS, *Digestum vetus*, Lugduni, 1604, col. 1061 : « *Aliquis servum ad mortem vulneravit : & incertum erat an mori deberet, vel non : & alius eundem servum interfecit. Quaeritur quis teneatur ? Et respon. qui interfecit, tenetur : prior non, nisi de vulnere* ».

lecture ne pouvait être retenue (129). D'autres (130) ont tenté une explication similaire, pensant que dans les l. 11,3 et 15,1, la blessure conférée par le second agresseur n'était pas mortelle en soi, mais n'avait occasionné la mort qu'en raison du fait que l'esclave était déjà blessé mortellement. Il faut pourtant constater que dans les l. 15,1 et 51, l'effet du second coup est défini de manière identique (*maturius*), et on imagine difficilement qu'il y ait une aussi grande différence entre les deux textes.

D'autres ont pensé que l'opinion de Julien relatée dans la l. 51 était contradictoire avec les autres, mais que ce jurisconsulte était ensuite revenu sur sa position excentrique, ce qui serait attesté par la l. 15.1. Nous avons également déjà montré que cette explication n'est pas soutenable (131).

À partir de la fin du XIX^e siècle, de nouvelles perspectives ont été offertes par la méthode interpolationniste (132). C'est ainsi que l'on a essayé de remédier aux incompatibilités de nos textes en recourant aux interpolations. À partir de la moitié du XX^e siècle, l'étude du droit romain a encore évolué. Il n'est plus désormais indispensable d'unifier les solutions proposées par le Digeste. Le droit classique n'est plus regardé comme étant un ordre juridique uniforme, mais plutôt comme une réalité complexe, composée d'une multitude de conceptions souvent contrastées (133). C'est ainsi qu'il a été admis — de manière quasi-unanime — que Celse et Julien étaient d'avis divergeants. Simultanément, les auteurs vont se détourner de la méthode interpolationniste.

En cette fin du XX^e siècle, on constate que les auteurs répugnent le plus souvent à déclarer qu'un texte est interpolé. Cette évolution se constate chez Ankum (134), qui tente de renoncer totalement à l'idée

(129) V. *supra*, texte et notes 109 à 114.

(130) V. : VANGEROW K.A., *Lehrbuch der Pandekten*, 7^e édit., Marburg-Leipzig 1876, Tome 3, § 681, Anm. 2 (pp. 585 et s.); GRUEBER E., *The Roman Law of Damage to Property*, Oxford, 1886, p. 36 (*ad l. 11, 3 h.t.*); BUCKLAND W.W., *The Roman Law of Slavery*, Cambridge, 1908, pp. 29 et s.; THOMAS J.A.C., « Aspetti metodologici della giurisprudenza romana classica », *Ann. Macerata*, 30 (1971), pp. 322 et s.

(131) V. *supra*, texte et notes 117 et 118.

(132) V. GRADENWITZ O., *Interpolationen in den Pandekten*, Berlin, 1887; APPLETON H., *Des interpolations dans les Pandectes et des méthodes propres à les découvrir*, Paris, 1895.

(133) V. KASER M., *Zur Methodologie der römischen Rechtsquellenforschung*, Wien, 1972, pp. 6 et s.; WIEACKER F., *Textstufen klassischer Juristen*, Göttingen, 1975, pp. 9 et s.

(134) En particulier dans : 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, pp. 325 et s.

qu'un de nos trois textes soit interpolé (135). Dans le but de résoudre la contradiction qui apparaît entre les avis attribués à Julien dans les l. 15,1 et 51, il est cependant obligé de réécrire le fil du raisonnement de la l. 15,1. Pour cela, il recourt à un changement de ponctuation. Si la méthode a quelque peu évolué, le résultat reste identique à celui déjà dégagé par Schindler (136) par la voie de l'interpolation : Il faut faire en sorte que ce qui est dit dans la première phrase de la l. 15,1 ne soit pas attribué à Julien. Nous avons ici aussi expliqué pourquoi il nous semblait que cette interprétation devait être rejetée (137).

Venons-en maintenant à notre solution. La réalité d'une divergence de vue entre Celse et Julien nous paraît indéniable. Les cas présentés dans les l. 11,3 et 51 sont identiques, alors que les solutions sont différentes. La position de Celse ne pose guère de problème. C'est surtout la compréhension de l'opinion de Julien qui doit être approfondie.

À notre avis, si les auteurs ont si souvent été d'avis que les positions de Julien dans les l. 15,1 et 51 se contredisaient, c'est en raison d'une erreur de perspective. Généralement, ils ont étudié ces deux avis dans le cadre de la problématique de l'interruption ou du dépassement de causalité. Très souvent, également, le cadre qu'ils se sont fixés pour aborder ce sujet s'est limité aux trois textes examinés ci-avant (l. 11,3, l. 15,1 et l. 51). Il leur paraissait dès lors inimaginable que Julien puisse penser que le lien causal (entre la blessure mortelle et le décès de l'esclave) puisse être interrompu par l'écroulement d'une maison, et non par l'assèment d'un coup mortel occasionné par un second agresseur. Certains auteurs (138) vont même jusqu'à écrire que ce sont les règles

(135) Pour rappel, à la page 349, il admet cependant que « *vel naufragio, vel alio ictu* » est une glose marginale.

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

(137) V. *supra*, texte et notes 86 et s. et 104 et s.

(138) V. en particulier : VON LÜBTOW U., *Untersuchungen zur lex Aquilia de damno iniuria dato*, Berlin, 1971, p. 62 : « Nach den gesetzen der Logik hat also A (le premier agresseur) den Tod nicht herbeigeführt. Man kann Julian schwerlich zutrauen, daß er diese Gesetze so gröblich verletzt hat (...). Der Kausalzusammenhang kann nicht nur durch ein Naturgeschehen, sondern auch durch menschliches Handeln ausgeschlossen werden. A haftet also nur *de vulnerato* aus dem Kapitel III. Seine Bußpflicht wird — ebenfalls nach den Regeln der Logik — nicht dadurch wieder beseitigt, daß hinterher die Willensbetätigung des B (second agresseur) eintritt, die ihrerseits sonst, das heißt ohne die schädigende Handlung des A, den schädigenden Erfolg auf jeden Fall herbeigeführt haben würde. Mit der Begründung, der Sklave sei später sowieso getötet worden, kann der ursächliche Zusammenhang zwischen dem schuldhaften Verhalten des A und dem eingetretenen Erfolg, der Verwundung, nachträglich nicht mehr in Frage gestellt werden. Umgekehrt ist auch eine Ansicht logisch unhaltbar, wonach B nicht haftet, weil der Sklave ohnehin an seiner ersten Verletzung gestorben wäre ».

de la logique qui imposent d'attribuer le même effet interruptif de causalité aux deux événements.

D'après nous, une telle conception — distinguant entre l'écroulement de la maison et le coup mortel asséné par le second agresseur — n'est pourtant pas du tout aussi inconcevable que ce que l'on a pu écrire. À notre avis, la logique n'est pas universelle en la matière. Julien lui-même écrivait d'ailleurs (l. 51,2) qu'en suivant les règles de la logique (*ratio disputandī*), on aurait abouti à ce qu'aucun des deux agresseurs ne soit tenu *de occiso* (*neutrum lege Aquilia teneri*). Comme on le voit, la logique dont nous parle le jurisconsulte est très différente, puisqu'au lieu de conclure à l'interruption du lien causal entre la blessure mortelle et le décès, elle aboutit au résultat qu'aucun des deux agresseurs ne soit tenu.

À notre avis, c'est ici qu'il faut chercher la clef du raisonnement de Julien. Il nous paraît également indispensable de nous inspirer des solutions retenues par les jurisconsultes classiques dans d'autres situations proches, mais différentes du cas de l'esclave blessé mortellement. Nous avons déjà souligné (139) la similitude qu'il y avait entre celui-ci, et celui de l'incendie (v. Ulp. D. 43, 24, 7, 4) étudié auparavant (140).

Avant nous, Antoine Favre (141) avait déjà fait remarquer que la solution de Celse (l. 11,3) pouvait sembler contraire aux enseignements de cet autre fragment d'Ulpien (D. 43, 24, 7, 4). En effet, dans ce dernier fragment, celui qui abattait une maison qui allait de toute façon périr par le feu, ne devait pas être tenu en vertu de la *lex Aquilia*. Par identité de motifs, celui qui tuait un esclave qui allait de toute façon mourir n'aurait pas dû être tenu non plus.

Après cette mise en doute, Favre justifie cependant la solution de Celse en paraphrasant l'argumentation de Julien (l. 51,2) : « Il est indéniable que tous deux doivent être tenus, car ils ont tous deux blessé et causé un dommage de leur corps (142) ». Par la suite, l'auteur adhère à la solution de Celse, en reprenant l'argumentation de ce dernier pour justifier que le premier agresseur n'est tenu que *de vulnerato* : L'esclave est mort du coup du second agresseur et non de celui du premier.

Cette lecture de Favre est intéressante sous bien des rapports. La mise en doute de la solution de Celse nous paraît tout à fait judicieuse. Au vu de ce qu'Ulpien avait admis dans le cas de l'incendie (D. 43, 24,

(139) V. *supra*, texte et note 79.

(140) V. *supra*, au chapitre 1, notre exégèse de ce texte.

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

(142) *Ibid.* : « Negari non potest quin uterque teneri debeat, cum uterque vulneraverit & corpore suo damnum dederit ».

7, 4), le second agresseur paraît tout à fait fondé de se défendre en disant que l'esclave serait de toute façon mort.

À notre avis, les enseignements du fragment D. 43, 24, 7, 4 permettent même d'aller plus loin, et de penser que le premier agresseur aurait également pu se défendre en arguant qu'il ne devait pas être tenu, car l'esclave serait de toute façon mort. C'est d'ailleurs probablement cela que visait Julien dans sa phrase « *neutrum lege Aquilia teneri* ». Il voulait éviter la solution absurde à laquelle aboutissait le raisonnement qui était habituellement appliqué aux cas où un dommage aurait été réalisé, même en l'absence de l'acte de la personne dont on se demande si elle est tenue. Sur ce point, les positions de Julien et de Celse concordent, puisque tous deux refusent la solution d'après laquelle personne n'est tenu. La seule motivation de ce refus — dont nous disposons dans les sources — est cependant celle de Julien. Il est donc normal que Favre ait justifié la solution de Celse, en recourant aux arguments de Julien. En l'occurrence, il paraît tout à fait raisonnable de penser que Celse devait être d'accord avec Julien, lorsqu'il disait qu'il serait absurde que personne ne soit tenu.

Là où Favre se trompe, d'après nous, c'est lorsqu'il adhère à la position de Celse, en admettant que Julien lui-même s'était finalement incliné devant les arguments de celui-ci (l. 15,1).

Reprenons maintenant le raisonnement là où Favre l'a abandonné, c'est-à-dire sur le point de l'accord entre Celse et Julien. Tous deux refusent au second agresseur, la possibilité de se retrancher derrière l'argument que l'esclave serait de toute façon mort. Pourquoi ce refus, alors que dans le cas de l'incendie, ils étaient probablement d'accord pour reconnaître que celui qui avait abattu une maison qui aurait de toute façon péri dans un incendie, ne devait pas être tenu ?

À notre avis, la différence entre ces deux cas se situe dans l'intervention du cas de la force majeure. Ce qui paraît normal, en cas d'intervention de la force majeure, devient inadmissible lorsque les deux faits dommageables sont des actes humains. Alors que dans les cas de concours entre un fait dommageable de type « force majeure » et un autre de type « acte humain », on peut s'en remettre à la fatalité, lorsqu'ils sont tous deux de type « acte humain », cela laisse une sensation d'impunité. C'est exactement là qu'en arrive Julien, quand il nous dit qu'il y a lieu d'éviter qu'un tel maléfice reste impuni (*cum neque impunita maleficia esse oporteat*).

Pour le jurisconsulte, la règle semble rester la suivante : Lorsque l'esclave serait mort, en l'absence du coup que je lui ai porté, je ne dois pas être tenu de sa mort. En revanche, lorsque le fait dommageable qui fait que l'esclave serait de toute façon mort est un autre acte humain,

ce type de raisonnement doit être écarté, et les deux agresseurs doivent être tenus.

Jusqu'ici, il n'y a toujours pas de divergence entre Julien et Celse. Celle-ci apparaît dans la mesure de la responsabilité du premier agresseur. Alors que Julien ne voit pas en quoi il devrait être mieux loti que le second, Celse pense qu'il doit être tenu, mais uniquement *de vulnerato*. Pourquoi cette divergence ? À partir du moment où on quitte la règle applicable pour des raisons d'utilité publique (*communis utilitas*), il peut y avoir plusieurs manières de remédier à une incongruité de la loi (ou de l'application qui en est faite).

Julien semble avoir préféré raisonner par analogie aux cas de complications qu'il a invoqués pour justifier le rejet de la solution à laquelle aboutissait la *ratio disputandi* (143). Il ne semble pas avoir trouvé de raison justifiant que l'un des agresseurs soit préféré à l'autre.

Celse, quant à lui, semble avoir opté pour une solution ne tenant compte que de la seule causalité effective. Autrement dit, n'est tenu que celui qui a commis un acte qui a effectivement eu pour effet le dommage en question. Le coup du premier agresseur (A) a eu pour conséquence de blesser mortellement l'esclave. A doit dès lors être tenu *de vulnerato*. Il ne doit cependant pas être tenu *de occiso*, car c'est le coup du second agresseur qui a effectivement causé la mort de l'esclave. C'était une autre option possible, mais il faut bien se rendre compte que ce n'est pas la seule, et certainement pas la seule acceptable logiquement.

Il nous reste à expliquer pourquoi les opinions divergentes de Celse et Julien se trouvent toutes les deux dans le Digeste. À notre avis, si les Compilateurs ont maintenu le texte de Julien (l. 51), c'est en raison du fait qu'il leur paraissait important de faire savoir pourquoi, dans le cas proposé, on s'écartait de la solution conforme à la *ratio disputandi*, adoptée par exemple dans le fragment D. 43, 24, 7, 4 (mais aussi dans d'autres textes déjà examinés ou à examiner). Il fallait bien expliquer comment on pouvait écarter la solution *neutrum lege Aquilia teneri*. Les positions de Julien et Celse étaient suffisamment proches sur ce point. S'il est vrai que les Compilateurs ont maintenu deux positions divergentes dans le Digeste (l. 11,3 et l. 51), il nous semble que les divergences sont cependant minimes. Ce qui compte avant tout, c'est que les deux agresseurs soient tous deux tenus. Que le premier soit, en définitive, tenu *de vulnerato*, ou *de occiso*, peut être regardé comme secondaire. Qui plus est, le texte de Julien ne parle de double responsabilité

(143) Sur ce type de raisonnement, utilisant l'analogie et la « tipizzazione » de certains cas, v. en particulier : VACCA L., *La giurisprudenza nel sistema delle fonti del diritto*, Torino, 1989, pp. 126 et s.

de occiso que dans la question. Dans la réponse du jurisconsulte, il n'est plus question que de tenir les deux agresseurs pour responsables en vertu de la *lex Aquilia*, sans préciser à quel titre. Ceci diminue encore un peu l'impression d'incompabilité de l'avis de Julien avec celui de Celse.

2. — CONCLUSIONS SUR LA CAUSALITÉ DÉPASSANTE

Comme nous l'avons montré, les préoccupations des jurisconsultes dans les trois textes que nous venons d'examiner, concernent d'assez près le problème du lien causal. Le cas de l'esclave blessé mortellement est particulièrement intéressant pour notre problématique, dans la mesure où il s'écoule un certain temps entre le fait dommageable et la réalisation du dommage qui en est la conséquence. Ce laps de temps intermédiaire a l'avantage de rendre le lien causal plus apparent. Nous voulons dire par là que puisque le dommage ne se réalise pas immédiatement, l'éventualité que le dommage soit finalement réalisé par un autre fait dommageable, est plus grande.

Il est important de noter que le cas de l'esclave blessé mortellement présente une complication supplémentaire. Ce type de blessure peut causer deux types de dommages différents et est susceptible d'être puni en vertu de deux règles de loi différentes. En effet, la blessure mortelle est avant tout une blessure. En tant que telle, elle est punissable du chef du chapitre III de la *lex Aquilia*. En tant que cette blessure est mortelle, elle aura pour conséquence que l'esclave blessé va mourir. Et dès lors, cette blessure est punissable du chef du chapitre I de la *lex Aquilia*.

Le premier dommage (la blessure) est toujours réalisé immédiatement. Celui qui confère une blessure mortelle doit donc toujours au moins être tenu *de vulnerato*. Le fait que l'esclave décède ensuite pour une autre raison, ne change rien à ce fait (144). Le second fait dommageable intervient « *ex post* », et ne saurait être pris en compte pour annihiler cette responsabilité. Ceci est conforme à l'enseignement de Labéon — reçu par Ulpien — dans le fragment D. 43, 24, 7, 4 (i.f.) : Au moment où intervient un événement qui fait que le dommage (la blessure) aurait de toute façon eu lieu, ce dommage était déjà entièrement réalisé, et ne pouvait donc plus être remis en cause. Le fait dom-

(144) Cela reste vrai même si quelqu'un confère une blessure (non-mortelle) à un esclave, et que plus tard, il tue lui-même cet esclave. Dans ce cas, l'agresseur sera tenu à la fois *de occiso* et *de vulnerato*. V. : GAJUS, *lib. 7 ad Edictum provinciale* (D. 9, 2, 32, 1) : *Si idem eundem servum vulneraverit, postea deinde etiam occiderit, tenebitur et de vulnerato et de occiso : duo enim sunt delicta. aliter atque si quis uno impetu pluribus vulneribus aliquem occiderit : tunc enim una erit actio de occiso.*

mageable hypothétique intervient donc trop tard pour être pris en compte.

Le second dommage (la mort) ne se réalise qu'après l'écoulement d'un certain temps. Il est donc possible que le dommage soit finalement causé par un autre fait dommageable. Dans cette hypothèse-ci, c'est la blessure mortelle qui constitue le fait dommageable hypothétique. Le fait dommageable effectif est alors soit un cas fortuit, soit un autre coup conféré par un être humain.

Lorsque le fait dommageable effectif est un cas fortuit, les jurisconsultes semblent avoir été d'accord pour écarter le fait dommageable hypothétique, et ne retenir que le fait dommageable effectif. Le décès de l'esclave était donc imputé au seul cas fortuit. Il est intéressant de noter que dans le fragment D. 43, 24, 7, 4, c'était la situation inverse : le fait dommageable effectif était un acte humain, et le fait dommageable hypothétique un cas fortuit. Malgré cette inversion, la solution a été maintenue, et le dommage a été imputé au cas fortuit. Il semble donc que dans les cas de concurrence entre un cas fortuit et un acte humain, les jurisconsultes romains ne retenaient que le lien causal fondé sur un fait dommageable de type « cas fortuit ». Et cela, peu importe que ce cas fortuit soit un fait dommageable effectif ou hypothétique.

Cette vision de la force majeure nous semble être en conformité avec celle de Labéon, dont il est question dans un texte de Paul en matière d'eau de pluie :

Paul., *lib. 49 ad ed.* (D. 39, 3, 2, 6) (145) :

(...) *Labeo (...) ait enim naturam agri ipsam a se mutari posse et ideo, cum per se natura agri fuerit mutata, aequo animo unumquemque ferre debere, sive melior sive deterior eius condicio facta sit. Idcirco et si terrae motu aut tempestatibus magnitudine soli causa mutata sit, neminem cogi posse, ut sinat in pristinam locum condicionem redigi.* (...)

Dans ce texte, Labéon nous dit que lorsque la nature, par un tremblement de terre ou par la force de la tempête, modifie elle-même la configuration d'un champ, et que cela entraîne un désagrément par un excès d'eau de pluie, il faut supporter cette modification d'un cœur égal (*aequo animo ferre*) (146). De manière similaire, lorsqu'un dommage aurait de toute façon été causé par l'intervention de la force majeure, il nous semble que les Romains s'inclinaient devant la fatalité qu'implique un tel événement.

(145) À propos de ce texte, v. : GERKENS J.F., « Exégèse de Paul., D. 39, 3, 2, 6 », *TR*, 63 (1995), pp. 11 et s.

(146) Sur cette notion, v. : MAYER-MALY Th., « Aequo animo ferre », « *MNHMH* » Georges A. Petropoulos, Athènes, 1984, pp. 105 et s.

Lorsque le fait dommageable effectif était un autre coup conféré par un être humain, apparaît un certain désaccord. Le système de défense adopté pour refouler la cause du dommage sur le cas fortuit (*aeque perituri*) ne fonctionne plus, et pour cause. Il a donc fallu imaginer une autre solution. Julien estimait qu'aucun des deux agresseurs ne méritait d'être préféré à l'autre. En conséquence, il place les faits dommageables effectif et hypothétique sur un même pied et estime que les agresseurs doivent être tous deux tenus *de occiso*. La solution qui s'est imposée à l'époque classique semble cependant avoir été celle de Celse. En l'absence d'un cas fortuit parmi les faits dommageables, il semble avoir également écarté le recours à la causalité hypothétique, pour ne retenir que la causalité effective (147). Cela semble découler des mots « *quia ex alio vulnere perit* » (l. 11,3). En effet, ce type de justification (« il est vrai qu'il aurait pu mourir du premier coup, mais en définitive, il meurt d'un autre coup ») exclut tout recours à la causalité hypothétique, à laquelle la jurisprudence romaine a pourtant fait appel en d'autres circonstances. Du point de vue de la politique criminelle, retenu comme déterminant par Julien (*utilitas communis* — l. 51), la solution de Celse pouvait malgré tout paraître satisfaisante. S'il est vrai que par le hasard de l'intervention d'un second agresseur, la responsabilité *de occiso* du premier agresseur disparaît, il reste malgré tout tenu *de vulnerato*. En raison du fait qu'une blessure mortelle peut être punie tant en vertu du chapitre I que du chapitre III de la *lex Aquilia*, le premier agresseur n'échappait donc pas à toute responsabilité.

On pourrait se demander dans quelle mesure les juriconsultes classiques se sont réellement inquiétés du sort du lien causal dans les textes que nous avons examinés. Sur ce point, nous croyons pouvoir être conforté par la comparaison entreprise dans la l. 15,1. Il y apparaît clairement, à notre sens, que Julien et Ulpien ont voulu examiner l'incidence d'un second fait dommageable sur un lien causal. Le lien causal de départ est celui qui unit l'acte par lequel A blesse mortellement un esclave au dommage subi par le maître de l'esclave. On propose alors d'introduire dans ce lien causal deux différents types de faits dommageables effectifs (faisant de l'acte de A un fait dommageable hypothétique). Il s'agit donc de faits dommageables effectifs, qui auront égale-

(147) RÖHLE [« Zur Frage der sogenannten verdrängenden Verursachung im Römischen Recht », *SDHI*, 31 (1965), p. 306] se trompe, lorsqu'il écrit : « Im Ergebnis aber berücksichtigen beide Juristen, Celsus und Julian, die hypothetisch gebliebene Ursache ». La responsabilité *de vulnerato* du premier agresseur ne constitue en rien une prise en compte du fait dommageable hypothétique. En effet, le premier agresseur a effectivement occasionné une blessure à l'esclave, et en tant que tel, il est tenu en vertu du chapitre III de la *lex Aquilia*. Il s'agit ici d'une responsabilité normale, dans laquelle n'intervient aucun fait dommageable hypothétique.

ment pour effet de causer la perte de l'esclave pour son maître. Le premier fait dommageable proposé est le cas fortuit (*ruina...*). Le second est un fait du maître de l'esclave lui-même (affranchissement ou aliénation de l'esclave). Si le cas fortuit libère A, il n'en va pas de même pour l'acte du maître. Le pourquoi de cette distinction a déjà été expliqué : si dans le cas de la *ruina*, A peut se prévaloir du fait que l'esclave serait de toute façon mort en raison de ce cas fortuit, dans l'autre cas, l'affranchissement (ou l'aliénation) s'explique précisément par le fait que l'esclave est blessé mortellement et va mourir. Il n'est donc plus question de dire que l'esclave aurait de toute façon été perdu pour son maître, l'affranchissement (ou l'aliénation) n'est destiné qu'à permettre à l'esclave de mourir libre (ou auprès d'un autre maître).

Bref, lorsque deux faits dommageables (dont un est hypothétique et l'autre effectif) sont en concurrence, il semble que les Romains aient toujours préféré s'en remettre à la fatalité, lorsque l'un des deux était un cas fortuit. Ils semblent avoir fait cela, indépendamment de savoir si le cas fortuit constituait le fait dommageable effectif ou non.

En revanche, lorsque les deux faits dommageables étaient d'origine humaine, ils semblent majoritairement avoir renoncé à recourir à la causalité hypothétique.

DEUXIÈME PARTIE

La causalité dépassante en matière de responsabilité contractuelle

Au cours des trois chapitres de la première partie, nous avons tenté de dégager les solutions retenues en droit romain classique, en cas de concurrence entre deux faits dommageables dont un au moins était une faute extra-contractuelle. Dans cette deuxième partie, nous allons tenter de voir si les solutions dégagées précédemment sont applicables, ou du moins transposables aux cas de responsabilité contractuelle. Dans un premier temps, nous envisagerons trois textes, dans lesquels une faute contractuelle est mise en concurrence avec un cas de force majeure. Ensuite, nous examinerons trois textes concernant le cas de l'acquéreur évincé d'un esclave vicié. Ce dernier cas pose la question du cumul des responsabilités contractuelles ; il met en concurrence deux faits dommageables de type « faute contractuelle ».

CHAPITRE PREMIER

CAS DE CONCURRENCE
ENTRE UNE FAUTE CONTRACTUELLE
ET UN CAS FORTUIT

A. — Exégèse de Paul., *lib. 3 ad Plautium*
(D. 44, 7, 45)

Is, qui ex stipulatu Stichum debeat, si eum ante moram manumiserit et is, priusquam super eo promissor conveniretur, decesserit, non tenetur : non enim per eum stetisse videtur, quo minus eum praestaret.

1. — CONTENU DU TEXTE

Voici le cas que soumet Paul : A promet par *stipulatio* l'esclave Stichus à B. Avant d'être en demeure d'en transférer la propriété, A l'affranchit. Cet esclave affranchi meurt avant que B n'ait agit *ex stipulatu* contre A. D'après le jurisconsulte, A n'est alors plus tenu à rien, car il n'a pas tenu à lui, de n'avoir pas transféré l'esclave.

2. — CRITIQUE DE TEXTE

L'édition de Mommsen du Digeste ne rapporte aucune divergence dans la transmission du texte. Notre propre consultation des manuscrits ne nous a pas non plus permis de déceler d'éventuelles divergences dignes d'être mentionnées ici.

3. — EXPLICATION DU TEXTE

3.1. — *La lecture interpolationniste*

Comme c'est souvent le cas pour les textes de Paul que l'on trouve dans le Digeste, notre texte est rédigé dans un style rocailleux. Il s'en est suivi un grand nombre de suspicions d'interpolation. Plus que le style rocailleux, c'est cependant probablement la solution attribuée au jurisconsulte qui est apparue invraisemblable à un certain nombre d'auteurs.

Ainsi, Beseler (1) corrige-t-il le texte de manière à lui faire dire le contraire de ce qu'il dit dans la Florentine :

Is, qui ex stipulatu Stichum debeat, si eum [ante moram] manumiserit<, mortuo postea Sticho> [et is, priusquam super eo promissor conveniretur, decesserit, non] tenetur : [non enim] per eum <enim> stetitisse videtur, quo minus eum praestaret.

Trois ans plus tard, Beseler (2) change d'avis :

Is, qui ex stipulatu Stichum debeat, si eum ante moram manumiserit et is, priusquam [super eo] promissor conveniretur, decesserit, [non]<nihilo minus> tenetur : [non enim] <quia> per eum stetitisse videtur, quo minus eum praestaret.

Les corrections proposées par Beseler semblent avoir été adoptées par Niedermeyer (3). Elles sont fondées sur l'idée que l'affranchissement de l'esclave constituait une violation contractuelle de la part du promettant (4). Cette violation rendant impossible l'exécution du contrat, elle devait entraîner la perpétuation de l'obligation de fournir l'esclave. En conséquence, le décès fortuit de celui-ci ne pouvait pas aboutir à la libération du promettant, de son obligation de fournir l'esclave au stipulant. Une telle solution était dès lors — dans l'opinion des deux auteurs — nécessairement le reflet de la clémence byzantine...

D'un point de vue formel, on peut constater que *is* et *eum* désignent une fois le débiteur et l'autre fois l'objet de l'obligation (5). De même, le *super eo* est souvent de facture Justinienne (6). La majorité des

(1) BESELER G., « Einzelne Stellen », *ZSS*, 43 (1922), p. 554.

(2) BESELER G., « Miscellanea », *ZSS*, 45 (1925), p. 217, note 3.

(3) NIEDERMEYER H., « Studie zu den wissenschaftlichen Grundlagen der Lehre von der Mora seit Sabinus », in *Festschrift Fritz Schulz*, Weimar, 1951, T. I, p. 444. Notons que la position de cet auteur reste un peu ambiguë, car après avoir exposé la position interpolationniste, sans la contredire, il analyse malgré tout le contenu du fragment sans plus tenir compte des interpolations.

(4) Sur cette question, v. déjà : GIPHANIUS H., *Lecturae altorphinae*, Francofurti, 1605, *ad D. 44, 7, 45*, pp. 629 et s.

(5) V. en ce sens : HAYMANN F., « Textkritische Studien zum römischen Obligationenrecht », *ZSS*, 40 (1919), p. 324 ; GENZMER E., « Der subjektive Tatbestand des Schuldnerverzugs im klassischen römischen Recht », *ZSS*, 44 (1924), pp. 127 et s. ; BESELER G., « Unklassische Wörter », *ZSS*, 56 (1936), p. 97 ; SARGENTI M., « Problemi della responsabilità contrattuale », *SDHI*, 20 (1954), p. 182 ; HEUMANN H. et SECKEL E., *Handlexikon zu den Quellen des römischen Rechts*, 10. Aufl., Graz, 1958, *ad super*.

(6) V. en ce sens : HAYMANN F., *op. cit.*, p. 324 ; GENZMER E., *op. cit.*, pp. 127 et s. ; SARGENTI M., *op. cit.*, p. 182.

auteurs (7) pense cependant que la solution retenue dans notre fragment doit malgré tout être attribuée à Paul. À notre avis également, les petites imperfections du texte ne permettent pas d'attribuer la solution aux Compilateurs.

3.2. — *Sur l'application de la règle du « perpetuari obligationem »*

Venons-en aux arguments de fond qui sous-tendent les corrections suggérées par Beseler et Niedermeyer : L'affranchissement a rendu impossible l'exécution de ses obligations par le promettant. En conséquence, son obligation de fournir l'esclave doit être perpétuée et le décès de celui-ci ne saurait éteindre l'obligation du débiteur.

Certains auteurs (8) ne suivent pourtant pas l'interprétation interpolationniste et ne voient pas, dans notre cas, l'obstacle posé par la règle du *perpetuari obligationem*.

Guarnieri Citati (9) qui avait pourtant vu le problème, renonce soigneusement de le trancher. Il se contente de constater que l'affranchissement — qui rend impossible l'exécution de ses obligation par le promettant — reste parfaitement valable.

Parmi les auteurs qui ont tenté de rencontrer les arguments de Krüger et Beseler, on trouve les explications suivantes :

Cannata (10) fait simplement de notre cas précis une exception à la règle du *perpetuari obligationem*. Sans autre explication, cette supputation nous paraît cependant un peu trop faible, pour pouvoir être admise.

(7) V. en ce sens : HAYMANN F., *op. cit.*, p. 324 ; GENZMER E., *op. cit.*, pp. 127 et s. ; SARGENTI M., *op. cit.*, p. 182 ; KASER M., « Perpetuari obligationem », *SDHI*, 46 (1980), p. 143, note 241. Pour Kaser, après avoir soupçonné l'interpolation (KASER M., « Mora », *RE*, 31, Stuttgart, 1933, col. 261), même la forme est classique « Wohl auch formal im ganzen klassisch ».

(8) V. : MOMMSEN Fr., *Beiträge zum Obligationenrecht*, 1. Abt., Braunschweig, 1853, p. 230 ; HAYMANN F., *op. cit.*, p. 324 ;

(9) GUARNIERI CITATI A., « En matière d'affranchissements frauduleux », *Mélanges Cornil*, I, Paris, 1926, pp. 484 et s., note 2.

(10) CANNATA C.A., « Appunti sulla impossibilità sopravvenuta e la 'culpa debitoris' nelle obbligazioni da 'stipulatio in dando' », *SDHI*, 32 (1966), p. 103.

Sargenti (11) prend le raisonnement par la fin. Il constate que, d'après Paul, le promettant est libéré de son obligation par le décès de l'esclave affranchi. Il en conclut que l'affranchissement n'avait pas rendu impossible l'exécution de l'obligation de fournir l'esclave. Cela permet évidemment d'éviter l'application de la règle du *perpetuari obligationem*, mais c'est là de la tautologie. En effet, il va de soi que si l'on admet d'entrée de jeu la validité de la solution exprimée dans le texte (la libération du promettant), on peut difficilement aboutir à la conclusion que le fragment fait application de la règle du *perpetuari obligationem* (qui devrait logiquement aboutir à la condamnation du promettant).

À notre avis, les interpolationnistes donnent une portée exagérée à la règle du *perpetuari obligationem* (12). L'erreur provient de la confusion entre deux situations distinctes. Il faut éviter de confondre le cas du débiteur en demeure et celui du débiteur qui se met fautivement dans l'impossibilité d'exécuter son obligation contractuelle. Seule la *mora* transfère le risque (en cas de perte de l'objet de l'obligation par force majeure) à la personne du débiteur. Lorsque le débiteur se met fautivement dans l'impossibilité d'exécuter son obligation de *dare* une *certa res*, afin d'éviter que le débiteur ne soit libéré de son obligation de transférer la propriété de la chose, Paul (13) dit qu'il faut perpétuer cette obligation. Cette perpétuation n'a cependant pas le même effet que la *mora*, quant au transfert du risque. Cela apparaît très clairement dans le fragment de Paul, puisqu'il précise que l'affranchissement de l'esclave est effectué *ante moram*. Or si cette perpétuation avait un effet identique à celui de la *mora*, on ne verrait pas, d'une part, pourquoi Paul préciserait que l'on se situe *ante moram*, ni, d'autre part, comment on pourrait encore libérer le débiteur dans l'hypothèse de notre fragment.

C'est sans doute ce que voulaient déjà dire Genzmer (14) et Montel (15), pour lesquels, lorsqu'un débiteur se met dans l'impossibilité d'exécuter son obligation, celle-ci subsiste inchangée (16). Genzmer

(11) SARGENTI M., « Problemi della responsabilità contrattuale », *SDHI*, 20 (1954), p. 182.

(12) V. à ce sujet : KASER M., « Perpetuari obligationem », *SDHI*, 46 (1980), pp. 87 et s.

(13) V. *infra*, note 20.

(14) GENZMER E., « Der subjektive Tatbestand des Schuldnerverzugs im klassischen römischen Recht », *ZSS*, 44 (1924), pp. 101 et s. et 127 et s.

(15) MONTEL A., *La mora del debitore*, Padova 1930, p. 254.

(16) Dans le même sens, mais évidemment sans qu'il soit question de *perpetuatio obligationis*, v. : MOMMSEN FR., *Beiträge zum Obligationenrecht*, 1. Abt., Braunschweig, 1853, p. 230, note 2 : « Den Grund, daß das Ereignis, welches später die Sache betraf, noch berücksichtigt werden konnte, kann man darin finden, daß die

poursuit en précisant que, dans l'hypothèse où l'objet de l'obligation devenue impossible venait à disparaître ou périr fortuitement, le débiteur qui n'est pas en *mora* serait libéré, *non enim per eum stetit videatur, quominus eum praestaret*. De manière analogue, Montel pense que l'obligation perpétuée ne peut plus être éteinte que par la survenance d'un cas fortuit.

Une opinion semblable est également défendue, en substance, par Kaser (17) : le fait que l'obligation soit perpétuée signifie que le juge pourra continuer à condamner le débiteur même en cas de disparition de l'objet de l'obligation. Cela ne signifie cependant nullement qu'il devra le condamner (18).

Enfin, on trouve encore une position semblable défendue par Flume (19). Ce dernier écrit que la *constitutio veterum* dont parle Paul [lib. 17 ad Plautium, D. 45, 1, 91, 3 (20)] dans le fragment central en matière de *perpetuatio obligationis*, et dans laquelle on trouve l'origine de la règle, n'avait d'autre but que d'empêcher le débiteur « *si per eum stetit, quominus daret* » d'invoquer l'inexistence de l'objet de l'obligation. En l'occurrence, vu que « *non per eum stetit videtur, quo minus eum praestaret* », il est normal que le débiteur ne soit pas tenu.

Notons que si Paul situe clairement l'affranchissement *ante moram*, le décès de l'esclave est quant à lui *priusquam conveniretur*, avant que le créancier n'agisse *ex stipulatione* contre le promettant. Cela signifie-t-il que ce dernier aurait été libéré de son obligation même si l'esclave

Verpflichtung nach wie vor auf den ursprünglichen Gegenstand der Obligation gerichtet war ».

(17) KASER M., « Perpetuari obligationem », *SDHI*, 46 (1980), pp. 139 et s. et p. 143 et s.

(18) KASER M., *op. cit.*, p. 139 : « Da die *p.o.*, um die Verurteilung des Schuldners möglich zu machen, den untergegangenen Gegenstand als zur Zeit der *litis contestatio* bestehend fingiert, ist man geneigt, aus der *p.o.* auf Zufallshaftung zu schliessen, die ja als Folge des Verzugs des Schuldners anerkannt ist. Dass man diese Folge in allen Fällen der *p.o.* eintreten liess, ist jedoch aus ihrem Wesen nicht zwingend geboten ; denn die *p.o.* bewirkte nur, dass der Richter trotz des Sachuntergangs in den Sachwert verurteilen konnte, nicht, dass er das immer musste ».

(19) FLUME W., *Rechtsakt und Rechtsverhältnis*, Paderborn, 1990, p. 104.

(20) PAUL., lib. 17 ad Plautium (D. 45, 1, 91, 3) : *Sequitur videre de eo, quod veteres constituerunt, quotiens culpa intervenit debitoris, perpetuari obligationem, quemadmodum intellegendum sit. et quidem si effecerit promissor, quo minus solvere possit, expeditum intellectum habet constitutio : si vero moratus sit tantum, haesitatur, an, si postea in mora non fuerit, extingatur superior mora. et Celsus adulescens scribit eum, qui moram fecit in solvendo Stichum quem promiserat, posse emendare eam moram postea offerendo : esse enim hanc quaestionem de bono et aequo : in quo genere plerumque sub auctoritate iuris scientiae perniciose, inquit, erratur. et sane probabilis haec sententia est, quam quidem et Iulianus sequitur : nam dum quaeritur de damno et par utriusque causa sit, quare non potentior sit qui teneat, quam qui persequitur ?*

était décédé après la *mora*, mais avant l'action *ex stipulatu* ? Nous ne le pensons pas. Lorsque le débiteur est en *mora debitoris*, la perte fortuite de la chose due ne le libère plus de son obligation. En vertu de la règle du *perpetuari obligationem*, c'est le débiteur qui supporte le risque de la perte de la chose due lorsqu'il est en demeure.

La précision « *priusquam conveniretur* » ne peut dès lors concerner que le cas dans lequel le stipulant agit *ex stipulatione* dès avant que le débiteur ne soit en demeure. En effet, dès que l'esclave a été affranchi, l'inexécution de l'obligation par le promettant est devenue certaine. Le stipulant peut donc agir *ex stipulatu* sans devoir attendre que le promettant soit en *mora debitoris*. En pareil cas, il va de soi que le débiteur ne sera libéré par l'éventuel décès de l'esclave, que si celui-ci intervient avant que l'action *ex stipulatu* n'ait été intentée.

En conclusion, le fragment n'est donc pas interpolé, et le débiteur qui a affranchi l'esclave est réellement libéré par le décès survenu *priusquam conveniretur* et en tout cas *ante moram*.

3.3. — *Les mots : « non enim per eum stetisse videtur, quominus eum praestaret »*

Les mots par lesquels Paul justifie la libération du débiteur qui s'est mis dans l'impossibilité d'exécuter son obligation de *dare* l'esclave sont : *non enim per eum stetisse videtur, quominus eum praestaret*.

L'expression « *stare ... quo minus* » est relativement fréquente dans le Digeste. Le plus souvent, elle sert à désigner, soit la *mora* du débiteur ou du créancier, soit le *factum debitoris*, qui a empêché le débiteur de s'acquitter de son obligation contractuelle (21). Mais — littéralement — sa signification est plus large. Ainsi, lorsque « *stare ... quo minus* » est accompagné d'une négation, elle peut signifier l'exclusion de la responsabilité de la personne désignée, en raison de la survenance d'un cas de force majeure ou du fait d'un tiers (22).

La polyvalence de l'expression est bien démontrée par notre fragment. En effet, en vertu de l'affranchissement, Paul aurait dû écrire

(21) V. CANNATA C.A., « Appunti sulla impossibilità sopravvenuta e la 'culpa debitoris' nelle obbligazioni da 'stipulatio in dando' », *SDHI*, 32 (1966), p. 88 ; ANKUM H., « Afrikan Dig. 19, 2, 33 : Haftung und Gefahr bei der publicatio eines verpachteten oder verkauften Grundstücks », *ZSS*, 97 (1980), pp. 161 et s.

(22) V. par exemple : PAUL., *lib. 6 ad Plaut.* (D. 23, 3, 56 pr.) : *Si is qui Stichum mulieri debet in dotem delegatus sit et antequam solveret debitor, Stichus decesserit, cum neque per debitorem stetisset quo minus solveret, neque maritus in agendo moram fecisset et : periculo mulieris stichus morietur : quamquam etiamsi moram maritus fecerit in exigendo, si tamen etiam apud maritum moriturus stichus fuerit, actione dotis maritus non teneatur*. V. *infra*, (3^e partie, chapitre 1), notre exégèse de ce texte.

« *per eum stat quo minus praestet* », mais le décès survenu sans la faute du débiteur, lui a fait écrire « *non per eum...* ». Le jurisconsulte désigne donc le décès, plutôt que l'affranchissement, comme étant la cause du fait que le débiteur n'a pas transféré la propriété de l'esclave. En faisant ce choix, il fait nécessairement un raisonnement qui prend en compte le problème de causalité qui lui est posé : Il n'y a pas de lien causal entre la faute du débiteur et son impossibilité d'exécuter son obligation de *dare* l'esclave.

C'est ainsi que le voient bon nombre d'auteurs (23). Seul Niedermeyer (24) semble être d'un autre avis. D'après celui-ci, Paul n'a pas analysé le décès de l'esclave comme étant la *condicio sine qua non* du dommage subi par le créancier : Si le créancier ne peut être dédommagé, c'est parce qu'il supporte le *periculum obligationis*.

Nous ne pouvons pas donner raison à Niedermeyer. D'une part, en affirmant que la règle du *periculum obligationis* permet de libérer le débiteur, l'auteur rejette donc implicitement la lecture interpolationniste de Beseler. Dans un premier temps, il citait pourtant ce dernier sans le contredire. D'autre part, Paul est bien obligé de faire un choix entre deux faits dommageables : l'affranchissement et le décès. À notre avis, le jurisconsulte a effectué son choix en se fondant sur la causalité qui a conduit à la réalisation du dommage (*non per eum stetit* — ce n'est pas à cause du débiteur). En présentant la position de Paul comme étant justifiée par le seul *periculum obligationis*, Niedermeyer fait comme si le jurisconsulte n'avait pas songé un instant que l'affranchissement aurait également pu être la cause du dommage du créancier. Cela nous paraît inconcevable.

(23) V. : MOMMSEN Fr., *Beiträge zum Obligationenrecht*, 1. Abt., Braunschweig 1853, p. 230, note 2 : « (...) vorausgesetzt natürlich, daß dieser Tod mit der Verschuldung des Debitor in keinem Zusammenhange steht » ; HAYMANN F., « Textkritische Studien zum römischen Obligationenrecht », ZSS, 40 (1919), p. 324 : « Dieselbe Auffassung von der Irrelevanz einer für den Untergang des Leistungsobjekts nicht kausalen positiven Vertragsverletzung des Schuldners vor dem Verzug vertritt Paulus auch in der l. 45 D. 44, 7 (...) » ; SARGENTI M., « Problemi della responsabilità contrattuale », SDHI, 20 (1954), p. 182 : « (...) ma la morte del servo manomesso, indipendente certo dal *factum debitoris*, e verificatasi *priusquam promissor conveniretur*, sovrapponendosi al *factum debitoris*, estingueva il rapporto, perché evidentemente il servo sarebbe morto anche se non fosse stato manomesso » ; KASER M., « Perpetuari obligationem », SDHI, 46 (1980), p. 143, note 244 : « Das *videtur* deutet an, dass hier nicht der Regelfall der *p.o.* vorliegt, sondern einer, der auf erweiterter Auslegung oder Fiktion beruht. — Ein Fall der sog. 'überholenden Kausalität' ». Adhérent à Kaser, v. : WILLVONSEDER R., *Die Verwendung der Denkfigur der « condicio sine qua non » bei den römischen Juristen*, Wien-Köln-Graz, 1984, p. 156.

(24) NIEDERMEYER H., « Studie zu den wissenschaftlichen Grundlagen der Lehre von der Mora seit Sabinus », in *Festschrift Fritz Schulz*, Weimar 1951, T. I, pp. 444 et 448.

4. — CONCLUSIONS SUR LA CAUSALITÉ DÉPASSANTE

Sur le plan du dépassement de causalité, nous avons donc ce qui suit : Le dommage résulte du fait que le débiteur n'a pas transféré la propriété de l'esclave. Il y a deux faits dommageables potentiels : l'affranchissement et le décès de l'esclave. Tous deux rendent impossible le transfert de propriété de l'esclave. L'affranchissement est dû au débiteur, alors que le décès est dû à la fatalité, ou est à tout le moins étranger au débiteur.

Si c'était l'affranchissement qui était retenu comme étant la cause du dommage, c'est le débiteur qui serait tenu pour responsable du dommage subi par le créancier. Si, en revanche, c'était le décès qui était retenu comme étant la cause du dommage, c'est le créancier qui devait le supporter.

Paul tranche la question en faveur du débiteur, en affirmant qu'il n'a pas tenu à celui-ci que l'esclave n'ait pas été livré.

Nous pensons que pour faire cette affirmation, Paul a comparé deux chaînes causales. Il y a d'une part, le déroulement effectif des faits : le promettant a affranchi l'esclave et n'a donc pas pu exécuter son obligation envers le stipulant. D'autre part, le déroulement hypothétique : si le promettant n'avait pas affranchi l'esclave, celui-ci serait de toute façon mort et le stipulant aurait subi le même dommage.

Si nous exprimons cela en termes de causalité dépassante, on peut dire : La chaîne causale hypothétique — qui aboutit à l'inexécution de l'obligation en raison du décès de l'esclave — est dépassée par l'affranchissement, fait dommageable effectif, qui aboutit au même résultat.

Dans le cadre des relations contractuelles, en cas d'inexécution du débiteur, il importait de vérifier si cette inexécution lui était imputable. En constatant qu'en l'absence de la faute contractuelle commise, il y aurait malgré tout eu impossibilité pour le débiteur d'exécuter son obligation, Paul conclut que l'inexécution n'est pas imputable au débiteur (« *non enim per eum stetisse videtur, quo minus eum praestaret* »).

Il convient cependant de rappeler qu'en cas de *mora debitoris*, l'inexécution est toujours imputable au débiteur. Ce dernier ne peut donc être libéré de son obligation que si la perte de la chose due est intervenue à un moment où il n'était pas en *mora debitoris*, car sinon c'est à lui de supporter le *periculum obligationis*.

La comparaison avec le déroulement hypothétique des faits ne peut dès lors être entreprise que si, au moment où survient le décès de l'esclave, ce décès est toujours susceptible de libérer le débiteur.

Le texte suivant aborde une question très proche de celle qui est au centre du texte que nous venons d'examiner. Il est également de Paul.

B. — Exégèse de Paul., *lib. 16 Quaestiones*
(D. 18, 4, 21)

Venditor ex hereditate interposita stipulatione rem hereditariam persecutus alii vendidit : quaeritur, quid ex stipulatione praestare debeat : nam bis utique non committitur stipulatio, ut et rem et pretium debeat. et quidem si, posteaquam rem vendidit heres, intercessit stipulatio, credimus pretium in stipulationem venisse : quod si antecessit stipulatio, deinde rem nactus est, tunc rem debeat. si ergo hominem vendiderit et is decesserit, an pretium eiusdem debeat ? non enim deberet Stichi promissor, si eum vendidisset, mortuo eo, si nulla mora processisset (25). sed ubi hereditatem vendidi et postea rem ex ea vendidi, potest videri, ut negotium eius agam (26) quam hereditatis. sed hoc in re singulari non potest credi : nam si eundem hominem tibi vendidero et necdum tradito eo alii quoque vendidero pretiumque accepero, mortuo eo videamus ne nihil tibi debeam ex empto, quoniam moram in tradendo non feci (pretium enim hominis venditi non ex re, sed propter negotiationem percipitur) et sic sit, quasi alii non vendidissem : tibi enim rem debebam, non actionem. (...)

1. — CONTENU DU TEXTE

Paul expose le cas suivant :

Un héritier (V) vend ses droits dans une succession à A. Simultanément, il promet par *stipulatio* de lui remettre tous les effets de la succession qu'il toucherait.

V touche un effet de la succession et le vend à B. La question est alors : La *stipulatio* permet-elle à A de réclamer la chose elle-même ou bien le prix payé par B ?

Paul dit qu'il faut distinguer selon que la *stipulatio* entre V et A est antérieure ou postérieure à la vente à B. S'il a vendu d'abord à B, A n'a droit qu'au prix. Dans le cas inverse, c'est-à-dire s'il a d'abord vendu et promis à A (La vente et la *stipulatio* sont probablement concomitantes), ce dernier aura droit à la chose même.

(25) Dans certaines anciennes éditions, dont l'édition Haloander, on trouve « *praecessisset* ». V. également l'édition de la Glose de Godefroy (*Digestum vetus*, Lugduni, 1604, ad *h. l.*) et HASSE J.C., *Die Culpa des Römischen Rechts*, 2. Ausgabe, Bonn, 1838, p. 406. Dans le manuscrit de Padoue (Biblioteca Universitaria di Padova, Ms. 941), « *processisset* » est abrégé en « *pcsessisset* ».

(26) Dans le Manuscrit Ms. 372, de Erlangen, à la page 230 verso, on trouve « *agam potius* ». Il s'agit d'un *Digestum vetus cum Glossis* du XIII^e siècle. Il se trouve à la Universitätsbibliothek Erlangen-Nürnberg. On trouve une leçon semblable dans le manuscrit de Padoue. La calligraphie y est cependant un peu hésitante, puisque le « *t* » de « *potius* » ressemble plutôt à un « *c* ». V. également : CUIACIUS J., *Operum postumorum*, T. 5, Neapoli, 1722, *In Lib. XVI Quaest. Pauli, ad L. XXI de Hered. vel act. vend.*, col. 1123).

Le jurisconsulte illustre cette solution en imaginant que le bien successoral vendu à B soit un esclave, et que cet esclave meure. Paul constate alors que le cas de la vente des droits successoraux comporte une particularité.

En principe, le décès de l'esclave que V s'est engagé à fournir à A, et qu'il a vendu à B, libère V de son obligation de vendeur. A ne pourra pas non plus réclamer le prix payé par B.

Dans le cas particulier de la vente de ses droits successoraux par un héritier (V), la situation est différente. Lorsque V touche et vend un effet de la succession à B, il faut présumer qu'il gère l'affaire de A.

Cela est très différent du cas où V a vendu un esclave à A, mais qu'avant d'être en *mora tradendi* envers A, il vend le même esclave à B, qui en paie le prix. Dans ce cas, si l'esclave meurt avant que V ne soit en *mora*, ce dernier ne devra rien à A en vertu de l'action de la vente. Paul justifie cette solution en disant que tout se passe comme si V n'avait jamais vendu l'esclave à B. S'il en va ainsi, c'est parce que le prix perçu par V ne lui vient pas de la chose elle-même, mais lui a été acquis par la convention avec B. V ne doit à A que la chose même, et non son action (envers B).

Ce qui nous intéresse en particulier, dans le cadre de la causalité dépassante, c'est l'exemple de l'esclave vendu à A et à B, et qui décède avant qu'il n'y ait *mora debitoris* de V envers A.

2. — CRITIQUE DE TEXTE

Voici l'émendation proposée par Cujas (27) : « *potest videri, ut negotium potius eius agam, quam hereditatis eius* ». Le « *potius* » est confirmé par les manuscrits d'Erlangen et de Padoue (28). Il est suivi par Augustin (29) et Glück (30). Favre (31) pense plutôt que cela devait être « *tam*

(27) V. *supra*, note 26 : CUIACIUS J., *Operum postumorum*, T. 5, Neapoli, 1722, col. 1123.

(28) V. *supra*, note 26.

(29) AUGUSTINUS A., « Emendationum et opinionum libri IV », in *Thesaurus Ottonis*, Lugduni Batavorum, 1744, T. 4, col. 1536 et s. (Lib. 4, cap. 8).

(30) GLÜCK C.F., *Ausführliche Erläuterungen der Pandecten*, XVI.1, Erlangen, 1814, pp. 335 et s.

(31) FABER A., *Rationalia in Pandectas*, Lugduni, 1663, T. 3 (ad D. 18, 4, 21), p. 350.

negotium eius quam hereditatis ». De manière semblable, Hasse (32), Schulz (33) et Reichard (34) proposent : « *tamquam hereditatis* ».

On voit bien qu'il manque la particule corrélatrice devant le « *quam* ». Mais comme le fait remarquer Kübler (35), le nombre relativement élevé de textes du Digeste (36) qui se présentent comme cela protège ces mêmes textes contre les soupçons d'altération. Il reste cependant qu'avec le « *quam* », nous avons un comparatif, et qu'il serait intéressant de savoir s'il signifie « autant que » ou « plutôt que ». Avec Cujas, et plus récemment Jakobs (37), nous pensons que la dernière solution est la bonne. D'après le contexte, il semble en effet que Paul ait été d'avis que le vendeur d'une succession qui, par la suite, revendait un bien de cette succession agissait plutôt en vertu de la première convention, qu'en tant qu'héritier (et propriétaire) de la chose.

Notons enfin que certaines éditions du Digeste (38) ont préféré remplacer « *processisset* » par « *praecessisset* ». A priori, c'est en effet si le décès de l'esclave est précédé de la *mora*, que le débiteur n'est pas libéré par ce décès. De plus, « *mora procedere* » est unique dans les sources juridiques romaines et semble donc être un ἄπαξ.

Il faut cependant également noter que l'on ne trouve nulle part — dans les sources juridiques romaines — de texte associant la *mora* avec le verbe « *praecedo* » (39). L'émendation proposée ne semble dès lors guère meilleure que la leçon de la Florentine. En toute hypothèse, le

(32) HASSE J.C., *Die Culpa des Römischen Rechts*, 2. Ausgabe, Bonn, 1838, p. 406.

(33) SCHULZ F., « Klagen-Cession im Interesse des Cessionars oder des Cedenten im klassischen römischen Recht », *ZSS*, 27 (1906), p. 91, note 2.

(34) REICHARD I., *Die Frage des Drittschadensersatzes im klassischen römischen Recht*, Köln, 1994, p. 83.

(35) KÜBLER B., « Emendationen des Pandektentextes », *ZSS*, 11 (1890), p. 49 et s.

(36) V. les 9 textes cités par Kübler.

(37) JAKOBS H.H., *Lucrum ex negotiatione, Kondiktionsrechtliche Gewinnhaftung in geschichtlicher Sicht*, Tübingen, 1993, pp. 34 et s. *Contra* : REICHARD I., *Die Frage des Drittschadensersatzes im klassischen römischen Recht*, Köln, 1994, p. 83, note 24.

(38) V. *supra*, note 25.

(39) En revanche, on trouve un texte associant la *mora* avec *praecedente* : Pap., lib. 20 Quaest. (D. 22, 1, 3 pr.) : *In fideicommissi persecutione, cum post iudicis sententiam moram fecisset heres, iussit Imperator Marcus Antoninus, intermisso legitimo tempore quod condemnatis praestatur ut usque ad sententiam commoda fideicommissarius accipiat. quod decretum ita accipi oportet, si ante iudicis sententiam mora non intervenit : tametsi non facile evenire possit, ut mora non praecedente perveniatur ad iudicem : sed puta legis Falcidiae rationem intervenisse. ceterum si ante, quam ad iudicem perveniretur, in mora heres fuit, exinde fructuum praestandorum necessitate adstrictus qua tandem ratione, quoniam et sententia victus est, legitimi temporis spatio fructibus liberabitur, cum ea temporis intercapedo iudicato dilationem dare, non lucrum adferre debeat ?*

sens de « *si nulla mora processisset* » est bien : si le promettant n'était pas en demeure, et il nous paraît préférable de maintenir le texte tel que le donne la Florentine.

3. — EXPLICATION DU TEXTE

Ce texte de Paul a également subi les vives critiques des interpolationnistes (40). Comme souvent, une partie de ces critiques est dépourvue de justification ou consiste en un simple renvoi aux thèses d'autres interpolationnistes. Voici les arguments qui ont été invoqués contre l'authenticité de notre fragment.

Haymann (41) considère que la quasi-totalité du texte est constituée d'insertions justiniennes. Il est d'avis que l'affirmation initiale, d'après laquelle la *stipulatio* ne peut permettre à l'acquéreur d'obtenir à la fois la chose et son prix, est trop triviale pour pouvoir être de Paul. L'auteur ajoute que Celse (42) avait déjà établi que l'acquéreur n'avait droit qu'à la chose et non à son prix. À notre avis cependant, cette affirmation de Paul est introductive du raisonnement qui suit et il est donc logique que cette introduction soit indiscutable, voire banale. Dans la mesure où elle est tout à fait cohérente avec la suite du texte, il nous semble qu'elle peut tout à fait être l'œuvre de Paul.

Le même auteur considère ensuite qu'il n'y a pas de place pour la distinction entre le cas où la vente du bien en question est antérieure ou postérieure à la *stipulatio emptae venditae hereditatis*, parce que la *quaestio* initiale ne prévoit — d'après lui — que le cas de la vente de la *res*, postérieure à la vente de la succession. Quant à nous, nous pensons que la *quaestio* n'exclut certainement pas qu'une telle distinction soit envisagée, et ici non plus, nous ne pensons pas qu'il s'agisse d'une interpolation.

(40) V. : BESELER G., *Beiträge zur Kritik der römischen Rechtsquellen*, III, Tübingen, 1913, pp. 116 et s. ; HAYMANN F., « Textkritische Studien zum römischen Obligationenrecht », *ZSS*, 40 (1919), pp. 322 et s. ; SECKEL E. et LEVY E., « Die Gefährtragung beim Kauf im klassischen römischen Recht », *ZSS*, 47 (1927), pp. 261 et s. ; BESELER G., « Romanistische Studien », *TR*, 8 (1928), p. 293 ; PRINGSHEIM F., « Zur Schadenersatzpflicht des Verkäufers und des Käufers », *Studi Riccobono*, 4, Palermo, 1936, p. 329, note 65 ; KRÜCKMANN P., « Periculum emptoris », *ZSS*, 60 (1940), p. 54 ; NIEDERMEYER H., « Studie zu den wissenschaftlichen Grundlagen der Lehre von der Mora seit Sabinus », in *Festschrift Fritz Schulz*, Weimar, 1951, T. I, pp. 446 et s. ; von LÜBTOW U., *Beiträge von der Conductio nach römischen und geltendem Recht*, Berlin, 1952, pp. 77 et s. ; BETTI E., « 'Periculum' problema del rischio contrattuale in Diritto romano classico e giustiniano », *Studi De Francisci*, I, Milano, 1956, pp. 160 et s.

(41) HAYMANN F., *op. cit.*, pp. 322 et s.

(42) Haymann renvoie à D. 50, 16, 97.

Haymann s'attaque également à [*non enim deberet... non potest credi*], mais cette fois-ci uniquement pour des raisons formelles, le fond lui paraissant certainement classique. Il invoque notamment qu'il manque un objet à « *deberet* », mais juste avant, nous trouvons la question : (...) *an pretium eiusdem debeat* ». Il est donc clair qu'il ne peut s'agir que de devoir le prix. L'auteur trouve en outre étrange, la formulation « *Stichi promissor* », le « *processisset* », que nous avons déjà abordé au point précédent (43), et « *potest videri ut negotium eius agam quam hereditatis* ». Ici encore, les éléments permettant de prouver que les Compilateurs sont intervenus pour altérer notre texte uniquement dans la forme sont peu convaincants.

Le passage dont l'interpolation a fait la plus grande unanimité parmi les interpolationnistes (44), est : « *pretium enim hominis venditi non ex re, sed propter negotiationem percipitur* » ainsi que les mots : « *tibi enim rem debebam, non actionem* ». Soulignons cependant que généralement, les mêmes auteurs (45) n'attaquaient pas la décision de Paul sur le fond. Seckel et Levy (46) vont même encore plus loin, puisque d'après eux, même les motivations — qu'ils considèrent pourtant comme interpolées — sont juridiquement correctes. Ici encore, l'interpolation aurait donc été purement voluptuaire. Nous pensons donc qu'ici également les

(43) V. *supra*, point 2.

(44) V. : BESELER G., *Beiträge zur Kritik der römischen Rechtsquellen*, III, Tübingen, 1913, pp. 116 et s. ; HAYMANN F., « Textkritische Studien zum römischen Obligationenrecht », *ZSS*, 40 (1919), p. 322 et s. ; SECKEL E. et LEVY E., « Die Gefahrtragung beim Kauf im klassischen römischen Recht », *ZSS*, 47 (1927), pp. 261 et s. ; BESELER G., « Romanistische Studien », *TR*, 8 (1928), p. 293 ; PRINGSHEIM F., « Zur Schadenersatzpflicht des Verkäufers und des Käufers », *Studi Riccobono*, 4, Palermo, 1936, p. 329, note 65 ; KRÜCKMANN P., « Periculum emptoris », *ZSS*, 60 (1940), p. 54 ; NIEDERMAYER H., « Studie zu den wissenschaftlichen Grundlagen der Lehre von der Mora seit Sabinus », in *Festschrift Fritz Schulz*, Weimar, 1951, T. I, pp. 446 et s. ; VON LÜBTOW U., *Beiträge von der Condictio nach römischen und geltendem Recht*, Berlin, 1952, pp. 77 et s. ; BETTI E., « 'Periculum' problema del rischio contrattuale in Diritto romano classico e giustiniano », *Studi De Francisci*, I, Milano, 1956, pp. 160 et s.

(45) Excepté von Lübtow, tous les auteurs cités à la note précédente sont de cet avis. Comp. en sens contraire : REICHARD I., *Die Frage des Drittschadensersatzes im klassischen römischen Recht*, Köln 1994, p. 84. Ce dernier auteur considère que « *non ex re, sed propter negotiationem percipitur* » est interpolé tant dans la forme que sur le fond.

(46) SECKEL E. et LEVY E., « Die Gefahrtragung beim Kauf im klassischen römischen Recht », *ZSS*, 47 (1927), p. 262 : « (...) wobei die beiden *enim*-Begründungen nur aus formalen Gründen Glosse sein dürften, sachlich aber nichts Falsches sagen ».

imperfections formelles ne peuvent suffire à affirmer avec certitude que le texte est interpolé, et cela d'autant plus lorsque le fond est généralement reconnu comme étant classique (47).

Une fois évacuées les questions liées à l'intervention des Compilateurs, nous pouvons en venir aux questions de fond posées par notre texte. Ce qui nous intéresse principalement, dans ce fragment de Paul, c'est évidemment sa similitude avec cet autre texte du même jurisconsulte, que nous venons d'examiner (Paul., *lib. 3 ad Plautium*, D. 44, 7, 45).

La similitude concerne le cas de V qui vend un esclave à A. Avant d'être en demeure de transférer l'esclave à A, V vend le même esclave à B qui en paie le prix, et l'esclave décède.

Il s'agit là d'un exemple fourni par le jurisconsulte en guise de comparaison avec le problème qui l'occupe principalement : la responsabilité découlant d'une *stipulatio emptae et venditae hereditatis*

3.1. — *Venditor ex hereditate*

Avant d'aller plus loin, il n'est peut-être pas inutile de préciser que notre fragment traite bien d'un cas de vente d'une succession. À cet égard, les premiers mots de notre fragment pourraient paraître un peu curieux, dans la mesure où on attendrait plutôt « *venditor de hereditate* », car il s'agit bien de quelqu'un qui vend une succession. C'est déjà de cette façon que le comprenaient Accurse (48), Cujas (49), Favre (50) et Chesius (51). Glück (52) est d'avis que si on rapporte « *ex heredi-*

(47) V. en ce sens, récemment : JAKOBS H.H., *Lucrum ex negotiatione, Kondiktionsrechtliche Gewinnhaftung in geschichtlicher Sicht*, Tübingen, 1993, p. 77, note 143.

(48) ACCURSIUS, « Glossa 'Ex hereditate' ad D. 18, 4, 21 », in GOTHOFREDUS D., *Digestum vetus*, Lugduni, 1604, col. 1781 : « *Ex hereditate. id est de rebus hereditatis* ».

(49) CUIACIUS J., *Operum postunorum*, T. 5, Neapoli, 1722, in *Libri XVI Quaest. Pauli, ad L. XXI de Hered. vel act. vend.*, col. 1122.

(50) FABER A., *Rationalia in Pandectas*, Lugduni, 1663, T. 3 (ad D. 18, 4, 21), p. 349.

(51) CHESIUS B., « Interpretationum Iuris », in HEINECCIUS, *Jurisprudentia Romana et Attica*, T. 2, Lugduni Batavorum, 1739, col. 467 et s. (Cap. 24).

(52) GLÜCK C.F., *Ausführliche Erläuterungen der Pandecten*, XVI.1, Erlangen, 1814, p. 334, note 96. Glück rapporte également : « Wie gewöhnlich aber *ex für de*

tate » à « *interposita stipulatione* » plutôt qu'à « *venditor* », cela revient à dire « *de hereditate* ». La doctrine est donc unanime pour admettre qu'il s'agit de la vente d'une succession.

3.2. — *La violation de la stipulatio par l'héritier*

Paul nous expose donc le cas d'une telle vente accompagnée d'une *stipulatio*, par laquelle le vendeur (V) promet de remettre à l'acheteur (A) tous les effets de la succession qu'il toucherait (53). En violation de cette promesse, V vend à B un effet de la succession qui lui a été remis. La question que se pose le jurisconsulte est celle-ci : Si A intente contre V l'*actio ex stipulatu*, aura-t-il droit à la chose elle-même ou au prix payé par B ? A n'a pas droit à la fois au prix et à la chose (54).

La solution est la suivante : Il faut faire une distinction. Si V a d'abord vendu la chose à B, A n'aura droit qu'au prix. Si V a d'abord vendu la succession à A, ce dernier aura droit à la chose elle-même.

Que se passe-t-il alors, dans le second cas, où V doit la chose (par exemple un esclave), et qu'elle périt avant que V ne soit en *mora* ? Peut-on dire, dans ce cas, que V ne devra ni l'esclave — qui décède *ante moram* — ni le prix ? Paul est d'un autre avis en l'espèce : A peut réclamer le prix payé par B à V en vertu d'une gestion d'affaires présumée. En vendant l'esclave à B, V aurait géré l'affaire de A.

gebraucht wird, lehrt *Brissonius h.v.* ». C'est cependant en vain que nous avons consulté le dictionnaire de Brisson (BRISSENIUS B., *De verborum quae ad jus pertinent significatione*, Lipsiae, 1721), et nous ne savons donc pas où cet auteur fait cette affirmation. Approuvant Glück, v. aussi : SCHULTING A., *Notae ad Digesta seu Pandectas*, T. 3, Lugduni Batavorum, 1820, p. 452 : « Qui *venditor ex hereditate explicat venditor hereditatis* ».

(53) Sur ce type de contrat, v. : DAUBE D., « Sale of Inheritance and Merger of Rights », *ZSS*, 74 (1957), pp. 234 et s. ; THOMAS J.A.C., « *Venditio Hereditatis and Emptio Spei* », *Tulane Law Review*, 33 (1958-1959), pp. 541 et s. ; TORRENT A., *Venditio hereditatis*, Salamanca, 1966 ; KASER M., « Erbschafts Kauf und Hoffnungskauf », *BIDR*, 74 (1971), pp. 45 et s. ; STURM F., *Stipulatio Aquiliana*, München, 1972, pp. 156 et s. ; REICHARD I., *Die Frage des Drittschadensersatzes im klassischen römischen Recht*, Köln, 1994, pp. 78 et s.

(54) D'après Cujas (CUIACIUS J., *Operum postumorum*, T. 5, Neapoli, 1722, in *Libri XVI Quaest. Pauli, ad L. XXI de Hered. vel act. vend.*, col. 1122), cela serait inéquitable.

Cette solution n'a guère ému la doctrine (55). Rares sont ceux qui considèrent que le texte est interpolé sur ce point (56).

Cujas (57) justifie la solution comme suit : La succession est une universalité de biens, une chose incorporelle. En vendant un effet de cette universalité, l'héritier n'a pu le faire que pour le compte de A et tout se passe comme s'il avait géré l'affaire de l'acheteur (58). De même, si l'acheteur n'avait pas encore payé le prix, l'héritier devrait l'action du prix (59).

Sur le point de la justification de la position de Paul par la gestion d'affaires tacite, plusieurs auteurs ont émis certains doutes (60). Ces

(55) Bon nombre d'auteurs énoncent la solution sans autre commentaires : GLÜCK C.F., *Ausführliche Erläuterungen der Pandecten*, XVI.1, Erlangen, 1814, pp. 334 et s. ; HASSE J.C., *Die Culpa des Römischen Rechts*, Kiel, 1815, pp. 405 et s. ; BECHMANN A., *Der Kauf nach gemeinem Recht*, III, Leipzig, 1905, p. 108, note 3 ; NIEDERMEYER H., « Studie zu den wissenschaftlichen Grundlagen der Lehre von der Mora seit Sabinus », in *Festschrift Fritz Schulz*, Weimar 1951, T. I, pp. 446 et s. ; ROZWADOWSKI W., « Studi sul trasferimento dei crediti in diritto romano », *BIDR*, 15 (1973), p. 84 ; HARDER M., « Commodum eius esse debet, cuius periculum est. Ueber die actio furti als stellvertretendes commodum beim Kauf », *Festschrift Kaser*, München, 1976, pp. 367 et s. ; WACKE A., « Paulus Dig. 10, 2, 29 : Zur Pfand-Adjudikation im Erbteilungsprozeß », *Festschrift Kaser*, München, 1976, p. 524, note 124 ; FREZZA P., « 'Responso' e 'quaestiones'. Studio e politica del diritto dagli Antonini ai Severi », *SDHI*, 43 (1977), pp. 241 et s. ; BIANCHI FOSSATI VANZETTI M., *Perpetuatio obligationis*, Padova, 1979, p. 51.

(56) Pour les hypothèses d'interpolation qui laissent généralement subsister la solution recourant à la gestion d'affaire, v. : BESELER G., *Beiträge zur Kritik der römischen Rechtsquellen*, III, Tübingen, 1913, pp. 116 et s. ; HAYMANN F., « Textkritische Studien zum römischen Obligationenrecht », *ZSS*, 40 (1919), pp. 322 et s. Haymann rejette la quasi-totalité de notre fragment, et donc, aussi, la distinction opérée par Paul. ; BESELER G., « Romanistische Studien », *TR*, 8 (1928), p. 293 ; CUGIA S., « Spunti storici e dommatici sull'alienazione dell'eredità », *Studi Besta*, I, Milano, 1939, pp. 541 et s. ; Cugia pense que Paul ne distinguait pas d'après le moment du contrat consensuel, mais plutôt d'après la présence ou non d'une clause « *neque amplius neque minus emptor haberet etc.* ». Les Compilateurs seraient simplement arrivés à la même solution que le jurisconsulte classique, par le biais de la gestion d'affaire ; BETTI E., « 'Periculum' problema del rischio contrattuale in Diritto romano classico e giustiniano », *Studi De Francisci*, I, Milano, 1956, pp. 160 et s.

(57) CUIACIUS J., *Operum postumorum*, T. 5, Neapoli, 1722, in *Libri XVI Quaest. Pauli, ad L. XXI de Hered. vel act. vend.*, col. 1122 et s.

(58) Dans le même sens que Cujas, v. : HAYMANN F., « Textkritische Studien zum römischen Obligationenrecht », *ZSS*, 40 (1919), pp. 325 et s.

(59) GLÜCK (*Ausführliche Erläuterungen der Pandecten*, XVI.1, Erlangen, 1814, p. 337, note 1) adopte la position de Cujas sur ce point.

(60) À propos de la gestion d'affaire tacite, EHRLICH (*Die stillschweigende Willenserklärung*, Berlin, 1893, pp. 21 et s.) fait remarquer qu'il s'agit d'une fiction. Le but poursuivi par le jurisconsulte était sans doute de faire endosser à l'acheteur, la place de l'héritier. Pour les parties, le meilleur moyen d'arriver à une solution s'approchant de celle-là, aurait été de faire comme si l'héritier qui touchait un effet de

doutes ne portaient cependant que sur la conformité de la justification, et non sur la validité de la position que le jurisconsulte entendait justifier par ce biais. La distinction que fait Paul entre la *stipulatio emptae et venditae hereditatis* et la vente d'une chose seule n'est donc pas remise en cause. Ce n'est que dans le premier des deux cas que A pourra réclamer à V, le prix payé par B.

3.3. — *L'exemple comparatif de la double vente d'un esclave*

Après avoir traité de la responsabilité dans le cadre de la *stipulatio emptae venditae hereditatis*, Paul nous livre un exemple qui est très proche du cas que nous avons rencontré précédemment chez le même jurisconsulte : *lib. 3 ad Plautium* (D. 44, 7, 45). Dans ce texte, V vendait un esclave à A (sans en faire la *traditio*) puis l'affranchissait. Avant qu'il n'y ait *mora*, l'esclave décède et V ne doit plus rien à A.

Ici, au lieu d'affranchir l'esclave, V le revend à B. B paie le prix, et l'esclave meurt sans la faute de V, avant que ce dernier ne soit en demeure de le livrer à A. Ici également, V est libéré de toute obligation envers A. Comme le souligne Reichard (61), cette solution est présentée comme étant évidente par Paul.

La justification apportée par le jurisconsulte dans ce nouveau fragment est que : A n'a droit qu'à l'esclave lui-même et ne peut pas réclamer le prix payé par B. Pour le jurisconsulte, tout se passe comme si V n'avait jamais vendu l'esclave à B, car l'argent qu'il a touché, il le détient *propter negotiationem* et non *ex re*.

la succession, ne le faisait qu'à titre de mandataire. Dans la mesure où les parties n'ont pas pris un tel accord, le jurisconsulte s'est efforcé d'introduire malgré tout un accord tacite sur ce point. Dans le même sens que Ehrlich, TORRENT (*Venditio hereditatis*, Salamanca, 1966, pp. 176 et s.) est d'avis que la justification de la distinction entre la *stipulatio emptae et venditae hereditatis* et la vente de la *res singularis* est erronée. Il pense plutôt que si le promettant doit remettre à A le prix payé par B, c'est en raison du fait que la *stipulatio emptae et venditae hereditatis* fait supporter à l'acquéreur tant le lucre, que le risque lié à la succession. WEYAND [« Kaufverständnis und Verkäuferhaftung im klassischen römischen Recht », *TR*, 51 (1983), pp. 264 et s.], pense également que la justification par la gestion d'affaire est un peu étrange. On comprend mal qu'une telle gestion d'affaire ait pu être considérée valable, vu que dans le chef du *gestor*, toute volonté de gérer l'affaire de l'acheteur fait défaut. Paul contourne la question en recourant à un pacte tacite, qui n'est pas moins problématique. Enfin, JAKOBS (*Lucrum ex negotiatione, Konditionsrechtliche Gewinnhaftung in geschichtlicher Sicht*, Tübingen, 1993, pp. 40 et s.) discute longuement les bizarreries de la justification de Paul.

(61) REICHARD I., *Die Frage des Drittschadensersatzes im klassischen römischen Recht*, Köln, 1994, pp. 82 et 84.

Comment faut-il comprendre les explications de Paul ? Pourquoi tout se passerait-il comme si V n'avait jamais vendu à B ?

A. *La perpetuatio obligationis*

Avant toute chose, il faut remarquer qu'il ne va pas de soi que les obligations découlant de la vente soient sujettes à *perpetuatio*. Kaser (62) écrit que pour les *iudicia incerta* contenant la formule « *quidquid... dare facere oportet* », il n'y avait pas lieu d'appliquer la règle du *perpetuari obligationem*. En même temps, il devait cependant admettre que dans certains cas, l'application de la règle était malgré tout étendue aux *iudicia incerta*. Il cite ici notre texte en exemple d'application de la règle dans le cadre de l'*actio empti*. Paul écrit en effet que le vendeur n'est pas tenu de la perte de l'esclave parce qu'il n'est pas en *mora tradendi* (*videamus ne nihil tibi debeam ex empto, quoniam moram in tradendo non feci*). A contrario le serait-il s'il y avait eu *mora*. Celle-ci aurait donc empêché que le vendeur soit libéré de son obligation. Il nous semble donc bien que Paul appliquait la règle du « *perpetuari obligationem* » dans le cadre de l'*actio empti*.

Constatons maintenant que si tout se passe comme si V n'avait jamais vendu l'esclave à B, c'est donc que cette vente n'a pas constitué un obstacle définitif à la libération de V.

Pour rappel, revenons brièvement sur la question de la perpétuation de l'obligation de V. Comme nous l'écrivions déjà à l'occasion de notre exégèse du fragment parallèle de Paul (D. 44, 7, 45), il convient de bien distinguer la *mora* de l'impossibilité dans laquelle le débiteur d'une obligation s'est mis lui-même. Seule la *mora* transfère le risque (en cas de perte de l'objet de l'obligation par force majeure) à la personne du débiteur. Il est vrai que Paul dit par ailleurs (*lib. 17 ad Plaut.*, D. 45, 1, 91, 3-6) qu'il faut perpétuer l'obligation du débiteur qui se met fautivement dans l'impossibilité d'exécuter son obligation de *dare* une *certa res*. Le but de cette perpétuation est d'éviter que le débiteur ne soit libéré de son obligation de transférer la propriété de la chose. Cette perpétuation n'a cependant pas le même effet que la *mora*, quant au transfert du risque.

Au delà de ce rappel, il faut constater que de toute façon, le fait de vendre une seconde fois l'esclave ne rend pas totalement impossible

(62) KASER M., « Mora », *RE*, 31, Stuttgart, 1933, col. 262 et s. ; KASER M. « *perpetuari obligationem* », *SDHI*, 46 (1980), p. 139. V. aussi : HARTING F., *Die « positiven Vertragsverletzungen » in der neueren deutschen Privatrechtsgeschichte*, (diss.) Hamburg 1967, pp. 19 et s.

l'exécution des obligations du vendeur (63) (notamment celle de fournir la libre possession et la jouissance paisible de l'esclave). En effet, puisque pour les Romains, même la vente d'une *res aliena* n'était pas impossible, il faut considérer que le fait, pour V, d'avoir vendu l'esclave à B, ne rend pas non plus impossible l'exécution de ses obligations découlant de la vente envers A. En particulier si V n'avait pas encore fait la *traditio* de l'esclave envers B, il lui restait tout à fait possible de livrer la chose à A, avant d'être en *mora tradendi* (64). Haymann (65) a donc raison d'écrire qu'il n'y a pas lieu à perpétuation.

Cette position est probablement partagée par les auteurs (66) qui déduisent de notre fragment, que V n'est tenu que si l'esclave meurt à un moment où V est déjà en *mora tradendi*.

B. *Periculum est emptoris*

La solution de Paul s'explique notamment par la règle : « *Periculum est emptoris* » (67). A a acheté un esclave qui décède accidentellement

(63) En ce sens : FABER A., *Rationalia in Pandectas*, Lugduni, 1663, T. 3 (ad D. 18, 4, 21), pp. 348 et s. (surtout : p. 350, d) ; JHERING R., « Beiträge zur Lehre von der Gefahr beim Kaufkontrakt », *Jher. Jb.*, 3 (1858), pp. 458 et s.

(64) JHERING (*op. cit.*, p. 460) va même plus loin, lorsqu'il écrit : « Durch die bloße Veräußerung an einen Andern hat aber der Verkäufer sich die Erfüllung des ersten Contracts ja noch keineswegs unmöglich gemacht, er kann die Sache rechtzeitig zurückerwerben, ja durch ein *pactum de retrovendendo* die bloße abstracte Möglichkeit zur rechtlichen Sicherheit erhoben haben. » Cette hypothèse nous semble cependant exagérément compliquée. À notre avis, lorsque V a fait *traditio* de l'esclave à B, il fallait considérer que V était désormais dans l'impossibilité d'exécuter ses obligations envers A.

(65) HAYMANN F., « Textkritische Studien zum römischen Obligationenrecht », *ZSS*, 40 (1919), p. 324.

(66) C'est le sens du commentaire de Cujas (CUIACIUS J., *Operum postumorum*, T. 5, Neapoli 1722, in *Libri XVI Quaest. Pauli, ad L. XXI de Hered. vel act. vend.*, col. 1123). V. aussi : GLÜCK C.F., *Ausführliche Erläuterungen der Pandecten*, XVI.1, Erlangen, 1814, pp. 334 et s. ; BIANCHI FOSSATI VANZETTI M., *Perpetuatio obligationis*, Padova, 1979, pp. 50 et s. ; KASER M., « Perpetuari obligationem », *SDHI*, 46 (1980), p. 141, note 235.

(67) V. en ce sens : RABEL E., « Gefahrtragung beim Kauf », *ZSS*, 42 (1921), pp. 547 et s. ; SECKEL E. et LEVY E., « Die Gefahrtragung beim Kauf im klassischen römischen Recht », *ZSS*, 47 (1927), pp. 261 et s. ; KRÜCKMANN P., « Periculum emptoris », *ZSS*, 60 (1940), p. 54 ; WEYAND St., « Kaufverständnis und Verkäuferhaftung im klassischen römischen Recht », *TR*, 51 (1983), pp. 261 et s. ; SCHMIDT-OTT J., *Pauli questiones*, Berlin, 1993, p. 139. Pour une critique de la règle « *Periculum est emptoris* », v. en particulier : MEYLAN Ph., « Periculum est emptoris », *Festschrift Guhl*, Zürich, 1950, pp. 9 et s. ; TALAMANCA M., « Vendita », *ED*, T. 46, Milano, 1993, pp. 449 et s. Ces deux auteurs ne remettent cependant pas en cause l'application de cette règle dans le cadre de la vente d'esclaves en droit classique, même si le second (TALAMANCA, *op. cit.*, pp. 453 et s.) émet l'hypothèse d'une

avant que la propriété ne lui en soit transférée, et à un moment où V n'était pas en demeure de le faire. À ce moment des relations contractuelles, le risque de la perte de la *certa res* qui fait l'objet de la vente est supporté par l'acheteur. En conséquence, V est libéré de son obligation envers A et ce dernier est toujours tenu de payer le prix.

C. Le prix payé par le second acheteur

À la question : l'acheteur A peut-il se tourner vers le vendeur et lui réclamer le prix payé par l'acheteur B, la réponse de Paul est sans équivoque : Non. Il invoque à cet égard deux arguments : « *pretium enim hominis venditi non ex re, sed propter negotiationem percipitur* (68) » et « *tibi enim rem debebam, non actionem* (69) ».

Il est vrai que la classicité de ces mots a été mise en cause (70), mais il reste certain que d'après Paul, l'acheteur A ne pouvait pas réclamer au vendeur le prix payé par B. À partir du moment où l'on admet que l'obligation de V envers A n'est pas perpétuée et que *periculum est emptoris*, on ne voit d'ailleurs pas bien sur quelle base A aurait pu obtenir le prix payé par B. Une gestion d'affaires, à l'instar de ce que Paul avait imaginé dans le cas de la *stipulatio emptae venditae hereditatis*

divergence entre Sabinien et Proculien sur la question. Talamanca (p. 457) souligne également le fait que Paul est probablement un précurseur en matière d'application généralisée de la règle « *periculum est emptoris* ».

(68) Dans la Glose (« Glossa 'propter negotiationem' ad D. 18, 4, 21 », in GOTHOFREDUS D., *Digestum vetus*, Lugduni, 1604), ces mots sont commentés par : « *Sic & heres : quia agit de sepul. vio. non enim hereditatem agnoscit. ex sua enim astutia eam exercet, vel ad vindictam : non autem tanquam hereditariam (...)* ». C'est donc par sa propre astuce, que l'héritier touche le prix de B, et non en tant qu'héritier.

(69) Cela concerne évidemment le cas où B n'a pas encore payé le prix. V. en ce sens : CUIACIUS J., *Operum postumorum*, T. 5, Neapoli, 1722, in *Libri XVI Quaest. Pauli, ad L. XXI de Hered. vel act. vend.*, col. 1123 et s. ; FABER A., *Rationalia in Pandectas*, Lugduni, 1663, T. 3 (ad D. 18, 4, 21), p. 350.

(70) Rappelons que les interpolationnistes (v. *supra*, texte et notes 40 et s.) ont considéré que ces deux phrases étaient interpolées, mais uniquement d'un point de vue formel. Généralement, ils considèrent malgré tout que ces motivations sont juridiquement correctes. On pourrait d'ailleurs s'étonner, de la part de Beseler, qu'il n'ait pas pensé à considérer que la solution était interpolée, comme il l'a fait pour deux autres textes de Paul (D. 14, 2, 10, 1 et D. 44, 7, 45 ; V. *supra*, et *infra*, nos exégèses de ces textes). On aurait pu attendre de l'auteur qu'il voie, dans la vente à B, une violation contractuelle qui empêchait le vendeur d'invoquer la survenance de la force majeure, pour se libérer de son obligation de fournir l'esclave à A. Mais il n'en est rien.

n'est pas imaginable ici (71). Cette solution n'a d'ailleurs jamais vraiment été mise en cause (72).

4. — CONCLUSIONS SUR LA CAUSALITÉ DÉPASSANTE

Sur le plan de la causalité dépassante, le cas de la double vente d'un même objet qui périt avant qu'il y ait *mora tradendi*, est particulièrement intéressant pour notre propos (3.3.).

Un vendeur (V) conclut une *emptio-venditio* d'un esclave avec A. Avant d'être en *mora tradendi* envers A, il vend le même esclave à B, qui en paie le prix. Paul ne précise pas si V a déjà fait *traditio* à B de l'esclave, au moment où ce dernier décède. L'intérêt de A nous semble cependant plus facile à admettre, si la *traditio* a eu lieu. En effet, ce n'est que par cette *traditio*, que V se met dans l'impossibilité d'exécuter son obligation de vendeur envers A (73).

Dans la mesure où ce cas ressemble fortement à celui proposé par Paul dans le fragment D. 44, 7, 45, que nous avons déjà examiné, nos conclusions ne différeront guère de ce que nous avons déjà écrit précédemment.

Les deux faits dommageables sont cette fois la *traditio* de l'esclave à B et le décès de l'esclave survenu *ante moram*. Tous deux ont potentiellement pour effet l'inexécution des obligations contractuelles de V envers A. La *traditio* envers B est le fait dommageable effectif, le décès de l'esclave, le fait dommageable hypothétique.

Paul écrit que si l'esclave décède avant que V ne soit en *mora tradendi*, il est libéré de son obligation envers A.

Ici à nouveau, nous croyons que cette affirmation de Paul est fondée sur une comparaison des deux chaînes causales. D'après le déroulement

(71) En ce sens, v. : CUIACIUS J., *Operum postumorum*, T. 5, Neapoli, 1722, in *Libri XVI Quaest. Pauli, ad L. XXI de Hered. vel act. vend.*, col. 1123 ; CHESIUS B., *Interpretationum Iuris*, in HEINECCIUS, *Jurisprudentia Romana et Attica*, T. 2, Lugduni Batavorum, 1739, col. 469 et s. (Cap. 24, 4).

(72) Comp. néanmoins : SECKEL E. et LEVY E., « Die Gefahrtragung beim Kauf im klassischen römischen Recht », *ZSS*, 47 (1927), p. 261. Ces deux auteurs se demandent si le prix payé par B ne pourrait pas être considéré comme un *commodum*, qui se subrogerait à la chose périe. Tout en admettant que pour Paul, il y avait absence de lien causal entre le décès de l'esclave et le *commodum*, Seckel et Levy semblent être d'avis que l'on aurait pu arriver à la solution inverse. Au passage, notons que l'idée que la solution de Paul était sous-tendue par une réflexion sur le *commodum* a fait l'objet d'une polémique entre ces deux auteurs et HAYMANN [« Zur Klassizität des periculum emptoris », *ZSS*, 48 (1928), 396 et s., note 6].

(73) Sur la question de la *traditio* faite au second acheteur, v. : JAKOBS H.H., *Lucrum ex negotiatione, Kondiktionsrechtliche Gewinnhaftung in geschichtlicher Sicht*, Tübingen, 1993, p. 57 et s.

effectif des faits, l'inexécution est due à la *traditio* faite à B. D'après le déroulement hypothétique, c'est-à-dire abstraction faite de la vente et de la *traditio* à B, l'esclave serait de toute façon mort et A aurait subi le même dommage.

On peut donc dire que la *traditio* faite à B dépasse la chaîne causale hypothétique, d'après laquelle V aurait de toute façon été libéré de son obligation de vendeur envers A.

Le fait que Paul ait effectivement fondé sa solution sur une comparaison entre les déroulements effectif et hypothétique des faits nous semble confirmé par les mots « *quasi alii non vendidissem* ». Tout se passe donc comme si V n'avait pas vendu (et tradé) l'esclave à B. Or dans pareil cas, V aurait été libéré « *quoniam moram in tradendo non feci* ». Il reste donc indispensable que le décès de l'esclave intervienne à un moment où le débiteur n'est pas encore en *mora*. Dans le cas contraire, la comparaison avec le déroulement hypothétique des faits ne peut plus être invoquée.

Concrètement, cette comparaison aboutit à nouveau à la conclusion que l'inexécution n'est pas imputable au débiteur.

Si dans le cas de la *stipulatio emptae venditae hereditatis* (3.2.), le vendeur reste tenu, c'est parce que Paul ôte à la vente (et à la *traditio*) entre V et B, son caractère de fait dommageable. En effet, en présumant la gestion d'affaires, cette vente ne pouvait plus porter préjudice à A, puisque le prix lui revenait, en tant que maître de l'affaire. Du même coup, A ne subit plus non plus l'intransigeance de la règle *periculum est emptoris*, qui ne concerne plus que B.

En l'absence de fait dommageable effectif et même de dommage pour A, il ne peut évidemment plus être question de se demander si le décès de l'esclave libère V de ses obligations envers A. V est désormais tenu en tant que gérant de l'affaire de A.

**C. — Exégèse de Labeo,
lib. 1 *Pithanon a Paulo Epitomatorum*
(D. 14, 2, 10, 1)**

Si ea condicione navem conduxisti, ut ea merces tuae portarentur easque merces nulla nauta necessitate coactus in navem deteriolem, cum id sciret te fieri nolle, transtulit et merces tuae cum ea nave perierunt, in qua novissime vectae sunt, habes ex conducto locato cum priore nauta actionem. Paulus : Immo contra, si modo ea navigatione utraque navis periit, cum id sine dolo et culpa nautarum factum esset. Idem iuris erit, si prior nauta publice retentus navigare cum tuis mercibus prohibitus fuerit. Idem iuris erit, cum ea condicione a te conduxisset, ut certam poenam tibi praestaret, nisi ante constitutum diem merces tuas eo

loci exposuisset, in quem devehendas eas merces locasset (74), nec per eum staret, quo minus nisi (75) remissa sibi ea poena spectaret (76). Idem iuris in eodem genere cogitationis (77) observabimus, si probatum fuerit nautam morbo impeditum navigare non potuisse. Idem dicemus, si navis eius vitium fecerit sine dolo malo et culpa eius.

1. — CONTENU DU TEXTE

Labéon nous propose le cas suivant : Tu prends un bateau en location, afin de faire transporter des marchandises. Sans aucune nécessité, le capitaine (*nauta*) transborde les marchandises sur un moins bon bateau, alors qu'il savait que tu ne serais pas d'accord. Si ce bateau coule avec tes marchandises, tu auras une action découlant de la *locatio conductio* contre le capitaine du premier bateau.

Paul apporte à l'exemple de Labéon quelques variantes pour lesquelles l'action devra être, au contraire, refusée à « Tu ». Il en est ainsi :

1° Si les deux bateaux sombrent au cours du même voyage, et que le naufrage n'est pas dû à la faute ou au dol des équipages ;

2° Si le capitaine du premier bateau a été empêché de faire le trajet avec les marchandises par l'autorité publique ;

3° Si le capitaine du premier bateau s'était engagé à payer une certaine peine en cas de retard, et qu'il n'a pas tenu à lui d'éviter d'encourir la peine ;

4° Si le capitaine du premier bateau a été retenu par la maladie ;

5° Si le capitaine du premier bateau a été empêché de prendre la mer en raison d'un vice survenu à son bateau, sans qu'il ait commis de faute ou de dol.

2. — CRITIQUE DE TEXTE

Il y a deux incertitudes des sources que nous devons examiner de plus près :

(74) Dans l'édition Haloander, on trouve « *locasses* ».

(75) C'est nous qui proposons l'insertion de « *nisi* » à cet endroit. V. *infra*, notre critique de texte.

(76) Le manuscrit du Vatican (Biblioteca Apostolica Vaticana, Vat. Lat. 1406) a été corrigé en « *expectaret* ».

(77) Dans les manuscrits de Paris (Bibliothèque Nationale de France, Latin, n. 4450) et de Leipzig (Universitätsbibliothek Leipzig, Ms. 873), « *cogitationis* » a été corrigé en « *cognitionis* ».

2.1. — *Spectaret* — *expectaret*

Le texte de la Lettre Florentine est « *Idem iuris erit, cum ea conditione a te conduxisset, ut certam poenam tibi praestaret, nisi ante constitutum diem merces tuas eo loci exposuisset, in quem devehendas eas merces locasset, nec per eum staret, quo minus remissa sibi ea poena spectaret* ». Ce passage — en particulier les derniers mots — pose un problème de compréhension.

D'après Jhering (78), on trouverait une première tentative d'émendation dans la Glose. Les derniers mots reportés ci-dessus seraient transformés en : *quominus id faceret, remissam sibi eam poenam speraret*. Nous n'avons pas trouvé d'édition de la Glose proposant cette émendation. Jhering semble être le seul auteur à la relater, mais il ne la commente pas. À dire vrai, elle ne rend pas le passage plus compréhensible.

Cujas (79) propose de corriger les derniers mots en « *quo minus remissam sibi eam poenam spectaret* », dans le sens : « *quo minus munere vehendi perfungeretur : atque ita ea se poena exsolutum spectaret* ». L'explication de Cujas n'est guère plus éclairante. Il semble vouloir dire que le *nauta* n'est pas soumis à la clause contractuelle lorsqu'il n'a pas tenu à lui d'en éviter l'application.

Antoine Favre (80) n'admet pas la correction de Cujas. Il fait remarquer que ce dernier se trompe sur le sens de « *spectaret* », et que les anciens employaient souvent *spectaret* pour *expectaret* (81), tout comme l'on trouve parfois *pensare* pour *compensare* (D. 24, 3, 33), ou *pensationem* pour *compensationem* (D. 31, 1, 67, 3). Favre préfère donc sur ce point s'en tenir à la Florentine. Pour Favre, le passage dont il est question doit être mis en rapport avec le point immédiatement précédent, l'interdiction de naviger faite au *nauta* par l'autorité publique.

La situation aurait été celle-ci. Le *nauta* soumis à une clause pénale de retard est empêché de naviger par l'autorité publique. Le *nauta*

(78) JHERING R., « Kritisches und exegetisches Allerlei », *Jher.Jb*, 15 (1877), p. 394. Notons que Jhering mentionne également la tentative de Schilling (il cite : SCHILLING F.A., *Animadversionum crit. spec. II.*, Lips., 1842, pp. 6-9) de remplacer *spectaret* par *asportaret*. Nous n'avons cependant trouvé aucune trace de cette lecture chez cet auteur (Nous avons consulté : SCHILLING F.A., *Animadversionum criticarum ad Ulpiani fragmenta*, specimen II, Lipsiae, 1830. Nous n'avons pas trouvé d'édition de 1842).

(79) CUJAS J., *Operum priorum*, T. 3, Neapoli, 1722, Observ. Lib. 3, cap. 2 (col. 57).

(80) FABER A., *Rationalia in Pandectas*, Lugduni, 1663, T. 3, p. 34 (ad D. 14, 2, 10, 1).

(81) Dans le même sens : CANNegiETER J., *Domitii Ulpiani fragmenta libri singularis regularum, et incerti auctoris collatio legum mosaicarum et romanarum*, Lugduni Batavorum, 1774, ad collat. Tit. 12, § 5 (pp. 239 et s.).

s'adresse alors à « *Tu* » pour lui demander de renoncer à la clause pénale de retard et d'attendre que l'interdiction qui le frappe soit levée. « *Tu* » refuse cependant d'accéder à la demande du *nauta*, qui n'a dès lors d'autre possibilité — afin d'éviter l'application de la clause pénale — que de transborder les marchandises sur un autre bateau. L'explication de Favre est suivie par Huber (82).

Sur le fond, van Bynkershoek (83) suit également l'explication de Favre dans les grandes lignes. Il n'exclut cependant pas — *a priori* — les leçons autres que celle de la Florentine. Il mentionne ainsi les éditions de Robertus Stephanus (1527) et de Sennetonios (1549) qui — comme la Glose citée par Jhering — porteraient toutes deux : *speraret*. Cette émendation est, d'après lui, une erreur, car si le *nauta* a transbordé les marchandises, ce n'est pas parce qu'il espère que la peine lui sera remise mais parce qu'il redoute qu'elle lui soit appliquée. Van Bynkershoek nous apprend également qu'il est lui-même en possession d'un manuscrit dans lequel *spectaret* est remplacé par *asportaret*. C'est cette dernière leçon qui lui paraît la meilleure. Meilleure en tout cas que celle de la Florentine, qu'il trouve erronée. Il affirme en tout cas contre Favre que jamais *spectare* n'a été utilisé dans le sens de *expectare*.

La position de van de Water (84) — quant à l'explication de Favre — est paradoxale. Dans un premier temps, cet auteur décrit la situation de manière semblable à Favre : le *nauta* empêché de naviguer demande à son cocontractant d'être libéré de la clause pénale. Ce dernier refuse et le *nauta* se voit contraint de transborder les marchandises sur un autre bateau. Si ce dernier coule avec les marchandises, le *nauta* ne pourra pas en être tenu.

Dans un second temps, Van de Water se montre en revanche sceptique quant à la validité du raisonnement de Favre, pour expliquer le *spectaret*. Il est vrai que Favre aurait été plus plausible s'il avait donné des exemples de textes où *spectare* avait été utilisé dans le sens d'*expectare*, plutôt que de se contenter de raisonner par analogie à *com-pensare* et *com-pensationem*. Ce qui peut surprendre, c'est que Van de Water fournit les exemples qui manquaient à Favre en citant quatre textes tout

(82) HUBER U., *Eunomia Romana*, Franequeræ, 1700, pp. 560 et s.

(83) VAN BYNKERSHOEK C., *Observationum juris romani*, 3. éd., Lugduni Batavorum, 1752, L. III, C. XII, pp. 266 et s.

(84) VAN DE WATER IO., *Observationum Iuris Romani*, Traiecti Batavorum, 1713, lib. 2, cap. 3 (pp. 125 et s.).

à fait probants (85). Enfin, après avoir démontré la validité de l'argumentation, le Néerlandais renonce à cette explication du fragment, estimant qu'elle complique trop le sens du passage. Dans le doute, il préfère lire : *nec per eum staret, quominus commissas (merces) sibi ea poena vectaret soit portaret.*

Jhering (86) adopte une position proche de celle de Favre, tant sur le fond que sur la leçon à adopter. Il pense que *spectaret* doit être remplacé par *expectaret*. Il justifie cette correction par le texte du manuscrit du Vatican (87).

À l'instar de l'explication donnée par Favre, Jhering pense que les deuxième et troisième variantes de Paul ne font qu'une. Ainsi, explique-t-il, on comprend beaucoup mieux pourquoi le *nauta* soumis à une interdiction de naviguer par les autorités cherche à transborder les marchandises sur un autre bateau. En effet, s'il est soumis à une clause pénale (88) en cas de retard de livraison de la marchandise, il est normal

(85) ULP., l. 23 ad Ed. (D. 9, 3, 5, 11). *Praetor ait « Cuius casus nocere posset ». Ex his verbis manifestatur non omne quidquid positum est, sed quidquid sic positum est, ut nocere possit, hoc solum prospicere Praetorem, ne possit nocere : Nec spectamus ut noceat, sed omnino si nocere possit, edicto locus sit. Coercetur autem, qui positum habuit, sive nocuit id quod positum erat sive non nocuit. PAUL., l. 12 ad Ed. (D. 27, 6, 6). Pupilli scientia computanda non est, tutoris eius computanda est : Utique etsi pupillo cautum sit, melius dicitur rem suam restitui pupillo quam incertum cautionis eventum eum spectare : Quod et Iulianus, si alias circumventus sit pupillus, respondit. ULP., l. 24 ad Sab. (D. 36, 2, 14). Si usus fructus aut decem, utrum legatarius voluerit, sint legata, utrumque spectandum et mortem testatoris et aditionem hereditatis, mortem propter decem, aditionem propter usum fructum : Quamvis enim electio sit legatarii, tamen nondum electioni locus esse potest, cum proponatur aut nondum testatorem decessisse aut eo mortuo hereditas nondum adita. PAUL., l. 72 ad Ed. (D. 45, 1, 83, 5). (...) Pedius scribit : Si stipulatus fuero ex fundo centum amphoras vini, expectare debeo, donec nascatur : Et si natum sine culpa promissoris consumptum sit, rursus expectare debeam, donec iterum nascatur et dari possit : Et per has vices aut cessaturam aut valituram stipulationem. Sed haec dissimilia sunt : Adeo enim, cum liber homo promissus est, servitutis tempus spectandum non esse, ut ne haec quidem stipulatio de homine libero probanda sit : « Illum, cum servus esse coeperit, dare spondes ? (...) »*

(86) JHERING R., « Kritisches und exegetisches Allerlei », *Jher.Jb.*, 15 (1877), pp. 392 et s.

(87) V. *supra.*, note 76.

(88) Cette clause pénale est introduite par le biais d'un *pactum adiectum*. V. ARCHI G.G., « Il negozio sotto condizione sospensiva », *Studi Betti*, Milano, 1962, vol. 2, pp. 35 et s. ; TALAMANCA M., « pena privata (dir. rom.) », *ED*, T. 32, Milano, 1982, pp. 730 ; BISCARDI A., « La double configuration de la clause pénale en droit romain », *Festgabe von Lübtow zum 80. Geburtstag*, Berlin, 1980, p. 258.

qu'il tente d'y échapper, alors que si une telle clause faisait défaut, il suffirait au *nauta* d'attendre la levée de la mesure de l'autorité (89).

Jhering se démarque de Favre, lorsqu'il écrit que la fusion des deuxième et troisième variantes de Paul suppose la suppression des mots « *Idem iuris erit* » qui introduisent la troisième variante. Il pense que l'adjonction de ces mots pourrait s'expliquer par une erreur de copiste.

Jhering dépeint alors la situation comme suit : le *nauta*, empêché de naviguer par l'autorité, tente d'éviter l'application de la clause pénale. À cette fin, il fait une proposition à son cocontractant. Celle-ci serait rendue par les mots *remissa sibi ea poena*. Le *nauta* demande donc que la peine conventionnelle soit retirée, afin de lui permettre d'attendre de pouvoir effectuer le transport (*quominus exspectaret*). « Tu » refuse cependant cette proposition, mais comme il n'est pas de la faute du *nauta* (*nec per eum staret*) que « Tu » ne puisse pas attendre, il est tout à fait excusé d'avoir transbordé les marchandises sur un autre bateau. La solution est ici logiquement la même que si le *nauta* était tombé malade (variante 4) ou si son bateau avait subi un dommage sans faute de sa part (variante 5).

Pour ces deux dernières variantes, il faut également imaginer que Paul traite de cas où une clause pénale avait été convenue. Cela se justifie d'un point de vue logique par le fait qu'en l'absence d'une telle clause, il aurait suffi au *nauta* d'attendre qu'il soit rétabli ou que le bateau soit réparé. D'autre part, la variante 4 commence par les mots : *Idem iuris in eodem genere cogitationis observabimus...* Or ces mots ont longtemps fait l'objet de divers essais de correction en *cognitionis* (90) ou *conditionis* (91). Si l'on adopte la lecture de Jhering, le terme *cogita-*

(89) Il en est ainsi, en tout cas, si la mesure de l'autorité n'est pas due au comportement du *nauta* lui-même. Par exemple, si le bateau a été saisi dans un but d'intérêt public, le *nauta* n'en sera pas tenu [Comp. SCAEV., *lib. 5 Dig.* (D. 13, 7, 43, 1) : *Titius cum pecuniam mutuam accepit a Gaio Seio sub pignore culleorum : istos culleos cum Seius in horreo haberet, missus ex officio annonae centurio culleos ad annonam sustulit ac postea instantia Gaii Seii creditoris recipere sunt : quaero, intertrituram, quae ex operis facta est, utrum Titius debitor an Seius creditor agnoscere debeat, respondit secundum ea quae proponerentur ob id, quod eo nomine intertrimenti accidisset, non teneri.*]

(90) Certains manuscrits de la Vulgate (Bibliothèque Nationale de France, Latin, n. 4450 ; Universitätsbibliothek Leipzig, Ms. 873) portent « *cognitionis* ». Cette même correction est proposée par l'édition Haloander et Cujas [*Operum priorum*, T. 3, Neapoli, 1722, *Observ. Lib. 3, cap. 2* (col. 57 et s.)].

(91) FABER A., *Rationalia in Pandectas*, Lugduni, 1663, T. 3, p. 34 (ad D. 14, 2, 10, 1). Dans le même sens : HUBER U., *Eunomia Romana*, Franequeræ, 1700, pp. 560 et s.

tio (92) convient relativement bien, dans la mesure où l'on voit bien la similarité des raisonnements tenus, puisque pour les variantes 2 à 5, le transbordement des marchandises est excusé par le refus de la part de « Tu » de renoncer à l'application de la clause pénale. Il n'y a donc aucune raison de corriger ici le texte de la Florentine.

Notre lecture de ce passage difficile est proche de celles de Favre et Jhering. Le premier nous semble avoir montré — avec l'aide de van de Water — que le *spectaret* de la Florentine pouvait être maintenu, et qu'il devait s'entendre dans le sens de *expectaret*. Il ne nous paraît donc pas nécessaire de suivre Jhering et d'émender la Florentine sur ce point. Jhering a à son tour montré que *cogitationis* pouvait être maintenu, et qu'ici non plus, le texte de la Florentine ne nécessitait pas d'être émendé.

Pour ce qui est de la compréhension du passage, nous suivons ces auteurs jusqu'à un certain point. Nous pensons qu'ils ont raison d'éclairer le problème posé par l'applicabilité de la clause pénale de retard à la lumière de l'interdiction de naviguer qui est faite au *nauta* par l'autorité publique. Il ne nous paraît cependant pas indispensable de fusionner les variantes 2 et 3, comme le propose Jhering. En effet, contrairement à celui-ci, nous ne croyons pas que la variante 2 (interdiction de l'autorité publique) soit dénuée de tout sens en l'absence d'une clause pénale de retard entre les deux parties. On peut très bien imaginer que la décision de l'autorité publique, par laquelle le *nauta* est empêché de transporter les marchandises en question avec son propre navire, soit définitive plutôt que temporaire. Dans pareil cas, la présence ou non d'une clause pénale de retard ne modifie pas réellement la situation du *nauta*, qui ne pourra pas se contenter d'attendre que la mesure d'interdiction qui le touche soit levée. À notre avis, la deuxième variante de Paul peut donc se comprendre de manière autonome, alors que la troisième est avantageusement éclairée par la deuxième.

Les faits sont donc les suivants : un *nauta* — soumis à une clause pénale en cas de retard — se voit empêché de prendre la mer par l'autorité publique (variante 2), en raison de sa maladie (variante 4) ou d'une défectuosité de son navire (variante 5).

Il reste cependant un problème qui, à notre sens, n'a jamais été résolu. L'intérêt de la clause pénale dont il est question chez Paul, est bien entendu que celle-ci exerce une pression sur le *nauta*. C'est afin d'en éviter l'application qu'il décide de transborder la marchandise. Comme nous l'avons écrit, bon nombre d'auteurs semblent l'avoir com-

(92) Maintiennent *cogitationis* : VAN BYNKERSHOEK C., *Observationum juris romani*, 3. éd., Lugduni Batavorum, 1752, L. III, C. XII, pp. 269 et s. ; CONRADI F.C., *Parerga*, Helmstadii, 1735, p. 523 n. g.

pris comme cela également. Il faut pourtant constater que le texte dit « *remissa sibi ea poena* ». Il s'agit là d'un ablatif absolu et ces mots signifient donc que la peine a été remise au *nauta*. Si la peine a été remise, la pression a donc également disparu. À quoi bon encore parler de cette clause pénale dont l'application n'est pas demandée ? En quoi la remise de la peine justifie-t-elle que le *nauta* n'ait pas attendu (*quo minus spectaret*) ?

À notre avis, cette phrase n'a de sens que si la peine n'a pas été remise au *nauta*. Nous pensons dès lors qu'il devait probablement y avoir un « *nisi* » devant « *remissa sibi ea poena* ». Ce mot est généralement abrégé dans les manuscrits et a très facilement pu être oublié par le copiste (93). Si on l'introduit à cet endroit, le texte devient limpide. Le *nauta* est dans l'incapacité de transporter la marchandise sur son bateau. Or, comme il est soumis à une clause pénale en cas de retard. Vu que celle-ci ne lui a pas été remise (*nisi remissa sibi ea poena*), il n'a pas tenu à lui qu'il n'ait attendu (*nec per eum staret quo minus spectaret*) et transbordé la marchandise.

2.2. — *Locasset* — *locasses* (Hal.)

Dans son édition du Digeste, Mommsen note que l'édition Haloander de Nuremberg (1529) remplaçait *locasset* par *locasses*. Cette correction était préconisée (94) par Cujas (95), Favre (96) et Huber (97), ainsi que plus récemment par Beseler (98) et Alzon (99).

Une telle correction se justifie — comme l'écrit Antoine Favre — par le *conduxisset* qui précède : on ne peut à la fois être *locator* et *conductor*. Cependant, ce *conduxisset* peut lui-même surprendre, dans la mesure où c'est ici le *nauta* qui est le *conductor*, et plus « Tu », comme c'était le cas au début du fragment.

La question qui se pose dès lors, est celle de l'analyse du contrat de transport en question.

(93) Comp. par exemple la leçon de D. 9, 2, 49, 1, dans le manuscrit du Vatican (v. 1^e partie, chapitre 1, note 201).

(94) *Contra* : VAN BYNKERSHOEK C., *Observationum juris romani*, 3. éd., Lugduni Batavorum, 1752, L. III, C. XII, pp. 266 et s. ; JHERING R., « Kritisches und exegetisches Allerlei », *Jher.Jb.*, 15 (1877), pp. 396 et s.

(95) CUJAS J., *Operum priorum*, T. 3, Neapoli, 1722, *Observ. Lib. 3*, cap. 2 (col. 57 et s.).

(96) FABER A., *Rationalia in Pandectas*, Lugduni, 1663, T. 3, pp. 33 et s. (ad D. 14, 2, 10, 1).

(97) HUBER U., *Eunomia Romana*, Franequera, 1700, pp. 560 et s.

(98) BESELER G., « Einzelne Stellen », *ZSS*, 47 (1927), p. 365.

(99) ALZON C., *Problèmes relatifs à la location des entrepôts en droit romain*, Paris, 1966, p. 244, note 1130.

Labéon nous parle d'un contrat de transport sanctionné par l'action *ex conducto locato* (100). La nature de ce contrat a été discutée par la doctrine. S'agit-il d'une *locatio ad merces vehendas*, ou d'une *locatio navis* (101) ? Autrement dit, s'agit-il d'une *locatio operis* ou d'une *locatio rei* ? En conséquence, le *nauta* est-il *conductor* ou *locator* ?

Sur cette question, les avis ont fort divergé. La controverse est très ancienne. Ainsi, Douaren (102) et Favre (103) considèrent que le *nauta* est le *conductor* et qu'il y a contre lui une action *ex locato*. Il y aurait donc une *locatio operis*. Plus récemment, cette position a encore été défendue par Metro (104).

Cujas (105) estime plutôt que Labéon traite uniquement d'un cas de *locatio navis* (le texte dit en effet « *navem conduxisti* » en parlant du

(100) Outre notre texte, nous avons trouvé trois autres fragments du Digeste, dans lesquels l'action de la *locatio conductio* est appelée *ex locato conducto* ou *ex conducto locato*. Ils sont tous trois d'Ulpien, mais ne permettent pas de tirer de conclusion sur la nature du contrat, car si dans deux cas, il s'agit clairement d'une *locatio operis* : ULP., lib. 24 ad edict. (D. 11, 6, 1 pr.) : *Adversus mensorem agrorum praetor in factum actionem proposuit. a quo falli nos non oportet : nam interest nostra, ne fallamur in modi renuntiatione, si forte vel de finibus contentio sit vel emptor scire velit vel venditor, cuius modi ager veneat. ideo autem hanc actionem proposuit, quia non crediderunt veteres inter talem personam locationem et conductionem esse, sed magis operam beneficii loco praebere et id quod datur ei, ad remunerandum dari et inde honorarium appellari : si autem ex locato conducto fuerit actum, dicendum erit nec tenere intentionem* ; ULP., lib. 31 ad edict. (D. 50, 14, 2) : *Si proxeneta intervenit faciendi nominis, ut multi solent, videamus an possit quasi mandator teneri. et non puto teneri, quia hic monstrat magis nomen quam mandat, tametsi laudet nomen. idem dico, et si aliquid philanthropi nomine acceperit : nec ex locato conducto erit actio. plane si dolo et calliditate creditorum circumvenierit, de dolo actione tenebitur* ; dans un cas, il s'agit plutôt d'une *locatio rei* ; ULP., lib. 28 ad edict. (D. 13, 6, 5, 12) : *Rem tibi dedi, ut creditori tuo pignori dares : dedisti : non repigneris, ut mihi reddas. Labeo, ait commodati actionem locum habere, quod ego puto verum esse, nisi merces intervenit : tunc enim vel in factum vel ex locato conducto agendum erit. plane si ego pro te rem pignori dederam tua voluntate, mandati erit actio. idem Labeo, recte dicit, si a me culpa absit repignerandi, creditor autem nolit reddere pignus, competere tibi ad hoc duntaxat commodati, ut tibi actiones adversus eum praestem. abesse autem culpa a me videtur, sive iam solvi pecuniam siveolvere sum paratus. sumptum plane litis ceteraque aequum est eum agnoscere, qui commodatum accepit.*

(101) Notons que rien dans le texte, ni dans le contexte, ne permet de penser que la *locatio conductio* aurait été doublée d'un *receptum*.

(102) DUARENUS F., *In Digesta seu Pandectas et Codicem Commentariis*, Francofurti, 1607, p. 973 (*Ad leg. Rhodiam de iactu*).

(103) FABER A., *Rationalia in Pandectas*, Lugduni, 1663, T. 3, p. 33 (*ad D. 14, 2, 10, 1*).

(104) METRO A., « La sublocazione dell'opus faciendum », *Études Ankum*, Amsterdam, 1995, p. 345.

(105) CUJAS J., *Operum priorum*, T. 3, Neapoli, 1722, *Observ. Lib. 3, cap. 2* (col. 57 et s.).

marchand). Pour cet auteur, ce ne serait que dans l'hypothèse introduite par « *idem iuris cum ea condicione* », qu'il faut voir un cas de *locatio operis* (le texte dit « *conduxisset* »). Cette position est également celle de Jhering (106).

Dans le même ordre d'idées, Alzon (107) pense également que pour Paul, il s'agissait d'une *locatio operis*. À la différence de Cujas et de Jhering, l'auteur français affirme cependant que Labéon envisageait le cas comme étant un contrat mixte (*locatio rei-operis*).

D'autres auteurs (108) parlent également d'un contrat mixte, sans pour autant imaginer de discordance entre les deux jurisconsultes sur ce point.

Il est, enfin, également des auteurs qui estiment que notre fragment aborde exclusivement un cas de *locatio rei*. Il s'agit de De Martino (109), de Ménager (110) et de Röhle (111).

La difficulté que l'on rencontre lorsqu'on essaie de qualifier la convention est en partie accrue par l'incertitude de la terminologie romaine en matière de *locatio conductio* (112), qui ne s'est fixée qu'au cours de la période classique.

Il nous faut constater ce qui suit : Labéon, introduit le cas comme s'il s'agissait d'une *locatio navis* (*navem conduxisti*). Paul semble, quant à lui, plutôt nous entretenir d'une *locatio operis* (*cum ea condicione a te conduxisset*). Si l'on admet cela, le contexte de la phrase « *in quem deve-*

(106) JHERING R., « Kritisches und exegetisches Allerlei », *Jher.Jb.*, 15 (1877), pp. 396 et s. : « Conduxisset. Labeo, hatte von einem Miethen des Schiffes (*si navem conduxisti*) gesprochen, Paulus substituirt ihm aber hier den Gesichtspunkt der *locatio operis*, der offenbar der richtigere ist, da ja nicht der A (« Tu ») sondern der B (le *nauta*) das Schiff führen soll. »

(107) ALZON C., *Problèmes relatifs à la location des entrepôts en droit romain*, Paris, 1966, p. 244.

(108) BRASIELLO U., « L'unitarietà del concetto di locazione in diritto romano », *RISG*, 2 (1927), p. 559 ; ROBAYE R., *L'obligation de garde*, Bruxelles, 1987, p. 63.

(109) DE MARTINO F., « Note di diritto marittimo, 'Lex Rhodia' », *Riv. dir. navigazione*, 4.1 (1938), 198.

(110) MÉNAGER L.-R., « 'Naulum' et 'Receptum rem salvam fore' », *RHD*, 38 (1960), pp. 188 et s.

(111) RÖHLE R., « Zur Frage der sogenannten verdrängenden Verursachung im Römischen Recht », *SDHI*, 31 (1965), p. 310, note 16.

(112) Il s'agit là d'une constatation très ancienne : v. CONNANI F., *Commentarior. iuris civilis*, Parisiis, 1553, Lib. VII, Cap. XI, num. I (p. 518) ; STRACCHAE B., « De navibus », in *Tractatus illustrium in utraque tum Ponteficii, tum Caesarei facultate iurisconsultum, De contractibus licitis*, T. 6, pars 1, Venetiis, 1634, Tertia pars, num. 3 (p. 312) et ultima pars, num. 7 (p. 314). Plus récemment : SCHULZ F., *Classical Roman Law*, Oxford, 1951, pp. 542 et s. ; VIGNERON R., « La conception originare de la 'locatio conductio' romaine », *Mélanges F. Wubbe*, Fribourg, 1993, pp. 509 et s.

hendas eas merces locasset(s) » fait qu'il semble alors indiscutable que c'est « Tu » qui est *locator*, vu qu'il s'agit d'une *locatio ad merces vehendas*.

Van Bynkershoek (113) et Jhering (114) ont malgré tout tenté de sauver la leçon de la Florentine, en invoquant le contrat — une nouvelle *locatio operis* — que le *prior nauta* conclut avec le capitaine du bateau *deterior*. Dans ce nouveau contrat, c'est le *prior nauta* qui est le sujet de *locare* et cela permettrait de maintenir *locasset*. À notre avis, une telle interprétation du passage est exagérément compliquée, car elle suppose un changement de sujet implicite. Dans une même phrase, *exposuisset* et *locasset* auraient des sujets différents, sans qu'aucun de ces deux sujets ne soit reporté explicitement. La correction que l'on trouve dans l'édition Haloander semble dès lors indiscutable, il faut lire *locasses*.

Nous avons donc admis que Labéon et Paul ne traitaient pas exactement du même contrat. Labéon aurait envisagé la question sous l'angle d'une *locatio navis*, alors que Paul l'aurait fait sous l'angle d'une *locatio operis*. À notre avis, l'examen de la responsabilité du *nauta* dans le cadre du contrat de transport n'en est pas affecté. Avec de Robertis (115), nous pensons qu'il n'y a pas lieu ici de distinguer entre la *locatio conductio rei* et la *locatio conductio operis* (116).

3. — EXPLICATION DU TEXTE

Une fois admise la lecture (117) que nous proposons du fragment, il subsiste, à notre sens, deux questions essentielles : 1. Paul contredit-il

(113) VAN BYNKERSHOEK C., *Observationum juris romani*, 3. éd., Lugduni Bata-
vorum, 1752, L. III, C. XII, pp. 266 et s.

(114) JHERING R., « Kritisches und exegetisches Allerlei », *Jher.Jb.*, 15 (1877),
pp. 396 et s.

(115) DE ROBERTIS F., *La responsabilità contrattuale nel sistema della grande
compilazione*, Bari, 1982, vol. II, pp. 881 et 1011.

(116) Une opinion similaire est défendue par : ALZON C., *Problèmes relatifs à la
location des entrepôts en droit romain*, Paris, 1966, p. 244, note 1130. Pour cet
auteur, le régime de responsabilité du *nauta* est le même, qu'il y ait un contrat
mixte (*locatio rei* — *operis*) ou qu'il y ait un contrat de transport ordinaire. Dans
le même sens, v. encore : MEYER-TERMER A.J.M., *Die Haftung der Schiffer im
Griechischen und Römischen Recht*, Zutphen, 1978, p. 177 et s.

(117) Notons préalablement que De Martino annonçait dans ses écrits sur la
Lex Rhodia [« Note di diritto marittimo, 'Lex Rhodia' », *Riv. dir. navigazione*, 4.1
(1938), 197 et s.] qu'il reviendrait sur notre fragment dans son article sur l'état de
nécessité, pour démontrer qu'il avait été abondamment remanié. Le seul article de
De Martino sur l'état de nécessité [« In tema di stato di necessità », *RISG*, 14
(1939), pp. 41 et s.] ne traite cependant pas de notre fragment. Renseignement pris
auprès de l'auteur, il n'est d'ailleurs pas revenu sur notre fragment ultérieurement.

l'affirmation initiale de Labéon ou y apporte-t-il simplement des précisions ? 2. Comment faut-il comprendre le cas où les deux bateaux sombrent ?

3.1. — *Y a-t-il une controverse réelle entre Labéon et Paul ?*

Autrement dit, Labéon énonce-t-il seulement un principe, auquel il sait bien que l'on pourrait trouver des exceptions ou bien les exceptions proposées par Paul sont-elles tout à fait incompatibles avec la pensée de Labéon ? Les avis de la doctrine sont partagés sur cette question. La doctrine plus ancienne (118) ne semble cependant pas mettre en doute que les exceptions proposées par Paul n'étaient pas incompatibles avec la pensée de Labéon. Plus récemment, Philippe Meylan (119) était encore du même avis. Il fait une étude globale des différents sens que peut prendre le mot « *Immo* » dans l'épitomé qu'a fait Paul, des « *Pithana* » de Labéon. Ainsi, si par « *Immo contra* », Paul marque son opposition à la doctrine de Labéon, par « *Immo contra si* », il marque plutôt une rectification, une distinction ou une précision. A priori, la situation semble donc sans équivoque. Et une partie de la doctrine actuelle (120) suit encore cette lecture du fragment.

Il est cependant une autre partie de la doctrine qui attribue à Labéon une position incompatible à celle de Paul, et qui considère qu'il y avait une controverse réelle entre les deux jurisconsultes. Il y a à ce propos trois types d'argumentations qu'il faut examiner. Rabel, Niedermeyer et Knütel placent la controverse dans le cadre de la *perpetuatio obligationis* (C), Alzon la place sur le plan de l'opportunité (B) et Ménager en fait un problème d'analyse contractuelle (A).

(118) DUARENUS F., *In Digesta seu Pandectas et Codicem Commentariis*, Francofurti, 1607, p. 973 (*Ad leg. Rhodiam de iactu*); CUJAS J., *Operum priorum*, T. 3, Neapoli, 1722, *Observ. Lib. 3, cap. 2* (col. 57 et s.); FABER A., *Rationalia in Pandectas*, Lugduni, 1663, T. 3, pp. 33 et s. (*ad D. 14, 2, 10, 1*); VAN BYNKERSHOEK C., *Observationum juris romani*, 3^e éd., Lugduni Batavorum, 1752, L. III, C. XII, p. 266; JHERING R., « *Kritisches und exegetisches Allerlei* », *Jher.Jb.*, 15 (1877), p. 392.

(119) MEYLAN Ph., « La loi 23 du Dig. 46, 4 et la notion de bilatéralité du contrat de vente chez Labéon », *Studi Riccobono*, Palermo, 1936, (Ristampa Aalen 1974), T. IV, p. 288.

(120) V. RÖHLE R., « Zur Frage der sogenannten verdrängenden Verursachung im Römischen Recht », *SDHI*, 31 (1965), pp. 310 et s.; MACCORMACK G., « *Custodia and Culpa* », *ZSS*, 89 (1972), p. 199; WILLVONSEDER R., *Die Verwendung der Denkfigur der « condicio sine qua non » bei den römischen Juristen*, Wien-Köln-Graz, 1984, p. 56.

A. D'après Ménager (121), les mots « *Si ea condicione navem conduxisti, ut ea merces tuae portarentur* » doivent être compris comme suit : en plus de la *locatio conductio*, les parties avaient convenu d'un pacte adjoint ou fait une stipulation annexe. Par cette convention, elles auraient associé le louage d'entreprise à une *locatio rei*. Paul aurait été d'avis qu'une telle convention devait rester sans effet, pour autant que le *nauta* n'ait pas commis de dol ou de faute.

Cette interprétation s'éloigne évidemment très fort du texte et n'a d'ailleurs — à notre connaissance — été adoptée par personne d'autre. Il nous semble devoir la rejeter. En effet, alors qu'il était déjà douteux qu'il y ait jamais eu un désaccord entre Labéon et Paul sur le cas abordé dans notre fragment, il faudrait en plus que ce désaccord porte sur un élément non exprimé dans le texte. Au surplus, si Paul estimait que la « convention annexe » ne devait avoir d'effet qu'en l'absence de dol ou de faute, comment justifier que le même jurisconsulte ne condamne pas le *nauta* dans le cas où les deux bateaux ont sombré. En effet, dans ce cas la faute — voire le dol — semble manifeste, puisque la convention annexe a été violée sans aucune nécessité (« *nulla nauta necessitate coactus* »).

B. Alzon (122), quant à lui, estimait que Labéon visait une hypothèse de contrat mixte (*locatio rei-operis*), alors que Paul envisageait un cas de contrat de transport ordinaire. L'auteur affirme cependant que Paul fait cela à dessein, compte tenu du fait que le régime de responsabilité du *nauta* est le même dans les deux cas. La divergence entre les deux jurisconsultes serait dès lors due au seul fait que Paul aurait estimé que l'avis de Labéon était trop sévère... Dénuée de toute explication supplémentaire, cette position est évidemment encore plus critiquable que la précédente.

C. Rabel (123), Niedermeyer (124) et Knütel (125) pensent que la controverse entre Labéon et Paul porte sur l'admission de la règle du *perpetuari obligationem*.

L'idée est celle-ci : La position de Paul — d'après laquelle le *nauta* n'est plus tenu de sa faute si les deux navires ont péri — est, d'après

(121) MÉNAGER L.-R., « 'Naulum' et 'Receptum rem salvam fore' », *RHD*, 38 (1960), pp. 388 et s.

(122) ALZON C., *Problèmes relatifs à la location des entrepôts en droit romain*, Paris, 1966, p. 244.

(123) RABEL E., *Grundzüge des römischen Privatrechts*, 2. Aufl., 1955 (1915), § 89, pp. 138 et s.

(124) NIEDERMEYER H., « Studie zu den wissenschaftlichen Grundlagen der Lehre von der Mora seit Sabinus », in *Festschrift Fritz Schulz*, Weimar 1951, T. I, pp. 450 et s.

(125) KNÜTEL R., « Haftung für Hilfspersonen », *ZSS*, 100 (1983), pp. 416 et s.

ces auteurs, incompatible avec la *perpetuatio obligationis* telle qu'elle devait être appliquée par les jurisconsultes classiques. C'est ce que remarque également Beseler (126), qui estime que les mots « *Immo — esset* » de notre fragment ne sont pas compatibles avec la doctrine de Schulz (127) en matière de *perpetuatio obligationis*.

Comment Schulz expose-t-il la règle du *perpetuari obligationem* ? En cas de *mora debitoris*, l'obligation du débiteur est perpétuée. Il s'agit d'une sanction infligée au débiteur. Il n'est donc pas question de vérifier si il y a un lien de causalité entre le dommage et la *mora*. En conséquence, la circonstance que l'objet de l'obligation du débiteur aurait également péri si ce dernier s'était exécuté à temps, ne supprime pas l'obligation.

Rabel (128) et Beseler (129) estiment alors que ce qui est vrai en cas de *mora*, devait valoir également en cas de violation positive du contrat. Ces auteurs en ont tiré des conclusions différentes :

Rabel (130) en a conclu que la règle de la *perpetuatio obligationis* a évolué avec le temps. Les juristes de la fin de la période classique en seraient arrivés à une évaluation plus raffinée du lien causal entre la faute contractuelle et le dommage qui s'en est suivi. En l'absence d'un tel lien causal, la responsabilité du débiteur était désormais écartée.

Beseler était plutôt d'avis que le passage « *Immo — esset* », comprenant la première rectification de Paul, est interpolé, car il est impossible que le *nauta* ait eu la possibilité d'invoquer le fait que la marchandise aurait de toute façon péri, pour se soustraire à sa responsabilité.

À l'instar de Rabel, Niedermeyer (131) refuse de croire que le passage est interpolé. Il est dès lors réduit à en déduire que Paul n'appliquait pas la règle du *perpetuari obligationem* ici, alors qu'elle aurait dû l'être. Cela est d'autant plus dérangeant, que cette règle nous est connue par

(126) BESELER G., « Einzelne Stellen », ZSS, 47 (1927), pp. 365 et s.

(127) SCHULZ F., *Einführung in das Studium der Digesten*, Tübingen, 1916, pp. 106 et s.

(128) RABEL E., *op. cit.*, p. 138.

(129) BESELER G., *op. cit.*, p. 365 : « was im Falle des Verzugs gilt, muß auch im Falle der positiven Vertragsverletzung gelten ».

(130) RABEL E., *op. cit.*, pp. 138 et s.

(131) NIEDERMEYER H., « Studie zu den wissenschaftlichen Grundlagen der Lehre von der Mora seit Sabinus », in *Festschrift Fritz Schulz*, Weimar 1951, T. I, pp. 450 et s.

l'intermédiaire de textes qui sont tous de Paul (132). Paul aurait donc, dans le cas particulier de notre fragment renoncé à la règle générale. Dans le même temps, Labéon aurait été d'avis qu'il fallait, dans ce même cas, appliquer la règle. Niedermeyer affirme tout cela, malgré le fait qu'il soit d'avis qu'en principe, Labéon n'applique pas la règle du *perpetuari obligationem* (133). Les positions des deux jurisconsultes dans notre fragment seraient donc à la fois opposées et paradoxales par rapport à leurs doctrines respectives.

(132) PAUL., *lib. 17 ad Plaut.* (D. 45, 1, 91, 3-6) : *Sequitur videre de eo, quod veteres constituerunt, quotiens culpa intervenit debitoris, perpetuari obligationem, quemadmodum intellegendum sit. et quidem si effecerit promissor, quo minus solvere possit, expeditum intellectum habet constitutio : si vero moratus sit tantum, haesitatur, an, si postea in mora non fuerit, extinguatur superior mora. Et Celsus adulescens scribit eum, qui moram fecit in solvendo Stichum quem promiserat, posse emendare eam moram postea offerendo : esse enim hanc quaestionem de bono et aequo : in quo genere plerumque sub auctoritate iuris scientiae perniciose, inquit, erratur. Et sane probabilis haec sententia est, quam quidem et Iulianus sequitur : nam dum quaeritur de damno et par utriusque causa sit, quare non potentior sit qui teneat, quam qui persequitur ? 4. Nunc videamus, in quibus personis haec constitutio locum habeat. quae inspectio duplex est, ut primo quaeramus, quae personae efficiant perpetuam obligationem, deinde quibus eam producant. utique autem principalis debitor perpetuat obligationem : accessiones an perpetuent, dubium est. Pomponio perpetuare placet : quare enim facto suo fideiussor suam obligationem tollat ? Cuius sententia vera est : itaque perpetuatur obligatio tam ipsorum quam successorum eorum. Accessionibus quoque suis, id est fideiussoribus, perpetuant obligationem, quia in totam causam sponderunt. 5. An filius familias, qui iussu patris promisit, occidendo servum producat patris obligationem, videndum est. Pomponius producere putat, scilicet quasi accessionem intellegens eum qui iubeat. 6. Effectus huius constitutionis ille est, ut adhuc homo peti possit : sed et acceptum ei posse ferri creditur et fideiussorem accipi eius obligationis nomine. Novari autem an possit haec obligatio, dubitationis est, quia neque hominem qui non est neque pecuniam quae non debetur stipulari possumus. Ego puto novationem fieri posse, si hoc actum inter partes sit, quod et Iuliano placet. PAUL., *lib. 37 ad Edict.* (D. 22, 1, 24, 2) : *Mora videtur creditori fieri, sive ipsi sive ei cui mandaverat sive ei qui negotia eius gerebat mora facta sit : nec hoc casu per liberam personam adquiri videtur, sed officium impleri, sicuti, cum quis furtum mihi facientem apprehendit, negotium meum agens manifesti furti actionem mihi parat : Item cum procurator interpellaverit promissorem hominis, perpetuam facit stipulationem. PAUL., *lib. 22 Quaest.* (D. 46, 1, 58, 1) : *Cum facto suo reus principalis obligationem perpetuat, etiam fideiussoris durat obligatio, veluti si moram fecit in Stichum solvendo et is decesit.***

(133) Niedermeyer tire cette conclusion d'un texte extrait du commentaire d'Ulpien *ad Sabinum*, d'après lequel Labéon aurait exprimé l'avis que lorsqu'un fonds périt par tremblement de terre, l'*aestimatio* n'en est jamais due : Ulpian., *lib. 22 ad Sabin.* (D. 30, 47, 6) : *Item si fundus chasmate perierit, Labeo, ait utique aestimationem non deberi : quod ita verum est, si non post moram factam id evenerit : potuit enim eum acceptum legatarius vendere.*

Pour justifier une telle interprétation du fragment, l'auteur en est réduit à invoquer le côté humain de Paul, qui l'aurait poussé à commettre des aberrations. Il admet néanmoins que les positions de Labéon et de Paul ne trouvent pas d'explication rationnelle (134). Le seul moyen que trouve alors Niedermeyer pour expliquer que ces deux jurisconsultes dérogent ici aux principes qu'ils défendent par ailleurs, est que le droit classique est resté un droit concret. Ainsi, la décision de Paul s'expliquerait-elle par les grands dangers des traversées maritimes au cours de l'Antiquité (135).

Knütel (136) admet également que Labéon devait appliquer, dans le cadre de notre fragment, la règle d'après laquelle une violation positive du contrat entraînait une *perpetuatio obligationis*. L'auteur s'abstient de tout commentaire à propos de la position de Paul. Il va cependant de soi que cette affirmation est fondée sur une contradiction entre les deux jurisconsultes. En effet, c'est l'avis de Paul qui a dû lui suggérer qu'il pouvait être question de l'application de la règle du *perpetuari obligationem* dans notre fragment, et que la position de Paul était incompatible avec cette règle. L'auteur ne cherche pas à justifier autrement les positions respectives des jurisconsultes.

À notre sens, les difficultés rencontrées par Niedermeyer — Rabel et Knütel les passant sous silence — s'expliquent par le fait que cet auteur n'a pas remis en cause l'affirmation de Rabel et de Beseler, d'après laquelle ce qui vaut en cas de *mora*, doit valoir également en cas de violation positive du contrat (137). Cette affirmation nous paraît trop générale et inapplicable dans notre cas.

Comme nous l'écrivions déjà lors de l'exégèse d'un autre fragment de Paul (138), l'erreur provient ici aussi, de la confusion entre deux situa-

(134) NIEDERMEYER, *op. cit.*, p. 451 : « Labeos Entscheidung und die Entscheidung des Paulus gegen Labeo, (D. 30, 47, 6 in Parallele zu D. 14, 2, 10, 1) sind nicht grundsatzmäßig zu erklären ». *Contra* : SARGENTI [« Problemi della responsabilità contrattuale », *SDHI*, 20 (1954), p. 167], pour qui la décision de Labéon dans notre fragment ne contredit pas la position qui lui est attribuée dans le fragment D. 30, 47, 6. L'auteur italien se refuse également à envisager notre fragment comme un cas d'espèce. D'après cet auteur, s'il octroie l'action contre le *nauta*, cela découle du fait que Labéon considère que le transbordement constitue une violation positive de ses obligations contractuelles. La différence de solution entre les deux s'expliquerait alors par la différence qu'il y a entre la *stipulatio* (D. 30, 47, 6) et la *locatio conductio* (D. 14, 2, 10, 1).

(135) NIEDERMEYER, *op. cit.*, pp. 452 et s. : « Die konkrete Grundlage, von der aus Paulus zu seiner Entscheidung geführt worden ist, ist die schwere Gefahr, die die Antike Seefahrt mit sich brachte ».

(136) KNÜTEL R., « Haftung für Hilfspersonen », *ZSS*, 100 (1983), p. 416 et s.

(137) V. *supra*, notes 128 et s.

(138) V. *supra*, notre exégèse de : PAUL., *lib. 3 ad Plautium* (D. 44, 7, 45).

tions distinctes. Il faut éviter de confondre le cas du débiteur en demeure et celui du débiteur qui se met fautivement dans l'impossibilité d'exécuter son obligation contractuelle. Seule la *mora* transfère le risque (en cas de perte de l'objet de l'obligation par force majeure) à la personne du débiteur. Lorsque le débiteur se met fautivement dans l'impossibilité d'exécuter son obligation, afin d'éviter que le débiteur ne soit libéré de son obligation de transférer la propriété de la chose, Paul dit que cette obligation doit être perpétuée (139). Cette perpétuation n'a cependant pas le même effet que la *mora*, quant au transfert du risque. Cela apparaît très clairement dans deux fragments parallèles de Paul (D. 44, 7, 45 et D. 18, 4, 21), puisqu'il y précise que le débiteur est libéré malgré tout, lorsque la perte de l'objet du contrat par cas fortuit survient *ante moram*.

Cela dit, il nous paraît de toute façon douteux de penser que le transbordement des marchandises ait rendu impossible l'exécution des obligations du *nauta*. En effet, si l'on prend les mots de Labéon, ce n'est que dans l'hypothèse où « *merces tuae cum ea nave perierunt* » que le *nauta* sera tenu *ex conducto locato*. A contrario, si le navire « *deterior* » ne sombre pas avec les marchandises, le *nauta* ne sera pas tenu. C'est donc que le transbordement n'a pas rendu impossible l'exécution de son obligation de transporter les marchandises. Il n'y aurait impossibilité que dans l'hypothèse où le naufrage du second bateau était certain dès le transbordement. Il faudrait pour cela imaginer que l'équipage de ce second bateau ait pris la mer avec la certitude de n'avoir aucune chance de réussir la traversée, ce qui ne nous paraît pas plausible.

Bref, il paraît vain d'essayer d'analyser notre fragment dans les termes d'une controverse entre Labéon et Paul sur la question de l'existence de la règle du *perpetuari obligationem* (140). Cette conjecture fait naître — comme nous l'avons montré chez Niedermeyer — un trop grand nombre de contradictions dans l'enseignement de Paul.

Nous restons dès lors convaincus que les auteurs qui pensent que Labéon n'est pas fondamentalement contredit par Paul ont raison. Les commentaires de ce dernier jurisconsulte constituent ici des précisions et approfondissements plutôt qu'une contradiction.

(139) V. D. 45, 1, 91 — cité *supra*, note 132.

(140) Comp. également : RICCOBONO S. Jr, « Profilo storico della dottrina della *mora* nel diritto romano », *Ann. Palermo*, 29 (1962), pp. 202 et s. Cet auteur pense également qu'il est impossible de tirer des conclusions sur la pensée de Labéon en matière de *mora* dans notre fragment.

3.2. — *Étude du cas où les deux bateaux sombrent*

Une fois admis que le cas décrit par Paul ne constitue pas une violation de la règle du *perpetuari obligationem*, comment justifier la solution prônée par ce jurisconsulte ? Il s'agit donc du cas où les deux bateaux sombrent : celui qui aurait contractuellement dû effectuer la traversée, et l'autre, celui de qualité moindre, qui a effectivement transporté les marchandises. Pour Paul, le *nauta* ne doit subir aucune condamnation pour la perte de la marchandise à l'occasion du naufrage du second bateau. Le jurisconsulte ajoute : *cum id sine dolo et culpa nautarum factum esset*. Nous savons donc que les deux naufrages sont la conséquence d'un cas fortuit. Faut-il dès lors s'étonner que le *nauta* ait la possibilité d'invoquer un tel cas fortuit ?

Dans un premier temps, on peut constater que la doctrine ancienne ne s'en émeut nullement :

Ainsi, Douaren (141) pense-t-il que notre cas est le seul qui soit réellement digne d'intérêt dans le fragment. La solution lui semble cependant conforme à l'enseignement du Digeste (142).

De même Cujas (143) énonce-t-il simplement la solution de Paul sans la mettre en cause.

Favre (144), quant à lui, est un peu plus explicite puisque d'après lui c'est l'absence de dommage qui explique la solution de Paul. En effet, les marchandises auraient péri, même en l'absence de transborde-

(141) DUARENUS F., *In Digesta seu Pandectas et Codicem Commentariis*, Francofurti, 1607, p. 973 (*Ad leg. Rhodiam de iactu*).

(142) L'auteur renvoie à « *l. si qui servum. de obligat. & actionibus* ». Cette référence ne correspond cependant pas à un passage du Digeste. En effet, d'après l'index [NICOLINI H. et SINATTI D'AMICO F., *Indices corporis iuris civilis iuxta vetustiores editiones cum criticis collatas*, Pars II (index legum), vol. ter., Milano, 1967, p. 1655.], aucun fragment ne commence par ces mots. En revanche, quatre fragments commencent par les mots « *si is qui Stichum* » (D. 3, 3, 66 — D. 23, 3, 56 — D. 44, 7, 18 et D. 46, 4, 15). Parmi ceux-ci, le troisième correspond au titre désigné par Douaren, mais on ne voit pas bien en quoi son contenu peut être rapproché de celui de notre fragment. Le second, en revanche, a un contenu beaucoup plus proche de celui de notre fragment : PAUL. *lib. 6 ad Plautium* (D. 23, 3, 56 pr.) : V. *infra*, (3^e partie chapitre 1) notre exégèse de ce texte. Il est cependant également possible que Douaren ait voulu désigner un autre texte du titre « *De obligationibus et actionibus* », que nous avons déjà examiné, dont le contenu se rapproche du nôtre, et qui commence par les mots : « *Is, qui ex stipulatu Stichum debeat, si (...)* ». Il s'agit du fragment de PAUL, *lib. 5 ad Plaut.* (D. 44, 7, 45), que nous avons déjà examiné.

(143) CUJAS J., *Operum priorum*, T. 3, Neapoli, 1722, *Observ. Lib. 3, cap. 2* (col. 57 et s.).

(144) FABER A., *Rationalia in Pandectas*, Lugduni, 1663, T. 3, pp. 33 et s. (ad D. 14, 2, 10, 1).

ment (145). L'auteur compare notre cas à celui de la maison abattue *incendii arcendi causa* (146). L'avis de Favre est partagé par Van Bynkershoek (147).

Plus récemment, Friedrich Mommsen (148), Jhering (149) et MacCormack (150) admettront également encore cette solution, sans s'en étonner. Jhering écrit même explicitement que Paul ne fait qu'appliquer un principe bien connu des juristes romains (151).

Parmi les auteurs contemporains, la solution préconisée par Paul fait l'objet de très peu de commentaires explicatifs (152).

Röhle (153) se contente de répéter ce qu'écrivait déjà Favre : Paul absous le *nauta* pour le motif que « Tu » n'a subi aucun dommage, vu que les marchandises auraient de toute façon péri.

(145) FABER A., *op. cit.* : « *Aequae enim periturae erant merces tuae, etiamsi in deteriore navem coniecte non fuissent. Nullum ergo damnum videtur nauta dedisse tuis mercibus aequae perituris* ».

(146) V *supra*, (1^e partie chapitre 1), notre exégèse du fragment D. 43, 24, 7, 4. Dans ce cas, l'interdit *q.v.a.c.* ne devait pas être accordé contre celui qui a abattu la maison de son voisin dans le but de préserver sa propre maison d'un incendie, pour autant que le feu progresse jusqu'aux ruines de la maison abattue. En effet, dans cette hypothèse, il faut considérer qu'il n'y a pas de dommage, puisque la maison aurait de toute façon péri. Une comparaison entre le cas de l'incendie et celui des bateaux a également été entreprise par : KRAMER B.G., *Disputatio juridica de jure navium*, Francoforti ad Viadrum, 1668 (rist. Napoli 1984), p. 58. Cet auteur ajoute d'ailleurs un autre texte à la comparaison : PAUL., *lib. 36 ad Edictum* [D. 25, 1, 4 — v. *infra*, (3^e partie chapitre 1) notre exégèse de ce fragment]. D'après lui, dans chacun de ces textes, la faute du débiteur — de même que la peine qui devrait s'ensuivre — est effacée par le *casus superveniens*, qui supprime l'obligation de la personne obligée.

(147) VAN BYNKERSHOEK C., *Observationum juris romani*, 3. éd., Lugduni Bataavorum, 1752, L. III, C. XII, p. 266.

(148) MOMMSEN FR., *Beiträge zum Obligationenrecht*, 1. Abt., Braunschweig, 1853, p. 80, note 26.

(149) JHERING R., « Kritisches und exegetisches Allerlei », *Jher. Jb.*, 15 (1877), p. 392.

(150) MACCORMACK G., « Custodia and Culpa », *ZSS*, 89 (1972), p. 198 et s.

(151) À cet égard, il cite différents fragments du Digeste qui ont pour point commun le fait qu'ils concernent un cas où le dommage aurait eu lieu, même en l'absence d'une circonstance donnée : Qu'il s'agisse d'une *mora creditoris* [D. 23, 3, 56 pr., peut-être également cité en exemple par Douaren (v. *supra*, note 142)] ; de la possession du bien par le défendeur en attendant un jugement qui oblige ce dernier à restituer le bien (D. 4, 2, 14, 11 et D. 16, 3, 14, 1) ; de l'absence pour le service de la république (D. 4, 6, 44).

(152) Nous ne reviendrons plus sur la position de Niedermeyer, pour qui l'avis de Paul ne trouve aucune explication rationnelle (v. *supra*, texte et note 131 et s.).

(153) RÖHLE R., « Zur Frage der sogenannten verdrängenden Verursachung im Römischen Recht », *SDHI*, 31 (1965), pp. 310 et s.

À l'instar de Rabel (154), Willvonseder (155) considère que Paul nous donne un cas d'application de la théorie de la *condicio sine qua non* (156). D'après cette dernière, il faut vérifier si la faute du *nauta* (le fait d'avoir transbordé les marchandises contre l'avis de « Tu ») a été une condition indispensable à la réalisation du dommage (la perte de la marchandise par le naufrage), et donc s'il y a lieu à réparation sur base de la *locatio-conductio*. Or ici, si le *nauta* n'avait pas chargé la marchandise sur le mauvais bateau, le dommage aurait néanmoins été le même. La condition n'est donc pas remplie et il n'y a pas lieu à réparation.

Avant de donner notre explication du fragment, et en particulier de la position de Paul, voyons les conclusions que nous pouvons tirer du cas exposé par Labéon et Paul sur le plan de la causalité dépassante.

4. — CONCLUSIONS QUANT À LA CAUSALITÉ DÉPASSANTE

Sur le plan de la causalité, la solution préconisée par Paul nous semble conforme aux solutions que le jurisconsulte a adopté dans les deux textes que nous avons déjà examinés dans le cadre du présent chapitre.

Les deux faits dommageables sont le transbordement et le naufrage du bon bateau. Le transbordement constitue le fait dommageable effectif, car c'est par lui que les marchandises se trouvent sur le mauvais bateau, qui coule au cours de la traversée. Le naufrage du bon bateau constitue le fait dommageable hypothétique, car sans le transbordement, les marchandises auraient été sur ce dernier bateau et auraient également péri.

Ici encore, la solution retenue par Paul nous semble résulter de la comparaison entre les déroulements effectif et hypothétique des faits. Dans le cadre du contrat de transport, il importait de vérifier si la perte de la marchandise était imputable au *nauta* qui les a transbordées sur le mauvais bateau ou non. Il ressort de la comparaison que les marchandises auraient de toute façon péri, même en l'absence du transbordement fautif.

(154) V. *supra*, texte et note 128 et s.

(155) WILLVONSEDER R., *Die Verwendung der Denkfigur der « condicio sine qua non » bei den römischen Juristen*, Wien-Köln-Graz, 1984, p. 56.

(156) Autrement dit, une application de la théorie de l'équivalence des conditions. *Contra* : MEDICUS D., *Id quod interest*, Köln-Graz, 1962, p. 186, note 18. Pour cet auteur, Paul n'a pas posé le problème en termes de causalité : « Lab.-Paul. D. 14, 2, 10, 1 entscheiden zwar einen Fall, den wir heute unter den Gesichtspunkt der überholenden Kausalität interessant finden würden (...). Aber der Text läßt nicht erkennen, daß die Klassiker hier ein Problem der Schadenshöhe oder des Zeitpunktes der Schadensberechnung gesehen hätten ».

Il est donc permis dire que la chaîne causale hypothétique, d'après laquelle les marchandises auraient de toute façon péri dans le naufrage du bon bateau, est dépassée par le transbordement sur le mauvais bateau.

On pourrait s'étonner du fait que Paul ne précise pas une nouvelle fois que le fait dommageable hypothétique (le naufrage du bon bateau) doit être antérieur à la *mora debitoris*, comme dans les deux textes examinés précédemment au cours du présent chapitre (D. 44, 7, 45 et D. 18, 4, 21).

Dans les trois fragments, l'auteur de la faute contractuelle est libéré de son obligation en raison de la survenance d'un cas fortuit qui fait que le dommage eût de toute façon été réalisé. Pour les cas des deux premiers textes examinés, nous avons constaté que la libération de l'auteur de la faute contractuelle dépendait d'une condition qui n'est pas exprimée dans le cas des bateaux : il fallait que le cas fortuit survienne *ante moram*.

La question est alors la suivante, le *nauta* était-il libéré de son obligation de délivrer la marchandise qu'il s'était engagé à transporter, s'il était en demeure de le faire au moment où les deux bateaux ont coulé ? Paul ne dit pas expressément qu'il fallait que les deux bateaux devaient sombrer *ante moram*. Cette conclusion nous paraît cependant devoir s'imposer, dans la mesure où on ne voit pas pourquoi Paul ferait ici une dérogation — qui plus est implicite — à un principe bien établi : le cas fortuit ne libère le débiteur que s'il n'est pas en *mora debitoris*. La *mora* perpétue l'obligation du débiteur et nous ne pensons pas que Paul ait entendu que le cas des bateaux fasse exception à ce principe.

CHAPITRE II

LE CAS DE L'ACHETEUR ÉVINCÉ D'UN ESCLAVE VICIÉ

Nous abordons ici un cas dont la configuration est fort différente. Il n'y a plus, cette fois, d'intervention d'un cas fortuit. La question est plutôt celle du cumul des responsabilités du vendeur d'un esclave. En ce sens, l'hypothèse étudiée ci-après semble pouvoir être rapprochée du cas de l'esclave blessé mortellement par quelqu'un, puis assassiné par un second agresseur. Voici les exégèses de trois textes abordant la question.

A. — Exégèse de Paul.,
lib. 2 ad edictum aedilium curulium
(D. 21, 1, 44, 2)

In redhibitoria vel aestimatoria potest dubitari, an, qui (1) alienum servum vendidit, et ob evictionem et propter morbum forte vel fugam simul teneri potest : nam potest dici nihil interesse emptoris sanum esse, fugitivum non esse eum, qui evictus sit. sed interfuit emptoris sanum possedisse propter operas, neque ex post-facto decrescat obligatio : statim enim ut servus traditus est committitur stipulatio quanti interest emptoris.

1. — CONTENU DU TEXTE

Paul expose le cas suivant :

V vend un esclave dont il n'est pas propriétaire à A. Si A est évincé par B, il pourra agir contre V, en raison de l'éviction. Paul se demande à propos de ce cas, si A pourrait, au surplus, agir contre V sur base des vices de l'esclave.

(1) Dans la Florentine, on trouve « *quia* ». Dans le manuscrit de Paris (Bibliothèque Nationale de France, Latin, n. 4450), le texte a été gratté, et il ne reste plus que « *anq* ». En outre, dans le manuscrit du Vatican (Biblioteca Apostolica Vaticana, Vat. Lat., n. 1406) ainsi que dans certaines éditions anciennes du Digeste, le « *quia* » est remplacé par « *qui* ».

Si Paul se permet d'en douter, c'est parce qu'on pourrait penser que par son éviction, A perd l'intérêt qu'il avait à posséder un esclave sain ou non-fugitif.

Le jurisconsulte retient cependant la solution contraire. Au moment où A était en possession de l'esclave, il avait déjà intérêt à ce qu'il soit sain, et non-fugitif. Or l'obligation de fournir un esclave dépourvu de vices — qui découle de la *stipulatio* du vendeur — est née au moment de la *traditio*. Paul précise qu'une telle obligation ne peut être affectée par un fait postérieur.

2. — CRITIQUE DE TEXTE

quia — qui

Dans l'édition du Digeste de Mommsen (2), l'attention est attirée sur le fait que certaines éditions anciennes remplacent *quia* par *qui*. En consultant le manuscrit du Vatican (Vat. Lat. n. 1406), nous avons constaté que celui-ci portait également « *qui* ».

Monier (3) et Impallomeni (4) corrigent le texte de la Florentine en ce sens, sans fournir de justification.

D'après nous également, la leçon de la Florentine doit être écartée sur ce point. En effet, le *quia* suit ici un *dubitari an*, ce qui suggère qu'il introduit la *ratio dubitandi*.

Si on laissait subsister le *quia*, il faudrait dès lors admettre que le doute de Paul sur le cumul des actions est fondé sur le fait que le vendeur n'était pas propriétaire de l'esclave, ce qui n'est guère plausible. Il apparaît plutôt que les mots qui suivent *quia* sont simplement l'exposé des faits.

La *ratio dubitandi* est en réalité la suivante : *nam potest dici nihil interesse emptoris sanum esse, fugitivum non esse eum, qui evictus sit*. C'est parce que l'on peut se demander si l'acheteur évincé a encore un intérêt à se plaindre du vice de l'esclave, que l'on peut douter du cumul.

Par conséquent, il nous semble que le *quia* doit être remplacé par *qui*.

3. — EXPLICATION DU TEXTE

L'intérêt de ce texte pour la causalité dépassante pourrait d'emblée être mise en cause, par le fait qu'en accordant le cumul des actions, le

(2) V. *ad h.l.*

(3) MONIER R., *La garantie contre les vices cachés dans la vente romaine*, Paris, 1930, p. 175.

(4) IMPALLOMENI G., *L'editto degli edili curuli*, Padova, 1955, p. 49.

dépassement semble impossible. Malgré cela, il nous faudra vérifier pourquoi c'est la solution du cumul qui est retenue, et comment on peut concilier cela avec les textes que nous avons déjà examinés.

3.1. — *Actio redhibitoria vel aestimatoria*
ou *actio ex stipulatu* ?

La première question, à laquelle il va falloir répondre, afin de bien comprendre le texte, est la suivante : quelles sont exactement les actions visées par le texte de Paul ? Le jurisconsulte introduit le fragment en désignant l'action *redhibitoria vel aestimatoria*. Dans la finale, Paul parle pourtant d'une *stipulatio*.

A. *La doctrine dominante retient la solution d'interpolation*

La doctrine a depuis longtemps émis des doutes sur l'authenticité des mots : *In redhibitoria vel aestimatoria*.

Friedrich Mommsen (5) défend l'avis qu'il ne saurait être question de l'*actio redhibitoria* et *aestimatoria* au début du fragment de Paul. Il estime au contraire, que la décision finale ne peut porter que sur la *stipulatio* dont il est question *in fine*. Il justifie cette position par deux arguments.

Premièrement, les doutes exprimés par Paul conviennent uniquement dans le cadre d'une action de l'acheteur, par laquelle ce dernier réclame le dédommagement de l'intérêt qu'il avait que l'esclave lui fut livré sans vices.

Deuxièmement, il est impossible qu'un jurisconsulte romain ait jamais admis la possibilité d'un cumul de l'*actio ex empto* ou de l'*actio ex stipulatu* — accordées à l'acheteur en raison de son éviction — et de l'*actio redhibitoria*. L'incompatibilité absolue entre ces actions, explique-t-il, découle du fait que l'*actio redhibitoria* tend à obtenir une annulation du contrat, alors que les deux autres, au contraire, ne peuvent aboutir que si le contrat demeure valide.

En conséquence, il retient qu'il s'agit là, soit d'une interpolation due aux Compilateurs, soit d'une altération postérieure du texte. Dans l'hypothèse de l'interpolation, Mommsen est bien obligé d'admettre que les Compilateurs ont été particulièrement maladroits, vu que la finale fait toujours mention de la *stipulatio*, dont on aurait voulu effacer la trace au début du fragment.

(5) MOMMSEN F., *Zur Lehre von dem Interesse*, 2. Abt., Braunschweig, 1855, pp. 208 et s.

L'hypothèse de l'interpolation des mots *In redhibitoria vel aestimatoria* est réaffirmée par Lenel (6). Ce dernier fait cependant la précision supplémentaire suivante : Paul devait traiter ici de la *stipulatio duplae*.

Lenel sera alors encore suivi par Huvelin (7), Monier (8), Kaser (9), Beseler (10), Pezzana (11), Impallomeni (12), Medicus (13). L'argument invoqué par Lenel (14) est le suivant : la finale de notre fragment fait référence à une *stipulatio*, sur base de laquelle l'acheteur réclame au vendeur l'intérêt qu'il aurait eu à ce que l'esclave ne soit pas vicié. Pour l'auteur, cette stipulation ne peut être que la *stipulatio duplae*. Monier (15) ajoute que de toute façon, les actions rédhibitoires et estimatoires ne peuvent pas être utilisées en cas d'éviction.

D'autres auteurs suivent Lenel sur l'idée de l'interpolation, sans pour autant sembler adhérer à la *stipulatio duplae*. Rabel (16) semble plutôt faire référence à la *stipulatio habere licere*. Krüger (17) et Pringsheim (18) parlent plus généralement de *stipulatio* ou d'*actio ex stipulatu*. Et Thielmann (19) pense qu'il s'agit plutôt des *promissa in venditione*.

L'avis de Haymann (20) est proche de la position de Lenel, mais sans être très explicite. Plutôt que d'expliquer notre fragment en recourant

(6) LENEL O., *Paligenesia iuris civilis*, Lipsiae, 1889, col. 1097 (Paul. 845).

(7) HUVELIN P., *Essai historique sur le droit des marchés et des foires*, Paris, 1897, p. 129.

(8) MONIER R., *La garantie contre les vices cachés dans la vente romaine*, Paris, 1930, p. 84, note 2 ; p. 175 ; MONIER R., *Manuel de droit romain*, 5. édition, Paris, 1954, T. 2, p. 165, note 5.

(9) KASER M., « Das Ziel der actio empti nach Eviktion », ZSS, 54 (1934), p. 172 et s. (173, note 3 et 174, note 2).

(10) BESELER G., « Unklassische Wörter », SDHI, 1 (1935), p. 282 et s.

(11) PEZZANA A., « Classicità dell'actio aestimatoria », AG, 140 (1951), p. 66.

(12) IMPALLOMENI G., *L'editto degli edili curuli*, Padova, 1955, p. 49.

(13) MEDICUS D., *Id quod interest*, Köln-Graz, 1962, p. 112.

(14) LENEL O., *op. cit.*, col. 1097 (Paul. 845). Dans le même sens, v. : KRÜGER P., *Digesta*, ad h.l. [11^e éd. (1908) et et s.] ; PRINGSHEIM F., « Das Alter der aedilischen actio quanti minoris », ZSS, 69 (1952), p. 279 et s. ; IMPALLOMENI G., *L'editto degli edili curuli*, Padova, 1955, p. 49.

(15) MONIER R., *La garantie contre les vices cachés dans la vente romaine*, Paris, 1930, p. 175.

(16) RABEL E., *Die Haftung des Verkäufers wegen Mangels im Rechte*, 1. Teil, Leipzig, 1902, p. 137.

(17) KRÜGER P., *op. cit.*, ad h.l.

(18) PRINGSHEIM F., « Das Alter der aedilischen actio quanti minoris », ZSS, 69 (1952), p. 279.

(19) THIELMANN G., « 'Actio redhibitoria' und zufälliger Untergang der Kaufsache », *Studi Volterra*, II, Milano, 1971, pp. 494 et s..

(20) HAYMANN F., *Die Haftung des Verkäufers für die Beschaffenheit der Kaufsache*, Berlin, 1912, p. 21, note 2.

à l'interpolation, il pense que Paul appelait *actio aestimatoria*, l'*actio ex stipulatu*.

B. Doctrine favorable à l'authenticité des premiers mots du fragment

La thèse de l'interpolation telle que la défendait Friedrich Mommsen (21), a été contredite par Hanausek (22). Pour ce dernier, Paul pose bien la question de la concurrence éventuelle entre les actions tirées de l'édit des édiles curules et l'action en cas d'éviction. S'il est question, dans la suite du fragment, de *stipulatio*, c'est uniquement parce que le jurisconsulte a raisonné par analogie à l'*actio ex stipulatu*.

L'auteur réfute d'ailleurs les deux arguments invoqués par Friedrich Mommsen. Pour le premier, il fait remarquer que Mommsen lui-même (23) démontre les similitudes entre l'*actio redhibitoria* et une action visant à obtenir la totalité de l'*id quod interest*. Pour le second, il réfute l'idée que l'*actio redhibitoria* aboutisse à la nullité du contrat. Au contraire, pense-t-il, cette action ne permet que de supprimer un nombre limité de conséquences de la vente.

La position de Lenel a, quant à elle, été combattue par Arangio-Ruiz (24). Pour ce dernier, notre fragment est simplement le fruit d'un résumé. Il n'est pas absurde de penser qu'en cas de défection de la *stipulatio duplae*, on songe à cumuler l'*actio quanti minoris* pour les vices, et l'*actio empti* pour l'éviction. Qui plus est, le paragraphe immédiatement précédent au nôtre, traite de l'*actio redhibitoria*, ce qui constitue un autre argument à l'encontre l'interpolation de « *In redhibitoria vel aestimatoria* ».

C. Discussion

Comme nous l'écrivions plus haut, le problème vient du fait qu'au début du fragment, les actions invoquées sont les actions *redhibitoria vel aestimatoria*. Dans la conclusion, il est question d'une *stipulatio*. La question est donc : l'action des vices, dont on se demande si elle peut être cumulée à l'action d'éviction, est-elle l'*actio aestimatoria* (ou *actio*

(21) V. *supra*, texte et note 5.

(22) HANAUSEK G., *Haftung des Verkäufers für die Beschaffenheit der Waare*, T. I, Berlin, 1883, pp. 38 et s., note 8.

(23) V. MOMMSEN F., *op. cit.*, 2, pp. 33 et s.

(24) ARANGIO-RUIZ V., *La compravendita in diritto romano*, 2. edizione, Napoli, 1956, p. 389, note 1.

quanti minoris (25)) ou l'*actio ex stipulatu*? Dans l'hypothèse où l'on retient la seconde proposition, s'agit-il pour autant d'une *stipulatio duplae*?

Constatons également que notre texte ne donne pas d'indication explicite sur l'action par laquelle l'acheteur se plaint de l'éviction. Aucune des actions citées d'entrée par Paul ne paraît, en effet, idoine au dédommagement de l'acheteur évincé.

L'incertitude plane donc sur les deux actions à propos desquelles Paul se demande si on peut les cumuler. La *stipulatio duplae* semble alors être une solution toute indiquée, dans la mesure où elle prévoit un recours tant dans le cas de l'éviction que celui du vice. Il reste cependant à vérifier si au-delà de cette coïncidence, la solution de l'interpolation, telle qu'elle est admise par la doctrine dominante (26), trouve une justification satisfaisante.

Comme nous l'écrivions plus haut, Arangio-Ruiz (27) nous donne une première raison de douter de l'interpolation des mots « *In redhibitoria vel aestimatoria* ». En effet, le texte immédiatement précédent au nôtre traite effectivement des actions des édiles. Une explication à cela est avancée par Impallomeni (28) : notre fragment est tiré du deuxième livre de Paul *ad aedilium curulium*. Le § 1 en particulier, traite de la clause « *adversus venaliciarios* ». Or cette clause est la dernière ou l'avant dernière envisagée par l'édit *de mancipiis*. Il est donc logique — poursuit l'auteur — que Paul ait enchaîné en traitant de la *stipulatio duplae*. En effet, vu que cette *stipulatio* sert de garantie à la fois pour les vices et pour l'éviction, sa formule se trouve tout à la fin de l'édit des édiles (29).

Évidemment, l'argument d'Impallomeni nous montre seulement qu'il n'est pas exclu que Paul ait traité de la *stipulatio duplae*, immédiatement après avoir traité des actions des édiles. Malgré cela, l'argument de l'auteur italien ne nous convainc pas tout à fait. Il reste douteux que Paul, immédiatement après avoir traité des actions des édiles, se soit interrogé sur un problème propre à la *stipulatio duplae*. En toute hypothèse, nous sommes loin de tenir un argument favorable à l'interpolation.

(25) Deux autres fragments du Digeste nous parlent de l'*actio aestimatoria* : POMP., *lib. 23 ad Sab.* (D. 21, 1, 48, 2) et PAUL., *lib. 1 ad ed. aedil. curul.* (D. 21, 1, 43, 6). Ce deuxième texte de Paul considère explicitement l'*actio aestimatoria* comme un synonyme de l'*actio quanti minoris*.

(26) Il s'agit donc de la position défendue par Lenel.

(27) ARANGIO-RUIZ V., *La compravendita in diritto romano*, 2. edizione, Napoli, 1956, p. 389, note 1.

(28) IMPALLOMENI G., *L'editto degli edili curuli*, Padova, 1955, p. 49.

(29) V. LENEL O., *Edictum perpetuum*, 3^e éd. Leipzig, 1927, pp. 567 et s.

Une autre raison de douter de l'interpolation nous est fournie par les tenants de la doctrine dominante eux-même. Cette dernière ne s'attarde guère sur l'origine de cette altération. Seuls deux auteurs tentent une explication timide.

Friedrich Mommsen (30) penchait pour une interpolation maladroite des Compilateurs, voire une altération postérieure.

En revanche, Pringsheim (31) pense que l'altération est postclassique, et de toute façon préjustinienne. Il justifie cette position par le fait que les Compilateurs n'auraient pas été maladroits au point d'interpoler le début de notre fragment, en laissant subsister la référence à la *stipulatio* dans la finale. L'utilisation du terme *aestimatoria* — que Pringsheim (32) juge technique et classique (33) — lui donne à penser que l'interpolation remonte au début de la période postclassique.

Pour ce qui est du deuxième argument de Pringsheim — l'utilisation de *aestimatoria* — il ne prouve évidemment rien. Rien ne dit que les Compilateurs n'auraient pas pu utiliser ce terme, même s'il est classique.

Bref, comme on peut le constater, l'altération reste de toute façon incompréhensible. Si l'interpolation est volontaire, elle est bigrement maladroite (34). S'agit-il pour autant d'une maladresse des Compilateurs, comme l'envisage Mommsen, ou est-ce trop maladroit pour eux ? Mais au-delà de la maladresse, quel serait l'intention poursuivie par les auteurs de cette interpolation ? Sur ce dernier point, le mutisme de la doctrine est cette fois total.

En revanche, ce qui plaide en faveur de l'hypothèse de la *stipulatio duplae*, c'est le fait que dans le texte parallèle de Pomponius (D. 21, 2, 16, 2), la question du cumul soit clairement posée dans le cadre de cette *stipulatio*.

À notre sens, il existe encore une autre possibilité de comprendre le texte. On pourrait imaginer qu'à la place de « *aestimatoria* » Paul ait écrit « *auctoritatis* ». Ici, on comprendrait beaucoup mieux l'interven-

(30) MOMMSEN F., *Zur Lehre von dem Interesse*, 2. Abt., Braunschweig, 1855, pp. 208 et s.

(31) PRINGSHEIM F., « Das Alter der aedilizischen actio quanti minoris », *ZSS*, 69 (1952), p. 280 et s.

(32) PRINGSHEIM F., *op. cit.*, p. 281.

(33) V. cependant : SCHULZ F. (*Classical Roman Law*, Oxford, 1951, p. 537), qui estime au contraire qu'il s'agit là de droit de Justinien ; v. aussi : KASER (*Das Römische Privatrecht*, T. 1, 2. Aufl., München, 1971, p. 559, § 131, note 50), pour qui le terme *aestimatoria* est aussi peu technique que celui d'*actio quanti minoris*. En revanche, il en admet le caractère classique.

(34) Sur ce point, Mommsen, Pringsheim, mais aussi MONIER (*La garantie contre les vices cachés dans la vente romaine*, Paris, 1930, p. 176) sont bien d'accord.

tion des Compilateurs. En effet, l'*actio auctoritatis* supposait qu'il y ait eu *mancipatio*. L'esclave étant une *res Mancipi*, la *mancipatio* était donc également le moyen le plus approprié pour en transférer la propriété. Or nous savons bien qu'à l'époque de Justinien, la *mancipatio* n'était plus utilisée. Cela expliquerait donc pourquoi il fallait faire disparaître le mot *auctoritatis*. En conséquence, le « *traditus* » que l'on trouve à la fin de notre fragment serait également interpolé. Si l'on suit ce schéma, la question posée par Paul concernerait alors le cumul de l'*actio auctoritatis*, et l'*actio ex stipulatu* fondée sur les *promissa in venditione* (35). Dans ce cas, il faut donc imaginer que la *stipulatio duplae* fait défaut.

En conclusion, nous pensons que plusieurs lectures sont imaginables et comportent toutes leurs avantages et inconvénients. Pour ce qui concerne le problème du dépassement de causalité, l'apport de notre fragment n'est pas affecté par l'incertitude qui plane encore sur les moyens procéduraux en question. Il est en effet certain que Paul était d'avis qu'il y avait lieu au cumul.

(35) Notons qu'une position proche de celle que nous décrivons ici a déjà été défendue par : THIELMANN G., « 'Actio redhibitoria' und zufälliger Untergang der Kaufsache », *Studi Volterra*, II, Milano, 1971, pp. 494 et s. Cet auteur fonde cependant sa position sur une affirmation qui nous paraît erronée. D'après Thielmann, s'il ne peut être question de la *stipulatio duplae* dans notre fragment, c'est en raison du fait qu'elle ne permet pas d'obtenir le *quanti interest emptoris*, dont il est question à la fin de notre fragment. Pour faire cette affirmation, il s'en réfère essentiellement à Kaser (Thielmann cite : KASER M., *Das Römische Privatrecht*, T. 1, 1. Aufl., München, 1955, p. 463, note 59). Ce dernier écrit cependant également que les garanties particulières en matière de vices (*promissa*) étaient souvent regroupées avec la *stipulatio duplae* en une seule *stipulatio*. Qui plus est, la formule de la *stipulatio duplae*, telle qu'elle est rédigée dans l'édit des édiles curules prévoit à la fois le paiement du double du prix en cas d'éviction, et le simple *id quod interest*, en cas de vice (KASER M., *Das Römische Privatrecht*, T. 1, 2. Aufl., München, 1971, p. 558 : « Eine garantie dafür, daß die Sache von bestimmten Fehlern frei sei oder bestimmte Eigenschaften habe, kann seit alters in einer *stipulatio* übernommen werden. Daraus haftet der versprechende Verkäufer auf das Interesse des Käufers an der Richtigkeit dieser Zusagen. Diese Zusicherungen werden häufig mit der *stip. Duplae* oder *habere licere* in einer Vertragsformel verbunden ; so auch in der Musterformel des *ädilenedikts* für die *stip. duplae*, die so heißt, obschon sie auf den doppelten Kaufpreis nur wegen Eviktion, aus Sachmängeln dagegen auf das einfache Interesse gerichtet ist »). Notons d'ailleurs que la position de Kaser sur ce point est aussi la position dominante sur le sujet. V. dans le même sens : HAYMANN F., *Die Haftung des Verkäufers für die Beschaffenheit der Kaufsache*, Berlin, 1912, p. 25 ; LENEL O., *Edictum perpetuum*, 3^e éd. Leipzig 1927, pp. 567 et s. (§ 296) ; MONIER R., *La garantie contre les vices cachés dans la vente romaine*, Paris, 1930, pp. 87 et s. ; ARANGIO-RUIZ V., *La compravendita in diritto romano*, vol. 2, Napoli, 1954, pp. 342 et pp. 367 et s. ; IMPALLOMENE G., *L'editto degli edili curuli*, Padova, 1955, p. 49, note 13 ; ANKUM H., in : ANKUM H., VAN GESSEL-DE ROO M., POOL E., « Die Verschiedenen Bedeutungen des Ausdrucks in bonis alicuius/in bonis habere im Klassischen römischen Recht », *ZSS*, 105 (1988), p. 351.

3.2. — *Paul reconnaît à l'acheteur un intérêt à agir en raison du vice*

Pour rappel, la *ratio dubitandi* de Paul est la suivante : quel intérêt un acheteur évincé a-t-il à ce que l'esclave soit sain et non-fugitif ?

Le jurisconsulte estime cependant que cet intérêt a existé. L'acheteur a possédé un esclave dont il n'a pas pu tirer les services qu'il pouvait espérer, parce qu'il était vicié. Le vendeur avait pourtant promis par *stipulatio* que l'esclave ne l'était pas. L'obligation du vendeur est violée dès l'entrée en possession de l'acheteur, puisque c'est à partir de ce moment que naît le dommage. L'acheteur a donc un intérêt à agir sur base de la *stipulatio* dès le moment de la *traditio* (ou de la *mancipatio*). Cet intérêt — et donc l'obligation correspondante — ne peut plus décroître par la suite. En conséquence, l'éviction de l'acheteur n'annule pas l'intérêt qu'il avait de posséder un esclave sain pendant la durée de sa possession.

Lorsque Paul conclut à l'existence d'un intérêt, malgré l'éviction postérieure, il s'exprime comme suit : *sed interfuit emptoris sanum possedissee propter operas*. Alors que par deux fois, le jurisconsulte traite du vice en se référant à la fois à la santé et au caractère fugitif (*morbum forte vel fugam — sanum esse fugitivum non esse*), il ne parle plus cette fois que de la santé. Pringsheim (36) en a déduit que le texte était interpolé sur ce point également, et que Paul n'avait pas envisagé le cas de l'esclave fugitif. Il supprime donc [*forte vel fugam*] et [*fugitivum non esse*]. Cette interpolation — que Pringsheim n'attribue pas non plus aux Compilateurs (37) — serait la conséquence d'une volonté d'élargissement de la règle.

À notre avis, il se peut très bien que Paul n'ait pas cru nécessaire de répéter une troisième fois *non fugitivum*, simplement pour alléger sa phrase, et sans pour autant exclure le cas. L'argument nous paraît vraiment trop faible, pour que l'on puisse admettre que le texte ait été interpolé sur ce point.

Medicus (38) adopte d'ailleurs sur ce point une position opposée à celle de Pringsheim. Il fait remarquer que Paul justifie l'existence d'un intérêt dans le chef de l'acheteur, en faisant référence aux *operae servo-*

(36) PRINGSHEIM F., « Das Alter der aedilischen actio quanti minoris », ZSS, 69 (1952), p. 281, note 201.

(37) Pour rappel, il en était déjà de même, concernant l'interpolation de [*In redhibitoria vel aestimatoria*]; v. *supra*, 3.1. En l'absence de justification particulière, il faut admettre que c'est parce qu'il considère que les deux interpolations sont de la même main, que Pringsheim renonce ici également, à attribuer l'altération du texte aux Compilateurs.

(38) MEDICUS D., *Id quod interest*, Köln-Graz, 1962, pp. 112 et s.

rum. Or l'intérêt qu'a l'acheteur de posséder un esclave sain et non-fugitif dépasse le montant des services que l'esclave n'a pu rendre en raison du vice. En effet, il suffit, pour s'en convaincre, de prendre l'exemple de l'esclave fuyard, et à la garde duquel l'acheteur doit affecter d'autres esclaves. Medicus constate donc que si Paul avait voulu limiter l'intérêt de l'acheteur aux *operae servorum*, il y a une partie des cas concernant le *fugitivus* (39) pour laquelle la totalité du dommage ne serait pas couverte.

Au contraire de Pringsheim, Medicus n'en conclut pas pour autant que Paul n'avait pas envisagé le cas du *fugitivus*. Il pense plutôt que Paul n'a pas entendu introduire une limitation aux prétentions de l'acheteur par ce biais. En effet, l'acheteur dispose d'une *actio ex stipulatu* dès le moment de la *traditio* de l'esclave, et cette action ne peut plus *ex postfacto* *decrescere*. Envisageons le cas de l'acheteur qui n'a pas encore été évincé. Il n'y a dans ce cas aucune raison de limiter l'intérêt de l'acheteur aux *operae servi*, sans quoi il devrait sans cesse intenter une nouvelle action. Il va de soi qu'il pourra dès ce moment réclamer la totalité de la diminution de valeur subie par l'esclave en raison de son vice. Or Paul nous dit que l'intérêt de l'acheteur ainsi compris ne peut plus *decrescere*, même si il devait ensuite y avoir éviction. Il n'y a donc aucune raison de penser que l'intérêt de l'acheteur puisse être limité aux *operae servi*.

Nous pensons que Medicus a tout à fait raison, lorsqu'il fait cette dernière affirmation. Lorsque Paul octroie *quanti interest emptoris* à l'acheteur d'un esclave vicié, ce montant peut très bien dépasser la valeur des *operae servi*. Nous voudrions cependant ajouter une précision : la limitation de l'intérêt de l'acheteur aux *operae servi* ne constituerait pas une limite uniquement pour le cas du *fugitivus*, mais également dans le cas du *morbis*. En effet, si l'acheteur pouvait réclamer uniquement l'équivalent des services que l'esclave malade n'a pu lui rendre, cela exclurait *ipso facto* les éventuels frais médicaux requis par l'état de l'esclave. Sur ce point, le cas du *fugitivus* ne diffère donc pas de celui du *morbis*.

Si Paul ne voulait pas limiter le calcul de l'intérêt de l'acheteur d'un esclave vicié aux *operae servi*, on pourrait alors se demander pourquoi il y fait référence. C'est ici qu'il faut rappeler qu'au moment d'invoquer ces *operae servi*, Paul tente d'infirmer la *ratio dubitandi* qu'il vient

(39) Comme le note Medicus (*op. cit.*, p. 113, note 14), il faut distinguer selon que l'esclave a réussi — ou non — à s'échapper. S'il s'est échappé immédiatement, le seul dommage qu'il aura subi sera constitué des *operae* dont il n'aura pas bénéficié. Au contraire, si l'esclave n'a pas réussi à s'échapper, mais que l'acheteur a été obligé d'affecter quelqu'un à sa garde, le dommage subi dépasse ce montant.

d'émettre, et d'après laquelle l'intérêt de l'acheteur fait totalement défaut en cas d'éviction. Il importait donc à Paul, non pas de donner une nouvelle délimitation à cet intérêt, mais tout simplement de démontrer qu'il existait. À cette fin, les *operae servi* sont l'exemple idéal pour montrer que l'acheteur avait un intérêt à ce que l'esclave ne soit pas vicié. En effet, les services que l'acheteur aurait pu tirer de son esclave avant l'éviction, ne sont en rien affectés par cette dernière. L'exemple des *operae servi* permet donc à Paul de montrer que l'intérêt de l'acheteur est réel, mais aussi qu'il n'est en rien affecté par l'éviction postérieure.

Bref, il n'y a donc aucune raison de penser que l'intérêt auquel l'acheteur peut prétendre, est inférieur à la totalité de l'intérêt qu'il aurait eu à ce que l'esclave ne soit pas vicié. Qui plus est, ceci ne diminue en rien le droit qu'a l'acheteur de réclamer la restitution du double du prix de vente, en raison de l'éviction.

Avant d'en venir au problème du dépassement de causalité, il nous faut encore examiner les deux textes parallèles au nôtre : D. 21, 2, 16, 2 et D. 19, 1, 11, 14.

**B. — Exégèse de Pomp., lib. 9 ad Sabinum
(D. 21, 2, 16, 2)**

Si servus, cuius nomine duplam stipulati sumus, evictus fuerit a nobis : ob id quod fugitivus (40) vel sanus non fuerit an agere nihilo minus possimus, quaeritur (41). Proculus videndum ait, ne hoc quoque intersit, utrum tum evictus sit, cum meus factus non esset, an tum cum meus factus esset : in eo enim casu quo meus factus est statim mea interest, quanto ob id deterior est, et quam actionem semel ex stipulatu habere coepi, eam nec evictione nec morte nec manumissione nec fuga servi nec ulla simili causa amitti : at si in bonis meis factus non sit, nihil ob ea quod fugitivus sit (42) pauperior sim, utpote cum in bonis meis non sit. quod si sanum esse, erronem non esse stipulatus essem, tantum mea interesse, quantum ad praesentem usum pertineret, tametsi in obscuro esset (utpote ignorantibus nobis, quamdiu eum habiturus essem et an futurum esset, ut eum quisquam aut a me aut ab eo cui vendidissem cuive similiter promississem evinceret). summam autem opinionis suae hanc esse, ut tantum ex ea stipulatione consequar, quanti mea intersit aut post stipulationem interfuerit eum servum fugitivum non esse.

(40) HUSCHKE (*Zur Pandektenkritik*, Leipzig, 1875, p. 58) propose d'insérer « fuerit » à cet endroit.

(41) LENEL (*Paligenesia iuris civilis*, Lipsiae, 1889, Pomp. n° 559, note 3) constate qu'il semble manquer quelque chose à cet endroit.

(42) Mommsen suggère de supprimer les mots « quod fugitivus sit ».

1. — CONTENU DU TEXTE

Pomponius propose la question suivante : Celui qui, ayant stipulé du double, est évincé de son esclave, peut-il malgré tout agir contre son vendeur en raison du fait que l'esclave était fuyard ou n'était pas sain ?

Afin de répondre à cette question, le jurisconsulte fait appel à un avis émis par Proculus. Selon ce dernier, il faut distinguer selon que l'acheteur était — ou non — propriétaire de l'esclave au moment de l'éviction.

En effet, s'il en était propriétaire, la diminution de valeur de l'esclave due au vice fait naître chez l'acheteur un intérêt qu'il pourra faire valoir par le biais de l'*actio ex stipulatu*. Cette action lui reste acquise même si l'esclave lui est ensuite évincé, meurt, est affranchi, s'enfuit...

Dans le cas contraire, c'est-à-dire si l'acheteur n'a jamais eu l'esclave *in bonis*, il n'a pas pu en subir de perte. Mais comme il a malgré tout stipulé que l'esclave était sain, il peut faire valoir un intérêt fondé sur l'usage qu'il aurait pu avoir de l'esclave, s'il n'avait pas été vicié.

Pomponius (ou Proculus) reconnaît cependant que cela ne va pas sans poser de problèmes, puisqu'au moment où naît l'intérêt, on ne sait pas encore qu'il y aura éviction, ni a fortiori, la durée pendant laquelle l'acheteur aura eu un usage amoindri de l'esclave qu'il possède.

En conclusion, semble dire Pomponius, Proculus est d'avis que l'acheteur pourra réclamer sur base de la *stipulatio* en question la totalité de l'intérêt qu'il avait que l'esclave ne soit pas vicié.

2. — CRITIQUE DE TEXTE

2.1. — *fugitivus* < *fuert* > *vel sanus non fuert*

Huschke (43) propose d'insérer *fuert* après *fugitivus*. Il est vrai que tel qu'il nous est parvenu, le texte comporte une légère incohérence. Il va cependant de soi que Pomponius se demande si l'acheteur dispose d'une action dans le cas où l'esclave est *fugitivus*. Il n'a certes jamais envisagé l'octroi d'une action parce que l'esclave n'était pas *fugitivus*. Dès lors, le *fuert* est-il resté dans la plume d'un scribe, voire celle de Pomponius lui-même ? Il nous paraît malaisé, mais surtout inutile, de répondre à cette dernière question. Le sens du texte reste clair sur ce point.

(43) HUSCHKE E., *Zur Pandektenkritik*, Leipzig, 1875, p. 58.

2.2. — *La lacune constatée par Lenel*

Lenel (44) constate que les mots « *Proculus videndum ait, ne hoc quoque intersit* » trahissent un découpage du texte. Il est probable qu'il manque quelque chose après *quaeritur* (45).

Ce sentiment est d'ailleurs partagé par Beseler (46). Ce dernier ne se contente cependant pas de constater la lacune. Il propose même de le combler par : « *et illud palam est, nisi fugerit servus antequam evinceretur, ob id quod fugitivus est agere me non posse. sed* » *Proculus videndum ait...* » De manière générale, Beseler transforme le texte de Pomponius et de Proculus, comme si ces deux jurisconsultes n'avaient traité que du cas de l'esclave fuyard.

Kaser (47) se déclare convaincu par cette reconstruction. Pringsheim (48) est plus sceptique. S'il admet également que le texte a été découpé, il ne suit pas Beseler dans sa reconstruction. La suite du fragment oppose en effet au cas envisagé en début de fragment, celui d'un esclave malade ou vagabond (*erro*). Dans ce deuxième cas, l'intérêt faisant l'objet de l'*actio ex stipulatu* est évalué d'après la diminution des services rendus par l'esclave en raison de son vice. D'après Pringsheim, l'intérêt se calcule différemment dans le cas de l'esclave fuyard, puisque dans ce cas, ce vice ne fait que causer une diminution de la valeur intrinsèque de l'esclave.

La constatation de Lenel nous semble tout à fait fondée. Il est vrai que le « *quoque* » donne l'impression qu'il manque quelque chose après « *quaeritur* ». Il nous paraît cependant présomptueux de tenter de combler ce trou éventuel. Pour ce qui est de la discussion amorcée par Pringsheim, concernant le montant de l'intérêt, nous y reviendrons plus tard (49).

2.3. — *Quod fugitivus sit*

Mommsen propose de supprimer les mots « *quod fugitivus sit* ». Il est vrai qu'au début du fragment, il est question d'un esclave qui est *fugiti-*

(44) LENEL O., *Paligenesia iuris civilis*, Lipsiae, 1889, Pomp. n° 559, note 3.

(45) Dans le même sens, v. outre l'édition du Digeste Mommsen-Krüger, les auteurs suivants : BREMER F.P., *Iurisprudientiae Antehadrianae*, Lipsiae, 1901, pars altera, p. 148 ; MEDICUS D., *Id quod interest*, Köln-Graz, 1962, p. 114.

(46) BESELER G., « Textkritische Studien », ZSS, 53 (1933), pp. 26 et s.

(47) KASER M., « Das Ziel der actio empti nach Eviktion », ZSS, 54 (1934), p. 174, note 2.

(48) PRINGSHEIM F., « Das Alter der aedilizischen actio quanti minoris », ZSS, 69 (1952), pp. 279 et s.

(49) V. *infra*, point 3.2.

us vel non sanus, alors qu'ici, il n'est plus que *fugitivus* (50). La suppression de *quod fugitivus sit* permet — par le biais de *ob ea* — de faire plus généralement référence aux vices dont il était question plus haut.

À propos des mêmes mots, Lenel (51) se demande s'il ne s'agit pas d'une glose. Bremer (52) les supprime également. Beseler (53) va encore plus loin, puisqu'il supprime tout le passage [*sit nihil ob ea quod fugitivus sit pauperior sim, utpote cum in bonis meis non sit. quod*]. Pringsheim (54) et Ankum—van Gessel-de Roo—Pool (55) reviennent à la proposition plus modeste de Mommsen.

La correction proposée par Mommsen paraît en effet s'imposer, dans la mesure où on ne voit pas pourquoi la solution de Proculus n'aurait plus été valable que dans le cas du *fugitivus*, et non dans celui du *morbus*. On pourrait cependant faire remarquer qu'il règne un certain flou à chaque fois qu'il est question des vices qui affectent l'esclave vendu. En effet, dans un premier temps (*supra* 2.1.) il y a cette hésitation sur l'esclave qui n'est pas sain ou fugitif ; ici il n'est plus question que de *fugitivus* ; plus loin on trouve : *quod si sanum esse, erronem non esse* ; et la finale ne reprend à nouveau plus que *servum fugitivum non esse*. On comprend dès lors la tentative de Beseler d'uniformiser cela, pour ne garder que le cas du *fugitivus*. À notre sens, rien ne permet cependant d'être certain que seul ce cas était envisagé par Pomponius et Proculus. Nous reviendrons sur cette question au moment d'aborder la question du montant de l'intérêt (56).

3. — EXPLICATION DU TEXTE

Pomponius expose donc le cas de quelqu'un qui a acheté un esclave en stipulant du double (*stipulatio duplae*). La formule de cette *stipulatio*,

(50) Comp. : HUSCHKE E., *Zur Pandektenkritik*, Leipzig, 1875, pp. 59 et s. Cet auteur propose au contraire de rajouter « *vel sanus non sit* ».

(51) LENEL O., *Paligenesia iuris civilis*, Lipsiae, 1889, Pomp. n° 559, note 6.

(52) BREMER F.P., *Iurisprudentiae Antehadrianae*, Lipsiae, 1901, pars altera, p. 149.

(53) BESELER G., « Textkritische Studien », *ZSS*, 53 (1933), p. 27.

(54) PRINGSHEIM F., « Das Alter der aedilizischen actio quanti minoris », *ZSS*, 69 (1952), p. 280.

(55) ANKUM H., VAN GESSEL-DE ROO M., POOL E., « Die verschiedenen Bedeutungen des Ausdrucks in bonis alicuius/in bonis habere im klassischen römischen Recht », *ZSS*, 105 (1988), p. 350, note 59a.

(56) V. *infra*, point 3.2.

telle qu'elle est proposée par l'édit des édiles curules (57), prévoit à la fois une condamnation au double en cas d'éviction, et une condamnation au *quod interest* en cas de vice de l'esclave. La question est donc de savoir si les deux condamnations peuvent être obtenues simultanément. Pour y répondre, Pomponius fait appel à un avis de Proculus, qui dit qu'il faut distinguer. Il nous semble cependant indispensable de préciser les termes de cette distinction.

3.1. — *Meus factus esset — in bonis meis non sit*

Dans un premier temps, Proculus dit qu'il faut distinguer si au moment de l'éviction, l'acheteur était propriétaire (*meus factus esset*) de l'esclave, ou non (*meus factus non esset*). Au moment de justifier cette distinction, la terminologie n'est plus aussi univoque. Si le premier cas est toujours défini en termes de propriété (*in eo casu quo meus factus est*), l'hypothèse alternative est décrite différemment. Il n'est plus dit que l'acheteur n'est pas propriétaire de l'esclave, mais plutôt que ce dernier ne fait pas partie de ses biens (*cum in bonis meis non sit*).

À ce propos, Medicus (58) soulève le problème suivant : comment un acheteur peut-il être évincé, après avoir été propriétaire ? L'auteur propose trois réponses possibles à cette question : il faut pour cela imaginer l'hypothèse d'un usufruit ou d'un droit de gage, ou encore celle d'un jugement fondé sur une erreur matérielle. Medicus écarte cependant aussitôt l'idée que l'avis de Proculus se soit limité à ces cas-là.

Nous sommes ici d'un autre avis que Medicus. Nous ne voyons pas pourquoi Proculus n'aurait pas envisagé le cas de la propriété accordé par un jugement fondé sur une erreur matérielle. Mais au-delà de ce cas, la position de Proculus nous semble fondée sur un autre critère. C'est ici qu'il est intéressant de se rappeler que dans un cas, Proculus s'exprime différemment. En effet, l'expression *in bonis* ne désigne pas la

(57) V. LENEL O., *Edictum perpetuum*, 3^e éd. Leipzig, 1927, pp. 567 et s. (§ 296). Mais aussi : MONIER R., *La garantie contre les vices cachés dans la vente romaine*, Paris, 1930, pp. 87 et s. ; ARANGIO-RUIZ V., *La compravendita in diritto romano*, vol. 2, Napoli, 1954, p. 342 et pp. 367 et s. ; IMPALLOMENI G., *L'editto degli edili curuli*, Padova, 1955, p. 49, note 13 ; ANKUM H., VAN GESSEL-DE ROO M., POOL E., « Die verschiedenen Bedeutungen des Ausdrucks in bonis alicuius/in bonis habere im klassischen römischen Recht », *ZSS*, 105 (1988), p. 351.

(58) MEDICUS D., *Id quod interest*, Köln-Graz, 1962, p. 116. Une remarque semblable était déjà formulée par Appleton (APPLETON C., *Histoire de la propriété pré-torienne et de l'action publicienne*, I, 1889, pp. 236 et s., note 19), d'après qui le texte supposait que l'acheteur ne soit pas encore devenu propriétaire, bien qu'ayant reçu tradition.

propriété quiritaire, mais bien la *possessio ad usucapionem* (59). C'est d'ailleurs probablement cela qui a suggéré à Lenel (60) d'introduire *si anno eum possedissem* avant *meus factus non esset* et avant *meus factus est*. Cette modification a pour effet, que Proculus ne considère plus que l'acheteur devait être propriétaire de l'esclave au moment de l'éviction, mais simplement qu'il fallait qu'il l'eût été, s'il l'avait possédé pendant un an. Le critère de distinction n'est donc plus la propriété, mais la *possessio ad usucapionem*. Dans ce cas, l'hypothèse devient plus limpide, puisque l'éviction d'un tel possesseur est toujours plausible, et non limitée aux cas de l'usufruit et du gage.

De manière semblable, mais sans s'appuyer clairement sur notre texte, Hanausek (61) exposait déjà la distinction de Proculus comme suit : il faut voir si l'acheteur a été évincé avant ou après la *traditio* de l'esclave. En droit romain classique, une pareille *traditio* ne peut mener qu'à la *possessio ad usucapionem*. Ce n'est qu'un an plus tard que l'acheteur peut devenir propriétaire quiritaire de l'esclave, pour autant — par exemple — qu'il n'ait pas été évincé. On pourrait s'étonner que Hanausek expose cette distinction en la fondant sur la *traditio* de l'esclave, alors qu'il n'est pas question de *traditio* dans notre fragment. L'explication de ce fait se trouve probablement dans le fragment

(59) V. : GAIUS, *Institutes* 1, 54 : *Ceterum cum apud cives romanos duplex sit dominium (nam vel in bonis vel ex iure Quiritium vel ex utroque iure cuiusque servus esse intellegatur), ita demum servum in potestate domini esse dicemus, si in bonis eius sit, etiamsi simul ex iure Quiritium eiusdem non sit : nam qui nudum ius Quiritium in servo habet, is potestatem habere non intellegitur ; 2, 40 : Sequitur ut admoneamus apud peregrinos quidem unum esse dominium : nam aut dominus quisque est aut dominus non intellegitur. Quo iure etiam populus romanus olim utebatur : aut enim ex iure Quiritium unusquisque dominus erat aut non intellegebatur dominus. sed postea divisionem accepit dominium, ut alius possit esse ex iure Quiritium dominus, alius in bonis habere. 41 : Nam si tibi rem mancipi neque in iure cessero, sed tantum tradidero, in bonis quidem tuis ea res efficitur, ex iure Quiritium uero mea permanebit donec tu eam possidendo usucapias ; semel enim inpleta usucapione proinde pleno iure incipit, id est et in bonis et ex iure Quiritium tua res esse, ac si ea mancipata <esset> vel in iure cessa.* Pour une position nuancée sur la compréhension des mots *in bonis*, v. l'important travail qu'y ont consacré ANKUM, VAN GESSEL-DE ROO M. et POOL, dans : « Die verschiedenen Bedeutungen des Ausdrucks *in bonis alicuius/in bonis habere* im klassischen römischen Recht » (I, II et III), *ZSS*, 104 (1987) ; 105 (1988) et 107 (1990). V. en particulier leur conclusion : *ZSS*, 107 (1990), p. 212 et s.. *Contra* : HÄGERSTRÖM A., *Der römische Obligationsbegriff*, Uppsala/Leipzig, 1927, p. 181.

(60) LENEL O., *Paligenesia iuris civilis*, Lipsiae, 1889, Pomp. n° 559, note 4.

(61) HANAUSEK G., *Haftung des Verkäufers für die Beschaffenheit der Waare*, T. I, Berlin 1883, p. 37 : « Pomponius billigt die Ansicht des Proculus, welcher unterscheidet, ob die Eviction vor oder nach geschעהener Tradition des Sklaven eingetreten sei ».

parallèle de Paul (D. 21, 1, 44, 2 (62)), qui lie la naissance de l'intérêt de l'acheteur, à la réalisation de la *traditio* (63).

Rappelons cependant que Paul estime que l'acheteur — même évincé — a un intérêt à agir sur base du vice dès le moment où il a obtenu *traditio* de l'esclave. On ne peut pas dire que Paul distingue entre le cas où l'éviction est antérieure ou postérieure à la *traditio*, vu que l'éviction suppose que l'acheteur soit entré en possession de l'esclave.

Également avant Lenel, Appleton (64) défendait déjà l'idée que le texte supposait que l'acheteur n'était pas encore devenu propriétaire de l'esclave. Il lui avait seulement été remis par *traditio*. Cette propriété non-acquise est désignée par les mots *in bonis*.

La reconstruction de Lenel a ensuite été adoptée par Medicus (65) et Thür (66). Medicus explique l'altération du texte de Pomponius par la disparition de l'usucapion. En conséquence, le texte n'était plus compréhensible pour les Compilateurs.

Une lecture proche de celle de Lenel peut encore être attribuée à Ankum (67). Pour ce dernier, les expressions *in bonis meis est* et *meus factus est* sont devenues synonymes à la fin de la période classique et désignent toutes les deux, tant la propriété quiritaire que la propriété bonitaire. Le premier témoignage de l'assimilation de la propriété bonitaire à la propriété quiritaire serait précisément le texte de Pomponius dont nous traitons ici. Il admet donc également que pour Proculus, l'*actio ex stipulatu* était accordée — en raison du vice — dans les cas où l'esclave est au minimum *in bonis emptori*.

(62) V. *supra*, notre exégèse de ce fragment.

(63) Une observation semblable pourrait encore être faite à propos d'Impallomeni (*L'editto degli edili curuli*, Padova, 1955, p. 53). Ce dernier ne distingue pas selon que l'éviction est antérieure ou postérieure à la *traditio*, mais fait dire à Pomponius que la naissance de l'intérêt de l'acheteur dépend de la *traditio* (ou de la *mancipatio*) de l'esclave.

(64) APPLETON C., *Histoire de la propriété prétorienne et de l'action publicienne*, I, 1889, pp. 236 et s., note 19.

(65) MEDICUS D., *Id quod interest*, Köln-Graz, 1962, p. 116.

(66) THÜR G., « Justinians Publiciana und directa 'in rem' », *ZSS*, 89 (1972), p. 369, note 35.

(67) ANKUM H., in : ANKUM H., VAN GESSEL-DE ROO M., POOL E., « Die verschiedenen Bedeutungen des Ausdrucks in bonis alicuius/in bonis habere im klassischen römischen Recht », *ZSS*, 105 (1988), pp. 350 et s. et p. 376. V. aussi : ANKUM H. et POOL E., « Traces of the Development of Roman Double Ownership », *Essays Nicholas*, Oxford, 1989, p. 33 ; KASER M., « Nochmals zu 'in bonis habere' », *Ausgewählte Abhandlungen*, Wien, 1986, p. 369, note 90. Cet auteur admet que dans notre fragment, les deux expressions sont synonymes.

En conclusion, les auteurs sont donc globalement d'accord pour admettre que le critère distinctif utilisé par Proculus était le fait pour l'acheteur d'avoir l'esclave *in bonis*. Nous nous rallions à cette position. Dans l'optique du dépassement de causalité, il nous paraît cependant secondaire de savoir si l'adaptation de l'opinion de Proculus est de Pomponius lui-même — comme le pense Ankum — ou bien postérieure.

3.2. — *Quanto (servus) ob id (vitium) deterior est — quantum ad praesentem usum pertinet ?*

Pomponius et Proculus admettent donc que dans certains cas, l'acheteur a un intérêt à agir sur base du vice de l'esclave, même s'il en est évincé. Il fallait alors se demander comment évaluer le montant de cet intérêt. Le texte est un peu hésitant sur ce point. Il semble tantôt préconiser une évaluation basée sur la moins-value de l'esclave, tantôt tenir compte de l'usage moindre dont a dû se contenter l'acheteur. Dans un cas, l'évaluation du dommage se fait donc sur une base forfaitaire : un pourcentage du prix d'achat (A). Dans l'autre cas, cette évaluation dépend du dommage effectif causé par le vice de l'esclave, en tant qu'il a diminué les services rendus par l'esclave (B). La conclusion finale est à nouveau plus vague et se limite à dire que l'acheteur peut réclamer la totalité de l'intérêt qu'il avait, que l'esclave n'ait pas été vicié.

Comment faut-il comprendre ces tergiversations ? Peu d'auteurs ont tenté de répondre à cette question. Qui plus est, les réponses sont sur ce point extrêmement divergentes. Analysons-les une à une.

A. *Positions doctrinales*

Haymann (68) et Monier (69) semblent favorables à l'idée d'après laquelle l'acheteur ne pouvait jamais réclamer autre chose que l'*aestimatio vitii*, c'est-à-dire la moins-value subie par l'esclave en raison du vice (A).

Friedrich Mommsen (70) et Medicus (71) font une réponse un peu plus nuancée. Ils constatent que notre fragment propose une seconde manière de calculer l'intérêt. Outre le mode retenu par Haymann et

(68) HAYMANN F., *Die Haftung des Verkäufers für die Beschaffenheit der Kaufsache*, Berlin, 1912, pp. 21 et s.

(69) MONIER R., *La garantie contre les vices cachés dans la vente romaine*, Paris, 1930, p. 172, n. 2.

(70) MOMMSEN F., *Zur Lehre von dem Interesse*, 2. Abt., Braunschweig, 1855, pp. 206 et s.

(71) MEDICUS D., *Id quod interest*, Köln-Graz, 1962, pp. 114 et s..

Monier [*quanto (servus) ob id deterior est*] (A), il y a également : *quantum ad praesentem usum pertinet* (B).

Il faut dès lors établir dans quels cas Proculus accorde l'un, quand l'autre. D'après les deux auteurs, il faut reprendre la distinction de Proculus reportée au début de notre fragment (72). Le possesseur *ad usucapionem* aurait donc droit à la moins-value de l'esclave (A), alors que le simple détenteur n'aurait droit qu'à la moins-value des *operae servi* (B). Cela s'explique, selon ces auteurs, par le fait que le patrimoine du détenteur n'est pas affecté par la diminution de valeur de l'esclave.

Pringsheim (73) constate également qu'il y a deux types d'évaluation de l'intérêt de l'acheteur :

- 1) *quanto (servus) ob id deterior est* (A) ;
- 2) *quantum ad praesentem usum pertinet* (B).

Il considère que Pomponius et Proculus traitent exclusivement du cas du *fugitivus*, pour lequel c'est le premier mode d'évaluation qui est retenu. Dans le cas du *morbus*, Pringsheim pense que l'acheteur ne peut réclamer que la diminution de l'usage qu'il a eu en raison de la maladie de son esclave (B). Ce dernier cas (*quod si sanum esse* — fin) serait dans notre texte un ajout postclassique, mais conforme à la jurisprudence classique.

Une autre lecture est encore proposée par Impallomeni (74). Il ne propose pas de distinction d'après le mode d'évaluation de l'intérêt. D'après lui, Pomponius propose un seul mode d'évaluation du dommage valable dans tous les cas : dès la *traditio* (ou la *mancipatio*), le dommage équivaut au minimum à *quanto ob id (vitium) deterior (servus) sit* (A). Contrairement à Haymann et Monier, Impallomeni pense donc que l'acheteur peut faire valoir un intérêt supérieur à ce minimum (forfaitaire), pour autant que le dommage effectivement subi (B) soit supérieur à ce montant.

Comme on le voit, la doctrine est extrêmement partagée sur le sujet du montant de l'intérêt. Il nous semble que la clef des divergences rencontrées ci-dessus se trouve dans la manière dont ces auteurs lisent la partie de notre fragment qui va de *quod si sanum esse* à *evinceret*.

B. Le passage : *quod si sanum esse* — *evinceret*

Haymann et Monier passent ce passage sous silence. En effet, ils font totalement abstraction de la phrase dans laquelle Proculus (ou Pompo-

(72) V. *supra*, 3.1.

(73) PRINGSHEIM F., « Das Alter der aedilizischen actio quanti minoris », ZSS, 69 (1952), pp. 281 et s.

(74) IMPALLOMENI G., *L'editto degli edili curuli*, Padova, 1955, pp. 49 et s..

nus) écrit que l'intérêt dépend de l'usage présent que l'on aurait eu de l'esclave, s'il avait été sain (B).

Cette position ne saurait évidemment nous satisfaire, puisque rien ne justifie, a priori, que soit écartée l'évaluation de l'intérêt sur base du *quantum ad praesentem usum pertinet*.

Pour Pringsheim, les mots *quod si sanum...* constituent une glose post-classique. Par cet ajout, on aurait entendu comparer le cas du *morbis* à celui du *fugitivus*, qui seul aurait été visé par Pomponius. En conséquence, l'auteur pense que le critère *quanto ob id deterior sit* (A) concerne le *fugitivus*, alors que *quantum ad praesentem usum pertinet* (B) concernerait le cas du *morbis*. Malgré le fait que Pringsheim pense que le cas du *morbis* est un ajout postclassique, il n'en retient pas moins que la solution est conforme au droit classique.

Cette solution ne nous paraît pas non plus pouvoir être retenue. Elle suppose en effet un très grand nombre de remaniements. Il faut premièrement éliminer du début du fragment, les allusions au cas du *morbis*. Deuxièmement, il faut admettre que la partie *quod si sanum esse...* est un ajout postclassique, alors que sur le fond, l'auteur lui-même admet que le texte est conforme au droit classique, et que sur la forme, il n'a pas non plus d'argument particulier à invoquer. Troisièmement, il faudrait admettre que la solution classique était différente dans le cas du *fugitivus* que dans celui du *morbis*, ce que l'auteur ne justifie aucunement.

Sur ce dernier point, il nous paraît utile de nous attarder un instant. Il faut éviter de penser que les cas du *morbis* et du *fugitivus* sont fondamentalement différents. On pourrait être tenté de penser que le *quanti interest emptoris* est tout à fait différent, selon que l'esclave est malade ou fuyard. En effet, a priori, le fuyard peut servir son maître jusqu'au moment de sa fuite, alors que *morbis* rend dès le début des services amoindris. C'est probablement cela qui pousse Pringsheim à penser que le critère des *operae servi* (B) ne peut concerner que le *morbis*, et ne convient pas pour le *fugitivus*.

À notre avis, cette distinction est cependant un peu caricaturale. D'une part, il serait faux de croire que le *quanti interest emptoris*, dans le cas d'un *morbis*, est limité à la diminution des services qu'il a pu rendre en raison de la maladie. En effet, en comptabilisant l'intérêt de l'acheteur de cette manière, on oublierait toute une série de frais, tels que les frais médicaux, les éventuels cas de contagion... D'autre part, il nous paraît également erroné de penser que le fait que l'esclave est *fugitivus* n'a pu avoir aucun effet sur les services rendus à l'acheteur avant la fuite. En effet, il est tout à fait possible que le *fugitivus* n'ait pas réussi à s'enfuir dès le premier essai. Dans ce cas, on peut imaginer que les

tentatives répétées de s'enfuir aient eu pour conséquence de diminuer les services rendus par le *fugitivus*.

Friedrich Mommsen et Medicus analysent ce même passage comme concernant exclusivement le cas où le vendeur n'a pas l'esclave *in bonis*. En effet, ils limitent l'application du critère du *quantum ad praesentem usum pertinet* (B) au cas de l'acheteur n'étant ni possesseur *ad usucapionem*, ni propriétaire.

Impallomeni lit ces mots comme étant, au contraire, indépendants du cas où l'acheteur n'a pas la *possessio ad usucapionem* de l'esclave. Pour lui, l'acheteur a un intérêt dès qu'il a obtenu *traditio* de l'esclave. Dès ce moment, l'intérêt est équivalent à la totalité du dommage subi, et peut donc être évalué au *quantum ad praesentem usum pertinet* (B). Dès lors, si Pomponius évoque également un deuxième critère, ce serait pour considérer que par « *quanto ob id deterior sit* (A) », il entendait fixer un minimum. L'acheteur pourrait donc fonder sa demande sur le *quantum ad praesentem usum pertinet*, à chaque fois que ce montant est supérieur au premier.

L'erreur que commet, selon nous, Impallomeni, c'est d'assimiler exagérément le contenu de notre fragment, à celui du fragment parallèle (Paul, D. 21, 1, 44, 2 (75)). D'après Paul, il suffisait qu'il y ait eu *traditio* pour que l'acheteur ait un intérêt à agir sur base du vice, malgré l'éviction. Pour l'auteur italien, la problématique envisagée par Proculus est identique. Cette supposition nous paraît cependant erronée. En effet, il est des cas où malgré le fait que l'acheteur a obtenu *traditio* de l'esclave, il n'en est pas devenu possesseur *ad usucapionem*. Ainsi, par exemple, si l'esclave vendu est esclave volé, la *traditio* ne permettra pas à l'acheteur de devenir possesseur *ad usucapionem* de cet esclave.

Nous pensons donc que la lecture la plus adéquate de notre fragment nous a été proposée par Mommsen et Medicus. Les mots *quod si sanum esse, errone non esse stipulatus essem, tantum mea interesse, quantum ad praesentem usum pertineret...* concernent donc bien le cas de l'acheteur qui a obtenu *traditio* de l'esclave, mais qui n'en est pas possesseur *ad usucapionem*.

Notons d'ailleurs que dans notre fragment, les mots *quantum ad praesentem usum pertineret* (B) semblent s'opposer à *quanto ob id deterior sit* (A). Or pour ces derniers, il ne fait aucun doute qu'ils sont énoncés dans le cadre du cas de l'acheteur qui a possédé *ad usucapionem* l'esclave dès avant l'éviction. De même faut-il remarquer que les mots « *quod si sanum...* » sont immédiatement consécutifs au cas où l'acheteur n'a pas l'esclave *in bonis*.

(75) V. *supra*, notre exégèse de ce fragment.

Qui plus est, si l'on prend le cas de celui qui a acheté un esclave volé, on comprend bien que son intérêt n'équivaut pas à la moins-value subie par l'esclave (A). Il n'en reste pas moins que cet acheteur a stipulé de son vendeur que l'esclave était dépourvu de vices, et à ce titre — pour autant qu'il ait disposé de l'esclave — il a également un intérêt à défendre. Cet intérêt ne saurait cependant être autre chose que la diminution de l'usage qu'il a pu tirer de l'esclave en raison du vice (B). Or, c'est bien cela que semble nous dire Proculus.

C. — Exégèse de Ulp., *lib. 32 ad edictum* (D. 19, 1, 11, 14)

Cassius ait eum, qui ex duplae stipulatione litis aestimationem consecutus est, aliarum rerum nomine, de quibus in venditionibus caveri solet, nihil consequi posse. Iulianus deficiente dupla ex empto agendum putavit.

1. — CONTENU DU TEXTE

Le fragment regroupe les avis de deux jurisconsultes : Cassius et Julien.

D'après Cassius, celui qui obtient une condamnation sur base d'une *stipulatio duplae*, ne peut plus agir à un autre titre, en raison de la vente.

Julien dit que lorsque la *stipulatio duplae* fait défaut, on peut agir sur base de l'*actio empti*.

2. — CRITIQUE DE TEXTE

À notre connaissance, le texte n'a jamais été remis en cause, et il n'y a guère de divergences entre les manuscrits.

3. — EXPLICATION DU TEXTE

Ce qui nous intéresse particulièrement, c'est l'avis de Cassius, en tant qu'il semble s'opposer aux deux textes que nous venons d'examiner (76). Le jurisconsulte semble en effet s'opposer au cumul des actions d'éviction et du vice.

Il est intéressant de noter le nombre limité d'auteurs qui se sont intéressés à notre texte, et à l'avis de Cassius en particulier. Si l'on consulte, par exemple, la Glose éditée par Godefroy (77), on y trouve un com-

(76) D. 21, 1, 44, 2 et D. 21, 2, 16, 2.

(77) GOTHOFREDUS D., *Digesta*, T. 1, Lugduni, 1604, *ad h.l.*

mentaire de Bartole, qui porte uniquement sur l'avis de Julien. Il en va de même pour Schulting (78), qui limite ses remarques à la dernière phrase du fragment. L'index de Schimmelpfeng (79), celui de Palazzini Finetti (80) ou encore l'Index Interpolationum ne signalent aucun auteur ayant traité de notre texte. Cujas (81) ne semble pas non plus avoir abordé l'avis de Cassius.

Afin de comprendre notre texte, et ses rapports avec les deux autres que nous avons examinés auparavant, il faut essayer de préciser la portée exacte de l'interdiction prononcée par Cassius. Le jurisconsulte est-il d'avis que l'acheteur ne pourra plus intenter aucune action en raison de la vente, dès le moment où il a obtenu le *duplum* sur base de la *stipulatio duplae*? Ou bien est-ce uniquement l'*actio empti*, qui est devenue impossible?

Les positions extrêmes sont défendues par Favre et Brunneman.

Favre (82) part du principe suivant : les actions de vice et d'éviction sont totalement indépendantes. L'éviction ne devrait donc pas empêcher l'action des vices. Favre explique alors l'avis de Cassius, en recourant à celui de Julien. D'après Julien, lorsque la *stipulatio duplae* fait défaut, l'acheteur peut intenter l'*actio empti*. Favre en induit que Cassius ne voulait pas empêcher toute autre action tirée de la vente, mais uniquement l'*actio empti*.

Brunneman (83) prend les mots de Cassius au pied de la lettre : l'obtention du *duplum* suite à l'éviction, empêche toute autre action concernant la vente.

Plus récemment, Tafaro (84) a adopté une position proche de celle de Brunneman. L'auteur italien pense que Cassius considérerait l'*aestimatio dupli*, comme le maximum de ce que pouvait espérer l'acheteur évincé. L'hypothèse imaginée par Tafaro n'est cependant pas exactement la même que celle que nous avons envisagée jusqu'ici. Pour lui, « *aliarum*

(78) SCHULTING A., *Notae ad Digesta seu Pandectas*, in N. SMALLENBURG, Lugduni Batavorum 1828, ad h.l.

(79) SCHIMMELPFENG Th., *Hommel Redivivus oder Nachweisung der bei den vorzüglichsten älteren und neueren Civilisten vorkommenden Erklärungen einzelner Stellen des Corpus Iuris civilis*, Cassel, 1858, ad h.l.

(80) PALAZZINI FINETTI L., *Storia della ricerca delle interpolazioni nel Corpus Iuris Giustiniano*, Milano, 1953, p. 475.

(81) Le « Promptuarium » (*Promptuarium universorium operum Jacobi Cujacii*, cura, et industria Dominici Albanensis, Neapoli, 1763, ad h.l.) de ses œuvres ne reprend pas la référence de notre texte.

(82) FABER A., *Rationalia in Pandectas*, T. 3, Lugduni, 1663, pp. 430 et s.

(83) BRUNNEMANN IO., *Jurisconsulti commentarius in Pandectas*, Lugduni, 1714, T. 1, p. 550 (ad h.l.).

(84) TAFARO S., « 'Emptio uno pretio' e 'id quod interest' », *Labeo*, 19 (1973), p. 39.

rerum nomine, de quibus in venditionibus caveri solet » concerne les cas où, en plus de l'éviction complète, il y aurait des éviction partielles, comme la revendication d'une servitude, d'un usufruit,... Le concours entre l'action d'éviction et l'action des vices n'est donc pas envisagé par cet auteur.

À notre connaissance, seuls deux auteurs ont envisagé l'avis de Cassius comme refusant le cumul des actions d'éviction et des vices : Medicus et Ankum.

Ankum (85), comme Tafaro, nous semble donner une compréhension trop restrictive aux mots « *aliarum rerum nomine, de quibus in venditionibus caveri solet* ». Ces derniers désigneraient uniquement l'*actio ex stipulatu* pour les vices.

Medicus (86) s'exprime de manière plus générale : Cassius était d'avis qu'une fois obtenu le *duplum* en raison de l'éviction, l'acheteur n'avait plus d'intérêt à agir sur base des vices de la chose.

Nous pensons que la position de Cassius devait être tout à fait générale, et que d'après lui, le *duplum* devait être la limite maximale de la condamnation du vendeur, lorsqu'une *stipulatio duplae* avait été entreprise. Peu importe le titre (ou la multiplicité de titres) auquel l'acheteur agit contre le vendeur, il ne peut obtenir plus que ce *duplum*. À notre avis cette limite vaut tant pour l'éviction partielle, que pour les vices cachés.

Contrairement à Medicus, nous ne pensons pas que Cassius empêche l'acheteur évincé d'agir sur une autre base par défaut d'intérêt. En effet, s'il en était ainsi, Cassius aurait dû s'exprimer autrement. Or d'après les mots du jurisconsulte, ce n'est pas l'éviction qui empêche l'acheteur d'agir, par exemple en raison du vice, mais le fait d'avoir déjà obtenu le *duplum*. Cassius ne nie donc pas l'existence d'un intérêt dépassant ce *duplum*. Au contraire, si un tel intérêt était impossible, il n'y aurait aucune raison de limiter les prétentions de l'acheteur à ce maximum.

Il nous reste maintenant à voir comment cet avis de Cassius s'intègre dans la jurisprudence classique, vis-à-vis de ceux de Paul et de Proculus.

(85) ANKUM H., « Problemi concernenti l'evizione del compratore nel diritto romano classico », In *Vendita e trasferimento della proprietà nelle prospettive storico-comparatistica*, T. 2, Milano, 1991, p. 625 et s.

(86) MEDICUS D., *Id quod interest*, Köln-Graz, 1962, pp. 111 et s.

D. — Conclusions sur le cumul de l'action des vices et de l'action d'éviction

1. — RÉSUMÉ DE NOTRE POSITION SUR LE CUMUL DE L'ACTION D'ÉVICTION ET DE L'ACTION DES VICES

Les trois fragments que nous avons abordés ci-avant concernent tous le problème du cumul de l'action d'éviction et de l'action des vices. Les questions auxquelles répondent ces fragments sont cependant loin d'être identiques :

La position la plus générale est adoptée par Cassius (Ulp., D. 19, 1, 11, 14) : lorsque l'acheteur évincé obtient le *duplum* (sur base de la *stipulatio duplae*), il ne peut plus agir sur base des vices cachés, ni sur aucune autre base en raison de la vente en question.

D'après Paul (D. 21, 1, 44, 2), l'action des vices existe dès la *traditio* de l'esclave et ne saurait être remise en cause par une éviction postérieure. Il subsiste donc un intérêt à agir sur base des vices, même lorsque l'on a été évincé.

D'après Proculus (D. 21, 2, 16, 2) enfin, l'acheteur garde un intérêt à agir sur base de l'*actio ex stipulatu* en raison des vices, même lorsqu'il est évincé. Cet intérêt est cependant calculé différemment, selon que l'acheteur était possesseur *ad usucapionem* de l'esclave, ou non.

Notons tout de suite que les avis de Cassius et de Proculus et Paul sont moins contradictoires qu'il n'y paraît. Cassius ne nie pas, en effet, l'éventualité de l'existence d'un intérêt d'agir sur base des vices, alors que l'on est évincé. Au contraire, il reconnaît implicitement cette possibilité, puisqu'il empêche que cet intérêt soit satisfait dans la mesure où il entraîne une condamnation du vendeur, supérieure au *duplum*. La controverse (87) entre Cassius et Proculus — Paul porte donc unique-

(87) À notre connaissance, seul MEDICUS (*Id quod interest*, Köln-Graz, 1962, p. 117, note 29 : « Aber diese Stelle wird kaum im Sinne einer Konkurrenzkongruenz verfälscht sein. Eher ist ein Meinungsstreit der Klassiker denkbar, zumal sowohl Pomp. als auch Ulp. sich auf Zitat stützen. Da gerade Proc. und Cass. zitiert sind, könnte der Schulenstreit hereinspielen. ») a noté l'incompatibilité entre l'avis de Cassius, et ceux de Proculus et Paul. Comme nous l'exposons plus haut (v. notre exégèse de D. 19, 1, 11, 14), il tente d'expliquer le refus de Cassius d'accorder l'action des vices, par l'absence d'intérêt. La vision qu'a Medicus de la controverse en est par conséquent tronquée. Là où l'auteur a probablement raison, c'est lorsqu'il pense qu'il devait s'agir d'une controverse d'écoles. V. aussi : ANKUM (« Problemi concernenti l'evizione del compratore nel diritto romano classico », In *Vendita e trasferimento della proprietà nelle prospettive storico-comparatistica*, T. 2, Milano, 1991, p. 625, note 68), qui note simplement que Pomp. (9 *ad Sab.*) D. 21, 2, 16, 2 traite du même problème que D. 19, 1, 11, 14, sans souligner l'incompatibilité entre les deux fragments.

ment sur l'existence — ou non — d'un montant maximal, auquel le vendeur pourrait être condamné, en cas de *stipulatio duplae*.

Une fois admis qu'une partie de la doctrine classique était d'avis que le *duplum* ne devait jamais être dépassé, venons aux fragments qui admettent le cumul des actions d'éviction et des vices, sans fixer de limite supérieure à la condamnation du vendeur (Paul., D. 21, 1, 44, 2 — Pomp., D. 21, 2, 16, 2).

Ces deux textes posent des questions semblables : Peut-on agir sur base du vice de l'esclave, alors que l'on est évincé ? Les deux questions ne sont cependant pas identiques. Paul s'interroge uniquement sur les conditions à remplir pour que l'acheteur ait un intérêt à agir sur base du vice, alors qu'il est évincé. Pomponius et Proculus répondent plutôt à la question du montant de l'intérêt qui pourra être réclamé sur base de l'action *ex stipulatu* en raison du vice.

La première étape est donc de constater avec Paul l'intérêt d'agir en raison du vice, ne disparaît pas nécessairement par le fait de l'éviction. En effet, l'intérêt existe dès le moment où l'acheteur a obtenu livraison de l'esclave, puisque dès ce moment, l'usage qu'il a pu en tirer est amoindri par rapport à ce qu'il aurait été en l'absence du vice.

La seconde étape est de voir, comme le suggère Proculus, à quel titre l'acheteur détient l'esclave qui lui a été livré.

Si l'acheteur est dans les conditions pour bénéficier de l'usucapion, il va de soi qu'une diminution de la valeur de l'esclave affecte son patrimoine dès l'entrée en possession. Par nature, le vice entraîne une diminution de la valeur patrimoniale de l'esclave. L'acheteur pourra donc, dès son entrée en possession, faire valoir un intérêt équivalent à *quanto ob id deterior est* (A) (88). Il s'agit donc d'une diminution de valeur fixée forfaitairement, en un pourcentage du prix d'achat.

Si, au contraire, l'acheteur n'est pas dans les conditions pour bénéficier de l'usucapion, ce n'est pas la diminution de la valeur patrimoniale de l'esclave qui l'affecte, mais la diminution effective de l'usage qu'il a pu en tirer [*quantum ad praesentem usum pertinet* (B) (89)].

Une fois admise cette distinction, on peut encore se demander dans quelle mesure l'acheteur, possesseur *ad usucapionem*, ne peut jamais demander plus que la moins-value de l'esclave. En effet, les deux fragments concluent en affirmant que l'acheteur peut réclamer la totalité de l'intérêt qu'il avait que l'esclave ait été sain et non fuyard. Or, il est tout à fait possible que le dommage subi par l'acheteur d'un esclave vicié soit supérieur à l'évaluation forfaitaire de la diminution de la valeur de

(88) V. notre exégèse de D. 21, 2, 16, 2.

(89) V. notre exégèse de D. 21, 2, 16, 2.

l'esclave (A) (90). Faut-il pour autant limiter à ce forfait, l'action de l'acheteur qui a fait une *stipulatio duplae*, par laquelle le vendeur s'est engagé au *quod interest emptoris*, en cas de vice de l'esclave ?

À notre avis, lorsque Proculus accorde au possesseur *ad usucapionem* un intérêt de *quanto ob id deterior est* (A), c'est dans le but de montrer la différence qu'il y a entre ce cas et celui du simple détenteur. Il ne s'agit cependant aucunement de limiter la demande du premier. Cela ne serait d'ailleurs pas sérieux, car sinon on pourrait, dans un cas extrême, imaginer que le simple détenteur puisse réclamer plus que le possesseur *ad usucapionem*.

En toute hypothèse, l'acheteur a donc droit à un dédommagement total de l'intérêt qu'il avait que l'esclave ait été dépourvu de vice. Là où la distinction de Proculus joue un rôle tout à fait évident, c'est lorsque l'éviction intervient à un moment relativement proche de la livraison. À ce moment, l'intérêt que pourra faire valoir l'acheteur qui ne possède pas *ad usucapionem*, sera tenu (91), vu que de toute façon, l'usage qu'il pouvait tirer de l'esclave était de courte durée. Le possesseur *ad usucapionem*, quant à lui peut, même lorsque l'éviction intervient un jour après la livraison, réclamer la totalité de la moins-value de l'esclave (A). En revanche, si l'éviction intervient plus tard (92), la différence effective entre les deux modes d'évaluations s'amenuise. Dans ce cas, l'*usus praesens* a été plus largement affecté, et l'évaluation basée sur cet *usus* (B) sera plus élevée, voire supérieure à l'évaluation forfaitaire (A). En conséquence, la distinction de Proculus perdra alors son effet.

Dans ce système, on comprend évidemment bien l'hésitation dont nous fait part Pomponius. Il est vrai qu'avant d'être évincé, le simple détenteur ne sait généralement pas qu'il risque d'être évincé, ni, *a fortiori*, quand il le sera. Le calcul de l'intérêt de l'acheteur fondé sur la diminution des services rendus par l'esclave n'est donc logiquement imaginable qu'à un moment où l'acheteur — ne possédant pas *ad usucapionem* — a déjà subi l'éviction. Que se passerait-il, si ce détenteur intentait l'action des vices avant même d'être évincé ? Pomponius ne répond pas à cette question. Dans la mesure où dans un tel cas, rien

(90) Il en serait ainsi, par exemple, si l'esclave était porteur d'une maladie contagieuse et mortelle. Dans ce cas, si l'esclave acheté a contaminé d'autres esclaves de l'acheteur, on comprend aisément que le dommage dépasse l'évaluation forfaitaire.

(91) Hormis le *duplum*, auquel l'acheteur aura droit en raison de l'éviction.

(92) Notons que les actions des édiles prévoyaient un délai, avant l'écoulement duquel l'acheteur d'un esclave vicié devait agir, pour que son action soit recevable (*actio redhibitoria* : 6 mois ; *actio quanti minoris* : 1 an). La *stipulatio*, telle qu'elle est proposée par les édiles, ne semble, quant à elle, pas comporter de délai pour agir en raison du vice.

ne permet de savoir à l'avance que l'acheteur va être évincé par la suite, ce dernier devra, à notre sens, être traité comme n'importe quel acheteur ayant l'esclave *in bonis*, et obtenir au minimum la moins-value subie par esclave.

2. — CONCLUSIONS SUR LA CAUSALITÉ DÉPASSANTE

Parmi les trois fragments examinés ci-avant, seuls ceux de Pomponius et de Paul concernent le problème du dépassement de causalité. En effet, si l'on adopte la position de Cassius, on entre dans un système de condamnations forfaitaires, qui fait échapper la question du cumul des actions d'éviction et des vices, à la problématique du dépassement causal.

En revanche, les fragments de Paul et Pomponius intéressent le problème de la causalité dépassante : la survenance de l'éviction fait que le dommage subi en raison du vice de l'esclave disparaît pour le futur.

Tant le vice que l'éviction supposent que l'acheteur soit entré en possession. En principe, le vice précédera toujours l'éviction, puisque sauf dans le cas où il ne possède pas *ad usucapionem*, l'acheteur subit un préjudice par le fait même qu'il possède l'esclave vicié. Dès ce moment, il peut se plaindre de la diminution de valeur de l'esclave. Contrairement au dommage dû au vice, qui est concomittant à l'entrée en possession, l'éviction suppose l'écoulement d'un moment de raison depuis cette entrée en possession. En effet, dans le cadre du dommage consécutif à l'éviction, l'entrée en possession ne commence pas le dommage, mais constitue un préalable à l'existence même d'une éviction.

Dans ce sens, le dommage dû à l'éviction semble donc inapte à effectuer un dépassement de causalité, vu qu'il intervient *ex postfacto*, à un moment où le dommage causé par le vice de l'esclave est déjà établi.

Cette affirmation doit cependant être quelque peu nuancée en raison de la constatation suivante : le dommage causé par l'éviction est instantané, alors que le dommage qui résulte du vice de l'esclave peut varier en fonction de la durée de la possession de celui-ci.

En d'autres termes, nous avons donc deux faits dommageables potentiels : le vice et l'éviction. Le premier précède toujours le second dans le temps. Le second est plus compréhensif que le premier : un esclave dont on a été évincé ne peut plus nous causer de nouveau dommage en raison du vice.

Il faut ici reprendre les distinctions de Proculus :

A. Lorsque l'acheteur est possesseur *ad usucapionem*, il a droit, dès l'entrée en possession, au remboursement d'un pourcentage du prix de vente (*quanto ob id deterior est*). Le vice est donc nécessairement un fait

dommageable effectif, et l'éviction ne saurait rien y changer. L'éviction est également un fait dommageable effectif, sur base duquel, l'acheteur pourra obtenir le *duplum*, en plus du *quanto ob id deterior est*.

Le montant que peut réclamer l'acheteur d'un esclave vicié peut cependant, dans certains cas, être supérieur au forfait (*quanto ob id deterior est*). Dans la mesure où il a droit à une réparation intégrale du dommage subi en raison du vice, le montant du dommage peut dépendre de la durée de possession. C'est du moins ce que suggère Proculus, en admettant que dans certains cas, l'acheteur a droit à *quantum ad praesentem usum pertinet*. Plus la possession de l'esclave vicié a été longue, plus la différence entre les services que l'acheteur pouvait espérer en retirer, et ceux dont il a effectivement bénéficié, est grande. L'éviction met un terme à la possession de l'acheteur. Elle clôture donc le dommage et empêche son amplification. D'une certaine manière, l'éviction dépasse et rend hypothétique le dommage qu'aurait causé le vice, si l'acheteur n'avait pas été dépossédé.

En réalité, l'éviction est à la fois un fait dommageable effectif et un fait dommageable hypothétique. En effet, pour la période qui se situe entre la livraison et le moment de l'éviction, l'éviction est un fait dommageable hypothétique, parce qu'intervenant *ex postfacto*. Pour la période postérieure à l'éviction, cette dernière devient le fait dommageable effectif, alors que le vice devient le fait dommageable hypothétique. En effet, après l'éviction, le vice ne cause plus de dommage à l'acheteur, et se voit dépassé par le fait dommageable effectif qu'est, pour cette période, l'éviction.

Il est important de voir que cette analyse n'est pas contredite par la position de Cassius (D. 19, 1, 11, 14). Il serait faux de penser que pour ce jurisconsulte, l'éviction est toujours un fait dommageable effectif, qui dépasse et rend totalement hypothétique, le fait dommageable constitué par le vice de l'esclave. Rappelons en effet que pour Cassius, c'est l'obtention du *duplum* qui fait obstacle à toute autre action, et non l'éviction elle-même. De plus, pour que le vice soit exclusivement un fait dommageable hypothétique, il faudrait : soit que l'acheteur ne soit pas encore entré en possession, mais alors il n'y a point d'éviction possible ; soit que l'éviction ait un effet rétroactif. Or, ce n'est pas cela que dit Cassius. On imagine d'ailleurs mal qu'un jugement déjà acquis sur la garantie des vices soit annulé par la suite, en cas d'éviction. À notre sens, la solution de Cassius dans une semblable hypothèse, devait être de diminuer le *duplum* du montant déjà obtenu en garantie des vices, au moment de l'action en éviction.

B. Lorsque l'acheteur n'est pas possesseur *ad usucapionem*, il n'a jamais droit à *quanto ob id deterior est*. Le montant de la condamnation

du vendeur dépend donc toujours de *quantum ad praesentem usum pertinet*. On devrait donc toujours se trouver dans la situation décrite ci-dessus : l'éviction est à la fois fait dommageable hypothétique et effectif.

Il y a cependant une particularité que nous devons relever : si l'évaluation du dommage causé par le vice dépend toujours de l'*usus praesens*, cet *usus* peut très bien être nul. En effet, l'acheteur peut très bien se voir évincé avant même d'avoir effectivement subi un dommage en raison du vice. Il en serait ainsi par exemple, si l'esclave fuyard ne s'était pas encore enfui, ou si l'esclave malade n'avait pas encore été mis au travail...

Dans un pareil cas, le vice de l'esclave n'a pas encore fait naître d'intérêt à agir dans le chef de l'acheteur. Le vice est alors un fait dommageable purement hypothétique, et l'éviction, le seul fait dommageable effectif. Il s'agit donc dans ce cas précis, et uniquement dans celui-ci, d'un dépassement de causalité complet du vice par l'éviction.

Si nous récapitulons brièvement, les possibilités sont donc les suivantes :

A. Soit l'acheteur est possesseur *ad usucapionem*, et il faut distinguer selon qu'il réclame, en réparation des vices, le forfait (*quanto ob id deterior est*) ou le montant exact du dommage.

Dans le premier cas, il y a cumul pur et simple, et il n'est pas question de dépassement de causalité.

Dans le second cas, l'éviction met fin au dommage et ne réalise de dépassement du dommage causé par le vice que pour la période postérieure.

B. Soit l'acheteur n'est pas possesseur *ad usucapionem*, et il faut distinguer selon que le vice a déjà effectivement causé un dommage ou non.

Dans le cas où il y a déjà un dommage, l'éviction y met fin. Le vice est donc ici également dépassé par l'éviction, pour la période postérieure à cette éviction.

Dans le cas où le vice n'a pas encore causé de dommage, il y a dépassement complet du vice par l'éviction.

Comment faut-il intégrer ces textes dans ce chapitre ? Dans le cas de l'acheteur évincé d'un esclave vicié, la situation est en tout cas différente de celle des textes examinés au chapitre premier de la deuxième partie.

On peut constater que les faits dommageables sont moins faciles à distinguer. Cela est dû au fait qu'ils sont intégrés dans la conclusion-même du contrat. C'est en contractant que le vendeur commet un acte qui causera un dommage à l'acheteur, et non plus en exécutant mal le contrat.

Une autre différence découle du fait que la force majeure ne joue aucun rôle dans le cas proposé. On a donc deux faits dommageables à « base humaine ». D'une part, le vendeur vend un esclave dont il a tu le vice. D'autre part, il vend un esclave pour lequel il ne peut garantir contre l'éviction. On constate alors que comme en matière extra-contractuelle, lorsque les faits dommageables effectif et hypothétique sont tous deux à base humaine, les juristes classiques (la solution est cependant également maintenue dans le Digeste) ont choisi d'éliminer le recours à la causalité hypothétique.

Notons aussi que le texte de Paul confirme tant dans la forme que dans le fond, l'affirmation attribuée à Labéon dans le fragment d'Ulpien (D. 43, 24, 7, 4), concernant le *damnum incendii arcendi causa datum*. En effet, dans les deux cas, il est question d'un dommage déjà réalisé (Chez Ulpien : la destruction de la maison — chez Paul : l'usage moindre, ou la moins-value d'un esclave vicié), et que ne peut plus effacer la survenance d'un nouveau fait dommageable (Chez Ulpien : l'incendie — chez Paul : l'éviction). Dans les deux cas également, la survenance tardive du second fait dommageable (appelé pour cela purement hypothétique) est exprimée par les mots *ex postfacto*.