

État de nécessité et *damnum incendii arcendi causa datum*

par Jean-François GERKENS
(Liège)

Les pratiques juridiques romaines, en cas d'état de nécessité, nous sont notamment connues par l'exemple du *damnum incendii arcendi causa datum*. Trois textes du Digeste lui sont consacrés. Voilà de quoi il s'agit.

Un incendie éclate. Primus, qui craint que cet incendie ne se propage jusqu'à sa maison, décide d'abattre la maison de son voisin — Secundus — qui se situe entre le feu et sa maison.

Aujourd'hui, un tel cas serait analysé en termes d'état de nécessité. En était-il pour autant de même pour les Romains? En réalité, il est bien connu que l'état de nécessité — en tant que catégorie dogmatique — est une invention de la science juridique allemande du XIX^{ème} siècle (1). En conséquence, lorsque l'on

1) V. en ce sens: ORMANNI A., *Necessità (stato di)*, ED 27, Milano 1977, p. 822 ss. V. aussi: MAYER-MALY Th., *Das Notverkaufsrecht des Hausvaters*, ZSS 75 (1958), p. 129 s.; ASCHERI M., *Note per la storia dello stato di necessità*, St.Senesi 1975 (87.1), p. 25 ss.; GIARO T., *Excusatio Necessitatis nel diritto romano*, Warszawa 1982, p. 89 s.

fait du droit romain, on ne devrait jamais traiter de l'«état de nécessité» en omettant les guillemets. La question que l'on peut alors se poser est: Comment les Romains réglaient-ils les cas dans lesquels nous recourons à l'état de nécessité? Et en particulier: Comment réglaient-ils le cas du *damnum incendii arcendi causa datum*?

C'est à ces questions que je tenterai de répondre.

Voyons d'abord les textes (2) en question.

Ulp., *lib. 71 ad edict.* (D. 43, 24, 7, 4):

Est et alia exceptio, de qua Celsus dubitat, an sit obicienda: ut puta si incendii arcendi causa vicini aedes intercludi et quod vi aut clam mecum agatur aut damni iniuria. Gallus enim dubitat, an excipi (3) oporteret: "Quod incendii defendendi causa factum non sit"? Servius autem ait, si id magistratus fecisset, dandam esse, privato non esse idem concedendum: si tamen quid vi aut clam factum

2) Pour une exégèse plus complète des trois principaux textes examinés ici, v. mon livre: «*Aequae perituris...*», une approche de la causalité dépassante en droit romain classique, Liège 1997, pp. 33 à 114.

3) Dans la Florentine, on trouve "*effici*". C'est dans la Vulgate que l'on trouve "*excipi*" à cet endroit. V. en ce sens: les deux manuscrits de Paris (Bibliothèque Nationale de France, Latin n. 4455 et Latin n. 4458A), le manuscrit de Bamberg (Staatsbibliothek Bamberg, Msc. Jur. 17) ainsi que le manuscrit du Vatican (Biblioteca Apostolica Vaticana, Pal. Lat. n. 754). La leçon de la Vulgate est également préconisée par les frères KRIEGLER, dans leur édition du Digeste (*Corpus iuris civilis*, 16^e édition, Lipsiae s.d.). Bien qu'il n'y ait pas une différence profonde sur le fond, je pense que c'est avec raison que la doctrine a unanimement préféré la version de la Vulgate. "*Excipi*" me paraît en effet être plus précis et mieux convenir pour désigner l'utilisation d'une exception.

sit neque ignis usque eo pervenisset, simpli (4) *litem aestimandam: si pervenisset, absolvi eum oportere. Idem ait esse, si damni iniuria actum foret, quoniam nullam iniuriam aut damnum dare videtur aequae perituris aedibus. Quod si nullo incendio id feceris, deinde postea incendium ortum fuerit, non idem erit dicendum, quia non ex post facto, sed ex praesenti statu, damnum factum sit nec ne, aestimari oportere Labeo ait* (5).

Dans ce premier texte, Servius propose une double distinction. En premier lieu, il faut voir si celui qui a détruit la maison est un magistrat ou un particulier. Ensuite, dans l'hypothèse où c'est un particulier, il faut voir si le feu a progressé jusqu'aux ruines de la maison de Secundus, ou s'il

4) SCHMIDT (*Das Interdiktenverfahren der Römer*, Leipzig 1853, p. 255 s., n. 6) propose de remplacer "*simpli*" par "*simpliciter*". MOMMSEN propose d'insérer les mots "*eum quocum agatur quod vi aut clam damnandum in id quod interest vel si damni iniuria cum eo actum esset*" devant "*simpli litem aestimandam*". Pour ma part, il me paraît préférable de maintenir le texte, tel qu'on le trouve dans la Florentine. Pour la discussion de cette question, v. mon «*Aequae perituris*», Liège 1997, p. 38 ss.

5) Voici la traduction que je propose du texte: «Il y a une autre exception à propos de laquelle Celse se demande si elle peut être opposée: par exemple si j'ai abattu la maison de mon voisin en vue de me protéger contre un incendie et que l'on agit contre moi en vertu de l'interdit *quod vi aut clam* ou de la *Lex Aquilia*. Gallus se demande d'ailleurs si l'on ne peut pas opposer l'exception: "*Quod incendii defendendi causa factum non sit*" (exception de ce qui a été fait dans le but de se protéger contre un incendie)? Servius dit que si un magistrat a fait cela, il faut lui accorder l'exception, mais qu'il en va différemment pour le particulier. Cependant, si le particulier a agi ainsi mais que le feu n'est pas parvenu jusque là, il doit être condamné au simple; si, au contraire, le feu a progressé jusque là, il faut l'absoudre. Le jurisconsulte dit qu'il en va de même si l'on avait agi en vertu de la *Lex Aquilia*, car il n'y a eu ni dommage ni illicéité, vu que la maison aurait de toute façon péri. Mais si l'on avait agi de la sorte en l'absence d'un incendie et que celui-ci s'est déclenché par la suite, on ne pourrait pas dire la même chose. Car comme le dit Labéon, l'existence d'un dommage doit être appréciée au présent, sans tenir compte des événements subséquents».

s'est éteint avant de parvenir jusque là. Cette seconde distinction peut surprendre un peu, dans la mesure où elle paraît incompatible avec un raisonnement qui serait fondé sur l'état de nécessité. C'est d'ailleurs précisément ce que semble dire Ulpien, dans le deuxième texte:

Ulp., *lib. 9 Disp.* (D. 9, 2, 49, 1):

Quod dicitur damnum iniuria datum Aquilia persequi, sic erit accipiendum, ut videatur damnum iniuria datum, quod cum damno iniuriam attulerit; nisi magna vi cogente fuerit factum, ut Celsus scribit circa eum, qui incendii arcendi gratia vicinas aedes intercidit: nam hic scribit cessare legis Aquiliae actionem: iusto enim metu ductus, ne ad se ignis perveniret, vicinas aedes intercidit: et sive pervenit ignis sive ante extinctus est, existimat legis Aquiliae actionem cessare (6).

La contradiction est flagrante. Dans les deux textes, Primus abat la maison de Secundus dans le but d'endiguer un incendie. Dans les deux cas également, il est question de la distinction entre l'hypothèse dans laquelle le feu rejoint les ruines de la maison de Secundus et celle où il s'éteint dès avant ce moment. Et pourtant, lorsque le feu s'éteint avant, Primus est condamné d'après le premier texte et absous d'après le second.

6) Voici la traduction que je propose du texte: «Quand on dit que la *lex Aquilia* poursuit le *damnum iniuria datum* (“dommage causé de manière illicite”), on entend par là que le dommage doit résulter d'un fait illicite. Tel n'est pas le cas si l'on a été obligé de le causer par force majeure, comme Celse l'écrit à l'égard de celui qui abat la maison de son voisin pour empêcher un incendie de gagner jusqu'à lui; car il écrit que l'action Aquilienne ne peut avoir lieu en ce cas. C'est en effet en raison d'une juste crainte qu'il a agi, pour éviter que le feu n'atteigne sa propre maison; et ce juriste pense que l'action *legis Aquiliae* doit être refusée que le feu ait atteint la maison abattue ou qu'il ait été éteint auparavant».

Pour résoudre cette contradiction, la doctrine a imaginé trois types de solutions.

La première solution est celle de la Glose ⁽⁷⁾. D'après celle-ci, l'absolution de Primus dans le second texte s'explique par le fait que celui-ci a agi "*iusto metu ductus*" et a donc pu croire que le feu rejoindrait la maison détruite. Il aurait donc avant tout fallu que la crainte de Primus ait été justifiée et une des méthodes de prouver cela aurait été de vérifier si le feu pouvait raisonnablement "*pervenire*".

Cette explication doit cependant être rejetée. Dans la distinction de Servius, il n'y a pas de place pour le recours à un "*iustus metus*" qui ferait disparaître l'*iniuria*, puisqu'elle concerne en tout cas l'hypothèse de l'interdit *q.v.a.c.*, pour laquelle la présence ou l'absence d'*iniuria* ne joue aucun rôle ⁽⁸⁾. Ce qui est déterminant pour ce jurisconsulte, c'est d'ailleurs que le feu progresse ou non jusqu'aux ruines de la maison abattue, non que Primus ait agi sous l'emprise ou non d'une juste crainte.

La deuxième solution proposée résout la contradiction en imaginant qu'il y avait une controverse entre Servius et Celse sur

7) V. la glose «*Extinctus*» ad D. 9, 2, 49, 1, dans GOTHOFREDUS D., *Digestum vetus*, Lugduni 1604.

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

le contenu de l'état de nécessité. Comme on l'imagine aisément, cette solution est contemporaine à la naissance de la catégorie dogmatique elle-même. C'est donc chez les auteurs allemands du XIX^{ème} siècle qu'on la trouve pour la première fois ⁽⁹⁾.

D'après les tenants de cette solution ⁽¹⁰⁾, il serait normal qu'il y ait eut des divergences entre les jurisconsultes sur la question

9) LÖHR E., *Die Theorie der Culpa*, Gießen 1806, p. 95 ss.; GLÜCK C.F., *Ausführliche Erläuterungen der Pandekten*, Erlangen 1808, X, p. 331; PERNICE A., *Zur Lehre von den Sachbeschädigungen*, Weimar 1867, p. 39; STAMMLER R., *Darstellung der strafrechtlichen Bedeutung des Nothstandes*, Erlangen 1878, p. 12 ss.

10) Outre les auteurs déjà cités, d'autres auteurs, plus récents, ont encore défendu l'idée que la contradiction entre les textes pouvait s'expliquer par des divergences de vue sur l'état de nécessité ou une divergence d'appréciation des faits. V.: VON TUHR A., *Der Nothstand im Civilrecht*, Heidelberg 1888, p. 61 s. (d'après cet auteur, Ulpian aurait mis un terme à la controverse, en prenant parti pour la position de Celse. Comp. également dans le même sens: KARLOWA O., *Römische Rechtsgeschichte*, T. II, Leipzig 1901, p. 1237 s.); FERRINI C., *Diritto penale romano*, 1902 (Rist. Roma 1976), p. 87 n. 2: "La difficoltà però di distinguere un mero pericolo da un danno imminente spiega le controversie che si ebbero in proposito fra i giuristi romani"; BONFANTE P., *Corso di diritto romano*, Roma 1926, T 2/1, p. 406 s. (Rist. 1966, p. 470 s.); ARU L., *Appunti sulla difesa privata in diritto romano*, Ann. Palermo 15 (1936), p. 141; DE MARTINO F., *In tema di stato di necessità*, RISG 14 (1939), p. 47; VISKY K., *La responsabilité en droit romain*, RIDA 3 (1949), p. 478 ss.; RÖHLE R., *Zur Frage der sogenannten verdrängenden Verursachung im Römischen Recht*, SDHI 31 (1965), p. 309 (Il se peut cependant que cet auteur n'ait pas vraiment vu la totalité du problème, dans la mesure où il ne fait aucune référence au fragment 49 §1 – il se contente de faire remarquer que Servius met une condition supplémentaire à l'octroi de l'exception, par rapport à Celse et Gallus); WATSON A., *The Law of Obligations in the Later Roman Republic*, Oxford 1965, p. 241; TAFARO S., "Causa timoris" e "migratio inquilinorum" in un responso serviano, INDEX 5 (1974/1975), p. 57; MACCORMACK G., "Aquilian Studies", SDHI 41 (1975), p. 53 ss [Bien que ne parlant pas expressément de l'état de nécessité, cet auteur situe la controverse entre Servius et Celse sur les conditions à respecter pour éviter d'être tenu responsable d'avoir abattu la maison de son voisin. Il finit par considérer (p. 56) que pour Servius le fait d'abattre la maison de son voisin devait

de l'admission de l'état de nécessité, qui est avant tout une question de faits ⁽¹¹⁾. Cette vision des choses ne va cependant pas sans poser un problème important: Les deux textes sont attribués à Ulpien et ce dernier ne contredit ni Servius, ni Celse.

Face à ce problème, certains auteurs ont invoqué un troisième texte d'Ulpien, qui traite du même cas.

Ulp., *lib. 56 ad edictum* (D. 47, 9, 3, 7):

Quod ait praetor de damno dato, ita demum locum habet, si dolo damnum datum sit: nam si dolus malus absit, cessat edictum. Quemadmodum ergo procedit, quod Labeo scribit, si defendendi mei causa vicini aedificium orto incendio dissipaverim, et meo nomine et familiae iudicium in me dandum? Cum enim defendendarum mearum aedium causa fecerim, utique dolo careo. Puto igitur non esse verum, quod Labeo scribit. An tamen lege Aquilia agi cum hoc possit? Et non puto agendum: nec

probablement constituer une faute, alors que pour Celse, tel n'était pas le cas. On en revient donc, comme pour les autres auteurs cités ici, à un problème de faits.]; HORAK F., *c.r. B.W. Frier, The Rise of the Roman Jurists*, ZSS 105 (1988), p. 840 s., n. 20; ZIMMERMANN R., *The Law of Obligations*, Cape Town 1990, p. 1001; HONSELL H., *Römisches Recht*, 3. ergänzte Aufl., Berlin - Heidelberg 1994, p.148; HAUSMANINGER H., *Schadenersatzrecht der Lex Aquilia*, 5. Aufl., Wien 1996, p. 23 s. Plus récemment, WININGER (*La responsabilité aquilienne romaine*, Bâle/Francfort-sur-le-Main 1997, p. 90 ss.) a placé la controverse sur le terrain de l'intention de celui qui cause le dommage, plutôt que sur la question l'état de nécessité. L'auteur considère que l'intention prise en compte dans les textes est l'intention de Primus de se défendre contre le feu. En ce sens, l'analyse de WININGER se rapproche des autres, auxquelles il est fait référence dans la présente note, car comme eux, cet auteur passe complètement sous silence le fait que les trois textes en question traitent également d'autres moyens procéduraux que l'action de la *lex Aquilia*.

11) En ce sens: PERNICE A., *Zur Lehre von den Sachbeschädigungen*, Weimar 1867, p. 39.

enim iniuria hoc fecit, qui se tueri voluit, cum alias non posset. Et ita Celsus scribit (12).

Il est vrai que dans ce texte, Ulpien invoque la position de Celse en y adhérant de manière explicite. Cette fois cependant, la distinction selon que le feu progresse ou non jusqu'aux ruines de la maison abattue n'est plus évoquée. Ce troisième texte ne permet donc pas de trancher notre discussion.

KASER (13) — dans sa période interpolationniste — a tenté de résoudre ce problème en recourant à l'hypothèse d'interpolation. Ulpien aurait en réalité contredit la position de Servius et accordé en toute hypothèse l'exception au particulier, c'est-à-dire également lorsque le feu s'est éteint avant de rejoindre les ruines de la maison abattue. D'après KASER, l'exception était l'unique moyen qui aurait permis au juge de tenir compte de l'état de nécessité. Cette interprétation suppose donc qu'Ulpien partageait l'opinion de Celse et rejetait celle de Servius... Or c'est précisément là, la question à laquelle nous tentions de répondre et l'auteur ne fournit aucune justification à sa manière de la trancher. Qui plus est, on ne voit pas très bien dans quel but les

12) Voici la traduction que je propose de ce texte: «Ce que dit le préteur du dommage causé n'a lieu que s'il a été causé par dol; car s'il n'y a pas de dol, l'édit ne s'applique pas. Comment donc comprendre ce que dit Labéon, que si pour me défendre d'un incendie qui commence à éclater, j'abats la maison de mon voisin, on peut me poursuivre et en mon nom, et au nom de mes esclaves? Car comme je l'ai fait pour défendre ma maison, je l'ai fait sans dol. Je pense donc que ce qu'écrit Labéon n'est pas vrai. Peut-on agir en vertu de la *lex Aquilia*? Je ne pense pas qu'on le puisse, car c'est sans *iniuria* qu'a agi celui qui a voulu se protéger alors qu'il ne pouvait le faire autrement. C'est ainsi que l'écrit Celse».

13) KASER M., *Quanti ea res est*, München 1935, p. 10 n. 4.

Compilateurs auraient interpolé le texte sur ce point, introduisant par là une contradiction dans le Digeste.

En réalité, comme le laissait déjà entendre notre introduction, la solution fondée sur l'existence d'une controverse sur le contenu de l'état de nécessité ne pouvait pas être la bonne. En effet, une fois admis que les Romains ne connaissaient pas le concept lui-même, il était impossible que les jurisconsultes en discutent le contenu.

À mon avis, c'est la troisième solution — celle de SUAREZ DE MENDOZA ⁽¹⁴⁾ — qui répond le mieux au problème posé ici. Pour ce juriste du XVII^{ème} siècle ⁽¹⁵⁾, les solutions divergentes de Servius et de Celse s'expliquent par les différences qu'il y a entre l'*actio legis Aquiliae* et l'interdit *q.v.a.c.* Il part de la constatation que l'exception est réservée au magistrat et n'a d'intérêt que dans le cadre de l'interdit *q.v.a.c.*

Dans le cadre de l'*actio legis Aquiliae*, elle lui aurait été totalement inutile. En effet, si le magistrat a détruit la maison sans commettre de dol ou d'*iniuria*, il a agi *iure potestatis* et il n'y a

14) SUAREZ DE MENDOZA J., *Commentarii ad Legem Aquiliam*, in Meermani Gerard., *Novus Thesaurus Juris Civilis et Canonici*, Hagae-Comitum 1751, T. II, p. 28 ss. V. aussi: WISSENBACH J.J., *Exercitationum ad quinquaginta libros Pandectarum*, Fraenekeræ Frisiorum 1661, Disp. 23, Lib. 43, th. 16, col. 896; VOET J., *Commentarius ad Pandectas*, Hagae-Comitum 1716, T. I, p. 549; HUBER U., *Eunomia Romana*, Franequeræ 1700, p. 416; du même auteur: *Praelectionum iuris civilis*, Lovanii 1766, T. II, p. 322 (*Ad leg. Aquil. §1*).

15) Il était juge à Hispala et est décédé en 1681 (v. RIVIER A., *Introduction historique au droit romain*, Bruxelles 1881, p. 620).

pas de raison d'accorder l'action contre lui ⁽¹⁶⁾. En revanche, si le magistrat a agi de manière dolosive ou avec *iniuria*, il n'y a plus aucune raison de lui accorder l'exception.

Dans le cadre de l'interdit *q.v.a.c.*, SUAREZ rappelle que quiconque a agi "*vi aut clam*" sur la maison d'autrui sera tenu de l'interdit, qu'il ait eu le droit d'agir ainsi ou non ⁽¹⁷⁾. Dans pareil cas, le fait d'agir *iure potestatis* ne change plus rien et l'exception devient donc indispensable pour éviter la condamnation.

Une fois résolue la contradiction entre les deux premiers textes, il faut résoudre une autre contradiction, interne au premier texte (D. 43, 24, 7, 4). Ce texte se déroule comme suit. Dans un premier temps, la question de l'exception semble avoir été posée à la fois pour l'interdit *q.v.a.c.* et pour l'*actio legis Aquiliae* ("*...et quod vi aut clam mecum agatur aut damni iniuria*"). Dans

16) SUAREZ DE MENDOZA appuie cette affirmation sur les textes suivants: Ulp., *lib. 11 ad Edict.* (D. 4, 2, 3, 1): *Sed vim accipimus atrocem et eam, quae adversus bonos mores fiat, non eam quam magistratus recte intulit, scilicet iure licito et iure honoris quem sustinet. ceterum si per iniuriam quid fecit populi Romani magistratus vel provinciae praeses, Pomponius scribit hoc edictum locum habere: si forte, inquit, mortis aut verberum terrore pecuniam alicui extorserit.* Ulp., *lib. 32 ad Edict.* (D. 19, 2, 13, 8): *Si quis mensuras conduxerit easque magistratus frangi iusserit, si quidem iniquae fuerunt, Sabinus distinguit, utrum scit conductor an non: si scit, esse ex locato actionem, si minus, non. quod si aequae sunt, ita demum eum teneri, si culpa eius id fecit aedilis. Et ita Labeo et Mela scribunt.* Ulp., *lib. 57 ad Edict.* (D. 47, 10, 13, 1): *Is, qui iure publico utitur, non videtur iniuriae faciendae causa hoc facere: iuris enim executio non habet iniuriam.* Ulp., *lib. 57 ad Edict.* (D. 47, 10, 13, 6): *Quae iure potestatis a magistratu fiunt, ad iniuriarum actionem non pertinent.*

17) V. *supra*, texte et note 8.

un second temps, viennent les distinctions de Servius. Et dans un troisième temps, Servius affirme que la solution devrait être la même si l'on avait utilisé l'*actio legis Aquiliae* (“*Idem ait esse, si damni iniuria actum foret*”). La question est alors la suivante: Les distinctions de Servius concernent-elles uniquement l'interdit *q.v.a.c.* ou visent-elles également l'*actio legis Aquiliae*?

Les auteurs qui pensent que Servius traitait de l'*actio* dès le début du fragment ont été obligés d'admettre que le texte était fortement interpolé (18).

À mon sens, c'est encore SUAREZ DE MENDOZA qui nous met sur la meilleure voie. La mise en relief de la différence entre l'interdit *q.v.a.c.* et l'*actio legis Aquiliae*, solution qu'il propose pour la contradiction examinée précédemment, permet également de résoudre cette seconde contradiction. Pour SUAREZ, les distinctions de Servius ne concernent donc que le cas de l'interdit *q.v.a.c.*

Cette opinion est renforcée par la position de SCHIPANI (19). Pour ce dernier, les mots “*aut damni iniuria*” sont interpolés. En les supprimant, la contradiction disparaît et la question concernant l'opportunité d'octroyer une exception ne pouvait plus concerner

18) V. p. ex.: FABER A., *De erroribus pragmat.*, Lugduni 1658, Decad. LXXVII, Err. V, p. 330 ss.; CANNATA C.A., *Genesi e vicende della colpa aquiliana*, *Labeo* 17 (1971), p. 70 s.

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

que le cas de l'interdit. L'auteur pense en effet que cela n'avait pas de sens de se demander s'il fallait accorder une exception à l'*actio legis Aquiliae*. Que ce soit en jouant sur l'absence de *damnum* ou d'*iniuria*, le texte de loi et la formule permettent déjà largement le recours au type d'argumentation dont il est question dans notre fragment. En l'absence d'*iniuria* ou de *damnum*, l'action ne sera pas accordée. Il aurait donc été très étrange que Celse se soit réellement demandé s'il ne fallait pas insérer une exception dans la formule de l'*actio legis Aquiliae* ⁽²⁰⁾. Cette interpolation peut s'expliquer par le fait qu'à la fin de la procédure formulaire, le mot "*exceptio*" perd son sens technique, pour n'avoir plus qu'un sens générique d'argument de la défense. Dans la mesure où, dans la suite du fragment, Servius entreprend de comparer l'interdit et l'action, les Compilateurs n'ont peut-être pas compris pourquoi cette comparaison n'était pas faite depuis le début du fragment.

La comparaison entre l'interdit et l'action commence donc avec les mots "*idem ait esse, si damni iniuria actum foret, quoniam nullam iniuriam aut damnum dare videtur aequae perituris aedibus*"

. Le cas envisagé — et pour lequel les solutions de l'interdit et de l'action sont les mêmes — est celui où le feu progresse jusqu'aux ruines de la maison abattue. Ce n'est en effet que dans ce cas-là que l'on peut dire que "*aequae perituris aedibus*".

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

Dans le cas de l'interdit *q.v.a.c.*, le magistrat dispose de l'exception "*quod incendii defendendi causa factum non sit*". Quant au particulier, il évite la condamnation par le fait que la maison aurait de toute façon brûlé. Servius précise que dans pareil cas, il n'y a pas de dommage. À mon sens, c'est au cours du *iudicium secutorium* que le juge pourra tenir compte de cette absence de dommage, et absoudre le particulier.

Dans le cas de l'*actio legis Aquiliae*, le résultat est le même, mais cette fois il y a deux raisons qui expliquent que Primus ne sera pas tenu. En plus de l'absence de dommage, l'action sera refusée en raison de l'absence d'*iniuria*.

On pourrait encore se demander pourquoi Servius justifie l'identité des solutions par les mots "*quoniam nullam iniuriam aut damnum dare videtur*". Pourquoi ce "*aut*"? Je ne pense pas qu'il s'agisse d'une hésitation ou d'une alternative. Je pense plutôt que Servius formule sa phrase de cette manière, parce qu'il donne une justification qui vaut tant pour l'interdit que pour l'action. Or, l'absence d'*iniuria* n'a d'intérêt qu'en cas d'*actio legis Aquiliae*. Je pense dès lors que ces mots sont l'expression synthétique de la comparaison opérée par le jurisconsulte à cet endroit. En substance, l'"*aut*" prend donc dans ce cas le sens de "et/ou".

Bref, *si ignis pervenit*, le résultat est le même pour l'*actio legis Aquiliae* et pour l'interdit *q.v.a.c.*; *si ignis non pervenit*, seul l'interdit aboutit à la condamnation. Cette différence de résultat établie par Servius ne manque pas de surprendre, mais on peut constater qu'elle a été reprise par Ulpien, Justinien et même

par les Basiliques (21). Si l'on peut être tenté d'y voir une incohérence du droit, il faut souligner ici que cette divergence entre les résultats peut s'expliquer par les différences fondamentales qu'il y a entre l'action de la *lex Aquilia* et l'interdit *q.v.a.c.* Il est vrai que ces deux moyens procéduraux peuvent permettre d'obtenir la réparation d'un dommage, mais il s'agit sans doute là de leur seul point commun. Alors que l'action de la *lex Aquilia* requiert un dommage et une *iniuria*, l'interdit *q.v.a.c.* suppose avant tout qu'un acte violent (*vi*) ou clandestin (*clam*) ait été commis (22). Les objectifs sont également différents, puisque le but premier de l'interdit n'est pas d'obtenir la réparation d'un dommage.

Voici comment se déroulent les faits. Un incendie progresse en direction de la maison de Primus. Celui-ci décide d'intervenir

21) Bas. 60, 3, 49: Ulp. 'Ο διὰ καπνοῦ φονεύσας ἢ φνγαδεύσας ἀλλοτρίας μελίσσας, ὑπόκειται τῇ τὸ διπλοῦν ἀπαιτοῦσῃ ἀγωγῇ. 'Ο Ἀκοίλιος, ἀδικὸν ἐπιζητεῖ ζημίαν· εἰ δέ τις ἐμπρησμοῦ γενομένου διὰ τὸ σῶσαι τὸν ἴδιον οἶκον καταστρέψῃ τὸν τοῦ γείωτονος ἀργεῖ ὁ Ἀκοίλιος, εἴτε τὸ πῦρ ἔφθασεν εἴτε προεσβέσθη. Bas. 58, 23, 7, 4: Ulp. 'Ο μὲν ἄρχων καλῶς δι' ἐμπρησμὸν καταλύει τόπον, ὁ δὲ ιδιώτης ὅτε ἐλθόντος τοῦ πυρὸς ἔστρεψε· τὸ αὐτὸ κἂν Aquilίῳ ἐναχθῇ. Εἰ δὲ πρῶτον κατέλυσε καὶ τότε γέγονεν εἰς τὸν τόπον ἐμπρησμὸς, ἀποδίδωσι τὴν ζημίαν.

22) V. Ulp., *lib. 71 ad Ed.* (D. 43, 24, 1, 5-9), et par ex.: BERGER, *Interdictum*, RE, 9, 2, Stuttgart 1916, 1663 s. Dans le cadre de l'interdit *quod vi*, on considère que le défendeur a commis un acte violent lorsque le demandeur a tenté en vain de s'y opposer. Pour l'interdit *quod clam*, le demandeur ne doit pas avoir marqué son opposition formellement, mais la clandestinité du défendeur s'explique par l'opposition pressentie du demandeur (v. Ulp., *lib. 71 ad Ed.*: D. 43, 24, 3, 7 s.; Venul., *lib. 2 interdictorum*: D. 43, 24, 4).

pour éviter que sa maison ne soit détruite par les flammes. Il se dirige alors vers la maison de Secundus avec l'intention de l'abattre. Si ce dernier est présent et ne tente pas d'empêcher Primus d'agir de la sorte, il ne pourra pas recourir à l'interdit *q.v.a.c.* pour obtenir la restitution de sa maison. Il était indispensable que Secundus s'oppose à l'acte de Primus pour que l'interdit puisse être accordé. Par ailleurs, dans le même cas, l'action de la *lex Aquilia* ne sera pas d'une plus grande utilité à Secundus, puisque l'*iniuria* fait défaut. À la lumière de cette mise en perspective, les éventuelles différences de résultats entre l'action et l'interdit deviennent nettement moins embarrassantes. Qui plus est, sur le fond, la différence de résultat concerne un cas relativement restreint. Il s'agit de l'hypothèse dans laquelle Secundus a vainement tenté de s'opposer à l'acte de Primus, et que par la suite l'acte de Primus s'est avéré inutile dans la lutte contre l'incendie, puisque le feu s'est éteint avant de progresser jusqu'aux ruines de la maison de Secundus.

En résumé, on peut dire qu'Ulpian pose la question de l'opportunité d'une exception "*quod incendii defendendi causa factum non sit*" dans le cadre de l'interdit *q.v.a.c.* Il évoque à cet endroit l'avis de différents jurisconsultes. Gallus semble s'être demandé s'il fallait l'accorder chaque fois que le défendeur avait agi *incendii arcendi causa*. La même question semble avoir été soulevée par Celse, bien des années plus tard. La solution retenue par Ulpian est cependant celle de Servius, l'élève de Gallus, qui réserve l'exception au magistrat (en pratique, il s'agit des

magistrats dépourvus d'*imperium* (23), et probablement en particulier les *triumviri nocturni*, également appelés *triumviri incendiis arcendis* (24)). Le particulier ne disposait donc pas de cette exception et l'interdit était octroyé au demandeur.

Cela ne signifiait pas pour autant que le défendeur serait condamné à restituer. Encore fallait-il vérifier si la victime de l'acte violent avait réellement subi un dommage. Cette vérification se faisait au cours du *iudicium secutorium*. Si le juge constatait que la maison du demandeur aurait de toute façon brûlé — et partant qu'il n'y avait pas de dommage — le défendeur était absous (25). Lorsqu'au contraire un dommage avait été constaté,

23) Quant aux magistrats pourvus de l'*imperium*, le préteur n'avait pas le pouvoir de les contraindre à comparaître devant lui contre leur gré. L'exception leur était dès lors généralement inutile. Sur la position du magistrat dans le cadre du dommage causé *incendii arcendi causa*, v. mon livre «*Aeque perituris*», Liège 1997, p. 60 ss.

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

25) Notons qu'il est inutile de distinguer ici selon que les parties ont adopté la procédure *per sponsionem* ou *per formulam arbitriam*. En ce qui concerne notre cas, la solution est identique dans les deux cas. En effet, comme l'écrit UBBELOHDE (in GLÜCK, *Ausführliche Erläuterungen der Pandekten*, Erlangen 1890, Série 43-44, 2^e partie, p. 127 ss.), dans le cadre de la procédure *per sponsionem*, le jugement rendu sur l'*actio ex sponsione* ou *ex restipulatione* n'accorde que la somme de la *sponsio*. Ce jugement ne permet donc pas encore au demandeur de l'interdit *q.v.a.c.* d'obtenir la restitution à laquelle il a droit, pour autant qu'il ait remporté l'instance sur la *sponsio*. Il devra alors intenter une nouvelle action qui aura le même but que l'*actio per formulam arbitriam*: "*Quod opus vi aut clam factum est, si arbitrato tuo non restituetur, quanti ea res erit etc.*"

le juge condamnait le défendeur au montant du dommage tel que lui-même (le juge) l'avait évalué ⁽²⁶⁾.

Dans l'hypothèse où il n'y a pas de dommage, l'*actio legis Aquiliae* aurait également été refusée, mais cette fois pour une double raison. En plus de l'absence de dommage, l'action est refusée également en raison du défaut d'*iniuria*.

Revenons maintenant au second texte d'Ulpien, extrait du titre consacré à la *lex Aquilia*.

Ulp., *lib. 9 Disp.* (D. 9, 2, 49, 1):

Quod dicitur damnum iniuria datum Aquilia persequi, sic erit accipiendum, ut videatur damnum iniuria datum, quod cum damno iniuriam attulerit ⁽²⁷⁾; *nisi* ⁽²⁸⁾ *magna vi cogente fuerit factum, ut Celsus scribit circa eum, qui*

26) En matière d'interdit *q.v.a.c.*, lorsque la restitution n'est plus possible, l'*id quod interest* peut être évalué de deux manières. Soit le demandeur fait une évaluation sous serment, soit c'est le juge qui fait lui-même l'évaluation [Ulp., *lib. 71 ad Ed.* (D. 43, 24, 15, 9): *Sed quod interfuit, aut per iusiurandum, quod in litem actor iuraverit, aut, si iurare non possit, iudicis officio aestimandum est.*]. Le premier mode d'évaluation est généralement moins favorable au défendeur. À mon sens, les mots "*simpli litem aestimandam*" indiquent qu'ici, Servius préconisait l'évaluation par le juge. Pour un examen plus approfondi de ces mots, v. mon livre: «*Aeque perituris...*», Liège 1997, p. 38 ss.

27) MOMMSEN (*Digesta*, ad h.l.) propose d'ajouter les mots "*fieri autem non potest, ut damnum iniuriam non attulerit*" après "*quod cum damno iniuriam attulerit*".

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

incendii arcendi gratia vicinas aedes intercidit: nam hic scribit cessare legis Aquiliae actionem: iusto enim metu ductus, ne ad se ignis perveniret, vicinas aedes intercidit: et sive pervenit ignis sive ante extinctus est, existimat legis Aquiliae actionem cessare (29).

L'altération de ce texte ne fait guère de doute. L'usage de "nisi" est étrange (30). Il manque une proposition principale (31) avant ce "nisi" et surtout, on ne voit pas bien à quelle affirmation ce "nisi" introduit une exception. On ne peut pas dire que la force majeure soit une exception à la règle qui veut que le *damnum* doit avoir été causé par *iniuria* pour que la *lex Aquilia* trouve application. En revanche, le cas de la force majeure est bien une exception au principe d'après lequel tout *damnum* trouve son origine dans une *iniuria*. Dans le texte, Celse insiste précisément sur le fait que l'existence d'un dommage ne suffit pas pour qu'il y ait lieu d'accorder l'action de la *lex Aquilia*. S'il n'y a pas d'*iniuria*, l'action sera refusée. Comme exemple de cas de dommage sans *iniuria*, Celse invoque à nouveau le cas de la maison détruite *incendii arcendi causa*.

On pourrait se demander si l'absence d'*iniuria* résulte d'une absence de faute ou si l'*iniuria* doit être envisagée dans un sens

29) Pour une traduction de ce texte, v. *supra*, note 6.

30) V. SCHIPANI S., *Responsabilità "ex lege Aquilia". Criteri di imputazione e problema della "culpa"*, Torino 1969, p. 310 ss.

31) C'est sans doute pour cette raison que MOMMSEN fait la proposition reportée *supra*, note 27. Malgré toutes les qualités de cette proposition (v. sur ce point, mon «*Aequae perituris...*», p. 86), elle reste une pure conjecture, dont la vérification est impossible. C'est peut-être également pour cela que les auteurs de l'*Index interpolationum* (v. *supra*, note 28) ont suggéré le remplacement de "nisi" par "non si".

objectif⁽³²⁾. Pour mon propos, il suffit de constater que l'*iniuria* fait défaut — et partant que l'action sera refusée — que le feu progresse jusqu'aux ruines de la maison abattue ou qu'il s'éteigne auparavant. Cette précision, que l'on trouve dans la finale du second fragment d'Ulpian, a été déclarée irrationnelle par LONGO⁽³³⁾. À mon avis, bien au contraire, elle est indispensable, car le but du fragment est précisément de montrer que pour qu'il y ait lieu d'appliquer la *lex Aquilia*, il faut que le dommage ait été causé par *iniuria*. L'*iniuria* est une condition indispensable pour la concession de l'*actio* et fait toujours défaut, que le feu *pervenit* ou non. En faisant cette précision, Ulpian illustre clairement l'autonomie de la condition d'*iniuria* par rapport à la condition de *damnum*. Le jurisconsulte refuse donc de faire, dans le cadre de l'*actio legis Aquiliae*, la distinction qu'il faisait dans le cadre de l'interdit. En effet, si le *damnum* est une condition commune aux deux moyens procéduraux, l'*iniuria* est propre à l'action. Ce n'est qu'implicitement, par le biais du *vi aut clam*, que l'*iniuria* se retrouve dans l'interdit, mais ce *vi aut clam* reste défini objectivement dans la Compilation Justinienne.

Il reste le troisième texte traitant du *damnum incendii arcendi causa datum*. Il concerne un troisième moyen procédural permettant d'obtenir la réparation du dommage résultant de la destruction de la maison de Secundus. Il s'agit de l'*actio de*

32) Sur cette question, v. mon «*Aequae perituris...*», p. 91 ss et 95 ss.

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

incendio ruina naufragio rate nave expugnata (ci-après: “*actio de incendio*”). Le préteur accordait cette action à la victime d’un vol, d’un recel ou d’un dommage causé à l’occasion d’un incendie, de l’écroulement d’une maison ou d’un naufrage.

Ulp., *lib. 56 ad edictum* (D. 47, 9, 3, 7):

Quod ait praetor de damno dato, ita demum locum habet, si dolo damnum datum sit: nam si dolus malus absit, cessat edictum. Quemadmodum ergo procedit, quod Labeo scribit, si defendendi mei causa vicini aedificium orto incendio dissipaverim, et meo nomine et familiae iudicium in me dandum? Cum enim defendendarum mearum aedium causa fecerim, utique dolo careo. Puto igitur non esse verum, quod Labeo scribit. An tamen lege Aquilia agi cum hoc possit? Et non puto agendum: nec enim iniuria hoc fecit, qui se tueri voluit, cum alias non posset. Et ita Celsus scribit (34).

À propos du cas du *damnum datum*, Ulpien précise que l’*actio de incendio* — entraînant une condamnation au quadruple — ne sera accordée que si le dommage a été causé de manière dolosive. Il semble que Labéon ait été d’un autre avis sur ce point et ait accordé l’action *de incendio* même contre celui qui a abattu une maison *incendii arcendi causa*. D’après Ulpien cependant, Primus n’a pas agi dolosivement, vu qu’il ne pouvait agir autrement. Pour faire cette affirmation, Ulpien s’appuie sur l’avis de Celse, qu’il rappelle. L’absence d’*iniuria* semble être un argument a fortiori pour l’absence de dol, dans l’argumentation d’Ulpien.

34) Pour la traduction de ce texte, v. *supra* note 12.

Les positions de Celse et d'Ulprien ne surprennent guère, au vu du texte que nous avons examiné précédemment (D. 9, 2, 49, 1). On ne peut pas en dire autant de la position de Labéon. Comment expliquer que ce grand jurisconsulte ait tenu pour normal de condamner au quadruple celui qui a causé un dommage *incendii arcendi causa*, c'est-à-dire sans commettre aucune *iniuria*? Nombre d'auteurs⁽³⁵⁾ ont tenté d'expliquer cette bizarrerie en dénonçant l'interpolation du texte. Aucun d'eux n'explique pourquoi les Compilateurs auraient interpolé le texte de cette manière. En réalité, je pense que la raison principale, pour laquelle ces auteurs recourent à l'interpolation, est qu'ils ne peuvent pas croire que Labéon accordait l'action *de incendio* en l'absence de tout dol. Avant d'en arriver à une solution aussi extrême, il faut vérifier si cette position de Labéon est réellement aussi incroyable qu'il n'y paraît à première vue.

Un certain nombre d'auteurs a également écrit que l'opinion de Labéon pouvait s'expliquer par la conception particulière du jurisconsulte en matière d'état de nécessité⁽³⁶⁾. Ces auteurs

35) BESELER G., *Beiträge zur Kritik der römischen Rechtsquellen*, ZSS 66 (1948), p. 350 s.; DE MARTINO F., *In tema di stato di necessità*, RISG 14 (1939), p. 44 s.; BEINART B., *The Relationship of Iniuria and Culpa in the Lex Aquilia*, Studi Arangio-Ruiz, Napoli s.d., T. 1, p. 287 n. 36; LEBIGRE A., *Quelques aspects de la responsabilité pénale*, Paris 1967, p. 87 n. 6; LONGO G., *Sulla legittima difesa e sullo stato di necessità in diritto romano*, Festgabe von Lübtow, Berlin 1970, p. 334 s.

36) V.: LEHMANN, *Über die civilrechtlichen Wirkungen des Nothstandes*, Jher.Jb. 13 (1874), p. 221 ss.; PERNICE A., *Labeo*, 2. Aufl., Halle 1895, 2. Band, 1. Teil, p. 68 s.; BINDING K., *Die Normen und ihre Übertretung*, T. II, 2, 2. Aufl., Leipzig 1916, p. 662 ss.; SEGRÈ G., *Le obbligazioni e le azioni ex delicto (corso di diritto romano)*, T. II, Torino 1925-1926, p. 124 ss.; WATSON A., *The Law of Obligations in the Later Roman Republic*, Oxford 1965, p. 241; ORMANNI A., *Necessità (stato di)*, ED 27, Milano 1977, p. 828 ss.

invoquent pour cela un quatrième texte, qui traite cependant d'un cas fort différent.

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

Item Labeo scribit, si, cum vi ventorum navis impulsisset in funes anchorarum alterius et nautae funes praecidissent, si nullo alio modo nisi praecisis funibus explicare se potuit, nullam actionem dandam. Idemque Labeo et Proculus et circa retia piscatorum, in quae navis piscatorum inciderat, aestimarunt. Plane si culpa nautarum id factum esset, lege Aquilia agendum. Sed ubi damni iniuria agitur ob retia, non piscium, qui ideo capti non sunt, fieri aestimationem, cum incertum fuerit, an caperentur. Idemque et in venatoribus et in aucupibus probandum (37).

Dans ce texte, Labéon admet que lorsque le vent pousse un bateau dans les cordages ou dans les filets d'un autre, il n'y a pas d'action contre celui qui coupe ces cordages ou ces filets pour libérer le bateau. Du moins en est-il ainsi pour autant qu'il n'y ait

37) Voici la traduction que je propose de ce texte: «Labéon écrit encore: Si un bateau est poussé par la force du vent dans les cordages d'un autre bateau et si l'équipage a coupé ces cordages, cela ne donnera lieu à aucune action, s'il n'y avait aucun autre moyen de dépêtrer le bateau. Labéon et Proculus estiment qu'il doit en aller de même lorsque c'est un bateau de pêche qui s'est pris dans des filets de pêche. Il va de soi que si c'est par la faute de l'équipage que le bateau s'est trouvé dans pareille situation, on pourra agir en vertu de la *lex Aquilia*. Cependant, si l'on a agi en vertu de cette loi à propos des filets de pêche, l'estimation du dommage ne pourra inclure les poissons qui n'auront pas été pêchés pour cette raison, car il n'est pas certain qu'ils auraient été pêchés. Il faut admettre la même solution pour les chasseurs et les oiseleurs».

pas eu d'autre possibilité pour libérer le bateau et que celui qui a coupé les cordages ou les filets n'ait pas commis de faute.

Le problème auquel sont confrontés les auteurs en question, est que dans ce dernier texte, Labéon semble recourir à l'état de nécessité, alors que dans le texte précédent, il semblait le refuser. En réalité, l'erreur est à nouveau d'avoir posé le problème en termes d'état de nécessité ⁽³⁸⁾. Comme je l'avais déjà annoncé dans l'introduction, il est impossible que le nœud du problème ait été celui-là.

La solution correcte me semble être celle de VON TUHR ⁽³⁹⁾. Pour cet auteur, la position de Labéon s'explique par une lecture méticuleuse de l'édit du préteur, d'après lequel l'*actio de incendio* est accordée en cas de *rapere*, de *recipere* et de *damnum dare*. Ce n'est que pour le cas du *recipere* qu'il est précisé que l'acte doit avoir été commis *dolo malo*. Dans ce cas, cette précision paraît en effet indispensable puisque l'entrée en possession de choses à l'occasion d'un incendie ou d'un naufrage peut résulter tant d'une bonne que d'une mauvaise intention. Le *damnum dare* résulte en revanche presque toujours d'une intention illicite. Le cas du

38) Pour une discussion plus approfondie des tentatives d'harmonisation des positions de Labéon, v. «*Aeque perituris...*», Liège 1997, p. 103 ss.

39) VON TUHR A., *Der Nothstand im Civilrecht*, Heidelberg 1888, p. 64 s. Dans le même sens, v. encore: ARU L., *Appunti sulla difesa privata in diritto romano*, Ann. Palermo 15 (1936), p. 140 s.; RÖHLE R., *Zur Frage der sogenannten verdrängenden Verursachung im Römischen Recht*, SDHI 31 (1965), p. 309; SCHIPANI S., *Responsabilità "ex lege Aquilia". Criteri di imputazione e problema della "culpa"*, Torino 1969, p. 153 ss.; MACCORMACK G., *Dolus in the Law of the Early Classical Period*, SDHI 52 (1986), p. 279.

damnum incendii arcendi causa datum constitue l'exception. Le préteur a peut-être perdu cette exception de vue et n'a dès lors pas pensé à adjoindre les mots *dolo malo* également pour ce cas-là. Labéon aurait donc accordé l'*actio de incendio* chaque fois qu'un dommage avait été causé à l'occasion d'un incendie, sans tenir compte du fait qu'il y ait eu dol ou non. Ulpien aurait alors proposé une nouvelle interprétation de l'édit, d'après laquelle le dol aurait été requis non seulement en cas de *recipere* mais également en cas de *damnum dare*. Le recours à cette nouvelle interprétation de l'édit permettait à Ulpien de rejeter la solution de Labéon — et de l'édit — Primus ne commettant pas de dol en abattant la maison de Secundus, lorsque c'était pour protéger sa propre maison.

Je pense qu'il y a encore un argument supplémentaire, créditant l'hypothèse de VON TUHR. Celui-ci peut être trouvé dans la *Palingenesia* de LENEL ⁽⁴⁰⁾. D'après celui-ci, notre texte (D. 47, 9, 3, 7) devait être immédiatement consécutif à D. 47, 9, 3, 3, les paragraphes 4 à 6 ayant été insérés par les Compilateurs. Il est en effet difficilement imaginable qu'Ulpien, après avoir longuement expliqué comment il fallait comprendre "*recepisse*

40) LENEL O., *Palingenesia iuris civilis*, Lipsiae 1889, col. 766 n. 1; l'auteur explicite sa position dans: *Edictum perpetuum*, 3^e éd. Leipzig 1927, p. 396 s.

dolo malo” (41), ait poursuivi par les mots: “*Non solum autem qui rapuit, sed et qui abstulit vel amovit vel damnum dedit vel recepit, hac actione tenetur*” (42). Il paraît bien plus logique qu’il ait poursuivi avec ce qui constitue aujourd’hui le § 7, où il est question de la condition de dol en cas de *damnum dare*. LENEL pense que les paragraphes 4 à 6 constituaient à l’origine plutôt un commentaire de la formule et non de l’édit du préteur.

Les paragraphes 3 et 7 étaient donc immédiatement consécutifs. À mon sens, cela conforte la position de VON TUHR, car le § 3 montre bien que dans un premier temps, la condition de dol avait été ajoutée spécialement pour celui qui “*recepit*” un bien ravi ou détourné à l’occasion d’un incendie (ou d’un naufrage...). Les mots des §§ 3 et 7 montrent bien que l’édit n’allait pas plus loin, car la tournure du début du § 7 (“*Quod ait praetor de damno dato, ita demum locum habet, si dolo damnum datum sit*”) indique clairement qu’Ulpien fait une interprétation de l’édit qui va au-delà de la simple lecture. Le jurisconsulte ajoute une condition qui ne se trouve pas dans le texte. Il est dès lors tout à fait plausible que du temps de Labéon, l’édit du préteur n’avait pas encore reçu cette interprétation restrictive.

41) V.: Ulp., *lib. 56 ad ed.* (D. 47, 9, 3, 3): *Non tantum autem qui rapuit, verum is quoque, qui recepit ex causis supra scriptis, tenetur, quia receptores non minus delinquent quam adgressores. Sed enim additum est “dolo malo”, quia non omnis qui recipit statim etiam delinquit, sed qui dolo malo recipit. Quid enim, si ignarus recipit? aut quid, si ad hoc recepit, ut custodiret salvaque faceret ei qui amisserat? Utique non debet teneri.*

42) Tels sont les mots du fragment consécutif: D. 47, 9, 3, 4.

Si l'on se place sur le plan de l'équité, on pourrait malgré tout trouver étrange que Labéon ait été d'avis qu'il fallait condamner à une peine du quadruple, quelqu'un qui avait agi *incendii arcendi causa*. Cette impression d'inéquité me paraît cependant fortement atténuée, si l'on combine la position de ce jurisconsulte avec la distinction que faisait Servius dans le premier texte (D. 43, 24, 7, 4). Pour rappel, j'y avais montré qu'il n'y a de dommage que si le feu s'éteint avant de parvenir aux ruines de la maison de Secundus. Dans le cas contraire, il n'y avait pas de dommage, parce que la maison aurait de toute façon brûlé. Dans ce texte, l'absence de dommage empêchait la condamnation par le biais de l'interdit *q.v.a.c.* L'absence de *damnum* a évidemment un effet semblable sur l'*actio de incendio* accordée pour *damnum datum*. Si le *damnum* fait défaut, il ne saurait y avoir d'action *de incendio*. Dès lors, Labéon⁽⁴³⁾ ne devait accorder l'action que dans les cas où la destruction de la maison s'était en définitive avérée inutile, c'est-à-dire lorsque le feu s'était éteint avant de progresser jusqu'aux ruines de la maison de Secundus. Cette précision montre que la position de Labéon est moins inéquitable qu'il n'y paraissait à première vue.

43) Il est probable que Labéon partageait l'analyse de Servius, par rapport au *damnum*. En effet, afin d'approfondir l'analyse de la notion de *damnum* telle qu'elle découle de la distinction de Servius, Ulpien fait appel à un avis de Labéon [D. 43, 24, 7, 4: (...) *Quod si nullo incendio id feceris, deinde postea incendium ortum fuerit, non idem erit dicendum, quia non ex post facto, sed ex praesenti statu, damnum factum sit nec ne, aestimari oportere Labeo ait.*]. À propos de cet avis de Labéon et de la notion de *damnum*, v. «*Aeque perituris...*», Liège 1997, p. 78 ss.

On pourrait encore se demander comment il se fait qu'Ulpien ne revient pas sur la distinction de Servius, comme il le fait dans les deux autres fragments. Il faut cependant se rendre compte que le troisième fragment (D. 47, 9, 3, 7) se présente de manière fort différente du premier (D. 43, 24, 7, 4). Dans le premier, on se demandait s'il fallait condamner sur base de l'interdit *q.v.a.c.* celui qui avait commis un *damnum incendii arcendi causa datum*. J'ai montré que cela dépendait de la présence ou non d'un dommage. Le fragment sur l'*actio de incendio* se présente différemment. Cette fois, le *damnum incendii arcendi causa datum* est présenté comme étant secondaire, comme exemple pour illustrer ce qu'explique Ulpien. Celui-ci voulait insister sur le fait que le dol était une condition indispensable à l'octroi de l'action *de incendio* tant dans le cas du *damnum dare* que dans le cas du *recipere*. L'exemple du *damnum incendii arcendi causa datum* est alors destiné à montrer les effets du dol. Pour que l'exemple soit pertinent, il était évidemment indispensable que la condition de *damnum* soit remplie par hypothèse. Or comme je l'ai rappelé, dans le cas discuté par Labéon et Ulpien, il n'y a de dommage que lorsque le feu s'est éteint avant de progresser jusqu'aux ruines de la maison de Secundus. Il faut donc admettre que c'est seulement dans ce cas que Labéon octroyait l'action *de incendio* au quadruple.

En conclusion, on peut dire à propos du *damnum incendii arcendi causa datum*, que contrairement à ce qui est généralement admis, il est vain d'essayer d'analyser ce cas en termes d'état de

nécessité, dans le sens que l'on donne aujourd'hui à cette catégorie dogmatique. Dans tous les cas, la solution juridique dépend du moyen procédural utilisé et jamais des seuls faits, même si ces derniers pourraient objectivement être considérés — non sans un grave anachronisme — comme constituant un état de nécessité.

En résumé, on peut dire que l'*actio legis Aquiliae* n'aboutira jamais à la condamnation de Primus en cas de *damnum incendii arcendi causa datum*. L'interdit *q.v.a.c.* n'entraînera pareille condamnation que si le feu s'est éteint avant de parvenir aux ruines de la maison de Secundus. En matière d'*actio de incendio*, il y a eu une évolution au cours de la période classique. Dans un premier temps, elle permettait de condamner Primus dans les mêmes conditions que dans le cadre de l'interdit *q.v.a.c.*; dans un second temps, elle n'a plus permis d'aboutir à une condamnation en cas de *damnum incendii arcendi causa datum*.

Le paragraphe qui précède pourrait tenir lieu de conclusion. Je m'en voudrais cependant de clore cet article sans atténuer quelque peu l'impression de cloisonnement et de rigidité de l'édit du préteur, tel qu'il ressort inmanquablement de l'interprétation que je propose des trois textes traitant du *damnum incendii arcendi causa datum*. Lorsque les juristes romains règlent la question du *damnum incendii arcendi causa datum*, ne tiennent-ils pas du tout compte de la "situation de nécessité" à laquelle répond l'acte de Primus? Cette situation est pourtant globalement la même, peu importe le moyen procédural utilisé. À mon avis,

même si les Romains n'ont pas tenu à mettre en cause les formules de l'édit, ils n'étaient pas pour autant indifférents face à cette situation.

Il me semble pouvoir indiquer trois indices allant en ce sens.

D'abord, il y a le fait que les jurisconsultes classiques semblent avoir été d'accord pour admettre que l'*iniuria* faisait toujours défaut⁽⁴⁴⁾, lorsqu'un dommage a été causé *incendii arcendi causa*. Ce fait me semble déjà pouvoir être considéré comme étant un premier pas, dans la mesure une telle analyse suppose l'adoption d'une interprétation large de la notion d'*iniuria*. Cela supposait en effet que l'*iniuria* puisse prendre un sens autre que celui de "*non iure*". La doctrine dominante⁽⁴⁵⁾ admet que dans l'application jurisprudentielle de la *lex Aquilia*,

44) Telle semble avoir été la position de Servius, Celse et Ulpian. Pour les autres jurisconsultes, il est plus difficile de s'exprimer avec certitude. Rien n'indique cependant qu'un des autres jurisconsultes cités dans les trois fragments étudiés ici ait été d'un autre avis.

45) En ce sens, v. par ex.: ALBANESE B., *Studi sulla legge Aquilia*, Ann. Palermo 21 (1950), p. 180; BEINART B., *The Relationship of Iniuria and Culpa in the Lex Aquilia*, Studi Arangio-Ruiz, Napoli 1953, T. 1, p. 281 ss.; PERRIN B., *Le caractère subjectif de l'iniuria aquilienne à l'époque classique*, Studi De Francisci, Milano 1956, T. IV, p. 263 ss. (surtout p. 283 s.); WATSON A., *The Law of Obligations in the Later Roman Republic*, Oxford 1965, p. 236; KASER M., *Das Römische Privatrecht*, T. 1, 2. Aufl., München 1971, p. 161 et 504; MACCORMACK G., "Aquilian Studies", SDHI 41 (1975), p. 56; MANFREDINI A., *Contributi allo studio dell'"iniuria" in età repubblicana*, Milano 1977, p. 93 s.; KUNKEL W. - HONSELL H., *Römisches Recht*, 4. Aufl., Berlin - Heidelberg 1987, p. 365; FEENSTRA R., *Romeinsrechtelijke grondslagen van het Nederlands privaatrecht*, Leiden 1990, p. 157 s.; ZIMMERMANN R., *The Law of Obligations*, Cape Town 1990, p. 1004 ss.; PUGLIESE G., *Istituzioni di diritto romano*, Padova 1991, p. 605 ss.; HAUSMANINGER H., *Schadenersatzrecht der lex Aquilia*, 5. Aufl., Wien 1996, p. 20; WINIGER B., *La responsabilité Aquilienne romaine*, Bâle/Francfort-sur-le-Main 1997, p. 95 ss.

l'*iniuria* a progressivement inclu le concept de *culpa* jusqu'à y être assimilé. De condition objective, l'*iniuria* s'est donc transformée en condition plus subjective. C'est cette évolution de l'*iniuria* qui a permis d'éviter de condamner Primus sur base de la *lex Aquilia*.

Ensuite, il y a l'interprétation restrictive de l'édit proposée par Ulpien en matière d'*actio de incendio*, empêchant l'utilisation de cette action en cas de *damnum datum* non-dolosif. Je pense que cette évolution traduit précisément la prise en compte de la situation particulière de celui qui agit en vue d'endiguer un incendie, au-delà des conditions objectives d'octroi de l'action *de incendio*.

Enfin, le troisième indice peut être trouvé dans la formulation même du fragment en matière d'interdit *q.v.a.c.* Je pense que le fait même de l'existence d'une discussion sur l'opportunité de l'exception *quod incendii defendendi causa factum non sit* montre à suffisance que les jurisconsultes ont voulu tenir compte de la situation particulière dans laquelle se trouvait Primus, également en cas d'interdit *q.v.a.c.*

Au-delà de la simple énumération de ces trois indices, il est peut-être possible de retracer le fil de l'évolution de la pensée juridique romaine sur la question. Je crois que l'indispensable point de départ se situe dans l'évolution de la notion d'*iniuria*. À partir du moment où l'on a admis que celui qui causait un dommage *incendii arcendi causa* ne commettait pas d'*iniuria*, une brèche était ouverte. Les circonstances dans lesquelles le

dommage avait été causé, pouvaient — dans certaines cas — permettre d'éviter d'être condamné à le réparer.

Dans un premier temps, cela ne concernait que le cas de l'*actio legis Aquiliae*, qui seule permettait de tenir compte de l'absence d'*iniuria*. Je pense cependant que ce changement de perspective dans la réparation du dommage a eu un impact important sur la conception romaine de la responsabilité. Il est plausible que ce soit cela qui, par la suite, ait poussé Ulpien (ou un autre jurisconsulte postérieur à Labéon) à adopter une interprétation plus restrictive de la partie de l'édit qui traite de l'action *de incendio*. Il devenait inconvenant que quelqu'un qui aurait été absous sur base de la *lex Aquilia* puisse, dans des circonstances identiques, être condamné au quadruple sur base de l'action *de incendio*.

Il est vrai que la même évolution n'a pas pu être constatée pour l'interdit *q.v.a.c.* À mon avis, cela s'explique essentiellement pour deux raisons.

Premièrement, il était plus facile de faire évoluer l'action *de incendio* que l'interdit *q.v.a.c.*, dans la mesure où pour l'action, il suffisait de modifier légèrement l'interprétation de l'édit, en étendant la condition de dol, prévue pour le *recipere* au cas du *damnum dare*. En matière d'interdit *q.v.a.c.*, l'édit du préteur ne prévoyait aucunement la nécessité d'un dol ⁽⁴⁶⁾. Le seul moyen

46) Il est au contraire précisé que le fait d'avoir agi "*iure*" n'empêche pas d'être tenu de l'interdit. V. Ulp., *lib. 71 ad ed.* (D. 43, 24, 1 pr. à 2): *Praetor ait: «Quod vi aut clam factum est, qua de re agitur, id cum experiendi potestas est, restituas».* 1. *Hoc interdictum restitutorium est et per hoc occursum est calliditati eorum, qui vi aut clam quaedam moliuntur: iubentur enim ea restituere.* 2. *Et parvi refert, utrum ius habuerit faciendi, an non: sive enim ius habuit sive non, tamen tenetur interdicto, propter quod vi aut clam fecit: tueri enim ius suum debuit, non iniuriam comminisci.*

d'absoudre Primus en toute hypothèse dans ce cas également, était donc de lui accorder une "*exceptio quod incendii defendendi causa factum non sit*". Ce pas n'a cependant été franchi ni par Ulpien, ni par Justinien

Deuxièmement, les circonstances dans lesquelles l'interdit *q.v.a.c.* est octroyé sont un peu différentes. Plus particulièrement dans le cadre de l'interdit *quod vi*, il faut que Secundus ait tenté vainement de s'opposer à l'acte de Primus (47). Il est imaginable que les jurisconsultes romains aient considéré que Primus ne devait pas être absous quand il avait abattu la maison de Secundus malgré l'opposition de ce dernier, et que cette démolition s'était ensuite avérée inutile, le feu s'étant finalement éteint avant de parvenir jusqu'à la maison de Secundus.

Quoiqu'il en soit des justifications possibles du rejet de l'exception "*quod incendii defendendi causa factum non sit*", ce rejet me permet de confirmer l'affirmation d'après laquelle le droit romain n'a pas connu la catégorie dogmatique d'état de nécessité, sans quoi le recours à des exceptions du type de celle dont il a été

47) Dans le cadre de l'interdit *quod clam*, le demandeur ne doit pas avoir marqué son opposition formellement, mais la clandestinité du défendeur s'explique précisément par l'opposition pressentie du demandeur (v. Ulp., *lib. 71 ad Ed.*: D. 43, 24, 3, 7 s. et Venul., *lib. 2 interdictorum*: D. 43, 24, 4).

question ici aurait dû être généralisé dans tous les cas où l'absence d'*iniuria* ne permettait pas d'absoudre celui qui avait commis un dommage en "état de nécessité".