

## EXÉGÈSE DE: PAUL. (l. 49 ed.) D. 39, 3 (DE AQUA ET AQUAE PLUVIAE ARCENDAE), 2, 6.

PAUL. D. 39, 3, 2, 6 (49 AD ED.)

APUD NAMUSAM RELATUM EST, SI AQUA FLUENS ITER SUUM STERCORE OBSTRUXERIT ET EX RESTAGNATIONE SUPERIORI AGRO NOCEAT, POSSE CUM INFERIORE AGI, UT SINAT PURGARI: HANC ENIM ACTIONEM NON TANTUM DE OPERIBUS ESSE UTILEM MANU FACTIS, VERUM ETIAM IN OMNIBUS, QUAE NON SECUNDUM VOLUNTATEM SINT.

LABEO CONTRA NAMUSAM PROBAT: AIT ENIM NATURAM AGRI IPSAM A SE MUTARI POSSE ET IDEO, CUM PER SE NATURA AGRI FUERIT MUTATA, AEQUO ANIMO UNUMQUE FERRE DEBERE, SIVE MELIOR SIVE DETERIOR EIUS CONDICIO FACTA SIT. IDCIRCO ET SI TERRAE MOTU AUT TEMPESTATIS MAGNITUDE SOLI CAUSA MUTATA SIT, NEMINEM COGI POSSE, UT SINAT IN PRISTINAM LOCUM CONDICIONEM REDIGI.

SED NOS ETIAM IN HUNC CASUM AEQUITATEM ADMISIMUS.<sup>1</sup>

### **1. Considérations introductives**

#### **1.1. L'actio aquae pluviae arcendae (a.a.p.a.)**

Le fragment reproduit ci-dessus traite de l'octroi ou non de l'*a.a.p.a.* dans une hypothèse déterminée. Rappelons brièvement les conditions d'application de cette action à l'époque classique, selon l'opinion dominante actuelle<sup>2</sup>:

a. Il faut que l'eau ait causé un dommage (*damnum iam datum*), ou que suite à la construction d'un ouvrage (*opus*) elle menace d'en causer un<sup>3</sup>, exclusion faite du dommage purement éventuel.

b. Il faut que le dommage soit causé par de l'eau de pluie, ou par extension, par une rivière dont le cours est gonflé par la pluie (*aqua pluvia cum alia mixta*)<sup>4</sup>.

<sup>1</sup> Paul (au livre 49 sur l'Edit), D. 39, 3, 2, 6 : Namusa écrit, si l'eau, en coulant, a obstrué son cours par du limon (fumier), de sorte que sa stagnation nuit au fonds supérieur, on peut agir contre le propriétaire du fonds inférieur pour le forcer à laisser nettoyer le passage des eaux. Car cette action n'est pas seulement utilisable contre les travaux faits de main d'homme, mais même contre tous ceux qui se font sans notre volonté. Labéon n'approuve pas cette opinion de Namusa; car la disposition naturelle d'un fonds peut se changer d'elle-même. Et dans ce cas, chacun des voisins doit supporter le changement d'un cœur égal, que sa situation en soit améliorée ou qu'elle empire. Pour la même raison, si la structure du sol se trouve modifiée par un tremblement de terre ou par la violence de la tempête, personne ne peut être forcé à souffrir que les lieux soient rétablis dans leur état antérieur. Nous cependant, nous avons même dans ce cas laissé place à l'équité.

<sup>2</sup> V. notamment: M. Kaser, *Römisches Privatrecht*, München 1971, T. I, p. 407; A. Burdese, *Manuale di diritto privato romano*, 3<sup>e</sup> ed., Torino 1975, p. 344 ss.; F. Sitzia, *Ricerche in tema di "actio aquae pluviae arcendae"*, Milano 1977, p. 42; R. Vigneron, C.R. de F. Sitzia, *op. cit.*, B.I.D.R. 22 (1980), p. 289 n. 38; M.J. Garcia Garrido, *Derecho privado romano*, 2<sup>e</sup> ed., Madrid 1984, p. 194; G. Pugliese, *Istituzioni di diritto romano*, Padova 1986, p. 495 s.; H. Honsell—Th. Mayer-Maly—W. Selb, *Römisches Recht*, Vierte Auflage, Berlin-Heidelberg 1987, p. 153; H. Hausmaninger, in Hausmaninger—Selb, *Römisches Privatrecht*, 6. Auflage, Wien-Köln 1991, p. 207.

<sup>3</sup> Pomp. (l. 7 ex Plaut.), D. 40, 7, 21, pr.: "(...) Sic et verba legis duodecim tabularum veteres interpretati sunt 'si aqua pluvia nocet', id est 'si nocere poterit'." — "(...) C'est ainsi que les anciens ont interprété les termes de la Loi des Douze Tables: 'Si l'eau de pluie nuit', dans le sens 'si elle peut nuire' (...)"

<sup>4</sup> Ulp. (l. 43 ad ed.), D. 39, 3, 1, pr.: "Si cui aqua pluvia damnum dabit, actione aquae pluviae arcendae avertetur aqua. aquam pluviam dicimus, quae de caelo cadit atque imbre excrescit, sive

c. Le dommage causé par l'eau doit résulter d'une intervention humaine (*manu factum*). L'action est donc exclue en cas de mutation purement naturelle de l'écoulement de l'eau de pluie. Cicéron<sup>5</sup> oppose à ce propos deux espèces d'eaux de pluie, celles qui nuisent *loci vitio* et celles qui nuisent *manu*, seules ces dernières méritant l'application de *l'a.a.p.a.*

d. *L'a.a.p.a.* ne sera néanmoins pas accordée si l'*opus* qui a rendu l'eau nuisible avait été réalisé dans l'intérêt de l'agriculture (*agri colendi causa*)<sup>6</sup>.

Dans le cadre de *l'a.a.p.a.*, le défendeur est condamné à rétablir l'écoulement de l'eau de pluie dans son état antérieur quand il est lui-même auteur de *l'opus manu factum*; sinon, il suffit qu'il souffre que l'on ôte l'*opus*<sup>7</sup>.

## 1.2. Une interpolation admise par tous

Ce fragment de Paul a fait l'objet d'exégèses allant en des sens très divergents, voire opposés. Dans leur grande majorité, les auteurs s'accordent pourtant pour dire que les Compilateurs sont intervenus pour en altérer le texte original.

Une seule interpolation obtient un consentement quasi unanime, c'est celle signalée par Antoine Favre<sup>8</sup>, qui attribuait déjà la finale [*Sed nos (...) admisimus.*] à Tribonien<sup>9</sup>.

---

*per se haec aqua caelestis noceat, ut Tubero ait, sive cum alia mixta sit.*" — "Si quelqu'un subit un dommage du fait de l'eau de pluie, il aura une action en vue de détourner l'eau de pluie. Par eau de pluie, nous entendons l'eau qui tombe du ciel et forme un torrent, soit que cette eau nuise seule, comme dit Tubero, soit qu'elle nuise étant mêlée à d'autres eaux."

<sup>5</sup> Cic., *Top.*, 3, 39: "*ut aqua pluvia ultimo genere ea est, quae de caelo veniens crescit imbri, sed propiore, in quo quasi ius arcendi continetur, [genus est aqua pluvia] nocens, eius generis formae loci vitio et manu nocens, quarum altera iubetur ab arbitro coerceri, altera non iubetur.*" — "Par exemple, si l'on remonte au genre le plus compréhensif, l'eau de pluie est celle qui vient du ciel et s'accroît par la pluie; mais, en un genre moins éloigné, qui suffit à conditionner l'exercice de l'action en détournement des eaux pluviales, on ne considère que l'eau de pluie qui cause des dégâts: de ce genre les espèces sont les dégâts imputables au vice du lieu, et ceux qui sont imputables au travail de l'homme. C'est dans le second cas que l'arbitre ordonne de détourner les eaux, non dans le premier" (Trad. H. Bornecque, *Coll. "Belles lettres"*, 2<sup>e</sup> éd., Paris 1960, p. 79).

<sup>6</sup> Ulp. (l. 43 *ad ed.*), D. 39, 3, 1, 8: "*Item Sabinus Cassius opus manu factum in hanc actionem venire aiunt, nisi si quid agri colendi causa fiat.*" — "De même Sabinus et Cassius pensent que tout ouvrage fait de main d'homme donne lieu à cette action, à moins qu'il ne soit nécessaire pour la culture de la terre."

<sup>7</sup> Ulp. (l. 53 *ad ed.*), D. 39, 3, 6, 7: "*Celsus scribit, si quid ipse feci, quo tibi aqua pluvia noceat, mea impensa tollere me cogendum, si quid alius qui ad me non pertinet, sufficere, ut patiar te tollere. (...)*" — "Celse écrit: si j'ai fait moi-même un ouvrage par lequel l'eau de pluie te cause un dommage, je dois être forcé à l'ôter à mes frais. Si c'est un autre qui l'a fait, et qui ne dépend pas de moi, il suffit que je souffre que tu l'ôtes. (...)"

<sup>8</sup> A. Faber, *Rationalia in Pandectas*, T. II, 2<sup>e</sup>, Lugduni 1659, p. 223. *ad D. 8, 3, 20, 1*; sur l'histoire des références à A. Favre à propos du fragment en examen, v. R. Derine, *Di nuovo sul Tribonianismo già avvertito da Antonio Fabro "Sed nos etiam in hunc casum aequitatem admisimus"* (D. 39, 3, 2 §6 *in fine*), *IURA* 9 (1952), p.105 ss.

<sup>9</sup> L'interpolation signalée par Favre, est admise notamment par: E.I. Bekker, *Die gesetzlichen Eigentumsbeschränkungen des römischen Rechts*, *Jahrbuch des gemeinen deutschen Rechts*, 5(1862), p.184; S. Perozzi, *Il divieto d'atti di emulazione e il regime giustiniano delle acque private*, *Archivio Giuridico* 53 (1894), p. 361, et dans *Scritti Giuridici*, Milano 1948, T. I, p. 382.; M. Rotondi, *L'abuso di diritto*, *Rivista di diritto civile*, Milano 15 (1923), 250 s.; P. Bonfante, *Corso di diritto romano*, vol. II, parte I, Milano 1926, p. 441

Ce passage, de même que la finale du fragment précédent (2 §5<sup>10</sup>), provoquent en effet dans le régime classique de l'*a.a.p.a.* une rupture relativement nette par l'introduction de la notion hautement subjective d'équité. Cette équité permettrait de faire ce qui peut m'être utile, sans être nuisible à mon voisin. Une telle façon d'envisager l'octroi de l'action ne pourrait que très difficilement être attribuée à Paul, qui par ailleurs semble se limiter à l'expression de critères objectifs. L'équité dont il s'agit ici, est évidemment celle qui permet de déroger au *ius strictum*, et donc l'équité telle qu'elle était envisagée en droit postclassique<sup>11</sup>. Pour le reste, nous nous en remettons à ce qui a déjà été écrit sur le sujet<sup>12</sup>.

---

(ristampa 1966, p. 508); V. Scialoja, *Teoria della proprietà nel diritto romano*, Roma 1928, Vol. I, p. 374 s.; B. Biondi, *La categoria romana delle "servitutes"*, Milano 1938, p. 156; M. Sargenti, *L'actio aquae pluviae arcendae*, Milano 1940, p.43; F. Horak, *Rationes decidendi. Entscheidungsbegründungen bei den älteren römischen Juristen bis Labeo*, I, Aalen 1969, p. 282 n. 17; M. Kaser, *Das Römische Privatrecht*, 2. Teil, 2. Aufl., München 1975, p. 271, note 85; F. Sitzia, *op. cit.* (supra note 2), p. 42; F. Salerno, "aqua pluvia" ed "opus manu factum", *Labeo* 27 (1981), p. 234; Th. Mayer-Maly, *Aequo animo ferre*, «MNHMH» Georges A. Petropoulos, vol. II, Athènes 1984, p. 106; comp., émettant néanmoins un doute: R. Derine, *op. cit.* (supra note 8), p.105 n.5 et *À propos du nouveau régime des eaux créé par Justinien*, *RIDA* 5 (1958), p. 449 ss.; contra H. Burkhard, in C.F. Glück, *Ausführliche Erläuterung der Pandecten*, séries 39 et 40, 3<sup>e</sup> partie, Erlangen 1881, p. 599 n. 38.

<sup>10</sup> Paul. (l. 49 ad ed.) D. 39, 3, 2, 5: "Item Varus ait: aggerem, qui in fundo vicini erat, vis aquae deiecit, per quod effectum est, ut aqua pluvia mihi noceret. Varus ait, si naturalis agger fuit, non posse me vicinum cogere aquae pluviae arcendae actione, ut eum reponat vel reponi sinat, idemque putat et si manu factus fuit neque memoria eius exstat: quod si exstet, putat aquae pluviae arcendae actione eum teneri. Labeo autem, si manu factus sit agger, etiamsi memoria eius non exstat, agi posse ut reponatur: nam hac actione neminem cogi posse, ut vicino prosit, sed ne noceat aut interpellat facientem, quod iure facere possit. Quamquam tamen deficiat aquae pluviae arcendae actio, attamen opinor utilem actionem vel interdictum mihi competere adversus vicinum, si velim aggerem restituere in agro eius, qui factus mihi quidem prodesse potest, ipsi vero nihil nociturus est: haec aequitas suggerit, etsi iure deficiamus. — "De même Varus rapporte cette espèce : la violence des eaux a rompu la digue qui était sur le fonds de mon voisin, d'où il arrive que les eaux de pluie me causent du dommage. Varus dit que si cette digue était un ouvrage naturel, je ne peux forcer mon voisin par l'*actio aquae pluviae arcendae* à rétablir cette digue ou à souffrir qu'elle soit rétablie. Il pense la même chose si cette digue a été faite de main d'homme, mais depuis un temps immémorial, mais si elle était construite depuis un temps connu, il pense que le voisin serait tenu par l'action. Cependant, Labéon estime que lorsque la digue a été faite de main d'homme, même depuis un temps immémorial, on peut intenter l'action pour que la digue soit rétablie. Car par cette action, on ne peut être forcé de procurer un avantage au voisin mais bien de ne pas lui causer un dommage ou de ne pas l'empêcher de faire ce qu'il a le droit de faire. Mais bien que l'*actio aquae pluviae arcendae* puisse ne pas avoir lieu, je pense pouvoir bénéficier de l'action utile et de l'interdit contre mon voisin si je veux rétablir sur son fonds une digue qui, une fois faite, peut m'être utile sans lui être nuisible. C'est ce que recommande l'équité, même s'il nous manque à ce sujet des prescriptions légales."

<sup>11</sup> V. F. Pringsheim, *Jus aequum und jus strictum*, *ZSS* 42 (1921), p. 643 ss., et particulièrement p. 646 n. 8 et p. 647, où il faut lire: D. 39, 3, 2, 5 (Paul. 49 ed.), et non : D. 39, 3, 25 (Paul. 49 ed.).

<sup>12</sup> Sur les autres indices d'interpolations, voyez par ex. F. Salerno, *op. cit.* (supra note 9), p. 234: il paraît douteux que le *nos*, sujet de la phrase désigne Paul, car pendant la période postclassique, seul l'empereur avait le pouvoir d'*admittere aequitatem*, ce qui semblerait indiquer que le *nos* est un pluriel de majesté, qui trahit l'intervention de la chancellerie impériale. Un autre indice est constitué par l'utilisation de la formule "*in hunc casum*", qui

### 1.3. Problèmes posés par l'exégèse du fragment

La suppression de cette dernière phrase suffit-elle à restituer fidèlement le passage de Paul<sup>13</sup>? Nous avons l'impression qu'au contraire, il pourrait être très fructueux de s'interroger également sur la validité du reste du texte.

Si nous recourons à la doctrine du début du siècle, nous pouvons constater que le fragment dérange, et que de nombreux auteurs reconnaissent en divers endroits du texte des indices d'interpolation. Ainsi par exemple, pour certains d'entre eux, le passage "*hanc enim actionem (...) non secundum voluntatem sint*" est sans doute interpolé<sup>14</sup>. Pour d'autres, les mots "*ut sinat purgari*" sont également apocryphes<sup>15</sup>...

On pourrait évidemment répliquer que ces romanistes écrivirent cela, emportés par la vague "interpolationniste" qui dominait largement l'étude du droit romain en cette période.

Il faut néanmoins admettre que par la suite, bon nombre d'auteurs, s'ils considérèrent que les opinions de Namusa et de Labéon, telles qu'elles nous ont été livrées par le Digeste, étaient substantiellement classiques, reconnurent que les Compilateurs étaient intervenus au moins à un niveau formel<sup>16</sup>. Néanmoins, toutes les exégèses récentes de D. 39, 3, 2, 6 se basent sur le texte tel qu'il nous est livré par le Digeste, et n'admettent l'intervention de la commission de Tribonien quant au fond, que pour l'ajout de la dernière phrase "*Sed nos (...) admisimus*". La doctrine dominante actuelle table donc, pour le reste, sur une interpolation voluptuaire<sup>17</sup> du fragment. Cela pourrait être satisfaisant si dans cette perspective, le texte était en harmonie avec les autres fragments du même titre, ou du moins, compréhensible. Or c'est précisément là que le bât blesse: l'opinion de Namusa est en effet, comme nous le verrons, diamétralement opposée aux autres textes, et pose des problèmes d'interprétation qui exigent parfois de l'exégète des qualités

---

fait suivre la préposition *in* d'un accusatif, ce qui serait une trace de dégénérescence de la langue latine.

<sup>13</sup> On peut évidemment, avec Biondi [*op. cit.* (supra note 9), p. 156], supposer que Paul (et non Ulpien comme l'écrit erronément l'auteur) ne se limitait pas à opposer les opinions de Namusa et de Labéon, et que donc la suppression simple de la finale ne permet qu'une restitution partielle du fragment, mais il serait hasardeux d'émettre a priori une hypothèse là-dessus.

<sup>14</sup> Ainsi pour P. Bonfante, *op. cit.* (supra note 9), p. 507: "*La motivazione (...) — hanc enim actionem non tantum de operibus esse utilem manu factis, verum etiam in omnibus, quae non secundum voluntatem sunt — è molto vaga e senza dubbio corrotta. Il Mommsen emenda il testo aggiungendo mutata dopo voluntatem; noi preferiremmo inserire facta, ma, di nuovo, crediamo che la scorettezza o per lo meno l'espressione inadeguata derivino da interpolazioni dei compilatori, che hanno voluto estendere l'applicazione dell'actio anche all'opera degli agenti naturali*"; de même B. Biondi, *iudicia bonae fidei*, Ann. Palermo 7 (1918-1920), p.132 n. 3; v. dans le même sens: G. Grosso, *C.R. de M. Sargenti, op. cit.*, SDHI 7 (1941), p. 205; G. Branca, *La responsabilità per danni nei rapporti di vicinanza e il pensiero dei veteres*, Studi Albertario, Milano 1953, T. I, p. 360 s.

<sup>15</sup> Par ex. : G. Grosso, *op. cit.* (supra note 14) p. 205; pour d'autres exemples, voir l'*Index Interp.* et F. Sitzia, *op. cit.* (supra note 2) p. 43 n. 6.

<sup>16</sup> V. par ex. : M. Sargenti, *op. cit.* (supra note 9), p.43; F. Peters, *Das patientiam praestare im klassischen römischen Nachbarrecht*, SDHI 35 (1969), p. 159 n. 115; F. Horak, *op. cit.* (supra note 9), p. 281; M. Kaser, *op. cit.* (supra note 2), p. 221 n. 2; F. Sitzia, *op. cit.* (supra note 2) p. 42 n. 3: "*Pur non potendo non rilevare l'indubbia esistenza di ritocchi formali, ritengo che dalla motivazione della decisione di Namusa, quale appare nel testo, si possa ancora risalire al pensiero del giurista repubblicano*".

<sup>17</sup> Sur la notion d'interpolation voluptuaire: v. H. Appleton, "*Des interpolations dans les Pandectes et des méthodes propres à les découvrir*", Paris 1895, p. 32 ss.

d'équilibriste et qui débouchent sur des solutions fortement divergentes et peu satisfaisantes.

Nous nous proposons dès lors d'examiner le texte tel quel et les interprétations qui en découlent dans un premier temps, pour essayer de voir ensuite si une meilleure reconstruction du texte classique ne permet pas d'éviter les embûches évoquées ci-dessus.

## **2. Examen de D. 39, 3, 2, 6 tel qu'il se trouve dans notre version du Digeste de Justinien**

### **2.1. Description schématique des opinions émises**

#### **Namusa**

L'hypothèse de départ, est celle où *l'aqua fluens iter suum stercore obstruxerit*, de sorte qu'il y a une stagnation d'eau qui nuit au fonds supérieur.

Dans ce cas Namusa accorde l'action en vue de détourner l'eau de pluie (*a.a.p.a.*) car elle doit être accordée non seulement en cas d'*opus manu factum*, mais *in omnibus, quae non secundum voluntatem sint*.

Dans ce dernier cas (qui englobe nécessairement l'hypothèse de départ), le demandeur obtiendra seulement le droit de dégager lui-même le passage de l'eau ("*ut sinat purgari*").

#### **Labéon**

L'hypothèse de départ n'est pas modifiée: *si aqua fluens iter suum stercore obstruxerit*, de sorte qu'il y a une stagnation d'eau qui nuit au fonds supérieur.

Labéon refuse au contraire l'action en raison de l'absence de tout *opus manu factum*. Il précise alors que lorsque la disposition naturelle d'un fonds se détériore d'elle-même, il faut supporter ce changement *aequo animo*.

#### **Paul (itp.)**

Paul semble conclure (comme nous l'avons relevé supra<sup>18</sup>, il faut attribuer cette dernière phrase aux Compilateurs) en déclarant qu'il accorderait l'action même dans ce cas, en raison de l'équité.

### **2.2. Examen de la discordance apparente entre Namusa et Labéon**

#### **Position du problème**

Si nous examinons l'hypothèse de départ (*si aqua fluens iter suum stercore obstruxerit et ex restagnatione superiori agro noceat*), elle semble traiter d'une modification naturelle de l'écoulement de l'eau. En effet, "*aqua*" est le sujet de la phrase.

Pour ce qui est de Labéon, il n'y a pas de problème, c'est bien comme cela qu'il l'entend (*ait enim naturam agri ipsam a se mutari posse et ideo, cum per se natura agri fuerit mutata*).

Quant à Namusa, on peut au contraire se demander si la catégorie nouvelle qu'il établit (*omnibus, quae non secundum voluntatem sint*) concerne réellement une modification purement naturelle de l'écoulement de l'eau de pluie. Force est de constater qu'elle pose certains problèmes de compréhension. En effet, comment comprendre cet "*omnibus*" ? Renvoie-t-il à "*operibus*", ce qui permettrait éventuellement de suspecter l'intervention de la main d'homme d'une manière ou d'une autre, ou cela signifie-t-il simplement "toutes les choses" ? De même, comment comprendre le "*non secundum voluntatem sint*" ? Désigne-t-il tout ce qui n'a pas été fait conformément à la volonté d'un homme bien précis, ou ce qui s'est fait sans intervention humaine en général ? En quoi la volonté a-t-elle tout d'un coup une incidence en matière d'*a.a.p.a.* ? Nous remarquons qu'à chaque fois, nous pouvons douter du fait que Namusa envisage réellement une hypothèse dépourvue d'*opus manu factum*. Ce doute est d'ailleurs encore amplifié par le mot "*stercus*" qui désigne le fumier et

---

<sup>18</sup> V. n° 1.2.

qui semble directement découler d'une activité humaine: la fertilisation du champ (*stercoratio*).

Les questions sont donc: Pour quelles raisons Namusa accorde-t-il l'action ? Namusa envisage-t-il vraiment le même cas que Labéon ? Nous examinerons les différentes hypothèses possibles:

**Les raisons que peut avoir eu Namusa pour accorder l'*a.a.p.a.***

Namusa accorde l'*a.a.p.a.* même en cas de transformation purement naturelle de l'écoulement des eaux

Namusa aurait donc voulu introduire l'équivalent d'une responsabilité objective du chef du propriétaire du fonds inférieur. Cela signifie qu'il aurait été un franc-tireur, car tous les autres fragments du même titre du Digeste semblent requérir l'intervention de l'homme pour accorder l'action. C'est pourtant la solution qui a été le plus souvent retenue par la doctrine romaniste avant que, plus récemment, certains n'essayent de trouver ailleurs le pourquoi de cette attitude surprenante de la part du jurisconsulte. Comme exemple de cette ancienne tendance, peu élaborée, nous pouvons retenir Schneider; comme exemple plus récent: Sargenti.

**Schneider**

Schneider<sup>19</sup>, contrairement à ce que lui font dire Burckhard<sup>20</sup>, Sargenti<sup>21</sup>, et plus récemment Vigneron<sup>22</sup>, ne défend pas la thèse de la présence d'un *manu factum*, mais bien celle d'après laquelle Namusa accorde l'*a.a.p.a.* parce qu'il distingue parmi les ouvrages naturels, d'une part ceux qui ne causent de dommage que par leur destruction (comme au fragment précédent: D. 39, 3, 2, 5<sup>23</sup>) et d'autre part, ceux qui, comme dans notre cas, causent un dommage dès le début. Cette explication ne trouve cependant aucun appui dans le texte lui-même, et est peu convaincante.

Par ailleurs, il est difficile de croire qu'Aufidius Namusa, connu pour avoir recueilli les opinions de l'école de Servius Sulpicius Rufus, aurait été un franc-tireur, et aurait préconisé des opinions excentriques<sup>24</sup>. Nous n'avons en tout cas aucun indice, ni aucun autre texte qui puisse confirmer pareille conjecture.

**Sargenti**

C'est probablement Sargenti<sup>25</sup> qui a le mieux défendu la thèse de l'absence totale d'intervention humaine. Il constate pour commencer que l'opinion de Namusa est en contraste avec le principe dominant les autres décisions du même titre. L'unique explication plausible pour lui, est dès lors d'admettre que du temps de Namusa, c'est-à-dire au cours du dernier siècle de la République, l'*a.a.p.a.* était encore concédée même en l'absence d'*opus manu factum*. Les juristes auraient donc, depuis la Loi des XII Tables (qui n'aurait pas requis d'*opus m.f.*) et jusqu'à l'époque de Labéon, développé peu à peu l'idée de l'exigence d'un *opus manu factum*. Cette condition aurait été nécessaire, dans un premier temps, pour accorder toute sa portée à l'action. En cas d'absence d'*opus manu factum*, le titulaire de l'action aurait donc pu obtenir uniquement le droit de remettre lui-

---

<sup>19</sup> K.A. Schneider, *Über die Erfordernisse der actio aquae pluviae arcendae*, Zeitschrift für Civilrecht und Prozeß 5 (1841), p. 343.

<sup>20</sup> H. Burckhard, *op. cit.* (supra note 9), p. 597, n. 36: v. infra n. 32.

<sup>21</sup> M. Sargenti, *op. cit.* (supra note 9), p. 43 n. 1.

<sup>22</sup> R. Vigneron, C.R. de F. Sitzia, *op. cit.*, (supra note 2), p. 289 n. 38.

<sup>23</sup> V. supra note 10.

<sup>24</sup> V. infra, l'opinion de P. Bonfante, *op. cit.* (supra note 9), p. 507; de même M. Sargenti, *op. cit.* (supra note 9), qui, tout en adoptant la thèse de l'octroi de l'*a.a.p.a.* en cas d'*opus naturalis* par Namusa, se refuse pourtant à voir en Namusa un franc-tireur et cherche une explication plus globale (v. infra texte et note 25 ss.); de même B. Biondi [*op. cit.* (supra note 9), p. 154], pour qui Namusa est le représentant d'un mouvement jurisprudentiel répandu au I<sup>er</sup> siècle, et favorable à l'extension du champ d'application de l'*a.a.p.a.* ...

<sup>25</sup> M. Sargenti, *op. cit.* (supra note 9), p. 41 s.

même les lieux dans leur état antérieur — ce qui représenterait l'étape correspondant à l'opinion de Namusa. Dans un second temps, avec Labéon, la présence d'un *opus manu factum* aurait été nécessaire à l'octroi même de l'action.

Pour appuyer sa thèse, Sargenti prétend que l'opinion de Namusa n'est pas interpolée, et qu'il peut le prouver dans la mesure où cette opinion n'est d'ailleurs pas aussi isolée dans le Digeste qu'on le dit. Il invoque alors les avis de Trebatius<sup>26</sup> et Ateius<sup>27</sup>.

Cette thèse paraît douteuse, car, comme le dit Vigneron: "(...) si l'on avait accordé l'action en l'absence de toute intervention humaine, on aurait du même coup imposé à tous les propriétaires romains une charge invraisemblable: faire en sorte que l'écoulement naturel des eaux de pluie tombant sur leurs fonds ne nuisent jamais à leurs voisins. Si l'on garde à l'esprit le climat de l'antique Latium, la tâche n'eût pas seulement été titanesque: elle aurait été foncièrement incompatible, me semble-t-il, avec le concept même de propriété, entendu par les Romains comme l'expression d'un pouvoir absolu."<sup>28</sup>

Avec Sitzia<sup>29</sup>, nous pouvons également faire remarquer que lorsque Namusa dit que l'*a.a.p.a.* doit être accordée non seulement en cas d'*opus* mais aussi dans d'autres cas, le jurisconsulte élargit le champ d'application de l'action, ce qui est incompatible avec la reconstruction tentée par Sargenti. De plus, les textes de Trebatius et Ateius qui sont invoqués ne paraissent pas particulièrement probants<sup>30</sup>.

#### Namusa accorde l'action parce qu'il y a un *opus manu factum*

Cette hypothèse<sup>31</sup> a priori surprenante ou due à la perplexité provoquée par le passage<sup>32</sup>, peut néanmoins se comprendre, si l'on porte son attention sur le mot "*stercus*", qui peut aussi désigner du fumier<sup>33</sup>. Car ce fumier, on peut se demander d'où il vient, et répondre que c'est l'un des voisins qui l'a répandu (*stercoratio*). Il y aurait donc quand même une intervention humaine<sup>34</sup>.

Outre les critiques de Burckhard<sup>35</sup>, il faut bien admettre qu'une telle interprétation de l'avis de Namusa pose des problèmes aussi insurmontables que ceux posés par l'hypothèse précédente:

---

<sup>26</sup> Paul D. 39, 3, 11, 6.

<sup>27</sup> Paul D. 39, 3, 2, 4.

<sup>28</sup> R. Vigneron, *op. cit.* (supra note 2), p. 289.

<sup>29</sup> F. Sitzia, *op. cit.* (supra note 2), p. 45 s.

<sup>30</sup> Voir le commentaire qu'en fait Sitzia, *op. cit.* (supra note 2), p. 50 et 52 s.; notons au surplus que cette reconstruction de Sargenti ne tient pas compte de certains autres textes dérangeants: V. R. Vigneron, *op. cit.* (supra note 2), p. 290 n. 43.

<sup>31</sup> V. par ex. O. Karlowa, *Römische Rechtsgeschichte*, Leipzig 1901, T. II, 1<sup>e</sup> partie, p. 485.

<sup>32</sup> Ainsi H. Burckhard, *op. cit.* (supra note 9), p. 597, n. 36: "*Die Meinung Schneiders S. 339 f. 343., daß das stercus als opus im Sinn unseres Titels behandelt werde, kann nur als Ausdruck der Hilflosigkeit gegenüber unserer Stelle betrachtet werden*". Rappelons cependant que Burckhard se trompe sur la position de Schneider [*op. cit.* (supra note 16), p. 343] lequel ne semble pas affirmer que le *stercus* doive être considéré comme un *opus* (v. supra, texte et notes 19 ss.).

<sup>33</sup> Et non seulement "limon", comme le traduit M. Hulot, dans sa traduction du Digeste en français (Metz-Paris 1803), ce qui paraît exclure plus nettement l'intervention humaine; v. supra, 2.2. initio.

<sup>34</sup> V. supra 2.2. initio; Pour Karlowa [*op. cit.* (supra note 31), p. 485] l'amas de fumier provoquant une déviation de l'écoulement de l'eau de pluie doit être classé dans la catégorie des ouvrages faits de main d'homme, l'action devant être accordée, que l'ouvrage soit attaché au sol ou non; *contra*: Burckhard [*op. cit.* (supra note 9), p. 596], pour qui cette opinion est complètement arbitraire ("*ganz willkürlich*").

<sup>35</sup> V. supra n. 32 et 34.

1°. Car, affirmer que Namusa accorde l'*a.a.p.a.* en raison d'un *opus manu factum*, c'est supposer qu'il y ait eu un énorme malentendu entre ce jurisconsulte et Labéon, qui n'a pas l'air de savoir que le fumier a été apporté par un être humain;

2°. De plus, le fait d'étendre du fumier aurait probablement pu être qualifié d'*opus agri colendi causa*<sup>36</sup>, ce qui aurait exclu l'action;

3°. Enfin, cette interprétation ôte tout sens à l'extension du champs d'application de l'*a.a.p.a.* que semble vouloir introduire Namusa par les mots: "*hanc enim actionem (...) sint*".

Pour se soustraire à toutes ces objections, et pour essayer de concilier malgré tout dans un contexte cohérent les opinions de Namusa et de Labéon, Bonfante, puis Sitzia ont tenté de développer une interprétation intermédiaire.

Namusa accorde l'action, parce que pour lui, un *facere* (la *stercoratio*) est suffisant pour l'accorder

#### **Bonfante**

Si Bonfante<sup>37</sup> se refuse à penser que Namusa ait jamais accordé l'*a.a.p.a.* en l'absence totale d'*opus manu factum*, c'est en rappelant que ce dernier fut disciple du grand jurisconsulte Servius Sulpicius, dont il recueillit d'ailleurs les opinions. Sachant que Varus et Ofilius, autres disciples de l'école servienne, sont des adeptes du concept pur de l'*opus manu factum*<sup>38</sup>, il est pour lui unimaginable que l'école servienne ait un jour renoncé à l'exigence du *manu nocere*. Il en conclut donc que pour l'école servienne, l'*a.a.p.a.* ne requiert pas un *opus manu factum* dans le sens concret d'*opus*, mais qu'il suffit d'un *facere* (la *stercoratio*), qui aurait pour conséquence une altération du fonds, non consentie par le voisin. Il n'y aurait donc pas absence absolue d'intervention humaine, mais pas non plus d'*opus ad hoc*, ce qui aurait pour conséquence que le voisin du fonds inférieur n'aurait qu'une obligation de laisser dégager le passage de l'eau, et non de le faire lui-même.

#### **Affinement de l'idée de Bonfante par Sitzia**

Sitzia<sup>39</sup> fait siennes les grandes lignes de cette interprétation. Il estime également que Namusa fait une interprétation large du *manu facere*, qui permet d'octroyer l'action même en dehors du cas de l'*opus manu factum* proprement dit. Il entend clarifier la motivation de Namusa, en reportant le "*non secundum voluntatem*" au propriétaire du fonds qui cause le dommage et non à celui qui subit le dommage<sup>40</sup>. Dans cette hypothèse, Namusa accorderait donc l'action, car en répandant le fumier sur son champ, le propriétaire du champ fertilisé a commis un *facere* donnant accès à l'action, même s'il n'avait pas l'intention de nuire à son voisin. Il traduit alors "*verum etiam in omnibus, quae non secundum voluntatem sint*" par "mais doit être étendu à toutes les hypothèses dans lesquelles l'activité du *dominus* a involontairement causé un plus grand débit des eaux"<sup>41</sup>.

Qu'en est-il désormais des objections que nous avons déjà formulées contre l'hypothèse précédente (de l'existence pure et simple d'un *opus manu factum*) ? Il nous semble que deux d'entre elles subsistent:

---

<sup>36</sup> Ulpian, D. 39, 3, 1, 7; 8; 15. Nous reconnaissons cependant qu'il est difficile de savoir si la *stercoratio* pouvait déjà, du temps de Namusa (fin de la République), être qualifiée d'*opus agri colendi causa*. En effet, les sources traitant des *opera agri colendi causa* de manière suffisamment générale pour y intégrer la *stercoratio* sont des fragments relatant les opinions de Labéon (1 §7) et de Sabinus et Cassius (1 §8), qui sont tous des jurisconsultes du début du Principat (Il n'est cependant pas exclu qu'ils aient été contemporains de Namusa!).

<sup>37</sup> P. Bonfante, *op. cit.* (supra note 9), p. 507 s.

<sup>38</sup> Bonfante ne cite pas ses sources pour appuyer cela mais il nous semble qu'il fait référence à : Paul, D. 39, 3, 2, 5; 3, 2.

<sup>39</sup> F. Sitzia, *op. cit.* (supra note 2), p. 41 ss.

<sup>40</sup> F. Sitzia, *op. cit.* (supra note 2), p. 44.

<sup>41</sup> F. Sitzia, *op. cit.* (supra note 2), p. 44: "(...) ma deve essere esteso a tutte quelle ipotesi nelle quali l'attività del dominus ha involontariamente causato un maggior deflusso delle acque (...)".

1°. Sitzia, comme Bonfante, se rattachent à l'idée d'une vision large de l'exigence de l'*opus manu factum*. Reste une autre objection de taille: La contradiction de Labéon est celle de quelqu'un qui n'a pas compris que le fumier avait été apporté de main d'homme, puisqu'au lieu de répliquer en disant que la *stercoratio* ne saurait être qualifiée d'*opus manu factum*, ou en rappelant ce que pour lui il faut appeler *opus manu factum*, il parle toujours d'une modification purement naturelle du fonds<sup>42</sup>.

2°. Sitzia se défend de l'objection selon laquelle une *stercoratio* ne saurait en aucun cas ouvrir la voie à l'*a.a.p.a.*, parce qu'elle entrerait dans la catégorie des *opera agri colendi causa*, qui font exception à la règle<sup>43</sup>, en affirmant que l'on ne peut pas parler en l'occurrence d'*opus agri colendi causa*, car le fait que le fumier soit utile à la culture du fonds ne peut pas autoriser le propriétaire à l'amasser dans un lieu dans lequel il empêche le cours normal des eaux<sup>44</sup>. Cet argument nous paraît curieux, dans la mesure où il remet en question la propre construction de Sitzia. Cette dernière objection mérite d'être développée un peu plus longuement:

Reprenons le cheminement que l'auteur veut nous faire parcourir: il part de l'idée qu'il y a une intervention humaine, la *stercoratio*. Cette *stercoratio* est l'activité qui consiste à répandre du fumier. Il nous demande alors de distinguer cette activité d'un *opus manu factum* proprement dit<sup>45</sup>, étant sous-entendu qu'il y a une forte différence entre du fumier que l'on répand et un fossé que l'on creuse ou une digue que l'on érige. Namusa aurait dit que le cas de la *stercoratio* ressemble suffisamment à celui d'un *opus manu factum* pour accorder l'action dans ce cas. Et quand on réplique à Sitzia que Namusa aurait dû refuser l'action, parce que la *stercoratio* est un *opus agri colendi causa*, il objecte que cette exception ne permet pas au voisin de faire un tas de fumier dans un lieu où il empêche l'eau de s'écouler.

Cette objection ne résiste évidemment pas à l'analyse, car si Sitzia parle désormais d'"*amassare concime*" pour définir la *stercoratio*, quelle est encore la valeur de la distinction qu'il nous imposait<sup>46</sup> entre cette dernière et une digue formée de terre ou de pierres, dont la qualification d'*opus manu factum* n'a jamais fait de doute ? Nous nous trouverions alors dans l'hypothèse d'un *opus manu factum* pur et simple. D'ailleurs, en parlant d'"*amassare concime*", l'a. ne nous décrit plus une *stercoratio*, mais un entreposage de fumier.

Il reste donc possible que pour Namusa, la *stercoratio* devait être considérée comme étant un *opus agri colendi causa*, excluant en toute hypothèse l'*a.a.p.a.*<sup>47</sup>

---

<sup>42</sup> V. R. Vigneron, *op. cit.* (supra note 2), p. 290.

<sup>43</sup> Ulpian, D. 39, 3, 1, 7; 8; 15.

<sup>44</sup> F. Sitzia, *op. cit.* (supra note 2), p. 45 n. 11: "La circostanza che il concime sia utile alla coltivazione del fondo non sembra possa, infatti, autorizzare il dominus ad amassarlo in un luogo nel quale esso impedisca il deflusso delle acque".

<sup>45</sup> Cette distinction découle de l'affirmation de Sitzia [*op. cit.* (supra note 2), p. 43] selon laquelle il est indéniable que Namusa ait accordé l'action en l'absence d'un *opus manu factum*.

<sup>46</sup> Voir supra n. 45.

<sup>47</sup> Voir supra n. 36.

### Rejet de la position intermédiaire

En essayant d'expliquer la position de Namusa par une voie médiane, entre l'eau de pluie qui nuit *loci vitio* et celle qui nuit *manu*, on en est réduit à faire des acrobaties pour essayer de ne pas retomber dans l'une ou l'autre de ces hypothèses<sup>48</sup>. Selon nous, il n'est pas possible de soutenir cette position intermédiaire.

### 2.3. Conclusions

Ayant examiné les différentes manières de comprendre l'opinion de Namusa, il nous semble qu'il faut se résigner à admettre qu'aucune d'elles n'est réellement satisfaisante. Si l'on ajoute à cela l'incompatibilité des motivations respectives de Namusa et de Labéon, qui ont l'air de parler de choses différentes, comment faut-il comprendre ce fragment ?

## 3. Tentative d'une nouvelle reconstruction de D. 39,3,2,6.

### 3.1. Idée de base: Notre fragment est le résultat d'une juxtaposition de deux fragments distincts

Nous avons déjà, et à plusieurs reprises, noté le fait que Namusa et Labéon donnent l'impression de parler de choses différentes, et que leurs avis ne donnent pas une impression de cohérence interne. On a généralement expliqué cela en admettant que les compilateurs avaient interpolé le texte, mais comme on n'imaginait pas bien dans quelle mesure et dans quel but ils étaient intervenus, on en a conclu — faute de mieux — qu'il s'agissait d'une interpolation purement formelle. Cette attitude, comme nous venons de l'exposer, ne permet malheureusement pas de résoudre les problèmes de compréhension du fragment.

À notre avis, cette incohérence peut pourtant être résolue, et cela sans qu'il soit nécessaire d'envisager — comme le fait la doctrine dominante<sup>49</sup> — que de larges extraits aient été interpolés, si l'on admet que les avis respectifs de Namusa et Labéon concernent des hypothèses différentes, et ne se trouvent réunis dans notre fragment que suite à l'intervention des Compilateurs.

#### Modalités de la manipulation

Selon nous, le fragment de Paul (D. 39, 3, 2) ne comprenait initialement, en son §6, que l'opinion de Namusa; c'est la première moitié du passage qui va de "*Apud Namusam ...*" à "*... non secundum voluntatem sint.*". Nous verrons plus tard que celui-ci s'intègre en effet particulièrement bien à cet endroit.

L'opinion de Labéon a été insérée immédiatement après celle de Namusa par les Compilateurs. Cette façon de procéder est d'ailleurs bien connue, puisque parmi les commentaires de l'Édit du préteur ou du *ius civile* de Sabinus, les Compilateurs ont souvent choisi de larges extraits d'Ulpien, en les enrichissant par l'insertion de multiples autres écrits classiques<sup>50</sup>.

---

<sup>48</sup> Cicéron (*Top.*, 9, 39) ne semble d'ailleurs pas envisager d'autre hypothèse non plus; v. supra n. 5.

<sup>49</sup> V. supra texte et note 16.

<sup>50</sup> V. M. Kaser, *Römische Rechtsquellen und angewandte Juristenmethode*, Wien-Köln-Graz 1986, p. 136 : "(...) So ließ sich feststellen, daß man aus den Kommentaren zum prätorischen Edikt und zum 'ius civile' des Sabinus häufig — keineswegs immer — große Stücke aus dem Kommentar Ulpian's übernommen und diesen Stoff durch Einschleusen aus mannigfachen anderen Klassikerschriften angereichert hat". Sans doute ces insertions mentionnaient-elles le plus souvent l'auteur et la provenance du fragment inséré, par respect pour les jurisconsultes classiques et lorsqu'ils entendaient se rallier à leur jurisprudence [v. sur ce respect minutieux, en dernier lieu: J.E. Spruit, *Enige Casuistiek*, Lampas 26 (1993) p. 389 ss. (406); R. Feenstra, *De Digesten van Justinian*, Lampas cit., p. 411 ss. (422 s.)]. Mais telle n'était pas

Pour lier les deux opinions, les mots “*contra Namusam probat*”<sup>51</sup> ont fort probablement dû être ajoutés par les Compilateurs. Il est en effet permis d’avoir certains doutes sur ces mots.

#### Sur le caractère classique de “*Labeo contra Namusam probat*”

Notre attention a été attirée par l’utilisation de ce “*contra ... probat*”, car en général, pour exprimer la désapprobation d’une personne, les Romains utilisaient plus volontiers “*improbat*” ou “*non probat*” ou tout simplement “*contra*”.

Il semble que l’utilisation de “*contra probare*” soit même unique, dans les sources dont nous disposons, pour exprimer la désapprobation d’une personne par une autre.

Cela semble certain, en tout cas, si l’on considère le Digeste, car selon le *Vocabularium Iurisprudentiae Romanae*, la préposition “*contra*” est accompagnée une seule fois du verbe “*probare*”, et cela dans notre fragment<sup>52</sup>. De même, si l’on commence sa recherche au v° “*probo, -are*” et que l’on recherche combien de fois ce verbe est accompagné de “*contra*”, le résultat est identique<sup>53</sup>.

Si l’on fait la recherche à l’aide de la banque de données informatique de l’université de Linz<sup>54</sup>, on obtient un résultat similaire<sup>55</sup>.

---

leur manière de procéder lorsqu’il leur fallait rompre avec la jurisprudence classique, comme c’est le cas ici (v. infra 3.2.).

<sup>51</sup> Quant au mot “*etiam*”, il n’apparaît pas suffisamment substantiel pour que l’on puisse s’exprimer sur son caractère classique ou non.

<sup>52</sup> V. *Vocabularium Iurisprudentiae Romanae*, v° *contra*, Berlin 1903, col. 995.

<sup>53</sup> V. *Vocabularium Iurisprudentiae Romanae*, v° *probare*, Berlin - New York 1985, col. 1184.

<sup>54</sup> University-Linz-Database, Version 3.1, Mai 1992.

<sup>55</sup> L’ordinateur relève alors outre notre fragment, comme exemples se rapprochant le plus de celui-ci:

A) Dans le Digeste:

Paul. D. 47, 2, 88 (1 décr.): *Creditori actio furti in summam pignoris, non debiti competit. sed ubi debitor ipse subtraxisset pignus, contra probatur, ut in summam pecuniae debita et usurarum eius furti conveniretur* — Paul D. 47, 2, 88 (1 décr.): “Le créancier a l’action de vol pour la valeur du gage et non de la dette. Mais quand c’est le débiteur lui-même qui a dérobé le gage, on approuve la solution contraire, de sorte que l’action sera admise pour le montant de la dette, augmenté des intérêts.”.

Comme on peut le voir, dans ce dernier cas, l’usage du “*contra*” est cependant différent, car il a valeur d’adverbe et non de préposition.

B) Dans les institutes de Gaius 2, 78: *Sed si in tabula mea aliquis pinxerit veluti imaginem, contra probatur: magis enim dicitur tabulam picturae cedere.(...)* — Institutes de Gaius, 2, 78 (Trad. J. Reinach, Coll. “Belles Lettres”, Paris 1975) : “Mais si, sur un panneau t’appartenant, on peint par exemple un tableau, il faut adopter la solution inverse: il vaut mieux dire en effet que le panneau suit la peinture (...)”.

Ce cas-ci est identique au premier (sous A).

C) Dans les autres sources, l’ordinateur ne relève rien d’intéressant (Si l’on veut néanmoins en retenir un dans le Code de Justinien, il faut se contenter de: C. 12, 40, 5, 4 HONOR./THEOD.: *In tantum enim inhiberi sceleratum morem iubemus, ut ipsis quoque praebentibus impunitum esse non patiamur, si quid sponte contra praeceptum nostrum probati fuerint obtulisse*. THEODOS. AA. IOHANNI PP. \* <A 413 D. PRID. ID. IUN. RAVENNAE POST CONSULATUM HONORII VIII ET THEODOSII V AA.> — “Nous voulons proscrire cette conduite propre aux scélérats, afin que si quelqu’un est convaincu d’avoir, contre notre disposition, reçu quelque chose, il ne puisse espérer l’impunité”. Ici, en réalité, le “*contra*” ne se rapporte même pas au verbe “*probare*”).

Si, par acquis de conscience, on recourt aux index traditionnels pour le Code Théodosien et les Nouvelles qui y sont adjointes (O. Gradenwitz, *Heidelberger Index zum*

Il semble donc bien que la formulation: "*Labeo contra Namusam probat*" soit unique dans les sources juridiques. Pour affiner notre recherche, il fallait néanmoins recourir également aux sources littéraires. Pour cela nous avons recouru à la banque de données informatique PHI<sup>56</sup>. Mais là également, notre recherche est restée infructueuse<sup>57</sup>.

Il semble donc que l'expression "*contra probare*" dans le sens d' "approuver le contraire" soit absente aussi des principales sources littéraires.

Quelle conclusion peut-on tirer de cela? Il semble qu'il s'agisse là au moins d'une manière très inhabituelle de s'exprimer qui pourrait être un indice de l'intervention des Compilateurs. Tout nous laisse croire que les Compilateurs ont inséré les mots "*contra Namusam probat*" dans le but de lier les deux fragments et de créer cette illusion d'unité de contexte.

### 3.2. Mobile des Compilateurs

Rappelons tout d'abord que le droit de l'*a.a.p.a.*, élaboré pendant la République pour la verdoyante péninsule italique devait inévitablement poser certains problèmes d'adaptation, lors de la compilation du Digeste qui devait s'appliquer essentiellement à l'empire romain d'orient, donc à une région dont le climat pose plutôt des problèmes liés au manque, et non à l'excès d'eau<sup>58</sup>. Cette adaptation s'est faite par un élargissement du

---

*Theodosianus*, Berlin 1929; O. Gradenwitz, *Ergänzungsband zum Heidelberger Index zum Theodosianus*, Berlin 1929.), les Novelles de Justinien [A.M. Bartoletti Colombo - G.G. Archi, *Legum Iustiniani Imperatori Vocabularium — Novellae (pars latina)*, V° Contra, Modena 1977.], et certaines sources épigraphiques (E. Levy, *Ergänzungsindex zu ius und leges*, Weimar 1930.), aucun texte ne se rapproche suffisamment de ce que nous recherchons pour pouvoir être pris en compte [Si l'on devait néanmoins en retenir un, on mentionnerait: C.Th. 7, 8, 10 2. Ce texte n'apporte cependant rien de neuf, vu que c'est identiquement le même que celui que l'ordinateur nous avait déjà permis de repérer dans le Code de Justinien (C. 12, 40, 5, 4, v. supra).].

<sup>56</sup> PHI (Packard Humanities Institute) LATIN TEXTS — 1987.

<sup>57</sup> C'est alors chez Cicéron que nous trouvons les passages les plus ressemblant à ce que nous cherchons:

*Cicero, De Inventione, Actio, 2, 136.*

*Qui locus idcirco est huic necessarius, quod semper is, qui contra scriptum dicet, aequitatis aliquid afferat oportet. nam summa impudentia sit eum, qui contra quam scriptum sit aliquid probare velit, non aequitatis praesidio id facere conari. — Cic., de Inv., 2, 136: "Si ce lieu (question, sujet) est essentiel, c'est que celui qui attaque la lettre doit toujours apporter une raison d'équité. Car ce serait le comble de l'impudence de vouloir faire admettre quelque chose contre la lettre, sans essayer de s'appuyer pour cela sur l'équité." (Trad. H. Bornecque, Belles Lettres, Paris s.d.)*

Cette phrase contient probablement la formulation qui se rapproche le plus de celle de notre fragment (Si l'on devait en ressortir un autre, on pourrait citer: *Cicero, Acad. Pr. (Lucullus), 24, 75* : "*Sed quid eos colligam, cum habeam Chrysippum, qui fulcire putatur porticum Stoicorum: quam multa ille contra sensus, quam multa contra omnia quae in consuetudine probantur.*" - "Mais à quoi bon recueillir leur témoignage, quand j'ai pour moi Chrysippe qui passe pour la colonne du Portique ? Combien d'objections n'a-t-il pas dirigées contre les sens et contre toutes les idées que l'on reçoit dans la vie pratique?" (Traduction A. Lorquet, éd. de Cicéron, III, coll. Nisard, Paris s.d.). Ici le "*contra*" n'est même pas dans la même proposition que le "*probantur*"), puisqu'ici le "*contra*" est bien préposition, mais l'utilisation du "*probare*" reste néanmoins différente; en effet, il ne s'agit pas ici de désapprouver quelqu'un, mais d'approuver le contraire de ce qui est écrit; ce qui n'est pas la même chose.

<sup>58</sup> V. notamment: M. Rotondi, *op. cit.* (supra note 9), p. 245 s.; P. Bonfante, *Istituzioni di diritto romano*, ottava ed., Milano 1925, p. 297 s. (§96); H. Stoll, C.R. Rotondi (*op. cit.*), ZSS

champ d'application de l'action<sup>59</sup>, comme en témoigne notamment l'interpolation de la finale de notre fragment.

Dans cette perspective de volonté d'élargir le champ d'application de l'*a.a.p.a.*, les Compilateurs, dont le respect pour la jurisprudence classique n'est plus à souligner<sup>60</sup>, sont confrontés à une jurisprudence catégorique, et surtout à un avis de Labéon<sup>61</sup>, l'inévitable jurisconsulte de référence en matière d'*a.a.p.a.*, affirmant qu'il faut supporter d'un cœur égal toute modification purement naturelle des lieux (C'est la deuxième partie de notre fragment). Comment les Compilateurs pouvaient-ils dès lors opérer un élargissement du champ d'application, le but de ceux-ci étant d'introduire dans les conditions d'octroi de l'*a.a.p.a.*, une variable nouvelle: l'*aequitas*, comme en témoigne la fin interpolée du fragment? C'est alors que se présente à eux l'opinion de Namusa, qui octroie l'*a.a.p.a.* dans une hypothèse qui peut ressembler à une modification naturelle de l'écoulement de l'eau, mais qui en réalité traite d'une hypothèse où la modification dommageable du cours de l'eau de pluie est la conséquence involontaire d'un acte humain<sup>62</sup> (C'est le début de notre fragment). Cette ressemblance est accentuée par le fait qu'ils font suivre l'opinion de Namusa par celle de Labéon, qui elle concerne réellement la modification naturelle de l'écoulement de l'eau. Il suffisait alors de transformer le début de la première phrase de l'avis de Labéon (probablement "*Labeo ait ...*") en : "*Labeo [contra Namusam probat] ait ...*". En modifiant ainsi le contexte de l'opinion de Namusa, les Compilateurs ont fait naître une *duplex interpretatio*<sup>63</sup>, donnant à cette opinion une toute autre signification.

En opposant donc à Labéon un jurisconsulte classique, les Compilateurs ont pu ouvrir une brèche dans la jurisprudence classique et adopter une position admettant la

---

47 (1927), p. 427; V. Scialoja, *op. cit.* (supra note 9), p. 384; E. Levy, *West Roman vulgar law*, Philadelphia 1951, p. 117 s.; P. Voci, *Istituzioni di diritto romano*, Milano 1954, p. 278; Comp. déjà Frontinus, *De controversiis agrorum*, 36, 16 ss. et 57, 22 ss. (in *Die Schriften der Römischen Feldmesser*, F. Blume, K. Lachmann, A. Rudorff, 1. Band, Berlin 1848, p. 36 lignes 16 ss. et p. 57, lignes 22 ss.): 36, 16 ss.: "*Multa enim et varia incidunt, quae ad ius ordinarium pertinent, per provinciarum diversitatem. nam cum in Italia ad aquam pluviam arcendam controversia non minime concitetur, diverse in Africa ex eadem re tractatur. quom sit enim regio aridissima, nihil magis in quaerella habent quam siquis inibuerit aquam pluviam in suum influere: nam et aggeres faciunt et excipiunt et continent eam, ut ibi potius consumatur quam effluat*"; 57, 22 ss.: "*De aqua pluvia arcenda controversia per regiones variis generibus exercetur. in Italia aut quibusdam provinciis non exigua est iniuria, si in alienum agrum aquam inmittas; in provincia autem Africa, si transire non patiaris.*"

<sup>59</sup> V. F. Sitzia, *Enciclopedia del Diritto*, v° *Scolo delle acque (storia)*, 41 (1989), p. 752.

<sup>60</sup> V. par ex.: K.-H. Schindler, *Justinians Haltung zur Klassik*, Köln-Graz 1966; M. Kaser, *Zur Methodologie der römischen Rechtsquellenforschung*, Wien 1972, p. 16 ss.; J.E. Spruit, *op. cit.* (supra note 50), p. 406 et R. Feenstra, *op. cit.* (supra note 50), p. 422 s.

<sup>61</sup> Sur le caractère classique de l'*aequo animo ferre* et de l'opinion de Labéon : Th. Mayer-Maly, *op. cit.*, (supra note 9); quant au contexte original de l'opinion de Labéon, il est évidemment incertain, mais l'on peut néanmoins remarquer que cette opinion s'accorde particulièrement bien avec le contexte illustrant la première moitié du fragment consécutif au nôtre: "*Idem labeo ait, si in agro tuo aquarum concursus locum excavavit, aquae pluviae arcendae actione agi non posse tecum a vicinis: (...)*" — Le même Labéon décide que si l'afflux des eaux a fait un creux dans ton terrain, les voisins ne peuvent pas tenter contre toi l'action en vue de détourner l'eau de pluie. (...).

<sup>62</sup> Les Compilateurs ont-ils conscience ou non du fait que Namusa traite d'une hypothèse non exempte d'intervention humaine ? C'est probable sans être certain.

<sup>63</sup> À propos de la *duplex interpretatio*: v. par ex. F. Sturm, *Die Digestenexegese*, in *Die Rechtsgeschichtliche Exegese*, 2. Auflage, Schriftenreihe der Juristischen Schulung, München 1993, p. 13 s.

solution opposée à celle qui dominait en droit classique, dans la mesure où ce serait désormais l'*aequitas* qui déterminerait l'octroi ou non de l'*a.a.p.a.* en cas de modification purement naturelle de l'écoulement de l'eau de pluie.

### 3.3. Intérêt de retenir cette hypothèse

Cette solution permet, pour la première fois croyons-nous, de comprendre véritablement la pensée de Namusa, de constater qu'elle est tout à fait conforme à la jurisprudence classique, et même de comprendre un peu mieux cette dernière.

#### L'opinion de Namusa

Selon nous, l'avis de Namusa concerne un cas de *stercoratio* comme l'avaient pressenti Bonfante et Sitzia. Mais contrairement à ces deux auteurs, nous ne croyons pas que Namusa ait accordé l'*a.a.p.a.* parce qu'il se contentait d'un *facere* constitué par la *stercoratio*, tout en limitant l'efficacité de l'action à un *patientiam praestare*.

En effet, reconsidérons l'hypothèse de Namusa: il s'agit d'un propriétaire qui a fertilisé son champ. Le fumier répandu, probablement suite à de fortes pluies, dévale la pente et forme un bouchon. Namusa accorde alors l'action au propriétaire du fonds supérieur, en raison de la présence d'un ouvrage "qui n'a pas été voulu". Quel est cet ouvrage non voulu? Selon nous il ne peut pas s'agir, comme cela a été soutenu jusqu'à présent, de la *stercoratio*. En réalité, c'est le bouchon, en tant que conséquence involontaire d'un *manu facere* — la fertilisation de son champ par le voisin — qui ouvre l'accès à l'*a.a.p.a.*. C'est d'ailleurs de ce bouchon dont le demandeur à l'action souhaite la suppression, et non de la *stercoratio* en tant que telle.

#### Conformité à la jurisprudence classique de l'opinion de Namusa

La conformité de l'opinion de Namusa à la jurisprudence classique ne fait désormais plus aucun doute, car en concentrant son attention sur le bouchon, plutôt que sur la *stercoratio*, on écarte également l'objection liée aux *opera agri colendi causa*, vu que si la *stercoratio* pouvait être qualifiée ainsi, on ne peut certainement pas en dire autant du bouchon.

De même, le fait que Namusa accorde l'action contre le propriétaire du fonds inférieur, de manière à ce qu'il souffre simplement que l'autre supprime le bouchon ("*ut sinat purgari*"), est également conforme à la jurisprudence classique en la matière. En effet, deux hypothèses peuvent être envisagées ici: l'auteur de la *stercoratio* est soit le propriétaire du fonds sur lequel s'est formé le bouchon, soit une autre personne. Dans aucun des deux cas, le propriétaire du fonds sur lequel le bouchon s'est formé, ne sera considéré comme étant l'auteur de l'*opus* -même, mais tout au plus (dans la première hypothèse, qui est aussi la moins plausible) du *manu facere* qui est involontairement à la base du bouchon. L'*a.a.p.a.* ne pouvait dès lors aboutir à un autre résultat que de permettre au demandeur de rétablir lui-même le cours d'eau dans son état antérieur<sup>64</sup>, que l'on soit dans la première ou dans la seconde hypothèse.

#### Précisions sur la jurisprudence classique

On pourrait maintenant avoir l'impression que malgré tout, Namusa dépasse un peu les limites de la jurisprudence classique, dans la mesure où il semble élargir la catégorie "*opus manu factum*", condition pour l'octroi de l'*a.a.p.a.*, en y adjoignant la catégorie "*omnibus quae non secundum voluntatem sint*". Mais, comme le laisse entendre le "*omnibus*", il est également d'autres cas, où il faut distinguer l'intervention de l'homme, et la conséquence involontaire et dommageable de cette intervention: c'est par exemple le cas dans le fragment précédent (D. 39, 3, 2, 5<sup>65</sup>), où ce n'est pas la digue construite de main d'homme qui dérange le propriétaire du fonds voisin, mais sa destruction par des forces naturelles et donc sans la volonté du propriétaire. C'est cette comparaison des §§ 5 et 6 qui nous fait penser d'une part que la formulation "*non tantum ... sed etiam*" qui était

<sup>64</sup> V. supra 1.1.; v. D. 39, 3, 6, 7 (supra note 7).

<sup>65</sup> V. supra note 10.

traditionnellement considérée comme témoignant de l'introduction d'un élargissement du champ d'application de l'*a.a.p.a.* par Namusa<sup>66</sup>, n'est en réalité que le rappel de l'étendue du champ d'application de cette action tel qu'elle est appliquée dans le § 5, et d'autre part que c'est l'opinion de Namusa qui se trouvait originellement à cet endroit du fragment de Paul — vu la proximité des hypothèses et des solutions — et que c'est l'opinion de Labéon qui y a été ajoutée, et non l'inverse.

Si nous résumons ce que cette nouvelle interprétation de l'opinion de Namusa nous apprend, nous dirons qu'en droit classique l'*a.a.p.a.* était accordée non seulement en cas de dommage causé suite à une modification du cours de l'eau de pluie par un ouvrage humain, mais également chaque fois que cette modification est due à une conséquence involontaire d'un ouvrage humain (comme c'est le cas dans 2 §5) ou d'une activité<sup>67</sup> humaine (comme dans notre fragment).

Il nous semble qu'ainsi, nous avons donné la seule explication vraiment plausible de l'opinion de Namusa. Si nous reprenons désormais le fragment, il nous semble devoir le lire comme suit:

### 3.4. Nouvelle lecture du fragment

Opinion de Namusa constituant le §6 du texte de Paul:

APUD NAMUSAM RELATUM EST, SI AQUA FLUENS ITER SUUM STERCORE OBSTRUXERIT ET EX RESTAGNATIONE SUPERIORI AGRO NOCEAT, POSSE CUM INFERIORE AGI, UT SINAT PURGARI: HANC ENIM ACTIONEM NON TANTUM DE OPERIBUS ESSE UTILEM MANU FACTIS, VERUM ETIAM IN OMNIBUS, QUAE NON SECUNDUM VOLUNTATEM SINT.

Opinion de Labéon ayant été insérée après l'opinion de Namusa:

LABEO [CONTRA NAMUSAM PROBAT] AIT ENIM NATURAM AGRI IPSAM A SE MUTARI POSSE ET IDEO, CUM PER SE NATURA AGRI FUERIT MUTATA, AEQUO ANIMO UNUMQUEMQUE FERRE DEBERE, SIVE MELIOR SIVE DETERIOR EIUS CONDICIO FACTA SIT. IDCIRCO ET SI TERRAE MOTU AUT TEMPESTATIS MAGNITUDE SOLI CAUSA MUTATA SIT, NEMINEM COGI POSSE, UT SINAT IN PRISTINAM LOCUM CONDICIONEM REDIGI. [SED NOS ETIAM IN HUNC CASUM AEQUITATEM ADMISIMUS.]

---

<sup>66</sup> V. supra la critique de l'opinion de Sargenti, dernier paragraphe.

<sup>67</sup> Notons d'ailleurs que le mot "*opus*" peut désigner aussi bien l'ouvrage que l'activité; v. F. Wubbe, *Opus selon la définition de Labéon* (D. 50, 16, 1, 5), T.V.R. 50 (1982), p. 241ss. part. 251.