



This is a digital copy of a book that was preserved for generations on library shelves before it was carefully scanned by Google as part of a project to make the world's books discoverable online.

It has survived long enough for the copyright to expire and the book to enter the public domain. A public domain book is one that was never subject to copyright or whose legal copyright term has expired. Whether a book is in the public domain may vary country to country. Public domain books are our gateways to the past, representing a wealth of history, culture and knowledge that's often difficult to discover.

Marks, notations and other marginalia present in the original volume will appear in this file - a reminder of this book's long journey from the publisher to a library and finally to you.

### **Usage guidelines**

Google is proud to partner with libraries to digitize public domain materials and make them widely accessible. Public domain books belong to the public and we are merely their custodians. Nevertheless, this work is expensive, so in order to keep providing this resource, we have taken steps to prevent abuse by commercial parties, including placing technical restrictions on automated querying.

We also ask that you:

- + *Make non-commercial use of the files* We designed Google Book Search for use by individuals, and we request that you use these files for personal, non-commercial purposes.
- + *Refrain from automated querying* Do not send automated queries of any sort to Google's system: If you are conducting research on machine translation, optical character recognition or other areas where access to a large amount of text is helpful, please contact us. We encourage the use of public domain materials for these purposes and may be able to help.
- + *Maintain attribution* The Google "watermark" you see on each file is essential for informing people about this project and helping them find additional materials through Google Book Search. Please do not remove it.
- + *Keep it legal* Whatever your use, remember that you are responsible for ensuring that what you are doing is legal. Do not assume that just because we believe a book is in the public domain for users in the United States, that the work is also in the public domain for users in other countries. Whether a book is still in copyright varies from country to country, and we can't offer guidance on whether any specific use of any specific book is allowed. Please do not assume that a book's appearance in Google Book Search means it can be used in any manner anywhere in the world. Copyright infringement liability can be quite severe.

### **About Google Book Search**

Google's mission is to organize the world's information and to make it universally accessible and useful. Google Book Search helps readers discover the world's books while helping authors and publishers reach new audiences. You can search through the full text of this book on the web at <http://books.google.com/>



## A propos de ce livre

Ceci est une copie numérique d'un ouvrage conservé depuis des générations dans les rayonnages d'une bibliothèque avant d'être numérisé avec précaution par Google dans le cadre d'un projet visant à permettre aux internautes de découvrir l'ensemble du patrimoine littéraire mondial en ligne.

Ce livre étant relativement ancien, il n'est plus protégé par la loi sur les droits d'auteur et appartient à présent au domaine public. L'expression "appartenir au domaine public" signifie que le livre en question n'a jamais été soumis aux droits d'auteur ou que ses droits légaux sont arrivés à expiration. Les conditions requises pour qu'un livre tombe dans le domaine public peuvent varier d'un pays à l'autre. Les livres libres de droit sont autant de liens avec le passé. Ils sont les témoins de la richesse de notre histoire, de notre patrimoine culturel et de la connaissance humaine et sont trop souvent difficilement accessibles au public.

Les notes de bas de page et autres annotations en marge du texte présentes dans le volume original sont reprises dans ce fichier, comme un souvenir du long chemin parcouru par l'ouvrage depuis la maison d'édition en passant par la bibliothèque pour finalement se retrouver entre vos mains.

## Consignes d'utilisation

Google est fier de travailler en partenariat avec des bibliothèques à la numérisation des ouvrages appartenant au domaine public et de les rendre ainsi accessibles à tous. Ces livres sont en effet la propriété de tous et de toutes et nous sommes tout simplement les gardiens de ce patrimoine. Il s'agit toutefois d'un projet coûteux. Par conséquent et en vue de poursuivre la diffusion de ces ressources inépuisables, nous avons pris les dispositions nécessaires afin de prévenir les éventuels abus auxquels pourraient se livrer des sites marchands tiers, notamment en instaurant des contraintes techniques relatives aux requêtes automatisées.

Nous vous demandons également de:

- + *Ne pas utiliser les fichiers à des fins commerciales* Nous avons conçu le programme Google Recherche de Livres à l'usage des particuliers. Nous vous demandons donc d'utiliser uniquement ces fichiers à des fins personnelles. Ils ne sauraient en effet être employés dans un quelconque but commercial.
- + *Ne pas procéder à des requêtes automatisées* N'envoyez aucune requête automatisée quelle qu'elle soit au système Google. Si vous effectuez des recherches concernant les logiciels de traduction, la reconnaissance optique de caractères ou tout autre domaine nécessitant de disposer d'importantes quantités de texte, n'hésitez pas à nous contacter. Nous encourageons pour la réalisation de ce type de travaux l'utilisation des ouvrages et documents appartenant au domaine public et serions heureux de vous être utile.
- + *Ne pas supprimer l'attribution* Le filigrane Google contenu dans chaque fichier est indispensable pour informer les internautes de notre projet et leur permettre d'accéder à davantage de documents par l'intermédiaire du Programme Google Recherche de Livres. Ne le supprimez en aucun cas.
- + *Rester dans la légalité* Quelle que soit l'utilisation que vous comptez faire des fichiers, n'oubliez pas qu'il est de votre responsabilité de veiller à respecter la loi. Si un ouvrage appartient au domaine public américain, n'en déduisez pas pour autant qu'il en va de même dans les autres pays. La durée légale des droits d'auteur d'un livre varie d'un pays à l'autre. Nous ne sommes donc pas en mesure de répertorier les ouvrages dont l'utilisation est autorisée et ceux dont elle ne l'est pas. Ne croyez pas que le simple fait d'afficher un livre sur Google Recherche de Livres signifie que celui-ci peut être utilisé de quelque façon que ce soit dans le monde entier. La condamnation à laquelle vous vous exposeriez en cas de violation des droits d'auteur peut être sévère.

## À propos du service Google Recherche de Livres

En favorisant la recherche et l'accès à un nombre croissant de livres disponibles dans de nombreuses langues, dont le français, Google souhaite contribuer à promouvoir la diversité culturelle grâce à Google Recherche de Livres. En effet, le Programme Google Recherche de Livres permet aux internautes de découvrir le patrimoine littéraire mondial, tout en aidant les auteurs et les éditeurs à élargir leur public. Vous pouvez effectuer des recherches en ligne dans le texte intégral de cet ouvrage à l'adresse <http://books.google.com>

HARVARD LAW LIBRARY



3 2044 097 769 988



HARVARD LAW LIBRARY

Received

JAN







HARVARD LAW LIBRARY

Received JAN

NCE

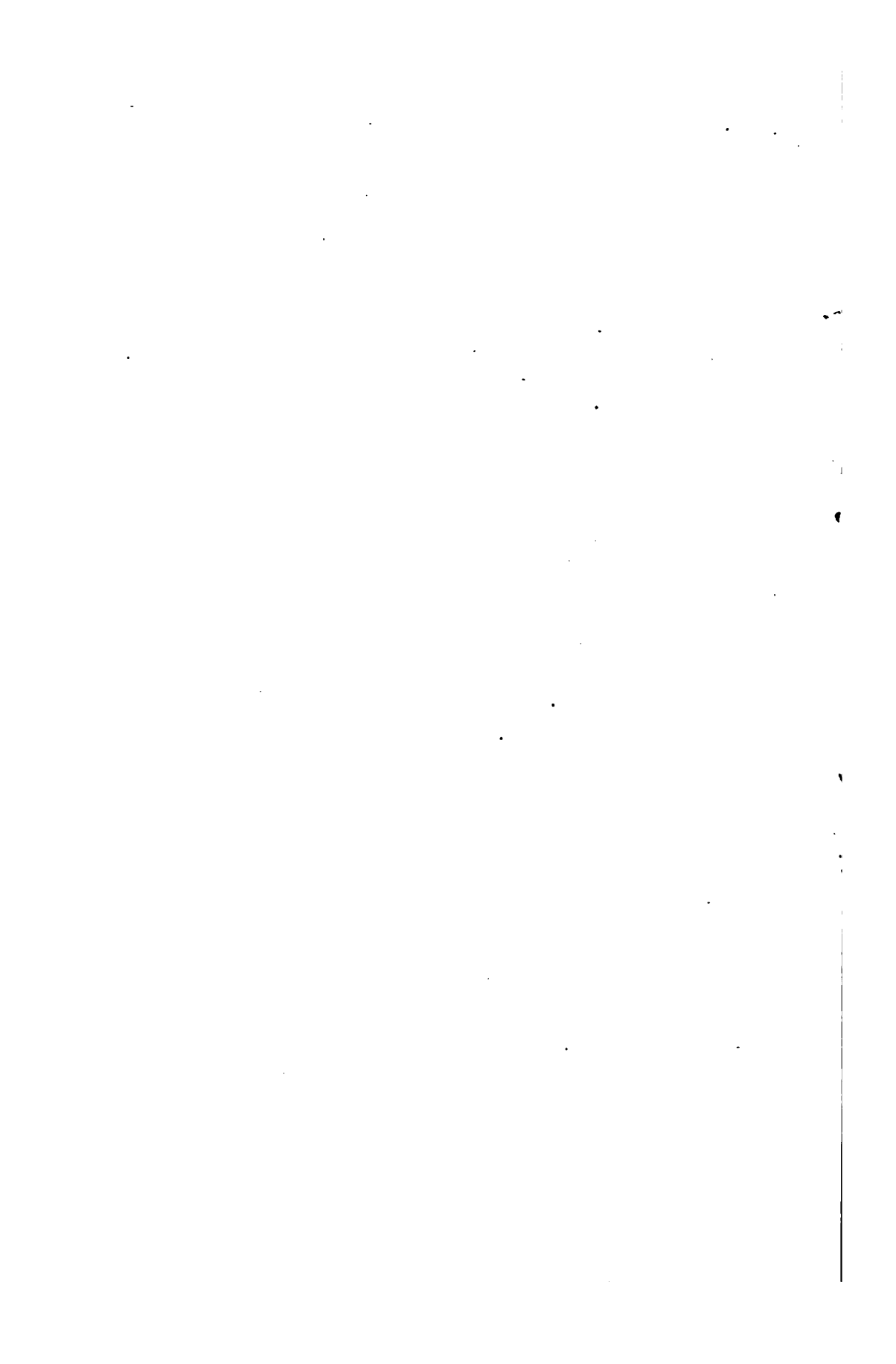


~~Q~~

MW.



FRANCE



**ESSAI DE RECONSTITUTION**

DE

**L'ÉDIT PERPÉTUEL**

IMPRIMERIE  
CONTANT-LAGUERRE



828 - 1<sup>er</sup> - DUC

**OTTO LENEL**

PROFESSEUR A L'UNIVERSITÉ DE STRASBOURG

x      **ESSAI DE RECONSTITUTION**      c

DE

# L'ÉDIT PERPÉTUEL

Ouvrage traduit en français

PAR

**FRÉDÉRIC PELTIER**

PROFESSEUR-ADJOINT A LA FACULTÉ DE DROIT DE LILLE

SUR

**UN TEXTE REVU**

PAR

**L'AUTEUR**

~~~~~  
**TOME PREMIER**  
~~~~~

**PARIS**

**LIBRAIRIE DE LA SOCIÉTÉ DU RECUEIL GÉNÉRAL DES LOIS ET DES ARRÊTS**

FONDÉ PAR J.-B. SIREY, ET DU JOURNAL DU PALAIS

**Ancienne Maison L. LAROSE & FORCEL**

*22, rue Soufflot, 5<sup>e</sup> Arrond.*

**L. LAROSE, Directeur de la Librairie**

—  
1901

+

L.

FILE ✓

1/16/31

JAN 16 1931

## PRÉFACE DE L'ÉDITION FRANÇAISE

---

On a prié l'auteur d'écrire pour l'édition française de l'Edictum perpetuum quelques mots d'introduction ; je saisis volontiers cette occasion pour remercier sincèrement mon collègue M. Frédéric Peltier du dévouement avec lequel il s'est consacré à la tâche pénible de traducteur et pour expliquer la relation qui existe entre le texte de la traduction et celui de l'ouvrage allemand. Le présent livre est loin d'être une simple traduction du texte publié en 1883. De très nombreux paragraphes ont été l'objet d'additions ou ont subi des modifications grandes ou petites ; plusieurs ont été entièrement refondus. Je serais volontiers allé encore plus loin : j'aurais désiré baser le nouveau texte sur une étude nouvelle de toutes les sources et utiliser en même temps d'une façon critique l'ensemble de la littérature récente. Cela m'a été malheureusement impossible. J'aurais dû entreprendre ce travail au moment où les efforts de presque tous les romanistes allemands et les miens propres étaient dirigés vers l'exploration du champ immense ouvert par la promulgation du nouveau Code civil ; bien que je n'aie pas abandonné l'étude du passé, on comprendra que je n'aie pas pu me livrer à des recherches historiques aussi étendues, alors que je devais me consacrer surtout à l'étude du droit

le plus récent. Je me suis donc borné à mettre en œuvre les nombreuses notes réunies par moi au cours des années. Qu'il me soit permis d'ajouter qu'en ce qui touche le premier volume, mon travail était déjà presque entièrement terminé en 1897. Des circonstances fâcheuses dont personne n'est responsable ont empêché jusqu'à maintenant l'achèvement de la traduction et de l'impression. J'ai bien pu faire, pendant la correction, quelques petits amendements ; mais je ne pouvais pas songer à modifier indéfiniment la traduction en tenant compte des recherches nouvelles, si importantes qu'elles pussent me sembler. On ne conclura donc pas du silence que je garde sur plusieurs auteurs que j'ai ignoré leurs opinions ou que je ne les ai pas jugées dignes d'examen. Peut-être me dira-t-on que, dans ces circonstances, j'aurais mieux fait de m'en tenir complètement à l'ancienne rédaction ; mais on comprendra qu'il ne m'était pas possible de lancer dans le monde, sous un nouveau costume, une œuvre dans laquelle se trouvent beaucoup de choses en opposition avec mes idées actuelles.

Le texte allemand qui doit faire la matière du second volume de la traduction est également arrêté depuis plusieurs années déjà ; il y a lieu d'espérer que ce second volume paraîtra dans un avenir rapproché.

Puisse la bienveillance avec laquelle on a accueilli jadis mon travail être acquise également à cette nouvelle édition.

Strasbourg, mars 1901.



## PRÉFACE DE LA PREMIÈRE ÉDITION

---

Le travail que je livre aujourd'hui au public a été entrepris à la suite d'un concours ouvert par l'Académie royale des sciences de Bavière pour la fondation Savigny. Le sujet proposé consistait à restituer, dans la mesure du possible, la teneur et l'ordre des formules de l'Édit perpétuel d'Hadrien; le programme du concours lui-même indiquait que l'élément essentiel pour résoudre le problème était fourni par les Commentaires sur l'Édit. Dès le début pourtant, je me suis arrêté à un plan qui dépassait les limites tracées. Des recherches antérieures sur les Commentaires de l'Édit m'avaient donné la conviction que l'étude détaillée de ces ouvrages n'aurait pas pour conséquence exclusive, ni même principale, de permettre la reconstitution des formules; si bien que j'étais même porté à ne pas estimer à leur valeur les résultats qu'on pouvait obtenir à cet égard. C'est ainsi qu'immédiatement j'ai eu pour objectif une reconstitution de l'Édit perpétuel dans son ensemble. Mais, en outre, j'ai estimé que l'étude complète des Commentaires ne devait pas être seulement un moyen pour obtenir ce résultat. J'ai travaillé à m'éclairer autant que possible sur la relation originelle de chacun des fragments qui nous ont été conservés de ces ouvrages et, ce que j'ai ainsi trouvé, je

l'ai incorporé à mon livre, alors même que c'était sans importance au point de vue de la reconstitution. Ce livre contient par conséquent une palingénésie complète des Commentaires d'Ulpien, de Paul et de Gaius, ainsi que du Digeste de Julien, dans la limite où il se conforme au plan de l'Édit; on trouvera réunis sous chaque rubrique les fragments de ces ouvrages qui s'y rapportaient, et, là où le rapport n'est pas évident, il est expliqué soit dans le texte, soit dans les notes . . . . .

En ce qui touche les principes dont je suis parti pour opérer ma reconstitution, j'ai cru devoir me séparer de RUDORFF sur un point important. Je considère d'une façon absolue que toute reconstitution est sans valeur, qui ne trouve pas son point d'appui dans les sources. RUDORFF, aussi, s'attache à cette règle toutes les fois qu'il s'agit d'édits; mais il l'abandonne dans la reconstitution des formules. « *Mihi igitur,* » dit-il<sup>1</sup>, « *cum persuasum habeam in formulis ordinariis summam rei positam esse, ... uisum fuit in hac parte audendum non nihil esse* », et, de fait, il a ainsi restitué librement un grand nombre de formules. Le danger de cette méthode tombe sous le sens. Plus la connaissance des termes originaux employés dans les formules est importante pour nous, plus on doit se montrer réservé dans le travail de reconstitution, plus on doit se refuser tout « *audere non nihil* »<sup>2</sup>. Je n'ai donc restitué de formules, soit en entier, soit en partie, que quand j'ai trouvé dans les sources les éléments de cette restitution<sup>3</sup>. J'espère qu'on ne me reprochera point

<sup>1</sup> *E. P.* (cette abréviation désigne le « *De jurisdictione edictum* » de RUDORFF), 1869, p. 2. Voyez le même, *Zschr. f. R. G.* III, p. 52.

<sup>2</sup> Voy. ma dissertation dans la *Zschr. der Sav.-Stiftung* (partie romaine), II, p. 15 et s. Dans ce travail, je me suis déjà expliqué suffisamment sur la méthode de RUDORFF.

<sup>3</sup> C'est par exception et uniquement dans un but critique que je me suis départi de cette règle : quand j'ai rencontré des reconstitutions hypothéti-

de ne m'être pas toujours borné à la simple citation de ces éléments, mais d'avoir parfois tenté des reconstitutions proprement dites dans lesquelles se glisse bien un soupçon d'hypothèse : une semblable reconstitution donne un tableau d'ensemble des résultats qu'on a trouvés épars et sert, de plus, quand elle arrive à une quasi évidence, à contrôler, en quelque manière, l'exactitude de ces résultats. Je n'attache d'ailleurs pas de plus grande importance à ces tentatives.

Je crois devoir formuler encore contre RUDORFF une réserve portant sur un point particulier. Dans beaucoup de cas, l'édit, sur le fondement duquel une action était promise, nous a été conservé, tandis que nous n'avons aucun renseignement sur la formule correspondante. Le fait s'explique de lui-même : les développements qui, dans les commentaires ad edictum de l'époque classique, avaient trait aux formules ne pouvaient pas, le plus souvent, être utilisés par les compilateurs de Justinien ; c'est donc nécessairement dans ces développements qu'ils ont fait les plus larges coupures. Or, rien n'est plus aisé que de transformer l'édit qui nous a été conservé en une formule in factum : quelques changements de pur style et un « si paret » placé en tête suffisent à procurer ce résultat ; et, de fait, un bon nombre des formules de RUDORFF ont été obtenues par ce procédé. Dans ces hypothèses, je me suis abstenu, par principe, de toute reconstitution. Le contexte de l'édit peut très bien, en effet, n'avoir point servi jusque dans le détail à l'établissement du contexte de la formule. Dans les cas peu nombreux où nous sommes en situation de comparer les rédactions authentiques de l'édit et de la formule, il arrive plus d'une

ques proposées par d'autres auteurs, j'ai cru pouvoir les combattre en montrant comment on pouvait les améliorer. Il va de soi que, dans des cas semblables, je n'attache pas à mes propres reconstitutions une valeur scientifique positive.

fois que cette dernière s'écarte du premier. L'édit de « in ius uocando », au fr. 4 § 1 h. t. (2. 4) contient les mots « *in ius sine permissu meo ne quis uocet* » ; la formule correspondante porte, d'après Gai. IV 46 : « *s. p... contra edictum illius praetoris in ius uocatum esse* ». L'édit sur le dépôt porte « *quod..... depositum sit* » ; la formule in factum rapportée par Gai. IV 47 ajoute : « *eamque dolo malo N<sup>i</sup> N<sup>i</sup> A<sup>o</sup> A<sup>o</sup> redditam non esse* ». L'édit d'injure « *ne quid infamandi causa fiat* » est rédigé en termes généraux ; la formule contenait une désignation particulière de l'injure<sup>1</sup>. Il serait facile de multiplier ces exemples. Je veux bien que, dans tous les cas, il n'y ait que de légères différences apportées aux termes de l'édit ; ce n'en sont pourtant pas moins ces légères différences qui font justement qu'il est important pour nous de posséder, à côté du texte de l'édit, un texte authentique de la formule. A quoi bon une reconstitution qui manque de certitude sur le seul point qui puisse la rendre intéressante, sur le point de savoir si, précisément, la formule copiait ou non l'édit ? Il est bien certain qu'ici l'ars ignorandi est plus scientifique.

En se tenant dans les limites que je viens d'indiquer, on fait, à mon sens, une œuvre utile à la science en cherchant à retrouver la teneur des édits et des formules ; je ne plaide donc pas seulement « pro domo », en m'élevant d'une façon très nette contre une opinion opposée à celle-ci, formulée récemment par W<sup>L</sup>ASSAK<sup>2</sup>. Cet auteur reconnaît que la découverte d'un exemplaire de l'Album prétorien élargirait grandement notre connaissance du droit romain, mais il n'admet pas qu'il en soit ainsi des formules restituées ; celles-ci, dit-il, ne sont autre chose que des créations de notre esprit, obtenues à l'aide des sources ; c'est donc se mouvoir

<sup>1</sup> Coll. II 6 §§ 1. 5. Voy. plus loin § 193.

<sup>2</sup> *Edikt und Klageform* (1882), p. 4 et s.

dans un cercle que de vouloir ensuite interpréter les sources au moyen de semblables formules. Cette remarque ne me semble nullement décisive. Dans beaucoup de cas, il est possible, grâce aux Commentaires, de prouver avec une certitude absolue quelle était essentiellement la teneur d'édits et de formules perdus : ici, la reconstitution a évidemment la même valeur qu'une transmission authentique. Mais dans les cas mêmes où la reconstitution n'est que vraisemblable, elle a la même valeur scientifique que toute autre hypothèse vraisemblable et peut, comme celle-ci, servir à l'interprétation d'un texte douteux. Je ne vois pas, pour ma part, où est le cercle dont parle WLASSAK. Si l'on arrive à apercevoir dans un passage des Commentaires les mots qui lui servent de base, il me semble évident que cette découverte permettra de mieux comprendre ce passage et, parfois même, d'autres textes. En établissant, par exemple, que la formule de l'*hereditatis petitio* désignait le défendeur comme possidens pro herede aut pro possessore, ne rend-on pas plus claire l'interprétation des passages qui, dans les Commentaires, se rapportent à ces mots, et, surtout, ne fait-on pas mieux comprendre les conditions qui devaient se trouver réunies en la personne du défendeur pour que l'action fût permise?

Quelques mots, maintenant, sur l'arrangement des matières. Je donne en tête de mon livre et pour en faciliter la consultation, un *tableau de l'Édit*, par titres et par rubriques, qui est le résumé des résultats obtenus<sup>1</sup>. J'ai joint à ces titres et à ces rubriques les numéros des livres qui s'y rapportent dans les quatre grands ouvrages sur l'Édit. A ce tableau, se rattache une dissertation sur le *plan de l'Édit*; cette dissertation, qui forme la *première partie* de l'ouvrage, est divisée en quatre chapitres. Dans le premier, qui constitue

<sup>1</sup> Dans l'édition française qui comporte deux tomes, ce *tableau* a été divisé en deux parties qui correspondent aux matières de chaque volume.

une introduction, je traite des moyens qui permettent d'arriver à découvrir l'ordre selon lequel étaient rangées les matières dans l'Album. Dans le second, j'envisage l'Édit dans son ensemble et la question de savoir si on doit le considérer comme la codification d'une branche déterminée du droit. Dans le troisième, j'étudie les divisions capitales de l'Édit et je recherche à déterminer leurs limites et leurs caractères. Dans le quatrième, j'examine le plan détaillé de l'Édit, la relation des différents titres et celle des rubriques au sein de chaque titre. La *seconde partie* de l'ouvrage contient tout ce qui a trait à la reconstitution des édits et des formules, réparti en une série d'études dont chacune forme un paragraphe. Au premier abord, il peut sembler qu'il eût été plus naturel de placer en tête toutes ces études, dont les résultats servent de base à la première partie. Mais il faut considérer que, plus d'une fois, les développements sur le plan et les titres de l'Édit préjugent, en une certaine mesure, les solutions proposées dans la seconde partie, soit en augmentant la vraisemblance de ces solutions, soit en les garantissant du reproche d'in vraisemblance. Si donc j'avais placé en tête la partie spéciale, j'aurais dû faire, en beaucoup d'endroits, des renvois à la partie générale : ce qui eût été bien plus gênant pour le lecteur que l'obligation où il est, en lisant cette partie générale, de se reporter, quand c'est nécessaire, aux études spéciales pour vérifier l'authenticité des rubriques admises par moi.

Les quatre grands ouvrages sur l'Édit (Ulpian. ad edictum, Paul. ad edict., Gai. ad ed. prouinc., Julian. Digesta) sont toujours cités simplement par le nom des jurisconsultes. Dans les renvois à la *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte*<sup>1</sup>, on a toujours en vue la partie romaine

<sup>1</sup> Ce recueil, qui forme la nouvelle série de la *Zeitschrift für Rechtsgeschichte*, est (de même que celle-ci) désigné par l'abréviation ZRG.

(romanistische Abteilung) de ce périodique. Dans les reconstitutions d'édits et de formules, j'ai fait imprimer en italique les passages qui sont, au sens propre du mot, l'objet d'une restitution et dont la teneur ne peut être établie jusque dans le détail. Les titres et les rubriques que je n'ai pas trouvés dans le Digeste ou dans d'autres sources sont également imprimés en italique ; je tiens d'ailleurs à marquer expressément que je ne garantis nullement que les titres ou rubriques fournis par les sources aient figuré dans l'Album en des termes identiques<sup>1</sup>. L'identité n'est certaine que pour un nombre relativement minime de titres et de rubriques ; quand il en est ainsi, je l'ai toujours fait expressément remarquer. Pour un grand nombre d'autres, il est vraisemblable, sans qu'on puisse le prouver positivement, que les compilateurs les ont empruntés aux jurisconsultes classiques qui les avaient eux-mêmes copiés dans l'Album. Dans les citations bibliographiques, je n'ai point visé à être complet. Il eût été sans aucun intérêt scientifique de composer un musée de tous les écrits, thèses de doctorat ou autres, dans lesquels sont agitées des questions de reconstitution. Je me suis appliqué avec soin à rechercher et à utiliser ce qui, dans la littérature, a une valeur véritable. Je crains cependant d'avoir omis bien des ouvrages : pour réunir un matériel aussi considérable et éparé en mille endroits divers, il aurait été nécessaire de se livrer, pendant des années, à un travail préliminaire dont les résultats n'auraient, sans doute, point été en proportion avec la peine qu'il aurait donnée. . . . .

Kiel, février 1883.

L'AUTEUR.

<sup>1</sup> Parfois même, le contraire est certain. C'est le cas, par exemple, pour les rubriques de *hereditatis petitione possessoria* et de *h. p. fideicommissaria*. Sous cette forme, ces rubriques auraient été dénuées de sens dans l'Album.





# TABLE DES MATIÈRES

---

Tableau des matières de l'Édit, traitées dans le tome premier.....	Pages. xix
--	---------------

## PREMIÈRE PARTIE. — LE PLAN DE L'ÉDIT.

### CHAPITRE PREMIER.

Introduction : Détermination de l'ordre des matières dans l'Édit.....	1
---	---

### CHAPITRE

L'Édit dans son ensemble.....	11
-------------------------------	----

### CHAPITRE III.

Les divisions capitales de l'Édit.....	16
--	----

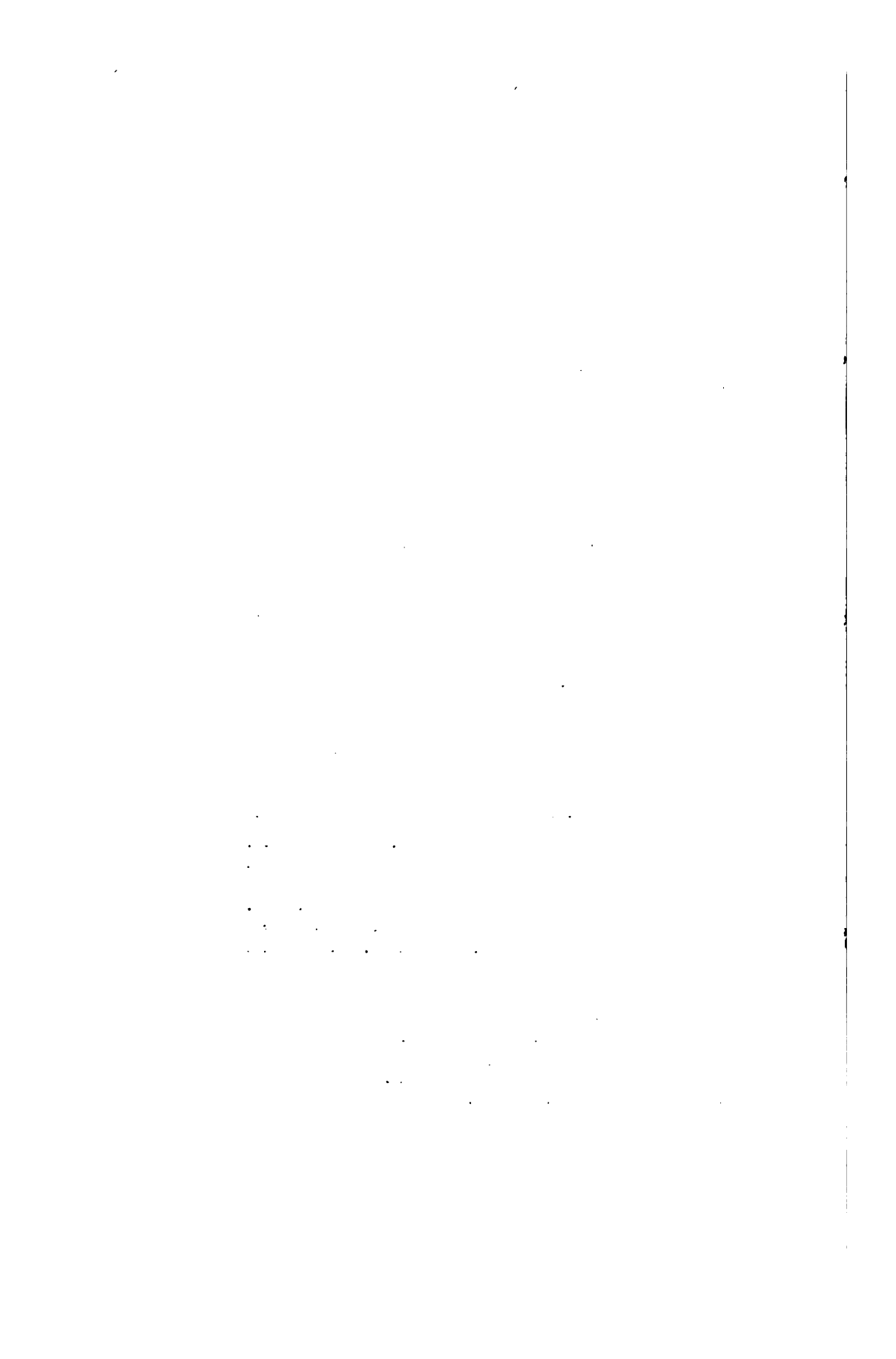
### CHAPITRE IV.

Le plan détaillé de l'Édit.....	32
§ 1. La partie préliminaire.....	32
§ 2. Deuxième partie : Des moyens de droit découlant de la loi..	36
§ 3. Troisième partie : Des moyens de droit découlant de l'imperium.	47
§ 4. Quatrième partie : Exécution et recours en cassation.....	48
§ 5. Les appendices de l'Édit.....	50
§ 6. Appendice. L'Édit des édiles.....	53

## DEUXIÈME PARTIE. — LES ÉDITS ET LES FORMULES EN PARTICULIER.

Pour le détail des matières traitées dans le tome premier, voyez le tableau placé aux pages xix et suivantes.

---



## TABLEAU D'ENSEMBLE DE L'ÉDIT

(Matières contenues au tome premier)

Tit.	§		Ulp.	Paul.	Gai.	Jul.	Pages
I.		: <i>Ad legem municipalem.</i>	1.2	1.2	1		57
	1.	: Si quis ius dicenti non obtemperauerit.	1	1	1		57
	2.	: Si quis in ius uocatus <i>ad eum, qui in municipio colonia foro iure diuindo praeerit</i> , non ierit siue quis eum uocauerit, quem ex edicto non debuerit.	1	1			58
	3.	: <i>De cautione et possessione ex causa damni infecti danda.</i>	1	1	1		59
	4.	: De fugitiuis.	1				60
	5.	: ? ?		1			61
	6.	: <i>De iudimonio Romam faciendo.</i>	2	2	1		62
II.		: <i>De iurisdictione.</i>	3	3	1		63
	7.	: De albo corrupto.	3	3	1		64
	8.	: Quod quisque iuris in alterum statuerit, ut ipse eodem iure utatur.	3	3	1		65
III.	9.	: De edendo.	4	3	1		67
IV.	10.	: De pactis et conuentionibus.	4	3	1		73
V.		: De in ius uocando.	5	4	1	1	74
	11.	: In ius uocati ut eant aut <i>uindicem</i> dent.	5	4	1		74
	12.	: Ne quis eum, qui in ius uocabitur, uideat.	5	4	1		83
	13.	: ? ?	5			1	84
VI.		: De postulando.	6	5	1		85
	14.	: <i>Qui omnino ne postulent.</i>					85
	15.	: Qui pro aliis ne postulent.					85
	16.	: <i>Qui nisi pro certis personis ne postulent.</i>					86

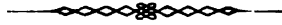
Tit.	§		Ulp.	Paul.	Gai.	Jul.	Pages
VII.		: De uadimoniis.	7	6.7	2	2	90
	17.	: De uadimonio faciendo.					91
	18.	: Quanti uadimonia fiant.					91
	19.	: Qui satisfacere cogantur uel iurato promittant uel suae promissioni committantur.					91
	20.	: De uadimonio concipiendo.					92
	21.	: Si ex noxali causa agatur, quemadmodum caueatur.					93
	22.	: Quas personas sine permissu praetoris uadari non liceat.					93
	23.	: De eo, per quem factum erit, quominus quis uadimonium sistat.					94
	24.	: Quibus ex causis uadimonia recuperatoribus suppositis fiant.					96
VIII.		: De cognitoribus et procuratoribus et defensoribus.	8-10	8.9	3	3	97
	25.	: Qui ne dent cognitorem.	8	8	3		102
	26.	: Qui ne dentur cognitores.	8		3		101
	27.	: De cognitore ad litem suscipiendam dato.	8	8	3		108
	28.	: De cognitore abdicando uel mutando.	9	8	3		108
	9.	: Quibus alieno nomine agere liceat.	9	9	3		109
	30.	: Quibus alieno nomine, item per alios agere non liceat.	9	9			111
	31.	: Quibus municipum nomine agere liceat.	9	9			112
	32.	: De defendendo eo, cuius nomine quis aget, et de satisfacendo.	9	9	3	3	113
	33.	: Quod aduersus municipes agatur.	10		3		114
	34.	: Quod cuiuscumque uniuersitatis nomine uel contra eam agatur.	10	9	3		116
	3	: De negotiis gestis.	10	9	3	3	117
IX.	36-38.	: De calumniatoribus.	10	10	4		122
X.		: De in integrum restitutionibus.	11-13	11.12	4	4	127
	39.	: Quod metus causa gestum erit.	11	11	4	4	127
	40.	: De dolo malo.	11	11	4	4	130
	41.	: De minoribus XXV annis.	11	11	4	4	132
	42.	: De capite minutis.	12	11	4		133
	43 (44).	: Quod falso tutore auctore gestum (?) esse dicatur.	12	12	4		135
	44 (43).	: Ex quibus causis maiores XXV annis in integrum restituuntur.	12	12	4	4	137
	45.	: De litibus restituendis.	13	12		4	141
	46.	: De alienatione iudicii mutandi causa facta.	13	12	4		143
	47.	: De restitutione heredum?	13	12			145
XI.		: De re ceptis.	13.14	13	5	4	146
	48.	: Qui arbitrium receperint, ut sententiam dicant.	13	13	5	4	146
	49.	: Nautae caupones stabularii ut recepta restituant.	14	13	5		147
	50.	: Argentariae mensae exercitores quod pro alio solui receperint ut soluant.	14	13	5		148

TABLEAU D'ENSEMBLE DE L'ÉDIT.

XXI

Tit.	§		Ulp.	Paul.	Gai.	Jul.	Pages
XII.	.	: <i>De satisdando.</i>	14	14	5		151
XIII.	52.	: <i>Quibus causis praeciudicium fieri non oportet.</i>	14	15.16			158
XIV.	.	: <i>De iudiciis.</i>	22.23	17.18	5.6	8(?)9	163
	53.	: <i>Des interrogationibus in iure faciendis.</i>	22	17			163
	54.	: <i>De iureiurando.</i>	22	18	5	9	168
	55.	: <i>Si cum eo agatur, qui incertum promiserit.</i>	22	18			171
	56.	: <i>In bonae fidei iudiciis quemadmodum praescribatur (?)</i>	23	18		8 (?)	175
	57.	: <i>[Si incertum condicatur (?)]</i>					176
	58.	: <i>De noxalibus actionibus.</i>	23	18	6	9	180
	59 (64).	: <i>De vacatione. Si iudex litem suam fecerit.</i>	23				186
XV.	.	: <i>De his quae cuiusque in bonis sunt.</i>	15-24	19-26	6-8	6-9	190
	60 (59).						
	61 (60).	: <i>De Publiciana in rem actione.</i>	16	19	7	7	190
	62 (61).	: <i>De his qui deiecerint uel effuderint.</i>	23	19	6		194
	63 (62).	: <i>Ne quis in suggrunda.</i>	23				196
	64 (63).	: <i>De seruo corrupto.</i>	23	19	6	9	196
	65.	: <i>De aleatoribus.</i>	23	19			197
	66.	: <i>Si hereditas petatur.</i>	15	20	6	6	198
	67.	: <i>Si pars hereditatis petatur.</i>	15		6		203
	68.	: <i>De hereditatis petitione possessoria et ceteris actionibus possessorii.</i>	15	20	6		204
		: <i>De fideicommissaria hereditatis petitione et utilibus actionibus.</i>	16	20			208
	69.	: <i>De rei uindicatione.</i>	16.17	21	7	6.7	210
	70.	: <i>Si ager uectigalis petatur.</i>	17	21			212
	71.	: <i>Si praedium stipendiarium uel tributarium petatur.</i>	17				214
	72.	: <i>Si ususfructus petatur uel ad alium pertinere negetur.</i>	17	21	7	7	216
	73.	: <i>Si seruitus uindicetur uel ad alium pertinere negetur.</i>	17	21	7	7	218
	74.	: <i>De modo agri.</i>	18	21	7	7	221
	75.	: <i>Si quadrupes pauperiem fecisse dicitur.</i>	18	22	7		222
	76.	: <i>De pastu pecoris.</i>	18				226
	77.	: <i>Ad legem Aquiliam.</i>	18	22	7	86	226
	78.	: <i>In factum aduersus nautas cautiones stabularios.</i>	18	22			234
	79.	: <i>Finium regundorum.</i>	19	23	7	8	241
	80.	: <i>Familiae erciscundae.</i>	19	23	7	8	236
	81.	: <i>Communi diuidundo.</i>	19	23	7	8	238
	82.	: <i>De utili communi diuidundo iudicio.</i>	20	24			242
	83-88.	: <i>De fideiussore et sponsore.</i>	20-22	24.25	8	88-90	243
	89.	: <i>Si mentor falsum modum dixerit.</i>	24	25			249
	90.	: <i>Ad exhibendum.</i>	24	26		9	250
XVI.	.	: <i>De religiosis et sumptibus funerum.</i>	25	27	19	10	260
	91.	: <i>Si quis mortuum in locum alterius intulerit uel inferre curauerit.</i>	25	27	19		260
	92.	: <i>Si quis mortuum inferre prohibitus esse dicitur.</i>	25	27	19		262
	93.	: <i>De sepulchro uiolato.</i>	25	27		10	262
	94.	: <i>De sumptibus funerum.</i>	25	27	19	10	264

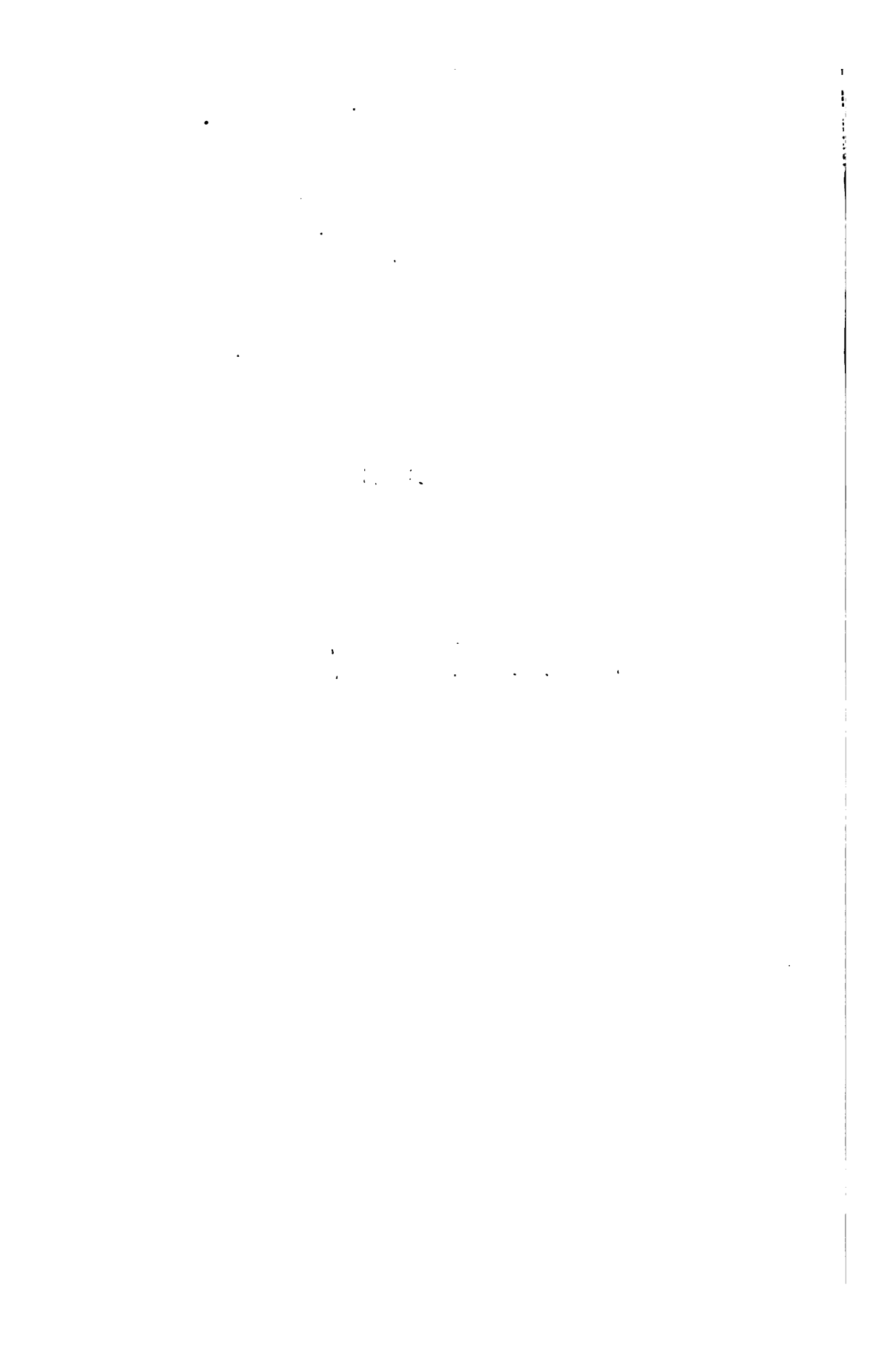
Tit.	§		Ulp.	Paul.	Gai.	Jul.	Pages
XVII.		: De rebus creditis.	26-28	28.29	9	10.11	267
	95.	: Si certum petetur.	26.27	28	9	10	267
	96.	: De eo quod certo loco dari oportet.	27	28	9		277
	97.	: De pecunia constituta.	27	29		11	285
	98.	: Commodati uel contra.	28	29	9	11	291
	99.	: De pigneraticia actione uel contra.	28	29	9	11	293
	100.	: De compensationibus.	28		9		295
XVIII.		: <i>Quod cum magistro nauis, institore eoue, qui in aliena potestate est, nego- tium gestum erit.</i>	28.29	29.30	9	11.12	296
	101.	: De exercitoria actione.	28	29	9		296
	102.	: De institoria actione.	28	30	9	11	298
	103.	: De tributoria actione.	29	30	9	12	314
	104.	: Quod cum eo, qui in aliena potestate est, negotium gestum esse dicetur.	29	30	9	12	318
	105.	: Ad senatusconsultum Velleianum.	29	30	9	12	334



**PREMIÈRE PARTIE**

---

**LE PLAN DE L'ÉDIT**





# ÉDIT PERPÉTUEL

---

## CHAPITRE PREMIER

### INTRODUCTION

#### Détermination de l'ordre des matières dans l'Édit.

---

Le moyen principal, on peut presque dire le seul, pour arriver à déterminer l'ordre selon lequel étaient rangées les matières dans l'Édit nous est fourni, grâce à leur inscription, par les fragments, insérés au Digeste, des ouvrages auxquels le plan de l'Édit sert de base : en première ligne, par les fragments des libri ad edictum praetoris et aedilium curulium d'Ulpien et de Paul et par ceux des libri ad edictum provinciale de Gaius. Là où, chez ces trois commentateurs, les inscriptions s'accordent à indiquer un même ordre des matières, l'on peut tenir pour certain que c'était l'ordre même de l'Édit. Quoiqu'il y ait très peu de textes constatant expressément des concordances entre le plan de l'Édit et celui des commentaires<sup>1</sup>, une telle conformité au plan de l'ouvrage commenté est vraisemblable en soi. Je la tiens même pour plus que vraisemblable là où plusieurs ouvrages de cette nature et indépendants les uns des autres s'accordent entre eux dans leur arrangement extérieur. Que les trois commentaires soient bien indépendants les uns des autres au point de vue du plan, — c'est-à-dire qu'ils n'aient pas emprunté leur plan, ni l'un à l'autre, ni tous à un modèle étranger, — c'est ce que prouvent les

<sup>1</sup> Voy., par ex., Ulp. 15 fr. 1 de poss. 35 fr. 5 § 3 de legit. tut. (26. 4), Ulp. h. p. (5. 5), Ulp. 16 fr. 1 de fideic. h. 46 fr. 1 si tab. test. nullae (38. 6), Ulp. p. (5. 6), fr. 1 pr. de R. V. (6. 1), Ulp. 69 fr. 1 § 4 uti poss. (43. 17).

divergences de plan qu'ils présentent sur certains points et dont nous aurons bientôt à parler.

Ainsi donc, ces trois ouvrages nous serviront de base pour la reconstitution du système de l'Édit. Ce qui nous est conservé d'autres commentaires sur l'Édit, — en particulier les fragments des *libri breuium* de Paul, des *libri ad edictum urbanum* de Gaius, des commentaires de Pomponius, de Callistrate et de *Furius Anthianus* —, est trop pauvre pour offrir autre chose qu'un complément et qu'un secours occasionnel. Je considère aussi comme un moyen de second ordre celui qui nous est fourni par toute la foule des Digestes, Réponses, Quaestiones, Sentences et autres livres analogues dont nous trouvons des extraits au Digeste. Il est connu que tous ces ouvrages suivaient un plan identique, plan qui, dans une première partie, se rattachait à celui de l'Édit, et, dans une seconde, à une série, toujours la même, de lois et autres sources du droit. Mais, dans la première partie, le rapport avec l'Édit est tellement superficiel que, d'une part, beaucoup de matières édictales sont passées sous silence et que, d'autre part, une quantité d'objets étrangers à l'Édit est à toute occasion introduite dans le cours de ces ouvrages. Surtout, il ne faut pas attacher trop d'importance au fait que les parties édictales de ces ouvrages présentent, comme en vertu d'une sorte d'accord tacite, le même ordre des matières ; on doit se garder d'en conclure que nous trouvons là le plan authentique de l'Édit, quand les commentaires nous laissent des doutes. Cet accord, en effet, nous le trouvons aussi dans la deuxième partie de ces ouvrages, dont le plan est pourtant très arbitraire<sup>1</sup>. C'est la preuve que, relativement à leur plan, tous ces ouvrages procèdent d'un modèle commun, peut-être du Digeste de Julien. Tous ensemble ne pèsent donc pas plus dans la balance qu'un seul d'entre eux. Pour la rapidité du langage, j'appellerai le plan qu'ils suivent le plan de Julien.

Souvent les inscriptions des fragments indiquent seulement qu'un certain nombre de matières déterminées se trouvaient à tel ou tel endroit dans l'Édit, mais laissent douteuse la question de savoir dans quel ordre elles y étaient traitées. C'est ainsi, par exemple, que les trois *iudicia diuisoria* sont réunis en un

<sup>1</sup> En voir le développement dans ma *Palingenesia*, II, p. 1255.

même livre dans tous les ouvrages sur l'Édit. Dans ce cas, le guide le plus sûr nous est fourni par l'ordre même que présente le Digeste. Les titres du Digeste, en effet, bien qu'avec plus de liberté que ne le font les commentaires, suivent dans l'ensemble le système de l'Édit et Justinien a eu soin de marquer expressément quand il se permettait de s'écarter d'une façon importante de ce système<sup>1</sup>. Cela rend légitime la supposition que cet ordre n'a pas été abandonné dans une matière déterminée, quand il n'y a pas eu pour cela de raisons particulières. Le Digeste est, pour le détail de l'arrangement des matières, plus sûr que le Code, bien que ce dernier, jusqu'au livre VIII, tit. 45, suive également en gros le système édictal et même le suive tellement qu'il ne présente pas encore quelques-unes des principales divergences introduites au Digeste par les compilateurs<sup>2</sup>. L'on comprend que le Digeste ait été naturellement influencé par le plan des principaux ouvrages dont il est formé, en particulier par celui du commentaire d'Ulpian, à un bien plus haut degré que le Code, simple collection de constitutions isolées. De là résulte, par exemple, et pour nous en tenir aux *iudicia diuisoria*, que l'*actio finium regundorum* doit être placée (comme dans le Digeste) avant les deux autres actions divisoires et non après (comme dans le Code); pour ce cas particulier, l'on peut, en effet, démontrer que l'ordre du Digeste était aussi celui des commentaires sur l'Édit, au moins de celui de Paul<sup>3</sup>.

L'importance de l'inscription des fragments pour la reconstitution de l'Édit rend nécessaire d'en éprouver toujours et partout l'authenticité. Malheureusement, la critique a fait peu de recherches en ce sens depuis le temps de Cujas et, cependant, il est permis de penser que, dans ce numérotage tout à fait indifférent pour le sens du fragment, des fautes ont dû se glisser, et même en grand nombre. Dans l'ensemble, pourtant, les inscriptions ont été revisées avec grand soin et l'on ne doit point être trop prompt dans les tentatives qu'on fait pour les rectifier; je dois mainte découverte intéressante à ce fait que je me suis

<sup>1</sup> Voy. const. *Omnem* § 4, const. *Tanta* § 5.

<sup>2</sup> Le gage et la matière de l'éviction dont la place est avancée au Digeste, se trouvent au Code, au huitième

livre, conformément au système de l'Édit.

<sup>3</sup> Arg. Paul. 23 fr. 56 fam. erc. (10. 2). Voyez plus loin, II<sup>e</sup> partie, le début des §§ 79-81.

constamment efforcé d'arriver à déterminer la relation originaire des fragments en me basant sur les inscriptions qui nous ont été transmises. Les erreurs véritables<sup>1</sup> peuvent se ranger presque toutes dans l'une des catégories suivantes :

1. Le scribe, dans le modèle duquel les nombres n'étaient point écrits en toutes lettres mais figurés en chiffres romains<sup>2</sup>, omet un chiffre et, en conséquence, écrit, par exemple, trigesimo (XXX) au lieu de trigesimo quarto (XXXIII), ou bien quinto (V) au lieu de quinto decimo (XV)<sup>3</sup>, ou bien encore uicensimo (XX) au lieu de septuagesimo (LXX). Ou bien à l'inverse :

2. Il voit un chiffre de trop (ceci est plus rare) et écrit trigesimo (XXX) au lieu de uicensimo (XX).

3. Trompé par l'identité du commencement du mot, il écrit quarto au lieu de quinto ou bien quadragésimo au lieu de quinquagesimo, ou bien inversement<sup>4</sup>.

4. Il écrit la mention « Idem » là où il aurait dû écrire un nouveau nom, le jurisconsulte porteur de ce nom lui apparaissant faussement comme l'auteur du fragment précédent<sup>5</sup>.

5. Il confond les numéros des livres des ouvrages de deux jurisconsultes et, par exemple, dans un livre du Digeste qui contient des fragments d'Ulpien 30 et de Paul 31 ad edictum, il indique une fois par erreur un passage tiré d'Ulpien 30, comme tiré d'Ulpien 31<sup>6</sup>. Cette faute doit peut-être s'expliquer de la façon suivante : les compilateurs ne munissaient pas toujours les fragments choisis par eux d'une inscription complète, mais renvoyaient le scribe à la dernière inscription identique par la citation

<sup>1</sup> J'ai dressé à la fin de l'édition allemande de cet ouvrage une liste des rectifications d'inscriptions proposées par moi. Mais voy. maintenant ma *Paltingenesia*, comme complément sur ce point.

<sup>2</sup> Comme maintenant encore dans la Florentine elle-même pour la plus grande partie du titre de legibus (1. 3).

<sup>3</sup> Des fautes de cette nature peuvent aussi venir de l'omission d'un mot dans le nombre écrit en toutes lettres. Là où le mot correspond à un chiffre comportant de nombreux caractères, par exemple quarto (IIII) ou bien octavo (VIII), cette explication est même plus vraisemblable.

<sup>4</sup> D'autres erreurs d'écriture sont très rares ; il en existe pourtant. On peut, par exemple, le prouver sûrement pour le fr. 1 si tab. test. nullae (38. 6) qui porte quarto au lieu de sexto.

<sup>5</sup> Il arrive aussi, par suite d'une erreur inverse, qu'un nom est répété à une place où l'on aurait dû écrire « Idem » ou bien là où une nouvelle inscription était totalement inutile. Voy., par exemple, les inscriptions placées en tête des fr. 3 et 4 de aqua (39. 3) et des fr. 47 et 48 de cond. indeb. (12. 6).

<sup>6</sup> Voy., par exemple, l'inscription du fr. 3 depos. (16. 3) dont la fausseté saute aux yeux.

du nom de l'auteur accompagné d'un signe de répétition : dans ces conditions, une confusion devenait facile. Cette explication n'est d'ailleurs nullement nécessaire ; la faute peut aussi venir simplement de ce que le scribe avait encore dans la tête le chiffre de l'inscription précédente et le reproduisait machinalement sans regarder son modèle.

6. La confusion de deux jurisconsultes est rare. A ma connaissance, une telle confusion ne s'est produite qu'entre les noms d'Ulpien et de Paul, les deux jurisconsultes le plus souvent mis à contribution ; dans cette masse d'extraits, il se peut fort bien qu'un petit fragment ait été mal cité par les compilateurs eux-mêmes.

7. Il est quelques cas isolés de méprises qui s'expliquent par la ressemblance qu'ont entre eux certains chiffres romains, par exemple, secundo au lieu de quinto (II au lieu de U).

De l'examen critique des inscriptions, il résulte (je renvoie pour l'instant à la table des matières de l'Édit donnée en tête de cet ouvrage) que le plan des ouvrages sur l'Édit était en gros le même. Toutefois, il reste des cas où des inscriptions authentiques indiquent une différence véritable et certaine dans le plan suivi. Où devons nous alors chercher le plan véritable de l'Édit ? Dans les reconstitutions tentées jusqu'à ce jour, cette question ne reçoit qu'une réponse très défectueuse, ou, plutôt, n'en reçoit aucune. Toutes suivent entièrement le commentaire d'Ulpien, sans expliquer pourquoi, en présence de telles divergences, une autorité prépondérante doit être reconnue à cet ouvrage. La question, pourtant, ne peut pas être résolue de parti pris en faveur de tel ou tel jurisconsulte, mais exige, dans chaque cas particulier, un examen spécial et une solution différente.

Il est très facile d'expliquer une divergence que présentent le Digeste de Julien et les ouvrages qui suivent le même plan avec les commentaires proprement dits de l'Édit. Les ouvrages de la première catégorie ne traitent pas de l'actio legis Aquiliae ni du droit des cautions dans leur première partie conforme au plan de l'Édit. Nous devrions nous attendre, par exemple, à trouver l'actio legis Aquiliae au livre 7 ou au livre 8 de Julien, tandis qu'il en traite livre 26. Ces matières ont trouvé leur place parmi les leges, auxquelles la seconde partie de ces ouvrages est consacrée.

Le commentaire de Gaius sur l'Édit provincial présente deux particularités de plan. Le titre de *exceptionibus* se trouve chez lui après celui de *stipulationibus*, tandis qu'il le précède dans les autres ouvrages sur l'Édit. De plus, le titre de *religiosis*, qui se trouve dans ces derniers avant le titre de *rebus creditis* est commenté par Gaius seulement au livre 19<sup>1</sup>, c'est-à-dire après le titre de *legatis*, en compagnie des titres de *operis noui nuntiatione*<sup>2</sup> et de *damno infecto*. De ces deux divergences, la première, à mon sens, tient seulement à une raison d'opportunité. Les exceptions peuvent aussi se produire dans les actions qui naissent des stipulations prétoriennes; il est donc d'un plan plus rigoureux de traiter de celles-ci avant de parler des exceptions. Le commentateur de l'Édit a dû être particulièrement amené à cette considération par la circonstance suivante : dans le titre de *exceptionibus*, la première rubrique est la suivante : *si quis uadimonii non obtemperauerit*, alors que, dans le titre de *stipulationibus*, le *uadimonium* est placé en tête. La seconde divergence demande une tout autre explication et ne peut en aucune façon être rapportée à une considération systématique de l'écrivain. La cause doit sans doute en être recherchée dans ce fait que le titre de *religiosis* ne se rencontrait point dans l'Édit provincial. Le *solum prouinciale* ne pouvait pas, d'après l'opinion dominante des Romains, devenir *religiosum* au sens technique du mot, Gai. II. 7 :

*Sed in prouinciali solo placet plerisque solum religiosum non fieri, quia in eo solo dominium populi Romani est uel Caesaris, nos autem possessionem tantum uel usum fructum habere uidemur : utique tamen etiamsi non sit religiosum, pro religioso habetur.*

Il résulte de ceci que le titre de *religiosis* n'avait pas pu passer dans l'Édit provincial, pas même sous une forme modifiée : l'Édit provincial ne devait avoir sanctionné par sa rédaction, ni l'opinion des plerique dont parle Gaius, ni l'opinion contraire : sans quoi Gaius n'aurait pas pu signaler la question de savoir si le *solum prouinciale* était susceptible d'être *religiosum*

<sup>1</sup> RUDORFF, *E. P.* § 87 n'a pas hésité à mettre en doute cette inscription qui est répétée cinq fois. Il demande si on ne doit pas lire « 9 ou 10 »,

question dont le sens ne m'apparaît pas clairement.

<sup>2</sup> Aucun fragment de son commentaire sur ce titre n'a, d'ailleurs, été conservé.

ou seulement *pro religioso* comme étant purement doctrinale et ne comportant pas de solution législative. Pourquoi Gaius, qui ne pouvait passer cette matière sous silence à raison de la pratique qu'il signale à la fin du passage cité (*tamen pro religioso habetur*), l'a-t-il traitée justement après le titre de *legatis*? Il faut, sur ce point, se borner à des conjectures. Peut-être l'a-t-il fait, parce que l'étude de la dévolution des biens d'un défunt (tit. XXV — XXVII de ma reconstitution de l'Édit : de *bonorum possessionibus*, de *testamentis*, de *legatis*) l'a amené à penser aux sépultures et aux questions de droit qui s'y rattachent.

Il est une dernière différence de plan entre les ouvrages sur l'Édit, différence bien plus importante et bien plus difficile à expliquer que celles signalées jusqu'ici<sup>1</sup>. On ne s'est pas davantage attaché à l'étudier comme il aurait convenu<sup>2</sup>. Si nous examinons dans Ulpien les livres 15-23, nous y trouvons, au fond, l'ordre qui nous est bien connu du Digeste et du Code. Les matières, pour n'indiquer que les rubriques les plus importantes, y sont traitées dans l'ordre suivant : *hereditatis petitio* (liv. 15-16), *rei vindicatio* et *publiciana* (liv. 16 avec un appendice au liv. 17), actions relatives aux servitudes (liv. 17), actions civiles en dommages-intérêts (liv. 18), actions divisoires (liv. 19-20), cautionnement (liv. 20-22) — traité dans le Digeste et dans le Code à un autre endroit. — *interrogatio in iure* sur la qualité d'héritier (liv. 22), le serment (liv. 22), *interrogatio in iure* dans les actions noxales (liv. 23), actions prétoriennes en dommages-intérêts (liv. 23). Le plan de Julien, qui, à la vérité, présente ici beaucoup de lacunes, semble le même. Autant que nous pouvons nous en rendre compte, Julien lui-même traitait, au livre 7 de la *Publicienne*, des actions relatives aux servitudes et de certaines actions civiles en dommages-intérêts (à l'exception de l'*actio legis Aquiliae*, réservée pour la partie consacrée aux *leges*), dans le livre 8, des actions divisoires, au livre 9, du serment, de l'*interrogatio in iure* et des actions prétoriennes en dommages-intérêts. Le commentaire de Paul offre

<sup>1</sup> La différence peu importante signalée au titre XX, relativement au § 115, peut ici être passée sous silence.

<sup>2</sup> Cette différence a été remarquée, mais non expliquée d'une façon satis-

faisante, par HUSCHKE, *das Recht der Public. Klage*, p. 4, note 1. Voy. aussi WLASSAK, *Edict und Klageform*, p. 30, note 18, et p. 86, note 1.

une construction toute différente et très singulière. Ici, sont placés en tête (liv. 17 et 18) les édits sur l'interrogatio in iure, le serment et matières voisines; viennent ensuite (liv. 19) l'édit publicien et les actions prétoriennes en dommages-intérêts (avec une exception dont il sera parlé plus loin); alors seulement, viennent (livres 20-25) l'hereditatis petitio, la rei vindicatio, les actions relatives aux servitudes, les actions civiles en dommages-intérêts, les actions divisoires, le cautionnement; c'est seulement à l'actio in factum contre le mensor (§ 89 de notre reconstitution) que les deux grands commentaires sur l'Édit reprennent le même ordre (Ulp. 24, Paul. 25). L'ordre de Paul était aussi, selon toute vraisemblance, celui adopté par Gaius, si ce n'est que, dans ce dernier, la Publicienne était placée après la rei vindicatio; nous trouvons dans Gai. 5 des traces de l'édit de iure iurando, dans Gai. 6 des traces de l'interrogatio in iure dans les actions noxales, des actions prétoriennes en dommages-intérêts, de l'hereditatis petitio et, seulement dans Gai. 7 la rei vindicatio, la Publicienne, les actions relatives aux servitudes, etc. L'ensemble de ces constatations donne beaucoup à penser. Tous ceux qui, jusqu'ici, se sont occupés de la reconstitution de l'Édit accordent, sans l'ombre d'une raison, la préférence au plan de Julien et d'Ulpien. S'il s'agissait seulement de savoir quel plan nous apparaît comme relativement meilleur, il n'y aurait pas à hésiter longtemps; le plan de Julien et d'Ulpien marque une tendance systématique bien plus prononcée que celui de Gaius et de Paul. Mais la chose se présente sous l'aspect inverse: le plan le plus satisfaisant, dans une question comme celle qui nous occupe, a la vraisemblance contre lui. Un plan, comme celui que nous offrent Julien et Ulpien suivant probablement le premier, peut très bien avoir été inventé par ces jurisconsultes eux-mêmes pour aplanir les difficultés dont le manque d'ordre logique dans l'Édit semait leur exposition. Un plan, au contraire, comme celui de Paul, où la Publicienne précède la rei vindicatio, où l'actio de effusis précède l'actio legis Aquiliae, n'a pas pu naître dans l'esprit de ce jurisconsulte: il ne nous devient compréhensible que s'il a été fourni par l'ouvrage commenté. Quelqu'opinion qu'on puisse avoir sur l'absence de méthode chez les Romains, jamais un homme réfléchi n'a pu, si le plan de Julien et d'Ulpien était celui de l'Édit, renver-



ser de cette façon un ordre des matières raisonnable en soi et qui était en même temps plus commode pour son exposition. Je tiens donc pour certain que l'ordre de Paul était celui de l'Album et c'est lui que je prends pour base de ma reconstitution. Si on y regarde de plus près, l'on remarque très vite que cet ordre n'était point arbitraire. Les édits sur l'interrogatio in iure, le serment, etc. qui sont placés en tête par Paul forment le contenu du titre de iudiciis (tit. XIV de la reconstitution) et ont été commentés ailleurs par Julien et Ulpien parce qu'il leur était malaisé d'en traiter systématiquement à cette place. Les matières traitées ensuite par Paul et qui précèdent la petitio hereditatis (à partir du § 59 de la reconstitution) appartiennent toutes au droit prétorien et les édits qui se rapportent à chacune d'elles nous ont été conservés en tout ou en partie. A partir de la petitio hereditatis au contraire, commencent des matières du droit civil. Sans doute, parmi ces dernières se trouvent quelques actions qui ne sont point civiles, — l'hereditatis petitio possessoria et fideicommissaria, l'actio uectigalis, l'actio damni iniuriae adversus nautas, l'actio communi diuidundo utilis —: mais toutes ces actions ont le caractère d'actioes utiles et en conséquence il est vraisemblable que le préteur ne proposait pour elles aucun édit particulier (de fait, on n'en trouve nulle part de traces), mais seulement une formule placée après l'actio ciuilis servant de modèle et probablement sous une rubrique préliminaire. Ainsi donc, selon moi, dans le grand titre de l'Édit (tit. XV) qui nous occupe, les édits avec les formules s'y rapportant étaient placés en tête et venaient ensuite les formules (civiles ou non) auxquelles ne correspondait aucun édit<sup>1</sup> : Paul s'en tient strictement à cet ordre; de même, Gaius, si ce n'est que ce dernier, et cela se comprend aisément, n'a pas pu se résoudre à exposer la Publi-cienne avant la rei uindicatio et rejette la première après la seconde. Le plan de Julien, qu'Ulpien s'est vraisemblablement borné à copier, abandonne complètement l'ordre de l'Édit, comme trop incommode, et s'occupe d'abord des actions civiles en y intercalant les actions prétoriennes à l'endroit qui sem-

<sup>1</sup> A ces dernières appartient la formule contre le mensor (§ 89) qui, non seulement dans Ulpien, mais aussi dans Paul, est placée après les actions

divisaires et le cautionnement et qui forme ainsi le point de réunion des deux plans jusqu'alors divergents.

ble le plus propice. Cette explication a certainement pour elle la plus grande vraisemblance<sup>1</sup>.

En vain, objecterait-on qu'il serait étrange que Julien, rédacteur de l'Édit, se soit écarté, dans son Digeste, du plan que lui-même avait observé dans l'Édit<sup>2</sup>. Les considérations qui ont dû influencer Julien comme écrivain, n'existaient pas pour le rédacteur de l'Édit. De plus, il est possible que Julien n'ait pas plus créé le plan des Digesta que celui de l'Édit, mais se le soit seulement approprié dans son ensemble.

<sup>1</sup> Il pourrait aussi venir à la pensée que les édits seuls étaient placés en tête de l'Album et que toutes les formules suivaient dans l'ordre de Julien et d'Ulpian, en sorte que cet ordre aurait encore trouvé sa base dans l'Édit. Une telle séparation des formules prétoriennes et des édits s'y rapportant est déjà invraisemblable en soi; un mélange des formules ayant

leur base dans un édit et des formules d'actions civiles est doublement invraisemblable. L'explication donnée ci-dessus me paraît de beaucoup préférable.

<sup>2</sup> Voy. WLASSAK, dans *Grünhuts Zeitschr.*, XII, p. 263, qui, de son côté, repousse avec raison une hypothèse différente de KARLOWA (*Litt. Centralbl.* 1884, n° 15, *Rechtsgeschichte*, I, p. 637, n. 4).

## CHAPITRE II

## L'Édit dans son ensemble.

L'Édit forme-t-il un tout systématique dans le sens où nous pouvons dire que les codes modernes de droit privé ou de procédure civile forment un tout? L'Édit contient-il l'entière et parfaite codification d'un droit déterminé? RUDORFF l'a d'abord appelé un « *code civil de l'empire*, » et, plus tard<sup>1</sup>, un « *code de procédure civile de l'empire* »<sup>2</sup>. Il est facile de voir que ces deux expressions sont loin d'être exactes. Singulier code civil que celui où toutes les institutions du droit civil sont seulement indiquées au moyen de courtes formules d'actions! Et c'est, au même degré, un singulier code de procédure civile! Il est évident que l'Édit contient bien des règles que nous sommes accoutumés à placer dans nos codes de procédure. Si on envisage les actions sous leur aspect purement procédural et si on laisse dans l'ombre l'importance que présente indirectement pour le droit privé la promesse d'une action, l'on peut dire que l'Édit ne contient, ou à peu près<sup>3</sup>, que de la procédure. Mais combien, cependant, cette codification de la procédure est loin de ce que nous nommons code de procédure civile! Qu'on examine, par exemple, les titres du code de procédure civile de l'empire allemand, et qu'on se demande combien des matières qui y sont réglementées ont également trouvé leur réglementation dans l'Édit. Tout ce qui se rapporte à la procé-

<sup>1</sup> *R. G.*, I, p. 270 et s.

<sup>2</sup> *Zeitschr. f. R. G.*, III, p. 22, 88.

<sup>3</sup> MOMMSEN aussi (*Jahrb. d. gem. Rechts*, II, p. 320) se sert pour l'Édit de l'expression de « code de procédure civile de l'empire, » tandis que dans son *Röm. Staatsrecht* (2<sup>e</sup> éd.),

II, p. 202, il en fait une codification du droit privé.

<sup>4</sup> Que l'on songe pourtant, par exemple, à l'édit de administrations tutorum qui se rapporte à la juridiction volontaire.

jure in iudicio y manque complètement et est fixé en dehors de l'Édit par la loi et la coutume. La procédure in iure elle-même n'est réglementée dans l'Édit que d'une façon occasionnelle et relativement à des matières d'importance secondaire, relativement, par exemple, à l'actionum editio, au ius postulandi, etc. Les points principaux de la procédure in iure, aussi bien que de celle in iudicio étaient réglementés « ou bien avant la juridiction prétorienne ou bien en dehors d'elle<sup>1</sup> ». BRINZ<sup>2</sup> a émis une autre hypothèse. Pour lui, l'Édit aurait contenu le *droit des actions* « au sens le plus large, de sorte que non seulement les actions, « mais encore tous les moyens de droit en usage y étaient proposés, avec l'indication des cas où ils aboutissaient à faire instituer un tribunal ordinaire ou extraordinaire (iudicia, cognitiones) et avec la réglementation des conditions auxquelles ce résultat était subordonné. En définitive, l'Édit promettait les actions ordinaires ou extraordinaires, accordait l'exécution contre la personne ou sur les biens, autorisait la prise de possession des successions, interposait son autorité au moyen d'interdits, contraignait à garantie par les stipulations et les missions in possessionem, ou bien organisait, de quelque autre manière, une contrainte judiciaire (compellere, cogere, repellere) et en même temps facilitait la défense, quand il le voulait, par les prescriptions et les exceptions. » Se demande-t-on, en premier lieu, si tout ce qui se trouve dans l'Édit rentre dans la notion de droit des actions, telle que la comprend BRINZ, la réponse ne peut être douteuse et se passerait presque de la preuve qu'en fournit notre auteur. Il est déjà plus douteux que tout ce que BRINZ comprend sous le nom de « droit des actions » doive, au sens des Romains, être désigné de cette manière. Gaius, par exemple, comprend la bonorum possessio et la bonorum uenditio dans le « ius quod ad res pertinet ». Je ne veux pas cependant insister sur ce point : l'expression « ius quod ad actiones pertinet » est assez large pour embrasser les édits relatifs à ces institutions. Et si la notion de BRINZ circonscrit un ensemble de manifestations véritablement connexes de la vie juridique, si elle coïncide avec le contenu de l'Édit, peu importe que le nom dont l'auteur l'a

<sup>1</sup> Voy. BRINZ, *Krit. Vjsch.* XI, p. 482 ets.

<sup>2</sup> *Loc. cit.*, p. 484 et s., 495 et s.

désignée, soit ou non romain. Ce qui, à mon sens, fait échouer la manière de voir de BRINZ, c'est précisément le vague de la notion qu'il propose : elle est si large qu'elle ne nous permet plus en réalité de démarcation entre ce qui se trouve dans l'Édit et ce qui ne s'y rencontre pas. D'après notre auteur, toutes les conditions concourant à faire instituer un tribunal ordinaire ou extraordinaire seraient proposées dans l'Édit. Où donc trouve-t-on, dans cette œuvre, les règles relatives à la compétence et au ressort des tribunaux ? Où donc y rencontre-t-on la plupart des principes de la procédure *in iure* ? Et cependant la procédure *in iure* est bien la voie à suivre pour arriver à l'octroi de l'action, la condition même de cet octroi. Où, par exemple, y est-il traité du droit d'interrogation du préteur, de la forme de la nomination du *cognitor*, etc. ? Où, d'un autre côté, voit-on proposées dans l'Édit les formules des *legis actiones* encore en usage au temps d'Hadrien ? Où y est-il parlé de la *cognitio* relative aux *fidéicommiss* et de beaucoup d'autres matières rentrant dans la *cognitio extraordinaria* ? Qu'on n'objecte pas que je joue sur les mots, et que BRINZ a pris sans doute sa notion dans un sens plus étroit. Je ne puis l'accorder. BRINZ, par exemple<sup>1</sup>, justifie l'existence de l'édit de *magistris faciendis* par ce fait que la nomination du magistrat était la condition à laquelle la *possessio*, la *uenditio*, l'admission ou le rejet des créances étaient promis aux créanciers. Il me semble indubitable, en se plaçant à ce point de vue, que, si l'Édit était vraiment le droit des actions<sup>2</sup> comme l'entend BRINZ, toutes les règles de procédure sur l'octroi ou le refus des actions (aux parties elles-mêmes ou à leurs représentants) devraient avoir trouvé place dans l'Édit. Comme cependant, parmi ces règles de procédure, l'Édit ne s'occupe guère que des faits qui forment la base de l'action et des *satisfationes*, il est clair que l'Édit ne contient pas tout le droit des actions, au sens de BRINZ, mais seulement une partie de ce droit. Dès lors, la question reste pendante de savoir d'après quel point de vue se décidait l'admission ou la non-admission des matières dans l'Édit.

Selon moi, il n'existe aucune nécessité intrinsèque de ramener de force l'Édit à une unité de conception et de le désigner, pour parler comme BRINZ<sup>3</sup>, par *un seul* mot. Bien plus, le déve-

<sup>1</sup> *Loc. cit.*, p. 497.

<sup>2</sup> *Loc. cit.*, p. 486.

<sup>3</sup> *Loc. cit.*, p. 484.

loppement historique s'élève très nettement contre une telle pré-tention formulée *a priori*. Tout ce qu'on peut vraiment dire de général sur le contenu de l'Édit a déjà été très justement indiqué par GIPHANIUS<sup>1</sup> : *le préteur y rendait des édits relatifs à son officium*<sup>2</sup>. Déjà, avec cette formule, on apporte une limitation essentielle au contenu de l'Édit : celui-ci ne contient pas le droit civil, ni le droit des actions, mais seulement ce qui, dans ces branches du droit, se rapporte à l'officium des préteurs, tant urbain que pérégrin<sup>3</sup>. L'edictum praetoris, en effet, ne traite que de l'officium de ceux-ci. D'où il suit, par exemple, que l'Édit ne contient rien sur la juridiction des consuls et du praetor fideicommissarius, ce que RUDORFF a méconnu dans sa reconstitution. Mais de plus, l'Édit ne contient pas *tout* ce qui touche à l'officium praetoris : le préteur ne rend d'édits sur son officium qu'autant que cela lui semble utile. Dans la mesure où l'officium praetoris était réglé par la loi ou la coutume, des édits étaient entièrement inutiles. Il résulte de là que l'Album est muet relativement à l'officium praetoris dans les legis actiones et aussi, autant qu'on peut le voir, relativement à toutes les dispositions que contenait la lex Julia sur l'officium praetoris<sup>4</sup>. Assurément l'Édit, dans quelques endroits, renvoie à des décisions législatives, quand le préteur déclare vouloir user de sa juridiction en se conformant à elles. Mais cela se produit toujours pour des matières dont la réglementation essentielle se trouve dans l'Édit et relativement auxquelles la loi ou le sénatusconsulte ne sont intervenus que pour compléter ou limiter ce dernier. Dès lors, il fallait bien en faire mention pour être complet<sup>5</sup>.

Il se dégage de tout cela que le contenu de l'Édit résulte en grande partie de circonstances historiques et qu'il est vain de chercher une notion juridique qui coïncide avec ce contenu. Si la réforme de la procédure du vieux droit civil relative à l'exécution et au concours des créanciers, au lieu d'avoir été entre-

<sup>1</sup> A la fin de l'*Oeconomia ed. perpet.* (page 131 de l'édition de l'*Oeconomia iuris*, Francf., 1606, consultée par moi).

<sup>2</sup> Voy. aussi BRUNS, *Fontes*, IV<sup>e</sup> éd., p. 165, note 2.

<sup>3</sup> Sur ce dernier, voy. RUDORFF, *Zschr. f. R. G.*, III, p. 15. Pour être plus bref, je fais ici abstraction de

l'Édit provincial et de l'Édit des édiles qui est devenu une dépendance de l'Édit prétorien.

<sup>4</sup> Voy. fr. 2 de iudiciis (5.1). Sur ce point, voy. plus loin, tit. II (avant le § 7).

<sup>5</sup> Conf. fr. 7 § 7 de pact. (2. 14), fr. 1 § 8 de postul. (3. 1), fr. 1 in fin. ex quib. caus. mai. (4. 6), fr. 1 ut ex legibus (38. 14).

prise par le préteur, l'avait été par le législateur, nous ne trouverions vraisemblablement, à la place des titres XXXVI-XLI de l'Édit, qu'une ou deux maigres formules d'actions. Si, au contraire, la *datio tutoris* n'avait pas été conférée au préteur par une loi, nous aurions peut-être sur cette matière un édit, émanant de l'initiative de ce magistrat, édit qu'il se serait efforcé de rendre efficace par l'introduction d'actions utiles. En revanche, si la *lex Atilia* s'était aussi occupée de l'*administratio tutelae*, l'Édit se serait tu sur ce point. Il est bien certain que le plus gros morceau de l'Édit est consacré à la réglementation du droit des actions et des procédés de défense : cela vient de ce qu'ici la loi et la coutume laissaient la main libre au préteur. Mais à côté de cela nous trouvons des édits sur la procédure, comme les édits de *magistris faciendis*, de *bonis proscriptendis* et beaucoup d'autres placés dans la portion de l'Édit relative au concours des créanciers, comme, par ailleurs, l'édit sur l'*editio de la formule et des instrumenta* (§ 9) et l'édit « *soluere aut iurare cogam* » au titre de *rebus creditis* (§ 95); nous trouvons des édits sur des droits qui ont des rapports avec la procédure, mais qui ne touchent en rien au droit des actions : tels, les édits sur le *ius postulandi et*, à propos des *iudicia recuperatoria*, les dispositions prétoriennes sur le droit de citation des témoins<sup>1</sup>; nous trouvons un édit sur un objet de juridiction volontaire : l'édit de *administratione tutorum* (§ 121). Aucun d'eux ne doit être considéré comme une anomalie apportée au plan de l'Édit : ils accusent simplement les différents aspects de l'*officium* du préteur. Le préteur n'avait pas seulement à déterminer les actions et les procédés de défense, mais aussi à diriger les débats *in iure*, à assurer la dignité du tribunal, à régler son droit de tutelle éminent, etc. Et s'il ne faisait qu'un usage restreint de son *ius edicendi* relativement à ces derniers objets, c'est uniquement parce que les règles fondamentales auxquelles ils obéissaient étaient tracées, en grande partie, par la loi ou la coutume.

<sup>1</sup> Voy. Prob. 5, 8.

## CHAPITRE III

## Les divisions capitales de l'Édit.

Quand on s'efforce d'approfondir le système de l'Édit, on ne doit jamais oublier que les Romains, et en particulier le rédacteur de l'Édit, étaient loin d'attacher à un plan suivi la même importance que nous autres modernes. Il est certain que Julien n'a pas officiellement divisé l'Édit en *partes*, mais seulement en titres<sup>1</sup>. Le rédacteur de l'Édit n'avait nullement l'intention de le diviser en de plus grandes unités, étroitement coordonnées. Par suite de raisons historiques d'opportunité, les principes directeurs de la division sont très souvent abandonnés et des matières sont, en dehors de ces principes, ajoutées à titre d'appendice au premier titre qui s'y prête. On ne procède donc pas du tout selon l'esprit de Julien, quand, comme RUDORFF, on répartit les divisions capitales de l'Édit en *classes*, les *classes* en *genera*, les *genera* en *species*, les *species* en I. II, A. B., 1. 2, a. b., α. β. etc. On donne par là au plan de l'Édit une apparence de symétrie qu'il n'avait que rarement dans le détail, qu'il ne *voulait* ni ne *pouvait* avoir dans l'ensemble : l'Édit étant arrivé peu à peu au cours des siècles à son contenu actuel, un plan logique et suivi lui était *nécessairement* étranger. Le rédacteur de l'Édit ne pouvait le lui donner sans renverser de fond en comble toute la matière et sans arracher de nombreux édits d'endroits où ils étaient comme acclimatés : il n'y avait, pour en agir ainsi, aucune raison pressante. Je ne me représente donc pas comme très grandes les tendances de Julien

<sup>1</sup> Voy. RUDORFF, *Zschr. f. R. G.* III, p. 32 et s.



à systématiser<sup>1</sup>. Que dirait-on d'un législateur moderne qui, uniquement pour satisfaire son penchant à la systématisation, bouleverserait l'ordre traditionnel d'un code depuis longtemps en vigueur et bien des fois commenté ? Pour moi, Julien a revisé la rédaction de différents édits, fait des additions et des suppressions, amélioré çà et là le plan ; mais en général l'ordonnance de l'Édit a été laissée par lui telle qu'il l'a trouvée, telle que l'avait faite l'activité de cent prêteurs qui avaient choisi l'endroit où placer leurs nouveaux édits dans l'Edictum tralatitium, les uns en vertu de rapports internes, les autres plutôt par suite de quelque relation extérieure<sup>2</sup>. Aussi doit-on se contenter de découvrir les points de vue qui ont déterminé, dans l'ensemble, la distribution des matières et renoncer à chercher un système harmonieux et suivi, là où, par suite de tout le développement historique, il est impossible qu'il en ait existé un.

La question de l'arrangement des matières dans l'Édit, — dans les limites où elle me paraît légitime d'après ce qui précède, — a été très profondément étudiée par RUDORFF<sup>3</sup> ; et, si loin qu'on puisse être de s'accorder toujours et partout avec lui, de nouvelles recherches sur ce sujet doivent nécessairement prendre leur point de départ dans cet auteur. Avant tout, RUDORFF a eu le grand mérite de réfuter solidement les opinions anciennes. Personne aujourd'hui ne saurait plus adopter l'opinion naguère dominante d'après laquelle le système des Douze Tables aurait servi de base à l'Édit<sup>4</sup>, pas plus que l'hypothèse de HEFFTER<sup>5</sup>, d'après laquelle les cinq vieilles formes des actions de la loi étaient reconnaissables dans l'arrangement de la partie de l'Édit consacrée aux actions. Avec cette hypothèse, tombe également l'opinion de LEIST<sup>6</sup>. Cet auteur retrouve pareillement en

<sup>1</sup> V. MOMMSEN, *Jahrb. d. gem. Rechts*, II, p. 323 ; PERNICE, *Labco*, I, p. 60.

<sup>2</sup> Voy. là-dessus FERRINI (*Rendiconti del R. inst. Lombardo*, ser. II, vol. XXIV), *Intorno all'ordinamento dell' editto pretorio prima di Salcio Giuliano*.

<sup>3</sup> *Zschr. f. R. G.* III, p. 53 et ss.; *E. P.*, p. 267 et ss.

<sup>4</sup> En ce sens, VAN REENNEN, dans les *Pontes tres iur. civil.* (1840), p. 41 et

ss. Voy. la réfutation dans RUDORFF, *Zschr. f. R. G.*, *loc. cit.*

<sup>5</sup> *Rhein. Mus. für Jurispr.* I (1827), pp. 51-63. Contre cette matière de voir, RUDORFF, *loc. cit.*, p. 54 et suivantes.

<sup>6</sup> *Rechtssysteme* (1850), p. 33 et ss., 59 et ss. Contre cette opinion, MOMMSEN, *Jahrb. d. gem. Rechts*, II, p. 323 ; RUDORFF, *loc. cit.*, p. 56 et ss. RUDORFF adopte encore le point de vue de LEIST dans *Rechtsgesch.* I, p. 270 et s.

gros, dans la partie de l'Édit consacrée aux actions, le système des actions de la loi ; il en excepte les quatre matières suivantes : *mariage, tutelle, testament, legs*, qui, selon lui, ont été réunies pour la première fois par Julien d'après le système de Sabinus et intercalées dans le système des actions de la loi. Enfin RUDORFF réfute l'opinion de MOMMSEN<sup>1</sup>, d'après laquelle l'Édit comprenait deux parties : l'une, la plus ancienne, développant le droit civil et se rattachant systématiquement aux trois *legis actiones sacramento, per iudicis postulationem et per conditionem* ; l'autre, plus récente, complétant le droit civil, caractérisée d'une façon générale par la réglementation arbitraire du prêteur et dans laquelle se trouvent les *missiones*, les interdits, les exceptions, les stipulations prétoriennes, comme aussi les actions et autres moyens de droit créés par le prêteur en vertu de sa toute puissance. RUDORFF a montré très justement que l'antithèse d'où procède la conception de MOMMSEN n'a pas pu être le grand principe de la division de l'Édit, puisque cette antithèse s'offre partout à nous dans le détail de cet ouvrage, aussi bien dans la première partie que dans la seconde. Il a aussi démontré d'une façon que je crois convaincante les défauts que présente, dans les détails, l'hypothèse de MOMMSEN.

Le système que RUDORFF a édifié à la place de ceux qu'il a renversés exige maintenant un examen plus sérieux et plus approfondi.

En premier lieu, RUDORFF met à part, comme étant en dehors du plan systématique de l'Édit, les trois dernières parties de cet ouvrage (tit. XLIII-XLV) consacrées aux interdits, aux exceptions et aux stipulations. Sur ce point, l'on doit, à mon sens, le suivre sans réserve<sup>2</sup>. Nous avons exclusivement affaire, dans ces trois titres, à des formulaires ajoutés à l'Édit à titre d'appendices. Ce caractère peut être démontré d'une façon particulièrement claire pour le titre des stipulations. Les stipulations réunies ici sont prescrites, pour la plupart, par des édits que nous trouvons à des endroits tout différents, aux titres de *uadimoniis*, de *cognitoribus* et *procuratoribus*, de *satisdando*, de *tutelis*, de *legatis*, de *operis noui nuntiatione*, de *damno infecto*, etc. Pour

<sup>1</sup> *Jahrb. d. gem. R.*, II, p. 323 et s.  
La réfutation, dans RUDORFF, *loc. cit.*, p. 57.

<sup>2</sup> Voy. cependant une autre opinion produite par KARLOWA, *Rechtsgeschichte*, I, p. 640 et ss.

les exceptions, à la vérité, nous n'avons pas de promesses expresses faites par le prêteur<sup>1</sup> et placées avant l'appendice. Mais le seul fait que nous trouvons les exceptions séparées des matières auxquelles elles se rapportent et réunies dans un même titre de l'Édit suffit à démontrer que ce titre doit être considéré comme un simple appendice. Il est en effet impossible de découvrir une raison *interne* justifiant l'existence d'un tel résumé des exceptions presque à la fin de l'Édit. En particulier, l'octroi des exceptions n'a pas, comme le veut MOMMSEN, le caractère d'une réglementation arbitraire du prêteur ou, du moins, il a ce caractère seulement de la même façon que l'octroi des actions lui-même : il fait partie de l'appareil ordinaire de la procédure formulaire. Enfin, le titre des interdits doit sa naissance au seul désir qu'on a eu de réunir toutes les applications de ce moyen particulier de procédure ; et sa place à la fin de l'Édit vient uniquement de ce qu'on ne trouvait aucun endroit convenable pour intercaler le formulaire des interdits dans le système propre de l'Édit.

L'ensemble de l'Édit, débarrassé de ces trois appendices, est divisé par RUDORFF en quatre parties dans la dissertation que nous avons déjà souvent citée<sup>2</sup>, en trois dans son *Edictum perpetuum*. Cette différence est de pure forme et n'est point le signe d'un changement d'opinion : RUDORFF a seulement réuni sous une rubrique commune, dans son *Edictum perpetuum*, les divisions 2 et 3 de sa dissertation, divisions qui constituent le cœur même de l'Édit. Le point de vue auquel il s'est placé pour faire cette division résulte des expressions mêmes qu'il emploie dans ses rubriques capitales :

#### I. DE IURISDICTIONE, *i. e. de actionibus in iure instituendis*

<sup>1</sup> On pourrait être tenté d'interpréter certains édits (par ex., l'édit de *pactis*, l'édit *quod metus causa*) comme constituant de telles promesses. Mais ils ont une signification bien plus générale, comme déjà leur nom l'indique, et ne se rapportaient point originellement à l'établissement d'exceptions. Cette dernière remarque s'applique également à ces édits dans lesquels le prêteur déclare ne vouloir donner aucune action dans certaines hypo-

thèses (par ex., l'édit de *iureiurando* et de *operis libertorum*). Ils étaient littéralement rédigés dans le sens d'une dénégation d'action (*contra*, par erreur, LENEL, *Urspr. und Wirkg. der Exceptionen*, p. 18). Quand plus tard les exceptions en découlant furent proposées, on les plaça sous la rubrique qui se retrouve encore au Digeste « *Quarum rerum actio non datur.* » Voy. plus loin, II<sup>me</sup> partie § 278.

<sup>2</sup> *Zschr. für R. G.* III, p. 61.

(dans sa dissertation : admission de l'action et ouverture du procès en général).

II. DE IUDICIIS, *i. e. de litibus per iudicem decidendis.*

1. *Prior classis iudiciorum : de rebus* (dans sa dissert. : protection du droit par les actions dans la mesure des formules spécialisées).
2. *Posterior classis iudiciorum : de possessionibus* (dans sa dissert. : protection de la possession par les missions et recours de droit contre la violence).

III. DE RE IUDICATA, *i. e. de executione sententiarum* (dans sa dissert. : décision du procès et exécution).

RUDORFF a expliqué cette division dans la dissertation citée ; nous allons exposer sa pensée dans ce qu'elle a d'essentiel.

D'après lui, deux parties forment le noyau de l'Édit : les *actions* et les *missions*, encadrées par des règles de procédure. « Le droit des actions est précédé par les règles sur l'ouverture « du procès, la compétence des tribunaux municipaux, l'éditio « de l'action, la citation et le uadimonium, l'admission des repré- « sentants ou fondés de pouvoirs, l'aplanissement des obstacles « qui s'opposent à la délivrance d'une action par la restitution « préliminaire d'une situation juridique perdue, les moyens de « contrainte contre les arbitres et la réglementation du iudicium « avec les stipulations judiciaires. ...Inversement, après la par- « tie relative aux missions, vient l'organisation des moyens de « contrainte : c'est-à-dire la solution du différend par le jugement « final, l'aveu ou la désobéissance et l'exécution. » Les parties relatives aux actions et aux missions ne se délimitent pas, selon RUDORFF, par l'opposition historique entre le droit civil et le droit prétorien : la formule de l'action n'appartient pas moins au droit honoraire que la *missio in possessionem*. Ce n'est pas non plus la différence des formes de procédure qui leur aurait servi de démarcation : à la vérité, la partie consacrée aux actions traiterait de préférence des actions, mais elle contiendrait aussi quelques interdits (?) et quelques stipulations prétoriennes (?); à l'inverse, la partie consacrée aux missions contiendrait de nombreuses actions à côté des décrets du préteur sur la possession. L'antithèse qui aurait servi à délimiter ces deux

parties serait bien plutôt « l'antithèse connue et pratiquement « très importante entre la protection du droit et celle de la possession, entre le pétitoire et le possessoire. »

RUDORFF trace de la façon suivante les limites des différentes parties. La partie qui sert d'introduction finit au titre de *iudiciis omnibus* (tit. XIV de notre reconstitution); ce titre même, dont le contenu est méconnu de RUDORFF, doit, d'après la dissertation citée, être placé encore dans la première partie, tandis que dans l'*Edictum perpetuum*, il constitue une introduction particulière de la seconde partie. La partie consacrée aux actions va de là jusqu'au titre de *iure patronatus* (tit. XXIV de notre reconstitution) inclusivement; la partie consacrée aux missions, du titre de *bonorum possessionibus* (tit. XXV) jusqu'au titre de *iniuriis* (XXXV) inclusivement; les limites de la partie finale se déterminent dès lors d'elles-mêmes.

Les idées de RUDORFF que nous venons d'exposer contiennent sans doute beaucoup de vrai; bien plus, l'on doit dire que c'est chez lui, pour la première fois, que l'on rencontre une base sérieuse pour la connaissance du système suivi par l'Édit. Avant tout, on doit reconnaître que RUDORFF, le premier, a déterminé les limites respectives des quatre grands groupes dans lesquels Julien et ses prédécesseurs ont réparti les matières de l'Édit; de plus, il est exact que les deux parties du milieu forment le cœur de l'Édit, que la première partie serve d'introduction et la quatrième, de conclusion. En dehors de ces points, le système de RUDORFF exige un examen attentif et détaillé qui nous montrera que, bien souvent, ses opinions ne sauraient être acceptées sans réserve.

Examinons d'abord les parties qui servent d'introduction et de conclusion. RUDORFF les considère comme des règles de « *procédure* » encadrant la partie centrale et essentielle de l'Édit; sans doute, il oppose ici « *procédure* » aux *dispositions de fond*, contenues dans les deuxième et troisième parties; ce qui ne l'empêche pas de donner plusieurs fois, comme on l'a vu plus haut, le nom de « *code de procédure civile* » à l'ensemble de l'Édit. Cette prétendue opposition n'existe pas en réalité de cette manière. Certes, les règles de pure procédure, relativement assez peu nombreuses, qui se trouvent dans l'Édit, sont placées de préférence dans la première ou dans la dernière par-

tie; mais, dans la première partie tout au moins, elles ne sont ni assez nombreuses ni assez importantes pour qu'il soit permis de dire qu'elles donnent à celle-ci le caractère d'une introduction procédurale. En effet, les actions que le préteur organise pour permettre aux procès de suivre sûrement leur cours et qui forment en réalité l'objet essentiel de la première partie ne sont, ni plus ni moins que les autres actions, des règles de procédure. RUDORFF aurait été complètement dans le vrai, s'il s'était borné à dire que l'arrangement des matières contenues dans la première et la dernière partie découle de ce qu'on y a envisagé les choses au point de vue de la procédure. Les deux parties du milieu traitent essentiellement des droits en tant qu'on les fait valoir devant les tribunaux. Au contraire, la première partie, dans son essence, c'est-à-dire abstraction faite des écarts de plan occasionnels qui se trouvent partout dans l'Édit et qui sont causés par des considérations spéciales, a pour but de *régler et d'assurer la poursuite du droit et la défense, la marche même du droit jusqu'au iudicium*<sup>1</sup>. Il est facile, comme nous le verrons bientôt, de ramener à ce point de vue tout le contenu de la première partie. Par une opposition naturelle, les derniers objets de la iurisdictio, l'exécution et les voies de recours avec tout ce qui s'y rattache, forment la matière de la partie finale. La question de savoir si et dans quelle mesure le contenu de cette partie constituait des règles de procédure ou des règles de fond n'a probablement même pas attiré l'attention du rédacteur de l'Édit. Le besoin de diviser, d'une manière tranchée et systématique, les prescriptions du droit en règles de procédure et en règles de fond est d'origine très récente.

La division que propose RUDORFF pour le morceau capital qui forme le milieu de l'Édit soulève des objections bien plus graves que la manière dont il caractérise la partie introductive et la partie finale. Déjà la division formelle qu'il adopte (partie consacrée aux actions, partie consacrée aux missions) est inexacte. Est-il rien au monde qui puisse justifier le nom donné par RUDORFF à la seconde subdivision? Il est possible de comprendre la *honorum possessio*, par laquelle elle s'ouvre, parmi les missions au

<sup>1</sup> Au fond, c'est aussi l'avis de BRINZ, *Krit. Vjschr.*, XI, p. 500. Seulement l'expression qu'il emploie, « protection

et constitution de la iurisdictio, » me semble un peu étroite.

sens large. Mais qu'ont à faire, par exemple, avec les missions l'operis noui nuntiatio et le grand nombre de iudicia placés à la fin de cette partie? Non moins douteuse est l'opposition de fond que RUDORFF prétend trouver sous cette opposition de forme, à savoir l'opposition entre la *protection du droit* et la *protection de la possession*, entre le pétitoire et le possessoire. Je ne veux point attaquer l'impropriété évidente de cette expression « *protection de la possession* » qui ne peut déjà nullement convenir au premier et au plus important des titres de cette prétendue « partie consacrée aux missions, » au titre de bonorum possessionibus. RUDORFF lui-même a senti ce qu'il y avait de faux dans cette expression. Il définit en effet (*l. cit.* p. 70) le contenu de la seconde subdivision d'une façon bien plus large, quand il en fait « la série des nombreux moyens juridiques destinés à procurer la prise, le maintien ou le recouvrement de cette situation durable qui nous rend en fait maître d'une chose et que nous pouvons appeler la possession au sens large du mot. » Dans ces limites élargies, on peut, comme il est facile de le comprendre, faire entrer sans difficulté une grande partie du contenu de la prétendue subdivision consacrée aux missions. Cela est vrai en première ligne pour le titre de bonorum possessionibus. Ce que les titres suivants de testamentis et de legatis contiennent d'étranger à la possession peut s'expliquer par une hypothèse qui semble juste : ces titres ne sont que des dépendances du titre de bonorum possessionibus et doivent à ce dernier la place qu'ils occupent. Les rapports avec la possession des trois institutions relatives au droit des voisins, — operis noui nuntiatio, cautio damni infecti, actio aquae pluviae arcendae (tit. XXVIII-XXX) —, vont d'eux-mêmes. Passons au titre de liberali causa (tit. XXXI); pour que ce titre s'adaptât à l'hypothèse de RUDORFF, il suffirait de considérer (ce qui, à la vérité, serait assez téméraire) l'ordinatio liberalis causae, c'est-à-dire la réglementation du possessoire dans les procès en liberté, comme la chose essentielle autour de laquelle tout le reste s'est groupé. Mais là finissent toutes les concessions que nous pouvons lui faire. Le reste de la subdivision n'a rien à voir avec la possession. Il faut relire dans RUDORFF lui-même comment il ramène de force à son point de vue les édits de publicanis, de hominibus coactis, de turba, etc. Là, dit-il, où il y a emploi de la vio-

lence pour soustraire ou détériorer des objets mobiliers, violence des publicains ou de leurs gens, levée d'hommes en armes, émeute, incendie, démolition, naufrage, piraterie, c'est cet élément de violence qui a dû apparaître comme prépondérant; la forme de la protection a été rejetée au second plan; et bien qu'ici l'on trouve un mélange d'actions, de mandats d'amener et de menaces de peine, on a joint tous ces faits entachés de violence aux dispositions destinées à protéger contre la violence<sup>1</sup>.

Certes c'est une conception bien élargie de la protection possessoire qui sert de base à ces derniers développements de RUDORFF. Cependant elle n'est pas assez large encore pour s'adapter au contenu de cette prétendue division consacrée aux missions. Le point de vue de RUDORFF est tout à fait inadmissible pour le dernier titre de la division, le titre de iniuriis. Cette matière n'a rien à voir ni avec la possession ni avec la violence et cependant elle n'a pu être attirée à la place qu'elle occupe par aucun des titres précédents. Quand bien même on serait disposé à ne pas tenir compte de cette objection, il resterait une raison décisive contre l'hypothèse de RUDORFF: c'est que nulle part les actions en question n'ont été, même en passant, considérées par les Romains comme se rapportant à la protection de la possession. Il ne s'agit pas de savoir si nous autres modernes, emportés dans la voie de l'abstraction, nous pouvons arriver à une conception de la protection possessoire qui embrasse plus ou moins exactement ces actions (comme d'ailleurs beaucoup d'autres). Il s'agit de savoir si une telle conception avait cours chez les Romains et, au plus tard, chez les Romains du temps d'Hadrien. Quelqu'un peut-il le soutenir? Peut-on découvrir quelque part dans les sources la plus petite trace d'une conception de la protection possessoire au sens de RUDORFF? Et, si c'est impossible, comment prétendre que c'est justement cette conception qui a joué un rôle capital dans la

<sup>1</sup> Voy. *loc. cit.*, p. 71. Comp. BRINZ, *Krit. Vjschr.*, XI, p. 492 et s. A quelles dispositions destinées à protéger contre la violence est-il fait allusion? Telle est la question qu'on est raisonnablement amené à formuler. Est-ce que les institutions qui précèdent ces actions

dans l'Édit, — la bonorum possessio, l'operis novi nuntiatio, la cautio damni infecti, la causa liberalis —, peuvent être, dans leur véritable essence, considérées comme des « dispositions destinées à protéger contre la violence »?



détermination du plan de l'œuvre législative la plus importante des Romains? Allons plus loin. RUDORFF lui-même a montré quel rôle secondaire ont joué dans le système de l'Édit les distinctions d'école. Tout ici, — nous en verrons bientôt la confirmation —, est ordonné d'après des considérations d'économie pratique : en présence de ces considérations, on voit l'antique distinction entre les actions *in rem* et *in personam* rejetée elle-même au second plan. Et cette conception vague et insaisissable de la possession indiquée par RUDORFF aurait servi de lien à toute une partie de l'Édit? Et ce serait pour avoir adopté une telle conception qu'on aurait placé les délits des Publicains, la rapine et autres cas qualifiés de soustraction dans le voisinage de la *bonorum possessio* et de la *causa liberalis*, matières qui, au point de vue populaire et pratique, encore bien moins qu'au point de vue scientifique et théorique, n'avaient rien à faire ensemble? Qui donc pourra le croire?

Les remarques qui précèdent sont, à mon sens, décisives contre l'hypothèse de RUDORFF. Mais il y a mieux : on peut prouver par les ouvrages romains sur l'Édit que la notion de la *possessio* ne servait pas, aux yeux de leurs auteurs, de base à la prétendue partie consacrée aux *missiones* et le fait qui me frappe aurait bien mérité un examen attentif de la part de RUDORFF. En effet, au milieu de cette partie de l'Édit, parmi ses derniers titres, nous trouvons justement traitée, dans les commentaires de Gaius, de Paul et aussi dans les ouvrages qui suivent le système de Julien, la matière qui, d'après RUDORFF, est la caractéristique de toute cette partie : la matière de la *possessio* et celle de l'*usucapion* qui y est rattachée<sup>1</sup>. Ce sujet se trouve dans Paul entre le titre de *praediatoribus* (Paul. 53) et le titre de *iniuriis* (Paul. 55), dans le même livre que l'*actio ui bonorum raptorum* et que l'édit de *incendio, ruina, etc.* (Paul. 54)<sup>2</sup>. Il se rencontre dans les mêmes parages

<sup>1</sup> De là aussi la place de ces matières dans les Sentences de Paul (V. 2) et dans les Codes Théodosien et Justinien.

<sup>2</sup> Cf. Paul. 54 fr. 1, 3, 7 de a. u. a. p. (41. 2), fr. 2, 4 de usurp. (41. 3), fr. 2 pro empt. (41. 4), fr. 1 pro donato (41. 6), fr. 2 pro derel. (41. 7), fr. 2, 4 pro legato (41. 8), fr. 2 pro

dote (41. 9), fr. 2 pro suo (41. 10), fr. 8 de ui (43. 16); de plus, fr. 14 de legib. (1. 3) cf., en un sens, fr. 2 § 16 pro empt. (41. 4), fr. 49 de proc. (3. 3) cf., en un sens, fr. 2 § 9 pro empt. (41. 4), fr. 52 de C. E. (18. 1) cf. fr. 2 pr. pro empt. (41. 4), fr. 4 de auro (34. 2), fr. 8 de l. Julia repet. (48. 11), fr. 141 de R. I. (50. 17) cf. fr. 14 de

chez Gaius<sup>1</sup>, chez Julien<sup>2</sup> et chez Celsus<sup>3</sup> et cela, sans doute, sous l'empire des mêmes causes extérieures. Que les développements de ces auteurs sur cette matière ne se rattachent pas directement à une clause de l'Édit, tout leur contenu le démontre: ils constituent un simple hors d'œuvre, une digression. C'est là seulement ce qui explique qu'Ulpien, dont le commentaire nous a été par ailleurs le plus complètement transmis, ne laisse voir aucune trace d'un semblable développement. Quelle circonstance extérieure a été la cause de cette digression, dont, sans doute, Gaius et Paul ont trouvé le modèle dans le plan de Julien, nous n'en savons rien. C'est peut-être l'usureceptio ex praediatūra dont on arrivait à parler à propos de l'édit de praedicatoribus et qui conduisait à l'examen des conditions de l'usucapion en général; c'est peut-être l'actio ui bonorum raptorum, relativement à laquelle on était amené à traiter de l'imprescriptibilité des res ui possessae<sup>4-5</sup>. Quoiqu'il en soit, est-il croyable que la matière de la possession ait été intercalée par Paul, par Gaius, par le rédacteur même de l'Édit, sous forme de digression, au milieu des édits de détail contenus à la fin de la prétendue partie relative aux missions, apparemment dans le seul désir de la loger quelque part? est-ce croyable, si vraiment la possession est le mot d'ordre de toute notre division? Dans ce cas, c'est en tête que devait nécessairement prendre place l'exposition des règles générales de la possession. Il me semble que ce simple fait suffit à renverser l'hypothèse de RUDORFF.

S'il faut rejeter le principe de division proposé par cet auteur, on doit se demander où l'on peut en trouver un autre qui soit meilleur. Est-il possible de donner à cette question une réponse qui soit de nature à faire cesser tous les doutes? Je n'ose l'affirmer. Voici du moins la solution que je considère comme la plus vraisemblable.

legib. (1. 3) et fr. 3 § 5 de a. u. a. p. (41. 2).

<sup>1</sup> Gai. 21 fr. 1, 5 de usurp. (41. 3).

<sup>2</sup> Jul. 44 fr. 37 de A. R. D. (41. 1), fr. 38 de a. u. a. p. (41. 2), fr. 33 de usurp. (41. 3), fr. 7 pro empt. (41. 4), fr. 2 pro herede (41. 5), fr. 29 de pig. act. (43. 7).

<sup>3</sup> Voy. *Palingenesia*, n° 195 et ss.

<sup>4</sup> Voy. Paul. 54 fr. 8 de ui (43. 16).

<sup>5</sup> Voy. une autre supposition, dans tous les cas inadmissible, dans RUDORFF *E. P.*, § 183, n. 1. Il rattache ces développements à l'édit de uectigalibus. Cela est réfuté par le seul fait qu'ils se trouvent dans Paul seulement après le titre de praedicatoribus qui suit lui-même le titre de publicanis (et uectigalibus).

Nous avons vu que l'arrangement de la partie introductive et de la partie finale de l'Édit débarrassé de ses appendices résultait de considérations de procédure ; les appendices, eux aussi, ont été composés avec des préoccupations de même nature, c'est-à-dire de pure forme. On est, dès lors, porté à se demander s'il n'en est pas ainsi pour le plan de la partie centrale de l'Édit et si ce plan n'a pas été déterminé bien plutôt par des questions de forme que par des questions de fond, comme le veut RUDORFF. Jetons un coup d'œil sur le contenu de la première subdivision de ce morceau central (celle que RUDORFF appelle partie consacrée aux actions). L'on voit qu'à part quelques exceptions peu importantes et facilement explicables, on n'y rencontre que des promesses de iudicia, qui constituent la forme normale de poursuite d'un droit. Nous venons de combattre la tentative de RUDORFF, consistant à opposer à cette partie consacrée aux actions la seconde subdivision qu'il appelle partie consacrée aux missiones ; mais il est un fait cependant qui doit fixer notre attention. C'est que, dans cette seconde subdivision, se trouvent réunies toutes les missiones qui ne constituent pas un procédé d'exécution. Cette partie, en tant qu'elle traite des missiones, est en opposition de forme avec la première partie relative aux actions, et la même chose est vraie en ce qui touche les nombreuses satisfactions prétoriennes qui y sont prescrites. Il n'y a de difficultés que relativement aux derniers titres de cette partie. Dans ces titres, en effet, nous voyons le prêteur proposer, tout comme dans la première partie, des iudicia, et rien que des iudicia. Pourquoi trouvons-nous mêlés aux missiones et aux satisfactions le titre de *liberali causa*, les édits de *publicanis*, de *praediatoribus*, de *hominibus coactis et bonis raptis*, de *turba*, de *incendio ruina naufragio rate naue expugnata* et enfin le titre de *iniuriis*? On ne peut donner à cette question une réponse absolument sûre. Mais une conjecture est permise. A mon sens, toutes ces actions étaient proposées sous forme de iudicia recuperatoria et devaient précisément à cette circonstance leur place dans l'Édit. Pour les procès relatifs à la liberté, les recuperatores nous sont déjà indiqués par Plaute<sup>1</sup> comme étant les juges compétents et il résulte aussi

<sup>1</sup> Rudens, V. 1, 2.

clairement d'un passage de Suétone que, sinon toujours, du moins régulièrement, c'étaient à eux qu'étaient confiées, en cette matière, les fonctions de jurés<sup>1</sup>. Ce résultat est confirmé d'une manière décisive par le papyrus de Berlin n° 611 : l'oratio principis qui nous y est transmise exclut les mineurs XXIV annis de la fonction de recuperator, parce qu'on ne veut pas que des jeunes gens jugent les procès sur la servitude et sur la liberté<sup>2</sup>. C'étaient aussi les recuperatores qui jugeaient les procès des publicains; cela résulte de la Loi agraire de 643 (lign. 37 sqq.) conservée sur la tabula Bembina et aussi de ce que nous rapporte Cicéron<sup>3</sup>. Nous ne connaissons pas le contenu de l'édit de praediatoribus; mais il résulte de son analogie avec l'édit des publicains que, vraisemblablement, les iudicia qu'il promettait étaient recuperatoria. Pour l'édit suivant, de hominibus armatis coactisue, l'emploi des recuperatores nous est prouvé par Cicéron, dans le pro Tullio<sup>4</sup>. La même solution doit être admise pour les édits, si proches parents du précédent, de turba, incendio, etc., sans qu'il soit besoin d'une preuve spéciale<sup>5</sup>. Reste l'action d'injures dont Aulu-Gelle (Noct. att. XX, 1, § 13) dit expressément : praetores... iniuriis aestumandis..... recuperatores se daturus edixerunt<sup>6</sup>. Si notre supposition est exacte, si tous ces iudicia étaient bien des iudicia recuperatoria, il va de soi que cela ne saurait être le résultat d'un pur hasard<sup>7</sup>. Il est vrai que,

<sup>1</sup> Domitien, ch. 2 : recipatores, ne se perfusoriis assertionibus accommodarent, identidem admonuit. Dans l'édition allemande je cite sur ce point, p. 20, n. 5, quelques textes du Digeste dans lesquels il est question, à propos de la causa liberalis, de plusieurs « iudices » mot que je considérais comme très probablement interpolé pour « recuperatores ». En réalité, ces textes ne prouvent presque rien. Car, pour les fr. 36, 38 pr. de re iud. (42. 1) et pour le fr. 24 pr. de manumiss. (40. 1), l'on peut aussi bien dire qu'il y était question des centumviri que de recuperatores. (Voy. WLASSAK, *Pauly's Realencyclop.*, nouvelle rédaction, sub v° *Centumviri*, VII, B). Le fr. 27 § 1 de lib. causa (40. 12) parlait sûrement des consuls. Le fr. 32 § 7 de recept. (4. 8) parlait, soit des consuls, soit des centumvirs; il ne parlait

certainement pas des recuperatores.

<sup>2</sup> Cf. MITTEIS, *Hermes*, XXXII, p. 639 et s.

<sup>3</sup> Pro Flacco, c. 4 § 11. Pour la juridiction provinciale, voy., de plus. Verr. II, 3, c. 11-14, c. 21.

<sup>4</sup> L'assim; voy., par ex., c. 17 § 41 : nec recuperatores potius darent quam iudices.

<sup>5</sup> Voy., en ce sens, RUDORFF, *E. P.*, p. 127, n. 10.

<sup>6</sup> Voy. aussi Cic., de invent., II, 20 § 60.

<sup>7</sup> Que l'on considère maintenant la première subdivision du morceau central de l'Édit, — les iudicia recuperatoria de la partie introductive (Gai. IV, 46, 185, Lex Rubria, c. 21 in fin.) sont ici naturellement laissés de côté —, on n'y trouvera, parmi l'énorme quantité de iudicia qui y sont proposés, qu'un iudicium qui, *peut-être*, était proposé

même dans les cas ci-dessus, la nomination d'un juge unique était possible à de certaines conditions, peut-être sur la proposition du demandeur, de même que, dans les autres iudicia, le iudex unus pouvait, dans certains cas, être remplacé par des recuperatores<sup>1</sup>. Mais, quoiqu'il en soit, ce n'était pas sans raison particulière que le préteur proposait tel ou tel iudicium comme recuperatorium ou bien sub uno iudice; et cette circonstance que tous les iudicia recuperatoria étaient proposés à une même place de l'Édit devait bien aussi avoir son importance. Cette considération nous amène forcément à penser à la distinction connue des iudicia legitima et des iudicia imperio continentia, indiquée dans Gaius, IV, 104 et 105, et d'après laquelle étaient legitima ceux quae in urbe Roma uel intra primum urbis miliarium inter omnes cives Romanos sub uno iudice accipiuntur, tous ceux auxquels une de ces conditions manquait, tous les iudicia recuperatoria en particulier, devant être rangés dans l'autre catégorie. L'opposition qui a présidé à l'arrangement du morceau central de l'Édit ne serait-elle pas celle qui existe entre la lex et l'imperium, entre l'application de la loi et l'autorité du magistrat<sup>2</sup>? Le reste du contenu de la division appelée par RUDORFF division relative aux missiones cadre très bien avec cette hypothèse. Il n'est rien, à ma connaissance, dans les sources, qui puisse faire supposer que la compétence reconnue

comme recuperatorium: c'est le praeiudicium an libertus sit (voy. Suétone, Vesp. c. 3). Mais ce praeiudicium est une dépendance de l'édit de operis libertorum (§§ 140, 141) et ne présente, par conséquent, pas d'importance pour la question de savoir quel est le principe sur lequel repose le plan de l'Édit.

<sup>1</sup> Voy., pour les deux hypothèses, les preuves dans WLASSAK, *Röm. Prozeßgesetz*, II, p. 309 et ss., et, pour la causa liberalis, I, p. 179 n. 12.

<sup>2</sup> Dans l'édition allemande, j'ai cherché le principe directeur de cet arrangement dans l'opposition entre l'imperium et la iurisdictio, D. fr. 4 de iurisdictio. (2. 1), opposition qu'après d'autres, j'ai confondue d'une façon peu exacte avec celle indiquée au texte. En présence des développements de WLASSAK sur ce point (*Röm. Prozeßgesetz* II, en particulier §§ 36-37),

cette hypothèse ne me paraît plus soutenable. D'une part, l'opposition entre l'imperium et la iurisdictio n'avait aucune importance pour les magistratus maiores et ne pouvait, en conséquence, trouver sa place dans l'Édit; elle n'avait d'intérêt que pour les magistrats municipaux auxquels l'imperium, au sens où on l'entend ici, manquait au temps de l'Empire et dont les pouvoirs, par ailleurs, comportaient beaucoup de restrictions. D'autre part, il n'est pas du tout certain que la datio recuperatorium, — comme l'établissement des missiones et des cautiones —, rentrât dans les prérogatives de l'imperium. La lex Mamilia (Julia agraria) c. 55 (BRUNS, *Fontes*, VI<sup>e</sup> éd., p. 97), invoquée dans l'édition allemande, p. 21, n. 9, ne peut, en tout cas, servir à le prouver. WLASSAK, *l. c.*, p. 319 et s.

au préteur<sup>1</sup> d'ordonner des *missiones* et des *cautiones* ait jamais reçu une consécration législative. Il est extrêmement probable que ces dispositions étaient de pures manifestations de l'*imperium*, le mot *imperium* étant opposé ici à *lex* et non à *iurisdictio*. Si notre hypothèse est fondée, nous devons croire, ce qui est vraisemblable en soi, que la rédaction de Julien s'est conformée au plan du préteur urbain. Il me semble, en effet, naturel que le préteur urbain ait proposé à la première place les *iudicia* qui reposaient sur une prescription législative et qui devaient, en conséquence, avoir pleine efficacité légale; qu'il ait au contraire rejeté à la seconde place tous les moyens de droit qui n'avaient d'autre base que son *imperium*. Ce n'est, à la vérité, qu'une hypothèse; mais, dans toute cette question, on arrivera difficilement à autre chose qu'à une certaine vraisemblance.

Le contenu tout entier de la prétendue division consacrée aux *missiones* se concilie très aisément, nous l'avons dit, avec notre hypothèse. Pour ce qui est des titres de *testamentis* et de *legatis*, j'estime qu'ils ont été attirés à la place qu'ils occupent par le titre de *bonorum possessionibus*. Pourtant, cela n'est point absolument nécessaire pour expliquer leur situation dans l'Édit: car ces deux titres contiennent beaucoup de choses concordant avec le caractère général de la division. Il en est ainsi, au titre de *testamentis*, pour les édits sur l'ouverture des testaments et *ad senatusconsultum Silianum*: car il est très vraisemblable que les actions pénales qui en découlaient étaient *recuperatoriae*. Il en est ainsi, au titre de *legatis*, pour les édits sur la *cautio usufructuaria*, sur la *cautio legatorum seruandorum causa* et sur la *missio in possessionem*. Il est très possible que ces différents édits aient suffi, par eux-mêmes, à faire placer les titres en question dans la division qui nous occupe. Les titres suivants, de *operis nuntiatione* et de *damno infecto*, ont évidemment le caractère de moyens de droit basés sur l'*imperium* (*cautiones*, *missiones*). Il ne reste, dès lors, qu'un seul titre qui paraisse ne pas aller avec notre hypothèse; c'est le titre de *aqua et aquae pluviae arcendae*. Il contient l'*actio confessoria* et *negatoria* de *aquae ductu*, avec un édit relatif à cette servitude, puis l'*actio aquae pluviae arcendae*. Cette dernière

<sup>1</sup> Les dispositions de la *lex Rubria* sur les magistrats municipaux sont, ici, sans intérêt pour nous.

n'était sans doute point un *iudicium recuperatorium*<sup>1</sup>; pour les premières, nous n'avons aucun renseignement précis sur le ou les juges qui en connaissaient. Le plus probable, c'est que l'*actio aquae pluviae arcendae*, avec son double caractère d'institution relative au droit de voisinage et d'*actio de damno futuro*, a été attirée à la place où nous la trouvons par l'*actio damni infecti*<sup>2</sup> avec laquelle elle était peut-être réunie dans la loi des Douze Tables; cette *actio aquae pluviae arcendae* aurait à son tour, attiré les *actiones de aquae ductu*<sup>3</sup>. De tels écarts de plan n'ont rien qui puisse surprendre, quand leurs causes sont si simples et si évidentes. Qu'on se rappelle par exemple le titre de *receptis* où, par suite d'une pure consonance de noms, se trouvent si bizarrement réunis les *recepta arbitrii, nautarum et argentiorum*<sup>4</sup>.

L'Édit nous est apparu comme comportant, d'après des points de vue simples, quatre divisions capitales. Dans le chapitre suivant, nous allons déterminer l'ordre des matières dans chacune de ces divisions et dans les appendices; puis nous dirons quelques mots de l'Édit des édiles.

<sup>1</sup> Voy. fr. 6 § 6, 11 § 3, 24 pr. — § 2 de aqua et aquae pluviae (39. 3).

<sup>2</sup> Voy. fr. 11 § 3 i. f. eod.

<sup>3</sup> L'on peut encore conjecturer (mais il n'y a là rien de plus qu'une possibilité) que ces dernières actions étaient proposées sous forme d'*actiones recu-*

*peratoriae*, à raison de l'importance particulière des servitudes d'eau pour l'agriculture. Par là, s'expliquerait bien la séparation de ces servitudes d'avec les autres.

<sup>4</sup> Voy., plus bas, ch. IV, § 1, in fin.

## CHAPITRE IV

## Le plan détaillé de l'Édit.

## § 1.

## LA PARTIE PRÉLIMINAIRE.

Dans la partie préliminaire de l'Édit, qui a pour objet de régler et d'assurer la marche du procès jusqu'à l'organisation du iudicium, la première place revient naturellement aux édits relatifs à la réglementation et à la garantie du pouvoir juridictionnel lui-même. Mais les points les plus importants de cette matière étaient déjà tranchés *législativement*; de plus, le préteur était généralement en situation d'assurer suffisamment sa propre juridiction au moyen des forces matérielles mises à ses ordres; c'étaient là des choses sur lesquelles il n'était point besoin de rendre des édits. Aussi, le préteur se borne-t-il, là-dessus, à quelques prescriptions complémentaires. Selon moi, deux titres<sup>1</sup> se rapportent à cette matière. Le titre I traite de la juridiction municipale; il assure la marche des procès dans les municipes par l'action pénale *Si quis ius dicenti non obtemperauerit* (§ 1) et par une seconde action (§ 2) donnée contre celui qui n'obéit pas à l'*in ius uocatio* devant le magistrat municipal ou qui contrevient autrement aux prescriptions édictales contenues au titre de *in ius uocando* (tit. V); il délègue ensuite aux magistrats municipaux une certaine compétence en matière de *damnum infectum* (§ 3), détermine les devoirs de ces magistrats relativement à la garde des *fugitiui* (§ 4) et assure le respect de ces deux dispositions par la promesse d'une action contre le magistrat négligent; il nous conduit enfin, avec l'édit de *uadimonio Romam faciundo* (action contre celui qui refuse le *uadimonium*), au titre II qui s'occupe de la *iurisdictio* en général, en y comprenant celle du préteur lui-même. Ce titre, autant qu'on peut s'en rendre compte, con-

<sup>1</sup> Peut être n'y avait il qu'un seul titre, intitulé de *iurisdictio*.



tient seulement deux édits ; le premier punit le contempteur de la maiestas praetoris par l'action populaire de albo corrupto<sup>1</sup> ; le second, l'édit Quod quisque iuris, atteint ceux qui abusent de la iurisdictio.

Les titres suivants se rapportent plus particulièrement à la procédure. Le premier devoir que doit remplir celui qui veut engager un procès, c'est, — avant même la citation —, de procéder à l'editio actionis<sup>2</sup>. Aussi trouve-t-on à la première place, — et avant même le titre de in ius uocando —, le titre (III) de edendo, dont la partie essentielle est constituée par l'édit de edenda actione et l'édit de edendis instrumentis : l'édit relatif à l'editio des argentarii doit être considéré comme un simple appendice. Vient ensuite l'édit de pactis qui paraît constituer un titre particulier (IV) et qu'on a inséré ici en se plaçant au point de vue de la *transaction*<sup>3</sup> qui rend le procès inutile : « En protégeant les transactions, on protège la iurisdictio, puisqu'on « lui procure un soulagement »<sup>4</sup>. Si aucune transaction n'intervient, il y a lieu à procès. Le premier acte du procès est la citation. De là le titre suivant (V) de in ius uocando, qui consacre l'obligation de comparaître et garantit la marche du procès par une action pénale contre le uocatus récalcitrant et contre le tiers qui empêche par la force sa comparution ; en même temps, sont indiquées les exceptions apportées à l'obligation de comparaître, absolue en principe. Les parties ont-elles comparu in iure, le ius dicens doit avant tout rechercher si elles ont la *capacité de postuler* : de là suit naturellement le titre (VI) de postulando ; titre qui, comme BRINZ le remarque très justement<sup>5</sup>, a trait à la réglementation de la marche du procès, parce que le refus du droit de postuler a pour but de maintenir et de sauvegarder la « dignitas » du tribunal. Le titre (VII) de uadimoniis fait faire un pas de plus à la procédure. Au moyen des différents édits qu'il contient et dans le détail desquels il est inutile d'entrer

<sup>1</sup> Voy. BRINZ, *Krit. Vjschr.*, XI, p. 501 et, ci-dessous, II<sup>e</sup> partie, § 7 in fine.

<sup>2</sup> Voy. LENEL, *Zschr. der Sav.-Stift.* XV, p. 384 et ss.

<sup>3</sup> Conf. déjà CUIJAS, *Obs.* X, 30, GIPRANIUS, *Oecon. jur.* (Francof. 1606), p. 99, RUDORFF, *Zschr. f. R. G.*, IV,

p. 32. Voy. aussi IHERING, *Geist des R. R.* I, § 11 a, n. 45. Blackstone présente, sur ce point, une intéressante analogie avec l'Édit en rattachant la matière de « l'accord et arbitration » à celle de la poursuite du droit.

<sup>4</sup> BRINZ, *loc. cit.*, p. 501.

<sup>5</sup> *Loc. cit.*

ici, il assure que le défendeur *comparat̄ra de nouueau in iure*. Ensuite se pose in iure la question de savoir si la formule doit être rédigée aux noms des parties ou d'un *représentant* : le titre (VIII) de *cognitoribus et procuratoribus et defensoribus* s'occupe de cette matière sous ses différents aspects. Les édits sur la cognition y sont placés en tête, comme se rapportant à une institution qui, malgré l'opinion de WLASSAK, est plus ancienne que la procurature ; le titre se termine par l'édit de *negotiis gestis*, dont le but originaire était d'encourager la défense des *indefensi*<sup>1</sup>.

Les titres dont nous avons parlé jusqu'ici se rapportent tous uniquement à des questions de *forme* de la procédure in iure et n'ont point trait au *fond* du droit des parties. Mais la réglementation et la protection de la marche du procès exige une incursion sur ce dernier domaine. D'une part, le préteur cherche, autant que possible, à empêcher *l'abus du recours à la justice* ; d'autre part, il écarte, dans la mesure où l'équité l'exige, les *obstacles tenant au fond du droit* par lesquels le *ius strictum* entrave la défense ou la poursuite d'un droit. Le titre (IX) de *calumniatoribus* assure le *premier* de ces buts par des mesures d'intimidation contre les *calumniatores*. L'idée émise par CUIJAS<sup>2</sup> et adoptée par RUDORFF<sup>3</sup>, d'après laquelle l'édit transmis par le fr. 1 pr. de *calumn.* (3. 6) doit sa place dans l'œuvre du préteur uniquement à la force d'attraction du mot *negotium*, qui lui est commun avec l'édit précédent de *negotiis gestis*, est peu acceptable en soi et n'est justifiée par rien ; cet édit, comme nous l'avons indiqué, se trouve, par son contenu même, très logiquement placé dans la première division de l'Album ; au surplus, et comme nous le montrerons en son lieu, il ne s'agit pas ici de ce seul édit isolé, mais de tout un titre, et il est difficile de croire que ce titre ait pu être attiré à cette place uniquement par l'édit de *negotiis gestis*. Le *second* des deux buts que nous avons indiqués ci-dessus est atteint par le titre (X) de *in integrum restitutionibus*<sup>4</sup>. Au sein de ce titre, comme le remarque justement RUDORFF, l'agencement des édits découlait,

<sup>1</sup> Conf. WLASSAK, *z. Gesch. d. Neg. gest.* (1879) p. 42. Ulp. 10 fr. 1 de N. G. (3. 5) : Hoc edictum necessarium est, quoniam magna utilitas absentium uersatur, ne indefensi rerum posses-

sionem aut uenditionem patiantur....

<sup>2</sup> Obs. XXIII, 16.

<sup>3</sup> *Zschr. f. R. G.* IV, p. 77.

<sup>4</sup> Conf. RUDORFF, *loc. cit.* p. 88 et s.

sans doute, de la considération suivante : les trois premiers d'entre eux (*quod metus causa*, *de dolo malo*, *de minoribus*) poursuivaient la suppression de la force obligatoire d'un *gestum* ou d'un *contractum*, c'est-à-dire tendaient à refuser une action fondée en droit civil ; les derniers avaient au contraire pour objet principal la restauration d'une action déclarée perdue par le *ius civile*. Le titre se terminait par l'édit (hypothétique) sur la transmission héréditaire du droit de restitution appartenant aux mineurs.

Avant d'en venir, avec le titre (XII) de *satisdando*, aux mesures nécessaires pour assurer l'issue des *iudicia*, le préteur revient encore sur la possibilité d'éviter le *iudicium* au moyen d'une solution extrajudiciaire du différend, au moyen du *compromis*, et il encourage les intentions des parties en ce sens par la promesse d'une contrainte contre l'arbitre (titre XI de *receptis*). Les édits sur le *receptum nautarum* et le *receptum argentariorum*, comme Cujas<sup>1</sup> l'a déjà justement remarqué pour le premier, sont placés en compagnie de l'édit *Qui arbitrium receperint*, uniquement par suite de cette circonstance que le fait créateur de l'obligation engendrée par eux est désigné par le mot *recipere*<sup>2</sup>.

Cette première division de l'Édit se termine par le titre (XII) de *satisdando*, dont nous venons d'indiquer la raison d'être à cette place, et par le titre (XIII) *Quibus causis praeiudicium fieri non oportet*, qui a pour objet de déterminer le rang des différents *iudicia*.

<sup>1</sup> *Obs.* XXIII, 16.

<sup>2</sup> L'explication complémentaire donnée par RUDORFF, *loc. cit.*, p. 108, — d'après laquelle l'édit sur le *receptum nautarum* a pour objet, aussi bien que celui relatif au compromis, l'avantage particulier des parties (RUDORFF, *loc. cit.*, exclut encore expressément l'*actio recepticia* de la compagnie des autres *recepta*) —, ne constitue pas en réalité une explication de leur rapprochement, mais n'est qu'une

constatation du caractère arbitraire de ce groupement. RUDORFF, lui-même, s'en est aperçu. La tentative de ВЕККЕР (*Zschr. der Sav.-Stift.* III, p. 7) pour trouver des rapports internes entre les trois édits, tentative qui consiste à attribuer, dans les trois, au mot « *recipere* » le sens originnaire de « *mandatum recipere* », ne me paraît pas acceptable. Je réserve pour une autre occasion un examen plus approfondi de cette hypothèse.

## § 2.

## DEUXIÈME PARTIE : DES MOYENS DE DROIT DÉCOULANT DE LA LOI.

En tête de la deuxième division de l'Édit, le titre (XIV) de *iudiciis omnibus* trouve sa place naturelle<sup>1</sup>. C'est de lui que découle l'expression « *pars de iudiciis* » usitée à l'école, de même que le titre de *rebus creditis* a donné le sien à la « *pars de rebus*. » La place de notre titre en tête de la division a servi de modèle à la place correspondante du titre de *iudiciis* au Digeste de Justinien.

A la vérité, le contenu du titre de l'Édit n'a rien de commun avec celui du titre de Justinien. Il contenait, ainsi qu'il résulte du commentaire de Paul qui suit de près l'ordre de l'Édit, les matières suivantes<sup>2</sup> : l'édit sur l'*interrogatio in iure an heres sit* (§ 53), celui de *iureiurando* (§ 54), celui sur les *praescriptiones* dans l'action *ex stipulatu* et dans les *bonae fidei iudicia* (§ 55-56)<sup>3</sup>, celui sur l'*interrogatio in iure* dans les actions noxales (§ 58), enfin l'édit *Si iudex litem suam fecerit* (§ 59). Ce qui, en premier lieu, est commun à tous ces édits, c'est que leur contenu peut s'appliquer, soit à toutes les actions proposées dans l'Album, soit à un grand nombre d'entre elles : ce sont des édits généraux. Ce caractère est évident pour les édits sur les interrogatoires et le serment et pour l'édit *Si iudex litem suam fecerit* ; ceux sur les *praescriptiones*, destinés à écarter les suites de l'extinction du droit déduit en justice, l'ont également, si l'on considère leur but commun. C'est cette généralité des objets traités qui justifiait leur réunion dans un même titre intitulé de *iudiciis om-*

<sup>1</sup> En ce sens également, RUDORFF, *E. P.* § 55. Dans la *Zschr. f. R. G.* III, p. 61, IV, p. 120, il le plaçait à la fin de la partie préliminaire. Mais RUDORFF, ni dans un endroit ni dans l'autre, n'a bien vu le contenu du titre.

<sup>2</sup> C. Omnem § 1. A cette « *pars de iudiciis* » se rapporte, sans doute, l'indication de *iudiciis lib. II*, que porte le fragment nouvellement découvert de *dediticiis* (*Zschr. der Sav.-Stift.* I, p. 93), qu'il faut très vraisemblablement attribuer à Ulp. lib. 16. Les objections

de COHN, *Zschr. der Sav.-Stift.* II, p. 96, sont, à mon avis, sans importance.

<sup>3</sup> La raison qui a fait méconnaître en général jusqu'ici la liaison de ces édits et les considérations pour lesquelles le plan du Commentaire de Paul doit être considéré comme étant celui de l'Édit ont déjà été indiquées plus haut Voy. p. 7 et ss.

<sup>4</sup> Le § 57 de l'édition allemande disparaît. Voy., plus bas, les explications données à la suite du § 56.

nibus. An surplus, la plupart de ces édits paraissent, en ce qui touche à la forme, avoir eu un point de commun : il est, très vraisemblable que, non seulement les édits des §§ 55-56, mais aussi les édits sur les interrogations et, avant l'époque classique, celui sur le serment conduisaient à la délivrance d'une *praescriptio*<sup>1</sup> et ainsi se manifestait extérieurement le rapport qu'avait leur contenu avec d'autres *iudicia*.

Avant de passer aux titres suivants, il est nécessaire d'embrasser d'un coup d'œil le plan de notre division dans son ensemble. Les recherches de RUDORFF<sup>2</sup> ont beaucoup aidé à nous faire comprendre ce plan. Cet auteur en a indiqué, le plus souvent avec exactitude, les points de vue directeurs. On ne peut lui adresser qu'un seul reproche : c'est qu'à différentes reprises, il est allé trop loin dans la voie des divisions et des subdivisions. Le reproche, à mon sens, s'applique de prime abord à la division fondamentale proposée par RUDORFF pour la portion de l'Édit qui nous occupe. RUDORFF veut que cette portion se divise en deux parties qui correspondraient aux « partes de iudiciis » et « de rebus » établies par l'école. La première embrasserait « les actions réelles ou personnelles destinées à protéger les biens déjà acquis contre les actes de contestation ou de détérioration<sup>3</sup>. » La seconde se limiterait aux « demandes d'acquisition ayant leur cause dans des obligations contractuelles préparatoires. » Contre le premier terme de cette division, il n'y a rien à objecter, les actions qui y sont rangées formant en réalité le contenu du grand titre XV que je désigne ainsi : « de his quae cuiusque in bonis sunt. » Le second terme est beaucoup plus difficile à accepter. Ce qui certainement a amené RUDORFF

<sup>1</sup> Voy., pour les interrogations, les §§ 53, 58 ; sur ce point, que le prêteur, dans l'édit sur le serment, n'avait pas originellement en vue la délivrance d'une exception, voy. § 54. Dès lors, il est très vraisemblable qu'autrefois, dans le différend qui s'élevait sur le fait du serment, la dénégation éventuelle de l'action se produisait sous forme de *praescriptio* (ea res agatur si...)

<sup>2</sup> *Zschr. f. R. G.*, III, p. 65 et s.

<sup>3</sup> RUDORFF, *E. P.*, p. 269, range ce *primum genus* (*iudiciorum de rebus*) sous la rubrique « de rebus non cre-

ditis ». Je ne trouve pas, non plus, que cette appellation soit heureuse. Évidemment, notre auteur a voulu donner un pendant à la rubrique de *rebus creditis*. Mais cette dernière est simplement la rubrique d'un titre, à côté de laquelle se rencontre, dans notre division, non pas une seule rubrique, mais toute une suite d'autres rubriques de titres. La division en « de rebus non creditis » et en « de rebus creditis » tombe dès lors d'elle-même. Le même raisonnement doit être opposé à BANZ, *Krit. Vjschr.*, XI, p. 494.

à s'exprimer comme il l'a fait, c'est qu'il considère comme un postulat logique l'opposition entre les droits acquis et les demandes ayant pour objet la réalisation future d'une acquisition. Mais il est un point qu'il ne faut pas perdre de vue : de ce qu'une chose constitue un postulat logique, il est bien loin d'en résulter qu'elle se trouve en réalité dans le plan de l'Édit. A cette manière d'envisager les demandes basées sur des obligations contractuelles comme des demandes d'acquisition, on peut objecter avant tout que ce point de vue n'est pas romain : une telle conception ne se trouve pas une seule fois dans les sources. Elle est de plus critiquable au point de vue juridique et économique : la plupart des obligations contractuelles n'engendrent point de demandes d'acquisition, ou, du moins, n'en engendrent point dans un sens différent de celui où le font les obligations délictuelles. Comment comprendre que les demandes résultant du prêt, du commodat, du dépôt, du mandat, de la société, de la tutelle, etc., constituent « des demandes d'acquisition » basées sur des obligations préparatoires, » sans que cette définition ne s'applique aux actions naissant de la loi Aquilia, de l'édit de effusis, etc.? Bien au contraire ! ce que nous pouvons exiger par suite d'un contrat, nous le comptons d'ores et déjà dans notre fortune, nous le considérons comme « nôtre », tandis que nous sommes bien plus portés à considérer comme une acquisition ce que nous recevons à la suite d'une action délictuelle, alors même que cette acquisition ne constituerait que de simples dommages-intérêts. En vérité, il faudrait des preuves bien solides pour nous faire croire que le plan de l'Édit se soit conformé à une conception aussi singulière.

Si l'on cherche à se dégager de cette imagination, l'on remarque aussitôt que l'ordre des titres, dans la partie de l'Édit qui nous occupe, découle d'une idée très simple. Après le titre général, le premier titre spécial (XV) auquel j'ai donné la rubrique rapportée ci-dessus, s'occupe, si l'on fait abstraction des matières qui y ont été simplement attirées par voie de cristallisation, des actions réelles et personnelles servant à protéger les choses qui sont in bonis nostris contre les actes de contestation et de détérioration : parmi ces choses, dans le sens où ce mot est pris ici, doivent être rangées les servitudes, — les servitudes personnelles comme *pars dominii*, les servitudes réelles, comme *prae-*

dia qualiter se habentia. Le contenu de ce titre devait, par antithèse, faire songer à deux choses. En premier lieu, aux *choses extra bona* : de là, le titre (XVI) de *religiosis* ; en second lieu, aux éléments du patrimoine qui ne sont pas des choses, — les *créances* : celles-ci font l'objet des titres XVII et suivants. Parmi elles, la première place est occupée par des obligations à la fois très vieilles et très simples : ce sont les *res creditae* avec leurs dépendances (tit. XVII). A cette matière se rattachaient, probablement sous un titre particulier, peut être comme simple appendice, les *actiones adiecticiae qualitatis* (tit. XVII) : en s'occupant des engagements qui naissent des opérations de crédit faites directement par une personne, on est naturellement amené à penser aux engagements qui peuvent résulter pour elle des mêmes opérations passées par d'autres. L'intercalation, à cette place, des *actiones adiecticiae qualitatis* peut n'être pas très logique ; en effet, ces actions ne s'opposent pas seulement aux rapports obligatoires réglementés dans le titre de *rebus creditis*, mais aussi aux actions contractuelles dont il est question dans les titres suivants. Mais de telles entorses à la logique se trouvent à chaque instant dans l'Édit et le rapprochement qui nous occupe peut, de plus, avoir une raison particulière dans ce fait que la *condictio* servait de modèle aux formules des *actiones adiecticiae qualitatis*. Après les obligations de droit strict, venaient les obligations de bonne foi avec leurs dépendances ; elles étaient probablement disposées dans l'ordre suivant : *bonæ fidei iudicia* (XIX), de *re uxoria* (XX) ; ce titre a attiré à lui comme appendice le titre (XXI) de *liberis* et de *uentre* ; venait ensuite le titre de *tutelis* (XXII) ; ce dernier a, grâce à l'*actio rationibus distrahendis*, proche parente de *vol*<sup>1</sup>, fait venir après lui le titre (XXIII), consacré au *furtum* ; enfin, venait le titre de *iure patronatus* (XXIV). La marche de la pensée, dans cette suite de titres, est facile à saisir : 1° opérations relatives au patrimoine ; 2° famille, comprenant : mariage, enfants, organisation de la tutelle, famille au sens large (dans laquelle rentraient les affranchis).

<sup>1</sup> RUDORFF, *E. P.* § 134, n. 1 : *quoniam tutor qui pupillum fraudatur, uelut fur improbius est*. Dans le plan de Sabinus, la tutelle et le vol sont également réunis ; mais c'est probable-

ment par hasard et non par suite du point de vue que nous venons de rappeler. Voy. LENEL dans *Strassburger Festgabe zu Iherings Doctorjubilaem* (1892) p. 97, 101 et s.

Tout cela est fort naturel : la seule chose qu'on puisse se demander, c'est pourquoi les actions relatives à la réparation du dommage causé aux choses ne figuraient point avec les autres actions personnelles, mais étaient placées avant, au titre XV, sous la dénomination de « protection des biens. » La réponse à cette question est la suivante : le prêteur, en proposant ces actions après la vindictio, a jugé, au point de vue du plan, leur but idéal plus important et plus significatif que la nature juridique du moyen employé pour la réalisation de ce but. Cette conception se comprend très bien et j'ai déjà indiqué la considération qui lui servait de base. Quand nous faisons le bilan de notre fortune, nous portons régulièrement à notre actif les créances nées d'un prêt, d'un commodat, d'un dépôt, d'une vente, d'une tutelle, etc. ; ce qu'en règle, nous ne faisons point pour les créances nées ex lege Aquilia ou de effusis et autres du même genre. Une des raisons de cette différence est que, dans l'immense majorité des cas, les créances de la première catégorie sont payées sans difficultés, tandis que, pour les secondes, un procès est le plus souvent nécessaire. Une autre raison, c'est que l'objet des premières créances est, dans le cours normal des choses, très précisément déterminé, tandis que le montant des secondes ne l'est que par suite d'une *litis aestimatio* pleine d'incertitude. Dès lors, rien de plus naturel que de voir, dans un plan basé sur un point de vue économique, les actions dont le résultat probable constitue une portion de notre fortune déjà appréciable en chiffres, occuper une autre place que celles destinées, à la vérité, à contrebalancer un dommage causé à nos biens, mais dont l'objet ne compte pas encore dans le patrimoine, étant donnée l'incertitude de l'issue réelle du procès. Ici, ce qui a décidé de la place dans le plan de l'ouvrage, c'est la nature du dommage que l'*actio* est destinée à réparer ; là, c'est la considération de sa propre importance économique.

Après ces réflexions préliminaires, occupons-nous de chaque titre en particulier.

XV. De his quae cuiusque in bonis sunt. — Ce titre comporte deux subdivisions : la première comprend tous les édits relatifs à ce titre (avec les formules qui en découlent), tandis que, dans la seconde, sont rangées les formules, civiles



ou prétoriennes, qui ne sont pas annoncées par un édit<sup>1</sup>. Le plan suivi dans le détail se laisse mieux découvrir pour la seconde subdivision, parce qu'elle est plus riche et que l'ordre des matières nous en a été transmis plus sûrement. Dans cette seconde subdivision, les actions in rem sont placées en tête. Viennent ensuite les actions de damno dato, c'est-à-dire les actions qui ont pour but d'assurer un dédommagement pour la destruction ou la détérioration des choses. Après ces actions, on trouve les actions divisoires. On les a peut-être considérées elles-mêmes comme des actions en dommages-intérêts (de parte rei)<sup>2</sup>; c'est là une hypothèse qui trouve un point d'appui dans la forme des démonstrations de ces actions, découverte par moi<sup>3</sup>. Il est plus vraisemblable qu'on les a simplement envisagées comme des actions entre co-intéressés, se rattachant naturellement aux actions dirigées par un seul ou par plusieurs intéressés contre des tiers étrangers. Cette matière du « *co-intérêt*, » — consortium —, a attiré aussitôt une matière qui, par elle-même, n'appartenait pas à ce passage de l'Édit : celle de la « *co-obligation*, » — qui, en un sens, constitue un consortium : de là, vient que nous trouvons ici les formules relatives au cautionnement<sup>4</sup>. La subdivision se termine par une sorte d'appendice relatif aux iudicia destinés, soit à préparer un autre iudicium, soit à réparer le dommage qu'une partie a éprouvé dans un autre iudicium par la faute d'une personne mêlée à la décision intervenue. On pourrait donner à ces iudicia le nom de *praeparatoria* et de *secutoria*. J'ai en vue, par là, l'*actio ad exhibendum*, d'une part, et, d'autre part, l'action contre le mensor, action qui intervient principalement dans l'hypothèse où un iudicium *finium regundorum* ou de *modo agri* a été perdu par suite du dol du mensor<sup>5</sup>.

Le classement des actions dans chacune des catégories que nous venons d'établir a été déterminé en général d'après ce point de vue économique que RUDORFF a, le premier, convenablement mis en lumière et qui repose sur l'examen de l'objet de

<sup>1</sup> Voy. ci-dessus, p. 9.

<sup>2</sup> En ce sens, RUDORFF, *E.P.* p. 270.

<sup>3</sup> Voy. II<sup>me</sup> partie, §§ 79-81.

<sup>4</sup> La tentative de HUSCHKE, *Lehre des röm. R. vom Darlehen* (1882),

p. 217, pour expliquer la place assignée au cautionnement repose sur une vue erronée de la place occupée par les *praescriptiones* dans l'Édit.

<sup>5</sup> Voy. fr. 1 pr. si mensor (11. 6).

l'action. Le classement des actions repose essentiellement, ici, comme dans les autres parties de l'Édit, « sur l'importance « et la valeur pécuniaire des objets matériels, de telle sorte que « l'hérédité, qui constitue tout un patrimoine, passe avant le « fonds de terre, le fonds de terre, qui est la portion du « patrimoine la plus stable et la plus sûre, avant l'esclave, « l'esclave, qui est un être raisonnable, avant l'animal, l'animal, « qui est un organisme, avant la chose mobilière inanimée<sup>1</sup>. » Conformément à ce principe les actions de *uniuersitate* précèdent, dans notre titre, celles de *singulis rebus*, et, parmi ces dernières, celles de *fundo* précèdent celles de *ceteris rebus*. La *uindicatio* des choses mêmes précède tout naturellement la *uindicatio* des simples *iura in re* et celle du *ius in re* plus étendu celle du *ius in re* qui l'est moins. Ainsi, pour les *uindicaciones*, obtenons-nous l'ordre suivant : *hereditatis petitio*, *rei uindicatio*, *seruitudes personnelles*, *seruitudes réelles*. Parmi les actions en dommages-intérêts, l'action de *modo agri* vient en tête, comme étant une action de *fundo et*, pour la même raison, l'action contre le *ensor* précède, dans l'appendice, l'action *ad exhibendum*. Il est anormal que, parmi les actions *divisiores*, l'action *finium regundorum* occupe le premier rang ; on s'attendrait à trouver d'abord l'*actio familiae erciscundae*. Cette anomalie ne doit pouvoir s'expliquer qu'historiquement<sup>2</sup>.

L'origine historique de l'action (droit civil ancien, récent, droit prétorien) intervient ensuite, mais seulement ensuite, comme principe inférieur de classement. La *petitio hereditatis ciuilis* précède la *petitio hereditatis possessoria* ; celle-ci, la *p. h. fideicommissaria* ; la *rei uindicatio ciuilis*, l'*actio uectigalis* ; les actions en dommages-intérêts des Douze-Tables, l'*actio legis Aquiliae* ; cette dernière, l'*actio in factum aduersus nautas* faite à son image ; l'*actio communi diuidundo directa*, celle *utilis*.

Les édits proposés dans notre titre étaient sans doute classés d'après les mêmes points de vue que les formules. Cela autorise

<sup>1</sup> RUDORFF, *Zschr. f. R. G.*, III, p. 62.

<sup>2</sup> Cela viendrait-il de la place qu'occupait notre action dans les Douze-Tables et, par suite, dans le système

des *legis actiones* ? ou bien de ce fait qu'elle a été la première en date à figurer dans l'Édit ? Voy. une autre explication, qui ne me satisfait pas, dans RUDORFF, *Zschr. f. R. G.*, III, p. 68.

à placer la Publicienne, dont Paul s'occupe au liv. 19 et qui est une revendication, avant les actions en dommages-intérêts dont il traite au même livre 19.

XVI. De religiosis. — Le noyau de ce titre est formé par les édits se rapportant, d'une part, à la protection de la propriété contre l'introduction illégale d'un cadavre sur le bien d'autrui et, d'autre part, à la protection du droit d'inhumation et du sépulcre lui-même. Les édits *Si locus religiosus pro puro uenisse dicetur* et de *sumptis funerum* ont été simplement attirés ici par voie d'accession. Le dernier, ne se rapportant pas à un fonds de terre, était placé à la fin du titre.

XVII. De rebus creditis. — Dans ce titre, les actions civiles venaient les premières et étaient suivies des actions prétorienes (reposant ou non sur un édit). Ceci paraît extraordinaire au premier coup d'œil, puisque, dans le titre XV, les édits précèdent les actions civiles. Peut être cette interversion tient-elle à cette circonstance (voy. § 95) que le préteur proposait ici un édit « *soluere aut iurare cogam* » qui se trouvait dans la plus étroite relation avec l'*actio certae creditae pecuniae*. En tout cas, il n'est certainement pas permis de tirer de la division du titre XV un principe général de classification s'appliquant à tout l'Édit. Le préteur a pu trouver cette division commode dans un titre aussi étendu que le titre XV et tenir, au contraire, pour plus opportun de placer en tête du titre XVII les deux actions civiles qui impriment leur marque au titre tout entier. Le classement détaillé est le suivant<sup>1</sup> :

A. Actions civiles (*condictio*), si certum petetur (§ 95) :

1. *Certa pecunia*.
2. *Certa res*.

B. Actions prétorienes, si certum petetur :

1. Susceptibles d'être données à tout le monde :

a. *Certa pecunia*.

α. De eo quod certo loco dari oportet (§ 96).

β. De pecunia constituta (§ 97).

<sup>1</sup> Voy., en un sens différent, RUDORFF, *E. P.*, p. 271.

b. Certa res<sup>1</sup>.

α. commodati uel contra (§ 98).

β. pigneraticia uel contra (§ 99).

## 2. Action spéciale des argentarii (§ 100).

Les actions commodati et pigneraticia ont été certainement mises à cette place avant la création de leur formule in ius concepta, qui les eût fait ranger parmi les bonae fidei iudicia. Pourquoi, à côté de ces actions, ne rencontrons-nous pas les actions depositi et fiduciae? C'est là un point qu'on ne peut résoudre avec une certitude absolue<sup>2</sup>.

XVIII. Quod cum magistro nauis institore eoue qui in aliena potestate erit negotium gestum erit. — La raison pour laquelle, dans ce titre, les actions exercitoria, institoria, tributoria précèdent les autres actions adiecticiae qualitatis nous est donnée par Ulp. 29 fr. 1 de peculio (15. 1) dans les termes suivants :

Ordinarium praetor arbitratus est prius eos contractus exponere eorum qui alienae potestati subiecti sunt, qui in solidum tribuunt actionem, sic deinde ad hunc peruenire, ubi de peculio datur actio.

Mais il est bien difficile de croire cette explication conforme aux intentions du prêteur et, en réalité, elle ne prouve qu'une chose : le peu d'attention que donnait Ulpien aux questions de plan. A beaucoup de points de vue, le principe de classification posé par le jurisconsulte porte à faux. Tout d'abord, les actions exercitoria et institoria ne sont nullement restreintes aux seuls contrats de ceux qui sont en puissance; en second lieu, il n'est pas vrai que les actions proposées en tête de notre titre soient toutes données in solidum (il n'en est pas ainsi notamment pour l'action tributoria); enfin, en troisième lieu, on trouve précisément parmi les actions proposées à la fin du titre une action in solidum (actio quod ius-u). Les actions exercitoria, institoria, tributoria doivent bien plutôt leur réunion, comme BARON<sup>3</sup> le remarque justement, à cette circonstance que toutes se rapportent à des opérations faites par un autre *dans l'exercice d'un métier*. Parmi

<sup>1</sup> Voy. II<sup>e</sup> partie, au tit. XVII.

<sup>2</sup> Sur ce point l'on trouve des conjectures dans PERNICZ, *Zschr. der Sav.-Stift.*, XXII, p. 227 et s. et dans KAR-

LOWA, *Röm. R. G.* II, p. 562.

<sup>3</sup> *Zschr. f. Handelsr.* XXVII, p. 124 et ss., *die adject. Klagen* (1882), p. 183 et ss.

elles, l'action exercitoria précède l'institoria comme étant la plus ancienne et la tributoria vient la dernière, parce qu'elle n'était pas donnée in solidum. Le rang entre les autres actions adiecticiae qualitatis est déterminé par la distinction entre le quod iniussu... quod iussu<sup>1</sup>. L'édit sur le beneficium competentiae du fils de famille émancipé forme un appendice à notre titre. De même, c'est uniquement parce qu'il a été attiré par les édits précédents qu'on rencontre ici l'édit sur le S. C. Vellaeorum. De l'idée de potestas, l'esprit passe facilement à celle de manus, de tutelle des femmes; et l'on en vient ainsi, après avoir traité des opérations faites par ceux qui sont en puissance, à s'occuper des contrats passés par les femmes, bien qu'il ne soit pas question, en cette matière, de responsabilité adjectice.

XIX. De bonae fidei iudiciis. — Ici, de nouveau, l'on trouve en tête tout ce que le titre contient en fait d'édits, à savoir l'édit de deposito, avec la formule qui en découle. L'actio depositi attire près d'elle l'actio fiduciae, par suite de la ressemblance extérieure et de la parenté interne<sup>2</sup> qu'elles présentent entre elles. Le cœur du titre est formé par les actions des quatre contrats consensuels : mandat, société, vente, louage. L'actio de aestimato constitue un appendice.

XX. De re uxoria. — Dans tous les commentaires, l'actio rei uxoriae se trouve placée en tête du titre : au fait, elle en est l'action principale et c'est à elle qu'il doit son nom. L'édit sur la délation du serment de rebus amotis est englobé par Ulpien dans l'exposition de l'actio rei uxoriae (il en parle à l'occasion de la retentio ob res amotas). Paul, au contraire, n'en traite que plus loin, à l'occasion de l'actio rerum amotarum. L'Album suivait probablement cet ordre naturel : rei uxoriae, édit de rebus amotis, actio rerum amotarum. La place de l'édit de alterutro et du iudicium de moribus est incertaine.

XXI. De liberis et de uentre. — Si l'ordre des matières de ce titre, que j'ai emprunté au Digeste, était vraiment celui de l'Édit, — point qu'on ne peut pas prouver par les in-

<sup>1</sup> Voy. l'édit, dans fr. 2 pr. quod cum eo (14. 5. : siue sua uoluntate siue iussu eius in cuius potestate erit

contraxerit.

<sup>2</sup> Voy. PERNICE, *Zschr. der Sav.-Stift.* XXII, p. 227 et ss.

scriptions des commentaires —, l'on voit que le *praeiudicium* de partu agnoscendo venait en tête, peut-être parce qu'il se rapportait à des enfants *vivants*, tandis que les édits suivants traitaient du uenter et des rapports juridiques concernant ceux qui ne sont pas encore nés.

XXII. De tutelis. — Ici encore, nous trouvons en tête les *édits* relatifs à notre titre<sup>1</sup> (§ 121-123) et, à la seconde place, les *formules* (§ 124-127). Parmi ces dernières, le premier rang revient aux deux actions civiles; et l'*actio tutelae*, en tant que *iudicium generale*<sup>2</sup>, précède le *iudicium* spécial de *rationibus distrahendis*, malgré que ce dernier soit plus ancien. Vient ensuite l'action prétorienne *protutelae*; l'*actio subsidiaria aduersus magistratum* ferme la marche.

XXIII. De furtis. — L'ordre de ce titre, relativement auquel nous devons nous en rapporter entièrement à Ulpien et au Digeste, est le suivant : 1. actions civiles (§ 128-131); 2. actions prétoriennes (§ 132-139). Parmi les actions civiles, l'*actio furti nec manifesti*, relative au délit principal, a le pas sur l'action de *tigno iuncto*. On ne saurait préciser la place des actions *furti concepti* et *furti oblati*. L'ordre des actions prétoriennes, qui nous a été transmis seulement en partie par le Digeste, est, je pense, simplement historique et résulte de la date de la réception de ces actions dans l'Édit. Tout au plus, peut-on dire que l'*actio arborum furtim caesarum* se trouve à la dernière place, à cause du caractère très particulier du fait dont elle s'occupe, ou, peut-être, parce qu'elle ne prévoit pas un véritable vol, mais ne doit qu'au mot *furtim* d'être rangée au titre de *furtis*.

XXIV. De iure patronatus. — Le morceau principal de ce titre est formé par l'édit et le *iudicium* de *operis libertorum*. Je considère comme une simple dépendance le *praeiudicium* sur l'ingénuité qui, sans doute, se rapportait principalement<sup>3</sup> au cas où l'affranchi, poursuivi pour des *operae* qu'il n'avait pas fournies, en refusait la prestation en se prétendant ingénu.

<sup>1</sup> En supposant que nous puissions nous fier au commentaire d'Ulpien : car les autres ouvrages sur l'Édit nous

laissent ici dans le doute.

<sup>2</sup> Voy. fr. 38 pr. pro socio (17. 2).

<sup>3</sup> Voy. fr. 6 si ingenuus (40. 14).

## § 3.

## TROISIÈME PARTIE : DES MOYENS DE DROIT DÉCOULANT DE L'IMPERIUM.

L'ordre des titres dans cette partie de l'Édit n'est en aucune façon basé sur la nature intime des matières traitées, mais découle exclusivement du principe économique que nous avons fait connaître plus haut (à l'occasion du titre XV). Viennent d'abord les moyens de droit qui se rapportent à une *uniuersitas* (tit. XXV-XXVII : de *honorum possessionibus*, de *testamentis*, de *legatis*); puis ceux relatifs à un *fundus* (tit. XXVIII-XXX : de *operis noui nuntiatione*, de *damno infecto*, de *aqua et aquae pluuiarum arcendae*); ensuite, celui relatif à un *homo* (tit. XXXI : de *liberali causa*); enfin ceux qui traitent des *ceterae res*. Parmi ces derniers, les deux titres (XXXII, XXXIII) de *publicanis* et de *praediatoribus* occupent la première place, parce que leur objet touche directement aux intérêts de l'État; la seconde revient aux délits graves et sévèrement réprimés du titre (XXXIV) de *hominibus coactis*, etc.; la dernière est occupée par le plus léger des délits jugés par les récupérateurs : l'injure (tit. XXXV). Un examen particulier n'est nécessaire que pour les tit. XXV-XXVII, XXXI, XXXV.

XXV. De *honorum possessionibus*. — Le plan de ce titre (en partie méconnu par RUDORFF<sup>1</sup>) est le suivant :

A. Si *tabulae testamenti extabunt*.

1. *Generalia edicta*.

a. *Bonorum possessio contra tabulas* avec appendices (§§ 142-148).

b. *Bonorum possessio secundum tabulas* (§ 149).

2. *Specialia edicta* :

a. De *bonis libertorum* (§§ 150-153).

b. Si a parente quis *manumissus est* (§ 154).

c. *Bonorum possessio ex testamento militis* (§ 155).

B. Si *tabulae testamenti nullae extabunt*.

Ici se rencontrent dans l'ordre habituel les différentes classes d'héritiers *ab intestat* (§§ 156-162).

<sup>1</sup> E. P., p. 273 et s.

## C. Clausulae generales.

1. Quibus non competit bonorum possessio (§ 163).
2. Ut ex legibus senatusue consultis bonorum possessio detur (§ 164).
3. Quis ordo in possessionibus seruetur (§ 165)

XXVI. De testamentis. — Dans ce titre, l'édit sur l'*ouverture* du testament (D. 29. 3) précédait logiquement l'édit *Si quis omissa causa testamenti* (D. 29. 4); la clause pénale ad S. C. Silanianum venait naturellement à la fin. J'ai placé tout en tête l'édit de *condicionibus institutionum*, parce qu'il est relatif au *contenu* du testament et que le testament est écrit avant d'être ouvert.

XXVII. De legatis. — L'ordre des matières est le suivant : la voie de droit ordinaire du légataire précède les voies de droit extraordinaires ouvertes à l'héritier (*cautio usufructuaria*) et au légataire lui-même (*cautio, missio* éventuelle).

XXXI. De liberali causa. — En tête, se trouvent les formules relatives aux procès sur la liberté sous leurs deux formes. Vient ensuite le *praeiudicium* pour le cas où il y a discussion sur le point de savoir si c'est l'une ou l'autre des formules qui convient *in concreto*. Enfin les actions pénales qui peuvent se rattacher à un procès sur la liberté forment un appendice à notre titre.

XXXV. De iniuriis. — L'ordre de ce titre s'explique de lui-même : 1. édit général (§ 190); 2. édits spéciaux, rangés en apparence d'une façon arbitraire (§§ 191-193); 3. édits sur les injures subies par les personnes en puissance ou infligées par elles (§§ 194-196). J'ai placé à la fin, sans raison positive, le *contrarium iudicium* qui pouvait aussi bien trouver sa place dans l'*edictum generale*.

## § 4.

## QUATRIÈME PARTIE : EXÉCUTION ET RECOURS EN CASSATION.

Cette partie de l'Édit, qui n'a pas été étudiée de très près par RUDORFF, comporte clairement trois subdivisions : exécution sur la personne, exécution sur les biens, demandes en cassation.



La subdivision relative à l'*exécution sur la personne*, qui nous a été transmise d'une façon très fragmentaire, comprenait un titre (XXXVI) qui réglait les cas où il y avait lieu à ductio et les conditions essentielles de cette ductio. Celui-ci était suivi d'un autre titre (XXXVII) dont la rubrique « Qui neque sequantur neque ducantur » semble démontrer qu'il était relatif à l'exécution sur la personne. Néanmoins, il n'est pas impossible qu'il ait plutôt ouvert la subdivision relative à l'exécution sur les biens (voy. § 204).

Quoiqu'il en soit de ce point, je distingue par ailleurs, dans cette seconde partie, quatre titres. Le titre (XXXVIII) quibus ex causis in possessionem eatur s'occupe des différentes causes de missio et traite : 1° de la missio in bona uiuorum (§§ 202-206); 2° de la missio in bona mortuorum (§§ 207-211), matière dans laquelle se trouvent englobés les édits sur le droit de délibération et sur l'abstention qui sont dans un rapport étroit et indéniable avec la clause Cui heres non extabit ; 3° (mais ceci n'est qu'une hypothèse) de la missio in bona capite minorum (§ 212). Le titre (XXXVIII) de bonis possidendis proscribendis uendundis règle les droits et les devoirs des créanciers envoyé en possession et la procédure jusqu'à la uenditio bonorum ; puis, dans la mesure où c'est nécessaire, il assure par des actions pénales le respect de ses prescriptions. Le titre (XL) quemadmodum a bonorum emptore uel contra eum agatur réglemente la situation juridique du bonorum emptor ; comme dans le titre XXXVIII, on distingue ici entre les bona uiuorum (actio Rutiliana avec ses accessoires, §§ 218-221) et les bona mortuorum (actio Seruiana avec l'édit qui s'y rattache, de separationibus §§ 222, 223). Le titre (XLI) de curatore bonis dando a le caractère d'un appendice : il traite d'une mesure de sûreté qui peut être prise à la demande des créanciers, mais qui ne fait pas partie intégrante et ordinaire de la procédure : il règle la situation juridique du curator bonorum, et cela, aussi bien d'une façon générale (§ 224) que pour le cas particulier de vente in fraudem creditorum (§ 225).

La fin de la quatrième partie de l'Édit (et non son début, comme l'admet RUDORFF) est naturellement formée par la demande en cassation, l'actio rei iudicatae (XLII).

## § 5.

## LES APPENDICES DE L'ÉDIT.

A. *Les interdits.*

Le système suivi pour le classement des interdits a été retrouvé par RUDORFF<sup>1</sup> d'une façon exacte dans l'ensemble; quelques erreurs seront relevées dans ce qui va suivre.

Le premier rang est occupé par les interdits de uniuersitate (§§ 227-234). Parmi ceux-ci, je range les *interdicta possessorium et sectorium* (en un autre sens, RUDORFF, *E. P.*, §§ 274, 275).

Viennent ensuite les interdits de *singulis rebus*. Parmi ceux-ci, marchent en tête les interdits de *rebus diuini iuris* (§§ 235, 236). La seconde place est réservée aux interdits de *rebus publicis* (§§ 237-244). RUDORFF partage ces derniers en trois groupes: de *locis publicis*, de *itineribus publicis*, de *fluminibus (publicis)*. Les édits de *locis* et *itineribus* réunis me semblent bien plutôt former le premier terme de la division: car, dans le Digeste, un édit de *loco publico* (§ 239) vient s'intercaler au milieu des édits de *itineribus publicis* et il n'y a aucune raison de se défier, sur ce point, du Digeste. Le principe de division paraît donc être le suivant: *terres* du domaine public (§§ 237-240), *eaux* du domaine public (§§ 241-244). Comme troisième et dernière catégorie d'interdits de *singulis rebus*, nous trouvons ceux qui traitent de *rebus priuatis*; ils sont rangés d'après le système suivant:

I. De *rebus soli*.A. De *praediis*.

1. *Recuperandae possessionis*<sup>2</sup> (§ 245: *Unde ui* avec les matières qui en dépendent).
2. *Adipiscendae possessionis*<sup>3</sup> (§ 246: *Ne uis fiat ei, qui damni infecti in possessionem missus erit*).
3. *Retinendae possessionis* (§ 247: *Uti possidetis* avec les matières qui en dépendent).

<sup>1</sup> *E. P.*, p. 277 et ss., conf. *Zschr. f. R. G.* III, p. 64.

<sup>2</sup> RUDORFF, *E. P.*, p. 278, indique un autre principe de classification par

suite d'une place fautive assignée par lui à l'interdit *quem fundum*.

<sup>3</sup> Voy. fr. 52 § 2 de a. u. a. p. (41 2).

4. Mixta tam adipiscendae quam recipiendae possessionis<sup>1</sup> (§ 248 : Quem fundum et quem usumfructum).
- B. De superficiebus (§ 249).
- C. De iuribus praediorum.
  1. Rusticorum.
    - a. De itineribus (§ 250).
    - b. De aqua.
      - α. ducenda (§ 251, 252).
      - β. haurienda (§ 253).
  2. Urbanorum (§ 254 : de cloacis)<sup>2</sup>.
- D. De operibus in solo factis.
  1. Quod ui aut clam (§ 256).
  2. Si opus nouum nuntiatum erit (§ 257).
  3. De precario (§ 258). Cet interdit qui, par sa nature propre, n'appartient pas à cette division y a été attiré par l'interdit quod ui aut clam ; il doit sa place à l'habitude où l'on est d'entendre en même temps les trois mots ui clam precario<sup>3</sup>.
- E. De arboribus et fructibus arborum (§§ 259, 260).
- II. De rebus mobilibus.
  - A. De hominibus liberis (§§ 261-263).
  - B. De servis et ceteris rebus.
    1. Generale de possessione (§ 264 : Utrubi).
    2. Specialia :
      - a. de pignoribus (§§ 265-267).
      - b. de rebus in fraudem creditorum alienatis<sup>4</sup> (§ 268).

### B. Les exceptions.

L'ordre des exceptions dans l'Édit, tel qu'il résulte des commentaires, semble, au premier coup d'œil, tout à fait arbitraire et, de fait, RUDORFF a renoncé à chercher ici un plan raisonné. Pourtant, une vue systématique a présidé à leur

<sup>1</sup> Cf. Ulp., frag. de Vienne § 4.

<sup>2</sup> Il est difficile de considérer comme édictal l'édit quam seruitutem intercalé hypothétiquement sous le § 255 dans l'édition allemande.

<sup>3</sup> En un sens différent et tout à fait inadmissible, RUDORFF, *E. P.*, p. 279 (conf. § 261), qui crée pour cet interdit une catégorie spéciale « de parti-

bus (?) agrorum, item de iuribus praediorum et rebus mobilibus ».

<sup>4</sup> RUDORFF (*E. P.*, p. 280) place l'interdictum fraudatorium dans la catégorie de praetorio pignore. Ce point de vue, qui consiste à faire de l'interdictum fraudatorium un moyen d'assurer le droit de gage, est étranger aux sources.

classement. Il est visible, notamment, que les exceptions proposées les premières dans l'Album correspondent, par leur caractère, à la première partie de l'Édit : elles se rapportent à la réglementation et à la sûreté de la procédure. Nous rencontrons en effet ici les exceptions qui excusent le défaut de uadimonium parmi lesquelles il faut ranger l'exception de pacte, puis les exceptiones cognitioriae et procuratoriae, l'exceptio temporis, les exceptiones praeiudiciales et l'exceptio rei iudicatae uel in iudicium deductae<sup>1</sup>. Après celles-ci, qu'on pourrait appeler exceptions de procédure (*Prozesseexceptionen*<sup>2</sup>), viennent (Ulp. 76) les exceptions propres aux contrats, — rei uenditae et traditae, doli, metus — ; enfin l'on rencontre, à titre d'appendice, en premier lieu, les exceptions qui correspondaient à une denegatio actionis précédemment formulée dans l'Édit (quarum rerum actio non datur), en second lieu, l'exception générale Si quid contra legem senatusue consultum factum esse dicetur. Une chose seulement est surprenante, c'est que, dans Ulp. 74, nous trouvons parmi les exceptions de procédure celles qui se rapportent aux contrats des argentarii<sup>3</sup>. Ceci peut s'expliquer par cette circonstance que, dans la première partie de l'Édit, il est question, sous le titre de edendo et de receptis, des livres et de certains contrats des argentarii : le classement des exceptions est conforme à l'ordre suivi dans la première partie de l'Édit.

### C. Les stipulations prétoriennes.

Les stipulations proposées dans l'Édit se divisent, comme RUDORFF<sup>4</sup> l'a justement reconnu, en deux catégories : d'une part, les stipulations qui ont pour but d'assurer la marche et l'aboutissement d'un litige porté devant le prêteur, et, d'autre part, celles destinées à garantir quelque autre prétention d'une partie<sup>5</sup>. A la première catégorie appartiennent les uadimonia,

<sup>1</sup> J'ai placé ici, mais seulement par voie d'hypothèse, les exceptiones litis diuiduae et rei residuae.

<sup>2</sup> L'expression demande à être bien comprise; elle n'a naturellement pas le sens qu'en Allemagne on donne au mot « *Prozesseinreden*. »

<sup>3</sup> J'indique plus loin, sous le § 272, les raisons qui rendent vraisemblable la

réunion sous cette rubrique commune des trois exceptions mercis non traditae, redhibitionis, pecuniae pensatae.

<sup>4</sup> E. P., p. 281.

<sup>5</sup> J'évite les expressions employées par RUDORFF de stipulationes iudiciales et cautionales, qui ne nous ont point été transmises en ce sens par les sources.

la cautio pro praede litis et uindiciarum, la cautio iudicatum solui (§§ 280-282). La seconde catégorie se subdivise en cautiones de uniuersitate et de singulis rebus. Parmi les premières, viennent d'abord, comme étant les plus importantes, celles relatives aux successions, y compris les cautiones de legatis (§§ 283-287). Vient ensuite, comme étant la seule qui s'occupe de bonis uiuorum, la cautio rem pupilli saluam fore. Celle-ci a attiré à sa suite la cautio ratam rem haberi<sup>1</sup>. Les stipulations de singulis rebus sont les suivantes : stipulatio de auctoritate (satisfatio secundum mancipium); c'est cette cautio qui a amené l'actio auctoritatis à la place qu'elle occupe dans cette partie de l'Édit; on rencontre enfin la cautio ex operis noui nuntiatione<sup>2</sup> et la cautio damni infecti. RUDORFF est surpris que la cautio de auctoritate précède les deux autres; il explique ce fait en disant qu'elle constitue une stipulatio communis, tandis que les autres sont spéciales, de rebus soli. A mon sens, les trois stipulations sont de rebus soli, si l'on admet, comme c'est très vraisemblable, que la satisfatio secundum mancipium était proposée pour les res mancipi les plus importantes, à savoir les fonds de terre.

## § 6.

### APPENDICE. L'ÉDIT DES ÉDILES.

L'Édit des édiles fut ajouté par Julien comme appendice à l'Édit du préteur<sup>3</sup>. Le plan de cet Édit est très simple. Il comporte trois rubriques : de mancipiis, de iumentis, de feris. A la fin, est proposée la stipulatio duplae, formulée par les édiles.

<sup>1</sup> En un sens différent, RUDORFF, *E. P.*, p. 281. Mais il est facile de comprendre que l'idée de tutelle ait amené à l'idée de représentation en général. Voy., en particulier, Gai. IV, 99.

<sup>2</sup> Cette cautio, à la vérité, assure, aussi bien que la cautio pro praede litis et uindiciarum et que la cautio iudicatum solui, la solution d'un litige. Mais ici le litige n'est encore qu'imminent; la cautio est fournie en dehors du tribunal et son but immédiat est de rendre possible au nuntiatius la conti-

nuation de la construction : de là sa place dans le système.

<sup>3</sup> Par suite, la stipulation édilitienne est comptée parmi les stipulations prétoriennes : fr. 5 pr. de V. O. (45. 1), § 2 Inst. de diu. stip.; par suite, Paul, Sent. I, 15 § 2, attribue au préteur l'édit de feris et il semble que, dans l'emploi qu'on faisait à l'école des commentaires, les libri ad edictum aedilium curulium étaient comptés parmi les libri ad edictum praetoris (V. § 293, n. 1).

Dans les titres eux-mêmes, on n'aperçoit pas de classement méthodique : la date de la création des édits a dû seule décider de leur place.

**FIN DE LA PREMIÈRE PARTIE.**

**DEUXIÈME PARTIE**

---

**LES ÉDITS & LES FORMULES EN PARTICULIER**





## Tit. I

AD LEGEM MUNICIPALEM<sup>1</sup>§ 1. SI QUIS IUS DICENTI NON OBTEMPERAUERIT<sup>2</sup>.

Ulp. 1<sup>3</sup>, Paul. 1<sup>4</sup>, Gai. 1<sup>5</sup>.

Dans cet édit, un iudicium au quanti ea res est était promis contre celui qui n'obéissait pas au magistrat municipal ius dicens<sup>6</sup>.

Qu'il s'agisse bien ici de magistrats municipaux, cela résulte à l'évidence du fr. 1 h. t. :

Omnibus magistratibus, non tamen duumviris, secundum ius potestatis suae concessum est iurisdictionem suam defendere poenali iudicio.

Les duumvirs ne pouvaient pas protéger eux-mêmes leur iurisdiction au moyen d'un iudicium : c'est pourquoi, sous-entend le texte, le préteur le fait à leur place. Cette manière de voir est confirmée par Paul. 1 fr. 20 de iurisd. (2. 1), Gai. 1 fr. 29 ad munic. (50. 1), textes qui certainement appartiennent à notre édit, et qui, certainement aussi, se rapportent à la juridiction municipale.

La rubrique du Digeste (2. 3) était aussi, selon toute vraisemblance, la rubrique de l'édit. Ulp. 1 fr. 1 de V. S. fournit un indice en faveur des mots « si quis. »

Le iudicium organisé devait être une action populaire : celui qui était en état de résister au magistrat municipal aurait été

<sup>1</sup> La teneur du titre n'est pas prouvée. Mais conf. la rubrique du Digeste (50. 1) « ad municipalem et de incolis ». Pour tout le titre, voy. ma monographie dans la *Zschr. der Savigny-Stiftung*, II p. 16 et ss. KARLOWA, *Rechtsgeschichte*, I, 593 n. 1, paraît repousser l'existence d'un titre traitant de la juridiction municipale. Les raisons qu'il a apportées jusqu'ici à l'appui de son opinion ne me paraissent pas convaincantes. Je considère comme faisant partie d'une introduction à tout le titre Ulp. 1 fr. 25 ad munic. (50. 1), fr. 8 de adm. rer. ad ciu. pert. (50. 8), fr. 6 de magis. conuen. (27. 8), peut-être aussi Paul. 1 fr. 9

de adm. rer. ad ciu. pert. (50. 8). Voy., cependant, plus bas § 3 n. 4.

<sup>2</sup> D. (2. 3).

<sup>3</sup> Fr. 1 h. t., fr. 1 de V. S. (50. 16). Vraisemblablement aussi fr. 3, 8 de popul. act. (47. 23). Peut-être aussi fr. 25 ad munic. (50. 1); conf. LENEL, *loc. cit.*, p. 28; mais voy. n. 1.

<sup>4</sup> Fr. 20 de iurisd. (2. 1) De plus, vraisemblablement, fr. 35 de O. et A. (44. 7), fr. 2 de popul. act. (47. 23), fr. 28 ad munic. (50. 1); sur ce dernier texte, voy. LENEL, *loc. cit.*, p. 19 n. 10.

<sup>5</sup> Fr. 29 ad munic. (50. 1).

<sup>6</sup> LENEL, *loc. cit.*, p. 17 et ss. On trouve une action pénale voisine de celle-ci dans la lex Col. Gen. c. 129.

souvent en situation d'empêcher son adversaire de porter sa plainte à Rome ; de sorte qu'une action populaire convenait parfaitement pour sauvegarder l'autorité du magistrat<sup>1</sup>.

De la formule, qui était sans doute conçue *in factum*, nous ne savons rien de façon certaine, si ce n'est qu'elle était donnée *au quanti ea res est*<sup>2</sup>.

§ 2. SI QUIS IN IUS UOCATUS AD EUM, QUI IN MUNICIPIO COLONIA FORO IURE DICUNDO PRAEERIT, NON IERT SIUE QUIS EUM UOCAUERIT, QUEM EX EDICTO NON DEBUERIT<sup>3</sup>.

Ulp. 1<sup>4</sup>, Paul. 1<sup>5</sup>.

Cet édit étendait les actions pénales proposées au titre de *in ius uocando* et relatives à la seule hypothèse d'une *in ius uocatio* devant le préteur lui-même, au cas où cette *uocatio* avait lieu devant un magistrat municipal<sup>6</sup>. Les magistrats municipaux avaient, à la vérité, le droit de prononcer une *mulcta*<sup>7</sup>, mais, d'après le fr. 1 pr. *si quis ius dicenti* (2. 3), ils n'avaient plus le droit, au temps d'Hadrien, d'organiser un *iudicium* pénal pour faire respecter leur juridiction : c'est cette lacune que le préteur comble ici. De là vient que Paul. 1 fr. 2 § 1 h. t. oppose la *mulcta* que le *competens iudex* (ces mots sont interpolés ; le texte parlait originairement du magistrat municipal) prononçait *ex causa* ou dont il faisait remise, à l'action pénale (*poena*) introduite dans l'intérêt du demandeur et qu'il appartenait au préteur d'accorder ou de refuser<sup>8</sup>.

Un autre indice certain montrant que notre édit avait trait aux

<sup>1</sup> LENEL, *loc. cit.* En conséquence, se rapporte à notre matière Ulp. 1 fr. 3, 8 de popul. act. (47. 23) et Paul. 1 fr. 2 eod.

<sup>2</sup> Ulp. 1 fr. 1 in fine, h. t. A ce premier *iudicium* de l'édit, il se peut que Paul ait rattaché les explications générales sur la durée des actions honoraires qu'on trouve dans le fr. 35 de O. et A.

<sup>3</sup> D. (2. 5). Pour les mots imprimés en italiques, qui manquent dans le Digeste, conf. Prob. 5, 1 et frag. d'Ein-siedeln 22.

<sup>4</sup> Fr. 1 h. t., fr. 102 de R. J. (50. 17).

<sup>5</sup> Fr. 2 h. t., fr. 1 in ius uoc. (2.

6), fr. 4 de feriis (2. 12) — conf. fr. 1 pr. eod., fr. 2 in fin. h. t. — Je rattache les fr. 19, 21 de *in ius uoc.* (2. 4) et le fr. 103 de R. J. à l'édit du § 3.

<sup>6</sup> Voy. une hypothèse inadmissible dans RUDORFF, *Zschr. f. R. G.* IV, p. 9 et ss., abandonnée dans l'E. P., et suivie par BRUNA, dans les *Fontes*; voy. encore d'autres hypothèses, également inadmissibles, dans VOIGT, *Abh. der phil.-histor. Klasse der Kgl. sächs. Gesellsch. der Wissensch.* VIII, p. 368 et ss. et dans KARLOWA, *R. G.*, I, p. 593 et s.

<sup>7</sup> Conf. HUSCHKE, *die Multa und das Sacramentum*, p. 39 et ss.

<sup>8</sup> Ulp. 1 fr. 102 § 1 de R. J.

magistrats municipaux, nous est fourni par Ulp. 1 fr. 4 h. t. dans ces mots :

Si quis in ius uocatus fideiussorem dederit... non suppositum iurisdictioni illius, ad quem uocatur...

Dans un commentaire sur l'Édit du préteur, les mots « ille ad quem uocatur » ne peuvent pas désigner le préteur lui-même<sup>1</sup>.

La teneur de l'édit ne nous a pas été transmise, non plus que celle des formules qui, en tout cas, étaient conçues in factum. Elles devaient être identiques à celles proposées au titre de in ius uocando, sauf pour ce qui est de la désignation du magistrat devant qui avait eu lieu l'in ius uocatio. Ce sont, sans doute, certains termes de la formule usitée pour le cas « si quis eum uocauerit quem ex edicto non debuerit » qu'expliquait (arg. Gai. IV. 46) Ulp. 1 fr. 102 pr. de R. J.:

Qui uetante praetore fecit, hic aduersus edictum fecisse proprie dicetur<sup>2</sup>.

### § 3. DE CAUTIONE ET POSSESSIONE EX CAUSA DAMNI INFECTI DANDA.

Ulp. 1<sup>3</sup>, Paul. 1<sup>4</sup>, Gai. 1<sup>5</sup>.

Ulp. 1 fr. 4 de iurisd. (2. 1) :

Jubere cauere praetoria stipulatione et in possessionem mittere imperii magis est quam iurisdictionis.

Paul. 1 fr. 26 pr. ad munic. (50. 1) :

Ea quae magis imperii sunt quam iurisdictionis magistratus municipalis facere non potest.

Par cette clause, le préteur charge les magistrats municipaux, auxquels ce soin, d'après les principes énoncés dans le texte rapporté ci-dessus, n'appartenait pas de plein droit, d'ordonner la prestation de la cautio damni infecti, si on leur en faisait la demande et, éventuellement, de prononcer ce qu'on nomme aujourd'hui la missio ex primo decreto. Une action en

<sup>1</sup> LENEL, *loc. cit.*, p. 23. Conf. aussi Paul. 1 fr. 2 pr. h. t. : ...ad praetorem vel alios qui iurisdictioni praesunt in ius uocatus uenire debet.

<sup>2</sup> LENEL, *loc. cit.*, p. 23 n. 24.

<sup>3</sup> Fr. 1, 4 de damno inf. (39. 2) fr. 4 de iurisd. (2. 1).

<sup>4</sup> Fr. 5 de damno inf. (39. 2), fr. 19,

21 de in ius uoc. (2. 4), fr. 103 de R. J. conf. fr. 4 § 5 de damno inf., fr. 105 de R. J. conf. fr. 4 § 4 de damno inf., fr. 9 (7) de adm. rer. (50. 8) voy. LENEL, *loc. cit.*, p. 28 ; fr. 26 ad munic. (50. 1) voy. LENEL, *loc. cit.*, p. 24 n. 26.

<sup>5</sup> Fr. 6 de damno inf. (39. 2).

dommages-intérêts était promise contre le magistrat négligent<sup>1</sup>. Le préteur se réservait ce qu'on appelle la *missio ex secundo decreto*<sup>2</sup>.

De la clause, qu'il serait facile de reconstituer hypothétiquement grâce au c. 20 de la *lex Rubria* et au fr. 7 pr. de *damno infecto*, les mots suivants nous ont été transmis :

EIUS REI<sup>3</sup> —

DUM EI QUI ABERIT PRIUS DOMUM DENUNTIARI IUBEAM<sup>4</sup> —

IN EUM QUI QUID EORUM QUAE SUPRA SCRIPTA SUNT<sup>5</sup> NON CURAUERIT, QUANTI EA RES EST CUIUS DAMNI INFECTI NOMINE CAUTUM NON ERIT, IUDICIUM *dabo*<sup>6</sup>.

Relativement à la formule, Ulp. 1 fr. 4 § 8 de *damno inf.* nous apprend ce qui suit :

hoc autem iudicium certam condicionem habet : si postulatum est<sup>7</sup>.

La phrase *si postulatum est* ne pouvait pas se trouver littéralement dans la formule, à cause de l'impropriété du temps du verbe. Faute de matériaux, on doit renoncer à la reconstituer<sup>8</sup>.

#### § 4. DE FUGITIUIS<sup>9</sup>.

Ulp. 1<sup>10</sup>.

Dans cette clause, le préteur intime aux magistrats municipaux<sup>11</sup>, probablement sous promesse d'un *iudicium* contre ceux qui seraient négligents, l'ordre suivant :

Fugituios<sup>12</sup> in publicum deductos<sup>13</sup> diligenter custodiant<sup>14</sup>.

Ulp. 1 fr. 1 § 8<sup>a</sup> h. t. interprète ainsi la suite du contenu de la clause :

Eorumque nomina et notæ et cuius se quis esse dicat ad magistratus deferantur, ut facilius adgnosci et percipi fugitui possint (notæ autem uerbo etiam cicatrices continentur<sup>15</sup>.)

<sup>1</sup> Fr. 1, 4 de *damno inf.* (39. 2).

<sup>2</sup> Fr. 4 § 4 de *damno inf.* (39. 2), fr. 103 de R. J.

<sup>3</sup> Ulp. 1 fr. 4 § 1 de d. i. (39. 2) : Si intra diem a praetore constituendum non caueatur, in possessionem eius rei mittendus est : EIUS REI sic accipe, siue tota res sit siue pars sit rei.

<sup>4</sup> Ulp. 1 fr. 4 § 5 eod.

<sup>5</sup> Cf. Prob. 5, 9.

<sup>6</sup> Ulp. 1 fr. 4 § 7 eod.

<sup>7</sup> Cf. l. *Rubria* c. 20 au début.

<sup>8</sup> Malgré RUDORFF, *E. P.* § 3; voy. LENEL, *loc. cit.*, p. 25.

<sup>9</sup> D. (11. 4).

<sup>10</sup> Fr. 1 h. t., fr. 22 de *iniur.* (47. 10).

<sup>11</sup> Ulp. 1 fr. 1 § 4 h. t.

<sup>12</sup> Ulp. 1 fr. 1 § 5 h. t.

<sup>13</sup> Ulp. 1 fr. 1 § 6 h. t.

<sup>14</sup> Ulp. 1 fr. 1 § 7, 8 h. t.

<sup>15</sup> La phrase qui vient ensuite : « Idem iuris est si haec in scriptis publice

Cette circonstance que le jurisconsulte donne une explication du mot « notae » montre que l'édit faisait vraiment une obligation de la publication du nom, des signes particuliers, etc. des esclaves fugitifs. J'ai émis précédemment<sup>1</sup> l'hypothèse que cette obligation incombait à tous ceux qui avaient connaissance de faits de cette nature. Je tiens maintenant pour plus vraisemblable, à raison de toute la suite des idées dans cette partie de l'Édit, qu'il s'agit d'une obligation des magistrats municipaux. Notre clause devait leur ordonner de transmettre sans retard une description détaillée des fugitivi capturés au praefectus uigilum<sup>2</sup> ou au praeses provinciae; c'est eux que vise l'expression « ad magistratus (scil. maiores) deferantur » (arg. fr. 1 § 8 h. t.).

## § 5. ? ?

Paul. 1 fr. 2 de V. S. :

Urbi s appellatio muris, Romae autem continentibus aedificiis finitur, quod latius patet<sup>3</sup> (§ 1). Cuiusque diei maior pars est horarum septem primarum diei, non supremarum<sup>4</sup>).

Paul. 1 fr. 4 eod. :

Nominis appellatione rem significari Proculus ait.

Paul. 1 fr. 4 de H. P. (5. 3) :

Si hereditatem petam ab eo, qui unam rem possidebat, de qua sola controuersia erat, etiam id quod postea coepit possidere restituet.

Ces divers fragments tirés de Paul. 1 ne se rapportent à aucune des clauses passées en revue jusqu'ici. Avaient-ils entre eux un lien originaire? C'est ce qu'on ne peut déterminer aujourd'hui<sup>5</sup>. Dans tous les cas, ils prouvent qu'au seuil de l'Édit, se trouvaient une ou plusieurs clauses, aujourd'hui perdues, qui, sans doute, se rapportaient également à la juridiction municipale. Étant donné le grand nombre d'obligations professionnelles attachées à cette

uel in aedes proponas » a tout l'air d'une interpolation maladroite. Voy. PERNICE, *Labeo* II (2<sup>e</sup> édit.), p. 107 n. 3. Ce point n'avait pas été aperçu dans l'édition allemande, p. 43.

<sup>1</sup> *Loc. cit.*, p. 31.

<sup>2</sup> PERNICE, *loc. cit.*, pense au préfet de la ville.

<sup>3</sup> Cf. Prob., extr. d'Einsiedeln 20 : U. R. = urbis Romae.

<sup>4</sup> Cf. Prob., extr. d'Einsiedeln 24 : M. P. D. = maiorem partem diei. Cf. l. Acilia repet., v. 65, l. Julia municip., v. 16.

<sup>5</sup> Voy. une hypothèse qui, à la vérité, ne peut être prouvée dans L. ENEL, *loc.*

iurisdictio, la chose eût été très vraisemblable, en dehors même de la preuve qui nous en est fournie par les textes en question.

§ 6. DE UADIMONIO ROMAM FACIENDO.

Ulp. 2<sup>1</sup>, Paul. 2<sup>1</sup>, Gai. 1<sup>2</sup>

La clause de uadimonio Romam faciendo forme la conclusion naturelle d'un titre sur la juridiction municipale : elle s'occupe de la manière dont les choses qui sont enlevées à la connaissance de cette dernière sont portées à Rome devant le magistrat supérieur. Quelque certaine que soit l'existence de cette clause et quelque étendues que soient les explications que les commentaires lui consacrent, nous en sommes pourtant presque réduits à des hypothèses sur son contenu. Les développements des commentaires se produisent, pour la plupart, seulement à l'occasion de notre clause : ils ne traitent point de son contenu, mais de décisions législatives qui en sont différentes<sup>3</sup>. Il est certain que le préteur édictait ici une disposition sur le calcul du délai du uadimonium ; c'est seulement à cela que peuvent se rapporter Gai. 1 fr. 1 et Ulp. 2 fr. 3 pr. de V. S. :

Uicena milia passuum in singulos dies dinumerari praetor iubet...

ITINERE FACIENDO UIGINTI<sup>4</sup> MILIA PASSUUM IN DIES SINGULOS PERAGENDA sic sunt accipienda, ut...

De plus, sans doute, une action pénale était promise contre celui qui refusait de se conformer aux prescriptions légales et édictales sur le uadimonium. Une action de cette sorte est

cit., p. 31 et ss. Au même endroit, voy. la réfutation d'une hypothèse différente de RUDORFF (*E. P.*, § 2).

<sup>1</sup> Vraisemblablement, tout le second livre, tant du commentaire d'Ulpien que du commentaire de Paul, était consacré à ce sujet. Je me suis expliqué, *loc. cit.* p. 35 et ss., ainsi que dans la *Palingenesia*, sur la certitude, la vraisemblance ou la possibilité qu'il y a de rapporter à cette matière les différents fragments qui ont été conservés. A cela, il convient d'ajouter les remarques complémentaires suivantes : 1<sup>o</sup> dans Ulp. 2 fr. 1 de iudic. (5. 1), — *loc. cit.*, p. 38 sous le n<sup>o</sup> 4. —, il peut aussi être question d'une prorogation devant le magistrat municipal lui-

même, cf. fr. 28 ad munic. (50. 1); 2<sup>o</sup> l'explication tentée p. 42 de Ulp. 2 fr. 76 de legat. III se heurte au fr. 19 § 1 de iurisd. (2. 1); peut-être faut-il lire Ulp. 52 au lieu de Ulp. 2 et dire que le texte se rapporte à la matière de la cautio legatorum seruandorum causa. Conf., dans une certaine mesure, fr. 14 § 1 ut legator. (36. 3); 3<sup>o</sup> relativement au fr. 5 § 1 de V. S. et aux remarques qui s'y rapportent, *loc. cit.* p. 43, conf. fr. 2 § 1 de oper. publ. (50. 10).

<sup>2</sup> Fr. 1 si quis caution. (2. 11), fr. 11 de iurisd. (2. 1).

<sup>3</sup> LENEL, *loc. cit.*, p. 35.

<sup>4</sup> Uicena? (Mommsen).

indiquée dans la *lex Rubria*, cap. 21 in fin.; d'après cette loi, cette action était de la compétence du magistrat municipal; mais que, dans la suite du temps, la connaissance lui en ait été enlevée et ait été attribuée au préteur, cela résulte du principe général du fr. 1 pr. si quis ius dicenti (2. 3) d'après lequel les *duumvirs* n'ont plus le droit de garantir leur juridiction au moyen d'actions pénales. L'Édit contenait-il ici des dispositions, et, en cas d'affirmative, quelles dispositions contenait-il sur la façon dont était conçu le *uadimonium* et sur la manière dont il était fourni (pure ou cum *satisfactio* ou *iureiurando* ou *recuperatoribus suppositis*)? Ce sont autant de questions qu'on est obligé de laisser sans réponse.

## Tit. II.

DE IURISDICTIONE<sup>1</sup>

Ulpien place comme introduction, en tête de ce titre, un développement sur la *iurisdictio* des magistratus maiores, développement qui se rattache, non à l'Édit, mais aux dispositions de la *lex Julia* de iudiciis priuatis, ainsi qu'il résulte de Ulp. 3 fr. 2 § 1 de iudic. (5. 1). Le jurisconsulte traite là de l'extension de compétence volontairement admise par les parties, de la prolongation du *tempus ad iudicandum datum*, du *ius domum reuocandi*, du *ius mulctae dicendae*, de l'incompétence du magistrat dans les affaires qui le concernent ou qui concernent ses proches. A cette introduction, se rapporte Ulp. 3 fr. 2 de iudic. (5. 1), fr. 10 de iurisd. (2. 1) et vraisemblablement aussi fr. 6 de V. S. (50. 16): les mots *nomen, res, ex legibus*, expliqués dans ce dernier texte, doivent être des expressions employées par la *lex Julia*<sup>2</sup>: il se peut très bien, en effet, qu'elle se soit servi quelque part des mots *nomen et res* dans le sens de «*omnis contractus et obligatio*»<sup>3</sup>

<sup>1</sup> Conf. la rubr. du Dig. (2. 1).

<sup>2</sup> RUDORFF, *E. P.*, § 5, place ces expressions sous la rubrique : «*De administratione rerum ad ciuitates pertinentium.*» Cette rubrique ne peut être prouvée et est des plus invraisemblables (voy. LENEL, *loc. cit.*, p. 25

et ss.); dans tous les cas, il ne saurait en être question dans Ulp. 3.

<sup>3</sup> Cf. peut-être Ulp. 3 fr. 2 § 3 de iudic. : *legatis in eo, quod ante legationem contraxerunt... reuocandi domum suam ius datur.*

(c'est ainsi que les définit le fr. 6 pr. précité) et qu'elle ait, à l'occasion, renvoyé à certaines dispositions législatives par les mots *ex legibus*.

On ne trouve pas dans Paul de développement correspondant à celui d'Ulpien ; aussi voit-on que Paul, dans le livre 3, prend sur Ulpien une avance importante.

### § 7. DE ALBO CORRUPTO.

Ulp. 3<sup>1</sup>, Paul. 3<sup>2</sup>, Gai. 1<sup>3</sup>.

Ulp. 3 fr. 7 de iurisd. (2. 4) :

Si quis id, quod iurisdictionis perpetuae causa, non quod prout res incidit, in albo uel in charta uel in alia materia propositum erit, dolo malo corruerit : datur in eum quingentorum aureorum<sup>4</sup> iudicium, quod populare est<sup>5</sup>.

Le texte de l'édit était sans doute<sup>6</sup> plus court que la relation qu'en donne Ulpien ; peut-être était-il conçu de la façon suivante :

Si quis<sup>7</sup> id quod iuris dicundi causa<sup>8</sup> in albo propositum erit<sup>9</sup>, dolo malo<sup>10</sup> corruerit<sup>11</sup> *rel.*

Comp. aussi § 12, Inst. de act. (4. 6).

La formule, sur laquelle rien de spécial ne nous a été transmis, était naturellement conçue in factum et devait se borner à reproduire l'édit<sup>12</sup>.

Si nous devons en croire le texte du Digeste, il n'était pas donné ici d'action noxale ; quand le pater familias ne prenait pas in solidum la défense du délinquant, on appliquait bien plutôt à ce dernier, extra ordinem, une peine corporelle<sup>13</sup>. La raison en est peut-être celle-ci : dans la simple noxae deditio du délinquant à celui qui aurait intenté l'action populaire, il eût été difficile de voir une répression directe contre l'alieni iuris qui

<sup>1</sup> Fr. 7 de iurisd. (2. 4).

<sup>2</sup> Fr. 9 eod., fr. 4 de popul. act. (47.23).

<sup>3</sup> Fr. 8 de iurisd. (2. 4).

<sup>4</sup> Ulpien a écrit milium sestertiorum, si l'on admet que les compilateurs sont restés ici fidèles à la règle qu'ils ont suivie ailleurs et qui consiste à écrire un aureus pour 1000 sesterces (Cujas, *Obs.* XIX, 31). Voy. plus bas, § 11 n° 1 et *Palingen.*, préf. VII, 11.

<sup>5</sup> De là, Paul. 3 fr. 4 de popul. act. (47. 23).

<sup>6</sup> Voy. Cujas, *Obs.* XXI, c. 24.

<sup>7</sup> Ulp. 3 fr. 7 § 1 de iurisd.

<sup>8</sup> Prob. 5, 2 : I. D. C. = Iuris dicundi causa.

<sup>9</sup> Ulp. 3 fr. 7 § 2 eod.

<sup>10</sup> Ulp. 3 fr. 7 § 4 eod.

<sup>11</sup> Ulp. 3 fr. 7 § 5 eod.

<sup>12</sup> Également, en ce sens, Rudorff, *E.P.* § 6.

<sup>13</sup> Ulp. 3 fr. 7 § 3 eod. Voy. aussi, à ce sujet, Paul. Sent. I, 13<sup>a</sup> § 3.



avait méprisé la *maiestas praetoris*, *maiestas* que notre édit se proposait justement de sauvegarder<sup>1</sup>. Seulement, il est plus que douteux que la phrase incorrecte du Dig. fr. 7 § 3 de iurisd. (2. 1) « *in servos... corpus torquendum est* » soit réellement d'Ulpien, et, dès lors, il apparaît comme bien possible qu'une action noxale ait existé ici. C'est à elle, dans ce cas, que se rapporteraient Ulp. 3 fr. 3, 5, 7 de nox. act. (9. 4) et Paul. 3 fr. 4 eod., textes auxquels on ne peut trouver une autre explication plausible.

§ 8. QUOD QUISQUE IURIS IN ALTERUM STATUERIT, UT IPSE EODEM IURE UTATUR<sup>2</sup>.

Ulp. 3<sup>3</sup>, Paul. 3<sup>4</sup>, Gai. 1<sup>5</sup>.

Ulp. 3 fr. 1 § 1 h. t.:

Qui magistratum potestatemque habebit, si quid in aliquem noui iuris statuerit, ipse quandoque aduersario postulante eodem iure uti debet. Si quis apud eum qui magistratum potestatemque habebit, aliquid noui iuris optinuerit, quandoque postea aduersario eius postulante eodem iure aduersus eum decernetur.

Ces mots (avec quelques petits changements) sont considérés dans tous les travaux parus sur l'Édit, sauf dans celui de RAN-CHINUS, comme reproduisant les termes employés par le préteur. RUDORFF, non content de ce qui précède, considère de plus comme faisant partie de l'édit<sup>6</sup> la phrase dans laquelle Ulpien, à la fin du fr. 1 § 1, justifie cette disposition :

scilicet ut quod ipse quis in alterius persona aequum esse credidisset, id in ipsius quoque persona ualere patiaturs.

Pour ce qui est de ce dernier point, de semblables justifications sont absolument étrangères à l'Édit. L'argument que RUDORFF (*E. P.* § 7 n. 10) prétend tirer du sénatus-consulte macédonien ne porte pas : la langue des sénatus-consultes est tout autre et bien plus prolixue que celle de l'Édit.

Mais, d'une façon générale, nous n'avons point affaire dans

<sup>1</sup> Paul. 3 fr. 9 cit. : *quia hic... contempta maiestas praetoris uindicatur.*

<sup>2</sup> D. (2. 2).

<sup>3</sup> Fr. 1, 3 h. t., fr. 18 de poenis (48. 19) cf. fr. 1 i. f. h. t.

<sup>4</sup> Fr. 2 h. t.; fr. 8 pr. de V. S.?

<sup>5</sup> Fr. 4 h. t.

<sup>6</sup> Ainsi que plusieurs éditeurs anciens du Digeste et que Kriegel encore lui-même.

le fr. 1 § 1 à une citation de l'édit ; le jurisconsulte relate seulement dans ce texte le contenu de l'édit et n'y reproduit qu'en partie ses véritables termes. On ne trouve point ici les mots consacrés « praetor ait » qu'Ulpie met en tête de toutes les citations qu'il fait de l'Édit. De plus le passage se divise en deux phrases distinctes dont chacune contient une seule décision ; or Gai. 1, dans le fr. 4 h. t., s'exprime de la façon suivante :

Illud eleganter praetor excipit : « praeterquam si quis eorum *quid*<sup>1</sup> contra eum fecerit, qui ipse eorum quid fecisset.

L'exception ainsi formulée suppose, dans la phrase à laquelle elle se rattache, une *pluralité* de décisions (eorum quid). De plus, le « eodem iure uti debet » de la première phrase est contraire au style de l'Édit ; de son côté, le « eodem iure decernetur » de la seconde phrase nous montre un abandon nullement motivé de la tournure « eodem iure uti » employée dans la première, et le commentaire d'Ulpie (fr. 3 h. t.) ne laisse subsister aucun doute sur ce point, que cette tournure (eodem iure uti) était aussi celle employée par le prêteur dans le second cas prévu par l'édit.

Dès lors, l'édit devait s'exprimer de la façon suivante :

QUI MAGISTRATUM POTESTATEM HABEBIT<sup>2</sup>, SI QUID IN ALIQUEM NOVI IURIS STATUERIT<sup>3</sup> SIVE QUIS APUD EUM QUI MAGISTRATUM POTESTATEM HABEBIT, ALIQUID NOVI IURIS OPTINUERIT<sup>4</sup>, QUANDOQUE POSTEA ADVERSARIO EIUS POSTULANTE<sup>5</sup> IPSUM<sup>7</sup> EODEM IURE UTI OPORTEBIT<sup>6</sup> PRAETERQUAM SI QUIS EORUM *QUID* CONTRA EUM FECERIT, QUI IPSE EORUM QUID FECISSET<sup>9</sup>.

<sup>1</sup> L'intercalation de ce mot est absolument nécessaire.

<sup>2</sup> Ces mots sont tout à fait conformes à la langue de l'Édit. Sans doute, Ulp. 3 dit au fr. 1 § 2 h. t. : haec autem verba « quod statuerit qui iurisdictioni praees » cum effectu accipiunt. Mais la seule chose qui l'intéresse dans cette citation, c'est, ainsi que la suite le démontre, le mot *statuerit* ; comme, de plus, le présent *praees* ne pouvait certainement pas se trouver dans l'édit (il aurait dû dire : praerit), je ne vois (contrairement à Ranchinus) dans ces mots « qui iurisdictioni praees » qu'une attache de la propre citation « quod statuerit, » attache parla-

quelle Ulpie évitait la récapitulation plus longue de l'édit.

<sup>3</sup> Ulp. 3 fr. 1 § 2 h. t., Paul. 3 fr. 2 eod.

<sup>4</sup> Ulpie dit ici par erreur « potestatemque. »

<sup>5</sup> Ulp. 3 fr. 3 pr. § 1 h. t.

<sup>6</sup> Ulp. 3 fr. 3 § 2 h. t.

<sup>7</sup> Ulp. 3 fr. 3 § 3 — 5 h. t.

<sup>8</sup> Conf. Ulp. 3 fr. 3 § 5 h. t. : Quod autem ait praetor ut is eodem iure utatur... Paul. 3 fr. 8 pr. de V. S. : Verbum « oportebit » tam praesens quam futurum tempus significat. Conf. p. 68 n. 1.

<sup>9</sup> Gai. 1 fr. 4 h. t.

## Tit. III.

§ 9. DE EDENDO<sup>1</sup>.

Ulp. 4<sup>2</sup>, Paul. 3<sup>3</sup>, Gai. 1<sup>4</sup>, Callistr. 1<sup>5</sup>.

Le titre de edendo se divise en deux parties : 1° obligation d'edere incombant à tout demandeur ; 2° obligation d'edere spéciale aux argentarii. Il ne semble pas d'ailleurs que ces deux parties aient eu des rubriques particulières dans l'Édit.

## 1.

Ulp. 4 fr. 1 pr. h. t. :

Qua quisque actione<sup>6</sup> agere uolet, eam edere<sup>7</sup> debet...

Ulp. 4 fr. 1 § 2 h. t. :

Editiones (instrumentorum)<sup>8</sup> sine die et consule fieri debent... diem autem et consulem exceptit praetor... rationes<sup>9</sup> tamen cum die et consule edi debent.

Paul. 3 fr. 2 h. t. :

Si legatum petatur, non iubet praetor uerba testamenti edere...

Sur ces comptes-rendus du contenu de l'Édit, il convient de faire les remarques suivantes.

Les mots « qua quisque actione agere uolet, eam edere debet » sont sans doute une simple relation, non une citation de l'édit. Mais, en tout cas, HEINECCIUS, WEYHE, RUDORFF se sont entièrement trompés quand ils ont cru pouvoir, en se basant sur Paul. 3 fr. 8 pr. de V. S.

uerbum « oportebit » tam praesens quam futurum tempus significat,

remplacer les mots « edere debet » par ceux-ci : « eam edi oportebit »<sup>10</sup>. Ces jurisconsultes prêtent ainsi à Paul cette remarque profonde que le préteur voulait faire respecter l'obli-

<sup>1</sup> D. (2. 13), C. (2. 1).

<sup>2</sup> Fr. 1, 4, 6, 8, 13 h. t., fr. 37 de O. et A. (44. 7).

<sup>3</sup> Fr. 2, 5, 7, 9 h. t., fr. 40 ad l. Aqu. (9. 2), fr. 14 de iureiur. (12. 2), fr. 8 § 1 de V. S. (50. 16). Pour le fr. 40 ad l. Aqu. cf. fr. 10 § 3 h. t.

<sup>4</sup> Fr. 10 h. t.

<sup>5</sup> Fr. 12 h. t.

<sup>6</sup> Ulp. 4 fr. 37 de O. et A. (44. 7), Paul. 3 fr. 8 § 1 de V. S. (50. 16). Ul-

pien a-t-il écrit « formula » ? On ne saurait l'admettre (arg. l. c.)

<sup>7</sup> Ulp. 4 fr. 1 § 1 h. t.

<sup>8</sup> Ulp. 4 fr. 1 § 2-4 h. t.

<sup>9</sup> C. 5, 8 h. t.

<sup>10</sup> RANCHINUS, WESTENBERG, NOODT, VAN REENEN cherchent à utiliser autrement, mais d'une façon aussi inadmissible, le texte de Paul, en faisant dire à l'édit : ... instrumenta quibus in iudicio (iudiciis) uti oportebit.

gation d'edere. non seulement dans l'avenir, mais encore au moment où il proposait l'édit<sup>1</sup>!

Beaucoup d'auteurs (voy. p. 67, n. 40) font entrer, dans la clause qui oblige le demandeur à l'editio instrumentorum, des mots destinés à restreindre l'editio aux instrumenta que le demandeur se propose d'utiliser in iudicio. Cette manière de voir est réfutée par le texte même sur lequel elle s'appuie, par Ulp. 3 fr. 4 § 3 h. t. :

Edenda sunt omnia, quae quis apud iudicem editurus est :  
non tamen, ut et instrumenta, quibus quis usurus non est,  
compellatur edere.

Ce qu'Ulpien fait ressortir ici a le caractère d'une explication et ne peut, par là même, s'être trouvé dans l'édit.

Je me suis expliqué complètement ailleurs<sup>2</sup> sur la nature de l'editio prescrite par le préteur. Il s'agit d'une editio extrajudiciaire qui précède l'in ius uocatio et dont le but est d'instruire à l'avance celui qu'on veut traduire en justice de l'objet du débat imminent. Les sources ne nous disent point quelles conséquences juridiques entraînait le non accomplissement de l'obligation d'edere. On pourrait penser à une simple denegatio iurisdictionis<sup>3</sup> : le défendeur n'aurait pas été tenu de fournir le uadimonium et aurait pu, selon les circonstances, tenter l'actio iniuriarum à raison de l'in ius uocatio faite par esprit de chicane. Mais le fr. 4 in fin. h. t. montre qu'il y avait des conséquences plus précises :

Iis, qui ob aetatem uel rusticitatem uel ob sexum lapsi non ediderunt uel ex alia iusta causa, subuenietur.

L'inconvénient auquel le demandeur en faute était exposé était donc d'une nature telle que, pour l'écartier, un « subuenire » de la part du préteur était nécessaire. Nous ne savons rien de plus ; peut-être une action pénale était-elle ouverte, peut-être le défendeur était-il en droit d'exiger du demandeur qui n'avait pas fait d'editio une repromissio decimae partis<sup>4</sup>.

<sup>1</sup> Le fr. 8 pr. de V. S. ne se rapporte probablement pas du tout à notre édit, mais bien à l'édit Quod quisque iuris (§ 8). Il veut dire que le droit de rétorsion proclamé par cet édit pouvait être invoqué non seulement dans l'avenir, mais encore sur le

champ, par ex., pour servir de base à une exception.

<sup>2</sup> ZRG. XXVIII, p. 385 et ss.

<sup>3</sup> C'est ce que j'ai admis dans l'édition allemande, p. 49, pour le cas où l'on a omis d'edere actionem.

<sup>4</sup> Conf., peut-être, Consult., 6, 13. Le

Les anciens interprètes<sup>1</sup> avaient coutume d'admettre ici une autre clause destinée à réserver au demandeur le droit de *modifier* et d'*améliorer* l'action demandée jusqu'à la *litis contestatio*. On s'appuyait pour cela sur un rescrit de Sévère et de Caracalla (C., c. 3 h. t.) qui, au premier abord, en effet, paraît favorable à l'admission d'une pareille clause. En y regardant de plus près, on voit que ce rescrit ne se rapporte pas du tout à l'*editio extrajudicialis* de notre édit, mais à une *editio* qui avait lieu devant le magistrat<sup>2</sup>. Quand il n'en serait pas ainsi, la const. 3 cit. prouverait encore bien plus contre la clause en question qu'en sa faveur. La const. 3 cit. ne donne pas tout le rescrit impérial; son début se trouve dans la const. un. de *litis contest.* (3. 9) qui a la même origine que la const. 3 cit., ainsi qu'il résulte de l'identité de la date et de l'inscription. Le rescrit tout entier s'exprimait ainsi :

Res in iudicium deducta non uidetur si tantum *postulatio simplex celebrata* sit uel actionis species ante iudicium reo cognita. Inter litem enim contestatam et editam actionem permultum interest. Lis enim tunc uidetur contestata cum *iudex per narrationem negotii causam audire coeperit*<sup>3</sup>...<sup>4</sup> edita (autem) actio speciem futurae litis demonstrat, quam emendari uel mutari licet, prout edicti perpetui monet auctoritas uel ius reddentis decernit aequitas.

Le raisonnement des empereurs était celui-ci : l'*editio actionis* ne fait pas que la res soit in *iudicium deducta*; *en conséquence*, l'on peut encore changer d'action après l'*editio*. Dès lors, il me paraît clair qu'il n'existait pas dans l'Édit de décision autorisant expressément l'*emendatio* et la *mutatio actionis editae*. Le « prout edicti perpetui monet auctoritas » de même que le « uel ius reddentis decernit aequitas » doit être rapporté au motif du

rescrit de Dioclétien rapporté dans la Consult. 5, 7 ne se réfère pas du tout à l'*editio extrajudicialis* (voy., sur ce point, ZRG., XXVIII, p. 388, n. 2); la prescription de la lex rom. Burg. (*Mon. germ. hist.*, tom. III *Legum*, p. 603) XI, 1 est encore plus étrangère à cette matière.

<sup>1</sup> Voy. encore en ce sens BEKKER lui-même, *Aktionen* II, p. 224.

<sup>2</sup> Voy. ZRG., XXVIII, p. 389.

<sup>3</sup> Si les mots imprimés en italiques sont authentiques, il va de soi que le rescrit ne se rapportait qu'à la *cognitio extraordinaria*; conf. SAVIGNY, *System*, VI, p. 17 et s. Mais il est possible que nous soyons en présence d'une interpolation. Conf. aussi BETHMANN-HOLLWEG, *Civ. Proz.*, II, p. 482, n. 17; KELLER, *L. C. und Urteil*, p. 59 et ss., dont les arguments ne sont pourtant pas toujours acceptables.

<sup>4</sup> Ici commence la const. 3 cit.

changement projeté in concreto par le demandeur : « Tu peux, disent les empereurs, changer d'action, pourvu que l'Édit lui-même prévoie pour ton cas une autre action que celle qui a fait l'objet de l'editio ou que le ius reddens veuille ex aequitate t'en concéder une in factum ». RUDORFF, *Zschr. f. R. G.* IV, p. 29 n. 62, a déjà très clairement envisagé les choses sous ce jour et, dès lors, je ne sais ce qui a pu le pousser néanmoins, dans l'*E. P.* § 8, à considérer la const. 3 cit. comme relatant une disposition de l'Édit contenue au titre de edendo.

## 2.

L'édit sur l'obligation d'edere des argentarii a été bien maltraité par les compilateurs. Ils prêtent à Ulpien, au fr. 4 pr. h. t., le langage suivant :

Praetor ait : « argentariae mensae exercitores rationem, quae ad se pertinet, edent adiecto die et consule ».

Comme chacun peut le voir, les mots « quae ad se pertinet », quise rapportent à celui qui demande l'editio (fr. 6 § 5, fr. 9 § 3 h. t.), ne peuvent pas, s'ils se rencontraient à cette place, y avoir figuré dans la forme qui nous est rapportée par le texte. D'un autre côté, on n'y rencontre pas la disposition sur le serment de calomnie exigé de celui qui demande l'editio, serment dont l'existence est prouvée par le fr. 6 § 2 et le fr. 9 § 3 h. t. ; enfin on n'y trouve pas non plus la promesse de l'action in factum dont il est question fr. 6 § 4, fr. 8, 9 pr., 10 § 3.

On peut, grâce au commentaire d'Ulpien, reconstituer l'édit originaire d'une façon aussi simple que sure. Après une remarque sur la raison d'être de l'édit (fr. 4 § 1), Ulpien commente immédiatement (fr. 4 § 2-5, fr. 6 pr. § 1) les mots « argentariae mensae exercitores edent ». Puis, et avant les développements sur le mot « rationem », vient la remarque suivante : exigitur autem ab aduersario argentarii iusiurandum non calumniae causa postulare edi sibi, ne forte, etc. (fr. 6 § 2). On trouve ensuite la définition du mot « rationem » (fr. 6 § 3) et, aussitôt après, celle de l'expression « quae ad se pertinet » (fr. 6 § 4-6). Le jurisconsulte revient encore une fois sur le mot « edi » (fr. 6 § 7) et passe à la clause suivante de l'édit (fr. 6 § 8) : Praetor ait : « argentario eue, etc. ». Dans les fr. 8 et 13 se ren-

contrent quelques remarques isolées sur la formule de l'actio et sur sa durée.

Il résulte de là que l'édit comprenait trois parties :

- 1° Établissement de l'obligation d'edere des argentarii.
- 2° Édit sur l'itération de la demande d'editio.
- 3° Promesse de la formule, ou bien la formule elle-même.

Le commentaire relatif à la première clause finit avec le fr. 6 § 7; cette clause elle-même était conçue dans les termes suivants :

ARGENTARIAE MENSÆ EXERCITORES<sup>1</sup> EI, QUI IURAUERIT NON CALUMNIAE CAUSA POSTULARE EDI SIBI<sup>2</sup> RATIONEM QUAE AD SE PERTINEAT<sup>3</sup>, EDENT ADIECTO DIE ET CONSULE.

L'édit se rapportant au n° 2 nous a été transmis par Ulp. 4 fr. 6 § 8 h. t. :

Praetor ait : « ARGENTARIO<sup>4</sup> EIUE, QUI ITERUM EDI POSTULABIT<sup>5</sup>, CAUSA COGNITA EDI IUBEBO. »

La formule de l'action promise par le prêteur prend dans RUDORFF (*E. P.*, § 10) un développement considérable : cet auteur, en effet, y reproduit l'édit tout entier, y compris le serment de calomnie, et, de plus, il y fait figurer, en s'appuyant sur le fr. 13 h. t., l'exceptio annalis. Voici la reconstitution qu'il propose :

Quantae pecuniae paret A<sup>1</sup> A<sup>1</sup> interesse argentariae mensae rationes, quae ad A<sup>m</sup> A<sup>m</sup> pertinent, cum id ab illo praetore

<sup>1</sup> Ulp. 4 fr. 4 § 2 — ult., fr. 6 pr. § 1 h. t. (y compris le mot edent, fr. 4 § 5); Paul. 3 fr. 9 pr. — § 2 eod., Gai. 1 fr. 10 pr. § 1 eod.; Callistr. 1 fr. 12 eod.

<sup>2</sup> Ulp. 4 fr. 6 § 7 h. t., Paul 3 fr. 9 § 3 h. t., fr. 14 de iureiur. (12. 2). Ulp. 4 fr. 6 § 7 h. t. : Edi autem est uel dictare uel tradere libellum uel codicem proferre. La vulgate fait disparaître le mode impropre de edi et donne edere. L'impropriété du mode employé par Ulprien s'explique par le fait que le mot « edi » se trouvait dans l'Édit.

<sup>3</sup> Il résulte de Paul. 3 fr. 9 § 3 h. t. que les mots « quae ad se pertineat » se rapportaient à la phrase « ei qui iuraverit, etc. ». Il ne faut pas opposer à cette solution la manière dont Ulprien s'exprime dans le fr. 6 § 4. 5 h. t. : Ex hoc edicto in id quod inter-

fuit actio competit : unde apparet, ita demum tenere hoc edictum, si ad eum pertineat. On pourrait être tenté de conclure de là, si le contraire n'était certain, que les mots « quae ad se pertineat » ne figuraient pas dans l'édit. La véritable explication doit être la suivante : dans la formule, les mots en question manquaient sans doute; Ulprien doit en avoir fait la remarque ici et explique, qu'à raison du « quanti interfuit » de la formule, la répétition du « quae ad se pertineat » y devenait superflue. Dans le fr. 6 § 5, Ulprien avait écrit « hanc formulam » et non « hoc edictum ». L'édition allemande se prononce en un autre sens qui, aujourd'hui, ne me semble pas satisfaisant.

<sup>4</sup> Ulp. 4 fr. 6 § 9 h. t.

<sup>5</sup> Ulp. 4 fr. 6 § 10 h. t., Paul. 3 fr. 7 eod.

decretum esset, dolo malo N<sup>i</sup> N<sup>i</sup> exhibitas non fuisse, si A° A° iuravit non calumniae causa se postulare ut exhibeantur, neque plus quam annus est postea quam ab illo praetore id decretum fuit, tantam pecuniam, iudex, N<sup>m</sup> N<sup>m</sup> A° A° c. s. n. p. a.

Cette reconstitution est tout à fait malheureuse. Le « quantae pecuniae paret interesse » contredit le fait doublement prouvé que l'actio était calculée sur le « quanti interfuit »<sup>1</sup>. Le passage « quantae paret interesse, rationes dolo malo N<sup>i</sup> N<sup>i</sup> exhibitas non fuisse » constitue un amalgame bien extraordinaire : qu'a donc à voir l'intérêt du demandeur avec la question de savoir si c'est précisément par dol que Numerius n'a pas exhibé? Le mot « exhibitas » lui-même est inadmissible : l'édit parle d'editio, non d'exhibitio. RUDORFF introduit dans la formule les mots « cum id ab illo praetore decretum esset », en se basant sur le fr. 8 § 1 h. t. : is autem, qui in hoc edictum<sup>2</sup> incidit, id praestat, quod interfuit mea rationes edi, cum decerneretur a praetore, non quod hodie interest. Mais les mots mis en vedette sont visiblement le simple commentaire de l'« interfuit » de la formule. L'exception relative au serment de calomnie qui précédait pourtant le décret ordonnant l'editio s'en vient boîteusement à sa suite. Il n'est pas prouvé, malgré le fr. 13 h. t., que l'exceptio annalis constituât une partie intégrante de la formule<sup>3</sup>; dans tous les cas, elle devait être complétée par la restriction « cum experiundi potestas fuit », tandis que le « posteaquam, etc. » de RUDORFF pourrait disparaître.

<sup>1</sup> Fr. 6 § 4 et en particulier fr. 8 § 1 h. t. Gaius, il est vrai, s'exprime ainsi dans le fr. 10 § 3 : quanti intersit editas sibi rationes esse; mais, pour la remarque qu'il voulait faire ici, il n'avait pas d'intérêt à rapporter exactement la formule.

<sup>2</sup> Ulpien disait « hanc formulam ».

<sup>3</sup> Les termes du fr. 13 : « haec actio neque post annum... dabitur » font plutôt croire qu'après ce délai l'action était refusée en vertu d'une simple interprétation prétorienne. C'est d'ailleurs ici le lieu de faire remarquer d'une façon générale que, dans beaucoup de cas, la limitation à un an ne s'imposait pas aux jurisconsultes romains par suite des termes de l'édit

ou de la formule, mais était bien plutôt déduite par eux de la portée et du but de l'action. Souvent, la façon dont s'expriment les sources ne laissent sur ce point aucun doute. Conf., par ex., fr. 1 in fin. si quis ius dicenti (2. 3), fr. 6, 7 de alien. iud. mut. caus. (4. 7), fr. 3 § 4, nautae caup. (4. 9), fr. 5 § 5 de his qui effud. (9. 3), fr. 4 si mentor (11. 6), fr. 4 § 4 de exerc. (14. 1), fr. 7 § 5, fr. 8 de tribut. (14. 4), fr. 1 § 4 si uentris nom. (25. 5), fr. 9 § 1 quod falso tut. (27. 6.). Ce dernier texte est particulièrement probant, parce qu'on y invoque en faveur de l'annalité une autorité, celle de Labéon. Voy. aussi WLAŠAK, *Edict u. Klageform*, p. 84, n. 19.



Le résultat de cette critique est bien fait pour détourner de semblables tentatives. S'il faut pourtant risquer ici une reconstitution admissible, voici celle à quoi je m'arrête :

*S. p. N<sup>m</sup> N<sup>m</sup> aduersus edictum illius praetoris<sup>1</sup> A° A° rationem DOLO MALO NON EDIDISSE<sup>2</sup>, QUANTI A<sup>i</sup> A<sup>i</sup> INTERFUIT eam rationem edi sibi<sup>3</sup>, tantam pecuniam, iudex, N<sup>m</sup> N A° A° c. s. n. p. a.*

## Tit. IV.

§ 10. DE PACTIS ET CONVENTIONIBUS<sup>4</sup>.

Ulp. 4<sup>5</sup>, Paul. 3<sup>6</sup>, Gai. 1<sup>7</sup>, Fur. Anth. 1<sup>8</sup>.

Ulp. 4 fr. 7 § 7 h. t.:

Praetor ait : PACTA CONUENTA<sup>9</sup>, QUAE NEQUE DOLO MALO<sup>10</sup> NEQUE ADUERSUS LEGES PLEBIS SCITA SENATUS CONSULTA EDICTA DECRETA<sup>11</sup> PRINCIPUM NEQUE QUO FRAUS CUI EORUM FIAT FACTA ERUNT<sup>12</sup>, SERUABO<sup>13</sup>.

<sup>1</sup> Ces mots, comme souvent ailleurs, épargnent la répétition des longueurs de l'édit.

<sup>2</sup> Les mots *dolo malo non edidisse* figuraient sûrement dans la formule, comme il résulte d'Ulp. 4 fr. 8 pr. h. t.

<sup>3</sup> Ulp. 4 fr. 6 § 4, 8 § 1 h. t.

<sup>4</sup> D. (2. 14), C. (2. 3) de pactis. La rubrique est spécialement commentée par Ulpien aux fr. 1 § 1-4, fr. 5, fr. 7 pr. — § 6 h. t.; conf. aussi Paul. fr. 2, 4. 6 h. t. G. C. CAUSIUS († 1676 dans OTTO, *Thesaur.* I, c. 672<sup>b</sup> sq., a le premier rétabli exactement la rubrique et indiqué justement que, d'après Consult. IV § 3, elle était aussi dans Paul. Sent. I, 1 : de pactis et conuentionibus (uel transactionibus). Contre CRUSIUS et pour la rédaction de pactis et conuentis, MANENTI, *Contrib. crit. alla teoria gen. dei pacta* (1891), p. 91 et ss. Les commentaires sont, à mon sens, décisifs en faveur de la rédaction adoptée au texte.

<sup>5</sup> Fr. 1, 5, 7, 10, 12, 14, 16, 22, 26, 29 h. t., fr. 30 de legib. (1. 3) cf. fr. 7 § 7 h. t., fr. 11 de transact. (2. 15) cf. fr. 7 § 13 h. t., fr. 2 de recept. (4. 8) cf. fr. 10 § 1 h. t., fr. 3 de iudic. (5. 1) cf. fr. 7 § 14 quib. ex caus. in poss. (42. 4), fr. 6 de pact. dot. (23. 4), fr. 1 de except. (44. 1). Ce dernier texte veut dire, à mon sens, qu'une

demande reconventionnelle dont on fait remise par un pacte ne peut plus être reprise sous forme d'exception. Autre explication dans RUDORFF, *E. P.* § 8<sup>3</sup>.

<sup>6</sup> Fr. 2, 4, 6, 11, 13, 15, 17, 19, 21, 23, 25, 27 h. t., fr. 7 de naut. faen. (22. 2) cf. fr. 5 § 1 eod., fr. 22 de adm. et peric. (26. 7) cf. fr. 15 ict. fr. 12 h. t., fr. 38 de O. et A. cf. peut-être fr. 2, 4 pr. § 1 h. t.

<sup>7</sup> Fr. 18, 20, 23, 30 h. t., fr. 3 de except. (44. 1).

<sup>8</sup> Fr. 62 h. t.

<sup>9</sup> Ulp. 4 fr. 7 § 8 h. t.; Prob. 5. 14 : P. C. = pactum conuentum. Conf. ad Herenn. II, 13 § 20, Cic. de partit. orat., 37 § 130, de orator. II, 24 § 100 et ailleurs, Gaius, III 179, IV 119, 121, 122.

<sup>10</sup> Ulp. 4 fr. 7 § 9 — 11 h. t.

<sup>11</sup> Le mot *decreta* manque dans la Florentine par suite d'une faute du copiste; comp. Schol. 20 dans Heimb. Basil. I p. 569 : ἡ δεκρίτου ἡ ἰδιότου βραβύλων. De là, MOMMSEN, RUDORFF : *decreta edicta*. Mais voy. fr. 1 § 8 de postul. (3. 1), fr. 1 in fin. ex quibus caus. mai. (4. 6).

<sup>12</sup> A partir du fr. 7 § 13 h. t., Ulpien traite la matière des pactes licites et illicites.

<sup>13</sup> Conf. l'allusion de Cicéron au de off. I, 10, 32.

## Tit. V.

DE IN IUS UOCANDO<sup>1</sup>.§ 11. IN IUS UOCATI UT EANT AUT *UINDICEM* DENT<sup>2</sup>.

Ulp. 5<sup>3</sup>, Paul. 4<sup>4</sup>, Gai. 1<sup>5</sup>, Callistr. 1<sup>6</sup>.

La principale difficulté que présente la reconstitution du titre de in ius uocando tient au rôle que le uindex joue ici dans l'Édit.

Je me suis expliqué ailleurs<sup>7</sup> tout au long sur cette question. Mais je dois, après le travail de NABER<sup>8</sup>, modifier, sur quelques points importants, les opinions que j'ai émises. Mon système, dans ses grandes lignes, est le suivant.

L'établissement d'un uindex était anciennement le moyen et le moyen unique qu'avait l'in ius uocatus de se soustraire à l'obligation de suivre le demandeur in ius. C'était au uindex, une fois qu'il avait été fourni, qu'incombait cette obligation, au lieu et place du uocatus. Gaius, lib. 1 ad XII Tab., fr. 22 § 1 de in ius uoc. (2. 4) :

Qui in ius uocatus est, duobus casibus dimittendus est, si quis eius personam defendit<sup>9</sup> et si, dum in ius uenitur, de re transactum fuerit.

In iure, le uindex, à mon sens, avait la faculté d'assurer, au moyen du uadimonium, la comparaison future du reus<sup>10</sup> et pou-

<sup>1</sup> D. (2. 4), C. (2. 2). Le titre est (prouvé par Gai. IV 46 et aussi par le fr. 1 § 11 de postul. (3. 1). Ulp. 5 fr. 2 de feriis (2. 12), fr. 8 de manum. uind. (40. 2) font partie d'une introduction au titre tout entier.

<sup>2</sup> D. (2. 6) in ius uocati ut eant aut satis uel cautum dent. Cf. Gaius IV 46.

<sup>3</sup> Fr. 2, 4, 8, 10, 24 de in ius uoc. (2. 4), fr. 2 qui satisd. cog. (2. 8), fr. 5 de iudic. (5. 1), fr. 2 quib. ex caus. in poss. (42. 4).

<sup>4</sup> Fr. 1, 5, 7, 9, 11 de in ius uoc. (2. 4), fr. 3 h. t., fr. 4 qui satisd. cog. (2. 8), fr. 23 de iniur. (47. 10), fr. 108 de R. J. (50. 17).

<sup>5</sup> Fr. 3, 5 qui satisd. cog. (2. 8), fr. 4 de iudic. (5. 1) cf. fr. 8 pr. de in ius uoc.

<sup>6</sup> Fr. 2 in ius uocati (2. 6).

<sup>7</sup> *Zschr. der Sav. Stift. f. R. G.* II, p. 43 et ss. MARIA, *Le vindex* (Thèse,

Paris 1895), p. 201 et ss., est d'accord avec moi sur les points essentiels.

<sup>8</sup> *Mnemosyne*, N. S. XXI, p. 374 et ss. Au contraire, les développements de VOIGT, *das Vadimonium*, dans *Abh. der Kgl. Sächs. Ges. der Wiss.* VIII, p. 356 ss., 367 ss., et de DEMELIUS, *ZRG.* XV, p. 8 et ss., ne me paraissent pas convaincants.

<sup>9</sup> Par cette « defensio », je comprends seulement le fait par le uindex de mettre obstacle à l'in ius uocatio. NABER, *l. c.*, admet au contraire qu'il faut une defensio au sens technique du mot.

<sup>10</sup> Dans mon article ci-dessus cité et dans l'édition allemande, j'ai représenté le uindex comme une espèce particulière de caution qui aurait promis au prêteur ou à son suppléant, d'abord avec des formes solennelles,

vait par là se soustraire à toute autre obligation. S'il usait de cette faculté, le demandeur se trouvait par là même à couvert; si, au contraire, le uindex refusait le uadimonium ou si l'accord ne pouvait se faire entre lui et le demandeur sur ce que le uadimonium devait comprendre, ce dernier se serait trouvé, sans l'aide du préteur, dans une situation fâcheuse : car il lui avait fallu relâcher le uocatus et cependant il n'acquerrait contre le uindex, envisagé comme tel, aucune action civile<sup>1</sup>. De là, l'intervention du préteur : dans de telles hypothèses, il ordonne au uindex de présenter à un jour déterminé l'in ius uocatus et, si le uindex ne le fait pas, il donne contre lui une action in factum (voy. plus bas). Le uindex ne doit donc pas du tout être considéré comme un sponsor ou un fideiussor « qui vocatum sisti promittit »<sup>2</sup>. Il acquiert la qualité de uindex par cela seul qu'il met obstacle à l'in ius uocatio et il la garde, même quand, par la suite, il se refuse à l'établissement du uadimonium. Sans doute, les compilateurs du Digeste, partout où il était question du uindex dans l'Édit et dans les commentaires, ont parlé d'un « fideiussor iudicio sistendi causa datus »; mais c'est là une interpolation grossière, et si jamais on a pu prouver presque mathématiquement une interpolation, c'est bien celle qui nous occupe. Gaius IV. 46 parle d'une formule, proposée au titre de in ius uocando, « aduersus « eum qui in ius uocatus neque uenerit neque uindicem dede- « rit ». Si l'on rapproche de ce passage la rubrique du Digeste (2. 6) « in ius uocati ut eant aut satis uel cautum dent », il saute aux yeux que cette dernière est interpolée et que la rubrique de l'Album disait (comme RUDORFF l'admet) : « in ius uocati « ut eant aut uindicem dent ». Il faut, dès lors, transformer en uindex le fideiussor iudicio sistendi causa datus dont il est question au Digeste sous cette rubrique, fideiussor qu'on ne peut en aucune façon faire entrer dans le domaine du uadimonium par cette raison qu'il n'est traité du uadimonium que bien plus loin dans l'Édit (Ulp. 7, Paul. 6. 7, Gai. 2)<sup>3</sup>. Mais ce n'est pas

ensuite sans formes, de lui amener le défendeur. J'abandonne aujourd'hui complètement cette hypothèse. Comme NABER le remarque à bon droit, il est difficile d'admettre que Paul, Sent. 1. 13<sup>a</sup> § 1<sup>a</sup> et 1 et Paul. 18 fr. 28 § 2 de iureiur. (12. 2) se rapportent au uindex.

<sup>1</sup> Le droit civil n'accordait probablement alors au demandeur que le droit de s'emparer de la personne du uindex.

<sup>2</sup> En ce sens, DEMELIUS, *loc. cit.*

<sup>3</sup> Par suite, tombent les conjectures de VOIGT, *loc. cit.*, p. 357 et ss.

seulement le renseignement de Gai. IV. 46, c'est encore le contenu même de l'édit transmis par le Digeste qui montre clairement qu'il n'était point parlé par le préteur d'un sponsor ou d'un fideiussor. Un sponsor ou un fideiussor aurait été passible de l'actio ex stipulatu et c'est une action prétorienne in factum calculée sur le quanti ea res erit qui est donnée contre le prétendu « fideiussor iudicio sistendi causa » ! La caution du uadimonium est tenue à ceci : reum certo die sisti ; notre prétendu fidéjusseur ne peut être poursuivi que si un décret du préteur est intervenu pour lui commander d'amener le reus en personne à un jour fixé par ce décret et que si cet ordre n'a point été exécuté. En présence de ces faits, il est, à mon sens, tout à fait impossible de penser ici à un cautionnement se produisant dans les formes de la stipulation ou à un uadimonium particulier.

Ceci posé, nous pouvons maintenant arriver à la reconstitution des édits et des formules proposés dans notre titre.

## 1.

Rubr. D. (2. 6) rapprochée de Gai. IV. 46 :

IN IUS UOCATI UT EANT <sup>1</sup> AUT *UINDICEM* DENT.

Ulp. 5 fr. 4 § 1 de in ius uoc. (2. 4) :

Praetor ait : PARENTEM<sup>2</sup>, PATRONUM PATRONAM<sup>3</sup>, LIBEROS PARENTES PATRONI PATRONAE<sup>4</sup> IN IUS SINE PERMISSU MEO NE QUIS UOCET<sup>5</sup>.

Paul. 1 fr. 1 in ius uocati (2. 6)<sup>6</sup> :

Edicto cauetur, ut *uindex* [D. : fideiussor iudicio sistendi causa datus] pro rei qualitate locuples detur...<sup>7</sup>.

Ulp. 5 fr. 2 § 2 qui sat. cog. (2. 8) :

<sup>1</sup> Ulp. 5 fr. 5 de iudic. (5. 1). Paul. 4 fr. 1 de in ius uoc. (2. 4). Exemptions du droit civil : Ulp. 5 fr. 2, 4 pr. eod. conf. fr. 26 § 2 ex quib. caus. mai. (4. 6). Lieu où siège le tribunal : peut-être Ulp. 5 fr. 8 de manum. uind. (40. 2) à titre de remarque accessoire ; voy. cependant p. 74 n. 1.

<sup>2</sup> Ulp. 5 fr. 4 § 2. 3, fr. 6. 8 pr. in ius uoc. (2. 4) cf. Gai. 1 fr. 4 de iud. (5. 1), Paul. 4 fr. 5. 7 in ius uoc. (2. 4).

<sup>3</sup> Ulp. 5 fr. 8 § 1. 2, fr. 10 pr. — § 4 eod. Paul. 4 fr. 9 eod.

<sup>4</sup> Ulp. 5 fr. 10 § 5 — 11 eod.

<sup>5</sup> Ulp. 5 fr. 10 § 12. 13 eod., c. 2, 3 eod. (2. 2).

<sup>6</sup> Ce texte se rapporte à l'édit dont il est parlé au § 2 et qui transporte à la juridiction municipale les dispositions du titre de in ius uocando.

<sup>7</sup> Ulp. 5 fr. 2 pr. qui sat. cog. (2. 8), Gai. 1 fr. 5 § 1 eod., L. Rubria c. 21 i. f.

Praetor ait : SI QUIS PARENTEM, PATRONUM PATRONAM, LIBEROS AUT PARENTES PATRONI PATRONAE, LIBEROSUE SUOS EUMUE, QUEM IN POTESTATE HABEBIT, UEL UXOREM, UEL NURUM IN IUS [D. : iudicium]<sup>1</sup> UOCABIT : QUALISCUMQUE UINDEX [D. : fideiussor iudicio sistendi causa] ACCIPIATUR<sup>2</sup>.

A ces dispositions de l'édit, se rattachait une phrase finale qui promettait<sup>3</sup> un iudicium recuperatorium<sup>4</sup> contre celui qui les transgressait. Ce iudicium aboutissait à une amende, qui, d'après le Digeste, s'élevait à 50 aurei<sup>5</sup> aussi bien pour le cas de l'in ius uocatio induement faite contre une personne à laquelle on devait le respect que pour celui où l'on refusait le uindex d'un proche<sup>6</sup>. D'après le mode de calcul habituel aux compilateurs<sup>7</sup>, on devrait admettre que l'édit fixait l'amende à 50.000 sesterces ; mais Gaius IV. 46 indique, pour le premier des deux cas, une peine de « X milia sestertium ». Comment doit-on trancher ce désaccord ? Faut-il lire dans Gaius, « L » ou bien « V », comme l'admet SAVIGNY<sup>8</sup> au lieu de « X » ? Faut-il croire que les compilateurs ont abandonné ici leur procédé ordinaire de calcul ? C'est un point auquel il est difficile de donner une réponse précise. Nous ne savons pas non plus si une amende fixe était édictée pour le cas « si in ius uocatus neque uenerit neque uindicem dederit » ou bien si le iudicium était alors réglé sur le quanti ea res erit ; mais cette seconde supposition est la plus vraisemblable.

Une des formules nous a été transmise par Gaius IV. 46 ; c'est celle relative à l'in ius uocatio indue :

<sup>1</sup> C'est en faveur du fideiussor iudicio sistendi causa que cette interpolation a été faite. Qu'elle ait été omise ailleurs, cela ne prouve rien contre notre explication, pour qui connaît l'inconséquence qu'ont montrée les compilateurs dans leurs interpolations. Voy. en un autre sens, VOIGT, *loc. cit.*, p. 358 n. 169.

<sup>2</sup> Ulp. 5 fr. 2 § 3. 4 qui sat. cog. (2. 8), Paul. 4 fr. 3 in ius uocati (2. 6), Callistr. 1 fr. 2 eod.

<sup>3</sup> Dans certains cas, remise était faite de la peine : Paul. 4 fr. 11 de in ius uoc. (2. 4), fr. 108 de R. J. (50. 17).

<sup>4</sup> Gai. IV. 46, lex Rubria c. 21 in fine.

<sup>5</sup> Ulp. 5 fr. 24 de in ius uoc. (2. 4) cf. Ulp. fr. 12 eod., Callistr. 1 fr. 2 in ius uoc. (2. 6).

<sup>6</sup> Nous admettons qu'il s'agit des proches du demandeur, et non comme le croit NABER, *loc. cit.*, p. 377, des proches du uindex lui-même. NABER fait au contraire justement remarquer que l'édit s'occupe ici des proches et non des personnes à qui le respect est dû, ainsi qu'il est dit à tort dans l'édition allemande.

<sup>7</sup> Voy. p. 64, n. 4.

<sup>8</sup> *System V*, p. 79. Voy. une autre hypothèse invraisemblable dans HUSCHKE, *Jurispr. anteiust. ad h. l.*

<sup>9</sup> Voy. *Palingen.*, *præf.* VII. 11.

RECUPERATORES SUNTO. S. P. ILLUM PATRONUM AB ILLO LIBERTO <sup>1</sup>  
 CONTRA EDICTUM ILLIUS PRAETORIS <sup>2</sup> IN IUS UOCATUM ESSE, RECU-  
 PERATORES, ILLUM LIBERTUM ILLI PATRONO SESTERTIUM X. MILIA  
 C. S. N. P. A.

Les autres formules nous sont inconnues et RUDORFF, ici encore, n'a pas été heureux dans ses tentatives de reconstitution. La formule aduersus eum, qui in ius uocatus neque uenerit neque iudicem dederit, était, selon lui (*E. P.* § 14), conçue en ces termes :

S. p. N<sup>m</sup> N<sup>m</sup>, cum ab A° A° ad illum praetorem in ius uocatus esset, neque uenisse neque uadimonium Romam ex decreto eius, qui Mutinae iure dicundo praefuit, promisisset aut iudicem locupletem non dedisset, recuperatores, N<sup>m</sup> N<sup>m</sup> A° A° sestertium X milia c. s. n. p. a.

RUDORFF pense ici à la loi Rubria c. 21 in fin. où le droit est reconnu aux magistrats municipaux d'organiser, même dans les affaires réservées à la juridiction supérieure, un iudicium contre celui qui « uadimonium Romam ex decreto eius... » non promiserit aut iudicem locupletem... non dederit. » Évidemment, deux cas sont prévus dans ce texte : celui où le défendeur a obéi à l'in ius uocatio devant le duumvir, mais n'a pas fourni le uadimonium imposé par ce magistrat et celui où il n'a pas obéi à l'in ius uocatio, sans pourtant fournir un iudex locuples <sup>3</sup>. Que les deux cas fussent prévus dans une seule et même formule, ce n'est pas dit dans la loi et, en tout cas, cela est certainement faux en ce qui touche l'Édit, puisque l'in ius uocatio et le uadimonium y sont traités dans deux titres absolument distincts. Mais RUDORFF n'a pas eu seulement le tort de réunir le tout en *une seule* formule ; il a, de plus, mal caractérisé les deux hypothèses dans sa formule. D'une part, en effet, elle vise l'in ius uocatus qui neque uenit neque uadimonium ex decreto eius, qui iure dicundo praefuit, promisit : comme s'il pouvait être question, pour celui qui ne comparait pas du tout in iure, de la

<sup>1</sup> Veron. : patrono liberto.

<sup>2</sup> Conf. Ulp. 5 fr. 24 de in ius uoc : in eum qui aduersus ea fecerit, ... iudicium datur. Dans chaque cas particulier au lieu de illius praetoris, il y avait naturellement meum. Conf. HUSCHKE, *Studien*, p. 14. En un sens différent, voy. ZIMMERN, *C. Pr.*

p. 143 n. 4, BETHMANN-HOLLWEG, *C. P.* II, p. 313 n. 46 qui pensent qu'on écrivait le nom du prêteur en question.

<sup>3</sup> Le texte a été mal compris par VOIGT, *XII Tafeln* I, p. 575 n. 10. Conf. sur ce texte, v. Schrutka-Rechtensstamm, Sitz-ber. der Wiener Akad., phil. hist., Kl. CVI, p. 443 et ss.

façon dont il se comporte relativement au décret du magistrat ! D'autre part, elle vise celui qui uindicem locupletem non dedit sans mentionner ici, comme c'était le cas, l'autre condition de la condamnation : « neque uenisse ». Pour moi, il me semble, en m'appuyant sur Gaius IV. 46, que la formule devait dire tout simplement ceci :

*S. p. N<sup>m</sup> N<sup>m</sup>, cum ab A<sup>o</sup> A<sup>o</sup> in ius uocatus esset, neque uenisse neque uindicem pro rei qualitate locupletem dedisse rel.*

Il n'est pas impossible que la formule ait, de plus, contenu un renvoi à l'édit du préteur : au moyen d'un « neque uindicem ex edicto praetoris dedisse » ou d'un « aduersus edictum neque uenisse neque uindicem dedisse », on se serait épargné, par exemple, l'insertion d'une exception pour le cas où le défendeur prétendait qu'il n'était pas, aux termes de l'édit, obligé de fournir un uindex locuples. Tout aussi défectueuse que la reconstitution dont il vient d'être parlé, est la formule de RUDORFF pour le cas où quelqu'un n'accepte pas le uindex qui lui est offert par son proche :

*S. p. N<sup>m</sup> N<sup>m</sup>, cum in hoc anno permissu illius praetoris A<sup>m</sup> A<sup>m</sup> patronum in ius uocasset, uindicem ab A<sup>o</sup> A<sup>o</sup> datum scientem non accepisse, recuperatores, N<sup>m</sup> N<sup>m</sup> A<sup>o</sup> A<sup>o</sup> rel.*

« In hoc anno » : Gaius IV. 46 ne mentionne point l'exceptio annalis dans la formule qu'il reproduit mot pour mot, malgré que la pratique ait admis ici l'annalité (Ulp. 5 fr. 24 de in ius uoc.); que vient donc faire ici l'exceptio annalis ? « Permissu illius praetoris » : rien n'autorise RUDORFF à limiter la peine de l'édit au cas où le préteur avait permis l'in ius uocatio; celui qui cite in ius sans permission et qui n'accepte pas le uindex qui lui est offert tombe simplement sous le coup de deux actions pénales. « Uindicem datum non accepisse » : datum est superflu et même critiquable, car un uindex qui n'est pas acceptus est en même temps un uindex qui n'est pas datus. « Uindicem datum scientem non accepisse » : RUDORFF écrit scientem, parce qu'on lit dans Callistr. 1 au fr. 2 in ius uocati (2.6) :

*in eum qui non acceperit, cum sciret eam necessitudinem personarum, ... iudicium competit.*

Seulement, sans même parler de l'incorrection de style que

présente cette tournure « uindicem scientem non accepisse », il est difficile de croire que le passage de Callistrate soit une citation de l'édit : car il n'est fait dans la formule rapportée par Gaius IV. 46 aucun renvoi au mot scire, renvoi qui, objectivement, était aussi nécessaire dans ce cas que dans le nôtre ; ce passage est donc simplement une *explication* de l'édit.

## 2.

Ulp. 5 fr. 2 § 5 qui satisd. cog. (2. 8) :

In *uindicem* [D. : fideiussorem qui aliquem iudicio sisti promiserit] tanti quanti ea res erit<sup>1</sup> actionem dat<sup>2</sup> praetor...

Ulp. 5 fr. 2 pr. quib. ex caus. in poss. (42. 4) .

Praetor ait : IN BONA EIUS, QUI *UINDICEM* [D. : iudicio sistendi causa fideiussorem] DEDIT, SI NEQUE POTESTATEM SUI FACIET NEQUE DEFENDATUR<sup>3</sup>, IRI IUBEBO.

Sur les conditions auxquelles était subordonnée l'action contre le uindex, nous trouvons des renseignements complets dans Paul. 4 fr. 4 qui satisd. cog. (2. 8) :

Si decesserit qui *uindicem* [D. : fideiussorem] dederit [D. : iudicio sistendi causa], non debet praetor iubere exhibere eum. Quod si ignorans iusserit exhiberi uel post decretum eius ante diem exhibitionis decesserit, deneganda erit actio. Si autem post diem exhibitionis decesserit aut amiserit ciuitatem, utiliter agi potest.

Ce texte, négligé jusqu'ici dans les diverses reconstitutions de l'Édit, même dans celle de RUDORFF, montre, à n'en pas douter, que le uindex ne pouvait être condamné que si, après y avoir été invité par un décret du préteur, il n'exhibait pas le défendeur au jour fixé par ce décret. On voit, dès lors, ce qu'il faut penser de la formule proposée par RUDORFF (*E. P.* § 14, p. 38) : « s. p. N<sup>m</sup> N<sup>m</sup>... Titium illa die illo loco sisti promississe neque Titium illa die ibi statum esse... ». Le lieu et le moment de l'exhibition n'étaient point fixés par une promesse du uindex, mais bien par un décret du préteur. Il me semble possible, mais seulement possible, que l'intentio ait été conçue à peu près en ces termes : « S. p. N<sup>m</sup> N<sup>m</sup>, cum pro Lucio Titio uindex exstisset, contra edictum meum Lucium Titium neque exhibuisse neque defendisse *et rel.* » En faveur

<sup>1</sup> Gai. 1 fr. 3 eod.

<sup>2</sup> Gai. 1 fr. 5 pr. eod.

<sup>3</sup> Flor. : defenderetur.



de cette reconstitution, on peut citer un texte interpolé de Paul. 1 ad Plaut.<sup>1</sup>, D. fr. 10 pr. si quis caut. in iud. (2. 11) qui, dans sa forme primitive, se rapportait au uindex :

Si eum iudicio sisti promisero (si pro eo uindex exstitero uel similia scr.) qui iam tempore liberatus esse dicebatur, quia iam actione non tenebatur (quia.... tenebatur gloss.), actio in me danda est, ut uel exhibeam eum uel defendam, ut ueritas inquiratur.

Bien que les mots mis en vedette ne se réfèrent pas véritablement à la rédaction de la formule<sup>2</sup>, ils rendent peut-être possible une induction sur cette rédaction.

L'édit sur la missio in bona est au premier abord surprenant. Il paraît superflu, le cas qu'il prévoit l'étant déjà par les clauses « Qui fraudationis causa latitabit » et « Qui absens iudicio defensus non fuerit » au titre général Quibus ex causis in possessionem eatur<sup>3</sup>. J'ai essayé ailleurs<sup>4</sup> d'expliquer l'existence de cet édit en disant qu'il avait pu paraître convenable au prêteur « de « proclamer énergiquement, à l'endroit même où il s'occupait « du uindex, que toute tentative pour entraver la marche d'un « procès par l'établissement d'un uindex serait réprimée avec « toute la rigueur du droit d'exécution prétorien ». Je veux faire remarquer ici que l'identité de notre édit avec les clauses générales dont il vient d'être parlé ne tient pas à ses termes mêmes, mais découle seulement de l'interprétation qu'en donne Ulpien dans le fr. 2 § 1-4 quibus ex caus in poss. (42. 4). La teneur de notre édit est, en soi, plus sévère : il dit, en effet, que celui qui a donné un uindex doit, pour éviter la missio in possessionem, « potestatem sui facere », c. à d. se tenir positivement à la disposition de l'adversaire ; au contraire, l'édit « Qui fraudationis causa latitabit » vise seulement celui qui s'efforce positivement d'échapper à son adversaire et non celui qui a négligé, sans plus, de se mettre à la disposition de ce dernier ; l'édit « Qui absens iudicio defensus non fuerit » n'a trait qu'à

<sup>1</sup> Conf. *Palingen*. I, col. 1147.

<sup>2</sup> S'il en était autrement, nous devrions supposer que la formule était arbitraire ; pour moi, les mots en question indiquent simplement le motif pour lequel, selon l'opinion du jurisconsulte, une action doit être donnée :

afin que le défendeur, inquiet de ce qui va se produire, soit porté à exhiber ou à défendre.

<sup>3</sup> Voy. § 204. 205.

<sup>4</sup> *Zschr. der Sav. Stift., f. R. G.* II, p. 47.

celui qui est absent de Rome. Le but primitif de notre édit a dû être de rendre plus faciles les conditions de la *missio in possessionem* : la demande d'envoi en possession était fondée, par cela seul que le décret ordonnant l'exhibition était resté sans effet ; on évitait au demandeur la peine de rechercher de nouveau le défendeur ; ce dernier, après s'être entendu avec le *uindex*, devait veiller à comparaître *in iure* au moment fixé. Mais l'interprétation effaça ce caractère particulier de notre édit.

Nous devons faire remarquer, en finissant, que la plupart des auteurs ont méconnu la portée de l'édit prononçant une *missio in possessionem* contre l'*in ius uocatus qui uindicem dedit*. Par suite de cette idée fautive qu'Ulp. § traite du *uadimonium*, presque tout le monde est d'accord pour dire que notre *missio in possessionem* se rapportait au cas du *uadimonium desertum*<sup>1</sup>. Cette conception est en contradiction avec le contenu même de notre édit. Le *uadimonium* a pour but d'assurer la comparution à un jour déterminé (*certo die sisti*) : par suite, si la clause en question s'était occupée du *uadimonium desertum* et en admettant qu'elle n'eût pas alors été rédigée simplement en ces termes : « si *uadimonium deseruerit* », elle aurait nécessairement dû dire : « si *illo die se non stiterit* » et n'aurait pas pu employer la formule vague : « si *potestatem sui non faciet* », dont elle se sert. Cette façon de parler, en effet, ne me paraît pas du tout pouvoir désigner l'obligation supposée déjà existante de comparaître *in iure* à un jour déterminé<sup>2</sup>.

<sup>1</sup> Conf., entre autres : KELLER, *Sermestria* I, p. 55 et ss., *C. P.*, n. 1047; BETHMANN-HOLLWEG, *C. P.* II p. 563, n. 32, 33; KARLOWA, *Beiträge z. Gesch. d. röm. C. P.* (1865) p. 113. Seul RUDORFF a vu juste, *Zschr. f. R. G.* IV, p. 43, *E. P.* p. 38.

<sup>2</sup> Je tiens cette considération pour décisive. On peut ajouter que notre façon de voir est pleinement confirmée par le *pro Quinctio* de Cicéron ; il s'agit dans ce discours d'une *missio in possessionem* obtenue sur le fondement d'un prétendu *uadimonium desertum* et l'orateur examine en détail toutes les clauses de l'Édit qu'on pourrait considérer comme susceptibles de se

rapporter à cette hypothèse : or il ne dit pas un mot de l'édit du fr. 2 pr. cit. Aucun des systèmes proposés par les partisans de l'opinion dominante pour expliquer ce fait (conf. KARLOWA, *loc. cit.* p. 113 et s.) n'est, à mon sens, vraiment satisfaisant. La moins admissible de ces explications est l'explication historique qui consiste à dire que l'édit du fr. 2 pr. est plus récent que le discours de Cicéron : en présence de la conception juridique complètement développée que nous trouvons déjà dans celui-ci, la naissance après coup d'un édit spécial et superflu sur la matière serait vraiment inconcevable.

§ 12. NE QUIS EUM QUI IN IUS UOCABITUR UI EXIMAT<sup>1</sup>.

Ulp. 5<sup>2</sup>, Paul. 4<sup>3</sup>, Gai. 1<sup>4</sup>.

De la rubrique du D. (2. 7) rapprochée de Paul. 4 fr. 4 § 2 h. t., il résulte que l'édit était conçu en ces termes :

NE QUIS EUM QUI IN IUS UOCABITUR UI EXIMAT<sup>5</sup> NEUE FACIAT DOLO MALO QUO MAGIS EXIMERETUR<sup>6</sup>.

A cet édit se rattachait la promesse de l'action dont parle Ulp. 5 au fr. 5 § 1 h. t. :

In eum autem, qui ui exemit<sup>7</sup>, in factum<sup>8</sup> iudicium datur, quo non id continetur quod in ueritate est, sed quanti ea res est ab actore aestimata, de qua controuersia est. Hoc enim additum est, ut appareat, etiam si calumniator quis sit, tamen hanc poenam eum persequi.

L'intentio de la formule<sup>9</sup> était purement et simplement la reproduction des termes de l'édit. Il n'y a de difficulté que sur la rédaction de la condemnatio qui, d'après l'édit, était fixée au « quanti ea res est ab actore aestimata ». RUDORFF (*E. P.* § 15) transporte simplement cette clause dans la formule et admet en conséquence, ce qui pourtant n'est pas croyable, que le préteur ordonnait au juge de fixer le montant de la condamnation en s'en rapportant aveuglément à l'estimation du demandeur. On peut encore beaucoup moins penser à une action dirigée sur le quanti ea res est avec taxatio<sup>10</sup>; sans qu'il soit nécessaire d'invoquer d'autres raisons, cette façon de voir aurait le tort d'aller à l'encontre du but qu'Ulprien, au fr. 5 § 1 h. t., assigne à cette clause dirigée contre le *défendeur*. Sans doute, l'édit avait bien plutôt en vue une aestimatio préalable, faite in iure, dont le montant, sauf, bien entendu, le droit de réduction du préteur, était inscrit dans la formule : on doit donc admettre que la condemnatio portait sur une certa pecunia<sup>11</sup>. C'est à cette

<sup>1</sup> D. (2.7).

<sup>2</sup> Fr. 1, 3, 5 h. t., fr. 16 de iudic. (5.1) cf. fr. 5 § 4 h. t.

<sup>3</sup> Fr. 2, 4 h. t.

<sup>4</sup> Fr. 107 de R. J. (50.17) cf. fr. 3 pr. h. t.

<sup>5</sup> Ulp. 5 fr. 1, 3 h. t., Paul. 4 fr. 2, 4 pr. § 1 h. t.

<sup>6</sup> Ulp. 5 fr. 5 pr. h. t.

<sup>7</sup> Ulp. 5 fr. 5 § 2 h. t.

<sup>8</sup> Ulp. 5 fr. 5 § 3 h. t.

<sup>9</sup> Conf. Gai. IV 46, § 12 J. de action. (4. 6), Theophil. ad h. l.

<sup>10</sup> Voy. notamment contre cette conception, HEFKE, *Bdtg. und Anwendungen der taxatio* (Berlin, 1879) p. 74 et ss.

<sup>11</sup> En ce sens également HEFKE, *loc. cit.* p. 78. Sur les systèmes plus anciens, conf. encore GLÜCK, *Erläuterung der Pandekten*, III, p. 423 et s.

conclusion que conduit également la rédaction même de la clause de l'édit. *quanti ea res aestimata est* (et non, comme il faudrait le supposer d'après la formule de RUDORFF, *aestimabitur*).

### § 13. ??

Dans les deux paragraphes précédents nous avons examiné tout ce qu'on peut découvrir avec certitude du contenu du titre de *in ius uocando*. Mais il semble que ce titre contenait un autre édit auquel se rapportaient les trois textes suivants, unis par un lien étroit :

Ulp. 5 fr. 9 de V. S. (50. 16) :

Marcellus apud Julianum notat uerbo « *per iisse* » et *scissum et fractum contineri et ui raptum*.

Jul. 1 fr. 19 commod. (13. 6) :

*Ad eos qui seruandum aliquid conducunt aut utendum accipiunt, damnum iniuria ab alio datum non pertinere, procul dubio est : qua enim cura aut diligentia consequi possumus, ne aliquis damnum nobis iniuria det?*

Ulp. 5 fr. 41 locati (19. 2) :

— *sed de damno ab alio dato agi cum eo<sup>1</sup> non posse Julianus ait : qua enim custodia consequi potuit, ne damnum iniuria ab alio dari possit? sed Marcellus interdum esse posse ait, siue custodiri potuit, ne damnum daretur, siue ipse custos damnum dedit : quae sententia Marcelli probanda est.*

Évidemment il s'agit dans ces trois textes de l'obligation d'une personne qui a assumé la garde d'une chose. On pourrait penser à la mise sous séquestre de la chose litigieuse<sup>2</sup>. Cette supposition, pourtant, est à peine vraisemblable. Il est impossible de songer ici à la responsabilité beaucoup moins étendue<sup>3</sup> de celui qui est envoyé en possession d'après le fr. 2 pr. *quib. ex caus. in poss.* (42. 2).

<sup>1</sup> Voici ce qui précède dans le Dig. (fr. 40) : *qui mercedem accipit pro custodia alicuius rei, is huius periculum custodiae praestat.*

<sup>2</sup> Conf. fr. 7 § 2 qui sat. cog. (2. 8), fr. 16 de off. praes. (1. 18), fr. 11 § 1 ad ex-

hib. (10. 4), fr. 21 § 3 de appell. (49. 1), const. 1 de prohib. sequestr. (4. 4). Voy. aussi Pétrone, Satir. c. 14.

<sup>3</sup> Conf. fr. 9 pr. de reb. auct. ind. (42. 5).

## Tit. VI.

DE POSTULANDO<sup>1</sup>.

Ulp. 6<sup>2</sup>, Paul. 5<sup>3</sup>, Gai. 4<sup>4</sup>, Callistr. 1<sup>5</sup>.

Ulp. 6 fr. 1 § 4 h. t. :

...(praetor) tres fecit ordines : nam quosdam in totum prohibuit postulare, quibusdam uel pro se permisit, quibusdam et pro certis dumtaxat personis et pro se permisit.

## § 14. QUI OMNINO NE POSTULENT.

La première partie contient deux prohibitions absolues de postuler :

MINOREM ANNIS DECEM ET SEPTEM<sup>6</sup> qui eos non in totum compleuit, prohibet postulare.....

SURDUM, QUI PRORSUS NON AUDIT, prohibet apud se postulare...<sup>7</sup>.

A cela était jointe la décision suivante :

SI NON HABEBUNT ADUOCATUM, EGO DABO<sup>8</sup>.

§ 15. QUI PRO ALIIS NE POSTULENT<sup>9</sup>.

Il était défendu de postuler pour les autres :  
aux femmes :

<sup>1</sup> D. (3. 1), C. (2. 6). Ulp. 6 fr. 1 pr. h. t. : hunc titulum praetor proposuit... Voy. aussi Spicil. Solesm., édition Pittra I, p. 282 (dans ΚΑΙΘΕΡΑ, *Coll. libr. iur. anteiust.* II, p. 160) : Ulpianus libro ad edictum sexto qui pro aliis ne postulent titulo sexto sic refert etc. Il est possible que, dans ce texte corrompu, il faille entendre par « titulo sexto » le 6<sup>me</sup> titre de l'Édit.

<sup>2</sup> Fr. 1, 3, 6 h. t., fr. 2, 4, 6, 8, 11, 13, 24 de his qui not. (3. 2), fr. 6 de iudic. (5. 1), fr. 18 de sponsal. (23. 1), fr. 2 de re iud. (42. 1), fr. 1 de praeuaric. (47. 15), fr. 32 de poenis (48. 19), fr. 4 de iure fisci (49. 14), fr. 1 de re milit. (49. 16), fr. 10, 12 de V. S. (50. 16). J'indique plus bas à quoi ces textes se rapportent. Le fr. 69 de V. O. (45.

1) porte faussement dans son inscription VI au lieu de VII.

<sup>3</sup> Fr. 4 h. t., fr. 5, 7, 9, 12, 14 de his qui not. (3. 2), fr. 13 de spons. (23. 1), fr. 109 de R. J. (50. 17).

<sup>4</sup> Fr. 2 h. t., fr. 3 de his qui not. (3. 2), fr. 11 de V. S. (50. 16).

<sup>5</sup> Fr. 85 de solut. (46. 3).

<sup>6</sup> Je ne prétends pas que ce soient là exactement les termes de l'Édit ; GRADENWITZ a attiré mon attention sur la différence qui existe entre cette rédaction et celle du § 41 : cum minore quam XXV annis natus.

<sup>7</sup> Ulp. 6 fr. 1 § 3 h. t.

<sup>8</sup> Ulp. 6 fr. 1 § 4 h. t.

<sup>9</sup> Ulp. 6 fr. 1 § 5 h. t., Spicil. Solesm. *loc. cit.* (n. 1).

feminas prohibet pro aliis postulare...<sup>1</sup>

aux aveugles :

CAECUM UTRISQUE LUMINIBUS ORBATUM praetor repellit...<sup>2</sup>

à ceux :

QUI CORPORE SUO MULIEBRIA PASSUS erit<sup>3</sup>, QUI CAPITALI<sup>4</sup> CRIMINE DAMNATUS erit..., QUI OPERAS SUAS, UT CUM BESTIIS DEPUGNARET, LOCAUERIT<sup>5</sup>.

A la fin de son commentaire sur cette deuxième partie, Ulp. fr. 1 § 6 h. t. fait la remarque suivante :

Qui aduersus ea fecisse monstretur, et pro aliis interdicta postulatione et pro aestimatione iudicis extra ordinem pecuniaria poena multabitur.

RUDORFF<sup>6</sup> tient ce passage pour le résumé d'une disposition de l'Édit. Ceci me semble plus que douteux. Des menaces de mulctae ne se trouvent nulle part ailleurs dans l'Édit; faites avec un tel manque de précision, elles y étaient, d'ailleurs, tout à fait inutiles; car tout le monde savait bien que le préteur pouvait sanctionner ses défenses par la prononciation d'une mulcta et usait de ce droit. Je considère donc ce passage, s'il n'est pas interpolé, comme une simple explication de la disposition de l'édit « Pro aliis ne postulent. »

#### § 16. QUI NISI PRO CERTIS PERSONIS NE POSTULENT.

Cette troisième partie comporte deux édits. Le premier consacre sommairement les défenses de postuler découlant de la loi ou de dispositions équivalentes à la loi. Ulp. 6 fr. 1 § 8 h. t.:

Ait praetor : QUI LEGE PLEBIS SCITO SENATUS CONSULTO EDICTO DECRETO PRINCIPUM NISI PRO CERTIS PERSONIS POSTULARE PROHIBENTUR, HI PRO ALIO, QUAM PRO QUO LICEBIT, IN IURE APUD ME NE POSTULENT.

<sup>1</sup> Ulp. 6 fr. 1 § 5 h. t. L'Édit portait : mulieres. Cf. Spicil. Solesm., loc. cit., où le passage suivant d'Ulp. 6 est cité : inuenimus apud ueteres mulieris appellatione etiam uirgines contineri.

<sup>2</sup> Ulp. 6 fr. 1 § 5 h. t. A cela se rapporte le fr. 6 de iudic. (5. 1).

<sup>3</sup> Ulp. 6 fr. 1 § 6 h. t., Paul. 5 fr. 109 de R. J. (50. 17). A cela se ratta-

che, à titre de remarque accessoire, Ulp. 6 fr. 24 de his qui not. (3. 2), à moins que ce texte n'appartienne au fr. 4 § 3 de his qui not.

<sup>4</sup> A cela se rattache : Ulp. 6 fr. 32 de poenis (48. 19).

<sup>5</sup> Ulp. 6 fr. 1 § 6 h. t.

<sup>6</sup> Zschr. f. R. G. IV p. 57, E. P. § 18.

Le second édit contient les défenses de postuler nisi pro certis personis établies par le préteur lui-même. Cet édit, comme je l'ai montré ailleurs <sup>1</sup>, a été démembré et interpolé par les compilateurs du Digeste. De l'énumération des personnes à qui le droit de postuler est retiré et, en ne prenant de cette énumération que ce qui était resté pratique de leur temps, ils ont fait le fr. 1 de his qui notantur infamia (3.2); ils ont fait précéder cette énumération des mots « infamia notatur<sup>2</sup> » et ont donné au tout une inscription impossible : « Julianus libro primo ad edictum ». Ils ont au contraire transmis fidèlement la fin authentique de l'édit au fr. 1 § 9 et 11 de postulando. La falsification, une fois découverte, ne peut faire de doute et saute aux yeux; je ne reviens pas davantage sur ce point. L'édit (sauf les suppléments dont je parlerai bientôt) s'exprimait dans ces termes <sup>3</sup> :

QUI AB EXERCITU IGNOMINIAE CAUSA AB IMPERATORE EOUE, CUI DE EA RE STATUENDI POTESTAS FUERIT, DIMISSUS ERIT<sup>4</sup> : QUI ARTIS LUDICRAE PRONUNTIANDIUE CAUSA IN SCAENAM PRODIERIT<sup>5</sup> : QUI LENOCINIUM FECERIT<sup>6</sup> : QUI IN IUDICIO PUBLICO CALUMNIAE PRAEUARICATIONISUE CAUSA QUID FECISSE IUDICATUS ERIT<sup>7</sup> : QUI FURTI, UI BONORUM RAPTORUM, INIURIARUM, DE DOLO MALO ET FRAUDE SUO NOMINE<sup>8</sup> DAMNATUS PACTUSUE ERIT<sup>9</sup> : QUI PRO SOCIO, TUTELAE, MANDATI, DEPOSITI SUO NOMINE NON CONTRARIO IUDICIO DAMNATUS ERIT<sup>10</sup> : QUI EAM, QUAE IN POTESTATE EIUS ESSET,

<sup>1</sup> *Zschr. der Sav. Stift. f. R. G.* II, p. 56 et ss.

<sup>2</sup> Cette falsification que j'avais déduite de raisons internes est prouvée aujourd'hui par la nouvelle lecture du manuscrit de Vérone (Gai. IV. 182) : *nec tamen ulla parti edicti id ipsum nominatim exprimitur, ut aliquis ignominiosus sit et rel.* Bien que cette lecture soit conjecturale pour certains mots, elle me paraît certaine en ce qui touche le sens. La reconstitution proposée par KARLOWA (*Rechtsgeschichte* I, p. 762) se heurte, à mon sens, non seulement au manuscrit, mais bien plus encore à une impossibilité d'ordre interne. Contre KARLOWA, *Liter. Centralblatt* 1884, n° 15, voy. WLASSAK, *Grünhuts Zschr.* XII, p. 259.

<sup>3</sup> LENEL, *loc. cit.*, p. 61.

<sup>4</sup> Ulp. 6 fr. 2 pr. — § 4 de his qui not. (3.2).

<sup>5</sup> Ulp. 6 fr. 2 § 5, fr. 4 pr. § 1 eod., Gai. 1 fr. 3 eod.

<sup>6</sup> Ulp. 6 fr. 4 § 2. 3 eod.

<sup>7</sup> Ulp. 6 fr. 4 § 4 eod., fr. 1 de praeuaric. (47.15).

<sup>8</sup> Paul. 5 fr. 14 de his qui not. (3.2).

<sup>9</sup> Ulp. 6 fr. 4 § 5, fr. 6 pr. — § 4 eod., fr. 4 de iure fisci (49.14) ict. Paul. 5 fr. 5 de his qui not. (3.2); c. 18 de caus. ex quib. inf. (2. 11 [12]), Gai. IV 182. Cf. 1. Jul. munic. lin. 110 sqq., tab. Atestin. lin. 3 sqq., auct. ad Herenn. IV 27 § 37.

<sup>10</sup> Ulp. 6 fr. 6 § 5-7 eod., Paul. 5 fr. 7 eod., Gai. IV 182. Cf. 1. Jul. munic. et tab. Atestin. loc. cit.

GENERO MORTUO, CUM EUM MORTUUM ESSE SCIRET<sup>1</sup>, INTRA ID TEMPUS, QUO ELUGERE UIRUM<sup>2</sup> MORIS EST<sup>3</sup>, ANTEQUAM UIRUM ELUGERET, IN MATRIMONIUM COLLOCAUERIT : EAMUE SCIENS [QUIS]<sup>4</sup> UXOREM DUXERIT NON IUSSU EIUS, IN CUIUS POTESTATE ESSET<sup>5</sup> : ET QUI EUM QUEM IN POTESTATE HABERET, EAM, DE QUA SUPRA COMPREHENSUM EST, UXOREM DUCERE PASSUS FUERIT<sup>6</sup> : QUIUE SUO NOMINE<sup>7</sup> NON IUSSU EIUS, IN CUIUS POTESTATE ESSET, EIUSUE NOMINE QUEM<sup>8</sup> QUAMUE IN POTESTATE HABERET<sup>9</sup> BINA SPONSALIA BINASUE NUPTIAS<sup>10</sup> [IN] EODEM TEMPORE<sup>11</sup> CONSTITUTAS<sup>12</sup> HABUERIT<sup>13</sup> :

QUI EX HIS OMNIBUS QUI SUPRA SCRIPTI SUNT, IN INTEGRUM RESTITUTUS NON ERIT<sup>14</sup> :

PRO ALIO NE POSTULENT<sup>15</sup>, PRAETERQUAM PRO PARENTE, PATRONO PATRONA, LIBERIS PARENTIBUSQUE PATRONI PATRONAE, LIBERISUE SUIS, FRATRE SORORE<sup>16</sup>, UXORE, SOCERO SOCRU, GENERO NURU, UITRICO NOUERCA, PRIUIGNO PRIUIGNA, PUPILLO PUPILLA, FURIOSO FURIOSA<sup>17</sup>, CŪI EORUM A PARENTE AUT DE MAIORIS PARTIS TUTORUM<sup>18</sup> SENTENTIA AUT AB EO, CUIUS DE EA RE IURISDICTIO FUIT, EA TUTELA CURATIOUE DATA ERIT.

C'est là tout ce que les compilateurs nous ont transmis du catalogue, sans doute fortement tronqué par eux, des personnes incapables de postuler.

<sup>1</sup> Ulp. 6 fr. 8 eod.

<sup>2</sup> Ulp. 6 fr. 11 pr. eod., Paul. 5 fr. 9 eod.

<sup>3</sup> Ulp. 6 fr. 11 § 1 — 3 eod.

<sup>4</sup> *Qui ? sed potius « quis » del.* (Mommsen).

<sup>5</sup> Ulp. 6 fr. 11 § 4 eod., Paul. 5 fr. 12 eod.

<sup>6</sup> Ulp. 6 fr. 11 § 4, fr. 13 pr. eod.

<sup>7</sup> Ulp. 6 fr. 13 § 1 eod.

<sup>8</sup> Paul. 5 fr. 13 de spons. (23. 1), fr. 109 de R. J. (50. 17).

<sup>9</sup> Ulp. 6 fr. 13 § 1 cit.

<sup>10</sup> Ulp. 6 fr. 13 § 3 eod., c. 2 de incest. (5. 5).

<sup>11</sup> Ulp. 6 fr. 13 § 2 eod.

<sup>12</sup> Ulp. 6 fr. 18 de spons. (23. 1).

<sup>13</sup> Ulp. 6 fr. 13 § 4 de his qui not. (3. 2).

<sup>14</sup> Ulp. 6 fr. 1 § 9. 10 de postul. (3. 1).

<sup>15</sup> A cela et à ce qui suit se rapportent : Ulp. 6 fr. 1 § 11, fr. 3, 6 de postul. (3. 1), Paul. 5 fr. 4 eod., Gai. 1 fr. 2 eod.

<sup>16</sup> Aul.-Gell. N. A. XIII, 40.

<sup>17</sup> RUDORFF (*E. P.*, p. 43), se basant sur Gai. 1 fr. 2 h. t., insère ici les mots « fatuo fatua » ; mais ces mots ne figuraient point dans l'édit ; cela résulte, d'une part, de ce qu'ils ne figurent pas dans Ulpien et d'autre part de ce que Gaius *motive spécialement* leur insertion : cum istis quoque personis curator detur. Conf. Ulp. 6 fr. 3 § 3 h. t.

<sup>18</sup> Dans l'édition allemande j'avais remplacé le mot « tutorum » qui se lit au Digeste par le mot « tribunorum ». Mais il n'est pas question ici du tuteur Atilien. Voy. NABER *Mnemosyne* N. S. 17, p. 388, D. fr. 3 § 5 indic. sol. (46. 7), fr. 3 § 7 de adm. et per. tut. (26. 7).



Tout d'abord, il résulte du rapprochement de la liste des personnes infâmes contenue dans la loi Julia municipalis (lin. 110 et ss.) et de divers fragments épars des commentaires sur notre édit que les cas suivants d'infamie figuraient aussi dans l'édit :

qui sponsoribus creditoribusue<sup>1</sup> suis renuntiauit renuntiauerit, se soldum<sup>2</sup> soluere non posse aut cum eis pactus est erit se soldum soluere non posse,... cuiusue bona ex edicto<sup>3</sup> eius qui iure dicundo praefuit praefuerit, praeterquam si cuius cum pupillus esset reiue publicae causa abesset<sup>4</sup> neque dolo malo fecit fecerit quo magis rei publicae causa abesset<sup>5</sup>, possessa proscripatae sunt erunt.

De plus, l'édit devait, sans doute, reproduire les deux clauses de la loi Julia relatives aux gladiateurs et aux lanistae, bien que, par suite de la disparition des jeux de gladiateurs, il ne s'en trouve plus trace au Digeste :

qui depugnandi causa auctoratus est erit fuit fuerit (l. Julia lin. 112 sq.)... qui lanistaturam fecit fecerit... (l. Julia lin. 123).

Il est certain que ces deux métiers ont continuellement été considérés comme déshonorants et ils ne tombent sous le coup d'aucune des clauses de l'édit qui nous ont été conservées<sup>6</sup>. On peut seulement se demander, si les lanistae et les gladiateurs n'étaient pas déjà visés dans la seconde partie de notre titre, à côté des bestiarii, à la vérité bien plus méprisés qu'eux.

En outre, les compilateurs ont rayé de la liste des iudicia famosa l'action de fiducia<sup>7</sup>. La clause pro quo datum depensum est erit (lex Jul. munic. lin. 115), avait aussi tous les titres pour

<sup>1</sup> Ulp. 6 fr. 10, 12 pr. de V. S. (50. 16), Gai. 1 fr. 11 eod.

<sup>2</sup> Ulp. 6 fr. 12 § 1 de V. 3 (50. 16), Callistr. 1 fr. 85 de solution. (46. 3).

<sup>3</sup> Ulp. 6 fr. 2 de re iudic. (42. 1).

<sup>4</sup> Ulp. 6 fr. 1 de re milit. (49. 16).

<sup>5</sup> Le préteur devait, de plus, admettre ici une exception en faveur du débiteur « qui ex lege Julia bonis cesserit », const. 11 ex quib. caus. inf. (2. 11 [12]).

<sup>6</sup> Ils ne tombaient notamment pas sous le coup de la clause « qui artis ludicrae causa in scaenam prodierit ». PERNICE, *Labeo* I. p. 245 n. 21 prétend le contraire, parce que, d'après le fr.

2 § 5 de his qui not. (3. 2), ceux « qui quaestus causa in certamina descendunt » étaient atteints par elle. Seulement, par ces certamina, il ne faut pas comprendre les combats de gladiateurs, mais bien les luttes d'athlètes salariés, de coureurs, etc. qu'on oppose ici (fr. 4 pr. eod.) aux athlètes uirtutis gratia. Ce n'est pas le fait de se montrer en public qui déshonore le gladiateur, mais déjà auparavant l'auctoramentum lui-même; le lanista n'exerce point une ars ludicra (quant au gladiateur, je ne veux pas me prononcer sur ce point).

<sup>7</sup> Gai. IV 182, l. Jul. munic. lin. 111, Cic. pro Caec. c. 3 § 7.

être accueillie dans l'édit. En est-il de même de la clause de la *lex Julia* lin. 111 sq.

qui lege *Plaetoria ob eam rem, quod aduersus eam legem fecit fecerit, condemnatus est erit,*

relative à ceux qui ont été condamnés pour avoir trompé des mineurs<sup>1</sup>? Cette question est subordonnée, à celle-ci : le « *iudicium publicum rei priuatae lege Plaetoria* » dont parle Cicéron<sup>2</sup> existait-il encore au temps d'Hadrien?

En terminant, on doit repousser la tentative de RUDORFF<sup>3</sup> qui prétend compléter les clauses relatives à la violation du deuil par l'édit conservé dans les *Fragments du Vatican* § 320. KARLOWA<sup>4</sup> a démontré de façon décisive que le catalogue de personnes infâmes donné fragmentairement par ce dernier texte n'est pas du tout identique à celui qui nous occupe ici, qu'il appartient à un tout autre titre de l'édit, au titre de *cognitoribus* et *procuratoribus* et que de graves raisons, externes et internes<sup>5</sup>, s'opposent à ce qu'on complète notre édit à l'aide de celui-là, comme le veut RUDORFF.

## Tit. VII.

### § 17-24. DE UADIMONIIS.

Ulp. 7<sup>o</sup>, Paul. 6<sup>o</sup>. 7<sup>o</sup>, Gai. 2<sup>o</sup>, Jul. 2<sup>o</sup>, Callistr. 1<sup>o</sup>.

<sup>1</sup> En ce sens RUDORFF, *Zschr. f. R. G.* IV, p. 50.

<sup>2</sup> De nat. deor. III 30 § 74.

<sup>3</sup> *Zschr. f. R. G.* IV p. 53 et ss.

<sup>4</sup> *Zschr. f. R. G.* IX p. 220 et ss.

<sup>5</sup> A ces raisons, on peut encore ajouter que l'obligation de deuil pour les parents et pour les enfants dont il est question au frag. Vat. § 320 n'est point étudiée par Ulpien au livre 6, mais au livre 8, c'est-à-dire relativement à l'édit de *cognitoribus*: voy. Ulp. 8 fr. 23 de his qui not. (3. 2).

<sup>6</sup> Fr. 1, 3 si ex nox. causa (2. 9), fr. 1 de eo per quem fact. erit (2. 10), fr. 5, 7 de procur. (3. 3), fr. 7 de iudic. (5. 1), fr. 11 de noxal. act. (9. 4), fr. 25 ad l. Corn. (48. 10), fr. 13 de V. S. (50. 16). A cette matière se rapporte, de plus, le fr. 69 de V. O. (45. 1) qui portait originairement dans la Floren-

tine l'inscription exacte Ulp. 7 et qui a reçu du correcteur l'inscription fautive Ulp. 6. Au contraire, le fr. 44 loc. (19. 2) qui porte à tort l'inscription Ulp. 7 au lieu de Ulp. 17 n'appartient pas à notre titre.

<sup>7</sup> Fr. 16 qui sat. cog. (2. 8), fr. 2 si ex nox. caus. (2. 9), fr. 2 de eo per quem (2. 10), fr. 6 de proc. (3. 3), fr. 6 de R. V. (6. 1), fr. 12 de noxal. act. (9. 4), fr. 15 de iureiur. (12. 2), fr. 17 de auctor. (26. 8), fr. 110 de R. J. (50. 17).

<sup>8</sup> Fr. 5 de i. i. r. (4. 1), fr. 9 ad l. Jul. de ui publ. (48. 6), fr. 14 de V. S. (50. 16).

<sup>9</sup> Fr. 8 de iudic. (5. 1), fr. 1 de noxal. act. (9. 4), fr. 111 de R. J. (50. 17).

<sup>10</sup> Fr. 3 de eo per quem (2. 10), fr. 200 de V. S. (50. 16).

<sup>11</sup> Fr. 6 de incend. (47. 9).

L'ordre suivi dans ce titre, fort maltraité par les compilateurs, ne peut être rétabli avec certitude que pour partie : le point de départ pour ce rétablissement partiel est fourni par l'ordre des rubriques du Digeste (depuis 2. 8 jusqu'à 2. 10) et par le commentaire de Paul sur l'Édit, commentaire dans lequel deux livres sont consacrés au uadimonium. Pour le surplus, nous sommes réduits aux hypothèses. Je donne ici le contenu prouvé du titre, sans me demander si, dans l'Album, plusieurs des clauses que j'ai séparées n'étaient point réunies en une seule.

*Première clause* (de uadimonio faciundo).

Gai. IV. 184 :

Cum autem in ius uocatus fuerit aduersarius neque eo die finiri potuerit negotium, uadimonium ei faciendum est, id est, ut promittat se certo die sisti<sup>1</sup>.

*Deuxième clause* (quanti uadimonia fiant).

Gai. IV. 186 :

Et siquidem iudicati depensive agetur, tanti fiet uadimonium, quanti ea res erit : si uero ex ceteris causis, quanti actor iurauerit non calumniae causa postulare sibi uadimonium promitti : nec tamen *pluris quam partis dimidiae nec pluribus quam sestertium centum milium fit uadimonium*<sup>2</sup> : itaque si centum milium res erit nec iudicati depensive agetur, non plus quam sestertium quinquaginta milium fit uadimonium<sup>2</sup>.

*Troisième clause* : QUI SATISDARE COGANTUR UEL IURATO PROMITTANT UEL SUAE PROMISSIONI COMMITTANTUR. D. (2. 8).

<sup>1</sup> Cf. Prob., frag. d'Einsiedl. 63 : V. F. J. = uadimonium fieri iubere (iubebo?). A cela se rattachait la promesse d'une action contre celui qui refusait le uadimonium (arg. l. Rubr. c. 21 in fin.). Voy. dans VOIGT, *Abh. der Kgl. sächs. Gesellsch. d. Wiss.* VIII, p. 359 n. 175, une opinion différente, basée sur une fausse interprétation de l'édit Si quis iudicanti non obtemperauerit.

<sup>2</sup> Une exception était donnée en cas de uadimonium porté par erreur à une somme plus forte : fr. 4 § 5 si quis caution. (2. 11). Mais l'on pouvait naturellement réclamer sans difficulté le montant du uadimonium jusqu'à concurrence des prescriptions de l'Édit, parce que in eo, quod plus sit semper

inest et minus (Paul. 6 fr. 110 pr. de R. J. (50. 17). Ce texte se rapportait probablement à notre question. Conf. JAC. GOTHOFREDUS ad. h. l. (*Opp. min.* Lugd. 1733, c. 1023), RUDORFF, *Zschr. f. R. G.* IV p. 85 n. 115. Cependant l'on peut penser à d'autres rapprochements ; conf., par exemple, Collatio II, 6 § 4, Gai. III 224.

<sup>3</sup> Cf. Julien 2 fr. 3 § 4 de eo per quem (2. 10) : si a fideiussore quinquaginta stipulatus fuero, si in iudicium reus non uenerit, petiturus a reo centum.. Fr. 4 § 5 si quis caution. (2. 11) : ... si iudicio sistendi causa plurisquam statutum est per ignorantiam promissum fuerit... Les interpolations s'expliquent d'elles-mêmes.

Cette rubrique du Digeste nous met, sans aucun doute, en présence de la rubrique de l'édit<sup>1</sup> auquel il est fait allusion dans Gai. IV. 185 :

Fiunt autem uadimonia quibusdam ex causis pura, id est sine satisfactione, quibusdam cum satisfactione<sup>2</sup>, quibusdam iureiurando<sup>3</sup>, quibusdam recuperatoribus suppositis : eaque singula diligenter praetoris edicto significantur.

Sur le uadimonium recuperatoribus suppositis, voyez plus bas.

*Quatrième clause : de uadimonio concipiendo<sup>4</sup>.*

Que cette clause, dont RUDORFF n'admet pas l'existence<sup>5</sup>, ait bien figuré dans l'Édit, cela résulte de Paul. 6 fr. 6 de R. V. (6. 4). Dans la compilation de Justinien, ce texte a trait à l'intentio de la rei uindicatio. Il se rapportait primitivement à la rédaction du uadimonium : la preuve en est non seulement dans son inscription (Paul. 6), mais encore dans son contenu ; car, par deux fois, le jurisconsulte, en expliquant comment doit être rédigé le uadimonium, invoque, par argument d'*analogie* ou *a contrario* les principes en vigueur sur la désignation de la chose litigieuse dans la *formule*.

Quamuis et in uasis occurat difficultas, utrum lancem dumtaxat dici oporteat an etiam quadrata uel rotunda, uel pura an caelata sint, quae ipsa in petitionibus quoque adicere difficile est...

licet in petendo homine nomen eius dici debeat et utrum puer an adulescens sit, utique si plures sint *rel.*

<sup>1</sup> Je ne vois aucune raison pour admettre, comme le fait RUDORFF (*Zschr. f. R. G.* IV p. 63 n. 103), que les mots « suae promissioni committantur » n'étaient point employés dans l'Édit.

<sup>2</sup> Tel était notamment le uadimonium de ceux qui représentaient quelqu'un en justice. A cela se rapporte Paul. 6 fr. 110 § 1 de V. S. (conf. déjà, en ce sens, Jac. GOTHOFREDUS, *Opp. min.*, Lugd. 1733, c. 1024 et ss., qui, à la vérité, pense ici à la cautio iudicatum solui ; RUDORFF, *loc. cit.* n. 106, s'est complètement trompé sur ce texte ; il a vu juste dans *E. P.* § 24<sup>2</sup>). C'est le dominus lui-même qui fournit le uadimonium pour le procurator praesentis, comme pour le cognitor (arg. Gai. IV

101). A cela se rapportent visiblement les fr. 5-7 de procur. (3. 3) tirés d'Ulp. 7 et de Paul. 6, textes qui ont été mal interprétés par RUDORFF, *Zschr. f. R. G.* IV p. 70 n. 1 et *E. P.* § 24<sup>1</sup>.

<sup>3</sup> A cela se rapporte Paul. 6 fr. 16 qui sat. cog. (2. 8), fr. 15 de iureiur. (12. 2). Le serment n'a d'autre effet, ici, que de créer une obligation morale. Voy., en un autre sens, VOIGT, *Abh. der Kgl. sächs. Ges. der Wiss.* VIII p. 358 n. 174.

<sup>4</sup> Cic. ad. Quintum fr. II 13 (15<sup>a</sup>), 3 : negat enim... quemquam fuisse qui uadimonium concipere posset.

<sup>5</sup> Voy. pourtant *Zschr. f. R. G.* IV p. 64.

Que nous ayons vraiment affaire dans ce texte à l'explication même de mots employés par l'édit et non à des explications rattachées occasionnellement à d'autres clauses, c'est ce que montre bien son début :

Si in rem aliquis agat, debet designare « rem » et utrum totam an partem et quotam petat : appellatio enim « rei » non genus sed speciem significat <sup>1</sup>.

*Cinquième clause* : SI EX NOXALI CAUSA AGATUR, QUEMADMODUM CAUEATUR <sup>2</sup>. D. (2. 9).

Ulp. 7 fr. 1 h. t. :

Si quis eum, de quo noxalis actio est <sup>3</sup>, iudicio sisti promisit, praetor ait : IN EADEM CAUSA EUM EXHIBERE, IN QUA TUNC EST, DONEC IUDICIUM ACCIPIATUR.

Le début du texte est visiblement l'œuvre des compilateurs. Ulpien traitait ici, comme il ressort de la rubrique même du Digeste, du « quemadmodum caueatur » et non pas de ce que comprenait, de droit, l'engagement de celui « qui promisit ». Je ne doute pas que le passage cité de l'édit ne se rapporte à la rédaction du uadimonium ; l'édit disait à peu près ceci : ita uadimonium fieri iubebo, ut in eadem causa eum exhibere promittat *rel.* ; c'est un point certain que le uadimonium devait en effet être rédigé de façon à assurer ce résultat <sup>4</sup>. Ulp. 7 fr. 1, 3 h. t., fr. 11 de noxal. act. (9. 4), fr. 69 de V. O. (45. 1), Paul. 6 fr. 2 h. t., fr. 12 de noxal. act. (9. 4) contiennent le commentaire de notre clause.

*Sixième clause* : *Quas personas sine permissu praetoris uadari non liceat.*

Gai. IV. 187 :

Quas autem personas sine permissu praetoris impune in ius uocare non possumus, easdem nec uadimonio inuitas obligare possumus praeterquam si praetor aditus permittat.

<sup>1</sup> Au degré de précision avec lequel la chose devait être désignée, peut se rapporter Ulp. 7 fr. 13 pr. de V. S. (50. 16) : mulieris appellatione etiam uirgo uiripotens continetur. Voy. une autre explication, à mon sens impossible, dans RUPONFF, *E. P.* § 20<sup>2</sup>.

<sup>2</sup> Uadimonium fiat ?

<sup>3</sup> Gai. 2 fr. 1 de noxal. act. (9. 4), Jul. 2 fr. 200 de V. S. (50. 16).

<sup>4</sup> Fr. 5, 6 h. t. (2. 9). Les critiques

de NABER, *Mnemosyne* N. S. XXI p. 379 et ss., me paraissent dénuées de fondement. Il pose la question suivante : Ciuili quum teneatur actione, qui promiserit hominem sisti, quorsum in eundem honoraria? Il ne s'agit pas du tout ici de celui qui a déjà fourni le uadimonium pour l'esclave ; il s'agit de savoir comment le uadimonium doit être rédigé. Conf. le texte.

A ceci se rattachait peut-être une autre décision où le préteur prévoyait le uadimonium domum faciendum, pour le cas où l'in ius uocatus prouvait l'existence à son profit d'un ius domum reuocandi. A cela ont trait Ulp. 7 fr. 7 de iudic. (3. 1) et Gai. 2 fr. 8 eod. Cependant il se peut que nous soyons ici en présence du commentaire de dispositions *découlant d'une loi* que les jurisconsultes ont fait entrer dans le cours de leurs explications.

*Septième clause* : DE EO PER QUEM FACTUM ERIT, QUO MINUS QUIS UADIMONIUM<sup>1</sup> SISTAT. D. (2. 10).

L'édit devait s'exprimer à peu près en ces termes (voy. Jul. 2 fr. 3 pr. h. t.).

*In eum qui DOLO MALO FECISSE<sup>2</sup> dicetur quo minus quis uadimonium sisteret, quanti ea res erit<sup>3</sup>, iudicium dabo.*

Les fragments suivants constituent le commentaire de cet édit ou de la formule qui s'y rattachait : Ulp. 7 fr. 1 h. t. (2.10), fr. 25 de l. Corn. de fals. (48. 10) cf. fr. 1 § 2 h. t. ; Paul. 6 fr. 2 h. t., fr. 110 § 2 de R. J. (50. 17)<sup>4</sup> ; Gai. 2 fr. 111 de R. J. (50. 17)<sup>5</sup> ; Jul. 2 fr. 3 h. t. (2. 10).

Une action noxale n'était point proposée ici, mais fut introduite par la pratique : Ulp. 7 fr. 1 § 5. h. t.

Toutes les clauses examinées jusqu'ici, autant, du moins, qu'il en est question dans ce qui reste du commentaire de Paul sur l'Édit, appartiennent au livre 6 de cet ouvrage. Les clauses suivantes sont, au contraire, examinées au livre 7 de Paul. Mais il reste encore quelques textes, tirés de Paul. 6, qui, à première vue, ne paraissent pas avoir de rapport avec une des clauses précédentes. Nous devons ici examiner ces textes, pour voir s'ils conduiront à admettre l'existence d'autres clauses restées inconnues de nous.

Fr. 110 § 3 de R. J. (50.17) :

Ubi uerba coniuncta non sunt, sufficit alterutrum esse factum.

Évidemment, ce fragment a en vue un des nombreux cas où

<sup>1</sup> D. : in iudicio.

<sup>2</sup> Ulp. 7 fr. 1 § 1 et ss. h. t. (2. 10).

<sup>3</sup> Et non simplement « quanti uadimonium factum erit » : Jul. 2 fr. 3 pr. § 4 h. t. (2. 10).

<sup>4</sup> Cf. fr. 2 h. t. et, de plus, fr. 3 in fin. de nox. act. (9. 4). Le fr. 110 § 2 cit. est interprété d'une façon entièrement

erronée par RUDORFF, *Zschr. f. R.; G. IV* p. 70 n. 3, *E. P.* § 25<sup>2</sup>, qui paraît suivre l'autorité de Jac. GORNOFREDUS (*Opp. min.*, c. 1025).

<sup>5</sup> Le fr. 111 pr. cit. a trait à la question de la *capacitas doli* du pupille, envisagée relativement à cette exigence de l'édit : « dolo malo fecisse ».

la phrase exprime une alternative sans cependant employer une particule disjonctive. Aussi RUDORFF<sup>1</sup> s'est-il trompé en conjecturant, d'après ce texte, l'existence d'un « vi doloue malo » dans l'action pénale qui découle de notre septième clause : il est difficile de croire que Paul ait perdu son temps à nous expliquer que ces mots « vi doloue malo » présentaient un sens alternatif. On ne peut prouver à quoi se rapporte spécialement notre texte ; mais des uerba non coniuncta, au sens où l'entend Paul, peuvent très bien avoir figuré dans une des clauses précédemment mentionnées.

Fr. 110 § 4 de R. J. (50. 17) :

Mulieribus tunc succurrendum est, cum defendantur, non ut facilius calumnientur.

Voici, pour moi, comment ce texte s'explique : une femme ne peut pas se prévaloir à l'encontre de l'action naissant du uadimonium desertum, de ce que la demande principale dirigée contre elle est basée sur un acte d'intercessio. Elle jouit du bénéfice du sénatus consulte Velléien seulement cum defenditur. Il va de soi que ce n'est pas là la seule signification qu'on puisse assigner à notre texte<sup>2</sup>.

Fr. 17 de auctor. et cons. (26. 8) :

Si tutor pupillo nolit auctor fieri, non debet eum praetor cogere, primum quia iniquum est, etiamsi non expedit pupillo, auctoritatem eum praestare, deinde etsi expedit, tutelae iudicio pupillus hanc iacturam consequitur.

RUDORFF<sup>3</sup> interprète ce texte comme se rapportant au cas où un pupille doit fournir un uadimonium ; cela ne cadre pas avec les mots : « etiamsi non expedit », ni avec ceux qu'on trouve plus loin : « si expedit ». Peut-être l'inscription est-elle fautive et a-t-on écrit Paul. 6 au lieu de Paul. 16 ; dans ce dernier livre, le jurisconsulte traitait très probablement des legis actiones et a pu, à ce sujet, être amené à parler de la nécessité de l'auctoritas pour les procès des mineurs. On ne peut rien dire de certain sur ce texte.

<sup>1</sup> E. P. § 25<sup>2</sup>, qui ne fait que reproduire Γοτηγοραεύς, ad. h. l. (*Opp. min.*, c. 1026 sqq.).

<sup>2</sup> Voy. une autre hypothèse qui me semble moins plausible dans l'édition allemande, p. 68. L'hypothèse de Ru-

DORFF dans *Zschr. f. R. G.* IV p. 64 est, selon moi, inadmissible, parce qu'elle ne cadre pas avec le texte. Celle de CUIJAS in Paul. ad ed. (*Opp. V. c.* 98) est plus acceptable.

<sup>3</sup> *Loc. cit.* p. 64.

*Huitième clause* : Quibus ex causis uadimonia recuperatoribus suppositis fiant.

Gai. IV. 185 :

Fiunt... uadimonia... ex causis... quibusdam recuperatoribus suppositis, id est ut qui non steterit, is protinus a recuperatoribus in summam uadimonii condemnetur...

Dans quels cas recourait-on à cette procédure particulièrement rigoureuse, les sources ne nous le disent pas; mais il est probable qu'elle trouvait principalement son application dans les actions délictuelles, qui constituaient elles-mêmes la plus grosse partie des iudicia recuperatoria. C'est à cela que je crois pouvoir rapporter les différentes explications qui se trouvent à la fin des commentaires sur notre titre (Paul. 7, Ulp. 7)<sup>1</sup>. Paul. 7, dans le fr. 14 pr. de V. S. et aussi Ulp. 7, dans le fr. 13 § 1-3 eod., se demandent quand on peut dire : « rem furto abesse »; ils le font évidemment à l'occasion de mots employés par l'édit. Paul. 7 fr. 9 ad. l. Jul. de ui (48. 6) définit le mot armatos, ce qui fait immédiatement penser au *damnum ui hominibus armatis coactisue datum* ou bien à l'interdit de *ui armata*; de plus, nous trouvons dans Callistr. 1 fr. 6 de incendio (47. 9) l'explication des mots *nauis expugnata*, explication qu'il est difficile de rattacher aux autres matières traitées dans le livre 1 de Callistrate<sup>2</sup>; et, ici aussi, les actions dont il est parlé sont des *iudicia recuperatoria*<sup>3</sup>. Si donc nos suppositions sont exactes, il faut compter parmi les actions privilégiées quant au *uadimonium*, d'une part, les actions délictuelles qui, d'après l'Édit, sont jugées par des *recuperatores*, et, de plus, l'action *furti*, non pas dans tous les cas, mais seulement dans le cas *si cui furto res abesse dicitur*, non pas par conséquent quand le volé est rentré en possession de la chose sans avoir subi de dommages<sup>4</sup> et n'agit plus que de *lucro*. Je déclare d'ailleurs expressément ne considérer cette conclusion que comme une des hypothèses admissibles et non comme un fait démontré. J'appellerai notamment l'attention sur

<sup>1</sup> Voy. dans *Zschr. f. R. G.* IV p. 67 et dans *E. P.* § 24<sup>4</sup> la façon dont RUDORFF rattache la plupart de ces textes à la clause *Si ex noxali causa agatur*. Quand bien même, à s'en tenir aux considérations internes, ce rattachement serait possible (ce qui n'est pas, d'ailleurs), il ne faudrait pas oublier

que cette clause a déjà été examinée par Paul dans son livre 6.

<sup>2</sup> Callistr. 2 semble bien commencer au titre de *restitutionibus*. Jusqu'à ce titre, par conséquent, le champ est ouvert aux conjectures.

<sup>3</sup> Conf., plus haut, p. 28.

<sup>4</sup> Conf. fr. 13 § 1, 14 pr. de V. S.



ceci : il est possible que les actions dont il vient d'être parlé aient été privilégiées relativement au *terme* du uadimonium et que les jurisconsultes expliquent ce privilège<sup>1</sup>.

Restent enfin deux textes tirés de Paul. 7, le fr. 14 § 1 de V. S. (50. 16) :

Rem amississe videtur, qui aduersus nullum eius persecuendae actionem habet.

et le fr. 5 de i. i. r. (4. 1) :

Nemo uidetur re<sup>2</sup> exclusus, quem praetor in integrum se restitutum polliceatur.

Je tiens pour possible l'interprétation suivante de ces textes<sup>3</sup>. En règle générale, on le sait, le uadimonium n'est pas égal au montant de l'intérêt en jeu. Mais le demandeur, par la desertio uadimonii, peut très facilement perdre tout ce qu'il demande, par exemple, si le défendeur vient à accomplir l'usucapion ou si le délai légal de l'action vient à expirer<sup>4</sup>. On avait dû prendre des précautions contre de semblables hypothèses et il se peut que les textes de Paul se rapportent à une clause de l'édit sur ce sujet.

### Tit. VIII.

#### DE COGNITORIBUS ET PROCURATORIBUS ET DEFENSORIBUS<sup>5</sup>.

Ulp. 8-10, Paul. 8. 9, Gai. 3, Jul. 3.

Sous ce titre je range les édits suivants :

1. sur la capacité requise pour instituer un cognitor.
2. sur la capacité requise pour être institué cognitor.
3. sur le procédé de contrainte employé contre le cognitor pour le forcer à accepter le iudicium.

<sup>1</sup> Conf., en particulier, fr. 3 de fer. et dilat. (2. 12). Le uadimonium devait amener à examiner, d'une façon générale, la matière du tempus quo res aguntur.

<sup>2</sup> Basil : ἐκπεπρωμένα πράγματος.

<sup>3</sup> Voy. une autre hypothèse moins vraisemblable dans l'édition allemande, p. 69.

<sup>4</sup> Conf. fr. 3 pr. de eo per quem fact. (2. 10).

<sup>5</sup> D. (3. 3) de procuratoribus et defensoribus. C. Just. (2. 12[13]) de procuratoribus. Paul. Sent. I. 2 de cognitoribus, I. 3 de procuratoribus. Fr. Vat. rubr. de cognitoribus et procuratoribus (coll. libr. iur. p. 100). C. Theod. (2. 12) de cognitoribus et procuratoribus.

4. de abdicando uel mutando cognitore.
5. Quibus alieno nomine agere liceat.
6. Quibus alieno nomine, item par alios agere non liceat.
7. Quibus municipum nomine agere liceat.
8. sur l'obligation de celui qui agit alieno nomine de défendre et de fournir caution.
9. sur l'action *contre* les municipes.
10. Quod cuiuscumque uniuersitatis nomine uel contra eam agatur.
11. De negotiis gestis.

Parmi ces édits, les quatre premiers se rapportent aux cognitores. Cela résultera de l'attribution à chaque n° que nous ferons plus loin des différents fragments des commentaires; mais cela résulte déjà de ce que, dans l'édit n° 6, on trouve un renvoi aux édits n° 1 et 2<sup>1</sup>. Viennent ensuite, sous les n° 5-8, quatre édits relatifs aux autres procédés de représentation<sup>2</sup> du *demandeur* (per procuratorem ou per actorem); d'après les inscriptions des fragments, l'édit n° 7 pourrait occuper le 8° rang; mais cela ne me paraît pas vraisemblable; en effet, si les édits relatifs à l'agere nomine municipum (n° 7) et à l'action aduersus municipes (n° 9) s'étaient fait suite, il est difficile de croire qu'Ulpien se serait occupé du premier au livre 9 et du second seulement au livre 10; il est bien plus vraisemblable que, dans ce cas, il les aurait réunis. L'édit n° 9, qui a attiré à sa suite l'édit n° 10, traite de la *defensio* des municipes; l'édit n° 10 s'occupe de la *defensio* des autres uniuersitates; il semble que, dans l'édit n° 11 de *negotiis gestis*, on ait eu également en vue les rapports du *defensor absentis* avec l'absent (arg. fr. 1 de N. G. (3. 5)) et que ce soit cette considération qui ait déterminé la place de cet édit. En conséquence, je considère comme légitime de mentionner les *defensores* à la fin de la rubrique de notre titre, conformément à la rubrique du Digeste (3. 3).

Avant d'en venir à l'étude des différentes clauses de l'édit dont l'existence est prouvée, il me paraît opportun de mettre en lumière tout ce que nous devons laisser de côté dans la recons-

<sup>1</sup> Conf., de plus, l'ordre des matières dans les Sentences de Paul I 2. 3 et dans les rubriques des

Frag. Vat. et du Code Théod.

<sup>2</sup> Voy. cependant, EISELE, *Cognitur und Procuratur* (1881), p. 77.

titution de l'édit, comme n'étant pas prouvé du tout ou comme l'étant d'une façon insuffisante.

1. En premier lieu, les édits sur les cognitores fournissent aux jurisconsultes l'occasion de nombreux développements qui ne sauraient être considérés comme un commentaire du texte même de l'édit : développements sur la forme de nomination du cognitor; sur différentes questions non réglementées par l'édit et relatives, soit à la capacité des intéressés, soit aux différentes sortes de litiges dans lesquels un cognitor peut intervenir; sur les rapports juridiques du cognitor et du mandant; sur la limite des pouvoirs du cognitor, etc. A cela se rapportent, par exemple, Ulp. 8 Frag. Vat. 318, fr. 8 pr. § 1 h. t., fr. 7 de in lit. iur. (12. 3), fr. 17 de nouat (46. 2)<sup>1</sup>, Paul. 8 Vat. 319, fr. 32, 42<sup>2</sup> h. t., fr. 86 de solut. (46. 3), fr. 112 de R. J. (50. 17)<sup>3</sup>, Gai. 3 fr. 39 de O. et A. (44. 7) cf. fr. 8 pr. in fin. h. t. Il sera parlé plus loin, quand l'occasion s'en présentera, d'autres textes encore se rapportant à ces matières. Nous trouvons des développements semblables, ne se rattachant pas aux termes de l'édit, dans les commentaires des édits sur les procuratores; ces développements constituent une introduction et un appendice ou bien encore se glissent, à l'occasion, dans le corps même du sujet. Tels sont : Ulp. 9 fr. 29, 31<sup>4</sup>, 33 pr. § 1. h. t., Paul. 9 fr. 51 de solut. (46. 3), Gai. 3 fr. 41 mandati (17. 1) et, en partie aussi, fr. 46 h. t.

2. RUDORFF (*E. P.* § 33) a admis, parallèlement à l'édit de abdicando uel mutando cognitore, un édit de abdicando uel mutando procuratore. Un tel édit n'a jamais existé et RUDORFF a été entraîné à cette erreur par la circonstance suivante : Ulpien, qui commente les autres édits sur les cognitores dans son livr. 8 ne s'occupe de l'édit de abdicando uel mutando cognitore qu'au livr. 9, consacré entièrement par ailleurs aux procuratores : RUDORFF a dès lors tenu pour exact le mot « procura-

<sup>1</sup> Delegare scriptura uel nutu... quis potest. L'opposition saute aux yeux.

<sup>2</sup> Le point d'attache pour le fr. 42 § 7 est le suivant : le créancier n'est tenu d'accepter de son débiteur qu'un cognitor in solidum.

<sup>3</sup> Nihil interest, ipso iure quis actionem non habeat an per exceptionem infirmetur. Le texte est peut-être

relatif aux effets de la litis contestatio (iudicio legitimo ou imperio continenti) à l'égard du représenté.

<sup>4</sup> Dans ce texte, Ulpien a en vue le procurator praesentis, bien plutôt que le cognitor, comme l'admet à tort KELLER, *Litiscontestation und Urteil*, p. 326.

tor » attribué par le Digeste à Ulpien dans son commentaire sur l'édit relatif à la *translatio*, tandis que ce mot est, ici encore, comme dans tout le livr. 8, interpolé pour « *cognitor* ». Il existe une preuve manifeste de la fausseté de la conception de RUDORFF. Si, en effet, il y avait eu deux édits sur la *translatio*, Ulpien aurait donné toutes ses explications relativement au premier et se serait borné, pour le second, à un simple renvoi. Au lieu de cela, Ulpien traite visiblement pour la première fois *ex professo* de la matière de la *translatio* dans les textes rapportés au § 28, textes tirés du livr. 9 ; et, dans le fr. 17 § 2 h. t., il fait un renvoi qui, étant donnée l'hypothèse envisagée, aurait nécessairement visé l'édit de *cognitor abdicando* uel *mutando*, si ce dernier avait fait l'objet d'explications antérieures, et qui, au lieu de cela, vise un autre édit sur les *cognitores*. Si l'on demande maintenant pourquoi il n'existait d'édit sur la *translatio* que pour le cas où un *cognitor* avait été nommé, la réponse est la suivante : c'est qu'au temps d'Hadrien<sup>1</sup>, un tel édit était inutile au regard du *procurator*. Le jugement rendu pour ou contre le simple *procurator* ne produisait pas d'effets pour ou contre le *dominus* : si ce dernier avait des objections fondées à soulever contre la façon dont le *procurator* avait conduit le procès, il pouvait, sans *translatio iudicii*, recommencer, soit immédiatement, soit plus tard, une nouvelle instance contre l'adversaire ; et si le *procurator* cherchait, par l'action *mandati* ou par l'action *negotiorum gestorum*, à faire passer les effets du premier procès sur la tête du *dominus*, ce dernier avait encore tout le temps de faire valoir ses objections.

3. L'édit contient des règles sur les conditions auxquelles les *procuratores* sont admis *ad agendum*. Il ne contient point de dispositions correspondantes relativement au *defensor*. Un mandat n'était point exigé du *defensor* et l'on n'appliquait pas davantage à ce dernier les règles limitatives de la capacité admises pour le *procurator ad agendum*. On séparait ces deux cas de propos délibéré. *Publice utile est*, dit Ulp. 9 au fr. 33 § 2 h. t., absentes *qui bus cum que defendi : nam et in capitalibus*

<sup>1</sup> Plus tard, les règles relatives au *cognitor* ont, ici comme ailleurs, été transportées au *procurator muni d'un mandat* Ulp. 9 fr. 27 pr. h. t. (la te-

neur du texte a été légèrement modifiée par les compilateurs dans le passage « *sed haec ita* »).

judiciis defensio datur : ubicumque itaque absens quis damnari potest, ibi quemuis uerba pro eo facientem et innocentiam excusantem audiri aequum est et ordinarium admittere. Et sur ce texte, le scholiaste remarque expressément : καὶ διὰ τοῦτο δύνανται τις, κἂν μὴ ἔχει μανδάτον κἂν ἄτιμος (infamis) ἐστι, δεφενδεύειν τὸν ἀπολιμπανόμενον. D'ailleurs, il va de soi que le prêteur pouvait néanmoins, soit d'office, soit sur la proposition du demandeur, écarter les personnes impropres à jouer le rôle de defensores. Tels étaient, par exemple, les femmes, les soldats, les accusés criminels. Mais l'incapacité des femmes en notre matière est présentée, dans le fr. 2 § 3 ad S. C. Vell. (16. 1), comme découlant de leur incapacité générale d'intercéder, et pas du tout comme venant d'une disposition spéciale de l'édit; nous ne trouvons pas davantage d'allusion à une telle disposition dans les autres textes qui traitent de l'aptitude à être defensor; la façon dont s'expriment ces textes indique bien plutôt qu'il n'existait pas, sur ce point, de prescriptions dans l'édit<sup>1</sup>. Dès lors, une seule question se pose, celle de savoir si l'édit ne contenait pas une clause permettant d'une manière générale l'admission des defensores. A cette question, il faut encore répondre négativement; tout ce que l'édit contenait relativement au point qui nous occupe, c'était le principe formulé, non pas à notre titre, mais au titre de *satisfando*, et d'après lequel celui qui, sans être *cognitor*, voulait défendre quelqu'un devait fournir une sûreté; dans les commentaires sur notre titre, cette obligation du defensor de donner caution est simplement mentionnée à l'occasion de l'édit n° 8.

4. Enfin, on peut encore se demander si les formules pour le représentant rapportées par Gai. IV 86. 87 n'étaient point proposées quelque part dans l'Édit. Je me bornerai à répondre que nous ne trouvons aucune trace de ces formules dans les commentaires et que leur rédaction pourrait très bien découler simplement d'une pratique prétorienne, sans avoir été fixée par l'Édit lui-même.

<sup>1</sup> Voy., par ex., const. 5, 7, 18 h. t.

## § 25. QUI NE DENT COGNITOREM

Ulp. 8<sup>1</sup>, Paul. 8<sup>2</sup>, Gai. 3<sup>3</sup>.

Fr. Vat. 322 (ict. 323) :

Uerba autem edicti haec sunt : Alieno nomine item per alios agendi potestatem non faciam in his causis, in quibus ne dent cognitorem neue dentur edictum comprehendit.

Gai. IV. 124 :

... si is, qui per edictum cognitorem dare non potest, per cognitorem agat . . . . .

La seule cause qui fit perdre le droit de plaider par cognitor était, autant que nous pouvons le voir, *l'infamie* ; conf. Inst. Just. § 11 de except. (4. 13) :

... exceptiones quae olim procuratoribus propter infamiam uel dantis uel ipsius procuratoris opponerentur...

Le préteur ne s'est pas borné ici à renvoyer à l'édit de postulando en y ajoutant quelques dispositions complémentaires. Il a dressé un nouveau catalogue des cas d'infamie, se suffisant entièrement à lui-même. Le Frag. Vat. 320 contient une partie de ce catalogue<sup>4</sup> :

Sequuntur haec uerba : ET QUI EAM, QUAM IN POTESTATE HABET, GENERO MORTUO, CUM EUM MORTUUM ESSE SCIRET<sup>5</sup>, IN MATRIMONIUM CONLOCAUERIT EAMUE SCIENS UXOREM DUXERIT<sup>6</sup>, ET QUI EUM, QUEM IN POTESTATE HABERET, EARUM QUAM UXOREM DUCERE PASSUS FUERIT : QUAEUE UIRUM PARENTEM LIBEROSUE SUOS, UTI MORIS EST, NON ELUXERIT<sup>7</sup> : QUAEUE CUM IN PARENTIS SUI POTESTATE NON ESSET, UIRO MORTUO, CUM EUM MORTUUM ESSE SCIRET, INTRA ID TEMPUS, QUO ELUGERE UIRUM MORIS EST, NUPSERIT<sup>8</sup>.

<sup>1</sup> Fr. 15, 17, 19, 23 de his qui not. (3. 2). Probablement aussi Frag. Vat. 320, 321.

<sup>2</sup> Fr. 10, 16 eod. Conf. aussi plus bas p. 104. n. 1.

<sup>3</sup> Fr. 18 eod.

<sup>4</sup> Ce passage se rapporte bien à notre matière et non pas à l'édit de postulando. KARLOWA, le premier, (*Zschr. f. R. G.* IX, p. 220 et ss.) l'a démontré d'une façon si décisive que je juge inu-

tile de revenir ici sur ce point plus que je ne l'ai fait dans le texte.

<sup>5</sup> *Ins.* : intra id tempus quo elugere uirum moris est, antequam uirum elugeret. Conf. fr. 1 de his qui not. (3. 2).

<sup>6</sup> *Ins.* : non iussu eius, in cuius potestate est. Conf. fr. 1 de his qui not. (3. 2).

<sup>7</sup> Fr. Vat., § 321.

<sup>8</sup> Gordian. const. 15 ex quib. caus. inf. (2. 11 [12]).

Le fragment cité ici compte des femmes parmi les infâmes<sup>1</sup>; c'est la preuve irréfragable qu'il se rapporte bien à notre matière. En effet, en ce qui concerne la postulatio et l'acceptation du rôle de cognitor (ainsi que nous le montrerons plus bas), les femmes étaient incapables à raison même de leur sexe et sans qu'on eût à se préoccuper de leur infamie; notre rubrique est, par conséquent, la seule à laquelle le fragment puisse se rapporter. Dans les commentaires, Ulp. 8 fr. 23 de his qui not. (3. 2)<sup>2</sup>, et Paul. 8 fr. 10 eod. ont trait, sans aucun doute, au passage que nous venons de citer.

Mais les commentaires indiquent de plus deux autres cas d'infamie relatifs à notre matière. Ulp. 8 fr. 15 de his qui not. (3. 2):

Notatur quae per calumniam uentris nomine in possessionem missa est. . . .

Ulp. 8 fr. 17 eod.

. . . . sed ea notatur, quae, cum suae potestatis esset, hoc facit.

Comp. également Paul. 8 fr. 16 eod. et Gai. 3 fr. 18 eod. Enfin on lit dans Ulp. 8 fr. 19 eod. :

. . . qui calumniae causa passus est filiam, quam in potestate habebat, in possessionem uentris nomine mitti.

Au reste, il est très probable que tous les autres cas d'infamie de l'édit de postulando étaient reproduits ici. Le but de notre édit était simplement, je crois, de rendre les procès plus difficiles aux infâmes en les privant du droit de plaider par représentants<sup>3</sup>. Etant donné ce point de vue, l'on comprend qu'il n'y avait guère lieu d'apporter de changement à la liste d'infâmes précédemment dressée.

<sup>1</sup> Ceci est nié, il est vrai, par WENCK (*Praef. ad Hauboldi opuscula* I, p. XXXII et ss.) et par RUDORFF (*Zschr. f. R. G.* IV, p. 53 et ss.). Mais voyez, contrairement à ces auteurs, KARLOWA, *loc. cit.* p. 227 et ss.

<sup>2</sup> Dans l'esprit d'Ulpien, ce texte veut dire que l'obligation au deuil existe seulement pour les femmes : arg. fr. Vat. § 321, fr. 25 de his qui not. (3. 2).

<sup>3</sup> Voy. dans SAVIGNY, *System* II, p. 218, une autre explication à laquelle je

m'étais rallié dans l'édition allemande. Contre cette conception, voyez le raisonnement concluant de DEBRAIS, *Représentation en justice* (Thèse, Paris 1892) p. 112, dont le propre système ne saurait être suivi. D'autres hypothèses inadmissibles sont combattues par KARLOWA, *loc. cit.*, p. 222 et ss. Ce dernier pense que les prohibitions de l'édit se rattachent à l'idée générale d'une diminution de la capacité d'ester en justice (« Idee minderer prozesualer Rechtsfähigkeit »).

L'on peut se demander si l'édit qui nous occupe ne prohibait pas en outre expressément la représentation dans certaines catégories de procès. Dans le fait, on pourrait, peut-être, rattacher à notre édit ce que les commentaires contiennent sur ce point relativement aux actions populaires<sup>1</sup>. Mais comme l'exclusion de la représentation dans les actions populaires résulte presque nécessairement de leur nature; comme elle a pu, en conséquence, être facilement consacrée par la pratique et la doctrine et qu'il n'est fait nulle part, sur ce point, de renvoi à l'édit<sup>2</sup>, je crois préférable de se décider pour la négative.

### § 26. QUI NE DENTUR COGNITORES.

Ulp. 8. <sup>3</sup>, Gai. 3 <sup>4</sup>.

Fr. Vat. 322 (ict. 323) :

Uerba autem edicti haec sunt : Alieno nomine item per alios agendi potestatem non faciam in his causis in quibus ne dent cognitorem neue dentur edictum comprehendit.

L'édit faisait une distinction entre les raisons pour lesquelles on était incapable d'être cognitor : certaines personnes ne pouvaient pas devenir cognitores même avec le consentement de l'adversaire; d'autres ne le pouvaient pas, seulement quand elles étaient repoussées par lui.

A la première catégorie appartenait tout d'abord les soldats<sup>5</sup>, auxquels on interdisait de devenir cognitores non dans l'intérêt de la partie adverse, mais pour des raisons d'intérêt général<sup>6</sup>.

Ulp. 8 fr. 8 § 2 h. t. :

Milites autem, nec si uelit aduersarius, *cognitores* [D. : procuratores] dari possunt . . . , excepto eo qui in rem suam<sup>7</sup> *cognitor* [D. : procurator] datus est uel qui communem causam omnis sui numeri persequatur uel suscipit . . .

<sup>1</sup> Paul. 8 fr. 1, 5 de popul. act. (47. 23), fr. 42 pr. h. t. Conf. frag. Vat. 340.

<sup>2</sup> Une seule chose est étrange; c'est que, dans l'édit cité au fr. Vat. 322, il soit parlé de « causis in quibus », ne dent cognitorem neue dentur, edic-

tum comprehendit. Conf. cependant l'explication donnée dans fr. Vat. 323.

<sup>3</sup> Fr. 8 § 2 h. t.

<sup>4</sup> Fr. 7 de postul. (3. 1).

<sup>5</sup> C. 13 h. t. : « ratio perpetui edicti »

<sup>6</sup> C. 7, 9 h. t., c. 31 de loc. (4. 65).



A cela se rapporte Thalel. sur la const. 7 h. t. dans les Basil. VIII, 2, 81 (d'après Heimbach) :

. . . . in aliis personis (ἐν μὲν ἄλλοις τισὶ προσώποις) prohibitis praetor addidit eos non inuito aduersario fieri procuratores : sed in milite insuper adiecit eum uel uolente aut permittente aduersario ad alienam litem accedere.

Etant donné, d'après cela, que les soldats étaient écartés *d'office* par le préteur, il est étrange que Justinien, au § 11 des Inst. de except. (4. 13), indique comme cas d'exceptions procuratoriae l'hypothèse suivante : « ueluti si per militem uel mulierem agere quis uelit ». D'après l'opinion dominante, en effet, le préteur n'insérait jamais une exception d'office, mais seulement sur la proposition du défendeur. Nous verrons bientôt si cette opinion est fondée. Bornons-nous ici à la remarque suivante : d'après la const. 13 h. t., la praescriptio militiae avait du moins ceci de commun avec les exceptions, que l'incapacité du soldat pouvait être invoquée seulement *avant* la litis contestatio<sup>1</sup>. Il y avait, évidemment, à cela une bonne raison : comment aurait-on pu, en effet, pour un simple scrupule de forme, faire annuler tout le procès ? Quant à la discipline militaire, on pouvait lui satisfaire en punissant le coupable.

Justinien, au § 11 des Inst. cit., indique, comme second exemple d'exceptio procuratoria basée sur l'incapacité du représentant, le cas suivant : « si per mulierem agere quis uelit ». Il est bien certain que les *femmes* étaient incapables de jouer le rôle de cognitor, si ce n'est in rem suam (conf. Sentences de Paul, I 2 § 2 et const. 4, 18 h. t.). Mais cet exemple a dû, comme le premier, être fabriqué par les auteurs des Institutes, si l'opinion dominante dont nous avons parlé tout à l'heure est exacte. Car l'incapacité des femmes, pas plus que celle des soldats, n'a sa cause dans l'intérêt de l'adversaire ; elle découle bien plutôt d'idées de convenance propres aux Romains, c'est-à-dire de la même considération qui a fait défendre aux femmes de postuler. Il devait donc entrer dans l'office du préteur de les écarter ici.

La plupart des cas d'*infamie*<sup>2</sup> appartiennent à la même

<sup>1</sup> Conf. aussi fr. 8 § 2 h. t., où les mots « nisi hoc tempore litis contestatae quocumque casu praetermissum est », bien que probablement interpolés, ne

contiennent certainement aucune innovation de Justinien.

<sup>2</sup> Fr. Vat. 324, Inst. § 11 de except. (4. 13).

catégorie que celui des soldats et des femmes. Un infâme qui était incapable de postuler, se voyait, lorsqu'il tâchait de se faire *cognitor*, repoussé d'office par le préteur<sup>1</sup>, absolument comme les femmes, et il ne pouvait point être habilité par le consentement de l'adversaire. Conf. Sent. de Paul I 2 § 1 :

Omnes infames, qui postulare prohibentur, cognitores fieri non posse, etiam uolentibus aduersariis.

Et ce passage est confirmé par Gai. 3 fr. 7 de postul. (3. 4) texte qui, d'après son inscription, était consacré à l'examen de notre question :

Quos prohibet praetor apud se postulare, omnimodo prohibet, etiamsi aduersarius eos patiatur postulare.

En conséquence, et toujours en tenant pour fondée l'opinion dominante, il ne resterait, comme domaine de l'*exceptio cognitoria*, que les cas d'infamie *n'entraînant point* après eux l'incapacité de postulare pro alio, les cas d'infamies *spéciaux* de notre édit; il en existait, sans aucun doute, un certain nombre : c'est ainsi notamment que la condamnation pour calumnia dans les procès *civils*<sup>2</sup> et la condamnation dans *tout* iudicium publicum<sup>3</sup> devaient figurer ici. Mais devons-nous vraiment restreindre à ces cas l'*exceptio cognitoria*<sup>4</sup>? Avons-nous le droit de rejeter le témoignage exprès des Institutes? L'opinion dominante sur les exceptions est-elle fondée? Je crois qu'à ces questions il faut répondre non. Il n'est peut-être pas d'un grand poids que les Byzantins confirment le renseignement donné par Justinien<sup>5</sup>; car on comprend aisément qu'ils suivaient ici les Institutes. Mais ce renseignement me semble en lui-même digne de foi. Certes, il eût été avantageux pour le demandeur que le préteur connût

<sup>1</sup> Il semble, d'après les Sent. de Paul, I, 2 § 3, qu'aucune exception n'était ici faite en faveur de celui qui voulait être *cognitor in rem suam* : in rem suam *cognitor procurator* ille fieri potest qui pro omnibus postulat. Cela ne peut se rapporter qu'aux infâmes et a trait à la question de savoir si un infâme, qui peut postuler pour certaines personnes, peut être nommé *cognitor in rem suam* par d'autres que celles-ci.

<sup>2</sup> Arg. fr. 15, 19 de his qui not. (3. 2).

<sup>3</sup> Fr. 7 de iud. publ. (48. 1).

<sup>4</sup> Dans les cas où un infâme, par ailleurs incapable de postuler, pouvait exceptionnellement postulare pro alio, nul, sans doute, ne pouvait mettre obstacle à ce qu'il fût *cognitor*, ni le préteur, d'office, ni l'adversaire, en le demandant au magistrat. Voy. KARLOWA, *loc. cit.*, p. 221 n. 28.

<sup>5</sup> Conf. Theophil. sur Inst. § 11 de excep. (4. 13), Theodor. et Thalel. sur c. 13 h. t.

toujours lui-même, de la capacité du cognitor et refusât l'actio en constatant un cas d'incapacité. Une telle solution était préférable pour lui à celle qui consistait à transmettre au juge, par voie d'exception, l'examen de cette question : car, en laissant se produire la *litis contestatio*, le prêteur faisait courir au demandeur le danger de perdre son procès, si le juge ne trouvait pas l'exception fondée, et celui de perdre en même temps son droit par suite de l'effet extinctif de la *litis contestatio*<sup>1</sup>. Mais je ne vois pas du tout pourquoi le prêteur aurait usé d'un tel ménagement quand le demandeur avait désigné pour cognitor un infâme incapable de postuler et pourquoi il n'en aurait pas usé quand le cognitor appartenait à une autre catégorie. Dans les deux cas, le prêteur n'avait ni plus ni moins de raisons pour ne pas connaître lui-même de l'incapacité et pour laisser à la charge du demandeur les suites de son imprévoyance. L'opinion, d'après laquelle *toutes* les exceptions étaient données à la demande du défendeur, n'a pas, à ma connaissance, de point d'appui dans les sources<sup>2</sup>.

Avec ces trois catégories, soldats, femmes, personnes infâmes, avons-nous épuisé les cas d'incapacité prévus par l'édit? On ne peut donner à cette question de réponse absolument certaine. Mais si l'on considère que l'incapacité d'être cognitor est une conséquence presque nécessaire de l'incapacité de postuler pro alio, il devient très vraisemblable que, non seulement dans le cas des femmes et des infâmes, mais *partout* où la seconde incapacité existait, la première devait aussi se rencontrer. L'édit a peut-être, dans une courte clause, déclaré tous ceux qui étaient incapables de postuler incapables, dans la même mesure, d'être cognitores. Justinien aura effacé cette clause, parce qu'il voulait laisser de côté les infâmes (Inst. § 11 de except. (4).

<sup>1</sup> Conf. Schol. sur Bas. VIII, 2, 78 : Οὐδαμῶς δέ οἶδα τοῦτο τὸ νόμιμον ἀναγνῶνός, ὅτι ὁ ἀχρήστως δοθεὶς προκουράτωρ οὐ δαπανᾷ τὴν δίκην οὐδὲ καταφέρει αὐτήν κτλ.

<sup>2</sup> L'on pourrait encore invoquer contre l'exemple donné aux Institutes la considération suivante : c'est qu'il est presque impossible de construire l'hypothèse de l'exceptio cognitoria tendant à écarter les femmes du rôle

de cognitor : car, sauf dans des cas très exceptionnels, il ne peut y avoir de discussion sur le sexe du cognitor. Comme hypothèse pratique, où cette exceptio pouvait fonctionner, il est, cependant, permis de penser à celle où il y avait discussion pour savoir si la femme avait été nommée cognitor in rem suam ou in rem alienam (« si Titiae mandatum est, ut in rem suam agat » ou quelque chose d'approchant).

13)); et, par là, s'explique aussi pourquoi, dans nos sources, l'incapacité des femmes en ce qui touche la représentation judiciaire n'est nulle part directement rattachée à une décision de l'édit. De cette clause, pouvait découler l'incapacité où étaient les *sourds* d'être cognitores (arg. fr. 43 pr. h. t.), tandis que celle des *muets* (*loc. cit.*) devait découler d'une clause particulière ou bien de la pratique.

§ 27. DE COGNITORE AD LITEM SUSCIPIENDAM DATO.

Ulp. 8<sup>1</sup>, Paul. 8<sup>2</sup>, Gai. 3<sup>3</sup>.

Ulp. 8 fr. 8 § 3 h. t.:

COGNITOREM<sup>4</sup> AD LITEM SUSCIPIENDAM<sup>5</sup> DATUM, PRO QUO CONSENTIENTE<sup>6</sup> DOMINUS IUDICATUM SOLUI EXPOSUIT, praetor ait, IUDICIUM ACCIPERE COGAM.

Conf. fr. Vat. 340<sup>3</sup>, texte qui, malgré l'état malheureusement très fragmentaire dans lequel il nous est parvenu, doit être certainement considéré comme ayant trait à notre édit.

§ 28. DE COGNITORE ABDICANDO UEL MUTANDO.

Ulp. 9<sup>7</sup>, Paul. 8<sup>8</sup>, Gai. 3<sup>9</sup>.

Fr. Vat. 341<sup>10</sup> :

. . . *deinde propositum est edictum de pluribus speciebus, quo de iudicio ab alio ad alium transferendo cauetur: quod edicto praetor prospiciendum esse putavit, ut domino praes-*

<sup>1</sup> Fr. 8 § 3, fr. 10, 13, 15 h. t.

<sup>2</sup> Fr. 11, 14 h. t. A ceci se rapporte également le fr. 36 eod.: la « defensio » dont il est question dans ce texte décharge le cognitor de l'obligation indiquée au fr. 8 § 3.

<sup>3</sup> Fr. 9 et probablement aussi fr. 12 h. t. Dans l'édition allemande, ce fr. 12 est rapporté à autre chose.

<sup>4</sup> D. : procuratorem. Interpolation certaine et reconnue depuis longtemps; c'est seulement en faveur du cognitor, non du procurator, que le dominus fournit la cautio indicatum solui. Gai. IV 101, Fr. Vat. 317.

<sup>5</sup> Ulp. 8 fr. 15 § 1 h. t. (les mots « duplici cautela interponenda » de la

fin du texte doivent être considérés comme interpolés).

<sup>6</sup> Ulp. 8 fr. 15 pr. h. t.

<sup>7</sup> Fr. 17, 19, 23, 25, 27 h. t. Sur le fr. 27, conf. p. 100 n. 1.

<sup>8</sup> Fr. 16, 20, 22, 24, 26 h. t.

<sup>9</sup> Fr. 21, 46 pr. h. t. Dans le fr. 46, les compilateurs ont fait une salade de divers passages pris dans Gai. 3: le pr. se rapporte aux édits sur les cognitores, la suite, aux édits sur les procuratores.

<sup>10</sup> Restitué de façon différente par HUSCHKE, dans *Jurisprud. anteiust.*, par RUDORFF, *E. P.* § 29 et MOMMSEN dans *Coll. libr. iur. anteiust.* Mais le sens de l'édit reste le même dans tous les cas.

*taret facultatem uel a cognitore in se ipsum uel ab alio ad alium cognitorem iudicium transferendi. Ipso enim iure, cum per litis contestationem lis cognitoris sit effecta iudiciumque semel constitutum dominus dumtaxat<sup>1</sup> possit transferre, non nisi ipsi cognitori translatio conceditur<sup>2</sup>. Verba autem edicti talia sunt : EI QUI COGNITOREM DEDERIT, CAUSA COGNITA PERMITTAM EUM ABDICARE UEL MUTARE. His verbis non solum ipsi qui dedit hoc permittitur, sed etiam heredi eius. Abdicare autem cognitorem.....*

Ulp. 9 fr. 17 pr. h. t. :

Post litem . . . contestatam reus qui *cognitorem* (D. : procuratorem) dedit, mutare quidem eum uel in se litem transferre a uiuo *cognitore* (D. : procuratore) uel in ciuitat manente potest, causa tamen prius cognita.

La façon dont Ulpien s'exprime dans ce dernier texte fait supposer que, dans une seconde clause, était prévue la translatio iudicii mortuo<sup>3</sup> uel capite deminuto cognitore ; c'est à cette pluralité de clauses que je rapporte les mots « de pluribus speciebus » qu'on lit au début du § 341 des Frag. Vat.

#### § 29. QUIBUS ALIENO NOMINE AGERE LICEAT.

Ulp. 9<sup>4</sup>, Paul. 9<sup>5</sup>, Gai. 3<sup>6</sup>.

En tête des édits relatifs aux procuratores, je crois devoir placer celui où le prêteur indique quelles personnes, abstraction faite des cognitores, il admettra à représenter le demandeur. Chez RUDORFF et chez les auteurs plus anciens, on ne trouve point d'édit général de cette nature ; par contre, RUDORFF<sup>7</sup> place au second rang une clause par laquelle le droit est reconnu à certains proches parents d'intenter une action au nom d'autrui, en dehors de tout mandat. Il est certain que les proches pouvaient inten-

<sup>1</sup> Je suppose que dans le manuscrit on doit lire D T.

<sup>2</sup> Fr. 8 § 3 mand. (17. 1), fr. 4. i. f. de appell. (49. 1), c. 8, 11, 22 h. t.

<sup>3</sup> Cf. c. 7 C. Theod. h. t. (2. 12); cf. fr. 8 § 1 de fideiuss et nomin. (27. 7), c. 4 de in lit. iur. (5. 53).

<sup>4</sup> Fr. 1, 3 h. t., fr. 4 de adm. et per. (26. 7), fr. 5 de postul. (3. 1).

<sup>5</sup> Fr. 24 de adm. et per. (26. 7).

<sup>6</sup> Fr. 46 § 7, 48 h. t.; fr. 13 de cur fur. (27. 10); fr. 113 de R. I (50. 17). Le fr. 48 cit. contredit le fr. 46 cit. : le premier de ces textes ne contient pas, à mon sens, l'opinion propre de Gaius, mais rapporte l'idée de Julien. Gaius indique dans le fr. 113 de R. I. le motif de son opinion (in toto et pars continetur).

<sup>7</sup> Conf. Zschr. f. R. G. IV p. 74, E. P. § 31.

ter un procès sans mandat et qu'il en était ainsi en vertu d'une disposition de l'édit.

Ulp. 9 fr. 35 pr. h. t. :

Sed et hae personae [procuratorum] debebunt defendere, quibus sine mandatu agere licet: ut puta liberi, licet sint in potestate, item parentes et fratres et adfines et liberti.

Ulp. 77 fr. 3 § 3 iud. solui (46. 7) :

Sed et si forte ex liberis uel parentibus aliquis interueniat uel uir uxoris nomine, a quibus mandatum non exigitur...

Ce à quoi le jurisconsulte, parlant de ces personnes, ajoute : quod enim eis agere permittitur edicto praetoris.....

Conf. en outre Ulp. 9 fr. 40 § 4 h. t.

L'hypothèse de RUDORFF est donc très juste en soi. Mais il me semble que le contenu que cet auteur assigne à l'édit est beaucoup trop étroit. Nous savons tout d'abord de façon certaine que le préteur avait concédé expressément au tuteur le droit d'agir pour son pupille ; fr. 3 § 5 iudic. solui (46. 7) :

Edicto praetoris illi tutori agendi facultas datur, cui a parente maioreue parte tutorum eoue [D. : eorumue] cuius ea iurisdictio fuit, tutela permissa erit.

Conf. fr. 3 pr. de post. (3. 1).

A cette clause se rapportent Ulp. 9 fr. 4 de adm. et per. (26. 7), fr. 5 de post. (3. 1), peut-être aussi fr. 2 de adm. et per. (26. 7), Paul. 9 fr. 24 de adm. et per. (26. 7), Gai. 3 fr. 13 de curat. fur. (27. 10)<sup>1</sup>.

De plus, le préteur devait admettre expressément le procurator à la représentation judiciaire et cela d'un mot, sans définir ce que c'est qu'un « procurator », sans dire, en particulier, que c'est un mandataire. C'est seulement ainsi que peuvent s'expliquer les controverses qui se sont élevées entre les jurisconsultes romains sur la nature du procurator admis à représenter quelqu'un en justice<sup>2</sup>. A cette clause se rattachaient sans doute les développements d'Ulp. 9 fr. 1. 3 h. t. et de Gai. 3 fr. 46 § 7, 48 h. t. Comme la rédaction *normale* de l'*exceptio*

<sup>1</sup> Du fr. 13 cit. rapprochez le fr. 3 pr. de post. (3. 1) : « aut ab eo cuius de ea re iurisdictio fuit ea tutela curatioe data est ».

<sup>2</sup> Conf. Gai. IV 84, Ulp. 9 fr. 1 § 1

h. t. La restitution de l'édit tentée dans l'édition allemande ne tenait pas compte de ce point. Elle a été réfutée par NABER, *Mnemosyne* NS XVII p. 388 et ss.

procuratoria résultant du défaut de pouvoir du représentant devait reproduire les termes de notre édit, il faut admettre qu'elle ne disait pas, comme on l'a cru jusqu'ici sans raison décisive, « si mandatum est », mais probablement « si A° A° Lucii Titii procurator est »<sup>1</sup>. Il est facile de comprendre qu'il ne nous soit pas resté grand'chose des commentaires sur cette matière : car, au temps de Justinien, tout ce qui touchait au point de savoir quand un procurator était fondé à agir en justice n'était plus réglé par l'Édit, mais par la const. 3. C. Th. h. t. = Consult. uet. iurisc. 3, 13 = const. 24 C. Just. h. t. (a. 382)<sup>2</sup>.

Quels étaient ces proches parents qu'on pouvait représenter sans même être leur procurator? La liste qu'en donnait notre édit était sans doute copiée sur celle contenue dans l'édit de postulando (conf. fr. 1 § 14, fr. 3 pr. de post. (3.1)). Sur la rédaction de notre clause, nous ne savons rien<sup>3</sup>. Mais elle ne devait pas dire expressément qu'aucun mandat n'était exigé de ces représentants ; les jurisconsultes, en effet, font ressortir cette règle d'une antithèse, parce qu'ils admettaient, en principe, que le procurator doit être muni d'un mandat. Du moment que l'édit ne parlait nulle part de mandat relativement au procurator, il n'avait point à déclarer que ce mandat était ici superflu.

§ 30. *QUIBUS ALIENIO NOMINE, ITEM PER ALIOS  
AGERE NON LICEAT.*

Ulp. 9<sup>4</sup>, Paul. 9<sup>5</sup>.

Fr. Vat. 322<sup>6</sup> :

Verba autem edicti haec sunt : ALIENO, inquit, NOMINE  
ITEM PER ALIOS AGENDI POTESTATEM NON FACIAM IN HIS CAUSIS,  
IN QUIBUS NE DENT COGNITOREM NEUE DENTUR EDICTUM COMPRE-  
HENDIT.

Fr. Vat. 323 :

Quod ait « alieno nomine, item per alios » breviter repetit  
duo edicta cognitoria....

Conf. aussi Gai. IV, 182.

<sup>1</sup> Conf. plus bas § 271.

<sup>2</sup> BüLOW, *Prozessenreden und Prozessvorausss.*, p. 75, et particulièrement EISELE, *Cognitur und Procuratur*, p. 218 et ss.

<sup>3</sup> La restitution de НАВЕРН, *loc. cit.*,

est, à plusieurs points de vue, inacceptable.

<sup>4</sup> Ulp. 9 fr. 33 § 2 h. t.

<sup>5</sup> Fr. 41, 43 pr. § 1 h. t.

<sup>6</sup> L'inscription de ce texte est douteuse. Cf. MOMMSEN, *ad h. l.*

Paul. 9 fr. 41, 43 pr. § 1 h. t.<sup>1</sup> contient un commentaire sur cet édit. L'explication donnée par Ulp. 9 fr. 33 § 2 ne constitue pas un commentaire de notre édit, mais a été occasionnée par lui<sup>2</sup>.

RUDORFF (*E. P.* § 30) admet, d'après ses citations, que l'édit mentionnait expressément le droit accordé aux femmes adultes de nommer un procurator sans le concours de leur tuteur (fr. Vat. 325-327). Ce droit n'est indiqué nulle part comme découlant de l'édit et il est bien plus vraisemblable que le préteur avait laissé à la doctrine le soin de trancher cette question, comme, d'une façon générale, tout ce qui touchait à la capacité pour la femme d'agir seule. La façon dont s'exprime le fr. Vat. 326 in fin. confirme notre opinion : « procuratorem... posse facere nulli dubium est ».

### § 31. QUIBUS MUNICIPUM NOMINE AGERE LICEAT.

Ulp. 9<sup>3</sup>, Paul. 9<sup>4</sup>.

Ulp. 10 fr. 7 quod cuiusc. uniu. (3. 4) :

Sicut municipum<sup>5</sup> nomine actionem praetor dedit, ita rel.

Ulp. 9 fr. 3 eod.:

Nulli permittitur nomine ciuitatis uel curiae experiri nisi ei, cui lex permittit aut lege cessante ordo dedit<sup>6</sup>, cum duae partes adessent aut amplius quam duae<sup>7</sup>.

L'existence et le contenu d'un édit déterminant les règles d'après lesquelles on pouvait intenter une action municipum nomine sont rendus certains par les textes cités ci-dessus; mais la place de cet édit dans l'Album est, par contre, douteuse. Dans tous les cas, il était placé *avant* les édits dont s'occupe Ulpien au

<sup>1</sup> Sur ce dernier texte, conf. Bülow, *loc. cit.*, p. 42 n. 24 et, en sens contraire, Wlassak, *Zur Geschichte d. Cognitur* (1893) p. 47.

<sup>2</sup> Ulp. 9 fr. 33 pr. § 1 h. t., fr. 17 de tutor. et curat. (26. 5) constituent vraisemblablement une partie des explications générales du jurisconsulte sur les procuratores et ne sont point du tout un commentaire de notre édit; on remarque en effet dans ces textes des expressions qui montrent qu'ils ne se rapportent point à l'édit lui-

même : aiunt, uerum est, Pomponius scribit, non dubitamus.

<sup>3</sup> Fr. 3, 5 quod cuiuscumque uniu. (3. 4), fr. 41 de A. R. D. (41. 1).

<sup>4</sup> Fr. 4, 6 pr. — § 2 eod. (3. 4), fr. 18 de V. S. (50. 16).

<sup>5</sup> Paul. 9 fr. 18 de V. S.

<sup>6</sup> 1<sup>o</sup> rob. frag. d'Einsiedeln 23: D. D. = decreto decurionum ?

<sup>7</sup> Paul. 9 fr. 4, 6 pr. — § 2 quod cuiusc. uniu. (3. 4). Conf. Table de Malaca, c. 68.



livr. 10, puisque Ulp. 10 fr. 7 pr. cit. renvoie déjà à lui et que, dans ce livre, il est seulement question de l'action dirigée aduersus municipales (voy. § 33). Mais était-il commenté par Ulpien au livr. 8 ou au livr. 9? Sur ce point le doute est possible, puisque, en dehors du texte cité tiré d'Ulp. 9, nous avons encore deux fragments d'Ulpien tirés, d'après leurs inscriptions, du livr. 8 et qui se rapportent à la représentation active des municipales : ce sont les fr. 2 et 3 quod cuiusc. uniu. (3. 4). Mon opinion est déterminée avant tout par le parallèle que nous fournit le commentaire de Paul, où notre édit n'est certainement traité qu'au livr. 9; elle l'est ensuite par cette circonstance que le contenu propre de notre édit n'est indiqué par Ulpien qu'au livr. 9; elle l'est enfin par cette considération que nous trouvons traitée dans Ulp. 9 fr. 41 de A. R. D. (41. 1) une question spéciale qui pouvait trouver sa place là seulement où la nature de notre édit était étudiée ex professo : c'est la question de savoir quels étaient les droits des ciues sur les statuae in ciuitate positae. Le fr. 2 cit., dont l'inscription porte qu'il est tiré de Ulp. 8, est ainsi conçu :

Si municipales uel aliqua uniuersitas ad agendum det actorem, non erit dicendum quasi a pluribus datum sic haberi : hic enim pro re publica uel uniuersitate interuenit, non pro singulis.

Ce fragment peut très bien avoir été écrit à l'occasion des explications données sur le cognitor a pluribus datus<sup>1</sup>. Pour ce qui est du fr. 5 cit., il est vraisemblable que son inscription est fautive et qu'il faut lire Ulp. VIII au lieu de Ulp. VIII. Dans tous les cas, un point reste incertain : celui de savoir si notre édit était placé avant ou après l'édit examiné dans le paragraphe précédent.

§ 32. DE DEFENDENDO EO, CUIUS NOMINE QUIS AGET, ET DE SATISDANDO.

Ulp. 9<sup>2</sup>, Paul. 9<sup>3</sup>, Gai. 3<sup>4</sup>, Jul. 3<sup>5</sup>.

Ulp. 9 fr. 33 § 3 h. t. :

<sup>1</sup> Conf. par ex., fr. 42 § 6 de procur. (3. 3).

<sup>2</sup> Fr. 33 § 3 — ult., fr. 35, 37, 39, 40 h. t. (3. 3); fr. 9 de iudic. (5. 1) cf. fr. 35 § 2 h. t.; fr. 2, 23 de adm. et peric. (26. 7), fr. 9 rat. rem hab. (46.

8). Le fr. 35 § 1 semble intercalé.

<sup>3</sup> Fr. 43 § 2 — ult., fr. 45 h. t. Le fr. 45 § 1 paraît avoir été tronqué.

<sup>4</sup> Fr. 34, 46 § 1 — 3 h. t.

<sup>5</sup> Cit. fr. 35 § 3 h. t.; fr. 75 eod.; cit. fr. 3 de except. rei iud. (44. 2).

Ait. praetor : CUIUS NOMINE QUI<sup>1</sup> ACTIONEM DARI SIBI POSTULABIT<sup>2</sup>, IS EUM UIRI BONI ARBITRATU DEFENDAT<sup>3</sup> : ET EI QUOCUM AGET QUO NOMINE AGET ID RATUM HABERE EUM AD QUEM EA RES PERTINET, BONI UIRI ARBITRATU SATISDET<sup>4</sup>.

Conf. Gai. IV, 98, Paul. Sent. I in Consult. uet. iurisc. III 6-9, Fr. Vat. 335, 336<sup>2</sup>, 337.

Les tuteurs et curateurs intentant une action pour les incapables qu'ils représentent tombaient aussi, aux termes de l'édit, sous le « cuius nomine quis actionem dari sibi postulabit » ; c'est ce qui résulte de Gai. IV 99 :

Tutores et curatores eo modo quo et procuratores satisfacere debere uerba edicli faciunt.

Une pratique plus récente les déchargea de l'obligation de donner caution : c'est à cela que se rapporte Ulp. 9 fr. 23 de adm. et peric. (26. 7), fr. 9 ratam rem haberi (46. 8). Le fr. 2 de adm. et peric. (26. 7) peut aussi avoir trait à cette question. Le proemium, s'il en est ainsi, indique le fondement de cette pratique : elle vient des règles nouvelles admises, après la promulgation de l'Édit, relativement à l'actio iudicati.

### § 33. QUOD ADUERSUS MUNICIPES AGATUR.

Ulp. 10<sup>5</sup>, Gai. 3<sup>6</sup>.

Ulp. 10 fr. 7 pr. quod cuiusc. uniu. (3. 4) :

Sicut municipum nomine actionem praetor dedit, ita et aduersus eos iustissime edicendum putauit....

En dehors de ce passage, Ulp. 10 s'occupe encore, dans les fr. 27 de R. C. (12. 1), fr. 4 quod iussu (15. 4) et fr. 4 de ui (43. 16), des actions dirigées contre les municipes. Ces textes

<sup>1</sup> BETHMANN-HOLLWEG, C. P. II p. 421, et RUDORFF, E. P. § 32 intercalent après les mots praetor cognitorum. C'est conforme au sens, mais contraire à la forme de l'édit ; c'est en tout cas superflu ; il n'est plus question ici de cognitores et le besoin ne se faisait pas sentir d'expliquer que la règle posée dans cet édit leur était étrangère. Voy. EISELE, *Cognitur und Procurat.* p. 95 n. 63 et BRINZ, *ZRG.* XVII, p. 174.

<sup>2</sup> Ulp. 9 fr. 33 § 4. 5, fr. 35 pr. § 2

h. t., Gai. 3 fr. 34, 46 § 1 eod., Paul. 9 fr. 43 § 2. 3 eod.

<sup>3</sup> Ulp. 9 fr. 35 § 3, fr. 37, 39 pr. h. t., Paul. 9 fr. 43 § 4. 6, fr. 45. pr. h. t. Sur le fr. 43 § 6, voy. EISELE, *loc. cit.*, p. 101.

<sup>4</sup> Ulp. 9 fr. 39 § 1-7, fr. 40 § 1 — ult. h. t., Paul. 9 fr. 45 § 2 eod.

<sup>5</sup> Fr. 7 pr. quod cuiusc. uniu. (3. 4), fr. 27 de R. C. (12. 1), fr. 4 quod iussu (15. 4), fr. 4 de ui (43. 16), fr. 15, 17 de V. S. (50. 16).

<sup>6</sup> Fr. 16 de V. S. (50. 16).

prouvent clairement que l'édit sur l'actio aduersus municipales était complètement distinct de celui étudié précédemment sur l'actio nomine municipum.

Nous sommes aussi suffisamment renseignés sur le contenu de notre édit. Ulp. 10 explique notamment, aux fr. 15, 17 pr. de V. S., ce qu'il faut entendre par « bona publica » ; malgré qu'Ulpien, au fr. 15 cit., déclare abusive l'appellation de bona publica donnée aux biens communaux, ce nom devant être réservé aux seuls biens du peuple romain, il résulte néanmoins du fr. 17 que ses explications ont précisément été motivées par la mention des publica ciuitatum bona. Or, nous savons par Gai. 3 fr. 1 § 2 quod cuiusc. uniu. (3. 4) ce que l'édit qui suivait immédiatement le nôtre (voy. § 34) décidait à l'encontre des autres uniuersitates :

Quod si nemo eos defendat, quod eorum commune erit, possideri et, si admoniti non excitentur ad sui defensionem, uenire se iussurum proconsul ait.

La même règle était-elle suivie à l'encontre des municipales? C'est bien peu vraisemblable, à cause de l'intérêt public qui se trouvait engagé dans cette hypothèse<sup>1</sup>. Mais il est bien évident que les créanciers d'un municiple pouvaient, sous une forme quelconque, obtenir satisfaction sur les biens communaux ; ce point est d'ailleurs directement prouvé par le fr. 8 eod. Sans aucun doute, la mention des bona publica dans notre édit se rattachait à cet ordre d'idées.

Tout le monde ne pouvait point assumer la défense des cités, mais seulement leurs représentants légaux<sup>2</sup>. Rien de plus naturel : si l'on agréait n'importe quel défenseur dans les procès contre les particuliers, c'était dans l'intérêt des absents<sup>3</sup>. Mais le préteur devait-il obliger les créanciers d'une cité dont les représentants officiels déclinaient la défense ou se trouvaient absents, contrairement à leur devoir, à entrer en rapport avec le premier venu qui se présentait comme défenseur ?

<sup>1</sup> Voy., en sens contraire, l'édition allemande, p. 82. Contre l'opinion qui s'y trouve formulée, voy. NABER, *Mnemosyne*, XXII, p. 66 et s.

<sup>2</sup> Arg. fr. 8 quod cuiusc. uniu. (3.4), fr. 1 § 3 eod. Fr. 8 cit. : ciuitates, si per eos qui res earum adminis-

trant non defenduntur nec quicquam est corporale rei publicae quod possideatur, per actiones debitorum ciuitatis agentibus satisfieri oportet. Conf. § 34.

<sup>3</sup> Fr. 33 § 2 de procur. (3.3) : Publice utile est absentes a quibuscumque defendi etc.

Peut-être notre édit contenait-il les deux dispositions suivantes : d'abord, le préteur promettait, à raison des contrats passés par les magistrats municipaux, une action contre les duumvirs<sup>1</sup> et, ensuite, pour le cas où ces derniers ne se chargeaient pas de la défense, une *missio in singulas res ciuitatis*.

§ 34. QUOD CUIUSCUMQUE UNIUIERSITATIS NOMINE UEL  
CONTRA EAM AGATUR<sup>2</sup>.

Ulp. 10<sup>3</sup>, Paul. 9<sup>4</sup>, Gai. 3<sup>5</sup>.

Cette rubrique n'est pas du tout, comme RUDORFF (*E. P.* avant le § 34) l'admet, la rubrique générale sous laquelle auraient été rangés tous les édits relatifs à la défense tant des cités que des autres corporations; par « *quaecumque uniuersitas* », il faut comprendre seulement ces dernières, la défense des cités étant réglementée sous d'autres rubriques<sup>6</sup>.

Je distingue trois parties dans notre édit. D'abord, le préteur semble avoir édicté que l'on devrait admettre à *intenter une action* au nom des uniuersitates<sup>7</sup> leurs représentants statutaires

<sup>1</sup> Conf. fr. 35 § 1 de O. et A. (44 7) : In duumuiros et rem publicam etiam post annum datur ex contractu magistratum municipalium. Voy. KNIER, *Societas publicanorum*. I, p. 377.

<sup>2</sup> D. (3. 4). GRADENWITZ (*ZRG. XXV*, p. 144) admet que cette rubrique n'était point celle de l'édit; cet auteur est choqué par l'expression « *uniuersitas* ». Il est bien possible qu'il ait raison. Par contre, il n'y a aucun motif (GRADENWITZ, d'ailleurs, ne dit rien de tel) pour rejeter notre rubrique des commentaires; leurs auteurs emploient certainement l'expression en cause d'une façon technique : conf. Ulp. fr. 2, 7 § 1. 2 quod cuiusc. uniu. (3. 4), Paul. fr. 6 § 3 eod., Gai. fr. 1 § 3 eod. Les mots « *contra eam* » que GRADENWITZ (*Grünhuts Zschr. XVIII* p. 338 n. 1) croit devoir mettre en doute, ne me paraissent nullement suspects; ils me semblent même exigés par le contenu de l'édit. GRADENWITZ propose ceci comme rubrique de l'édit : « *Quibus permisum est corpus habere.... quod eorum nomine agatur* ». Je crois aussi, d'après Gai. 3 fr. 1 pr. — § 2 h. t., que, dans

le *texte* de l'édit, l'*uniuersitas* était désignée de cette façon. Mais si la *rubrique* s'était exprimée en ces termes, les commentaires l'auraient certainement conservée et il n'est pas à croire que les compilateurs, en la modifiant, l'eussent modifiée aussi heureusement.

<sup>3</sup> Fr. 7 § 1. 2 h. t., fr. 17 § 1 de V. S. (50. 16).

<sup>4</sup> Fr. 6 § 3 h. t.

<sup>5</sup> Fr. 1 h. t.

<sup>6</sup> Dans tous les commentaires, les édits relatifs aux « *uniuersitates* » sont rigoureusement séparés de ceux relatifs aux municipes. Conf. Ulp. 10 fr. 7 § 1. 2 avec fr. 7 pr. h. t.; Paul. 9 fr. 6 § 3 avec fr. 6 pr. § 1. 2 h. t. (en particulier le fr. 6 § 3 i. f. avec le fr. 6 pr.); Gai. 3 fr. 1 h. t., où il est seulement question des *uniuersitates* et où il est fait constamment des renvois à l'exemplum rei publicae. Voy. enfin fr. 2 h. t. : « *municipes uel aliqua uniuersitas* » .... « *pro re publica uel uniuersitate* ».

Arg. Gai. 3 fr. 1 § 1 h. t., Paul. 9 fr. 6 § 3 eod. Ce dernier texte ne nous donne pas le contenu de l'édit, mais

(actor, syndicus)<sup>1</sup>. En second lieu, il semble avoir permis expressément, non seulement à ces derniers, mais à tout étranger, de *défendre* les uniuersitates; Gai. 3 fr. 1 § 3 h. t. :

et si extraneus defendere uelit uniuersitatem, permittit proconsul sicut in priuatorum defensionibus obseruatur.

Si le préteur a pris soin de le dire, c'est que le même principe n'était point admis pour les municipales<sup>2</sup>. Enfin, venait l'édit rapporté par Gai. 3 fr. 1 § 2 h. t. :

Quod si nemo eos defendat, quod eorum commune erit, possideri et, si admoniti non excitentur ad sui defensionem, uenire se iussurum proconsul ait.

### § 35. DE NEGOTIIS GESTIS<sup>3</sup>.

Ulp. 10<sup>4</sup>, Paul. 9<sup>5</sup>, Gai. 3<sup>6</sup>, Jul. 3<sup>7</sup>.

Ulp. 10 fr. 3 pr. h. t. :

Ait praetor : SI QUIS<sup>8</sup> NEGOTIA<sup>9</sup> ALTERIUS<sup>10</sup>, SIUE QUIS NEGOTIA, QUAE CUIUSQUE CUM IS MORITUR FUERINT, GESSERIT<sup>11</sup>, IUDICIUM EO NOMINE DABO<sup>12</sup>.

Le commentaire d'Ulpien sur cet édit embrasse (conf. les notes 8-12) le fr. 3 § 1-7. Viennent ensuite, dans fr. 3 § 8. 9, deux décisions spéciales d'apparence tout à fait sporadique. Elles ne peuvent pas appartenir à l'explication de l'édit, car cette explication est close au § 7 par la remarque sur le caractère hé-

une simple interprétation résultant de l'édit traité au § 32 et d'une pratique plus récente. Conf., sur ce point, fr. Vat. 335 et fr. 9 ratam rem (46. 8).

<sup>1</sup> Les commentaires s'occupent en particulier des publicains : Gai. 3 fr. 1 pr. h. t., fr. 16 de V. S., Ulp. 10 fr. 17 § 1 de V. S.

<sup>2</sup> Fr. 8 h. t., voy. § 33 ci-dessus.

<sup>3</sup> D. (3.5), C. (2. 18 [19]). Je compte les fragments du Digeste d'après Mommsen.

<sup>4</sup> Fr. 1, 3, 5, 7, 9, 11, 13, 19 h. t., fr. 1 de relig. (11. 7), fr. 37 de usur. (22. 1), fr. 5 de eo qui pro tutore (27. 5).

<sup>5</sup> Fr. 6, 12, 14, 17, 20 h. t., fr. 40 mandat. (17. 1), fr. 41 adl. Falc. (35. 2) — gestio negotiorum hereditariorum —, probablement aussi fr. 114 de R. J. (50. 17), pour lequel, du reste, on peut concevoir beaucoup d'autres applications.

<sup>6</sup> Fr. 2, 21 h. t., fr. 5 de interrog. (11. 1) conf. fr. 18, 20 pr. eod., fr. 41 mand. (17. 1).

<sup>7</sup> Fr. 29 h. t., cit. fr. 5 § 2, 7 § 3 h. t.

<sup>8</sup> Ulp. 10 fr. 3 § 1 h. t.

<sup>9</sup> Ulp. 10 fr. 3 § 2 h. t.

<sup>10</sup> Ulp. 10 fr. 3 § 3-5 h. t. Le fr. 3 § 4 ne paraît pas, à première vue, être à sa place entre le fr. 3 §§ 3 et 5, et, dans l'édition allemande, je l'ai considéré comme une intercalation des compilateurs. Mais si Ulpien, comme il est probable, avait précédemment fait mention de la negotiorum gestio pro pupillo, il a très bien pu être amené par là à faire également une observation sur les negotia a pupillo gesta. La correction de CUIJAS (*Obs.*, XIII, 7) — pupillus au lieu de pupillus — n'est donc pas nécessaire.

<sup>11</sup> Ulp. 10 fr. 3 § 6 h. t.

<sup>12</sup> Ulp. 10 fr. 3 § 7 h. t.

rédaire de l'action. Elles n'appartiennent pas davantage à la nouvelle partie du commentaire qui, visiblement, commence au fr. 3 § 10 et a trait, comme je le montrerai, aux formules *in ius conceptae*. Tout porte à croire que nous sommes ici en présence des débris d'un commentaire sur une formule *in factum concepta*<sup>1</sup>. Je sais bien qu'on a contesté l'existence dans l'Édit d'une semblable formule pour notre action ; mais c'est à tort. WLASSAK<sup>2</sup> prétend à bon droit que l'édit cité dans le fr. 3 pr. appelle une formule *in factum* ; la promesse d'une action civile par un édit est une chose sans exemple dans les sources<sup>3</sup>. Du moment qu'on admet l'existence de la formule *in factum concepta*, l'on doit se demander si elle se rapportait à l'action du dominus ou à celle du gestor, ou bien encore si une formule particulière était proposée pour chacune de ces deux actions. WLASSAK<sup>4</sup> défend la première hypothèse, KARLOWA<sup>5</sup>, la seconde, ZIMMERMANN<sup>6</sup>, la troisième. Si nous examinons le commentaire d'Ulpien sur l'Édit, nous voyons que son introduction (fr. 1 h. t.) est relative uniquement à l'*actio contraria*, tandis que la suite s'occupe également des deux actions (conf. fr. 3 § 1-4) ; les deux solutions données dans les §§ 8 et 9 du fr. 3 se rapportent à des cas d'action directe. Tout cela semble plutôt favorable à l'opinion de ZIMMERMANN. Toutefois, il est surprenant qu'il nous ait été gardé si peu de chose des développements sur les deux formules. Peut-être doit-on expliquer ce fait de la façon suivante : il est à croire que ces formules n'étaient point, comme celles *in ius conceptae*, rédigées en termes généraux, mais étaient proposées pour un cas particulier de *negotiorum gestio* ; la place où nous rencontrons dans l'Édit l'institution qui nous occupe porte à croire que ce cas était celui de la *defensio absentis*<sup>7</sup>. En outre, je ferai remarquer qu'en

<sup>1</sup> Dans l'édition allemande, p. 83 n. 12, j'ai cherché à expliquer l'énigme en disant que les compilateurs ont pris ailleurs les §§ 8 et 9 et les ont intercalés ici. Cette hypothèse est peu vraisemblable, puisqu'on ne peut découvrir aucun motif plausible pour cette intercalation.

<sup>2</sup> *Zur Gesch. des N. G.*, pp. 21 et ss., 153 et ss. Pour la bibliographie de la question, voy., au surplus, KARLOWA, *Rechtsgeschichte* II, p. 668 n. 1.

<sup>3</sup> Ce que j'ai avancé dans l'édition allemande, p. 85, contre cette manière de voir n'est nullement probant. Conf. WLASSAK, *Grünh.'s Zschr.* XII, p. 261 et, relativement à l'édit de *operis libertorum*, plus bas § 140.

<sup>4</sup> *Loc. cit.* p. 184 et s.

<sup>5</sup> *Loc. cit.* p. 668 et s.

<sup>6</sup> *Aechte und unächte N. G.* (1873) p. 11 et s.

<sup>7</sup> Le fr. 3 § 9 est favorable à cette hypothèse et le fr. 3 § 8 ne lui est pas

ce qui touche l'action *commodati* (pour laquelle, on le sait, deux formules étaient également proposées) la formule *in factum concepta* semble n'avoir été l'objet que de très brèves explications<sup>1</sup>; il a pu en être de même ici. On doit naturellement s'abstenir de toute hypothèse sur la rédaction des formules *in factum*. Tout au plus, peut-on, si notre supposition est exacte, conclure de l'« *interdum* » du fr. 3 § 9 que, dans la formule de l'action directe, il n'était pas parlé du *dol* du *gestor*.

Avec le fr. 3 § 10 commence, comme nous l'avons déjà remarqué, une nouvelle partie du commentaire; celle-ci a pour objet les formules *in ius conceptae*<sup>2</sup>. L'existence de ces formules et leur caractère de bonne foi résulte des textes suivants :

Gai. fr. 3 pr. de O. et A. (44. 7) :

... *proditae sunt actiones... negotiorum gestorum, quibus... inuicem experiri possunt de eo quod ex bona fide alterum alteri praestare oportet.*

Paul. 29 fr. 17 § 3 *commod.* (43. 6) :

... *actionesque civiles : ut accidit in eo, qui absentis negotia gerere inchoavit...*

Conf. Ulp. 76 fr. 1 § 4 *quar. rer.* (44. 5), Gai. IV 62, Paul. Sent. I 4 § 3, Inst. Just. § 28 de act. (4. 6), fr. 6, 37 h. t., fr. 38 pr. *pro socio* (17. 2), fr. 37 de *usur.* (22. 1), const. 3 de *transact.* (2. 4), const. 13 de *usur.* (4. 32).

Les différentes parties des formules sont faciles à suivre dans le commentaire d'Ulpien. Le jurisconsulte commence par la *demonstratio* :

*Quod A<sup>a</sup> A<sup>a</sup> N<sup>i</sup> N<sup>i</sup> (N<sup>a</sup> N<sup>a</sup> A<sup>i</sup> A<sup>i</sup>) negotia gessit.*

Comme cette rédaction s'appliquait aux deux faces de l'action (action directe, action contraire), Ulpien, en examinant la question de savoir quand la *demonstratio* était vérifiée (quis hac *actione teneatur*) les rapproche l'une de l'autre<sup>3</sup>. Si nous en-

*contraire* : car le « *dabitur actio* » de ce texte doit plutôt faire écarter qu'admettre une identité avec le cas prévu dans la formule.

<sup>1</sup> A la vérité, il en est autrement pour l'action de dépôt; voy. § 106.

<sup>2</sup> WLASSAK, *Zur Gesch. der N. G.* pp. 1. 13 et s., pense à tort que les jurisconsultes romains ont rattaché leurs développements sur la N. G. aux termes de l'Édit. Ulpien, après

avoir déjà expliqué dans le fr. 3 § 2 et ss. les mots *negotia alterius*, explicite de nouveau et bien plus à fond dans le fr. 3 § 10 la question de savoir quand on peut dire que quelqu'un a géré les affaires d'un autre : il est bien clair que ces nouvelles explications se rattachent à la formule.

<sup>3</sup> Il s'occupe, par ex., de l'action directe dans fr. 3 § 10, fr. 5 § 4. 11. 14; de l'action contraire, dans fr. 3 § 11,

trons dans le détail, nous voyons tout d'abord le jurisconsulte établir la règle suivante : comme la *demonstratio* s'appuie uniquement sur le fait matériel de la gestion de l'affaire d'autrui (*negotia alicuius gessisse*), il est indifférent pour l'existence de l'action que le gestor ait agi *sponte* ou *necessitate urgente* ou *necessitatis suspicione*; il est indifférent qu'il y aie ou non erreur sur la personne du *dominus negotiorum* (fr. 3 § 10. 11, fr. 5 pr. § 1 h. t.). Ulpien recherche ensuite si et dans quelle mesure l'on doit s'attacher à l'intention qu'a eue le gestor en entreprenant la gestion (fr. 5 § 2-13); ce sont là des développements dont le rapport avec le « *quod si Titius negotia Sei gessit* » saute aux yeux; au surplus, ce rapport est clairement établi, dans plusieurs passages, par les termes même employés par le commentateur<sup>1</sup>. De plus, la *demonstratio* dit : « *quod... gessit* ». L'auteur se demande, en conséquence, si quelqu'un peut être actionné *propter ea quae non gessit*; à cela se rapportent le fr. 5 § 14 et le fr. 7 pr. Après la *demonstratio* vient l'*intentio*. Celle-ci devait conduire les jurisconsultes à l'exposition de deux points; *en premier lieu*, ils devaient expliquer à quelles conditions, en supposant la *demonstratio* vérifiée, un « *oportere* » résultait de la gestion d'affaires, pour l'une ou l'autre partie; à cela se rattache, par exemple, la règle suivant laquelle la défense de gérer faite par le maître mettait obstacle à toute réclamation de la part du gérant; à cela se rattache encore la notion du *negotium utiliter gestum*; *en second lieu*, ils devaient déterminer le montant de ce que chaque partie pouvait réclamer (*quid veniat in hanc actionem*). Il est clair que pour l'examen de ces questions, une étude distincte et séparée des deux actions, directe et contraire, devait nécessairement remplacer les explications données jusque là conjointement pour les deux. C'est bien là le tableau que nous offre le commentaire, assez mutilé d'ailleurs. De tout ce qui se rapportait à l'action directe, il n'est rien resté en dehors du fr. 7 § 1; ce texte, qui n'a aucun rapport avec ce qui précède, commence d'une façon assez étrange par « *item* », mot qui décèle une lacune résultant du fait des

fr. 5 § 1-3; des deux, dans fr. 5 § 5.6. 7 h. t.

<sup>1</sup> Voy., notamment, fr. 5 § 4 (« *quia meum negotium gessit* »), § 5 au début,

§ 11 (« *quia nullum negotium tuum gestum est* »..... « *sic rati habitio constituet tuum negotium* »), § 12 in fin., § 13 in fin.



compilateurs<sup>1</sup>. Au contraire, la plus grande partie du commentaire sur l'action *contraria* nous a été conservée dans les fr. 7 § 2, 3, fr. 9 h. t., fr. 37 de *usur.* (22. 1), où l'on voit traitées les différentes questions que nous venons d'indiquer. Qu'il fût, immédiatement avant, parlé expressément de l'*actio directa*, cela résulte du début même de cette partie du commentaire : le fr. 7 § 2 commence d'une façon tout à fait abrupte par les mots « si quocumque modo ratio compensationis habita non est a iudice », alors que, dans les fragments précédents *venus jusqu'à nous*, il n'est rien qui ait trait à quelque chose de semblable. C'est là une chose de nature à surprendre tout lecteur attentif du commentaire.

A côté de la *gestio negotiorum uiui*, l'édit traitait de la *gestio negotiorum hereditariorum*. Pour ce cas, une formule particulière était proposée ; Ulpien s'en occupe dans le fr. 44 h. t.<sup>2</sup> ; à cet objet, se rapporte également le fr. 1 de *relig.* (44. 7).

Le commentaire se terminait par des remarques sur certaines formes particulières de l'action : *actio n. g. de peculio* et de *in rem uerso*, *actio utilis* pour le cas de la *gestio negotiorum captiui* : fr. 13, 19 h. t.

La reconstitution des formules *in ius conceptae* n'offre, en présence de l'abondance des matériaux transmis, aucune difficulté :

1. *Quod N° N° (A° A°) negotia A' A' (N' N') gessit<sup>3</sup> q. d. r. a., quidquid ob eam rem N<sup>m</sup> N<sup>m</sup> A° A°<sup>4</sup> dare<sup>5</sup> facere praestare (?)<sup>6</sup> oportet ex fide bona, eius, iudex, N<sup>m</sup> N<sup>m</sup> A° A°<sup>7</sup> c. s. n. p. a.*
2. *Quod N° N° (A° A°) negotia quae Titii, cum is moreretur<sup>8</sup>, fuerunt, gessit, q. d. r. a., quidquid ob eam rem N<sup>m</sup> N<sup>m</sup> A° A° rel.*

<sup>1</sup> Pourquoi les compilateurs n'ont-ils point admis dans leur œuvre cette partie du commentaire? c'est un point que nous renonçons à élucider. L'eût-elle été fort courte, puisqu'en droit développé l'*actio directa* avait beaucoup moins d'importance que l'*actio contraria*.

<sup>2</sup> Dans le proemium de ce texte, *Κατοικα* (dans le Dig. de Mommsen) tient les mots « cuius fuerunt negotia » pour une addition de Justinien. Mais si l'on considère qu'Ulpien ne s'occupe de la *gestio negotiorum captiui* que beaucoup plus loin (conf. fr. 19 h. t.), on est bien plutôt porté à consi-

dérer les mots « qui apud hostes decessit » comme interpolés. Les compilateurs les auraient intercalés pour faire dire ici à Ulpien une chose nouvelle, non déjà exprimée au fr. 3 § 6.

<sup>3</sup> *Utilis* : quod L. Titius mandatu N<sup>i</sup> Ni gessit. Fr. 20 § 3 h. t.

<sup>4</sup> *Coniuncta* : alterum alteri? Fr. 5 pr. de O. et A. (44. 7).

<sup>5</sup> Fr. 1 § 4 quar. rer. (44. 5).

<sup>6</sup> Fr. 5 pr. de O. et A. (44. 7), conf. Gai. III 155: *RUDORFF (E. P. § 36)* ajoute sans raison « dare facere reprobmittere ».

<sup>7</sup> *Coniuncta* : alterum alteri?

<sup>8</sup> Fr. 3 pr., 11 pr., 20 § 1, 21 h. t.,

La formule, autant du moins que nous pouvons le savoir, n'indiquait pas la nature particulière de l'affaire gérée.

## Tit. IX.

§ 36-38. DE CALUMNIATORIBUS<sup>1</sup>.

Ulp. 10<sup>2</sup>, Paul. 10<sup>3</sup>, Gai. 4<sup>4</sup>.

Ulp. 10 fr. 1 pr. h. t. :

IN EUM QUI, UT CALUMNIAE CAUSA NEGOTIUM FACERET UEL NON FACERET, PECUNIAM ACCEPISSE<sup>5</sup> DICETUR, INTRA ANNUM IN QUADRUPlum EIUS PECUNIAE QUAM ACCEPISSE DICETUR, POST ANNUM<sup>6</sup> SIMPLI in factum actio competit<sup>7</sup>.

Il n'est pas douteux que ce passage ne reproduise l'édit mot à mot<sup>8</sup>. De la formule, il ne nous a rien été transmis; nous savons cependant que l'action au quadruple contenait l'exception « si non plus quam annus est, cum experiundi potestas fuit »<sup>9</sup>; c'est un point d'ailleurs qu'il eût été facile de deviner, puisque ce délai est également mentionné dans l'édit. Etant donnée cette pénurie de matériaux, il est plus sage de s'abstenir de toute reconstitution.

— L'édit ci-dessus était-il le seul du titre de calumniatoribus? Tous ceux qui, jusqu'ici, se sont occupés de ce titre semblent l'admettre, mais le contraire est certain. C'est ici qu'il faut placer les édits sur le *iudicium calumniae decimae partis* bien connu du droit classique et sur le *serment de calomnie*<sup>10</sup>.

fr. 1 de relig. (11. 7). Utilis : « cum is apud hostes esset », fr. 18 § 5 — fr. 20 pr. h. t.

<sup>1</sup> D. (3. 6), (C. 9. 46).

<sup>2</sup> Fr. 1, 3, 5 h. t., fr. 6, 21 de minor. (4. 4), fr. 10 de iudic. (5. 1), fr. 16 de iureiur. (12. 2), fr. 5, 7 de obsequiis (37. 15), fr. 17 de re iud. (42. 1).

<sup>3</sup> Fr. 2, 7 h. t., fr. 8 de obseq. (37. 15), fr. 115 de R. I. (50. 17).

<sup>4</sup> Fr. 4, 6 h. t.

<sup>5</sup> Ulp. 10 fr. 1 § 2. 4, fr. 3 pr. — § 2 h. t., Paul. 10 fr. 2 h. t., fr. 115 de R. I. (50-17).

<sup>6</sup> Gai. 4 fr. 6 h. t.

<sup>7</sup> Ulp. 10 fr. 3 § 3, fr. 5 pr. h. t., Paul.

10 fr. 7 pr. § 1 eod., Gai. 4 fr. 4 eod.

<sup>8</sup> En particulier, le cas « si quis depectus esse dicetur » n'était pas mentionné dans l'édit (en sens contraire, RANGHINUS, WESTENBERG, HERNICCIUS). Le « depectum esse » rentre dans le « pecuniam accepisse, ut negotium non faceret », conf. const. 2 de abolitionibus (9. 42); le fr. 3 § 2 h. t. constitue le commentaire de ces mots de l'édit.

<sup>9</sup> Gai. 4 fr. 6 h. t.

<sup>10</sup> RUDORFF, sans aucune preuve, place l'édit de iureiurando propter calumniam dando dans son § 54, après le titre de satisdando.

Cela peut s'induire déjà de la rubrique de notre titre et du fait que Paul lui consacre un livre tout entier (livr. 10); il est impossible en effet que cet auteur s'y occupe uniquement de l'édit précité. Cela devient une certitude, si l'on remarque que, dans les commentaires qui nous sont parvenus sur ce dernier, les deux notions fondamentales pour toute la matière (*calumnia* et *negotium*) ne sont point exposées *ex professo*. Personne ne prétendra pourtant que ces deux notions n'avaient pas besoin d'être expliquées<sup>1</sup>. Elles l'étaient, sans doute, dans le commentaire d'un édit précédant le nôtre. Nous n'en sommes pas d'ailleurs réduits ici à de pures inductions et nous avons des traces positives qui démontrent l'existence d'autres édits de *calumnia*.

Ulp. 10 fr. 10. de iudic. (§. 1)<sup>2</sup> :

Destitisse uidetur non qui distulit; sed qui liti renuntiauit in totum : desistere enim est de negotio abstinere, quod calumniandi animo instituerat. Plane si quis cognita rei ueritate suum negotium deseruerit nolens in lite improba perseuerare, quam calumniae causa non instituerat, is destitisse non uidetur.

Jusqu'à ce jour, ou bien les interprètes ont gardé le silence sur ce texte, ou bien ils se sont bornés, les uns (HEINECCIUS, WEYHE) à ajouter, en se basant sur lui, les mots « uel a lite improba desisteret » après le « ut negotium non faceret » de l'édit du fr. 1 pr. h. t., les autres (RUDORFF), à considérer ce fr. 10 comme un simple commentaire des mots de l'édit « ut negotium non faceret ». Ces deux manières de voir sont évidemment inadmissibles. D'après l'édit du fr. 1 pr. h. t., il s'agit seulement de savoir si quelqu'un *pecuniam accepit*, ut... faceret uel non faceret; le point de savoir si, ensuite, il a vraiment fait ou non la chose est absolument indifférent pour le fondement de l'action pénale<sup>3</sup>. Au contraire, dans le fr. 10 cit., le jurisconsulte examine, comme une chose essentielle et décisive, ce qu'il faut entendre par *destitisse*<sup>4</sup>. De plus,

<sup>1</sup> Combien spécial était ici le sens du mot *negotium*, combien, en conséquence, il avait besoin d'être défini, c'est ce qui résulte de la remarque de Paul dans le fr. 7 § 2 h. t., remarque qui, par sa place à la fin du commentaire, doit être rapportée à une action utile.

<sup>2</sup> = fr. 21 de minor. (4. 4).

<sup>3</sup> Fr. 3 § 1 h. t.

<sup>4</sup> Qu'on remarque en particulier la liaison « *destitisse uidetur... desistere enim est* » et, à la fin du texte, le « *is destitisse non uidetur* ».

dans ce même fragment, au « destitisse » consistant dans l'abandon d'un procès *entrepris calumniae causa*, on oppose l'abandon d'un procès entamé de bonne foi et reconnu ensuite injuste : or, quel sens pourrait avoir cette opposition si les hypothèses de HEINECCIUS, de WEYHE ou de RUDORFF étaient fondées? celui-ci, peut-être, que, pour l'action pénale du fr. 1 pr. h. t., on distinguait si celui qui se fait payer pour renoncer à un procès connaissait dès le début l'injustice de sa demande ou bien ne l'avait apprise que plus tard? C'est ce que personne ne peut songer à soutenir sérieusement. On voit au contraire tout de suite à quoi notre destitisse avait trait, si l'on admet que, dans le titre de *calumniatoribus*, il était question du *iudicium decimae partis*. Gai. IV 174-76. 178. 179 nous renseigne sur celui-ci<sup>1</sup> :

Actoris quoque *calumnia* coercetur modo *calumniae iudicio* modo *contrario* modo *iureiurando* modo *restipulatione*. Et quidem *calumniae iudicium* aduersus omnes actiones locum habet, et est *decimae partis* . . . aduersus adsertorem *tertiae partis* est. Liberum est autem ei cum quo agitur aut *calumniae iudicium* opponere aut *iusiurandum* exigere non *calumniae causa* agere. . . . *Calumniae iudicio decimae partis* nemo damnatur nisi qui intellegit non recte se agere . . . . . Utique autem ex quibus causis *contrario iudicio* agi potest, etiam *calumniae iudicium* locum habet : sed alterutro *tantum* iudicio agere permittitur<sup>2</sup>.

Ces renseignements sont complétés par Théophile ad Inst. IV. 16 § 1 qui nous apprend que la condamnation, dans le *iudicium calumniae*, exigeait la défaite préalable du calumnians dans le procès principal<sup>3</sup>; c'était là une décision commandée par la pratique, car la marche parallèle des deux procès aurait pu conduire à de graves inconvénients. Mais si nous examinons l'ensemble de ces règles, nous y constatons une lacune, lacune qui n'existait pas dans les dispositions parallèles à celles qui nous occupent et admises pour les procès criminels. Qu'arrivait-il, en

<sup>1</sup> Conf. encore, sur ce sujet, Inst. Just. § 1 de poena tem. lit. (4. 16), Theophil. in. h. l., Consult. uet. iuriscons. 6, 13 (au C. Hermog., éd. Haenel, p. 70), Cic. pro Cluentio c. 59 § 163, Aulu-Gelle XIV 2 § 8.

Voy., de plus, Nov. 112 c. 2 pr.

<sup>2</sup> S'agit-il, dans Ulp. 10 fr. 6 de minor. (4. 4), d'une restitutio contre le choix exercé ?

<sup>3</sup> V. *σίζα ήττιόνον*.

effet, si le demandeur calomnieux se désistait avant le jugement du procès? Pouvait-il attendre tranquillement, voir quelle tournure prenait le procès devant le iudex, puis se soustraire au dernier moment, par sa seule volonté, à la juste peine de la calomnie? Dans les procès criminels, un tel désistement était puni des peines sévères de la *tergiuersatio*. Or, il est bien remarquable que, relativement à cette matière, le mot « destitisse » soit défini par Paul<sup>1</sup> presque dans les termes employés par Ulpien au fr. 10 cit. Je tiens pour certain que le *iudicium calumniae* prévoyait également ce « destitisse » et que le fr. 10 cit. se rapportait justement à cela. Justinien ne fait que retracer une règle du vieux droit, quand, dans la Nov. 112 c. 2 pr., il oblige le demandeur à prendre sous caution l'engagement suivant : « quod et usque ad finem litis permaneat et suas intentiones . . . exerceat et, si postea fuerit approbatus iniuste litem mouisse, sumtum et expensarum nomine decimam partem eius quantitatis, quae in libello continetur, pulsato restituat ». Notre façon de voir est encore fortement confirmée par Ulp. 4 opin., fr. 33 de dol. mal. (4. 3) (*Palingen.* n° 2332), texte qui très vraisemblablement se rapportait dans sa forme primitive au *iudicium calumniae* :

Rei, quam uenalem possessor habebat, litem proprietatis aduersarius mouere coepit; et posteaquam opportunitatem emptoris cui uenundari potuit peremit, destitit: placuit possessori hoc nomine actionem in factum cum sua indemnitate competere<sup>2</sup>.

Si ce que nous venons de dire est exact, il résulte du fr. 10 cit. que, dans cette partie de la formule du *iudicium calumniae* où le « destitisse » était indiqué comme pouvant servir de base à une condamnation, il n'était point fait expressément mention de la règle qui voulait que le procès eût été commencé *calumniae causa*. C'est seulement à cette condition qu'on peut comprendre l'affirmation inexacte en soi du jurisconsulte, d'après laquelle « desistere » consiste seulement à abandonner un procès intenté *calumniae causa*: desistere est pris dans le sens qu'on lui attribuait dans la formule. Je m'abstiens, d'ailleurs, en l'absence de renseignements positifs, de toute

<sup>1</sup> Fr. 13 pr. ad. SC. Turp. (48. 16). sua indemnitate (!) », Ulpien avait

<sup>2</sup> Au lieu de « actionem i. f. cum » écrit : « calumniae iudicium ».

tentative de reconstitution ; on doit également laisser indécis le point de savoir si le iudicium calumniae était simplement rattaché à la formule principale (au s. n. p. a.) ou bien s'il existait pour lui une formule particulière, se suffisant à elle-même.

Le fr. 10 cit. n'est pas seul à prouver que le iudicium calumniae était proposé dans notre titre. L'action pénale au quadruple n'était pas admise contre certaines personnes à qui le respect est dû ; Ulp. 10 s'occupe de ce point au fr. 5 pr. de obsequiis (37. 15) :

Parens, patronus patrona, liberius aut parentes patroni patronae neque si ob negotium faciendum uel non faciendum pecuniam accepisse dicerentur, in factum actione tenentur.

Neque si..... tenentur veut dire : ils ne sont également pas tenus si... Il faut donc qu'il ait existé une autre action dont Ulpien s'occupait au livr. 10 et qui, comme la première, n'était pas donnée contre les personnes à qui le respect est dû. Cette action ne peut être que le iudicium decimae partis. Il y avait probablement tout à la fin du titre une clause conçue à peu près ainsi :

Aduersus parentem, patronum patronam, liberos parentes patroni patronae has actiones non dabo<sup>1</sup>.

— Gai. IV 172. 176 s'occupe du *serment de calomnie* :

Quodsi neque sponsionis neque dupli actionis periculum ei cum quo agitur iniungatur, permittit praetor iusiurandum exigere non calumniae causa infitias ire.

Liberum est autem ei cum quo agitur, aut calumniae iudicium opponere aut iusiurandum exigere non calumniae causa agere.

A cette matière pouvait se rapporter Ulp. 10 fr. 16 de iureiur. (12.2) ; mais cela n'est pas certain, conf. Ulp. 10 fr. 7 § 3 de obs. (37.15).

<sup>1</sup> A cette clause je rattache, en dehors du fr. 5 de obs., les textes suivants : Ulp. 10 fr. 7 eod., fr. 17 de re iud. (42. 1), Paul. 10 fr. 8 de obs. (37. 15), Ulpien réunissait ici tous les privilèges honorifiques appartenant aux personnes à qui le respect est dû : conf. fr. 7 § 4 in fin. de obs. (37. 15). Le texte énigmatique de Gai. 4 fr. 26 rer. amot. (25. 2). « rerum amotarum condic-

tio est » se rattache peut-être à ce même ordre d'idées : contre le patron, l'actio furti est refusée, parce qu'elle est famosa ; mais il n'en va pas ainsi de l'action rerum amotarum, fr. 16 de iureiur. (12. 2). Il me semble néanmoins plus vraisemblable que ce texte se rapportait à autre chose. Conf. § 115.

Parmi les voies de droit ouvertes contre la *calumnia auctoris*, figurent enfin, d'après Gai. IV 174 sqq., le *contrarium iudicium* et la *restitutio*. Mais ces deux moyens n'étaient ouverts que *ex certis causis*; dès lors, ils ne devaient point figurer dans le titre général, mais être promis avec les *certae causae* relativement auxquelles ils étaient admis<sup>1</sup>.

## Tit. X.

DE IN INTEGRUM RESTITUTIONIBUS<sup>2</sup>.

Ulp. 11 — 13, Paul. 11, 12, Gai. 4, Jul. 4, Callistr. 1, 2.

## § 39. QUOD METUS CAUSA GESTUM ERIT.

Ulp. 11<sup>4</sup>, Paul. 11<sup>5</sup>, Gai. 4<sup>6</sup>, Jul. 4<sup>7</sup>.

Les matières rangées sous cette rubrique étaient au nombre de trois; c'est un fait qu'il eût été facile de supposer, mais qui résulte clairement du commentaire d'Ulpien. Ces trois matières étaient l'édit général du fr. 1 pr. h. t., puis l'édit particulier sur l'*actio in quadruplum* et enfin la formule proposée. C'est l'existence distincte de ces trois parties qui fait comprendre pourquoi Ulpien revient plusieurs fois sur le même sujet et, par exemple, s'occupe jusqu'à trois fois du sens qu'il faut attacher à la rédaction impersonnelle.

## 1.

Ulp. 11 fr. 1 h. t. :

Ait praetor : QUOD METUS CAUSA<sup>8</sup> GESTUM ERIT, RATUM NON HABEBO<sup>9</sup>.

<sup>1</sup> RUDORFF, *E. P.* § 54, semble d'un avis contraire.

<sup>2</sup> D. (4. 1). Ulp. 11 fr. 1 de i. i. r. (4. 1) : *utilitas huius tituli*. Fragments du Sinai, 13 : *τὸ δεῖν in integrum restitutione τῶν αὐτοῦ* Ulpiani.

<sup>3</sup> D. (4. 2), C. (2. 19 [20])

<sup>4</sup> Fr. 1, 3, 5, 7, 9, 12, 14, 16, 20 h. t., fr. 5 de ui (43. 16), fr. 19 de V. S. (50. 16), fr. 116 pr. de R. I. (50. 17).

<sup>5</sup> Fr. 4, 8, 15, 21 h. t.; fr. 5 de alien. (4. 7)? fr. 117 de R. I. (50. 17)?

<sup>6</sup> Fr. 6, 10, 19 h. t., fr. 22 de V. S. (50. 16).

<sup>7</sup> Cit. fr. 9 § 5. 7, fr. 11 h. t. Au fr. 9 § 5, on a écrit par erreur III au lieu de IIII.

<sup>8</sup> Rédaction plus ancienne : *ui metusue causa*. Cf. Sénèque, *Contröv.* IV 26, Cic. *ad. Quint. fr.* I 1, 7 § 21.

<sup>9</sup> Cf. *const.* 7, 8 h. t., *const.* 13 de *transact.* (2. 4); cf. *Dion Cass.* 45, 22 in fin.

Conf. Paul. 11 fr. 21 § 1 h. t.

Les textes tirés d'Ulp. 11 et se rapportant à cet édit sont les suivants : fr. 1, 3, 5, 7, 9 pr. — § 6 h. t., fr. 5 de ui (43. 16) cf. fr. 9 pr. in fin. h. t., fr. 19 de V. S. cf. fr. 9 § 2 h. t., fr. 116 pr. de R. I. (50. 17).

De Paul. 11, nous avons : fr. 4, 8, 21 pr. § 1. 5. 6 h. t.

De Gai. 4 : fr. 6 h. t.

Si nous entrons dans le détail, nous voyons qu'Ulpien expliquait le mot *metus* dans les fr. 1, 3, 5, 7, 9 pr., l'expression *metus causa gestum* dans le fr. 9 § 1. 2, l'expression *ratum non habeo* dans le fr. 9 § 3-6.

Il n'était point proposé de formule après cet édit<sup>1</sup>. Le préteur réservait la forme de son intervention dans chaque cas particulier. RUDORFF<sup>2</sup>, à la vérité, propose ici la formula *rescissoria* suivante :

Si uis metusue causa factum non esset, ut A<sup>o</sup> A<sup>o</sup> fundum, q. d. a., N<sup>o</sup> N<sup>o</sup> mancipio daret, tum si paret, rel.

Relativement au « *si uis metusue causa factum non esset* », toute réfutation est superflue<sup>3</sup>. Puisqu'il s'agissait d'une *in integrum restitutio*, le préteur pouvait déterminer lui-même si la cause de *restitutio* existait et, en cas d'affirmative, il aurait dû baser la formule sur un simple « *Si A<sup>o</sup> A<sup>o</sup> fundum N<sup>o</sup> N<sup>o</sup> mancipio non dedisset* ». Mais il lui était également loisible, selon moi, de laisser au juge le soin de se prononcer sur l'existence de la crainte; il faudrait alors songer à une formule construite à peu près de la façon suivante : *si quem fundum A<sup>o</sup> A<sup>o</sup> N<sup>o</sup> N<sup>o</sup> metus causa mancipio dedit, eum is mancipio non dedisset<sup>4</sup>, tum si rel.*

## 2<sup>e</sup>.

L'édit sur l'action au quadruple commençait très vraisemblablement par les mots suivants :

<sup>1</sup> Rapprochez du fr. 9 § 4, h. t. le « *licet... existimemus* » du fr. 9 § 6, d'où il résulte que le fr. 9 § 4 contient une simple interprétation. Cf. aussi const. 3 h. t., v<sup>o</sup> « *placuit* ».

<sup>2</sup> E. P. § 38.

<sup>3</sup> Aux termes de la fiction imaginée par RUDORFF, le juge était tenu de faire abstraction, non pas de l'existence de la mancipation, mais de l'existence

de la violence ou de la crainte!  
<sup>4</sup> Le reproche que BAINZ, ZRG. XVII, p. 176, adresse à cette reconstitution me paraît dénué de fondement.

<sup>5</sup> Selon toute vraisemblance, l'édit sur l'action au quadruple tire son origine de l'édit d'Octavius dont nous parle Cicéron (in Verr. II 3 c. 65 § 152, ad Quint. fr. I, 1, 7 § 21). La formule Octavianiana était basée, d'après



*Quod metus causa factum erit.*

Ulp. 11 fr. 9 § 8 h. t. cf. fr. 22 § 1 de pign. act. (13: 7).

Ulp. 11 fr. 14 § 1 h. t. nous donne, sur le surplus de son contenu, les renseignements suivants :

Si quis non restituat, in quadruplum in eum iudicium pollicetur... post annum uero in simplum actionem pollicetur, sed non semper, sed causa cognita.

Gai. 4 fr. 19 h. t. nous apprend ceci :

... in heredem eatenus pollicetur actionem proconsul, quatenus ad eum peruenerit...

Cf. const. 4 h. t.

Ulp. 11 annonce positivement au fr. 9 § 7 h. t. qu'il aborde une nouvelle division :

Ex hoc edicto restitutio talis facienda est [id est in integrum]<sup>1</sup> officio iudicis, ut...,

puis, aussitôt, il mentionne la condamnation au quadruple. C'est le « nisi restituat » ou le « neque restituetur » de l'édit que le jurisconsulte commente tout de suite avec de grands détails dans le fr. 9 §§ 7-8 et dans les fr. 12 et 14 pr., tandis que, dans le fr. 14 §§ 1. 2, nous trouvons l'explication des mots « in quadruplum iudicium dabo etc. ». Les textes suivants, tirés de Paul. 11, se rapportent à notre édit ou à la formule : fr. 15, fr. 21 §§ 2-4 h. t., puis<sup>2</sup> fr. 5 de alien. (4. 7), fr. 117 de R. J. (50.17). De Gai. 4, nous avons sur cette matière : fr. 10, 19 h. t., fr. 22 de V. S. (50. 16).

Il est bon de remarquer (car cela démontre la séparation du commentaire sur l'édit d'avec celui sur la formule) que, déjà au fr. 14 § 2, il est question de la transmission héréditaire active de l'action, matière sur laquelle Ulpien revient dans le fr. 16 § 2 à la fin du commentaire de la formule.

## 3.

Grâce au commentaire d'Ulpien, la formule peut être reconstituée avec certitude dans l'ensemble de la façon suivante :

Cicéron, sur un « quod per uim aut metum abstulisset ». Elle a subi la même transformation que le premier édit et l'abstulisse personnel du défendeur a fait place à une rédaction impersonnelle. C'est par pur hasard que le mot abstulisse se rencontre dans la const. 1 h. t. et dans la const. 23 de

R. V. (3. 32). NABER, *Mnemos.* 1893, vol. XXI p. 36, suppose, sans raison sérieuse, un interdit derrière la formule Octauiana.

<sup>1</sup> Glose.

<sup>2</sup> Relativement aux mots « in heredem ».

*S. p. metus causa*<sup>1</sup> *A<sup>m</sup> A<sup>m</sup> fundum q. d. a. N<sup>o</sup> N<sup>o</sup>* (*Lucio Titio*) *mancipio dedisse*<sup>2</sup> *neque plus quam annus est cum experiundi potestas fuit*<sup>3</sup>, *NEQUE EA RES ARBITRIO TUO RESTITUETUR*<sup>4</sup>, *quanti ea res erit, tantam pecuniam quadruplam*<sup>5</sup>, *iudex*<sup>6</sup>, *N<sup>m</sup> N<sup>m</sup> A<sup>o</sup> A<sup>o</sup> c. s. n. p. a.*

Contre l'héritier de l'auteur de la crainte, l'action était au simple, avec limitation au « quod ad eum peruenit », conf. fr. 16 § 2 — fr. 20 h. t. Il n'est pas prouvé (comme RUDORFF, *E. P.* § 38 i. f., l'admet) que la clausula arbitraria disparût ici; mais on pouvait s'en passer sans inconvénient.

#### § 40. DE DOLO MALO<sup>7</sup>.

Ulp. 11<sup>8</sup>, Paul. 11<sup>9</sup>, Gai. 4<sup>10</sup>, Jul. 4<sup>11</sup>, Fur. Anth. 1<sup>12</sup>.

Ulp., 11 fr. 1 § 1 h. t. :

Verba autem edicti talia sunt : QUAE DOLO MALO<sup>13</sup> FACTA ESSE DICENTUR, SI DE HIS REBUS ALIA ACTIO NON ERIT<sup>14</sup> ET

<sup>1</sup> De là le nom d'actio metus causa : fr. 12 § 2, 14 § 15, 21 § 6 h. t.

<sup>2</sup> Ulp. 11 fr. 14 § 3 h. t. Le paradigme est naturellement incertain. La périphrase de RUDORFF « s. p. metus causa factum esse, ut... » est superflue et ne convient guère ici. Cette rédaction est empruntée à l'actio de dolo, sans que l'auteur ait fait attention à la manière dont s'expriment les sources, cf. fr. 38 § 6 de usur. (22. 1), fr. 9 §§ 3. 5. 7 h. t. et beaucoup d'autres textes. La crainte est, par elle-même, motif d'agir; le dol ne fait qu'engendrer un motif. L'expression « metus in causa fuisse ut... » se rencontre au fr. 14 § 3 h. t.; mais elle n'est qu'une périphrase et non une copie de la formule.

<sup>3</sup> Const. 4 h. t.

<sup>4</sup> Passage conservé mot à mot dans le fr. 14 § 11 h. t. avec cette réserve que les compilateurs ont écrit « iudicis » à la place de « tuo » et indiquent que le passage est emprunté à l'édit au lieu de l'être à la formule. Ce passage est commenté par Ulp. 11 fr. 14 §§ 4-6. 8 h. t. Le § 7 du fr. 14 est placé avant le § 8 par suite d'une simple erreur de copiste. Le fr. 14 § 11 est fortement interpolé (voy. *Palingen.*, Ulp. n<sup>o</sup> 378).

<sup>5</sup> Ulp. 11 fr. 14 §§ 7. 9-11 h. t. Le com-

mentaire se termine par des considérations générales : sur la concurrence des actions, sur la solidarité qui existe au cas où il y a plusieurs défendeurs, sur le cas « si serui metum adhibuerint », sur la transmission héréditaire de l'action; conf. fr. 14 §§ 12. 13..., fr. 14 §§ 14. 15, fr. 16 pr..., fr. 16 § 1..., fr. 16 § 2, 20 h. t.

<sup>6</sup> Recuperatores : Cic. in Verr. II 3 c. 65.

<sup>7</sup> D. (4. 3), C. (2. 20 [21]).

<sup>8</sup> Fr. 1, 3, 5, 7, 9, 11, 13, 15, 17, 21, 24, 30 h. t., fr. 36 de pign. act. (13. 7), fr. 42 mand. (17. 1), fr. 50 de C. E. (18. 1), fr. 32 de A. E. V. (19. 1), fr. 70 de V. O. (45. 1).

<sup>9</sup> Fr. 2, 4, 10, 12, 14, 16, 18, 20, 22, 25, 27, 29 h. t., fr. 7 de R. V. (6. 1), fr. 6 de obs. (37. 15).

<sup>10</sup> Fr. 6, 8, 23, 26, 28 h. t.

<sup>11</sup> Cit. fr. 7 pr. h. t.

<sup>12</sup> Fr. ult. h. t.

<sup>13</sup> Ulp. 11 fr. 1 § 2. 3 h. t. RUDORFF, *E. P.* § 39 ajoute ici « fraudisue causa » en se basant sur Prob. 5, 5, D. M. F. V. C. = dolo malo fraudisue causa. Mais, d'une part, il n'est pas établi que ces mots soient empruntés à l'édit de dolo, et d'autre part, Probus ne peut servir à prouver les termes de l'édit d'Hadrien.

<sup>14</sup> Ulp. 11 fr. 1 § 4 — ult., fr. 3, 5, 7,

IUSTA CAUSA ESSE UIDEBITUR<sup>1</sup>, INTRA ANNUM Q. P. E. P. F.<sup>2</sup> IUDICIUM DABO.

Gai. 4 fr. 26 h. t. :

In heredem eatenus daturum se eam actionem proconsul pollicetur, quatenus ad eum peruenerit<sup>3</sup>...

Dans Ulpien, les explications sur la formule<sup>4</sup> se lient immédiatement à celles sur l'édit. C'est ce que montre la marche du commentaire dans le fr. 13 § 3 h. t. :

In hac actione designari oportet, cuius dolo malo factum sit, quamuis in metu non sit necesse.

Malheureusement, il nous est resté peu de chose de cette partie du commentaire; nous pouvons pourtant, grâce à Paul, nous faire une idée précise de la formule.

Paul. 11 fr. 16 h. t. :

Item exigit praetor, ut comprehendatur, quid dolo malo factum sit.

Paul. 11 fr. 18 pr. h. t. :

Arbitrio iudicis in hac quoque actione restitutio comprehenditur<sup>5</sup> et, nisi fiat restitutio, sequitur condemnatio quanti ea res est.

Il résulte évidemment de cela que la formule ressemblait passablement à celle de l'action metus causa et qu'elle devait s'exprimer à peu près en ces termes :

*S. p. dolo malo<sup>6</sup> N<sup>1</sup> N<sup>1</sup> factum esse, ut<sup>7</sup> A<sup>a</sup> A<sup>a</sup> N<sup>o</sup> N<sup>o</sup> (Lu-*

9 pr. — § 4 h. t., fr. 36 de pign. act. (13. 7), fr. 42 mand. (17. 1), fr. 50 de C. E. (18. 1), fr. 32 de A. E. V. (19. 1), fr. 70 de V. O. (45. 1). Paul. 11 fr. 2, 4, 18 § 2-5, fr. 20, 22, 25 h. t., fr. 7 de R. V. (6. 1). Gai. 4 fr. 6, 8, 23 h. t. Conf. aussi const. 2 h. t.

<sup>1</sup> Ulp. 11 fr. 9 § 5, fr. 11, 13, 15 pr. — § 2 h. t. Paul. 11 fr. 10, 12, 14 h. t., fr. 6 de obs. (37. 15) cf. fr. 11 § 1 h. t.

<sup>2</sup> Effacé par les compilateurs à cause de la const. 8 h. t.

<sup>3</sup> RUDORFF, l. c., ajoute, à cause de Paul. 11 fr. 27 h. t. : « doloue malo eius factum est quo minus perueneret ». Mais le fait que les compilateurs empruntent ces mots à un autre jurisconsulte qu'à celui d'après lequel ils rapportent, immédiatement auparavant, la teneur de l'édit, me fait penser qu'on ne les trouvait pas dans l'Al-

bum; contre l'opinion de RUDORFF, on peut aussi invoquer l'analogie fournie par l'édit sur l'actio metus causa.

<sup>4</sup> Dans l'édit d'Hadrien, il n'y avait certainement qu'une formule, quel que soit le sens qu'on attribue au passage controversé de Cic. de off. III § 60 : « nondum Aquilius protulerat de dolo malo formulas ».

<sup>5</sup> Voy., sur ce point et sur le fr. 18 § 1, LENEL, Beitr. z. K. d. prät. Edicts (1878) p. 88.

<sup>6</sup> In factum, ut bonae fidei mentio fiat : fr. 11 § 1, 28 i. f. h. t., fr. 58 de R. N. (23. 2), cf. Cic. ad Attic. VI, 1 § 15. La fin du fr. 58 cit. se base sur l'oratio Antonini et Commodi (fr. 16 de sponsal. (23.1)).

<sup>7</sup> Fr. 18 § 4 h. t. : dolo cuius effectum est, ut...

*cio Titio) fundum q. d. a. mancipio daret, neque plus quam annus est, cum experiundi potestas fuit<sup>1</sup> neque ea res arbitrio tuo restituatur, quanti ea res erit, tantam pecuniam<sup>2</sup>, iudex, N<sup>m</sup> N<sup>m</sup> A<sup>o</sup> A<sup>o</sup> c. s. n. p. a.*

Enfin, l'action contre l'héritier est expliquée dans Ulp. 11 fr. 17 § 1, fr. 30 h. t., dans Paul. 11 fr. 27, 29 h. t., dans Gai. 4 fr. 26, 28 h. t. Il fallait ajouter ici au « quanti ea res erit » les mots « quod ad eum peruenit ». Cette action n'était vraisemblablement pas proposée dans l'Album<sup>3</sup>.

#### § 41. DE MINORIBUS UIGINTI QUINQUE ANNIS<sup>4</sup>.

Ulp. 11<sup>5</sup>, Paul. 11<sup>6</sup>, Gai. 4<sup>7</sup>, Jul. 4<sup>8</sup>, Callistr. 1<sup>9</sup>.

Ulp. 11 fr. 1 § 1 h. t. :

Praetor edicit : QUOD CUM MINORE QUAM UIGINTI QUINQUE ANNIS NATU<sup>10</sup> GESTUM ESSE DICETUR<sup>11</sup>, UTI QUAEQUE RES ERIT<sup>12</sup>, ANIMADUERTAM<sup>13</sup>.

Dans cet édit, toute indication fait défaut sur le délai de la restitution. Il est vraisemblable que ce délai était indiqué dans Ulpien et qu'il a été effacé par les compilateurs, à cause du changement connu introduit en cette matière. Dans tous les cas, l'intercalation de RUDORFF (*E. P.* § 40) : « intra annum quo primum experiundi potestas erit » ne saurait être en aucune façon acceptée; car l'année, comme on le sait, était comptée seulement à maiore aetate.

<sup>1</sup> C. 8 h. t. cf. c. 4 de his quae ui (2. 19).

<sup>2</sup> Post annum in id quod locupletior est : Gai. 4 fr. 28 i. f. h. t.

<sup>3</sup> Arg. fr. 28, 29 h. t. Dans ces textes, les jurisconsultes envisagent la question de durée de cette action comme relevant de la doctrine; ils n'auraient pu le faire, s'ils avaient trouvé dans l'Édit une formule ne contenant pas l'exception annalis; par cette omission, le préteur lui-même aurait tranché la question.

<sup>4</sup> D. (4. 4), C. (2. 21 [22]). Cf. fr. 57 § 1 de A. u. O. H. (29. 2).

<sup>5</sup> Fr. 1, 3, 5, 7, 9, 11, 13, 16, 18, 20, 22 h. t., fr. 12 de A. u. O. H. (29. 2), fr. 6 de usurp. (41. 3), fr. 25 de fideiuss. (46. 1), fr. 8 de muner. (50. 4), fr. 116 §§ 1. 2 de R. I. (50. 17). Sur le fr.

116 § 1 cf. fr. 51 § 4 de fid. et mand. (46. 1).

<sup>6</sup> Fr. 10, 14, 23, 26 h. t.

<sup>7</sup> Fr. 12, 15, 25, 27 h. t.

<sup>8</sup> Cit. fr. 11 § 7 h. t.

<sup>9</sup> Fr. 45 h. t., fr. 41 de recept. (4. 8).

<sup>10</sup> Ulp. 11 fr. 1 § 2 sq., fr. 3, 5 h. t., fr. 6 de usurp. (41. 3) cf. fr. 3 § 3 h. t., fr. 8 de muner. (50. 4) cf. fr. 1 i. f. h. t.

<sup>11</sup> Ulp. 11 fr. 7, 9, 11 pr. — § 2 h. t.

<sup>12</sup> Ulp. 11 fr. 11 §§ 3 — ult., fr. 13, 16 pr. — § 4 h. t., fr. 12 de A. u. O. H. (29. 2), fr. 25 de fideiuss. (46. 1) cf. fr. 13 pr. h. t.

<sup>13</sup> Le reste du commentaire d'Ulpien peut se rattacher à ce mot; mais il peut aussi être considéré comme un développement final ne se rattachant pas aux termes de l'édit.

La formula rescissoria, qui était souvent donnée en conséquence de cet édit<sup>1</sup>, n'était point proposée dans l'Album<sup>2</sup>. Sa rédaction ne souffre aucune difficulté.

La transmission de la restitutio à l'héritier du minor était prévue par l'Édit, mais pas à cette place (conf. § 47)<sup>3</sup>.

#### § 42. DE CAPITE MINUTIS<sup>4</sup>.

Ulp. 12<sup>5</sup>, Paul. 11<sup>6</sup>, Gai. 4<sup>7</sup>.

Ulp. 12 fr. 2 § 1 h. t. :

Ait praetor : QUI QUAEUE, POSTEA QUAM<sup>8</sup> QUID CUM HIS ACTUM CONTRACTUMUE<sup>9</sup> SIT, CAPITE DEMINUTI DEMINUTAE<sup>10</sup> ESSE DICENTUR, IN EOS EASUE PERINDE, QUASI ID FACTUM NON SIT IUDICIUM DABO<sup>11</sup>.

Gai. III. 84 :

. . . . . in eum eamue utilis actio datur rescissa capitis deminutione, et si aduersus hanc actionem non defendatur, quae bona<sup>12</sup> eorum futura fuissent, si se alieno iuri non subiecissent, uniuersa uendere creditoribus praetor permittit<sup>13</sup>.

Cf. Gai. IV. 38, Inst. Just. § 3 de adquis. per adrog. (3. 10).

On peut se demander si la décision prétorienne rapportée

<sup>1</sup> Ulp. 11 fr. 13 § 1 h. t., Gai. 4 fr. 27 §§ 2. 3 h. t.

<sup>2</sup> Paul. fr. 24 i. f. h. t.

<sup>3</sup> En sens contraire, RUDORFF, *E. P.*, § 40.

<sup>4</sup> D. (4. 5).

<sup>5</sup> Fr. 2 h. t., fr. 11 de iudic. (5. 1), fr. 42 de pec. (15. 1), fr. 15 qui test. (28. 1), fr. 1 quib. ex caus. in poss. (42. 4), fr. 20 de V. S. (50. 16).

<sup>6</sup> Fr. 3, 5, 7, 9 h. t., fr. 42 de A. R. D. (41. 1), fr. 40 de O. et A. (44. 7), fr. 21 de V. S. (50. 16) cf. fr. 7 i. f. h. t.

<sup>7</sup> Fr. 1, 8 h. t., fr. 26 de act. rer. amot. (25. 2). Voy. § 115.

<sup>8</sup> Ulp. 12 fr. 2 § 2 h. t.

<sup>9</sup> Opposition : 1. Délits. Ulp. 12 fr. 2 § 3 h. t., Paul. 11 fr. 7 § 1 h. t.; 2. Testament : Ulp. 12 fr. 20 de V. S. (50. 16), fr. 15 qui test. (28. 1); 3. Hereditariae actiones : Gai. III. 84, Paul. 11 fr. 40 de O. et A. (44. 7).

<sup>10</sup> Ulp. 12 fr. 2 pr. h. t. : Pertinet

hoc edictum ad eas capitis deminutiones, quae salua ciuitate contingunt. Cf. Gai. 4 fr. 1 h. t. Comment donc expliquer l'expression, en apparence trop large, employée par le préteur? Peut-être de ce que l'Édit qui nous occupe est l'œuvre du préteur qui inter ciues ius dicit et, par là, la portée des termes de l'Album se trouvait limitée de soi-même. Conf. aussi KARLOWA, *Rechtsgeschichte*, II, p. 253. Voy. une autre explication dans COHN, *Beitr. z. Kde. d. r. Rts.* (1880), II, p. 387 et ss.

<sup>11</sup> Ulp. 12. fr. 2 §§ 4. 5 h. t. Sur le fr. 2 § 4 : Ulp. 12 fr. 11 de iudic. (5. 1). Actio de peculio? Ulp. 12 fr. 42 de pec. (15. 1).

<sup>12</sup> Paul. 11 fr. 42 de A. R. D. (41. 1) : substitutio, quae nondum competit, extra bona nostra est.

<sup>13</sup> Ulp. 12 fr. 1 quib. ex. caus. in poss. (42. 4) : Tres fere causae sunt, ex quibus in possessionem mitti solet : rei seruandae causa...

par Gaius figurait ici dans l'Album. RUDORFF<sup>1</sup> la sépare de l'édit promettant la restitutio ; il place la clause relative à l'obligation de défendre avec les actions naissant des contrats et des délits des personnes en puissance et joint aux autres missiones celle relative à la missio in bona<sup>2</sup>. En ce qui touche le premier point, nous sommes certainement en face d'une méprise : car il s'agit ici d'une action née d'un contrat fait par un *sui iuris*, qui n'est tombé que postérieurement sous la potestas d'une autre personne. Mais on ne saurait non plus s'accorder avec l'auteur sur le second point. La substance même de notre édit consiste dans l'ordre de défendre et dans la menace de la missio in bona. Il n'est absolument pas croyable que le préteur ait promis ici l'action rescisoire contre le *capite minutus* sans indiquer en même temps les dispositions qui étaient seules de nature à garantir l'efficacité de cette action, tant que le *capite minutus* restait en puissance<sup>3</sup>. L'insertion de cette missio en cet endroit n'est pas plus étrange que celle de la missio in bona eius qui *uindicem dedit* à la place indiquée plus haut (voy. p. 80). Notre façon de voir est, en tous cas, bien fortifiée par le fait suivant : il existe un texte de Paul. 11 et un texte d'Ulp. 12 (voy. p. 133, n. 12 et 13) qui peuvent difficilement se rapporter à autre chose qu'à notre missio, tandis que, dans les livres de ces commentateurs consacrés principalement aux missiones, on ne trouve pas un seul passage qui puisse se rapporter à notre sujet<sup>4</sup>.

On peut se demander pourquoi le préteur, au lieu de faire renaître par voie de restitutio l'action contre le *minutus*, n'a pas organisé directement contre le *paterfamilias* une action comparable à l'action de *peculio*. La réponse me paraît très simple. Le *minutus*, et le *minutus* seul, devait subir la *ductio* à raison des contrats précédemment formés par lui ; de plus, il pouvait, par la suite, redevenir *sui iuris* et acquérir un *patri-moine*. La possibilité d'obtenir un jugement contre lui, soit durante potestate, soit soluta potestate, était, dès lors, chose du plus grand intérêt pour les créanciers ; et le préteur n'avait

<sup>1</sup> *E. P.*, § 41<sup>4</sup>.

<sup>2</sup> Cf. *E. P.*, §§ 107, 206.

<sup>3</sup> En ce sens, BETHMANN-HOLLWEG, *C. P.*, II, p. 567, n. 51.

<sup>4</sup> C'est seulement dans le commentaire de Gaius qu'on trouve un texte

présentant ce caractère : *Gai.* 23 fr. 7 de reb. auct. iud. (42. 5) rapproché de *Gai.* III. 84 ; mais ce fragment peut se rapporter à d'autres choses ; dans tous les cas, il pouvait très bien faire partie d'un exposé récapitulatif.

aucune raison pour léser cet intérêt en dépouillant le minutus de sa qualité de débiteur et en transportant cette qualité sur la tête du nouveau paterfamilias<sup>1</sup>.

La formule fictive peut être reconstituée dans ce qu'elle a d'essentiel d'après Gai. IV. 38 :

*Si N° N° capite deminutus non esset, tum si N° N° A° A°..... dare oporteret, iudex, N° N° A° A°..... c. s. n. p. a.*

Le doute n'est possible que sur un point. La fiction n'était-elle pas plutôt spécialisée ? Ne disait-elle pas, par exemple, « si N° N° a L. Titio adrogatus non esset »<sup>2</sup> ? Cependant, d'après les expressions dont se servent l'Édit et Gaius, cela n'est guère probable. Naturellement, il n'était besoin de fiction que dans les formules in ius conceptae ; ce sont d'ailleurs les seules dont il soit question dans Gai. IV. 38.

L'hypothèse de la capitis deminutio media et maxima n'était pas prévue par l'édit ; la pratique avait introduit ici une action utile in eos, ad quos bona eorum peruenerunt<sup>3</sup>. La formule de cette action ne saurait être restituée avec certitude. Il est bien difficile de croire à une action avec la fiction servienne « si heres esset » ; on ne pouvait guère feindre qu'un individu vivant, et de plus non citoyen, eût un héritier<sup>4</sup>. Ce qui semble le plus vraisemblable, c'est de croire avec HUSCHKE à une formule rutilienne (Gai. IV. 35) rescissa capitis deminutione<sup>5</sup>.

§ 43. QUOD FALSO TUTORE AUCTORE GESTUM (?) ESSE DICATUR<sup>6</sup>.

Ulp. 12<sup>7</sup>, Paul. 12<sup>8</sup>, Gai. 4<sup>9</sup>, Pomp. 30<sup>10</sup>, 31<sup>11</sup>.

<sup>1</sup> En un sens différent, COHN, *loc. cit.*, p. 315.

<sup>2</sup> En ce sens, RUDORFF, *E. P.*, § 41.

<sup>3</sup> Ulp. 12 fr. 2 pr. h. t., Paul. 11 fr. 7 § 2 h. t.

<sup>4</sup> Conf. HUSCHKE, *Nexum*, p. 159, n. 229.

<sup>5</sup> En un sens différent, KARLOWA, *Beitrag*, p. 138, n. 49, et COHN, *loc. cit.*, p. 313. L'argument de KARLOWA, qui consiste à dire que la minima capitis deminutio seule pouvait être rescindée par voie d'in integrum restitutio, ne saurait être prouvé par les fr. 2 pr. et 7 § 3 h. t. ; dans ce dernier

texte, c'est l'aduersus eum, etc. qui constitue l'idée essentielle.

<sup>6</sup> D. (27. 6). Prob. 5, 17 : T. A. = tutore auctore. Dans l'édition allemande, cet édit forme le § 44 et est placé après l'édit Ex quib. caus. mai. qui y forme le § 43. L'ordre inverse résulte du commentaire de Pomponius.

<sup>7</sup> Fr. 1, 3, 5, 7, 9 h. t.

<sup>8</sup> Fr. 2, 4, 6, 8 h. t.

<sup>9</sup> Fr. 10 h. t.

<sup>10</sup> Cit. fr. 1 §§ 3. 4, fr. 7 § 3 h. t.

<sup>11</sup> Cit. fr. 9 pr. h. t.

Dans Ulp. 12 fr. 1 §§ 4. 6, fr. 7 pr. h. t., les mots suivants de l'édit nous ont été conservés :

QUOD EO AUCTORE, QUI TUTOR NON FUERIT<sup>1</sup>....., SI ID ACTOR IGNORAUIT, DABO IN INTEGRUM RESTITUTIONEM<sup>2</sup>.

IN EUM QUI, CUM TUTOR NON ESSET, DOLO MALO AUCTOR FACTUS ESSE DICETUR<sup>3</sup>, IUDICIUM DABO, UT, QUANTI EA RES ERIT<sup>4</sup>, TANTAM PECUNIAM CONDEMNETUR.

Il résulte, d'abord du « si id actor ignorauit » de la première clause, et, en outre, des commentaires<sup>5</sup>, que ces deux dispositions se rapportaient exclusivement au cas où quelqu'un avait compromis son droit, en procédant à une litis contestatio avec un pupille falso tutore auctore. Pour les autres hypothèses de préjudice causé par un contrat fait falso tutore auctore, il existait un second iudicium in factum contre le falsus tutor, dont Ulpien parle seulement au livre 35<sup>6</sup>. Dès lors, ce mot vague et incolore de « gestum », qui se trouve dans la rubrique du Digeste, devient surprenant au plus haut point. Si l'on considère que ce mot revient plusieurs fois dans les commentaires<sup>7</sup>, mais que l'on n'en trouve au Digeste aucune explication, alors pourtant qu'il aurait si grand besoin d'être expliqué; si l'on considère, de plus, que les mots « dabo in integrum restitutionem » par lesquels se termine la première clause ne concordent pas dans leur rédaction avec les autres édits de notre titre, il devient presque certain que les compilateurs seuls ont introduit ce terme obscur de « gestum » dans notre édit et que ce dernier, dans sa rédaction primitive, indiquait plus clairement qu'il avait trait au iudicium falso tutore acceptum<sup>8</sup>. A la fin de la première clause, à la place du « dabo in integrum restitutionem », le prêteur devait promettre expressément la restitutio de l'action éteinte.

Il n'était point proposé de formule correspondant à la pre-

<sup>1</sup> Ulp. 12 fr. 1 §§ 2-5 h. t.

<sup>2</sup> Ulp. 12 fr. 1 § 6, fr. 3, 5 h. t., Paul. 12 fr. 2, 4, 6 h. t.

<sup>3</sup> Ulp. 12 fr. 7 § 1 h. t.

<sup>4</sup> Ulp. 12 fr. 7 §§ 2-4 h. t., Paul. 12 fr. 8 h. t. A cela se rapporte aussi sans doute Gai. 4 fr. 10 h. t. : de ce texte, ressort le fait que le demandeur était seulement restitué contre l'extinction du droit déduit en justice,

mais que, pour de plus amples dommages-intérêts, il ne pouvait agir que contre le faux tuteur.

<sup>5</sup> Conf. fr. 5 i. f., fr. 7 § 3 h. t.

<sup>6</sup> Ulp. 35 fr. 11 h. t.

<sup>7</sup> Fr. 1 §§ 3. 5 h. t.

<sup>8</sup> Gai. 4 fr. 10 h. t. porte, au lieu de gestum, actum. Un « qua de re... actum esse dicetur » aurait été parfaitement conforme au but de l'édit.



mière clause. Dans les cas où la *litis contestatio* n'éteignait pas l'action *ipso iure*, il n'était besoin d'aucune formule rescisoire : il suffisait alors, pour faire produire son effet à la *restitutio*, de refuser l'exception *rei iudicatae* ou *in iudicium deductae*. Quand l'extinction opérait de plein droit, on pouvait recourir à la fiction « *si ea res q. d. a. in iudicium deducta non esset* »<sup>1</sup>.

La formule de l'action contre le *falsus tutor* était naturellement conçue *in factum* et reproduisait, sans doute, les termes de l'édit. Une action analogue était donnée contre celui « *qui dolo malo adhibuit, ut alius auctoraretur insciens* »<sup>2</sup>.

§ 44. EX QUIBUS CAUSIS MAIORES UIGINTI QUINQUE ANNIS IN INTEGRUM RESTITUUNTUR<sup>3</sup>.

Ulp. 12<sup>4</sup>, Paul. 12<sup>5</sup>, Gai. 4<sup>6</sup>, Pomp. 31<sup>7</sup>, Jul. 4<sup>8</sup>, Callistr. 2<sup>9</sup>.  
Ulp. 12 fr. 1 § 1 h. t. :

Verba autem edicti talia sunt : SI CUIUS QUID DE BONIS, CUM IS METUS<sup>10</sup> AUT SINE DOLO MALO REI PUBLICAE CAUSA<sup>11</sup> ABESSET IN UINCULIS<sup>12</sup> SERUITUTE<sup>13</sup> HOSTIUMQUE POTESTATE<sup>14</sup> ESSET<sup>15</sup>, POSTEAUE<sup>16</sup> NON UTENDO DEMINUTUM ESSE<sup>17</sup> SIUE

<sup>1</sup> RUDORFF (*E. P.* § 43) propose la formule suivante : Si A<sup>o</sup> A<sup>o</sup>, cum Titium N<sup>o</sup> N<sup>o</sup> tutorem non esse ignoraret, cum N<sup>o</sup> N<sup>o</sup> non egisset, tum si *rel.* L'ignorance du demandeur étant la condition de la restitution, elle avait déjà été reconnue par le préteur et il n'en était point question dans la formule. En tout cas, le « *cum... ignoraret* » ne saurait être à sa place au beau milieu de la fiction.

<sup>2</sup> Ulp. 12 fr. 9 pr. h. t. *Dolum maum adhibuit?*

<sup>3</sup> D. (4. 6), C. (2. 53 [54]).

<sup>4</sup> Fr. 1, 3, 5, 7, 10, 12, 15, 17, 21, 23, 26, 28 h. t. Fr. 1 pro derel. (41. 7), fr. 118 de R. J. (50. 17).

<sup>5</sup> Fr. 6, 13, 16, 18, 22, 24, 27, 30 h. t., fr. 8 de usurp. (41. 3), fr. 6 qui satisd. (2. 8). Conf. Paul. lib. 3 breu. fr. 8 h. t.

<sup>6</sup> Fr. 25 h. t., fr. 9 de usurp. (41. 3).

<sup>7</sup> Cit. fr. 17 § 1 h. t.

<sup>8</sup> Cit. fr. 17 pr. § 1, fr. 26 § 7 h. t., fr. 25 § 17 de h. p. (5. 3).

<sup>9</sup> Fr. 2, 4, 9, 11, 14 h. t.

<sup>10</sup> Callistr. 2 fr. 2 § 1 h. t., Ulp. 12 fr. 3 h. t.

<sup>11</sup> Callistr. 2 fr. 4 h. t., Ulp. 12 fr. 5, 7 h. t., Paul. 12 fr. 6 h. t., lib. 3 breu. fr. 8 h. t., Prob. frag. d'Einsiedl. 68 : R. P. C. S. D. M. = *rei publicae causa se dolo malo*.

<sup>12</sup> Callistr. 2 fr. 9 h. t., Ulp. 12 fr. 10 h. t.

<sup>13</sup> Callistr. 2 fr. 11 h. t., Ulp. 12 fr. 12 h. t., Paul. 12 fr. 13 h. t.

<sup>14</sup> Callistr. 2 fr. 11 h. t., Ulp. 12 fr. 15 pr. § 1 h. t.

<sup>15</sup> Ulp. 12 fr. 15 § 2 h. t.

<sup>16</sup> Manque au fr. 1 § 1 h. t., mais voy. Ulp. 12 fr. 15 § 3 h. t., Paul. 12 fr. 16 h. t.

<sup>17</sup> Manque au fr. 1 § 1 h. t., mais voy. Basil., X, 35, 1 : « *ἰὰν μισθῶ τὰ πράγματα τῇ ἀρχῆσιν* », et, sur ce sujet, Ulp. 12 fr. 17 h. t., Paul. 12 fr. 18 h. t., const. 2 de restit. mil. (2. 50 [51]). Ulp. 12 fr. 23 § 2 h. t. devait aussi se rapporter primitivement à cette matière. Jul. 4 cit. fr. 25 § 17 de H. P. (5. 3) est à rapprocher de Ulp. 12 fr. 17 pr. h. t. Ulp. 12 fr. 1 pro derel. (41. 7) se rapporte aux mots « *non utendo* ».

CUIUS ACTIONIS EORUM CUI DIES EXISSE DICETUR<sup>1</sup> : ITEM SI QUIS QUID USU SUUM FECISSET<sup>2</sup> AUT QUOD NON UTENDO AMISSUM SIT<sup>3</sup> CONSECUTUS ACTIONEUE QUA SOLUTUS OB ID, QUOD DIES EIUS EXIERIT, CUM ABSENS NON DEFENDERETUR<sup>4</sup> INUE UINCULIS ESSET<sup>5</sup> SECUMUE AGENDI POTESTATEM NON FACERET<sup>6</sup>, AUT CUM EUM INUITUM IN IUS UOCARI NON LICERET<sup>7</sup> NEQUE DEFENDERETUR<sup>8</sup> CUMUE MAGISTRATUS DE EA RE APPELLATUS ESSET<sup>9</sup>, SIUE CUI PER MAGISTRATUS<sup>10</sup> SINE DOLO MALO<sup>11</sup> IPSIUS ACTIO EXEMPTA ESSE DICETUR<sup>12</sup> :

EARUM RERUM ACTIONEM<sup>13</sup> INTRA ANNUM, QUO PRIMUM DE EA RE EXPERIUNDI POTESTAS ERIT<sup>14</sup> :

ITEM SI QUA ALIA MIHI IUSTA CAUSA ESSE UIDEBITUR<sup>15</sup>,  
IN INTEGRUM RESTITUAM<sup>16</sup> :

QUOD EIUS PER LEGES PLEBIS SCITA SENATUS CONSULTA EDICTA DECRETA PRINCIPUM LICEBIT<sup>17</sup>.

Sur le fondement de cet édit, était délivrée une formule qui figurait dans l'Album<sup>18</sup>, formule dont Ulp. 12 fr. 28 §§ 5. 6 h. t. et, sans doute, Paul. 12 fr. 30 h. t. nous offrent le commentaire. Nous sommes renseignés sur la construction de cette formule par les Inst. de Justinien § 5 de act. (4. 6) : elle reposait sur la fiction que l'usucapion contre laquelle le prêteur voulait restituer ne s'était pas accomplie. Nous savons, de plus, que la causa restitutionis n'était pas indiquée dans la formule, puisque le prêteur lui-même connaissait de cette causa<sup>19</sup>. Mais la façon exacte

<sup>1</sup> Ulp. 12 fr. 21 pr. § 1 h. t., Paul. 12 fr. 22 §§ 1. 2 h. t.

<sup>2</sup> Ulp. 12 fr. 21 § 2 h. t., Gai. 4 fr. 9 de usurp. (41. 3).

<sup>3</sup> Flor. in fr. 1 § 1 h. t. : amisit. Mais voy. fr. 21 pr. h. t.

<sup>4</sup> Ulp. 12 fr. 21 §§ 2. 3 h. t., Paul. 12 fr. 22 pr. h. t., fr. 6 qui sat. cog. (2. 8) cf. fr. 21 i. f. h. t.

<sup>5</sup> Ulp. 12 fr. 23 pr. §§ 1-3 h. t. (conf. p. 137 n. 17). Pourquoi le prêteur ne dit-il pas ici « seruitute? » A cette question ont trait : Ulp. 12 fr. 118 de R. J. (50. 17), Paul. 12 fr. 8 de usurp. (41. 3). Voy. aussi CURAS, *Observ.* XXII, 17.

<sup>6</sup> Ulp. 12 fr. 23 § 4, fr. 26 pr. § 1 h. t., Paul. 12 fr. 24 h. t., Gai. 4 fr. 25 h. t.

<sup>7</sup> Ulp. 12 fr. 26 § 2 h. t.

<sup>8</sup> Ulp. 12 fr. 26 § 3 h. t.

<sup>9</sup> SAVIGNY, *System* VII, p. 182.

<sup>10</sup> La Flor. porte, au fr. 1 § 1 h. t., pro magistratu qui n'a aucun sens. Mais voy. Ulp. 12 fr. 26 § 4 h. t.

<sup>11</sup> Cf. Ulp. 12 fr. 26 §§ 4. 6 h. t.

<sup>12</sup> Ulp. 12 fr. 26 §§ 4-8 h. t.

<sup>13</sup> Cf. Ulp. 12 fr. 28 § 5 h. t.

<sup>14</sup> Ulp. 12 fr. 28 §§ 3. 4 h. t.

<sup>15</sup> Ulp. 12 fr. 26 § 9, fr. 28 pr. § 1 h. t., Paul. 12 fr. 27 h. t.

<sup>16</sup> Cf. Terence, *Phorm.* II, 40, 10-12, Probus, frag. d'Einsied. 69 : V. l. I. = uidebitur in integrum.

<sup>17</sup> Ulp. 12 fr. 28 § 2 h. t.

<sup>18</sup> Fr. 28 § 5 h. t. : exemplo rescriptoriae actionis. Conf. const. 5 h. t., const. 18 de postlim. (8. 50 [51]).

<sup>19</sup> Paul. 12 fr. 16 h. t. DERNBURG, *Festgab.f. Heffter* (1873), p. 121 et ss., est d'un avis différent. La raison qu'il invoque, c'est que le demandeur, pour

dont la fiction était rédigée donne lieu à controverse. RUDORFF (*E. P.* § 42) propose : Si N° N° hominem q. d. a. anno non possedisset. Cela est certainement faux. Autant le « si anno possedisset » est à sa place dans la formule de la Publicienne, autant il est difficile de voir pourquoi, dans notre formule, on aurait dû feindre l'inexistence d'une possession *annale* : l'accomplissement de l'usucapion suppose une possession annale ; mais son non-accomplissement ne suppose pas du tout une *non-possesion* annale, si l'on peut ainsi parler. On est, semble-t-il, plus près de la vérité en admettant que la fiction portait seulement sur l'inexistence de la possession du défendeur pendant la durée de l'obstacle à l'usucapion, par exemple, pendant l'absence du demandeur, et en reconstituant la formule d'une des façons suivantes : « si N° N° hominem q. d. a. inter Kal. Mart. et Kal. Jul. non possedisset » ou bien : « si is homo q. d. a. inter Kal. Mart. et Kal. Jul. usucaptus non esset ». KELLER<sup>1</sup> préfère cette dernière rédaction (tout en en proposant une autre à côté d'elle). Mais, contre ces sortes de fictions, se dressent de graves objections. Une fiction ainsi spécialisée ne pouvait présenter d'intérêt qu'à une condition : à la condition que le prêteur entendit laisser au juge la possibilité de juger si la durée de la possession, abstraction faite du temps qu'on déduisait, n'avait pas été suffisante pour conduire à l'usucapion. Nous ne nous demanderons même pas si bien réellement des fictions ainsi rédigées étaient de nature à conduire à ce résultat ; mais une chose est certaine : *d'après les sources, ce n'était pas le juge qui examinait cette question.* D'après les sources, le *prêteur* ne se bornait pas à décider quel temps serait fictivement considéré comme inexistant ; il décidait,

obtenir la restitution, n'avait qu'à affirmer la perte d'un droit par suite d'absence, de captivité, etc. (si dicetur). DEHNBURG confond la *cognitio* sur la perte du droit et la *cognitio* sur le motif de la restitution. Je crois aussi que le prêteur ne connaissait pas du point de savoir si le demandeur avait perdu véritablement un droit ; il s'en rapportait là-dessus à la simple affirmation de la partie. Mais il connaissait au contraire parfaitement du point de

prétendant avoir possédé et perdu, avait été perdu, *en supposant* qu'il eût véritablement existé, par suite de circonstances donnant ouverture à une restitution. C'est avec cette façon de voir que la rédaction de l'édit cadre le mieux : il ne dit pas, en effet, « si... afuisse dicetur » ; il ne dit pas davantage « si quid, cum afuerit, deminutum esse dicetur », mais bien « si quid, cum abeset, deminutum esse dicetur ».

<sup>1</sup> *C. Pr.* n. 317.

et c'est là quelque chose de plus, combien de temps serait rendu à celui qu'il s'agissait de restituer; Ulp. 12 fr. 26 §§ 7. 8 h. t. :

Julianus libro quarto digestorum..... ait....., rescissionem usucapionis ita faciendam, ut hi dies restituantur, quibus actor agere uoluit et interuentu feriarum impeditus est. Quotiens per absentiam quis non toto tempore aliquem exclusit, ut puta rem tuam possedi uno minus die statuto in usucapionibus tempore, deinde rei publicae causa abesse coepi, restitutio aduersus me unius diei facienda est.

Ainsi donc, le préteur lui-même examinait ce qui avait couru du délai de l'action ou de l'usucapion *avant* l'arrivée du motif de la restitutio et il ne restituait de ce délai que ce qui, à ce moment, en restait à courir. Dans l'hypothèse prévue au texte cité, le demandeur devait, dans les vingt-quatre heures, en venir à la litis contestatio de l'action en revendication qui lui était restituée, sous peine de se voir déchu de cette même action. Mais, la litis contestatio ayant eu lieu dans les vingt-quatre heures, le juge devait condamner alors même que, depuis la cessation du motif de la restitutio, tout l'annus usucapionis aurait déjà couru de nouveau. Et ceci pouvait très facilement se présenter dans la pratique. Car l'annus usucapionis était un annus continuus, tandis que l'annus restitutionis était un annus utilis : il pouvait donc se faire, par exemple, que l'unus dies dont il est question au fr. 26 § 8 cit. fut restitué et très utilement restitué au demandeur seulement un an et demi après la cessation du motif de la restitutio.

Si l'on réfléchit à l'étendue de la cognitio du préteur, telle que nous venons de la démontrer, il devient évident que la fiction s'exprimait purement et simplement en ces termes : si eum hominem q. d. a. N° N° usu non cepisset<sup>1</sup>. Le juge n'avait pas à examiner à quel moment l'objet litigieux eût été véritablement usucapé ; en outre, il n'avait à s'occuper du temps écoulé depuis la cessation du motif de la restitutio qu'autant que le préteur, au moyen de l'insertion de l'exceptio annalis, le chargeait d'examiner si la restitutio avait été demandée en

<sup>1</sup> Conf. Theoph. N. 6 § 5 : ὡσαντι μὴ usucapiteusen ἔαντιδικος τὸ ἐμὸν πράγμα, εἰ ἔδει ταῦτο τῆς ἐμῆς εἶναι δισποσίτας.

FERRINI, *Rendic. del. It. ist. Lomb.*, sér. II, vol. xvii, p. 895 et ss.

temps voulu<sup>1</sup>. Dès lors, il m'apparaît comme presque certain que la formule était rédigée dans ces termes :

*Si eum hominem q. d. a. N° N° usu non cepisset, tum si eum hominem ex iure Quiritium A<sup>1</sup> A<sup>1</sup> esse oporteret : si non plus quam annus est, cum primum de ea re experiundi potestas fuit, neque is homo arbitrio tuo A° A° restituetur, q. e. r. e., t. p. rel.*

Nous n'avons pas à rechercher ici les modifications que l'on faisait subir à cette formule pour l'appliquer aux autres hypothèses de restitutio. Mais il reste à faire une remarque sur son nom. Notre action, depuis le Moyen Âge, est appelée actio Publiciana (rescissoria)<sup>2</sup>. Cette terminologie remonte-t-elle aux jurisconsultes classiques? Cela n'est point prouvé par le fr. 35 pr. de O. et A. (44. 7), quelque facile qu'il soit pourtant de comprendre qu'on ait désigné d'un même nom, en s'attachant à leur forme, et l'action qui feint l'existence d'une usucapion non encore accomplie, et celle qui feint l'inexistence d'une usucapion accomplie<sup>3</sup>. Quand nous lisons au fr. 35 cit. que la Publicienne est une actio perpetua, et qu'ensuite le texte ajoute :

sed cum rescissa usucapione redditur, anno finitur, quia contra ius civile datur,

on est plutôt tenté de croire que cette action donnée rescissa usucapione n'est autre que la Publicienne ordinaire dont il est question juste auparavant et n'est pas du tout notre actio rescissoria<sup>4</sup>; celle-ci, dans son essence, est bien plutôt une rei vindicatio rescissa usucapione<sup>5</sup>.

#### § 45. DE LITIBUS RESTITUENDIS.

Ulp. 13<sup>6</sup>, Paul. 12<sup>7</sup>, Jul. 4<sup>8</sup>.

L'édit Quod falso tutore auctore (§ 43) n'est pas le seul qui ait pour but d'effacer les suites de la litis contestatio. Nous rencon-

<sup>1</sup> L'exceptio annalis paraît avoir été constante ici : const. 5 h. t.

<sup>2</sup> La glose citée par Brisson. sub. v° Publiciana remonte à l'Épitome exact. regib. Conf. CONRAT, dans son édition, p. xci, cccxvi.

<sup>3</sup> Conf. KELLER, C. P. n. 946.

<sup>4</sup> Elle est simplement appelée actio rescissoria dans le fr. 28 §§ 5. 6 h. t.

et dans la const. 24 de R. V. (3. 32).

<sup>5</sup> Conf. SAVIGNY, System VII, p. 189, BEKKER, Aktionen II, p. 93 n. 33.

<sup>6</sup> Fr. 25 de adm. et per. (26. 7), fr. 2 de exc. rei. iud. (44. 2).

<sup>7</sup> Fr. 8 de R. V. (6. 1).

<sup>8</sup> Fr. 15 de O. et A. (44. 7), cit. fr. 2 de exc. r. iud. (44. 2).

trons, notamment au livr. 13 d'Ulpien, des traces certaines d'autres édits ayant trait à cette matière. Dans Ulp. 13 fr. 25 de adm. et per. (26. 7)<sup>1</sup>, il est question de la restitution accordée à un mineur contre l'extinction, réalisée à son détriment, d'un droit déduit en justice ; dans Ulp. 13 fr. 2 de exc. r. iud. (44. 2)<sup>2</sup>, il s'agit de la restitution d'une action perdue par suite d'une exception dilatoire. Aucun de ces deux textes ne peut se rapporter aux édits qui nous ont été transmis et dont Ulpien s'occupe au livre 13 (ce sont les édits de alienatione iudicii mutandi causa facta et qui arbitrium receperint) ; ils ne peuvent se rapporter qu'à d'autres édits qui ont été supprimés par les compilateurs pour des motifs faciles à comprendre. L'un d'eux prévoyait peut-être spécialement la restitution des mineurs contre l'effet extinctif de la litis contestatio ; dans ce cas, nous devrions penser que le « quod gestum esse dicetur » de l'édit général de minoribus n'avait pas trait à la litis contestatio, ce qui est très admissible en soi<sup>3</sup>. Quoiqu'il en soit, nous sommes autorisés à réunir, en cet endroit de l'édit, tous les renseignements épars qui nous ont été transmis sur les cas de restitution d'actions éteintes par suite de leur déduction en justice.

## 1.

Gai. IV. 53<sup>4</sup>.

Si quis intentione plus complexus fuerit<sup>5</sup>, *causa cadit*, id est rem perdit nec a praetore in integrum restituitur, exceptis quibusdam casibus, in quibus.....<sup>6</sup>.

Ces exceptions, qui ne sont pas lisibles dans Gaius, nous ont été conservées par les Inst. de Just. § 33 de act. (4. 6) : elles consistent dans la minorité du demandeur, et, pour les majeurs, dans une magna causa iusti erroris<sup>7</sup>. On peut, au surplus, se demander si cette dernière exception, conçue en termes géné-

<sup>1</sup> Voy., sur ce texte, KELLER, *Litisc. u. Urt.* p. 531 et s.

<sup>2</sup> Conf. Jul. 4 fr. 15 de O. et A. (44. 7).

<sup>3</sup> Il faudrait croire, dès lors, que le fr. 7 § 4 de minor. a été remanié par les compilateurs.

<sup>4</sup> Paul. Sent. I, 10 de plus petendo. La rubrique vient immédiatement après la matière de l'in integrum restitutio. Dans le texte véritable de Paul, le

passage devait appartenir à cette matière même.

<sup>5</sup> Sur ce point, Paul. 12 fr. 8 de R. V. (6. 1)?

<sup>6</sup> Conf. Sénèque, Epist. V, 7 (48) § 10. Suétone, Claud. c. 14.

<sup>7</sup> Conf. Paul. Sent. I, 7 § 2 : integri restitutionem praetor tribuit ex his causis : quae per..... iustum errorem gesta esse dicuntur.

raux, n'est pas seulement le résumé d'exceptions particulières spécialement prévues par l'édit; le « quibusdam causis » de Gaius me semble rendre cette supposition vraisemblable<sup>1</sup>.

## 2.

Gai. IV. 57. :

*At si in condemnatione plus petitum sit quam oportet, actoris quidem periculum nullum est, sed (reus cum) iniquam formulam acceperit, in integrum restituitur, ut minuatür condemnatio. Si uero minus positum fuerit quam oportet, hoc solum (actor) consequitur quod posuit.... nec ex ea parte praetor in integrum restituit.... : loquimur autem exceptis minoribus XXV annorum : nam huius aetatis hominibus in omnibus rebus lapsis praetor succurrit.*

## 3.

Diocl. et Maxim. c. 2 sent. rescindi (7. 50) :

*Peremptorias exceptiones omissas initio<sup>2</sup>, antequam sententia feratur, opponi posse perpetuum edictum manifeste declarat : quod si aliter actum fuerit, in integrum restitutio permittitur<sup>3</sup>.*

• Texte qu'il faut rapprocher de Gai. IV. 125 :

*Sed peremptoria quidem exceptione si reus per errorem non fuerit usus, in integrum restituitur adiciendae exceptionis gratia : dilatoria uero si non fuerit usus, an in integrum restituatur, quaeritur.*

Cf. c. 8 de except. (8. 35 [36]). Voy. aussi, au fr. 23 § 3 de cond. indeb. (12. 6), le passage « si post litem contestatam *rel.* ».

§ 46. DE ALIENATIONE IUDICII MUTANDI CAUSA FACTA<sup>4</sup>

Ulp. 13<sup>5</sup>, Paul. 12<sup>6</sup>, Gai. 4<sup>7</sup>.

Les mots suivants figuraient certainement dans l'édit :

<sup>1</sup> Conf. aussi la *constitutio Zenoniana* c. 1 de plus petendo (3. 10) §§ 1 et 2, où des exceptions spéciales sont également indiquées.

<sup>2</sup> RUDORFF annote ici sans raison : « Diocletianus scripserat : in iudicio, hoc est in formula » (*E. P.* § 44<sup>3</sup>). Autre est la question de savoir si le

texte n'a pas été d'ailleurs remanié par les compilateurs.

<sup>3</sup> Perimitur *scr.* (Krueger)?

<sup>4</sup> D. (4. 7), C. (2. 54 [55]).

<sup>5</sup> Fr. 2, 4, 6 h. t., fr. 119 de R. J.

<sup>6</sup> Fr. 8, 10 h. t. Le fr. 10 porte fausement l'inscription « Ulp. 12 ».

<sup>7</sup> Fr. 1, 3, 7 h. t.

QUAE ALIENATIO IUDICII MUTANDI CAUSA FACTA ERIT<sup>1</sup> DOLO MALO<sup>2</sup>, IN INTEGRUM RESTITUAM<sup>3</sup>.

Mais ceux qui, jusqu'à maintenant, se sont occupés de la restitution de l'édit ne se contentent pas de ces mots. Ce qui, tout d'abord, les fait douter que ces mots aient, à eux seuls, constitué tout l'édit, c'est ce que Paul rapporte au fr. 8 § 1 h. t. :

Praetor ait : « quaeue alienatio iudicii mutandi causa facta erit ».

Quaeue! Dès lors, disent-ils, d'autres mots précédaient ceux-ci dans l'édit. RANCHINUS, et d'autres après lui, proposent ceci (conf. fr. 4 §§ 1. 3 h. t.) :

Si dolo malo lis in alium translata quaeue alienatio, etc.

Mais l'introduction arbitraire de cette tautologie ne mérite aucune réfutation. RUDORFF (*E. P.* § 45), se basant sur Gai. 4 fr. 3 § 1 h. t., fait précéder « quaeue alienatio » des mots « quae manumissio ». Mais le fr. 3 § 1 contient simplement un exemple donné par le jurisconsulte ; cela résulte jusqu'à l'évidence de la comparaison de ce passage avec le fr. 1 et le fr. 3 pr. ; ce qui est certain pour ces derniers textes l'est aussi pour le premier. Si l'on considère que rien n'indique ici l'existence d'une lacune dans les commentaires, l'on est porté, avec CUVAS<sup>4</sup>, à considérer comme très vraisemblable que dans le fr. 8 § 1 il faut lire quae au lieu de quaeue. Il suffit qu'un copiste du commentaire de Paul ait écrit par erreur *qu* au lieu de *q* (= quae) pour expliquer l'origine du quaeue.

Nous passons ici sous silence les additions très étendues de certains auteurs plus anciens. RUDORFF, selon son habitude, introduit dans l'édit l'exceptio annalis. Mais il résulte du fr. 4 § 6 et des fr. 6, 7 h. t. que la limitation à un an ne résultait pas du texte de l'édit, mais seulement de son interprétation.

Une action conçue in factum était proposée dans l'Album, pour assurer l'effet de l'édit<sup>5</sup>. Cette action était arbitraire<sup>6</sup> et était

<sup>1</sup> Gai. 4 fr. 1, 3 pr. — § 3 h. t., Ulp. 13 fr. 4 pr. — § 4 h. t., Paul. 12 fr. 8 §§ 1-5, fr. 10 pr. h. t., const. un. h. t.

<sup>2</sup> Ulp. 13 fr. 4 § 3 (cf. §§ 1. 4) h. t. : cum in hoc edicto doli mali fiat mentio. Paul. 12 fr. 10 § 1 h. t.

<sup>3</sup> Gai. 4 fr. 3 § 4 h. t. : quod pro-

consul in integrum restitutum se pollicetur. Cf. const. un. h. t.

<sup>4</sup> Opp. V c. 165.

<sup>5</sup> Gai. 4 fr. 1 pr. h. t. Dans certains cas, naturellement, il suffisait d'une denegatio actionis, conf. fr. 12 i. f. h. t.

<sup>6</sup> Ulp. 13 fr. 4 § 6 h. t. Paul. 12



donnée au montant de l'intérêt du demandeur<sup>1</sup>. On doit considérer comme contenant des indications sur la forme de l'intention le fr. 24 i. f. comm. diu. (10. 3) :

teneris mihi praetoria actione, quod fecisses, ne tecum communi diuidundo ageretur...

et la const. 1 h. t. dans le passage suivant :

si rem, ne secum ageretur, qui possidebat, uenumdedit et emptori tradidit, ..., conueniendi tibi tributam esse iure facultatem.

Il résulte de ces textes que le but de l'aliénation était indiqué dans la formule par les mots « ne secum ageretur » ; c'est un point que RUDORFF a méconnu dans sa reconstitution. Il serait facile, en s'appuyant sur ce fait, de proposer une nouvelle reconstitution ; mais pour le surplus, elle manquerait d'authenticité. En particulier, il ne me semble point certain que les mots cités de la const. 1 puissent, dans leur entier, servir de guides pour la rédaction de la formule.

#### § 47. DE RESTITUTIONE HEREDUM?

Ulp. 13<sup>2</sup>, Paul. 12<sup>3</sup>.

Tout à la fin du titre de restitutionibus, les commentaires reviennent encore une fois sur la question de la transmissibilité héréditaire des demandes en restitutio. A cette matière, se rapportent, en dehors de Paul. 12 fr. 120 de R. I. :

Nemo plus commodi heredi suo relinquit quam ipse habuit, les explications détaillées données par Ulp. 13 fr. 6 de i. i. r. et fr. 19 de minor. Si l'on admet que ces développements aient leur base dans une disposition de l'Album, il est en tout cas cer-

fr. 8 pr. eod. : ex hoc edicto tenetur... si arbitratu iudicis pristinam iudicii causam non restituit.

<sup>1</sup> C'est-à-dire sur le quanti ea res erit. Ulp. 13 fr. 4 § 5, Gai. 4 fr. 3 §§ 4. 5 h. t. ne donnent que des interprétations. La formule n'était certainement pas donnée sur le « quanti A<sup>1</sup> A<sup>1</sup> interest alium aduersarium non habuisse », comme RUDORFF et tous les auteurs plus anciens l'admettent. Les mots mis en vedette se rencontrent seulement dans Gai. 4 fr. 3 § 4 h. t. ; mais ils ne sont point donnés

comme figurant dans la formule et ne sont qu'une interprétation (v. « ex quibus apparet »). Ils manquent dans Ulp. 13 fr. 4 § 5 et la remarque du fr. 4 § 6 « haec actio non est poenalis » ne devient compréhensible que si nous admettons, pour la condemnatio, une rédaction qui n'était pas de nature à enlever tous les doutes sur le caractère reipersécutoire de l'action.

<sup>2</sup> Fr. 6 de i. i. r. (4. 1), fr. 19 de minor. (4. 4).

<sup>3</sup> Fr. 120 de R. J. (50. 17).

tain que l'édit visé s'occupait seulement des héritiers du mineur susceptible d'être restitué, arg. fr. 6 cit. :

Non solum minoris, uerum eorum quoque, qui rei publicae causa afuerunt, item omnium, qui potuerunt restitui in integrum, successores in integrum restitui possunt, et ita saepissime est constitutum.

L'Édit prévoyait-il vraiment, à cette place, la demande de restitutio des héritiers<sup>1</sup> des mineurs? Un argument en faveur de l'affirmative résulte déjà de ce fait qu'Ulpien, après avoir touché dans le livr. 11 fr. 18 i. f. la question de la transmissibilité héréditaire des demandes en restitutio appartenant aux mineurs, y revient encore, dans les fr. 6 et 19 cit., et insiste, dans ces textes, sur ce qu'il faut entendre par successor et sur le délai qu'il convient d'accorder aux héritiers. Mais il y a plus : un témoignage exprès de l'existence de notre édit est fourni par le fr. 19 cit. :

Interdum tamen successori plus quam annum dabimus, ut est edicto expressum, si forte aetas ipsius subueniat : nam post annum uicensimum quintum habebit legitimum tempus (annum *scr.*).

L'édit disait probablement que les héritiers d'un mineur susceptible d'être restitué pouvaient demander la restitutio pendant le délai<sup>2</sup> qui aurait encore appartenu au défunt. L'exception apportée à cette règle devait venir ensuite.

## TIT. XI.

### DE RECEPTIS<sup>3</sup>.

#### § 48. QUI ARBITRIUM RECEPTUM, UT SENTENTIAM DICANT<sup>4</sup>.

Ulp. 13<sup>5</sup>, Paul. 13<sup>6</sup>, Gai. 5<sup>7</sup>, Jul. 4<sup>8</sup>.

L'édit s'exprimait en ces termes :

<sup>1</sup> Conf. fr. 170 de V. S. (50. 16).

<sup>2</sup> A cela se rapportait Paul. 12 fr. 120 de R. J.

<sup>3</sup> D. (4. 8) de receptis : qui arbitrium receperint ut sententiam dicant. C. (2. 55 [56]).

<sup>4</sup> D. (4. 8). C. (2. 55. [56]).

<sup>5</sup> Fr. 3, 5, 7, 9, 11, 13, 15, 17, 21, 23, 25, 27, 29, 31 h. t., fr. 16 de O. N. N. (39. 1) cf. fr. 19 i. f., fr. 21 pr. h. t., fr. 71 de V. O. (45. 1) cf. fr. 29 h. t.

<sup>6</sup> Fr. 4, 8, 10, 12, 16, 19, 22, 24, 26,

28, 30, 32, 34 h. t., fr. 37 [36] ad S. C. Treb. (36. 1), fr. 121 de R. J. (50. 17) cf. fr. 29 h. t.

<sup>7</sup> Fr. 6, 20, 35, h. t., fr. 122 de R. J. (50. 17) cf. fr. 32 § 7 h. t.

<sup>8</sup> Fr. 47, 49 h. t., cit. fr. 17 pr., 19 pr., 21 §§ 9, 10, 27 § 5 h. t.

<sup>9</sup> C'est à l'édit de minoribus et non à celui-ci que se rapporte Callistr. 1 fr. 41 h. t. (en sens contraire, RUDORFF, E. P. § 46<sup>2</sup>); car l'édit ex quibus causis maiores se trouve dans Callistr. 2.

QUI<sup>1</sup> ARBITRIUM PECUNIA COMPROMISSA<sup>2</sup> RECEPERIT<sup>3</sup> EUM SENTENTIAM DICERE COGAM<sup>4</sup>.

Jusqu'au mot « receperit », les termes de l'édit sont cités dans le fr. 3 § 2 h. t.; la fin résulte des commentaires et, en particulier, du fr. 15 h. t. :

Licet.... praetor destricte edicat sententiam se arbitrum dicere coacturum.....

Les commentaires sur notre édit ne se bornent pas à expliquer ses termes; ils donnent, de plus, des développements sur les suites juridiques qu'entraînait le compromis pour les parties, en se basant sur les clauses les plus habituelles de ce contrat; ils étudient en particulier à quelles conditions étaient encourues, d'après la rédaction de ces clauses, les peines du compromis<sup>5</sup>.

Le procédé de contrainte contre l'arbitre n'était pas indiqué dans l'édit; il ne consistait pas en une action pénale, mais bien en une mulcta (fr. 32 § 12 h. t.) ou en une pignoriscapio.

§ 49. NAUTAE CAUPONES STABULARII UT RECEPTA RESTITUANT<sup>6</sup>.

Ulp. 14<sup>7</sup>, Paul. 13<sup>8</sup>, Gai. 5<sup>9</sup>.

Ulp. 14 fr. 1 pr. h. t. :

Ait praetor : NAUTAE<sup>10</sup> CAUPONES STABULARII<sup>11</sup> QUOD CUIUSQUE SALUUM FORE RECEPERINT<sup>12</sup> NISI RESTITUENT, IN EOS IUDICIUM DABO<sup>13</sup>.

La formule était construite sur l'hypothèse du receptum nautarum<sup>14</sup>; elle est commentée par Ulpien dans le fr. 3 §§ 2-4 h. t. <sup>15</sup>. Elle est reconstituée d'une façon certainement exacte

<sup>1</sup> Ulp. 13 fr. 3 § 3, 5, 7, 9, 11 pr. h. t., Paul. 13 fr. 4, 8, 10 h. t., Gai. 5 fr. 6 h. t.

<sup>2</sup> Ulp. 13 fr. 11 §§ 1. — ult., fr. 13 pr. § 1 h. t., Paul. 13 fr. 12, 32 pr. — § 3 h. t., Gai. 5 fr. 35 h. t.

<sup>3</sup> Ulp. 13 fr. 13 § 2 h. t.

<sup>4</sup> Ulp. 13 fr. 13 §§ 3, 4, fr. 15, 17, 21 pr. — § 5 h. t., Paul. 13 fr. 16, 19, 32 §§ 4 — 13 h. t., Gai. 5 fr. 20 h. t.

<sup>5</sup> Conf., par ex., Ulp. 13 fr. 21 §§ 6 — ult., fr. 23, 25, 27, 29, 31 h. t., Paul. 13 fr. 22, 24, 26, 28, 30, 32 §§ 14 sqq., 34 h. t.

<sup>6</sup> D. (4. 9).

<sup>7</sup> Fr. 1, 3 h. t.

<sup>8</sup> Fr. 4 h. t., fr. 42 loc. (19. 2).

<sup>9</sup> Fr. 2, 5 h. t., fr. 40 loc. (19. 2).

<sup>10</sup> Ulp. 14 fr. 1 §§ 2 — 4 h. t.

<sup>11</sup> Ulp. 14 fr. 1 § 5 h. t.

<sup>12</sup> Ulp. 14 fr. 1 § 6, fr. 3 pr. h. t.

<sup>13</sup> Ulp. 14 fr. 3 § 1 h. t.

<sup>14</sup> Arg. fr. 3 § 2 h. t. : eodem modo tenentur caupones et stabularii. Comme il est déjà indiqué au fr. 1 § 5 que l'édit était applicable aux caupones et aux stabularii, ce « eodem modo » ne peut s'expliquer que si le modèle de la formule parlait des nautae.

<sup>15</sup> Le fr. 3 § 5 h. t. contient des explications finales sur le concours d'actions.

dans ce qu'elle a d'essentiel par RUDORFF (*E. P.* § 47) :  
*S. p. N<sup>m</sup> N<sup>m</sup> 1, cum nauem exerceret 2. A 1 A 1 2 res q. d. a.  
 saluas fore recepisse neque restituisse 4, q. e. r. e. 5, t. p.,  
 iudex, N<sup>m</sup> N<sup>m</sup> A° A° c. s. n. p. a.*

§ 50. ARGENTARIAE MENSARUM EXERCITORES QUOD PRO  
 ALIO SOLUI RECEPERINT UT SOLUANT 6.

Ulp. 14 7, Paul. 13 8, Gai. 5 9.

Dans l'article cité à la n. 6, j'ai démontré que l'actio recepticia 10, qui naissait du receptum argentariorum et sur laquelle on a tant écrit, était proposée à cette place de l'Édit; en même temps, je me suis expliqué sur l'origine et la nature de cette action. Je n'ai pu cependant mettre fin à la controverse existant sur cette matière 11. Nous n'avons à revenir ici que sur les points intéressants pour la reconstitution de notre édit.

Dans l'article indiqué, j'ai dit que le receptum argentariorum était un contrat non formel et que l'action qui en naissait était prétorienne. Ces deux points ont été contestés depuis par KARLOWA 12, tandis que ROSSELLO admet le caractère non formel du contrat, mais ne se prononce pas sur l'origine de l'action 13. Le caractère non formel du contrat résulte tout d'abord jusqu'à l'évidence, comme je l'ai démontré en son temps, de ce fait que

1 Filium familias N<sup>1</sup> N<sup>1</sup>, seruum N<sup>1</sup> N<sup>1</sup>, cum uoluntate eius nauem exerceret : fr. 3 § 3 h. t.

2 Fr. 3 § 2 h. t. : eodem modo tenentur cauponae et stabularii, quo [nautae, de eo quod ins?] exercentes negotium suum recipiunt.

3 Cf. fr. 1 § 7 h. t.

4 Exception au cas de uis maior : fr. 3 § 1 h. t.

5 Fr. 3 § 4 h. t. Vraisemblablement, se plaçait ici une taxatio faite par le préteur, cf., au fr. 6 § 2 h. t., le passage suivant : cuius factum praetor aestimare solet. Conf., plus loin, § 78.

6 Conf. sur cet édit : LENEL, *Zschr. f. R. G.* XV, p. 62 et ss.

7 Fr. 27 de pec. constit. (13. 5), fr. 28 mandati (17. 1), fr. 52 de solut. (46. 3). Conf. LENEL, *loc. cit.*, p. 63 et s., 66, 67.

8 Fr. 12 de pec. constit. (13. 5). LENEL, *loc. cit.* p. 63 et ss.

9 Fr. 28 de pec. constit. (13. 5), fr. 30 de fideiuss. (46. 1), fr. 53 de solut. (46. 3). LENEL, *loc. cit.*, p. 63 et s., 65, 66, 67. Il me semble douteux aujourd'hui que le fr. 27 de iureiur. (12. 2) se rapporte à notre matière, puisque l'édit de iureiur. est également traité dans Gai. 5.

10 Const. 2 de pec. const. (4. 18), § 8 Inst. Just. de act. (4. 6) et Theophil. ad h. l., Gloss. Labb. s. v. *ρεκεπτικια* dans le Thesaur. d'Otto, III, c. 1793.

11 Conf., parmi les auteurs les plus récents, BEKKER *ZR G.* XVI, p. 1 et ss. KAPPEYNEV. d. COPPELLO, *Abhandlungen*, trad. allem. de M. Conrat (1885), p. 272 et ss., ROSSELLO, *Rec. argent.* (1890) (dans cet ouvrage, p. 15 et ss., on trouvera une bibliographie de la question), KARLOWA, *Röm. Rechtsgesch.* II, p. 758 et ss.

12 *Loc. cit.*

13 *Loc. cit.*, p. 46 et s., p. 48 et s.

les Byzantins désignent par un seul et même mot (*ἀντιφώνειν*) le *recipere* de l'*argentarius* et le «constituere» ordinaire<sup>1</sup>; il résulte ensuite de ce que, ni Justinien, dans le *const. 2* de *constit. pec.* (4. 18), ni Théophile, sur le § 8 de *action.* (4. 6), ne disent rien d'une différence aussi importante entre le *receptum* et le *constitutum*; il résulte enfin de ce que la constitution citée de Justinien n'a pas de sens, si l'aspect extérieur du *constitutum* et du *receptum* était différent : si le *receptum* était un contrat formel, depuis longtemps hors d'usage, quel rapport pouvait avoir l'*actio* de *pecunia constituta* avec l'action qu'il engendrait<sup>2</sup>? Justinien, il est vrai, attribue, dans la *const. 2 pr.* de *pec. constit.*, des *uerba sollemnia* à l'action *recepticia*; là-dessus, plusieurs auteurs, parmi lesquels KARLOWA, se sont crus autorisés à conclure au caractère formel du contrat. Pour KARLOWA, ces *uerba sollemnia* sont les *uerba* qui caractérisaient l'opération servant de base à l'action, c'est-à-dire le *receptum* lui-même; elles prouvent donc que l'opération devait être accompagnée et revêtue de *sollemnia uerba*. Mais dans toutes les formules, le fait qui leur sert de base est caractérisé par des *uerba sollemnia* : cela est aussi vrai des formules usitées pour les actions de vente, de louage ou de gage que pour les autres; cela ne prouve donc en aucune façon le caractère formel du contrat. Bien au contraire, nous voyons dans l'action du gage, par exemple, que la désignation d'une opération non formelle exige un emploi bien plus grand de termes solennels que celle d'une opération formelle; comme le montre bien l'exemple de l'*actio certae creditae pecuniae* naissant du contrat *litteris* et de la stipulation, c'est précisément dans les actions des contrats formels que manque parfois toute désignation de l'opération. Des *sollemnia actionis*, on ne peut jamais conclure à la solennité du contrat.

<sup>1</sup> Conf. aussi *const. 2* de *const. pec.* i. f. où les mots «*quae argenti distractores... indefensi constituerint*» se rapportent évidemment à l'*ἀντιφώνειν* du *receptum*.

<sup>2</sup> KARLOWA, *loc. cit.*, tombe dans d'étranges contradictions. Pour affaiblir la force probante des textes que je rapporte au *receptum*, il s'appuie, p. 758 et s., sur la ressemblance qui existait entre le *receptum* et le *constitutum* : cette analogie, continue notre

auteur, n'a pas échappé non plus aux juristes classiques et il se peut très bien qu'ils aient traité du *constitutum* à l'occasion du *receptum*, pour faire ressortir les différences des deux institutions. Cependant, à la p. 759, il s'efforce de prouver que le *receptum* était un contrat civil formel; auquel cas, il n'y aurait pas eu entre le *receptum* et le *constitutum* plus de ressemblance qu'entre ce dernier et, par ex., la stipulation ou le contrat *litteris*.

Le receptum était-il un contrat non formel, ce seul fait décide de l'origine prétorienne de l'action qu'il engendre. Un contrat non formel appartenant au *ius strictum* (dans lequel, étant données ses règles, le receptum devrait être rangé) serait sans exemple. Mais il ne manque pas d'arguments irréfutables pour une démonstration directe. Théophile qui, au § 8 de action., cite l'action de *pecunia constituta* comme premier exemple d'action prétorienne et énumère toutes les différences existant entre cette action et l'action *recepticia*, n'a pas pu oublier une opposition que devait particulièrement lui suggérer la suite des idées dans ce passage. De plus, si notre action était civile, il serait inexplicable qu'elle fût placée au titre de *receptis*<sup>1</sup>. Il arrive souvent, à la vérité, que le préteur réunisse dans un même titre des voies de droit civiles et prétoriennes; mais il s'agit alors d'actions qui, au point de vue rationnel, sont très proches parentes, comme la *rei vindicatio* et la *Publicienne*, comme l'action *furti nec manifesti* et l'action *furti manifesti*, etc. Au contraire le titre de *receptis* ne doit certainement la place qu'il occupe dans l'Édit qu'au seul *receptum arbitrii*, quelles que soient, d'ailleurs, les idées qu'on puisse avoir sur les motifs qui ont amené la réunion des trois *recepta*. Si l'*actio recepticia* était une action civile, il nous faudrait admettre qu'une institution de droit prétorien a attiré à côté d'elle une action de droit strict et lui a fait abandonner sa place naturelle, qui eût été au titre de *rebus creditis*. A qui cela paraîtra-t-il vraisemblable? Un dernier argument contre le caractère civil de l'action est fourni par ce fait que jamais, par ailleurs, le droit civil privé n'a créé d'institution particulière à une profession. ROSSELLO le conteste et va jusqu'à prétendre (p. 54) que le droit civil présente « beaucoup d'institutions » ayant ce caractère; c'est là une affirmation dont on attend les preuves. Il se borne en passant à signaler, comme exemple unique, la législation spéciale pour les militaires; mais le fait d'être militaire ne constitue pas, au point de vue du droit civil, l'exercice d'une profession déterminée.

L'édit et la formule ne parlaient que du *receptum* de l'*argentarius*<sup>2</sup>. Ils ne parlaient que du *receptum pro alio*<sup>3</sup>. Le *receptum*

<sup>1</sup> Ce qui suit est destiné à réfuter ROSSELLO, *loc. cit.*, p. 54.

<sup>2</sup> Theophil. l. c., Gloss. Labb. l. c.

<sup>3</sup> Ulp. 14 fr. 27 de pec. constit. (13.

5), Gai. 5 fr. 28 eod. Voy., au surplus, LENEL, *loc. cit.*, p. 66. Conf. aussi Cic. ad famil. XIII, 50 § 2.

tendait à « solui » ou à « se soluturum esse »<sup>1</sup>. En conséquence, le défaut de solutio figurait probablement dans la formule comme condition de la condemnatio<sup>2</sup>. Les mots

quod argentariae mensae exercitores pro alio solui receperint, nisi soluetur, iudicium dabo

doivent donner un tableau exact de notre édit dans ce qu'il a d'essentiel, sans que nous garantissons, d'ailleurs, le moins du monde, que telle en était absolument la teneur.

## TIT. XII.

§ 51. DE SATISDANDO<sup>3</sup>.

Ulp. 14<sup>4</sup>, Paul. 14<sup>5</sup>, Gai. 5<sup>6</sup>.

Il résulte du contenu des fragments des commentaires cités dans les notes 4 à 6, que, dans l'Édit, venait, après le titre de receptis, un titre de satisdando. Ceci est confirmé par le fait qu'au Code de Justinien les rubriques de receptis [arbitris] et de satisdando sont placées à la suite l'une de l'autre et par cette circonstance que, dans les Sentences de Paul où le titre de receptis fait défaut, le titre de satisdando vient immédiatement après la partie de l'ouvrage relative aux restitutiones in integrum (I, 7-10).

Les fragments des commentaires qui nous ont été conservés ne nous donnent que des indications incomplètes sur le contenu de notre titre. Les ciseaux des compilateurs ont eu ici beau jeu, parce que la législation de Justinien sur les satisfactions repose

<sup>1</sup> Ulp. 4 fr. 6 § 3 de edendo (2. 13) : quod solui *recepit* (D. : constituit). Gai. 5 fr. 28 cit : ubi quis pro alio *recepit* (D. : constituit) se soluturum. Ceci est contesté par KARLOWA, *loc. cit.*, p. 760 : pour lui le receptum n'était pas une promesse de paiement. Je suis au contraire d'avis qu'il était essentiellement, tout comme le constituit, une promesse de paiement. Théophile ne fait à ce point de vue aucune différence entre les deux actions. La véritable différence consiste uniquement en ceci : quand un banquier « solui recipit », la condemnatio n'est pas subordonnée, comme dans l'action constitutoria, à la condition « cam pecu-

niam debitam fuisse ». C'est ce qui ressort, à mon sens, de l'exposé de Théophile.

<sup>2</sup> Arg. Ulp. 14 fr. 52 de solut. (46. 3) : satisfactio pro solutione est. A ce point, se rapporte également Gai. 5 fr. 27 de iureiur. (12. 2), si ce texte appartient réellement au commentaire de notre édit.

<sup>3</sup> C. (2. 56 [57])

<sup>4</sup> Fr. 7 qui sat. cog. (2. 8), fr. 5 pr. de h. p. (5. 3), fr. 7 de stip. praet. (46. 5), fr. 9 iud. solui (46. 7); fr. 23 de V. S. (50. 16)?

<sup>5</sup> Fr. 8 qui sat. cog. (2. 8).

<sup>6</sup> Fr. 1, 9 eod., fr. 125 de R. J. (50. 17).

sur des principes tout différents de ceux suivis à l'époque classique en cette matière. En outre, pour les textes qui nous ont été conservés, nous devons toujours nous demander s'ils nous mettent en présence d'une disposition insérée dans l'Édit ou d'une simple pratique du préteur.

Tout d'abord, indiquons les points que nous trouvons traités dans les textes cités dans les notes 4 à 6 de la p. 151. Ces points sont les suivants :

1. Définition de la *satisfatio*. Gai. 5 fr. 1 qui *satisf. cog.* (2. 8).
  2. Les *satisfationes* prétoriennees sont fournies par l'établissement de cautions. Ulp. 14 fr. 7 de *stip. praet.* (46. 5).
  3. Les cautions doivent être *idoneae* (Ulp. 14 fr. 7 pr. qui *satisf. cog.* (2. 8), Paul. 14 fr. 8 §§ 1-3 eod.) et si un débat s'élève sur leur aptitude, la solution peut en être confiée par le préteur à un arbitre. Gai. 5 fr. 9 eod.
  4. Si *necessaria satisfatio fuerit et non facile possit reus ibi praestare ubi conuenitur : potest audiri, si in alia eiusdem provinciae ciuitate satisfationem praestare paratus sit* (Ulp. 14 fr. 7 § 1 eod.). L'expression technique pour désigner cette autorisation était, semble-t-il, « *mitti in municipium* ». Elle n'était accordée qu'après prestation du serment de calomnie et *causa cognita*. Paul. 14 fr. 8 §§ 4-6 eod. Étant donnée la façon dont s'exprime Paul dans ce passage, il est à croire que ce point était prévu dans l'Édit.
  5. Sur la « *quantitas satisfationis* », cf. Ulp. 14 fr. 9 iud. solui (46. 7) :  
*Iudicatum solui stipulatio expeditam habet quantitatem : in tantum enim committitur, in quantum iudex pronuntiauerit.*
- On peut se demander si Ulp. 14 fr. 23 de V. S. <sup>1</sup> n'est pas aussi relatif à cette question.
6. De die in stipulatione ponenda solet inter litigatores conuenire. Paul. 14 fr. 8 pr. qui *sat. cog.* (2. 8). Il n'y avait donc rien sur ce point dans l'Édit.
  7. Suites du défaut de prestation de la *cautio iudicatum solui et pro praede litis et uindicarum*. A cette matière se rattachent plusieurs décisions.

<sup>1</sup> *Rei appellatione et causae et iura continentur.*



## a. Ulp. 14 fr. 7 § 2 qui sat. cog. (2. 8) :

Si *satisfatum pro re mobili non sit et persona suspecta sit, ex qua satis desideratur : apud officium deponi debebit, si hoc iudici sederit, donec uel satisfatio detur uel lis finem accipiat.*

Qu'y a-t-il d'authentique dans ce texte, c'est un point difficile à établir<sup>1</sup>. Mais, étant donnée la manière dont il s'exprime (« *debebit* ») il est, en tous cas, invraisemblable que la sûreté admise ici le fût en vertu d'une prescription de l'Édit. Cependant, nous devons conclure de ce texte que l'Édit établissait, ici même, des règles sur les suites du « *rem mobilem non uti oportet defendere* » ; et en présence des analogies fournies par les interdits *quam hereditatem, quem fundum, quem usumfructum*<sup>2</sup>, il n'est pas douteux que ces suites n'aient consisté en une *translatio possessionis*<sup>3</sup>, si le demandeur pouvait, de son côté, fournir une *satisfatio*<sup>4</sup>. Comment cette *translatio possessionis* s'opérait-elle ici ? Le fr. un. § 1 *si quis ius dic.* (2. 2) nous l'apprend ; il n'y avait pas, dans notre hypothèse, d'interdit restitutoire, comme pour les hérédités et les fonds de terre, mais simplement un *duci uel ferri iubere* émanant du prêteur<sup>5</sup> :

*Is uidetur ius dicenti non obtemperasse, qui quod extremum in iurisdictione est non fecerit : ueluti si quis rem mobilem uindicari a se passus non est<sup>6</sup>, sed duci eam uel ferri passus est.*

Si de son côté, le demandeur ne fournissait pas de *satisfatio*, il y avait lieu de recourir au moyen qui nous a été indiqué dans le texte cité plus haut : c'est-à-dire à la mise sous séquestre *apud officium*.

## b. Ulp. 14 fr. 5 pr. de H. P. (5. 3) :

*Diuus Pius rescripsit prohibendum possessorem hereditatis, de qua controuersia erit, antequam lis inchoaretur, aliquid ex ea distrahere, nisi maluerit pro omni quantitate he-*

<sup>1</sup> Conf. *Paltingen*. Ulp. n° 477.

<sup>2</sup> Voy. plus loin §§ 229. 248.

<sup>3</sup> Conf. aussi *Fur. Anth.* 1 fr. 80 de *R. V.* (6. 1). Le « *dicere se non possidere* » est, dans ce texte, un cas de « *rem non uti oportet defendere* ».

<sup>4</sup> *Arg. Paul. Sent. I 11 § 1*, aux mots suivants : *si petitior satisfacere noluerit*.

<sup>5</sup> Qu'on pense à l'analogie offerte par les actions noxales, où, comme on le sait bien, le défaut de défense entraîne la *ductio* de l'esclave : fr. 2 § 1 *si ex nox. cau.* (2. 9), fr. 26 § 6, fr. 32, 33 de *nox. act.* (9. 4).

<sup>6</sup> C'est-à-dire, évidemment, si « *rem uti oportet non defendit* ».

reditatis uel rerum eius restitutione satisfacere : causa autem cognita, etsi non talis data sit satisfactio sed solita cautio, etiam post litem coeptam<sup>1</sup>. (§) Deminutionem se concessurum praetor edixit, ne in totum deminutio impedita in aliquo etiam utilitates alias impediatur, ut puta si ad funus sit aliquid necessarium : nam funeris gratia deminutionem permittit . Item si futurum est, ut, nisi pecunia intra diem soluatur, pignus distrahatur . Sed et propter familiae cibaria necessaria erit deminutio . Sed et res tempore perituras permittere debet praetor distrahere.

Le début du texte est fortement interpolé. Il s'exprimait primitivement, selon moi en ces termes<sup>2</sup> :

Dius Pius rescripsit prohibendum possessorem hereditatis, de qua controuersia erit, antequam lis inchoaretur, aliquid ex ea distrahere : causa autem cognita, etsi pro praede litis et uindicarum satisfactum sit, etiam post litem coeptam.

Notre texte, qui jusqu'ici n'a pas été interprété exactement, nous apprend l'existence de *deux* édits. L'existence de l'un nous est directement indiquée :

Deminutionem se concessurum praetor edixit.

Le préteur déclare que, dans certaines circonstances (l'édit portait sans doute : si iusta causa esse uidebitur), il permettra au défendeur, possesseur d'une hérédité, d'aliéner certaines choses héréditaires. Un tel édit présuppose nécessairement qu'il existait des cas où, en règle, la deminutio *n'était pas* permise au possesseur. Or, il est connu qu'au temps d'Hadrien il n'existait pas de

<sup>1</sup> C'est ici que le point doit être placé. La plupart des éditions du Digeste le placent avant *causa autem cognita* et lisent le texte sans interruption après *post litem coeptam* : si bien que la phrase tout entière, depuis *causa autem cognita*, est rapportée à l'edictum de deminutione ; ce qui ne donne aucun sens admissible. FRANCKE, *Comm. über den Pandektentitel de h. p.* p. 26, place le point, d'une façon aussi inexacte à mon sens, après *causa autem cognita*, conformément à certaines vieilles éditions du Digeste. Avec le mot *deminutionem*, commence, d'après mon système, un alinéa nouveau du commentaire. Dans la nouvelle édi-

tion stéréotype de Mommsen, la ponctuation proposée par moi a été admise.

<sup>2</sup> *Palingen.*, Ulp. n° 478. En un sens différent, GRADENWITZ, *Interpolationen* p. 67 et s., qui rejette la ponctuation admise au texte. Son objection, qui consiste à dire que la rédaction proposée par moi contredit les principes sur l'aliénation des *res litigiosae*, ne porte pas. C'est seulement Justinien qui a défendu au possesseur poursuivi en justice l'aliénation de la *res litigiosa* et je ne crois pas être trop audacieux en admettant que la contradiction que notre fragment présentait avec le droit de leur temps a échappé aux compilateurs.

*loi* défendant les aliénations au possesseur poursuivi en justice, tandis qu'au contraire le prêteur édictait, sans doute, dans certaines circonstances, une pareille prohibition<sup>1</sup>; fr. 17 § 2 de d. m. exc. (44. 4) :

..... hereditatem ab emptore petit et, ne quid ex ea minueret impetrauit.

Fr. 7 § 5 pro emptore (41. 4) :

Qui sciens emit ab eo, quem praetor ut suspectum heredem deminuere uetuit, usu non capiet.

Cf. fr. 7 pr. de iure delib. (28. 8), fr. 26 de C. E. (18. 1). L'édit établissant la *défense* de deminuere précédait *immédiatement* l'édit contenant la permission de deminuere; c'est, du moins, plus que vraisemblable. Nous pouvons déterminer sûrement dans quelles conditions le prêteur formulait une telle défense, grâce au rescrit d'Antonin le Pieux qui nous est signalé au début du fr. 5 pr. cit. En ponctuait exactement le texte, on voit qu'il nous rapporte deux dispositions de ce rescrit. En premier lieu, le magistrat (seulement, cela va de soi, quand on le lui demandait) devait, avant la litis contestatio, édicter une défense d'aliéner<sup>2</sup>; c'est ici que les compilateurs ont intercalé leur exception. En second lieu, la faculté d'aliéner pouvait, causa cognita, être retirée post litem coeptam, même quand le possesseur avait fourni la cautio pro praede litis et uindiciarum et que le demandeur était ainsi protégé, de la façon ordinaire, contre les dangers de perte. Il résulte de là qu'on n'avait pas prévu dans l'Édit : 1° la défense d'aliéner avant le commencement du procès; 2° la défense d'aliéner post litem coeptam au cas où les cautions judiciaires avaient été régulièrement fournies : pour ces deux hypothèses, en effet, le jurisconsulte invoque le rescrit impérial. Dès lors, un seul cas reste pour l'Édit du prêteur : celui où le défendeur *n'a pas* fourni la cautio pro praede litis et uindiciarum (ou la cautio iudicatum solui). Dans ce cas, on le sait, le demandeur pouvait obtenir la translatio possessionis par l'interdit quam hereditatem, mais à une condition : en offrant lui-même une satisfatio; autrement

<sup>1</sup> FRANCKE, *loc. cit.*, p. 25 et s.

<sup>2</sup> Qu'on songe aux cas où le demandeur doit d'abord réunir un ensemble considérable de preuves pour pouvoir

commencer le procès avec chance de succès et qu'on se rappelle le délai si court de l'usucapion.

la possession restait au défendeur, ainsi que Paul. Sent. I. 44 § 1 nous l'apprend expressément :

Quotiens hereditas petitur, satisdatio iure desideratur et, si *satis* non detur, in petitorem hereditas transfertur : si petitur satisfacere noluerit, penes possessorem possessio remanebit : in pari enim causa potior est possessor.

Cf. fr. 6 i. f. de Carbon. ed. (37. 10).

C'est précisément dans ce cas que le préteur a dû promettre de faire, *cognita causa*, défense d'aliéner. Il a voulu protéger le demandeur (qui, s'il est pauvre, peut avoir tant de peine à trouver des cautions) contre le danger que lui fait courir la possession d'un défendeur qui n'a pas fourni de *satisdatio*. Le rescrit d'Antonin se rattache à cette disposition et l'élargit de deux manières : d'une part, il la rend applicable au temps *antérieur* au procès, temps où il ne peut être question d'une *cautio pro praede litis et uindicarum* ou *iudicatum solui*<sup>1</sup>; d'autre part, il tient compte des cas où les cautions fournies ne suffisent pas à sauvegarder complètement l'intérêt du demandeur.

Si nous jetons un coup d'œil rétrospectif sur l'ensemble des fragments expliqués sous les n<sup>os</sup> 1-7, il devient presque certain à nos yeux que le titre de *satisdando* ne se bornait pas à régler la question de savoir *comment* les *satisdationes praetoriae* étaient fournies. Ce titre, si l'on fait abstraction de la *cautio de rato* exigée du *procurator* demandeur et réglementée précédemment au titre de *cognitoribus* et *procuratoribus*, contenait tout le droit relatif aux cautions qui intervenaient au cours des procès, tel qu'il nous est indiqué par Gai. IV. 88 et ss. On peut dire, en quelque sorte, que notre titre contenait toutes les règles applicables à la *cautio pro praede litis et uindicarum* et à la *cautio iudicatum solui*, dont les formules sont données à la fin de l'Édit du préteur. Si cette vaste matière ne paraît pas avoir occupé une grande place dans les commentaires, en particulier dans celui d'Ulpien, cela s'explique par cette circonstance que les jurisconsultes ont ici renvoyé aux développements postérieurs qu'ils donnaient relativement aux formules de ces cautions.

Pour finir, et en me basant sur ce qui précède, je résume de la façon suivante le contenu de notre titre ; ce tableau récapitulatif

<sup>1</sup> Voy. une exception plus loin, au § 281.

est pour partie certain et pour partie simplement vraisemblable.

I. Quibus ex causis satisdetur.

A. Obligation de satisdare du défendeur dans les actions in rem<sup>1</sup>, Gai. IV. 91 :

1. Si

- a. per formulam petitoriam agitur, illa stipulatio locum habet quae appellatur iudicatum solui.
- b. per sponsionem, illa quae appellatur pro praede litis et uindicarum.

2. Si la satisdatio n'est pas fournie, le demandeur peut :

- a. s'il fournit lui-même la satisdatio, demander la translatio possessionis<sup>2</sup>;
- b. s'il ne fournit pas de satisdatio, provoquer, dans les procès sur les hérédités, une défense d'aliéner qui est accordée cognita causa, et qui comporte, également cognita causa, certaines exceptions.

B. Obligation de satisdare du défendeur dans les actions in personam.

Cette obligation, d'après Gai. IV. 102, n'a lieu que certis ex causis, quas ipse praetor significat, à savoir :

- 1. propter genus actionis, ueluti iudicati de pensue aut cum de moribus mulieris agitur.
- 2. propter personam, ueluti si cum eo agitur qui de-coxerit cuiusue bona (a) creditoribus possessa proscriptaue sunt<sup>3</sup> siue cum eo herede agatur quem praetor suspectum aestimauerit.

C. Obligation de satisdare du représentant du défendeur, Gai. IV. 101 :

ab eius... parte cum quo agitur, si... alieno nomine aliquis interueniat, omnimodo satisdare debet<sup>4</sup>..... sed siquidem cum cognitore agatur, dominus satisdare iubetur : si uero cum procuratore, ipse procurator<sup>5</sup>. Idem et de tutore et de curatore ius est.

<sup>1</sup> Cf. Fr. Vatic. 92.

<sup>2</sup> Peut-être l'édit renvoyait-il ici aux interdits quam hereditatem, etc.

<sup>3</sup> Cic. pro Quinctio c. 8 § 30 : a... praetore postulat, ut sibi Quinctius iudicatum solui satisdet, ex formula quod ab eo petat quouis ex edicto

PRAETORIS BONA DIES XXX POSSESSA sint.

<sup>4</sup> Cf. Gai. IV. 90.

<sup>5</sup> Cic. pro Quinctio c. 7 § 29, in Verr. II, 2 c. 24 § 60. Fr. Vat. 317, c. un. de satisd. (2. 56 [57]).

II. *Quem ad modum satisdetur*<sup>1</sup>.

A cela se rapportent la disposition mentionnée au n° 4 sur le *mitti in municipium* et probablement aussi la décision qui devait se trouver dans l'édit sur l'aptitude des fidejuseurs (voy. ci-dessus, n° 3).

## TIT. XIII.

§ 52. *QUIBUS CAUSIS PRAEJUDICIUM FIERI NON OPORTET.*

Ulp. 14<sup>2</sup>, Paul. 15<sup>3</sup>, 16<sup>4</sup>.

Nous trouvons dans Ulp. 14 une série de textes dont le point de vue commun semble être celui indiqué dans la rubrique ci-dessus; et, justement, ce même point de vue convient aussi au seul texte tiré de Paul. 15 qui nous ait été conservé.

Paul. 15 fr. 2 de public. iud. (48.1) traite de la division des *iudicia publica* en *capitalia* et en non *capitalia*: il n'est pas douteux que cette division était intéressante pour la question de savoir si un procès civil devait être suspendu ou non jusqu'à la fin d'une procédure criminelle. A la vérité, l'exception mentionnée par Cicéron<sup>5</sup> « *extra quam in reum capitis praeiudicium fiat* » ne figure pas dans l'édit d'Hadrien<sup>6</sup>. La prééminence des *iudicia capitalia*, au temps des jurisconsultes du Digeste, était réglée d'office par un *décret* préjudiciel; mais c'étaient exclusivement les *causae capitales* qui jouissaient de cette prééminence, ainsi que cela résulte de toutes les décisions rapportées par les sources en cette matière<sup>7</sup>. Ulp. 14 fr. 5 § 1 de h. p. de-

<sup>1</sup> D'après Paul. 14 fr. 8 § 4 qui sat. cog. (2. 8), il semble que l'*Album* ne s'occupait pas seulement ici de la *cautio pro praede litis et uindicarum* et de la *cautio iudicatum solui*: Paul, en effet, mentionne, relativement au « *mitti in municipium* », la *cautio rem pupilli saluam fore*, la *cautio usufructuaria*, etc. Cependant une telle généralisation dans notre titre est très invraisemblable; je pense que c'est plutôt la doctrine qui a étendu à toutes les *cautiones necessariae* les dispositions prises ici par le préteur relativement à quelques cautions judiciaires.

<sup>2</sup> Fr. 5 §§ 1. 2, fr. 7 de h. p. (5. 3),

fr. 1 si seru. uind. (8. 5), voy. plus bas, p. 159, n. 3.

<sup>3</sup> Fr. 2 de publ. iud. (48. 1).

<sup>4</sup> Voy. plus bas, p. 159, n. 4.

<sup>5</sup> De inuent. 11, 20 §§ 59. 60.

<sup>6</sup> Conf. Bülow, *Prozesseintr. und Prozessvoraus.*, p. 174 et ss

<sup>7</sup> Conf. fr. 5 § 1 de h. p. (5. 3), fr. 5 § 1 ad. l. Jul. de ui publ. (48. 6) = fr. 37 de iud. (5. 1), fr. 7 § 4 de lib. causa (40. 12), const. 2 C. Theod. ad l. Corn. de falsis (9. 19), const. 2 C. Just. eod. (9. 22), const. 32 ad. l. Jul. de adult. (9. 9). Il faut déduire de ces textes ce que signifient dans le fr. 5 de tab. exhib. (43. 5), la *quaestio publica* et, dans la const. 4 de ord. iud. (3. 8), la *quaestio criminalis*.

vait appartenir à une explication sur cette préférence accordée aux iudicia capitalia : *sustinetur hereditatis petitionis iudicium, donec falsi causa agatur*.

On sait que le pas était donné à la *petitio hereditatis* sur les actions dans lesquelles il s'agissait de *singulae res*. A cela se rapporte Ulp. 14 fr. 5 § 2 de h. p. (5. 3) :

*Eorum iudiciorum, quae de hereditatis petitione sunt, ea auctoritas est, ut nihil in praeiudicium eius iudicii fieri debeat.*

Le fr. 7 eod. prévoit plus spécialement la relation entre un procès relatif à une hérédité et un procès relatif à la liberté.

La question de propriété ne devait pas être préjugée au moyen d'un procès sur une servitude<sup>1</sup>. A cela se rapporte, sans doute, Ulp. 14 fr. 1 si seru. uind. (8. 5) :

*Actiones de seruitutibus rusticis siue urbanis eorum sunt, quorum praedia sunt : sepulchra autem nostri domini non sunt : adquin uiam ad sepulchrum possumus uindicare<sup>2</sup>.*

D'après tout ce qui précède, je tiens pour certain que l'Album contenait des dispositions destinées à régler le rang des procès. Je n'ose pas faire d'hypothèses plus précises sur le contenu des clauses de cet édit, parce que nous ne pouvons décider si les textes cités ci-dessus constituent des commentaires, au sens étroit du mot, ou seulement des développements greffés sur le commentaire. Il est impossible, en particulier, de savoir si l'Édit ne s'occupait que des cas dans lesquels une *exceptio praeiudicialis* pouvait se produire ou bien s'il s'étendait aux hypothèses où le magistrat intervenait d'office, où il y avait lieu, pour parler comme Bülow, à un *décret* préjudiciel.

Dans le voisinage immédiat des fragments dont il vient d'être parlé, à savoir dans Ulp. 14<sup>3</sup> et dans Paul. 16<sup>4</sup>, nous trouvons

<sup>1</sup> Fr. 16 de exc. (44. 1).

<sup>2</sup> « Et », devait ajouter le jurisconsulte, « l'exception quod praeiudicium praedio non fiat ne peut être opposée à cette action ».

<sup>3</sup> Fr. 1, 6, 8 de inoff. test. (5. 2), fr. 4 de his quae ut indign. (34. 9) cf. fr. 8 § 14 de inoff. test., fr. 42 ad l. Falc. (35. 2) cf. fr. 8 § 8 sq. de inoff. test., fr. 2 de b. p. (37. 1) cf. fr. 1 de inoff. test., fr. 1 de fid. lib. (40. 5) cf. const. 13 de inoff. test. (3. 28), fr. 19 de statutib. (40. 7) cf. *Palingen*. Ulp. n° 502, fr. 14 de appell. (49. 1) cf. fr. 8 § 16 h.

t., fr. 1 de castr. pec. (49. 17) cf. fr. 8 pr. h. t.; fr. 123 de R. J. (50. 17) : *Nemo alieno nomine lege agere potest.* (§ 1) *Temporaria permutatio ius provinciae non innouat.* Il ressort de ce texte qu'Ulpien s'occupait aussi du droit suivi en cette matière dans les provinces.

<sup>4</sup> Fr. 8 de h. p. (5. 3) cf. fr. 19 de inoff. test. (5. 2), fr. 124 de R. J. cf. Ulp. 14 fr. 14 § 1 de appell. (49. 14), v. *herede non respondente*, et aussi *Palingen*. Paul n° 262.

les développements relatifs à la querela inofficiosi testamenti. Le fait que, dans les commentaires de l'Édit, on rencontre des explications sur cette matière, a entraîné presque tous les auteurs<sup>1</sup> à admettre que l'Album contenait un titre de inofficioso testamento. Si cette conception est exacte, il est bien certain que cette matière a été attirée à la place qu'elle occupe dans l'Édit par ses rapports avec les praeiudicia : on sait que la querela a été jugée, jusqu'à la fin de l'époque classique, par les centumvirs<sup>2</sup> et l'on sait, en outre, que c'est précisément l'auctoritas centumviralis iudicii qui est invoquée pour justifier le premier rang, assigné, dans l'ordre des instances, aux procès sur les hérédités<sup>3</sup>. Mais il me semble extrêmement douteux que l'Édit ait contenu vraiment une semblable rubrique et je suis bien plus porté à croire que les développements d'Ulpien et de Paul se rattachaient à l'édit sur les praeiudicia. Qu'aurait-on pu trouver dans l'Édit sous la rubrique de inofficioso testamento? RANCHINUS et d'autres après lui imaginent que l'Album disait ici : « inofficiosi testamenti actionem dabo » ; cela n'a pas besoin d'être réfuté. Mais le contenu que RUDORFF assigne à ce prétendu titre ne me semble pas moins problématique. Au texte de son *E. P.* § 56, il insère, d'une part, l'abréviation « C. V. = centum uirum » tirée de Prob. 5, 15, puis la phrase d'Ulp. 14 fr. 123 pr. de R. J. : Nemo alieno nomine lege agere potest. Puis, là-dessus, il fait, dans la note 4, la remarque suivante :

In edicto legis actio proposita fuit, qua apud centumuiros inofficiosum diceretur..... Praeterea de bonorum possessione litis ordinandae causa petenda edicto prouisum fuisse putes.

De tout cela, une seule chose est sûre, c'est que les mots C. V. figuraient dans l'Édit et, je l'admets, dans l'Édit d'Hadrien ; mais l'Album a pu, tout aussi bien qu'ici, parler des centumvirs à l'occasion de la cautio pro praede litis et uindictiarum ou de l'édit relatif aux praeiudicia ; cette mention ne prouve donc rien pour l'existence d'une rubrique de inoff. test. De plus, l'exclusion de la représentation dans les actions de la loi découle du droit civil et n'a guère pu être reproduite par l'Édit ; en tout cas, elle n'a pu

<sup>1</sup> On ne trouve guère en sens différent que VAN REENEN.

<sup>2</sup> Cf. WLAŠAK, *Röm. Prozessgesetz*

I p. 212 et ss., *Pauly's Realencycl. s. v. centumviri* n° VIII.

<sup>3</sup> Conf. const. 12 pr. de h. p. (3. 31).



l'être à cette place. En outre, l'hypothèse que les legis actiones étaient proposées dans l'Album du prêteur manque de tout appui dans les sources. Enfin, la bonorum possessio litis ordinandae causa n'est point une espèce particulière de bonorum possessio; elle n'est que la bonorum possessio intestati ordinaire, donnée dans le but de préparer la querela; il n'y a donc aucune raison de croire qu'elle ait fait l'objet d'un édit particulier.

Que reste-t-il, dès lors, pour la rubrique de inofficioso testamento? Je pense qu'on peut indiquer, comme faisant l'objet possible de cette rubrique, les matières suivantes : *En premier lieu*, la sponsio CXXV nummum dont nous parle Gai. IV 95 :

..... si apud centumuiros agitur, summam sponsionis.....  
petimus..... per legis actionem : ..... eaque sponsio sestertium CXXV nummum fit scilicet propter legem Crepereiam.

*En second lieu*, il était peut-être proposé une autre sponsio de 25 sesterces (arg. Gai. IV 93) pour le cas où la querela était soumise à un iudex<sup>1</sup>. Mais les deux points sont tout à fait incertains; rien ne nous prouve positivement l'insertion dans l'Édit de ces sponsiones et l'opinion suivant laquelle elles n'y figuraient pas ne saurait être tenue pour inadmissible ni même pour invraisemblable : la sponsio CXXV nummum étant considérée comme une simple préparation de la procédure legis actione, et le renvoi devant un iudex, envisagé comme exceptionnel, peuvent n'avoir point été pris en considération par l'Édit. En tout cas, il est à remarquer que, ni dans le commentaire de Gaius, ni dans les Digesta de Julien, nous ne trouvons trace de développements sur la querela.

L'existence de la rubrique de inofficioso testamento étant à ce point incertaine, une autre question se pose : celle de savoir si les clauses de l'Édit destinées à prohiber certains praeiudicia constituaient vraiment, comme nous l'admettons, un titre particulier ou si elles ne faisaient pas plutôt simplement partie du titre suivant de iudiciis, avec le contenu duquel elles présentaient des affinités faciles à apercevoir. Les considérations suivantes me font admettre l'existence d'un titre spécial. Le titre de iudiciis est certainement le premier de ceux qui, dans les habitudes

<sup>1</sup> Fr. 8 § 16 h. t. : si ex causa de inofficiosi cognouerit iudex,..... Cf.

WLASSAK, *Röm. Proceßgesetze*, I, 110 sq., 212 sq.

postérieures de l'école, formaient la pars secunda de l'Édit; cette partie, on le sait, était appelée pars de iudiciis<sup>1</sup>; elle devait son nom à ce titre, absolument comme la troisième partie, appelée de rebus, devait le sien au premier titre dont elle se composait, le titre de rebus creditis. Or, dans l'usage qu'on faisait des commentaires à l'école, on donnait un numérotage particulier aux livres dans chacune des partes : ainsi, par exemple, on appelait le deuxième livre de la pars de iudiciis lib. II de iudiciis<sup>2</sup>, de même que, d'après le § 266 des Frag. du Vatican, on appelait le premier livre de la pars de rebus lib. I de rebus creditis. On peut dès lors considérer comme certain que les commentaires de l'Édit les plus importants et les plus employés fournissaient un point de départ à cette division de l'école en faisant coïncider des commencements de livres avec les commencements des partes. Il est donc extrêmement invraisemblable que les édits réunis dans le présent paragraphe et commentés par Ulpien au milieu de son livre 14 aient pu faire partie du premier titre de la pars de iudiciis. Mais il y a plus : nous pouvons encore aujourd'hui voir très clairement que Paul et Ulpien, après leurs explications sur les édits relatifs aux praeiudicia et sur la que-rela, commencent des livres *nouveaux* (Paul. 17, Ulp. 15) et envisagent ces livres comme le début d'une nouvelle division de l'Édit. Nous y trouvons des explications sur l'imperium<sup>3</sup>, la iudicis datio, l'officium iudicis, etc.<sup>4</sup>; ces explications ne se rapportent pas à une clause particulière de l'Édit et, par leur caractère de généralité, elles constituent une introduction à une nouvelle partie de l'Album, à celle consacrée aux iudicia legitima<sup>5</sup>. Ce fait ne laisse planer, à mon sens, aucun doute sur le point qui nous occupe : la pars de iudiciis commence seulement dans Ulp. 15 et dans Paul. 17. Nous sommes donc en droit de placer les édits relatifs aux praeiudicia prohibés sous un titre spécial.

<sup>1</sup> Cf. const. Omnem § 1.

<sup>2</sup> Conf. le Frag. de Berlin de dediticiis (Z R G XIV, p. 95).

<sup>3</sup> Ulp. 15 fr. un. de off. praef. Aug. (1. 17).

<sup>4</sup> Paul. 17 fr. 12 de iudic. (5. 1), fr. 3, 36, 38 de re iud. (42. 1), fr. 6 de ui

(43. 16), fr. 35 de V. S. (50. 16). Le fr. 19 de pos. (16. 3), qui porte faussement dans son inscription Ulp. 17, devait également faire partie de ces développements.

<sup>5</sup> Voy., plus haut, p. 27 et ss.

## TITRE XIV.

DE IUDICIIS<sup>1</sup>.

Ulp. 22. 23<sup>2</sup>, Paul. 17. 18, Gai. 5. 6, Jul. 9.

## § 53. DE INTERROGATIONIBUS IN IURE FACIENDIS

Ulp. 22<sup>4</sup>, Paul. 17<sup>5</sup>, Callistr. 2<sup>6</sup>.

Le contenu de cet édit se laisse déterminer avec précision grâce au commentaire d'Ulpien. Le jurisconsulte, après les remarques préliminaires des fr. 2, 4 pr. h. t., s'occupe successivement des points suivants de l'édit :

1. QUI IN IURE INTERROGATUS..... RESPONDERIT, Ulp. 22 fr. 4 § 1 :

Quod ait praetor : « qui in iure interrogatus responderit... »

2. INTERROGATUS AN HERES UEL QUOTA EX PARTE SIT<sup>7</sup> RESPONDERIT, Ulp. 22 fr. 6, 9, 11 pr.<sup>8</sup>.

<sup>1</sup> D. (5. 1), C. (3. 1) de iudiciis. Paul I 12 de iudiciis omnibus. En dehors des textes tirés de Paul. 17 et d'Ulp. 15 cités aux notes 3 et 4 de la p. 162, on doit, de plus, considérer comme faisant partie d'une introduction à la nouvelle partie de l'Édit tous les textes tirés de Jul. 5 qui nous ont été conservés : fr. 3 de off. eius cui mand. (1. 21), fr. 74 de iudic. (5. 1), fr. 60 de re iud. (42. 1), fr. 79 de legat. I. Ce dernier texte s'occupe de l'hypothèse « si quis testamento suo Titio et Seio decem dari iusserit » et décide que chacun ne peut ici réclamer dix. Qu'on songe dès lors à la condemnatio « N<sup>m</sup> N<sup>m</sup> Titio et Seio decem condemna ». Cf. fr. 10 § 3 de appell. (49. 1). — GIRARD, *Textes* (2<sup>e</sup> éd.), p. 123 n. 11 semble disposé à placer les édits que je réunis sous ce titre dans la partie préliminaire de l'Édit et à attribuer la rubrique « de iudiciis » au titre que j'intitule « de his quae cuiusque in bonis sunt » (tit. XV). Cela ne me paraît pas admissible, parce que les explications générales se rattachant au titre de iudiciis se trouvent déjà dans Paul au

livre XVII et non au livre XIX; si l'hypothèse de GIRARD était exacte, c'est cette dernière place qu'elles devraient occuper.

<sup>2</sup> Sur la raison qui a fait abandonner ici à Ulpien et à Julien l'ordre de l'Édit, voy. plus haut, p. 8 et ss.

<sup>3</sup> D. (11. 1). Je laisse indécise la question de savoir si la rubrique de cet édit s'exprimait vraiment en termes aussi généraux, alors que pourtant il ne traite que d'un cas d'interrogatio (an heres sit).

<sup>4</sup> Fr. 2, 4, 6, 9, 11, 21 h. t., fr. 44 ad SC. Treb. (36. 1) cf. fr. 9 § 7, fr. 11 § 3 h. t.; fr. 17 de iudic. (5. 1)?

<sup>5</sup> Fr. 3, 12 h. t.; fr. 9 depos. (16. 3).

<sup>6</sup> Fr. 1 pr. h. t. Le fr. 1 § 1 est interpolé.

<sup>7</sup> Relativement aux mots, cf. fr. 5, 6 §§ 1, 9 § 1. 3. 5 h. t.

<sup>8</sup> Relativement au fr. 11 pr., cf. DEMELIUS, *die Confessio in röm. Civilprozess* (1880), p. 303. Je combine avec ce fr. Ulp. 22 fr. 21 h. t., cf. DEMELIUS, *loc. cit.*, p. 298 et ss. Au contraire, je tiens pour interpolé le fr. 9 § 8 h. t.; ce texte, qui ne va pas dans le dé-

3. Conclusion de ce qui précède, dont les termes mêmes ne nous ont pas été conservés, mais dont le sens était : *in eum ex sua responsione iudicium dabo*. Ulp. 22 fr. 11 §§ 1. 2.

4. Promesse d'un *iudicium in solidum* : 1° contre celui qui, tout en étant héritier, *a nié*, sur l'interrogatio à lui faite, sa qualité d'héritier; 2° contre celui qui, tout en étant héritier *ex maiore parte*, a prétendu n'être héritier que pour une part plus *faible*; 3° contre celui, enfin, qui *n'a rien répondu* à l'interrogatio. Ulp. 22 fr. 11 §§ 3-7 h. t. <sup>1</sup>. De ce passage de l'édit, les mots suivants :

OMNINO NON RESPONDISSE

qui se rapportaient à la dernière hypothèse, nous ont seuls été conservés dans le fr. 11 § 5<sup>2</sup>; ce qui peut faire penser à un « si ..... omnino non respondisse uidebitur » (cf. fr. 11 § 5) ou bien à un « si ... dicetur. » On ne saurait repousser cette dernière rédaction par la raison que la clause mentionnée sous le n° 1 porte « qui responderit »; de tels changements de forme se produisent souvent, on le sait, dans le même édit. On ne doit pas non plus objecter à cette rédaction que le prêteur voyait nécessairement tout de suite si le défendeur répondait ou non et qu'il ne pouvait être question ici d'un simple *dici* du demandeur : régulièrement, en effet, la délivrance de l'action ne suivait pas l'interrogatio d'une façon immédiate; l'interrogatio, la réponse ou l'absence de réponse, quand elles étaient contestées, devaient *être prouvées in iudicio*<sup>3</sup>. On ne doit donc pas être surpris de les voir désignées *in iure* comme faisant l'objet de l'affirmation d'une partie.

veloppement dont il fait partie (cf. sur lui : DEMELIUS, *loc. cit.*, p. 338 et ss.), est peut-être tiré du commentaire d'Ulpien sur les actions noxales.

<sup>1</sup> L'ordre du commentaire était visiblement le suivant :

a) Si is qui heres esse dicetur negauerit se heredem esse. Ce qui se rapportait à ce cas a été rayé par les compilateurs. Le commentaire commençait par cette hypothèse; cela résulte du fr. 11 § 4 qui nous présente comme déjà expliquée la solution que lui donnait l'édit.

b) Si is qui ex maiore parte heres esse dicetur responderit se ex mi-

nore parte heredem esse : fr. 11 § 3.

c) Si omnino non responderit : fr. 11 §§ 4. 5.

d) Si obscure responderit : fr. 11 §§ 6. 7.

e) Remarques complémentaires sur la *restitutio in integrum* et le retrait de la réponse : fr. 11 §§ 8 — ult.

<sup>2</sup> Ces mots, cités dans le fr. 11 § 5, appartenaient à l'édit et non à la formule, ainsi qu'il résulte de l'ordre du commentaire. Je crois utile de le faire remarquer expressément, parce que l'infinitif pourrait facilement induire en erreur sur ce point.

<sup>3</sup> Fr. 18 § 2 de prob. (22. 3).

Si Ulpien nous donne des renseignements complets sur l'édit, il nous fait au contraire complètement défaut pour tout ce qui touche à la formule; les compilateurs, pour des motifs faciles à comprendre, ont supprimé tout ce qui, dans son commentaire, était relatif aux actions interrogatoriae. Il n'est dès lors pas étonnant que toutes les reconstitutions tentées jusqu'ici soient peu satisfaisantes.

SAVIGNY<sup>1</sup> reconstitue la formule ex responsione de la façon suivante :

Quod N° N° interrogatus respondit se esse Seii heredem ex semisse, s. p. Seium A° A° C dare oportere, N<sup>m</sup> N<sup>m</sup> A° A° in L c. s. n. p. a.

Comme si (sans parler du reste) Seius, qui est mort, pouvait encore être débiteur de quelque chose!

RUDORFF avait d'abord proposé ceci<sup>2</sup> :

S. p. L. Titium A° C dare oportere, qua ex parte N° A° in iure interrogante respondit se heredem L. Titio extitisse, ex ea parte rel.

Ce n'est là qu'une seconde édition de la formule de SAVIGNY; on peut se demander si elle vaut mieux que cette dernière. Dans l'*E. P.* (§ 80), RUDORFF a proposé autre chose :

S. p. L. Titium, si uiueret, A° A° X milia dare oportere, quod (quota ex parte) N° N° in iure interrogatus se Lucii Titii heredem esse respondit, eius (ex ea parte), iudex, rel.

Si uiueret! C'est là une fiction dont l'insuffisance apparaît dès qu'on cherche à l'adapter à certaines situations pratiques, à celle, par exemple, créée par un payement en acompte de la part d'un héritier<sup>3</sup>.

DEMELIUS, après avoir soumis à une critique sérieuse les essais de reconstitution antérieurs<sup>4</sup>, propose ceci<sup>5</sup> :

S. p. N<sup>m</sup> N<sup>m</sup>, qui in iure interrogatus respondit, se Lucii Titii heredem esse, A° A° centum dare oportere, N<sup>m</sup> N<sup>m</sup> A° A° centum c. s. n. p. a.

Mais, *d'une part*, avec la formule de DEMELIUS, il faut admettre (et c'est en effet l'opinion de l'auteur) que l'interrogatio in iure engendre une obligation civile; ce qui n'est ni

<sup>1</sup> *System*, VII, p. 23 et s.

<sup>2</sup> *R. G.* II, p. 277.

<sup>3</sup> DEMELIUS, *loc. cit.*; p. 275 et ss.

<sup>4</sup> *Loc. cit.*, p. 274.

<sup>5</sup> *Loc. cit.*, p. 281.

prouvé ni croyable; *d'autre part*, en tenant même pour vraie cette hypothèse, la formule resterait défectueuse, parce qu'elle indique simplement dans une proposition subordonnée le fondement propre de l'obligation.

Dans l'édition allemande, j'ai moi-même proposé, avec hésitation il est vrai, d'indiquer dans la formule le fait de l'interrogatio sous forme de praescriptio et de rédiger l'intentio de la manière suivante :

S. p. Lucii Titii hereditatis nomine A° A° decem dari oportere, iudex, N<sup>m</sup> N<sup>m</sup> A° A° etc.

Voici la considération qui m'avait déterminé à cette rédaction : par la responsio se heredem esse, le répondant, qu'il soit ou non vraiment héritier, déclare vouloir assumer la défense du défunt<sup>1</sup>. J'ai cru en conséquence devoir, sous une forme quelconque, rédiger l'intentio avec le nom du défunt; un fait me confirmait dans cette manière de voir : d'après les fr. 18, 20 pr. h. t., l'action contre le véritable héritier était éteinte par l'actio interrogatoria, quand quelqu'un, dans le but d'assumer la défense, avait fait une responsio affirmative. Mais, à la réflexion, mon hypothèse tombe<sup>2</sup> : en effet, à partir du moment de l'acquisition de l'hérédité, il n'y a plus de dettes de l'hérédité, mais seulement des dettes des héritiers. Y a-t-il plusieurs héritiers, chaque fraction de dette a une destinée juridique qui lui est propre : en particulier, une de ces fractions peut s'éteindre sans que les autres soient atteintes. Qu'on suppose le cas où le répondant se déclare héritier seulement pour une part, alors que les autres héritiers ont déjà payé leurs dettes en tout ou en partie, et l'on verra que ma formule aurait été inapplicable dans ce cas. L'effet extinctif indiqué par les fr. 18 et 20 pr. h. t. ne découle pas nécessairement de la rédaction de l'intentio; il peut résulter de la jurisprudence, et non des termes mêmes de la formule.

Je crois aujourd'hui que KRÜGER a trouvé la véritable rédaction de l'intentio; dans son compte rendu de l'ouvrage de DEMELIUS<sup>3</sup>, il donne la formule suivante :

Ea res agatur quod N° N° in iure interrogatus respondit se

<sup>1</sup> Conf. DEMELIUS, *loc. cit.*, p. 254 et ss. et, en particulier, le fr. 4 in f. de reb. auct. iud. (42. 5) : si quis... heredem

se respondendo defunctum defendat.

<sup>2</sup> Cf. LENEL, *ZRG* XXXIII, p. 1 ss.

<sup>3</sup> KRÜGER, *Krit. Vjschr.* XXII, p. 420.

L. Titio ex asse heredem esse. Si N° N° ex asse L. Titio heres esset, tum si, *rel.*

La rédaction fictive de l'intentio fait disparaître l'obstacle auquel toutes les autres formules viennent échouer ; elle trouve, de plus, un appui solide dans le fr. 11 § 1 h. t. :

Si quis, cum heres non esset, interrogatus responderit ex parte heredem esse, sic conuenietur atque si ex ea parte heres esset : fides enim ei contra se habebitur.

J'ai cependant repoussé cette rédaction dans l'édition allemande, parce que, avec DEMELIUS, je trouvais étrange de voir celui-là même, qui se déclarait publiquement héritier devant le magistrat, traité comme fictivement héritier dans la formule. De fait, la fiction « si heres esset » serait tout à fait singulière si nous devons admettre que la *praescriptio* de KRUGER figurait normalement dans la formule. Mais c'est justement par là que pèche la rédaction de notre auteur. Ainsi que nous l'avons déjà fait remarquer, il est faux de croire qu'en pratique l'obtention de la formule suivait immédiatement la *responsio* ; la formule n'était délivrée que plus tard, assez souvent par un préteur autre que celui devant lequel la *responsio* s'était produite. Le demandeur alors, s'appuyant sur la *responsio* faite antérieurement, sollicitait simplement la délivrance de la formule fictive, sans *praescriptio* ; les choses se passaient tout à fait comme dans le cas de l'action contre le *honorum possessor* (voy., plus bas, § 67). La *responsio* n'était mentionnée dans la formule que si le défendeur contestait *in iure* l'avoir donnée. Cette mention était faite alors sous la forme d'une exception qu'on peut comparer à l'*exceptio honorum possessionis non datae*. Ce n'est pas là une pure hypothèse ; l'existence de cette exception est confirmée par les sources, fr. 18 § 2 de prob. (22. 3) :

Interrogationis factae probationem actori imponi debere, id est, ei qui *in iure* interrogatum dixit se solum heredem esse ; [uel si tacuisse dicatur interrogatus, aequè tantumdem erit dicendum, impositum in probationem<sup>1</sup>], non ei qui exceptit se non respondisse, sed actori.

Le texte est altéré : je crois que les mots mis entre crochets sont ou une glose ou une interpolation. Pour nous, ce point n'a

<sup>1</sup> Impositum iri probationem *scr.* (Huschke) ?

pas d'intérêt; car les mots « ei qui excepit », certainement authentiques, sont décisifs. On ne s'y est point arrêté jusqu'ici comme il convenait; mais ils fournissent une preuve complète de notre système.

Ainsi, un rappel de la *responsio* n'a lieu dans la formule que si le défendeur contredit, *in iure*, la *responsio* et conteste, par là même, sa qualité d'héritier<sup>1</sup>. Et, précisément dans ce cas, l'*intentio* fictive perd tout ce qu'elle aurait de surprenant dans les autres.

Si dans l'*actio interrogatoria* donnée *ex responsione*, la rédaction fictive apparaît comme seule possible, cette même rédaction s'impose à plus forte raison dans les actions qui étaient données à la suite d'une fausse réponse ou d'un *omnino non respondisse*<sup>2</sup>, bien qu'elle ne soit pas indiquée dans les sources<sup>3</sup>. L'*intentio* disait ici : si N° N° L. Titio heres ex asse esset. Si le défendeur contestait l'existence de la réponse faussée ou son silence, il y avait encore lieu à l'insertion d'une exception dans la formule. De plus, la formule *ex falsa responsione* devait contenir une clause permanente (probablement une *praescriptio*) qui chargeait le juge d'examiner la vérité de la réponse. Je me figure cette formule comme conçue à peu près en ces termes :

E. r. a. si N° N° L. Titio ex maiore parte quam ex semisse heres est. Si N° N° L. Titio heres ex asse esset, tum si N° N° A° A° HS  $\bar{X}$  dare oporteret, iudex, N° N° (si in iure interrogatus quota ex parte heres esset respondit se ex semisse heredem esse) A° A° etc.

#### § 54. DE IUREIURANDO<sup>4</sup>.

Ulp. 22<sup>5</sup>, Paul. 18<sup>6</sup>, Gai. 5<sup>7</sup>, Jul. 9<sup>8</sup>.

Cet édit est considéré d'une façon bien étrange par RUDORFF

<sup>1</sup> La qualification d'*actio interrogatoria* donnée à notre action (fr. 1 § 1 h. t.) ne fait pas obstacle à cette manière de voir. Les actions contre le bonorum possessor, dans lesquelles il n'était point parlé de la bonorum possessio, ne s'en appelaient pas moins *actiones possessoriae*.

<sup>2</sup> Je crois inutile de m'arrêter ici à tous les anciens systèmes. Conf. DEMELIUS, *loc. cit.*, p. 286 et ss., et, contre sa propre manière de voir, KRÜGER, *loc. cit.*, p. 419.

<sup>3</sup> Il y est toujours dit simplement

ceci : *in solidum conuenitur* (cf. fr. 11 § 3. 4. h. t.).

<sup>4</sup> D. (12. 2).

<sup>5</sup> Fr. 3, 5, 7, 9, 11, 13 h. t.

<sup>6</sup> Fr. 2, 4, 6, 8, 10, 17, 20, 22, 26, 28, 30 h. t., fr. 14 de act. rer. amot. (25. 2), fr. 5 de exc. (44. 1). Le fr. 6 h. t. porte faussement l'inscription Paul. 19, cf. Ulp. 22 fr. 5 § 4, 9 § 1 h. t.

<sup>7</sup> Fr. 1, 21 h. t. Sur le fr. 27 h. t. cf. plus haut p. 148 n. 9.

<sup>8</sup> Fr. 12 h. t., fr. 24 de exc. r. iud. (44. 2).



(*E. P.*, § 81) comme une sorte de dépendance de l'édit sur l'interrogatio an seruum in potestate habeat. C'est là une erreur qui est réfutée non seulement par tout le contenu des commentaires, mais encore par le fait que ce cas d'interrogatio n'est examiné que dans Ulp. 23, tandis que notre édit est étudié dans Ulp. 22<sup>1</sup>.

Notre édit se divise en deux parties. Dans la première, l'édit s'occupe du cas où le serment est prêté par le défendeur à qui il est déféré et du cas assimilé où remise du serment lui est faite; dans ces deux hypothèses, le prêteur s'engage à denegare actionem; cette partie de l'édit nous a été conservée en entier, sauf la phrase relative à la remise du serment, par Ulp. 22 fr. 3 pr., fr. 7 pr. h. t. Il s'exprimait ainsi :

SI IS CUM QUO AGETUR CONDICIONE DELATA IURAUERIT<sup>2</sup> *sive id iusiurandum ei remissum fuerit*<sup>3</sup>, EIUS REI, DE QUA IUSIURANDUM DELATUM FUERIT<sup>4</sup>, NEQUE IN IPSUM NEQUE IN EUM AD QUEM EA RES PERTINET ACTIONEM DABO<sup>5</sup>.

La seconde partie promettait, dans les mêmes conditions, une action au demandeur, action « in qua hoc solum quaeritur, an iurauerit dari sibi oportere uel, cum iurare paratus esset, iusiurandum ei remissum sit »<sup>6</sup>. Que cette action figurât dans l'Édit, cela nous est expressément indiqué par les sources<sup>7</sup>, et les commentaires démontrent complètement que c'était ici même qu'elle était proposée<sup>8</sup>.

A la première partie de notre édit correspond l'exception iurisiurandi qui, cependant, n'était pas proposée ici, mais bien dans l'avant dernière partie de l'Édit perpétuel, consacrée aux exceptions sous la rubrique récapitulative QUARUM RERUM ACTIO NON DETUR<sup>9</sup>. Je crois que le prêteur, en formulant notre édit, ne pensait point à cette exception; il est bien plus probable que, le cas échéant, ce magistrat actionem non dabat, c'est-à-

<sup>1</sup> Cf., en outre, DEMELIUS, *Die Confessio*, p. 306 n. 5, et *Schiedseid u. Beweiseid* (1887) § 3.

<sup>2</sup> Ulp. 22 fr. 3, fr. 5 pr. — § 3 h. t.

<sup>3</sup> Ulp. 22 fr. 5 § 4 cf. fr. 9 § 1 h. t., Paul. 18 fr. 6 h. t.

<sup>4</sup> GRADENWITZ, *ZRG.* XXI, p. 275, estime que les mots « de qua iusiurandum delatum fuerit » ne figuraient pas dans l'édit.

<sup>5</sup> Ulp. 22 fr. 7, 9 pr. h. t., Paul. 18 fr. 8 h. t.

<sup>6</sup> Ulp. 22 fr. 9 §§ 1 — 3 h. t., Tryphon. fr. 29 h. t., const. 8 de R. C. (4. 1).

<sup>7</sup> Paul. 18 fr. 28 § 10 h. t., fr. 30 pr. h. t., Inst. Just. § 11 de act. (4. 6).

<sup>8</sup> Il suffit, pour s'en convaincre, de jeter les yeux sur Ulp. 22 fr. 9, 11, 13 et sur Paul. 18 fr. 28 §§ 9, 10, fr. 30 h. t.

<sup>9</sup> Cf. Ulp. 76 fr. 1 pr. — § 3 quar. rer. (44. 5), Paul. 71 fr. 2 pr. eod.

dire *denegabat*<sup>1</sup>, au sens strict du mot ; la rubrique même dont nous venons de parler conduit à cette conclusion. D'ordinaire, la question de savoir si le serment avait été prêté (ou si remise en avait été faite) était alors, en cas de discussion, tranchée in iure ; si l'examen en était laissé au juge, la question devait figurer dans la formule sous forme de *praescriptio*, c'est-à-dire que l'action était donnée conditionnellement (« *ea res agatur, si..* »).

Le modèle de la formule de l'action *in factum*<sup>2</sup> semble avoir prévu le cas d'une *condictio certi* (cf. fr. 9 § 1 h. t.). Cette formule ne nous a pas été transmise ; mais, d'après le fr. 9 § 1 cit., dans cette action « *hoc solum quaeritur, an iuraverit dari sibi oportere uel, cum iurare paratus esset, iusiurandum ei remissum sit* »<sup>3</sup> ; il est, dès lors, presque certain que, pour les deux cas, les intentiones s'exprimaient à peu près ainsi :

*S. p. A<sup>m</sup> A<sup>m</sup> N<sup>o</sup> N<sup>o</sup> deferente iurasse N<sup>m</sup> N<sup>m</sup> sibi sestertium decem milia dare oportere*<sup>4</sup>

et

*S. p. N<sup>m</sup> N<sup>m</sup> A<sup>o</sup> A<sup>o</sup>, cum is illo deferente paratus esset iurare illum sibi decem milia dare oportere, iusiurandum remisisse...*

Bien entendu, pour les deux cas, nous ne garantissons pas dans le détail l'exactitude des termes.

L'adaptation de la formule à d'autres actions<sup>5</sup> ne présente en général aucune difficulté. Des doutes naissent seulement pour les actions dont les formules étaient munies d'une *demonstratio*. Est-ce que, par exemple, la *demonstratio* qui disait « *quod A<sup>o</sup> A<sup>o</sup>... iuravit se deposuisse* » pouvait être jointe purement et simplement à l'intentio rédigée en ces termes : « *quidquid ob eam rem dare facere oportet ex b. f.* » ? Le juge n'aurait-il pas dû alors rapporter le « *ob eam rem* » au « *quod iuravit* » et

<sup>1</sup> Voy. aussi DERNBURG, *Festgaben f. Heffter* (1873), p. 128 et ss.

<sup>2</sup> Fr. 41 § 1 h. t.

<sup>3</sup> Conf. p. 169, n. 6.

<sup>4</sup> RUDORFF (*E. P.*, § 94) propose : s. p. A<sup>m</sup> A<sup>m</sup> N<sup>o</sup> N<sup>o</sup> deferente iurasse HS tot sibi deberi neque eam pecuniam ei solutam esse. La forme impersonnelle *deberi*, ainsi que l'expression *debere elle-même* (au lieu de *dare oportere*) ne sont sûrement pas vraisemblables. La phrase additionnelle relative au non

payement est inadmissible dans cette forme, puisqu'elle ferait produire effet au payement *antérieur* au serment ; mais, quelle que soit la forme qu'on lui donne, elle ne s'appuie sur aucune preuve et est inutile, puisque, sur ce point, il suffisait de s'en rapporter à l'*officium iudicis*.

<sup>5</sup> Cf. Ulp. 22 fr. 9 § 7, fr. 41, 43 h. t. ; le fr. 13 § 3 i. f. est le produit d'une interpolation.

absoudre, puisque le serment n'engendre pas d'obligation de bonne foi? Le remède se trouvait-il dans une fiction « si deposuisset »?<sup>1</sup>

§ 55. *SI CUM EO AGATUR QUI INCERTUM PROMISERIT.*

Ulp. 22<sup>2</sup>, Paul. 18<sup>3</sup>.

Gai. IV. 136, 137 nous donne les renseignements suivants :

Item admonendi sumus, si cum ipso agamus qui incertum promiserit, ita nobis formulam esse propositam, ut praescriptio inserta sit formulae loco demonstrationis, hoc modo : IUDEX ESTO. QUOD A. AGERIUS DE N. NEGIDIO INCERTUM<sup>4</sup> STIPULATUS EST, CUIUS REI DIES FUT, QUIDQUID OB EAM REM N. NEGIDIUM A° A° DARE FACERE OPORTET et reliqua. Si cum sponsore aut fideiussore agatur, praescribi solet in persona quidem sponsoris hoc modo : EA RES AGATUR QUOD A. AGERIUS DE L. TITIO INCERTUM STIPULATUS EST, QUO NOMINE N. NEGIDIUS SPONSOR EST, CUIUS REI DIES FUT; in persona uero fideiussoris : EA RES AGATUR, QUOD N. NEGIDIUS PRO L. TITIO INCERTUM FIDE SUA ESSE IUSSIT, CUIUS REI DIES FUT. Deinde formula subicitur.

RUDORFF (*E. P.* § 78) place ces trois formules à la fin de la portion de l'Édit consacrée aux règles du cautionnement. On doit repousser cette façon de voir. Tout d'abord, que viendrait faire la formule donnée contre le débiteur principal, en vertu d'une stipulatio incerti, dans la partie de l'Édit consacrée au cautionnement, dans le voisinage de la loi Cornelia, de la loi Cicereia et de l'epistula diui Hadriani? RUDORFF pense que cette formule était placée là comme appendice à celles proposées contre les adpromissores. Mais, en faisant même abstraction de ce que cette

<sup>1</sup> DEMELIUS, *Schiedsied und Beweisid*, p. 35, n. 29, propose ceci : quidquid ex deposito d. f. o. Je ne crois pas que ce soit possible. Car celui-là seulement est tenu ex deposito, qui a véritablement reçu un dépôt. FIERICH, *Grünhuts Zschr.* XVI, p. 86 et ss., croit que, dans notre cas, le serment n'était pas mentionné dans la formule, mais que son existence était seulement contrôlée par le juge in iudicio. Cette façon de voir est, à mon sens, contre-

dite par l'utilis rei uxoriae actio dont il est question au fr. 13 § 5 h. t.

<sup>2</sup> Fr. 75 de V. O. (45. 1).

<sup>3</sup> Fr. 76 eod., fr. 29 de fideiuss. (46. 1).

<sup>4</sup> Conf. sur ce mot, qui forme une partie constante de la formule, ne changeant pas dans l'application, KAÜGER, *Consumtion* (1864) p. 59; voy. la littérature postérieure dans BARON, *die Conditionen* (1881) p. 225 n. 9.

supposition a de peu naturel, on doit faire à ce sujet les remarques suivantes : *En premier lieu*, dans l'exposé de Gaius la formule contre le promissor lui-même est seule indiquée comme étant proposée dans l'Édit. Des autres, il se borne à dire : « praescribi solet » ; il n'est donc pas prouvé du tout que ces dernières figurassent dans l'Édit<sup>1</sup>. *En second lieu*, et ceci est décisif, en dehors d'Ulp. 22 fr. 75 de V. O. (45. 1) qui, à ne considérer que son inscription, pourrait se rapporter à la portion de l'Édit relative au cautionnement<sup>2</sup>, le passage capital pour nos formules est le fr. 76 eod. tiré de Paul. 18. Ce texte, comme celui d'Ulpien, traite de la stipulatio incerti et, son contenu le montre bien plus clairement encore que celui du fr. 75, il avait trait aux formules qui nous occupent<sup>3</sup>; or, il résulte de son inscription qu'il n'a point été écrit par Paul relativement au cautionnement, dont notre jurisconsulte traite seulement aux livres 24 et 25. Le rapport qui existe entre Ulp. 22 et Paul. 18 oblige à placer toutes nos formules sous le titre de iudiciis; elles doivent sans doute cette place à la praescriptio « cuius rei dies fuit » insérée par le prêteur. Ce dernier, je pense, expliquait dans un édit particulier que, dans les cas mentionnés par Gaius (ou peut-être dans le cas si cum eo agatur qui incertum promiserit, seul expressément prévu), il entendait donner un iudicium limité au montant de ce qui était déjà échu.

On peut sans difficulté compléter, dans ce qu'elles ont d'essentiel, les formules indiquées par Gaius. Le « quidquid... oportet » de l'actio ex stipulatu était immédiatement suivi du « eius iudex N<sup>m</sup> N<sup>m</sup> A° A° c. s. n. p. a. » de la condemnatio. En ce qui touche les formules contre les adpromissores, nous ne devons point croire à une nouvelle demonstratio suivant la praescriptio rapportée par Gaius; cette praescriptio *remplaçait* la demonstratio, et, en conséquence, le « quidquid... oportet, eius c. s. n. p. a. »

<sup>1</sup> Si elles figuraient dans l'Album, elles devaient probablement y être placées *après* la formule contre le débiteur principal. Cf. Ulp. 23 fr. 135 de R. J. (50. 17) avec Paul. 18 fr. 29 de fideiuss. (46. 1). Cependant, le point de savoir à quoi se rapportait le premier de ces textes est trop douteux pour que je puisse baser sur lui une hypothèse plus précise.

<sup>2</sup> Cf. §§ 83—88. Relativement au plan

adopté par Ulpien, cf. plus haut p. 8 et s.

<sup>3</sup> Cf. notamment fr. 76 § 1 cit. : Cum stipulamur « quidquid te dare facere oportet » id quod praesenti die dumtaxat debetur in stipulationem deducitur, non ut in iudiciis etiam futurum...

Il est évident que le texte se rapporte à la praescriptio cuius rei dies fuit.

venait immédiatement après elle<sup>1</sup>. Cette manière de voir a été vivement combattue par HUSCHKE<sup>2</sup>. Cet auteur intercale avant l'intentio une nouvelle demonstratio particulière. Cette addition me paraît manquer aussi bien de preuves externes que de motif interne. En ce qui touche les preuves externes, on ne saurait invoquer le court passage de Gaius IV. 137 i. f. « deinde formula subicitur », dont le manque de précision, en ce passage, s'explique aisément. Relativement au motif interne, HUSCHKE raisonne ainsi : La praescriptio transmise par Gaius était équivoque, parce qu'on pouvait et devait rapporter les mots « cuius rei dies fuit » au « quo nomine N° N° sponsor est » ; et, dès lors, la phrase signifiait que N° N° ne s'était engagé comme sponsor que pour la portion déjà échue de la dette principale ; il était nécessaire de dissiper cette équivoque par une demonstratio postérieure. J'estime, pour ma part, que si l'on avait trouvé une source de difficultés dans cette équivoque, elle aurait commencé par rendre défectueuse aux yeux des Romains la praescriptio elle-même qui nous a été transmise ; s'il n'en est rien, nous ne sommes pas fondés à faire suivre d'une nouvelle demonstratio tout à fait inutile une praescriptio qui, bien comprise, en tenait lieu d'une façon complète. Si l'on se demande maintenant pourquoi l'on procédait contre le débiteur par voie de demonstratio, tandis qu'ici l'on avait recours à une praescriptio, il faut reconnaître qu'il est bien difficile de répondre à cette question, étant donné le peu d'étendue de nos connaissances sur la manière dont les Romains rédigeaient les formules ; nous ne savons point par suite de quelles circonstances les praescriptiones étaient employées à la place de la demonstratio. Mais cette ignorance ne doit pas nous conduire, comme le veut HUSCHKE, à admettre une formule contenant une tautologie. Peut-être, dans les actions contre les adpromissores, la res de qua agitur était-elle exposée sous forme de praescriptio.

<sup>1</sup> En ce sens KELLER, *C. Pr.* à la n. 476, RUDORFF, *E. P.* § 78 et, avec des hésitations, BEKKER, *Proc. Consumption*, p. 333.

<sup>2</sup> *Gaius*, p. 78. Cf. le même auteur, *Zschr. f. gesch. R. W.* XIII, p. 330 et ss. Dans le sens de HUSCHKE, voy. KARLOWA, *Rechtsgeschichte* II, p. 737 : pour ce dernier, la praescriptio était

une phrase indépendante, à laquelle ne pouvait pas se rattacher directement le *quidquid ob eam rem*. Pourquoi donc pas ? KARLOWA lui-même propose une demonstratio qui ne se réfère point à la promissio des cautions, mais bien à celle du débiteur principal. Et c'est à cela que pourrait se rattacher le « *quidquid ob eam rem* » !

Par contre, une question vraiment douteuse est celle de savoir si la formule de l'actio ex stipulatu n'était pas munie d'une taxatio. Gai. IV. 51 semble décisif en faveur de l'affirmative : est enim una (condemnatio) cum aliqua praefinitione, quae vulgo dicitur cum taxatione, velut si incertum aliquid petamus : nam illic ima parte formulae ita est : iudex N<sup>m</sup> N<sup>m</sup> A° A° dumtaxat sestertium X milia condemna.

En ce sens, on peut aussi invoquer les formules cum taxatione de la loi Rubria c. 20. D'ailleurs, il n'y aurait rien de surprenant en soi à ce que celui qui intentait une action incerti fût invité à indiquer, sous forme de taxatio, le maximum de sa prétention ni à ce que le prêteur transportât cette taxatio dans la formule, généralement sans examen, et parfois, selon les circonstances, après lui avoir fait subir une diminution. Pourtant la chose ne va pas toute seule. Il est impossible que Gaius ait voulu dire que toutes les actions incerti comportaient une taxatio ; car lui-même (IV. 47) rapporte la formule de l'action depositi qui n'en contient pas. Il faut donc apporter une limitation à cette règle ; et comment cette limitation doit-elle être opérée ? C'est un point auquel il est difficile de répondre dans l'état de nos sources<sup>1</sup>. En tout cas, une interprétation très restrictive<sup>2</sup> me paraît contraire au texte de Gaius et, pour ce qui est de l'action ex stipulatu<sup>3</sup>, je tiens pour extrêmement vraisemblable, en présence des formules de la loi Rubria, qu'on y recourait à une taxatio.

<sup>1</sup> Voy. différents systèmes dans HEFFTER, *ad Gai. instit.* p. 72 et s., HUSCHKE, *Anal. litter.*, p. 253-276, Gaius, p. 237 et s., ZIMMERN, *C. Pr.* § 57 p. 167, DERNBURG (d'accord avec HUSCHKE), *Krit. Zschr.* I, p. 474 et s., HEFKE, *loc. cit.*, p. 22 et ss. (cf. BRINZ, *Krit. Vjschr.* XXI, p. 583 et s.).

<sup>2</sup> Comme celle proposée par HEFKE, *loc. cit.*

<sup>3</sup> Je considère de même comme très vraisemblable l'emploi d'une taxatio dans les iudicia bonae fidei qui ne tendaient pas à un « restituere ». Dans l'impossibilité de trouver, en cette matière, les éléments d'une solution positive, je n'examine pas plus longtemps la question. Remarquons cependant

que la const. 4 de A. E. V. (4. 49) fournit un argument sérieux en faveur de l'existence de la taxatio. Ce texte, à moins qu'on n'en force le sens, ne peut guère se comprendre que d'une action empti cum taxatione. Le demandeur Mucianus se plaignait d'avoir vu la taxatio faite par lui réduite par le praeses ; l'empereur décide que le praeses doit prendre pour base de la taxatio tout l'intérêt qu'il estime y avoir à l'exécution de la vente (et non pas seulement le damnum emergens). C'est, à mon avis, aller trop loin que de prétendre, comme le fait HEFKE, *loc. cit.*, p. 29, qu'à l'époque du rescrit (an. 290), il n'y avait plus de condemnatio cum taxatione.

§ 56. *IN BONAE FIDEI IUDICIIS  
QUEMADMODUM PRAESCRIBATUR?*

Ulp. 23<sup>1</sup>, Paul. 18<sup>2</sup>, Jul. 8<sup>3</sup>?

Si l'on considère que les formules dont il vient d'être question doivent leur place dans l'Édit à la *praescriptio* « cuius rei dies fuit », on est amené à penser que, dans les mêmes parages, se trouvaient aussi les autres *praescriptiones pro actore*. Cette supposition est confirmée par les textes cités dans les notes 1 et 2, textes qui se rapportent à des *iudicia bonae fidei*. Il suffit presque de les transcrire ici.

Ulp. 23 fr. 43 mand. (17. 1) :

Qui *mandatum* susceperit, ut *pecunias in diem collocaret*, isque hoc fecerit, *mandati conueniendus est*, ut cum *dilatione temporis actionibus cedat*.

Ulp. 23 fr. 8 de adm. (26. 7) :

Si *tutelae agat is*, cuius *tutela administrata est*, *dicendum est nonnumquam diem creditae pecuniae exspectandam*, si forte *tutor pecunias crediderit pupilli nomine*, quarum *exigendarum dies nondum uenit*. Sane quod ad *pecunias attinet*, ita demum verum est, si potuit et debuit credere : ceterum si non debet credere, non *exspectabitur*.

Ces textes, comme d'ailleurs le fr. 31 de *fidei*. (46. 1) qu'il faut rapprocher du second d'entre eux, s'occupent de la question de savoir quand le débiteur (*mandataire* ou *tuteur*) jouit ou ne jouit pas d'un terme; et c'est là un point fondamental et essentiel de la matière des *praescriptiones* (cf. Gai. IV. 134).

Ulp. 23 fr. 33 de A. E. V. (19. 1) :

Et si uno *pretio plures res emplae sint*, de *singulis ex emplo et uendito agi potest*.

Il s'agit ici de savoir si celui qui a acheté ou vendu plusieurs choses en même temps et qui veut intenter une action relativement à une seule de ces choses a besoin d'une *praescriptio* ou peut limiter simplement la *demonstratio* à l'objet du procès (cf. Gai. IV. 59).

<sup>1</sup> Fr. 43 mand. (17. 1), fr. 33 de A. E. V. (19. 1), fr. 8 de adm. tut. (26. 7), fr. 31 de *fidei*. (46. 1).

<sup>2</sup> Fr. 20 *depos*. (16. 3).

<sup>3</sup> *Notatus* in fr. 4 de *rescind. uend.* (18. 5). Conf. Ulp. 23 fr. 33 de A. E.

V. (19. 1) et les remarques faites dans notre texte sur ce passage. Julien a pu facilement, à propos de la vente cumulative, être amené à parler de la vente alternative.

Paul. 18 fr. 20 depos. (16. 3) :

Si sine dolo malo rem depositam tibi amiseris, nec depositi teneris nec cauere debes, si deprehenderis eam reddi : si tamen ad te iterum peruenerit, depositi teneris.

Le jurisconsulte examine la question de savoir si, dans ce cas, on pourra agir avec une *praescriptio* « E. r. a. de cautione praestanda » ou si, au contraire, on ne pourra pas agir du tout.

De tout cela, il se dégage avec beaucoup de vraisemblance que l'Édit contenait une rubrique relative aux matières indiquées par le titre de ce paragraphe : *In bonae fidei iudiciis quemadmodum praescribatur.*

[§ 57. *SI INCERTUM CONDICATUR?*]

Il n'existe aucune raison externe pour admettre que la *condictio incerti* ait été proposée à cet endroit de l'Album. Si je l'ai fait dans l'édition allemande, c'est uniquement parce que je croyais alors que la formule de cette action comportait une *praescriptio* ; j'ai été amené ainsi à la placer dans le voisinage des §§ 55. 56, relatifs aux *praescriptiones*. Mais depuis longtemps, je suis revenu de cette façon de voir et, aujourd'hui, je suis d'avis qu'il n'existait nulle part dans l'Édit de modèle pour la formule de la *condictio incerti*.

La formule que j'ai proposée jadis était conçue à peu près en ces termes :

E. r. a. de decem quae A° A° N° N° stipulanti promisit accepto ferendis. Quidquid N<sup>m</sup> N<sup>m</sup> A° A° d. f. o., eius iudex, etc.

Dans cette rédaction, j'admettais avec SAVIGNY<sup>1</sup> qu'une *condictio incerti* devait avoir une *intentio incerta*. Cette façon de voir me semblait trouver un appui dans les stipulations « quod ex causa conditionis d. f. oportet » et « quidquid furem d. f. o. » dont il est question au fr. 29 § 1 de V. O. (45.1) et au fr. 72 § 3 de solut. (46.3), textes déjà invoqués par SAVIGNY lui-même. Ceci admis, l'*intentio incerta* ne pouvait pas se suffire à elle-même : elle devait être précédée d'une *praescriptio* ou d'une *demonstratio*. Mais quel était le contenu de cette *praescriptio* ou de cette *demonstratio*? La première idée était, semble-t-il, de sup-

<sup>1</sup> *System* V. p. 605.



poser qu'elle indiquait la cause de l'action. Mais cette idée, deux raisons me la faisaient rejeter. L'une de ces raisons était que la *condictio incerti* est sortie historiquement de la *condictio certi*; et, comme le propre de cette dernière est précisément d'être une action abstraite (§ 95), il me paraissait extrêmement invraisemblable d'attribuer à la première, qui en est née, une rédaction dans laquelle la cause fût indiquée. L'autre raison était qu'une telle rédaction rendait incompréhensible la coexistence de la *condictio incerti* et de l'*actio praescriptis uerbis*; comment aurait-on pu discerner le but différent de ces actions, qui pouvaient être fondées toutes deux dans un même cas? Je fus alors amené, pour tourner la difficulté, à rédiger la *praescriptio* indispensable de telle façon qu'elle n'indiquât pas la *causa agendi*, mais bien ce qu'on désirait obtenir par l'action intentée. J'invoquais, à la vérité avec quelque hésitation, en faveur de l'hypothèse d'une *praescriptio*, le fr. 19 § 2 de prec. (43.26), où les mots « *incerti condictione* » sont suivis de cette explication : « *id est praescriptis uerbis* ».

Telle était mon argumentation. Mais toute cette construction n'est qu'un château de cartes. Tout d'abord, on ne peut conclure sûrement du nom de la *condictio incerti* au caractère incertain de l'intentio; mais, de plus, si, comme on l'a soutenu récemment avec de très sérieux arguments, le nom même de la *condictio incerti* ne remonte pas plus haut que les compilateurs<sup>1</sup>, la conclusion toute entière tirée de ce nom tombe à plat. Les formules de stipulation du fr. 29 § 1 de V. O. et du fr. 72 § 3 de solut. sont sans importance pour notre question : en effet, elles ne reproduisent pas la *condictio* qui se rapportait au cas dont ces textes s'occupent (*furtum*), car, dans ce cas, la *condictio* était une *condictio certi*. Les mots « *id est praescriptis uerbis* » du fr. 19 § 2 de prec. ne doivent point être considérés seulement comme suspects (ainsi que je le pensais déjà autrefois); il faut, dans l'état actuel de nos connaissances, dire qu'ils sont certainement le produit d'une interpolation. Enfin, des raisons d'ordre interne rendent la formule proposée par moi inadmissible. On comprend bien qu'une *praescriptio* soit placée devant une

<sup>1</sup> Cf., en particulier, TRAMPEDACH, *ZRG.* XXX, p. 135 et s., dont l'argumen-

tation me semble plus solide que celle de NABER, *Mnemosyne* XX, p. 315 et ss.

intentio incerta pour limiter les effets extinctifs de la *litis contestatio*; mais pourquoi, dans notre formule, aurait-on dû rédiger l'intentio d'une façon incertaine, s'il avait toujours fallu qu'elle fût accompagnée d'une *praescriptio* précisant l'objet de la demande? Je n'ai pu parvenir à résoudre cette énigme qui, de fait, ne saurait l'être.

Si l'on doit rejeter cette *praescriptio*, le plus vraisemblable est d'admettre que l'intentio elle-même précisait l'objet de la demande. C'est là l'opinion émise par KARLOWA<sup>1</sup> et par BARON<sup>2</sup>. Tel doit être aussi l'avis de BEKKER. Celui-ci<sup>3</sup> propose la rédaction : « s. p. N<sup>m</sup> A° [incertum...] d. f. o. »; rédaction qui, sans doute, pour chaque cas concret, doit être précisée par l'indication de l'objet de la demande<sup>4</sup>. La formule pouvait, par exemple, s'exprimer ainsi : « s. p. N<sup>m</sup> N<sup>m</sup> eam stipulationem, quam A° A° ei re-promisit, A° A° acceptam facere oportere, quanti ea res est, t. p., iudex, etc. » Ce que j'objectais jadis à cette rédaction ne me paraît plus soutenable. J'ai dit que, nulle part, on ne trouvait de traces d'une intentio semblable à celle-là, d'une intentio spécialisée relative à un *facere*. Mais il y a tant de lacunes dans la façon dont les formules romaines nous ont été transmises, qu'on ne peut trouver là un argument sérieux. J'ajoutais que la distinction même entre l'*actio certi* et l'*actio incerti* présupposait l'impossibilité d'une telle formule : comment les Romains auraient-ils pu en venir à créer les formules mentionnés au § 55 relativement à une stipulation ayant pour objet un *facere* ou un *dare* incertain, s'ils avaient connu des formules certaines relativement à un *facere oportere*? Mais, tout d'abord, la *condictio incerti* est beaucoup plus récente que l'*actio ex stipulatu*; et, en outre, la rédaction de cette dernière s'explique, à mon sens, par ce fait qu'il n'était pas pratique de reproduire dans la formule le contenu, souvent extrêmement développé, de la stipulation. Enfin, il me semblait résulter de la façon dont s'expriment

<sup>1</sup> *C. Pr. z. Zt. der L. A.*, p. 240.

<sup>2</sup> *Die Conditionen* (1881), p. 230.

<sup>3</sup> *Aktionen* I, p. 111 n. 34.

<sup>4</sup> Au contraire, KARLOWA a admis récemment (*Rechtsgeschichte* II, p. 709 et s.) que l'intentio contenait en propres termes « *incertum d. f. o.* » Je considère, pour beaucoup de raisons, que

cette rédaction est impossible, en particulier parce que le contenu d'un *oportere* peut bien être subjectivement incertain, mais ne peut jamais être objectivement indéterminé. PRERNICE, *La-beo* III, p. 209 et s., TRAMPEDACH, *loc. cit.* p. 126 et ss. concluent dans le sens indiqué au texte.

les sources que l'intentio de la *condictio incerti* n'était pas dirigée directement sur l'objet de la demande et j'estimais que, dans son imprécision, l'on trouvait bien plutôt un moyen pour atteindre les buts les plus différents. J'avais ici en vue ces tournures bien connues : *incerti condictione consequi possunt, ut liberentur, ou bien : incerti condicere posse, ut liberetur, ou encore : incerti condictione compellam, ut mihi acceptum faciat, etc.*<sup>1</sup>. Mais, outre qu'il y a des doutes sur la pureté des textes invoqués par moi<sup>2</sup>, il faut se rappeler que la *condictio incerti* s'est dégagée lentement et peu à peu de la *condictio certi*; il résulte certainement de cette circonstance que, pendant longtemps, on a eu des hésitations sur le point de savoir ce qu'on pouvait réclamer et obtenir par la *condictio incerti*; cela suffit complètement à expliquer la manière dont les textes cités formulent leurs solutions, si tant est vraiment que ces textes remontent, dans leur forme actuelle, à l'époque classique.

Comme je l'ai déjà dit plus haut, il me paraît invraisemblable qu'un modèle de la formule de la *condictio incerti* figurât dans l'Album. Cette action n'a été reconnue qu'à une époque relativement récente : on ne peut en prouver l'existence avant Trajan<sup>3</sup>. Dans les commentaires de l'Édit, on ne trouve aucune trace de renvoi à une formule insérée dans l'Édit. La *condictio incerti* paraît avoir été créée par la jurisprudence, qui a trouvé dans la *condictio certae rei* le point de départ justifiant la nouvelle action. En nous la représentant comme calquée sur la *condictio certae rei*, il devient bien facile de comprendre qu'elle n'ait point été expressément reconnue par l'Édit du préteur.

<sup>1</sup> Fr. 3 de cond. s. c. (12. 7), fr. 5 § 1, fr. 8 pr. de A. E. V. (19. 1), fr. 46 pr. de J. D. (23. 3), fr. 2 §§ 3. 4 de don. (39. 5), fr. 7 pr. § 1 de d. m. exc. (44. 4), const. 4 de cond. ob caus. (4. 6).

<sup>2</sup> Voy. les indications relatives à ce point dans ma *Palingsenesia*. Conf., de plus, PERNICE, *Labeo* III, p. 203 et s., TRAMPEDACH, *loc. cit.* p. 135 et s., PFLÜGER, *ZRG.* XXXI p. 75. Ce dernier soutient même, en s'appuyant sur

le grand nombre d'interpolations prouvées, que la *condictio incerti* toute entière n'est qu'une création des compilateurs.

<sup>3</sup> La première mention qu'on en trouve est dans Ariston, fr. 12 § 2 de cond. furt. (13. 1). Cf. TRAMPEDACH, *loc. cit.* p. 98 et s.; voy. aussi H. KRÜGER, *Grünh.'s Zschr.* XXI p. 321 et ss., et l'hypothèse beaucoup plus audacieuse de PFLÜGER, *l. c.*

§ 58. DE NOXALIBUS ACTIONIBUS<sup>1</sup>.Ulp. 23<sup>2</sup>, Paul. 18<sup>3</sup>, Gai. 6<sup>4</sup>, Jul. 9<sup>5</sup>, Callistr. 2<sup>6</sup>.

Ulp. 23 fr. 21 § 2 h. t.:

Praetor ait : SI IS IN CUIUS POTESTATE<sup>7</sup> ESSE DICETUR NEGABIT<sup>8</sup>  
 SE IN SUA POTESTATE SERUUM<sup>9</sup> HABERE : UTRUM ACTOR UOLET<sup>10</sup>,  
 UEL DEIERARE IUBEBO<sup>11</sup> IN POTESTATE SUA NON ESSE NEQUE SE  
 DOLO MALO FECISSE, QUÓ MINUS ESSET, UEL IUDICIUM DABO SINE  
 NOXAE DEDITIONE<sup>12</sup>.

Cet édit n'a trait qu'à l'hypothèse d'une action naissant du délit d'un esclave. Dans l'édition allemande, j'ai attribué cette restriction aux compilateurs et dit que le texte primitif devait parler de toutes les personnes dont les délits font naître une action noxale. C'est là un point qu'on ne saurait pourtant affirmer avec certitude; il n'est pas difficile d'imaginer des raisons pouvant faire admettre un traitement différent dans les autres cas. En conséquence, c'est un point que je laisse sans réponse.

Le sens de l'édit me paraît très clair. D'après le droit civil, comme d'après le droit prétorien, l'obligation noxale, en principe tout au moins, ne pèse que sur le dominus qui possède<sup>13</sup>. Le « ... in potestate esse » est la condition de fait qui légitime la poursuite; elle doit se rencontrer à côté de la condition de

<sup>1</sup> D. (9. 4), C. (3. 41), Inst. Just. (4. 8).

<sup>2</sup> Fr. 21 h. t.

<sup>3</sup> Fr. 22, 24, 26 eod., fr. 7 de aqua et aqu. pl. (39. 3), fr. 136 de R. J. (50. 17) cf. Ulp. 23 fr. 21 § 1 h. t.

<sup>4</sup> Fr. 4 si ex nox. causa (2. 9), fr. 15, 23, 25, 27, 29 h. t.

<sup>5</sup> Fr. 39 h. t.

<sup>6</sup> Fr. 32 h. t.

<sup>7</sup> Ulp. 23 fr. 21 § 3 h. t., Paul. 18 fr. 22 pr. — § 2 h. t. Cf. fr. 215 de V. S. (50. 16).

<sup>8</sup> Paul. 18 fr. 22 § 3 h. t.

<sup>9</sup> A l'occasion de notre édit, les commentateurs parlaient d'autres cas analogues : Paul. 18 fr. 7 de aqu. et aqu. pl. (39. 3). Cf. DEMELIUS, *Die Confessio*, p. 333 et s.

<sup>10</sup> Paul. 18 fr. 22 § 4 h. t.

<sup>11</sup> Ulp. 23 fr. 21 §§ 4 — 6 h. t.

<sup>12</sup> Paul. 18 fr. 26 pr. — § 5 h. t., cf. fr. 12 h. t.

<sup>13</sup> Conf., par ex., Paul. Sent. II 31

§ 37, fr. 7, 12, 26 § 2 h. t., fr. 17 § 3 de furtis (47. 2), const. 21 eod. (6. 2). Le fondement de cette règle semble être une raison d'équité; il est dès lors étonnant que le fr. 27 § 3 ad l. Aqu. (9. 2) rejette cette exigence pour l'action noxale naissant de la loi Aquilia. La Schol. 15 (dans Heimbach, Basil. V p. 289) explique ce texte de la façon suivante : il ne dirait pas que le propriétaire est tenu durante fuga, mais bien que ce dernier est tenu, aux conditions habituelles, à raison des délits que commet l'esclave en fuite. Je me suis rallié à cette explication dans l'édition allemande, p. 124 n. 13. Mais elle est en désaccord avec le langage du texte. Conf. sur ce point, GRABER, *Les actions noxales* (1888), p. 23. Cet auteur explique l'exception en disant qu'elle découle de la rédaction même de la loi Aquilia. Cette explication me paraît peu vraisemblable. Je puis laisser ici la question indécidée.

droit, à côté de la propriété, pour que le dominus soit tenu d'une action. C'est ainsi qu'Ulp. 23 fr. 21 § 3 h. t. nous donne la définition suivante :

« In potestate » sic accipere debemus ut facultatem et potestatem exhibendi eius habeat : ceterum si in fuga sit uel peregre, non uidebitur esse in potestate.

De même, Paul. fr. 215 de V. S. :

... praesentis corporis copiam facultatemque...

Voy., de plus, le fr. 17 § 3 de furtis (47.2).

Notre édit, par le droit alternatif accordé au demandeur, poursuit un double but : rendre dangereuses et délicates pour le défendeur, tant la dénégation mensongère de l'in potestate esse que la cessation frauduleuse de cette situation de fait, sans laquelle il ne saurait être tenu.

On voit, du premier coup d'œil, que notre édit ne s'occupe point de la condition de droit à laquelle l'action est subordonnée. En réalité, l'édit ne nous a pas été intégralement conservé. Il existait, sans doute, à côté de l'interrogatio de facto (an in potestate sit)<sup>1</sup>, une interrogatio de iure (an eius sit)<sup>2</sup> et il n'est pas admissible que cette dernière n'ait point été réglementée par le préteur. Nous ne pouvons pas nous dérober à la question de savoir comment ces deux interrogations fonctionnaient l'une à côté de l'autre. Ce que j'ai dit, dans l'édition allemande, sur la relation de l'interrogatio de iure avec l'édit qui nous a été transmis ne me paraît plus acceptable après un nouvel examen de la question. J'indique ici ce que je crois être la vraie solution du problème<sup>3</sup>.

C'est un fait connu que, pour l'organisation de la procédure des actions noxales, il n'était point indifférent que l'esclave à

<sup>1</sup> Dans l'édition allemande, je me suis appliqué à nier l'existence d'une interrogatio an in potestate sit. Mais elle résulte, sans doute possible, des fr. 5, 16 pr., 17 de interrog. (11. 1). Conf. GIRARD, *Actions noxales*, p. 19 note 2.

<sup>2</sup> Son existence est attestée par de nombreux passages; voy. fr. 26 § 3, 27 § 1, 39 § 1 h. t., fr. 8, 13 § 1, 14 pr., 20 pr. de interrog. (11. 1); voy., en outre, fr. 7 eod., fr. 1 § 15 si quadrupes (9. 1.). GIRARD, qui réfute très justement l'opinion que j'ai soutenue

dans l'édition allemande, pense, de son côté, que l'interrogatio an in potestate sit ne se rapportait pas seulement à la puissance de fait, mais encore à la puissance juridique : de telle manière qu'une interrogatio de iure spéciale eût été inutile. J'estime que, ni la définition de la potestas rapportée au texte, ni les passages des sources qui témoignent de l'existence séparée d'une interrogatio an eius sit ne cadrent avec cette hypothèse.

<sup>3</sup> Voy. LEBEL, *ZRG. XXXIII*, p. 5 et ss.

l'occasion de qui l'action était intentée fût présent, c'est-à-dire présent in iure, ou bien absent. Une série de passages des commentateurs, relatifs à l'édit qui nous a été conservé, démontre d'une façon très nette que cet édit ne s'appliquait qu'au cas d'*absentia serui*. Citons en première ligne Paul. 18 fr. 22 § 3 h. t. :

Dominus qui seruuum in sua potestate esse confitetur, aut exhibere eum debet aut absentem defendere : quod nisi faciat, punitur, atque si praesentem non noxae dederit.

De même, Ulp. 23 fr. 21 § 4 h. t. désigne le délinquant comme absens :

Quod si reus iurare nolit, similis est ei qui neque defendit absentem neque exhibet : qui condemnantur quasi contumaces.

De même enfin, Paul. 18 fr. 26 § 5 h. t.

Ceci mis en lumière, une chose devient significative : c'est qu'Ulpien, dans le fr. 21 § 4 h. t., immédiatement avant le passage où nous lisons l'édit cité par lui, fait ressortir la différence entre les cas d'*absentia* et de *praesentia serui* :

Eos quorum nomine noxali iudicio agitur, etiam absentes defendi posse placuit : sed hoc ita demum, si proprii sint serui : nam si alieni, praesentes esse oportet, aut si dubitetur utrum proprii sint an alieni. Quod ita puto accipiendum ut, si constet uel bona fide seruire, etiam absentes possint defendi.

D'après tout cela, il me paraît certain que notre édit ne visait que le cas de l'absence de l'esclave. Et cela est facile à comprendre. Voici, selon moi, comment les choses se passaient, à l'époque classique.

L'esclave était-il présent in iure, l'interrogatio adressée au défendeur « an seruuum in potestate habeat » n'avait aucun sens. L'esclave est là, réellement *exhibé*; l'interrogatio sur les « facultas et potestas exhibendi » est donc sans objet. Il ne pouvait alors se produire de difficulté que sur le point de savoir si le défendeur se reconnaissait ou non propriétaire. S'il déclarait l'être, il devait défendre l'esclave<sup>1</sup> ou faire la *noxae deditio*; s'il n'avouait pas être propriétaire, le demandeur pouvait aussi-

<sup>1</sup> Soit en acceptant le iudicium, soit en donnant le uadimonium.

tôt obtenir du préteur l'ordre de ductio<sup>1</sup>. Mais le demandeur se trouvait-il en état de prouver la propriété de son adversaire, il n'était pas obligé de se contenter de cela ; car le propriétaire du délinquant, au cas où il ne veut pas défendre celui-ci, n'est pas seulement tenu de laisser s'accomplir la ductio : il doit encore procurer la propriété civile par la mancipation<sup>2</sup>. Le demandeur avait dès lors un intérêt légitime et décisif à être fidèlement renseigné par son adversaire sur la question de propriété ; et c'est cet intérêt que le préteur prend en considération, en accordant un iudicium sine noxae deditioe au demandeur qui se trouve en situation de prouver la propriété du défendeur : il rend ainsi dangereux, pour ce dernier, le silence et le mensonge. L'existence de ce iudicium est démontrée jusqu'à l'évidence par le fr. 1 § 15 si quadrupes (9. 1).

Les choses se passaient tout autrement quand l'esclave était absent. Dans ce cas, le défendeur, même s'il avait convenu de sa propriété, pouvait toujours contester son obligation de défendre l'esclave, en affirmant qu'il ne l'avait pas in potestate. L'interrogatio de iure devait donc être suivie d'une interrogatio de facto, et voici l'hypothèse à laquelle se rapporte notre édit : si le défendeur nie la potestas, le préteur donne au demandeur le choix entre le serment et le iudicium sine noxae deditioe. Mais l'édit n'a-t-il pas aussi réglé le cas de réponse affirmative ? Je crois que non : il allait sans dire que le propriétaire devait alors ou assumer la défense ou garantir par caution la noxae deditio prochaine. Et si le défendeur ne répondait point du tout ? Je pense que le préteur le forçait à répondre<sup>3</sup>.

Quant aux formules qui étaient données dans les différentes hypothèses possibles, je crois devoir modifier, dans une certaine mesure, les résultats auxquels j'étais arrivé dans l'édition allemande. Il faut distinguer trois éventualités.

1. Le défendeur a nié être propriétaire de l'esclave ; le demandeur croit pouvoir prouver qu'il en a menti. Alors le préteur donne un iudicium sine noxae deditioe<sup>4</sup>, qui, selon moi, ne se distin-

<sup>1</sup> Callistr. 2 fr. 32 h. t. : si non defendatur, ducitur. Pour le cas d'absence du maître : fr. 2 § 1 si ex nox. caus. (2. 9), fr. 26 § 6, 28, 31 h. t., fr. 6 de Public. (6. 2).

<sup>2</sup> Callistr. l. c. : et si praesens est dominus, tradere (mancipio dare scr.) cum et de dolo promittere debet.

<sup>3</sup> Cf. fr. 1 § 3 de insp. uentre (25.4).

<sup>4</sup> Arg. fr. 1 § 15 si quadrupes (9. 1).

guait du iudicium noxale ordinaire que par l'omission des mots « aut noxae dedere » dans la condemnatio, p. ex. :

S. p..... ope consilio Stichi serui furtum factum esse....., quam ob rem N<sup>m</sup> N<sup>m</sup> aut... damnum decidere aut... noxae dedere oportet<sup>1</sup>, ... t. p., iudex, N<sup>m</sup> N<sup>m</sup> A° A° c. s. n. p. a.

Le demandeur ayant ici à prouver toutes les circonstances dont dépendait, selon le droit civil, l'obligation de son adversaire, il n'existait aucun motif pour modifier la formule, sauf en ce qui touchait la condemnatio. Il est vrai que le défendeur, jusqu'à la litis contestatio, pouvait contester avoir nié antérieurement sa propriété : mais, naturellement, il ne pouvait le faire qu'en reconnaissant cette propriété. Il y avait donc alors une nouvelle responsio qui pouvait servir de base à la formule. On peut se demander si, dans cette hypothèse, le demandeur n'avait pas le droit de décliner le changement de réponse et de réclamer le iudicium sine noxae deditio. La question n'est pas tranchée dans nos sources<sup>2</sup>. S'il avait ce droit, le défendeur pouvait sans doute se défendre par une exceptio « si negavit ».

2. L'adversaire a répondu affirmativement aux deux questions possibles : il a avoué et sa propriété et sa potestas. Dans ce cas, on pouvait se servir de l'intentio impersonnelle que j'ai défendue déjà dans l'édition allemande. Le défendeur, qui avait répondu suum et in sua potestate esse seruum, endossait, par là même, les obligations du vrai propriétaire, qu'il fût ou non, en réalité, propriétaire : aussi, l'intentio était-elle simplement dirigée contre le « dominus », sans aucune indication de nom ; dans la formule de l'action furti, par exemple, elle était rédigée de la manière suivante :

S. p... ope consilio Stichi serui furtum factum esse paterae aureae, quam ob rem dominum eius, cuius is in potestate esset, aut pro fure damnum decidere aut Stichum seruum noxae dedere oporteret<sup>3</sup>, rel.

Cette rédaction de l'intentio, évidente par elle-même, est prouvée par les textes suivants :

<sup>1</sup> Cf. § 128 et § 75.

<sup>2</sup> Je doute qu'il soit permis d'appliquer ici par analogie la décision du fr. 26 § 5 h. t.

<sup>3</sup> Sur la rédaction des formules noxales, conf. plus bas § 75. Dans les

formules in factum conceptae, la portée juridique de la réponse ne pouvait pas être manifestée avec le même relief. Dans ce cas, il n'y avait pas d'autre rédaction possible que celle-ci : « S. p. Stichum seruum fecisse, iudex, N<sup>m</sup> N<sup>m</sup> condemna ».



Fr. 13 pr. de interrog. (11. 1):

Confessionibus falsis respondententes ita obligantur, si eius nomine, de quo quis interrogatus sit, cum aliquo sit actio, quia quae cum alio actio esset, si dominus esset, in nosmet confessione nostra conferimus.

Ainsi donc, la réponse a pour effet d'opérer une translatio actionis de la tête du véritable propriétaire sur celle du respondens; et cette condition que « eius nomine de quo quis interrogatus sit cum aliquo sit actio » ne peut pas avoir été exprimée dans la formule autrement que nous venons de dire. Notre texte doit, en particulier, faire rejeter l'hypothèse d'une fiction « si N° N° dominus esset »; il y est dit, en effet, que le respondens endosse, par sa confessio, l'action « quae cum alio esset, si dominus esset »; ce « si dominus esset », qu'on exige d'un tiers (alius), prouve d'une façon décisive que la formule ne contenait pas un « si N° N° dominus esset ».

Fr. 14 pr. eod. :

..... eius personae, cuius nomine quis cum alio actionem habet, obligationem transferre potest<sup>1</sup> in eum qui in iure suum esse confitetur, uelut alienum seruum suum esse confitendo : liberi autem hominis nomine, quia cum alio actio non esset, ne per interrogationem quidem aut confessionem transferri potest.

Fr. 15 pr. eod. :

Si ante aditam hereditatem seruum hereditarium meum esse respondeam, teneor, quia domini loco habetur hereditas.

Ces mots « quia domini loco habetur hereditas » sont bien expressifs.

En présence de ces témoignages concordants, une chose me semble ne pouvoir être mise en doute : c'est l'existence, dans la formule, de la condition que quelqu'un fût véritablement obligé pour le délinquant; et, comme le respondens pouvait aussi bien être le véritable maître que ne l'être point, cette condition ne pouvait être exprimée que dans la forme indiquée plus haut; la formule devait être basée, d'une façon indéterminée, sur l'obligation du « dominus » comme tel.

<sup>1</sup> Flor. non potest; Mommsen, se basant sur les Basiliques, efface, à juste titre, ce « non ».

La réponse donnée ne figurait pas dans la formule normale : une praescriptio récapitulant cette réponse aurait constitué un accessoire inutile. Mais si le défendeur niait la réponse que lui attribuait le demandeur, — ce qui doit avoir été un cas exceptionnel —, il pouvait demander l'exceptio responsionis non factae, avec laquelle nous avons fait connaissance au § 53.

3. Le défendeur avouait sa propriété, mais niait que l'esclave fût en sa puissance. Dans ce cas, la formule doit avoir exprimé la condition dont dépendait la condemnatio « si is seruus q. d. a. in potestate N<sup>i</sup> N<sup>i</sup> est doloue malo eius factum est quo minus esset », et il est vraisemblable, que cela se faisait au moyen d'une praescriptio. Quant à l'intentio, on peut se demander si elle était rédigée impersonnellement, comme au cas précédent, ou simplement in factum :

S. p. .... ope consilio Stichi serui furtum factum esse .....,  
iudex N<sup>m</sup>N<sup>m</sup> c. s. n. p. a.

Il va sans dire qu'une exceptio « si N<sup>i</sup>N<sup>i</sup> respondit suum esse seruum » restait toujours possible. Au contraire, je ne crois pas qu'on ait donné une exceptio « si N<sup>i</sup>N<sup>i</sup> negauit in sua potestate esse seruum ». Car contester la réponse négative, c'était donner à présent la réponse affirmative, et comme Paul, dans le fr. 26 § 5 h. t., permet expressément au défendeur ce changement de réponse jusqu'à la litis contestatio, il paraît presque certain que le demandeur ne pouvait plus tirer ici les conséquences de la réponse négative : il n'avait que le droit de demander le iudicium noxale ex confessione.

§ 59 (64). DE UACATIONE. SI IUDEX LITEM SUAM FECERIT <sup>1</sup>.

Ulp. 23<sup>1</sup>.

<sup>1</sup> Dans l'édition allemande, ces édits sont placés au titre suivant. Mais, déjà dans la sixième édition des « fontes iuris Romani antiqui », je les ai reportés au titre « de iudiciis ». L'inscription « Ulp. 23 » le permet parfaitement et le contenu de ces édits est de nature à les faire ranger plus naturellement sous ce dernier titre. L'ordre des inscriptions des fragments du titre de V. S. au Digeste est également de nature à conduire à ce résultat. Cet ordre se conforme, en prin-

cipe, au plan du commentaire d'Ulprien (voy., plus haut, p. 3), plan auquel ont dû se soumettre ici les autres commentaires de l'Édit. Un fait est, dès lors, remarquable : c'est qu'immédiatement avant Ulp. 23 fr. 36 de V. S. (50. 16), que je crois devoir rapporter à l'édit « si iudex litem suam fecerit », se trouve un texte tiré de Paul. 17 qui, très vraisemblablement, appartient au titre « de iudiciis » (voy. plus haut p. 162, n. 4).

<sup>2</sup> Fr. 13 de uacat. (50. 5), fr. 18 pr. de iud. (5. 1), fr. 36 de V. S. (50. 16).

Dans le fr. 13 de uacat., Ulpian 23 s'occupe d'un édit<sup>1</sup> sur lequel il rapporte ce qui suit :

Praetor eos, quoscumque intellegit operam dare non posse ad iudicandum, pollicetur se excusaturum...

Au même objet se rapporte évidemment Ulp. 23 fr. 18 pr. de iud. (5. 1) :

Si longius spatium intercessurum erit, quo minus iudex datus operam possit dare, mutari eum iubet praetor...

La phrase « quo minus... operam dare possit » se trouvait, sans aucun doute, dans l'édit<sup>2</sup>; on la retrouve également dans Cicéron, Brut. 31, 117 :

... uacationem augures, quo minus iudicii operam darent, non habere.

A l'endroit où le préteur indiquait les conditions auxquelles il voulait excuser les juges, il devait également régler leur responsabilité pour le cas où, sans avoir d'excuses, ils ne remplissaient pas leurs devoirs. Je pense donc que c'est ici qu'il faut chercher l'édit sur le iudex qui litem suam fecit. Cette supposition est confirmée par le fr. 36 de V. S. où le même Ulpian, également au liv. 23, donne la définition du mot lis :

Litis nomen omnem actionem significat, siue in rem siue in personam sit.

D'après une opinion répandue et adoptée par RUDORFF<sup>3</sup>, deux actions différentes naissent de notre édit : l'une pour le cas de dol, montant au quanti ea res est, l'autre pour le cas de simple imprudence, montant au quantum tibi aequum uidebitur. Cette distinction s'appuie sur la manière dont Ulpian, au fr. 13 § 1 de iud. (5. 1), définit l'acte par lequel le juge litem suam fecit. Dans ce texte, le jurisconsulte présente cet acte comme étant une violation intentionnelle de la loi, et déclare que le juge doit être condamné à la uera aestimatio litis, tandis que, dans deux autres textes, où le dol ne figure pas comme élément du délit, le montant de la peine est seulement le quantum de ea re aequum religioni iudicantis uisum fuerit. Cf. pr. Inst. de obl. qu. qu. ex del. (4.5), Gai. fr. 6 de uar. et extr. cogn. (50. 13). Cette distinction est pourtant tout à fait inadmissible. Dans

<sup>1</sup> Inaperçu par RUDORFF.

<sup>2</sup> WLASSAK, *Prozessgesetz*, II, p. 207 n. 46.

<sup>3</sup> E. P. § 79. Voy. de plus WETZELL, *C. P.* § 36<sup>14</sup>, WINDSCHEID, *Pandekten* § 470<sup>1</sup>.

les trois textes, c'est un seul et même délit (*litem suam facere*) dont les jurisconsultes veulent définir les éléments et une divergence dans la définition ne saurait nous autoriser à décomposer ce délit en deux. De plus, il résulte clairement de la suite des deux derniers textes que, dans *tous* les cas, le montant de la peine était le *quantum aequum iudici uidebitur*<sup>1</sup>. Il serait, d'ailleurs, bien étrange que, dans le cas de dol, plus grave que les autres, l'obligation fût toujours strictement limitée au montant de la *litis aestimatio*, alors que dans le cas moins grave de simple imprudence, la *condemnatio*, rédigée librement sur l'*aequum bonum*, aurait pu, selon les circonstances, être bien plus onéreuse pour le défendeur. Cette rédaction plus souple était certainement *toujours et partout* préférable, puisque le demandeur, par suite de la faute du *iudex*, pouvait éprouver, non seulement un préjudice pécuniaire, mais encore un préjudice d'ordre moral, dont il devait pouvoir demander réparation. La *uera aestimatio litis* d'Ulpien ne doit pas nous induire en erreur : dans l'ordre de condamner au *quantum aequum uidebitur*, se trouve certainement comprise la faculté de condamner au *quanti ea res est*<sup>2</sup>; et Ulpien a raison, dans le cas dont il s'occupe, de vouloir que la condamnation soit portée à cette dernière limite :

*Iudex tunc litem suam facere intellegitur, cum dolo malo in fraudem legis sententiam dixerit..., ut ueram aestimationem litis praestare cogatur.*

On ne trouverait rien de singulier à ce texte, si l'on n'était pas habitué à considérer l'expression *litem suam facere* comme comprenant *seulement*, ou du moins *principalement*, l'hypothèse visée ici d'un jugement inique. Cette habitude d'esprit empêche de comprendre pourquoi Ulpien ne parle ici que du *iudex dolosus*, tandis que Gaius parle du *iudex imprudens*; pourquoi Ulpien le déclare tenu de toute la valeur engagée dans le procès, tandis que Gaius veut qu'il soit condamné à une amende calcu-

<sup>1</sup> C'est ainsi qu'on lit au fr. 6 cit. :  
..... uidetur quasi ex maleficio teneri in factum actione et, in quantum de ea re aequum religioni iudicantis uisum fuerit, poenam sustinebit...

Le texte n'a bien évidemment pas en

vue deux actions différentes, le second membre de phrase ne faisant qu'indiquer le montant de l'action in factum.

<sup>2</sup> Cf. le fr. 3 pr. de sep. uiol. (47. 12) et le fr. 3 §§ 8-10 eod. où le *quantum aequum uidebitur* se trouve être également le *quanti interest*.

lée ex aequo. Mais le délit qui nous occupe consistait sans doute le plus souvent en de légères illégalités que les jurés romains, complètement abandonnés à eux-mêmes, devaient commettre bien facilement : oubli des délais légaux<sup>1</sup>, violation des prescriptions légales sur les ajournements<sup>2</sup>, etc. Naturellement, ces fautes ne pouvaient faire naître que par exception contre le juge une action s'élevant à toute la valeur engagée dans le procès; en thèse générale, il était impossible de faire une estimation précise de l'intérêt du demandeur : si bien qu'il fallait s'en rapporter à l'appréciation équitable du iudex chargé de prononcer contre le juré oublieux de ses devoirs. C'est précisément à des fautes de cette nature qu'il faut songer, pour comprendre que Gaius ne considère pas l'acte de *litem suam facere* comme un véritable délit et enseigne que le juge est tenu même à raison de son « *imprudentia* ». Déclarer, en effet, le juge responsable de son « *imprudentia* » pour la manière même dont il a jugé, le déclarer responsable, par exemple, de son défaut d'études juridiques, c'est là, me semble-t-il, une erreur d'une importance pratique très grande<sup>3</sup>, erreur dont je ne crois pas Gaius plus capable qu'Ulpien. Le préteur, semble-t-il, a laissé de côté dans notre édit, et cela avec un sens très juste, toute indication du degré de culpabilité nécessaire pour entraîner une responsabilité; de telle sorte que ce point relevait entièrement de la pratique et de la doctrine.

En ce qui touche la *condemnatio*, la reconstitution de la formule est facile :

*Quantum ob eam rem tibi uidebitur N<sup>m</sup> N<sup>m</sup> A<sup>o</sup> A<sup>o</sup> condemnari, tantam pecuniam rel.*

L'intentio était peut-être conçue de la manière suivante<sup>4</sup> :

*S. p. N<sup>m</sup> N<sup>m</sup> litem, quam inter A<sup>m</sup> A<sup>m</sup> et Lucium Titium iudicare iussus erat, suam fecisse.*

Mais c'est une simple hypothèse, tout élément de reconstitution faisant défaut.

<sup>1</sup> Macrob. Sat. II, 12 : inde ad comitium uadunt, ne litem suam faciant.

<sup>2</sup> Aulu-Gelle, N. A. XIV 2 § 1.

<sup>3</sup> Cf. Cic. in Verr. II 2, 13 § 33,

23 § 57. Le C. c. allemand, § 839 al. 2, a évité cette erreur.

<sup>4</sup> RUDORFF, E. P. § 79, propose une autre rédaction.

## Tit. XV

DE HIS QUAE CUIUSQUE IN BONIS SUNT<sup>1</sup>.

Ulp. 15-24, Paul. 19-26, Gai. 6-8, Jul. 6 9.

§ 60 (59). DE PUBLICIANA IN REM ACTIONE<sup>2</sup>.Ulp. 16<sup>3</sup>, Paul. 19<sup>4</sup>, Gai. 7<sup>5</sup>, Jul. 7<sup>6</sup>, Callistr. 2<sup>7</sup>.

J'ai étudié en détail l'édit publicien et les formules qui en découlent dans mes *Beiträge zur Kunde des prätorischen Edicts* (1878) et j'ai condensé dans l'édition allemande du présent ouvrage les résultats de ce travail. Depuis lors, la littérature sur la question de savoir comment cet édit doit être reconstitué a pris un développement véritablement effrayant<sup>8</sup> et les objections de mes adversaires ont été pour moi l'occasion de réflexions nouvelles, à la suite desquelles j'ai modifié, dans une certaine mesure, ma première hypothèse<sup>9</sup>.

J'ai admis autrefois que l'édit publicien était divisé en deux clauses, l'une relative à la propriété bonitaire d'une chose mancipi acquise par la tradition, l'autre à l'acquisition d'une chose faite de bonne foi; j'admettais, en conséquence, que la Publicienne avait deux formules distinctes. Je tiens aujourd'hui pour vraisemblable que l'Album ne contenait qu'un seul édit et qu'une seule formule.

L'édit dont les compilateurs ont tiré la citation corrompue du fr. 1 pr. h. t.<sup>10</sup> promettait, dans sa forme primitive, une action

<sup>1</sup> Cf. p. 37 et s. et p. 39 et ss.

<sup>2</sup> D. (6. 2).

<sup>3</sup> Fr. 1, 3, 5, 7, 9, 11, 14 h. t., fr. 72 de R. V. (6. 1), fr. 10 de usurp. (41. 3), fr. 26 de V. S. (50. 16). En outre : fr. 1 de off. procur. (1. 19), fr. 5 de iure fisci (49. 14), fr. 10 de cur. fur. (27. 10).

<sup>4</sup> Fr. 2, 4, 6, 10, 12 h. t., fr. 18 de pignor. (20. 1), fr. 11 de usurp. (41. 3), fr. 123 de R. J. (50. 17).

<sup>5</sup> Fr. 8, 13 h. t., fr. 43 de A. R. D. (41. 1).

<sup>6</sup> Cit. fr. 7 § 17, 9 § 4 h. t.

<sup>7</sup> Fr. 50 de R. V. (6. 1).

<sup>8</sup> Conf. l'article de ERMAN, *ZRG.*

XXIV, p. 212 et ss. et les ouvrages cités par lui, p. 212 n. 1 et p. 213) d'APPLETON, de FERRINI, de BUONAMICI, de BREZZO, de BONFANTE, de CARUSI, d'AUDIBERT; à quoi il faut encore ajouter SCHIRMER, *Krit. Vjschr.* XXXII, p. 483 et ss., PEROZZI, *Bullett. dell' istit. di dir. rom.* VII, p. 45 et ss., PACCHIONI, même revue, IX, p. 118 et ss., FERNICE, *Labco* II<sup>1</sup> (2<sup>e</sup> éd.), p. 340 et ss.

<sup>9</sup> Voy. la justification plus approfondie de ce qui suit dans mon article, *ZRG.*, XXXIII, p. 11 et ss.

<sup>10</sup> LENEL, *Beitr. zur Kund. des prätor. Ed.* p. 1 et ss. Parmi les argu-

à celui qui avait reçu *ex iusta causa* la tradition d'une chose *mancipi* et qui ne l'avait pas encore usucapée. Que tel fut bien le contenu de l'édit, cela résulte de la manière même dont les compilateurs l'ont corrompu et interpolé; cela résulte aussi avec une clarté particulière du fr. 1 § 2 h. t.<sup>1</sup>. Au lieu des mots qui nous ont été transmis :

Si quis id quod traditur ex iusta causa non a domino et nondum usucaptum petet, iudicium dabo,

il faut lire :

Si quis id quod mancipio datur traditum ex iusta causa<sup>2</sup> et nondum usucaptum<sup>3</sup> petet, iudicium dabo<sup>4</sup>.

1. Les compilateurs ont ajouté les mots « non a domino » pour faire croire que l'édit ne s'occupait que du possesseur de bonne foi; l'édit, en réalité, prévoyait deux hypothèses : celle d'une acquisition faite *a domino*<sup>5</sup>, aussi bien que celle d'une acquisition de bonne foi faite *a non domino*<sup>6</sup>.

2. Tandis que leur modèle portait « mancipio datur », ils ont écrit « traditur ». Les exemples d'une telle altération sont innombrables et, bien souvent, c'est très maladroitement que les compilateurs ont parlé de tradition, là où le texte parlait de mancipation<sup>7</sup>.

ments invoqués par moi dans cet ouvrage, le plus important (mais non le seul) consiste à dire qu'il est de toute impossibilité que les mots « id quod traditur » du fr. 1 pr. aient figuré dans l'édit. *Comm. (Krit. Vjschr. XXIV, p. 29)* estime qu'on ne doit pas se choquer trop vite de ce que cette expression a de « défectueux pour la logique », parce que, dit-il, c'est une chose connue qu'il ne faut pas, sous ce rapport, regarder de trop près à la rédaction des édits anciens; à l'appui de cette façon de voir, il renvoie aux mots « si petet » transmis par le fr. 1 pr. et conservés par moi, mots qui constituent une expression inexacte pour « si dicetur ». Une grosse différence me semble pourtant exister entre les deux cas, le « si petet » n'est qu'une inexactitude légère qui s'explique très bien par une façon courante de parler et dont on trouve l'analogie dans tous les anciens édits, tandis que le « id quod traditur » serait une singularité qui ne peut pas du tout s'expliquer par la langue usuelle et dont il n'y a pas d'exemple dans tout l'Édit.

<sup>1</sup> Cf. mes *Beiträge*, p. 35 et ss., et la monographie citée, *ZRG.*, XXXIII, p. 17 et ss.

<sup>2</sup> Ulp. 16 fr. 3 § 1, 5, 7 pr.-§ 5 h. t.

<sup>3</sup> Ulp. 16 fr. 1 §§ 1. 2, 3 pr. h. t.

<sup>4</sup> Ulp. 16 fr. 7 §§ 6-9 h. t. Sur le fr. 7 § 7, conf. *Palingen.* II, p. 512 n. 2,

<sup>5</sup> Voy. Ulp. 16 fr. 72 de R. V. (6. 1), fr. 10 de cur. fur. (27. 10), fr. 1 de off. proc. (1. 19), fr. 5 de iure fisc. (49. 14).

<sup>6</sup> Dans mes *Beiträge*, j'ai contesté ce point; en conséquence, je tenais le seul mot « non » pour interpolé et j'acceptais les mots « a domino », qui figurent même encore dans la *Palingenesia*. En réalité, ces mots sont étrangers à l'édit; la preuve en est dans ce fait qu'ils ne figurent point dans le modèle de la formule; cf., en particulier, le « quamvis non a domino emerim » du fr. 7 § 11 h. t. et la mention du b. f. emptor dans le fr. 3 § 1 h. t.; v., à ce sujet, *ZRG.* XXXIII. p. 18 ss.

<sup>7</sup> On en trouvera des exemples dans ma *Palingenesia*.

3. Cette altération les a amenés à supprimer le mot *traditum* qui se trouvait dans l'édit après *mancipio datur*. Il en résulte que, dans la référence à l'édit qui se trouve au fr. 3 § 1 h. t. :

Ait praetor : *ex iusta causa petet*,  
les mots *ex iusta causa* restent en l'air et ne se rapportent à rien, tandis que le commentaire se réfère très clairement au « *traditum ex iusta causa* ».

Le commentaire d'Ulpien sur cet édit se termine au fr. 7 § 9 ; j'ai suffisamment indiqué, dans ma *Palingenesia* (Ulp. n° 562-567), à quoi chaque passage de ce commentaire se rapportait. Le fr. 7 § 10 n'est pas, comme je l'ai cru autrefois, le début du commentaire d'une seconde clause de l'édit, mais se rapporte à la formule. En combinant ce que nous apprend Gaius IV. 36 avec les renseignements que nous donne le commentaire d'Ulpien, on arrive à reconstituer cette dernière de la façon suivante :

SI QUEM HOMINEM A° A°<sup>1</sup> BONA FIDE EMIT<sup>2</sup> ET IS EI TRADITUS EST<sup>3</sup>,  
ANNO POSSEDISSET<sup>4</sup>, TUM SI EUM HOMINEM Q. D. A. EIUS EX IURE  
QUIRITUM ESSE OPORTERET, SI EA RES A° A° ARBITRIO TUO NON  
RESTITUETUR<sup>5</sup>, Q. E. R. E., T. P. rel.

Il résulte des tournures employées par Ulpien qu'à partir du fr. 7 § 10, il commente bien réellement la formule ; c'est ainsi qu'il dit : « *Publiciana tempus emptionis continet; bonam autem fidem solius emptoris continet; ut igitur Publiciana competat, haec debent concurrere* », cf. fr. 7 §§ 14-16 h. t. La forme dans laquelle est faite la citation du fr. 7 § 11 :

Praetor ait : « *Qui bona fide emit* »

n'est pas un obstacle à notre façon de voir. Ces mots ne coïncident pas avec ce que nous a transmis Gaius. Mais il est facile de comprendre que les compilateurs ne pouvaient pas reproduire exactement le « *quem A° A° bona fide emit* » qui figurait dans le modèle de la formule ; ils ont remplacé par « *qui* » le nom d'A° A°.

<sup>1</sup> Ulp. 16 fr. 7 § 10 h. t.

<sup>2</sup> Ulp. 16 fr. 7 §§ 11-15 h. t.

<sup>3</sup> Ulp. 16 fr. 7 §§ 16. 17, fr. 9 pr. — § 4 h. t., fr. 10 pr. de usurp. (41. 3) ; cf. *Palingen.* Ulp. n° 570 ; voy. aussi Gai. 7 fr. 43 § 2 de A. R. D. (41. 1) : cum... hominem emit... et ei traditus sit. Sur la construction « *quem emit et is rel.* », cf. fr. 17 § 2 de furtis

(47.2) ; voy., sur ce point, mes *Beiträge*, p. 46. De pretio nihil exprimitur : Gai. 7 fr. 8 h. t.

<sup>4</sup> Ulp. 16 fr. 9 §§ 5. 6 h. t., Paul. 19 fr. 12 §§ 5. 7 h. t., Inst. § 4 de act. (4. 6), Theoph. ad h. l.

<sup>5</sup> Inst. § 31 eod. ; Prob. fragm. d'Einsied. 18 : N. R. = non restituetur.



Le commentaire d'Ulpien concorde partout avec les renseignements que nous a transmis Gaius, sauf sur un point; dans ce dernier jurisconsulte, en effet, on ne trouve point les mots « bona fide », mots qu'Ulpien ne se borne pas à citer, mais qu'il commente au fr. 7 §§ 11-15, de manière à ne laisser aucun doute sur leur authenticité. Il nous faut choisir entre ces deux hypothèses : ou bien, à côté de la formule que cite Gaius et qui ne contenait pas les mots « bona fide », il en existait une autre où figuraient ces mots; ou bien Gaius a fait une citation incomplète. Des raisons décisives, que j'ai exposées dans la *ZRG.* XXXIII, p. 25 ss., s'élèvent contre l'hypothèse d'une double formule. Nous devons donc nous contenter d'une formule construite sur la b. f. emptio. De fait, elle pouvait être employée également par le simple possesseur de bonne foi et par le propriétaire bonitaire; ce dernier n'avait aucune raison de soulever, au cours du procès, la question de propriété de son auteur et devait, par conséquent, se borner, comme le simple possesseur, à invoquer le caractère de bonne foi de son acquisition<sup>1</sup>.

Reste une dernière difficulté; si ma reconstitution est exacte, l'édit et la formule s'occupaient exclusivement des res Mancipi et l'extension de l'action à l'hypothèse d'une res nec Mancipi acquise de bonne foi serait l'œuvre de la jurisprudence. J'ai essayé ailleurs<sup>2</sup> d'expliquer historiquement cette évolution; je ne veux pas revenir ici sur ce point.

La formule publicienne était sujette à recevoir, selon les cas, de nombreuses modifications. A partir du fr. 11 pr. h. t. (n° 572-574), Ulpien s'occupe de plusieurs formules accommodées à diverses circonstances :

1. « Si... A<sup>o</sup> A<sup>o</sup> emit et ei traditus sit », fr. 11 pr. : si ego emi et a lii res sit tradita.

2. Il est vraisemblable qu'au temps de Gaius, la Publicienne ne s'appliquait pas aux res incorporales : Gai. 7 fr. 43 § 1 de A. R. D. (41. 1)<sup>3</sup>, Gai. Inst. II. 28. Il en était autrement au temps d'Ulpien (Ulp. 46 fr. 11 § 1 h. t.); bien que ce jurisconsulte

<sup>1</sup> *ZRG.* XXXIII, p. 28 ss.

<sup>2</sup> *L. c.*, p. 29 ss.

<sup>3</sup> Incorporales res traditionem et usucapionem non recipere manifestum est. L'édit sur l'ususfructus a domino tra-

ditus, dont parle Stéphane sur le fr. 11 § 1 h. t. (*Suppl. Basil.*, p. 44) n'est autre chose que le résultat d'une méprise de ce scholiaste.

semble pourtant avoir encore des doutes tenant à l'imprescriptibilité des servitudes : Ulp. 16 fr. 10 § 1 de usurp. (41. 3)<sup>1</sup>. Nous ne savons pas comment, dans ce cas, la formule était rédigée : la fiction d'une longi temporis possessio, qui était elle-même une institution prétorienne, ne pouvait naturellement pas remplacer la fiction d'usucapion<sup>2</sup>.

3. Tum si eum hominem d. q. a. eius esse oporteret : quand ce n'était pas l'objet vendu lui-même qui faisait l'objet du procès, mais les accessoires, ou bien quand l'objet vendu avait subi des altérations entraînant pour lui un changement de nom (par ex., insula au lieu de area), la formule devait nécessairement être modifiée. C'est de cela que s'occupe Ulp. 16 fr. 11 §§ 2-10 h. t., fr. 10 § 2 de usurp. (41. 3), dont il faut rapprocher le fr. 11 § 2 h. t. La rédaction de la formule présentait des difficultés dans quelques cas se rattachant à cet ordre d'idées<sup>3</sup>.

Exceptio iusti dominii : fr. 16 h. t., fr. 57 mand. (17. 4).

#### § 61 (60). DE HIS QUI DEIECERINT UEL EFFUDERINT<sup>4</sup>.

Ulp. 23<sup>5</sup>, Paul. 19<sup>6</sup>, Gai. 6<sup>7</sup>.

Ulp. 23 fr. 1 pr. h. t. :

Praetor ait : DE HIS QUI DEIECERINT UEL EFFUDERINT. UNDE  
IN EUM LOCUM QUO UULGO ITER FIET UEL IN QUO CONSISTETUR<sup>8</sup>,

<sup>1</sup> Le texte indique le seul cas où la Publicienne ordinaire peut être utilisée comme action confessoire.

<sup>2</sup> Pas plus qu'au cas où s'il s'agissait de praedia uectigalia. Paul. 19 fr. 12 § 2 h. t. (cf., sur ce texte, ma *Palinogen.* I, p. 999 n. 2, et *ERMAN, l. c.*, p. 274 et s.). En un autre sens, *RUDORFF, E. P.*, § 63. Quant aux fonds provinciaux, on devait feindre qu'ils étaient italiques, et, par là, la fiction d'usucapion devenait possible.

<sup>3</sup> Comment, par ex., devait-on rédiger la formule quand, après l'éroulement de la maison achetée, le procès s'engageait sur les matériaux de la construction ? La difficulté tenait à ce que la prescription de la maison n'entraînait pas avec soi la prescription des matériaux. Ulprien semble ici avoir

construit lui-même la formule : cf. fr. 11 § 6 : huiusmodi actione petenda (la formule qui suivait ces mots a été supprimée par les compilateurs). On trouvera sur ce point une hypothèse plausible dans *APPLETON, Propr. prétor.*, I, p. 274.

<sup>4</sup> D. (9. 3).

<sup>5</sup> Fr. 1, 3, 5 pr. — § 5 h. t. ; fr. 18 § 1 de iudic. (5. 1) ? Le fr. 18 pr. eod. se rapportait vraisemblablement à l'édit du § 59, qu'Ulprien étudiait donc avant celui-ci. Le fr. 18 § 1 a pu être écrit pour discuter l'hypothèse examinée dans le § 2 Instit. de obl. q. qu. ex del. (4. 5).

<sup>6</sup> Fr. 4, 6 h. t.

<sup>7</sup> Fr. 2, 7 h. t.

<sup>8</sup> Ulp. 23 fr. 1 § 2 h. t., Paul. 19 fr. 6 pr. § 1 h. t.

DEIECTUM UEL EFFUSUM QUID ERIT<sup>1</sup>, QUANTUM EX EA RE DAMNUM DATUM FACTUMUE ERIT, IN EUM, QUI IBI HABITAUERIT<sup>2</sup>, IN DUPLUM IUDICIUM DABO. SI EO ICTU HOMO LIBER PERISSE DICETUR, SESTERTIUM QUINQUAGINTA MILIUM NUMMORUM IUDICIUM DABO.<sup>3</sup> SI UIUET NOCITUMQUE EI ESSE DICETUR<sup>4</sup>, QUANTUM OB EAM REM AEQUUM IUDICI UIDEBITUR<sup>5</sup> EUM CUM QUO AGETUR CONDEMNARI, TANTI IUDICIUM DABO. SI SERUUS INSCIENTE DOMINO FECISSE<sup>6</sup> DICETUR, IN IUDICIO ADICIAM : AUT NOXAM<sup>7</sup> DEDERE.

Le commentaire d'Ulpien sur les formules se rapportant à cet édit commence au fr. 1 § 9 et va jusqu'au fr. 5 § 3 h. t. : il s'occupe uniquement d'expliquer ce qu'il faut entendre par « habitaré »<sup>8</sup>; c'est donc que ce mot jouait un rôle dans la formule, comme dans l'édit lui-même. Le fr. 5 §§ 4. 5 h. t. contient de simples réflexions finales.

Etant donné un tel matériel, la reconstitution des formules n'est pas possible ; elle est d'ailleurs sans intérêt : ces formules se bornaient probablement à copier l'édit.

Remarquons encore que la fin de notre édit est habituellement mal comprise. On ne doit pas considérer les mots « si seruus insciente domino fecisse dicetur » comme constituant une condition de l'action<sup>9</sup>, mais comme étant une cause d'excuse invoquée par l'habitor responsable ; c'est une exception qui, à la vérité, n'empêchera pas complètement la condemnatio, mais qui, si elle est prouvée, réservera au défendeur la facultas noxae dedendi. A la fin de la formule, on lisait donc probablement ceci : aut, s. p. seruuum N<sup>1</sup> N<sup>1</sup> insciente eo fecisse, noxae dedere, ou quelque chose d'approchant. Lorsque l'habitor lui-même démontrait qu'un de ses esclaves était le coupable, il ne devait pas être traité plus sévèrement que dans les actions naissant ex delicto serui.

<sup>1</sup> Ulp. 23 fr. 1 § 3 h. t.

<sup>2</sup> Ulp. 23 fr. 1 § 4 h. t., Paul. 19 fr. 6 § 2 h. t. Utilis in eum qui nauis praepositus sit : Paul. 19 fr. 6 § 3 h. t.

<sup>3</sup> Ulp. 23 fr. 1 § 5 h. t. D. : quinquaginta aureorum. Cf. Collatio XIV, 3 § 4.

<sup>4</sup> Ulp. 23 fr. 1 § 6 h. t.

<sup>5</sup> Cf. fr. 5 § 5 i. f. h. t., Gai. 6 fr. 7 h. t.

<sup>6</sup> Ulp. 23 fr. 1 §§ 7. 8 h. t. (avec des compléments).

<sup>7</sup> Inst. § 1 de nox. act. (4. 8) : noxa... est corpus quod nocuit, id est seruus. Noxae?

<sup>8</sup> Utilis actio aduersus horrearium etc. : fr. 5 § 3 h. t.

<sup>9</sup> En ce sens, encore récemment, K. SELL, *aus dem Noxalrecht der Römer* (1879), p. 165 et ss.

§ 62 (61). *NE QUIS IN SUGGRUNDA*<sup>1</sup>.Ulp. 23<sup>2</sup>.

Ulp. 23 fr. 5 § 6 de his qui eff. (9. 3) :

Ait praetor : *NE QUIS*<sup>3</sup> *IN SUGGRUNDA PROTECTOUE SUPRA EUM LOCUM QUO UULGO ITER FIET INUE QUO CONSISTETUR, ID POSITUM HABEAT*<sup>4</sup>, *CUIUS CASUS NOCERE CUI POSSIT*<sup>5</sup>. *QUI ADCERSUS EA FECERIT, IN EUM SESTERTIORUM DECEM MILIUM NUMMORUM*<sup>6</sup> *IN FACTUM IUDICIUM DABO. SI SERUUS INSCIENTE DOMINO*<sup>7</sup> *FECISSE DICETUR*<sup>8</sup>, aut noxae dedi iubebo.

La formule relative à cet édit était construite sur un « s. p. N<sup>m</sup> « N<sup>m</sup>... positum habuisse »<sup>9</sup> et reproduisait sans doute les termes de l'édit. Utiles actiones : cf. fr. 5 § 12 h. t.<sup>10</sup>.

§ 63 (62). *DE SERUO CORRUPTO*<sup>11</sup>.Ulp. 23<sup>12</sup>, Paul. 19<sup>13</sup>, Gai. 6<sup>14</sup>, Jul. 9<sup>15</sup>.

Ulp. 23 fr. 1 pr., 5 § 3 h. t. :

Ait praetor : *QUI SERUUM SERUAM ALIENUM ALIENAM RECEPISSE*<sup>16</sup> *PERSUASISSEVE QUID EI DICETUR DOLO MALO, QUO EUM EAM DETE-RIOREM FACERET*<sup>17</sup>, *IN EUM QUANTI EA RES ERIT INDUPLUM IUDICIUM DABO*<sup>18</sup>. *SI SERUUS SERUAUE FECISSE DICETUR, iudicium cum noxae deditioe redditur*<sup>19</sup>.

Le commentaire de la formule commence visiblement, dans Ulpien, au fr. 5 § 4 h. t. ; à partir de ce texte, en effet, le jurisconsulte, qui a entièrement expliqué l'édit, s'applique, pour la seconde fois, à élucider des points de détails. La formule était

<sup>1</sup> Hoc edictum superioris portio est. Fr. 5 § 7 h. t.

<sup>2</sup> Fr. 5 §§ 6-ult. de his qui effud. (9. 3).

<sup>3</sup> Ulp. 23 fr. 5 § 8 eod.

<sup>4</sup> Ulp. 23 fr. 5 §§ 9. 10 eod.

<sup>5</sup> Ulp. 23 fr. 5 § 11 eod.

<sup>6</sup> D. : solidorum decem.

<sup>7</sup> Ulp. 23 fr. 5 § 10 eod.

<sup>8</sup> Mommsen intercale avant « aut » les mots suivants : « aut idem dari. » Mais tout le passage final est suspect. Le préteur n'a pas pu dire « iubebo dari aut noxae dedi ». Cf. *Palting*. II, p. 551, n. 3.

<sup>9</sup> Fr. 5 § 12 h. t. : quia « positum

habuisse » non utique videtur qui posuit.

<sup>10</sup> Pour le premier cas du fr. 5 § 12, cf. *Cujas, Obser.* XXII, 32.

<sup>11</sup> D. (11. 3).

<sup>12</sup> Fr. 1, 3, 5, 7, 9, 11, 13 h. t.

<sup>13</sup> Fr. 2, 4, 6, 8, 10, 12, 14 h. t., fr. 26 de iniur. (47. 10).

<sup>14</sup> Fr. 15 h. t.

<sup>15</sup> Cit. fr. 9 pr. h. t.

<sup>16</sup> Ulp. 23 fr. 1 § 2 h. t.

<sup>17</sup> Ulp. 23 fr. 1 §§ 3-5, fr. 3, 5 pr. § 1 h. t., Paul. 19 fr. 2, 4 h. t.

<sup>18</sup> Ulp. 23 fr. 5 § 2 h. t.

<sup>19</sup> La disposition finale est omise par *Rudorff, E. P.* § 83.

sans doute ici, comme dans les cas ci-dessus, une copie de l'édit<sup>1</sup>. Le *seruus corruptus*, d'après les termes de la formule, devait être la propriété du demandeur au moment du délit et il suffisait que la propriété eût existé à ce moment. La formule devait donc être conçue à peu près en ces termes : *s. p. N<sup>m</sup> N<sup>m</sup> Stichum seruum, cum is A<sup>1</sup> A<sup>1</sup> esset, recepisse, etc.* Cela résulte du fr. 5 § 4 h. t.<sup>2</sup> :

*Haec actio refertur ad tempus serui corrupti uel recepti, non ad praesens. Et ideo, et si decesserit uel alienatus sit uel manumissus, nihilo minus locum habebit actio...*

Aux mots « *cum is A<sup>1</sup> A<sup>1</sup> esset* » se rapporte, de plus, Ulp. 23 fr. 9 pr. § 1 h. t. En outre, la clause relative à l'estimation « *quanti ea res erit, eius dupli* » fait à elle seule l'objet d'un commentaire détaillé : Ulp. 23 fr. 9 §§ 2, 3, fr. 11 h. t., Paul. 19 fr. 10, 12, 14 §§ 5-9 h. t.<sup>3</sup>.

Actions utiles<sup>4</sup> : de l'usufruitier, fr. 9 § 1, fr. 14 § 3 h. t. ; de *seruo hereditario corrupto*, fr. 13 § 1 h. t. ; de *filiofamilias corrupto*, fr. 14 § 1 h. t.

#### § 64 (63). DE ALEATORIBUS<sup>5</sup>.

Ulp. 23<sup>6</sup>, Paul. 19<sup>7</sup>.

Ulp. 23 fr. 1 pr. h. t. :

*Ait praetor : Si quis eum, apud quem<sup>8</sup> alea lusum esse dicitur, uerberauerit damnumue ei dederit siue quid eo tempore e domo eius subtractum est<sup>9</sup>, iudicium non dabo<sup>10</sup>. in eum, qui aleae ludendae causa uim intulerit, uti quaeque res erit, animaduertam<sup>11</sup>.*

<sup>1</sup> C'est par hasard qu'Ulpien emploie souvent le mot *corrumpere* dans son commentaire de la formule et cela ne saurait nous pousser à faire figurer dans celle-ci un mot qui ne se trouve point dans l'édit et appartient seulement à la rubrique.

<sup>2</sup> Ce point n'a pas été aperçu par Rudorff (*E. P.*, § 83) qui, contrairement à la teneur de l'édit et au fr. 9 § 2 h. t., écrit dans la formule : *quanti ea res fuit*.

<sup>3</sup> Relativement au *quanti ea res erit* : Paul. 19 fr. 14 § 5 h. t. : *in hac actione non extra rem duplum est*.

<sup>4</sup> Rudorff, *E. P.* § 83 n. 10, range

de plus, parmi les actions utiles, les hypothèses du fr. 9 pr. et du fr. 14 § 4 h. t. : mais ce sont là des applications de l'actio directa.

<sup>5</sup> D. (11. 5), C. (3. 43).

<sup>6</sup> Fr. 1 h. t.

<sup>7</sup> Fr. 2. 4 h. t.

<sup>8</sup> Ulp. 23 fr. 1 § 1 h. t.

<sup>9</sup> Ulp. 23 fr. 1 § 2 h. t. La Florentine porte *dolo*, au lieu de *e domo*; c'est, sans aucun doute, une erreur; les mots *e domo* font l'objet d'un commentaire dans le fr. 1 § 2.

<sup>10</sup> Ulp. 23 fr. 1 § 3 h. t.

<sup>11</sup> Ulp. 23 fr. 1 § 4 h. t., Paul. 19 fr. 2 pr. h. t.

L'édit de *aleatoribus* ne nous a certainement pas été transmis en entier; car Paul. 19 fr. 4 § 2 h. t. nous dit :

*Aduersus parentes et patronos repetitio eius quod in alea lusum est utilis ex hoc edicto danda est.*

Il résulte de ce texte que l'édit devait accorder la répétition<sup>1</sup> des sommes perdues au jeu prohibé<sup>2</sup>, en y joignant sans doute un supplément à titre de peine<sup>3</sup>. Ce supplément ne pouvait être demandé au parens ni au patron : de là, le caractère utile de la répétition du fr. 4 § 2.

En outre, l'édit refusait expressément l'action pour tout *negotium in alea gestum*. Cela résulte de ce que, sous la rubrique *Quarum rerum actio non datur*<sup>4</sup>, nous trouvons l'*exceptio negotii in alea gesti*. Cette rubrique, en effet, comprend uniquement des exceptions basées sur des causes pour lesquelles l'Édit a précédemment formulé une menace de *denegatio actionis*<sup>5</sup>.

#### § 65. SI HEREDITAS PETATUR<sup>6</sup>.

Ulp. 15<sup>7</sup>, Paul. 20<sup>8</sup>, Gai. 6<sup>9</sup>, Jul. 6<sup>10</sup>.

D'après Gai. IV 91, les actions réelles, et par conséquent, la pétition d'hérédité, peuvent être exercées, non seulement à l'aide de la formule *petitoria*, mais aussi *per sponsionem*. Par

<sup>1</sup> Paul. 19 fr. 4 § 1 h. t.

<sup>2</sup> A cela se rapporte Paul. 19 fr. 2 § 1, fr. 4 pr. h. t.; voy. également la note suivante.

<sup>3</sup> Conf. *Pseudo-Asc. in diuin. § 24* : .... eorum reorum, qui conuicti quadrupli damnsri soleant, ut aleae... Conf. Cic. Philipp. II 23 § 56, Horat. Od. III 24 v. 58. Pour une époque plus ancienne, Plaute, *Mil. glor.* II 2, 9 (où l'on doit lire avec Ritschl « *legi aleariae* », au lieu de *legi talariae*).

<sup>4</sup> § 278.

<sup>5</sup> Conf., plus haut, p. 51 et s.

<sup>6</sup> D. (5. 3) de *hereditatis petitione*. C. (3. 31) de *petitione hereditatis*. Sent. de Paul I. 13<sup>b</sup> : *Si hereditas uel quid aliud petatur*. Cf. D. (5. 4) : *si pars hereditatis petatur*.

<sup>7</sup> Fr. 2, 9, 11, 13, 16, 18, 20, 23, 25, 27, 29, 31, 33, 37 h. t., fr. 17 de *pignor.* (20. 1) cf. fr. 19 pr. h. t., fr. 34 de *usur.* (22. 1), fr. 4 ut *legat* (36. 3), fr. 1 pro *suo* (41. 10), fr. 3 de *exc. r.*

*iud.* (44. 2), fr. 24 de *iniur.* (47. 10); ce texte est relatif à l'hypothèse où une personne aurait demandé par esprit de chicane et obtenu du prêteur qu'il fût fait défense à une autre personne de procéder à une aliénation (voy. p. 154 et s.); fr. 126 de R. I. (50. 17).

<sup>8</sup> Fr. 14, 19, 22, 24, 26, 28, 30, 32, 34, 36, 38, 40 h. t., fr. 22 [23] de N. G. (3. 5) cf. fr. 31 § 5 h. t., fr. 4 de *exc.* (44. 1), fr. 127 de R. I. (50. 17) cf. 36 § 4 h. t. Vraisemblablement, le fr. 14 de R. V. (6. 1) porte une inscription fautive (20 au lieu de 21), conf. l'*adnotatio* crit. dans Mommsen; cependant l'inscription « Paul. 20 » n'est pas inadmissible, conf. fr. 36 § 2 h. t.

<sup>9</sup> Fr. 1, 3, 10, 15, 17, 21, 35, 39, 41 h. t., fr. 1 pro *empt.* (41. 4), fr. 24 de V. S. (50. 16).

<sup>10</sup> Fr. 54 h. t., fr. 62 de R. I. (50. 17), cit. fr. 16 § 2, 20 §§ 1. 4. 18, fr. 31 pr. § 5, fr. 2 § 7 de *her. u. ect. uend.* (18. 4).

contre, au temps de l'Empire, et peut-être par suite des *leges Juliae*, il n'est plus question de la *legis actio de hereditate organisa* sans *sponsio*, *legis actio* que Cicéron connaissait encore comme usuelle et dont il parle à côté du « *sponsionem facere et ita de hereditate certare* »<sup>1</sup>. Nous avons donc seulement deux choses à chercher dans l'Édit : la *sponsio* et la *formula petitoria*.

La reconstitution de la première ne présente aucune difficulté, malgré que les compilateurs en aient naturellement fait disparaître toute trace de leur travail. Nous sommes certainement fondés à transporter tout simplement à la pétition d'hérédité la *sponsio* qui nous a été conservée par Gaius IV 93 pour la *rei vindicatio* :

Si hereditas q. d. a. ex iure Quiritium mea est, sestertios XXV nummos dare spondes?

Si le procès devait se plaider devant les centumvirs, le montant de la *sponsio* était porté, d'après Gai. IV 95, à 125 sesterces ; on peut, d'ailleurs, se demander si cette *sponsio* figurait dans l'Édit<sup>2</sup>.

RUDORFF (*E. P.*, § 57), suivant d'ailleurs l'opinion dominante<sup>3</sup>, reconstruit la *formula petitoria* de la façon suivante :

S. p. hereditatem Publii Maeuii ex iure Quiritium A<sup>1</sup> A<sup>1</sup> esse, si arbitrato tuo res A<sup>o</sup> A<sup>o</sup> non restituetur, quanti ea res est, tantam pecuniam N<sup>m</sup> N<sup>m</sup> A<sup>o</sup> A<sup>o</sup> c. s. n. p. a.

Dans cette formule, l'*intentio*<sup>4</sup> est certainement exacte, ainsi que la clause de restitution. Je ne tiens plus pour fondées les objections que j'ai autrefois soulevées<sup>5</sup> relativement à cette clause. J'ai cru jadis devoir rejeter dans *toutes* les actions in rem civiles l'existence de la clause de restitution, parce que le § 34 des *Institutes* (4. 6) n'indique comme arbitraires que les actions in rem prétoriennes. On a essayé d'expliquer ce fait en disant que, dans l'ouvrage qui leur servait de modèle, les auteurs des *Institutes* avaient trouvé les actions in rem civiles présentées sous l'aspect, vieilli pour eux, de la *formula petitoria* et avaient

<sup>1</sup> Verr. II 1, 45 § 115 et s. Cf. Q. Mucius Scaeuola, dans le fr. 29 § 1 de *statulib.* (40. 7).

<sup>2</sup> Voy., plus haut, p. 161.

<sup>3</sup> KELLER, *C. P.*, § 28, BETTMANN-HOLLWEG, *C. P.* II, p. 247 et ss.,

FRANCKE, *Commentar zum Pandektenitel de h. p.*, p. 2.

<sup>4</sup> Gai. 6 fr. 3, 10 § 1 h. t.

<sup>5</sup> *Beiträge z. K. d. prätor. Edicts* (1878), p. 89 et ss.

été ainsi amenés à effacer cet exemple; à cette explication, je faisais l'objection suivante : puisque, d'après l'opinion dominante, toutes les actions réelles, à la seule exception du *iudicium liberale*, sont arbitraires, c'est bien moins l'absence des actions civiles dans le catalogue d'exemples du § 31 qui est surprenante que l'existence même de ce catalogue : la règle, en effet, étant tout à fait générale, il était bien inutile de donner des exemples d'actions réelles arbitraires. Entraîné par cette considération, j'ai cherché à écarter, par voie d'interprétation, les autres témoignages que nous fournissent les sources sur cette matière; j'en vins donc à conclure que le *iussus de restituendo* ne figurait pas dans la formule des actions *in rem civiles* et qu'il était donné par le juge en vertu de son *officium*, en dehors de la formule. De fait, l'objection que je faisais à l'opinion dominante était absolument fondée; mais cette objection tombe, maintenant que j'ai acquis la conviction qu'on se trompait, en attribuant des limites aussi larges aux actions « *ex quibus arbitrato iudicis quid restituitur* ». En effet, toutes les actions relatives aux servitudes réelles n'ont point ce caractère<sup>1</sup>. Ce fait suffit parfaitement à expliquer l'existence de la liste d'exemples dressée aux *Institutes* et, en même temps, il rend plausible l'explication, naguère combattue par moi, sur l'absence des actions *in rem civiles* dans cette liste. Dès lors, les textes qui témoignent en faveur de l'existence de la clause de restitution dans la *formula petitoria* de la *rei vindicatio* (*Cic. in Verr. II<sup>o</sup> 42 § 34*, *fr. 35 § 1*, *fr. 68 de R. V. (6. 1)*) gardent toute leur force; et, en présence du modèle fourni par la *rei vindicatio*, l'on doit admettre sans hésitation que cette clause figurait aussi dans la formule de la pétition d'hérédité<sup>2</sup>.

Si l'on doit approuver jusqu'ici la formule proposée par RUDORFF, il faut reconnaître que sa reconstitution, faite sur le patron de la *rei vindicatio*, est défectueuse par un point, et par un point très important : la formule de l'*hereditatis petitio* indiquait, plus complètement qu'elle ne fait dans RUDORFF, les con-

<sup>1</sup> Conf. § 73.

<sup>2</sup> Conf. de plus, spécialement pour la *petitio hereditatis* : *Gai. 6 fr. 10 § 1 h. t.*, *Paul. 20 fr. 34 § 1*, *fr. 36 § 1 h. t.*, *Javolen. fr. 44 h. t.*, *Nerat. fr. 57*

*h. t.* En particulier, les *fr. 34 § 1 et 36 § 1 cit.*, qui font dépendre la condamnation de la *facultas restituendi*, visent clairement les mots de la formule.



ditions d'exercice de l'action. En dehors du droit du demandeur, elle exprimait certainement, d'une manière ou d'une autre, les conditions qui devaient se trouver réunies en la personne du défendeur pour que notre action fût recevable; elle devait indiquer que l'action était exclusivement donnée contre le pro herede et le pro possessore possidens. Cela résulte à l'évidence, *d'une part*, de ce que, dans le cas où l'hereditas petitio était donnée contre des personnes ne se trouvant pas dans l'une de ces deux situations, il fallait recourir à une actio utilis, nettement distincte de l'actio directa<sup>1</sup>; *d'autre part*, de ce que, dans l'hypothèse où la pétition d'hérédité était dirigée contre un defensor absentis, la formule, aux termes d'un témoignage positif, contenait le nom du représenté; ce qui, avec la formule de RUDORFF, serait tout à fait impossible; fr. 13 § 12 h. t. :

Si quis absentis nomine possideat hereditatem, cum sit incertum an ille ratum habeat, puto absentis nomine petendam hereditatem, ipsius uero nequaquam, quia non uidetur pro herede uel pro possessore possidere, qui contemplatione alterius possidet : nisi forte quis dixerit, cum ratum non habet, iam procuratorem quasi praedonem esse : tunc enim suo nomine teneri potest<sup>2</sup>.

<sup>1</sup> Ulp. 15 fr. 13 §§ 4. 8—10 h. t. Conf., de plus, const. 1 de inoff. test. (3. 28) : Cum de inofficioso matris suae testamento filius dicere uelit aduersus eum, qui ex causa fideicommissi hereditatem tenet, non est iniquum hoc ei accommodari, ut perinde fideicommissarius teneatur ac si pro herede aut pro possessore possideret. Le texte se rapporte à une hereditas petitio ex causa inofficiosi. La portée de ces actions utiles a été méconnue par SCHRÖDER, *Commodum bei der Erbschaftsklage* (1876), p. 7 sq., par LAMMFROMM, *Z. Geschichte der Erbschaftskl.* (1887), p. 10 sq., et par KARLOWA, *R. R. G.* II, p. 912, n. 2. Pour ces auteurs, ces actions utiles prouvent seulement que, dans les cas exceptionnels où elles étaient données, la formule exprimait les conditions rendant l'action légitime contre le défendeur. Mais les actions utiles

ont toujours, et sans exception, pour but de rendre possible une condamnation qui ne le serait pas d'après la rédaction de l'actio directa. Là où, dans les cas ordinaires, l'officium iudicis suffisait, on se bornait, quand le besoin s'en faisait sentir, à élargir cet officium; on ne recourait point à une action utile.

<sup>2</sup> La remarque de LAMMFROMM, *loc. cit.*, p. 13, sur ce texte ne touche pas au nœud de la question. J'ai cité ce texte pour prouver que le nom du défendeur figurait dans la formule; c'est une tout autre question que celle de savoir à quelles conditions le demandeur triomphait dans le cas prévu par ce passage. Si LAMMFROMM pense (voy. aussi KARLOWA, *loc. cit.*) que le nom du défendeur pouvait se rencontrer dans la clausula arbitraria et admet, avec KELLER, que cette clausula était rédigée en ces termes : neque

A ces arguments décisifs, vient encore s'ajouter le témoignage direct des scholies sur les fr. 4 et 10 h. t. et sur le fr. 1 § 1 si pars (5. 4)<sup>1</sup> où il est dit expressément que l'intentio de l'hereditatis petitio est formulée au nom du demandeur (ἐκ προσώπου τυποῦται τοῦ ἄκτορος) et que la condemnatio est limitée aux choses possédées par le défendeur (ἐκ τῶν ὑποκειμένων τῷ ἐναγομένῳ πραγμάτων). De quelle manière faut-il nous représenter cette rédaction? Gaius nous l'apprend clairement dans le fr. 10 § 1 h. t. :

... intendit quidem hereditatem suam esse..., sed hoc solum ei officio iudicis restituitur, quod aduersarius possidet...

Cette rédaction seule peut expliquer comment les Romains furent amenés ici à la conception des iuris possessores, si étrangement opposée à leur conception de la possession : ils étaient *obligés* par la formule de baser, toujours et partout, sur la possession le bien-fondé de l'action à l'encontre du défendeur.

En conséquence, et si l'on fait abstraction d'incertitudes ne portant nullement sur les points essentiels, je tiens pour parfaitement certaine la reconstitution suivante<sup>2</sup> :

S. P. HEREDITATEM Q. D. A. EX IURE QUIRITIIUM A<sup>1</sup> A<sup>1</sup> ESSE, QUOD N<sup>o</sup> N<sup>o</sup> EX EA HEREDITATE PRO HEREDE AUT PRO POSSESSORE POSSIDET<sup>3</sup> NEQUE ID ARBITRIO TUO A<sup>o</sup> A<sup>o</sup> RESTITUETUR<sup>4</sup>, QUANTI EA RES ERIT<sup>5</sup>, TANTAM PECUNIAM rel.

N<sup>o</sup> N<sup>o</sup>... restituet, il faut répondre que toujours, à notre connaissance, la clausula arbitraria était rédigée d'une façon impersonnelle : il y avait, d'ailleurs, de bonnes raisons pour cela.

<sup>1</sup> Dans Heimb. Basil. IV, p. 185. 193. 243. LAMMPROMM, *loc. cit.*, p. 12, fait beaucoup trop bon marché de ces passages.

<sup>2</sup> Conf., également, HUSCHKE, *Zschr. f. gesch. R. W.*, XIV, p. 220; ARNDTS, *Pandekten*, § 531, n. 2. Voy. aussi PLANCK, *Mehrheit der Rechtsstreitigkeiten*, p. 176, n. 18.

<sup>3</sup> La const. 12, C. Th., de fide test. (9. 39) = const. 11, C. Just., de p. h. (3. 31) n'a aucun rapport avec la rédaction de la formule. Conf. sur ce texte : DEMELIUS, *Confessio*, p. 343, MITTEIS, *Reichsrecht und Volksr.*, p. 499, UBBELOHDE, *Interdicte*, III, p. 43 n. 71<sup>a</sup>. En un sens différent, BRINZ,

*Pand.* (2<sup>e</sup> éd.), III, p. 230, n. 73.

<sup>4</sup> L'opinion défendue principalement par SCHRÖDER, *loc. cit.*, p. 4 (conf. aussi KELLER, *loc. cit.*, KARLOWA, *loc. cit.*, et d'autres auteurs), opinion d'après laquelle la clausula arbitraria avait pour objet la restitution de « l'hereditas », est en soi très invraisemblable; de plus, elle ne trouve aucun appui dans les textes sur lesquels on prétend l'étayer. Dans le fr. 44 h. t., il n'est point question de savoir si le juge doit ordonner la restitution de l'hérité, mais il est dit que, dans l'hypothèse prévue par le texte, le juge ne doit pas ordonner la restitution de toute l'hérité. De même, le fr. 7 si pars (5. 4) a pour seul objet d'indiquer que le juge doit s'occuper simplement de la restitution et nullement du partage.

<sup>5</sup> Gai. IV 51.

HUSCHKE <sup>1</sup>, prenant pour modèle l'interdit quorum bonorum, veut, après le mot « possidet », ajouter ceux-ci : « possidereturue si nihil usucaptum esset ». Mais, d'après le commentaire d'Ulpien, il n'apparaît en aucune façon que la résolution de l'usucapio pro herede (Gai. II 57) fût exprimée dans la formule. Ulpien, dans les fr. 11, 13, 16, 18 pr. § 1 h. t., commente en détail la nécessité d'une possession au titre pro herede ou au titre pro possessore et passe immédiatement, dans le fr. 18 § 2 h. t., à la question de savoir quae ueniant in hereditatis petitione. Le sénatusconsulte mentionné par Gaius, l. c., devait laisser intacte la formule traditionnelle de la pétition d'hérédité et s'en rapporter uniquement, pour son application, à l'officium iudicis <sup>2</sup>.

§ 66. — SI PARS HEREDITATIS PETATUR <sup>3</sup>.

Ulp. 15<sup>4</sup>, Gai. 6<sup>5</sup>.

Après les explications contenues dans le § 65, la reconstitution de cette formule <sup>6</sup> va de soi :

S. p. hereditatem q. d. a. *pro parte illa*<sup>7</sup> ex iure Quiritium A<sup>1</sup> A<sup>1</sup> esse, *quod ex ea hereditate* N<sup>o</sup> N<sup>o</sup> pro herede aut pro possessore possidet neque *id* arbitrio tuo A<sup>o</sup> A<sup>o</sup> *pro parte illa* restituetur<sup>8</sup>, q. e. r. e. rel.

<sup>1</sup> *Loc. cit.*

<sup>2</sup> Conf. la façon dont est rédigé le S. C. appelé Juventien (fr. 20 § 6 h. t.); cette rédaction est décisive en faveur de l'opinion énoncée au texte : la question de savoir si le S. C. Juventien est le même que celui mentionné par Gai. II 57, question à laquelle il faut, selon moi, répondre négativement, peut être laissée ici de côté.

<sup>3</sup> D. (5. 4).

<sup>4</sup> Fr. 1, 4 h. t. Le fr. 1 porte, visiblement par erreur, l'inscription : Ulp. 5.

<sup>5</sup> Fr. 2 h. t.

<sup>6</sup> Elle était bien réellement pro-

posée dans l'Édit : fr. 1 pr. h. t.

<sup>7</sup> Gai. 6 fr. 10 § 1 de h. p. (5. 3) : ... intendit... hereditatem suam esse... pro parte. Conf. Ulp. 15 fr. 1 h. t., Gai. 6 fr. 2 h. t., Paul. Sent. I 13<sup>b</sup> § 5 (= Consult. V 5). Incertae partis : Ulp. 15 fr. 1 § 5 h. t. La formule, qui résulte de Gaius IV 54, était : *quantam partem paret in ea hereditate q. d. a. A<sup>1</sup>A<sup>1</sup>esse. FRÄNINI, Per l'VIII centen. di Bologna*, p. 83, la reconstruit un peu différemment, en se basant sur Schol. Bas. IV, p. 246.

<sup>8</sup> Gai. 6 fr. 10 § 1 de h. p. (5. 3) : ... restituitur, quod aduersarius possidet, ... pro parte ex qua (actor) heres est.

§ 67. DE HEREDITATIS PETITIONE POSSESSORIA <sup>1</sup> ET CETERIS  
ACTIONIBUS POSSESSORIIS <sup>2</sup>.

Ulp. 15<sup>3</sup>, Paul. 20<sup>4</sup>, Gai. 6<sup>5</sup>.

On sait qu'il y a controverse sur le point de savoir si l'Édit d'Hadrien connaissait une hereditatis petitio en faveur du bonorum possessor. LEIST, en particulier, a soutenu énergiquement la négative en plusieurs endroits<sup>6</sup>. L'éminent auteur n'a point réussi, à mon sens, à fournir des preuves décisives en faveur de son opinion. A titre d'arguments positifs, il s'appuie sur deux ordres de fait. En premier lieu, il invoque le silence gardé par Gaius et par Ulpien sur l'h. p. possessoria dans ceux de leurs ouvrages qui nous ont été transmis sans retouches. Quelque grande que soit la valeur de l'argument qu'on veut tirer de ce silence, il est, je crois, une considération qui prime tout : c'est qu'Ulpien, dans la catégorie d'ouvrages en question, ne parle pas davantage de l'interdit quorum bonorum. En second lieu, LEIST considère que l'institution de la bonorum possessio sine re était incompatible avec l'existence d'une hereditatis petitio générale en faveur du bonorum possessor. J'avoue que l'argumentation de LEIST n'arrive pas à me convaincre de cette incompatibilité<sup>7</sup>. De ce que le bonorum possessor sine re ne pouvait pas triompher contre l'héritier au moyen d'une h. p. possessoria, on doit conclure simplement qu'il ne se servait pas contre ce dernier de l'h. p. possessoria : les deux institutions pouvaient fort bien exister côte à côte, puisque, pratiquement, elles ne se heurtaient point l'une contre l'autre. En créant la petitio hereditatis possessoria, le préteur n'a nullement songé aux rapports du bonorum possessor sine re avec l'héritier; il a eu en vue un nombre considérable d'autres hypothèses, dans lesquelles l'absence d'une véritable voie de droit générale en faveur du bonorum possessor devait constituer, dès l'époque classique, une singularité injus-

<sup>1</sup> D. (5. 5). L'Édit ne contenait certainement pas de rubrique conçue en ces termes.

<sup>2</sup> Cf. fr. 4 de Carb. ed. (37. 10), fr. 50 § 2 de bon. lib. (38. 2).

<sup>3</sup> Fr. 1 h. t.

<sup>4</sup> Fr. 2 quor. bon. (43. 2).

<sup>5</sup> Fr. 2 h. t.

<sup>6</sup> *Bon. poss.* I, p. 295 et ss., II<sup>2</sup>, p. 16 et ss., Continuation de Glück (Série des livres 37 et 38) II, p. 288 et ss.

<sup>7</sup> UBBELOHDE, *Interdicte*, I, p. 123 et s., est du même avis que moi.

tifiable; il a eu en vue les cas de bonorum possessio cum re : la b. p. contra tabulas, la b. p. unde liberi, la b. p. servant de base à une querela inofficiosi testamenti dans laquelle le demandeur triomphe. On ne voit pas pourquoi Julien n'aurait pas pu admettre dans son Édît une petitio hereditatis possessoria générale, sous cette condition très juste, que l'intérêt même des bonorum possessores servirait à déterminer les limites dans lesquelles cette action serait utilisable. Les empiètements à craindre en dehors de ces limites pouvaient être arrêtés au moyen d'une exception<sup>1</sup>.

Ainsi donc, les raisons invoquées par LEIST ne sont point décisives; et, d'autre part, les sources fournissent, en faveur de l'existence de la petitio hereditatis possessoria à l'époque classique, des témoignages très clairs que cet auteur n'a pas réussi à renverser. Il me paraît tout d'abord invraisemblable, avec ARNDTS<sup>2</sup>, que les compilateurs du Digeste aient été les premiers à créer un titre de hereditatis petitione possessoria, uniquement pour y insérer deux courts extraits : d'autant que, si LEIST était dans le vrai, ces extraits auraient dû, pour pouvoir figurer sous cette rubrique, être détournés de leur sens primitif. Mais admettons un instant avec LEIST que les deux fragments placés sous notre rubrique se rapportaient, dans l'esprit de leurs auteurs, non à l'h. p. possessoria, mais aux actions fictives du bonorum possessor; admettons, en conséquence, que les mots « per quam hereditatis petitionem » du fr. 2 h. t. s'expliquent par une interpolation; laissons même de côté les autres textes où il est question d'un « hereditatem petere » du bonorum possessor, en admettant que l'expression « hereditatem petere » n'ait point un sens technique et signifie simplement « réclamer la succession »<sup>3</sup>. Il n'en subsiste pas moins deux fragments de l'époque classique qui ne peuvent, à mon sens, se rapporter à autre chose qu'à l'h. p. possessoria<sup>4</sup> : ce sont le fr. 13 pr. de b. p. c. t. (37. 4) et le fr. 3 § 13 de Carb. ed. (37. 10). D'après la forme primitive du premier

<sup>1</sup> Conf. fr. 3 § 13 de Carb. ed. (37. 10).

<sup>2</sup> *Civilist. Schriften* II, p. 345 et ss. (paru d'abord dans les *Beiträge* de Arndts).

<sup>3</sup> Cf. fr. 5 § 1 de his quae ut in-

dign. (34. 9), cons. 1 quor. bon. (8. 2). Mais voy. aussi, sur ces textes, ÜBBE-LONDE, *loc. cit.*, p. 139 et s., p. 143 et s.

<sup>4</sup> Cf. SCHRÖDER, *Das Noterbenrecht* (1877), p. 151 et s.

de ces textes, le *bonorum possessor contra tabulas* qui agit (petit) contre le *scriptus heres* a droit à la mancipation des choses *mancipi* dépendant de la succession : il ne peut être question, dans ce passage, que de l'h. p. *possessoria*; on ne saurait admettre qu'il s'y agisse d'une « réclamation de la succession » au moyen de l'interdit *quorum bonorum*; car cette dernière voie de droit n'avait d'autre effet que d'assurer la possession et ne pouvait, par conséquent, jamais conduire à une mancipation. Dans le second texte, le terme qui s'oppose à l'h. p. de l'héritier, qualifiée expressément d'*actio directa*, ne peut être qu'une *utilis h. p.* au profit du *bonorum possessor*.

Mais si j'admets, avec la majorité des auteurs, l'existence d'une h. p. *possessoria*, je dois proclamer mon ignorance quant à la manière dont était rédigée la formule de cette action. On ne peut naturellement pas songer, dans une *petitio hereditatis*, à une fiction « *si heres esset* »; et pourtant notre action devait se rattacher, de quelque manière, à l'h. p. *civilis*, même par sa forme extérieure; sans cela, elle n'aurait pas atteint son but, qui était d'organiser, pour le *bonorum possessor*, une voie de droit produisant des effets analogues à ceux de l'h. p. *civilis*. Une formule dans le genre de celle proposée par RUDORFF (*E. P.* § 59) :

*S. p. bonorum Lucii Titii possessionem ex edicto illius praetoris A° A° datam esse, nisi N° N° arbitrato tuo A° A° rem restituat, q. e. r. e. et rel.,*

aurait rappelé au juge bien plutôt l'interdit *quorum bonorum* que l'h. p. *civilis*. Mais de quelle façon notre action se rattachait-elle à la pétition d'hérédité? HUSCHKE<sup>1</sup> et LEIST<sup>2</sup> considèrent comme admissible la fiction suivante : « *si praetor bonorum possessione data heredem faceret* »; on doit, à mon avis, la tenir pour tout à fait impossible : toutes les fictions que nous connaissons cherchent, en modifiant une *situation de fait*, à la faire entrer dans le champ d'application d'une règle de droit existante; c'est une chose inouïe qu'une fiction portant sur la règle de droit elle-même. On pourrait plutôt penser dans certains cas, dans ceux de la b. p. *contra tabulas* et de la b. p. *unde liberi*, à une h. p. *rescissa capitis deminutione*. Mais il est évident que cette fiction ne pouvait pas être employée toujours et

<sup>1</sup> *Richters Jahrb.*, année III, p. 25.

<sup>2</sup> *Bon. poss.* II<sup>2</sup> p. 36, n. 16.

partout. Encore une fois, il faut savoir, ici, reconnaître son ignorance.

Il est très vraisemblable qu'à côté de la p. h. *possessoria*, les actions fictives du *bonorum possessor* étaient proposées dans l'édit<sup>1</sup>. Il y a, pour l'admettre, une raison décisive; d'une part, en effet, les actions utiles du fidéicommissaire universel étaient, d'après le fr. 3 § 2 de *fideic. h. p.* (5. 6), données à la suite de la h. p. *fideicommissaria* et, d'autre part, on ne peut trouver ailleurs, dans l'Édit, de place convenable pour ces actions<sup>2</sup>. Leurs formules nous sont connues par Gai. IV 34; malgré que le manuscrit soit, dans ce passage, en partie illisible, l'essentiel nous a été conservé. L'*actio in rem* du b. *possessor* était conçue en ces termes :

SI A° A° L. *TITIO HERES ESSET, TUM SI EUM FUNDUM DE QUO AGITUR EX IURE QUIRITIMUM EIUS ESSE OPORTERET, SI IS FUNDUS ARBITRATU TUO A° A° NON RESTITUETUR, QUANTI EA RES ERIT* et rel.

L'*actio in personam* avait la formule suivante :

SI A° A°<sup>3</sup> L. *TITIO HERES ESSET, TUM SI PARERET N° N° A° A° SESTERTIUM DECEM MILIA DARE OPORTERE, IUDEX, N° N° A° A°* et rel.

Dans les formules *in factum conceptae*, il n'y avait naturellement pas besoin de fiction<sup>4</sup>.

Il peut sembler étrange, au premier abord, que ces formules ne mentionnent pas l'existence des conditions exigées par l'Édit pour la *bonorum possessio*. Elles ne présentent pourtant point de lacune. Le besoin ne se faisait aucunement sentir d'introduire, dans chaque action exercée par le *possessor* ou intentée contre lui, une *praescriptio* dans le genre de celle-ci :

E. R. A. si A° A° (N° N°) ex edicto meo *bonorum possessio data est*. De sérieuses raisons s'élèvent même contre une telle *praescriptio*<sup>5</sup>. A mon avis, le prêteur se comportait ici tout à fait comme dans le cas de la représentation judiciaire. Si le défendeur poursuivi par le b. *possessor* contestait la régularité de

<sup>1</sup> Gai. III, 32. 81, IV 34. Ulp. XXVIII, 12.

<sup>2</sup> RUDORFF (*E. P.*, § 145) les place arbitrairement en tête du titre de *bonorum possessionibus*.

<sup>3</sup> Si l'on se place au point de vue passif : N° N°.

<sup>4</sup> BEKKER, *Aktionen* II, p. 111, semble d'un avis différent.

<sup>5</sup> LEIST, *Bon. Poss.* I, p. 302, II<sup>1</sup>, p. 317 et ss.

la bonorum possessio et si cette contestation ne pouvait pas recevoir une solution immédiate, le préteur donnait au défendeur une exception « si A° A° ex edicto praetoris bonorum possessio data est », analogue à l'exception donnée contre le procurator pour défaut de mandat (si mandatum est). L'exception « bonorum possessionis non datae » est prouvée expressément par un passage de Paul, le fr. 20 de exc. (44. 1). Inversement, si l'individu poursuivi comme bonorum possessor contestait l'existence de cette qualité en sa personne, s'il prétendait, en particulier, n'avoir pas demandé la b. p., c'était à lui qu'on donnait une exception. Mais si le défendeur se bornait à prétendre que la bonorum possessio, obtenue par lui, avait été accordée contrairement aux prescriptions de l'Édit, je ne crois pas qu'il pût alors obtenir une exception : le préteur ne devait pas prêter l'oreille à une chicane de cette sorte.

§ 68. DE FIDEICOMMISSARIA HEREDITATIS PETITIONE:  
*ET UTILIBUS ACTIONIBUS.*

Ulp. 16<sup>2</sup>, Paul. 20<sup>3</sup>.

La série des actions par lesquelles on réclamait une universalité était close par l'*hereditatis petitio* du fidéicommissaire universel; à côté de cette action, étaient immédiatement proposées les formules des actions à titre particulier, organisées, pour ou contre lui, en vertu du SC. Trébellien<sup>4</sup>.

Gai. II, 253 :

...*Trebellio Maximo et Annæo Seneca consulibus senatus consultum factum est, quo cautum est, ut si cui hereditas ex fideicommissi causa restituta sit, actiones, quæ iure civili heredi et in heredem competent, (et) et in eum darentur cui ex fideicommisso restituta esset hereditas. Per quod senatus consultum desierunt illæ cautiones in usu haberi : prætor enim utiles actiones ei et in eum qui recepit here-*

<sup>1</sup> D (5. 6). Cette rubrique, non plus que la précédente, n'était certainement point celle qui figurait dans l'Édit.

<sup>2</sup> Fr. 1, 3 h. t., fr. 9 de legib. (1. 3), fr. 38, 40 ad SC. Treb. (36. 1).

<sup>3</sup> Fr. 2 h. t., fr. 39, 41, 43, ad SC. Treb. (36. 1).

<sup>4</sup> Paul. 20 fr. 41 pr. ad SC. Treb. (36. 1) rapproché d'Ulp. 16 fr. 3 § 2 h. t. : *Hæc autem actiones mihi dantur, quæ heredi et in heredem competunt. RUDORFF*, au contraire, range sans preuve ces actions utiles sous son titre de fideicommissis.



ditatem quasi heredi et in heredem dare coepit eaeque in edicto proponuntur.

La teneur des formules reste douteuse. Les jurisconsultes commentent tout au long ce qu'il faut entendre par les mots « restituta hereditas »<sup>1</sup>. Mais leurs explications peuvent aussi bien se rapporter aux termes du SC. Trébellien (fr. 1 § 2 ad SC. Treb. (36. 1)), qu'à la formule même.

Pour ce qui est de l'hereditatis petitio, le plus vraisemblable semble être une formule conçue in factum, dans laquelle devaient se retrouver les mots « hereditatem ex senatus consulto Trebelliano<sup>2</sup> restitutam esse ». Relativement aux actions à titre particulier, RUDORFF (*E. P.*, § 174)<sup>3</sup> croit à des formules avec transposition de personnes; et, au fait, une telle rédaction paraît résulter naturellement du but législatif poursuivi par le Trébellien. En effet, jusqu'à ce sénatusconsulte, le fidéicommissaire, au moyen des stipulations emptae et uenditae hereditatis, promettait à l'héritier de le défendre contre les créanciers héréditaires; et, à l'inverse, l'héritier promettait au fidéicommissaire de laisser « eum hereditarias actiones procuratorio aut cognitorio nomine exequi<sup>4</sup> ». On pourrait, en partant de là, caractériser l'effet du Trébellien de la façon suivante : il a transformé cette double représentation conventionnelle en une représentation nécessaire, indépendante de la volonté des parties<sup>5</sup>. En m'appuyant sur ces raisons, j'ai souscrit, dans l'édition allemande, à l'hypothèse de RUDORFF. Mais le témoignage de Théophile, sur lequel FERRINI<sup>6</sup> a appelé l'attention, s'élève contre elle et nous oblige à adopter une rédaction fictive. D'après ce témoignage (Paraphr. II, 23 § 4)<sup>7</sup>, le préteur donnait au fidéicommissaire et contre lui « utilίας ἀγωγάς, τούτεστι πλαστικὰς (ficticias), ὡσανεὶ κληρονόμου αὐτοῦ ὑπάρχοντος ἵνα κινῶν λέγη ὡσανεὶ ὑπῆρχον κληρονόμος, εἰ φαίνεται τόνδε χρῆναι δοῦναι ».

<sup>1</sup> Ulp. 16 fr. 38, 40 ad SC. Treb. (36. 1), Paul. 20 fr. 39, 41 § 2, 43 eod.; voy. également Ulp. 16 fr. 1 h. t.

<sup>2</sup> RUDORFF (*E. P.*, § 60) laisse de côté ce mot important; voy. fr. 1 h. t., v. « ex quo actiones transeunt », fr. 54 pr. de h. p. (5. 3), v. « ei cui ex Trebelliano senatus consulto hereditas restituta est ».

<sup>3</sup> Voy. également BEKKER, *Aktionen* II, p. 118.

<sup>4</sup> Gai. II 252.

<sup>5</sup> Conf. l'argument d'analogie invoqué par Ulp. 16 fr. 38 § 1 ad SC. Treb. (36. 1) : Ulprien, dans ce texte, refuse au tuteur le droit de procéder seul à la restitution de l'hérédité échue au pupille, « quia nec mandare actiones tutor pupilli sui potest ».

<sup>6</sup> *Rendic. dell' ist. Lomb. Ser. II*, vol. XVII, p. 899.

<sup>7</sup> Éd. Ferrini, p. 241.

De ce renseignement, puisé évidemment à une bonne source, il résulte que les actions fideicommissariae étaient rédigées tout à fait comme les actiones possessoriae ; ce qui, d'ailleurs, n'est pas pour surprendre. Le point de savoir si l'hérédité avait été restituée à A<sup>a</sup>A<sup>a</sup> ou à N<sup>a</sup>N<sup>a</sup> ex senatus consulto Trebelliano n'était pas, en principe, indiqué dans la formule, à l'imitation de ce qui avait lieu pour les actions fictives du bonorum possessor. Il n'y était indiqué que quand il faisait difficulté entre les parties, et il y figurait alors sous forme d'exception.

### § 69. DE REI UINDICATIONE<sup>1</sup>.

Ulp. 16<sup>2</sup>. 17 (?)<sup>3</sup>, Paul. 21<sup>4</sup>, Gai. 7<sup>5</sup>, Jul. 6<sup>6</sup>. 7<sup>7</sup>.

Ulp. 16 fr. 1 pr. h. t. :

Post actiones quae de uniuersitate propositae sunt, subicitur actio singularum rerum petitionis.

Gai. IV, 91-93 :

... cum in rem actio duplex sit, aut enim per formulam petitoriam agitur aut per sponsionem... Petitoria... formula haec est qua actor intendit REM SUAM ESSE. Per sponsionem uero hoc modo agimus : prouocamus aduersarium tali sponsione : SI HOMO QUO DE AGITUR EX IURE QUIRITUM MEUS EST, SESTERTIOS XXV NUMMOS DARE SPONDES ?

La formula petitoria était rédigée de la façon suivante :

<sup>1</sup> D. (6. 1), C. (3. 32). La rubrique de l'édit était peut-être conçue en ces termes : Si singulae res petantur.

<sup>2</sup> Fr. 1, 3, 5, 9, 11, 13, 15, 17, 19, 22 h. t. Le fr. 75 h. t., qui porte faussement l'inscription lib. 16, appartient, ainsi qu'il résulte de l'inscription du fr. 73, au lib. XVII. Par contre, les Fragments de Berlin de iudiciis (*Coll. libr. iur. anteiust.* III, p. 298) constituent très vraisemblablement un morceau de notre livre. Voy., plus haut, p. 36, n. 2, p. 162.

<sup>3</sup> Fr. 37, 39 pr. h. t., fr. 45 de don. i. u. e. u. (24. 1), fr. 1 de cess. bon. (42. 3), fr. 73 pr. h. t. Ces textes faisaient-ils partie d'un appendice particulier au commentaire sur la rei uindi-

catio ou d'un appendice commun à cette matière et à celle de la Publiciana in rem actio ? Ce sont là des questions très douteuses. Sur les quatre premiers textes, conf. *Palingen.* II, p. 514, n. 2.

<sup>4</sup> Fr. 2, 4, 10, 12, 14, 16, 21, 23, 27, 31, 33, 35, 74 h. t., fr. 2 ad exhib. (10. 4), fr. 43 loc. (19.2), fr. 12 de usurp. (41. 3), fr. 25, 28 de V. S. (50. 16), fr. 129 de R. I. (50.17).

<sup>5</sup> Fr. 18, 20, 24, 28, 30, 36, 40, 76 h. t.

<sup>6</sup> Cit. fr. 17 pr. § 1 h. t.; peut-être, dans cette citation, faut-il lire « libro septimo » au lieu de « libro sexto ».

<sup>7</sup> Fr. 34 h. t., fr. 25 de usur. (22.1; cf. fr. 17 § 1 h. t.

IUDEX ESTO<sup>1</sup>. S. P. REM Q. D. A.<sup>2</sup> EX IURE QUIRITIMUM A<sup>1</sup> A<sup>i</sup> ESSE<sup>3</sup>  
NEQUE EA RES ARBITRATU TUO A<sup>o</sup> A<sup>o</sup> RESTITUETUR<sup>4</sup>, QUANTI EA  
RES ERIT. TANTAM PECUNIAM, IUDEX, N N<sup>m</sup> A<sup>o</sup> A<sup>o</sup> C. S. N.  
P. A.<sup>5</sup>.

Les différentes actions utiles présenteraient un grand intérêt, s'il ne fallait pas tenir pour interpolés la plupart des textes, où il en est question (voy. Mancaleari, contributo alla storia e alla teoria della rei vindicatio utilis, studi Sassaesi vol. I). Il y a, cependant, un exemple certain de vindicatio ficticia dans le *Fragm. de dediticiis* (*ZRG. XIV*, p. 96 et s.). C'est aussi par des actions in rem fictices qu'étaient sanctionnées, non seulement la défense d'aliéner in fraudem creditorum (*Inst. Just. § 6 de act. (4. 6)*), mais, d'une façon générale, toutes les restrictions appor-

<sup>1</sup> Cic. in Verr. II<sup>2</sup> § 31.

<sup>2</sup> Ulp. 16 fr. 1 §§ 1-3, fr. 3, 5 h. t. Paul. 20 fr. 2, 4 h. t. Sur la précision à apporter dans la désignation de la chose : Paul. 6 fr. 6 h. t. (voy. plus haut, p. 92). Sur les suites d'une désignation erronée ou manquant de précision : Ulp. 16 fr. 5 §§ 4. 5 h. t. Sur la vindicatio des personnes libres (s. p. L. Titium filium A<sup>1</sup> A<sup>i</sup> ou bien in potestate A<sup>1</sup> A<sup>i</sup> esse ex iure Quiritium) : Ulp. 16 fr. 1 § 2 h. t., Gai. I 134. Sur la vindicatio partis : Ulp. 17 fr. 73 pr. h. t., Paul. 21 fr. 35 § 3 h. t., fr. 25 de V. S. (50. 16), conf. Paul. 6 fr. 6 h. t., Paul. 12 fr. 8 h. t., Gai. 7 fr. 76 pr. h. t. Spécialement, sur la vindicatio incertae partis : Gai. 7 fr. 76 § 1 h. t., Gai. IV 54 (quantam partem paret in eo fundo q. d. a. actoris esse), Ulp. 16 fr. 5 pr. h. t. (quantum paret in illo aceruo A<sup>1</sup> A<sup>i</sup> esse), Paul. 23 fr. 8 § 1 comm. diu. (10. 3).

<sup>3</sup> Gai. IV 34. 36. 41. 45. 86, Cic. in Verr. II<sup>2</sup> § 31, Frontin. de contron. p. 44. Expressa causa : Ulp. 75 fr. 11 § 2 de exc. r. iud. (44. 2), Paul. 70 fr. 14 § 2 eod. Conf. encore *Prob. Frag. d'Einsied. 32* : E. J. Q. = ex iure Quiritium. Ces mots ont pour objet d'indiquer que la propriété est une propriété civile; ils ne manquent donc point dans les cas où la propriété civile a été acquise par un mode d'acquisition du ius gentium. Voy., en un sens différent, RUDORFF (*E. P.*, § 61<sup>8</sup>), et JHERING, *Scherz und Ernst*, p. 318

et s. WLAŚAK, *Prozessgesetz*, I, p. 118 n. 27, ne me paraît pas d'accord avec ces auteurs qu'il cite; si je le comprends bien, il ne fait pas de distinction entre les modes d'acquisition, mais il s'attache à la qualité de citoyen du demandeur; et il va de soi que, sans fiction, le ciuis romanus pouvait seul user de la rei vindicatio (conf. les fr. de iudic. 1 et 2). Paul. 21 fr. 23 pr. h. t. me paraît bien montrer que la formule de la R. V. n'était point influencée par le mode d'acquisition de la propriété.

<sup>4</sup> Paul. 21 fr. 35 § 1 h. t., Ulp. fr. 68 h. t., Ulp. 16 fr. 9 i. f. h. t., const. 21 h. t., Cic. in Verr. II<sup>2</sup> § 31. Dans ce dernier texte, Cicéron, pour donner un exemple de l'omnipotence du préteur construit la formule suivante : S. p. fundum Capenatem q. d. a. ex iure Quiritium P. Seruillii esse neque is fundus Q. Catulo restituetur. Il est bien certain que cette formule, ainsi construite, constitue à dessein une monstruosité; mais il est, certainement aussi, fort vraisemblable qu'à part le changement de nom dans la clausula arbitraria, elle est exactement copiée sur le modèle de la formula petitoria. Cette remarque a pour objet de réfuter LENEL, *Beitr. z. K. d. prætor. Edicts* (1878), p. 91. Les noms qui figurent dans la formule sont ceux des iudices de la quaestio. Conf. in Verr. II 3, 90 § 211; 4, 31 § 69, 38 § 82.

<sup>5</sup> Gai. IV 51, Paul. 21 fr. 71 h. t.

tées par le droit prétorien et impérial<sup>1</sup> à la liberté d'aliéner<sup>2</sup>. Par contre, si les textes étaient authentiques, on ne pourrait guère songer à autre chose qu'à une action *in factum* dans les cas de *rei vindicatio utilis* prévus aux fr. 55 de don. i. u. e. u. (24. 1), fr. 41 de A. R. D. (41. 1), fr. 2 *quando ex facto* (26. 9), const. 8 h. t., etc. Enfin, il faut signaler, comme une chose tout à fait particulière, la *rei vindicatio repetita die* dont il est question au fr. 9 §§ 6. 7 *ad exhib.* (10. 4) : *s. p. fundum Kalendis Januariis illis ex iure Quiritium A<sup>1</sup> A<sup>1</sup> fuisse*<sup>3</sup>.

#### § 70. SI AGER UECTIGALIS PETAT UR<sup>4</sup>

Ulp. 17<sup>5</sup>, Paul. 21<sup>6</sup>.

Après la *rei vindicatio*, l'on trouvait dans l'Édit l'*actio in rem* du fermier d'un fonds municipal<sup>7</sup>. Cette action, autant du moins qu'on en peut juger, n'était point précédée d'un édit destiné à l'annoncer ; cela tient, peut-être, à cette circonstance qu'il s'agissait ici d'une action dont l'origine n'était point due à la libre initiative du prêteur, mais à la volonté impériale.

Dans le Digeste, les fragments relatifs à cette action sont placés sous la rubrique :

Si ager uectigalis id est emphyteuticarius petatur. RUDORFF (*E. P.*, § 64) admet que les mots mis en vedette se trouvaient dans l'Édit et il s'appuie, pour le soutenir, sur Macer fr. 15 § 1 *qui satisd. cog.* (2. 8) où il est également question d'un *uectigalis id est emphyteuticus ager*. A mon avis, ces mots sont, dans les deux cas, une interpolation des compilateurs. Il est, en effet, impossible d'admettre avec RUDORFF que le

<sup>1</sup> Fr. de iure fisci § 20, fr. 20 de accus. (48. 2).

<sup>2</sup> A cet ordre d'idées, se rapportent les textes suivants : Paul. 21 fr. 12 de usurp. (41. 3), fr. 28 de V. S. (50. 16), fr. 129 de R. I. (50. 17). En particulier, l'on voit nettement que ce dernier texte a trait à l'*actio rescissoria* des créanciers. A quels mots se rapportait le fr. 28 § 1 de V. S. ? Il faut peut-être penser à l'*ire agere* de la *confessoria*.

<sup>3</sup> RUDORFF, *E. P.*, § 61<sup>10</sup>.

<sup>4</sup> D. (6. 3).

<sup>5</sup> Fr. 27 pr. de V. S. (50. 16) ; en outre, fr. 2 h. t. (*frag. qui porte fausement l'inscription ad Sab.*) et, probablement aussi, à titre de remarque intercalée, fr. 73 § 1, fr. 75 de R. V. (6. 1).

<sup>6</sup> Fr. 1, 3 h. t.

<sup>7</sup> *Actio quae de fundo uectigali proposita est*, fr. 66 pr. de euict. (21. 2). *Vectigalis actio* : fr. 15 § 26 de dam. inf. (39. 2).

préteur lui-même les ait introduits « ut conducticius ager a stipendiario siue tributario separationem acciperet » ; car l'expression d'ager emphyteuticarius s'applique, dans son sens propre, à l'amodiation des terres incultes appartenant aux empereurs faite en vue de leur *défrichement* et ne convient pas du tout à la location des fonds municipaux ; ce nom n'a, sans doute, été appliqué à cette seconde institution que quand la première a commencé à l'emporter sur elle en importance pratique, ce qui n'est certainement pas le cas au temps d'Hadrien. Cette expression ne se rencontre d'ailleurs au Digeste que dans les deux textes corrompus dont nous venons de parler ; en dehors de ces deux passages, on ne trouve qu'une fois l'expression *ius emphyteuticón*, dans le fr. 3 § 4 de reb. eor. (27. 9), et encore il s'agit peut être déjà dans ce texte de terres appartenant à l'empereur. Comment le préteur aurait-il pu espérer rendre plus clairement la chose qu'il avait en vue en la désignant par un mot étranger, impropre et rarement usité ?

Je ne saurais suivre davantage RUDORFF quand il donne à l'actio uectigalis la formule suivante, conçue in ius :

S. p. agrum uectigalem, id est emphyteuticarium (!), A<sup>i</sup> A<sup>i</sup> esse...

La seule preuve invoquée par RUDORFF à l'appui de cette rédaction in ius, c'est que Paul. 24 fr. 1 § 1 h. t. désigne l'action du fermier comme étant une action réelle (« in rem »). Je comprends d'autant moins la conséquence qu'il prétend tirer de ce fait, que RUDORFF lui-même (*E. P.* § 61<sup>10</sup>) admet, pour bien des cas, l'existence d'une rei uindicatio utilis conçue in factum<sup>1</sup>. Si le droit conféré sur l'ager uectigalis avait été officiellement<sup>2</sup> reconnu, dans l'édit du préteur, comme droit réel (eius esse), il serait incroyable que les Romains eussent pu se demander pendant des siècles si le nom de locatio, pratiquement donné à l'opération, devait être pris dans son sens technique<sup>3</sup> : en présence d'un « eius esse », l'opération aurait été nécessairement considérée comme une *vente*. Je crois donc, avec SAVIGNY<sup>4</sup> et BETHMANN-HOLLWEG<sup>5</sup>, à une formule in factum concepta, sur la

<sup>1</sup> Voy. plus haut, p. 212.

<sup>2</sup> Les expressions employées occasionnellement par un jurisconsulte dans un but de concision (voy. fr. 9 de rescind. uend. (18. 5)) ne sauraient

être prises ici en considération.

<sup>3</sup> Gai. III 145, Inst. Just. § 3 de locat. (3. 24).

<sup>4</sup> System, V, p. 81 n. i<sup>1</sup>.

<sup>5</sup> C. P. II, p. 315, n. 56.

réaction de laquelle nous sommes naturellement réduits aux hypothèses. En dehors de la rubrique du Digeste, le mot *ager* nous est attesté par Ulp. 17 fr. 27 pr. de V. S.<sup>1</sup>. De plus, Paul. 21, dans le fr. 1 pr. h. t.<sup>2</sup>, définit les agri uectigales comme étant ceux « qui in perpetuum locantur » et continue ainsi dans le fr. 1 § 1 :

Qui in perpetuum fundum fruendum conduxerunt a municipibus, quamvis non efficiantur domini, tamen placuit competere eis in rem actionem...

Je crois qu'on en peut conclure que le modèle de la formule se rapportait seulement au cas de location perpétuelle. Ceci cadre, au surplus, très bien avec ce que dit Paul dans le fr. 3 h. t.

Idem est et si ad tempus habuerint conductum nec tempus conductionis finitum sit.

Une formule ainsi rédigée :

S. p. A<sup>m</sup> A<sup>m</sup> agrum q. d. a. a municipibus municipii Venu-sini in perpetuum fruendum conduxisse neque is fundus arbitrato tuo *rel.*

me semble avoir pour elle une très grande vraisemblance<sup>3</sup>. Pour le successor du locataire primitif, il était besoin d'une actio accommodata<sup>4</sup>. On peut se demander si la formule ne mentionnait pas, de plus, la propriété des municipes comme condition de l'action<sup>5</sup>.

Exceptio uectigalis non soluti : Ulp. 17 fr. 2 h. t.

#### § 71. SI PRAEDIUM STIPENDIARIUM UEL TRIBUTARIUM PETATUR.

Ulp. 17<sup>6</sup>.

Dans l'Édit urbain, il n'était naturellement pas question de la

<sup>1</sup> Le fr. 27 pr. cit. ne peut pas se rapporter à la formule dont il est question au § 71, puisque, dans cette action, applicable aux immeubles de toute nature, une limitation aux agri n'est pas admissible. Notre actio uectigalis pouvait fort bien, au contraire, ne pas se préoccuper des hypothèses rares d'aedificium uectigale.

<sup>2</sup> Conf. également fr. 11 § 1 de public. (39. 4), Inst. Just. § 3 de loc. (3. 24).

<sup>3</sup> Voy., dans le même sens, SAVIGNY et BETHMANN-HOLLWEG, *loc. cit.*

<sup>4</sup> Pour faire entrer ce cas dans la

formule, j'ai préféré, dans l'édition allemande, écrire « conductum habere » au lieu de « conduxisse ». Mais AD. SCHMIDT, ZRG XXIV, p. 151, n. 3, remarque justement que « conductum habere » ne peut se dire que de celui qui possède et non du demandeur privé de la possession.

<sup>5</sup> Conf. AD. SCHMIDT, *loc. cit.*

<sup>6</sup> Fr. 27 § 1 de V. S. (50. 16). A cette matière, devaient aussi se rapporter les textes placés par moi dans la *Paling.* sous Ulp. nos 585-589 : fr. 39 § 1, 41, 77 de R. V. (6. 1), fr. 29 de m. c. don.

uindicatio<sup>1</sup> des praedia stipendiaria et tributaria<sup>2</sup>. Dans l'Édit provincial, au contraire, il existait, sans doute, une formule pour cette hypothèse. Il est vraisemblable en soi que cette action était proposée après celles dont nous venons de parler; cette manière de voir est d'ailleurs confirmée par le fait qu'Ulp. 17 fr. 27 de V. S., après avoir, dans le pr., défini, à propos de l'actio uectigalis, ce qu'il faut entendre par ager, examine dans le § 1 du même fr. ce que signifient les expressions stipendium et tributum.

Sur la rédaction de cette formule, nous ne sommes malheureusement pas renseignés. Frontin (voy. n. 3) nous dit bien des provinciaux que :

uindicant... inter se non minus fines ex aequo ac si priuatorum agrorum.

Mais cela signifie simplement que les provinciaux, malgré que n'étant point propriétaires du sol de la province, s'étaient pourtant vu accorder, par des raisons d'équité, le droit de rei uindicatio<sup>3</sup>; et ce passage n'aurait jamais dû conduire à proposer la formule impossible, adoptée encore par RUDORFF (*E. P.* § 63) :

S. p. agrum q. d. a..... ex aequo A<sup>i</sup> A<sup>i</sup> esse.

Car, du moment qu'on reconnaissait aux particuliers un droit sur le sol provincial, la question de savoir à qui compétait ce droit n'était pas ici, plus qu'ailleurs, une question d'équité.

L'expression possessio et usus fructus est technique<sup>4</sup> pour désigner la quasi-propriété des fonds provinciaux; dans la loi agraire de 643<sup>5</sup>, qui nous a été transmise par une inscription, comme aussi dans d'autres textes, cette propriété est désignée techniquement par les mots habere possidere frui (licere). Par suite, je tiens pour très vraisemblable que notre formule était

(39. 6). Dans la plupart de ces textes, il est question d'une « in rem actio » naissant de la tradition d'un immeuble. Le fr. 29 de m. c. don. doit être étroitement uni au fr. 41 pr. de R. V. : il était bien naturel de rappeler ici, à titre de comparaison, les principes généraux qui régissaient la tradition. Cette remarque a pour objet de réfuter ERMAN; *ZRG.* XXIV, p. 273 et s.

<sup>1</sup> Fr. Vat. 315. 316.

<sup>2</sup> Gai. II 14 i. f. 21, Fr. Vat. 61. 259. 283, Inst. Just. § 40 de R. D. (2. 1),

Theophil. ad h. l., Frontin. de controu., éd. Lachm., p. 36.

<sup>3</sup> Du reste, la « uindicatio finium » de Frontin n'est point la rei uindicatio proprement dite, mais comprend toutes les formes de procès relatifs aux limites.

<sup>4</sup> Gai. II 7, Theophil. l. c., Frontin. l. c. Voy. aussi l'Apographum cod. Ver. de Studemund, p. 60, lin. 7. 8.

<sup>5</sup> Lin. 50. 52. 82 conf. lin. 32. 40 (C. l. l. I, 75, n. 200).

rédigée dans les termes suivants ou dans des termes voisins de ceux-ci :

S. p. A° A° fundum q. d. a. habere possidere frui licere neque is fundus *et rel.*

§ 72. SI USUSFRUCTUS PETATUR<sup>1</sup> UEL AD ALIUM PERTINERE NEGETUR<sup>2</sup>.

Ulp. 17<sup>3</sup>, Paul. 21<sup>4</sup>, Gai. 7<sup>5</sup>, Jul. 7<sup>6</sup>.

Les formules confessoire et négatoire appliquées à l'usufruit ne nous ont pas été conservées; mais, grâce aux indications qui nous ont été transmises, on peut les reconstituer avec certitude dans ce qu'elles ont d'essentiel.

Confessoria<sup>7</sup> :

SI PARET A° A° IUS ESSE EO FUNDO<sup>8</sup> Q. D. A. UTI FRUI<sup>9</sup> NEQUE EA RES ARBITRIO TUO A° A° RESTITUETUR<sup>10</sup>, QUANTI EA RES ERIT, TANTAM PECUNIAM *et rel.*<sup>11</sup>.

Negatoria :

SI PARET N° N° IUS NON ESSE EO FUNDO Q. D. A. UTI FRUI INUITO A° A°<sup>12</sup> NEQUE EA RES ARBITRIO TUO A° A° RESTITUETUR<sup>13</sup>, Q. E. R. E. *et rel.*<sup>14</sup>.

À côté de l'actio negatoria, il existait ici, comme pour les servitudes réelles, une formule parallèle, découverte par ZACHARIAE<sup>15</sup> : c'est la formula prohibitoria, dont l'intentio était ainsi conçue : s. p. A° A° ius esse prohibendi N° N° (uti frui). Cette formule

<sup>1</sup> Flor. petetur.

<sup>2</sup> D. (7. 6).

<sup>3</sup> Fr. 5 h. t., fr. 10 de usuf. adcr. (7. 2), fr. 2 de oper. seru. (7. 7).

<sup>4</sup> Fr. 6 h. t.

<sup>5</sup> Fr. 6, 39, 45, 74 de usuf. (7. 1), fr. 5 de usuf. adcr. (7. 2), fr. 19, 30 quib. mod. usuf. (7. 4), fr. 2, 7 de usuf. ear. rer. (7. 5), fr. 3 de oper. seru. (7. 7), fr. 1, 13 de usu (7. 8), fr. 49 de euict. (21. 2).

<sup>6</sup> Fr. 3 h. t., cit. fr. 5 § 1 h. t. Le fr. 12 de statulib. (40. 7) paraît porter une inscription fautive. Voy. Paling. Julianus n° 117.

<sup>7</sup> Ulp. 17 fr. 5 pr. h. t. : Uti frui ius sibi esse solus potest intendere qui habet usum fructum. Stephan. in h. l. (Suppl. Basil. Éd. Zachariae, p. 112 et s.). Gai. IV 3.

<sup>8</sup> Illa parte fundi : Ulp. 17 fr. 5 § 2 h. t. Là-dessus également : fr. 10 de usuf. adcr. (7. 2) cf. fr. 5 § 5 h. t.

<sup>9</sup> Ad tempus : Fr. Vat. 52.

<sup>10</sup> Ulp. 17 fr. 5 §§ 3-5 h. t. Fr. 5 § 4<sup>a</sup> : fructuario qui uicit omnis causa restituta est.

<sup>11</sup> Gai. IV 51.

<sup>12</sup> Ulp. 17 fr. 5 pr. h. t. : ... actio negatiua.... cum inuito se negat ius esse utendi fructuario. Stephan. l. c. : εἰ φάσεται σε μὴ ἔχειν δίκαιον τοῦ ἡμῶν frui inuito me. Conf., en outre : fr. 11 § 2 de pignor. (20. 1).

<sup>13</sup> Ulp. 17 fr. 5 § 6 h. t.

<sup>14</sup> Gai. IV 51.

<sup>15</sup> Zschr. f. Gesch. R. W. XII, p. 258 et ss.



est connue par le témoignage de Stéphane, dans la scholie citée à la n. 7, p. 216, où figure aussi l'intentio : *ει φαίνεται με δίκαιον ἔχειν τὸ κωλύειν σε τὸ ὑτι φρούι*. D'autres renseignements de l'époque byzantine<sup>1</sup> confirment l'existence de l'*ἀγωγὴ προῖδορία* et on en trouve également des traces au Digeste : Ulp. 17 fr. 5 pr. h. t., Marcell. 6 dig. fr. 41 si seru. uind. (8. 5). Malgré ces textes, j'ai refusé autrefois<sup>2</sup>, et encore dans l'édition allemande, de croire à la formula prohibitoria, parce qu'aucune des tentatives faites pour expliquer l'existence de cette formule parallèle ne me semblait heureuse<sup>3</sup>. Il n'est pas nécessaire de revenir ici sur les développements donnés par moi à ce sujet, puisque, entre temps, j'ai modifié ma manière de voir et que j'ai exposé ailleurs<sup>4</sup> en détail les motifs qui ont déterminé ce changement d'opinion. J'explique aujourd'hui l'existence de la double formule de la façon suivante. L'action négatoire, dans laquelle figuraient les mots « ius non esse » n'était possible que contre un adversaire qui se prévalait d'une servitude civile, d'un « ius », au sens propre du mot. Pour repousser l'usurpation d'une de ces servitudes en faveur desquelles on ne pouvait invoquer qu'une tuitio praetoris, le propriétaire civil du fonds avait besoin d'une action particulière. Cette action se basait très naturellement sur son ius prohibendi; il usait alors de l'actio prohibitoria. L'adversaire soutenait-il qu'il avait droit à une semblable servitude, il faisait valoir cette prétention au moyen d'une exception tendant à paralyser l'action dirigée contre lui; les choses se passaient ici tout à fait comme dans le cas où le défendeur à la rei uindicatio invoquait à son profit la propriété prétorienne.

<sup>1</sup> Conf. H. WITTE, *Zschr. f. Civ. Rt. u. Pr.*, N. F. XIII, p. 392 et s.; voy. en outre : Gloss. Labb. s. v. *προῖδορία* (Otto, *Thes.* III, p. 1791), PSELLUS, *Synopsis leg.* v. 565 et la glose de Bosquetus (Meermann, *Thes.* I, p. 69) sur ce passage, ZACHARIAE, *Arch. giurid.* XLII, p. 171.

<sup>2</sup> *ZRG.* XVII, p. 72 et ss.

<sup>3</sup> Je tiens également pour malheureuses les explications proposées, depuis lors, par SCHOTT, *das Ius prohib.* (dans la *Breslauer Festgabe zu Windscheids Jubilaeum*, 1884), FERRINI, *per l'VIII centen. di Bologna* (1888, p. 83 et ss., KARLOWA, *R.R.G.* I, p. 470 et ss.

<sup>4</sup> *ZRG.* XXV, p. 1 et ss.

§ 73. SI SERUITUS UINDICETUR UEL AD ALIUM  
PERTINERE NEGETUR<sup>1</sup>.

Ulp. 17<sup>2</sup>, Paul. 21<sup>3</sup>, Gai. 7<sup>4</sup>, Jul. 7<sup>5</sup>.

Pour quelles servitudes des formules étaient-elles proposées ici dans l'Édit? C'est un point qu'on peut déterminer avec quelque certitude. Quant aux servitudes rurales, il n'y avait de formule proposée, à cette place de l'Album, que pour les servitudes de passage. Cette formule est étudiée tout au long dans Ulp. 17 fr. 2 §§ 1 — 3, fr. 4 pr. — § 5 h. t., Paul. 24 fr. 7 pr. de S. P. R. (8. 3), fr. 9 h. t., fr. 2 quemadm. seru. (8. 6), Gai. 7 fr. 8 de S. P. R. (8. 3). Je dis : cette formule, au singulier : il résulte en effet des commentaires qu'il n'y en avait bien qu'une de proposée pour toutes les servitudes de passage ; elle était relative au ius eundi agendi ; si le procès roulait simplement sur un ius eundi, on pouvait effacer le mot agere<sup>6</sup> ; quand il s'agissait d'une uia, on intercalait sans doute les mots « per uiam » et l'intentio devait parler alors d'un « per uiam ire agere »<sup>7</sup>. RUDORFF (*E. P.*, § 66) place, à côté de la formule pour les servitudes de passage, une formule analogue pour la servitude d'aqueduc. Une telle formule était bien proposée dans l'Édit ; mais elle ne l'était pas à cette place ; elle figurait beaucoup plus loin avec l'actio aquae pluviae arcendae<sup>8</sup> (conf. § 176). Le § 2 Inst. Just. de seru. (2. 3) montre clairement qu'aucune formule n'était donnée dans l'Édit pour les autres servitudes rurales :

<sup>1</sup> D. (8. 5).

<sup>2</sup> Fr. 2, 4, 6, 8 h. t., fr. 2 de seru. (8. 1), fr. 5 de S.P.U. (8. 2), fr. 3, 5 de S.P.R. (8. 3), fr. 2 comm. praed. (8. 4), fr. 44 loc. (19. 2) ; ce dernier texte porte faussement l'inscription Ulp. 7.

<sup>3</sup> Fr. 5, 7, 9 h. t., fr. 3, 6 de seru. (8. 1), fr. 1 de S.P.U. (8. 2), fr. 7 de S.P.R. (8. 3), fr. 2 quemadm. seru. (8. 6).

<sup>4</sup> Fr. 5 de seru. (8. 1), fr. 2, 6, 8 de S.P.U. (8. 2), fr. 8 de S.P.R. (8. 3), fr. 3 comm. praed. (8. 4), fr. 1, 3 quemadm. seru. (8. 6), fr. 30 de V.S. (50. 16).

<sup>5</sup> Fr. 16 h. t., fr. 32, 37 de S.P.U. (8. 2), fr. 27 de S.P.R. (8. 3).

<sup>6</sup> KARLOWA, *R.R.G.* II, p. 499, se basant sur le fr. 4 § 1 h. t., est d'un avis différent.

<sup>7</sup> Conf. Ulp. fr. 1 de S.P.R. (8. 3) : uia est ius eundi et agendi [et ambulandi] (je considère, avec Mommsen, ces deux derniers mots comme intercalés) ; Paul. 21 fr. 7 pr. i. f. eod., fr. 9 pr. h. t. : siue uiam habet, ius sibi esse ire agere... intendere potest ; Cels. fr. 6 i. f. quemadm. seru. (8. 6) : quod per duas pariter uias ire agere possit. Conf., également, fr. 9 de seru. (8. 1).

<sup>8</sup> Par là s'explique une singularité que présente le commentaire d'Ulpien ; ce jurisconsulte, après avoir parlé des servitudes de passage, s'occupe immédiatement, dans le fr. 4 § 6 h. t., de la servitude aquae haustus, sans rien dire de celle, beaucoup plus importante, d'aquae ductus.

In rusticorum praediorum servitutes quidam computari recte putant aquae haustum<sup>1</sup>, pecoris ad aquam adpulsum, ius pascendi, calcis coquendae, harenae fodiendae.

Nous devons, par conséquent, rapporter à des servitudes rurales ne figurant pas dans l'Édit les définitions données par Gai. 7 fr. 30 de V. S. (50. 16).

Pour ce qui est des servitudes urbaines, l'Édit s'occupait du ius altius non tollendi<sup>2</sup>, oneris ferendi<sup>3</sup>, tigni immittendi<sup>4</sup>, sans doute aussi, de la servitus stillicidii qui, dans l'énumération des servitudes urbaines donnée par Gai. 7 au fr. 2 de S. P. U. (8. 2), figure même avant la servitus tigni immittendi<sup>5</sup> et qui était déjà reconnue comme servitude antérieurement à l'époque de Cicéron<sup>6</sup>; l'Album devait encore donner une formule pour la servitus fluminis qu'on trouve habituellement mentionnée dans le rapport le plus étroit avec la précédente<sup>7</sup>. On ne peut démontrer avec certitude l'existence d'autres formules de servitudes<sup>8</sup>. En particulier, la présence, dans l'Édit, de formules pour les servitudes prociendi et protegendi est douteuse. Celles-ci, à la vérité, sont expressément mentionnées dans l'énumération de Gaius, fr. 2 cit., mais tout à la fin, et elles sont suivies d'un « ceteraque istis similia » qui ôte toute importance à la mention qui en est faite; elles ne figurent point dans l'énumération du § 1 des Institutes de servu. (2. 3) et les commentaires ne s'en occupent pas<sup>9</sup>.

Quant à la rédaction des formules, je m'écarte, sur un point important, de l'opinion générale. Je crois devoir rejeter de ces formules la clausula arbitraria, dont l'existence me paraît ici inconciliable avec le renseignement que nous donne Paul au fr. 19 i. f. de h. p. (5. 3) :

Servitutes in restitutionem hereditatis non uenire ego didici,

<sup>1</sup> Conf. aussi Ulp. 17 fr. 4 § 6 h. t. : sed et de haustu, qui a servitus est, competunt nobis in rem actiones.

<sup>2</sup> Ulp. 17 fr. 4 §§ 7. 8, fr. 6 pr. § 1 h. t., Paul. 21 fr. 5 h. t., Gai. 7 fr. 2 de S. P. U. (8. 2), Jul. 7 fr. 32 eod.

<sup>3</sup> Ulp. 17 fr. 6 §§ 2-7, fr. 8 pr. h. t., Paul. 21 fr. 7 h. t., fr. 1 § 1 de S. P. U. (8. 2), conf. Gai. 7 fr. 8 eod.

<sup>4</sup> Ulp. 17 fr. 8 §§ 1-4 h. t., Jul. 7 fr. 37 de S. P. U. (8. 2). Ulpian rattache à ce passage l'examen d'autres servitudes possibles de même nature, conf. fr. 8 §§ 5-7 h. t.

<sup>5</sup> Conf. également Inst. Just. § 1 de servu. (2. 3), Paul. 21 fr. 9 pr. h. t., Jul. 7 fr. 16 h. t. SCHOTT, *Ius prohib.*, p. 62, est d'un avis différent.

<sup>6</sup> Cic. de Orat. I 38 § 173; conf. également Varron, de L. L., V 27. Conf. VOIGT, *Berichte der Königl. sächs. Gesellsch. der Wiss.*, XXVI, p. 188.

<sup>7</sup> Inst. Just. § 1 cit., Varron, l. c.

<sup>8</sup> KARLOWA, *R. R. G.* II. p. 532, admet que, dans l'Édit, figurait, en dehors de ces cas, toute une série de formules.

<sup>9</sup> Paul. 21 fr. 1 pr. de S. P. U. (8. 2) ne fait que les mentionner.

cum nihil eo nomine possit restitui, sicut est in corporibus et fructibus. Sed si non patiatur ire et agere, propria actione conuenietur.

Quelle que soit d'ailleurs la façon dont on comprenne ce texte<sup>1</sup>, le jurisconsulte n'aurait pas pu s'exprimer de la sorte, si, dans les formules relatives aux servitudes, avaient figuré les mots : neque ea res arbitrio tuo restituetur. Et, au fait, l'on comprend facilement que cette clause n'ait pas été admise dans ces actions, puisque les plus anciennes d'entre elles, les actions relatives aux servitudes rurales, ne peuvent presque jamais comporter de restitutio, au sens propre du mot. Ce que nous lisons aux commentaires touchant l'officium iudicis dans nos actions<sup>2</sup> ne doit donc pas se rattacher à une partie constitutive de la formule.

J'indique, pour finir, les différentes formules confessoires et négatoires. Relativement à la formula prohibitoria, je renvoie à ce qui a été dit au § 72.

- I. 1. S. P. A° A° IUS ESSE PER FUNDUM ILLUM IRE AGERE<sup>3</sup>, QUANTI EA RES ERIT et rel.
2. S. P. N° N° IUS NON ESSE PER FUNDUM ILLUM IRE AGERE INUITO A° A°<sup>4</sup>, QUANTI et rel.
- II. 1. S. P. A° A° IUS ESSE AEDES SUAS ALTIUS TOLLERE INUITO N° N°<sup>5</sup>, QUANTI et rel.
2. S. P. N° N° IUS NON ESSE AEDES SUAS ALTIUS TOLLERE INUITO A° A°<sup>6</sup> QUANTI et rel.
- III. S. P. A° A° IUS ESSE COGERE N<sup>m</sup> N<sup>m</sup>, UT A<sup>1</sup> A<sup>1</sup> ONERA SUSTINEAT ET PARIETEM REFICIAT AD ONERA EA SUSTINENDA<sup>7</sup>, QUANTI et rel.

<sup>1</sup> Conf. FRANCKE, *Comm. über den Pandektentitel de H. P.*, p. 208 et s.

<sup>2</sup> Conf. fr. 4 § 2, 6 §§ 5 sq., fr. 7, 8 pr. § 4 h. t.

<sup>3</sup> Conf., en dehors de ce qui est dit p. 218, Gai. IV 3, fr. 20 pr., 23 § 3 de S. P. R. (8. 3), Theoph. ad Inst. IV, 6 § 2. RUDORFF dit : per locum illum N<sup>1</sup> N<sup>1</sup>; mais notre action ne suppose pas du tout que le défendeur soit propriétaire du fonds servant.

<sup>4</sup> Ulp. 17 fr. 5 de S. P. U. (8. 2); en un sens différent, voy., notamment, IBERING, *Geist d. röm. R.* IV, n. 97 in fin.; mais voy. H. PERNICE, *Comm.*

*iur. Rom. duae* (1857) p. 160 et s., et SCHMIDT (v. Ilmenau) *Krit. Vjsch.* VII, p. 294 et ss.

<sup>5</sup> Ulp. 17 fr. 4 § 7 h. t. Conf., également, Fr. Vat. 53, fr. 26 de exc. r. iud. (44. 2), fr. 15 de O. N. N. (39. 1), fr. 17 comm. praed. (8. 4). IBERING, *loc. cit.*, SCHMIDT, *loc. cit.*, p. 295.

<sup>6</sup> Ulp. 17 fr. 4 § 8 h. t. Afric. fr. 15 de O. N. N. (39. 1). Ita aedificatum habere : Ulp. 17 fr. 6 pr. h. t., Paul. 21 fr. 9 pr. h. t., conf. fr. 17 comm. pr. (8. 4), fr. 45 de damno inf. (39. 2).

<sup>7</sup> Ulp. 17 fr. 6 § 2, fr. 8 § 2 h. t. On peut se demander si la formule disait

- IV. 1. *S. P. A° A° IUS ESSE IN PARIETEM ILLIUS AEDIFICII TIGNA IMMITTERE*<sup>1</sup>, QUANTI et rel.  
 2. *S. P. N° N° IUS NON ESSE IN PARIETEM ILLIUS AEDIFICII TIGNA IMMISSA HABERE*<sup>2</sup> INUITO A° A°<sup>3</sup>, QUANTI et rel.
- V. 1. *S. P. A° A° IUS ESSE STILLICIDIUM (FLUMEN) IN TECTUM ILLIUS AEDIFICII (AREAM ILLAM) IMMITTERE*<sup>4</sup>, QUANTI et rel.  
 2. *S. P. N° N° IUS NON ESSE STILLICIDIUM (FLUMEN) IN TECTUM ILLIUS AEDIFICII (AREAM ILLAM) IMMITTERE INUITO A° A°*, QUANTI et rel.

## § 74. DE MODO AGRÍ.

Ulp. 18<sup>5</sup>, Paul. 21<sup>6</sup>, Jul. 7<sup>7</sup>.

Paul. Sent. II 47 § 4<sup>8</sup> :

Distracto fundo si quis de modo mentiatur, in duplo eius quod mentitus est officio iudicis aestimatione facta conuenitur.

Le contenu et l'inscription des textes cités dans les notes 5, 6 et 7<sup>9</sup> démontrent d'une façon convaincante que l'antique action civile de modo agri figurait à cette place de l'Édit; c'est

onera « ferat » ou « sustineat » (conf. Inst. Just. § 1 de seruit.) La formule négatoire ne semble pas, d'après les expressions d'Ulpien au fr. 8 pr. i. f. h. t., avoir été proposée dans l'Édit.

<sup>1</sup> Ulp. 17 fr. 8 §§ 1 sq. h. t. Les mots « inuito N° N° » ne se trouvaient point dans la formule, d'après H. PERNICE, *loc. cit.* p. 159. Mais il faut également voir ce que dit SCHMIDT, *loc. cit.*, p. 296 et ss. Le point est douteux.

<sup>2</sup> Arg. Ulp. 17 fr. 8 § 3 h. t., Alfen. fr. 17 pr. h. t. SCHOTT, *loc. cit.*, p. 61, fait également figurer dans l'Album une formule confessoire construite sur un « ius esse immissa habere » et, à l'inverse, une formule négatoire construite sur un « ius non esse immittere ». Cela me paraît aller à l'encontre du commentaire d'Ulpien.

<sup>3</sup> SCHMIDT, *loc. cit.*, p. 296. En un autre sens, RUDORFF, *E. P.* § 66, n. 19; mais voy. fr. 17 pr. h. t.

<sup>4</sup> Gai. 7 fr. 2 de S. P. U. (8. 2)

porte : auertere. Mais voy. Paul. 21 fr. 9 pr. h. t., Jul. 7 fr. 16 h. t. (Publiciana), Ulp. 53 fr. 1 § 17 de aqua (39. 3).

<sup>5</sup> Fr. 34 de A. E. V. (19. 1), fr. 14 de euict. (21. 2).

<sup>6</sup> Fr. 51 de contr. empt. (18. 1).

<sup>7</sup> Fr. 22 de A. E. V. (19. 1), cit. fr. 11 de peric. (18. 6).

<sup>8</sup> J'admets, avec KRÜGER, que, dans Paul. I 19 § 1, la mention de notre action est le produit d'une interpolation, cf. ZRG XVI, p. 191, n. 52. Quand KARLOWA, *R. R. G.* II, p. 576, objecte que le § 1 tit. 19 de Paul. I se trouve précisément à la place occupée dans le système de l'Édit par l'actio de modo agri, il commet une erreur : ce texte, en effet, ne vient dans Paul qu'après les actions divisoires, à l'endroit où, dans l'Édit, nous rencontrons l'actio depensi.

<sup>9</sup> Conf. LENEL, ZRG. XVI, p. 190 et ss.

un point qui, jusqu'ici, était resté inaperçu. Toute tentative pour retrouver la formule serait naturellement un travail vain.

On peut se demander si d'autres vieilles actions délictuelles civiles n'étaient pas proposées à cet endroit de l'Édit, bien que les commentaires n'en offrent aucune trace. Mais nous ne rencontrerons l'actio auctoritatis que plus tard, avec les stipulations prétoriennes. Pour ce qui est de l'action de arboribus succisis<sup>1</sup> et de l'action de uia recepta<sup>2</sup>, je n'oserais pas affirmer que des formules s'y rapportant aient figuré dans l'Édit. Dans les commentaires, on ne trouve de traces que de la première; et ces traces ne suffisent pas à prouver l'existence d'un commentaire particulier sur cette action<sup>3</sup>.

#### § 75. SI QUADRUPES PAUPERIEM FECISSE DICETUR<sup>4</sup>.

Ulp. 18<sup>5</sup>, Paul. 22<sup>6</sup>, Gai. 7<sup>7</sup>.

Cette formule peut, dans ce qu'elle a d'essentiel, être reconstruite avec certitude de la façon suivante :

*S. P. QUADRUPEDEM<sup>8</sup> PAUPERIEM FECISSE<sup>9</sup> QUA DE RE AGITUR, QUAM OB REM N<sup>m</sup> N<sup>m</sup> A<sup>o</sup> A<sup>o</sup> AUT NOXIAM SARCIRE AUT IN NOXAM DEDERE OPORTET<sup>10</sup>, QUANTI EA RES EST, TANTAM PECUNIAM AUT IN NOXAM DEDERE, IUDEX, N<sup>m</sup> N<sup>m</sup> A<sup>o</sup> A<sup>o</sup> C. S. N.*

*P. A.*

Cette formule présente une différence fondamentale avec celle

<sup>1</sup> Sur cette action, voy. plus loin § 139.

<sup>2</sup> Paul. fr. 3 pr. de uia publ. et itin. publ. refic. (43. 11).

<sup>3</sup> C'est ainsi, en particulier, que Paul. 22 fr. 11 arbor. furt. caes. (47. 7) doit être rapporté au commentaire de la loi Aquilia.

<sup>4</sup> D. (9. 1), Inst. Just. (4. 9), cf. Rubr. Coll. leg. Mos. VII 3 : Ulp. 18 ad edict. sub titulo si quadrupes pauperiem dederit.

<sup>5</sup> Fr. 1 h. t., fr. 7 de interrog. (11. 1), fr. 130 de R. I. (50. 17) cf. § 1 Inst. Just. h. t.; fr. 60 de O. et A. (44. 7) = fr. 130 de R. I. (50. 17), qui porte faussement l'inscription Ulp. 17.

<sup>6</sup> Fr. 2, 4 h. t.

<sup>7</sup> Fr. 3 h. t.

<sup>8</sup> Ulp. 18 fr. 1 § 2 h. t. De là, l'ex-

pression byzantine « quadrupedia actio » qui revient souvent dans les scholies des Basil. LX 2. De cane : fr. 1 § 5 h. t., cf. Paul. I 15 § 1 : quod etiam lege Pesolania (?) de cane caetur. Pour les bipèdes, action utile (quam ob rem, si quadrupes fecisset, etc.) : fr. 4 h. t.

<sup>9</sup> Ulp. 18 fr. 1 §§ 3 — 11 h. t. Fr. 1 § 3 : Ait praetor « pauperiem fecisse » (« ait praetor » est interpolé : notre action n'est pas basée sur un édit : ce qui vient après ces mots appartenait à la formule). Paul. ex Festo s. v. pauperies. Capere de orthogr. (Keil, Corp. grammat. VII, p. 99) : pauperies damnus est.

<sup>10</sup> Ulp. 18 fr. 1 § 11 i. f. h. t. Dans l'actio interrogatoria (Ulp. 18 fr. 7 de interr. (11. 1), au lieu de « N<sup>m</sup> N<sup>m</sup> », on disait « dominum eius », cf. § 58.

proposée par RUDORFF (*E. P.*, § 67). RUDORFF la rédige in factum : je la rédige in ius avec VOIGT<sup>1</sup> et je fais figurer le droit de recourir à la noxae deditio, non seulement dans la condemnatio, mais encore dans l'intentio. Comme j'admets cette rédaction pour toutes les actions noxales civiles et comme cette rédaction va à l'encontre de l'opinion dominante, il me faut examiner de plus près cette question.

Tout d'abord, on doit au moins convenir que, pour une très ancienne action civile, c'est bien une intentio iuris ciuilis qui a la vraisemblance<sup>2</sup> pour elle. Et s'il en est ainsi, comment cette intentio aurait-elle omis de mentionner la facultas noxae dedendi basée sur les Douze Tables? Ulp. nous dit au fr. 1 pr. h. t. :

Si quadrupes pauperiem fecisse dicetur, actio ex lege duodecim tabularum descendit : quae lex uoluit aut dari id quod nocuit, id est id animal quod noxiam commisit, aut aestimationem noxae offerre.

Si ce renseignement est vrai, il est évident qu'une intentio disant simplement « quam ob rem N<sup>m</sup> N<sup>m</sup> noxiam sarcire oportet » aurait constitué une plus petitio; puisque les Douze Tables disaient : « aut noxiam sarcito aut in noxam dedito », la prétention « N<sup>m</sup> N<sup>m</sup> noxiam sarcire oportet » était simplement fausse. Je ne puis pas comprendre comment on a pu s'élever contre cette considération décisive, en disant que, d'après la conception des jurisconsultes classiques, la noxae deditio n'était pas in obligatione, mais seulement in solutione. Je veux bien que telle soit vraiment la conception des jurisconsultes romains (ce qui, pourtant, malgré le fr. 6 § 1 de re iud., ne peut être admis qu'avec des restrictions). Mais cette conception a pris naissance dans la doctrine. Or, l'intentio, rédigée comme je dis, présentait-elle un obstacle insurmontable à cette interprétation scientifique? Ne peut-on pas au contraire la concilier parfaitement avec elle? Pense-t-on que les auteurs des Douze Tables et des legis actiones construites d'après elles se soient déjà mis en peine de telles subtilités? « Le propriétaire de la bête doit payer le dommage ou faire la noxae deditio » : je ne vois pas comment la pensée du

<sup>1</sup> *Ius natur.* III, p. 798; *über den Bedeutungswechsel*, *Abh. d. Kgl. säch. Gesellsch. d. Wiss.* VI, p. 132. Conf., d'ailleurs, KARLOWA, *C. Pr.* p. 121 et s.

<sup>2</sup> Voy. aussi le fr. 42 § 1 de nox. act. (9. 4) : *absolui debet, quia desiit uerum esse propter eum dare oportere.* Sur ce passage, voy. plus loin § 128.

législateur pouvait être traduite d'une façon plus claire et plus nette; je ne vois même pas comment on pouvait l'exprimer autrement. C'est encore ainsi que la loi Rubria c. XXII parle tout simplement de « obligatum eius rei noxsiae esse »<sup>1</sup>. Ce point aurait d'ailleurs été reconnu depuis longtemps, si l'on n'avait été trompé par l'exemple des actions noxales prétoriennes<sup>2</sup>; dans ces actions, en effet, l'intentio ne pouvait évidemment pas plus mentionner la noxae deditio que la litis aestimatio. Au surplus, pour l'hypothèse particulière qui nous occupe, pour l'actio de pauperie, l'intentio alternative nous a été conservée, pour ainsi dire mot à mot, dans le fr. 1 § 11 h. t. Il est singulier que personne, avant VOIGT, ne s'en soit aperçu; ce texte est ainsi conçu :

Cum arietes uel boues commisissent et alter alterum occidit, Q. Mucius distinxit, ut si quidem is perisset qui adgressus erat, cessaret actio, si is, qui non prouocauerat, competeret actio : quam ob rem eum sibi aut noxiam<sup>3</sup> sarcire aut in noxam dedere oportere.

Les mots mis en vedette constituent une citation de la formule. L'expression « eum sibi », qui est impossible, doit être mise au compte des compilateurs : ils ont voulu remplacer par ces mots le « N<sup>m</sup> N<sup>m</sup> A<sup>o</sup> A<sup>o</sup> » qui figurait originairement dans la formule. Mais je crois devoir aller plus loin : le passage en question n'est pas une citation quelconque de la formule ; c'est la citation même qu'en faisait Ulpien, pour préciser l'objet de ses développements, en tête de la partie de son commentaire relative à l'intentio ; ces mots appartenaient donc originairement, non à la fin du § 11, mais au début des §§ 12-16. C'est ce qui résulte clairement de l'examen du commentaire. Dans le fr. 1 §§ 2-11 h. t., Ulpien commente les mots de la formule « s. p. quadrupedem (§ 2) pauperiem fecisse (§§ 3-11) » ; ils occupent du fait qui sert de base à notre action, sans parler le moins du monde de la nature ni de l'objet de l'obligation engendrée par ce fait.

<sup>1</sup> Conf. GIRARD, *Actions noxales*, p. 38. Voy. aussi le manuscrit d'Antun, récemment déchiffré. fol. 105 v<sup>o</sup> lin. 1 : tenetur dominus, ut aut damnum sustineat aut in noxam [radat] animal.

<sup>2</sup> C'est ainsi que, récemment encore, C. SELL, *aus dem Noxalrecht der Rö-*

*mer* (1879), p. 158, s'appuie avec beaucoup de candeur sur l'édit de effusis pour combattre l'opinion d'après laquelle la noxae datio figurait dans l'intentio.

<sup>3</sup> *Flor.* noxam, mais conf. fr. 1 pr. § 1 h. t. : noxia autem est ipsum delictum.



Le § 11 se proposait exclusivement de rapporter, après plusieurs autres, un dernier exemple de pauperies; qu'aurait dès lors signifié, à la fin de ce paragraphe, cette constatation que, dans le cas prévu par lui, on accordait une actio « quam ob rem aut noxiam sarcire aut in noxam dedere oportere »? A-t-il été question antérieurement d'une autre action ou bien le cas du § 11 offre-t-il une raison particulière de citer l'intentio? Qu'on remarque, au contraire, le rapport que présentent avec l'intentio les paragraphes qui suivent immédiatement cette citation. Le § 12 pose le principe suivant: cum noxa caput sequitur, aduersus dominum haec actio datur. Cette règle se relie étroitement au « quam ob rem N<sup>m</sup> N<sup>m</sup> ... oportet »: l'oportere, pour N<sup>o</sup> N<sup>o</sup>, découle de sa propriété sur l'animal; et c'est précisément pour cela qu'il était superflu d'énoncer, en propres termes, dans la formule que le défendeur devait être propriétaire de la bête: il n'était obligé que s'il était propriétaire et qu'en sa qualité de propriétaire. Le § 13 nous dit que l'action était éteinte par la mort de l'animal survenue avant la litis contestatio<sup>1</sup>; c'est la continuation du même ordre d'idées. Le § 14 indique ce qu'il faut entendre par noxae dedere. Le § 15 s'occupe d'un cas où, par exception et malgré l'oportere alternatif qui découlait de la loi, l'obligation était, iure praetorio, in solidum (par suite d'une responsio in iure mensongère). Le § 16 traite des conséquences de la mort de l'animal survenue après la litis contestatio. On voit comme tout cela se rapporte facilement et naturellement à notre intentio. Aussi je m'imagine que les compilateurs, en transcrivant la citation de la formule qui nous occupe, ont commis une bévue: ils ont introduit dans le contexte d'une explication particulière ce qui, dans Ulpien, était comme le titre d'une partie de son commentaire<sup>2</sup>.

L'objet de la noxae deditio ne paraît pas avoir été plus particulièrement désigné dans la formule.

<sup>1</sup> Voy. le manuscrit d'Autun l. c.

<sup>2</sup> Encore un mot à ce sujet. Le fr. 1 § 12 débute par un « et » que rien ne justifie et qui est presque inadmissible en tête d'un développement tout nouveau. Les compilateurs n'auraient-ils point trouvé dans le manuscrit

qu'ils avaient sous les yeux l'abréviation oet pour oportet? Et comme ce n'était point là l'abréviation ordinaire d'oportet (qui s'écrivait le plus souvent o ou oet), n'auraient-ils point transcrit faussement « oportere et »?

## § 76. DE PASTU PECORIS.

Ulp. 18<sup>1</sup>.

Paul. Sent. I 15 § 1 :

Si quadrupes... quid... depasta sit, in dominum actio datur, ut aut damni aestimationem subeat aut quadrupedem dedat.

Fr. 14 § 3 de P.V. (19. 5).

.... neque ex lege duodecim tabularum de pastu pecoris, quia non in tuo pascitur, .... agi posse.

Conf. fr. 39 § 1 ad leg. Aqu. (9. 2) v<sup>is</sup> « habet proprias actiones ».

A cette matière se rapporte très vraisemblablement Ulp. 18 fr. 31 de V. S.

Pratum est, in quo ad fructum percipiendum falce dumtaxat opus est...

On peut conclure de ce texte que la condamnation était subordonnée à la condition que la bête appartenant au défendeur était allée paître dans le pré du demandeur. Pour le surplus, la formule était, sans doute, identique à celle rapportée au § précédent.

§ 77. AD LEGEM AQUILIAM<sup>2</sup>.Ulp. 18<sup>3</sup>; Paul. 22<sup>4</sup>, Gai. 7<sup>5</sup>, Jul. 86<sup>6</sup>.

Les actions proposées sous cette rubrique se partageaient en deux catégories : les unes découlaient du premier chef de la loi, les autres du troisième. En effet, l'action naissant du second chef, superflue depuis longtemps (Gai. III, 216), était, au témoignage d'Ulpien fr. 27 § 4 h. t., tombée en désuétude. Il est donc bien difficile de croire qu'elle ait pu prendre place dans l'Édit d'Hadrien.

I. Les formules se rapportant au premier chef de la loi étaient,

<sup>1</sup> Fr. 31 de V. S. (50. 16).<sup>2</sup> D. (9. 2), C. (3. 35), Inst. (4. 3).

<sup>3</sup> Fr. 1, 3, 5, 7, 9, 11, 13, 15, 17, 19, 21, 23, 25, 27, 29, 35 h. t., fr. 12 de iurisd. (2. 1) cf. fr. 29 § 7 h. t., fr. 25 de iniur. (47. 10), fr. 2 de sepulchro (47. 12), fr. 10 ad l. Corn. de sic. (48. 8); fr. 2, 6, 14 de noxal. act. (9. 4); Coll. leg. Mos. II 4, VII 3, XII 7.

<sup>4</sup> Fr. 6, 10, 14, 22, 24, 26, 30 h. t.; fr. 10, 17, 19 de noxal. act. (9. 4), fr. 131 de

R. I. (50. 17), fr. 8 de interrog. (11. 4); fr. 22 comm. (13. 6), fr. 45 loc. (19. 2), fr. 41 de O. et A. (44. 7), fr. 11 arb. furt. caes. (47. 7), fr. 1 vi bon. rapt. (47. 8).

<sup>5</sup> Fr. 2, 4, 8, 32 h. t., fr. 132 de R. I. (50. 17), fr. 20 de noxal. act. (9. 4).

<sup>6</sup> Fr. 47, 51 h. t., cit. fr. 2 § 1 de nox. act. (9. 4), fr. 13 § 4 locati (19. 2). Julien traite de la lex Aquilia avec les leges. Voy. plus haut, p. 5.

ainsi qu'il résulte du commentaire d'Ulpien, au nombre de quatre. Ulpien commence par expliquer les termes du premier chapitre de la loi<sup>1</sup>; puis, après quelques remarques d'un caractère général (sur la transmission héréditaire, sur les rapports avec la loi Cornelia)<sup>2</sup>, il s'exprime, au fr. 23 § 10 h. t., de la façon suivante :

Haec actio aduersus confitentem compelit in simplum, aduersus negantem in duplum<sup>3</sup>.

Visiblement, Ulpien arrive ici au commentaire des formules. Il est spécialement question de la formula confessoria dans le fr. 23 § 11 et dans le fr. 25 h. t. C'était, sans doute, la première des actions proposées; de là vient que nous trouvons dans la Collatio II 4 et XII 7 des textes tirés du commentaire d'Ulpien se rapportant au troisième chef de la loi Aquilia, textes précédés de cette inscription « Ulpianus lib. XVIII ad edictum sub titulo : si fatebitur iniuria occisum esse, in simplum<sup>4</sup> ... ». On s'attendrait à trouver ensuite une observation sur l'actio aduersus infitiantem : elle fait défaut, ayant été certainement effacée par les compilateurs. A sa place, nous rencontrons, au fr. 27 pr. — § 3, c'est-à-dire avant qu'Ulpien ne se soit engagé plus avant dans l'étude des dispositions contenues dans la loi, de brèves indications sur deux autres actions : l'actio in solidum aduersus dominum, si seruus sciente domino occiderit, et l'actio noxalis, si seruus insciente domino occiderit. Il est certain qu'originellement Ulp. 18 fr. 2 de noxal. act. (9. 4) figurait à cet endroit, car ce texte traite tout au long de nos deux actions. Il est vraisemblable que Ulp. 18 fr. 6, 14 eod. faisaient partie du même développement<sup>5</sup>. Cependant ces deux textes ne s'occupent pas du cas particulier « si seruus occiderit »; ils peuvent donc également se rapporter au troisième chapitre.

<sup>1</sup> Iniuria : fr. 3, 5, 7 pr. h. t., Coll. VII 3. Occisum : fr. 7 §§ 1-ult., fr. 9, 11 pr. — § 5 h. t. Ero : fr. 11 §§ 6-ult., fr. 13, 15, 17, 19, 35 h. t. Quanti etc. : fr. 21, 23 pr. — § 7 h. t.

<sup>2</sup> Fr. 23 § 8. 9 h. t.

<sup>3</sup> Conf. Gai. 7 fr. 2 § 1 h. t., Paul. Sent. I 19 § 1.

<sup>4</sup> Les manuscrits de la Coll. ajoutent après les mots « in simplum » : et cum (al. eum) diceret (al. dicere, doceret, docere). Ces mots énigmatiques ne doivent point être changés, comme le veut

HUSCHKE (*Zschr. f. gesch. R. W.* XIII, p. 32), en « ut condiceret ». Conf. A. PERNICE, *Zur Lehre v. d. Sachbeschädigungen* (1867), p. 104 et s. Aucune explication satisfaisante n'a encore été trouvée par personne, pas plus par moi (*ZRG. XXI*, p. 195 et s.) que par MOMMSEN dans son édition de la Collatio.

<sup>5</sup> Conf., de plus, Paul. 22 fr. 10, 17 eod., fr. 131 de R. I. (50. 17), Gai. 7 fr. 20 de nox. act. (9. 4) et aussi Paul. 10 ad Sabin. fr. 45 pr. h. t., Ulp. 42 ad Sabin. fr. 44 § 1 h. t.

Sur la rédaction de nos quatre formules, nous ne possédons malheureusement aucun renseignement particulier et, comme le remarque justement PERNICE<sup>1</sup>, les reconstitutions proposées jusqu'ici sont bien faites pour détourner les interprètes de nouvelles tentatives en ce sens. Les reconstitutions de C. SELL et de SAVIGNY sont absolument impossibles<sup>2</sup>. HUSCHKE construisit d'abord<sup>3</sup> sa formule sur un « *quantam pecuniam dare oportet* » ; ensuite<sup>4</sup>, sur un « *s. p. N<sup>m</sup> N<sup>m</sup> sestertium decem milia nummum quantue minoris id in eo anno plurimi fuit, tantam pecuniam A° A° dare oportere* ». RUDORFF a également changé d'opinion sur cette question : dans la *Zschr. f. gesch. R. W.*, XIV, p. 381 et ss., il admet la première formule proposée par HUSCHKE ; dans sa *R. G.*, II § 108 n. 8 et 9 et dans son *E. P.*, § 69, il rédige la formule *in factum*. VOIGT<sup>5</sup> admet une *conditio incerti* basée sur un « *dare facere oportere* » ; c'est pourtant bien inadmissible, puisque, dans la loi Aquilia, il est seulement question de « *aes dare* » et point de « *facere* ». KARLOWA a proposé autrefois<sup>6</sup>, pour l'action *aduersus infitiantem*, la formule suivante : *quod N° N° ... occidit, si paret N<sup>m</sup> N<sup>m</sup> ob eam rem, quanti is seruus fuit, tantum aes dare A° A° lege (Aquila) damnatum esse, tantam pecuniam et alteram tantam et rel.* Cette rédaction, à mon sens, n'est pas heureuse en ce qu'après un « *quod N° N° iniuria occidit* », on ne saurait trouver un « *si paret ob eam rem... damnatum esse* ». Le « *ob eam rem damnatum esse* » est un *fait certain*, dès que la preuve de la *demonstratio* est acquise<sup>7</sup> ; il ne saurait donc dépendre d'un *si paret*. Depuis, notre auteur a modifié sa façon de voir. Il pense (*R. G.* II, p. 804) que la *confessoria* était rédigée à peu près ainsi : *S. p. Stichum A<sup>i</sup> A<sup>i</sup> seruuum, quem N° N° se occidisse fassus est, iniuria occisum esse, quam ob rem, quanti is Stichus in eo anno plurimi fuit, t. p. N<sup>m</sup> N<sup>m</sup> A° A° dare oportet, etc.* Et, dans l'action *aduersus infitiantem*, il admet que la mention du double de la valeur de l'esclave figurait, non seule-

<sup>1</sup> *Loc. cit.*, p. 109.

<sup>2</sup> SELL dans ses *Jahrbb.* II, p. 198. SAVIGNY, *System* V, p. 571. Voy., contre ces deux auteurs, RUDORFF, *Zschr. f. gesch. R. W.* XIV, p. 379 et ss. Dans un sens voisin de celui de SAVIGNY, voy. BETHMANN-HOLLWEG, *C. Pr.* II, p. 301 et ss. ; voy. aussi HEFKE, *Taxatio* (1879), p. 93.

<sup>3</sup> *Zschr. f. gesch. R. W.* XIII, p. 32.

<sup>4</sup> *Gaius*, p. 113. Voy., contre cette reconstitution, la remarque décisive de KARLOWA, *C. Pr.*, p. 199 n. 1.

<sup>5</sup> *Jus natur.* IV, p. 405.

<sup>6</sup> *C. Pr.* p. 199.

<sup>7</sup> Le juge n'a pas à découvrir ici le contenu de la demande ; il ne s'agit pas ici d'un *quidquid*.

ment dans la *condemnatio*, mais encore dans l'*intentio*. Ces formules nouvelles ne sont pas plus admissibles que les anciennes. L'aveu, pour pouvoir produire un effet, doit se rapporter, non à un « occidisse », mais à un « iniuria se occidisse » (conf. la rubrique, citée plus haut, de la *Collatio*); les mots « si paret iniuria occisum esse » ne sauraient faire partie d'une action soi-disant *confessoria*. Enfin, d'après tout ce que nous savons, la négation du fait avait pour conséquence de faire croître au double l'action et non l'obligation.

Si l'on demande ce que l'on peut connaître avec *certitude* de la rédaction de nos formules, il faut répondre que c'est précisément le point méconnu par RUDORFF dans ses dernières hypothèses : toutes les formules<sup>1</sup> étaient, sans aucun doute, *in ius conceptae*. C'est, en effet, seulement à cette condition que devient compréhensible la nécessité où l'on se trouvait d'introduire une  *fictio ciuitatis*  dans la formule, pour rendre l'*actio legis Aquiliae* accessible aux pérégrins (Gai. IV. 37 i. f.). Tout le reste est douteux; mais, tant à cause de raisons pratiques qu'à cause du rattachement historique de nos formules à la  *legis actio copiae*  exactement sur la loi, il est vraisemblable que le préteur reproduisait *expressément* dans l'instruction donnée au juge la prescription légale relative à l'estimation et ne se bornait pas, ainsi que VOIGT l'admet, à y renvoyer tacitement. En conséquence, j'arrive à me représenter la formule *aduersus infitiantem* comme conçue à peu près en ces termes :

S. p. N<sup>m</sup> N<sup>m</sup> illum seruum iniuria occidisse<sup>2</sup>, quam ob rem, quanti is seruus in eo anno plurimi fuit, tantam pecuniam N<sup>m</sup> N<sup>m</sup> A<sup>o</sup> A<sup>o</sup> dare oportet<sup>3</sup>, tantam pecuniam duplam, iudex, N<sup>m</sup> N<sup>m</sup> A<sup>o</sup> A<sup>o</sup> c. s. n. p. a.

<sup>1</sup> Même la *formula confessoria*. Ulp. 18 fr. 25 § 2 h. t. ne va pas à l'encontre de cette affirmation, bien au contraire : le mot *notandum* du commencement du texte, le motif de la solution, *expressément* indiqué à la fin, tout cela est plutôt de nature à faire croire que la *formula confessoria* contenait une partie susceptible de tromper le juge, susceptible de l'amener à penser qu'il était *iudex non solum aestimandae, sed etiam iudicandaerei*. Le principe invoqué dans le fr. 23

§ 11 h. t. est aussi difficilement conciliable avec une rédaction *in factum*.

<sup>2</sup> HUSCHKE, dans sa première hypothèse, rédige ainsi la *demonstratio* : *Quod N<sup>m</sup> N<sup>m</sup>... iniuria se occidisse infitatus est*. Cela est certainement inexact : la loi n'a pas attaché son « *dare damnas esto* » à l'*infitiari*, mais bien à l'*occidisse* : l'*infitiari* n'est pas la condition du *dari*, mais de l'*in duplum condemnari oportere*.

<sup>3</sup> L'antique « *damnas esto* » se transforme, dans le langage classique

L'actio confessoria pouvait avoir une demonstratio conçue à peu près ainsi :

Quod ille seruus occisus est<sup>1</sup>, quem N<sup>m</sup> N<sup>m</sup> iniuria se occidisse fassus est.

Ou bien, comme le « fateri » précédait immédiatement ici la délivrance de l'actio et n'avait, en conséquence, plus besoin d'être prouvé in iudicio, la demonstratio disait peut-être simplement :

Quod ille seruus iniuria occisus est..., à quoi pouvait se rattacher une intentio rédigée de façon impersonnelle : « quam ob rem... dari oportet ».

L'action si seruus sciente domino occiderit devait naturellement exprimer le fait qui lui donnait naissance à la place du « si paret N<sup>m</sup> N<sup>m</sup>... occidisse ».

Enfin l'action noxale devait être basée sur un « s. p. Stichum seruuum (insciente domino?)<sup>2</sup> illum seruuum iniuria occidisse » et contenir les mots « aut noxae dedere » dans l'intentio<sup>3</sup> et dans la condemnatio.

Je ne donne d'ailleurs toutes ces reconstitutions que comme des hypothèses non vérifiées<sup>4</sup>, mais possibles. On peut se demander comment ces hypothèses se concilient<sup>5</sup> avec le renseignement que nous fournit le fr. 9 § 1 de R. C. (12. 4), d'après lequel, comme on sait, « ex lege Aquilia certi condictio competit ». Je crois, pour ma part, que ce fragment ne saurait être pris en considération. Le texte du fr. 9 est tellement criblé d'interpolations qu'il me paraît difficile de l'invoquer comme témoignage historique. Une chose certaine, c'est que l'action normale de la loi Aquilia n'était pas une véritable condictio certi<sup>6</sup>.

des formules, en « dare oportet ». La preuve nous en est fournie par l'action qui naît du legs per damnationem. Gai. II 204.

<sup>1</sup> Conf. Ulp. 18 fr. 23 § 11, fr. 25 pr. h. t.

<sup>2</sup> Ces mots me paraissent superflus; et la controverse indiquée dans le fr. 2 § 1 de noxal. act. (9. 4) est bien de nature à faire croire qu'ils ne figureraient pas dans la formule.

<sup>3</sup> Conf. § 75.

<sup>4</sup> On peut, en particulier, se demander si, dans notre action, comme, d'ailleurs, dans toutes les actions quae infl-

tiando in duplum crescunt, la formule ne contenait pas une fictio legis actionis per manus iniunctionem; malgré les difficultés que présente dans un pareil système la question de l'estimation, on ne saurait le rejeter avec certitude. Cf. BARON, *die Conditionen*, p. 215 et s.

<sup>5</sup> Voy. des essais de conciliation dans KELLER, *C. P.* à la n. 1107, dans SAVIGNY, *System V*, p. 586, dans RUDORFF, *Zschr. f. gesch. R. W.* XIV, p. 333 et ss., dans VOIGT, *Ius nat.* IV, p. 404; ils sont tous, à mon avis, inadmissibles.

<sup>6</sup> Conf. contre HUSCHKE : KARLOWA,

Les actions utiles qui se rattachent à ce premier chef sont de deux sortes. Tout d'abord, une *actio utilis* était donnée quand le défendeur était accusé, non pas d'un « *occidere* » au sens romain du mot<sup>1</sup>, mais d'un « *causam mortis praestare* »<sup>2</sup>; les actions utiles de cette espèce étaient, cela va de soi, nécessairement conçues *in factum*.

En outre, une action fut donnée à certaines personnes ou contre certaines personnes en dehors des cas prévus dans la loi. De là, une seconde catégorie d'actions utiles. Pour certaines de ces actions, on peut songer à des formules fictives semblables à celles que nous savons avoir existé pour le pérégrin ou contre lui; il devait, par exemple, en être ainsi dans le cas où l'action était intentée, soit par le *bonae fidei* possessor de l'esclave tué<sup>3</sup>, soit par la personne qui avait sur ce dernier un droit de gage<sup>4</sup>. L'action de l'usufruitier<sup>5</sup> avait peut-être aussi une formule de cette nature; pour ce dernier cas, cependant, une *conceptio in factum* me paraît plus vraisemblable, parce qu'ici, il y aurait eu un défaut d'harmonie entre la fiction et la manière dont était déterminé le montant des dommages-intérêts. Enfin, la formule *confessoria utilis* contre le *procurator*, le tuteur, le curateur, etc. (fr. 25 § 1 h. t.) devait simplement contenir la transposition de personnes habituelle<sup>6</sup>. Pour toutes nos actions utiles, il faut se garder de croire que la manière dont elles sont désignées dans les sources puisse servir à déterminer comment leurs formules étaient rédigées; les jurisconsultes les appellent tantôt *actiones utiles*, tantôt *actiones in factum*; mais il est certain qu'ils emploient indifféremment les deux expressions. Quand on dit *actio in factum*, cela ne veut pas dire *actio in factum concepta*; cela signifie simplement qu'il s'agit d'une action rédigée en vue d'une hypothèse particulière, par opposition à la formule *vulgaris* de l'Édit, mais cela ne nous renseigne point sur la façon dont elle était rédigée; de même, l'*actio utilis* est celle qui est donnée *ad exemplum legis Aquiliae*, qu'elle soit, d'ailleurs,

C. Pr., p. 199, n. 1. Un fait, surtout, est décisif contre la proposition repoussée par moi dans le texte : il existait ici une condamnation au double qui était étrangère à la *condictio certi*.

<sup>1</sup> PERNICE, *loc. cit.*, p. 148 et s.

<sup>2</sup> Conf., par ex., fr. 7 §§ 3, 6, fr. 9 pr. §§ 2, 3, fr. 11 §§ 1, 5 h. t.

<sup>3</sup> Fr. 11 § 8, fr. 17 h. t.

<sup>4</sup> Fr. 17, 30 § 1 h. t. (avec *taxatio usque ad modum debiti*).

<sup>5</sup> Fr. 11 § 10, fr. 12 h. t.

<sup>6</sup> PERNICE, *loc. cit.*, p. 159, admet ici une formule fictive.

conçue in factum ou fictivement ou avec transposition de personnes<sup>1</sup>. Voy., plus bas, ce qui est dit sur le § 16 h. t. des Institutes.

II. Les actions découlant du troisième chef étaient, sans doute, aussi nombreuses que celles découlant du premier, malgré que le commentaire d'Ulpian, dont les fragments conservés ne se rapportent qu'à l'interprétation de la loi<sup>2</sup>, nous fasse ici défaut. L'infitiando in duplum crescere est prouvé d'une façon générale pour tous les cas de l'action de la loi Aquilia<sup>3</sup>. Paul. 22 fr. 19 de noxal. act. (9. 4) s'occupe des délits des esclaves relatifs au troisième chapitre et s'appuie, à ce sujet, sur les mots dont se servaient la loi ou les formules<sup>4</sup>. Pour ce qui est de la rédaction des formules, je me borne ici à renvoyer aux développements donnés relativement au premier chapitre de la loi. Il faut aussi se reporter aux considérations qui précèdent pour déterminer comment étaient rédigées les actions utiles. De ces considérations, il résulte que, par ex., dans les hypothèses du fr. 13 pr., du fr. 27 §§ 9. 10. 14. 21. 35, du fr. 29 §§ 5. 7, du fr. 49 pr. h. t., du fr. 1 § 7 si quadrupes (9. 4), de Coll. XII. 7, 6, on doit admettre une *conceptio in factum*, tandis que, dans le cas du fr. 27 § 32 h. t., une *conceptio ficticia* était possible, bien que nullement nécessaire. Ici aussi, il convient de rappeler que le nom d'*actio utilis* ou d'*actio in factum* ne permet pas du tout de tirer une conclusion sur la manière dont la formule était rédigée. A la vérité, le § 16 des Inst. h. t., déjà mentionné, et qui s'applique à tous les cas d'extension de la loi, aussi bien aux cas se rattachant au premier chef qu'à ceux se rattachant au troisième, semble dire le contraire. D'après ce texte, il faut distinguer si, de la condition

<sup>1</sup> Qu'on rapproche, par ex., le fr. 2 § 20 ui bon. rapt. (47. 8) du fr. 9 § 2 h. t., le fr. 51 de furtis (47. 2) du fr. 53 h. t., le fr. 30 § 1 h. t. du fr. 11 § 8 et du fr. 17 h. t. PERNICE, *loc. cit.*, p. 157 et ss., part de cette idée, à mon sens inadmissible, que les expressions « *actio ficticia* » et « *actio in factum* » s'opposent l'une à l'autre.

<sup>2</sup> Citation de la loi et aperçu général : fr. 27 §§ 5. 6. Usserit : fr. 27 §§ 7-12, Coll. XII 7. Ruperit : fr. 27 §§ 13-24, Coll. II 4. *Damnum faxit* : fr. 27 §§ 25-28. *Iniuria* : fr. 27 §§ 29-35, fr. 29 pr. — § 7. *Quantum etc.* : fr. 29 § 8 h. t.

D'ailleurs, on ne saurait ici déterminer partout les divisions avec une certitude absolue. Conf. *Palingenesia*.

<sup>3</sup> Paul. Sent. I 19 § 1, Gai. III 216, conf. Const. 4 de leg. Aquil. (3. 35).

<sup>4</sup> Fr. 19 § 1 cit. : *Si serui, in quo ususfructus alienus est, dominus proprietatis operas conduxerit, uerba efficiunt, ut cum noxae deditioe dantur. Par ces « uerba », il faut entendre les mots qui posent le principe de la responsabilité du dominus, en tant que dominus : il ne peut pas se prévaloir de ce qu'il est simplement detentor nomine alieno.*



« *damnum corpore corpori datum* » exigée par la jurisprudence pour l'action directe, c'est seulement le « corpore » qui fait défaut ou de plus le « corpori » : dans le premier cas, il y aurait *actio utilis*; dans le second, *actio in factum*. Mais cette distinction ne s'accorde nullement avec le langage des autres sources; c'est ce qui résulte d'un simple coup d'œil jeté sur les exemples cités dans la note 1 de la p. 232. Il est une chose qui montre combien peu les jurisconsultes songaient à distinguer entre les deux expressions : en effet, Gai. III 219 nous dit que, dans tous les cas où l'on étendait les termes de la loi par voie d'analogie, il y avait *actio utilis*, tandis que Pompon. fr. 11 de P. V. (19. 5) et Paul. fr. 33 § 1 h. t. disent qu'alors il y a toujours *actio in factum*. Le texte des Institutes s'explique peut-être de la façon suivante : là où se rencontre le *damnum corpori datum*, la formule, conçue *in factum*, pouvait toujours se raccrocher aux hypothèses prévues par la loi dans le troisième chapitre <sup>1</sup>. Là, au contraire, où quelqu'un cause un dommage à autrui sans détruire ou détériorer matériellement une chose, un pareil rattachement aux termes de la loi était impossible; en conséquence, la formule n'indiquait nulle part, si ce n'est dans la *condemnatio*, qu'elle s'appuyait sur la loi *Aquilia*. Quelque jurisconsulte classique a pu remarquer cette différence entre les actions utiles naissant du troisième chef de la loi; et, de cette remarque, les rédacteurs des Institutes auront tiré, pour la mettre en appendice au § 219 de Gai. III, la conclusion choquante du § 16<sup>2</sup>. Il est, à mon avis, tout à fait impossible, en présence du témoignage des sources, qu'une façon de parler conforme à cette invention des compilateurs ait pu être le moins du monde en usage à l'époque classique.

<sup>1</sup> Par exemple : s. p. iniuria N<sup>i</sup> N<sup>i</sup> factum esse, ut ureretur.

<sup>2</sup> Dans la schol. 3 aux Bas. LX 3, 63 (Heimb. V, p. 325), l'*actio utilis* est présentée comme une sous-division d'un genre plus large, constitué par

l'*actio in factum*; d'après ce texte, l'*utilis* est toujours i. f., mais la i. f. pas toujours utilis. Il va de soi que cette scholie est dépourvue de toute autorité. Voy. encore DERNBURG, *Pand.* II, § 131 n. 4, qui explique autrement le § 16 Inst. cit.

§ 78. *IN FACTUM ADUERSUS NAUTAS CAUPONES  
STABULARIOS.*

Ulp. 18<sup>1</sup>, Paul. 22<sup>2</sup>.

Parmi les actions in factum se rattachant à la loi Aquilia, une seule figurait dans l'Album : celle dont il est question sous la présente rubrique. La raison en est, sans doute, que cette action n'était pas simplement une extension de la loi, et que, dans l'obligation des nautae, etc., à raison du délit commis par leurs gens, un nouveau principe de droit entraînait en jeu. Aucun édit relatif à cette action ne nous a été transmis; d'après la place de la formule dans le commentaire de Paul<sup>3</sup>, il est, d'ailleurs, très vraisemblable qu'il n'en a jamais existé<sup>4</sup>. Les parties essentielles de la formule sont reconnaissables dans les sources; je groupe ici ces différentes parties sous forme de reconstitution<sup>5</sup>:

*S. p. in naue (caupona, stabulo), quam (quod) N° N° tum exercebat<sup>6</sup>, N° N° eumue<sup>7</sup>, quem N° N° eius nauis nauigandae<sup>8</sup> (eius cauponae exercendae<sup>9</sup>, eius stabuli exercendi) causa ibi tum habuit<sup>10</sup> (qui habitandi causa ibi tum fuit<sup>11</sup>), A° A° damnum iniuria dedisse, q. d. r. a., quanti ea res in eo anno plurimi (in diebus triginta proximis) fuit<sup>12</sup>, tantam pecuniam duplam<sup>13</sup>, iudex, N° N° A° A° c. s. n. p. a.*

<sup>1</sup> Fr. 7 nautae (4. 9).

<sup>2</sup> Fr. 6 eod., fr. 19 § 2 de nox. act. (9. 4).

<sup>3</sup> Voy. plus haut, p. 9.

<sup>4</sup> Le fait qu'il existe un édit pour l'actio furti aduersus nautas caupones stabularios (voy. plus loin § 136) ne prouve rien contre ce qui est dit au texte. Qui peut, en effet, affirmer que ces deux actions in factum ont été créées en même temps?

<sup>5</sup> RUDORFF (*E. P.* § 70) arrive à un résultat presque identique; voy., en un sens différent et certainement inexact, KELLER, *Jahrb. d. gem. Rts.* III, p. 189, n. 35.

<sup>6</sup> Ulp. 18 fr. 7 pr. §§ 5 6 nautae (4. 9) cf. fr. un. pr. § 3 furti adu. naut. (47. 5).

<sup>7</sup> Arg. fr. un. pr. furti adu. naut. (47. 5). Conf. plus bas § 136. L'auteur

du délit n'a pas besoin d'être nommé désigné, arg. fr. 6 § 4 nautae (4. 9) v. « ut certi hominis factum arguamus ».

<sup>8</sup> Arg. fr. un. § 1 furti adu. naut. (47. 5), fr. 1 § 2 de exerc. act. (14. 1).

<sup>9</sup> Arg. fr. un. § 6 eod.

<sup>10</sup> Arg. fr. un. pr. furti adu. naut. (47. 5).

<sup>11</sup> Paul. 22 fr. 6 § 3 nautae (4. 9) cf. fr. un. § 6 furti adu. naut. (47. 5).

<sup>12</sup> Paul. 22 fr. 6 § 2 nautae (4. 9) : Sed si damnum in eo datum sit ab alio, qui in eadem naue uel caupona est, cuius factum praetor aestimare solet (opposition entre la taxatio prétorienne de l'actio de recepto et l'aestimatio de la loi Aquilia), non putat Pomponius eius nomine hanc actionem utilem futuram.

<sup>13</sup> Ulp. 18 fr. 7 § 1 nautae (4. 9).

Actio utilis, si seruus nautae damnum dederit : Ulp. 18 fr. 7 § 3 nautae (4. 9).

Actio de peculio aduersus dominum exercitoris : fr. 19 § 2 de noxal. act. (9. 4), fr. 42 pr. de furtis (47. 2).

Ad exemplum exercitoriae : Ulp. 18 fr. 7 § 6 nautae (4. 9).

RUDORFF fait figurer dans l'Album le modèle reconstitué de ces deux dernières formules; il a évidemment été poussé à cela par la mention d'une « formula uolgaris », qu'on trouve au fr. 42 pr. cit. de furtis; mais il résulte de l'ensemble du texte que ce passage vise la formule ordinaire de l'action furti aduersus nautas correspondant à notre action, formule à laquelle on devait faire, au cas prévu par le fr. 42 pr., les additions indiquées dans ce texte.

§§ 79 — 81. FINIUM REGUNDORUM. FAMILIAE ERCISCUNDAE.  
COMMUNI DIUIDUNDO.

Ulp. 19, Paul. 23, Gai. 7, Jul. 8.

Au Digeste, l'action finium regundorum est mise en tête des iudicia diuisoria; aux Codes de Théodose et de Justinien, elle figure, au contraire, à la fin et l'action familiae erciscundae occupe la première place. L'ordre du Digeste était celui des commentaires de l'Édit et sans doute aussi de l'Édit lui-même<sup>1</sup>; c'est, du moins, ce qui me semble résulter de Paul. 23 fr. 56 fam. erc. (10. 2) :

Non solum in finium regundorum, sed et familiae erciscundae iudicio praeteriti quoque temporis fructus ueniunt.

Cependant, je vais m'occuper tout d'abord des formules de l'actio familiae erciscundae et de l'actio communi diuidundo, parce que les sources nous ont transmis, pour ces deux actions, bien plus d'éléments de reconstitution que pour l'actio finium regundorum; relativement à cette dernière, nous en sommes réduits à conclure, sur les points essentiels, par voie d'analogie.

<sup>1</sup> RUDORFF (*E. P.* § 71, n. 1) est d'un autre avis.

1. (§ 80). FAMILIAE ERCISCUNDAE<sup>1</sup>.

Ulp. 19<sup>2</sup>, Paul. 23<sup>3</sup>, Gai. 7,<sup>4</sup> Jul. 8<sup>5</sup>.

La difficulté que présente la reconstitution des formules de tous les iudicia diuisoria gît dans la demonstratio. Celle de l'action familiae erciscundae est donnée par RUDORFF, *E. P.* § 71, comme conçue en ces termes :

Quod hereditas illius illi cum illo communis est, quam ob rem familiae erciscundae arbitrum sibi dari postulauerunt...

Mais cette liaison « quod hereditas... communis est, quam ob rem... » n'est pas heureuse et, pour le surplus, la demonstratio va à l'encontre de ce qu'on peut découvrir dans les sources. Dans cette reconstitution, une seule chose me paraît vraisemblable : c'est que la iudicis postulatio<sup>6</sup> était mentionnée dans la demonstratio; on peut même supposer, d'après la loi Rubria c. 23 :

qui de familia erciscunda iudicium sibi dari reddiue postulauerint,

que cette mention constituait elle-même la demonstratio<sup>7</sup> :

Quod..... de familia erciscunda iudicem sibi dari postulauerunt.

C'est à cette conclusion que nous conduisent également les commentaires : une semblable hypothèse permet seule, en effet, de souder entre eux, pour en faire un tout, les morceaux très reconnaissables de la formule que nous ont transmis les juriscultes. Enfin, la nature même des choses donne un nouvel appui

<sup>1</sup> D. (10. 2), C. (3. 36).

<sup>2</sup> Fr. 2, 4, 6, 8, 10, 12, 14, 16, 18, 20, 22, 24 h. t., fr. 43 ad. l. Falc. (35. 2), fr. 30 de manum. test. (40. 4) cf. fr. 22 § 5 h. t., fr. 44 de A. R. D. (41. 1) cf. fr. 8 § 2 h. t.

<sup>3</sup> Fr. 9, 11, 15, 21, 23, 25, 27, 29, 56 h. t.

<sup>4</sup> Fr. 1, 3, 5, 17, 19, 26, 28 h. t.

<sup>5</sup> Fr. 7 si pars her. (5. 4), fr. 51 h. t., vraisemblablement aussi un frag. portant une fausse inscription, le fr. 12 de statulib. (40. 7) cf. fr. 20 § 9 h. t.

<sup>6</sup> Cic. pro. Caec. c. 7 § 19, l. Rubria, c. 23. Dans le premier texte, on lit : arbitrum fam. erc. postulauit; dans le second : qui de fam. erc...

iudicium sibi dari reddiue postulauerint. Dans la formule des actions de la loi, on trouve, d'après Probus 4, 8 : iudicem arbitrumue. Dans la formule de l'Édit, on devait lire iudicem, malgré que, conformément à la tradition, le mot arbitur persiste dans les commentaires.

<sup>7</sup> Ce que Cicéron (de orat. I 56, § 237) et l'abréviateur de Festus nous apprennent de l'ercetum cieri et de l'ercetum citum (conf. également Aul. Gell. N. A. 19 in fine, Seruius ad Aeneid. VIII, 642, Nonius. s. v. citum) se rapporte sans doute à la legis actio et n'a conséquemment pas besoin d'être étudié ici.

à cette façon de voir, puisque la *iudicis postulatio* peut véritablement seule servir de base juridique à l'*adiudicari oportere* et que cet *adiudicari oportere* constitue la partie fondamentale de l'*intentio*; car c'est bien plus tard relativement que le « *quidquid alterum alteri praestare oportet ex fide bona* » a dû venir s'y accrocher. En prenant ce point de départ et en suivant pas à pas le commentaire d'Ulpien, ainsi qu'on peut le voir dans les notes, j'arrive à la *demonstratio* suivante, que je tiens pour certaine dans ce qu'elle a d'essentiel :

Quod Lucii Titii heredes<sup>1</sup> de familia erciscunda<sup>2</sup> deque eo, quod in ea hereditate ab eorum quo, postea quam heres factus sit, gestum admissumue sit<sup>3</sup>, iudicem sibi dari postulauerunt.....

A cette *demonstratio*, se rattachait tout d'abord, d'après ce qui résulte des commentaires, la clause d'*adiudicatio*, laquelle selon Gai. IV 42, était ainsi conçue :

QUANTUM ADIUDICARI OPORTET, IUDEX Titio ADIUDICATO.

Ce « Titio » est-il un reste des noms qui figuraient dans le modèle de la formule ou bien est-il le produit d'une erreur de copiste, pour « tantum »<sup>4</sup> ou pour « cui oportet »<sup>5</sup>? Comment peut-on compléter cette portion de la formule, que Gaius n'a pas intégralement reproduite et où les adjudicataires devaient être désignés de quelque manière? Ce sont là des points sans grande importance<sup>6</sup>. Le « quantum... *adiudicari oportet* » est commenté dans Ulp. 19 fr. 20 §§ 1 — ult., fr. 22 pr. h. t. (le jurisconsulte

<sup>1</sup> Ulp. 19 fr. 2 pr. — § 4 h. t., Paul. 23 fr. 25 pr. h. t., Gai. 7 fr. 1 h. t. Éventuellement : Quod C. Seius inter se et ceteros L. Titii heredes..... postulavit.

<sup>2</sup> Ici, les commentaires expliquent ce que comprend l'idée « d'hérédité à partager ». Ulp. 19 fr. 2 § 5, fr. 4, 6, 8, 10, 12, 14, 16 pr. — § 3 h. t., Paul. 23 fr. 25 §§ 1-14 h. t., Gai. 7 fr. 3, 5 h. t.

<sup>3</sup> Fr. 49 h. t. : nam ut familiae erciscundae agere quis possit... oportet... ex ea causa agere uel conueniri, quam gesit quodque admisit, posteaquam heres effectus sit. Le texte nous dit qu'au cas où la condition exigée par lui faisait défaut, le *iudicium directum* était refusé et qu'il y avait lieu alors de recourir à une action utile : on doit

donc admettre qu'il y avait dans la formule un passage où cette condition était exigée. Ce passage de la formule est d'ailleurs commenté tout au long dans Ulp. 19 fr. 16 §§ 4 — ult. (souligner au § 4 les mots *in usum fructum*) fr. 18, 20 pr. h. t., dans Paul. 23 fr. 25 §§ 15-19 h. t., dans Gai. 7 fr. 17, 19 h. t. Comme on le voit, il occupe précisément dans les commentaires la place que je lui ai assignée dans la formule.

<sup>4</sup> *tit* : cf. Apograph. Studem., p. 308.

<sup>5</sup> *Cuiō* : Huschke dans la *Jurispr. anteiust.*

<sup>6</sup> Contre KELLER (*C. Pr.* n. 458) et RUDORFF, qui admettent la forme « quantum paret alteri ab altero *adiudicari oportere* », conf. BEKKER, *Aktionen I*, p. 231, n. 9.

s'occupe aussi à cette place du legs per praeceptionem<sup>1)</sup>; le mot « adjudicato » est commenté dans Ulp. 19 fr. 22 §§ 1-3 h. t. et dans Paul. 23 fr. 25 §§ 20. 21 h. t.

La formule se terminait ainsi :

*quidquid ob eam rem alterum alteri<sup>2</sup> praestare<sup>3</sup> oportet ex fide bona<sup>4</sup>, eius, iudex, alterum alteri c. s. n. p. a.*

Cette partie de la formule est commentée dans Ulp. 19 fr. 22 §§ 4. 5, fr. 24 pr. h. t. et dans Paul. 23 fr. 25 § 22<sup>5</sup>, fr. 27, 29, 56 h. t.

La reconstitution des actions utiles<sup>6</sup> mentionnées en plusieurs endroits (fr. 2 § 1, 24 § 1, 40, 49 h. t.) ne présente pas, en général, de difficultés : la demonstratio indiquait le rapport juridique différent de celui qui était la règle; puis on justifiait le « quantum adjudicari oportet » et le « quidquid praestare oportet » au moyen d'une fiction (si heres esset, si heredes essent); la seule action utile du fr. 49 h. t. devait nécessairement être construite d'une autre façon.

## 2. (§ 81). COMMUNI DIUIDUNDO<sup>7</sup>.

Ulp. 19<sup>8</sup>, Paul. 23<sup>9</sup>, Gai. 7<sup>10</sup>, Jul. 8<sup>11</sup>.

Encore ici, c'est la demonstratio qui forme la partie difficile de la reconstitution. Les essais tentés jusqu'à ce jour sont de pure fantaisie<sup>12</sup> et ne peuvent donc en aucune façon être utilisés.

<sup>1</sup> Gai. II, 219 et s., conf. également Gai. 7 fr. 26, 28 h. t.

<sup>2</sup> Fr. 52 § 2 h. t.

<sup>3</sup> Ce mot revient à chaque instant; voy., par ex., fr. 22 §§ 4. 5, fr. 24 pr., fr. 25 §§ 16. 22, fr. 33, fr. 39 i. f., fr. 44 §§ 2. 3. 8, fr. 52 § 1 h. t.

<sup>4</sup> § 28 Inst. Just. de act. (4. 6), const. 9 h. t. En sens contraire, DERNBURG, *Compensation*, 2<sup>me</sup> édit., p. 91.

<sup>5</sup> Ce § peut aussi être envisagé comme une remarque sur la clause d'adjudicatio. Pour le surplus, les divisions des commentaires apparaissent très nettement.

<sup>6</sup> RUDORFF (*E. P.* § 71, n. 2) rapporte à cette matière le fr. 1 § 9 de dote prael. (33. 4) : il ne s'agit point là d'une utilis. fam. erc. actio.

<sup>7</sup> D. (10. 3), C. (3. 37).

<sup>8</sup> Fr. 4, 6 h. t.

<sup>9</sup> Fr. 1, 8, 10 h. t.

<sup>10</sup> Fr. 2, 11 h. t., fr. 13 de iudic. (5. 1) = fr. 2 § 1 h. t., fr. 45 de A. R. D. (41. 1).

<sup>11</sup> Fr. 24 h. t., cit. fr. 37 de R. V. (6. 1) cf. fr. 14 § 1 h. t.

<sup>12</sup> En dehors de RUDORFF, *E. P.* § 72, conf. PUCHTA, *Cursus* § 167 n. i, KELLER, *C. P.*, n. 458, HEFFTER, *Ad Gai.*, p. 59. La reconstitution de RUDORFF est adoptée, dans ce qu'elle a d'essentiel, par ECK, *Doppelseitige Klagen*, p. 89 et s.; celle de KELLER, par O. GEIB, *Die rtl. Natur der actio comm. diuid.* (diss. 1882), p. 73 et s.

Tout d'abord, il est admis presque par tout le monde <sup>1</sup> que l'objet à partager était désigné dans la formule. Mais le contraire est certain, ainsi qu'il résulte des deux textes suivants :

Ulp. 19 fr. 4 § 2 h. t. :

Hoc iudicium bonae fidei est : quare si una res indiuisa relicta sit, ualebit utique et ceterarum diuisio et poterit iterum communi diuidendo agi de ea quae indiuisa mansit.

Ulp. 75 fr. 13 h. t. :

In iudicium communi diuidendo omnes res ueniunt, nisi si quid fuerit ex communi consensu exceptum nominatim, ne ueniat <sup>2</sup>.

Il suit de là que la formule ordonnait simplement au juge de partager le « commune ».

De plus, et c'est un point qui est resté jusqu'ici inaperçu, la demonstratio, comme celle de l'actio familiae erciscundae, contenait une disposition relative aux praestationes; disposition qui, très vraisemblablement, nous a été conservée mot pour mot dans un passage du fr. 3 pr. h. t. (Ulp. 30 ad Sabin.); ce passage, qui sent bien sa formule, est ainsi conçu :

In communi diuidendo iudicio nihil peruenit ultra diuisionem rerum ipsarum quae communes sint et si quid in his damni datum factumue est siue quid eo nomine aut abest alicui sociorum aut ad eum peruenit ex re communi.

L'existence de cette disposition ne résulte pas seulement de l'explication précise qu'on en trouve aux commentaires (voy. plus bas, p. 240, n. 4); elle découle encore du fait que, dans les cas où la formule ne pouvait pas recevoir une rédaction conforme à cette exigence, il était nécessaire de recourir à une action utile. Ulp. 19 fr. 6 pr. h. t. :

Si quis putans sibi cum Titio fundum communem esse fructus perceperit uel sumptum fecerit, cum esset cum alio communis, agi poterit utili communi diuidendo iudicio.

<sup>1</sup> KARLOWA, *R. R. G.* II, p. 457 n. 1, p. 459 n. 1, est seul d'un avis différent; cet auteur repousse toute demonstratio. Mais l'existence d'une demonstratio résulte des commentaires,

que KARLOWA laisse d'ailleurs complètement dans l'ombre.

<sup>2</sup> Conf. également Paul. Sent. I, 18 §

Si l'actio directa est refusée ici, c'est visiblement parce que ni la perception des fruits ni la dépense n'ont été faites « communi nomine », comme le veut le passage de la demonstratio qui nous occupe; le fr. 6 § 2 et le fr. 14 pr. h. t. démontrent aussi très énergiquement que l'existence de cette condition était requise pour qu'il y eût iudicium directum.

En conséquence, je considère comme possible une formule conçue à peu près en ces termes :

*Quod. L. Titius C. Seius<sup>1</sup> de communi [eorum?] diuidundo<sup>2</sup> et si quid in communi damni<sup>3</sup> datum factumue sit siue quid eo nomine aut absit eorum cui aut ad eorum quem peruenerit<sup>4</sup>, iudicem sibi dari postulauerunt<sup>5</sup> : quantum..... adiudicari oportet, iudex..... adiudicato<sup>6</sup> : quidquid ob eam rem alterum alteri praestare oportet ex fide bona<sup>7</sup>, eius, iudex, alterum alteri c. s. n. p. a.*

Arrivons aux actions utiles. Une formule spéciale était proposée dans l'Album pour une classe de ces actions : à savoir, pour les cas où l'actio directa était inapplicable parce qu'on demandait le partage d'une communauté ne comportant pas de propriété commune (le mot propriété pris ici dans son sens le plus large); cf. § 82. D'une toute autre espèce sont les cas du fr. 6 pr. (modification des mots « eo nomine »), des fr. 11, 14 § 1 (suppression des mots « de communi diuidundo » et de la clause d'adiudicatio; adaptation nécessaire pour le surplus de la formule), du fr. 6 § 1 h. t. (combinaison du fr. 6 pr. et du fr. 11).

<sup>1</sup> Paul. 23 fr. 8 pr. h. t. Éventuellement : Quod L. Titius inter se et C. Seium..... (postulauit).

<sup>2</sup> Ulp. 19 fr. 4 pr. — § 2 h. t., Paul. 23 fr. 8 § 1 h. t., Gai. 7 fr. 2 pr. h. t. Sur le mot « commune », conf., de plus, const. 3 in quibus caus. cess. l. t. praescr. (7. 34).

<sup>3</sup> Cf. fr. 26 h. t.

<sup>4</sup> Ulp. 19 fr. 4 §§ 3. 4, fr. 6 pr. — § 7 h. t. (sur « eo nomine » en particulier : fr. 6 pr. — § 2); Paul. 23 fr. 8 §§ 2-4 (§ 2 : si quid damni; §§ 3. 4 : si quid abest eorum cui), fr. 10 pr. h. t.; Gai. 7 fr. 11 h. t. Sur « peruenerit », voy. encore Paul. 22 fr. 19 pr. in fin. de noxal. act. (9. 4).

<sup>5</sup> Gai. 7 fr. 2 § 1 h. t. Fr. 7 pr. de

reb. eor. (27. 9). Conf. Isidor. Orig. V 25 § 10 : Communi diuidundo est inter eos quibus communis res est : quae actio iubet postulanti bus iis arbitrium (l. arbitrum) dari, cuius arbitratu res diuidatur.

<sup>6</sup> Gai. IV 42. Sur ce point : Ulp. 19 fr. 6 §§ 8-10 h. t., Paul. 23 fr. 10 § 1 h. t.

<sup>7</sup> Ulp. 19 fr. 6 §§ 11. 12 h. t., Paul. 23 fr. 10 § 2 h. t. Relativement à « praestare », cf. fr. 11 h. t. et, de plus, fr. 4 § 3, 6 §§ 1. 2, 20, 25 h. t. Relativement aux mots « ex fide bona » : fr. 4 § 2, fr. 14 § 1, fr. 24 pr. h. t., const. 3 comm. utr. (3. 38), § 28 Inst. Just. de act. (4. 6).



3. (§ 79). FINIUM REGUNDORUM<sup>1</sup>.

Ulp. 19<sup>2</sup>, Paul. 23<sup>3</sup>, Gai. 7<sup>4</sup>, Jul. 8<sup>5</sup>.

L'histoire de l'actio finium regundorum est en dehors des limites de notre travail \*. Pour ce qui est de la formule, l'adjudicatio, l'intentio et la condemnatio ne nécessitent aucune recherche : ces parties de la formule étaient de tout point semblables à celles des actions étudiées ci-dessus (cependant, nous n'avons pas la preuve que l'actio fin. reg. fût de bonne foi); elles sont commentées par Ulp. 19 fr. 2 § 1 h. t., Paul. 23 fr. 4 §§ 5-7<sup>7</sup> et Gai. 7 fr. 3 h. t. Encore ici, c'est la demonstratio qui fait difficulté; sur cette demonstratio, nous sommes renseignés uniquement par Paul. 23 fr. 4 pr.-§ 4 h. t. : c'est le seul commentaire qui nous en ait été conservé. De ce commentaire, il résulte, *en premier lieu*, qu'il n'était pas question dans la formule d'une controversia unius loci<sup>8</sup>, arg. fr. 4 pr. h. t.<sup>9</sup> :

Sed et loci unius controversia in partes res scindi adiudicationibus potest.

Du même commentaire, il résulte, *en second lieu*, que, très vraisemblablement, la demonstratio contenait, ici aussi, une disposition relative aux prestations possibles : c'est à cela qu'on doit rapporter le fr. 4 §§ 1-3, conf. § 6 Inst. Just. de off. iud. (4. 17). *Enfin*, il est probable que la demonstratio était basée sur un « *quod L. Titius C. Seius de finibus fundorum regundis..... iudicem sibi dari postulauerunt* », car, au fr. 4 § 4, à la fin des explications sur la demonstratio et avant le début de celles relatives à l'adjudicatio, on lit :

Si dicantur termini deiecti uel exarati, iudex, qui de crimine cognoscit, etiam de finibus cognoscere potest.

Le plus simple est de rattacher ces mots au « quod... iudicem

<sup>1</sup> D. (10. 1), C. (3. 39).

<sup>2</sup> Fr. 2 h. t.

<sup>3</sup> Fr. 1, 4, 6 h. t.

<sup>4</sup> Fr. 3 h. t.

<sup>5</sup> Fr. 9 h. t.

<sup>6</sup> KARLOWA, *Beiträge*, p. 141 et ss., a, selon moi, démontré parfaitement, à l'encontre de RUDORFF, que l'actio fin. reg. a toujours été limitée à la controversia de fine; la réponse de RUDORFF, dans l'*E. P.* § 78 n. 5, ne

réfute certainement pas cette démonstration.

<sup>7</sup> Le fr. 4 §§ 8-11 et le fr. 6 h. t. contiennent des remarques finales ne se rattachant pas aux termes mêmes de la formule.

<sup>8</sup> Conf. const. 3 h. t. = const. 1 C. Theod. h. t. (2. 26).

<sup>9</sup> Conf., sur ce point, KARLOWA, *loc. cit.*, p. 142 et ss.

postulauerunt » de la demonstratio; cependant, ils *peuvent* aussi avoir trait au passage où elle s'occupait des *admissa circa fines*<sup>1</sup>.

§ 82. DE UTILI COMMUNI DIUIDUNDO IUDICIO.

Ulp. 20<sup>2</sup>, Paul. 24<sup>3</sup>.

Le fait qu'Ulpien et vraisemblablement aussi Paul n'expliquent pas l'utilis comm. diu. actio (voy. p. 240) dans le même livre que l'actio directa rend déjà plausible la supposition qu'une formule spéciale pour l'actio utilis figurait dans l'Édit. Cette supposition est encore fortifiée par l'examen de ce que contient Ulp. 20 fr. 7 cit. Dans les pr. — § 2 de ce fragment, il est dit, tout d'abord, que l'emploi de l'actio comm. diu. directa n'est pas limité aux rapports de copropriétaires quiritaires, et que, même pour le partage d'agri uectigales, de fonds provinciaux (c'est à ces derniers qu'il faut songer dans le § 4) ou de fonds possédés selon les règles du droit publicien, il n'y avait lieu à aucune modification de la formule : tout cela est d'ailleurs fort naturel, si l'on songe que la formule de l'action directe ne désignait pas nommément la chose commune à partager, mais parlait simplement d'une façon générale de « communi diuidundo ». Puis, Ulpien, au § 3, continue en ces termes :

Ex quibus<sup>4</sup> autem causis uindicatio cessat, si tamen iusta causa est possidendi, utile communi diuidundo competit.....

La manière dont Ulpien commente, dans les §§ 3-10, la condition à laquelle est subordonné ce iudicium utile (existence d'une iusta causa possidendi avec absence de uindicatio directa et utilis); les expressions dont il se sert pour dire si ce iudicium est applicable ou non (hoc iudicium locum habet, non habet, non debere hoc iudicium dari, cessare hoc iudicium, non erit huic utili iudicio locus, hoc iudicium competit) rendent certain que nous sommes ici en présence d'une formule qui était proposée dans l'Édit et conçue de la même façon pour tous les cas<sup>5</sup> exami-

<sup>1</sup> Conf. § 6 Inst. Just. de off. iud. (4. 17) v. : quod forte circa fines malitiose aliquid commisit, uerbi gratia quia lapides finales furatus est.

<sup>2</sup> Fr. 7 comm. diuid. (10. 3).

<sup>3</sup> Fr. 7 de ui (43. 16) cf. fr. 7 § 5 comm. diuid. (10. 3). Peut-être le fr. 10 § 1 comm. diuid. (Paul. 23) est-il

tiré par interpolation de Paul. 24. Conf. Ulp. 20 fr. 7 § 7 eod.

<sup>4</sup> Flor. : quibusdam. La lecture admise au texte est conforme aux Basiliques et à la scholie de Cyrillus (Heimb. I, p. 799, 800).

<sup>5</sup> Possession qui donne lieu à une usureceptio (§ 3, où au lieu de « ex

nés par Ulpien. Cette formule a échappé à l'attention de RUDORFF.

L'absence de matériaux rend impossible la reconstitution de la formule. Dans tous les cas, l'exigence d'une *possessio ex iusta causa* en commun était mentionnée dans la formule. Une rédaction fictive n'est pas vraisemblable; le juge, en effet, ne *devait* et ne *pouvait* pas décomposer les rapports de communauté pris ici en considération de la même manière que ceux naissant d'une communauté de propriété.

### §§ 83 — 88. DE FIDEIUSSORE ET SPONSORE<sup>1</sup>.

Ulp. 20<sup>2</sup>. 21<sup>3</sup>. 22<sup>4</sup>, Paul. 24<sup>5</sup>. 25<sup>6</sup>, Gai. 8<sup>7</sup>, Jul. 88<sup>8</sup>. 89<sup>9</sup>. 90<sup>10</sup>.

A la suite de la réglementation des rapports engendrés par une communauté de *droits*, figure dans l'Édit le chapitre du *cautionnement*, envisagé, probablement, comme constituant une communauté d'*obligations*.

Une grande partie des fragments tirés des commentaires et cités dans les notes ont nécessairement rapport à cette matière; pour d'autres de ces textes, on peut soupçonner un tel rapport, avec plus ou moins de vraisemblance; et si, pour quelques autres, la relation reste obscure, cela s'explique simplement par ce fait, que nous sommes très insuffisamment renseignés sur le droit des actions naissant du cautionnement à l'époque classique. Je vais essayer, tout d'abord, de mettre, autant que possible, en lumière la relation que présentent les textes avec notre matière.

Gai. III 121 nous dit :

*causa indebiti soluti res* », il faut lire avec KELLER : *ex causa debiti soluti fiducia*); possession des créanciers gagistes (§ 6), des usufruitiers (§ 7), des *missi in possessionem* (§ 8). Conf. de plus fr. 10 § 1 h. t., fr. 32 de stipul. seru. (45. 3).

<sup>1</sup> Paul. Sent. I, 20.

<sup>2</sup> Fr. 41 pro socio (17. 2), fr. 60, 72 de V. O. (45. 1).

<sup>3</sup> Fr. 15 de indic. (5. 1), fr. 19 de pignor. (20. 1), fr. 30 de hered. instit. (28. 5), fr. 44 ad. l. Falc. (35. 2), fr. 30 de m. c. don. (39. 6), fr. 2 de cess. bon. (42. 3), fr. 42 de O. et A. (44. 7), fr. 33 de V. S. (50. 16), fr. 134 de R. J. (50. 17).

<sup>4</sup> Fr. 17 de statu hom. (1. 5), fr. 27 de fideiuss. (46. 1).

<sup>5</sup> Fr. 23 de N. G. (3. 5), fr. 29 de pec. constit. (13. 5), fr. 26 de adm. et per. (26. 7), fr. 40 de auct. (26. 8), fr. 7 de ui (43. 16), fr. 73 de V. O. (45. 1), fr. 1 rem pup. (46. 6), fr. 1 iud. solui (46. 7), fr. 32, 34 de V. S. (50. 16).

<sup>6</sup> Fr. 28 de fideiuss. (46. 1).

<sup>7</sup> Fr. 1, 3 de grad. (38. 10), fr. 31 de m. c. don. (39. 6), fr. 26 de fideiuss. (46. 1), fr. 133 de R. J. (50. 17). Fr. 74 de V. O. (45. 1)? voy. p. 249, n. 1.

<sup>8</sup> Fr. 59 de V. O. (45. 1).

<sup>9</sup> Fr. 17 de fideiuss. (46. 1).

<sup>10</sup> Fr. 2 de compens. (16. 2), fr. 18 de fideiuss. (46. 1).

... sponsor et fidepromissor lege Furia biennio liberantur, et quotquot erunt numero eo tempore quo pecunia peti potest, in tot partes diducitur inter eos obligatio et singuli (in) iuriles partes obligantur.

L'explication de cette décision devait nécessairement amener à traiter la question de la divisibilité des obligations et celle de la naissance des actions : cette dernière question devait être examinée, et pour établir le point de départ du délai de deux ans, et pour déterminer le moment auquel s'opérait le partage de l'obligation. A cela, je rapporte Ulp. 20 fr. 60, 72 de V. O. (45. 1), Paul. 24 fr. 73 pr. eod., fr. 26 de adm. et peric. (26. 7), fr. 1 rem pupilli (46. 6), fr. 1 iud. solui (46. 7) cf. fr. 5 § 4 eod., Jul. 88 fr. 59 de V. O. (45. 1).

La loi Appuleia (Gai. III 122) accorde à celui qui s'est engagé avec d'autres comme sponsor ou fidepromissor et qui a payé plus que sa part une action contre les autres, de eo quod amplius dederit. Aduersus ceteros : naturellement à condition que le co-obligé qu'il veut poursuivre ait lui-même payé *moins* que sa part. C'est à cela peut-être que se rapportent Paul. 24 fr. 32 de V. S. :

Minus solum intellegitur etiam si nihil esset solum, et Jul. 89 fr. 17 de fid. (46. 1).

La lex Publilia (Gai. III 127, IV 22) accordait au sponsor qui avait payé pour le débiteur principal et qui n'était pas remboursé par ce dernier dans un délai de six mois, une action en recours, appelée actio depensi. Ici, les jurisconsultes devaient préciser quand le fait du payement (datum depensum)<sup>1</sup> était donné : Paul. 24 fr. 23 de N. G. (3. 5).

Les sponsores et les fidepromissores pouvaient être efficacement poursuivis « quamuis interdum ipse qui promiserit non fuerit obligatus, uelut si *mulier* aut pupillus sine tutoris auctoritate... dari promiserit ». Cf. Gai. III 119. C'est peut-être à cet ordre d'idées que se rapporte Paul. 24 fr. 10 de auct. tut. (26. 8).

La lex Cicereia (Gai. III 123), dispose :

... utis qui sponsores aut fidepromissores accipiat, praedical palam et declaret, et de qua re satis accipiat et quot sponsores aut fidepromissores in eam obligationem accepturus sit...

<sup>1</sup> L. Jul. munic. lln. 115.

C'est à cela que se rapporte Ulp. 21 fr. 33 de V. S. (50. 16) :

Palam est coram pluribus.

Le défaut de praedictio entraînait, sous certaines conditions, la *libération* des cautions. Ceci amène Ulp. 21 fr. 19 de pignor. (20. 1) à nous dire per contrarium :

Qui pignori plures res accepit, non cogitur unam liberare nisi accepto uniuerso quantum debetur.

La lex Cornelia (Gai. III 124), visant toutes les sortes de cautions, défendait qu'une même personne s'engageât, pour un même débiteur, vis-à-vis d'un même créancier, « in amplio rem summam creditae pecuniae quam in uiginti milia ». D'après Gaius, il faut entendre ici par pecunia credita, non seulement le prêt, mais toute dette, pourvu cependant qu'elle ne fût pas *conditionnelle*. C'est probablement à propos de cela qu'Ulpien 21 fr. 42 de O. et A. (44. 7) nous explique ce que c'est qu'un creditor ; cette notion, en effet, est en corrélation avec celle de « pecunia credita » ; il en est de même de la remarque de Paul. 24 fr. 73 § 1 de V. O. (45. 1) et, peut-être aussi, du fr. 34 de V. S. (50. 16).

Le bénéfice de division de l'epistula D. Hadriani (Gai. III 121) occupe la dernière place dans les commentaires. A cela se rapportent évidemment : Ulp. 22 fr. 27 de fideiuss. (46. 1), Paul. 25 fr. 28 eod., Gai. 8 fr. 26 eod. La remarque d'Ulp. 22 fr. 17 de statu hom. (1. 5) sur l'octroi général du droit de cité romaine survenu au temps de Caracalla peut de même s'être glissée relativement à cette matière. Le fait que la loi Furia ne s'appliquait sans doute qu'aux citoyens romains<sup>1</sup> a amené le jurisconsulte à mentionner la réforme de Caracalla.

Nous avons ainsi assigné leur place à la plupart des fragments cités en tête de ce paragraphe. Parmi ceux qui restent, quelques-uns ont un rapport étroit avec la matière du cautionnement : tels sont Ulp. 20 fr. 41 pro socio (influence d'une stipulation de recours sur l'action en recours de la loi Appuleia), Paul. 24 fr. 29 de pec. constit. conf. fr. 8 § 5 de fideiuss., Paul. 24 fr. 73 § 2 de V. O. conf. fr. 91 §§ 3. 4 eod. Malgré tout, il reste encore un certain nombre de textes sur la relation primitive desquels on ne peut faire que des hypothèses incertaines.

<sup>1</sup> Cela n'est dit expressément nulle part, mais n'en est pas moins certain. p. 156 et ss. Voy. aussi, à ce sujet, Gai. IV 22. Conf. WLASSAK, *Prozessgesetze* II,

Quand Gai. 8 fr. 1, 3 de gradib. donne un tableau des parents jusqu'au septième degré, c'est peut-être à l'occasion des personae exceptae de la loi Cornelia, personnes qui pouvaient se porter cautions sans aucune limitation. Les recherches de Gai. 8 fr. 31 de m. c. don. et d'Ulp. 21 fr. 30 eod. sur ce qu'il faut entendre par « mortis causa capere » peuvent venir à l'occasion du recours accordé à la caution<sup>1</sup>, conf. fr. 10 § 13 mand. (17. 4). Il est encore plus malaisé de déterminer à quoi se rapportaient Ulp. 21 fr. 44 ad l. Falc. (35. 2), fr. 2 de cess. bon. (42. 3), fr. 30 de hered. inst. (28. 5), fr. 134 de R. J. (50. 17), Gai. 8 fr. 133 eod.<sup>2</sup> La difficulté n'est pas moindre pour Ulp. 21 fr. 15 de iudic. (5. 1) :

Filius familias<sup>3</sup> iudex si litem suam faciat, in tantam quantitatem tenetur, quae tunc in peculio fuit, cum sententiam dicebat. (§ 1). Iudex tunc litem suam facere intellegitur cum dolo malo in fraudem legis sententiam dixerit (dolo malo autem uidetur hoc facere, si euidentis arguatur eius uel gratia uel inimicitia uel etiam sordes), ut ueram aestimationem litis praestare cogatur.

Pour RUDORFF, *E. P.* § 79, il résulte de ce texte que la clause Si iudex litem suam fecerit se trouvait dans le voisinage immédiat de ce que l'Édit contenait sur le cautionnement. Je considère que c'est là une hypothèse impossible : si, en effet, l'inscription de notre fragment est exacte, celui-ci était placé au milieu de la matière du cautionnement, dans le voisinage des rubriques ad legem Cicereiam et ad legem Corneliam (Ulp. 21), certainement avant la rubrique ad epistulam D. Hadriani (Ulp. 22) : comment la clause Si iudex litem suam fecerit eût-elle pu se trouver dans ces parages<sup>4</sup>? Le fr. 15 cit. (en admettant que

<sup>1</sup> Voy., dans l'édition allemande, une autre hypothèse encore plus lointaine.

<sup>2</sup> Le fr. 134 pr. de R. J. décide que la renonciation à une succession ne constitue pas une fraudatio creditoris. C'est également à ce délit qu'a trait le fr. 134 § 1 et, sans doute aussi, le fr. 133 cit. S'agissait-il ici d'un accord frauduleux, destiné à soustraire aux sponsors et aux créanciers une partie de la fortune du débiteur? Conf. l. Jul. municip. lin. 114. 115: Qui sponsoribus creditoribusue suis renun-

tiauit renuntiauerit se soldum soluere non posse aut cum eis pactus est erit se soldum soluere non posse.

<sup>3</sup> Mommsen : post « filius familias » uerba « ubi contraxit » uel similia male uidentur sublata esse. « Post », dit Mommsen ; il faut, peut-être, dire « ante » : les compilateurs auront mal coupé le texte. Je tiens pour assuré que la critique ne peut ici qu'émettre une conjecture.

<sup>4</sup> Conf. plus haut § 59 (64).

l'inscription du texte soit exacte) nous met bien plutôt en présence d'un cas particulier de *litem suam facere*, dont l'explication était occasionnée par une des lois sur le cautionnement. La teneur même du texte parle fortement en ce sens; Ulpien, en effet, y dit que « *litem suam facere* », c'est « *dolo malo in fraudem legis sententiam dicere* »; s'il s'agissait là d'une définition générale du délit, ces termes seraient beaucoup trop étroits (voy. plus haut, p. 187 et s.); de plus, cette expression « *in fraudem legis* » paraît très bien se rapporter à un jugement rendu en fraude d'une loi *déterminée*. Qu'on se rappelle maintenant que, d'après Gai. III 124, la loi Cornelia semble avoir été une *lex imperfecta*, en ce sens qu'elle défendait de se porter caution au delà d'une certaine limite (*qua lege uetatur*), mais ne prononçait pas de nullité pour le cas où on le faisait; dès lors, on est facilement amené à cette pensée: le prêteur aura pris à son compte la sanction de la loi Cornelia et, dans la formule, il aura, d'une façon quelconque, renvoyé le juge à cette loi: en conséquence, le « *pluris condemnare* » aura constitué un « *litem suam facere* » (Gai. IV 52), exposant le juge à un recours de la caution.

Je viens de hasarder une hypothèse supposant que l'activité du prêteur s'était manifestée à l'occasion de la loi Cornelia. Comme conclusion, la question se pose à nous, avec un caractère général, de savoir ce que pouvait contenir la portion de l'Édit relative aux lois sur le cautionnement. Je place dans ce passage de l'Album les moyens de droit suivants:

1. *Ad legem Furiam* (Ulp. 20, Paul. 24); le prêteur proposait sous cette rubrique la formule de la demande en restitution introduite primitivement par *manus iniectio pro iudicato*; c'est l'*actio legis Furiae*<sup>1</sup>. Gai. IV 22, 109.

2. *Ad legem Appuleiam* (Paul. 24); nous devons rechercher ici l'action en recours introduite par cette loi<sup>2</sup>. Gai. III 122.

3. *Ad legem Publiliam* (Paul. 24); c'était ici la place de l'*actio depensi* qui, on le sait, était (comme, d'ailleurs, sans doute aussi l'*actio legis Furiae*) une *actio quae infitiando in duplum crescit*. Gai. III 127, IV 22, 171, Paul. Sent. I 19 § 1.

<sup>1</sup> Il n'était point proposé d'*exceptio legis Furiae* (conf. DEMELIUS, *Untersuchungen*, p. 16 n. 6); elle tombait

sous la rubrique générale du § 279.

<sup>2</sup> Peut-être s'agit-il de cette action dans le fr. 72 pr. in fin. de V. O.

4. Ad legem Cicereiam (Ulp. 21) : d'après Gai. III 423, les sponsors et les fidepromissores pouvaient, en se basant sur cette loi, demander pendant trente jours un *praeiudicium* « an ex ea lege praedictum sit ». Il n'est pas douteux que la formule n'en fût proposée ici.

5. Ad legem Corneliam (Ulp. 21, Paul. 24) ; ici, comme dans le cas de la loi Furia, une action en restitution était proposée par le préteur ; si, comme j'incline à le penser, une *exceptio legis Corneliae* pouvait être opposée à la demande primitive, il n'en résulte nullement que notre action n'existât pas.

6. Ad epistulam D. Hadriani (Ulp. 22, Paul. 25, Gai. 8). D'après Gai. III 421 et Gai. 8 fr. 26 de *fideiuss.* (46. 1), cette loi laissait intacte l'obligation des cautions, telle qu'elle résultait du droit civil ; elle ordonnait seulement qu'en cas de solvabilité de toutes les co-cautions, le créancier fût *contraint* de diviser l'action qu'il avait in solidum contre chacune. Cette contrainte ne pouvait être imposée que par le préteur et il en était question dans l'Édit. Paul. Sent. I 20 :

Inter fideiussores ex edicto praetoris, si soluendo sint, licet singuli in solidum teneantur, obligatio diuidetur.

Cf. également const. 10 § 1 de *fideiussorib.* (8. 40 [41])<sup>1</sup>. Voici, sans doute, de quelle manière la contrainte en question était régulièrement exercée : quand la caution poursuivie établissait in iure l'existence et la solvabilité d'autres cautions, l'actio in solidum était refusée au créancier, à qui le préteur n'accordait alors qu'une actio diuisa. Le renvoi au juge de la question préjudicielle était possible, mais non prévu dans l'Édit, arg. fr. 28 de *fideiuss.* (46. 1) :

Si contendat fideiussor ceteros soluendo esse, etiam exceptionem ei dandam « si non et illi soluendo sint ».

J'en conclus que, dans l'Album, la formule d'une actio diuisa était proposée sous la rubrique ad epistulam D. Hadriani. Nous ne savons point comment cette formule était rédigée. Il va de soi que la division de l'obligation était mise en lumière dans la *condemnatio*. Pour ce qui est de l'intentio, il y avait lieu, sans doute, de faire une distinction entre la *condictio certi* et les actions incerti. Dans le premier cas, le créancier devait, quand

<sup>1</sup> Verb. : ex ordine postulari solet.



il ne poursuivait pas ensemble toutes les cautions, limiter son intentio à une partie<sup>1</sup>, pour limiter en même temps à cette seule partie l'effet extinctif résultant de la déduction de son droit en justice. Dans le second cas, un semblable « minus intendere » n'était pas possible et l'intentio gardait par conséquent sa forme habituelle<sup>2</sup>. Mais, dans le premier cas aussi, cette circonstance qu'originellement le débiteur était tenu pour le tout ne devait-elle pas trouver, sous une forme quelconque, son expression dans la formule?

§ 89. SI MENSOR FALSUM MODUM DIXERIT<sup>3</sup>.

Ulp. 24<sup>4</sup>, Paul. 25<sup>5</sup>.

L'intentio de cette actio in factum faisait nécessairement mention de la qualité particulière d'agrimensor que devait avoir le défendeur; Ulp. 24 fr. 1 pr. h. t. :

Aduersus mensorem agrorum praetor in factum actionem proposuit.

Au surplus, elle était basée sur un

*S. p. N<sup>m</sup> N<sup>m</sup> ... agri<sup>6</sup> q. d. a. modum falsum renuntiasse<sup>7</sup> dolo malo<sup>8</sup>.*

En ce qui touche la condemnatio<sup>9</sup>, Ulp. 24 fr. 3 § 1 h. t. nous apprend :

Competit autem haec actio ei, cuius interfuit, falsum modum renuntiatum non esse.

Sommes-nous ici en présence d'une citation littéraire ou bien de l'interprétation d'un simple quanti ea res est? C'est un point qui doit rester indécis.

<sup>1</sup> Gai. IV 56. C'est peut-être à cela qu'a trait Gai. 8 fr. 74 de V. O. (45. 1)?

<sup>2</sup> Conf. KELLER, *L. C. und. Urt.*, p. 568 et ss., MANDRY, *ZRG.* VIII, p. 408. Les rédactions de formules proposées par SOKOLOWSKI *ZRG.*, XXIV, p. 288 et ss. sont absolument impossibles. Voy. aussi Girard, *Manuel* (3<sup>e</sup> éd.), p. 752, n. 6.

<sup>3</sup> D. (11. 6).

<sup>4</sup> Fr. 1, 3, 5, 7 h. t.

<sup>5</sup> Fr. 2, 4, 6 h. t. Le fr. 6 porte fausement l'inscription Paul. 24. C'est là une faute de copiste qui s'explique fa-

cilement par le passage, continué dans ce titre, d'Ulp. 24 à Paul. 25.

<sup>6</sup> Actio utilis, si cuius alterius rei : Ulp. 24 fr. 5 § 2, fr. 7 h. t., Paul. 25 fr. 6 h. t. Au fr. 32 § 1 de l. Corn. de falsis (48. 10), il s'agit d'une mulcta.

<sup>7</sup> Ulp. 24 fr. 1 § 2 h. t., Paul. 25 fr. 2 pr. h. t. Conf. C. I. L., VI, 10233 i. f.

<sup>8</sup> Ulp. 24 fr. 1 § 1 h. t., Paul. 25 fr. 2 § 1 h. t. Voy. aussi le fr. 3 § 4 h. t.

<sup>9</sup> Commentaire sur la condemnatio : Ulp. 24 fr. 3 §§ 1-4 h. t.

Une action noxale (fr. 3 § 6 h. t.) pouvait être accordée, mais n'était pas proposée dans l'Édit.

Les fragments de commentaires qui nous ont été conservés se rapportent exclusivement à la formule. La trace d'un double commentaire, que nous pouvons saisir presque partout où la formule était précédée d'un édit, ne se rencontre pas ici. Il est donc à croire que notre *actio in factum*, comme certaines autres actions prétoriennes, n'était pas promise, mais simplement proposée dans l'Édit. Les termes du fr. 1 pr. h. t. cité plus haut concordent bien, d'ailleurs, avec cette façon de voir. A la vérité, il est dit du *mentor* au fr. 1 § 1 h. t. :

et si mercedem accepit, non omnem culpam eum praestare propter uerba edicti.

Il s'agit ici des mots « *dolo malo* ». Mais, comme il est dit précisément au commencement même du fr. 1 § 1 :

haec actio dolum malum dumtaxat exigit,

il est presque hors de doute qu'ici, comme dans le fr. 14 § 11 *quod met. causa* (4. 2), le mot « *edicti* » est une interpolation pour « *formulae* ».

#### § 90. AD EXHIBENDUM<sup>1</sup>.

Ulp. 24<sup>2</sup>, Paul. 26<sup>3</sup>, Jul. 9<sup>4</sup>.

La formule<sup>5</sup> de l'*actio ad exhibendum* a été l'objet de recherches détaillées et approfondies de la part de GUSTAVE DEMMLICH<sup>6</sup>. Cet auteur a démontré que toutes les tentatives de reconstitution<sup>7</sup> faites avant lui étaient absolument inadmissibles, mais lui-même n'est pas arrivé, selon moi, à bâtir une hypothèse satisfaisante à tous les points de vue. Pour toute critique, je me borne à rassembler ce qu'on peut découvrir de positif sur cette

<sup>1</sup> D. (10. 4), C. (3. 42).

<sup>2</sup> Fr. 1, 3, 5, 7, 9, 11 h. t.

<sup>3</sup> Fr. 10, 12 h. t., fr. 42 de R.V. (6. 1), fr. 6 de in lit. iur. (12. 3), fr. 31 de manum. test. (40. 4), fr. 37 de V.S. (50. 16).

<sup>4</sup> Fr. 8 h. t.

<sup>5</sup> Cette action, comme celle qui précède, n'était point promise par un édit; voy. WLASSAK, *Edict und Klagef.*, p. 127 et s.

<sup>6</sup> *Die Exhibitionspflicht* (1872), p. 9 et ss.

<sup>7</sup> Parmi ces reconstitutions impossibles, il faut encore ranger celle produite depuis par KARLOWA, *R. R. G.* II, p. 445 et ss. KARLOWA considère une intentio « *si ex arbitrio tuo A! A! interest rem illam sibi exhiberi* », non seulement comme possible, mais encore comme constituant une intentio in ius concepta.

formule, renvoyant d'ailleurs à DEMELIUS pour plus de détails sur les points déjà acquis par cet auteur.

1. La *condemnatio* de notre formule correspondait mot pour mot à celle de la *rei vindicatio*<sup>1</sup>, Gai. IV 51 :

(*condemnatio*)... *incerta est et infinita, uelut si rem aliquam a possidente nostram esse petamus, id est si in rem agamus uel ad exhibendum : nam illic<sup>2</sup> ita est : QUANTI EA RES ERIT, TANTAM PECUNIAM, IUDEX, N. NEGIDIUM A. AGERIO CONDEMNA, SI NON PARET ABSOLUITO.*

2. La formule contenait une clause arbitraire, donnant au juge le pouvoir d'ordonner l'exhibition, un « nisi » ou un « neque arbitrato tuo exhibebitur ». L'action *ad exhibendum* figure au catalogue des actions arbitraires donné aux Inst. de Just. § 31 de act. (4. 6); de plus, nous trouvons des traces nombreuses qui prouvent, non seulement l'existence du *iussus de exhibendo*<sup>3</sup>, mais encore le fait qu'il figurait dans la formule. Le fr. 3 § 13 h. t. est particulièrement probant :

*iudicem per arbitrium sibi ex hac actione (l. formula) commissum...*

Conf., de plus, fr. 11 § 2, fr. 17 et enfin fr. 3 § 9, fr. 7 §§ 4. 6, fr. 9 §§ 5. 6, fr. 11 § 1 h. t., fr. 28 § 1 de appell. (49. 1), § 3 Inst. Just. de off. iud. (4. 17). Dans le commentaire d'Ulpien, le fr. 9 §§ 5-ult. et le fr. 11 h. t. sont spécialement consacrés à la clause arbitraire.

3. Dans la formule, il était dit expressément que la possession du défendeur ou la perte dolosive de la possession par ce dernier était une condition à laquelle la condamnation se trouvait subordonnée. DEMELIUS<sup>4</sup>, il est vrai, conteste ce point<sup>5</sup>; il

<sup>1</sup> DEMELIUS, *loc. cit.*, p. 9-11.

<sup>2</sup> Sur ce mot, voy. DEMELIUS, *loc. cit.*, p. 9, n. 3.

<sup>3</sup> La clause arbitraire parlait d'exhibere et non de restituere; conf., sur ce point, DEMELIUS, *loc. cit.*, p. 43 et s., 58 et s. et surtout le fr. 9 § 5 i. f. h. t. : *quamuis non de restituendo, sed de exhibendo agatur*. J'insiste sur le fait que le commentaire d'Ulpien aborde la clause d'exhibition justement au fr. 9 § 5 (voy. au texte).

<sup>4</sup> *Loc. cit.*, p. 15 et ss.

<sup>5</sup> C'est aussi la façon de voir adoptée récemment par KARLOWA, *loc. cit.*,

p. 450 et ss. Il s'appuie, en premier lieu, sur ce que l'action est donnée, non seulement contre le possidens, mais encore contre quiconque a la *facultas exhibendi*; en second lieu, sur ce que la possession ou la *facultas exhibendi* n'était pas du tout exigée lors de la *litis contestatio*, mais seulement au moment du jugement. Ces deux règles sont exactes, mais elles n'ont été admises que par suite d'une interprétation très large, allant à l'encontre des termes de la formule. Tout le développement d'Ulpien qui commence au fr. 3 § 15 ne peut, à mon sens, se compren-

fait rentrer dans l'*officium iudicis* le soin de déterminer les conditions qui légitimaient l'action au point de vue passif et considère que cet *officium* pouvait se rattacher à la clause arbitraire. Il invoque, en faveur de cette opinion, un argument d'analogie tiré de la *formula petitoria*. Mais il suffit, précisément, de comparer ce que les jurisconsultes nous disent, à ce sujet, des deux formules, pour prouver l'inexactitude de l'opinion émise par DEMELIUS. Dans la R. V., l'obligation de celui « qui dolo desiit possidere » n'a été admise que très tard ; elle est déjà connue, il est vrai, de Julien, de Pomponius et de Gaius (fr. 52, 70, 36 pr. de R. V. (6. 1)), mais Paul, au fr. 27 § 3 eod., éprouve encore le besoin de justifier spécialement cette solution, en invoquant la disposition du S.C. dit Juventien, relative à la pétition d'hérédité ; et il conclut très timidement :

cum enim in hereditatis petitione, quae et ipsa in rem est, dolo praeteritus fertur, non est absurdum per consequentias et in speciali in rem actione dolum praeteritum deduci.

Relativement à l'*actio ad exhibendum*, on ne trouve aucune trace d'un semblable essai de justification ; et Labéon, déjà, parle de l'obligation de celui « qui dolo desiit possidere » comme d'une chose qui ne fait aucune espèce de doute<sup>1</sup>. Plus étroit est le lien que DEMELIUS a très justement montré exister, par ailleurs, entre l'action *ad exhibendum* et la R. V., et plus la différence, que les jurisconsultes nous font ici toucher du doigt, serait inexplicable, si elle ne provenait d'une différence dans la rédaction des formules. Je ne doute pas un instant que, dans le passage d'Ulp. 24 fr. 3 § 15, fr. 5, 7, 9 pr. — § 4 h. t., nous ne soyons en présence du commentaire de cette partie de la formule qui réglait les conditions de l'action au point de vue passif. S'il en est ainsi, on remarquera que l'hypothèse du dolo desiisse possidere est étudiée ici avec bien plus de détails que dans le commentaire de la *formula petitoria*. Il est aisé, d'ailleurs, d'apercevoir pourquoi, dans l'action *ad exhibendum*, cette idée a trouvé son expression dans la formule, avant qu'elle

dre que si le jurisconsulte trouvait dans la formule un « quod possidet », contre lequel, justement, il doit entrer en lutte. Qu'on remarque l'expression circons-

pecte du fr. 7 § 4 h. t. : oportere dici putamus.

<sup>1</sup> Conf. fr. 15 h. t., fr. 15 de cond. c. d. c. n. s. (12. 4)

n'ait pénétré dans le domaine de la R. V. : autant il y a quelque chose d'artificiel à donner une action *réelle* contre un non possesseur, à dépouiller ainsi une action de son caractère propre, autant il est naturel de donner l'action personnelle, dont le but est de rendre la revendication possible au propriétaire, contre celui-là même qui, par son dol, a rendu la revendication impossible<sup>1</sup>.

4. C'est dans l'intentio qu'on est accoutumé de trouver la difficulté essentielle que présente la reconstitution de notre formule. DEMELIUS tient cette difficulté pour tellement insurmontable, qu'il a lancé sa formule dans le monde sans lui donner d'intentio. Et cependant la vérité est, sur ce point, si facile à atteindre qu'on aurait dû la découvrir sans même avoir besoin des renseignements qui nous ont été transmis par les sources.

Le but originaire et normal de l'actio ad exhibendum est, comme on sait, de préparer une autre action, l'action principale qu'Ulpien qualifie, à plusieurs reprises<sup>2</sup>, de *directum iudicium*, de *directa actio*, par opposition à l'actio ad exhibendum. Quelqu'un a perdu une chose ; un animal, un esclave lui appartenant s'est échappé. Le propriétaire peut prouver qu'une chose de cette nature, un tel animal, un tel esclave ont été vus en la possession de X ; mais, en homme prudent, il ne s'engage pas dans une revendication, avant de s'être convaincu, par une inspection, de l'identité de ces objets ; c'est précisément cette inspection que l'actio ad exhibendum lui rendra possible. Un esclave a commis un délit ; la victime sait que cet esclave appartient à X ; elle le reconnaîtra en passant en revue tous les esclaves de X et, de cette manière, apprendra le nom dont elle a besoin pour obtenir la délivrance de la formule de l'action noxale : l'actio ad exhibendum lui permet justement d'arriver à ce résultat. C'est à des hypothèses de cette nature et à d'autres voisines qu'il faut songer, quand on veut se représenter la façon dont l'intentio devait être rédigée pour atteindre son but. Partant de ce point de vue, nous sommes nécessairement amenés à croire à une intentio qui mettait en vedette et déterminait *le but* de l'exhibition ; dans le cas, par exemple, d'une

<sup>1</sup> Je ne saurais, en conséquence, rien trouver de décisif aux arguments invo-

qués par DEMELIUS, *loc. cit.*, p. 186 et ss.  
<sup>2</sup> Fr. 3 § 13, fr. 17 h. t.

revendication, la formule ordonnait au juge de condamner, s'il trouvait qu'il était nécessaire de procéder à une exhibition pour que le demandeur pût ensuite revendiquer<sup>1</sup> : « si exhiberi oportet, ut A° A° vindicare possit », le mot « oportet » étant pris dans le double sens de nécessité matérielle et d'obligation juridique. Mais, en réalité, nous ne pouvons pas nous contenter de ces simples mots « si exhiberi oportet ». Quelle est, en effet, la chose que l'adversaire sera tenu d'exhiber? Évidemment, nous sommes ici en présence d'une difficulté. Sera-ce l'esclave Stichus qui devra être exhibé et dira-t-on : si paret Stichum seruum exhiberi oportere? C'est impossible : car, si le demandeur savait de façon certaine et pouvait prouver que l'esclave vu en possession du défendeur est vraiment son esclave Stichus, il n'aurait pas besoin, en règle, de l'actio ad exhibendum, dont le but principal est précisément d'identifier l'objet du débat. Régulièrement, le demandeur pouvait tout au plus prouver qu'un esclave, se trouvant en la possession du défendeur, ressemblait à l'esclave Stichus perdu par lui; et cette preuve devait suffire au juge pour prescrire l'exhibition. Comment donc rédiger la formule, pour y mettre en lumière, comme il est absolument nécessaire, l'indétermination de l'objet à exhiber? A raison même de cette indétermination<sup>2</sup>, il faut croire à une actio incerti :

*Quod A° A° Stichum hominem ex iure Quiritium suum esse ait<sup>3</sup>, quidquid, ut eo nomine recte experiri possit, A° A° exhiberi oportet, quod a N° N° possidetur doloue malo eius factum est quo minus possideretur neque arbitrato tuo A° A° exhibebitur, quanti ea res erit, tantam pecuniam, iudex, N° N° A° A° c. s. n. p. a.*

<sup>1</sup> BEKKER, *Aktionen* I, p. 226 : « l'exhibition doit être faite, de sorte qu'ensuite, la revendication soit possible ».

<sup>2</sup> En un sens différent, KARLOWA, *loc. cit.*, p. 442. Il estime que, dans des cas semblables à celui prévu au texte, l'on pouvait simplement demander l'exhibition de toute la familia. Mais, dans un nombre infini de cas, il n'est pas possible de dire exactement dès le début ce qui doit être exhibé pour permettre au demandeur d'at-

teindre le but poursuivi. Si le défendeur n'a en sa possession qu'un seul esclave répondant au signalement donné, il n'a besoin d'exhiber que celui-là; s'il en a dix de cette sorte, il doit les exhiber tous les dix.

<sup>3</sup> Ici était mentionnée, dans chaque hypothèse particulière, la causa exhibendi; le modèle de la formule prévoyait sans doute le cas où l'action préparait une revendication. Conf. Ulp. fr. 3 §§ 1. 3. 6. 9. 10. 14 h. t. '

La formule qui précède n'est pas une simple hypothèse, construite à l'aide de raisons générales ; on peut, avec les sources, démontrer rigoureusement son exactitude dans ce qu'elle a d'essentiel, sans garantir, naturellement, chaque mot en particulier.

En premier lieu, l'ordre suivi par Ulpien dans son commentaire est tout à fait favorable à notre formule. Ce commentaire commence au fr. 3 pr. § 1 h. t. par ces mots, qui s'accordent parfaitement avec notre demonstratio :

In hac actione actor omnia nosse debet et dicere argumenta<sup>1</sup> rei de qua agitur. (§ 1) Qui ad exhibendum agit, non utique dominum se dicit<sup>2</sup> nec debet ostendere, cum multae sint causae ad exhibendum agendi.

Les mots suivants du § 3 (sur le § 2, voy. p. 256 n. 4) marquent le passage à l'intentio :

Est autem personalis haec actio.

Puis, jusqu'au fr. 3 § 14, le jurisconsulte expose ce qui a trait à l'intentio envisagée dans son rapport avec la demonstratio. Suit, dans le fr. 3 § 15, fr. 5, fr. 7, le commentaire des mots « quod a N° N° possidetur<sup>3</sup> » ; dans le fr. 9 pr. — § 4, celui des mots « doloue malo eius factum est quo minus possideretur » ; enfin, dans le fr. 9 §§ 5- ult., fr. 11, l'explication de la clause arbitraire.

Mais nous avons encore des témoignages plus directs en faveur de notre intentio : l'actio ad exhibendum est expressément désignée, au fr. 33 depositi (16. 3), comme étant une actio incerti :

<sup>1</sup> Sur ce mot, conf. DEMELIUS, p. 32 et s. BRINZ, *ZRG* XVII, p. 174, suivant une opinion répandue, traduit « argumenta » par « marques distinctives de la chose » (ainsi, par ex. : annorum circiter XX, flavum, natione Creticum). Mais on ne peut prouver que « argumentum » ait eu ce sens, malgré que Stepharus ad h. l. le traduise par *γνωστικατα*. Très souvent d'ailleurs, le demandeur n'était-il pas dans l'impossibilité d'indiquer « toutes les marques distinctives » de la chose (conf. KARLOWA, *loc. cit.*, p. 444) ? Qu'il fût tenu d'indiquer celles qu'il connaissait, c'est un point que

je considère comme vraisemblable.

<sup>2</sup> Conf. Gai. IV 51 : si rem aliquam a possidente nostram esse petamus, id est si in rem agamus uel ad exhibendum. D'après cela, il y a, aussi dans la dernière action, un « rem nostram esse petere ».

<sup>3</sup> RUDORFF, *E. P.* § 86, admet, au lieu de « quod a N° N° possidetur », les mots suivants : (si ea res) penes N° N° est ; il se base, pour cela, sur la rédaction de l'interdit de tabulis exhibendis et sur la const. 4 h. t. Mais cet argument perd toute valeur par ce fait que le mot possidere joue un rôle décisif dans le commentaire d'Ulpien.

...posse ...cum eo incerti agere, id est ad exhibendum, et exhibitam uindicare<sup>1</sup>.

A la vérité, les mots « id est ad exhibendum » sont vraisemblablement le produit d'une interpolation<sup>2</sup> ou d'une glose. Mais si le compilateur ou l'interprète s'est cru autorisé, en présence des mots « incerti agere », à penser à l'action ad exhibendum, il fallait que cette action fût connue de lui comme actio incerti ; le texte reste donc significatif.

En outre, Paul, dans son commentaire sur la formule, faisait remarquer en toutes lettres la parenté de notre action avec les autres actiones incerti ; car le fr. 6 de in lit. iur. (12. 3) (qu'on remarque l'inscription Paul. 26 de ce fragment : Paul. 26 traite exclusivement de l'actio ad exhibendum) s'exprime en ces termes :

alias, si ex stipulatu uel ex testamento agatur, non solet in litem iurari<sup>3</sup>.

Le rapprochement de notre action et des actions ex stipulatu et ex testamento ne peut s'expliquer que d'une seule manière et démontre l'existence d'un « quidquid oportet », commun à toutes<sup>4</sup>. Mais il y a plus : Paul a éprouvé le besoin d'expliquer pourquoi, dans les formules construites sur un oportere, il n'y a pas lieu, en thèse générale, à un iusiurandum in litem, et, conséquemment, dans ce même livre 26, où, comme il a été dit plus haut, il ne traite que de l'action ad exhibendum, il nous définit le mot oportere ; conf. fr. 37 de V. S. (50. 16) :

Uerbum « oportere » non ad facultatem iudicis pertinet, qui potest uel pluris uel minoris condemnare, sed ad ueritatem refertur.

Il est évident que le jurisconsulte n'a pu être amené à fournir cette explication que si notre formule contenait le mot en question<sup>5</sup>.

<sup>1</sup> La manière dont RUDORFF, *R. G.* II, § 50, n. 20, aussi bien que DEMELIUS, *loc. cit.*, p. 22, s'arrangent avec ce texte ne peut nullement être acceptée. L'actio incerti est exclusivement celle dont l'intentio est incerta. Conf. HEFKE, *Taxatio* (1879), p. 87, n. 140.

<sup>2</sup> PERNICE, *Labes* III<sup>4</sup>, p. 208, n. 2.

<sup>3</sup> Conf. fr. 3 § 2 h. t.

<sup>4</sup> Ulpien, aussi, semble avoir examiné

à l'occasion du « quidquid oportet » la question de l'admissibilité du serment estimatoire. Car la remarque relative à cet objet se trouve tout au commencement du commentaire (fr. 3 § 2 h. t.) et non, comme on devrait s'y attendre, à la fin et à l'occasion du « quanti ea res erit ».

<sup>5</sup> On ne doit pas objecter que Paul traitait peut-être in extenso, à l'occasion



Par ailleurs, notre action est désignée comme étant une action civile au fr. 16 § 1 de P.V. (19. 5)<sup>1</sup>; ce texte, en effet, déclare l'action ad exhibendum spécialement inapplicable (conf. fr. 16 pr. eod.) à l'hypothèse qu'il prévoit, parce que, dans cette hypothèse :

nullam iuris ciuilis actionem esse Aristo ait.

De plus, DEMELIUS, *loc. cit.*, p. 26 et ss., a déjà démontré de façon péremptoire que le rapport de l'exhibition demandée avec le iudicium directum se trouvait exprimé dans la formule. Je me borne, sur ce point, à renvoyer au fr. 3 § 14 h. t.; dans l'hypothèse prévue par ce texte, aucun iudicium directum n'était possible : le jurisconsulte en conclut que l'action ad exhibendum était inapplicable et qu'il était nécessaire de recourir à une action in factum : si la formule n'avait pas *expressément* indiqué ce rapport, on aurait certainement écarté la difficulté par voie d'interprétation. Tout le passage d'Ulp. 24 fr. 3 §§ 3 — 14 h. t. est la preuve que ce rapport était indiqué dans la formule.

Enfin, il existe encore un argument capital en faveur de notre formule; la rédaction que nous proposons, et cette rédaction seule, peut donner la clef d'une énigme dont on s'est beaucoup occupé : celle de savoir pourquoi l'intérêt du demandeur à l'exhibition est si énergiquement présenté par les sources comme constituant la condition décisive pour l'admission de notre action<sup>2</sup>. RUDORFF, en présence de ces remarques des sources, s'est décidé à admettre pour notre action une intentio « quantae pecuniae paret A<sup>i</sup> A<sup>i</sup> interesse<sup>3</sup> »; ce qui est en contradiction directe, non seulement avec le renseignement que nous fournit Gaius IV 31, cité plus haut, mais même avec les textes du Digeste sur lesquels RUDORFF s'appuie, notamment avec le fr. 3 § 9 h. t., où on lit :

Sciendum est autem non solum eis quos diximus competere ad exhibendum actionem, uerum ei quoque cuius interest exhiberi.

de notre action, toute la matière du serment estimatoire et qu'il a été ainsi amené à examiner en même temps son rôle dans les actions civiles in personam. Ce ne serait croyable que si la matière du serment estimatoire s'offrait ici pour la première fois au jurisconsulte; or, il n'en est évidemment pas

ainsi : qu'on songe aux actions metus causa, de dolo, à l'hereditatis petitio, à la rei uindicatio etc. !

<sup>1</sup> Conf. DEMELIUS, *loc. cit.*, p. 20 et s.

<sup>2</sup> Conf., notamment, fr. 13, 19, fr. 3 §§ 9-12 h. t.

<sup>3</sup> Conf. aussi BAINZ, *Pand.* (1<sup>re</sup> éd.), I, p. 468.

Cette remarque tout entière et surtout le « ei quoque » constituerait une pure trivialité si la formule avait contenu, en propres termes, les mots « quantae pecuniae paret interesse<sup>1</sup> ». Il n'en va plus ainsi, si cette remarque s'applique à la formule telle que nous la restituons. Celle-ci est basée sur un « quidquid exhiberi oportet, ut A<sup>a</sup> A<sup>a</sup>... recte experiri possit ». Par là, on a évidemment tout d'abord en vue le cas où l'action ad exhibendum est introduite pour préparer une revendication ou une autre action principale qu'on se propose véritablement d'intenter ; tel est bien le cas qu'Ulpien place en tête de son commentaire<sup>2</sup>. Mais la demonstratio et l'intentio ne sont pas applicables à ce seul cas. Une personne, en effet, qui n'a pas l'intention de revendiquer peut être propriétaire et affirmer sa propriété : cette personne ne formule pas une prétention insensée en demandant qu'on procède en sa faveur à une exhibition, comme si elle se proposait de revendiquer : quidquid exhiberi oportet, ut eo nomine recte experiri possit. Qu'on songe, par exemple, à un titre dont le demandeur est propriétaire ou co-propriétaire et qu'il désire simplement examiner. Cette expression large employée par la formule était, d'ailleurs, commode pour les jurisconsultes romains : elle permettait d'adapter notre action à des fonctions utiles bien qu'étrangères à son but primitif. C'est ce qui les fait dire que la limite extrême assignée à la demande d'exhibition est uniquement l'intérêt qu'a le demandeur à cette exhibition (le quanti ea res erit de la condemnatio) : il n'y avait pas que celui qui se proposait d'intenter ultérieurement une revendication ou une autre action à pouvoir intenter l'action ad exhibendum ; celui-là, aussi, mais celui-là seulement, pouvait le faire, qui, sans avoir un semblable dessein, avait pourtant un intérêt pécuniaire<sup>3</sup> certain à l'exhibition ; l'action, ainsi que dit

<sup>1</sup> Conf. contre RUDORFF : DEMELIUS, *loc. cit.*, p. 41 et ss. La critique faite au texte s'applique également à l'hypothèse de KARLOWA (voy. plus haut, p. 250 n. 7), malgré les observations présentées par cet auteur, *loc. cit.*, p. 448.

<sup>2</sup> Ulp. 24 fr. 3 §§ 3-8 h. t. DEMELIUS, *loc. cit.*, p. 36, s'appuie sur ces considérations pour indiquer, dans sa formule, la res qua de agitur de la façon suivante : « hominem Stichum, quem

A<sup>a</sup> A<sup>a</sup> uindicaturus est. » Mais le juge romain aurait eu besoin de l'omniscience pour décider s'il avait devant lui un demandeur qui fût véritablement, et non pas simplement en apparence, un « uindicaturus ». En outre, la rédaction proposée par DEMELIUS aurait nécessairement conduit à un acquittement dans beaucoup de cas où nous savons (voy. le texte) qu'il y avait condamnation.

<sup>3</sup> Fr. 13 h. t.

Ulpien<sup>1</sup>, était ouverte « ei quoque cuius interest exhiberi ». Cependant, si l'on avait tiré inconsidérément les conséquences de cette interprétation, on en serait arrivé à ceci : toute personne, ayant un intérêt, aussi bien un intérêt illégitime qu'un intérêt légitime, à l'exhibition d'une chose, aurait pu attaquer à l'improviste le possesseur de cette chose par l'action ad exhibendum : il n'aurait eu pour cela qu'à *dire*, comme l'exige la demonstratio, qu'il était propriétaire de la chose ou qu'il avait un droit à ou sur cette chose ; et cela, alors même qu'il n'avait aucunement la pensée de faire la preuve de cette prétention, alors même qu'il la savait contraire à la vérité ; car, malgré tout, les prescriptions de la formule, littéralement et étroitement interprétées, se seraient trouvées respectées. L'abus ne pouvait être efficacement réprimé qu'au moyen de l'officium iudicis. De fait, il nous est prouvé qu'on était entré dans cette voie. On imposait au juge le devoir, non seulement d'examiner si le demandeur *pouvait* éventuellement intenter une action principale, ce qui était toujours possible, pourvu que celui-ci apportât dans ses affirmations l'audace nécessaire, mais encore de vérifier si ces affirmations n'étaient pas dénuées de tout fondement :

a niustam et probabilem causam habeat actionis, propter quam exhiberi sibi desideret.

Le demandeur n'était pas tenu de prouver le droit même qu'il pouvait ultérieurement poursuivre par l'action principale<sup>2</sup> ; mais il devait au moins démontrer que, s'il intentait cette action principale, ce serait en s'appuyant sur de bonnes raisons et non par pur esprit de chicane.

Notre formule, on le voit, supporte l'examen à tous les points de vue<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> Ici, Ulpien a principalement en vue le cas où le demandeur, ayant la revendication, ne se propose pas de l'intenter. Aussi continue-t-il en ces termes au fr. 3 § 10 : Plus dicit Julianus, et si vindicationem non habeam, interim posse me agere ad exhibendum, quia mea interest exhiberi.

<sup>2</sup> Conf. fr. 3 § 9 h. t.

<sup>3</sup> KARLOWA, *loc. cit.*, p. 447, soulève contre notre formule l'objection suivante : après un « quidquid ... oportet », dit-il, on ne peut jamais rencon-

trer dans la condemnatio un « quanti ea res est » ; mais simplement un « eius condemna ». C'est exact pour les formules dont l'intentio porte les mots « quidquid dare facere oportet », mais ce n'est exact que pour elles. KARLOWA, s'élevant contre une opinion autrefois défendue par moi, fait justement remarquer que « eius » désigne l'objet, non le fondement de la condemnatio. En conséquence, « eius condemna », dans la formule reconstituée par moi, aurait eu pour effet d'inviter le juge à con-

## Tit. XVI.

DE RELIGIOSIS ET SUMPTIBUS FUNERUM <sup>1</sup>.Ulp. 25, Paul. 27, Gai. 19 <sup>2</sup>, Jul. 10.

Ce titre se divise en quatre ou, plus précisément, en six édits (voy. § 91).

§ 91. — *SI QUIS MORTUUM IN LOCUM ALTERIUS INTULERIT UEL INFERRE CURAUERIT.*Ulp. 23 <sup>3</sup>, Paul. 27 <sup>4</sup>, Gai. 19 <sup>5</sup>.

Ulp. 25 fr. 2 § 2 h. t. :

Praetor ait : SIUE <sup>6</sup> HOMO MORTUUS OSSAUE HOMINIS MORTUI IN LOCUM PURUM <sup>7</sup> ALTERIUS AUT IN ID SEPULCHRUM <sup>8</sup>, IN QUO IUS NON FUERIT <sup>9</sup>, ILLATA <sup>10</sup> ESSE DICENTUR. Qui hoc fecit in factum actione tenetur et poena pecuniaria subicietur.

Sur l'objet de l'action, Gai. 19 fr. 7 pr. h. t. nous dit :

Is qui intulit mortuum in alienum locum, aut tollere id quod intulit aut loci pretium praestare cogitur per in factum actionem, quae tam heredi quam in heredem competit et perpetua est.

Dans le fr. 2 § 2 h. t., les mots « qui hoc fecit, in factum actione tenetur et poena pecuniaria subicietur » sont interpolés. Je crois qu'il faut les effacer purement et simplement; Ulpien, en

damner à la valeur du « quidquid exhiberi oportet », ce qui n'est évidemment pas du tout le but poursuivi (qu'on se rappelle des cas comme ceux du fr. 3 §§ 6. 7 i. f. h. t.). La seule rédaction possible de la condemnation est donc bien : « quanti ea res erit ».

<sup>1</sup> D. (11. 7), C. (3. 44). Sur le titre, conf. fr. 2 pr. h. t.

<sup>2</sup> Voy. plus haut, p. 6 et s.

<sup>3</sup> Fr. 2, 4, 6, 8 pr. — § 4 h. t., fr. 7 de D. R. (1. 8) = fr. 6 i. f. h. t., fr. 38 de V. S. (50. 16). Ce dernier texte explique ce qu'il faut entendre par « ostentum », probablement parce que le

lieu où un ostentum était déposé n'était point un locum religiosum.

<sup>4</sup> Fr. 3 h. t.

<sup>5</sup> Fr. 5, 7 h. t.

<sup>6</sup> Si? C'est ce que porte la Vulgate. Cependant siue peut aussi se comprendre. En un autre sens tout à fait arbitraire, voy. HEINECCIUS, *Ed. perp.* tit. 58.

<sup>7</sup> Ulp. 25 fr. 2 § 4 h. t.

<sup>8</sup> Ulp. 25 fr. 2 §§ 5. 6 h. t. (sepulchrum monumentumue ?), Gai. 19 fr. 7 § 1 h. t.

<sup>9</sup> Ulp. 25 fr. 2 §§ 7-9, fr. 4, 6 pr. h. t., Paul. 27 fr. 3 h. t., Gai. 19 fr. 5 h. t.

<sup>10</sup> Ulp. 25 fr. 2 § 3 h. t.

effet, commente déjà les mots « in locum alterius » dans le fr. 2 § 1 : c'est donc que précédemment il a cité l'édit tout entier. Les compilateurs ont supprimé cette citation et comblé la lacune à l'aide de l'interpolation du fr. 2 § 2. Dans l'édit, il n'était certainement pas question de « poena pecuniaria », qui ne peut s'entendre que d'une *extraordinaria coercitio* (cf. fr. 8 § 2 h. t.).

Tout de suite après la fin de son commentaire sur l'édit cité plus haut, nous trouvons dans Ulpien des indications sur deux actions *in factum* différentes ; Ulp. 25 fr. 8 §§ 1. 2 h. t. :

Si locus religiosus pro puro uenisse dicetur, praetor in factum actionem in eum dat ei ad quem ea res pertinet : quae actio et in heredem competit, cum quasi ex empto actionem contineat.

(§ 2). Si in locum publicis usibus destinatum intulerit quis mortuum, praetor in eum iudicium dat, si dolo fecerit et erit<sup>1</sup> extra ordinem plectendus, modica tamen coercitione : sed si sine dolo, absolendus est.

Seulement après cela, viennent, dans le fr. 8 §§ 3. 4, des remarques qui se rapportent visiblement, non pas à ces actions, mais à celle découlant de l'édit cité tout d'abord (fr. 2 § 2 h. t.) :

In hac autem actione loci puri appellatio et ad aedificium producenda est. Nec solum domino haec actio competit, uerum ei quoque, qui eiusdem loci habet usum fructum uel aliquam seruitutem, quia ius prohibendi etiam hi habent.

On pourrait, au premier abord, conclure de tout cela que les voies de droit indiquées au fr. 8 §§ 1. 2 n'étaient point du tout proposées dans l'édit et que nous sommes bien plutôt, dans ce passage, en présence de remarques complémentaires du jurisconsulte ; l'on pourrait être confirmé dans cette supposition, en considérant que l'action spéciale du fr. 8 § 1 est étrangement passée sous silence dans des textes où l'on s'attendrait à la voir rappelée<sup>2</sup> et en constatant, de plus, que la disposition du fr. 8 § 1, conçue en forme d'édit, ne semble pas à sa place entre l'édit du fr. 2 § 2 et le fr. 8 § 2. Il est permis cependant d'écartier cette dernière remarque en songeant qu'il y a une proche parenté entre

<sup>1</sup> Mommsen, vraisemblablement avec raison. propose de lire : « dat : si dolo fecerit, erit et ».

<sup>2</sup> Cf. § 5 Inst. Just. de empt. (3. 23), fr. 62 § 1 de contr. empt. (18. 1).

la question du *ius mortui inferendi* et celle des suites qu'entraîne la vente d'un *locus religiosus*. La première remarque perd de sa force si l'on observe que, dans les textes cités en note, il est question non seulement du *locus religiosus*, mais encore du *locus sacer* et du *locus publicus* : dès lors, un renvoi particulier à notre cas a pu sembler impropre. La façon de parler du fr. 8 §§ 1. 2 h. t. est décisive pour faire admettre que, dans ce passage, le jurisconsulte nous rapporte bien des clauses de l'édit ; les expressions « si.... uenisse dicetur » et « actio.... competit » du § 1 sont particulièrement à noter. Je considère que ces deux clauses se rattachaient à la première comme appendice et qu'après elles, les trois formules étaient proposées ensemble. Il faut renoncer, faute de renseignements suffisants, à reconstituer ces dernières.

§ 92. *SI QUIS MORTUUM INFERRE PROHIBITUS ESSE DICETUR.*

Ulp. 25<sup>1</sup>, Paul. 27<sup>2</sup>, Gai. 19<sup>3</sup>.

Ulp. 25 fr. 8 § 5 h. t. :

Ei qui prohibitus est inferre in eum locum, quo ei ius inferendi esset, in factum actio competit...

Gai. 19 fr. 9 h. t. :

.... per quam consequetur actor quanti eius interfuerit prohibitum non esse...

§ 93. *DE SEPULCHRO UIOLATO*<sup>4</sup>.

Ulp. 25<sup>5</sup>, Paul. 27<sup>6</sup>, Jul. 10<sup>7</sup>.

La place de cet édit me paraît (contrairement à RUDORFF, BRUNS et autres) résulter du fait suivant : entre le fr. 12 pr. de relig., qui est le dernier texte relatif à l'édit du § 92, et le fr. 12 § 2 eod., où commence le commentaire de l'édit de *sumptibus funerum*, se trouve intercalée une remarque, qui, d'après son contenu, se rapporte à l'édit de *sepulchro uiolato*. Conf. le fr. 12 § 1 de relig. et Sent. Paul. 1 24 § 12.

<sup>1</sup> Fr. 8 § 5, fr. 10, 12 pr. h. t.

<sup>2</sup> Fr. 11 h. t., fr. 4 quemadm. seru. (8. 6).

<sup>3</sup> Fr. 9 h. t.

<sup>4</sup> D. (47. 12), C. (9. 19).

<sup>5</sup> Fr. 3 h. t., fr. 6 de popul. act.

(47. 23), fr. 12 § 1 de relig. (11. 7). Le fr. 16 de a. u. o. h. (29. 2) ne porte-t-il pas par erreur l'inscription Ulp. 24? Cf. fr. 10 h. t.

<sup>6</sup> Fr. 4 h. t., fr. 43 de R. V. (6. 1), fr. 27 de iniur. (47. 10).

<sup>7</sup> Fr. 6 h. t.

Ulp. 25 fr. 3 pr. h. t. nous a conservé la teneur de l'édit de sep. uiol. :

Praetor ait : CUIUS DOLO MALO<sup>1</sup> SEPULCHRUM<sup>2</sup> UIOLATUM<sup>3</sup> ESSE DICETUR, IN EUM IN FACTUM IUDICIUM DABO, UT EI, AD QUEM PERTINEAT, QUANTI OB EAM REM AEQUUM UIDEBITUR, COMDEMNETUR<sup>4</sup>. SI NEMO ERIT AD QUEM PERTINEAT SIUE AGERE NOLET : QUICUMQUE AGERE UOLET<sup>5</sup>, EI CENTUM MILIUM SESTERTIORUM<sup>6</sup> ACTIONEM DABO. SI PLURES AGERE UOLENT, CUIUS IUSTISSIMA CAUSA ESSE UIDEBITUR, EI AGENDI POTESTATEM FACIAM. SI QUIS IN SEPULCHRO DOLO MALO HABITAUERIT AEDIFICIUMUE ALIUD, QUAM QUOD<sup>7</sup> SEPULCHRI CAUSA FACTUM SIT, HABUERIT, IN EUM, SI QUIS EO NOMINE AGERE UOLET<sup>8</sup>, DUCENTORUM MILIUM SESTERTIORUM<sup>9</sup> IUDICIUM DABO.

Il faut considérer comme une simple interprétation, et non comme un appendice de cet édit, ce que rapporte Ulp. 25 fr. 3 § 11 h. t. :

Si seruus in sepulchro habitat uel aedificauit, noxalis actio cessat et in eum praetor hanc actionem pollicetur<sup>10</sup>...

La formule de l'action de sep. uiol. était in bonum et aequum concepta<sup>11</sup>, c'est-à-dire que la condemnatio, conformément à la disposition de l'édit, portait sans doute : « quanti ob eam rem aequum tibi uidebitur N<sup>m</sup> N<sup>m</sup> A° A° condemnari ». Pour le surplus de la formule, les éléments de reconstitution font défaut : on peut supposer que la formule était une simple transcription de l'édit. Les « qui iudicant » du fr. 3 § 8 sont probablement des recuperatores<sup>12</sup>. Je laisse indécise la question de savoir si le iudicium était proposé sous forme de iudicium recuperatorium<sup>13</sup>.

<sup>1</sup> Ulp. 25 fr. 3 § 1 h. t.

<sup>2</sup> Ulp. 25 fr. 3 § 2 h. t., Paul. 27 fr. 4 h. t., fr. 43 de R. V. (6. 1), fr. 27 de iniur. (47. 10).

<sup>3</sup> Ulp. 25 fr. 3 §§ 3 — 5 h. t. A cela se rapporte aussi le fr. 12 § 1 de relig. (11. 7).

<sup>4</sup> Ulp. 25 fr. 3 §§ 8 — 10 h. t., Jul. 10 fr. 6 h. t.

<sup>5</sup> Ulp. 25 fr. 6 de pop. act. (47. 23).

<sup>6</sup> Dig. : aureorum. Cf. ma *Palingen.*, praef. n° VII, 11.

<sup>7</sup> *Flor.* : quamque.

<sup>8</sup> Ulp. 25 fr. 3 § 6 h. t. D'ailleurs,

ce texte se rapportait vraisemblablement, dans le commentaire, à la première phrase de l'édit, dont il fait ressortir l'antithèse; cela résulte de sa place. Conf. Ulp. 25 fr. 3 § 12 h. t.

<sup>9</sup> Dig. : aureorum.

<sup>10</sup> Ulpien n'a pas pu écrire tels quels ces derniers mots, puisqu'il n'y a pas d'actions contre les esclaves. Conf., cependant, Cujas, *Obs.* XXI c. 40.

<sup>11</sup> Papin. fr. 10 h. t.

<sup>12</sup> Wlassak, *Prozessgesetze* II, p. 312, n. 32.

<sup>13</sup> En ce sens, Rudorff, *E. P.* § 92.

§ 94. DE SUMPTIBUS FUNERUM<sup>1</sup>.

Ulp. 25<sup>2</sup>, Paul. 27<sup>3</sup>, Gai. 19<sup>4</sup>, Jul. 10<sup>5</sup>.

Ulp. 25 fr. 12 § 2 h. t. :

Praetor ait : QUOD<sup>6</sup> FUNERIS CAUSA SUMPTUS FACTUS ERIT<sup>7</sup>,  
EIUS RECIPERANDI NOMINE IN EUM, AD QUEM EA RES PERTINET,  
IUDICIUM DABO.

Le commentaire d'Ulpien sur cet édit comprend le fr. 12 §§ 3-6, le fr. 14 pr. — § 5 h. t. Il ne se rapporte qu'en partie aux mots mêmes de l'édit<sup>8</sup> et examine, dans le fr. 12 §§ 5. 6 et le fr. 14 pr. — § 2, la question, soulevée ici incidemment, de savoir comment se réglait les frais funéraires. Avec le fr. 14 § 6, on arrive à l'explication de la formule, explication qui débute par ces mots :

Haec actio quae funeraria dicitur ex bono et aequo oritur. Sur cette formule, on peut réunir les renseignements suivants :

1. Fr. 14 § 6 : continet... funeris causa tantum impensam, non etiam ceterorum sumptuum. Ce passage nous indique, sans doute, le contenu de la demonstratio; mais il est difficile de croire qu'il en rapporte les termes; en particulier, il est très invraisemblable d'admettre, avec RUDORFF, *E. P.* § 91, que le mot sumptus de l'édit ait été remplacé, dans la formule, par le mot impensa.

2. L'action était in aequum concepta. Ce point a été vivement combattu par SAVIGNY<sup>9</sup> et considéré au moins comme douteux par KARLOWA<sup>10</sup>; il est néanmoins certain. L'unique fondement

<sup>1</sup> D. (11. 7), C. (3. 44) de religiosis et sumptibus funerum.

<sup>2</sup> Fr. 12 §§ 2 — ult., fr. 14, 16, 20, 22, 24, 27, 31 h. t., fr. 50 de euict. (21. 2) cf. fr. 12 § 6 h. t., fr. 137 de R. J. cf. fr. 14 § 1 h. t.

<sup>3</sup> Fr. 21, 23, 25, 32 h. t., fr. 24 de N. G. (3. 5), fr. 138 pr. de R. J. Cf. Jac. GOTHOFREDUS in h. l. (*Opp. min.* Lugd. Bat. 1733, c. 1090); je considère que le fr. 138 § 1 ne constitue qu'une remarque accessoire (question analogue).

<sup>4</sup> Fr. 13, 29 h. t.

<sup>5</sup> Fr. 18 h. t.

<sup>6</sup> Qui?

<sup>7</sup> G. DIETZEL, *de act. funer. comm.* (1853), p. 30 ponctuée ainsi : *quod funeris causa sumptus factus erit eius recipiendi nomine* (i. e. animo recipiendi), *in eum* et rel. C'est là une proposition tout à fait impossible, à mon avis.

<sup>8</sup> Funeris causa sumptus factus : fr. 14 §§ 3-5. Au passage « eum, ad quem ea res pertinet », se rapporte, peut-être, le fr. 12 § 4 h. t.

<sup>9</sup> *System II*, p. 95, note i.

<sup>10</sup> *Das Rechtsgeschäft* (1877), p. 153.



sur lequel s'appuie l'opinion contraire réside dans ce fait, que l'édit qui promet l'action ne laisse pas deviner pour elle une semblable rédaction. Pour que cet argument en fût véritablement un, il faudrait que toutes les formules prétoriennes n'eussent été autre chose que la transcription des termes de l'édit qui s'y rapportait : or cette règle ne se vérifie pas pour un grand nombre d'édits<sup>1</sup>, notamment pour les anciens, parmi lesquels le nôtre, d'après sa rédaction même, doit être rangé<sup>2</sup>. Il n'y a pas que le passage d'Ulpien, fr. 14 § 6 h. t. cité plus haut, à démontrer que notre action était in *aequum concepta*; la remarque qui suit presque immédiatement ce passage est encore plus démonstrative :

*Aequum autem accipitur ex dignitate eius qui funeratus est, ex causa, ex tempore et ex bona fide...*

Il est facile de voir que nous sommes ici en présence d'un commentaire de la formule. Nous devons, de plus, rapporter nécessairement à la formule le fr. 14 § 13 i. f. :

et generaliter puto iudicem..... solutius aequitatem sequi, cum hoc ei et actionis natura indulget<sup>3</sup>.

En effet, notre action devait nécessairement avoir une intentio in *ius aequum concepta*, si j'ose ainsi parler. L'obligation de dédommager des frais funéraires comportait des restrictions basées sur l'équité; ces restrictions n'étaient point prévues nommément dans la formule et ne *pouvaient* que difficilement faire l'objet d'une énumération complète. En premier lieu, l'obligation était limitée aux seuls frais commandés par les *convenances*; or le fr. 14 § 6 h. t., cité plus haut, démontre que la formule ne contenait aucune disposition expresse à ce sujet :

*aequum autem accipitur ex dignitate eius, etc.*

De plus, il n'y avait lieu de rembourser que les frais faits *animo recipiendi*. RUDORFF est parti de là pour introduire dans sa *demonstratio* les mots suivants : « (quam impensam A<sup>a</sup> A<sup>a</sup>) *sumptus recuperandi animo (fecit)* » ; dans la formule véritable, on ne trouvait rien de tel : autrement, en effet, Ulpien, dans le fr. 14 § 7,

<sup>1</sup> Qu'on rapproche, par exemple, les édits de *iniuriis* de l'action d'injure, qui était certainement in *bonum et aequum concepta*.

<sup>2</sup> DERNBURG dans *Festgaben f. Heffter*, p. 110.

<sup>3</sup> Conf. fr. 14 § 10 h. t. : *iudicem qui de ea aequitate cognoscit*. Fr. 14 § 13 v. : *nonne aequum est*. Fr. 14 § 15 v. : *lucrari enim heredem iniquum est*. Fr. 16 v. : *aequissimum enim ius est*.

aurait invoqué cette formule et non pas un rescrit impérial. De plus, si l'enterrement avait été fait mesquinement, « in contumeliam defuncti », le iudex ne devait pas admettre la demande en remboursement. Enfin, quand l'enterrement avait eu lieu malgré la défense de l'héritier, l'actio funeraria, aux termes du fr. 14 § 13, était refusée, à moins que des raisons particulières d'équité ne vinssent la faire admettre. De tout cela, il n'était point dit un mot dans la formule; mais toutes ces règles de droit étaient sauvegardées, si l'on admet, pour notre formule, une rédaction voisine de celle-ci :

*Quod A° A° in funus L. Titii sumptum fecit<sup>1</sup> q. d. r. a. <sup>2</sup>,  
quantae pecuniae aequum tibi uidebitur N<sup>m</sup> N<sup>m</sup> ei eo nomine <sup>3</sup> condemnari, tantam pecuniam, iudex, N<sup>m</sup> N<sup>m</sup> A°  
A° c. s. n. p. a.*

Dans la formule ainsi rédigée, il n'était pas non plus nécessaire de désigner le rapport qu'avait le défendeur avec le mort et sur lequel était basée la demande de remboursement. L'ordre suivi par Ulpien dans ses explications doit faire admettre que le jurisconsulte examinait la question de savoir qui était légitimement défendeur à notre action, à propos des mots « N<sup>m</sup> N<sup>m</sup> » de la formule : nous trouvons les principes sur cette matière à la fin du commentaire, aux fr. 14 § 17<sup>4</sup>, fr. 16, 20, 22, 24, 27, 31, pr. h. t.

<sup>1</sup> Cf. Ulp. 25 fr. 14 § 7 h. t. : sed interdum is, qui sumptum in funus fecit, sumptum non recipit.

<sup>2</sup> Ulpien avait déjà expliqué ce qu'il faut entendre par « funeris causa sumptus factus » dans ses développements sur l'édit; aussi son commentaire sur la formule (à partir du fr. 14 § 6) ne s'occupe que de la partie de cette formule qui suit la demonstratio.

<sup>3</sup> Cf. les termes de l'édit « eius recipiendi nomine ». Cf., en outre, fr. 14 § 6 h. t. v. : « sumptus nomine ».

<sup>4</sup> D'après le fr. 14 § 17, « datur haec actio aduersus eos ad quos funus pertinet ». Les mots « ad quem ea res

pertinet » figuraient peut-être dans la formule après N<sup>m</sup> N<sup>m</sup>. Mais en tout cas, il faut absolument repousser l'idée que le préteur se réservait à lui-même le soin de trancher, dans chaque hypothèse, la question de savoir si les frais d'enterrement du mort étaient à la charge du défendeur. Tout ce qu'on peut admettre, c'est qu'en fait, cette question était souvent agitée in iure et tranchée par le préteur par voie de datio ou de denegatio actionis. Toutefois, le dat praetor du fr. 16 h. t. doit être mis sur le compte des compilateurs : dans Ulpien, le fr. 16 se rattachait directement au fr. 14 § 17.

Tit. XVII  
DE REBUS CREDITIS <sup>1</sup>.

Ulp. 26-28, Paul. 28. 29, Gai. 9, Jul. 10. 11.

Ulp. 26 fr. 1 § 1 h. t.

Quoniam igitur multa ad contractus varios pertinentia iura sub hoc titulo praetor inseruit, ideo rerum creditarum titulum praemisit <sup>2</sup>.

Ulp. eod. :

credendi generalis appellatio est : ideo sub hoc titulo praetor et de commodato et de pignore edixit.

De la mention expresse du commodat et du gage faite par le texte cité, il résulte avec certitude que les actions depositi, fiduciae, etc., que nous rencontrerons plus bas dans le système de l'Édit, ne figuraient point au titre de rebus creditis. Les édits relatifs aux actions dites adjectives doivent sans doute la place qu'ils occupent entre l'actio pigneraticia et l'actio depositi à ce fait, qu'on les a considérés comme un appendice au titre de rebus creditis. Existait-il ou non, pour ces édits, un titre particulier dans l'Album, c'est là une question d'importance secondaire. Mais je crois plus vraisemblable d'admettre qu'il en existait un ; car, autrement, Ulpien aurait fait mention de ces édits dans le fr. 1 § 1 cit.

§ 95. SI CERTUM PETETUR<sup>3</sup>.

Ulp. 26<sup>4</sup>. 27<sup>5</sup>, Paul. 28<sup>6</sup>, Gai. 9<sup>7</sup>, Jul. 10<sup>8</sup>.

<sup>1</sup> D. (12. 1), C. (4. 1), Paul. Sent. II 1.

<sup>2</sup> Conf. Fr. Vat. 266 portant l'inscription : Ulpianus libro I ad edictum de rebus creditis = Ulp. 26 ad edictum fr. 26 § 3 de cond. indeb. (12. 6). Voy. plus haut, p. 162.

<sup>3</sup> D. (12. 1) de rebus creditis, si certum petetur et de condictione. C. (4. 2), C. Gregor. (3. 12), C. Theod. (2. 27), (2. 29).

<sup>4</sup> Fr. 1, 7, 9, 11, 13 h. t., fr. 18, 19, 23, 25, 34 de iureiur. (12. 2), fr. 1, 3 de cond. c. d. (12. 4), fr. 2, 4 de cond. ob turp. c. (12. 5), fr. 1, 26 de cond. indeb. (12. 6), fr. 51 de pact. (2. 14), fr.

61 de iudic. (5. 1), fr. 7 de usu et usuf. (33. 2), fr. 8 de cess. bon. (42. 3), fr. 48 de V. O. (45. 1), fr. 41 de R. J. (50. 17), Fr. Vat. 266.

<sup>5</sup> Fr. 1, 3 de cond. trit. (13. 3), fr. 8 de cond. furt. (13. 1).

<sup>6</sup> Fr. 2, 6 h. t., fr. 24, 35 de iureiur. (12. 2).

<sup>7</sup> Fr. 4 de cond. trit. (13. 3), fr. 42 de R. J. cf. Paul. Sent. II 1 § 4.

<sup>8</sup> Fr. 19 h. t., fr. 39 de iureiur. (12. 2), fr. 11 de cond. c. d. c. n. s. (12. 4), fr. 20, 32 de cond. indeb. (12. 6). Cit. fr. 9 § 8 h. t., fr. 18, 34 § 3 de iureiur. (12. 2), fr. 26 §§ 7. 12 de cond. indeb. (12. 6).

La rubrique *Si certum petetur*<sup>1</sup> embrasse les matières suivantes : l'édit sur la délation du serment<sup>2</sup> ; la formule de la *condictio certae pecuniae* ; la *sponsio* et la *restipulatio tertiae partis* qui s'y rattachent ; enfin, la formule ou, si, comme c'est vraisemblable, il en existait deux, les formules de la *condictio certae rei*. Cette dernière affirmation se trouve, à la vérité, contredite par *Ulp. 27 fr. 4 pr. de cond. trit. (13. 3)* :

Qui certam pecuniam numeratam petit, illa actione utitur  
« si certum petetur » : qui autem alias res, per triticariam  
conditionem petet.

De là, il semble résulter que le *certum*, au sens de la rubrique, comprend seulement la *certa pecunia* et non la *certa res*. Mais je tiens pour certain que nous sommes ici en présence d'une interpolation. Comment, en effet, le préteur aurait-il pu être amené à rejeter de la rubrique *Si certum petetur* la *condictio triticaria*, c'est-à-dire une hypothèse de *condictio certae rei* (voy., plus bas, ce qui est dit sous le n° 4) ? Saurait-on contester que, dans le domaine des *condictiones*<sup>3</sup>, la *certa res* rentre dans la notion du *certum* ? Comment expliquer les termes « *condictio incerti* » et « *actio incerti ex stipulatu*<sup>4</sup> », si la *condictio certae rei* n'était pas une application de la *condictio certi* ? *Paul. 28 fr. 6 h. t.*, qui explique visiblement à l'occasion de la rubrique « *Si cer-*

<sup>1</sup> NABER, *Mnemos.* XIX, p. 178, ne considère pas les mots « si certum petetur » comme constituant une simple rubrique ; il admet qu'ils étaient le commencement d'une phrase de l'édit, phrase qu'il complète ainsi : « ita formulam concipito (?) ». Cette opinion n'a pour elle aucun bon argument.

<sup>2</sup> Dans le Code, la rubrique « de reb. cred. et de iureiur. » (4. 1) vient avant la rubrique « si certum petatur » (4. 2). On ne doit pas conclure de là que l'édit relatif au serment ne figurait point sous notre rubrique ; mais il en résulte peut être que, sous cette rubrique, il occupait la première place.

<sup>3</sup> Il en est autrement dans la matière de la *confessio in iure*, d'après le fr. 6 pr. § 1 de *confess. (42. 2)*. Je tiens ce texte pour interpolé (conf. *Paling.* II, 996 n. 2, *Правникъ ZRG.* XXVII, p. 164 et s.). Mais, quand bien même on tiendrait pour authentiques les

mots décisifs de ce texte, ils prouvent seulement ceci : que la *confessio* relative à une *certa res* est assimilée à la *confessio incerti*, tandis que la *condictio certae rei* s'oppose à la *condictio incerti*. Cette remarque tend à réfuter BARON, *Conditionen*, p. 88.

<sup>4</sup> Conf. notamment fr. 74 de V. O. (45. 1), fr. 24 h. t. : *Si quis certum stipulatus fuerit, ex stipulatu actionem non habet, sed illa condicticia (condicticia Tribonian.) a c t i o n e id persequi debet, per quam certum petitur.* Par *certum*, il est impossible d'entendre ici simplement la *certa pecunia* ; une telle façon de voir me paraît contredite par le fait que, relativement à la question traitée dans ce texte, la *stipulatio certae rei* ne différait point de la *stipulatio certae pecuniae*. Voy., en un sens différent, BARON, *loc. cit.*, p. 127.

tum petetur » ce qu'il faut entendre par certum, ne fait-il pas entrer dans sa définition aussi bien la certa res que la certa pecunia<sup>1</sup>? Il est tout à fait inadmissible que l'Édit ait suivi, relativement au certum petere, une terminologie différente de celle adoptée par toute la littérature classique. Nous avons, d'ailleurs, d'excellentes raisons pour nous défier du fr. 1 pr. cit.; ce fragment, dans sa forme actuelle, est un produit des compilateurs. Ils ont écrit les mots « si certum petetur » là où Ulpien parlait de la *condictio certae pecuniae* et ils ont ajouté toute la phrase finale. Cette interpolation très maladroite n'est pas la seule dans cette matière. Si on lit Ulp. 26 fr. 9 h. t. dans son ensemble, on voit clairement que, dans le fr. 9 pr. § 3 aussi, l'expression « certi condictio » n'embrasse pas à la fois la *condictio certae pecuniae* et la *condictio certae rei* et qu'il s'agit là seulement de la première; ce qui concorde fort bien avec l'interpolation du fr. 1 pr. cit. Ce point est d'autant plus sûr qu'Ulpien, dans tout le livre 26, ne traitait *ex professo* que de la *condictio certae pecuniae* dans ses différentes applications<sup>2</sup>; aussi est-ce là le sens que tout le monde attribue à notre texte. Mais ce fait, bien loin de donner un appui au contenu du fr. 1 pr. tel qu'il nous a été transmis, renforce d'une façon décisive les soupçons d'interpolation qui pèsent sur lui. En effet, dans le fr. 9 cit., ce n'est pas seulement la terminologie dont nous venons de parler qui est suspecte : le texte tout entier, comme les recherches de NABER et de PERNICE<sup>3</sup> l'ont démontré, contient, dans les phrases importantes pour nous, des signes manifestes d'interpolation. Si nous recherchons, par ailleurs, la terminologie suivie en cette matière, nous ne rencontrons qu'une autre fois, dans toute la compilation de Justinien, l'expression *certi condictio* : dans le fr. 12 de no-

<sup>1</sup> Conf. sur ce point, HUSCHKE, *die L. d. röm. Rts. vom Darlehen* (1882), p. 211 et s.

<sup>2</sup> Généralités : fr. 9 pr. — § 3. *Creditum* : fr. 9 §§ 4-9. fr. 11, 13 h. t., fr. 48 de V. O. (45. 1), fr. 7 h. t. *Condictio c. d. c. n. s.* : fr. 1, 3 de cond. c. d. c. n. s. (12. 4). *Ob turpem causam* : fr. 2, 4 de cond. ob turp. c. (12. 5). *Indebiti* : fr. 1, 26 de cond. indeb. (12. 6), fr. 51 de pactis (2. 14), fr. 7 de usu et usuf. (33. 2) cf. fr. 26 § 12 de cond. indeb. (12. 6). Le jurisconsulte

a bien pu parfois faire quelques incursions sur le domaine de la *condictio certae rei* (fr. 26 §§ 4. 5. 7 de cond. indeb.); cela ne prouve naturellement rien contre l'affirmation formulée au texte.

<sup>3</sup> *Mnemos.* XIX, p. 182 et ss.; *ZRG.* XXVI, p. 250 et ss. La démonstration de ces auteurs dissipe complètement les doutes qui, dans la *Palingenesia* II, p. 569, me firent faire un pas en arrière.

vat. (46. 2); et la phrase où elle se lit est également des plus suspectes<sup>1</sup>. L'expression *certum condicere* ne se trouve également qu'une fois, au fr. 28 § 4 de iureiur., et rien ne fait voir qu'elle se rapportât exclusivement ici à une *condictio certae pecuniae*. L'expression *certi condicere* se trouve une fois dans le fr. 17 § 2 de act. rer. amot. (23. 2); elle n'est pas latine et est, d'ailleurs, employée dans ce texte relativement à une hypothèse de *condictio certae rei*. Dans les ouvrages des juriconsultes classiques qui nous ont été transmis d'une façon pure, on ne rencontre ni l'expression « *certi condictio* » ni celle « *certum condicere* ». Nous savons, au contraire, que la véritable expression technique pour désigner la *condictio* relative à une *certa pecunia est*, depuis César jusqu'aux derniers juriconsultes classiques, toute différente : la *condictio* s'appelait, dans ce cas, *actio certae creditae pecuniae*<sup>2</sup>. Et cette expression qui, dans un grand nombre de textes des compilateurs, se trouve encore conservée directement ou rappelée incidemment, disparaît d'une façon bien singulière, juste dans les passages où la *condictio certae pecuniae* est traitée *ex professo*. Toutes ces constatations conduisent nécessairement, selon moi, à cette conclusion : la « *condictio certi* » du fr. 9 cit. est aussi étrangère à Ulpien que le sens donné aux mots « *si certum petetur* » dans le fr. 1 pr. cit.; ce sont les compilateurs qui ont remplacé l'*actio certae creditae pecuniae* par leur *condictio certi*<sup>3</sup>, pour se conformer à une façon de parler déjà en usage avant eux parmi les Byzantins. De même que nous devons aux Byzantins ces désignations techniques, courantes pour nous, données aux applications particulières de la *condictio*, et dont le langage des juriconsultes

<sup>1</sup> PERNICE, *Labeo* III<sup>1</sup>, p. 204.

<sup>2</sup> L. Rubria c. 21, 22. Lex Julia munic. lin. 44. 45. Quintil. IV 2 § 6, 61. VIII 3 § 14. XII 10 § 70. Seneca, de benef. III 7, 1. Gai. IV 13. 171. Tryphon. fr. 12 § 1 de distract. pign. (20. 5), Scaeu. fr. 70 de procur. (3. 3), Papin. fr. 19 i. f. de instit. act. (14. 3), Gordian. const. 2 de nouat. (8. 41 [42]). Conf. en outre Gai. IV 50, Pompon. fr. 8 de R. C. (12. 1). Scaeu. fr. 67 § 4 de cond. indeb. (12. 6), African. fr. 34 pr. mand. (17. 1), Paul. fr. 126 § 2 de V. O. (45. 1), Alex. const. 5 de non num. pec. (4. 30). Voy. également

les autres textes cités par VOIGT, *Conditiones*, p. 259, n. 196, et par HEIMBACH, *Creditum*, p. 44 et s.

<sup>3</sup> Voy. d'autres façons de voir, erronées selon moi, sur la relation qu'ont entre elles ces deux expressions, dans HEIMBACH. *loc. cit.*, p. 553 et ss., VOIGT, *loc. cit.*, BARON, *loc. cit.*, p. 178 et s. KARLOWA, *R. R. G.* II, p. 595 et s., prétend que l'*actio certae creditae pecuniae* était une action distincte de la *condictio certae pecuniae*; mais il admet qu'il n'y avait, dans l'Édit, qu'une seule formule identique pour les deux.

classiques n'est que la source plus ou moins éloignée, de même nous leur devons la distinction formelle entre la *condictio certi* et la *condictio triticaria*. Car cette dernière expression aussi, que nous ne trouvons nulle part ailleurs que dans le fr. suspect 1 pr. cit., est certainement étrangère, en tant qu'expression technique, à la jurisprudence classique<sup>1</sup>.

Puisque nous ne pouvons pas trouver, dans la *certa res* de la *condictio triticaria*, le terme qui s'oppose au *certum* de notre rubrique, nous devons le chercher ailleurs. L'on pourrait songer tout d'abord à la *condictio incerti*. Mais, dans les passages des commentaires qui nous ont été conservés, il n'y a pas le plus petit indice pouvant nous faire croire que, sous le titre de *rebus creditis*, la matière de la *condictio incerti* fût traitée *ex professo* : cette *condictio* n'était vraisemblablement point proposée du tout dans l'*Album*. La *condictio incerti* étant écartée, l'esprit se tourne vers les actions *commodati* et *pigneraticia* proposées à la fin du titre de *rebus creditis*. Mais je ne crois pas que ces deux actions aient été placées dans notre titre, parce qu'elles servaient à demander un *incertum* : car, s'il en était ainsi, bien d'autres *iudicia bonae fidei*, en particulier les actions *depositi* et *fiduciae*, auraient dû se rencontrer ici<sup>2</sup>. Je crois donc que, dans notre titre de R. C., nous ne devons pas chercher une rubrique s'opposant à la rubrique *Si certum petetur*. Ce qui s'oppose au « *certum petere* » ce sont, en définitive, tous les cas d'*incertum petere*. Le titre de R. C. lui-même ne s'oppose pas d'une façon étroitement systématique aux titres suivants<sup>3</sup> : il n'est donc pas étonnant du tout que, dans le titre même, nous rencontrions des rubriques faisant antithèse à des matières qu'on doit aller chercher en dehors de lui. La nature du plan suivi par l'Édit ne rend nullement surprenantes des imperfections de ce genre.

## 1.

L'édit sur le serment<sup>4</sup> ne s'appliquait peut-être primitivement qu'à l'hypothèse de *pecunia certa credita*<sup>5</sup>; dans sa forme défi-

<sup>1</sup> Cf. NABER, *loc. cit.*, p. 184 et s.

<sup>2</sup> Cf. plus haut, p. 44, 267.

<sup>3</sup> Cf. p. 39.

<sup>4</sup> Ulp. 26 fr. 18, 19, 23, 25, 34 de *iureiur.* (12. 2); fr. 8 de *cess. bon.* (42. 3); Paul. 28 fr. 24, 35 eod., Gai.

9 fr. 42 de R. J. (50. 17), Jul. 10 fr. 39 de *iureiur.* (12. 2), cit. fr. 18, 34 § 3 eod. Conf. Paul. Sent. II 1 §§ 1-4.

<sup>5</sup> Conf. Plaut. Curc. IV 2, 10, Persa IV 3, 9, Rudeus prol. 14, Sallust. Catil. c. 25, Isidor. Orig. V 26 § 21.

nitivè, il s'applique à toutes les hypothèses, mais, bien entendu, seulement à toutes celles de « si certum petetur<sup>1</sup> ». Sa teneur nous a été conservée pour partie dans Ulp. 26 fr. 34 § 6 de iureiur. (12. 2).

Ait praetor : EUM A QUO IUSIURANDUM PETETUR, SOLUERE AUT IURARE COGAM.

La citation est interpolée et incomplète. L'expression technique, et la seule convenable pour désigner la délation du serment, est *iusiurandum de ferre* et non pas *petere*. L'édit, comme l'a montré GRADENWITZ<sup>2</sup>, devait très vraisemblablement s'exprimer ainsi : *Eum a quo certum petetur*. De plus, la citation est incomplète : c'est ce que démontre déjà la place où elle est faite, au milieu du commentaire. L'édit devait mentionner le fait de la délation : en effet, Ulpian fr. 34 pr.-§ 5 et fr. 18 eod. et Paul. 28 fr. 35 pr. § 1 eod. s'occupent de savoir sur quoi, par qui et à qui le serment pouvait être déféré, puis des conditions que devaient remplir le demandeur pour l'exiger et, enfin, de la personne de qui devait émaner sa rédaction, quand cette dernière faisait difficulté. Par ailleurs, l'édit mentionnait sans doute (Ulp. 26 fr. 34 §§ 7. 8 eod.) aussi la *facultas referendi* et réglait les suites de la prestation, de la remise ou du refus du serment référé. Conf. Diocl. et Maxim. const. 9 de R. C. (4. 1)<sup>3</sup> :

Delata condicione iurisiurandi reus (si non per actorem, quo minus de calumnia iuret<sup>4</sup>, steterit) per iudicem soluere uel iurare, nisi referat iusiurandum, necesse habet.

C'est là tout ce que nous pouvons apercevoir du contenu de l'édit. RUDORFF (*E. P.*, § 94) ajoute à cela deux choses. *D'une part*, il fait figurer à cette place la réglementation de l'action basée sur le serment prêté; mais cette action n'était point promise ici; cela résulte de ce qui a été dit au § 54 et du manque de toute explication se rapportant à cet objet dans les commentaires sur notre édit. *D'autre part*, il place ici le passage de l'édit que nous a conservé Aulu-Gelle, N. A. X 15 § 31 :

<sup>1</sup> DEMELIUS, *Schiedsleid und Beweis-*  
*cid* (1887), p. 37 et ss. Dans l'édition  
allemande, j'ai considéré ce serment  
comme rédigé pour le seul cas de  
*pecunia certa credita*.

<sup>2</sup> ZRG XXI, p. 275.

<sup>3</sup> Cf. également Paul. Sent. II 1  
§§ 2. 3.

<sup>4</sup> Ulp. 26 fr. 34 § 4 de iureiur., Paul.  
Sent. II 1 § 2.



Sacerdotem Vestalem et flaminem Dialelem in omni mea iuris dictione iurare non cogam.

Je considère, moi aussi, comme vraisemblable que cette clause faisait partie de notre édit; ce qui me porte à le croire, c'est la forme « non cogam » et aussi cette circonstance que notre édit est, à mon sens, le plus ancien de ceux relatifs au serment. Les mots « in omni mea iuris dictione » ont pu être ajoutés par un préteur postérieur, qui a voulu donner à l'exception une portée générale. Mais, bien entendu, l'on ne saurait prendre cette façon de voir pour une certitude.

Pour ce qui est des moyens de contrainte employés par le préteur contre le défendeur, on ne peut songer qu'aux procédés généraux d'exécution<sup>1</sup> : celui qui ne paye ni ne jure tombe dans la catégorie de ceux « qui non uti oportet se defendunt »<sup>2</sup>.

## 2.

La formule de l'actio certae creditae pecuniae<sup>3</sup> nous a été intégralement conservée :

IUDEX<sup>4</sup> ESTO. S. P. N<sup>m</sup> N<sup>m</sup> A<sup>o</sup> A<sup>o</sup> SESTERTIUM DECEM MILIA DARE OPORTERE<sup>5</sup>, IUDEX, N<sup>m</sup> N<sup>m</sup> A<sup>o</sup> A<sup>o</sup> SESTERTIUM DECEM MILIA C. S. N. P. A<sup>6</sup>.

Cette formule ne contenait pas l'indication de la cause<sup>7</sup>. Qu'elle

<sup>1</sup> On ne saurait, en particulier, songer à l'organisation d'un iudicium. Le fr. 34 § 9 est une interpolation.

<sup>2</sup> Conf. Paul. Sent. II 1 § 5. Il y avait donc lieu ici à une missio in bona, sans qu'il fût d'ailleurs permis au défendeur de recourir à une cessio honorum : sur ce point, Ulp. 26 fr. 8 de cess. bon. (42. 3), texte interpolé.

<sup>3</sup> Sur le commentaire d'Ulprien, conf. plus haut, p. 269, n. 2.

<sup>4</sup> L. Jul. municip. lin. 44. 45. Cic. pro Roscio com. c. 4 §§ 10. 11.

<sup>5</sup> Gai. IV 41. 33.

<sup>6</sup> Gai. IV 49. 50.

<sup>7</sup> Le livre de BARON « *Die Conditionen* » est principalement consacré à la preuve de ce fait. BUHL, dans son examen de l'ouvrage de Baron (*Krit. Vjschr.* XXIV, p. 224 et s.), s'est prononcé contre cette manière de voir; mais les arguments rassemblés par lui

ne me paraissent point démonstratifs. En particulier, BUHL signale l'atteinte que l'action abstraite aurait portée aux droits de la défense : mais (ainsi que l'auteur lui-même le remarque, *loc. cit.*, p. 231) il était facile de remédier à cet inconvénient au moyen d'une restitution; en ce qui touche la difficulté qu'il y avait à concilier le caractère abstrait de l'action et les effets extinctifs de la litis contestatio, il faut se borner à constater que les Romains eux-mêmes (ainsi qu'il est montré dans le texte) se sont occupés de tourner cette difficulté. En notre sens, PERNICE, *Labo III*<sup>1</sup>, p. 212, n. 2. BEKKER, *ZRG.* XVII, p. 94 et ss., reste hésitant. KAPPEYNE v. D. COPPELLO, *Abhandlungen* (trad. CONRAT), p. 201, se lance dans la fantaisie. KARLOWA, *R. R. G.* II, p. 781, admet une exception pour l'hypothèse de *condictio furtiva*.

n'en contient pas *nécessairement*, c'est ce que démontre toute l'exposition de Cicéron dans le pro Roscio, c. 4. i. f., c. 5; c'est ce que démontrent les nombreux textes où l'intentio est citée sans indiquer aucune cause (voy., p. ex., Gai. III 91, IV 4. 18. 33. 34, 41. 64. 86. 93); c'est ce que démontre, enfin, la circonstance suivante : la question de savoir quelles demandes, dans chaque cas concret, devaient être considérées comme déduites en justice à la suite de l'intentio certa, était objet de discussion entre les jurisconsultes; voy., à ce sujet, Ulp. 26 (qu'on fasse attention à cette inscription) fr. 61 pr. de iudic. (5. 1). Mais on a prétendu que l'intentio *pouvait* au moins exprimer la cause : aucun texte ne vient à l'appui de cette affirmation. On a invoqué en sa faveur Quintil. IV 6, 2<sup>1</sup>, Gai. IV 55 et le fr. 18 de O. et A. (44.7); ces deux derniers textes ne visent expressément que la *condictio certae rei*, mais on estime en pouvoir tirer une conclusion sûre pour l'actio c. c. p. Il est facile d'écarter ces prétendues autorités. Quintilien l. c. ne s'occupe visiblement point de la façon dont on rédigeait la formule, mais de la manière dont les parties devaient exposer leurs prétentions. Les deux autres textes ne prouvent qu'une chose qui n'est, d'ailleurs, pas contestée le moins du monde : c'est que l'actio ex testamento avait une intentio basée sur un ex testamento dari oportere<sup>2</sup>; ils ne prouvent pas du tout que l'actio certae creditae pecuniae naissant d'une stipulatio certi fit mention de sa cause<sup>3</sup>.

## 3.

Gai. IV 171 :

... ex quibusdam causis sponsonem facere permittitur, ueluti de pecunia certa credita..... tertiae partis.

Gai. IV 13 :

... periculosa est actio certae creditae pecuniae propter sponsonem qua periclitatur reus si temere neget, (et) restipulationem qua periclitatur actor si non debitum petat.

Cf. Gai. IV 180. 181; Cic. pro Roscio com. c. 4 § 10, c. 5 § 14; L. Rubria c. 21.

Dans le Digeste, il n'a surnagé des commentaires qu'un texte

<sup>1</sup> Satis est dixisse : certam creditam pecuniam peto ex stipulatione.

<sup>2</sup> Cf. également BARON, *loc. cit.*, p. 127 et ss.

<sup>3</sup> Cf. § 170.

où il soit vraisemblablement question de cette sponsio : Ulp. 26 fr. 41 pr. de R. J. (50. 17) justifie la restitutio imposée au demandeur de la façon suivante :

Non debet actori licere quod reo non permittitur.

Peut-être aussi, le fr. 41 § 1 eod. :

In re obscura melius est fauere repetitioni quam aduenticio  
lucro

visait-il dans ses derniers mots le montant de la sponsio ; mais il faut renoncer à expliquer plus précisément la suite des idées.

RUDORFF (*E. P.* § 93) <sup>1</sup> donne aux sponsiones les rédactions suivantes :

Si pecuniam certam creditam, q. d. a., mihi debes, eam pecuniam cum tertia parte amplius dare spondes?

Si pecuniam certam creditam, q. d. a., non debitam a me petiueris, eius pecuniae tertiam partem dare spondes?

Ces restitutions sont inadmissibles à tous les points de vue. Ce n'était point à l'existence ou à la non-existence de la dette que la sponsio était subordonnée, c'était au gain ou à la perte du procès <sup>2</sup> : par conséquent, la sponsio devait dire à peu près : « si secundum me iudicatum erit » <sup>3</sup>. Le montant de la sponsio est, en outre, indiqué par tous les textes qui s'en occupent, comme étant du tiers de la somme réclamée <sup>4</sup> : il ne pouvait donc pas être question ici de « eam pecuniam cum tertia parte ». Notre sponsio était purement pénale.

#### 4.

Si nous devons en croire le renseignement qui nous est donné au fr. 1 pr. de cond. trit. (13. 3), il y aurait eu dans l'Album,

<sup>1</sup> Les restitutions proposées par PUNTSCHART, *Grundges. Civilrecht der Römer*, p. 191, s'accordent au fond avec celles de RUDORFF.

<sup>2</sup> Conf. Gai. IV 180 v. « si causam non tenuerit ». Conf., en outre, ZIMMERN, *C. Pr.*, p. 170, BARON, *loc. cit.*, p. 183.

<sup>3</sup> Cic. pro Roscio c. 5 §§ 14. 15. Si a L. Titio secundum me iudicatum erit? Conf. WLASSAK, *ZRG.* XXII, p. 382 et s., KARLOWA, *R. R. G.* II, p. 565, n. 2.

<sup>4</sup> Aussi doit-on lire Cic. pro Roscio com. c. 5 § 14 de la façon suivante : pecunia petita est certa cuius tertia parte sponsio facta est. La lecture « cum » au lieu de « cuius », sur laquelle paraît s'appuyer la restitution de RUDORFF, est déjà rendue inadmissible par des raisons de style. « Cuius » (Huschke) a été adopté également par Kayser. « Cum », à la vérité, a été de nouveau défendu récemment par KARLOWA, *loc. cit.*, p. 595. Je ne saurais aborder ici l'examen de ses développements historiques.

à côté de la *condictio certi*, c'est-à-dire *certae pecuniae*, une « *condictio triticaria* » par laquelle on aurait pu réclamer toutes sortes de choses autres que la *certa pecunia*. Cette indication nous est donnée dans des termes si généraux qu'on s'est basé sur ce texte pour soutenir que, dans la « *condictio triticaria* », on devait faire entrer non seulement la « *condictio certae rei* », mais encore la « *condictio incerti* »<sup>1</sup>. Il faut, à l'encontre de cette opinion, reconnaître que ce renseignement ne provient pas d'Ulpien, mais des compilateurs, et ne mérite aucune créance. Dans ce texte, l'expression « *condictio triticaria* », étrangère, nous l'avons déjà remarqué, aux juristes classiques, est une interpolation. Et il y a, dans notre fragment, encore d'autres indices d'interpolation : tels sont les mots « *et generaliter dicendum est* » ; telle, cette remarque naïve « *si quae sint praeter pecuniam numeratam* » ; tels, les mots « *siue in pondere siue in mensura constent* », lesquels exigeaient une antithèse qui fait défaut ; telle, la conclusion mal venue « *quare fundum quoque* »<sup>2</sup> ; tel, enfin, l'exemple de la *stipulatio usus fructus*, exemple par lequel Ulpien se mettrait en contradiction avec lui-même : car il se range ailleurs<sup>3</sup> à l'opinion qu'il indique comme étant l'opinion dominante et d'après laquelle la *stipulatio usus fructus* est une *stipulatio incerti*. Aussi, pour répondre à la question de savoir ce que l'Album contenait, en dehors de ce que nous avons vu, sous la rubrique « *si certum petetur* », ferons-nous bien de puiser non au fr. 1 pr., mais à des sources plus authentiques.

Et tout d'abord, il est un point sur lequel le doute n'est pas possible : l'Édit contenait bien un modèle de la formule de cette *condictio certae rei*, dont l'existence est prouvée par cent témoignages. Cela résulte de la généralité de la rubrique : « *si certum petetur* » ; de la façon dont Paul définit le *certum* au fr. 6 de R. C. ; et, enfin, de l'étude même des commentaires<sup>4</sup> : c'est ainsi que, dans Ulpien, on arrive même à voir que la *condictio*

<sup>1</sup> En ce sens, SAVIGNY, *System V*, p. 626 et ss. Contre cette façon de voir, voy. RUDORFF, *R. G.* II, p. 147, n. 13, BARON, *loc. cit.*, p. 113, LENEL, *E. P.* édition allemande, p. 190.

<sup>2</sup> Conf. NABER, *loc. cit.*, p. 184 et s.

<sup>3</sup> Dans le fr. 75 § 3 de V. O. (45. 1).

<sup>4</sup> En dehors du fr. 1 pr. de *cond. trit.* (13. 3), conf. Ulp. 26 fr. 3 eod., fr. 8 de *cond. furt.* (13. 1), Gai. 9 fr. 4 de *cond. trit.* (13. 3). Paul. 28 semble, d'après les fr. 2, 6 de R. C. (12. 1), avoir réuni les deux *condictiones*, — *certae pecuniae et certae rei* —, dans un même commentaire.

certae rei commence un nouveau livre. Par ailleurs, nous devons tenir pour parfaitement croyable ce renseignement que nous donne Stéphane et d'après lequel le nom de « *condictio triticaria* » provenait de l'exemple choisi pour la vieille formule<sup>1</sup>. La reconstitution de cette formule ne présente aucune difficulté :

S. p. N<sup>m</sup> N<sup>m</sup> A° A° tritici Africi optimi modios centum dare oportere<sup>2</sup>, quanti ea res est<sup>3</sup>, t. p. N<sup>m</sup> N<sup>m</sup> A° A° c. s. n. p. a.

On peut se demander si cette formule était la seule proposée pour le cas « si certa res petetur ». Elle visait, sinon uniquement, au moins principalement, les dettes de genre. NABER<sup>4</sup> suppose qu'une autre formule était proposée, spéciale, celle-ci, aux dettes de corps certains ; cette hypothèse, surtout quand on songe au cas très important de la *condictio furtiua*, est vraisemblable en soi<sup>5</sup>. De plus, elle trouve un certain appui extrinsèque dans le fr. 7 § 2 de cond. furt. (13. 1) ; la façon surprenante, dont le *seruus fugilius* est ici brusquement désigné comme objet de la *condictio furtiua*, conduit à penser que la *condictio serui* figurait comme exemple dans l'Album. Et ceci s'accorde également avec Ulp. 27 fr. 3 de cond. trit. ; dans ce texte, le juriconsulte s'occupe de la question de savoir à quel moment il faut se placer pour faire l'aestimatio ; et il le fait visiblement à l'occasion d'une *condictio serui*<sup>6</sup>.

#### § 96. DE EO QUOD CERTO LOCO DARI OPORTET<sup>7</sup>.

Ulp. 27<sup>8</sup>, Paul. 28<sup>9</sup>, Gai. 9<sup>10</sup>.

<sup>1</sup> Schol. in Bas. XXIV, 8, 7 (Heimb. III, p. 43) : ἐπειδὴ ἐν τῇ κατὰ τὸ πάλαι πολιτεύομενον αὐτοῦ φορμούλῃ tritici ἐνέκεττο μνήμη.

<sup>2</sup> Gai. IV, 4, conf. fr. 75 § 8 i. f. de V. O. (45. 1), fr. 19 de S.P.R. (8. 3).

<sup>3</sup> Gai. 9 fr. 4 de cond. trit. (13. 3) : quanti tunc cum iudicium acciperetur. Conf. fr. 2 § 3 de priu. del. (47. 1). Sur le fr. 3 de cond. trit. voy., à cette page, n. 6.

<sup>4</sup> Loc. cit., p. 186.

<sup>5</sup> Il n'en va pas ainsi de la supposition de NABER, d'après laquelle on aurait eu un modèle de formule contenant une alternative : « s. p. hominem Stichum aut HS X dari oportere ». Elle est inconciliable avec le fr. 75 § 8 de V. O. (45. 1).

<sup>6</sup> Doit-on conclure du fr. 3 cit. que la *condemnatio* dans la *condictio serui* ne se calculait pas sur le « quanti ea res est », mais sur le q. e. r. erit (*tempus condemnationis*) ? Le fr. 2 § 3 de priu. del. (47. 1) s'oppose absolument à cette conclusion. Le point de savoir ce qu'il fallait comprendre par le « quanti ea res est » donnait peut-être lieu à des doutes et était controversé. Par là, s'explique également le fr. 8 § 1 de cond. furt. (13. 1). Au reste, on peut se demander si le texte transmis est absolument pur.

<sup>7</sup> D. (13. 4), C. (3. 18).

<sup>8</sup> Fr. 2, 4 h. t.

<sup>9</sup> Fr. 5, 7 h. t., fr. 27 de cond. in deb. (12. 6).

<sup>10</sup> Fr. 1, 3 h. t.

Dans mes *Beiträge zur Kunde des prätorischen Edicts* (1878), la formule de l'actio de eo quod certo loco a été l'objet de recherches approfondies. Après un nouvel examen, je ne crois pas pouvoir maintenir intégralement les conclusions auxquelles je m'étais arrêté. Je considère toujours comme exact ce que j'ai dit relativement à l'intentio, mais il n'en est plus de même en ce qui touche la condemnatio.

D'après moi, comme d'après l'opinion dominante<sup>1</sup>, l'intentio est conçue in ius et diffère seulement par l'indication du lieu de paiement de celle de la condictio :

S. p. N<sup>m</sup> N<sup>m</sup> A° A° decem Ephesi dare oportere<sup>2</sup>.

Cette rédaction<sup>3</sup>, en dehors du témoignage de Théophile<sup>4</sup>, a, tout d'abord, pour elle la nature même des choses : on ne voit pas du tout pourquoi une autre modification aurait été apportée ici à l'intentio de la condictio ; par ailleurs, elle s'appuie sur la rubrique du Digeste (13. 4) « de eo quod certo loco dari oportet » et sur cette circonstance que le fait d'intenter notre action est qualifié d'agere adiecto loco tandis, qu'au contraire, l'intentio de la condictio est qualifiée de pura<sup>5</sup>; enfin, le fr. 2 § 7 h. t. est décisif : ici, en effet, la recevabilité de l'actio de eo q. c. l. est expressément subordonnée (ideo peti potest) à ce que, dans l'hypothèse du texte, liberatio non contigit, c'est-à-dire à ce que le « dari oportere » du droit civil subsiste : ce dari oportere était donc une condition de notre action, condition qui devait nécessairement se trouver indiquée dans l'intentio<sup>6</sup>.

Relativement à la condemnatio, dans l'ouvrage cité plus haut<sup>7</sup>, j'étais arrivé, après avoir repoussé toutes les tentatives de reconstitution, à l'hypothèse suivante :

<sup>1</sup> En un autre sens, COHN, *Die s. g. actio de eo q. c. l.* 1877, p. 129 et s. Restent dans l'indécision : SAVIGNY, *System* V, p. 132, n. o., BEKKER, *Aktionen* II, p. 133, n. 8, BRINZ, *Pandekten* II, p. 333 (2<sup>e</sup> éd.).

<sup>2</sup> A cette intentio, se rapporte Ulp 27 fr. 2 §§ 1-7 h. t. : Ephesi fr. 2 §§ 1-4, dare fr. 2 § 5, oportere fr. 2 §§ 6. 7.

<sup>3</sup> Sur ce qui suit, voy. LENEL, *loc. cit.*, p. 65 et ss.

<sup>4</sup> Sur le § 33 Inst. de act. (4. 6).

<sup>5</sup> § 33 Inst. de act. (4. 6), Gai. IV 53 a, fr. 2 § 3 h. t.

<sup>6</sup> Ceci n'est point réfuté par COHN, *Jenaer Lit. Ztg.* 1878, p. 687; cf. également PUNTSCHART dans *Grünhuts Zschr.* VI, p. 620. COHN, *Actio de eo q. c. l.*, p. 131 et ss., comprend autrement le fr. 2 § 7 cit.; je crois, malgré les nouveaux développements de COHN dans la *Krit. Vjschr.* XXIV, p. 32 et ss., avoir réfuté dans mes *Beiträge*, p. 68 et s., l'explication de cet auteur.

<sup>7</sup> P. 70 et ss. On trouvera aussi à cet endroit la liste des différentes opinions. A ajouter, ТРАКРОВА, *Z. Lehre v. d. actio de eo q. c. l.*, diss. (1875), p. 29.

iudex, arbitrato tuo N<sup>m</sup> N<sup>m</sup> A<sup>o</sup> A<sup>o</sup> c. s. n. p. a.

Je basais cette hypothèse sur le renseignement que nous donne Ulpien au fr. 2 § 8 h. t. :

Iulianus Labeonis opinionem secutus etiam actoris habuit rationem...

Je voyais là la preuve que c'était seulement la doctrine qui avait tenu compte, dans notre action, de l'intérêt du demandeur à être payé dans le lieu déterminé et j'en conclusais qu'il n'y avait rien d'exprimé là-dessus dans la formule; ce raisonnement me semblait confirmé par le § 33 Inst. de act. où, relativement à notre action, il est simplement dit que le juge doit prendre en considération l'intérêt qu'a le *défendeur* à effectuer le paiement dans le lieu déterminé; dès lors, je devais chercher une formule « permettant au juge de prendre en considération l'utilitas « promissoris, sans fermer la porte à l'utilitas actoris (ce qui « est l'idée nouvelle de Labéon) »<sup>1</sup>; une telle formule devait nécessairement manquer de précision. Mais toute cette argumentation repose sur une base fragile. Tout d'abord, la rédaction que j'ai proposée pour la condemnatio porte en soi de forts indices d'in vraisemblance. Quand bien même le prêteur, comme je l'admettais, ne se serait vraiment proposé, en introduisant notre action, que d'assurer au défendeur l'utilitas loci, il est difficile de croire qu'il n'ait pas songé à exprimer sa volonté dans la formule d'une façon un peu moins obscure. Mais, de plus, la rédaction proposée manque d'appuis extérieurs. Si l'on fait abstraction des deux textes cités, les sources poussent décidément à admettre une condemnatio dans laquelle la prise en considération des deux intérêts rivaux apparaissait *expressément* comme permise. Ce qu'on lit dans la const. un. h. t. :

in qua uenit aestimatio quod alterutrius interfuit suo loco potius quam in eo quo petitur solui

a tout à fait l'air d'être un reflet de la formule. Au fr. 8 h. t. nous rencontrons presque la même tournure :

quanti eius uel actoris interfuerit eam summam Capuae potius quam alibi solui...

Nous la retrouvons encore au fr. 2 § 8 h. t., relativement à l'intérêt du défendeur :

<sup>1</sup> *Loc. cit.*, p 77.

si interfuisset rei Ephesi potius soluere quam eo loci quo conueniebatur<sup>1</sup>...

Remarquons, de plus, qu'Ulpien place en tête de ses développements (fr. 2 pr. h. t.) la phrase suivante :

Arbitraria actio utriusque utilitatem continet tam actoris quam rei : quod si rei interest, minoris fit pecuniae condemnatio quam intentum est, aut si actoris, maioris pecuniae fit.....

En présence de tous ces témoignages concordants, on est forcément conduit à prendre, comme point de départ pour la reconstitution de la condemnatio, les termes de la const. un. cit., surtout si l'on peut concilier avec cette constitution les renseignements que nous avons rapportés plus haut et qui, en apparence, la contredisent. Or, cela ne me semble pas bien difficile. Tout d'abord le § 33 Inst. de act. ne s'occupe pas de notre action dans son ensemble; il l'envisage seulement comme un moyen permettant de réclamer ailleurs le paiement d'une dette exigible dans un lieu déterminé *sans encourir le danger de la plus petitio*; comme les suites de la plus petitio loci se justifiaient par la prise en considération de l'intérêt du défendeur, il est naturel que le rédacteur des Institutes, en mentionnant notre action, ait seulement fait remarquer qu'elle ne sacrifiait pas cet intérêt mais s'arrangeait pour le faire respecter d'une autre façon. Il n'avait, au contraire, aucune raison de nous parler de l'intérêt possible qu'avait le créancier à être payé au lieu convenu plutôt qu'ailleurs. En ce qui touche le passage du fr. 2 § 8 h. t. rapporté plus haut :

Iulianus Labeonis opinionem secutus etiam actoris habuit rationem.....,

il comporte une explication qui, bien loin de contredire l'hypothèse d'une condemnatio basée sur un « quanti alterutrius interfuit », vient, au contraire, lui prêter un appui essentiel. Ne doit-on pas, en effet, considérer que Julien n'est pas cité ici comme une simple autorité, mais qu'il y est envisagé comme *rédacteur de l'Édit*? En cette qualité, il aura tenu compte d'une critique faite par Labéon<sup>2</sup> au texte primitif de la formule.

<sup>1</sup> Cf. également fr. 15 in f. de compens. (16. 2) : « quanti Titii interfuerit eo loco quo conuenerit pecuniam dari »

et, auparavant, « quanti mea interfuit certo loco dari ».

<sup>2</sup> Labéon a formulé encore ailleurs



Personne ne contestera que cette explication ne soit plausible et n'aille très bien avec les termes employés par notre texte. Nous serions donc ici en présence d'un renseignement sur le développement historique du texte de l'édit, renseignement qui viendrait justement confirmer le caractère édictal des mots « *quanti alterutrius* ».

La formule à laquelle nous conduisent ces considérations devait évidemment rester encore indéterminée dans une certaine mesure : il était prescrit au juge de prendre pour base de son estimation l'intérêt d'une des parties ; il ne lui était point dit d'après quelles règles il devait se décider entre l'intérêt de l'une ou celui de l'autre. Cette remarque nous amène à ce qui constitue la grosse difficulté relative à notre action, à la question de savoir pourquoi et en quel sens les Romains la qualifient d'action arbitraire<sup>1</sup>. D'après le § 31 Inst. de action., les actions arbitraires sont celles « *in quibus, nisi arbitrio iudicis is cum quo agitur actori satisfaciatur, ... condemnari debeat* » ; celles, par conséquent, dans lesquelles la *condemnatio* était précédée d'un ordre de *satisfacere* formulé par le juge, ordre dont l'exécution avait pour effet d'empêcher la *condemnatio*. Malgré cette définition, et bien que le même § 31 Inst. cite notre action comme exemple d'action arbitraire, je n'ai pas pu, dans mes *Beiträge*, me résoudre à admettre ici l'existence d'un tel *iussus*, non plus que de la clause qui y correspond dans la formule<sup>2</sup>, parce que toutes les tentatives faites jusqu'alors pour donner à ce *iussus* un sens et un contenu me semblaient absolument malheureuses. Sur ce point, je demeure toujours du même avis et les arguments que j'ai présentés dans cet ouvrage pour combattre la clause adoptée par l'opinion dominante « *nisi ea pecunia ... Ephesi soluetur* » (ou toute autre rédaction du même genre) continuent à me sembler décisifs<sup>3</sup> ; je crois même pou-

une telle critique : fr. 4 § 3 de re iud. (42. 1), fr. 15 § 26 de iniur. (47. 10).

<sup>1</sup> §§ 31. 33 Inst. de act. (4. 6), fr. 2 pr. § 8, fr. 4 § 1, fr. 5, 7, 10 h. t., fr. 16 § 1 de pec. constit. (13. 5).

<sup>2</sup> Conf. également COHN, *Actio de eo q. c. l.*, p. 135 et s., WINDSCHEID, *Pand.* § 46, n. 4, BRINZ, *Pandekten*, (2<sup>me</sup> éd.), II, p. 333, n. 30.

<sup>3</sup> Les développements de PUNTSCHART,

*loc. cit.*, sur le fr. 4 § 1 h. t. ne les ébranlent en aucune façon. Je ne trouve pas plus heureux les systèmes récemment proposés par DERNBURG, *Pand.* I § 133, n. 2, et par UBBELOHDE, *Interdicte* II, p. 28 et s. DERNBURG pense que le *iussus* prescrivait au défendeur de payer dans le lieu du procès la somme pour laquelle il était judiciairement estimé débiteur et n'avait d'autre but

voir y ajouter une considération nouvelle que je considère comme très importante. Supposons que le juge ait vraiment dû formuler, comme dernière sommation, le iussus de payer au lieu que la convention des parties avait déterminé pour l'exécution : dès lors, l'effet avantageux ou désavantageux qu'entraînait cette sommation pour les parties aurait dû être pris en considération et entrer en ligne de compte; de sorte que le juge, pour calculer l'intérêt respectif des parties, aurait dû prendre pour point de départ le moment de l'arrivée du terme fixé expressément ou tacitement dans le iussus demeuré sans exécution; la *condemnatio* aurait donc dû être rédigée ainsi : « *quanti alterutrius intererit Ephesi solui, condemna* ». Au lieu de cela, nous avons toute une série de textes où l'on voit le plus clairement du monde que ce n'est point le futur, mais le *passé* qui était envisagé. Telle est, en première ligne, la const. un. h. t. :

*in qua uenit aestimatio quod alterutrius interfuit...*

Tel est le fr. 2 § 8 h. t., dans lequel on lit :

*ut, si interfuisset rei..., ratio eius haberetur...*

et

*actoris habuit rationem, cuius potuit interesse...*

et, enfin,

*in hanc arbitrariam quod interfuit ueniet...*

Tel est le fr. 8 h. t. qui nous dit :

*quanti eius uel actoris interfuerit...*

et

*quanti actoris intersit eam pecuniam Capuae solutam esse...*

Tel est encore le § 33 Inst. de act. (4. 6) :

*... utilitatis quae promissori competitura fuisset...*

Tel est, enfin, le fr. 15 de compens. (16 2) :

*quanti mea interfuit*

et

*quanti Titii interfuerit...*

En présence de cet accord des sources, il est, à mon avis,

que de permettre à ce débiteur d'éviter la *poena tertiae partis*; mais rien ne prouve et il est, de plus, fort invraisemblable que le prêteur ait introduit dans une action arbitraire la *sponsio tertiae partis* (il y aurait donc

aussi la *restipulatio*!). L'hypothèse de UBBELOHDE ne subsiste que si on admet l'ensemble de son système sur le iussus de restituendo, système qui, à mon sens, n'est ni conforme aux sources, ni pratiquement possible.

impossible de nier que, du moment où l'actio arbitraria était intentée, la possibilité de payer ailleurs que dans le lieu du procès prenait régulièrement fin<sup>1</sup> : elle n'est plus envisagée, dès lors, que comme une possibilité *passée*.

Si l'on ne peut trouver dans notre action aucun contenu satisfaisant pour la clausula arbitraria, on peut expliquer autrement et d'une façon toute naturelle le nom d'actio arbitraria qui lui est donné. Sans qu'il soit besoin de rien ajouter à la formule, on voit que ce nom découle de la forme que nous avons assignée à la condemnatio. Le mot alterutrius, qui figure dans cette condemnatio, a pour effet de laisser à l'appréciation (arbitrium) du juge le soin de décider l'intérêt de quelle partie il prendra en considération dans son aestimatio; et, de ce libre choix qui lui appartient, provient le nom de notre action. Sans doute, cette explication n'est pas conforme à la définition des Institutes. Mais quand on examine avec attention les textes où notre action est qualifiée d'arbitraria, on acquiert la certitude que cette qualification avait, ici, pour les jurisconsultes, un sens différent de son sens ordinaire. Quand les jurisconsultes donnent, en passant, l'épithète d'arbitraria à une autre action, ce qu'ils ne font d'ailleurs pas très souvent, ils veulent indiquer par là un des caractères qui, avec d'autres, contribue à la caractériser : elle est arbitraire, comme elle est civile ou prétorienne, in rem ou in personam, in ius ou in factum. Pour notre action au contraire, qui, à elle seule, est plus souvent qualifiée d'arbitraria que toutes les autres actions arbitraires prises ensemble<sup>2</sup>, cette épithète constitue un nom technique qui lui est propre : elle n'est pas *une* actio arbitraria; elle est *l'*actio arbitraria. Il suit de là que ce qui fait d'elle l'actio arbitraria ne saurait être la chose qui communique cette qualité à une douzaine d'autres formules; cette conclusion est d'ailleurs directement fortifiée par le fr. 3 et le fr. 8 h. t. : d'après ces textes, la qualification qui nous occupe vient uniquement de cette circonstance que, dans notre action, « aestimationis ratio arbitrio iudicis committitur ».

<sup>1</sup> La règle, cependant, avait des exceptions. Sur le fr. 4 § 1 h. t., conf. LENEL, *loc. cit.*, p. 57 et s. Depuis, en sens contraire, PUNTSCHART, *loc. cit.*

<sup>2</sup> En dehors de l'actio de eo q. c. l.,

l'actio metus causa est la seule qui, au Digeste, soit qualifiée d'actio arbitraria, et cela, une seule fois : fr. 14 § 4 quod met. causa (4. 2); cf. cependant en outre fr. de form. Fab. § 1 et fr. 3 § 1 de usur. (22. 1).

Mais comment cette *actio arbitraria* est-elle finalement entrée dans le catalogue des actions arbitraires du § 31 Inst. de act.? C'est ce qu'il est vraiment bien facile d'expliquer : les rédacteurs des Institutes ont simplement complété à leur manière la liste d'exemples qu'ils ont trouvée dans leur modèle; et n'est-il pas tout naturel que ces compilateurs, pour lesquels les formules classiques n'étaient que des antiquités indifférentes, aient songé tout d'abord à introduire dans leur liste l'action qui, justement, avait pour nom technique celui d'*actio arbitraria*? Serait-ce par un pur effet du hasard que Théophile qui, d'habitude, suit de si près le texte des Institutes et qui commente, en effet, tous les autres exemples d'actions arbitraires donnés au § 31 Inst. cit., aurait précisément passé sous silence l'*actio* de *eo quod certo loco* dans son commentaire sur ce paragraphe<sup>1</sup>? Cela ne vient-il pas plutôt de ce qu'il ignorait comme nous ce qu'un *iussus* pouvait venir faire dans cette action?

Il faut laisser indécis le point de savoir quelle était exactement la rédaction de la *condemnatio*. RUDORFF (*E. P.* § 96) propose :

quanti arbitrato tuo alterutrius interfuerit Ephesi potius quam Romae dari.

Une telle rédaction aurait conduit le juge, non pas à modifier simplement le montant nominal de la dette, *en tenant compte*<sup>2</sup> de l'intérêt que présentait pour les parties le changement du lieu de paiement, mais bien à ne condamner que pour la différence résultant de ce changement : ce qui eût été vraiment un résultat étrange<sup>3</sup> ! Je ne veux pas insister sur les termes mêmes de la *condemnatio*; mais, quant au sens, elle devait dire simplement ceci :

*N<sup>m</sup> N<sup>m</sup> A<sup>o</sup> A<sup>o</sup> decem aut si quid alterutrius interfuit eam pecuniam Ephesi potius quam Romae solui, tanto plurius minorisue*<sup>4</sup> *c. s. n. p. a.*

On peut, en faveur d'une semblable rédaction, invoquer ce que dit Ulpien au fr. 2 § 8 h. t. :

Nunc de officio iudicis huius actionis loquendum est,

<sup>1</sup> Il ne la mentionne que sur le § 33 cod. et sans aucune allusion à son caractère d'action arbitraire.

<sup>2</sup> *Rationem habere* : § 33 Inst. de act., fr. 2 § 8 h. t., const. un. h. t.

<sup>3</sup> Conf. mes *Beiträge*, p. 74 n. 17.

<sup>4</sup> Si l'on pense qu'à raison de son nom, notre action devait contenir les mots « *arbitrio tuo* », on peut les intercaler ici.

utrum quantitati contractus debeat seruire an uel excedere uel minuere quantitatem debeat...

Il entrait dans l'officium du juge de choisir entre ces trois solutions possibles.

Sur l'édit qui devait précéder notre action, les sources font absolument défaut. J'ai pensé autrefois <sup>1</sup> avoir trouvé une indication sur cet édit dans le passage suivant du § 33 Inst. de action. (4. 6) :

Si quis tamen Ephesi petat, id est eo loco petat, quo, ut sibi detur stipulatus est, pura actione recte agit. idque etiam praetor monstrat, scilicet quia utilitas soluendi salua est promissori.

Mais, étant donnée la façon dont je conçois maintenant la formule, ces mots peuvent tout aussi bien se rapporter à celle-ci. Je crois donc préférable de m'abstenir de toute hypothèse relativement à l'édit. Il est d'ailleurs possible que l'action fut simplement proposée dans l'Album sans être annoncée par aucun édit.

#### § 97. — DE PECUNIA CONSTITUTA <sup>2</sup>.

Ulp. 27 <sup>3</sup>, Paul. 29 <sup>4</sup>, Jul. 11 <sup>5</sup>.

L'édit de pec. constit. peut être reconstitué dans ses parties essentielles à l'aide des commentaires, de celui d'Ulpien en particulier, et à l'aide d'autres renseignements qui nous sont parvenus.

Les mots suivants nous sont prouvés directement par Ulp. 27 fr. 1 § 1 :

QUI PECUNIAM DEBITAM CONSTITUIT.

Ces mots sont commentés au fr. 1, 3, 5, 7, 11 h. t.; « qui », au fr. 1 §§ 1-3; « constitue », au fr. 1 § 4; « pecuniam debitam », au fr. 1 §§ 5-8, aux fr. 3, 5 <sup>6</sup>, 7, 11 h. t. Le mot « debitam », en parti-

<sup>1</sup> V. mes *Beiträge*, p. 60.

<sup>2</sup> D. (13. 5), C. (4. 18).

<sup>3</sup> Fr. 1, 3, 5, 7, 11, 14, 16, 18 h. t., fr. 36 de iureiur. (12. 2), fr. 56 de re iud. (42. 1), fr. 5 de confess. (42. 2), fr. 11 de nouat. (46. 2) (ce texte examine la question de savoir si l'on peut déléguer par constitut, comme le fr. 28 h. t. l'examine relativement au recep-

tum), fr. 182 de V. S. (50. 16) (constitut d'un prétendu maître de peculio, cf. fr. 1 § 8 h. t.).

<sup>4</sup> Fr. 4, 8, 10, 13, 15, 17, 19, 21 h. t. De plus Paul. lib. 6 breu. fr. 22 h. t.

<sup>5</sup> Fr. 2, 23 h. t., cit. fr. 5 §§ 3. 6 h. t.

<sup>6</sup> Le fr. 5 §§ 4 et ss. constitue une digression occasionnée par fr. 5 §§ 2. 3.

culier, figurait sans aucun doute dans l'édit et on ne doit pas le remplacer, avec RUDORFF, par *creditam*.

Au fr. 14 pr., Ulpien continue en ces termes :

Qui autem constituit *se solutum*, tenetur, siue adiecit certam quantitatem siue non.

Nul doute que les mots mis en vedette n'aient également figuré dans l'édit. BRUNS<sup>1</sup> a prouvé que, dans la langue du temps où naquit notre édit, le mot *constituere*, suivi simplement du nom de l'objet à l'accusatif, n'était pas en usage, mais que ce mot était alors toujours suivi de la désignation de l'opération dont il s'agissait. Les mots *se solutum* sont, relativement au constitut juridique, tout à fait typiques. Cf. fr. 2, fr. 3 § 2, fr. 4, 5 pr. §§ 1. 4. 5. 6, fr. 8, 11 pr., 13, 14 pr., 18 § 1, 19 § 2, 21 pr. § 2 h. t., Paul. Sent. II 2 § 1, § 9 Inst. Just. de act. (4. 6). Évidemment, ils étaient commentés dans le texte cité.

Dans le fr. 14 §§ 1. 2, Ulpien fait des remarques sur les cas où quelqu'un constituait « *se pignus daturum* » ou « *certam personam fideiussuram pro se* ». Cela ne fait plus partie du commentaire sur les mots « *se solutum esse* ». Nous allons voir bientôt, en examinant la formule, que celle-ci n'était pas relative au seul constitut de *payement*, mais qu'elle supposait la possibilité d'un constitut contenant autre chose : cette autre chose était sans doute aussi mentionnée dans l'édit qui promettait la formule. En quoi consistait cette chose, c'est ce que nous apprend Paul. 29 fr. 21 § 2 h. t. :

Constituto satis non facit, qui solutum se constituit, si offerat satisfactionem. si quis autem constituat *se satisfidaturum*, fideiussorem uel pignora det, non tenetur, quia nihil intersit, quemadmodum satisfaciat.

Ainsi, l'édit envisageait un constitut *se satisfidaturum* ou plus exactement *se satisfidaturum esse* (cf. Nov. 115c. 6) et il apparaît aussitôt que le fr. 14 §§ 1. 2 faisait partie de l'explication de ces mots.

Dans le fr. 14 § 3, Ulpien termine l'examen des conditions auxquelles l'édit subordonnait l'exercice de l'action, en faisant observer que le constitut ne comportait aucune forme particu-

<sup>1</sup> E. P. § 97. L'hypothèse de BRUNS, sur laquelle RUDORFF s'appuie, n'envisage pas la rédaction faite au temps d'Hadrien ; elle ne se rapporte « qu'au

plus ancien édit sur le constitut ». Voy. ZRG. I, p. 49.

<sup>2</sup> ZRG. I, p. 31 et ss., p. 45.

lière ; puis, immédiatement après, au fr. 16 pr. § 1, le jurisconsulte se livre à quelques remarques sur le point de savoir contre qui et en quel lieu l'action pouvait être intentée ; ces remarques, nous devons, sans hésitation, les rattacher au « in eum iudicium dabo » de l'édit ; et ainsi, nous obtenons, en suivant pas à pas le commentaire, un édit ainsi conçu :

QUI PECUNIAM DEBITAM CONSTITUIT *se soluturum* <sup>1</sup> *eoue nomine se satisfacturum esse, in eum iudicium dabo.*

De plus, en s'appuyant sur Gai. IV 171

... sponsionem facere permittitur... constitutae... pecuniae partis dimidiae

et sur Gai. IV 180 (restipulatio), on doit admettre ici l'existence d'une clause relative à la sponsio et à la restipulatio, clause qui devait être rédigée à peu près ainsi :

*partisque dimidiae sponsionem et restipulationem facere permittam* <sup>2</sup>.

Enfin, l'édit contenait encore une troisième clause qui a été omise dans l'édition allemande et qui était relative au serment <sup>3</sup>. L'existence de cette clause, dont le contenu devait être conforme à celui de la clause sur le serment dans l'édit « si certum petetur », résulte du fr. 14 de iureiur. (42. 2) où le serment de pecunia constituta est placé sur la même ligne que celui de pecunia credita ; elle résulte, en outre, de ce passage de Stéphane <sup>4</sup> :

... ὁ νεκεσάριος ὄρκος σήμερον ἐπὶ παντὸς πράγματος χώραν ἔχει, καὶ οὐχ ὥσπερ τὸ παρὸν, ἐπὶ τινῶν, οἷον ἐπὶ τῇ εἰ κέρτουμ πράκτουμ (πετάτουρ *scr.*) καὶ τῆς πεχουνίας κοσσιτοῦταε.

A cette clause, on doit rapporter Ulp. 27 fr. 36 de iureiur. (42. 2) et peut-être aussi fr. 5 de confess. (42. 2) et fr. 56 de re iud. (42. 1).

Ce qui, dans le commentaire d'Ulprien, vient après le fr. 16 § 2 n'a évidemment plus rien à voir avec l'édit : c'est le commentaire de la formule <sup>5</sup> ; et, de cette dernière, des morceaux

<sup>1</sup> Il n'était point question dans l'édit du dies constituti : arg. fr. 21 § 1 h. t.

<sup>2</sup> Cf. fr. 1 pr. h. t. v. « quoniam graue est fidem fallere ». Voy. également fr. 25 pr. h. t.

<sup>3</sup> Cf. DEMBLIUS, *Schiedsied und Beweiseid*, p. 68.

<sup>4</sup> In Bas. XXII, 5, 34 (Heimb. II, p. 554).

<sup>5</sup> BRUNS, *loc. cit.*, p. 46, pense que les compilateurs « ont difficilement reproduit un commentaire sur la formule « depuis longtemps tombée en désuétude ». En réalité, ils ont si souvent agi de la sorte, comme on peut le voir au cours de cet ouvrage, que je crois inutile d'en donner des exemples. WLASSAK, *Edict und Klageform*, p. 92

entiers, bien qu'altérés, nous ont heureusement été conservés. Les textes suivants doivent appeler notre attention :

1. Ulp. 27 fr. 16 § 2 h. t. :

Ait praetor : si appareat eum qui constituit neque solvere neque fecisse neque per actorem stetit, quo minus fieret quod constitutum est.

2. Ulp. 27 fr. 16 § 4 h. t. :

Haec autem verba praetoris « neque fecisse reum quod constituit »...

3. Ulp. 27 fr. 18 pr. h. t. :

Item illa verba praetoris « neque per actorem stetit ».

4. Ulp. 27 fr. 18 § 1 h. t. :

Quod adicitur : « eamque pecuniam cum constituebatur debitam fuisse »...

5. Paul. 29 fr. 17 h. t. :

Illa verba « neque fecisset ».

Il importe, tout d'abord, de concilier d'une manière critique les citations que nous venons de rapporter et qui diffèrent sur plusieurs points. Quelques-unes de ces conciliations n'offrent point de difficultés et s'imposent; c'est ainsi que, nous appuyant sur le premier et le second des textes rapportés, nous devons corriger en « fecisse » le « fecisset » du cinquième; c'est ainsi encore que l'inadmissible « stetit » du premier doit être, en se basant sur le troisième, corrigé en « stetit ». En outre, il est difficile d'admettre que le « neque fecisse » du premier se soit présenté tout nu, comme il fait maintenant; et, en nous basant sur le second texte, nous devons compléter ainsi le passage : neque fecisse quod constituit<sup>1</sup>. Le premier texte n'a pas reproduit ces derniers mots, parce que, dans la citation qu'il faisait, les seuls mots importants étaient « neque per acto-

et s., est dans la même erreur. Je considère également comme malheureuse la tentative que fait HUSCHKE, *Arch. f. civ. Pr.* LXV, p. 251, n. 9, pour faire entrer dans l'édit les fragments dont il va être parlé au texte. La reconstitution de la formule proposée par KAPPENNE v. D. COPPELLO, *Abhandlungen* (trad.

Conrat), p. 230, est absolument arbitraire et ne repose sur rien.

<sup>1</sup> Le mot reum est une addition explicative du jurisconsulte ou des compilateurs; peut-être lisait-on là originairement, à titre de rappel du commencement de la formule, les mots « N<sup>m</sup> N<sup>m</sup> ».



rem stetisse » : cela résulte clairement du commentaire contenu dans le fr. 16 § 3. L'on comprend donc que le jurisconsulte n'ait rapporté ce qui venait avant ces mots que d'une façon sommaire et en laissant de côté ce qui ne lui était pas absolument nécessaire.

L'intentio que nous obtenons au moyen de ces amendements n'en demeure pas moins très surprenante et même inadmissible :

Si appareat eum qui constituit neque soluere neque fecisse  
quod constituit neque per actorem stetisse quo minus fiet  
quod constitutum est.

Pourquoi ce « si appareat » au lieu du sacramental « si paret » ? Et combien étrange ce « eum qui constituit » ! Est-il croyable que le fondement propre de l'action, c'est-à-dire la conclusion même du constitut, n'ait été mentionné que dans une phrase incidente et qu'on ne trouvât pas ici, après « constituit », le passage qui figurait expressément dans l'édit : « se soluturum eoue nomine se satisfactorum esse » ? Enfin, que signifie le « neque soluere » qu'on lit avant le « neque fecisse » ?

Parmi toutes ces difficultés, il en est une, la dernière, qu'il est très facile d'élucider, bien qu'on l'ait regardée jusqu'ici comme une véritable « croix ». L'insertion de neque avant soluere provient d'une faute de copiste. Cette faute s'explique aisément si l'on songe aux deux neque qui viennent plus loin et qui font comprendre que le scribe eût ce mot dans la tête. Dans Ulpien, on lisait : si appareat eum, qui constituit soluere, neque fecisse etc. En outre, il importe de remarquer de nouveau que la citation faite dans le fr. 16 § 2 h. t. n'a pas pour objet de déterminer toutes les conditions d'exercice de l'action : cela suffit parfaitement à expliquer pourquoi la condition essentielle qui servait de base à la condemnatio (le « s. p. N<sup>m</sup> N<sup>m</sup>... constitue ») fait ici défaut. Mais, pour finir, et c'est là le point capital, il faut se demander si cette citation doit être considérée comme reproduisant mot à mot, dans son contenu, les termes de la formule. Comment le subjonctif « si appareat », même en faisant abstraction du caractère non technique de ce mot, pouvait-il se rencontrer dans la formule ? A la vérité, le « ait praetor » qu'on lit en tête du passage semble annoncer une citation littérale. Mais, précisément, cet « ait praetor » n'émane point d'Ulpien lui-même,

qui commente ici la *formule* et non l'édit; il est l'œuvre des compilateurs auxquels on doit vraisemblablement aussi attribuer les mots « *uerba praetoris* » du fr. 16 § 4 et du fr. 18 pr. <sup>1</sup>. Ces compilateurs ne pouvaient reproduire comme *tel* un commentaire sur la formule : ils ont dès lors cherché, par ces interpolations faciles, à voiler le caractère primitif de ce commentaire. C'est tout à fait ainsi qu'ils ont procédé au fr. 14 § 11 *quod met. causa* (4. 2), où ils donnent la *clausula arbitraria* de la formule pour des « *uerba edicti* ». Je suis ainsi amené à penser qu'à la place de l'ait *praetor* actuel, Ulpien indiquait, sous forme de discours indirect, le contenu de la formule qui vient ensuite. Le texte primitif devait dire quelque chose dans le genre de ceci <sup>2</sup> :

[*Notandum est formulae uerbis iudicem ita condemnare iuberi*], si appareat eum qui constituit soluere *rel.*

Cette hypothèse me paraît éclairer tout le passage : car elle explique, non seulement le « *si appareat* », mais encore le « *stetit* » inadmissible de la citation du fr. 16 § 2 : les compilateurs ont fait ainsi une tentative malheureuse pour changer en langage direct le langage indirect dont Ulpien s'était servi. Ainsi compris, le texte ne prouve plus que les mots « *eum qui constituit soluere* » fussent tirés de la formule : car Ulpien a très bien pu chercher à résumer de cette manière le véritable commencement de la formule. Dès lors, il ne nous reste plus, comme transcription de la formule, que les mots suivants :

... NEQUE FECISSE QUOD CONSTITUIT NEQUE PER A<sup>m</sup> A<sup>m</sup> STETISSE  
QUO MINUS FIERET QUOD CONSTITUTUM EST EAMQUE PECUNIAM CUM  
CONSTITUEBATUR DEBITAM FUISSE.

Reste à compléter la première partie de l'intentio ; elle contenait tout d'abord le « *s. p. N<sup>m</sup> N<sup>m</sup> constituisset* » ; de plus, comme on peut le conclure de l'expression volontairement vague « *neque fecisset quod constituit* » que nous lisons ensuite, elle prévoyait, sans doute, les deux espèces possibles de *constitut* (promesse de payer, promesse de satisfaire) ; elle devait être ainsi conçue :

<sup>1</sup> Cette expression « *uerba praetoris* » me semble néanmoins moins suspecte que le « *ait praetor* », parce que les *uerba formulae* sont bien, comme les *uerba edicti*, des *uerba praetoris*.

<sup>2</sup> Il est permis de rapprocher de cette construction celle de la *lex Rom.*

*tab. Bant. lin. 10* : *iubetoque eum, sei ita pariat, condemnari populo* ; voir encore *Cic. in Verr. II<sup>o</sup> c. 22 § 55* : *dabat iste iudicium, si pareret iugera eius fundi plura esse quam colonus esset professus, tum uti Xeno damna retur.*

*S. p. N<sup>m</sup> N<sup>m</sup> A<sup>o</sup> A<sup>o</sup> sestertium decem milia constituisse se soluturum eoue nomine se satisfacturum esse.*

Reste, pour terminer la formule, la condemnatio qui, comme BRUNS l'a montré, montait au « *quanti ea res est* » : à cette condemnatio se rapporte Ulp. 27 fr. 18 §§ 2. 3 h. t.

A côté de l'édit et de la formule, l'Album contenait sans doute aussi le formulaire de la sponsio et de la restipulatio. Naturellement, le commentaire qui s'y rapportait ne nous a pas été conservé. La rédaction probable de cette sponsio et de cette restipulatio découle des remarques que nous avons faites au § 95 (voy. p. 274 et s.). RUDORFF est tombé ici dans la même faute que pour la sponsio de certa credita pecunia.

#### § 98. COMMODATI UEL CONTRA <sup>2</sup>.

Ulp. 28 <sup>3</sup>, Paul. 29 <sup>4</sup>, Gai. 9 <sup>5</sup>, Jul. 11 <sup>6</sup>.

Ulp. 28 fr. 1 pr. h. t. :

Ait praetor : QUOD QUIS COMMODASSE <sup>7</sup> DICETUR, DE EO IUDICIUM DABO.

Gai IV 47 :

... ex quibusdam causis praetor et in ius et in factum conceptas formulas proponit ueluti... commodati.

Ulpien s'occupait en premier lieu de la formula in factum concepta, qui, sauf les mots *dolo malo* qu'il faut mettre ici de côté<sup>8</sup>, concordait absolument avec celle que Gaius nous a conservée pour le dépôt :

<sup>4</sup> *Loc. cit.*, p. 59 et ss. RUDORFF établit la condemnatio sur un « tantam pecuniam et eius pecuniae dimidium », à cause de la sponsio dimidiae partis. Mais l'existence même de cette sponsio me paraît prouver que la condemnatio de la formule ne comprenait pas cette dimidia pars.

<sup>2</sup> D. (13. 6), C. (4. 23).

<sup>3</sup> Fr. 1, 3, 5, 7 h. t., fr. 27 de solution. (46. 3) cf. fr. 3 § 1 h. t., fr. 17 de P. V. (19. 5) cf. fr. 5 § 11 h. t., fr. 5 locati (19. 2) cf. fr. 17 pr. de P. V. (19. 5), fr. 43 pro socio (17. 2), fr. 43 § 1 de R. J. (50. 17) cf. fr. 7 § 1 h. t.

<sup>4</sup> Fr. 2, 15, 17 h. t.

<sup>5</sup> Fr. 18 h. t.

<sup>6</sup> Cit. fr. 5 § 8 h. t., fr. 13 § 1 de P. V. (19. 5), fr. 3 § 5 de cond. c. d. c. n. s. (12. 4) cf. Ulp. 28 fr. 17 de P. V. (19. 5).

<sup>7</sup> Ulp. 28 fr. 1 § 1 h. t.

<sup>8</sup> KELLER, *Institutionen*, p. 116 et KARLOWA, *R. R. G.* II p. 562, admettent le contraire en se basant sur le fr. 3 § 5 h. t. Mais la mention, dans ce texte, du « *dolus earum personarum* » s'explique facilement, parce que ce *dolus* s'oppose ici à la « *domini uel patris fraus* ». Le maître et le père n'étaient pas tenus seulement du *dolus de ces personnes* ; ils étaient aussi tenus de leur propre *dol*, mais ils ne l'étaient que de leur propre *dol* et non de leur propre *culpa* (voy. § 107).

*S. p. A<sup>m</sup> A<sup>m</sup> N<sup>o</sup> N<sup>o</sup> rem q. d. a. commodasse<sup>1</sup> eamque A<sup>o</sup> redditam non esse<sup>2</sup>, quanti ea res erit, tantam pecuniam et rel.<sup>3</sup>*

Après avoir complètement examiné cette formule, Ulpien, au fr. 5 § 2 h. t., entame par les mots

Nunc uidendum est, quid ueniat in commodati actione... une discussion, qui se poursuit jusqu'au fr. 5 § 10<sup>4</sup>, sur le « quid ueniat » ; comme, habituellement, les développements de ce genre se rattachent, dans les formulae in ius conceptae, à l'intentio, nous sommes bien fondés à considérer cette discussion comme faisant partie du commentaire sur la formula in ius concepta. Ce commentaire n'offre aucun élément pour la reconstitution de cette formule. Mais on sera certainement sur le chemin de la vérité, si l'on se représente cette formule comme concordant tout à fait avec celle du dépôt qui nous a été transmise par Gai. IV 47. L'actio commodati nous est présentée comme une action de bonne foi au § 28 Inst. de act. (4. 6) et au fr. 3 § 2 h. t. ; il résulte de la place occupée par ce dernier texte dans le commentaire que la bonne foi était prise en considération même dans la formule in factum ; on en peut conclure d'autant plus sûrement que les mots « ex bona fide » ne faisaient point défaut dans la formule in ius.

La formule de l'actio contraria, dont traitent Paul. 29 fr. 17 §§ 1. 3. 5 h. t. et Gai. 9 fr. 18 §§ 2-4 eod., résulte du simple déplacement des noms dans la demonstratio de la formule in ius concepta. Vraisemblablement, la formula contraria n'était point proposée séparément et entièrement dans l'Édit ; le préteur devait se borner à donner (à côté de l'intentio directa?) une intentio duplex qui pouvait servir pour les deux actions opposées. Sans cela, on comprendrait difficilement que Paul, fr. 17 § 1 h. t., ait été amené à faire la remarque suivante :

<sup>1</sup> A cela se rapporte Ulp. 28 fr. 1 § 2, fr. 3 pr. h. t.

<sup>2</sup> Ulp. 28 fr. 3 § 1 h. t., fr. 27 de solut. (46. 3).

<sup>3</sup> Sur la condemnatio : Ulp. 28 fr. 3 §§ 2-5, fr. 5 pr. § 1 h. t. Le fr. 3 § 6 paraît devoir aux compilateurs la place qu'il occupe actuellement.

<sup>4</sup> La fin du commentaire d'Ulpien (fr. 5 §§ 11-ult., fr. 7 h. t.) s'occupe de quelques cas particuliers où il y avait plus ou moins de doute, soit sur l'existence de l'obligation ex commodato, soit sur la portée et l'étendue de cette obligation. C'est à ces développements que se rattache aussi le fr. 17 de P. V. et le fr. 5 locati cf. n. 3, p. 291.

Contraria commodati actio etiam sine principali moueri potest, sicut et ceterae quae dicuntur contrariae.

§ 99. DE PIGNERATICA ACTIONE UEL CONTRA<sup>1</sup>.

Ulp. 28<sup>2</sup>, Paul. 29<sup>3</sup>, Gai. 9<sup>4</sup>, Jul. 11<sup>5</sup>.

L'édit de pign. act. <sup>6</sup> ne nous a pas été conservé.

Relativement aux formules, les renseignements qui nous sont fournis par les commentaires, en première ligne par celui d'Ulpien, sont suffisamment nombreux pour nous faire connaître, comme conditions d'exercice de l'actio directa, les points suivants :

1. Il fallait qu'A<sup>a</sup> A<sup>a</sup> « pignori dedit » la res q. d. a. à N<sup>n</sup> N<sup>n</sup> et cela, pour sûreté d'une dette d'argent, « ob pecuniam ». Ulp. 28 fr. 9 pr. — § 2 h. t. Conf. fr. 13 § 5 de iureiur. (12. 2), fr. 31 [32] pr. i. f. de N. G. (3. 5).

2. En outre, « omnis pecunia exsoluta esse debet aut eo nomine satisfactum esse ». Ulp. 28 fr. 9 §§ 3-5, fr. 11<sup>7</sup> h. t., const. 11 h. t.

3. « aut per N<sup>n</sup> N<sup>n</sup> stetisse quominus solueretur »<sup>8</sup>. Paul. 29 fr. 20 § 2 h. t., const. 3 de luit. pign. (8. 30 [34]), const. 12 h. t. Il n'est pas dit : « quo minus solueretur satisue fieret » : Gai. 9 fr. 10 h. t.

Faut-il nous représenter ces conditions comme formant le contenu d'une intentio in factum concepta ou celui de la demonstratio d'une formula in ius concepta ? RUDORFF (*E. P.* § 100) adopte la seconde manière de voir : mais c'est la première qui, sans aucun doute, est exacte. Pour une formule in ius concepta, une demonstratio « Quod A<sup>a</sup> A<sup>a</sup>... pignori dedit » serait parfaitement suffisante ; elle serait même la seule convenable, puis-

<sup>1</sup> D. (13. 7), C. (4. 24).

<sup>2</sup> Fr. 9, 11, 13, 15 h. t. Le fr. 13 porte par erreur l'inscription Ulp. 38.

<sup>3</sup> Fr. 14, 16, 18, 20 h. t., fr. 36 de euict. (21. 2) (rapprochement avec le système de la vente). Cf., en outre, Paul. lib. 6 breu. fr. 21 h. t.

<sup>4</sup> Fr. 10, 12 h. t., fr. 9 de pignor. (20. 1), fr. 2 quib. mod. pign. (20. 6).

<sup>5</sup> Fr. 28 h. t., cit. fr. 7 pr. de distr. pign. (20. 5), fr. 3 § 5 commod. (13. 6).

<sup>6</sup> Cf. fr. 1 § 1 de R. C. (12. 1) v. « praetor.... de pignore edixit ».

<sup>7</sup> Le fr. 11 §§ 6. 7 me semble constituer une digression occasionnée par le fr. 11 § 5.

<sup>8</sup> BRINZ, *Pand.* (2<sup>e</sup> éd.), § 318, n. 20, est d'un avis différent. Mais l'argument qu'il tire du fr. 20 § 2 h. t., passage arraché du développement dont il faisait partie, est faible en soi et contredit d'une façon décisive par la const. 3 cit.

que, seul, le fait de l'engagement, et non l'extinction de la dette, sert de base à l'obligation (au *dare facere oportere*) du créancier. Au contraire, une formula *in factum concepta* devait énumérer toutes ces conditions, auxquelles était subordonnée la *condemnatio*; elle devait encore indiquer

4. la condition « *eamque rem redditam non esse* », condition que, de fait, nous voyons commentée par Ulp. 28 fr. 13<sup>1</sup>, 15 h. t., c'est-à-dire immédiatement après celles rapportées plus haut.

Il est à croire que la reconstitution suivante ne s'éloigne pas beaucoup de la vérité :

*S. p. A<sup>m</sup> A<sup>m</sup> N<sup>o</sup> N<sup>o</sup> rem q. d. a. ob pecuniam debitam pignori dedisse eamque pecuniam solutam eoue nomine satisfactum esse aut per N<sup>m</sup> N<sup>m</sup> stetisse, quo minus solueretur, eamque rem A<sup>o</sup>A<sup>o</sup> redditam non esse, quanti ea res erit, et rel.*

Cette formule était-elle la seule proposée par le préteur? Nous devons, je crois, admettre une seconde formule, *in ius concepta*, à côté de celle-ci. En faveur de cette opinion, il faut invoquer d'abord cette circonstance, que l'*actio pigneraticia* était, d'après le § 28 Inst. de act. (4. 6) et la const. 6 h. t., rangée parmi les actions de bonne foi<sup>2</sup>. Il faut, de plus, remarquer qu'à côté de l'*actio directa*, il existait une *actio pigneraticia contraria*<sup>3</sup>. Or, autant qu'on peut le voir, pour tous les rapports juridiques qui engendraient une action directe et une action contraire, il existait une formule *in ius concepta*, soit seule, soit à côté d'une autre; il y a à cela une bonne raison: c'était seulement, en effet, avec une rédaction *in ius* qu'il était possible de réunir les deux actions dans une même formule (*quidquid alterum alteri d. f. o. ex b. f.*). Enfin, un argument décisif est fourni par le fr. 13 pr. h. t. dans lequel on lit: « *ob hanc conuentionem pigneraticii actionibus teneri creditorem* »; ce pluriel ne peut s'expliquer que par l'existence d'une double formule.

RUDORFF a commis une grave erreur, qu'on ne saurait passer

<sup>1</sup> Fr. 13 § 1 h. t.: *Unenit autem in hac actione et dolus et culpa. C'est pourquoi la formule disait simplement « redditam non esse » et non: dolo malo N<sup>1</sup> N<sup>1</sup> redditam non esse.*

<sup>2</sup> Selon WLASSAK, *Z. Gesch. der N. G.* (1879), p. 2 et s., ceci ne serait pas décisif: pour cet auteur, en effet, des

actions *in factum* pouvaient être aussi qualifiées d'actions de bonne foi: il tire argument du fr. 1 § 23 depos. (16. 3). Mais il est vraisemblable que ce texte est interpolé. Cf. GRADENWITZ, *Interpol.*, p. 106.

<sup>3</sup> Ulp. 28 fr. 9 pr. h. t., Paul. 29 fr. 16 § 1 h. t.

sous silence, en réunissant, dans le § 100 de son *E. P.*, l'actio pigneraticia et l'actio fiduciae : cette dernière occupait une place toute différente (voy. § 107).

§ 100. DE COMPENSATIONIBUS<sup>1</sup>.

Ulp. 28<sup>2</sup>, Gai. 9<sup>3</sup>.

Gai. IV 64 (cf. 65-68) :

Alia causa est illius actionis qua argentarius experitur : nam is cogitur cum compensatione agere, et ea compensatio uerbis formulae exprimitur : adeo quidem, ut ab initio compensatione facta minus intendat sibi dari oportere : ecce enim si *sestertium* decem milia debeat Titio atque ei uiginti debeantur, sic intendit : SI PARET TITIO SIBI DECEM MILIA DARE OPORTERE AMPLIUS QUAM IPSE TITIO DEBET.

Il résulte de ce passage que la formule tout entière était, sans aucun doute, ainsi conçue :

S. P. N<sup>m</sup> N<sup>m</sup> A° A° SESTERTIUM DECEM MILIA DARE OPORTERE<sup>4</sup> AMPLIUS QUAM A° A° N° N° DEBET<sup>5</sup>, IUDEX, N<sup>m</sup> N<sup>m</sup> A° A° SESTERTIUM DECEM MILIA C. S. N. P. A.

Nous n'avons pas à envisager ici le développement postérieur de la compensation (§ 30 Inst. Just. (4. 6)).

<sup>1</sup> D. (16. 2), C. (4. 31). La place de l'action compensatoire après les actions commodati et pigneraticia résulte de Paul. Sent. II 5 § 3 rapproché de II 4 et de II 5 § 1. 2. RUDORFF, *E. P.* § 98, est d'un avis différent.

<sup>2</sup> Fr. 7 h. t.; fr. 43 pr. de R. J. (50. 17)?

<sup>3</sup> Fr. 5, 8 h. t. Sur le fr. 5, cf. § 272.

<sup>4</sup> Ulp. 28 fr. 43 pr. de R. J. (50. 17)?

<sup>5</sup> Le mot debet est le vrai et ne doit pas être remplacé par dare oportet : cf. EISELE, *die Compensation* (1876), p. 24. 28 et s. Voy., également, Ulp. 28 fr. 7 pr. h. t. : Quod in diem debetur, non compensabitur, antequam dies uenit, quamquam dari oporteat. Cf. encore Gai. 9 fr. 8 h. t. : In compensationem etiam id deducitur, quo nomine cum actore lis contestata est.

## Tit. XVIII

*QUOD CUM MAGISTRO NAUIS, INSTITORE EOUE,  
QUI IN ALIENA POTESTATE EST,  
NEGOTIUM GESTUM ERIT.*

Ulp. 28. 29, Paul. 29. 30, Gai. 9, Jul. 11. 12.

§ 101. DE EXERCITORIA ACTIONE <sup>1</sup>.

Ulp. 28 <sup>2</sup>; Paul. 29 <sup>3</sup>, Gai. 9 <sup>4</sup>.

Gai. IV 71 <sup>5</sup> :

... exercitoria locum habet, cum pater dominusue filium seruumue magistrum nauis praeposuerit, et quid cum eo eius rei gratia cui praepositus fuerit, [negotium] gestum erit. Cum enim ea quoque res ex uoluntate patris dominiue contrahi uideatur, aequissimum esse uisum est in solidum actionem dari : quin etiam licet extraneum quisque magistrum nauis praeposuerit, siue seruum siue liberum, tamen ea praetoria actio in eum redditur.

Grâce au commentaire d'Ulpien, on peut reconstituer, d'une façon tout à fait certaine, l'édit de exercitoria actione. D'après les explications de Gaius, on pourrait être amené à croire que l'édit comportait deux clauses, la première prévoyant le cas où le magistrat nauis était sous la puissance de l'exercitor, tandis que la seconde se serait occupée des contrats passés par un magistrat extraneus. Cependant une telle division n'avait aucun fondement rationnel et nous ne trouvons rien, dans le commentaire d'Ulpien, qui soit de nature à la confirmer. Le procédé d'exposition adopté ici par Gaius s'explique d'ailleurs très simplement : aux §§ 69 et ss. du liv. IV, il traite des actions naissant des actes passés par les personnes en puissance : il a donc pu

<sup>1</sup> D. (14. 1), C. (4. 25).

<sup>2</sup> Fr. 1, 4 h. t. Le fr. 4 porte fausement l'inscription Ulp. 29.

<sup>3</sup> Fr. 3, 5 h. t., fr. 16 de instit. act. (14. 3). Cf. en outre, Paul. 6 breu. fr. 6 h. t. Le fr. 16 de inst. act. con-

tient une remarque accessoire faite à cause de l'analogie.

<sup>4</sup> Fr. 2 h. t.

<sup>5</sup> Cf. § 2 Inst. Just. quod cum eo (4. 7).



ne mentionner qu'ensuite et de façon accessoire le champ d'application plus large de l'actio exercitoria.

Dans le commentaire d'Ulpien, nous trouvons tout d'abord les mots suivants commentés dans l'ordre où nous les rapportons

Magister : fr. 1 §§ 1-5 h. t.

Naui : fr. 1 § 6 h. t.

Gestum eius rei nomine, cui ibi praepositus fuerit : fr. 1 §§ 7-14 h. t.<sup>1</sup>.

In eum, qui nauem exercuerit (ou quelque chose d'approchant) : fr. 1 §§ 15-18 cf. § 19 h. t.

Il en résulte que l'édit devait presque forcément être ainsi rédigé :

*QUOD CUM MAGISTRO NAUIS GESTUM ERIT EIUS REI NOMINE, CUI IBI PRAEPOSITUS FUERIT, IN EUM, QUI EAM NAUEM EXERCUERIT, IUDICIUM DABO.*

A cela, s'ajoutait une disposition complémentaire qui n'est pas signalée par Gaius, mais qu'Ulpien a rapportée mot à mot au fr. 1 § 19 h. t. et qu'il a commentée au fr. 1 §§ 20-23 :

*SI IS, QUI NAUEM EXERCUERIT, IN ALIENA POTESTATE ERIT EIUSQUE UOLUNTATE NAUEM EXERCUERIT, QUOD CUM MAGISTRO EIUS GESTUM ERIT, IN EUM IN CUIUS POTESTATE IS ERIT QUI NAUEM EXERCUERIT, iudicium datur.*

Au fr. 1 § 24, Ulpien commence évidemment à s'occuper des formules<sup>2</sup> correspondant aux deux phrases de l'édit. Malheureusement, les rares fragments qui nous ont été conservés ne nous renseignent avec certitude que sur un point : c'est que notre action était donnée « ex persona magistri »<sup>3</sup>. Dès lors, l'intentio se basait sur l'obligation du magister et, par là, on s'explique que Paul, au fr. 5 § 1 h. t., ait jugé nécessaire de faire remarquer que le prêteur, en introduisant l'actio exercitoria, n'avait pas voulu exclure l'action contre le magister lui-même : « hoc enim edicto non transfertur actio, sed adicitur ». En ce qui touche la construction du reste de la formule, nous en sommes réduits à des considérations de nature générale et à des conclusions tirées par voie d'analogie : qu'on se reporte donc à nos dévelop-

<sup>1</sup> Fr. 1 § 7 cit. : Non autem ex omni causa praetor dat in exercitorem actionem, sed eius rei nomine, cuius (ser. cui) ibi praepositus fuerit. Fr. 1 § 8 : an eius rei nomine uideatur gestum. Fr. 1 § 13 :

quodcumque cum uno gestum erit. Cf. également fr. 7 pr. h. t. Sur le mot praepositus, voy. en particulier fr. 1 § 12 h. t.

<sup>2</sup> Fr. 4 § 4 h. t. : hae actiones.

<sup>3</sup> Fr. 1 § 24 h. t.

pements sur l'actio institoria et sur l'actio de peculio (§§ 102. 104).

§ 102. DE INSTITORIA ACTIONE <sup>1</sup>.

Ulp. 28 <sup>2</sup>, Paul. 30 <sup>3</sup>, Gai. 9 <sup>4</sup>, Jul. 11 <sup>5</sup>.

Gai. IV 71 <sup>6</sup> :

Institoria... formula tum locum habet, cum quis tabernae aut cuilibet negotiationi filium seruumue aut quemlibet extraneum siue seruum siue liberum praeposuerit, et quid cum eo eius rei gratia, cui praepositus est, contractum fuerit : ideo autem institoria uocatur, quia qui tabernae praeponitur, institor appellatur : quae et ipsa formula in solidum est.

Du commentaire d'Ulpien qui, ici encore, est notre principale source, il résulte d'une façon presque certaine que l'édit s'exprimait ainsi :

*Quod cum institore <sup>7</sup> gestum erit eius rei nomine, cui praepositus fuerit <sup>8</sup>, in eum, qui eum praeposuerit <sup>9</sup>, iudicium dabo.*

Pour ce qui est de la formule, il est tout d'abord absolument invraisemblable qu'elle contint, comme l'admet BEKKER <sup>10</sup> (*Aktionen*, II, p. 334 et s.), le mot institor ; le contraire peut

<sup>1</sup> D. (14. 3), C. (4. 25).

<sup>2</sup> Fr. 1, 3, 5, 7, 9, 11, 13, 15 h. t., fr. 43 pro socio (17. 2) cf. fr. 13 i. f. h. t., fr. 183, 185 de V. S. (50. 16).

<sup>3</sup> Fr. 4, 6, 17 h. t., fr. 184 de V. S. (50. 16).

<sup>4</sup> Fr. 2, 8, 10 h. t.

<sup>5</sup> Fr. 12 h. t., cit. fr. 14 de in rem uerso (15. 3). De ce dernier texte (en admettant que son inscription soit exacte), on peut rapprocher le fr. 13 i. f. h. t.

<sup>6</sup> Cf. § 2 Inst. Just. quod cum eo (4. 7).

<sup>7</sup> Fr. 3, 5 pr. — § 10 h. t.

<sup>8</sup> Fr. 5 §§ 11-16 h. t. Du fr. 5 § 11 h. t., rapprochez fr. 1 § 7 de exerc. act. (14. 1). Voy. aussi const. 3 h. t.

<sup>9</sup> Fr. 5 §§ 17, 18, fr. 7, 9, 11 pr. — § 6 h. t. Au premier abord, les mots « de quo palam proscriptum fuerit ne cum eo contrahatur » (fr. 11 § 2) semblent une exceptio introduite par le préteur lui-même dans l'édit. Mais il

résulte du commentaire qu'Ulpien, même au fr. 11 §§ 2-6, ne s'occupe que du mot « praeposuerit ». Voy. fr. 11 § 2 : is praepositi loco non habetur ; § 5 : condicio autem praepositionis seruanda est ; § 6 : praepositi loco non habetur.

<sup>10</sup> BEKKER dit dans ce passage : « On ne saurait prouver, mais on peut supposer que, comme les Romains avaient l'habitude de nommer les différentes parties de l'édit au moyen de mots par lesquels elles commençaient, ils nommaient aussi les actions d'après les mots frappants qui figuraient au début de la formule ». Il me semble que les considérations les plus diverses ont présidé à la terminologie suivie pour les actions : qu'on songe, par exemple, aux appellations de Publiciana, confessoria, hypothecaria, rei uindicatio. Dès lors, l'argument de BEKKER me paraît bien chancelant.

même être considéré comme certain. Car, si BEKKER avait raison, je ne vois pas comment Gaius, l. c., aurait pu dire :

*ideo autem institoria uocatur, quia qui tabernae praeponitur, institor appellatur.*

Cette remarque, jointe à la circonstance que Gaius nous parle de « *tabernae uel cuilibet negotiationi* », démontre que la formule, dans son modèle, désignait l'institor comme étant un *tabernae praepositus* ; cette conclusion est confirmée d'une façon décisive par ce fait qu'Ulp. 28 explique, aux fr. 183, 185 de V. S. (cf. également Paul. 30 fr. 184 de V. S.), les mots « *taberna instructa* », mots qui ne pouvaient appartenir qu'à notre formule<sup>1</sup>.

Un autre point certain, c'est que, dans la formule, l'affaire conclue avec l'institor était désignée. Cela résulte, notamment, des termes dont se sert Paul. 30 fr. 4 h. t. pour justifier l'extension de l'actio institoria aux actes de colportage qu'a pu faire l'institor :

*nec mutal causam actionis locus uendendi emendue, cum utroque modo uerum sit institorem emisse aut uendidisse.*

Après ces remarques préliminaires, examinons le commentaire d'Ulpien. Dans ce commentaire, l'explication de la formule commence évidemment au fr. 11 § 7 et comprend le fr. 11 §§ 7. 8 et les fr. 13, 15 h. t. Tout d'abord, le jurisconsulte pose en principe que l'actio institoria et l'actio tributoria ont chacune leur champ d'application et s'excluent l'une l'autre. La dernière suppose, de la part des personnes en puissance, un « *negotiarum merces peculiari* » (voy. § 103), la première, au contraire, un « *negotiarum dominica merces* » :

*Si institoria recte actum est, tributoria ipso iure locum non habet : neque enim potest habere locum tributoria in merce dominica. quod si non fuit institor dominicae mercis, tributoria superest actio.*

Si nous nous demandons à quelle partie de la formule cette remarque pouvait bien se rapporter, nous devons reconnaître que ce ne peut guère être qu'à celle où le prêteur mentionnait

<sup>1</sup> Cf. également Ulp. 28 fr. 3 h. t. : *nec multum facit, tabernae sit praepositus an cuilibet alii nego-*

*tiationi.* Il faut bien conclure de tout cela que le mot *taberna* jouait un rôle dans ce passage de l'Album.

l'institor contractant, à celle où il le désignait à peu près de cette façon : « *a N° N° tabernae instructae praepositus* ». Ces mots font ressortir qu'il était simplement le représentant du dominus et ont, par là, donné lieu à la remarque faite dans le texte cité plus haut.

Le fr. 11 § 8 a déjà trait à une autre partie de la formule, à celle où le contrat conclu était désigné :

Si a seruo tuo operas uicarii eius conduxero et eum merci meae institorem fecero isque tibi mercem uendiderit, emptio est : nam cum dominus a seruo emit, est emptio, licet non sit dominus obligatus, usque adeo, ut etiam pro emptore et possidere et usucapere dominus possit.

Évidemment, le jurisconsulte se demande dans ce texte ce qui se passait quand l'institor était l'esclave d'un tiers et avait conclu un achat avec son propre maître : pouvait-on appliquer à cette opération le mot *emisse* ?

L'édit exigeait expressément que l'institor ait conclu l'opération « *eius rei nomine, cui praepositus fuerit* ». Cette exigence devait être également exprimée dans la formule<sup>1</sup> ; le passage d'Ulpien qui vient immédiatement après celui que nous venons de citer se rapporte certainement aux mots qui, dans la formule, avaient cet objet ; on lit, en effet, au fr. 13 pr. h. t. :

Habebat quis seruum merci oleariae praepositum Arelate, eundem et mutuis pecuniis accipiendis : acceperat mutuum pecuniam : putans creditor ad merces eum accepisse egit proposita actione : probare non potuit mercis gratia eum accepisse. licet consumpta est actio nec amplius agere poterit, quasi pecuniis quoque mutuis accipiendis esset praepositus, tamen Iulianus utilem ei actionem competere ait.

Les parties de la formule que nous avons relevées jusqu'ici ne nous indiquent pas du tout si le modèle de cette formule était rédigé in ius ou in factum : nous pouvons, en effet, nous représenter également ces parties comme figurant dans une intentio in factum concepta ou, au contraire, dans une demonstratio. Mais on trouve ensuite dans le commentaire un texte, qui, à mon avis, fait incliner fortement la balance dans le sens d'une intentio in ius concepta ; c'est le fr. 13 § 1 h. t. qu'on n'a pas

<sup>1</sup> Cf. aussi fr. 8 quod cum eo (14. posse, quia non in eam rem praepositus fuisset.  
5) : negabat eo nomine se conueniri

encore, à ma connaissance, utilisé en faveur de cette opinion :

Meminisse autem oportebit institoria dominum ita demum teneri, si non nouauerit quis eam obligationem uel ab institore uel ab alio nouandi animo stipulando.

L'obligation qu'Ulpien suppose ici avoir fait l'objet d'une novation est naturellement celle de l'institor<sup>1</sup> : car le jurisconsulte n'avait aucune raison pour s'occuper, dans ce passage, de la possibilité d'une novation touchant l'obligation *adjectice* du dominus. On ne peut, d'ailleurs, trouver un sens à ce qui est dit à la fin du texte (uel ab institore uel ab alio stipulando), qu'en le rapportant à l'obligation de l'institor. Or, le fr. 13 § 1 occupe précisément, dans le commentaire, la place où il devait être traité de l'intentio in ius concepta, si vraiment la formule était rédigée in ius; et l'on comprend que si, dans cette formule, se lisait un « *quidquid ob eam rem Lucium Titium A° A° dare facere oportet* », ces mots aient nécessairement amené à se préoccuper de la possibilité d'une novation, tandis qu'une semblable préoccupation ne pouvait pas naître au cas de rédaction in factum. De plus il faut observer que l'obligation de l'institor est brièvement appelée par Ulpien « ea obligatio », sans pourtant qu'auparavant, il en ait été le moins du monde question : cette circonstance ne fait-elle pas deviner que la remarque d'Ulpien se rattachait à un passage de la formule cité par lui, mais effacé par les compilateurs, passage dans lequel l'obligation de l'institor était spécifiée? Si ce qui précède rend déjà vraisemblable l'intentio in ius concepta, cette vraisemblance est encore fortifiée par le fr. 12 h. t. Dans ce texte, Julien s'occupe du cas, signalé plus haut, où quelqu'un traite avec son propre esclave qui est l'institor d'un tiers; et le jurisconsulte donne alors au dominus une actio institoria utilis. Une action *utile*; pourquoi pas l'action directe<sup>2</sup>? Si la formule avait été rédigée in factum, il serait impossible de donner à cette question une réponse satisfaisante; avec une rédaction in factum, un seul doute pouvait surgir : celui de savoir si un « emisse »

<sup>1</sup> C'est aussi l'interprétation adoptée dans la schol. 47 (Stephan.) in Basil. suppl. ed. Zachariae, p. 172.

<sup>2</sup> Ce que le jurisconsulte entend opposer, dans le fr. 12 cit., à actio utilis,

c'est bien actio directa et non point actio inutilis : cela résulte, à mon sens, de la suite même du discours : « utilis... actio... competet ». Ces mots constitueraient dans l'autre sens une tautologie.

était possible entre un maître et son esclave; or, nous l'avons vu, Ulpien, au fr. 11 § 8, écarte ce doute et le déclare non fondé. Avec une rédaction in ius, au contraire, la réponse va toute seule : un esclave ne peut pas s'obliger civilement, surtout envers son maître; par conséquent, l'intentio « quidquid dare facere oportet » ne saurait convenir contre lui, si on ne la corrigait par la fiction « si liber esset ex iure Quiritium<sup>1</sup> ». L'édit sur l'actio institoria n'assignait pas à l'institor la qualité d'esclave : il est, par conséquent, très vraisemblable que le modèle de la formule, de celle, du moins, proposée en première ligne ne le faisait pas non plus : dès lors, il faut admettre nécessairement que l'actio institoria ficticia naissant des contrats d'un servus institor constituait une actio institoria utilis; peu importe, d'ailleurs, à ce point de vue, que l'actio utilis fût, comme cela me semble certain<sup>2</sup>, proposée dans l'Album ou qu'elle ne le fût pas. A la vérité, le fr. 12 h. t. est le seul texte où l'actio institoria soit, relativement à l'application qui nous occupe ici, qualifiée d'utilis : dans tous les autres cas où nous pouvons voir qu'elle s'applique aux actes de servi institores, elle est simplement appelée institoria. On pourrait donc être tenté de conclure que c'est seulement à raison du cas tout spécial du fr. 12 qu'il y avait lieu de modifier la formule et que, par conséquent, nous sommes dans l'erreur en admettant une formule utile ne s'appliquant pas uniquement à ce cas particulier. Cette objection est de peu de poids. Tout d'abord, il est bien audacieux de tirer une conclusion sur la rédaction d'une formule du seul silence des textes qui nous ont été transmis par le Digeste. C'est précé-

<sup>1</sup> Sur ces derniers mots « ex iure Quiritium », qui lèvent les doutes de DERNBURG, *Krit. Zschr.* 1, p. 8, n. 4, cf. Cic. pro Caec. c. 33 § 96, Sénèque, nat. qu. III praef. 16. Ces mots ont été d'abord proposés par HUSCHKE (*Gaius*, p. 76) et acceptés par KELLER, *Jahrb. des germ. Rts.*, p. 195, n. 41. La fiction « si liber esset » sera étudiée plus loin dans le texte. On peut se demander si la fiction portait sur un « si liber fuisset » (*scil.* tempore contractus) ou sur un « si liber esset ». Contre la première rédaction, on peut dire qu'elle ne prescrirait pas au juge de faire abstraction de l'esclavage actuel de l'institor. Contre la

seconde, on peut objecter que la liberté actuelle de l'institor n'entraîne pas l'existence de sa liberté au moment du contrat et ne fait point, par conséquent, qu'il soit obligé par ce contrat. Mais un juge raisonnable devait plus facilement suppléer à cette dernière lacune de la formule qu'à la première. D'ailleurs, il est également possible que le préteur ait combiné les deux fictions et ait dit, par exemple : si liber uendidisset et esset.

<sup>2</sup> En faveur de cette manière de voir, on peut invoquer les mots « utilis actio competet » du fr. 12 cit. et le pluriel « has actiones » du fr. 15 h. t.

sément dans les passages traitant de semblables questions que les ciseaux des compilateurs ont tranché impitoyablement : quel intérêt, en effet, pouvaient-ils avoir à conserver le souvenir d'une rédaction de la formule *institoria* spéciale aux contrats d'un *seruus institor*? Que dirait-on, si quelqu'un, constatant qu'il est question seulement dans un fragment du Digeste <sup>1</sup> d'une quasi *publiciana*, en voulait conclure que, dans tous les autres cas, cette action était délivrée dans des termes identiques? On comprend très bien que les compilateurs aient, d'une façon générale, effacé l'expression « *utilis institoria* » et qu'ils l'aient, au contraire, conservée, par suite d'une méprise, dans le fr. 12 : ils ont très bien pu croire que cette qualification découlait, dans ce texte, de la nature extraordinaire du cas envisagé par lui. Mais cette hypothèse n'est même pas nécessaire : il est très possible que les jurisconsultes classiques eux-mêmes aient, d'ordinaire, appelé simplement *institoria* l'*actio institoria ficticia* ; cela se comprend très bien, puisque la plupart des *institores* étaient des esclaves et que, selon moi du moins, l'*actio institoria ficticia* était proposée dans l'édit. Il reste, dans ce cas, à expliquer pourquoi Julien insiste sur la rédaction *utilis* de l'action, précisément pour l'hypothèse du fr. 12. Il ne me semble pas bien difficile d'en trouver la raison. Cette hypothèse extraordinaire, où quelqu'un veut intenter une action contre un tiers à raison d'un contrat passé avec son propre esclave, semble, au premier abord, exiger un traitement extraordinaire. Julien a été, dès lors, amené à faire remarquer que la fiction « *si liber esset ex iure Quiritium* » était de nature à parer à toutes les difficultés. Je suppose donc que la teneur originelle du fr. 12 soulignait le caractère fictice de l'action ; puis, cette teneur a été modifiée par les compilateurs qui, nulle part, pas plus pour les autres actions fictices que pour celle-ci, n'ont laissé subsister le mot *ficticia*.

Je me suis efforcé jusqu'ici de dégager directement l'intention de l'a. *institoria* à l'aide des renseignements positifs que nous donnent les sources et sans m'engager sur le terrain des considérations générales. Il est facile de voir que ces dernières militent puissamment en faveur de la rédaction adoptée par nous.

<sup>1</sup> Fr. 70 de R. V. (6. 1).

Qu'on se mette à la place du prêteur introduisant l'actio institoria dans son Édît. Il veut rendre le dominus responsable des opérations passées par l'institor; il veut l'en rendre aussi complètement responsable qu'en est l'institor lui-même ou qu'il en serait s'il n'était pas esclave. N'est-il pas naturel de croire que, dans la formule destinée à sanctionner ces opérations, il n'a fait que les changements nécessaires pour atteindre le but poursuivi? N'a-t-il pas dû éviter, autant que possible, de toucher aux parties essentielles de ces constructions, faites avec tant de finesse et de réflexion, et sur lesquelles s'appuyait toute la théorie des contrats? N'a-t-il pas dû être nécessairement conduit à l'adoption du procédé que nous défendons et qui consistait à prescrire au juge de rechercher, en se conformant aux termes de la formule donnée pour chaque cas particulier, ce que l'institor devait ou devrait et, cet examen fait, de condamner le dominus?

On a, il est vrai, soulevé contre notre rédaction, que KELLER<sup>1</sup> a proposé le premier et qui a encore aujourd'hui pour elle l'opinion dominante, des objections qui s'appliquent également à toutes les actions adjectives. Ces objections, je vais les examiner dès maintenant. Je veux cependant auparavant conduire jusqu'au bout la reconstitution de notre formule.

Après avoir examiné l'intentio, Ulpien au fr. 13 § 2 h. t., étudie la condemnatio; enfin, au fr. 15 h. t., il donne, pour finir, comme c'est l'habitude, des renseignements sur la durée et la transmission héréditaire de l'action. En suivant pas à pas ce commentaire, j'arrive à la formule suivante :

*Quod A° A° de Lucio Titio, cum is a N° N° tabernae instructae praepositus esset<sup>2</sup>, decem pondo olei emit, cui rei Lucius Titius a N° N° ibi praepositus erat, quidquid ob eam rem Lucium Titium A° A° dare facere oportet ex fide bona<sup>3</sup>, eius iudex N<sup>m</sup> N<sup>m</sup> A° A° c. s. n. p. a.*

<sup>1</sup> *Litiscontest. u. Urt.* p. 432 cf. p. 420 et ss.

<sup>2</sup> Actio utilis, pour le cas où l'on n'a pas traité avec un institor proprement dit : fr. 5 §§ 7. 8, fr. 16, 19 pr. h. t., const. 5, 6 de exerc. et instit. act. (4. 25). Dans le fr. 19 pr., il s'agit d'une hypothèse où l'« accipere pecu-

nias mutuas » ne fait point partie d'un commerce, mais où un simple procurator a été désigné pour contracter un emprunt.

<sup>3</sup> Actio utilis avec rescision de l'effet extinctif de la litis contestatio : fr. 13 pr. h. t.



La question de savoir comment était rédigée l'intentio se pose dans les mêmes termes pour toutes les actions adjectives et, étant donnée la proche parenté de ces actions, la réponse que l'on adopte pour l'une d'elles convient également pour les autres. C'est pourquoi il ne faut pas restreindre à l'actio institoria l'étude des principes sur lesquels repose la rédaction de ces formules; il convient d'examiner ici la question en se plaçant à un point de vue général. Les idées de DIETZEL <sup>1</sup>, ayant été réfutées d'une façon décisive par KELLER <sup>2</sup>, n'ont pas besoin d'être examinées à nouveau. Au contraire, les raisons que MANDRY <sup>3</sup> et BRINZ <sup>4</sup> ont invoquées contre la conception de KELLER demandent une étude particulière.

BRINZ attache une importance décisive au fait que les sources indiquent toujours, comme base des actions adjectives, l'opération conclue et non l'obligation de celui qui l'a conclue (magister, institor, fils de famille, etc.) <sup>5</sup> : d'après notre auteur, cela ne saurait se concilier avec une intentio basée sur cette obligation et conduit nécessairement à admettre une intentio in factum basée sur le fait même de l'opération. Il est difficile d'accepter cette argumentation. La façon dont s'expriment les sources me semble absolument correcte, même en admettant une formule in ius concepta. La manière dont l'intentio était rédigée pouvait bien influencer sur la configuration particulière de l'obligation; mais jamais la forme sous laquelle cette obligation se manifestait au cours de la procédure ne pouvait arriver à masquer, aux yeux des jurisconsultes romains, l'idée législative qui servait de base à nos actions : et cette idée était qu'une personne pouvait, sous certaines conditions, être tenue des opérations conclues par une autre. On pouvait d'autant moins faire ici abstraction de cette idée, que les esclaves, qui pratiquement étaient les gens qu'on employait le plus souvent dans ces sortes d'affaires, n'étaient, eux, nullement obligés.

MANDRY, dont le point de vue est approuvé par BRINZ, a réuni une série de cas dans lesquels la rédaction in ius de KELLER aurait pour effet soit de rendre complètement impossible la con-

<sup>1</sup> *Jahrb. des gemeinen Rechts* II, p. 1 et ss., p. 415 et ss.

<sup>2</sup> Même périodique, III, p. 153 et ss.

<sup>3</sup> *Familiengüterrecht*, II, p. 259 et ss.

<sup>4</sup> *Pandekten* (2<sup>m</sup>e éd.) II, p. 203 et ss.; mais voy. maintenant *ZRG.* XVII, p. 166 et ss.

<sup>5</sup> *Loc. cit.*, p. 204, n. 4. 5.

damnation du père ou du maître, soit de la rendre impossible dans les limites indiquées par les sources. Parmi ces cas, il faut citer d'abord celui dans lequel le fils de famille ou l'esclave qui ont conclu le contrat sont morts : il est impossible ici de parler d'une obligation civile du contractant ou de son successeur ; et cependant le père ou le maître restent tenus, soit complètement, soit dans une certaine mesure<sup>1</sup>. Mais si, contre le maître de l'esclave vivant, on agissait avec la fiction « *si liber esset, tum si Stichum ... oporteret* », il n'y a aucune difficulté à admettre ici une fiction « *si Stichus liber fuisset, tum si heredem eius... oporteret* » ou une autre semblable. La difficulté peut être levée de la même façon pour un second cas dont il a déjà été parlé plus haut : celui où l'opération qui donne naissance à l'action adjectice a été conclue entre le dominus lui-même et la personne soumise à sa puissance<sup>2</sup>. Nous avons vu que les sources elles-mêmes, qualifiant l'action adjectice d'utile, signalent ici la fiction « *si liber (suae potestatis) esset* » qui fait s'évanouir tous les doutes. En troisième lieu, MANDRY envisage le cas suivant : le dominus tabernae est tenu de l'actio institoria à raison même des contrats d'un institor impubère, et cela, in solidum (fr. 7 § 2, fr. 8 h. t.), alors que cet institor, d'après le vieux droit, n'est pas tenu du tout et ne l'est, depuis le rescriptum diui Pii, que dans les limites de son enrichissement. Ici encore, il est facile de supposer une fiction « *si pubes fuisset* ». A la vérité, MANDRY<sup>3</sup> s'élève expressément contre l'admission de semblables fictions et combat, en particulier, la fiction portant sur la liberté. L'obligation du maître à raison des contrats de son esclave était, dit-il, le cas le plus fréquent des actions adjectices : or, dans le système de KELLER, l'action applicable à l'hypothèse la plus pratique de toutes se trouve être, contrairement à la nature des choses, une forme accessoire, péniblement adaptée aux circonstances, de l'action beaucoup moins importante qui naissait des contrats passés par une personne libre, spécialement par le fils de famille. Il fait ensuite ressortir « que, ni pour les actions « naissant ex negotiis seruorum, ni pour celles intentées après « la mort de la personne contractante, dont quelques-unes au

<sup>1</sup> Fr. 4 § 3 de exerc. act. (14. 1), fr. 18 ad S. C. Maced. (14. 6), fr. 1 pr. sqq. quando de pec. (15. 2).

<sup>2</sup> Fr. 11 § 8, fr. 12 de instit. act. (14. 3).

<sup>3</sup> *Loc. cit.*, p. 262 et ss.

« moins étaient **expressément** mentionnées dans l'Édit, les « sources ne parlent de rédactions différentes, ni ne mentionnent de difficultés relatives à la rédaction ». J'ai déjà fait remarquer plus haut ce qu'il y a d'incertain dans cet argument et je rappelle de nouveau qu'un phénomène analogue existe dans l'action publicienne : pour cette action, il y avait, comme ici, bien des cas où la rédaction principale de la formule devait être modifiée<sup>1</sup> ; pourtant, quand les compilateurs de Justinien nous parlent de ces cas, ils nous disent simplement : *Publiciana competit*. De plus, si l'on admet avec moi que l'Édit lui-même proposait l'*intentio fictice* pour les contrats des esclaves, on comprendra d'autant plus facilement le peu d'importance des renseignements que les sources nous ont conservés sur ces questions de rédaction ; on cesse en même temps de pouvoir objecter à KELLER qu'il est obligé d'admettre, pour le cas le plus important, une formule ayant subi une adaptation : cette adaptation, en effet, c'est l'Édit lui-même qui l'avait faite. D'ailleurs, en fin de compte, MANDRY se trompe quand il affirme que, pour les cas envisagés par lui, il n'y a aucune trace de rédactions particulières de la formule. Tout d'abord, il faut rappeler ici le fr. 12 h. t. dont il a déjà été question. De plus, la fiction relative à la liberté résulte clairement des textes déjà signalés par KELLER<sup>2</sup> : ce sont le fr. 24 § 2 de A. E. V. (19. 1) et le fr. 12 i. f. de duob. reis (45. 2). Je considère comme particulièrement probant le premier de ces textes, où il s'agit de l'action de *peculio* :

*in dominum... sic datur, ut emptor eadem consequatur, quae libero uendente consequi debuisset, sed ultra peculii taxationem dominus non condemnatur.*

A la même catégorie, appartient le fr. 19 § 2 de noxal. act. (9. 4), quoiqu'il n'y soit pas question d'une fiction exprimée :

*Si seruus tuus nauem exercuerit eiusque uicarius et idem nauta in eadem naue damnum dederit, perinde in te actio danda est ac si is exercitor liber et hic uicarius seruus eius esset, ut de peculio serui tui ad noxam<sup>3</sup> dedere uicarium damneris.*

En outre, il n'est pas seulement vraisemblable, mais certain,

<sup>1</sup> Cf., par ex., fr. 7 § 7, fr. 12 §§ 2. 3 de Public. (6. 2).

<sup>2</sup> *Litiscont. u. Urt.*, p. 427.

<sup>3</sup> Aut noxae (Keller)?

que l'actio annalis de peculio qui subsistait après la mort du fils de famille ou de l'esclave était une action rédigée d'une autre façon que l'actio de peculio ordinaire : on ne se bornait pas alors à insérer dans la formule de cette action une exceptio annalis accordée au paterfamilias poursuivi; il existait pour cette hypothèse une formule spéciale (contenant d'une façon constante l'exception annale), formule qui, après la mort de l'alieni iuris, remplaçait l'action de peculio devenue *inapplicable* : c'était le *demandeur* lui-même qui devait réclamer la formule annale, sous peine de perdre son procès. Cela résulte clairement du fr. 1 § 10 quando de peculio (15. 2) :

Quaesitum est apud Labeonem, si, cum filius uiueret, tu credens eum mortuum annali actione egeris...

Enfin, le fr. 49 pr. de V. O. (45. 1) fournit un argument bien puissant contre le système de MANDRY :

Cum filius familias Stichum dari sponderit et, cum per eum staret quo minus daret, decessit Stichus, datur in patrem de peculio actio, quatenus maneret filius ex stipulatu obligatus. at si pater in mora fuit, non tenebitur filius, sed utilis actio in patrem danda est.

Pourquoi le prêteur donnait-il, dans le second cas prévu au texte, une action *utile*? La seule explication possible de ce fait est la suivante : dans ce cas, l'obligation du fils se trouvait éteinte et, par conséquent, l'intentio ordinaire de l'action de peculio qui était basée précisément sur cette obligation, devenait inapplicable<sup>1</sup>. N'est-il pas légitime de penser que l'hypothèse envisagée dans ce texte n'était point la seule où l'on dût recourir à une action utile, et qu'au contraire, la même chose se produisait toujours quand l'obligation de l'alieni iuris se trouvait éteinte sans que l'équité permît, en même temps, la libération du paterfamilias?

Si j'ai réussi à réfuter l'objection capitale soulevée par MANDRY, il sera facile d'écarter un dernier argument mis en avant par cet auteur.

Chacun sait qu'après la mort du débiteur tenu par les actions institoria, exercitoria ou quod iussu, chaque héritier était tenu seulement pro parte hereditaria<sup>2</sup> : MANDRY, s'appuyant sur

<sup>1</sup> Voy. MANDRY lui-même, *loc. cit.*, p. 306.

<sup>2</sup> Cf. fr. 14 de instit. (14. 3), fr. 7 quod cum eo (14. 5).

cette règle, raisonne ainsi : l'obligation de l'institor, du magistrat navis, etc., n'est point divisée par la substitution de plusieurs héritiers au maître ou au père de famille ; si donc l'intentio avait été basée simplement sur cette obligation, on ne comprendrait pas que chaque héritier pût être condamné seulement pour sa part héréditaire. Je pourrais me borner sur ce point à un simple renvoi à l'actio rutiliana : si, en effet, le bonorum emptor mourait en laissant plusieurs héritiers, cette action, dont la rédaction n'est pas douteuse, donnait lieu absolument à la même difficulté. Mais y a-t-il vraiment ici une énigme ? Il est clair, à mon sens, que, dans toute formule construite comme la formula rutiliana, il fallait, quand l'action était dirigée contre l'héritier du débiteur originaire, faire mention expresse de cette circonstance. Comment le juge aurait-il pu voir autrement que la condamnation devait être subordonnée à la preuve de l'existence de ce rapport héréditaire ? Il fallait donc bien que le défendeur, quand il n'était héritier que pour partie, fût désigné comme tel quelque part dans la formule, très probablement dans la condemnatio ; nous n'avons donc, pour le cas d'obligation partielle, qu'à introduire dans la condemnatio un « pro qua parte Lucio Titio heres est ». En règle générale, on devait d'ailleurs se servir ici, comme dans les autres hypothèses, de formules interrogatoires. En tout cas, la question d'obligation totale ou partielle devait être examinée in iure<sup>1</sup>.

Je crois avoir démontré que la rédaction de KELLER résiste à toutes les attaques qui ont été dirigées contre elle. Pour finir, jetons un coup d'œil sur les différentes tentatives de reconstitution qu'on a opposées à la sienne. Les formules qu'on propose sont de deux sortes. MANDRY et BRINZ considèrent une formule in factum, le premier, comme possible<sup>2</sup>, le second, comme prouvée<sup>3</sup>. On doit se borner à invoquer contre cette rédaction in

<sup>1</sup> De là, au fr. 14 de instit. act. : « in solidum actio dari debet », et, plus loin : « heredum quisque pro sua parte conueniendi sunt ». De même, au fr. 7 quod cum eo (14. 5) : an heredes, pro qua parte quisque successisset, mallet conuenire.

<sup>2</sup> Cet auteur dit, *loc. cit.*, p. 265, qu'il faut attacher à cette rédaction in factum « la valeur d'une hypothèse

« en faveur de laquelle on peut invoquer autant et d'aussi bonnes raisons qu'en faveur de l'hypothèse de Keller ».

<sup>3</sup> *Loc. cit.*, p. 204 : « ce n'est plus une simple hypothèse » ; mais voy. maintenant ZRG., *loc. cit.*

<sup>4</sup> Pour la rédaction in factum, voy. encore RUBSTRAT, *Arch. f. d. Prax. v. Oldenburg*, I, p. 38.

factum toutes les raisons qui militent en faveur de la rédaction de KELLER. La rédaction in factum laisse sans explication les cas certains où l'actio était utilis ; de plus (et ceci, à soi tout seul, me semble décisif), elle n'est pas du tout naturelle et va à l'encontre du but poursuivi. Comment le prêteur, voulant rendre le patron de l'institor etc. responsable d'après les règles ordinaires de la vente et des autres contrats, pouvait-il abandonner ici les formules ordinaires qui sanctionnaient ces contrats? Était-il donc indifférent, par exemple, que la formule prescrivît ou non au juge de statuer ex bona fide? MANDRY<sup>1</sup> se représente l'intention de l'actio uenditi de peculio comme conçue à peu près ainsi :

S. p. A<sup>m</sup> A<sup>m</sup> Titio... hominem Stichum uendidisse.

Il est certain que les formules in factum d'actions contractuelles qui nous ont été réellement conservées n'étaient pas si simples que celle-là. La formule de MANDRY aurait mis le juge dans le plus grand embarras. Comment, avec cette formule, le juge aurait-il su s'il devait appliquer ici les règles ordinaires de l'actio uenditi? Qu'aurait-il dû faire du principe « exceptio doli bonae fidei iudiciis inest »? Que serait-il advenu de tout l'officium iudicis, dont l'importance, dans les actions de bonne foi, n'a pas besoin d'être retracée ici? Qu'on se représente maintenant l'hypothèse, non plus d'une vente, mais d'une stipulation : les règles si étroites de la stipulation vont-elles, à l'inverse, être abandonnées à l'officium du juge, grâce à un « S. p. L. Titium promississe, quanti ea res est, etc. »? Admettons-nous que le prêteur, en vue de déterminer les règles de la condamnation, avait accommodé les différentes formules avec plus de détails, un peu comme il faisait pour les actions pigneraticia ou depositi in factum? S'il en avait été ainsi, ou bien le prêteur aurait dû proposer ici un nombre infini de formules, ou bien, dans chaque procès, il se serait élevé in iure un débat relatif à la rédaction de la formule, débat qu'il n'aurait pas toujours été facile de trancher et dont la solution aurait souvent préjugé la question de droit.

La formule in factum se heurte, on le voit, à de graves difficultés ; mais c'est encore pis avec la rédaction qui a été proposée d'abord par DIETZEL<sup>2</sup> et reprise depuis sous une autre

<sup>1</sup> Loc. cit., p. 264.

<sup>2</sup> Dans le recueil cité à la p. 305, n. 1.

forme par BARON<sup>1</sup>. D'après ces auteurs, l'intentio était bien in ius concepta, mais elle était basée directement sur l'obligation adjectice du paterfamilias, etc., et non sur celle de l'institor, etc. L'intentio proposée par DIETZEL « *patrem (exercitorem) dare facere oportere* » n'a plus besoin d'être discutée depuis la critique qu'en a faite KELLER. BARON, de son côté, base l'intentio sur un « *praestare oportere* » du patron ou du paterfamilias. Il croit, tout d'abord, avoir découvert dans le fr. 57 de J. D. (23. 3), que l'intentio de l'action de peculio était ainsi conçue : « *quidquid de peculio filii (serui) ob eam rem N<sup>m</sup> N<sup>m</sup> patrem (dominum) praestare oportet* » ; puis il admet l'existence de ce « *quidquid praestare oportet* » dans toutes les autres actions adjectices, sauf dans l'actio tributoria, où il remplace ces mots par un « *quidquid tribuere oportet* ». Il donne à cette intentio le nom d'intentio iuris honorarii et pense que le préteur, qui ne pouvait pas créer un « *dare facere oportere* », pouvait très bien créer un « *praestare oportere* ». Sur ce système, on doit faire les remarques suivantes : BARON n'a certainement pas tort, quand il fait remarquer que le mot *oportere* n'est pas un terme réservé exclusivement au droit civil, bien que l'exemple d'emploi officiel du mot donné par lui à l'appui de son opinion ne soit pas heureux<sup>2</sup>. Il est certain qu'*oportere* signifie devoir et falloir et qu'il n'y a pas à distinguer si l'obligation qu'il désigne découle d'une règle de droit ou d'une prescription de l'autorité : l'édit rapporté par Cicéron au pro Quinctio, c. 27 § 84, nous fournit un exemple où le mot est bien réellement employé d'une façon officielle avec ce dernier sens. Mais cela n'empêche point qu'il y avait une bonne raison à ce que les seules actions civiles fussent basées sur un *oportere*. Le préteur, en

<sup>1</sup> *Die adjectivischen Klagen* (Abh. aus d. Röm. C. Pr. II), 1882, p. 136 et ss. Contre BARON, voy. ВЕККЕР, ZRG, XVII, p. 105 et s. BARON, Krit. Vjschr. XXVI, p. 547, a écrit que, dans la présente polémique, j'avais été plus vif dans les mots que pressant dans les arguments. C'est un point que je laisse à l'appréciation du lecteur.

<sup>2</sup> BARON s'appuie sur le « *quod eius praestari oportere dicitur* » de l'Édit des édiles (fr. 1 § 1 de aedil. ed.) et

pense que ces mots désignent l'obligation de réhabilitation. Leur sens véritable est très différent et résulte du commentaire d'Ulpien, fr. 19 pr. § 1 eod. Ils constituent une limitation de l'obligation à raison des dicta et promissa et signifient : dans la mesure où l'on est tenu à garantie d'après le droit civil. Ces mots n'ont pas été mieux compris par BECHMANN, Kauf I, p. 407, ni par BRINZ, dans la 1<sup>re</sup> édit. de ses *Pandekten*, p. 492 ; voy. cependant, dans sa 2<sup>me</sup> édit., § 327 b, n. 2.

faisant d'un oportere la condition d'une condamnation, entendait renvoyer le juge à une règle de droit *préexistante* : or, les actions prétoriennes étaient des *créations nouvelles*, dans lesquelles la condamnation ne pouvait pas dépendre d'une obligation consacrée par une règle de droit *préexistante*. Si le préteur qui créa l'action exercitoria avait prescrit au juge de condamner l'exercitor à raison des contrats passés par le magister navis, en basant cette condamnation sur un « quidquid exercitorem praestare oportet », le juge n'aurait pas pu faire autre chose que d'acquiescer. Où, en effet, était-il question d'un « exercitorem praestare oportere » ? Ce n'était pas dans le droit civil ; ce n'était pas davantage dans l'Édit prétorien. Dans celui-ci, on ne lisait ni « exercitor praestato », ni « exercitorem praestare oportere videtur », ni rien de semblable ; on y lisait seulement : « aduersus exercitorem iudicium dabo ». C'est là un point qui ne fait pas de doute et que personne, je pense, ne saurait contester<sup>1</sup>. Il découle bien de là pour l'exercitor un « iudicium suscipere oportere », mais pas du tout un « praestare oportere » imposé par le droit privé. Peut-être, il est vrai, à une époque où l'actio exercitoria était depuis longtemps en usage et entrée dans la conscience juridique de tous, le préteur aurait-il pu, sans inconvénient, remplacer l'ancienne formule par une nouvelle, basée sur l'oportere de l'exercitor. Mais qu'on y fasse attention : dès l'instant où le préteur aurait agi de la sorte, l'action exercitoria aurait cessé d'être une action prétorienne. Dès lors, en effet, la question de savoir si le défendeur était obligé n'aurait plus dépendu de la volonté du préteur, mais aurait trouvé sa réponse dans la conscience juridique du juge : l'actio depositi in ius est civile, malgré que l'obligatio ciuilis depositi se soit développée sous l'influence de la formula in factum concepta du préteur. En somme, un « oportet » peut découler de l'Édit, mais à une condition : à la condition que ce dernier contienne des prescriptions réglant les rapports des parties intéressées ; dans cette hypothèse, il n'y aurait rien à dire contre une formule modelée sur l'ex edicto oportet. Mais la formule proposée par BARON pour les actions exercitoria, institoria, de peculio, de in rem uerso et quod iussu est impossible, précisément

<sup>1</sup> BARON, *Krit. Vjschr.* XXVI, p. 547, l'a pourtant en effet contesté.



parce que l'Édit ayant trait à cette matière ne règle nullement le rapport qu'il prévoit, mais se borne à promettre une action.

Je viens d'accorder à BARON que le préteur pouvait créer un oportere<sup>1</sup>. Mais c'est là tout ce que je puis lui accorder. Il est impossible d'admettre que le « praestare oportere » ait été réservé au droit prétorien comme intentio iuris honorarii, tandis que le « dare facere oportere » aurait été réservé au droit civil comme intentio iuris ciuilis : aucune subtilité, je crois, ne saurait expliquer pourquoi les obligations découlant du droit prétorien auraient constitué un « praestare » et celles, au contraire, découlant du droit civil, un « dare facere ». Au surplus, s'il est un cas où l'on puisse prouver l'existence d'un « praestare oportere », c'est justement dans l'actio mandati, c'est-à-dire dans une action civile (voy. § 108). Arrivons maintenant au point de départ de cette erreur, au fr. 57 de J. D. (23. 3). Le texte s'occupe du cas où une femme épouse un sien débiteur encore placé sous la puissance paternelle et constitue en dot à son beau-père « quod filius tuus mihi debet ». Le jurisconsulte dit qu'il faut alors distinguer deux hypothèses : les parties ont pu avoir en vue « id quod filium dare oportet », auquel cas la dette tout entière était constituée en dot ; elles ont pu songer au « quod patrem de peculio uel de in rem uerso praestare oportebit », auquel cas la seule somme « qua patrem eo tempore filii nomine condemnari oportebit » était constituée en dot. Il m'est difficile de comprendre comment BARON a cru trouver dans ce texte une *preuve*, — je me trompe —, la preuve unique de son système. Le jurisconsulte ne pense guère ici à la rédaction de la formule ; en se servant des mots « quod patrem de peculio praestare oportebit », il veut simplement désigner, dans une langue rapide, l'obligation qui incombe au père à raison du pécule ; et l'expression dont il se sert rend bien sa pensée, quelle que fût d'ailleurs la manière dont était rédigée la formule de l'action de peculio. On serait, au surplus, presque tenté de dire qu'il a eu comme un pressentiment de l'erreur dont il pourrait un jour être la cause : en effet, après

<sup>1</sup> La question de savoir à quelles conditions il le pouvait n'a pas besoin d'être examinée ici ; pour lui donner une réponse, il faudrait étudier l'officium praetoris tout entier. Un fait certain, c'est que le préteur n'avait pas,

d'une façon générale, le droit de régler directement les rapports des particuliers : s'il avait eu ce droit, il aurait été un législateur et non pas simplement un magistrat chargé de l'organisation des instances.

s'être servi d'une expression qui n'a rien de technique, il s'empresse de la fondre dans le moule juridique, de la ramener à la forme fournie par le modèle même de notre action, en disant : « *qua patrem filii nomine condemnari oportebit.* »

Ces développements suffisent : il n'est pas nécessaire d'examiner ce que vaut l'hypothèse de BARON relativement aux actions utiles dont nous avons parlé plus haut. Je crois avoir démontré que la rédaction de KELLER est conforme aux sources et à la nature des choses et qu'au contraire toutes les autres rédactions proposées paraissent impossibles, dès qu'on veut les éprouver d'un peu près.

### § 103. DE TRIBUTORIA ACTIONE <sup>1</sup>.

Ulp. 29 <sup>2</sup>, Paul. 30 <sup>3</sup>, Gai. 9 <sup>4</sup>, Jul. 12 <sup>5</sup>.

Gai. IV 72 <sup>6</sup> :

*Praeterea tributoria quoque actio in patrem dominum constituta est, cum filius servusque in peculiari merce sciente patre dominum negotietur : nam si quid eius rei gratia cum eo contractum fuerit, ita praetor ius dicit, ut quidquid in his mercibus erit quodque inde receptum erit id inter patrem dominum, si quid ei debebitur, et ceteros creditores pro rata portione distribuatur.*

§ 3 Inst. quod cum eo (4. 7) :

et quia ipsi domino distributionem permittit, si quis ex creditoribus queratur, quasi minus ei tributum sit quam oportuerit, hanc ei actionem accommodat quae tributoria appellatur.

Ici encore, le commentaire d'Ulpien nous permet de reconstituer exactement l'édit dans ce qu'il a d'essentiel. Les mots suivants nous sont directement prouvés :

*qui merce <sup>7</sup> peculiari <sup>8</sup> sciente <sup>9</sup> eo, in cuius potestate erit <sup>10</sup>,*

<sup>1</sup> D. (14. 4).

<sup>2</sup> Fr. 1, 3, 5, 7, 9 h. t., fr. 44 de R. J. (50. 17) cf. fr. 9 i. f. h. t.

<sup>3</sup> Fr. 2, 4, 6, 10 h. t.

<sup>4</sup> Fr. 11 h. t.; fr. 5 de cur. fur. (27. 10) ?

<sup>5</sup> Fr. 8, 12 h. t., cit. fr. 3 pr. h. t. Le fr. 8 porte faussement l'inscription Jul. 11.

<sup>6</sup> Les lacunes du manuscrit de Gaius peuvent être comblées de façon abso-

lument sûre avec le § 3 Inst. Just. quod cum eo (4. 7).

<sup>7</sup> Ulp. 29 fr. 1 § 1 h. t.

<sup>8</sup> Ulp. 29 fr. 1 § 2 h. t.

<sup>9</sup> Ulp. 29 fr. 1 § 3 h. t.

<sup>10</sup> Ulp. 29 fr. 1 §§ 4. 5, fr. 3, 5 pr. § 1. h. t. L'opinion de SCHMIDT (von Ilmenau), *Das Hauskind in mancipio*, p. 21, n. 80, d'après laquelle l'édit aurait parlé seulement de la potestas domini in seruo, me semble en con-

*negotiabitur*<sup>1</sup>, *quod cum eo*<sup>2</sup> *eius mercis nomine*<sup>3</sup> *contractum erit*<sup>4</sup>,.....

La suite du commentaire est précédée d'une introduction qui relate les dispositions de l'édit et qui se trouve au fr. 5 §§ 5. 6 h. t. :

Per hanc actionem tribui iubetur quod ex ea merce et quod eo nomine receptum est. In tributum autem uocantur, qui in potestate habent, cum creditoribus mercis.

Le contenu de l'édit nous a été, sans aucun doute, conservé presque textuellement ici. Le passage « quod ex ea merce est et quod eo nomine receptum est. » se retrouve presque identiquement dans Gai. 9 fr. 11 h. t. et dans le § 3 Inst. Just. quod cum eo (4. 7); il est, au surplus, commenté aussitôt par Ulpien au fr. 5 §§ 11-14 h. t. Le « cum creditoribus mercis » de notre texte est expliqué au fr. 5 §§ 15-18 h. t. Le « in tributum uocari » (l'expression était certainement édictale<sup>5</sup>) est commenté au fr. 5 § 19 et au fr. 7 pr. h. t. Cependant notre fr. 5 §§ 5-6 cit. ne contient pas un exposé absolument complet des dispositions de l'édit. D'une part, en effet, le dominus (ou le pater) n'était naturellement co-partageant que s'il était créancier de la personne en puissance, « *si quid ei debebitur* », comme on lit au § 3 Inst. Just. quod cum eo (4. 7) : cette restriction figurait dans l'Édit; car les mots que nous venons de citer ou d'autres très voisins sont commentés par Ulpien au fr. 5 §§ 7-10 h. t. En second lieu, il était dit dans l'Album que le partage devait être *proportionnel* « *pro rata portione* » (§ 3 Inst. Just. cit.), ou, plus précisément, « *pro rata eius quod cuique debebitur* » : ces derniers mots servent de base au commentaire contenu au fr. 5 § 19<sup>6</sup> et au fr. 7 pr. h. t.

Il résulte de tout cela que la première phrase de l'édit devait être conçue de la façon suivante :

*Qui merce peculiari sciente eo, in cuius potestate erit, negotiabitur, quod cum eo eius mercis nomine contractum erit, ita ius dicam, ut*<sup>7</sup>, *quod ex ea merce erit eoue nomine*

tradiction avec le fr. 1 § 4 h. t. Dans ce texte, en effet, le jurisconsulte commente le sens du mot employé par l'édit, du mot potestas.

<sup>1</sup> *Qui negotiabitur* : Ulp. 29 fr. 5 § 2 h. t. Pour tout le passage, cf., en outre, fr. 1 § 20 de exerc. act. (14. 1), fr. 27 pr. de peculio (15. 1).

<sup>2</sup> Ulp. 29 fr. 5 § 3 h. t.

<sup>3</sup> Ulp. 29 fr. 5 § 4 h. t.

<sup>4</sup> Cf. Gai. IV 72 cit.

<sup>5</sup> Cf. fr. 1 pr. 5 §§ 15. 18, fr. 7 pr. h. t.

<sup>6</sup> *Tributio autem fit pro rata eius quod cuique debeatur.*

<sup>7</sup> Cf. Gai. IV 72 : *ita praetor ius*

*receptum erit, eius is, in cuius potestate erit, si quid ei debbitur, cum creditoribus mercis pro rata eius quod cuique debbitur in tributum uocetur*<sup>1</sup>.

Le commentaire sur cette partie de l'édit se termine au fr. 7 pr. Quelle personne devait ou pouvait s'occuper du partage? A cette question, la clause ne donne aucune réponse; elle se conforme en cela à la façon tout impersonnelle dont s'exprime Gai. IV 72 (joint au § 3 Inst. Just. cit.) :

praetor ita ius dicit, ut quidquid in his mercibus erit quodque inde receptum erit, id inter... distribuatur.

Mais le passage cité des Institutes continue en ces termes :

et quia (scil. praetor) ipsi domino distributionem permittit, si quis ex creditoribus queratur, ... hanc ei actionem accomodat...

L'édit devait, par conséquent, contenir une autre clause; par cette clause, le maître était implicitement autorisé à procéder au partage en se conformant aux règles précédemment indiquées et le prêteur promettait de donner notre actio contre lui, pour le cas où ses règles auraient été violées. Ce point est confirmé jusqu'à l'évidence par le commentaire d'Ulpien. Dans ses explications sur la première clause de l'édit, le jurisconsulte n'indique nulle part que le maître ait à s'occuper du partage; puis, brusquement, dans le fr. 7 § 1, il pose la question suivante :

Quid tamen si dominus tribuere nolit nec hanc molestiam suscipere, sed peculio uel mercibus cedere paratus sit?

Il n'est pas douteux que ces mots ne se rattachent à une nouvelle partie de l'édit, dans laquelle le prêteur confiait au maître les opérations du partage.

Tout aussitôt, au fr. 7 § 2 h. t., Ulpien rapporte en ces termes la promesse de l'actio tributoria :

Si cuius dolo molo factum est, quo minus ita tribueretur, in

dicit ut... Cette tournure montre que le prêteur ne promettait pas dès la première phrase de l'édit l'actio tributoria dont Gai. l. c. ne parle que plus loin pour la première fois. Le prêteur, aussi bien, ne se préoccupait pas seulement de l'actio tributoria, mais encore de la cession amiable du pécule en vue de la vente. Il était permis (permittit, § 3 Inst. Just. cit.), mais

non prescrit au maître de procéder à ce partage.

<sup>1</sup> KELLER (*Jahrbb. d. gem. Rechts* III, p. 195 et s.) se trompe quand, dans sa formule, il donne comme *sujet* au verbe uocare (in tributum) les créanciers demandeurs : ces derniers *étaient*, au contraire, *uocati* avec le maître; cf. fr. 1 pr., 5 §§ 6. 15. 18 h. t. Voy. également Беккер, *Aktionen* II, p. 338.

eum tributoria datur, ut quanto minus tributum sit quam debuerit praestet.

Par là se termine, si je ne me trompe, le commentaire sur l'édit et, tout de suite, au même fr. 7 § 2, le commentaire sur la formule promise s'ouvre par les mots suivants :

Quae actio dolum malum coerces domini.

Sur cette formule, nous sommes malheureusement très incomplètement renseignés. Tout ce que nous savons sur elle de façon certaine, c'est qu'elle tendait à un « *quanto minus dolo malo N<sup>i</sup> N<sup>i</sup> A<sup>o</sup> A<sup>o</sup> tributum est<sup>1</sup>, quam ex edicto meo A<sup>o</sup> A<sup>o</sup> tribui debuit<sup>2</sup>* (ou bien quelque chose d'analogue) » et qu'elle était donnée contre l'héritier « *dumtaxat de eo quod ad eum peruenit<sup>3</sup>* ». Pour le surplus nous en sommes réduits aux conjectures. Voici ce qui me semble le plus vraisemblable<sup>4</sup> : l'actio tributoria, comme l'actio institoria, devait contenir la partie essentielle de la formule qui découlait de l'opération conclue avec la personne en puissance<sup>5</sup>. Si donc, par exemple, cette formule était une formula bonae fidei, notre action devait comporter, après une demonstratio amplifiée par les prescriptions de notre édit, une intentio iuris civilis construite (fictivement au besoin) au nom de la personne en puissance. Après tout cela, venait la condemnatio : *quanto minus eo nomine dolo malo N<sup>i</sup> N<sup>i</sup> A<sup>o</sup> A<sup>o</sup> tributum est, quam ex edicto meo A<sup>o</sup> A<sup>o</sup> tribui debuit, tantam pecuniam* rel.

<sup>1</sup> Ulp. 29 fr. 7 §§ 2-4 h. t.

<sup>2</sup> Jul. fr. 12 h. t. : tributoria actione tunc demum agi potest, cum dominus in distribuendo pretio mercis edicto praetoris non satisfacit.

<sup>3</sup> Ulp. 29 fr. 7 § 5, fr. 9 pr. h. t.

<sup>4</sup> RUDORFF, *E. P.*, § 103, propose la reconstitution suivante, qui est tout à fait impossible : *s. p. A<sup>m</sup> A<sup>m</sup> cum Lucio Titio sciente N<sup>o</sup> N<sup>o</sup> negotiatum esse* et, pour le surplus, une rédaction in factum. Le « cum... negotiatum

esse » est en contradiction manifeste avec l'édit. Que penser, par ailleurs, du « cum Lucio Titio sciente N<sup>o</sup> N<sup>o</sup> negotiatum esse » ? Comme s'il était nécessaire que le maître ait eu spécialement connaissance de chaque opération conclue ! Contre RUDORFF, voy., en outre, MANDRY, *Familiengüterrecht* II, p. 452, n. 7.

<sup>5</sup> En ce sens également, KELLER, *loc. cit.*, dont la formule n'est pas, pour le surplus, exempte d'imperfections. Cf. p. 316, n. 1.

§ 104. QUOD CUM EO, QUI IN ALIENA POTESTATE EST,  
NEGOTIUM GESTUM ESSE DICETUR<sup>1</sup>.

Ulp. 29<sup>2</sup>, Paul. 30<sup>3</sup>, Gai. 9<sup>4</sup>, Jul. 12<sup>5</sup>.

Après le titre de *tributoria actione*, nous trouvons au Digeste un titre (14. 5) portant la rubrique ci-dessus; sous cette rubrique, un seul édit est examiné en détail : l'édit sur le *beneficium competentiae* des fils de famille émancipés, exhéredés ou usant du *ius abstinendi*. Vient ensuite le titre (14. 6) de SC. Macedoniano, après lequel seulement on trouve les rubriques (15. 1)-(15. 4) de *peculio*, quando de *peculio actio annalis est*, de in rem uerso, quod iussu. Cette suite de titres n'est nullement empruntée à l'Édit. Tout d'abord, en effet, il n'était question du SC. Macedonianum que dans les commentaires et non dans l'Édit lui-même<sup>6</sup>; les jurisconsultes en rattachaient l'explication aux édits sur les affaires conclues avec des personnes en puissance<sup>7</sup>. Mais, de plus, il est extrêmement vraisemblable que l'*edictum triplex*<sup>8</sup> de *peculio*, de in rem uerso, quod iussu, auquel on doit joindre l'édit sur l'action annale de *peculio*, venait en tête dans l'Album, que la clause relative au *beneficium competentiae* n'était qu'une sorte d'appendice et que tous ces édits étaient réunis

<sup>1</sup> D. (14. 5), C. (4. 26).

<sup>2</sup> Fr. 2, 4 h. t., fr. 1, 3, 7, 9, 11 de SC. Maced. (14. 6), fr. 1, 3, 5, 7, 9, 11, 13, 15, 17, 19, 21, 30 de pec. (15. 1), fr. 1 quando de *peculio* (15. 2), fr. 1, 3, 5, 7, 10, 13 de in rem uerso (15. 3), fr. 1 quod iussu (15. 4), fr. 14 de R. C. (12. 1), fr. 11 de pec. leg. (33. 8), fr. 16 de ui (43. 16) cf. fr. 3 § 12 de pec. (15. 1), fr. 7 de lege Pomp. (48. 9).

<sup>3</sup> Fr. 5 h. t., fr. 8, 10, 12 de SC. Maced. (14. 6), fr. 20, 26, 31, 43 de pecul. (15. 1), fr. 2 quando de pec. (15. 2), fr. 8, 11 de in rem uerso (15. 3), fr. 2 quod iussu (15. 4), fr. 40 [41] de N. G. (3. 5).

<sup>4</sup> Fr. 1 h. t., fr. 13 de SC. Mac. (14. 6), fr. 10, 27, 29 de pec. (15. 1), fr. 4, 12 de in rem uerso (15. 3).

<sup>5</sup> Fr. 14 de SC. Mac. (14. 6), fr. 12, 14, 16, 28, 37 de pec. (15. 1), fr. 25 comm. diu (10. 3), fr. 83 ad l. Falc. (35. 2), fr. 11 de fideiuss. (46. 1), cit. fr. 3 §§ 1, 2, fr. 7 §§ 11, 12 de SC. Mac.

(14. 6), fr. 3 § 6, fr. 9 §§ 5, 8, fr. 11 §§ 2, 9, fr. 13 de pec. (15. 1), fr. 5 pr. de O. N. N. (39. 4) cf. *Palingenesia* Jul. n° 183.

<sup>6</sup> Qu'aurait bien pu contenir un édit ad senatus consultum Macedonianum? En sens contraire, RUDORFF, *E. P.* § 108. Cet auteur pense, semble-t-il, à un édit par lequel le préteur aurait déclaré qu'il userait de sa juridiction en se conformant au sénatusconsulte. Cf. peut-être Plin. Epist. V 9 [21], 3. Mais, de cela, il ne nous a rien été transmis. Il faut encore moins songer à une reproduction du SC. lui-même dans l'Album. Cf. Wlassak, *Edict u. Klageform*, p. 90, n. 4.

<sup>7</sup> A cela se rapportent : Ulp. 29 fr. 1, 3, 7, 9, 11 de SC. Mac. (14. 6), fr. 14 de R. C. (12. 1), fr. 7 de lege Pomp. (48. 9); Paul. 30 fr. 8, 10, 12 de SC. Mac.; Gai. 9 fr. 13 eod.; Jul. 12 fr. 14 eod., fr. 11 de fideiuss. (46. 1), cit. fr. 7 §§ 11, 12 de SC. Mac.

<sup>8</sup> Ulp. 29 fr. 1 § 1 de *peculio* (15. 1).

sous une seule rubrique : celle que, d'après le Dig. (4. 5), j'ai placée en tête du présent paragraphe. Ce qui milite en faveur de notre façon de voir, c'est le fait que la rubrique qui nous occupe a, dans le Digeste lui-même, une portée générale, le caractère d'une introduction. Il est bien vrai que, dans ce titre, une seule clause, celle indiquée plus haut, se trouve commentée. Mais le premier fragment du titre (emprunté à Gai. 9) ne traite point de cette clause : il nous donne le contenu de l'edictum triplex et il le fait dans des termes dont il paraît bien résulter que cet édit se liait directement à ceux sur les actions exercitoria, institoria et tributoria. Les fr. 4 § 5 et le fr. 8 de notre titre n'ont également aucun rapport avec la clause dont il s'occupe. Aussi bien, notre hypothèse est confirmée d'une façon décisive par Ulp. 29 fr. 1 pr. § 1 de peculio (15. 1) :

Ordinarium praetor arbitratus est, prius eos contractus exponere eorum qui alienae potestati subiecti sunt, qui in solidum tribuunt actionem, sic deinde ad hunc pervenire, ubi de peculio datur actio. Est autem triplex hoc edictum : aut enim de peculio aut de in rem verso aut quod iussu hinc oritur actio.

Le jurisconsulte se serait difficilement exprimé ainsi, si entre les édits dont il vient d'être parlé et l'edictum triplex, l'Album avait contenu une autre clause. Que l'on considère, de plus, les mots suivants, qui figurent dans l'édit sur le beneficium competentiae :

sive sua voluntate sive iussu eius in cuius potestate erit contraxerit, sive in peculium ipsius sive in patrimonium eius cuius in potestate fuerit ea res redacta fuerit.

Ne voit-on pas que ces mots visent le contenu de l'edictum triplex? Par là, cette clause laisse voir clairement qu'elle est d'origine plus récente que l'edictum triplex et que, lors de son apparition, elle a été rattachée à ce dernier à titre d'appendice. Enfin, la rubrique du Code (4. 26) :

Quod cum eo qui in aliena potestate negotium gestum esse dicetur uel de peculio seu quod iussu aut de in rem verso prête un appui essentiel à notre hypothèse.

RUDORFF<sup>1</sup> rattache à notre rubrique les « (actiones) ex con-

<sup>1</sup> E. P. § 107, cf. BETEMANN-HOLLWEG, C. P. II, p. 567.

*tractu earum personarum quae in manu mancipioe sunt* ». Sur le contenu de l'édit relatif à cette matière, il cite Gai. IV 80<sup>1</sup>. Il adopte évidemment l'interprétation qui rapporte ce texte aux dettes contractées par les personnes in manu mancipioe alors qu'elles sont en puissance ; c'est là, d'ailleurs, l'opinion dominante. En admettant que cette opinion soit exacte, cela ne prouverait pas que le contenu de Gai. IV 80 figurât à cette place de l'Album ; il me semblerait bien plus vraisemblable de placer la disposition rapportée par Gaius au titre *ex quibus causis in possessionem eatur*. Mais, comme je le montrerai plus loin sous le § 212, l'opinion dominante sur ce texte de Gaius est inadmissible ; le jurisconsulte devait bien plutôt s'occuper ici des dettes antérieures à l'établissement de la puissance. Si, des contrats passés par les personnes in manu mancipioe durant qu'elles étaient en puissance, il naissait vraiment une obligation pour le chef (sur ce point, voy. § 212), il n'existe aucune raison de croire que ce dernier fût soumis à un autre régime que le maître de l'esclave ou le père de famille. L'analogie de la situation devrait, au contraire, pousser à croire que, dans ces cas, le système des actions adjectices restait pleinement applicable<sup>2</sup>. Si Gaius, *loc. cit.*, crée une antithèse entre les personnes in manu mancipioe, d'une part, et les esclaves ou les fils de famille, d'autre part, il est vraiment étrange qu'on aille chercher la raison de cette antithèse dans une matière où elle est invraisemblable au suprême degré<sup>3</sup>.

Dans les développements qui vont suivre, nous étudierons, sous le n° 1, tous les édits appartenant à notre rubrique ; sous le n° 2, nous examinerons les formules découlant de ces édits.

#### 1.

Gai. 9 fr. 1 h. t. (14. 5)<sup>4</sup> nous donne sur l'edictum triplex les renseignements suivants :

... proconsul ... siue ... iussu eius, cuius in potestate sit,

<sup>1</sup> Quod... ad eas personas quae in manu mancipioe sunt, ita ius dicitur, ut cum ex... actu earum agatur, nisi ab eo cuius iuri subiectae sint, in solidum defendantur, bona... ueneant.

<sup>2</sup> Cf. MANDRY, *Familiengüterrecht*, II, p. 224.

<sup>3</sup> Le mot « uero » peut très bien, dans Gai. IV 80, n'indiquer qu'une antithèse partielle ; c'est ainsi déjà que ce mot est employé dans Gai. II, 90.

<sup>4</sup> Cf. Gai. IV 70, Inst. Just. §§ 4. 5 quod cum eo (4. 7).



*negotium gestum fuerit, in solidum eo nomine iudicium pollicetur : siue non iussu, sed tamen in rem eius uersum fuerit, eatenus introducit actionem, quatenus in rem eius uersum fuerit : siue neutrum eorum sit, de peculio actionem constituit.*

Dans l'Album, comme dans le Digeste, la clause de peculio venait, sans doute, en tête : c'est relativement à elle qu'Ulpien explique les mots de l'édit qui servaient d'introduction générale aux trois clauses. Examinons maintenant les renseignements que nous fournit le commentaire d'Ulpien.

Ulp. 29 fr. 1 § 2 de pec. (15. 1) :

Verba autem edicti talia sunt : QUOD CUM EO<sup>1</sup>, QUI IN ALTERIUS POTESTATE<sup>2</sup> ESSET (?), NEGOTIUM GESTUM<sup>3</sup> ERIT.

L'explication de ces mots va jusqu'au fr. 5 § 2 eod. (voy. les notes 1-3). Au fr. 5 § 3, Ulpien commence à examiner en détail ce que c'est que le pécule et ce qui en fait partie ; tel est l'objet du fr. 5 §§ 3. 4, des fr. 7, 9, 11, 13, 15, 17, 19 eod. Ensuite, le jurisconsulte, dans le fr. 21 pr. — § 2, commente les mots « si quid dolo malo eius, in cuius potestate erit, factum erit quo minus peculii esset<sup>4</sup> ». Enfin, nous trouvons, au fr. 21 § 3, la phrase suivante :

Si dominus uel pater recuset de peculio actionem, non est audiendus, sed cogendus est quasi aliam quamuis personalem actionem suscipere.

Visiblement, ces mots se rapportent à la partie finale de la clause, qui devait être conçue à peu près en ces termes : *in eum in cuius potestate erit iudicium dabo*. Il est dès lors facile de retrouver jusqu'ici la teneur de l'édit :

QUOD CUM EO, QUI IN ALTERIUS POTESTATE ESSET<sup>5</sup>, NEGOTIUM GESTUM ERIT, *dumtaxat de peculio et si quid dolo malo eius in cuius potestate erit factum erit, quo minus peculii esset, in eum, in cuius potestate erit, iudicium dabo.*

Y avait-il dans l'Album une phrase séparée pour la clause de in rem uerso ou bien cette dernière était-elle intercalée, après les

<sup>1</sup> Ulp. 29 fr. 1 § 3. 4 de pec. (15. 1), Gai. 9 fr. 27 pr. eod.

<sup>2</sup> Ulp. 29 fr. 1 §§ 5. 6, fr. 3 pr.-§ 4 eod.

<sup>3</sup> Ulp. 29 fr. 3 §§ 5-ult., fr. 5 pr.-§ 2 eod.

<sup>4</sup> Sur la teneur de cette phrase, cf. fr. 1 pr. quando de peculio (15. 2).

<sup>5</sup> De ante gesto cf. fr. 42 de pec. (15. 1).

mots « quo minus peculii esset », dans une forme voisine de celle-ci : « *siue quid inde in rem eius, in cuius potestate erit, uersum erit* » ? C'est un point sur lequel on ne saurait se prononcer puisque les compilateurs, comme il a été dit plus haut, ont découpé en plusieurs titres les commentaires sur l'edictum triplex et ont pu brouiller ainsi l'ordre suivi originellement par les jurisconsultes dans leurs développements. Un fait certain, c'est que les commentaires sur la clause de in rem uerso se bornaient à expliquer ce qu'il fallait entendre par « in rem (domini, patris) uersum »<sup>1</sup> et que les deux clauses de peculio et de in rem uerso n'engendraient qu'une seule formule (voy. plus bas). Il est dès lors vraisemblable qu'elles étaient également réunies dans l'édit.

Je pense que la clause « quando de peculio actio annalis est » venait après la double clause de peculio deque in rem uerso ; si l'on admettait une existence distincte pour ces deux dernières clauses, il faudrait placer *entre* elles deux la clause sur l'annalité. D'après Ulp. 29 fr. 1 pr. quando de pec. (15. 2), elle était ainsi conçue :

POST MORTEM EIUS QUI IN ALTERIUS POTESTATE FUERIT, POSTEAUE QUAM IS EMANCIPATUS MANUMISSUS ALIENATUSUE FUERIT, DUMTAXAT DE PECULIO ET SI QUID DOLO MALO EIUS IN CUIUS POTESTATE EST FACTUM ERIT, QUO MINUS PECULII ESSET, IN ANNO, QUO PRIMUM DE EA RE EXPERIENDI POTESTAS ERIT, IUDICIUM DABO.

Cette citation n'est ni exempte de fautes, ni complète. Au lieu de « (dolo malo eius in cuius potestate) est », il faut évidemment lire *fuert*. De plus, la citation passe sous silence une condition qui figurait nécessairement dans l'édit : pour que l'action fût possible contre un ancien chef ou contre ses héritiers, il fallait que le pécule fût resté *entre leurs mains*<sup>2</sup>. Cette idée était

<sup>1</sup> Cf. Ulp. 29 fr. 1, 3, 5, 7, 10, 13 de in rem uerso (15. 3), Paul. 30 fr. 8, 11 eod., Gai. 9 fr. 4, 12 eod.

<sup>2</sup> C'est seulement pour notre clause que l'édit énonçait formellement cette condition. Abstraction faite de notre clause, on ne trouve cette exigence mentionnée que dans l'hypothèse où la puissance appartenait à plusieurs personnes : on se demandait alors si chacune de ces personnes pouvait être poursuivie et dans quelle mesure elle

pouvait l'être. Cf. fr. 12, fr. 32 pr. de pecul. (15. 1). En considérant combien ces fragments sont rares, combien, au contraire, sont nombreux les témoignages cités par nous au texte, on s'aperçoit que l'exigence en question ne figurait point dans l'édit, mais découlait ici de l'interprétation : cette interprétation se modelait d'ailleurs exactement sur les termes de la clause quando de peculio actio annalis est. Pour le cas où il n'y avait qu'un maf-

exprimée dans l'édit et dans la formule par le mot « penes » ; c'est ce qui ressort des textes suivants :

Fr. 1 § 7 quando de pec. (15. 2) :

... et ait Caecilius teneri, quia peculium penes eum sit.

Cf. fr. 32 pr. de pec. (15. 1) (première partie), fr. 33, 34, 35, eod., fr. 1 § 10 de dote praeleg. (33. 4) ; voy. aussi fr. 37 § 2 de pec. (15. 1).

L'edictum triplex se terminait par la clause quod iussu ; dans Ulpien, nous trouvons seulement le commentaire des premiers mots de cette clause<sup>1</sup> :

*Quod iussu eius cuius in potestate erit.*

La fin va d'ailleurs de soi :

negotium gestum erit, in eum, in cuius potestate erit, in solidum iudicium dabo<sup>2</sup>.

Venait enfin, comme appendice, l'édit qui nous a été intégralement conservé par Ulp. 29 fr. 2 pr. quod cum eo (14. 5)<sup>3</sup> :

IN EUM QUI EMANCIPATUS AUT EXHEREDATUS ERIT<sup>4</sup> QUIVE ABSTINUIT SE<sup>5</sup> HEREDITATE EIUS, CUIUS IN POTESTATE CUM MORITUR FUERIT, EIUS REI NOMINE, QUAE CUM EO CONTRACTA<sup>6</sup> ERIT, CUM IS IN POTESTATE ESSET, SIVE SUA VOLONTATE SIVE IUSSU EIUS IN CUIUS POTESTATE ERIT CONTRAXERIT SIVE IN PECULIUM IPSIUS SIVE IN PATRIMONIUM EIUS, CUIUS IN POTESTATE FUERIT, EA RES REDACTA FUERIT, ACTIONEM CAUSA COGNITA<sup>7</sup> DABO IN QUOD FACERE POTEST.

## 2.

Parmi les formules qui découlait des clauses de l'Édit dont il vient d'être parlé<sup>8</sup>, celle de l'actio quod iussu est la plus fa-

tre et où l'on agissait de peculio contre lui, le prêteur aurait dit une chose vaine et superflue, si, en prescrivant de condamner le maître de peculio, il avait ajouté : si penes eum est. BARON, *die adjectic. Klagen*, p. 164 et s., s'est trompé sur ce point.

<sup>1</sup> Quod iussu : fr. 1 §§ 1-6 h. t. (15. 4), eius in cuius potestate erit : fr. 1 §§ 7-9 eod., conf. Paul 30 fr. 2 eod.

<sup>2</sup> Cf. Gai IV 70 et Gai. 9 fr. 1 quod cum eo (14. 5).

<sup>3</sup> Sur cet édit, voy. aussi const. 2, 8 [9] h. t. (4. 26).

<sup>4</sup> Ulp. 29 fr. 2 § 1, fr. 4 pr. § 1 h. t. (14. 5), Paul. 30 fr. 5 § 1 eod.

<sup>5</sup> Paul. 30 fr. 5 § 2 eod.

<sup>6</sup> Ulp. 29 fr. 4 § 2 eod., Paul. 30 fr. 5 pr. eod.

<sup>7</sup> Ulp. 29 fr. 4 § 4 eod.

<sup>8</sup> De la clause in eum qui emancipatus, il ne découlait, selon moi, aucune formule spéciale, puisqu'il ne s'agissait ici que d'une disposition complémentaire à introduire dans la condemnatio. Les formulae ficticiae proposées ici par RUDORFF, *E. P.* § 104, sont absolument inadmissibles, sauf celle construite sur la fiction « si capite deminutus non esset ». Mais même pour cette dernière, on peut se demander si la fiction qu'elle contient est neces-

cile à retrouver. Si l'on se rappelle notre argumentation du § 102 et si les conclusions auxquelles nous sommes arrivé sont exactes, on peut tenir pour certain que cette formule se modelait exactement sur celle de l'actio directa. La formule proposée par KELLER <sup>1</sup>

*Quod iussu N<sup>i</sup> N<sup>i</sup> patris A<sup>o</sup> A<sup>o</sup> Gaio N<sup>i</sup> N<sup>i</sup> filio familias togam uendidit, q. d. r. a., quidquid ob eam rem Gaium filium A<sup>o</sup> A<sup>o</sup> d. f. o. ex fide bona, eius N<sup>m</sup> N<sup>m</sup> patrem A<sup>o</sup> A<sup>o</sup> c. s. n. p. a.*

peut être considérée comme exacte dans ce qu'elle a d'essentiel. Je crois seulement que la formule, au lieu d'employer les mots pater et filiusfamilias, reproduisait plus fidèlement les termes de l'édit; je propose donc d'intercaler dans la demonstratio un « cum is in potestate N<sup>i</sup> N<sup>i</sup> esset » <sup>2</sup>. On arrive dès lors à une rédaction voisine de celle-ci :

*Quod iussu N<sup>i</sup> N<sup>i</sup> A<sup>o</sup> A<sup>o</sup> Gaio, cum is in potestate N<sup>i</sup> N<sup>i</sup> esset, togam uendidit.*

Une telle rédaction est d'ailleurs rendue nécessaire par cette circonstance, que la question décisive n'est point de savoir si Gaius est sous la puissance de N<sup>o</sup> N<sup>o</sup> au temps du procès, mais s'il y était au temps de la conclusion de l'affaire. Quand il s'agissait d'un esclave, on introduisait dans l'intentio la fiction ordinaire <sup>3</sup>. La demonstratio était, selon moi, toujours indispensable, même dans la formula certa, pour mentionner le iussus à l'existence duquel était subordonné l'exercice de notre action; c'est un point qu'il importe de noter, parce qu'il est contesté par RUDORFF (*E. P.* § 105, n. 23). KELLER, *C. Pr.*, n. 478, croit que la demonstratio se présentait, dans le cas qui nous occupe, sous forme de praescriptio; ce qui me paraît également probable.

Les autres formules présentent de bien plus grosses difficultés. Pour elles, une question préalable se dresse, qu'il faut commencer par résoudre : n'existait-il, pour l'actio de peculio et pour l'actio de in rem uerso, qu'une seule et même formule, ou bien, au contraire, chacune de ces actions avait-elle la sienne? Je crois devoir me prononcer nettement, avec KELLER, dont l'opinion est d'ailleurs la plus répandue, pour la première alter-

saire et la réponse à cette question n'est pas du tout certaine. Cf. COHN, *Beiträge*, II, p. 340 et s.

<sup>1</sup> *Jahrb. d. gem. Rechts*, III, p. 194.

<sup>2</sup> Cf. également RUDORFF, *E. P.* § 105.

<sup>3</sup> Cf. § 102 (p. 302 et s., p. 306).

native. L'identité des formules est prouvée directement par Gaius et par les Institutes. Gai. IV 74 i. f. :

eadem formula et de peculio et de in rem uerso agitur.

§ 4<sup>b</sup> Inst. Just. quod cum eo (4. 7) :

licet... una est actio qua de peculio deque eo quod in rem domini uersum sit agitur, tamen duas habet condemnationes. itaque iudex, apud quem de ea actione agitur, ante dispicere solet, an in rem domini uersum sit, nec aliter ad peculii aestimationem transit, quam si aut nihil in rem domini uersum intellegatur aut non totum.

Il est toute une série d'autres textes qui prouvent la même chose<sup>1</sup>. De tous ces textes, je n'en veux retenir qu'un, le fr. 1 § 10 quando de peculio (15. 2), parce qu'il exprime d'une façon particulièrement claire que la clause de in rem uerso était contenue dans l'actio de peculio. Les raisons qu'on a invoquées pour repousser ce témoignage<sup>2</sup> ne me paraissent point décisives. Le fait qu'au Digeste la matière est répartie en deux titres ne prouve rien contre l'unité de l'action, parce que ce même fait prouverait contre la réunion des actions de peculio et de in rem uerso sous une même rubrique de l'Édit : réunion qui pourtant nous est expressément indiquée par le fr. 1 § 1 de peculio (15. 1). Ce furent uniquement des raisons de clarté qui poussèrent les compilateurs à répartir sous quatre titres différents les commentaires relatifs à l'edictum triplex. Il ne faut pas s'attacher davantage au fait que les deux titres de peculio et de in rem uerso ont presque exclusivement pour objet de déterminer les résultats différents de l'une et de l'autre de nos actions : ceci est tout naturel ; en effet, malgré leur réunion en *un seul* édit et en *une seule* formule, chacune d'elles exigeait pourtant un commentaire particulier. Si, enfin, on trouve de temps en temps dans les sources des exemples d'actio de peculio *pure* ou d'actio de in rem uerso *pure* sans adjonction de l'autre clause, ce fait n'a rien de surprenant : quand un plaideur voulait, peut-être en désespoir de cause, renoncer à l'une ou à l'autre des deux clauses, le prêteur n'avait rien à objecter contre cette séparation. D'ailleurs,

<sup>1</sup> Fr. 57 de iudic. (5. 1), fr. 41 de peculio (15. 1), fr. 1 § 10 quando de peculio (15. 2), fr. 2 § 6 de her. uend. (18. 4), fr. 60 § 7 locati (19. 2), fr. 57

de J. D. (23. 3), fr. 22 § 12 sol. matr. (24. 3), fr. 6 § 12 q. in fraud. cred. (42. 8), const. 12 quod cum eo (4. 26).

<sup>2</sup> ВЕККЕР, *Aktionen* II, p. 336 et ss.

il faut se garder de rapporter à cette hypothèse tous les textes dans lesquels les jurisconsultes s'occupent seulement des effets, soit de la clause de peculio, soit de la clause de in rem uerso<sup>1</sup> : comme très souvent, dans la pratique, une seule d'entre elles pouvait produire effet, il ne faut rien conclure, à mon avis, d'une semblable limitation du commentaire.

L'unité de l'action de peculio et de in rem uerso étant établie, la physionomie de sa formule résulte des considérations suivantes. Les « duae condemnationes » dont parlent les Institutes signifient nécessairement ceci, que la formule contenait une double clause de condemnatio : *condemna de peculio et si quid in rem domini (patris) uersum est*. Ce point, à la vérité, est contesté par ΒΕΚΚΕΡ<sup>2</sup>; il fait remarquer que la procédure du temps de Justinien ne connaît plus du tout les clauses de condemnatio et estime que les Institutes n'en peuvent faire mention que par suite d'une grossière erreur des rédacteurs. Mais cette objection tombe par ce fait que les Byzantins eux-mêmes entendaient, par ces « duae condemnationes », des clauses de la condemnatio. Une scholie sur le fr. 36 de peculio<sup>3</sup> que ZACHARIAE attribue, sans doute avec raison, à Stéphane nous dit :

κινῶν γὰρ οὕτω λέγει καταδικασσον εἰς τὸ πεκούλιον καὶ εἰς τὸ βέρσον<sup>4</sup>...

Cf. en outre Schol. 9 in Bas. XII, 1, 61 (Heimb. I, p. 768), Schol. 2 in Bas. XVIII, 2, 1 (suppl. Basil., p. 178), Schol. 14 in Bas. XVIII, 6, 1 (eod., p. 237). Ces textes prouvent que les clauses de condemnatio usitées dans la procédure classique, bien que dégagées de la rigueur formaliste, se retrouvaient encore dans la procédure de Justinien; elles figuraient sans doute au libelle, comme partie intégrante des conclusions du demandeur.

Du moment que le but propre et la portée de l'action étaient exprimés dans la condamnation, il est presque nécessaire d'admettre que l'intentio, au contraire, ne s'occupait nullement de l'existence ni de la consistance du pécule et de l'in rem uersio;

<sup>1</sup> C'est le cas, par exemple, pour le fr. 7 § 15 ex quib. caus. in poss. (42. 4) cité par ΒΕΚΚΕΡ. Des exemples certains d'isolement de l'une des deux clauses sont fournis, entre autres textes, par les fr. 1 § 1 i. f. de in rem uerso (15. 3), fr. 1 § 10 quando de peculio (15. 2), const. 1 Cod. Greg. quod cum eo (3.

9). Le doute est permis pour le fr. 19 de in rem uerso (15. 3).

<sup>2</sup> *Loc. cit.*, II, p. 337.

<sup>3</sup> Suppl. Basil., p. 223, sch. 140.

<sup>4</sup> Nam cum agit, sic dicit : *condemna eum peculio tenus et quatenus uersum est*.

ce point est directement confirmé par le fr. souvent cité 30 pr. de pec. (45. 1) :

Quaesitum est, an teneat actio de peculio, etiamsi nihil sit in peculio, cum ageretur, si modo sit rei iudicatae tempore. Proculus et Pegasus nihilo minus teneri aiunt : intenditur enim recte etiamsi nihil sit in peculio<sup>1</sup>. idem et circa ad exhibendum et in rem actionem placuit. quae sententia et a nobis probanda est.

La comparaison avec l'action ad exhibendum et la rei vindicatio<sup>2</sup> prouve d'une façon décisive que l'esse aliquid in peculio était sans influence sur le bien-fondé de l'intentio, comme, dans ces deux actions, la possession du défendeur ; il ne pouvait donc sous aucune forme être fait mention du pécule dans l'intentio<sup>3</sup>.

Demandons-nous maintenant comment on doit se représenter exactement cette intentio. Il résulte avec certitude des conclusions auxquelles nous sommes arrivé dans le § 102 qu'elle était dirigée contre le contractant lui-même, c'est-à-dire contre la personne en puissance, et qu'elle se modelait complètement sur l'intentio de l'actio directa correspondante ; seulement, au cas d'intentio in ius concepta, l'action résultant du contrat d'un esclave devait contenir la fiction « si liber esset ». Cette hypothèse est confirmée, en ce qui touche l'action de peculio, par des arguments spéciaux assez nombreux. Il a déjà été parlé au § 102 de la signification de l'actio annalis de peculio et de l'action utile dont il est question au fr. 49 pr. de V. O. (45. 1). A ce texte, vient encore s'ajouter le fr. 32 § 3 de usur. (22. 1),

<sup>1</sup> A cela se rapporte Ulp. 29 fr. 11 de pec. leg. (33. 8).

<sup>2</sup> Je ne puis vraiment comprendre comment БЕККЕР (*Process. Consumtion*, p. 85 et ss., *Aktionen*, II, p. 342) peut, étant donné ce fait, tirer du fr. 30 pr. la conclusion que l'intentio engendrait les doutes auxquels le jurisconsulte fait allusion dans ce texte (quaesitum est). Ces doutes se rattachaient bien plutôt à une controverse qui ne s'est éteinte que lentement et qui portait sur le point de savoir si le succès d'une action était subordonné à l'existence, dès le temps de la litiscontestatio, de toutes les conditions requises pour la condamnation. Dans l'opinion

proculienne qui finit par l'emporter, le moment de la litis contestatio n'avait d'intérêt qu'en ce qui touchait à l'intentio : c'est ce qui résulte implicitement des mots : « intenditur enim recte ». Dans le même sens que БЕККЕР, voy. BARON, *die adjectic. Klagen*, p. 138 et ss. Le fr. 27 § 1 de R. V. (6. 1) vient confirmer que, pour la rei vindicatio aussi, c'est bien l'influence de Proculus qui a mis fin à la controverse.

<sup>3</sup> Contre le « quidquid de peculio N<sup>m</sup> N<sup>m</sup> praestare oportet » proposé par BARON (*Adjecticische Klagen*, p. 148), je renvoie à ce qui a été dit plus haut, au § 102.

d'après lequel le père contre qui l'actio de peculio est intentée encourt un péril, non à raison de sa propre mora, mais seulement à raison de celle de son fils. De plus, on oppose notre action à l'action principale, en désignant celle-ci comme un *directo agere*<sup>1</sup>. Cette action principale, dans ses rapports avec l'actio de peculio, s'appelle *actio ex qua pater de peculio actionem patitur*; l'actio de peculio se nomme un « *agere eius actionis nomine* »<sup>2</sup>. Il n'est pas rare de trouver accolé à l'actio de peculio le nom de l'action principale<sup>3</sup>; il est même des questions touchant l'actio de peculio qui sont désignées comme touchant l'action principale<sup>4</sup>. Si un filius familias poursuivi par l'actio directa venait à mourir après la litiscontestatio, il n'était pas besoin, pour faire valoir l'obligation adjectice du père, d'intenter un nouveau iudicium; dans ce cas, « *transfertur iudicium in patrem dumtaxat de peculio et quod in rem eius uersum est* »<sup>5</sup>; la possibilité de cette translatio démontre d'une façon décisive l'identité de l'intentio. Enfin, et par dessus tout, le témoignage de Stéphane, dans la Schol. in Bas. XII, 4, 61 (Heimb., I, p. 768) citée plus haut, est convaincant; dans ce texte, la formule de l'actio de peculio est rapportée de la façon suivante<sup>6</sup>:

εἰ τόνδε τὸν ὑπεξούσιον φαίνεται ἐποφείλειν μοι τόσα νομισματα, καταδικασὼν τὸν πατέρα ἢ τὸν δεσπότην de peculio...

Il résulte de tout cela qu'on ne s'éloignera guère de la vérité en assignant à l'action depositi de peculio<sup>7</sup> la formule suivante<sup>8</sup>:

<sup>1</sup> Fr. 3 § 4 commod. (13. 6).

<sup>2</sup> Fr. 1 § 11 de pec. (15. 1), cf. fr. 18 de S. C. Maced. (14. 6).

<sup>3</sup> Cf., par exemple, fr. 3 §§ 7. 10. 11, fr. 27 pr., 36, 38 pr. de pec. (15. 1), fr. 27 depos. (16. 3), fr. 23 § 4 de aed. ed. (21. 1); voy. également fr. 7 § 4 de in rem uerso (15. 3). Il est vrai que, le plus souvent, il n'en est pas ainsi; cela s'explique très simplement par cette circonstance que l'obligation du chef de famille reposait sur une clause spéciale de l'Édit et sur une formule particulière proposée dans l'Album. Cf. MANDRY, *Familiengüterrecht*, II, p. 254.

<sup>4</sup> Fr. 36 de pec. (15. 1): est in actione de dote (rei uxoriae) agitatum, si filio dos data sit, an pater dumtaxat de peculio conueniretur.

<sup>5</sup> Fr. 57 de iudic. (5. 1). Conf. également fr. 48 § 5 de castr. pec. (49. 17); dans ce dernier texte, le jurisconsulte, après avoir déclaré que le père n'était point obligé de supporter l'actio de peculio à raison des dettes grevant un pécule castrense, ajoute: et si sponte patiat, ut quilibet defensor, satisdato filium in solidum, non peculio tenus defendere debet.

<sup>6</sup> KRÜGER, *ZRG XVII*, p. 111, a invoqué ce témoignage.

<sup>7</sup> La rédaction proposée par KELLER, dans *Jahrb. des gemeinen Rechts III*, p. 194 et s., s'accorde avec la nôtre sur les points essentiels.

<sup>8</sup> Ulpien examine la formule modèle au fr. 30 de peculio (intentio dans le pr.; de peculio: §§ 1-5; clausula doli: §§ 6. 7).



<sup>1</sup> *Quod A° A° apud Stichum, qui in N° N° potestate est<sup>2</sup>, mensam argenteam deposuit, q. d. r. a., quidquid ob eam rem Stichum, si liber esset ex iure Quiritium, A° A° dare facere oporteret ex fide bona, eius iudex N° N° A° A° dumtaxat de peculio et si quid dolo malo N° N° factum est, quo minus peculii esset, uel si quid in rem N° N° inde uersum est, c. s. n. p. a.*

KELLER et encore RUDORFF rattachent à la condemnatio une autre clause ainsi conçue : « *praeterea etiam si quid dolo malo N° N° captus fraudatusque A° A° est* » (RUDORFF : *etsi quid praeterea dolo malo... sit*). C'est là une méprise certaine, comme je le montrerai plus tard au § 106.

L'action annalis de peculio ne différait, sans doute, de la précédente que par les points suivants. Le rapport de puissance devait être mentionné dans la demonstratio comme une chose passée. Lorsque l'esclave avait été affranchi, la fiction devait dire : « *si tunc liber fuisset* » ; s'il était mort, elle devait s'exprimer à peu près de la manière suivante : « *quidquid A° A°, si apud liberum deposuisset<sup>3</sup>, eo nomine dari fieri oporteret.* » De plus, la circonstance que le pécule se trouvait « *penes N° N°* », circonstance à laquelle était subordonnée la condemnatio, devait être exprimée quelque part ; elle l'était probablement dans la demonstratio<sup>4</sup> où les mots *in potestate N° N°* pouvaient être suivis de ceux-ci : « *penes quem eius (Stichi) peculium est.* »

<sup>1</sup> *Quod A° A° Sticho mercem uendendam mandauit* : fr. 12 de instit. act. (14. 3).

<sup>2</sup> « *Cum... esset* » (RUDORFF, *E. P.* § 106)? La question n'est pas sans faire difficulté, surtout si l'on se reporte à la rédaction de l'édit (« *qui... esset* »), rédaction qui, peut-être, ne nous a pas été fidèlement conservée. Mais le fait suivant, qui est bien connu, m'a paru déterminant : le succès de l'actio de peculio n'était point subordonné à la condition que le maître actuel de l'esclave ait eu cette qualité au moment de la conclusion du contrat. Cf. fr. 27 § 2 de pec. (15. 1). En présence du fr. 9 § 8 de interrog. (11. 1), on pourrait être tenté de croire que l'existence de la potestas n'était pas indiquée du tout dans la formule. Mais ce texte, qui vise spécialement l'actio

annalis, doit signifier que l'existence de la potestas n'est pas décisive à elle toute seule pour savoir si l'on est obligé : on peut avoir l'esclave in potestate sans être obligé et inversement.

<sup>3</sup> RUDORFF écrit ici : in hoc anno. Le fr. 30 § 6, loin d'être favorable à cette intercalation, y est contraire. La tournure « *fortassis... non patietur* » indique clairement que l'annus utilis n'était point mentionné dans la formule.

<sup>4</sup> La fiction si uiueret (KELLER) ne me semble guère possible.

<sup>5</sup> Pourquoi dans la demonstratio et non dans la condemnatio (BARON : *dumtaxat de peculio quod penes eum est*)? Sur ce point, voy. plus bas ce qui est dit, p. 332 et s.

Enfin l'exceptio annalis, qui formait ici un appendice permanent, était intercalée sans doute *après* la clausula doli<sup>1</sup>.

L'étude que nous venons de faire nous fait aboutir, sur les points essentiels, aux mêmes résultats que KELLER. Mais ma tâche resterait inachevée, si je ne m'appliquais maintenant à examiner certaines objections soulevées à plusieurs reprises par BEKKER<sup>2</sup> et qui n'ont pas été réfutées par KELLER. BEKKER prétend que les effets de la litiscontestatio dans l'actio de peculio sont inconciliables avec la reconstitution de KELLER (et, conséquemment, avec la nôtre). Voici son raisonnement : une formule dont l'intentio exprime une prétention dans son intégralité doit nécessairement entraîner la complète deductio in iudicium de cette prétention et, par suite, son extinction, alors même que certaines limites sont apportées à la condemnatio. Ceci, continue notre auteur, ne découle pas seulement des principes généraux sur la rédaction des formules, mais est positivement reconnu pour le cas où la condemnatio est limitée au quod facere potest<sup>3</sup>. Si donc l'actio de peculio avait été construite comme le veut KELLER, la demande dirigée contre la personne en puissance aurait entraîné une extinction totale du droit ; si bien qu'une nouvelle demande aurait dû être impossible sans restitutio in integrum préalable et cela, même quand le créancier ne s'était point trouvé désintéressé par la première action, par suite de l'insuffisance du pécule. Or, dit BEKKER, le contraire est justement prouvé par le fr. 30 § 4 de peculio :

Is qui semel de peculio egit, rursus aucto peculio de residuo debiti agere potest<sup>4</sup>.

Il en résulte donc que la formule de l'actio de peculio était rédigée autrement et qu'on y trouvait expressément marquée, peut-être sous forme de praescriptio, une limitation de l'obligation.

<sup>5</sup> Dans cette argumentation, il y a, selon moi, quelque chose

<sup>1</sup> Fr. 1 § 10 quando de pec. (15. 2) : quia annua exceptio ad peculium, non ad in rem uersum pertinet.

<sup>2</sup> *Prozessual. Cons.* p. 82 et ss., *Aktionen* II, p. 333 et ss., p. 341 et ss.

<sup>3</sup> Cf. fr. 47 § 2 de peculio (15. 1).

<sup>4</sup> Cf. fr. 26 § 1 de iureiur. (12. 2), fr. 47 § 2 de peculio (15. 1).

<sup>5</sup> Je n'ai pas voulu supprimer les déductions suivantes qui se trouvent dans

l'édition allemande et qui ont joué un certain rôle dans la littérature. Mais j'avoue qu'aujourd'hui j'ai bien des doutes à leur égard. Les questions touchées par moi dans ce passage ont été récemment étudiées par toute une série d'auteurs (POKROWSKY, ERMAN, FERRINI, LUSIGNANI, AFFOLTER, GREIB). Ne pouvant plus tenir compte de ces travaux, j'ai préféré ne rien changer au texte.

d'exact et qui n'aurait jamais dû être contesté<sup>1</sup> : c'est que l'actio de peculio pouvait être intentée à nouveau sans restitutio préalable; les textes cités en fournissent, à mon sens, la preuve irrécusable<sup>2</sup>. Mais c'est une tout autre question que celle de savoir si la formule de KELLER suppose vraiment l'existence de cette restitutio.

BEKKER part de l'idée que la rédaction de la formule avait une influence absolument décisive sur l'effet extinctif de la litis contestatio<sup>3</sup>. Par suite de la différence qui existe, relativement à l'effet extinctif de la litis contestatio, entre l'actio de peculio, d'une part, et les actions avec taxatio au quod facere potest, d'autre part, il conclut, sans autre argument, à une différence de rédaction des formules. Mais je ne vois rien, dans les sources, qui vienne confirmer cette hypothèse; et, à ce qu'il me semble, les jurisconsultes romains dont les opinions ont été adoptées par les compilateurs attachaient, quant à l'effet extinctif de la litis contestatio, beaucoup plus d'importance que ne le croit BEKKER aux différences de fond qui pouvaient exister entre deux situations engendrant néanmoins des formules voisines. Les différences de fond qui existent entre les actions que BEKKER rapproche l'une de l'autre sautent aux yeux. L'associé est tenu ipso iure in solidum par l'action pro socio, — uniuersum debet —, cf. fr. 47 § 2 de peculio. Le quod facere potest est une limitation prétorienne, un adoucissement apporté à son obligation. Le chef de famille n'est, au contraire, nullement tenu ipso iure à raison des contrats passés par les personnes soumises à sa puissance: quand, par conséquent, le préteur le déclare tenu de peculio et de in rem uerso, il ne s'agit pas du tout d'une limitation apportée à son obligation: par ces mots, le préteur détermine a priori l'étendue de l'obligation qui pèse sur lui. La différence entre les deux hypothèses d'obligations limitées est si manifeste qu'il serait difficile de comprendre pourquoi les jurisconsultes romains auraient pris soin de les opposer plusieurs fois l'une à l'autre<sup>4</sup>, s'il n'y avait pas eu, pour toutes les deux, des formules présentant des ressemblances extérieures.

<sup>1</sup> Comme le fait KELLER, *loc. cit.*, p. 166.

<sup>2</sup> Cf. aussi BARON, *Adjectio. Klagen*, p. 81 et ss.

<sup>3</sup> Voy., en particulier, *Aktionen*, II, p. 340 (i. fin.) et s.

<sup>4</sup> Cf., en dehors du fr. 47 § 2 de peculio, fr. 1 § 8, fr. 3 pr. de pec. cons-

Un jurisconsulte, en analysant cette différence, pouvait parfaitement en venir à formuler cette proposition : que l'actio de peculio, sans qu'il y eût même besoin de praescriptio, n'éteignait le droit du demandeur que dans les limites du pécule actuel ; il devait alors repousser l'extension de cette proposition aux actions qui contenaient une taxatio au quod facere potest.

Très vraisemblablement, la question de savoir quel intérêt présentait réellement cette différence avait dû faire l'objet d'une dispute d'école ; Proculus étant d'avis qu'il fallait l'accentuer, les Sabinieniens étant d'un avis contraire<sup>1</sup>. Au temps d'Ulpien et de Paul, la façon de voir des Proculiens paraît l'avoir emporté ; et ce n'est, sans doute, point par hasard que ces deux jurisconsultes citent précisément Proculus dans leurs explications sur la nature de l'obligation du chef de famille et sur les effets résultant ici de la litiscontestatio<sup>2</sup>. Il est un cas où il a dû sembler particulièrement clair que les effets extinctifs de la litiscontestatio de l'actio de peculio ne se modelaient pas nécessairement sur les données de l'intentio : c'est celui où notre action était donnée à raison du contrat d'un esclave ; celui-ci, en effet, n'était point obligé civilement, de sorte qu'il n'existait point ici d'obligation de l'alieni iuris qui pût être considérée comme déduite en justice<sup>3</sup>.

A la vérité, les explications qui précèdent n'apportent point une solution à toutes les difficultés que présentent ici l'application des règles relatives à l'effet extinctif de la litiscontestatio. Le point suivant est surtout surprenant : quand l'actio annalis de

tit. (13. 5), fr. 5 § 2 de lib. leg. (34. 8). Stéphane, schol. 189 in Bas. XII, 5, 47 (Suppl. Bas., p. 228), appelle expressément l'attention sur le contraste indiqué au texte ; dans ce passage, il fait remarquer que la limitation apportée à l'obligation dans l'actio pro socio provient « ἐτέρω λόγῳ, ὅτι οὐ δικαίον » Les développements concernant la formule de l'actio pro socio qu'il donne ici même et dans Schol. 9 in Bas. XII, 1, 61 (Heimb. I, p. 768) sont le résultat d'une erreur occasionnée par le « socius uniuersum debet » du fr. 47 § 2.

<sup>1</sup> Cf., d'une part, les Sabinieniens Pomponius et Julien au fr. 21 i. f. de exc. r. iud. (44. 2) et au fr. 5 § 2 de lib. leg.

(34. 3), et, d'autre part, Proculus au fr. 84 de solut. (46. 3).

<sup>2</sup> Cf. fr. 30 pr., 47 § 3 de pecul. (15. 1), fr. 4 § 5 quod cum eo (14. 5). Bien qu'adoptant en principe la façon de voir des Proculiens, Ulpien, au fr. 11 de cond. indeb. (12. 6), semble accepter une conséquence de la théorie sabinienne, — conséquence qu'il repousse d'ailleurs, en motivant son opinion, au fr. 5 § 2 de lib. leg. (34. 3). Cela n'est point pour surprendre de la part d'un compilateur comme était Ulpien.

<sup>3</sup> Papiaian. fr. 50 § 2 de peculio : ... naturalis obligatio, quam etiam seruus suscipere uidetur, in litem translata non est.

peculio était intentée contre un des héritiers du maître ou du père, l'obligatio de peculio était éteinte contre tous les héritiers, bien que celui qui avait été poursuivi ne pût être condamné que jusqu'à concurrence de la part du pécule dont il se trouvait possesseur <sup>1</sup>. Cela vient probablement de ce que l'actio annalis ne prévoyait pas l'hypothèse d'un partage du pécule compris dans l'hérédité. Le « penes quem peculium est » qui figure dans cette action ne signifie point que la condemnatio était éventuellement limitée à une portion du pécule; cela veut dire simplement, comme l'expression elle-même l'indique <sup>2</sup>, que la condemnatio était subordonnée à cette condition : « si peculium penes N<sup>m</sup> N<sup>m</sup> remansit ». Si pourtant, au cas où il y avait plusieurs héritiers, l'un d'entre eux était condamné seulement jusqu'à concurrence de la part du pécule dont il se trouvait nanti, c'était chose dépendant uniquement de l'officium iudicis et qui, par suite, ne modifiait en aucune façon l'effet extinctif. Par ailleurs, le point de savoir si et dans quelle mesure l'exercice de l'actio de peculio libérait l'individu en puissance et ses cautions présente des difficultés : les solutions contraires <sup>3</sup> données par Pomponius (fr. 21 i. f. de exc. r. iud. (44. 2)) et par Proculus (fr. 84 de solut. (46. 3)) montrent, selon moi, qu'une partie au moins des jurisconsultes romains ne considérait point la question comme susceptible d'être tranchée d'après la seule rédaction de la formule. Le concours facultatif entre l'actio de peculio, d'une part, et les actions tributoria ou quod iussu, d'autre part <sup>4</sup>, ne me semble pas davantage devoir être considéré comme une conséquence de la rédaction de la formule : je crois que les jurisconsultes ne faisaient intervenir ici la notion du droit déduit en justice que dans le but de réprimer la chicane <sup>5</sup>.

Ce n'est point ici le lieu d'élucider toutes ces questions : il me suffit d'avoir montré que l'effet extinctif restreint de l'actio

<sup>1</sup> Fr. 32 pr. de peculio (voy., sur ce point, BEKKER, *Aktionen*, II, p. 348).

<sup>2</sup> Le « penes quem peculium est » (p. 323) n'a point la valeur qu'auraient les expressions « quatenus peculium penes N<sup>m</sup> N<sup>m</sup> est » ou « quod ex eo peculio penes N<sup>m</sup> N<sup>m</sup> est » ou tout autre équivalente.

<sup>3</sup> BEKKER, *loc. cit.*, p. 351.

<sup>4</sup> Fr. 9 § 1 de act. trib. (14. 4), fr. 4 § 5 quod cum eo (14. 5).

<sup>5</sup> BARON, *loc. cit.*, p. 108 et s., p. 114 et s., pense que l'édit organisait expressément un simple droit d'option entre les actions concurrentes. C'est là encore une hypothèse possible, bien que je ne considère pas comme décisives les preuves invoquées par BARON à l'appui de son opinion.

de peculio se concilie fort bien avec la reconstitution que nous proposons et qui se rattache à celle admise par KELLER.

§ 105. AD SENATUS CONSULTUM VELLAEANUM<sup>1</sup>.

Ulp. 29<sup>2</sup>, Paul. 30<sup>3</sup>, Gai. 9<sup>4</sup>, Jul. 12<sup>5</sup>.

Le prêteur accordait ici deux actions destinées à secourir le créancier qui avait perdu son débiteur par suite de l'intercession nulle d'une femme. Ulpien s'occupe de ces actions à partir du fr. 8 § 7 h. t.; il traite d'abord de l'actio restitutoria :

Quotiens pro debitore intercesserit mulier, datur in eum pristina actio.

C'est l'objet du fr. 8 §§ 7-13, cf. Gai. 9 fr. 13 §§ 1. 2 h. t.<sup>6</sup>. La seconde action, qu'on appelle aujourd'hui institutoria, fait l'objet du fr. 8 §§ 14. 15 h. t. :

Si, cum essem tibi contracturus, mulier interuenerit, ut cum ipsa potius contraham, uideatur intercessisse<sup>7</sup> : quo casu datur in te actio, quae instituit magis quam restituit obligationem, ut perinde obligeris eodem genere obligationis, quo mulier est obligata : uerbi gratia si per stipulationem mulier, et tu quasi ex stipulatu conuenieris.

Le fr. 10 h. t. a trait aux deux actions à la fois.

Les deux formules devaient être fictives<sup>8</sup>. La première avait simplement une rédaction rescisoire (const. 16 h. t. : rescissoria actio), construite sur le schéma suivant : si Seia non intercessisset, tum si N<sup>m</sup> N<sup>m</sup> dare oporteret. La seconde contenait la fiction que le contrat, dont la formation n'avait point eu lieu par suite de l'intercession de la femme, avait été véritablement conclu (quasi ex stipulatu conuenieris : fr. 8 § 14 cit.). La formule

<sup>1</sup> D. (16. 1), C. (4. 29).

<sup>2</sup> Fr. 2, 4, 6, 8, 10 h. t., fr. 1 de appell. recip. (49. 5), fr. 4 de cond. c. d. (12. 4); ce dernier texte porte faussement l'inscription Ulp. 39.

<sup>3</sup> Fr. 1, 3, 11 h. t. Cf. Paul. lib. 6 breu. fr. 12 h. t.

<sup>4</sup> Fr. 5, 13 h. t.

<sup>5</sup> Fr. 14 h. t., cit. fr. 8 pr. §§ 2. 12 h. t., fr. 39 § 1 de R. V. (6. 1).

<sup>6</sup> Voy. également Gai. 4 fr. 12 de minor. (4. 4), Jul. 12 fr. 14 h. t., const. 16 h. t.

<sup>7</sup> Ceci ne se trouvait naturellement pas dans l'Édit, mais devait résulter de l'organisation même de l'action dite institutoria. Par là s'explique la const. 19 h. t. : Cum ad eas etiam obligationes quae ex mulieris persona calliditate creditoris sumpserunt primum, decretum patrum, quod de intercessione feminarum factum est, pertinere edicto perpetuo declaratur...

<sup>8</sup> Pour l'action dite institutoria, KELLER, *Civ. Pr.* n. 351 et BEKKER, *Aktionen* II, p. 118, pensent à une formule avec transposition de personnes.

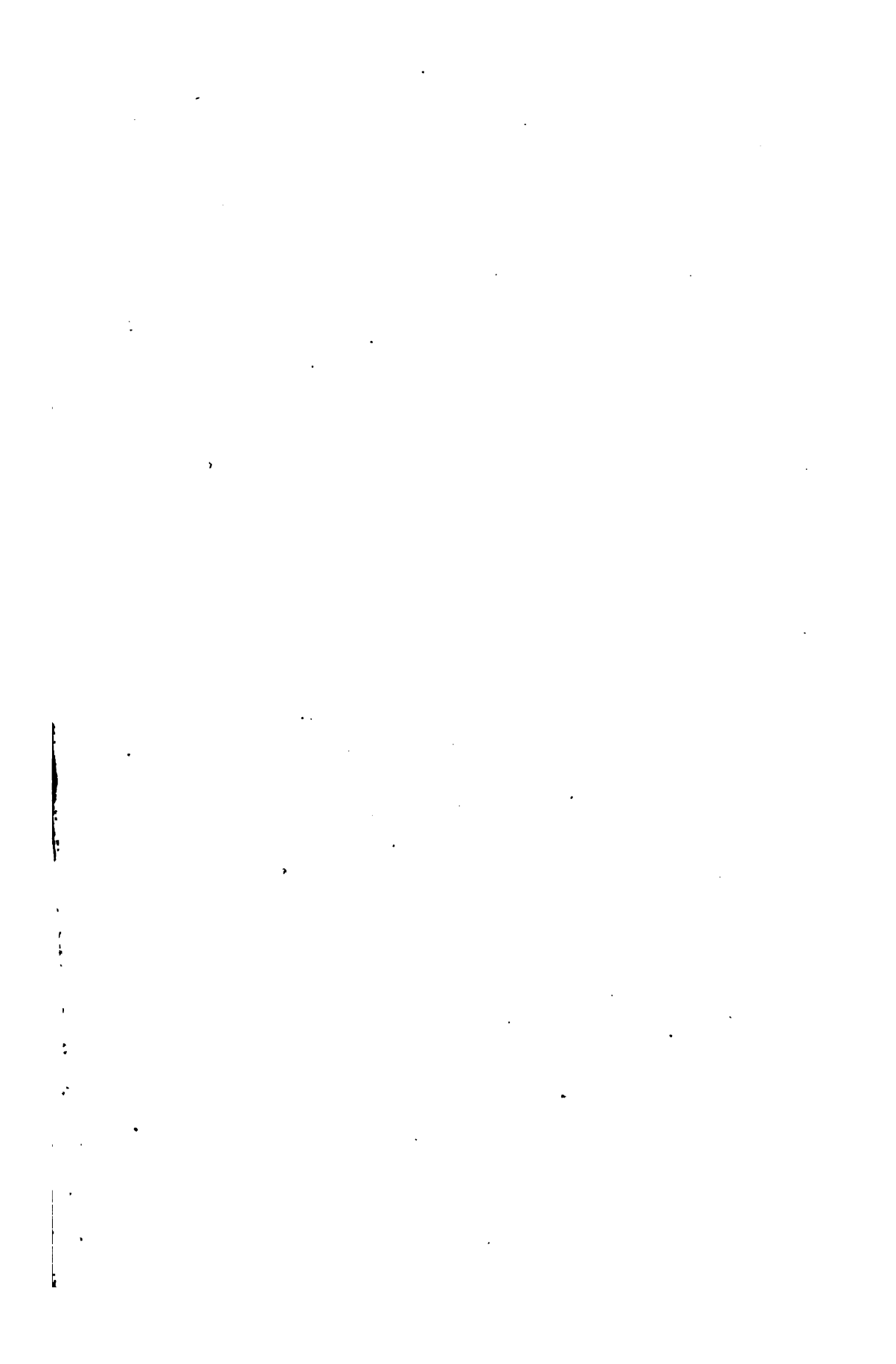
devait donc être construite sur le schéma suivant : si Seia non intercessisset, tum si A° A° de N° N° incertum stipulatus esset<sup>1</sup>, quidquid et rel. Nous ne savons pas d'ailleurs plus exactement comment étaient rédigées les fictions, non plus que les formules.

<sup>1</sup> RUDORFF, *E. P.* § 109, porte : si pro eo intercessit, A° A° ipse promississet.  
N° N° eam pecuniam ob quam Seia

FIN DU TOME PREMIER.









h a -

