Etudes d'histoire juridique : offertes à Paul Frédéric Girard, professeur de pandectes et de droit romain approfondi à [...]

Source gallica.bnf.fr / Bibliothèque nationale de France

{BnF

gallica
BIBLIOTHÈQUE
NUMÉRIQUE

Etudes d'histoire juridique : offertes à Paul Frédéric Girard, professeur de pandectes et de droit romain approfondi à la Faculté de droit de Paris / par ses élèves. 1913.

1/ Les contenus accessibles sur le site Gallica sont pour la plupart des reproductions numériques d'oeuvres tombées dans le domaine public provenant des collections de la BnF.Leur réutilisation s'inscrit dans le cadre de la loi n°78-753 du 17 juillet 1978 :
 *La réutilisation non commerciale de ces contenus est libre et gratuite dans le respect de la législation en vigueur et notamment du maintien de la mention de source.
 *La réutilisation commerciale de ces contenus est payante et fait l'objet d'une licence. Est entendue par réutilisation commerciale la revente de contenus sous forme de produits élaborés ou de fourniture de service.

Cliquer ici pour accéder aux tarifs et à la licence

2/ Les contenus de Gallica sont la propriété de la BnF au sens de l'article L.2112-1 du code général de la propriété des personnes publiques.

3/ Quelques contenus sont soumis à un régime de réutilisation particulier. Il s'agit :

 *des reproductions de documents protégés par un droit d'auteur appartenant à un tiers. Ces documents ne peuvent être réutilisés, sauf dans le cadre de la copie privée, sans l'autorisation préalable du titulaire des droits.
 *des reproductions de documents conservés dans les bibliothèques ou autres institutions partenaires. Ceux-ci sont signalés par la mention Source gallica.BnF.fr / Bibliothèque municipale de ... (ou autre partenaire). L'utilisateur est invité à s'informer auprès de ces bibliothèques de leurs conditions de réutilisation.

4/ Gallica constitue une base de données, dont la BnF est le producteur, protégée au sens des articles L341-1 et suivants du code de la propriété intellectuelle.

5/ Les présentes conditions d'utilisation des contenus de Gallica sont régies par la loi française. En cas de réutilisation prévue dans un autre pays, il appartient à chaque utilisateur de vérifier la conformité de son projet avec le droit de ce pays.

6/ L'utilisateur s'engage à respecter les présentes conditions d'utilisation ainsi que la législation en vigueur, notamment en matière de propriété intellectuelle. En cas de non respect de ces dispositions, il est notamment passible d'une amende prévue par la loi du 17 juillet 1978.

7/ Pour obtenir un document de Gallica en haute définition, contacter reutilisation@bnf.fr.

Source gallica.bnf.fr / Bibliothèque nationale de France

224
13

ÉTUDES
D'HISTOIRE JURIDIQUE

43000

OFFERTES

A

PAUL FRÉDÉRIC GIRARD

Professeur de Pandectes et de Droit romain approfondi
à la Faculté de Droit de l'Université de Paris

PAR SES ÉLÈVES

TOME I

PARIS
LIBRAIRIE PAUL GEUTHNER
13, RUE JACOB, 13

1913

ÉTUDES
D'HISTOIRE JURIDIQUE





Hebog Dujardin

Phot Pirou

ÉTUDES

D'HISTOIRE JURIDIQUE

BIBLIOTHÈQUE NATIONALE
IMPRIMÉS

OFFERTES

A

PAUL FRÉDÉRIC GIRARD

Professeur de Pandectes et de Droit romain approfondi
à la Faculté de Droit de l'Université de Paris

PAR SES ÉLÈVES

TOME Ier

PARIS
LIBRAIRIE PAUL GEUTHNER
13, RUE JACOB, 13

1912

BIBLIOTHÈQUE NATIONALE

SOUSCRIPTEURS

Ernest d'ABGAROWICZ, Docteur en Droit, Avocat à la Cour d'Appel de Paris.

Albert AFTALION, Professeur à l'Université de Lille.

Vsevolod ALMASOFF (Paris).

Gustave ARON, Ancien chargé de Cours des Facultés de Droit, Professeur à l'Ecole supérieure de Commerce de Paris.

A. ASHER et Cie, Libraires à Berlin. (5 exemplaires.)

Charles ASTOUL, Professeur à l'Université de Caen.

Adrien AUDIBERT, Professeur à l'Université de Paris.

Octavio AVERHOFF, Avocat, Professeur à l'Université de La Havane (Cuba).

Joseph BAER et Cie, Libraires à Francfort.

Elemér BALOG, Docteur en Droit, Procureur général honoraire du Comitat de Bacs-Bodrogh (Hongrie).

Emile BAUBY, Docteur en Droit, Notaire à Estagel (Pyrénées-Orientales).

Mihai G. BERCEANU, Docteur en Droit de la Faculté de Paris, Avocat à Bucarest.

Adolf BERGER, Docteur en Droit (Lemberg).

BERGER-LEVRAULT, Libraire à Paris.

Cesare BERTOLINI, Professeur à l'Université de Turin.

BIBLIOTECA CASANATENSE (ROME).

BIBLIOTHÈQUE DE LA FACULTÉ DE DROIT DE COIMBRA.

BIBLIOTHÈQUE DE LA FACULTÉ DE DROIT DE PARIS.

BIBLIOTHÈQUE DE L'UNIVERSITÉ CATHOLIQUE DE LILLE.

BIBLIOTHÈQUE DE L'UNIVERSITÉ DE BORDEAUX.

BIBLIOTHÈQUE DE L'UNIVERSITÉ DE BRESLAU.

BIBLIOTHÈQUE DE L'UNIVERSITÉ DE DIJON.

BIBLIOTHÈQUE DE L'UNIVERSITÉ DE FRIBOURG-EN-BRISGAU.

BIBLIOTHÈQUE DE L'UNIVERSITÉ DE GÖTTINGEN.

BIBLIOTHÈQUE DE L'UNIVERSITÉ DE HEIDELBERG.

BIBLIOTHÈQUE DE L'UNIVERSITÉ DE LILLE.

BIBLIOTHÈQUE DE L'UNIVERSITÉ DE MONTPELLIER.

BIBLIOTHÈQUE DE L'UNIVERSITÉ DE PARIS.

BIBLIOTHÈQUE DE L'UNIVERSITÉ DE RENNES.

BIBLIOTHÈQUE DE L'UNIVERSITÉ D'UPSALA.

BIBLIOTHÈQUE DES INSTITUTS JURIDIQUES DE L'UNIVERSITÉ DE NAPLES.

BIBLIOTHÈQUE DU BARREAU DE BRUXELLES.

BIBLIOTHÈQUE DU SÉMINAIRE JURIDIQUE DE L'UNIVERSITÉ DE LÉOPOL (GALICIE, AUTRICHE).

BIBLIOTHÈQUE JAGIELLONSKA DE CRACOVIE.

BIBLIOTHÈQUE PUBLIQUE ET UNIVERSITAIRE DE GENÈVE.

BIBLIOTHÈQUE ROYALE DE BERLIN.

BIBLIOTHÈQUE ROYALE DE MUNICH.

Albert BILLAUD, Docteur en Droit, Avoué à Châteaubriant (Loire-Inf.).

Julius BINDER, Professeur à l'Université d'Erlangen.

Edgar BLUM, Licencié en Droit et ès Lettres, Archiviste-Paléographe (Paris).

Emile BONNET, Docteur en droit, Avocat à la Cour d'Appel, Secrétaire de la Société Archéologique de Montpellier.

Louis BOULARD, Professeur agrégé à l'Université de Lille.

Emile BRIDREY, Professeur agrégé à l'Université de Montpellier.

BROCKHAUS et PEHRSSON, Libraires à Paris.

M.-Joseph BRY, Docteur en droit, Elève de l'Ecole pratique des Hautes-Etudes.

Robert CAILLEMER, Professeur à l'Université de Grenoble.

Jérome CARCOPINO, Chargé de Cours à l'Université d'Alger.

Paul CAUWÉS, Professeur à l'Université de Paris, Doyen de la Faculté de Droit.

Louis CHABRAND, Docteur en Droit (Grenoble).

Joseph CHAMPCOMMUNAL, Avocat à la Cour d'Appel de Paris, Professeur à l'Ecole supérieure de Droit de Limoges.

Emile CHATELAIN, Membre de l'Institut, Directeur d'études à l'Ecole pratique des Hautes-Etudes, Bibliothécaire en Chef de l'Université de Paris.

E. C. CLARK, Professeur à l'Université de Cambridge.

Paul COLLINET, Professeur à l'Université de Lille.

Jean COROI, Docteur en Droit, Licencié ès Lettres, Ancien élève de l'Ecole pratique des Hautes-Etudes (Paris).

Marcel COSMAO DUMANOIR, Docteur en Droit (Paris).

Henry CUËNOT, Docteur en Droit, Ancien élève de l'Ecole Polytechnique (Paris).

Franz CUMONT, Membre de l'Académie Royale de Belgique, Conservateur délégué des Musées Royaux.

Louis DEBRAY, Professeur à l'Université de Caen.

Lucien DEJOB, Docteur en Droit (Paris).

René DEMOGUE, Professeur à l'Université de Lille.

Léon DENISSE, Docteur en Droit, Diplômé de l'Ecole du Louvre, Président du Tribunal de Ploërmel (Morbihan).

H. DESSAU, Membre de l'Académie Royale des Sciences de Berlin, Professeur à l'Université de Berlin.

Grégoire DIMITRESCO, Professeur agrégé à l'Université de Jassy.

DIRECTION GÉNÉRALE DU SERVICE DES ANTIQUITÉS DE L'ÉGYPTE.

H. DONNEDIEU DE VABRES, Professeur agrégé à l'Université de Montpellier.
Jean DOUSSAN. Conseiller de Cour, Avocat à la Cour d'Appel de Kief (Russie).
DULAU et Cie, Libraires à Londres.
Auguste DUMAS, Professeur agrégé à l'Université d'Aix-Marseille.
Louis DUPRIEZ, Professeur à l'Université de Louvain.
Joseph DUQUESNE, Professeur à l'Université de Grenoble.
Edmond DURTELLE DE SAINT-SAUVEUR, Chargé de Cours à l'Université d'Alger.
Adam de DZIEDZICKI (Paris).

ÉCOLE PRATIQUE DES HAUTES ÉTUDES (SECTION DES SCIENCES HISTORIQUES ET PHILOLOGIQUES).
George H. EMMOT, Professeur à l'Université de Liverpool, Doyen de la Faculté de Droit.
Guillaume d'ESTRÉES, Avocat (Paris).

FACULTE DE DROIT DE L'UNIVERSITÉ DE FRIBOURG.
FACULTÉ DE DROIT DE L'UNIVERSITÉ DE LAUSANNE.
FALK, Libraire à Bruxelles.
Martin FEHR, Professeur agrégé à l'Université d'Upsala.
André FLINIAUX, Professeur agrégé à l'Université de Toulouse.
Gustav FOCK, Libraire à Leipzig.
Robert FONTANA, Notaire à Paris.
Achille FOURNIER CUSSAC, Docteur en Droit, Chef du Contentieux des Etablissements Schneider (Paris).
Pietro de FRANCISCI, Professeur à l'Institut de Milan.
Benedict FRESE, Professeur au Lyceum de Jaroslaw (Russie).

Paul GEUTHNER, Editeur à Paris.
André GIFFARD, Professeur à l'Université de Dijon.
Tito GIORGI, Avocat, Premier Secrétaire du Ministre de Grâce et de Justice du Royaume d'Italie.
Antonin GLAIZE, Professeur honoraire à l'Université de Montpellier.
Henry GOUDY, Professeur à l'Université d'Oxford, All Souls' College.
Edmond GOUGET, Chef de Bureau à la Préfecture de la Seine.
Georges GOYAU, Agrégé d'histoire, Ancien Membre de l'Ecole Française de Rome, Ancien élève de l'Ecole Normale supérieure.
Madame **GRAHAM HARRISON** (Londres).
W. M. GRAHAM HARRISON, M. A., B. C. L., of Lincoln's Inn Barrister at Law, formerly Fellow of All Souls' College and Vinerian Law Scholar in the University of Oxford.
Lucien GUENOUN (Paris).

Arthur HAMANN, Avocat à la Cour d'Appel de Moscou.
J. C . HINRICHS, Libraire à Leipzig.

Otto HIRSCHFELD, Membre de l'Académie Royale des Sciences de Berlin, Professeur à l'Université de Berlin.
Harry HOLLATZ, Professeur à l'Université de Neuchâtel.
O.-W. HOLMES, Juge à la Cour Suprême des Etats-Unis.
Paul HUVELIN, Professeur à l'Université de Lyon.

INSTITUT FRANÇAIS D'ARCHÉOLOGIE ORIENTALE (LE CAIRE).
INSTITUT JURIDIQUE DE L'UNIVERSITÉ DE TURIN.

Gustave JAMONT, Docteur en Droit, Avocat à Nantes.
Emile JOBBÉ-DUVAL, Professeur à l'Université de Paris.
François JOURDAN, Etudiant en Droit à l'Université d'Aix-Marseille.
Jean JUSTER, Docteur en Droit, Avocat à la Cour d'Appel de Paris.

F. KNIEP, Professeur honoraire à l'Université d'Iéna.
Henryk Apolinary KONN, Avocat à la Cour d'Appel de Varsovie.
Paul KOSCHAKER, Professeur à l'Université de Prague.
Maurice KRŒLL, Chargé de Cours à l'Université de Dijon.
Bernhard KÜBLER, Professeur à l'Université d'Erlangen.

Pierre LABORDERIE BOULOU, Ancien chargé de Cours aux Facultés de Droit de Lyon et de Montpellier, Membre correspondant de l'Académie de Législation, Sous-Directeur de l'Ecole supérieure de Droit de Limoges.
Charles Victor LANGLOIS Professeur à l'Université de Paris.
LARDÉ, Docteur en Droit, Archiviste-Paléographe (Clamart, Seine).
LATTES et Cie, Libraires à Turin.
LAW SCHOOL OF HARVARD UNIVERSITY (CAMBRIDGE, MASS.).
Marcel LEBLANC, Docteur en Droit, Notaire à Couvron (Aisne).
Eugène LEFÈVRE, Docteur en Droit, Licencié ès Lettres (Paris).
Henri LEGRAS, Professeur à l'Université de Fribourg.
LEHMAN et STAGE, Libraires à Copenhague.
E. LELONG, Avocat à la Cour d'Appel d'Angers, Chargé de Cours à l'Ecole des Chartes, Chargé d'un Cours annexe de Sciences auxiliaires de l'histoire du droit à la Faculté de Droit de l'Université de Paris.
H. LE SOUDIER, Libraire à Paris.
Charles L'ÉVESQUE, Docteur en Droit, Membre de la Commission des Codes Siamois (Bangkok, Siam).
Henri LÉVY-BRUHL, Docteur en Droit, Licencié ès Lettres (Paris).
Henri LÉVY-ULLMANN, Professeur à l'Université de Lille.
Hans LEWALD, Professeur à l'Université de Lausanne.
LINDAUER' sche Buckhandlung (Munich).
Boris LIXHOTINSKY, Elève à l'Institut russe de l'Université de Paris.
Marcos LO'PEZ PONCE, Avocat, Professeur honoraire à l'Université centrale de la République de Honduras.
Ph. LOTMAR, Professeur à l'Université de Berne.

Paul LOUIS-LUCAS, Professeur à l'Université de Dijon.
Ernest LYON, Avocat à la Cour d'Appel de Paris.
Charles LYON-CAEN, Membre de l'Institut, Professeur à l'Université de Paris, Doyen honoraire de la Faculté de Droit.

Flavio MANCALEONI, Professeur à l'Université de Sassari.
Pierre MARIA, Professeur à l'Université de Bordeaux.
Olivier MARTIN, Professeur agrégé à l'Université de Rennes.
MASQUERIER, Président de Chambre à la Cour d'Appel de Poitiers.
Edouard MAUPOINT, Docteur en Droit, Avocat à la Cour d'Appel de Paris.
O. MAYOLEZ et J. AUDIARTE, Libraires à Bruxelles.
A. D. MINCU, Docteur en Droit de la Faculté de Paris (Bucarest). (2 exemplaires.)
MINISTÈRE DE L'INSTRUCTION PUBLIQUE. (20 exemplaires.)
J.-B. MISPOULET, Docteur en Droit (Paris).
H. MONNIER, Professeur à l'Université de Bordeaux, Doyen de la Faculté de Droit.
Edmond MONNOT, Avocat à la Cour d'Appel de Paris.
Albert MONTEL, Avocat à la Cour d'Appel de Paris.
Charles MOUCHET, Professeur à l'Université de Lille.
MURISON, Professeur à l'Université de Londres.

Pierre NOAILLES, Docteur en Droit (Paris).
Fr. NORDEN, Docteur en Droit, Avocat à la Cour d'Appel de Bruxelles.

Paul OLAGNIER, Avocat à la Cour d'Appel de Paris.

Joseph PARTSCH, Professeur à l'Université de Fribourg-en-Brisgau.
A. PEDONE, Editeur à Paris.
Ernest PERROT, Professeur agrégé à l'Université de Montpellier.
Pierre PETOT, Docteur en Droit (Paris).
Antoine PHILIPON, Notaire à Marseille.
Alphonse PICARD fils, Libraire à Paris. (2 exemplaires.)
Stanislas PINÉLÉS, Privatdozent à l'Université de Vienne.
Hippolyte PISSARD, Professeur agrégé à l'Université d'Alger.
J. POKROVSKI, Professeur à l'Université de Saint-Pétersbourg.
PRIVAT, Libraire à Toulouse.

Ernst RABEL, Professeur à l'Université de Göttingen.
Paul RAMADIER, Docteur en Droit, Licencié ès Lettres, Avocat à la Cour d'Appel de Paris.
Théodore REINACH, Membre de l'Institut.
Seymour de RICCI (Paris).
RIONAC, Libraire à Prague.
Marcel RIVIÈRE et Cie, Libraires à Paris.
P. RUAT, Libraire à Marseille.

Ricardo SASERA, Professeur à l'Université de Saragosse.
Fritz SCHULZ, Professeur à l'Université de Kiel.
Paul SCHWAB, Docteur en Droit (Paris).
Edgard SÉE, Avocat, Docteur en Droit des Universités de Paris et de Heidelberg (Saint-Cloud, Seine-et-Oise).
Gino SEGRÈ, Professeur à l'Université de Parme.
SÉMINAIRE JURIDIQUE DE L'UNIVERSITÉ DE BERLIN.
SÉMINAIRE JURIDIQUE DE L'UNIVERSITÉ DE HEIDELBERG.
SÉMINAIRE JURIDIQUE DE L'UNIVERSITÉ DE VIENNE.
SÉMIMAIRE PHILOLOGIQUE DE L'UNIVERSITÉ DE STRASBOURG.
Félix SENN, Professeur à l'Université de Nancy.
Charles P. SHERMAN, Professeur à Yale University (New Haven, Etats-Unis).
Abdallah SIMAIKA, Docteur en Droit, Chargé du Contentieux des Chemins de Fer égyptiens (Le Caire).
R. de SOKOLOWSKI, Inspecteur général de l'Université de Kharkow.
Siro SOLAZZI, Professeur à l'Université de Modène.
G. E. STECHERT, Libraire à Paris. (3 exemplaires.)
W. P. van STOCKUM et Fils, Libraires à La Haye.
Constantin C. STOICESCO, Professeur agrégé à l'Université de Bucarest. (2 exemplaires.)
Louis STOUFF, Professeur à l'Université de Dijon.
J.-L. STRACHAN-DAVIDSON, Professeur à l'Université d'Oxford, Head of Balliol College.

Georges TESTAUD, Professeur à l'Université de Poitiers.
THÉLOHAN, Professeur à l'Université de Rennes.
Fabien THIBAULT, Docteur en Droit, Avocat à la Cour d'Appel de Paris.
Paul THOMAS, Professeur à l'Université de Toulouse.
P. A. TICHELAAR, Professeur à l'Université de Leyde.
Pierre de TOURTOULON, Professeur à l'Université de Lausanne.
TWIETMAYER, Libraire à Leipzig.

Fr. von VELSEN, Docteur en Droit, Staatsanwalt bei Oberlandsgericht (Düsseldorf-Oberkassel).
Eugène VERNAY, Docteur en Droit, Licencié ès Lettres (Lyon).
Paul VIARD, Professeur suppléant à l'Université catholique de Lille.

Baron Amaury de WARENGHIEN, Docteur en Droit, Bâtonnier de l'Ordre des Avocats à la Cour d'Appel de Douai.
Léopold WENGER, Professeur à l'Université de Munich.
Joseph WILLEMS, Professeur à l'Université de Liège.
Charles WIRBEL, Docteur en Droit, Licencié ès Lettres (Nancy).

BIBLIOGRAPHIE

DES

PUBLICATIONS JURIDIQUES

DE

M. PAUL FRÉDÉRIC GIRARD[1]

1875. 1° De la condition civile des aliénés (Thèse pour le doctorat, Rennes), 1875, Rennes, 255 p.

1882. 2° L'*actio auctoritatis*, NRH. 6 (1882), 180-218.

3° Rapport de M. Girard sur les concours ouverts devant la Faculté de Droit de Montpellier, Faculté de Droit de Montpellier. Distribution des prix fondés par le Conseil général de l'Hérault. Concours de 1881-1882 p. 9-22, chez J. Martel ainé, Montpellier, 1882.

1883. 4° Les stipulations de garantie, NRH. 7 (1883), 537-592.

5° La revision des lois sur les aliénés, Revue critique de Législation et de Jurisprudence 50 (1883), 212-238 (et à part chez A. Cotillon et Cie, Paris, 1883, 32 p.).

1884. 6° La garantie d'éviction dans la vente consensuelle, NRH. 8 (1884), 395-439.

7° Etudes historiques sur la formation du système de la garantie d'éviction en droit romain. Paris, L. Larose et Forcel, 1884, 145 p.

1885. 8° *C. r.* de Paul Gide, Étude sur la condition privée de la femme dans le droit ancien et moderne et en particulier sur le S. C. Velléien, 1885. Paris, NRH. 9 (1885), 376-382.

9° *C. r.* de R. v. Ihering, Scherz und Ernst in der Jurisprudenz, 1884, Leipzig, NRH. 9 (1885), 691-693.

1886. 10° Les travaux allemands sur l'histoire du droit comparé. Le *Shakespeare vor dem Forum der Jurisprudenz* de M. J. Kohler, NRH. 10 (1886), 224-238. [Et à part chez Larose et Forcel ; Paris, 1886, 15 p.] = Mélanges de droit

1. Cette bibliographie ne comprenant que les travaux de M. Girard publiés, sous son nom, à titre indépendant, on ne sera pas surpris de n'y pas trouver le relevé des informations sur des points de doctrine ou sur des manuscrits, signalées comme venant de M. Girard dans des publications très diverses d'autres auteurs, tels que des articles de M. Mommsen [voir par ex. *Neues Archiv für ältere deutsche Geschichtskunde* 17 (1892) 189-192, *Hermes* 28 (1893) 33] et des éditions du même savant : *Mosaicarum et Romanarum legum collatio*, *Collectanea* de Solinus, 2e édit., *Chronica Minora Saec. IV, V, VI, VII*, *Variae* de Cassiodore, *Theodosiani libri XVI*, etc., dans les éditions des Novelles de Justinien de M. Kroll et des Novelles post-théodosiennes de M. Paul M. Meyer, dans celle des Fragments de Paris de Papinien, de M. Paul Krueger, dans celle des Controverses et Suasoires de Sénèque de M. Bornecque, et dans de nombreuses thèses de doctorat.

romain[1]. I 433-447. [Ici le titre ne porte plus la phrase : « Les travaux allemands sur l'histoire du droit comparé. »]

11° Banque Franco-Espagnole contre L. Bardou. Note à consulter sur l'interprétation de l'article 320 du Code de Commerce espagnol, Montpellier, le 30 novembre 1886. Imprimerie Serre et Ricome (Plaquette de 7 p.; consultation juridique).

1887. 12° Les Actions noxales. NRH. 11 (1887), 409-448.

13° Manuel des antiquités romaines par Th. Mommsen, J. Marquardt et P. Krüger traduit sous la direction de M. G. Humbert. Le Droit public romain par Th. Mommsen traduit par P. F. Girard sur la deuxième édition allemande avec l'autorisation de l'auteur. Paris, E. Thorin, I, 1887, XXIV-430 p.

1888. 14° Les Actions noxales, NRH. 12 (1888), 31-58.

15° Les Actions noxales. Paris, Larose et Forcel, 1888, 66 p., (les arts. nos 12 et 14 réunis).

16° *C. r.* de P. Willems, Le Sénat de la République romaine, 3 vol., Paris, Revue générale de droit, 1888, 281-285.

1889. 17° Manuel des antiquités romaines par Th. Mommsen, J. Marquardt et P. Krüger, traduit sous la direction de M. G. Humbert. Le Droit public romain par Th. Mommsen, traduit par P. F. Girard sur la troisième édition allemande avec l'autorisation de l'auteur. I 1892, 436 p.; II 1892. 403 p.: III 1893, 387 p.: IV 1894, 477 p.; V 1896, 496 p.; VI 1 et 2 1889 de 491 et 494 p.; VII 1891, 514 p. Paris : les t. I, II, VI, 1 et 2, VII, chez E. Thorin : les t. III et IV, chez Ernest Thorin et fils ; le t. V, chez Thorin et fils, A. Fontemoing, Successeur.

18° L'Epigraphie latine et le droit romain, Revue internationale de l'Enseignement, 1889, II. 217-256 (Et à part Paris, Armand Colin et Cie, 1889. 44 p.) = Mélanges de droit romain, I. 343-414.

19° Le Fragmentum de formula Fabiana, NRH. 14 (1890), 677-704.

20° *C. r.* de M. Wlassak, Römische Processgesetze, 1te Abtheilung, 1888, Leipzig, NRH. 13 (1889), 295-300.

21° *C. r.* de H. Post, Afrikanische Jurisprudenz. Ethnologisch-juristische Beiträge zur Kenntniss des einheimischen Rechts Afrikas, 1887, Leipzig, NRH. 13 (1889), 300-303.

1890. 22° L'étude des sources du droit romain. Leçon d'ouverture d'un cours libre des sources du droit romain fait à la Faculté de Droit de Paris, Revue internationale de l'Enseignement, 1890, I, 615-626 (Et à part chez Chevalier Marescq, Paris, 1890, 16 p.) = Mélanges de droit romain, I, 451-466 (Titre : L'étude des sources du droit romain).

23° *a.* Textes de droit romain publiés et annotés par P. F. Girard. Paris, A. Rousseau, 1890, 1 fort vol. de VIII-793 p., in-18.

b. 2e éd. Paris, A. Rousseau, 1896, in-18, XI-799 p.

c. 3e éd. revue et augmentée, Paris, A. Rousseau, 1903, in-18, 857 p.

d. 4e éd. revue et augmentée. Paris, A. Rousseau, 1913, in-18, 920 p.

24° *C. r.* de P. Krüger, Geschichte der Quellen und Litteratur des römischen Rechts, 1888 Leipzig, NRH. 14 (1890), 331-335.

25° *C. r.* de C. von Czyhlarcz, Lehrbuch der Institutionen des römischen Rechts 1889, Wien, NRH. 14 (1890), 336-339.

26° *C. r.* de Willems, Le droit public romain, 6e éd. 1888, Louvain, Revue critique d'histoire et de littérature. 1890, I, 306-307.

27° *C. r.* de R. Cagnat, Cours d'Epigraphie latine, 2e éd. 1889, Paris, Revue critique d'histoire et de littérature. 1890. I, 386-389.

1891. 28° Le Droit public romain de Th. Mommsen, trad. par P. F. Girard, t. VII, voir n° 17.

1. Voir sur ces Mélanges, un peu plus loin, le n° 144. Notons, une fois pour toutes, que tous les articles réimprimés dans ce volume de mélanges ont été enrichis de notes nombreuses et pourvus d'importantes additions les mettant au courant des faits scientifiques postérieurs à leur publication première.

1891. 29° *C. r.* de Th. Mommsen et P. Krüger, Collectio librorum iuris anteiustiniani, tome III, 1890, Berlin, Revue critique d'histoire et de littérature, 1891, I, 446-448.

30° *C. r.* de W. Kalb, Roms Juristen nach ihrer Sprache dargestellt, 1890, Leipzig, NRH. 15 (1891), 278-281.

31° *C. r.* de W. Liebenam, Zur Geschichte und Organisation des römischen Vereinswesens, 1890, Leipzig, NRH. 15 (1891), 374-375.

1892. 32° Le Droit public romain de Th. Mommsen, trad. par P. F. Girard, t. I, voir n° 17.

33° Id., t. II, voir *ibid.*

34° *C. r.* de L. Mitteis, Reichsrecht und Volksrecht, 1891, Leipzig, Revue critique d'histoire et de littérature, 1892, I, 27-29.

35° *C. r.* de R. Cagnat, L'année épigraphique, 1891, Revue critique d'histoire et de littérature, 1892, II, 338-339.

1893. 36° Le Droit public romain de Th. Mommsen, trad. par P. F. Girard, t. III, voir n° 17.

37° La date de la loi Aebutia, Zeitschrift der Savigny-Stiftung, Romanistische Abtheilung, 14 (1893), 11-31=Mélanges de droit romain, I, 67-113.

38° *C. r.* de G. Tarde, Les transformations du droit, 1893, Paris, Revue philosophique, 36 (1893), 535-542=Mélanges de droit romain, I, 417-428 (où ce c. r. porte le titre : Les transformations du droit et M. Tarde).

39° *C. r.* de G. Goyau, Chronologie de l'Empire romain, 1891, Paris, NRH. 17(1893), 789-792.

40° *C. r.* de R. Cagnat, L'année épigraphique, 1888-1892, NRH. 17 (1893), 792-793.

41° *C. r.* de P. Willems, Le droit public romain, 6e éd., 1888 Louvain, NRH. 17 (1893), 793-794.

42° *C. r.* de E. I. Bekker, Die römischen Komiker als Rechtszeugen, 1892, Weimar, NRH. 17 (1893), 795.

43° *C. r.* de E. Costa, Il diritto privato romano nelle comedie di Plauto, 1890, Torino, NRH. 17 (1893), 795-797.

44° Le Droit public romain par Th. Mommsen, trad. par P. F. Girard, t. IV. Voir n° 17.

1894. 45° Les transformations du droit [1]. Revue philosophique, 37 (1894) 210-212 = Mélanges de droit romain, I, 428-432, cf. n° 38.

1895. 46° L'histoire de la *condictio* d'après M. Pernice, NRH. 19 (1895), 408-425.

47° Le décret du 26 pluviôse an II et ses extensions législatives, Revue de droit commercial, industriel et maritime, 1895, 241-244.

1896. 48° Textes de droit romain, 2e édit. Voir n° 23 b.

49° *a.* Manuel élémentaire de droit romain, Paris, A. Rousseau, 1896, XVI-1052 p., in-8.

b. 2e éd. Ouvrage couronné par l'Académie des sciences morales et politiques Prix Koenigswarter, Paris, A. Rousseau, 1898, XVI-1088 p., in-8.

c. 3e éd. revue et augmentée, Paris, A. Rousseau, 1901, XVI-1106 p., in-8.

d. 4e éd. revue et augmentée, Paris, A. Rousseau, 1906, XVI-1115 p., in-8.

e. 5e éd. revue et augmentée, Paris, A. Rousseau, 1911, XVI-1151 p., in-8.

f. Traduction anglaise de l'introduction : A short story of roman law by P. F. Girard, translated by A. H. F. Defroy and J. H. Cameron, prof. in the University of Toronto, Toronto, Law-book Company, 1906, 1 vol. de V-220 p., in-12.

g. Traduction allemande de l'ouvrage complet : Geschichte und System des römischen Rechtes von P. F. Girard, übersetzt von R. von Mayr, Professor a. d. Universität Czernowitz, Berlin, Vahlen, 1908, 1 vol. de XXIV-1224 p., in-8.

h. Traduction italienne également complète : Manuale elementare di

1. Réponse à M. Tarde.

diritto romano di P. F. Girard, tradotto da C. Longo, professore nell' Università di Pavia, Milano, Società editrice libreria, 1909, 1 vol. de XIX-1121 p., in-8.

50° Droit public romain par Théodore Mommsen, trad. par P. F. Girard, t. V. Voir n° 47.

51° L'article 1167 et la critique des sources du droit romain, Revue de droit commercial, industriel et maritime, 1896, 305-309.

1897. 52° La date de la loi Aebutia, NRH. 21 (1897) 249-294. (Réimpression avec additions de l'art. n° 29)=Mélanges de droit romain, I, 67-113.

53° Les manuscrits de l'*Epitome exactis regibus*, NRH. 21 (1897), 821-823.

54° Rapport sur les concours de licence et de doctorat et sur les concours pour les prix du Comte Rossi, par M. Girard, professeur, dans Université de Paris. Faculté de Droit. Distribution des prix. Concours de 1897. Fondation Ernest Beaumont. Prix du Comte Rossi, p. 6-21, Paris, Delalain frères, 1897.

1898. 55° Manuel, 2e édit. Voir n° 49 b.

1901. 56° L'organisation judiciaire de Rome au temps des rois, NRH. 25 (1901), 45-92 [Et à part chez L. Larose, Paris (s. d.), 48 p.].

57° Manuel, 3e édit. Voir 49 c.

58° Textes, 3e édit. Voir 23 c.

59° Histoire de l'organisation judiciaire des Romains (Ouvrage couronné par l'Institut, prix Odilon Barrot), t. I, Paris, A. Rousseau, 1901, 300 p. in-8.

1890-1902. 60° — 118° Les articles suivants (de dr. rom.) de la Grande Encyclopédie (Le premier chiffre indique le tome, le 2e la page, et les lettres, les colonnes).

1. Chirographum. 11. 129a-b.
2. Chose jugée. 11. 241a-242a.
3. Clausula doli. 11, 595a-b.
4. Coemptio. 11, 825a-b.
5. Commercium. 12, 78a-79b.
6. Concubinat. 12, 324a-b.
7. Confarreatio. 12, 369a-b.
8. Consilium. 12, 547a-b.
9. Consilium principis. 12, 547b-548a.
10. Constitutions impériales. 12, 634b-636a.
11. Contubernium. 12, 843a.
12. Conubium. 12, 845b-846a.
13. Conventus. 12, 861b-863a.
14. Corpus juris civilis. 12, 1058b-1059a.
15. Coruncanius. 12, 1117a-b.
16. Cujas. 13, 596b-598a.
17. Curatelle. 13, 632b-634a.
18. Damnum infectum. 13, 814b-815b.
19. Décisions (cinquante). 13, 1067a.
20. Décret. 13, 1092a.
21. Déditices. 13, 1100b-1101a.
22. Dépôt. 14, 167a-b.
23. Digeste. 14, 540a-542b.
24. Droit prétorien. 14, 1102b-1104a.
25. Edits des magistrats. 15, 564b-565b.
26. Emancipation. 15, 878b-879a.
27. Etrangers. 16, 685b-686a.
28. Exception. 16, 910b-911a.
29. Exhérédation. 16, 937b-938b.
30. Fiançailles. 17, 396b-397a.
31. Fiducie. 17, 413b-414a.
32. Fils de famille. 17, 474a-b.
33. Fruits. 18, 222b-223a.
34. Gage. 18, 340b-341a.
35. Garantie. 18, 464b-465a.
36. Gestion d'affaires. 18, 883a-b.
37. Habitation. 19, 691b.
38 Infamie. 20, 766b-767b.
39. Infans. 20, 767b-768a.
40. Institutes de Justinien. 20, 846b-847a.
41. Litis contestatio. 22, 343a-344a.
42. Manus. 22, 1193a-b.
43. Mariage. 23, 70a-b.
44. Novation. 25, 114a-b.
45. Novelles. 25, 116a-b.
46. Operae. 25, 412a-b.
47. Papinien. 25, 993b-994a.
48. Paul. 26, 115a-b.
49. Placentin. 26, 1010b.
50. Plagium. 26, 1013a-b.
51. Plus petitio. 26, 1142a-b.
52. Pomponius. 27, 230b.
53. Possession. 27, 408b-409a.
54. Puissance paternelle. 27, 938a-b.
55. Savigny Friedr. Karl de-, 29, 585a-586b.
56. Sénatus-Consulte. 29, 985a-b.
57. Testament. 30, 1124a-1125b.
58. Tradition. 31, 263b-264a.
59. Tutelle. 31, 535b-536b.

1902. 119° L'histoire des XII tables, NRH. 26 (1902), 381-436 (Et à part, Paris, L. Larose, 1902, 52 p.) = Mélanges de droit romain, I. 3-64.

1903. 120° Cours de Pandectes. Leçon d'ouverture du cours fait à la Faculté de droit de Paris pendant l'année scolaire 1902-1903, Revue internationale de l'Enseignement 1903, II, 97-107 = Mélanges de droit romain, I, 467-481 (Titre : L'enseignement des Pandectes).

121° Les Assises de Cicéron en Cilicie, Mélanges Gaston Boissier, p. 217-222. Paris, A. Fontemoing, 1903, in-8 (Et à part, Paris, A. Fontemoing, 1903, 6 p., in-8).

1904. 122° L'Edit perpétuel de Julien, NRH. 28 (1904), 117-164 = Mélanges de droit romain, I, 249-308.

123° *C. r.* de A. H. J. Greenidge, The legal procedure of Cicero's time, Oxford, 1901, Journal des savants, 1904, 359-361.

1906. 124° Une exception à la loi Furia de Sponsu, dans Studi in onore di Carlo Fadda t. II, p. 51-67, Napoli, 1906 (Et à part : Naples, imprimerie L. Pierro et fils 1906, 13 p., in-8).

125° Textes latins découverts en Egypte, NRH. 30 (1906), 487-428.

126° Manuel, 4e édit. Voir n° 49 d.

127° Voir n° 49 f.

1907. 128° Les jurés de l'action d'Injures, Mélanges Gérardin, p. 255-282, Paris, Larose et Tenin, 1907, in-8.

129° Un document sur l'édit antérieur à Julien. Valerius Probus, *De litteris singularibus* 5, 1-24, dans Aus Römischen und Bürgerlichen Recht, E. J. Bekker zum 16 August 1907 überreicht, p. 20-56, Weimar, Hermann Böhlaus Nachfolger (Et à part, Weimar, Hermann Böhlaus Nachfolger, 1907, 36 p., in-8) = Mélanges de droit romain, I, 177-213.

130° Le manuscrit des Gromatici de l'évêque Jean du Tillet, Mélanges Fitting, t. II, p. 237-286, Montpellier, 1908.

1908. 131° Voir n° 49 g.

132° Nouvelles observations sur la date de la loi Aebutia, Zeitschrift der Savigny-Stiftung, Romanist. Abtheilung, 29 (1908), 113-169 = Mélanges de droit romain, I, 144-174.

1909. 133° Voir n° 49 h.

134° Le Manuscrit Charpin du Code Théodosien, NRH. 33 (1909), 493-506.

135° *C. r.* de Cagnat-Besnier, L'année épigraphique, 1908, Revue critique d'hist. et de litt. 1909, I, 86-88.

1910. 136° La date de l'Edit de Salvius Julianus, Journal des savants, 1910, 16-26 [Travail lu devant l'Académie des Inscriptions et Belles-Lettres, à la séance du 3 décembre 1909, cf. C. r. de l'Ac. 1909. 954]

137° La date de l'Edit de Salvius Julianus, NRH. 34 (1918), 5-40 [l'art. précédent (137°) augmenté de notes] = Mélanges de droit romain, I, 214-248.

138° Un second manuscrit de l'extrait alphabétique de Probus (Paris latin, 4841), NRH. 34 (1910), 479-520.

139° *C. r.* de R. Cagnat, L'année épigraphique 1909, Revue critique d'histoire et de littérature. 1910 II. 486-487.

140° *C. r.* de H. Fitting, Alter und Folge der Schriften römischer Juristen von Hadrian bis Alexander. Zweite völlig neue Bearbeitung, Halle a. S. 1908, Göttingische Gelehrte Anzeigen, 1910, 245-268 = Mélanges de droit romain, I, 311-340 (où ce c.r. porte le titre : La Chronologie des ouvrages des jurisconsultes romains).

1911. 141° Voir n° 49 e

142° Sur le privilège du bailleur des lieux loués par bail distinct pour l'habitation personnelle du failli, Journal des faillites et des liquidations judiciaires françaises et étrangères, 30 (1911), 190-192.

1912. 143° Mélanges de droit romain, I, Histoire des sources. Paris, Librairie de la Société du Recueil Sirey, xii-510 p.

144° L'Enseignement du droit romain en 1912, Discours prononcé le 5 juillet 1912 à l'Assemblée annuelle de la Society of public teachers of Law, NRH, 36 (1912) 557-572.

1913. 145° Textes, 4e édit. (parue en août 1912). Voir le n° 23 d.

LISTE

DES COURS PROFESSÉS PAR M. GIRARD

AUX FACULTÉS DE DROIT

DE MONTPELLIER 1880-1888 ET DE PARIS 1888-1912

MONTPELLIER. **1880-1881.** Droit romain, 2e année de licence[1].

1881-1882. Droit romain, 1re année de licence.
Pandectes : Garantie d'éviction dans la vente.

1882-1883. Droit romain, 2e année de licence.

1883-1884. Droit romain, 1re année de licence.
Pandectes : Actions noxales.

1884-1885. Droit romain, 2e année de licence.

1885-1886. Droit romain, 1re année de licence.
Pandectes : Voies d'exécution.

1886-1887. Droit romain, 2e année de licence.
Histoire du droit : Voies d'exécution.

1887-1888[2]. Droit romain, 1re année de licence.
Pandectes : Explication du fragment de Pomponius, *D.* 2. 1. *De orig. jur.* 2.

PARIS. **1889-1890.** Cours libre : Sources du droit romain.

1890-1891. Cours libre : Sources du droit romain.

1891-1892. Cours de droit romain, 1re année de licence.

1892-1893. Cours de droit romain, 2e année de licence : Procédure civile des Romains[3].

1893-1894. Cours de droit romain, 1re année de licence.

1. M. Girard a, en outre, fait, en 1881, quelques leçons de droit pénal français.
2. M. Girard a été chargé à la Faculté de droit de Paris, pendant les années 1888 à 1893, de la Conférence préparatoire au premier examen de doctorat, à laquelle il a joint, de 1889 à 1894, la direction d'exercices pratiques consacrés à l'interprétation de textes juridiques, épigraphiques et littéraires relatifs au droit romain.
3. M. Girard a, en outre, fait, en 1893, quelques leçons de droit civil, 3e année, sur les privilèges mobiliers, en remplacement de M. Bufnoir.

1894-1895. Cours de droit romain, 2e année de licence, 1er semestre.

1895-1896. Cours de droit romain, 1re année de licence.

1896-1897. Cours de droit romain, 2e année de licence, 1er semestre.

1897-1898. Cours de droit romain, 1re année de licence.

1898-1899. Cours de droit romain, 2e année de licence, 1er semestre [1].

1899-1900. Cours de droit romain, 1re année de licence.

1900-1901. Cours de droit romain approfondi, doctorat, sciences juridiques : Procédure civile des Romains.

1901-1902. Pandectes : Texte sur les sûretés personnelles (*vindex, vades, praedes, adpromissores*).

1902-1903. Pandectes : Textes sur les jurés romains (*unus iudex, arbiter*).

1903-1904. Cours de droit romain, 1re année de licence.

1904-1905. Cours de droit romain, 2e année de licence, 1er semestre.

1905-1906. Pandectes : Textes sur les récupérateurs.

1906-1907. Pandectes : Textes sur la procédure extraordinaire sous le principat.

1907-1908. Cours de droit romain approfondi, doctorat, sciences juridiques : Procédure civile des Romains.

1908-1909. Pandectes : Textes choisis du Digeste 50, 16, *De verborum significatione* et textes corrélatifs.

1909-1910. Cours de droit romain approfondi, doctorat, sciences juridiques : Procédure civile des Romains.

1910-1911. Pandectes : Textes sur l'obligation de garantie du vendeur (*auctoritas*, action *auctoritatis*).

1911-1912. Cours de droit romain approfondi, doctorat, sciences juridiques : Procédure civile des Romains.

1. M. Girard a fait, pendant la même année, après la mort de M. Garsonnet, pour les élèves de doctorat, un cours sur les actions réelles prétoriennes.

ABRÉVIATIONS

Sauf indication contraire dans la présente liste, les papyrus grecs sont cités au moyen des abréviations données dans Wilcken, *Grundzüge*, p. XXV-XXVIII].

Acad. Inscr. = *C. r. Ac. Ins.*

Accarias, *Précis*[4] = Accarias, Précis de droit romain, 4e édit., 2 vol. 1886-1891.

AG = Archivio giuridico F. Serafini. 1867 et s. Pise.

ALL = Archiv für lateinische Lexikographie und Grammatik. 15 vol., 1884-1900. Leipzig.

APF = Archiv für Papyrusforschung und verwandte Gebiete. 1900 et s. Leipzig.

ÄZ = Zeitschrift für ägyptische Sprache und Altertumskunde. 1863 et s. Leipzig.

Bas. = Basiliques.

BCH = Bulletin de correspondance hellénique. Ecole française d'Athènes, 1877 et s. Athènes — Paris.

Berger, *Strafklauseln* = Adolf Berger, Die Strafklauseln in den Papyrusurkunden. 1911. Leipzig u. Berlin.

BIDR = Bulletino dell' Istituto di diritto romano. 1888 et s. Rome.

BGU = Aegyptische Urkunden aus den königlichen Museen zu Berlin. Griechische Urkunden. 1895 et s. Berlin.

BKU = Aegyptische Urkunden aus den kön. Museen zu Berlin. Koptische Urkunden (en cours de publication).

Bouhier = Bouhier, La coutume du duché de Bourgogne... 1717.

Brev. = Breviarium Alaricianum.

Bry, *Vente* = M.-J. Bry, Essai sur la vente dans les papyrus gréco-égyptiens (Thèse d'Aix). 1909. Paris.

BZ = Byzantinische Zeitschrift. 1892 et s. Leipzig.

CGTBM = H. R. Hall, Coptic und Greek Texts in the British Museum. 1905.

C.I.A = Corpus inscriptionum atticarum. Consilio et auctoritate Academiae Litterarum Regiae Borussicae. 1873 et s. Berlin.

C.I.G. = Corpus inscriptionum graecarum. Auctoritati et impensis Academiae Litterarum Regiae Borussicae edidit Aug. Boeckius. 1828 et s. Berlin.

C.I.L. = Corpus inscriptionum latinarum. Consilio et auctoritate Academiae Litterarum Regiae Borussicae editum. 1853 et s. Berlin (15 vol. en 39 tomes parus ou en cours de publication).

C.J. = Code de Justinien.

CMBM = Catalogue of the Coptic Manuscripts in the British Museum, by W. E. Crum. 1905.

CMJR = Catalogue of the Coptic Manuscripts in the collection of the John Rylands Library Manchester, by W. E. Crum. 1909.

COEEF = Crum, Coptic Ostraca from the collections of the Egypt Exploration Fund, the Cairo Museums and others. 1902.

Cohen = Cohen, Description historique des monnaies frappées sous l'empire romain, 8 vol., 1880-1892. Paris.

CPR = Corpus papyrorum Raineri : I, Griechische Texte, her. v. C. Wessely, 1, Rechtsurkunden. 1895.

CPRK = Corpus papyrorum Raineri : II. Koptische Texte, her. v. J. Krall, 1, Rechtsurkunden. 1895.

C. r. Ac. Ins. = Comptes rendus des séances de l'Académie des Inscriptions et Belles-lettres. 1857 et s. Paris.

C. Th. = Code Théodosien.

Cuq, *Institutions* = Cuq, Les institutions juridiques des Romains. 1, 2e éd., 1904, 2, éd. complétée, 1908. Paris.

D. = Digeste.

Daremberg-Saglio, *D.A* = Dictionnaire des antiquités grecques et romaines publié sous la direction de Ch. Daremberg et Edm. Saglio (en cours de publication, 4 vol. parus jusqu'à la lettre V).

DLZ = Deutsche Litteraturzeitung. 1880 et s. Berlin.

Eph. ep. = Ephemeris epigraphica. Corpori inscriptionum latinarum supplementum. 1672 et s. Berlin et Rome.
Erman-Krebs = Ad. Erman u. Fr. Krebs, Aus den Papyrus der königlichen Museen (Handbücher der königlichen Museen zu Berlin). 1899.
Eus., *H. E.* = Eusèbe, Histoire ecclésiastique.
Eus., *Mart. Pal.* = Eusèbe, Martyrologe de Palestine.
Eus., *Vit. Const.* = Eusèbe, Vie de Constantin.
Fr. Vat. = Fragmenta Vaticana, éd. P. F. Girard, *Textes*[3] et *Textes*[4].
Frese, *Gr.-äg. Rechtsl.* = Frese, Aus dem gräko-ägyptischen Rechtsleben. 1909. Halle a. S.
Führer = Papyrus Erzherzog Rainer. Führer durch die Ausstellung. 1894. Wien.
Gaius = Institutes de Gaius.
GGA = Göttingische gelehrte Anzeiger. 1884 et s. Berlin.
Girard, *Manuel*[5] = P. F. Girard, Manuel élémentaire de droit romain, 5e éd. 1911. Paris.
Girard, *Mélanges*, 1 = P.F. Girard, Mélanges de droit romain, 1, Histoire des sources. 1912. Paris.
Girard, *Org. jud.* = P.F. Girard, Histoire de l'Organisation judiciaire des Romains. 1, 1901. Paris.
Girard, *Textes*[3] = Textes de droit romain publiés et annotés par P. F. Girard, 3e éd. 1903. Paris.
Girard, *Textes*[4] = Même ouvr., 4e éd. 1913. Paris.
I.G.R. = Inscriptiones graecae ad res romanas pertinentes. 1901 et s. Paris (En cours de publication).
Inst. = Institutes de Justinien.
JA = Journal asiatique. 1822 et s. Paris.
JHS = The journal of hellenic Studies. 1880 et s. Londres.
Jouguet, *Vie munic.* = Jouguet, La vie municipale dans l'Egypte romaine, thèse, lettres, 1911. Paris.
KRDj. = Koptische Rechtsurkunden des achten Jahrhunderts aus Djême (Theben) her. v. W. E. Crum u. G. Steindorff. I. 1912. Paris.
Krueger, *Sources* = Manuel des antiquités romaines par Th. Mommsen, J. Marquardt et P. Krueger, t. 16. Histoire des sources du droit romain par P. Krueger, trad. par Brissaud. 1894. Paris.
KV = Kritische Vierteljahrschrift. 1859 et s.
KZGR = Kritische Zeitschrift für die gesammte Rechtswissenschaft.
Lactance, *Mort. Pers.* = Lactance, De mortibus persecutorum.
Lenel, *Edictum* [2] = Lenel, Das Edictum perpetuum, 2e éd. allemande. 1907.
Lenel, *Pal.* = Lenel, Palingenesia juris civilis. 2 vol. 1889.
L. Visig. = Leges Visigothorum, éd. Zeumer (*M.G.H., LL.*, I, 1),
Mansi, *Conc.* = Sacrorum Conciliorum nova et amplissima collectio, 31 vol. 1759-1798. Paris.
M.G.H. = Monumenta Germaniae historica. Série in-4. Berlin et Hanovre.
Mitteis, *Chrestomathie* = L. Mitteis u. U. Wilcken, Grundzüze und Chrestomathie der Papyruskunde : II, Juristischer Teil : 2, Chrestomathie. 1912. Leipzig.
Mitteis, *Grundzüge* = L. Mitteis u. U. Wilcken, Grundzüge und Chrestomathie der Papyruskunde : II, Juristischer Teil : 1, Grundzüge. 1912. Leipzig.
Mitteis, *Reichsrecht* = Mitteis, Reichsrecht und Volksrecht in den östlichen Provinzen des römischen Kaiserreichs. 1891. Leipzig.
Mommsen, *Dr. pén.* = Manuel des antiquités romaines par Th. Mommsen et J. Marquardt, t. 17-19. Le droit pénal romain par Th. Mommsen, tr. par J. Duquesne, 3 vol. 1907. Paris.
Mommsen, *Dr. pub.* = Manuel des antiquités romaines par Th. Mommsen et J. Marquardt, t. 1-7 : Le droit public romain par Th. Mommsen, tr. par P. F. Girard, 7 tomes en 8 vol. 1886-1891 (T. 1 en 2e éd. 1892). Paris.
Mommsen, *Ges. Schr.* = Mommsen, Gesammelte Schriften (En cours de publication, 7 vol. parus). 1904 et s. Berlin.
Mommsen, *Hist. rom.* = Mommsen, Histoire romaine, 11 vol., t. 1-7, trad. par Ch. Alfr. Alexandre, 1867-1873; t. 8-11, trad. par R. Cagnat et J. Toutain, 1887-1889. Paris.

Mommsen, *Röm. Gesch.* = Mommsen, Römische Geschichte.
MSPR = Mittheilungen aus der Sammlung der Papyrus Erzherzog Rainer, 1887 et s. Wien.
Nov. = Novelles de Justinien.
Nov. Th. = Novelles de Théodose II.
NRH = Nouvelle revue historique de droit français et étranger. Paris.
Paul, *Sent.* = Sentences de Paul.
Pauly-Wissowa = Paulys-Realencyclopädie der classischen Altertumswissenchaft. Neue Bearbeitung begr. von G. Wissowa, herausg. von W. Kroll (En cours de publication, 7 vol. parus jusqu'à la lettre II). 1893 et s. Stuttgart.
P. ÄZ = Papyrus copte du Fayoum publié par Stern dans la Zeitschr. f. äg. Sprache, 1884, p. 157, puis 1885, p. 35.
P. Jomard = Papyrus grec de la collection Jomard pub. avec les papyrus de Paris dans Notices et Extraits de la Bibliothèque Impériale, t. 18.
P. Journ. of phil. = Papyrus grec pub. dans le Journal of philology, 22, 1894, p. 269.
P.L. = J. P. Migne, Patrologiae Cursus completus series latina, 1884 et s. Paris.
P. RE = Papyrus grecs du Fayoum pub. par Wessely dans la Revue égyptologique.
Prosopographia = Klebs, Dessau et de Rhoden, *Prosopographia imperii romani saec.* I, II, III : I (Klebs) et II (Dessau), 1897 : III (De Rhoden et Dessau), 1898.
PSBA = Proceedings of the Society of biblical Archaeology. 1878 et s. Londres.
Puchta = Puchta, Institutionen, 10e éd. par P. Krueger, 2 vol., 1893.
RA = Revue archéologique. 1844 et s. Paris.
RE = Revue égyptologique. 1880 et s. Paris.
RHLR = Revue d'histoire et de littérature religieuses.
ROC = Revue de l'Orient chrétien.
ROL = Revue de l'Orient latin.
RT = Recueil de travaux relatifs à la philologie et à l'archéologie égyptiennes et assyriennes, pour servir de Bulletin à la Mission française du Caire. 1870 et s. Paris.
Ulpien, *Reg.* = Règles d'Ulpien.
Vat. = *Fr. Vat.*
VSWG = Vierteljahrschrift für Social und Wirtschaftsgeschichte.
Wilcken, *Chrestomathie.* = L. Mitteis u. U. Wilcken, Grundzüge und Chrestomathie der Papyruskunde : I, Historischer Teil : 2, Chrestomathie. 1912. Leipzig.
Wilcken, *Grundzüge* = L. Mitteis u. U. Wilcken, Grundzüge u. Chrestomathie der Papyruskunde I, Historischer Teil : 1, Grundzüge. 1912. Leipzig.
WZKM = Wiener Zeitschrift für die Kunde des Morgenlandes. 1887 et s. Wien.
Z. Grünhut = Zeitschrift für privat und öffentliches Recht, her. von Grünhut.
ZRG = Zeitschrift für Rechtsgeschichte. 13 vol. 1861-78. Weimar.
ZSS (GA) = Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte, Germanistische Abteilung. 1880 et s. Weimar.
ZSS (KA) = Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte, Kanonistische Abteilung. 1911 et s. Weimar.
ZSS (RA) = Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte, Romanistische Abteilung. 1880 et s. Weimar.

BIBLIOTHÈQUE NATIONALE IMPRIMÉS

TABLE DES MATIÈRES

DU

TOME I

BIBLIOTHÈQUE MARIANI IMPRIMÉS

Pages

LISTE DES SOUSCRIPTEURS V

BIBLIOGRAPHIE DES PUBLICATIONS SCIENTIFIQUES DE M. PAUL FRÉDÉRIC GIRARD. XI

LISTE DES COURS PROFESSÉS PAR M. GIRARD AUX FACULTÉS DE DROIT DE MONTPELLIER (1880-1888) ET DE PARIS (1888-1912) XVII

ABRÉVIATIONS XIX

TABLE DES MATIÈRES DU TOME I XXIII

M.-J. BRY : L'Edit de Caracalla de 212 d'après le papyrus 40 de Giessen 1

André FLINIAUX : Les effets de la simple absence dans la procédure de l'*Ordo judiciorum privatorum* à l'époque de Cicéron (*pro Quinctio*, XIX, 60 : *in Verrem*, II, 2, 22-26) 43

Georges GOYAU : La tétrarchie 65

Lucien GUENOUN : La *lex Sempronia judiciaria* (632. *U. C.*) 85

Henri LÉVY-BRUHL : Examen d'un critérium grammatical de datation : le temps des verbes employés dans les citations des jurisconsultes romains 99

Olivier MARTIN : Quelques observations sur l'*operis novi nuntiatio* 123

Ernest PERROT : L'exercice de l'interdit *quod legatorum* par l'héritier civil 171

Pierre PETOT : *Fructus duplio* 211

Hippolyte PISSARD : *Duci vel ferri jubere*. La *ductio jussu praetoris* dans les actions réelles et les actions noxales 241

Paul RAMADIER : La représentation judiciaire des cités d'après l'Edit du Préteur 259

Seymour de RICCI : Deux nouveaux papyrus juridiques 273

Félix SENN : La question du transfert de la propriété sous un terme extinctif ou une condition résolutoire et la constitution de Dioclétien de l'an 286 (*Fragm. Vat.*, 283. — *Cod. Just.*, 8, 54 (55), *de donat. quae sub. mod.*, 2).. 283

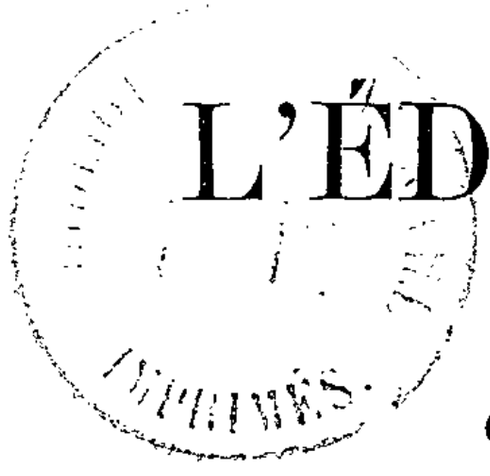
G. TESTAUD : Le *Triboniani genius, sive de arte juris* de François Gaultier. 301

J. THÉLOHAN : De la *stipulatio operarum* 355

Paul THOMAS : Le rôle et le choix de l'*exsecutor negotii* dans la procédure extraordinaire, à l'époque de Justinien (Etude sur un papyrus byzantin du Musée du Caire, n° 67.032) 379

Pierre de TOURTOULON : Le Velléien chez les Glossateurs 417

Paul VIARD : Un romaniste bourguignon du XVI^e^ siècle : Jean Bégat (1523-1572).. 435



L'ÉDIT DE CARACALLA

DE 212

d'après le papyrus 40 de Giessen

PAR

M.-J. BRY

Docteur en Droit, Elève de l'Ecole pratique des Hautes Etudes

---

Le papyrus n° 40 de la collection du Musée de Giessen, qui a été édité en 1910 par M. P.-M. Meyer[1], porte un texte soigneusement écrit, dont les particularités paléographiques correspondent à un type d'écriture en usage, dans les chancelleries d'Orient, dès le début et durant la plus grande partie du IIIe siècle de notre ère[2]. Ce document est divisé en deux colonnes.

La seconde colonne est assez bien conservée pour que, à partir de la l. 3, on puisse en reconstituer presque entièrement le texte. La première, au contraire, est extrêmement mutilée : les déchirures du papyrus en ont fait disparaître plus de la moitié dans le sens de la hauteur, un tiers dans le sens de la largeur,

1. *Griechische Papyri im Museum des Oberhessischen Geschichtsvereins zu Giessen*. Berlin, Teubner, 1910, I, fasc. 2, p. 25 et s. Ce papyrus a été réédité par M. Mitteis, 1° dans la *ZSS* (*RA*), de 1910, p. 386-387; 2° dans Mitteis, *Chrestomathie*, p. 426, n° 377. Il figurera également dans la quatrième édition (actuellement sous presse) des *Textes de Droit Romain* de M. Girard, ainsi que nous l'apprend une bienveillante communication (Girard, *Textes*, 4e éd., 1912, p. 203-205).

2. Le papyrus provient probablement d'Heptakomia. (Sur cette ville de Thébaïde, v. Wilcken, Ἑπταχωμία, *eine neue Papyrusquelle*, *APF*, 4, 1908, p. 163-165; Kornemann, *P. Giess.*, I, 1, p. 13-15). Ses dimensions sont: haut. 0,27 c.; larg. 0,46 c. La 2e colonne, seule conservée intégralement, a 0,23 c. 1/2 de largeur. L'espace entre les deux colonnes est de 0,025 mm. A droite, marge intacte de 0,05 c.; en haut et en bas, marge très mutilée de 0,04 c. environ.

et il n'en reste que la moitié supérieure diminuée d'un tiers sur la gauche[1]. A partir de la l. 13, on ne distingue plus que quelques lettres; de la l. 9 à la l. 13, on déchiffre plusieurs mots épars desquels il est difficile d'induire un sens quelconque. Nous n'avons, en somme, à notre disposition, que les neuf premières lignes, dont la teneur est désormais à peu près certaine, chacune d'elles étant lisible sur les deux derniers tiers de sa longueur et la lacune du début étant comblée grâce aux restitutions très vraisemblables des éditeurs.

Ces neuf lignes et le texte, à peu près intact, de la deuxième colonne ont permis de déterminer exactement la nature du document. On se trouve en présence d'un « fragment d'un petit recueil de constitutions impériales en rédaction grecque[2]; » et ce fragment de recueil[3] contient trois constitutions d'Antonin Caracalla.

Des deux constitutions qui figurent à la deuxième colonne, la première est un édit relatif à une amnistie complétant celle qui fut accordée après le meurtre de Geta, la seconde est une *epistula* impériale concernant l'expulsion d'une certaine partie de la population d'Alexandrie, mesure prise à la suite de l'insurrection de 215. Enfin, le texte mutilé qui figure à la première colonne et dont nous ne possédons que neuf lignes est le plus intéressant des trois : c'est celui de la célèbre *constitutio Antoniniana*[4] relative à la généralisation du droit de cité romaine. Aucune hésitation n'est permise, touchant cette identification,

1. V. *P. Giess.*, I, 2, planche VI.

2. Th. Reinach, *C. r. Ac. Ins.*, 1910, p. 132.

3. Nous savons qu'il existait en Egypte des recueils des rescrits impériaux publiés à Alexandrie (συγκολλήσιμα, συγκολλήσιμοι τόμοι, τεύχη). V. Meyer, *op. cit.*, p. 28, et, dans les notes, les renvois aux auteurs et aux textes qui nous renseignent à ce sujet, soit pour l'Egypte, soit pour les autres provinces. Notre papyrus peut fort bien être un fragment d'un recueil de ce genre; le fait que les constitutions qui y sont transcrites ne sont pas relatives au même objet et n'ont d'autre lien que leur caractère commun de constitutions impériales est de nature à confirmer cette manière de voir.

4. Nous avons été très étonné de voir MM. Mitteis et Wilcken employer la forme *c. Antonina* (V. notam. Wilcken, *Grundzüge*, p. 55 et s. Mitteis, *Grundzüge*, p. 288; *Chrestomathie*, p. 426). Ce mot peut être le féminin du nom Antoninus, mais ne saurait être un adjectif. Le seul adjectif correct est à coup sûr *Antoninianus*. Cf. *Thermae Antoninianae* (Eutrope, *Breviar.*, 8, 20); *Aurei Antoniniani* (Vopiscus, *Prob.*, 4, 5, *Script. Hist. Aug.*, Teubn., 2, p. 203; cf. Babelon, *Monnaies gr. et rom.*, 1re

en présence du texte suivant, que nous reproduisons tel que l'a établi M. Meyer[1].

1. [Αὐτοκράτωρ Καῖσαρ Μᾶ]ρκος Αὐρήλι[ος Σεουῆρος] Ἀντωνῖνο[ς] Σ[εβασ-
τὸ]ς λέγει·
2. [Οὐδὲν εὐκταιότερον] ἢ μᾶλλον ἀν[αζητέον ἐστὶν ἢ τὰ]ς αἰτίας κ[α]ὶ
το[ὺς] λ[ιβ]έλλου[ς]
3. [..... Καὶ τοῖς Θ]εοῖς τ[οῖς] ἁγ[ιωτ]άτοις εὐχαριστήσαιμι, ὅτι τι[ς]
τοιαύτη[ς]
4. [χάριτος ἀφορμὴ νῦν ε]ἰς ἐμὲ συν[εκύ]ρησεν. Τοιγαροῦν νομίζω[ν ο]ὕτω
με-
5. [γαλοπρεπῶς καὶ εὐσεβ]ῶς δύ[να]σθαι τῇ μεγαλει[ό]τητι αὐτῶν τὸ
ἱκανὸν ποι-
6. [εῖν, εἰ τοὺς ξένους, ὁσ]άκις ἐὰν ὑ[π]εισέλθ[ωσιν εἰς τοὺς ἐμοὺς ἀν[θρ]ώ-
που̣ς,
7. [εἰς ..... τῶ]ν Θεῶν συνεπενέγ[κοι]μι, δίδωμι τοι[ς σ]υνάπα-
8. [σιν ξένοις τοῖς κατὰ τ]ὴν οἰκουμένην π[ολιτ]είαν Ῥωμαίων, [μ]ένοντος
9. [παντὸς γένους πολιτευμ]άτων, χωρ[ὶς] τῶν [δεδ]ειτικίων.

Nous proposerons, de ce texte, la traduction suivante :

Imperator Caesar Marcus Aurelius Severus Antoninus Augustus dicit : Nihil optabilius vel magis quaerendum est quam

partie, 1, col. 548, 559), etc. La forme c. *Antoniniana* est d'ailleurs adoptée par MM. Meyer (*op. cit.*), Kübler (*KV*, 49, 1911, p. 17), Kornemann (Pauly-Wissowa, v° *Civitas*, suppl. 1, col. 314), P. von Rohden (*ibid.*, v° *Aurelius*, n° 46, col. 2446), Jouguet (*Vie munic.*, p. 351 et s.), etc.

1. Nous nous contentons de reproduire les neuf premières lignes, les seules qui soient utilisables, ainsi que nous l'avons dit. Le caractère de notre étude (simple commentaire juridique) légitime cette édition incomplète. On trouvera, reproduits dans les éditions de MM. Meyer, Mitteis et Girard, les débris des lignes suivantes sur lesquels pourra s'exercer la patiente ingéniosité des chercheurs de restitutions. — On peut se demander si ce texte est une rédaction grecque originale ou bien une traduction du texte latin. D'après l'éditeur (*op. cit.*, p. 29 et n. 2), il faudrait y voir une simple traduction et cette opinion est fondée sur les deux particularités suivantes : la présence, à la l. 2, du mot λίβελλος, qui ne se rencontre dans les textes grecs originaux qu'à partir du IV^e^ siècle, et qui, par conséquent, n'est ici qu'une transcription du latin *libellus*, et l'absence, à la l. 8, de l'article τῶν entre πολιτείαν et Ῥωμαίων qu'il faudrait attribuer à l'influence de la formule latine traduite, qui aurait été, semble croire M. Meyer, *civitas Romanorum*. Nous n'hésitons pas à admettre l'opinion de M. Meyer, mais son second argument, si nous l'avons bien compris, nous paraît fort contestable : on ne trouve jamais dans les textes, l'expression « *civitas Romanorum* »; on ne trouve que « *civitas Romana* », forme que nous avons, par suite, adoptée dans notre traduction.

querellas[1] *libellosque* [*tollere*[2]*?*]. *Et Diis sanctissimis gratias agam, quod quae talis gratiae*[3] *occasio nunc mihi contigit. Existimans igitur sic magnifice pieque posse majestati eorum satisfacere, si peregrinos, quotiescumque subingressi fuerint in meos homines* [*in religionem*]. *Deorum simul intulerim, do omnibus peregrinis qui sunt in orbe*[4] *civitatem Romanam, manente omni genere rerum publicarum, praeter dediticios.*

On ne connaissait jusqu'ici ce fameux édit de Caracalla que par les rares et brèves allusions de quelques auteurs littéraires ou juridiques[5]. Le papyrus de Giessen nous a révélé, sinon toute

1. A l'appui de cette traduction, v. Goetz, *Corp. Glossar.*, 2, p. 221, 20; *BGU*, 136 l. 26 (sur ce texte, cf. Boulard, *Les instruct. écr. du magistr. au juge commiss. dans l'Eg. rom.*, p. 72). V. ci-dessous, p. 11, n. 3.

2. Nous n'avons mis entre crochets, dans notre traduction, que les mots correspondant aux deux lacunes du papyrus pour lesquelles l'éditeur n'a pas cru pouvoir proposer de restitutions. M. Meyer (p. 33 et p. 43 notes) a donné de ces deux passages l'interprétation que nous avons adoptée ici.

3. Nous disons *gratiae* pour traduire littéralement le mot χάριτος qui est proposé par l'éditeur. Mais on pourrait songer aussi à *beneficium*. Cf. *caeleste beneficium*, dans l'inscription de 167-168 commémorant la concession du « jus legatorum capiendorum » au « pagus Thuggensis » (*C. r. Ac. Ins.*, 1911, p. 496). Remarquons en passant combien cette expression rappelle l'expression θεία δωρεά par laquelle est désignée notre constitution elle-même dans *BGU*, II, 655 de 215.

4. Ἡ οἰκουμένη signifie proprement « la terre habitée ». L'emploi de cette formule pour désigner l'empire romain, l'« orbis Romanus », est courant à notre époque; cf. Hérodien d'Alexandrie (170-240 ap. J.-C.), 5, 2, éd. Mendelssohn, p. 133; inscription du 8 novembre 212 (citée plus loin), *C.I.G*, III, 4680. V. aussi saint Luc, *Ev.*, 2, 1, 2.

5. Il nous paraît utile de grouper ici ces textes (Nous suivons l'ordre chronologique) : Ulpien, *22 ad Ed.*, (a. 212-217), *D.*, 1, 5, *de statu hominum*, 17 (Lenel, *Pal.*, 657) : *In orbe Romano qui sunt, ex constitutione imperatoris Antonini, cives Romani effecti sunt* (Cette allusion à notre constitution, figurant dans le commentaire de l'édit *de fidejussore et sponsore*, est motivée sans doute par ce fait que, à la suite de la constitution de Caracalla, la *sponsio* avait pratiquement perdu son caractère national. Lenel, *Edictum*[2], p. 209; cpr. trad. fr., 1, p. 245). — Dion Cassius, 77, 9 (écrit sous Caracalla; cf. Schwartz, dans Pauly-Wissowa, v° *Cassius*, n° 40, col. 1686) : Ῥωμαίους πάντας τοὺς ἐν τῇ ἀρχῇ αὐτοῦ, λόγῳ μὲν τιμῶν, ἔργῳ δὲ ὅπως πλείω αὐτῷ καὶ ἐκ τοῦ τοιούτου προσίῃ, διὰ τὸ τοὺς ξένους τὰ πολλὰ αὐτῶν μὴ συντελεῖν, ἀπέδειξεν (V. ci-dessous p. 9 n. 1). — Spartianus (écrit entre le 1er mars 293 et mai 305, d'après Lécrivain, *Etudes sur l'Histoire Auguste*, 1904, p. 27), *Vita Severi*, 1 : *Severus Africa oriundus imperium optinuit, cui civitas Lepti, pater Geta, majores equites Romani ante civitatem omnibus datam* (Il nous paraît bien difficile de ne pas considérer ce texte comme contenant une allusion à la constitution de Caracalla, et de détourner *omnibus* de son sens normal pour le faire se rapporter aux habitants de Leptis comme faisait Valois, ou pour croire avec Puchta, *Institut.*, I, § 95, n. *b.*, que la fin de ce passage signifie : avant que le droit de cité ne fut prodigué sans discernement). — S. Aurelius Victor (a. 360, d'après Lécrivain, *op. cit.*, p. 42), *De Caesar.*, 16 :..,

la teneur de ce document, du moins une partie assez longue, et, en tout cas, très importante, de son texte. Cette découverte devait attirer l'attention des juristes et des historiens : les uns et les autres n'ont pas manqué, en effet, d'en souligner le particulier intérêt[1]. Il nous a semblé que ces brefs commentaires appelaient quelques réflexions, qu'il pouvait être bon, tout au moins, d'en grouper les conclusions, afin de dégager clairement les données nouvelles que fournit le papyrus n° 40 de Giessen pour la solution des différents problèmes soulevés par la constitution de Caracalla.

La date de l'édit[2]. — On s'accorde généralement à faire dater

Data cunctis promiscue civitas Romana (Ici, l'allusion à notre édit est plus douteuse. D'après certains auteurs (p. ex. Accarias, 1, p. 129; Puchta, *loc. cit.*; cpr. Burman, *De vectigal. pop. Rom.*, Leyde, 1734, p. 178), ce texte ne viserait que la multiplicité des concessions individuelles. Notons toutefois qu'on ne peut tirer argument en ce sens du fait que notre phrase figure dans la notice sur Marc-Aurèle; car Aurelius Victor a pu, comme devaient le faire Chrysostome et Justinien, se tromper sur l'auteur de la constitution qui nous occupe). — St Jean Chrysostome, *In acta apostolorum* (a. 400 environ, d'après A. Puech, *St Jean Chrys.*, p. 105, 150), homélie 48 (Migne, *Patr. gr.*, 60, col. 333) : Μεγάλην εἶχον ταύτην τότε προνομίαν οἱ ἀξιούμενοι οὕτω [i. e. Ῥωμαῖοι] καλεῖσθαι· καὶ οὐ πάντες τούτου ἐτύγχανον· ἀπὸ γὰρ Ἀδριανοῦ φασι πάντας Ῥωμαίους ὀνομασθῆναι, τὸ δὲ παλαιὸν οὐχ οὕτως ἦν (L'orateur raconte un épisode célèbre de la vie de saint Paul : l'apôtre proclamant, devant le magistrat provincial, sa qualité de citoyen romain. Il explique le fait à ses auditeurs : au temps de saint Paul, leur dit-il, cette qualité constituait un privilège précieux et relativement rare; mais les choses ont changé depuis lors. C'est ainsi que St Jean Chrysostome est amené à faire allusion à notre édit, qu'il attribue, on le voit, à Hadrien). — Saint Augustin, *De civit. Dei* (a. 413-426), 5, 17 :... quod postea gratissime atque humanissime factum est, ut omnes ad Romanum imperium pertinentes societatem acciperent civitatis et Romani cives essent, ac si esset omnium quod erat ante paucorum. — Novelle 78, c. 5 (a. 539) : (Ὥσπερ γὰρ) Ἀντωνῖνος ὁ τῆς εὐσεβείας ἐπώνυμος, ἐξ οὗπερ καὶ εἰς ἡμᾶς τὰ τῆς προσηγορίας ταύτης καθήκει, τὸ τῆς ῥωμαϊκῆς πολιτείας, πρότερον παρ' ἑκάστου τῶν ὑπηκόων αἰτούμενον καὶ οὕτως ἐκ τῶν καλουμένων *peregrinorum* εἰς ῥωμαϊκὴν εὐγένειαν ἄγον, ἐκεῖνος ἅπασιν ἐν κοινῷ τοῖς ὑπηκόοις δεδώρηται. (*Adde* Epitome de Julien, constit. 72, 5 [ed. Haenel, p. 96]).

1. V. p. ex. : P.-M. Meyer, *ZSS* (*RA*), 29, 1908, p. 473. Wilcken, *APF*, 5, 1909, p. 184. Collinet, *NRH*, 33, 1909, p. 507. P.-M. Meyer, *P. Giess.*, I, 2, 1910, p. 29-33. Th. Reinach, *C. r. Ac. Ins.*, 1910, p. 132 (*adde*, p. 159-160). Mitteis, *ZSS* (*RA*), 31, 1910, p. 386 et s. Schubart, *DLZ*, 31, 1910, col. 1313. Wenger, *VSWG*, 9, 1911, p. 191, et s. Wilcken, *APF*, 5, 1911, p. 426 et s. Girard, *Manuel*[5], 1911, p. 114, n. 1; 117, n. 1 et 2. Jouguet, *Vie munic.*, 1911, p. 351-358. Wilcken, *Grundzüge*, 1912, p. 55 et s., 116. Mitteis, *Grundzüge*, 1912, p. 288-289. Girard, *Mélanges*, 1, 1912, p. 366, n. 2, 367, n. 2.

2. Nous tenons à constater ici qu'il n'y a plus, depuis longtemps, de discussions touchant l'*auteur* de la constitution qui généralisa le droit de cité romaine. La doctrine unanimement admise qui attribue cette constitution à Caracalla n'avait

notre édit de 212, en s'appuyant sur le récit de Dion Cassius. Est-il possible de préciser davantage? Si l'hypothèse émise par M. Wilcken[1] et acceptée par M. Meyer[2], touchant l'inscription évidemment pas besoin de la confirmation inévitable que lui apporte le pap. de Giessen. Mais il est intéressant de rappeler que cette question d'attribution fit l'objet de longues controverses. Il y a toujours eu des auteurs pour attribuer l'édit à Caracalla ; mais un très grand nombre d'érudits préféraient l'attribuer à Antonin le Pieux, surtout à raison de l'allégation si nette de la nov. 78. D'autres, se fondant sur le texte précité de saint Jean Chrysostome, tenaient pour Hadrien, et d'autres, à raison du texte d'Aurelius Victor, tenaient pour Marc-Aurèle. Sur toutes ces controverses, on peut consulter Lefranc, *L'éd. d'Ant. Caracalla sur le dr. de cité*, thèse droit, Bordeaux 1907, p. 36-52; v. aussi le résumé qu'en ont donné Heineccius, *Antiquitat. romanar. jurisprudentiam illustrant. syntagma*, édit. de Francfort 1771, 1re part., append., c. 1, § 15-20, p. 281-285, et Burman, *De vectigal. pop. rom.*, Leyde, 1734, p. 176. On peut s'étonner que ces controverses, compréhensibles à l'époque où l'on ne connaissait que des textes contradictoires et de sens douteux, aient continué après que Valois eût, en 1634, publié le texte de Dion Cassius découvert dans le recueil de Constantin Porphyrogénète. Le texte de Dion ne peut, en effet, laisser subsister aucun doute. Un auteur de la fin du XVIIIe s., que M. Lefranc paraît avoir ignoré, insiste sur la valeur de ce texte : « Loci hujus indubitata est sinceritas, ipsius scriptoris summa auctoritas in hoc genere, etc. » J. C. F. Meister, *Dissert. de Ant. Caracalla vero civitatis per orb. Rom. propagatore*, 1792, p. 53 (Cette dissertation a été écrite pour répondre à celle de J. P. Mahner, parue en 1772 et intitulée : *De M. Aurelio Antonino constitutionis de civit. univ. orbi rom. data auctore*). Ajoutons d'ailleurs que le texte d'Ulpien, correctement interprété, suffit à lui seul à supprimer toute incertitude. Au premier abord, il paraît susceptible d'appuyer toutes les hypothèses (Cujas, p. ex., l'invoque, à côté de la nov. 78, pour attribuer l'édit à Antonin le Pieux : v. *Recitationes solemnes ad libros II, III et IV Decretalium Gregorii IX*, comment. sur le c. *licet* du tit. *de foro competenti*, éd. Fabrot, 1658, 3, Op. posth., 2e partie, col. 30). Mais il est cependant certain que, par les mots *Imperator Antoninus*, Ulpien ne peut désigner que Caracalla sous le règne duquel il écrivait. Cf. Mommsen, *ZRG.* 9, 1870, p. 101-102. Meister (*loc. cit.*) : « Ulpianus eamdem rem [*i. e.* Caracallam constitutionis illius fuisse auctorem] testimonio confirmavit aeque manifesto, modo ut in hoc etiam loco communem dicendi sequaris usum, quem ubique videmus ab JCtis, maxime ab Ulpiano, secutum. » Pour ruiner l'argument tiré du texte d'Ulpien, Mahner (*op. cit.*, p. 27 et s.) avait donné une liste de fragments du Digeste où Ulpien citerait le nom d'un empereur défunt en omettant le qualificatif *divus*, ou en faisant précéder ce nom du mot *imperator* comme dans notre texte. Il n'est pas douteux que Mahner s'était mépris sur la portée de ses citations. — Les indications concordantes fournies par les écrits contemporains, c'est-à dire par les textes de Dion et d'Ulpien, doivent donc, sans aucun doute, être préférés aux indications contradictoires fournies par les textes postérieurs. — Il faut reconnaître que le texte de la nov. 78, tout au moins, explique et excuse bien des erreurs. Cette attribution si formelle à Antonin le Pieux est, à la vérité, fort surprenante (Cf. Bouché-Leclercq, *C. r. Ac. Ins.*, 1910, p. 159-160). L'apparente imprécision du texte d'Ulpien facilitait, il est vrai, la confusion commise par l'auteur de la novelle, confusion qu'il faut mettre évidemment sur le compte de l'homonymie, dont les méfaits, dans tous les domaines scientifiques touchant à l'antiquité gréco-romaine, ont été si souvent signalés.

1. *Hermes*, 27, 1892, p. 294, n. 1.
2. *P. Giess.*, I, 2, p. 27.

d'Ombos[1] est fondée, la constitution de Caracalla était déjà connue en Egypte le 8 novembre 212[2]. D'autre part, d'après MM. Mitteis[3] et Meyer[4], s'appuyant sur un papyrus du *British Museum*[5], la constitution n'était pas encore connue à Antinoupolis le 24 avril 212; et cela n'est pas étonnant, car, si elle est, comme le croient MM. Wilcken et Mitteis, postérieure au meurtre de Geta (27 février 212)[6], elle ne peut avoir été publiée à Rome avant le mois de mars. Les deux dates extrêmes, entre lesquelles il faudrait placer la publication en Egypte de notre constitution, sont, par conséquent, le 24 avril et le 8 novembre; la publication à Rome serait postérieure au mois de février et assez notablement antérieure au mois de novembre de l'année 212.

Ces conclusions ne sont pas modifiées par la découverte du papyrus de Giessen. On pouvait espérer que cette découverte nous fixerait définitivement sur la date de la constitution. Or, elle ne nous apprend à peu près rien sur ce sujet. Ainsi que nous l'avons dit, toute la partie inférieure de la première colonne, qui porte notre édit, est en très mauvais état, et les dernières lignes, où devait figurer la date[7], sont complètement perdues. Mais la constitution qui suit la nôtre sur le papyrus est datée d'une manière très précise : l'original latin a été publié à Rome le 11 juillet 212, la traduction grecque a été enregistrée à Alexandrie, en présence du préfet d'Egypte, le 29 janvier 213, et publiée le 10 février[8].

1. *C.I.G.*, 4680.

2. L'inscription figure sur la base d'une statue brisée qu'un certain M(ᾶρκος) Αὐρήλιος Μέλ[ας] dédie à Caracalla qualifié σωτῆρα τῆς ὅλης οἰκουμένης. M. Wilcken suppose que Caracalla est ainsi qualifié de « sauveur du monde entier » à cause de sa constitution généralisant le droit de cité, et que ce Μᾶρκος Αὐρήλιος Μέλας, portant les *tria nomina* avec le gentilice *Aurelius* et dédiant une statue à l'empereur, est un bénéficiaire de la constitution.

3. *ZSS* (*RA*), 31, 1910, p. 388.

4. *Loc. cit.*, n. 1. Cpr. *Heerwesen der Ptolem. u. Röm. in Aegypt.*, p. 136, n. 499.

5. *P. Lond.* III, 1164 (p. 116 k., l. 3).

6. Sur cette date, v. P. von Rohden, dans Pauly-Wissowa, v° *Aurelius*, n° 46, col. 2445.

7. On a vu, en effet, qu'elle ne figurait pas au commencement, qui est conservé; d'autre part, le deuxième édit est daté à la fin (contrairement, notons-le, à l'indication que fournit Krueger [*Sources*, p. 126] relativement à la place de la date dans les copies officielles des édits).

8. Il s'agit, on s'en souvient, d'un édit relatif à une amnistie complétant celle qui fut accordée après le meurtre de Geta. Sur cet édit, cf. Dion, 77, 3: Ulpien, *l. 3 de off. procons.*, *D.*, 50, 2, 3, 1; *C. J.*, 10, 61 (59), 1.

Nous ne possédons pas la date du troisième texte; mais il est relatif à des événements parfaitement connus qui se déroulèrent en 215[1].

On ne peut déduire de ces données que de vagues indications sur la date de notre édit. Les trois constitutions qui figurent sur le papyrus sont, sans doute, placées dans l'ordre chronologique. Nous savons, en effet, que la deuxième est plus ancienne que la troisième : il est probable que la première est plus ancienne que la seconde. Mais, remarquons-le, les dates dont on doit tenir compte à ce propos sont celles de la publication à Alexandrie, et l'ordre dans lequel les édits sont publiés à Alexandrie peut ne pas coïncider avec l'ordre dans lequel ils l'ont été à Rome. La transmission de Rome en Egypte devait, en effet, se faire dans un délai plus ou moins bref et par une voie plus ou moins rapide, selon que la décision à transmettre était plus ou moins importante. Pour le deuxième édit, on l'a vu, plus de six mois se sont écoulés entre la publication à Rome et la réception à Alexandrie. Un tel écart est, à première vue, surprenant. Il faut, sans aucun doute, l'expliquer comme fait M. Meyer[2], par le caractère très spécial et la portée restreinte de cet édit. Mais quand il s'agit de faire parvenir à une province importante, telle que l'Egypte, un document capital, tel que la *constitutio Antoniniana*, l'administration impériale doit pourvoir à une rapide transmission. Un document de ce genre peut, par suite, être publié en Egypte avant d'autres décisions dont la date d'origine est cependant antérieure.

Il serait donc hasardeux, peut-être, d'affirmer que notre constitution fut publiée à Rome avant le 11 juillet 212, date de la publication à Rome de l'édit qu'elle précède sur le papyrus; il l'est beaucoup moins de prétendre que la *constitutio Antoniniana* a dû être publiée à Alexandrie avant le 10 février 213, date de la publication à Alexandrie de ce deuxième édit. Mais cette conclusion n'améliore pas l'état de nos connaissances en la

1. Les Αἰγύπτιοι sont expulsés d'Alexandrie, à la suite de l'insurrection dont la sanglante répression fut dirigée par Caracalla lui-même. Notre édit, relatif à cette expulsion, a été rendu à un moment où l'empereur était à Alexandrie, donc à la fin de l'année 215. Cf. Meyer, *P. Giess.*, I, 2, p. 41 et les textes cités.

2. *Op. cit.*, p. 28.

matière, puisque l'inscription d'Ombos, si l'interprétation qui en a été donnée est exacte, nous fournit, comme terme à partir duquel l'édit serait sûrement connu, une date antérieure de trois mois : le 8 novembre 212.

La découverte du papyrus ne permet donc de retoucher ni l'une ni l'autre des conclusions adoptées avant elle, à moins que l'on ne se décide, malgré les sérieuses raisons d'hésiter, à adopter, comme élément de détermination, la date de la publication à Rome du deuxième édit : la date de la publication à Rome de notre constitution se placerait alors entre le 27 février (date du meurtre de Geta supposé antérieur) et le 11 juillet 212.

Les motifs de l'édit. — « Ῥωμαίους πάντας τοὺς ἐν τῇ ἀρχῇ αὐτοῦ, λόγῳ μὲν τιμῶν, ἔργῳ δὲ ὅπως πλείω αὐτῷ καὶ ἐκ τοῦ τοιούτου προσίῃ, διὰ τὸ τοὺς ξένους τὰ πολλὰ αὐτῶν μὴ συντελεῖν, ἀπέδειξεν[1] » : tels sont les termes par lesquels Dion Cassius nous indique les motifs de l'édit de Caracalla, et tous les historiens ont adopté la manière de voir qu'ils traduisent. L'empereur agissait donc « sous prétexte d'honneurs », il voulait, en apparence, honorer ses sujets ; mais, en réalité, il ne songeait qu'à augmenter ses revenus. Il avait doublé le taux de l'impôt sur les successions et les affranchissements : il avait transformé la *vicesima* en *decima*[2] ; il voulut en outre augmenter le nombre des contribuables, et, dans ce but, il augmenta le nombre des citoyens romains[3].

Cette explication, disons-nous, est unanimement admise. Mais il est des auteurs qui supposent que des raisons d'ordre politique étaient venues s'ajouter à ce motif d'intérêt fiscal[4]. Il leur pa-

1. Dion, 77, 9 : « Caracalla proclama romains tous les habitants de l'Empire, en apparence pour les honorer, mais en réalité pour augmenter son revenu, les pérégrins étant exempts de la plupart des taxes dont il vient d'être question ».

2. Cf. Dion, 77, 9; Ulpien, *Coll.*, 16, 9, 3. Macrin rétablit l'ancien taux; Dion, 78, 12.

3. D'après Puchta, *Institutionen*, I, § 95, note c, si la constitution de 212 fut une opération lucrative, ce n'est pas seulement par la multiplication des contribuables aux impôts en question : mais cette concession générale, pas plus que les concessions isolées antérieures, ne dut être gratuite, et chaque bénéficiaire fut sans doute contraint de payer un droit.

4. Cf. Schiller, *Gesch. d. röm. Kaiserzeit*, 1, p. 750 et s. Leonhard, *Institutionen* p. 83, n. 2. O. Schulz, *Beiträge zur Kritik unserer litterarischen Ueberlieferung für die Zeit von Commodus Sturze bis auf den Tod des M. Aurelius Antoninus (Caracalla)*, p. 113. Hirschfeld, *Die kaiserlich. Verwaltungsbeamt.*, p. 482. Domas-

rait difficile de ne voir dans une mesure aussi grave qu'un expédient destiné à augmenter le produit des impôts, d'admettre que les importantes conséquences politiques et administratives qu'elle devait produire, et qui furent nécessairement prévues par l'auteur de la mesure, n'aient pas constitué les raisons déterminantes de celle-ci. D'autre part, la dynastie des Sévères a eu, du pouvoir qui appartenait au César romain, une conception spéciale, et, pour employer une expression moderne, tout particulièrement « impérialiste ». Caracalla, en étendant le droit de cité romaine, obéissait, dit-on, aux tendances qui s'étaient déjà manifestées sous le règne de son père. Septime-Sévère s'était efforcé d'effacer les particularités et les privilèges locaux, de réduire les diversités d'ordre juridique ou administratif, en un mot de poursuivre l'unification de l'empire. Caracalla, en 212, sans perdre de vue, bien entendu, l'intérêt fiscal, se serait inspiré de la même préoccupation.

Telles sont, brièvement résumées, les opinions émises par les historiens au sujet des motifs de l'édit. La réalité des visées politiques reste incertaine : ces considérations paraissent, en tout cas, n'avoir joué qu'un rôle secondaire. La réalité du but fiscal, en revanche, n'est pas discutée, et ce but apparaît, sinon comme l'unique raison, du moins comme la raison déterminante de la constitution de 212.

Le papyrus de Giessen nous apporte, sur ce point, des données positives dont il faut souligner à la fois et l'intérêt et l'insuffisance[1].

zewski, *Gesch. d. röm. Kaiser*, II, p. 266. Wilcken, *APF*, 5, 1911, p. 429. *Adde* Meyer, *op. cit.*, p. 33 et n. 1. Hirschfeld et Wilcken insistent sur les tendances qui s'étaient déjà manifestées sous Septime-Sévère. Schiller met en avant les préoccupations relatives au recrutement militaire, à l'unité administrative et judiciaire. Leonhard, rappelant l'admiration que professait Caracalla pour Alexandre le Grand, au dire de Dion Cassius qui l'appelle φιλαλεξανδρότατος (77, 9), veut que la mesure impériale ait été inspirée par des vues politiques élevées (Notons que Leonhard, au début de la note même où il exprime cette idée, flatteuse pour le caractère de Caracalla, renvoie au passage où Mommsen déclare que Caracalla, « né à Lyon d'un père africain et d'une mère syrienne, réunissait dans sa personnes les tares de trois races : la frivolité gauloise, la cruauté africaine et la friponnerie syrienne » ; *Röm. Gesch.*, 5, p. 455). Enfin, d'après Domaszewski, le but propre de la mesure fut d'élever, « à la hauteur du peuple naguère souverain, tous ceux qui n'avaient cessé de languir dans la servitude ».

1. Il nous faut rappeler ici que, tout en prenant pour point de départ le texte tel

Dans le préambule de l'édit (l. 2-7), deux motifs sont expressément indiqués : le désir de supprimer[1] ce que le texte appelle « τὰς αἰτίας καὶ τοὺς λιβέλλους » et une raison d'ordre religieux.

Il est assez difficile de déterminer exactement la portée du premier motif. Quelles sont ces choses dont la disparition, ou tout au moins la diminution apparaît si désirable à l'auteur de l'édit? Les termes employés par le texte rappellent assez bien ceux[2] qui servent à désigner les requêtes et les suppliques adressées au prince. Le mot αἰτία lui-même fait songer[3] au passage de la novelle 78, c. 5, qui vise l'état de choses antérieur à notre édit : il y est dit qu'avant la concession générale, attribuée par l'auteur de la novelle à Antonin le Pieux, le droit de cité devait être « demandé par chacun des sujets[4] ».

N'est-ce pas à cet état de choses que fait allusion notre texte? On peut concevoir, en effet, qu'il n'aille pas sans inconvénients et pour les impétrants, obligés de recourir à une procédure évidemment onéreuse, et peut-être aussi pour l'administration chargée de leur répondre. Quoi qu'il en soit, si cette interprétation du texte est exacte, le désir de faire cesser cette situation est indiqué par l'empereur comme un des motifs de sa décision[5].

que l'a établi M. Meyer, nous n'oublions pas que le papyrus est extrêmement mutilé, que certaines restitutions sont contestables et qu'elles ont été contestées. Nous ne perdons pas de vue les réserves que nous impose cet état du document, et nous demandons qu'on veuille bien les sous-entendre quand nous ne les formulerons pas expressément.

1. C'est là, on se le rappelle, l'interprétation de l'éditeur, qui n'a d'ailleurs pas proposé de restitution pour la lacune qui suit les mots τὰς αἰτίας καὶ τοὺς λιβέλλους ; il se borne à dire qu'on attend là une expression signifiant « aus der Welt schaffen », quelque chose comme ὁλικῶς ἐκκόπτειν.

2. V. Krueger, *Sources*, p. 128.

3. Cf. Meyer, *P. Giess.*, I, 2, p. 43, n. sous la l. 2. Mitteis, *ZSS (RA)*, 31, 1910, p. 387 et n. 1. — A la vérité, pour entendre de cette manière le mot αἰτία, il faut le détourner de son sens normal. Cependant, son emploi dans le sens de *querela* n'est pas inconnu des glossaires; v. ci-dessus p. 4, n. 1. Peut-être y a-t-il là d'ailleurs une faute de transcription pour αἰτήσεις, mot qui traduirait le latin *petitiones* : c'est l'hypothèse que propose M. Mitteis, *loc. cit.*

4. Τὸ τῆς ῥωμαϊκῆς πολιτείας, πρότερον παρ' ἑκάστου τῶν ὑπηκόων αἰτούμενον. — Cf. Cujas : « *Olim singulis erat petenda civitas, quae saepe non nisi magno aere redimebatur* ». *Commentar in libr. XXIV quaest. Aem. Papiniani*, éd. Fabrot, 1658, I, *Op. posth.*, col. 662. Adde *Novellarum expositio*, éd. Nivelle, 1577, I, t. IV, p. 413.

5. Cette interprétation suppose donc chez l'empereur la tendance à faire disparaître les requêtes des particuliers destinées à l'obtention d'un privilège juridique. Or, on peut considérer, avec M. Mitteis (*loc. cit.*), que cette interprétation est, dans

Mais on peut songer, pour ce passage de notre document, à une interprétation différente. Αἰτία et λίβελλος ne sont-ils pas des termes de procédure? L'empereur ne manifeste-t-il pas ici son désir de diminuer les procès? L'unification juridique relative, que devait amener la généralisation du droit de cité romaine, semblait bien de nature, en effet, à produire un résultat de ce genre[1].

Le second motif est d'ordre religieux[2]. L'empereur pense qu'il peut étendre le rayon d'action de la religion nationale toutes les fois que des étrangers s'incorporent à son peuple. La naturalisation des pérégrins lui apparaît comme une œuvre pie, digne de plaire à la divinité, parce qu'elle doit avoir pour résultat de fournir de nouveaux fidèles au culte des dieux de l'Etat[3]. L'allégation de ce pieux motif ne doit pas nous surprendre de la part d'un prince qui se déclarait lui-même « le

une certaine mesure, confirmée par le fait qu'une constitution impériale postérieure srévèle clairement cette même tendance, chez un autre empereur, dans des circontances analogues. En 410, Théodose II et Honorius, ayant concédé le *jus liberorum* à toutes les femmes de l'Empire, spécifient expressément que, étant donnée cette concession générale, personne n'aura plus désormais à leur demander le *jus liberorum*. « Nemo post haec a nobis jus liberorum petat, quod simul hac lege omnibus concedimus ». *C. J.*, 8, 58 (59), 1 = *C. Th.*, 8, 17, 3 (où il y avait *delulimus* au lieu de *omn. conced.*). Il est possible que Théodose et Honorius, à la différence de Caracalla, n'aient pas indiqué le désir de supprimer ces requêtes parmi les motifs de leur constitution, mais ils faisaient du moins ressortir ce fait que leur constitution avait cette suppression pour résultat.

1. Il n'est pas douteux que la réforme dut supprimer de nombreux problèmes de droit international privé. Elle dut, en outre, diminuer, en même temps que le champ d'application des lois pérégrines (Cf. Girard, *Manuel*[5], p. 113, 117 n. 2, Cuq, *Institutions*, 2, p. 66), les difficultés d'interprétation sur lesquelles devaient être souvent consultées (sous forme de procès) les autorités romaines subrogées aux anciennes autorités indigènes. Ainsi nous savons, par un papyrus de l'an 135, que Hadrien avait tranché un point de droit non romain en Egypte (*BGU*, 19. Sur ce texte, v. Boulard, *Les instruct. écr. du magistrat*, p. 42 et s.). En rendant plus largement applicable le droit romain, dont l'élaboration scientifique était déjà fort avancée, l'édit pouvait évidemment supprimer bien des incertitudes et, par conséquent, éliminer bien des causes de conflits.

2. Lignes 3-7. La phrase commençant par τοιγαροῦν est d'une syntaxe compliquée et le sens n'en est pas parfaitement clair. M. Wilcken propose de combler la lacune du début de la l. 7 par l'expression εἰς τὰς θρησκείας, que nous avons traduite plus haut *in religionem*.

3. La mesure qui fait l'objet de l'édit est donc, pour les pérégrins, à la fois un bienfait et un honneur, puisqu'elle a pour effet leur incorporation à la religion romaine. L'insertion, dans le texte de la constitution, de considérations de cette nature est, peut-être, une des raisons pour lesquelles Dion Cassius écrivait que Caracalla avait transformé en citoyens romains tous les habitants de l'empire « *sous prétexte d'honneurs*, λόγῳ μὲν τιμῶν ».

plus pieux des hommes[1] ». Mais l'on sait que cette piété se manifestait surtout à l'égard des divinités orientales ; et n'est-il pas, dès lors, étonnant que Caracalla affirme ainsi des intentions de prosélytisme en faveur des dieux de l'Etat romain, qui sont certainement seuls visés par notre texte ? Point du tout ; c'est par lui, en effet, que le culte d'Isis et de Sérapis, célébré d'ailleurs depuis fort longtemps à Rome, a été introduit pour la première fois à l'intérieur du *pomerium* romain[2], mais c'est lui aussi qui a placé un dieu romain parmi les dieux de l'Orient en faisant élever en Egypte des temples à Jupiter Capitolinus[3]. Ce sont là des manifestations, tout à fait normales mais fort intéressantes, de ce syncrétisme religieux qui est l'une des caractéristiques les plus curieuses de la société du IIIe siècle[4].

Tel était donc le bref « exposé des motifs » de la *constitutio Antoniniana*. Quel que soit l'intérêt des données nouvelles ainsi fournies par le papyrus de Giessen, nous ne devons pas nous méprendre sur leur véritable portée. Ce sont là des motifs officiels, et leur énoncé exprès ne doit pas nous empêcher de chercher ailleurs le motif réel de l'acte impérial. Parce qu'ils ne sont pas exprimés dans le texte de l'édit, il ne faudrait pas considérer désormais comme inexacts les motifs indiqués au début de ce paragraphe[5], et notamment le motif d'ordre fiscal signalé par Dion Cassius.

1. Εὐσεβέστατος πάντων ἀνθρώπων. Dion Cassius, 77, 16.

2. Cf. F. Cumont, *Les religions orient. dans le pagan. rom.*, 1906, ch. 4 et notam. p. 101-103. Wilcken, *APF*, 5, 1911, p. 428 ; *Grundzüge*, p. 116. Cpr. Lafaye, *Hist. du culte des divinités d'Alexandrie... hors de l'Egypte* (Bibl. des éc. d'Ath. et de R., fasc. 33, 1884), p. 62 n. 3. Le culte isiaque était connu à Rome de longue date. Spartien (*Carac.*, 9) et Aurelius Victor (*De Caesar.*, Carac.), en disant que Caracalla transporta à Rome les cultes égyptiens, visent ou bien l'introduction de ces cultes dans le *pomerium*, ou bien la magnificence particulière que revêtit leur célébration sous ce règne.

3. Les documents qui nous font connaître l'existence du culte de Jupiter Capitolin en Egypte sont tous postérieurs à l'avènement de Caracalla. *BGU*, II, 362, pour Arsinoé ; *P. Oxy.*, I, 43 v°, IV, 3, pour Oxyrhynchos. Wilamowitz-Moellendorf avait déjà exprimé (Compte rendu des *P. Oxy.* I, dans *GGA*, 1898, p. 677) cette idée que la *constitutio Antoniniana* avait apporté, dans les provinces, les dieux romains avec la cité romaine.

4. V. J. Réville, *La religion à Rome sous les Sévères*, 1886. Cumont, *op. cit.*, ch. 8.

5. Nous avons parlé des tendances particulières de la dynastie des Sévères. On peut considérer comme s'y référant l'expression τοὺς ἐμοὺς ἀνθρώπους, l. 6. Cpr. col. II, l. 10 : τὴν Ῥώμην τὴν ἐμήν. Cf. P. M. Meyer, *op. cit.*, p. 33 et n. 1. Wenger, *VSWG*, 9, 1911, p. 194.

Ce dernier motif apparaît toujours comme le motif réel et décisif. A présent que l'on sait comment la portée de l'édit était restreinte par l'exception formulée à l'égard d'une catégorie de pérégrins, ce caractère de raison déterminante s'impose même avec plus de netteté que jamais, aux yeux de ceux qui admettent le système soutenu par M. Meyer relativement au sens de cette exception. Si l'on adopte, en effet, malgré les objections qu'il soulève, ce système d'explication, on constate que la manière dont l'empereur délimita le cercle d'application de son édit prouve qu'il avait en vue, avant toute autre chose, l'intérêt de ses finances. Ce sont, en effet, les *dediticii* qui sont exclus de ce cercle d'application. Or, les *dediticii* constituaient, d'après M. Meyer[1], la catégorie des pérégrins soumis au *tributum capitis*. Concéder le droit de cité à ces déditices, c'était supprimer les revenus du *tributum*, et sans les remplacer par ceux des taxes sur les successions et les affranchissements qui frappaient les citoyens, car les déditices étaient, en général, des gens d'une situation sociale si médiocre qu'un impôt portant sur les affranchissements ou perçu à l'occasion des successions de plus de cent mille sesterces[2] ne devait pas les atteindre. Au contraire, exclure les déditices de la concession, c'était conserver au trésor les produits du tribut; et réserver la naturalisation aux pérégrins non déditices, aux classes élevées et riches des populations pérégrines, c'était multiplier, dans une très large mesure, les contribuables de la *decima hereditatum et manumissionum*[3]. La combinaison ainsi adoptée était bien celle qui présentait, au point de vue financier, le maximum d'avantages. On est fondé, par suite, à chercher dans les préoccupations de cette nature non seulement la règle qui servit à établir les conditions d'application de la mesure décidée, mais aussi la raison profonde et le motif déterminant de la décision elle-même. Peu importe donc la phraséologie du préambule : Dion Cassius a certainement présenté sous son vrai jour la mesure prise en 212 par Caracalla.

1. *Op. cit.*, p. 31.
2. Marquardt, *Organis. financ.*, p. 336.
3. Cf. Wilcken, *APF*, 5, 1911, p. 429-430. A ce sujet, et à propos des taxes sur les successions et les affranchissements qui existaient déjà en Egypte, v. aussi Meyer, *Heerwesen*, p. 137 et Jouguet, *Vie munic.*, p. 356.

C'est que les contemporains n'ont pu se méprendre sur les véritables motifs qui l'ont inspirée. Quelles qu'en soient d'ailleurs les conséquences, elle n'est, à leurs yeux, qu'un expédient financier. Et nous expliquerions volontiers par cet état d'esprit la rareté des textes et la sobriété des auteurs qui font allusion à l'édit[1]. Fustel de Coulanges s'étonnait de cette pénurie de renseignements[2] et il en fournissait une explication, qui est, sans doute, exacte dans une certaine mesure, mais qu'il formulait, semble-t-il, en termes trop absolus. S'il paraît exact, en effet, que « l'inégalité entre les citoyens et les sujets s'était affaiblie à chaque génération », n'y a-t-il pas quelque exagération à dire que « le changement dont il [l'édit] était l'expression légale était achevé depuis longtemps, » que cet édit « proclamait et faisait passer dans le domaine du droit ce qui était déjà un fait accompli »?

Il ne nous paraît pas possible d'amoindrir à ce point la constitution de 212. Quelle que fût la situation créée par l'évolution du droit, les mesures législatives et les interventions réitérées des empereurs, cet acte décisif n'en avait pas moins une portée considérable. Il avait été préparé, et l'intérêt s'en trouvait réduit, dans une certaine proportion, par les nombreuses concessions individuelles ou collectives, qui avaient diminué notablement dans toutes les provinces le nombre des non citoyens[3]. Il était naturellement amené par l'état particulier de la société

1. De tous les historiens dont les écrits constituent les sources de l'histoire de Caracalla, Dion Cassius est le seul qui parle de la constitution que nous étudions. Il n'en est question ni dans Hérodien (v. *Ab excessu divi Marci libri octo*, éd. Mendelssohn p. 103 et s.), ni dans Spartien (v. *Script. Hist. Aug.*, éd. Peter, 13), ni dans Eutrope (v. *Breviar.*, 8, 19-22), ni dans Aurelius Victor (v. *De Caesar.*, 21 et *Epitome*, 21; éd. Teubner, p. 101 et 156), ni dans Zosime (v. I, 9-10, éd. Bekker, 1837, p. 15-16), ni dans les *Chronica minora* (v. éd. Mommsen, I, 147, II, 145).

2. « On ne rencontre guère dans l'histoire de décrets plus importants que celui-là.... Cependant les historiens de ce temps-là n'en ont pas pris note, et nous ne le connaissons que par deux textes vagues des jurisconsultes [il s'agit du texte d'Ulpien et de la novelle 78] et une courte indication de Dion Cassius ». *La Cité antique*, p. 455.

3. Il ne faudrait pas exagérer l'importance de cette diminution. En Egypte, la cité romaine n'avait pas fait des progrès très sensibles, et cela pour deux raisons : l'obligation imposée aux candidats à la cité romaine d'acquérir préalablement la cité Alexandrine, et le fait qu'il n'y eut jamais en Egypte que des concessions individuelles. Cf. Wilcken, *Grundzüge*, p. 55.

romaine dans la première moitié du IIIe siècle, dont le caractère dominant est le cosmopolitisme [1]. Quoiqu'il en soit, cet événement méritait, sans aucun doute, par ses conséquences, d'être signalé dans tous les écrits du temps. Mais l'intérêt de ces conséquences disparut derrière les motifs bien connus de la mesure. Le but poursuivi par l'empereur n'est évidemment pas de ceux qui suscitent les récits et les commentaires élogieux. L'existence d'un but politique apparaît, en effet, comme assez problématique. Il ne semble pas d'autre part que le désir de propagande en faveur des dieux de Rome pût être capable d'éveiller un écho dans la société de ce temps-là. Comment croire enfin à une intention de haute bienveillance (malgré l' « *humanissime* » de saint Augustin [2])? L'édit était avant tout, il apparaissait sans doute comme étant exclusivement une mesure inspirée par des préoccupations fiscales. Il est donc permis de croire qu'à raison de ce caractère il dut être accueilli avec une certaine froideur.

La portée de l'édit. — On jugeait naguère très malaisé de dire avec précision quelles furent, parmi les catégories juridiques entre lesquelles se répartissaient les habitants de l'Empire, celles sur lesquelles agit la réforme de 212, de décider si des limites furent imposées à cette action, soit dans l'espace, soit dans le temps, de déterminer, en somme, de quelle manière et suivant quels principes s'opéra la grande naturalisation édictée par Caracalla.

Le problème, avant la découverte du papyrus de Giessen, se posait en effet dans les conditions suivantes : tous les textes relatifs à l'édit présentent la concession du droit de cité comme ayant été absolument générale, mais, on sait, par ailleurs, qu'après Caracalla il y a encore, dans l'Empire, des sujets qui ne sont pas

1. V. Réville, *La religion à Rome sous les Sévères*, p. 9; v. aussi p. 10, n. 1.

2. L'auteur du *De civitate Dei* attribue (5, 17) à notre constitution la conséquence suivante : ceux d'entre les nouveaux citoyens qui sont dénués de ressources pourront désormais *vivere de publico* grâce aux distributions gratuites dont bénéficiaient les citoyens romains; et c'est à raison de cette conséquence qu'il admire l'édit (Sur ce texte, v. Schiller, *Gesch. d. röm. Kaiserzeit*, I, 2, p. 751, n. 4). — Il est certain qu'après 212, on trouve en Egypte l'usage des σιτηρέσια ou distributions de blé. M. Jouguet (*Vie munic.*, p. 357, n. 1) cite à ce propos *P. Lond.*, III, 955, p. 127.

citoyens romains[1]. Il n'est donc pas douteux, malgré les termes généraux employés par nos auteurs, que la portée d'application de l'édit fut restreinte d'une manière quelconque. On s'est, depuis longtemps, proposé de découvrir ces restrictions.

Nos anciens romanistes soutenaient que la naturalisation fut accordée, d'une manière définitive, à tous les ingénus, mais à eux seuls[2] : c'est que la permanence des diverses catégories d'affranchis après Caracalla n'avait pu leur échapper. Plus tard fut émise cette hypothèse, presque unanimement acceptée de nos jours, que l'édit n'avait disposé que pour le présent[3].

1. Pour vérifier la première affirmation, il suffit de parcourir les textes, cités plus haut, de Dion (πάντας τοὺς ἐν τῇ ἀρχῇ αὐτοῦ), d'Ulpien (in orbe Romano qui sunt), de Spartien (civitatem omnibus datam), de saint Jean Chrysostome (πάντας Ῥωμαίους ὀνομασθῆναι), de saint Augustin (omnes ad Romanum imperium pertinentes) et de Justinien (ἅπασιν ἐν κοινῷ τοῖς ὑπηκόοις). — Quant à la seconde, on sait assez que, chez les affranchis, la distinction des citoyens, des latins et des pérégrins a subsisté jusqu'à Justinien : ce sont des constitutions promulguées en 530 et 531 (*C. J.*, 7, 5. 6. Cf. *Inst.*, 1, 5, 3) qui supprimèrent la catégorie des déditices et celle des latins-juniens, et qui décidèrent que tous les modes d'affranchissement conféreraient désormais la qualité de citoyen romain. — On sait aussi que l'application de certaines peines, après Caracalla comme avant lui, mettait les ingénus citoyens au nombre des déditices, *dediticiorum numero* (Girard, *Manuel*[5], p. 117. Sur la perte du droit de cité résultant de la déportation, v. Ulpien, *D.*, 32, 1, 2-4 ; 48. 22, 6. Marcien, *D.*, 48, 19, 17, 1. Ajoutons que le texte de Marcien est sûrement [v. Krüger, *Sources*, p. 299; Lenel, *Pal.*, I, col. 639, n. 1] et que ceux d'Ulpien sont probablement postérieurs à notre constitution. L'importance de cette source de non citoyens ne fit, notons-le, que s'accroître après Caracalla : v. p. ex. *C. Th.*, 3, 30, 4; 4, 6, 3; 12, 1, 6; et la législation sur les hérésies. *C. Th.*, 16, 7, 2; *C. J.*, 1, 5). — On sait enfin que, même parmi les ingénus non condamnés, il y a encore, après Caracalla, des non citoyens : les diplômes militaires du IIIe siècle l'ont prouvé (*C.I.L.*, III, p. 891 et s.; suppl., p. 1996 et s. Cf. Mommsen, *Dr. pén.*, 1, p. 144, n. 3 in fine. Girard, *Mélanges*, 1, p. 366).

2. Cf. p. ex. Cujas : Dederat... Antoninus *omnibus ingenuis* jus Quiritium (*Novellarum expositio*, nov. 78, éd. Nivelle, 1577, I, t. IV, p. 413). Vinnius : Antoninus... civitate data exaequavit *omnes ingenuos* (*Institut. imperial. comment.*, 4e éd., Amsterdam, 1665, p. 31). Heineccius : Antoninus Caracalla civitatem cum omnibus qui in orbe Romano vivebant *ingenuis* communicaverat (*Antiquitat. rom. jurisprud. illustr. syntagma*, ed. nova, Francfort, 1771, pars prima, appendix, cap. 6, § 134, p. 412; adde *ibid.*, cap. 1, § 20, p. 285, et l. 1, t. 4, § 16, p. 109). En ce sens encore, Ortolan, *Explicat. histor. d. Inst.*, I, nos 402-410. — Plus récemment, M. Wilcken, s'était demandé (*Hermes*, 27, 1892, p. 296) s'il ne devait pas se rallier à cette théorie. — L'insuffisance en est prouvée par ce fait qu'il existe encore, après la constitution, des ingénus non condamnés qui ne sont pas citoyens romains (V. note précédente *in fine*).

3. On peut faire remonter cette idée à Haubold, *Ex constitutione imperat. Antonini quomodo qui in orb. Rom. essent civ. Rom. effecti sint*, 1819, dans *Opuscula academica*, II, p. 369-386. Après avoir énoncé cette idée que la constitution de Caracalla n'a pas disposé pour l'avenir, et qu'elle n'a atteint que les ingénus

D'autre part, Mommsen a exprimé à diverses reprises[1] et l'on a fini généralement par admettre cette idée que les membres des groupes urbains organisés, des communautés douées d'une constitution reconnue par Rome ont seuls obtenu le droit de cité romaine. Ce sont les citoyens de ces cités qui devinrent citoyens romains par l'effet de la constitution de Caracalla[2].

Tout cela a été particulièrement étudié à propos de l'Egypte, et l'on a longtemps prétendu que, dans le pays des Pharaons, les citoyens des cités grecques[3] furent seuls atteints par l'édit de 212[4]. Mais l'exactitude de cette affirmation fut contestée, en

habitant l'empire au moment de sa promulgation, Haubold ajoute (p. 378-379) : « Non sine exemplo hoc factum esse, docet eadem, quam paullo ante e Ciceronis pro Archia oratione [4, 6] commemoravimus, lex Plautia, puta, Papiria, lata A. U. 665, qua cautum : Si qui fœderatis civitatibus adscripti fuissent, si, *tum quum lex ferebatur*, in Italia domicilium habuissent, civitate ut potirentur. » — Ce second système, que l'on peut considérer comme concordant avec les termes de nos textes, notamment avec ceux du texte d'Ulpien, explique bien comment se sont trouvés exclus de la concession tous ceux qui ont été, après l'édit, affranchis par un mode entraînant la condition de latin ou de pérégrin, et les descendants de ces affranchis, les ingénus condamnés postérieurement à l'édit et leurs descendants, ainsi que toutes les populations installées, après l'édit, dans l'empire (Cf. Girard, *Manuel*[5], p. 117, n. 2). D'autre part, s'il faut vraiment expliquer ainsi les limitations constatées dans le domaine d'application de l'édit, il est permis de supposer qu'aucune restriction expresse n'avait été insérée dans le dispositif de l'acte impérial, on doit en outre admettre que cet acte avait eu, dans son application immédiate, une portée très générale, et, dès lors, il ne faut plus s'étonner du ton de nos textes. Ce système a donc le mérite d'expliquer comment l'édit, sans prévoir d'exclusions expresses, pouvait pourtant être conçu de telle sorte que l'on devait encore, après lui, trouver des non-citoyens soit parmi les affranchis, soit parmi les ingénus. Sur ce dernier point cependant, il est insuffisant. Il semble, en effet, surtout à la lumière des documents nouveaux, que la catégorie des ingénus non-citoyens, demeurée très large, s'alimentât à des sources nombreuses et variées. Or ce n'est pas là ce qui résulterait de la situation supposée par ce système d'explication.

1. *Hermes*, 16, 1881, p. 475 = *Histor. Schrift.*, 2, p. 418. *Neues Archiv*, 14, 1889, p. 526 = *Histor. Schrift.*, 3, p. 466 : wer einer städtisch geordneten Reichsgemeinde angehört ist auch römischer Bürger. — *Dr. pén.*, 2, p. 276, n. 2.

2. Tel serait le principe; dans l'application, on se serait inspiré d'un esprit aussi restrictif que possible. Mommsen est porté à croire que la naturalisation ne fut pas étendue aux pérégrins habitant les *vici* situés dans la *regio* d'une cité : elle n'aurait atteint que les habitants des villes chefs-lieux, les citoyens d'Alexandrie, par exemple, mais non les Egyptiens en général (cf. *Hermes*, *loc. cit.* : « .. bloss die Bürger von Alexandria, nicht aber die Aegypter überhaupt »). Et, même dans ce cercle étroit, la concession a pu n'être pas, partout, absolument générale : en Egypte, les décurions et leur descendance en auraient peut-être seuls bénéficié (Mommsen, *Dr. pén.*, 1, p. 144, n. 3).

3. Jusqu'à Hadrien, il n'y eut, en Egypte, que trois cités grecques : Naucratis, Alexandrie et Ptolémaïs. Hadrien créa la cité d'Antinoé.

4. Mommsen, *Hermes*, *loc. cit.*; *Eph. ep.*, V, p. 13; *C. I. L.*, III, suppl., 6627,

1892, par M. Wilcken, qui soutint que la naturalisation ne fut nullement réservée aux seuls citoyens des villes constituées depuis longtemps sur le type romano-hellénique [1].

Le procédé d'investigation inauguré par M. Wilcken fut repris et les conclusions admises entièrement revisées, en 1900, par M. P.-M. Meyer. Cet érudit qui devait, quelques années plus tard, éditer dans la collection des papyrus de Giessen le texte même de l'édit de Caracalla, dressa, dans ses études sur l'organisation militaire en Egypte, des statistiques qui lui permirent de mettre en lumière ce fait très intéressant : tous ceux qui, en Egypte, étaient dispensés de l'impôt personnel ou λαογραφία sont, en 212, devenus citoyens romains, tous les λαογραφούμενοι, au contraire, sont restés non-citoyens [2].

p. 1211-1212. Denisse, *NRH*, 16, 1892, p. 675. — On sait, par les lettres de Pline à Trajan et par des documents épigraphiques, que les Egyptiens ne pouvaient solliciter la qualité de citoyens romains qu'après avoir acquis le droit de cité dans l'une des cités grecques d'Egypte. Les règlements d'Auguste avait attaché très étroitement les indigènes d'Egypte à leurs nomes: ces indigènes ne pouvaient jamais, comme tels, ambitionner le titre de citoyens romains. Cf. Pline, *Ep. ad Traj.*, 6 : *Admonitus sum a peritioribus debuisse me ante ei Alexandrinam civitatem impetrare, deinde Romanam, quoniam esset Aegyptius* (Il s'agissait d'un certain Harpocrate, médecin-masseur de Pline, à qui ce dernier voulait faire conférer la cité romaine). — Cpr. Josèphe, *Contra Apionem*, 2, 4. — V. Jouguet, *Vie munic.*, p. 71, 86.

1. *Hermes*, 27, 1892, p. 295-296. M. Wilcken remarque que, dans les documents égyptiens datant du règne de Caracalla ou postérieurs à ce règne, il est très difficile de trouver un homme participant d'une façon quelconque à la vie publique qui ne porte pas un gentilice romain, normalement Αὐρήλιος; et ces Αὐρήλιοι, portant, après ce gentilice romain, un *cognomen* grec ou égyptien, sont certainement de nouveaux citoyens, bénéficiaires de la constitution de 212 (Dans un papyrus de 215, *BGU*, II, 655, un certain Αὐρήλιος Ζώσιμος, indiquant son changement de nom, renvoie expressément à notre constitution; cf. Wilcken, *Grundzüge*, p. 55 et n. 3). Or, ces *Aurelii* ne sortent pas seulement d'Alexandrie, mais aussi des villes métropoles des nomes et des villages eux-mêmes. C'est que, dit M. Wilcken, Septime-Sévère a, dès le début du IIIe siècle, donné une certaine organisation municipale, une βουλή, à quelques métropoles (Arsinoé, Herakleopolis, Hermoupolis), puis, peut être, étendu ce régime à toutes les métropoles d'Egypte. Cf. *Hermes*, loc. cit.; *Ostraka*, I, p. 430 et s. V. maintenant, sur tous ces points, Jouguet, *op. cit.*, p. 345 et s.

2. Meyer, *Das Heerwesen der Ptolemäer und Römer in Aegypten*, p. 137-144. L'auteur a dressé un véritable catalogue des « *Aurelii* » et des « non-*Aurelii* » égyptiens. Il apparut alors que, dès 212, après la mise en application de l'édit, sont en possession du droit de cité romaine : tous les hauts fonctionnaires du nome, les familles notables des μητροπόλεις et des κῶμαι, un certain nombre de ἱερεῖς de chaque temple, tous les *cives Alexandrini* et enfin les propriétaires de κατοικικὴ γῆ. Or, tous les individus appartenant à ces diverses catégories ont ce privilège commun de ne pas être soumis à la capitation.

Grâce à ces ingénieuses recherches, la connaissance des modalités de la constitution de Caracalla avait donc fait, au cours de ces dernières années, des progrès fort sensibles. Le problème était, par suite, quelque peu éclairci, quand fut découvert le papyrus de Giessen. On pensait y trouver la solution définitive. Voyons exactement ce qu'on y trouva.

Le passage capital de notre document est ainsi conçu :

7. . . . . Δίδωμι τοῖ[ς σ]υνάπα —
8. [σιν ξένοις τοῖς κατὰ τ[ὴν οἰκουμένην π[ολιτ]είαν Ῥωμαίων, [μ]ένοντος
9. [παντὸς γένους πολιτευμ]άτων, χωρ[ὶς] τῶν [δεδ]ειτικίων.

« Je donne à tous les pérégrins, par tout l'empire, le droit de cité romaine, toutes les formes d'organisation politique étant maintenues, les déditices étant exceptés. »

Nous étudierons successivement les trois parties dont se compose cette phrase. La teneur de la première est établie d'une manière certaine. On trouve en effet, aux lignes 7 et 8, à côté de plusieurs mots intacts, des débris suffisamment significatifs pour que la reconstitution des mots συνάπασιν et πολιτείαν apparaisse comme difficilement contestable; d'autre part l'éditeur a fort habilement comblé la lacune du début de la l. 8[1]. On peut remarquer que les termes de la formule de concession générale ainsi reconstituée correspondent assez bien à l' « *in orbe Romano qui sunt... cives Romani effecti sunt* » d'Ulpien, et au « Ῥωμαίους πάντας τοὺς ἐν τῇ ἀρχῇ αὐτοῦ ἀπέδειξεν » de Dion Cassius[2].

Le second membre de phrase, [μ]ένοντος [παντὸς γένους πολιτευμ]άτων, est reconstitué d'une manière très ingénieuse, mais très conjecturale aussi, au moyen de fragments infimes. Il est impossible de fonder un système sur un texte dont la teneur demeure à ce point problématique. Il faut reconnaître que les restitutions ont été, ici, inspirées à l'éditeur beaucoup plus par l'opinion qu'il avait *a priori* de la portée de l'édit que par des

1. Il avait d'abord restitué κατοικοῦσιν, mais il s'est rangé à l'avis de M. Wilcken qui préférait « ξένοις τοῖς κατὰ... ». Cf. Meyer, chez Wilcken, *APF*, 5, 1909, p. 184 : *P. Giess.*, I, 2, p. 43, n. sous les l. 7-8. Wilcken, *Grundzüge*, p. 56, n. 5.

2. Notons cependant que, dans le texte de l'édit, d'après la restitution que M. Wilcken (*loc. cit.*) déclare s'imposer, la formule de concession visait expressément les ξένοι = *peregrini*. Cette précision ne se retrouve pas dans les textes d'Ulpien et de Dion.

raisons tirées du document lui-même. On sait en effet que, d'après Mommsen[1], la mesure prise par Caracalla n'aurait été qu'une concession *personnelle* dans un cercle étendu et que l'organisation politique et administrative des communautés de non-citoyens n'en aurait pas été modifiée : les membres de ces communautés devenus citoyens, la situation des communautés elles-mêmes, au point de vue du droit public, n'aurait subi aucun changement, les différentes classes de colonies, de cités latines ou pérégrines subsistant, chacune avec ses caractères particuliers. Cette théorie, que Mommsen ne fut pas le premier à soutenir[2], a évidemment inspiré à M. Meyer les restitutions que nous avons reproduites. On ne peut donc pas dire que notre texte vienne appuyer cette théorie, puisqu'il n'est lui-même appuyé que sur elle. Il faut cependant noter que la présence, difficilement contestable, du mot [μ]ένοντος, évoquant une idée de maintien, rend fort plausible l'habile reconstitution qui nous est proposée.

Des problèmes du même ordre sont soulevés par les derniers mots de notre phrase, qui sont également les derniers mots utilisables du papyrus. Mais leur solution présente ici un tout particulier intérêt ; car c'est dans cette brève formule que certains historiens croient avoir trouvé le mot de l'énigme posée jusqu'à présent par la constitution de 212.

La lecture χωρ[ὶς] τῶν [δεδ]ειτικίων est beaucoup moins douteuse que le [παντὸς γένους πολιτευμ]άτων restitué immédiatement auparavant. Le rétablissement de la préposition χωρὶς n'a soulevé aucune objection. Quant à [δεδ]ειτικίων, l'éditeur en considère la lecture comme hors de conteste. D'après lui, on lit « ... ειτικιων » et presque « ... δειτικιων » : il s'agit donc du génitif pluriel d'un mot qui est la transcription grecque d'un mot latin en « ... *iticius* » et même en « ... *diticius* ». Une fois arrivé à ce point, il faut reconnaître qu'il ne peut s'agir que du mot *deditícius*[3].

La lecture ainsi adoptée par M. Meyer a été expressément

1. *Schweizer Nachstudien*, *Hermes*, 16, 1881, p. 474 = *Hist. Schrift.*, 2, p. 417-418 ; *Dr. pub.*, trad. Girard, 6, 2, p. 331.

2. V. p. ex. Haubold, *op. cit.*, p. 376.

3. V. Meyer, *P. Giess.*, I. 2, p. 30, et les auteurs auxquels il renvoie (n. 1) : Woelfflin, *ALL.*, 5, 1888, p. 415 et s. ; Gradenwitz, *Laterculi vocum latinarum*, p. 487.

approuvée par MM. Wilcken[1] et Mitteis[2]. Elle a été récemment contestée par M. Jouguet[3], s'appuyant sur des arguments tirés de la syntaxe et de la paléographie. Les arguments paléographiques sont évidemment les plus importants; car si la lecture de l'éditeur réussit à en triompher, on ne pourra guère l'attaquer au nom de la syntaxe. Une irrégularité à ce point de vue n'est pas faite pour surprendre, surtout quand il s'agit d'un texte qui est sûrement une traduction. D'autre part, M. Jouguet s'appuie aussi, pour révoquer en doute les restitutions de l'éditeur, sur le silence des textes d'Ulpien et de Dion. Nous reviendrons sur ce point, mais il nous faut noter tout de suite que ces textes, s'ils ne parlent pas, en effet, des précisions et des restrictions que le texte de l'édit, d'après la reconstitution de M. Meyer, aurait apportées à la formule générale de concession, sont complètement muets à ce sujet et ne parlent d'aucune disposition restrictive, d'aucune modalité quelle qu'elle soit. On pourrait, par suite, invoquer ce silence contre n'importe quelles restitutions, aussi bien contre celles que propose timidement M. Jouguet que contre le texte établi par les éditeurs de la collection de Giessen.

Examinons donc les objections d'ordre paléographique que M. Jouguet, au cours de sa belle étude sur la vie municipale dans l'Egypte romaine, formule contre les lectures de M. Meyer et notamment contre le [χωρ]ὶς τῶν [δεδ]ειτικίων.

Ces objections portent sur la restitution « δεδ » et sur la lecture de la lettre altérée qui se trouve entre les deux premiers ε. M. Jouguet n'a vu, comme nous, que le fac-simile, d'ailleurs excellent, qui est joint au deuxième fascicule du recueil de Giessen. Or, d'après ce fac-simile, la lettre qui précède le premier ε conservé ne lui paraît pas être un δ. Elle pourrait être, dit-il, soit λ soit même τ. Il conteste également le τ lu par M. Meyer

1. Cf. *P. Giess.*, p. 33; *APF*, 5, 1911, p. 427; *Grundzüge*, p. 56.

2. *ZSS* (*RA*), 31, 1910, p. 387 et *Chrestomathie*, n° 377. MM. Meyer, Wilcken et Mitteis ont été suivis, sur ce point, par tous ceux qui se sont occupés du papyrus ou qui l'ont cité Notons que les auteurs du *Thesaurus ling. lat.*, vol. 5, fasc. 2, 1910, v° *deditícius*, citent, sans hésitation, notre texte parmi ceux qui présentent la forme grecque du mot.

3. *Vie munic.*, p. 354.

après le premier ε. D'après lui, on pourrait aussi bien lire λ.

Ce n'est pas du tout notre avis : nous croyons pouvoir, au contraire, après un minutieux examen du fac-simile, soutenir qu'il *faut* lire « ειτικιων » la partie conservée du mot[1], et que la lettre qui précédait immédiatement ces quatre syllabes *pouvait* être un δ[2].

Mais si M. Jouguet a soulevé, sur ces deux points, des doutes qui, à notre sens, ne sont pas fondés, c'est pour proposer, à la place de la leçon [δεδ]ειτικίων, la leçon [γεντ]ειλικιων. M. Jouguet suppose que « Caracalla s'occupe des noms à prendre par les nouveaux citoyens » ; « un édit de Claude[3] », ajoute-t-il, « s'est bien préoccupé de questions analogues ». Dans ce cas, le membre de phrase immédiatement antérieur se terminerait par [ὀνομ]άτων, et la restriction *χωρὶς τῶν γεντειλικίων* (*praeter gentilicia*) se rapporterait ainsi à la proposition qui précède, au lieu de se rapporter, comme dans le système de M. Meyer, à une

1. Le τ, sans doute, n'est pas intact : la branche verticale manque ; mais on voit, à gauche du deuxième ι et formant avec celui-ci un angle droit, un trait nettement horizontal qui ne peut appartenir qu'à un τ. Aucun λ, dans notre papyrus, n'arrive perpendiculairement sur la lettre qui suit. Ce trait horizontal et la lettre suivante forment certainement le groupe τι.

2. Il n'est pas douteux que le trait qui subsiste à gauche du premier ε conservé, n'est pas placé à l'endroit où aboutit d'ordinaire un δ sur la lettre qui le suit. La plupart des δ dans notre papyrus, descendent très bas sur la ligne (v. p. ex. δίδωμι, au début de notre phrase, col. I, l. 7, et, pour nous en tenir au groupe δε : δεδωκέναι, col. II, l. 9, δειλίας, col. II, l. 11), et, quand ils se lient à la lettre suivante, c'est à la partie inférieure de cette lettre qu'ils se lient. Or, ici, le trait qui demeure arrive vers le milieu, ou, plus exactement, un peu au-dessous du milieu de l'ε. D'autre part, la partie du papyrus qui avoisine la moitié inférieure de cet ε est intacte et on ne peut, semble-t-il, y distinguer aucun trait. — C'est sur ce raisonnement sans doute, que se fonde M. Jouguet. Il n'est pas irréfutable. Nous avons en effet relevé sur notre papyrus deux mots ou figure le groupe δε et dans lesquels le δ arrive sur l'ε exactement à l'endroit où arrive sur notre ε le trait conservé, la partie du papyrus qui avoisine la base de l'ε restant d'ailleurs, comme dans notre cas, complètement blanche. Ce sont les mots δὲ (col. II, l. 19), et ενθάδε (col. II, l. 26). Le premier exemple est très frappant, le mot étant absolument intact ; dans le second, le mot est très mutilé, mais ses débris rappellent singulièrement, par leur place relativement à l'ε, ceux de la lettre dont nous cherchons à déterminer la nature. Nous pouvons, croyons-nous, nous autoriser de ces exemples pour prétendre que la lettre qui se trouvait à gauche de notre ε et dont il ne reste qu'un fragment pouvait parfaitement être un δ.

3. M. Jouguet a sans doute en vue l'édit de Claude auquel fait allusion Suétone, *Claud.*, 25 (Ed. Teubner, 1908, p. 208) : *Peregrinae condicionis homines vetuit usurpare Romana nomina, dum taxat gentilicia*. Dans le même ordre d'idées, v. édit de Claude sur la condition des Anauni, c. 3 (Girard, *Textes*[3], p. 174.)

proposition principale dont elle est séparée par une incise exprimant une idée nouvelle.

Il faut bien reconnaître que « ατων » peut appartenir à ὀνομάτων aussi bien qu'à πολιτευμάτων. Il est également certain que la construction résultant du système de M. Jouguet est plus conforme aux règles de la syntaxe que celle à laquelle conduisent les restitutions de M. Meyer. Mais que vaut l'hypothèse de M. Jouguet au point de vue paléographique?

M. Jouguet propose la lecture γεντειλικίων « avec toutes les réserves nécessaires » : pour notre part, nous la jugeons complètement inadmissible. D'abord, la partie conservée du mot doit, ainsi que nous l'avons dit, se lire « ειτικιων », et le τ ne peut être remplacé par un λ; ensuite, la partie perdue ne peut être « γεντ », parce que la lacune ne peut pas contenir plus de trois lettres[1].

Devons-nous faire un pas de plus, et admettre, avec M. Meyer, que le mot mutilé est δεδειτικίων? Nous nous y croyons autorisé. En effet, il est d'abord assez difficile de trouver, dans la liste des mots finissant en *iticius*[2], un mot susceptible de figurer dans notre passage, si l'on écarte *deditícius*. Ensuite il ne faut pas

1. C'est là notre principal argument. La lacune commence au milieu du ν de τῶν et finit, nous le savons, un peu avant l'ε de «ειτικιων ». Or il est impossible de faire tenir dans cet espace la seconde moitié du ν et les lettres γ, ε, ν, τ. Cette impossibilité, qu'un simple mesurage, nous semble-t-il, fait apparaître, s'affirme encore lorsqu'on compare notre lacune à celle qui, juste au-dessus, et par l'effet de la même déchirure, mutile, à la ligne précédente, le mot π[ολιτ]είαν. La déchirure, à cet endroit, est plus large; or, si la restitution est exacte, quatre lettres seulement y auraient sombré, le π étant entièrement conservé. De plus, étant donnée l'écriture de notre papyrus, sur ces quatre lettres, deux tiennent fort peu de place : l'ο et l'ι. Si donc notre lacune avait la même largeur que celle de la ligne précédente, il serait déjà difficile d'y faire tenir la moitié d'un ν et quatre lettres telles que γ, ε, ν, τ. La chose devient complètement impossible, puisque, en outre, la lacune est, à notre ligne, sensiblement plus étroite qu'à la ligne précédente. Cette lacune ne peut pas contenir plus de trois lettres. — La comparaison des deux lacunes est également instructive à un autre point de vue. L'une et l'autre sont suivies de la diphtongue ει. Or l'ε n'était pas, dans les deux cas, lié de la même manière à la lettre qui précédait. Le trait qui subsiste à gauche est horizontal à la l. 8; il descend en diagonale à notre l. 9. Il est donc infiniment probable qu'il n'appartient pas, dans les deux cas, à la même lettre. Or à la l. 8, cette lettre serait un τ, d'après la lecture très vraisemblable de M. Meyer (πολιτείαν). Il ne peut donc, dans notre cas, être question d'un τ, comme le voudrait M. Jouguet. Ce rapprochement ne fait, d'ailleurs, que corroborer la conclusion à laquelle conduit le seul examen du trait en question.

2. V. Gradenwitz, *Laterculi vocum latinarum*, p. 487.

oublier l'affirmation de M. Meyer déclarant que, sur le ms., « on peut apercevoir de faibles traces du second δ »[1]. Nous qui n'avons vu que le fac-simile, nous avons cru possible d'affirmer que la lettre précédant le premier ε conservé pouvait être un δ. Or, M. Meyer, qui a vu l'original, croit que cette lettre était un δ. Nos propres observations, faites dans des conditions moins favorables, nous inclinent donc à admettre l'opinion suggérée à M. Meyer par l'examen du document lui-même[2]. Et, dès lors, s'il s'agit d'un mot finissant par *diticius*, on doit reconnaître que le mot adopté par l'éditeur s'impose nécessairement.

Telles sont les conclusions auxquelles nous a amené une revision attentive du fac-simile, revision devenue indispensable, à raison des doutes soulevés par l'auteur de *La vie municipale dans l'Egypte romaine*. Nous admettons par conséquent le texte établi par M. Meyer : la phrase capitale du fragment conservé de l'édit se terminait par la restriction χωρὶς τῶν δεδειτικίων qui se rapportait à la formule initiale de concession[3]. Les *déditices* ne recevaient donc pas la cité romaine que la constitution étendait à tous les autres pérégrins de l'Empire[4]. Il nous faut chercher le sens et la portée de cette restriction.

1. *P. Giess.*, 1, 2, p. 30.

2. D'après M. Jouguet (*op. cit.*, p. 355), « c'est bien moins le système de M. P.-M. Meyer qui s'appuie sur les restitutions du papyrus de Giessen que les restitutions qui sont amenées par le système. » Nous l'avons admis pour la phrase « μένοντος... », où le ms. ne donnait aucune indication et laissait par suite toute liberté ; mais nous ne l'admettons pas pour χωρὶς τῶν δεδειτικίων. Ici, le texte n'est pas muet ; et c'est lui qui parle de déditices ; sauf erreur de notre part, M. Meyer n'en parlait pas dans ses travaux antérieurs. Il avait seulement dégagé certaines notions qu'il a cru, depuis, pouvoir grouper derrière le mot déditice ; mais il ne s'en est avisé qu'après avoir déchiffré ce mot sur le papyrus de Giessen.

3. Cette restriction est, sans aucun doute, ainsi que le remarque M. Jouguet, « étrangement placée, séparée des mots dont elle limite le sens, par une incise qui exprime une idée nouvelle. » Mais, comme nous l'avons dit, si la lecture est par ailleurs établie, il est impossible de l'écarter à raison de la syntaxe. Une incorrection grammaticale ne doit pas nous étonner, dans un texte de cette nature, de cette provenance et de ce temps. Notons que M. Meyer (*P. Giess.*, I, 2, p. 30) ne paraît pas surpris de la construction de notre phrase.

4. La probabilité de cette exclusion avait été presque expressément énoncée par Mommsen, *Dr. pén.*, 2, p. 276, n. 2, 4. — Il n'est peut-être pas sans intérêt de rappeler ici ce texte de Gaius (1, 26) : « Pessima itaque libertas eorum est qui dediticiorum numero sunt ; nec ulla lege aut senatusconsulto aut *constitutione principali* aditus illis ad civitatem Romanam datur. » Et Gaius dit un peu plus haut que ceux qui sont mis *dediticiorum numero* « ejusdem condicionis liberi fiant, cujus condicionis sunt peregrini dediticii » (1, 13).

C'est évidemment là le plus important des problèmes soulevés par notre papyrus, la disposition sur laquelle il porte étant, sans contredit, la plus intéressante des données nouvelles fournies par ce document. La présence d'une pareille restriction met, en effet, ce texte en opposition avec les renseignements fournis par tous les auteurs, qui, en parlant de notre édit, sont d'accord, nous le savons, pour le présenter comme une mesure absolument générale, et, par ailleurs, c'est elle, peut-être, qui permettra d'expliquer les faits révélés par d'autres documents auxquels nous avons fait allusion plus haut, faits qui contredisent ce caractère de généralité.

Malheureusement ce problème, qui consiste en somme à déterminer le sens du mot « déditice », est fort difficile à résoudre, et l'on n'est pas d'accord sur la solution. M. Meyer, en se servant de ses recherches antérieures, dont nous avons déjà parlé, a édifié un système d'explication très cohérent et conduisant à des conséquences fort importantes. Mais ce système se heurte à quelques objections sérieuses. Nous allons exposer successivement le système de M. Meyer et les objections qu'il soulève.

D'après M. Meyer[1], la classe des déditices comprenait sous le principat : les barbares installés dans l'Empire par les empereurs, les gens *qui dediticiorum numero sunt* et enfin les *peregrini dediticii*.

Toute l'originalité du système de M. Meyer réside dans la définition du pérégrin déditice[2]. M. Meyer attribue en effet au pérégrin de cette classe les deux caractéristiques suivantes : le fait de n'appartenir à aucune cité et le fait d'être soumis au *tributum capitis*.

Le premier terme de cette définition se déduit assez natu-

1. *P. Giess.*, I, 2, p. 30-32.

2. La définition des éléments composant les deux premières catégories ne présente pas, en effet, de grandes difficultés. On admet généralement aujourd'hui que les barbares installés dans l'Empire étaient des déditices. Cf. Girard, *Manuel*[5], 1, p. 114, n. 1. Meyer, *op. cit.*, p. 32, n. 4. Gayet et Humbert, dans Daremberg-Saglio, *DA*, v° *dediticii*. Schulten, dans Pauly-Wissowa, *eod. verbo*. Quant à la seconde catégorie, elle comprend, on le sait, toute une classe d'affranchis et en outre les déportés (Sur ces derniers, v. Girard, *Manuel*[5], p. 112, n. 3, et les renvois).

rellement d'un texte d'Ulpien[1], duquel il résulte bien que celui *qui dediticiorum numero est*, et, par suite, le *deditícius* lui-même se distingue du pérégrin ordinaire par ce fait qu'il n'est citoyen d'aucune cité reconnue par le droit public romain. Quant à la capitation, au *tributum capitis*, au φόρος τῶν σωμάτων, M. Meyer y voit le signe même de la sujétion dans laquelle vivent les gens dont les ancêtres furent soumis par la force des armes : c'est la seconde caractéristique de la condition des *dediticii*, descendants des *dediti*[2].

Cette définition, donnée par M. Meyer à l'occasion de sa publication du papyrus de Giessen, était directement commandée par ses recherches antérieures sur l'Egypte. Celles-ci lui avaient suggéré un certain nombre de notions qu'il crut pouvoir grouper derrière le mot déditice, lorsque ce mot lui eut été fourni par le papyrus. Ses recherches antérieures lui avaient révélé qu'en Egypte toute une série de personnes présentant des caractéristiques déterminées avait été exclue de la naturalisation générale. Or, le papyrus de Giessen venait lui apprendre que les déditices étaient exclus de la concession. Il était donc naturel qu'il en arrivât à conclure que les gens dont il avait auparavant constaté l'exclusion n'étaient autres que ces déditices, et que les caractéristiques qu'il avait dégagées étaient

1. *Reg.*, 20, 14 : *Is qui dediticiorum numero est testamentum facere non potest.... quoniam nec quasi civis Romanus testari potest, cum sit peregrinus, nec quasi peregrinus, quoniam* nullius certae civitatis civis est, *ut secundum leges civitatis suae testetur*. — On pourait citer également, à l'appui de cette opinion, les textes où certains condamnés, mis, par l'effet de leur peine, *dediticiorum numero*, sont qualifiés « ἀπόλιδες..., *hoc est sine civitate ;* » cf. Ulpien, *l. 1 fideicomm.*, *D.*, 32, 1, 2; Marcien, *l. 1 institut.*, *D.*, 48, 19, 17, 1.

2. M. Mitteis, qui adopte le système de M. Meyer, déclare d'une façon très nette : « Der Begriff des Dediticius genau soweit reicht als die Unterwerfung unter das tributum capitis » (*ZSS* (*R.A*), 31, 1910, p. 388). Sur ce *tributum*, v. Marquardt, *Organis. financ.*, p. 249 et s. La capitation est, d'après Tertullien, *Apol.*, 13, une *nota captivitatis*. En fait, les Romains l'imposent toujours aux populations des pays qu'ils viennent de conquérir, soit qu'ils l'y introduisent (Afrique, Bretagne, Judée; cf. Meyer, p. 31, n. 4, 5 et 6), soit que, la trouvant déjà existante, ils la perçoivent désormais à leur profit (Syrie, Asie, Egypte; *ibid.*, n. 7, 8 et 9). En Egypte, notamment, l'existence, sous les Ptolémées, d'un impôt personnel quelconque n'est pas douteuse, mais, d'après M. Meyer, c'est à Auguste qu'il faut en faire remonter l'établissement, dans une forme élargie, sous le nom de λαογραφία : là, comme ailleurs, elle se rattache donc, par un lien étroit, à la conquête et à l'état de sujétion qui en résulte.

celles de cette catégorie de pérégrins. Ce n'est qu'après coup qu'il a cherché à justifier, au moyen de textes indépendants et de portée générale, cette définition ainsi suggérée par ses recherches égyptologiques.

D'après les statistiques établies par M. Meyer[1], les gens qui apparaissent comme n'étant pas citoyens romains postérieurement à 212 appartiennent à des classes sociales fort diverses. On trouve parmi eux des fonctionnaires et des prêtres à côté des simples fellahs; mais ils ont tous cette caractéristique commune d'être soumis à la λαογραφία, d'être des λαογραφούμενοι. Constatation symétrique en ce qui concerne les bénéficiaires de la concession : ils ont tous la prérogative d'être exemptés de la capitation; hauts fonctionnaires ou propriétaires de γῆ κατοικική, prêtres privilégiés ou simples habitants des cités, quelle que soit la différence des situations sociales, ils sont tous ἀπολελυμένοι τῆς λαογραφίας. D'autre part, il est très remarquable que tous les citoyens des *civitates* égyptiennes[2] appartiennent à la seconde catégorie, et que la première, celle des λαογραφούμενοι, soit composée, pour la plus grande partie, de la population non-urbaine des nomes, de ces Αἰγύπτιοι qui ne sont pas les citoyens d'une ville, mais simplement les habitants d'une circonscription administrative, d'un canton, d'un « nome[3] ».

C'est avec les deux traits dégagés par cette analyse que M. Meyer crut pouvoir dessiner la physionomie des déditices,

1. *Heerwesen*, p. 137 et s. Cet ouvrage date de 1900; et la masse des documents papyrologiques s'est notablement accrue depuis cette époque. Mais MM. Wilcken (*Grundzüge*, p. 57) et Jouguet (*Vie munic.*, p. 356), qui écrivent en 1911, déclarent soit explicitement, soit implicitement que rien dans leurs propres recherches ne vient infirmer les conclusions dégagées par M. Meyer une dizaine d'années plus tôt.

2. M. Meyer ne parlait que des *cives Alexandrini*. M. Wilcken (*loc. cit.* n. 4) dit qu'il faut y joindre les citoyens d'Antinoé. Les témoignages positifs paraissent manquer pour les deux autres cités : Ptolémaïs et Naucratis. Mais il est plus que probable que leurs citoyens avaient, à ce point de vue au moins, les mêmes privilèges que ceux d'Alexandrie et d'Antinoé.

3. Dans ce résumé, nous semblons supposer que toute la population non romaine d'Egypte se divisait en deux classes : les Grecs des cités et les indigènes. Mais en réalité, « il n'y a pas, en Egypte, comme on l'a répété depuis Mommsen, trois classes de population : les Romains, les Grecs des cités, les indigènes; entre les Grecs des cités et les indigènes, il faut placer les Hellènes du nome » (Jouguet, *Vie munic.*, p. 114). Presque tout l'élément grec du nome se rattache à la métropole du

lorsque le papyrus de Giessen eut donné un nom aux exclus. Mais il fit remarquer, après coup, que le texte d'Ulpien relatif à l'individu mis *dediticiorum numero* (*nullius certae civitatis civis est*) et les textes qui faisaient ressortir les rapports existant entre l'état de sujétion et l'obligation au tribut s'accordaient à merveille avec la double constatation à laquelle ses recherches l'avaient amené.

Les déditices, tout au moins dans la terre des Pharaons, c'étaient donc ces individus, qui ne se rattachaient à aucune cité et qui étaient soumis à la λαογραφία ou tribut personnel. Et à ces Αἰγύπτιοι s'opposaient ceux que les documents appellent souvent les Ἕλληνες, c'est-à-dire les citoyens des cités grecques exemptés de la λαογραφία, auxquels se joignaient divers privilégiés : avant 212, ils étaient des pérégrins ordinaires[1] ; en 212, ils sont devenus citoyens.

Cette théorie éclaire d'un jour nouveau la correspondance échangée entre Trajan et Pline à l'occasion de la concession du droit de cité à l'Egyptien Harpocrate[2]. Lorsqu'il écrit à Trajan : « J'ai été averti qu'il me fallait demander pour lui d'abord la cité Alexandrine, et ensuite la cité Romaine, parce qu'il est Egyptien, *quoniam esset Aegyptius* », Pline emploie le mot *Aegyptius*, non pas dans son sens courant et vague, comme un mot servant à désigner tout habitant de l'Egypte, mais bien dans le sens technique et précis qu'il avait en droit public.

nome. Mais la métropole n'est pas une cité : ces Hellènes ne sont pas des πολῖται. Ils sont soumis à la capitation, et cela est vrai après comme avant l'extension du régime municipal sous Sept.-Sévère. Mais, pour ceux d'entre eux qui revêtent les charges, les ἀρχαί, le taux de cette capitation est très réduit : et, par un privilège corrélatif, ces *honoratiores* étaient également soustraits à la condition des déditices : ils apparaissent comme ayant bénéficié de la naturalisation de 212 ; cf. Meyer, *Heerwesen*, p. 142 ; Wilcken, *loc. cit.*

1. D'où vient cette différence de condition juridique entre la population gréco-égyptienne et la population indigène ? Si l'on s'en tient à l'indication que nous donne Gaius sur l'origine des pérégrins déditices (I. 14 : vocantur autem peregrini dediticii hi qui quondam adversus populum Romanum, armis susceptis, pugnaverunt, deinde victi se dediderunt), il faut conclure que les Ἕλληνες, comme les Αἰγύπτιοι, auraient dû être des déditices, puisque, comme eux, ils combattirent aux côtés de Cléopâtre. Mais il est probable qu'un acte spécial de bienveillance était intervenu en leur faveur. C'est ce que, d'après M. Wilcken (*APF*, 5, 1911, p. 427) on pourrait induire d'un passage de Dion Cassius (51, 16, 4).

2. V. ci-dessus p. 18, n. 4. Pline, *Ep.* 6 et 7, éd. Teubner, p. 254.

Son médecin Harpocrate était un Αἰγύπτιος, c'est-à-dire un pérégrin déditice, attaché seulement à un nome[1], et il fallait qu'il cessât de l'être, qu'il devint *civis certae civitatis*, citoyen d'Alexandrie, pour pouvoir obtenir le droit de cité romaine. Il en eût été autrement, s'il se fut agi d'un pérégrin ordinaire. Mais les Egyptiens ne sont pas des pérégrins ordinaires : ce sont des pérégrins d'un rang inférieur, des déditices. Pline ignorait cette particularité. Il explique en effet qu'il croyait auparavant « qu'il n'y avait aucune différence entre les Egyptiens et les autres pérégrins[2]. » Dans ces simples mots, la distinction essentielle est très nettement soulignée.

Telle est donc la manière dont M. Meyer et la plupart des égyptologues croient pouvoir définir la catégorie de pérégrins exclue par Caracalla de la concession du droit de cité. A quelles conclusions mène-t-elle? Les exclus étant ainsi définis, quelles durent être les conséquences de leur exclusion?

En Egypte d'abord, l'exclusion des Αἰγύπτιοι dut rétrécir très sensiblement le cercle d'application de l'édit. Les bénéficiaires de la naturalisation ne constituèrent qu'une faible minorité : d'après les évaluations de M. Wilcken[3], il n'y en eut pas plus de deux millions, alors que l'Egypte comptait à cette époque, non compris les Romains, environ sept millions d'habitants. La proportion fut-elle à peu près la même dans les autres parties de l'Empire? C'est ce qu'il est très difficile de décider. En toute matière, nous sommes incomparablement mieux renseignés pour l'Egypte que pour n'importe quelle autre province. Mais il peut être dangereux parfois de conclure de l'Egypte aux autres parties de l'Empire, le vieux royaume des Ptolémées ayant gardé, sous la souveraineté des Césars romains, une organisation spéciale. Cependant l'existence de la capitation nous est attestée pour toute une série de provinces : tous ceux qui y étaient soumis, c'est-à-dire ceux qui appartenaient à la population non grecque en Orient, ou tout au moins aux classes infé-

1. Dans l'ép. 7, Trajan demande à quel nome appartient Harpocrate, *ex quo nomo sit.*

2. « *Ego autem, quia inter Aegyptios ceterosque peregrinos nihil interesse credebam....* »

3. *APF*, 5, 1911, p. 428.

rieures de cette population, aux classes rurales, devaient être des déditices, au sens où M. Meyer entend ce mot[1]. L'édit ne s'appliqua donc partout qu'aux classes privilégiées, et partout, quoique dans des proportions variables suivant les régions, les bénéficiaires constituèrent évidemment des minorités.

A tous ces provinciaux que la réforme de Caracalla n'atteignit point, faut-il joindre les Juifs? Ceux-ci étaient-ils des déditices? Leur reconnaître ce caractère, c'est admettre encore une notable extension du cercle dans lequel l'édit n'eut point d'effet[2]. Mais, bien qu'elle s'appuie sur des arguments sérieux et des autorités considérables[3], la théorie, en vertu de laquelle les Juifs sont déditices depuis l'an 70 et ne sont pas devenus citoyens en 212, vient d'être combattue avec une vigueur si persuasive[4] qu'il pourrait paraître téméraire de s'y rallier désormais.

1. Meyer, *P. Giess.*, I, 2, p. 32. Mitteis, *Grundzüge*, p. 289. Ainsi comprise, l'exclusion formulée par Caracalla contribuerait assez bien à expliquer un fait souvent signalé, fait très important, mais dont nous n'avons pas à nous occuper ici : la survie relative, dans les provinces, des institutions pérégrines postérieurement à 212.

2. Sur l'importance numérique des communautés juives dispersées dans l'Empire, v. Juster, *Exam. crit. des sources relat. à la condit. jurid. des Juifs dans l'Emp. rom.*, Thèse droit, Paris, 1911, p. 137.

3. Le double criterium de M. Meyer conduirait en effet à déclarer les Juifs déditices. Ils étaient soumis à un tribut personnel, φόρος τῶν σωμάτων (cf. Marquardt, *Organis. financ.*, p. 250. Meyer, *op. cit.*, p. 31 et n. 6) ; et d'autre part, depuis la destruction de Jérusalem, la *gens Judaeorum*, comme il est dit encore sur l'arc de Titus, ayant cessé d'exister, les Juifs seraient des *cives nullius certae civitatis*. Nous venons d'emprunter là quelques expressions à Mommsen (*Der Religionsfrevel nach röm. Recht, Hist. Zeischrift*, 64, 1890, p. 424 = *Jurist. Schrift.*, 3, p. 418) : c'est qu'en effet l'illustre historien, ayant abandonné son ancienne opinion (*Staatsrecht*, 3, p. 138 = *Dr. pub.*, trad. Girard, 6, 1, p. 158), d'apres laquelle il n'y aurait pas eu, sous le principat, de véritables déditices, soutenait que les Juifs, depuis Vespasien, appartenaient à cette catégorie (Cf. *Hist. Zeitschrift*, loc. cit.; *Die Waldürner Inschrift, Limesblatt*, 1897, n° 24, p. 662 = *Histor. Schrift.*, 3, p. 168 : *Dr. pén.*, 2, p. 276, n. 2 et 4). Cette opinion, qui fut généralement adoptée, ne l'a été qu'avec une certaine hésitation par M. Girard (Cf. *Manuel*[5], p. 114).

4. Cf. Juster, *Les droits polit. des Juifs dans l'Emp. rom.*, thèse droit, Paris, 1912, p. 19 et s. M. Juster déclare l'opinion de Mommsen « absolument déconcertante en théorie et en fait » Etudiant le *status civitatis* des Juifs après l'an 70, il montre que la *gens Judaeorum* continua d'exister, reconnue par le droit public romain, que les Juifs continuèrent individuellement à se dire Juifs, et que les documents prouvent la persistance de différentes catégories de droits politiques chez les Juifs de l'Empire: se plaçant ensuite après Caracalla, il constate qu'alors tous les Juifs sont devenus citoyens romains et qu'ils le sont devenus en vertu de cette constitution de 212 qui excluait les déditices de la naturalisation générale. — Il est sans doute difficile d'être aussi affirmatif en ce qui concerne les Juifs pérégrins de Palestine qu'en ce qui concerne les Juifs pourvus d'un droit de cité quelconque.

Quoi qu'il en soit, la classe des pérégrins déditices n'en avait pas moins, à l'époque de Caracalla, d'après le système que nous avons exposé, une importance numérique considérable[1], et l'on voit dès lors combien grande est la portée que ce système conduit à attribuer à la formule χωρὶς τῶν δεδειτικίων. Mais la théorie de MM. Meyer, Mitteis et Wilcken, se heurte à de sérieuses objections.

Et d'abord, on lui reproche d'étendre aventureusement le sens de l'expression *peregrini dediticii*[2]. La définition large et nouvelle qui nous est proposée peut rendre parfaitement compte des faits révélés par les documents égyptiens, mais elle ne trouve aucun appui dans les autres textes. Ceux-ci ne permettent pas, semble-t-il, de déclarer déditices tous les pérégrins soumis au tribut personnel.

Les textes assez peu nombreux[3] où figure le mot *dediticius* peuvent se diviser en deux groupes. Les uns désignent, d'une manière souvent très vague, les peuples soumis à Rome ou les

1. Cette importance numérique alla en diminuant progressivement. En Egypte, les réformes du début du IVe siècle eurent pour effet de la restreindre notablement. D'après M. Wilcken (*APF*, 5, 1911, p. 428; *Grundzüge*, p. 85 et les renvois), les anciennes métropoles devinrent à cette époque-là de véritables *civitates*, des πόλεις, et par suite leurs citoyens cessèrent d'être des *dediticii*, d'autant plus que la λαογραφία, tout au moins dans sa forme ancienne, disparaissait au même moment. Dans les métropoles la qualité de citoyen romain n'était donc plus réservée désormais aux seuls *honoratiores*. Mais la population des villages, la population rurale gardait toujours son ancienne condition. Au Ve siècle, sous Théodose II, il y avait encore des Egyptiens non romains, des Αἰγύπτιοι au sens strict; cf. Isidore de Péluse, ép. 1, 489 (v. Wilcken, *loc. cit.*; Meyer, *Heerwesen*, p. 143). Notons également que, dans une constitution de 415, il est question d'*homologi coloni* (homologi=dediticii : v. ci-dessous) : *C. Th.*, 11, 24, 6. A propos de ce texte, M. Mitteis note (*Grundzüge*, p. 289, n. 2) que, d'après Zulueta (*De patrociniis vicorum*, dans *Oxford studies in soc. a. leg. history*, 1, 1909, 2e part., p. 59), l'expression citée constituerait (au § 3 du moins) une interpolation, mais que l'interpolation prouverait, en tout cas, la persistance de l'expression. Cependant, le nombre des non-citoyens devint de plus en plus restreint, grâce aux concessions du droit de cité émanées des empereurs : ces concessions sont révélées par la présence de nombreux Φλάουιοι dans les papyrus du IVe siècle, siècle pendant lequel règne la seconde famille des Flaviens. Il est probable que la notion du déditice disparut progressivement; elle était tombée dans l'oubli au temps de Justinien : en 530 cet empereur déclare que la *dediticia condicio* n'est plus qu'un *vanum nomen* (*C. J.*, 7, 5).

2. V. Girard, *Manuel*[5], p. 114, n. 1.

3. V. les relevés qui en sont donnés dans le *Thesaurus ling. lat.*, le *Vocabularium jurispr. rom.*, le *Vocabolario d. costituzioni lat. d. Giustiniano* (Longo, *BIDR*, 10, 1898), le *Handlexikon* d'Heumann-Seckel; par Wölfflin, *ALL*, 5, 1888, p. 429 et par Clifford H. Moore, dans la même revue, 11, 1900, p. 81-85.

prisonniers de guerre; les autres visent les *libertini dediticii*, les affranchis mis *dediticiorum numero* en vertu de la loi *Aelia Sentia*. Les textes du premier groupe appartiennent presque tous à la littérature non juridique[1], le second groupe comprend les textes des jurisconsultes.

Des uns et des autres il est incontestablement très difficile de tirer une définition précise du pérégrin déditice. Les textes juridiques, nous l'avons dit, ne visent guère que les affranchis déditices[2]. Quant au texte de Gaius que nous avons transcrit et aux textes des auteurs littéraires, qui, notons-le, sont pour la plupart antérieurs ou font allusion à des faits antérieurs à notre édit, ils nous renseignent sur l'origine des pérégrins déditices, mais non sur leur condition juridique : nous savons par eux que les peuples réduits à capituler, après une résistance armée contre les troupes romaines, étaient des déditices[3], mais nous savons mal quelles étaient les conséquences de cette situation.

Cependant, grâce aux quelques indications fournies par ces textes, on est arrivé à établir une théorie, d'ailleurs assez flottante, de la condition des pérégrins déditices. Ces étrangers annexés, dirons-nous pour la résumer, se distinguaient des autres pérégrins par ce fait que leurs vainqueurs leur avaient refusé toute incorporation à l'Etat romain, en les privant non seulement de la cité romaine et du droit de constituer une communauté de demi-citoyens, mais aussi de la faculté de former

1. C'est à ce premier groupe cependant qu'appartient un texte bien connu de Gaius, *Inst.*, 1, 14; *Vocantur autem peregrini dediticii hi qui quondam adversus populum Romanum armis susceptis pugnaverunt, deinde victi se dediderunt.*

2. Il faut faire une exception pour certains textes, p. ex. pour le fragment de Berlin *de judiciis*, 2 (Girard, *Textes*[3], p. 469) qui vise très probablement les personnes privées de la cité à titre de peine et non les affranchis déditices (Cf. Girard, *loc. cit.*, et *Manuel*[5], p. 112, n. 3).

3. C'est bien là ce que nous dit Gaius; et nous retrouvons les mêmes expressions dans Isidore, *Orig.*, 9, 4, 49 (Ce texte commence par cette indication d'étymologie : *Dediticii primum a deditione sunt nuncupati*). Cpr. les définitions des glossaires : *Si barbarus tradat se Romanis, dediticius dicitur*. Loewe, *Prodromus corp. glossar. lat.*, p. 380. Goetz, *Corp. glossar.*, IV, 51, 10; V, 188, 14. Wölfflin, *ALL*, 5, p. 429, v[is] *daticius* et *dediticius*. — Wölfflin (*loc. cit.*, p. 422) cite *dediticius* comme exemple des mots où le suffixe *icius* sert à exprimer une qualité acquise une fois pour toutes par suite du simple accomplissement d'une action déterminée, ici de la *deditio* (die aus einer einmaligen Handlung resultierende Eigenschaft).

une cité autonome[1]. Ces sujets de Rome, incapables d'arriver jamais à la cité romaine, dépourvus de statut local et chargés d'impôts auraient été assez rares en tout temps et surtout sous l'Empire, où la condition peu enviable des *in deditionem accepti* de l'époque républicaine ne se retrouverait que chez les Juifs et chez les barbares établis sous le principat sur le territoire de l'Empire[2]. C'est à peine si l'on se décide à admettre ainsi, pour ces deux catégories de sujets, la survivance, sous le principat, de cette condition juridique périmée, et l'on comprend la surprise que provoque la large extension proposée par M. Meyer : il n'y a pas, dans les sources littéraires ou juridiques, un seul texte qui déclare ou autorise à déclarer déditice tout provincial soumis au tribut personnel.

Les égyptologues sont cependant en bonne posture pour répondre à ces critiques. Il est certain que les deux caractéristiques qu'ils attribuent aux déditices se retrouvent dans la description que donnent de ces pérégrins les interprètes de la théorie courante : d'après ces derniers, en effet, les déditices sont bien des pérégrins n'appartenant à aucune cité et soumis à un *stipendium* dérivant de la contribution de guerre[3]. Mais, à la vérité, les traits ainsi dégagés sont, nous l'avons dit, empruntés à des textes et déduits de faits bien antérieurs à notre époque, et toute la question est de savoir si, sous l'Empire, ils n'étaient pas effacés, si, en particulier, on peut assimiler aux peuples déditices de la fin de la République les provinciaux qui, au temps de Caracalla, étaient soumis au *tributum capitis*. Il est difficile de se prononcer d'une manière catégorique sur la solution que comporte ce problème. Il y a certainement des déditices sous l'Empire. Les jurisconsultes, nous l'avons dit, ne nous parlent guère que des affranchis déditices, mais, lorsqu'ils comparent ces derniers aux pérégrins déditices[4], ils paraissent faire allusion à une

1. Cf. Schulten, dans Pauly-Wissowa, v° *Dediticii*.

2. V. notamment Mommsen, *Staatsrecht*, 3, p. 138 et s. = *Dr. pub.*, 6, 1, p. 156 et s. (Pour les Juifs, v. ci-dessus). Girard, *Manuel*[5], p. 114. Gayet et Humbert, dans Daremberg-Saglio, *DA*, v° *Dediticii*.

3. Sur ce dernier point, v. p. ex. Schulten, *loc. cit.*, col. 2361.

4. V. p. ex. Gaius, 1, 13 : Les esclaves qui ont subi des flétrissures durant leur servitude « ejusdem condicionis liberi fiant, *cujus condicionis sunt peregrini dediticii* ».

condition juridique toujours existante, qu'ils supposent connue. On s'accordait, d'ailleurs, nous le savons, à qualifier de déditices les Juifs et les barbares installés dans l'Empire. Mais pouvait-on affirmer qu'il n'y eut pas d'autres déditices, et l'idée qu'on se faisait de ces pérégrins était-elle assez nette pour autoriser une telle affirmation?

M. Meyer n'a peut-être fait, du reste, que donner une forme précise à des notions déjà ébauchées avant lui. Schulten[1], par exemple, a démontré que la notion de *dediticii* est historiquement corrélative à celle de *provinciales,* et l'on peut, semble-t-il, déduire de certaines de ses explications qu'il considère comme déditices les indigènes d'Egypte. Mommsen lui-même n'a-t-il pas écrit : « L'idée de la *deditio*, comme un provisoire rendu permanent et lié à l'exercice précaire d'une indépendance fédérale, a été appliquée... aux peuples sujets[2] », et aussi : « [L'expression *peregrini dediticii*] peut être appliquée aux sujets, l'autonomie précaire n'en étant légalement pas une, tout comme l'*in libertate morans* peut, à bon droit, être appelé esclave[3] »? Il est vrai que l'illustre historien ajoute : « Mais, dans la langue politique, on n'emploie jamais, pour désigner la sujétion permanente de fait, l'expression énergique du droit civil ».

Cette remarque nous ramène à la principale objection qui ait été faite au système de M. Meyer, objection que nous avons déjà signalée et qui consiste à dire que les pérégrins soumis au tribut personnel ne reçoivent jamais dans les sources le nom de déditices[4]. Or il se trouve que la valeur s'en trouve infirmée, ou, du moins, que la portée s'en trouve restreinte par une ingénieuse hypothèse de M. Wilcken sur le sens du mot ὁμόλογος[5].

D'après M. Wilcken, ce mot serait l'équivalent grec du latin *dediticius*. Or, dans les papyrus égyptiens de l'époque romaine, il désigne l'Αἰγύπτιος ne dépendant d'aucune cité et soumis à la

1. Dans Pauly-Wissowa, v° *Dediticii*, col. 2359, 2361-63.
2. *Dr. pub.*, 6, 1, p. 159.
3. *Id.*, 6, 2, p. 359. V. aussi p. 364.
4. Ce silence des textes avait d'ailleurs été déjà remarqué par M. Meyer lui-même; *P. Giess.*, I, 2, p. 31. Cf. Girard, *Manuel*[5], p. 114, n. 1.
5. V. Wilcken, dans Rostowzew, *Studien zur Gesch. d. röm. Kolonates*, 1er supplém. à l'*APF*, 1910, p. 220-223, 407; *APF*, 5, 1911, p. 427; *Grundzüge*, p. 59-60.

λαογραφία. Donc, on peut dire que, si ce type de pérégrin ne reçoit pas le nom de déditice dans les sources latines, il le reçoit dans certaines sources grecques, dans les documents concrets gréco-égyptiens. M. Wilcken a été tout d'abord amené à assimiler les ὁμόλογοι et les *dediticii,* parce qu'il constatait que les ὁμόλογοι se confondaient avec les λαογραφούμενοι[1], et qu'il estimait d'autre part, nous le savons, que les λαογραφούμενοι n'étaient autres que les *dediticii*. Il avait donc admis tout d'abord que les deux mots désignaient les mêmes individus. Mais, de cette assimilation quant au sens, il a passé à une assimilation complète des deux mots au point de vue philologique, en constatant que le verbe ὁμολογεῖν, d'où vient ὁμόλογος, équivaut, dans l'une de ses acceptions, au latin *se dedere :* il est employé parfois dans le sens de « se livrer à l'ennemi », spécialement après une résistance armée. On aperçoit tout de suite qu'étant donnée cette étymologie la signification du mot ὁμόλογος doit correspondre exactement à la définition que donne Gaius (1,14) du *dediticius*. M. Wilcken ne présente son interprétation que comme une hypothèse, mais, si elle se confirme, si l'on reconnaît que le grec ὁμόλογος est la traduction littérale du latin *dediticius,* sera-t-il possible de continuer à dire que les documents de notre époque ne donnent jamais le nom de déditices aux pérégrins soumis au tribut personnel ?

Il nous semble donc que, prise en elle-même, la théorie émise par MM. Meyer et Wilcken sur le sens du mot déditice, sur les caractères distinctifs de cette catégorie de pérégrins, tout en gardant un certain caractère hypothétique, ne se heurte à aucune objection irréfutable. Mais elle ne paraît plus aussi acceptable, quand on en considère les conséquences. Nous les avons indiquées plus haut. On sait la portée considérable qu'elle conduit à attribuer à la formule χωρὶς τῶν δεδειτικίων : si l'on admet la conception adoptée par l'éditeur du papyrus, ce ne sont pas seulement, en effet, quelques sujets et quelques immigrés qui, par suite de cette restriction, demeurent exclus de la cité

1. Cette interprétation n'est pas la seule qui ait été proposée : cf. Zulueta, *De patrociniis vicorum*, dans *Oxford studies in soc. and leg. history*, I, 1909, 2e partie, p. 51 et s. ; et le compte rendu de Lewald, *ZSS*(*RA*),32, 1911, p. 473 et s., v. p. 478, n. 2.

romaine après 212, c'est la majeure partie des populations provinciales. Or, s'il en fut vraiment ainsi, comment expliquer l'établissement de la tradition très solide d'après laquelle l'édit de Caracalla transforma en citoyens romains *tous* les habitants de l'Empire ; cette tradition n'est pas douteuse : il suffit de se reporter aux textes que nous avons groupés au début de cette étude. D'après les auteurs contemporains de Caracalla, il semble bien que la portée de la naturalisation fût très générale. Pour le texte d'Ulpien, sans doute, puisqu'il nous a été transmis par les compilations de Justinien, il est permis, on le verra, de songer à une interpolation. Mais il en est tout autrement de Dion Cassius. On comprendrait, nous le dirons tout à l'heure, qu'il eût passé sous silence une modalité de détail, une restriction de peu d'importance. Mais comment justifier son silence en présence d'une restriction qui intéresserait la majorité des habitants des provinces? Comment croire qu'il ait pu, connaissant l'existence d'une pareille restriction, écrire que Caracalla « proclama Romains tous les habitants de l'Empire »? Comment expliquer que, quatre-vingts ans plus tard, Spartien, faisant allusion à cet édit, ait parlé de *civitas omnibus data?*

Tous ces textes concordants nous paraissent difficilement conciliables avec le système adopté par les égyptologues pour l'explication de la formule χωρὶς τῶν δεδειτικίων. M. Mitteis[1] a bien discerné l'importance numérique considérable que le système auquel il se rallie conduit à reconnaître à la catégorie des déditices, et, par suite, la portée très étendue qu'il faudrait attribuer à l'exclusion formulée par l'édit. Mais il n'a rien trouvé là, semble-t-il, qui lui parût susceptible d'infirmer le système lui-même. A notre avis, au contraire, c'est en se fondant sur ces conséquences que l'on peut formuler, contre la théorie proposée par l'éditeur du papyrus de Giessen, les plus sérieuses objections.

Expliquée par cette théorie, la donnée nouvelle apportée par le papyrus prenait une importance et un intérêt de premier ordre. Mais si l'on juge cette théorie inacceptable, on ne peut pas, pour cela, prétendre que la découverte de ce document ne nous

1. *Grundzüge*, p. 289.

ait causé que des déceptions. Après nous avoir fourni d'utiles renseignements sur les motifs qui ont guidé l'empereur, il nous apprend en effet que les *dediticii* ne reçoivent pas la cité romaine étendue par la constitution à tous les autres pérégrins de l'Empire : or, quel que soit l'avis que l'on adopte sur le sens du mot *deditician*, on ne peut nier que la révélation de cette clause ne constitue une donnée vraiment nouvelle, dont la valeur, bien qu'un peu imprécise, est loin d'être négligeable[1].

1. On admet généralement, nous l'avons dit, que les barbares installés par les empereurs dans l'Empire y vivaient avec la condition des déditices. Ceux qui y étaient ainsi établis à l'époque de l'édit se trouvèrent donc exclus de la naturalisation en vertu de la formule χωρὶς τῶν δεδειτικίων, et ceux qui furent introduits dans la suite ne devinrent pas davantage citoyens romains par le seul fait de leur établissement sur le sol de l'Empire. MM. Gayet et Humbert (Daremberg — Saglio, *DA*, v° *dediticii*) considéraient déjà cette exclusion comme vraisemblable : ils supposent en effet que ces barbares n'avaient pas une condition juridique plus favorisée que celle des affranchis déditices; et il leur parait naturel, par suite, que l'édit de Caracalla, qui ne s'appliqua point aux seconds, ait laissé également de côté les premiers. Mais d'une manière générale, en partant de cette idée que la constitution avait visé tous les habitants actuels de l'Empire, mais eux seuls, on admettait que les barbares implantés après Caracalla, volontairement ou de force, sur le sol romain, durent rester pérégrins, mais que, en 212, la cité s'étendit à toutes les populations étrangères alors établies dans l'Empire. Cf. Mommsen, *Hermes*, 16, 1881, p. 475-476 = *Hist. Schr.*, 2, p. 418-419. Girard. *Manuel*[5], p. 117 n. 2. — D'autre part, ceux qui, à la suite de Mommsen, et indépendanmment du système récemment édifié par M. Meyer, considèrent que les Juifs étaient devenus déditices après la guerre judéo-romaine, doivent nécessairement admettre désormais,comme Mommsen était déjà porté à le faire (*Dr. pén.*, 2, p. 276, n. 2), que les Juifs ne devinrent pas citoyens romains après 212. Or cette constatation, déjà précieuse en elle-même, pourrait, semble-t-il, conduire à une conclusion intéressante en ce qui concerne l'une des œuvres les plus importantes de la littérature juridique du III[e] siècle. C'est en effet, on le sait, sur l'hypothèse de la naturalisation générale des Juifs en 212 que l'on se fondait pour fixer la date avant laquelle avaient dû être composées les *Sentences* de Paul. Le jurisconsulte ne peut, disait-on, avoir écrit le § 3 du t. *de seditiosis* (*Sent.*, 5, 22) après la mesure par laquelle le droit de cité fut concédé à l'ensemble de la population de l'Empire. D'après ce texte, en effet, les citoyens romains qui se font circoncire conformément à la coutume juive sont punis. Les Juifs ne peuvent évidemment être atteints par la prohibition visée dans ce texte. Or, aucune exception n'est prévue en leur faveur. C'est donc que l'expression *cives Romani*, au moment où Paul écrit, ne comprend pas encore le peuple Juif. Il écrit, par conséquent, avant l'édit de Caracalla de 212 (Cf. Huschke, *Jurispr. antejust.* 5[e] éd., p. 550, n. 8 [La note est supprimée dans la 6[e] éd. par Seckel et Kübler ; cf. vol.2, p. 147]. Fitting, *Das castr. pecul.*, p. XXXIV, n. 13; *Alter u. Folge*[2], p. 96. Krüger, *Sources*, p. 283, n. 2. Girard, *Textes*[3], p. 356). Pour ceux qui considèrent les Juifs comme des déditices, il serait désormais impossible de raisonner ainsi. Les Juifs ne sont pas devenus citoyens en 212 : l'expression *cives romani* ne les englobe pas plus après cette date qu'avant elle. Paul a donc pu écrire ce passage aussi bien après qu'avant l'édit de Caracalla. Par suite, il faudrait désormais modifier la plus récente

Il est, dès lors, une réflexion qui s'impose. Comment peut-on s'expliquer qu'il ait fallu attendre la découverte de ce fragment mutilé de l'édit pour connaître l'exclusion des dédi-tices? Quelle que soit d'ailleurs la portée de la restriction énoncée par Caracalla, l'existence même de cette restriction n'est pas douteuse. Pourquoi les auteurs qui nous ont parlé de l'édit, et notamment les auteurs contemporains, l'ont-ils donc passée sous silence?

Ce silence est si étrange qu'il faut se demander s'il n'est pas dû tout simplement à l'altération des textes d'Ulpien et de Dion. La question est toute naturelle à propos du premier de ces deux textes. Ce passage du l. 22 *ad Edictum* d'Ulpien ne nous a été transmis que par le Digeste (1, 5, 17). Il est donc parfaitement possible que le texte, dans sa forme première, fit

des deux dates extrêmes entre lesquelles on avait coutume de placer la composition des *Sentences*. Cet ouvrage est sûrement postérieur à 206, puisque l'*oratio* sur les donations entre époux y est visée, 2. 23, 5-7 (Cf. Girard, *Textes*[3], p. 356). Il est vraisemblable qu'il est même sensiblement plus récent : il n'a pas dû être composé avant le règne indépendant de Caracalla, avant 211. C'est ce qu'il faudrait conclure de 5, 5 a, 1 ; 5, 26, 1 qui paraissent bien supposer un seul empereur régnant (Cf. Fitting, *Alter u. Folge*, loc. cit.). V. aussi *Sent.*, 1, 17, 3, texte qui, s'il n'a pas été interpolé par les compilateurs du *D.* qui nous l'ont transmis (8, 3, 9), peut faire allusion à une constitution de Caracalla citée au *D.*. 8, 4, 2 (Cpr. Girard, *loc. cit.* Huschke-Seckel-Kübler, *Jurispr. antejust*[6]. 2, p. 32). Quant à l'autre date extrême confondue, ainsi que nous l'avons dit, avec celle de la *constitutio Antoniniana*, on pourrait désormais l'avancer jusqu'à la mort de Caracalla, puisqu'on estime généralement que les *Sentences* ont été écrites sous le règne de ce prince (Notons cependant que, d'après Mommsen, *Strafrecht*, p. 880, n. 4, cité par Kübler, C. R. de Fitting, *Alter u. Folge*[2], *KV*, 49, 1911, p. 18, la décision rapportée dans les *Sent.*, 5, 13, 1 devrait être attribuée à Alexandre Sévère). — Mais tout cela suppose, on l'a vu, que les Juifs, étant déditices, ne sont pas devenus citoyens en 212. Or nous avons dit plus haut (p. 31) que cette hypothèse paraît devoir être abandonnée. Faut-il en conclure que l'on doive revenir à cette date extrême de 212 pour dater les *Sentences* de Paul? Nous ne le croyons pas. En tout état de cause, on ne peut pas, à notre avis, se fonder sur 5, 22, 3 pour dater l'ouvrage. L'interprétation de ce texte, à ce point de vue, est en effet très difficile. On prétend qu'aucune exception n'y est prévue au sujet des Juifs, et qu'une telle exception était indispensable, si l'auteur écrivait à une époque où les Juifs étaient citoyens romains. Mais il semble cependant que l'on discerne très bien la présence d'une exception si l'on rapproche du § 3 le § 4 (En ce sens, Kübler, *loc. cit.*). Faut-il donc décider que Paul écrit après 212? Pas nécessairement. Il est assez délicat en effet de se prononcer sur l'exacte portée de l'opposition entre *cives Romani* et *Judaei*, d'autant plus que le texte discuté aurait peut-être été l'objet d'un remaniement (Cpr. Meyer, *P. Giess.*, I, 2, p. 32 n. 3. Juster, *Dr. polit. des Juifs*, p. 23, n. 4). — Notons en terminant que l'exclusion des δεδειτίκιοι ne dut pas atteindre seulement les *peregrini dediticii*, mais aussi tous les individus mis *dediticiorum numero* (affranchis ou déportés).

mention de l'exclusion des déditices, et que les compilateurs aient supprimé cette mention devenue sans intérêt au VI^e^ siècle[1]. Le jurisconsulte, contemporain de Caracalla, connaissait évidemment la présence de la formule χωρὶς τῶν δεδειτικίων dans le texte de l'édit : il dut, par suite, limiter, au moyen d'une restriction quelconque[2], l'expression si large qui désigne, dans le texte actuel, les bénéficiaires de la constitution (*in orbe Romano qui sunt*). Cette restriction dont l'intérêt pratique, nous l'avons dit, ne fit que diminuer au cours des siècles, rappelait aux compilateurs du Digeste une condition juridique qui n'était plus, de leur temps, qu'un « vain mot » : c'est pourquoi, sans doute il n'y en a plus trace dans la forme nouvelle que donnèrent au texte écrit sous Caracalla les commissaires de Justinien.

Si l'on peut ainsi, à propos du texte d'Ulpien, émettre l'hypothèse d'une « interpolation par suppression », il est impossible de faire de même à l'égard de Dion Cassius. Les écrits des jurisconsultes classiques ne nous sont parvenus pour la plupart qu'à l'état, si l'on peut ainsi dire, de matériaux réemployés et remaniés : mais l'œuvre de l'historien du III^e^ siècle n'a pas subi pareil sort et le texte n'en paraît pas suspect. Le silence de Dion relativement à l'exclusion des déditices peut, d'ailleurs, s'expliquer assez naturellement. L'historien, en effet, ne fait allusion qu'incidemment à l'édit de 212. Il ne le cite pas pour lui-même, mais seulement à raison de son motif. On comprend donc que l'allusion soit un peu vague et que l'indication des modalités de détail soit omise. Dion n'a pas l'intention de nous renseigner sur la mesure qu'il cite : il nous dit seulement comment il la faut expliquer et à quel ordre de préoccupations elle se rattache. Il lui suffisait donc d'en rappeler l'objet d'une manière vague sans en préciser les conditions d'application.

Telles sont, croyons-nous, les raisons pour lesquelles la découverte du texte de la constitution pouvait seule nous ap-

1. En ce sens, Collinet, *NRH*. 33, 1909, p. 507 ; Mitteis, *ZSS* (*RA*), 31, 1910, p. 388.

2. « *Exceptis dediticiis* », d'après Mitteis, *loc. cit.* — Dans notre version du papyrus, nous avons traduit χωρὶς τῶν δεδειτικίων par « *praeter deditícios* », supposant que le texte latin devait comporter une formule construite avec une préposition, et non un ablatif absolu, puisque le texte grec, considéré comme une version littérale de l'original, porte une préposition et non un génitif absolu.

prendre l'exception stipulée par celle-ci. Nous trouvons dans les rares allusions des auteurs, soit l'indication très générale de l'objet de l'édit, soit le reflet de son résultat définitif, l'écho d'un état de choses ultérieur qu'on faisait arbitrairement remonter jusqu'à lui ; mais nous n'y trouvons aucun renseignement sur sa portée originelle, sur ses clauses et ses modalités. Réduits à ces documents, nous ignorions l'exclusion des déditices par la constitution, comme du reste toute la teneur de celle-ci. Il n'en est plus de même aujourd'hui : on a découvert une copie de notre constitution et on a déchiffré, sur le fragment qui en a été conservé, la formule restrictive qui excluait les déditices de la naturalisation. Mais on ne saurait trop répéter que, malgré cette découverte, nous ne connaissons pas toute la teneur de l'édit. Une partie considérable de celle-ci reste ignorée. On doit, sans doute, à la publication du papyrus un renseignement précieux. Mais nous avons vu que la portée de ce renseignement fait l'objet de discussions sérieuses ; or, pour apprécier exactement la valeur de cette donnée nouvelle, il faut, en toute hypothèse, ne pas perdre de vue qu'elle nous est fournie par un texte incomplet.

On se demandera, dès lors, si l'exception relative aux déditices était bien la seule, si, au contraire, la concession du droit de cité n'était pas limitée par d'autres restrictions. Nous trouverions, peut-être, dans la partie disparue du texte, l'explication de quelques-uns des faits qu'on veut expliquer uniquement par l'exclusion des déditices. On semble croire que cette exclusion peut, à elle seule, rendre compte de tout. Une telle opinion nous paraît hasardeuse, lorsque nous pensons à l'état dans lequel nous est parvenu le document. Et d'ailleurs la restriction connue peut-elle vraiment tout expliquer? Si elle peut, à la faveur d'une interprétation ingénieuse mais contestable, expliquer l'exclusion des indigènes d'Egypte, peut-elle expliquer celle des affranchis latins-juniens[1]? Ceux-ci, on le sait, subsistent après Caracalla. Or on ne voit pas comment ils seraient atteints par la clause χωρὶς τῶν δεδειτικίων. Peut-être leur situation était-elle

1. Cf. Girard, *Manuel*[5], p. 117, n. 2.

réglée dans la partie de l'édit que nous ne possédons pas. Peut-être faut-il admettre, en combinant des hypothèses déjà émises avec le renseignement fourni par le papyrus, que Caracalla concéda le droit de cité, soit aux seuls ingénus, en laissant de côté tous les affranchis non-citoyens, soit aux habitants actuels de l'Empire, en excluant ainsi les affranchis non-citoyens postérieurs, les déditices dans l'un et l'autre cas demeurant exceptés.

On voit que la découverte du papyrus de Giessen, qui aurait pu nous fixer définitivement sur tous les problèmes soulevés par l'édit de Caracalla, laisse subsister au contraire bien des points d'interrogation. Etant donné l'état du document, il faut savoir pratiquer en cette circonstance l'*ars nesciendi*. Quelle est la date exacte de la constitution? Quel est le véritable sens du premier motif indiqué par l'empereur? Comment était conçue la clause qui figurait entre la formule de concession et la restriction relative aux déditices? Quelle est l'exacte portée de cette restriction? Cette restriction était-elle la seule, et, d'une manière générale, quelle pouvait être la teneur de la partie perdue de l'édit? Telles sont les questions que nous nous posons encore en terminant; il nous paraît extrêmement difficile d'y répondre. Aussi n'hésitons-nous pas à conclure en remarquant, avec le maître auquel cette étude est respectueusement dédiée, que le papyrus de Giessen « pose encore plus de problèmes qu'il n'en tranche[1]. »

1. Girard, *Mélanges*, 1, p. 367, n. 2.

Nous ne pouvons que signaler brièvement les nouvelles observations relatives à notre papyrus contenues dans le 3e fasc. des *P. Giess.*, qui vient de paraître: v. p. 164-165. Après quelques indications bibliographiques (au cours desquelles les doutes soulevés par M. Jouguet sont déclarés injustifiés), il est rendu compte d'une revision de l'original faite par M. Schubart. Celui-ci propose une nouvelle lecture des l. 2-4 et 9-12 : (2) [Νυνὶ δὲ... γρ]ὴ μᾶλλον ἀν[αβαλόμενον τὰ]ς αἰτίας κ[α]ὶ το[ὺς] λ[ιβ]έλλου[ς] (3) [ζητεῖν, ὅπως ἂν τοῖς Θ]εοῖς τ[οῖ]ς ἀθ[αν]άτοις εὐχαριστήσαιμι, ὅτι τῇ τοιαύτῃ (4) [νίκῃ... σῷο]ν ἐμὲ συν[ετήρ]ησαν. Τοιγαροῦν νομίζω [ο]ὕτω με — etc. Nous n'avons pas le temps d'examiner de près cette nouvelle lecture; notons seulement que, d'après M. Schubart, le texte prouve l'existence d'un rapport étroit entre le meurtre de Geta, auquel Caracalla fait allusion en parlant de victoire, et la concession générale du droit de cité. On retrouve cette idée aux l. 9-12, où l'empereur, qui vient d'annoncer cette concession, déclare qu'il faut que le peuple ait part, non seulement à l'infortune, mais aussi à la « victoire » : (9)... Ὀ[φ]είλει [γ]ὰρ τὸ (10) [πλῆθος — οὐ μόνου —]... νειν πάντα ἀ[λλ]ὰ ἤδη κ[α]ὶ τῇ νίκῃ ἐνπεριει — (11) [λεῖσθαι. Ἔτι δὲ καὶ τοῦτο τὸ πρ]ᾶγμα ε[..]. λώσει [τῆν] μεγαλειότητα [το]ῦ Ῥωμα[ί]ι — (12) [ων δήμου, etc.

LES EFFETS DE LA SIMPLE ABSENCE

DANS LA PROCÉDURE DE

L'*ORDO JUDICIORUM PRIVATORUM*

A L'ÉPOQUE DE CICÉRON

(*pro Quinctio*, XIX, 60)
(*in Verrem*, II, 2, 22-26)

PAR

ANDRÉ FLINIAUX

Professeur agrégé à la Faculté de Droit de l'Université de Toulouse

---

Parmi les grands principes qui dominent la procédure de l'*ordo judiciorum privatorum* se place au premier plan celui de l'exclusion de la procédure par défaut *in jure*. Le défendeur ne peut pas être condamné par une autorité qu'il n'a pas acceptée *in jure*[1], et, par suite, un procès ne peut être engagé contre lui tant qu'il n'a pas comparu devant le magistrat[2].

En principe, c'est au demandeur lui-même qu'il appartient d'assurer la comparution du défendeur *in jure*. Sous la procé-

1. Ciceron, *pro Cluentio*, 43, 120 (édit. Clark, Oxford, 1905) : *Neminem voluerunt majores nostri non modo de existimatione cujusquam, sed ne pecuniaria quidem de re minima esse judicem, nisi qui inter adversarios convenisset.* — Cf. les développements intéressants de Dernburg, *Ueber die emtio bonorum*, Heidelberg, 1850, p. 13 et s.

2. Nous pensons avec Pernice, ZSS (RA), 14, 1893, p. 160 et s. et Girard, *Manuel*[3], p. 1035, n. 5, que le système des édits successifs mentionné au D. 5, 1, *de jud.*, 68-75 et chez Paul, *Sent.* 5, 5 a, 6 (7), n'a jamais fonctionné qu'en matière extraordinaire. — Sur le défaut *in judicio*, cons. Petot, *Le défaut in judicio dans la procédure ordinaire romaine*, thèse, Paris, 1912.

dure formulaire deux moyens s'offraient à lui : il pouvait d'abord utiliser le vieux procédé de l'*in jus vocatio*, s'arranger pour trouver le défendeur hors de chez lui et lui adresser une sommation de le suivre devant le magistrat. C'était même là le seul mode de citation légal. L'autre procédé qui s'offrait au demandeur était en effet une création de la pratique. C'était le *vadimonium,* destiné, dans sa fonction première, à assurer la recomparution du défendeur *in jure* quand les débats ne pouvaient être terminés le jour même, mais dont on ne tarda pas à se servir pour assurer la première comparution[1]. Mais à supposer qu'un *vadimonium* extrajudiciaire ait été conclu entre les deux parties, il pouvait arriver que le défendeur fît défaut au jour fixé pour la comparution *in jure*, qu'il y ait, pour employer l'expression technique, *vadimonium desertum*. Dans ce cas le défendeur était tenu de payer au demandeur la somme d'argent qui avait été stipulée pour le cas de non comparution *(summa vadimonii)*[2]. Mais à son tour, l'exercice de cette action, comme celle de toute autre action, nécessitait la présence du défendeur *in jure*.

1. Sur le *vadimonium* extrajudiciaire cons. Fliniaux, *Le vadimonium*, thèse. Paris, 1908, p. 104 et s.

2. Nous restons fidèle à la position prise dans notre thèse précitée, p. 74 et s., et suivant laquelle les effets du *vadimonium desertum* doivent être limités à l'obligation de payer la *summa vadimonii*. Nous nous refusons toujours à admettre que le *vadimonium desertum* ait eu pour autre sanction une *misssio in possessionem* particulière dont il serait fait mention dans le *pro Quinctio* de Cicéron et dont l'édit nous aurait été transmis au *D.*, 42, 4, 2, pr. Comme l'a démontré Lenel, *Edictum*[2], p. 71, la *missio in possessionem* dont Ulpien nous a transmis la clause est celle que le préteur donnait contre l'individu qui, ayant fourni un *vindex*, *neque potestatem sui faciet neque defenderetur*. Quant à la preuve de son existence que l'on a voulu tirer du *pro Quinctio*, elle ne résiste pas à un examen sincère de l'ensemble du discours. Le *vadimonium desertum* invoqué par Naevius apparaît plutôt comme un fait purement extérieur, de nature à donner un certain poids à sa demande et à rendre vraisemblable la légitimité de la *missio* fondée sur une des clauses générales du titre de l'édit : *quibus ex causis in possessionem eatur*. Cf. en notre sens : Kipp, *Die Litisdenuntiation als Prozesseinleitungsform im röm. Civilprozess*, Leipzig, 1887, p. 116 ; Wlassak, dans Pauly-Wissowa, V° *Absentia*, I, 1893, col. 119, n° 4 ; Lefèvre, *Du rôle des tribuns de la plèbe en procédure civile*, thèse, Paris, 1910, p. 69, note 1. — Ces observations suffisent, croyons-nous, à faire repousser le système de Hartmann, *Ueber das römische Contumacialverfahren*, Göttingen, 1851, p. 9 et s., exposé infrà, p. 47, n. 2 in fine, ainsi que le système esquissé par Keller dans : *Der röm. Civilprozess* (6e éd. allemande, Leipzig, 1883, p. 437 ; trad. franç. de Capmas, Paris, 1870, p. 404) et d'après lequel la *missio* n'entraînait régulièrement la *venditio bonorum* qu'autant qu'il y avait *vadimonium desertum*. (en germe dans *Semestrium ad M. Tullium Ciceronem*, Zurich, I, 1842, p. 51, n. 19).

Ainsi donc, qu'il y ait *vadimonium desertum* et que le défendeur se dérobe aux conséquences de son défaut *in jure*, ou que le demandeur, en face de son adversaire qui se cache ou est absent de Rome, se trouve dans l'impossibilité de l'*in jus vocare* ou de conclure avec lui un *vadimonium* extrajudiciaire, le demandeur, conformément au principe rigoureux de l'exclusion de la procédure par défaut, ne pouvait exercer son droit en justice. Force lui était d'attendre l'occasion qui le mettrait en face de son adversaire.

On comprend aisément que le préteur ait cherché de bonne heure à remédier à cet état de choses. Ne pouvant autoriser, en dehors de la comparution personnelle des parties, un procès par défaut, il employa un des moyens de contrainte, qu'il tirait de son *imperium*, pour exercer une pression sur la volonté de celui qui voulait se soustraire aux poursuites qu'il savait devoir être intentées contre lui. Ce moyen de contrainte fut la *missio in possessionem*, en vertu de laquelle le demandeur fut autorisé à prendre possession des biens du défendeur récalcitrant et à se maintenir en cette possession jusqu'à ce que le défendeur se présentât pour défendre à l'action. D'abord restreinte à ce rôle de mesure provisoire, la *missio in possessionem* qui, pour cette raison, paraît bien avoir déjà fonctionné sous les actions de la loi[1], vit sa portée s'accroître lors de l'apparition de la procédure formulaire avec la création de la *venditio bonorum* dont elle devint le préliminaire obligatoire. Cette procédure nouvelle organisa la vente au plus offrant, en bloc, de tous les biens du défendeur qui, dessaisi de son patrimoine, refusait toujours de comparaître *in jure*. Elle eut pour résultat de substituer au défendeur qui rendait l'*in jus vocatio* impossible un autre défendeur, le *bonorum emptor*, sorte de successeur universel contre qui on allait pouvoir intenter toutes les actions auxquelles le défendeur primitif refusait de défendre[2].

Mais la *missio in possessionem* conduisait-elle nécessairement

1. C'est l'opinion émise par Girard, *Org. jud.*, p. 204, et à laquelle s'est rallié Ramadier, *Les effets de la missio in bona rei servandae causa*, thèse, Paris, 1911, p. 22 et s.

2. C'est cette idée, mise pour la première fois en lumière par Dernburg, *op. cit.*, p. 4 et s., qui nous paraît pouvoir seule expliquer les caractères particuliers de la *venditio bonorum*.

et fatalement à la *venditio bonorum* dans tous les cas où le défendeur empêchait le demandeur d'exercer son action contre lui? Ne faut-il pas au contraire faire une distinction entre deux hypothèses bien différentes, celle où le défendeur se soustrait aux poursuites du demandeur en se cachant (*qui fraudationis causa latitarit*), auquel cas la *missio in possessionem* mènerait à la *venditio bonorum*, et, d'autre part, celle où le défendeut est absent de Rome et n'a pas laissé de représentant (*qui absens judicio defensus non fuerit*), auquel cas le demandeur ne pourrait obtenir que la *missio in possessionem*, sans que celle-ci pûr jamais conduire à la *venditio bonorum?*

C'est l'examen de ce problème relatif aux effets de la simple absence dans la procédure de l'*ordo judiciorum privatorum* que nous voudrions reprendre dans son ensemble, en nous limitant à l'époque cicéronienne. Des renseignements précieux peuvent en effet être extraits de deux *orationes* de Cicéron : le *pro Quinctio*, prononcé en l'an 673/81[1], et les Verrines qui rapportent un ensemble de faits s'étant passés sous le proconsulat de Verrès en Sicile, c'est-à-dire entre les années 681 et 684.

I

Le *pro Quinctio*[2], qu'en raison de son importance capitale nous

1. Sur la date exacte où fut prononcé le *pro Quinctio*, cons. Oetling, *Festschrift des Gymn Hamm in W.*, 1907, p. 21; Schanz, *Geschichte der röm. Litteratur*[3], I, 2, München, 1909, p. 234.

2. Il peut être intéressant de faire remarquer dans cette étude destinée à être insérée dans un recueil publié en l'honneur de notre maître Paul-Frédéric Girard que le *pro Quinctio* de Cicéron a été, dans ces dernières années, l'objet de recherches approfondies de la part de ses élèves. Après que je l'eus étudié dans ma thèse précitée, p. 86 et s., au point de vue des rapports existant entre la *missio in possessionem* et le *vadimonium desertum*, M. Lefèvre, dans sa thèse sur *le rôle des tribuns de la plèbe en procédure civile*, Paris, 1910, p. 66 et s., a tenté de déterminer quelles conséquences eut sur la suite du procès l'appel aux tribuns qui eut lieu au cours de la procédure contre Quinctius. Enfin, plus récemment, M. Ramadier, dans sa thèse sur *les effets de la missio in bona rei servandae causa*, Paris, 1911, p. 87 et s., a étudié le *pro Quinctio* au point de vue spécial des conditions exigées pour que le *missus* soit tenu de fournir la *satisdatio judicatum solvi*. Il ne restait plus qu'à l'étudier au point de vue des effets de la simple absence pour épuiser tous les problèmes juridiques qu'il soulève.

allons immédiatement passer en revue, roule tout entier sur une *missio in possessionem* que le préteur Burrienus accorda à Sex. Naevius contre P. Quinctius, le client de Cicéron, *missio in possessionem* qui, à supposer que toutes les conditions relatives à son exercice aient été remplies, aurait pu conduire à la vente des biens de Quinctius[1]. Toute la question revient donc à se demander quelle est la cause de *missio* dont se prévalut Naevius pour obtenir du préteur Burrienus l'envoi en possession des biens de P. Quinctius, à ce moment absent de Rome.

Est-ce sur le fondement exclusif de l'absence de Quinctius, par application de la clause de l'Edit : *qui absens judicio defensus non fuerit?* Nous devrons alors décider qu'à l'époque où Cicéron prononçait le *pro Quinctio* la *missio in possessionem* accordée contre l'absent ordinaire pouvait conduire à la *venditio bonorum*. Est-ce au contraire sur le fondement de la clause *qui fraudationis causa latitarit*, en raison de ce que P. Quinctius s'est caché, *latitarit*, en vue de frauder ses créanciers? Alors nous devrons affirmer que la clause *qui absens judicio defensus non fuerit*, à supposer qu'elle ait déjà existé à l'époque de Cicéron à titre de clause indépendante et particulière, ne pouvait pas mener à la *venditio bonorum*.

Ce n'est que l'examen minutieux de l'ensemble du *pro Quinctio* qui nous permettra d'opter entre ces deux solutions qui ont rencontré chacune des défenseurs convaincus parmi les nombreux auteurs qui ont étudié le discours de Cicéron au point de vue juridique[2]. Par suite, avant d'aborder l'examen de

1. C'est un point important à constater. Cela résulte de plusieurs passages du *pro Quinctio*, entre autres XXIII, 73 : *Etenim si ex edicto possedisti, quaero, cur bona non venierint...*, XXIV, 76 : *Ego haec duo quaero, primum qua ratione Naevius susceptum negotium non transegerit, hoc est cur bona quae edicto possidebat, non vendiderit....*

2. Nous pouvons donner la bibliographie du *pro Quinctio* sur notre question en répartissant les auteurs en deux groupes, suivant qu'ils voient dans ce discours l'application de la clause *qui fraudationis causa latitarit* ou au contraire celle de la clause *qui absens judicio defensus non fuerit* fondée sur la simple absence.

Se sont prononcés en faveur de l'application de la clause *qui fraudationis causa latitarit :*

Rau, *Disputatio juridica inauguralis ad M. Tullii Ciceronis orationem pro P. Quinctio*, Leyde, 1825, p. 47-48, p. 83; Bachofen, *Krit. Jahrbücher für deutsche Rechtswiss.*, VI[e] Jahrgang, 1842, p. 977 et s. (compte rendu de Keller, *Semestrium ad M. Tullium Ciceronem*); *Pfandrecht*, I, Bâle, 1847, p. 286 et s.; Mommsen, *Zeitsch.*

la partie du *pro Quinctio* qui nous intéresse spécialement, il importe, croyons-nous, de retracer aussi brièvement que possible la suite des incidents auxquels ont donné lieu les démêlés de P. Quinctius et de Sex. Naevius et d'indiquer la façon dont Cicéron divisa la plaidoirie qu'il prononça à cette occasion.

La cause du différend né entre P. Quinctius et Sex. Naevius était la liquidation d'une société fondée pour l'exploitation d'une propriété située dans la Gaule Narbonaise par Sex. Naevius et C. Quinctius, frère de Publius. A la mort de Caius, en 669/85, Publius, son héritier, partit pour la Gaule et y vécut près d'une année auprès de Sex. Naevius, sans que celui-ci fît allusion à une dette quelconque de la société envers lui. P. Quinctius partit ensuite pour Rome afin d'y régler quelques dettes. C'est là qu'il se vit alléguer pour la première fois par Sex. Naevius la nécessité

für die Alterthumswiss., 3, 1845, col. 1093 (C. R. de l'ouvrage de Keller); Dernburg, *Ueber die emtio bonorum*, Heidelberg, 1850, p. 63 et s.; Oetling, *Ueber Cicero's Quinctiana*, p. 1 et s. (Progr. Oldenburg, 1882); *Philol. jurist. Commentar zu Ciceros Rede für P. Quinctius* (Festchrift des Gymn. Hamm in W., 1907, p. 26 et s.); Kuebler, *Der Process des Quinctius und C. Aquilius Gallus*, ZSS (RA), 14, 1893, p. 63 et s; Roby, *Roman private law in the times of Cicero and of the Antonines*, Cambridge, II, 1902, Appendix A. p. 471 et s.

Ont vu l'application de la clause *qui absens judicio defensus non fuerit* fondée sur la simple absence :

Stieber, *De bonorum emtione apud veteres Romanos*, Leipzig, 1827, p. 41 et s.; Keller, *Semestrium ad M. Tullium Ciceronem libri sex.* I, Zurich, 1842, p. 44 et s.; Frei, *Das Edict über die missio in bona rei servandae causa nach Cic. p. Quinct. XIX, 60* (Philologus, VI, 1851, p. 324 et s.); de Caqueray, *Explication des passages de droit privé contenus dans les œuvres de Cicéron*, Paris, 1857, p. 125, 128; Karlowa, *Ueber die Wirkungen des vadimonium desertum und der einfachen Absentia im ordentlichen Verfahren der classischen Zeit* (Beiträge zur Geschichte des röm. Civilprozesses, Bonn, 1865, p. 115 et s.); Bethmann-Hollweg, *Der röm. Civilprozess*, II, Bonn, 1865, p. 560, n. 18, p. 796; Lenel, *Edictum perpetuum*[1], 1883, p. 333, n. 13; *l'Edit*, II, 1903, p. 152, n. 3; *Edictum*[2], 1907, p. 400, n. 7; Wlassak, dans Pauly-Wissowa, V° *Absentia*, I, 1893, col. 119, n° 4; Costa, *Le orazioni di diritto privato di M. Tullio Cicerone*, Bologne. 1899, p. 12 et s., p. 20; Greenidge, *The legal procedure of Cicero's time*. Oxford, 1901, Appendix II, p. 534 et s.

Entre ces deux groupes d'auteurs il convient, pour être complet, de citer l'opinion de Hartmann, *Ueber das römische Contumacialverfahren*, Göttingen, 1851, p. 9 et s., qui admet que la *missio in posssesionem* donnée contre P. Quinctius a bien pour fondement la clause *qui absens judicio defensus non fuerit*, mais qui soutient que cette clause recevait son application, non pas au cas de simple absence, mais seulement au cas de *vadimonium desertum* (cf. suprà, p. 44. n. 2) et l'opinion de Benfey, *Zur juristichen Erklärung der Rede pro Quinctio* (Philologus, X, 1855, p. 126 et s.) qui soutient que le discours de Cicéron est pour la solution de notre problème un *testis tacens*.

de régler d'une façon définitive les comptes de la société. P. Quinctius proposa alors à Sex. Naevius de s'en remettre pour la solution de leur litige au jugement de deux arbitres. Cette tentative d'accommodement ayant échoué par suite de la mauvaise volonté de Sex. Naevius, P. Quinctius cita ce dernier en justice. Après des remises successives de l'affaire, Naevius déclara vouloir se désister et ne plus rien réclamer à Quinctius du fait de la société. Sur ces entrefaites, Quinctius, appelé en Gaule par ses affaires, quitte Rome. Dès que Naevius est assuré de l'éloignement suffisant de P. Quinctius, il se présente devant le préteur Burrienus et obtient de lui l'autorisation d'entrer en possession des biens de Quinctius. L'intervention d'un *procurator*, Alfenus, qui déclare vouloir défendre Quinctius, aboutit, après un appel aux tribuns, à une entente entre Alfenus et Naevius au sujet de la comparution de Quinctius à Rome, aux ides de septembre. Au jour fixé, Quinctius paraît, mais Naevius retarde encore l'affaire pendant un an et demi. Enfin il se présente devant le préteur Dolabella en émettant la prétention que Quinctius, s'il veut plaider avec lui, doit lui fournir auparavant la *satisdatio judicatum solvi*, sous le prétexte qu'il a possédé les biens de Quinctius pendant trente jours, conformément à l'Edit du préteur Burrienus. Sur les dénégations énergiques de Quinctius[1], le préteur Dolabella décide qu'il est nécessaire d'organiser sur ce point un *praejudicium*. Il oblige donc Quinctius à conclure avec Naevius une *sponsio* sur le point de savoir : *si bona ex edicto P. Burrieni praetoris dies XXX possessa non essent*.

Cicéron divisa la plaidoirie qu'il prononça en faveur de Quinctius en trois parties[2] : dans la première, il s'efforça de démontrer que Naevius au moment où il réclamait la *missio* au préteur n'avait aucun motif sérieux pour le faire. Pour cela il

1. Quinctius a, en effet, le plus grand intérêt à démentir l'assertion de Naevius, car, si elle était reconnue exacte, il encourrait l'infamie. — Cf. Girard, *Manuel*[5], p. 1047, n. 3.

2. *Pro Quinctio*, X, 36 : *Negamus te bona P. Quinc'i, Sex. Naevi, possedisse ex edicto praetoris. In eo sponsio facta est. Ostendam primum causam non fuisse, cur a praetore postulares, ut bona P. Quincti possideres, deinde ex edicto te possidere non potuisse, postremo non possedisse.*

s'appuya sur les deux faits négatifs suivants : 1° que Quinctius ne devait rien à Naevius ; 2° qu'il n'y avait pas eu *vadimonium desertum* pour la bonne raison qu'aucun *vadimonium* n'avait été promis par Quinctius à Naevius.

Ces deux points démontrés, Cicéron arrive ensuite à la seconde partie de son discours. Il se place alors dans la période de temps qui suit l'envoi en possession[1] et, s'attachant aux propres termes de la *sponsio*, il s'efforce de démontrer que Naevius n'a pu posséder les biens de Quinctius en vertu de l'Edit. Pour cela il passe en revue les différentes clauses de l'Edit permettant à un créancier de posséder les biens de son débiteur, en essayant de prouver qu'aucune ne s'applique à Quinctius.

Enfin, dans une troisième partie, qui, selon les uns, manque entièrement dans les manuscrits et dont, selon d'autres, nous possédons au moins le début[2], Cicéron essayait de démontrer que Naevius n'avait pas en fait possédé conformément à l'Edit les biens de Quinctius.

De cette exposition il ressort manifestement que c'est dans la deuxième partie du *pro Quinctio* que nous devons rechercher la solution du problème[3]. C'est là en effet que Cicéron a dû laisser entrevoir la cause de *missio* dont Naevius s'était prévalu à l'encontre de Quinctius. La difficulté réside en ce fait que Quinctius, dans cette procédure organisée sous la forme d'une *sponsio*, joue nécessairement le rôle de demandeur et que, par suite,

1. C'est à Hartmann, *op. cit.*, p. 26, que revient le mérite d'avoir exactement déterminé le rapport dans lequel se trouvent l'une avec l'autre les deux premières parties du discours de Cicéron. Il montra que l'ordre suivi par Cicéron n'était pas un ordre rationnel, comme beaucoup d'auteurs le pensaient avant lui (Keller, *Semestrium*, p. 59), mais un ordre purement historique, purement chronologique. L'opinion de Hartmann a été adoptée par Karlowa, *op. cit.*, p. 107 ; Kuebler, *op. cit.*, p. 58.

2. Sur la question cons. Hartmann, *op. cit.*, p. 17 n. 11 ; Karlowa, *op. cit.*, p. 102 n. 2, et principalement Oetling, *Festsch. des Gymn. Hamm in W.*, p. 80.

3. Nous repoussons les affirmations de Dernburg, *op. cit.*, p. 64 et s. qui voudrait chercher dans la première partie du discours la preuve que la *missio in possessionem* accordée contre Naevius a pour fondement une *latitatio*. D'après cet auteur, l'existence d'un *vadimonium desertum* n'aurait pas seulement servi à rendre vraisemblable l'existence d'une dette à l'encontre de Quinctius, mais elle aurait pu encore fonder la présomption d'une absence frauduleuse. C'est pourquoi Cicéron, en mettant tous ses efforts à démontrer qu'il n'y a pas eu *vadimonium desertum*, aurait, en orateur habile, poursuivi deux buts différents : il aurait voulu, principalement, détruire la vraisemblance d'une créance existant au profit de Naevius et, accessoirement,

Cicéron qui a le premier la parole a à combattre par avance toutes les prétentions possibles de Naevius. Pour parer au danger, il n'a donc à sa disposition qu'un moyen : passer successivement en revue les différents cas dans lesquels le préteur permettait à un créancier de posséder les biens de son débiteur et s'efforcer de démontrer qu'aucun ne s'applique à Quinctius.

C'est ce qu'il fait tout au début de la deuxième partie de son discours, XIX, 60.

> Tracta edictum. QUI FRAUDATIONIS CAUSA LATITARIT. Non est is Quinctius; nisi si latitant, qui ad negotium suum relicto procuratore proficiscuntur. CUI HERES NON EXSTABIT. Ne is quidem. QUI EXSILII CAUSA SOLUM VERTERIT. Quo tempore existimas oportuisse, Naevi, absentem Quinctium defendi aut quo modo? tum, cum postulabas, ut bona possideres? etc.

Ce passage doit nécessairement comprendre toutes les clauses de *missio rei servandae causa* existant à l'époque de Cicéron dans le titre *quibus ex causis in possessionem eatur*, car si Cicéron en avait omis quelqu'une, il aurait risqué d'enlever toute force à son argumentation[1]. Mais, reproduit, ainsi que nous l'avons fait, suivant la lecture concordante des divers manuscrits que nous possédons aujourd'hui, notre texte présente indubitablement une lacune entre les mots *qui exsilii causa solum verterit* et les mots *quo tempore existimas*[2]. De quelle façon écarter la présomption de l'absence frauduleuse, c'est-à-dire de la *latitatio*. Nous répondons avec Karlowa, *op. cit.*, p. 120, que l'on ne voit pas bien quel résultat heureux Cicéron pouvait retirer de cette manœuvre. En passant sous silence ce point délicat dans sa deuxième partie où rationnellement il aurait dû s'y arrêter, Cicéron ne devait-il pas faire une impression plus mauvaise sur ses auditeurs? Nous ajoutons que cette intention qu'aurait eue Cicéron, en prouvant qu'il n'y a pas eu *vadimonium desertum*, d'écarter l'accusation de *latitatio*, n'apparaît nullement à la lecture des développements relatifs au *vadimonium desertum*.

1. En ce sens Ramadier, *op. cit.*, p. 29.

2. L'existence de la lacune nous semble suffisamment attestée par ce fait que Cicéron, dans le texte qui nous est parvenu, ne repousse aucunement la clause *qui exsilii causa solum verterit*, alors que, dans sa *peroratio*, il nous dit avoir montré qu'elle ne pouvait pas s'appliquer à Quinctius (XXVIII, 86, cité infrà, p. 56) Certains auteurs ont cependant nié qu'il y ait une lacune à cet endroit. Gruterus, V^is^ solum verterit. quo tempore (*M. Tullii Ciceronis opera omnia cum Graeri et selectis variorum notis et indicibus locupletissimis, accurante C. Schrevelio*. Ams-

convient-il de la combler? Pour les uns, Cicéron, après avoir d'un mot repoussé l'application à Quinctius de la clause *qui exsilii causa solum verterit*, serait revenu sur la clause *qui fraudationis causa latitarit*, soit pour démontrer que, Quinctius ayant été défendu valablement par Alfenus, la condition accessoire, relative au manque de *defensio,* à laquelle était subordonnée son exercice[1], ne se trouvait pas remplie[2], soit pour tenter de justifier à nouveau Quinctius de l'accusation d'avoir commis une *latitatio*[3]. Les autres soutiennent au contraire que, dans la partie perdue de son discours, Cicéron citait une quatrième clause de

telodomi apud Ludovicum et Danielem Elzevirios, 1661, tome I, p. 196, note 13) conjecture que Cicéron a dû repousser la clause *qui exsilii causa solum verterit* simplement avec le ton sur lequel il la prononça : *Ego tamen puto nihil deesse omnino; sed Ciceronem ea pronuntiatione elocutum illa*, qui exsulii causa solum verterit, *ut judices atque corona facile intellexerit istud non convenire Quintio.* Selon Bachofen, *Krit. Jahrb*, p. 977, il ne faudrait voir qu'une brusque transition dont on ne saurait blâmer Cicéron, car elle anime le discours. Mommsen, *op. cit.* col. 1093 (suivi par Oetling, Progr., Oldenburg, 1882), tout en repoussant la nécessité d'une lacune, corrige légèrement le texte de la Vulgate : *Ne is quidem. Qui exsilii causa solum verterit. Quo tempore? — Existimas oportuisse, Naevi, absentem Quinctium defendi. At quomodo? tum cum postulabas, ut bona possideres,* etc. Mais Kuebler, ZSS (RA), 1893, p. 64, a justement critiqué cette correction en faisant remarquer que le rejet de la dernière clause *qui exsilii causa...* par *quo tempore* est pénible et que les mots *tum cum postulabas* ne peuvent être une réponse satisfaisante à la question *quomodo* ? — Dernburg, *op. cit.*, p. 63, se prononce aussi nettement contre l'idée d'une lacune.

1. Cette condition accessoire correspondrait aux mots *si boni viri arbitratu non defendetur* que l'on rencontre dans la clause *qui fraudationis causa latitarit*, telle qu'elle nous est parvenue au *D.*, 42, 4, *quib. ex caus.*, 7, 1. (Ulpien, 59 *ad ed.*). *Praetor ait :* « *Qui fraudationis causa latitabit, si boni viri arbitratu non defendetur, ejus bona possideri vendique jubebo.* »

2. Nous pouvons dans ce sens citer les restitutions proposées par Kuebler et Oetling qui toutes deux nous paraissent arbitraires : Kuebler, ZSS (RA), 1893, p. 64. restitue de cette façon le passage du *pro Quinctio : Qui exsilii causa solum verterit* (*dici hoc de P. Quinctio non potest. Quid ergo est? Quomodo Naevius ex edicto P. Quinctii bona possidere potuit? — At in edicto dicunt addictum esse « Si absens judicio defensus non fuerit. »*) *Quo tempore existimas*, etc.

Oetling qui s'était dans Progr. Oldenburg, 1882, prononcé d'abord pour la restitution de Mommsen se déclare (Festschrift des Gymn. Hamm in W., p. 66) convaincu par les objections que lui a adressées Kuebler et propose à son tour la restitution suivante : *Dici hoc de P. Quinctio non potest. quid ergo est? Existimas oportuisse, Naevi, absentem Quinctium defendi. quo tempore et quomodo?*

3. Cette conjecture fut pour la première fois émise par Rau, *op. cit.*, p. 47, p. 83, qui, trouvant insuffisante la manière dont Cicéron a repoussé l'accusation de *latitatio* que l'on pouvait adresser à Quinctius (*Non est is Quinctius; nisi si latitant, qui ad negotium suum relicto procuratore proficiscuntur.*), pense que l'orateur a dû ensuite revenir sur le fait de la *latitatio*, et ce serait justement dans cette

l'Edit, la clause *qui absens judicio defensus non fuerit*, présentant le caractère de clause indépendante au même titre que la clause *qui fraudationis causa latitarit*, et ce serait à la tentative faite par l'orateur de démontrer que cette quatrième clause ne pouvait pas non plus s'appliquer à Quinctius que se rapporteraient les longs développements commençant par les mots *quo tempore existimas* et par lesquels Cicéron s'efforce de prouver que Quinctius a été valablement défendu par Alfenus. Ils invoquent tous en ce sens l'autorité de deux humanistes du XVI^e^ siècle : Hotman et Lambin, qui déclarent chacun avoir lu dans un manuscrit les mots *qui absens judicio defensus non fuerit*[1] et ils adoptent, soit purement et simplement[2], soit avec de légères variantes[3], l'une ou l'autre de leurs restitutions, qui ne présentent d'ailleurs entre elles que des différences insignifiantes. On comprend sans peine l'intérêt qu'il y a pour nous à prendre position sur cette question de restitution. Car si nous admettons que les mots *qui absens judicio defensus non fuerit* ont véritable-

partie perdue du *pro Quinctio* que se serait trouvée la définition de *latitare* qui est au *D.*, 42, 4, 7, 4, attribuée à Cicéron et que l'on n'a découverte dans aucune de ses œuvres : *latitare est non, ut Cicero definit, turpis occultatio sui.* Roby, *op. cit.*, p. 474, n. 4, a récemment repris la conjecture de Rau et a tenté de donner sur cette base une nouvelle restitution de XIX, 60.

1. Hotman, *opera*, t. III, Lyon, 1600, col. 803 : *Ante haec verba* (il s'agit des mots : quo tempore existimas) *desiderantur haec omnia quae tibi lector ex libro manuscripto perantiquo restituimus.* Dici id non potest. Qui absens judicio defensus non fuerit. Ne id quidem. — Lambin (*M. Tullii Ciceronis opera omnia quae exstant, a Dionysio Lambino Monstroliensi ex codicibus manuscriptis emendata et aucta*, Parisiis, 1566), restitue, p. 11, dans le texte : *dici hoc de P. Quinctio non potest. Qui absens judicio defensus non fuerit*, et justifie ainsi sa restitution, p. 677. V^is^ dici hoc de P. Quinctio non potest : *haec et quae deinceps sequuntur usque ad illa verba* quo tempore *desiderantur in omnib. libris vulgatis, restituimus autem, in manuscriptis reperta : neque tamen reperimus ea Ciceronis verba, quae testatur Hotomanus, se unà cum verbis edicti reperisse,* ne hoc quidem, *neque vero sunt necessaria.* Dans l'édition de 1584, postérieure à la mort de Lambin, (*M. Tullii Ciceronis opera omnia quae exstant, a Dionys. Lambino Monstroliensi ex codicibus manuscriptis emendata, Ejusdem Dionysii Lambini annotationes seu emendationum rationes longè omnium auctissimae.* Excudebat Jeremias des Planches [Genève] (1584), la restitution mise en marge, t. II, p. 11, comprend en plus les mots *ne is quidem.*

2. Ont adopté purement et simplement la restitution de Hotman : Hartmann, *op. cit.*, p. 23; Karlowa, *op. cit.*, p. 115.

Frei, *op. cit.*, p. 33, se prononce pour la restitution de Lambin, telle qu'elle se trouve dans l'édition de 1566.

3. Keller, *Semestrium*, p. 67, admet en principe la restitution de Hotman, mais retranche les mots de la fin : *ne id quidem.*

ment figuré dans le texte original de XIX, 60, nous devrons fatalement conclure qu'à l'époque cicéronienne la *missio in possessionem* donnée sur le fondement de la clause indépendante *qui absens*... pouvait conduire à la *venditio bonorum*. Le témoignage de Hotman et de Lambin ne nous paraît pas avoir une force suffisante par lui-même. Il ne peut, croyons-nous, être pris en considération que si la présence de la clause *qui absens*.... s'impose par le fond même du discours. Or on ne peut nier qu'il n'en soit pas ainsi[1].

Il suffit pour s'en convaincre de lire les longs développements qui commencent aux mots *quo tempore existimas oportuisse, Naevi, absentem Quinctium defendi aut quomodo?* et où sans cesse nous retrouvons les mots mêmes de la clause *qui absens*.

XIX, 61 : Quid aliud sit *absentem defendi*, ego non intelligo.

1. C'était déjà l'opinion de Paul Manuce, contemporain de Hotman et de Lambin, (*M. Tullii Ciceronis operum liber tertius continens orationum volumen primum et in ipsum Paulli Manutii Commentarium*. Venitiis, apud Aldum, 1583. p. 25. V^is^ solum verterit) : *mutilus locus. deest enim, quod ad haec edicti verba Cicero respondeat. Neque vero Ciceronis tantum verba desiderantur. sed, ut arbitror, etiam edicti cum enim subjiciatur :* Quo tempore existimas oportuisse. Naevi, absentem Quinctium defendi : *necesse omnino videtur, praeire edicti verba quibus haec respondeant. apte autem congruerent in edicto :* qui absens judicio non sit defensus. *Quod eo magis arbitror, quia videtur edicti verba iterare, cum ait infra :* quis est, qui fraudationis caussa latuisse dicat? quis, qui absentem defensum neget esse Quinctium? *Et alio loco :* Eum ipsum, qui fraudandi caussa latitet, cum ipsum, quem judicio nemo defendat; eum ipsum, qui cum omnibus creditoribus suis male agat, invitum de praedio detrudi vetat. *Et aliquanto post :* Ex edicto autem non potuisse bona possideri, demonstravi : quod neque fraudandi caussa latitasset, neque exsilii caussa solum vertisse diceretur. Reliquum est, ut eum nemo judicio defenderit. Quod contra copiosissime defensum esse contendi. — Plus tard Garatoni (*M. Tullii Ciceronis ora*)*tiones, ex recensione Jo. Georgii Graevii*, I, Naples, 1777, p. 81, en note, 1^re^ col.- s'exprimera de la même façon : » *Sensus etiam hic omnino postulat, ut aliquid ex edicto praecesserit de iis, qui absentes defensi non fuere. Cur vero Hottomanno et Lambino, viris optimis. eam dicam impingamus, ut codices hic ipsi s bi confinxisse vulgo existimari debeant : causam satis honestam nullam reperio. An eos antiquis et probis MSis usos fuisse nescimus? An etiam codex aliquis celerarum negligens una in re diligens esse non potuit? Unde lacuna ista profluxerit, satis est manifestum : ex repetitione scilicet earum vocum :* Ne is quidem *et similium. Lacunam dico, invito Grutero. Is enim non cogitavit, de Quintii absentis defensione dicere Tullium incipere, nec tamen quid ea de re in edicto esset, ante recitari. Quod quidem caput est : hoc enim Naevius urgebat.* — Plus récemment : Keller, *Semestrium*, p. 48 : Bethmann Hollweg, *op. cit.*, p. 560, n. 18; Karlowa, *op. cit.*, p. 115; Costa, *op. cit.*, p. 13.

XX, 62 : Et audes, Sex. Naevi, negare *absentem defensum esse Quinctium*, cum eum defenderit idem, qui te solebat? et, cum is judicium acceperit pro Quinctio, cui tu rem et famam tuam commendare proficiscens et concredere solebas, conaris hoc dicere, neminem exstitisse, qui *Quinctium judicio defenderet?*

XX, 65 : Quod si probari nemini potest, illud certe probari omnibus necesse est, *defensum esse judicio absentem Quinctium*. Quod cum ita sit, ex edicto bona possessa non sunt.

XXI, 68 : Quid affertur, quare P. Quinctius negetur *absens esse defensus* ?

Il est manifeste que c'est maintenant à la clause *qui absens*... que s'attache Cicéron. C'est sur elle qu'il concentre toute son argumentation, car c'est-elle qui paraît le mieux s'appliquer à son client. Quinctius était absent de Rome lors des poursuites de Naevius. C'est un fait certain que Cicéron d'ailleurs ne cherche pas à contester. Aussi ne s'arrête-t-il pas au mot *absens* pour essayer de nier l'absence de Quinctius. Mais il ne suffit pas d'après l'Edit d'être *absens*. Il faut encore que l'*absens* n'ait pas été défendu par un *judicium*. Sur ce point seul Cicéron avait des chances de triompher. Aussi met-il tous ses efforts à démontrer que Quinctius a été défendu valablement par Alfenus. En définitive tous les développements commençant aux mots *quo tempore existimas* nous paraissent beaucoup mieux s'entendre comme se rapportant à la clause indépendante *qui absens*... que comme se greffant sur la condition accessoire de la clause *qui fraudationis causa latitarit*.

Aussi bien Cicéron, dans plusieurs passages, rapproche nos deux clauses pour les opposer l'une à l'autre :

XXIII, 74 : Ubi erant ceteri creditores? denique hoc tempore ubi sunt? quis est, qui fraudationis causa latuisse dicat? quis, qui absentem defensum neget esse Quinctium? nemo invenitur[1].

1. Dernburg, *op. cit.*, p. 67, s'appuie sur ce passage pour soutenir que la *missio* accordée contre Quinctius a bien pour fondement une *latitatio*. Pourquoi, demande-t-il, Cicéron se serait-il étonné qu'aucun créancier ne se soit présenté pour accuser

XXVII, 84 : Eum ipsum, qui fraudandi causa latitet, eum ipsum quem judicio nemo defenderit, eum ipsum, qui cum creditoribus suis male agat, invitum de praedio detrudi vetat.

XXVIII, 86 : Ex edicto autem non potuisse bona possideri demonstravi, quod neque fraudandi causa latitasset[1] neque exsilii causa solum vertisse diceretur. Reliquum est, ut eum nemo judicio defenderit.

C'est donc qu'à l'époque de Cicéron existait à côté de la clause *qui fraudationis causa latitarit* la clause indépendante *qui absens judicio defensus non fuerit* et dans l'*album* du préteur elle occupait bien la place qu'elle occupe dans l'énumération du *pro Quinctio*. On l'a contesté en objectant que Cicéron n'a pu, énumérant les différentes clauses de l'Edit, commencer par citer une clause de *missio in possessionem* relative aux biens d'un vivant et citer ensuite deux clauses de *missio* se rapportant aux biens d'un mort ou d'un *capite minutus*, pour citer à nouveau une clause de *missio* relative aux biens d'un vivant[2]. Mais l'objection ne porte pas quand on remarque que l'ordre, dans lequel étaient citées dans l'Edit les différentes clauses de *missio*, était, non pas un ordre rationnel, mais un ordre purement historique, purement chronologique. La clause qui figure en dernier lieu dans l'Edit du temps de Cicéron est justement la clause *qui absens judicio defensus non fuerit*, qu'il fut nécessaire d'a-

Quinctius de s'être caché *fraudationis causa*, si Naevius n'avait lui-même basé sa demande de *missio* sur une *latitatio?* Mais Dernburg oublie que Quinctius joue dans le procès le rôle de demandeur et que Cicéron doit répondre par avance à toutes les allégations possibles de Naevius. Or les autres créanciers de Quinctius, pour profiter de la possession de Naevius, doivent nécessairement s'appuyer sur la cause de *missio* dont s'est prévalu celui-ci (Paul, 59 *ad ed.*, *D.*, 42, 5, *de reb. auct.*, 12 pr. cf. Ramadier, *op. cit.*, p. 41 et s.). Par conséquent, de même que Cicéron a énuméré toutes les clauses d'envoi en possession de l'Edit pour démontrer qu'aucune ne pouvait s'appliquer à Quinctius, de même il fait invoquer par les autres créanciers les différentes clauses dont Naevius aurait pu se prévaloir.

1. Lambin, éd. 1566, p. 678, frappé vraisemblablement de la façon laconique dont Cicéron, XIX, 60, a repoussé l'accusation de *latitatio*, proposait timidement la lecture *latitasse : legendum fortasse est latitasse.* Mais tous les manuscrits portent *latitasset* et la majorité des auteurs concluent à son maintien. Comp. Rau, *op. cit* , p. 84; Dernburg, *op. cit.*, p. 67, n. 32; Keller, *Semestrium*, p. 65, n. 41; Hartmann, *op. cit.* p. 23, n. 1.

2. Dernburg, *op. cit.*, p. 64, n. 23; Kuebler, *op. cit.*, p. 64.

jouter quand, avec le développement du territoire de Rome et des transactions, la clause *qui fraudationis causa latitarit* devint insuffisante[1].

Maintenant que nous avons montré que la clause *qui absens judicio defensus non fuerit* s'impose dans l'énumération de XIX, 60, nous avons à dire notre sentiment sur la manière dont doit être opérée la restitution. Nous avons le choix entre celle proposée par Hotman et celle recommandée par Lambin. A laquelle convient-il de donner la préférence?

Deux considérations peuvent nous permettre de résoudre le problème :

1° Est-il possible de trouver des indications dans d'autres discours de Cicéron?

2° Comment peut-on expliquer la lacune que nous constatons dans XIX, 60?

Pour ce qui est du premier point, un renseignement précieux nous est fourni par le *pro Tullio*[2]. Au ch. 20 § 48, Cicéron veut rejeter successivement d'un mot trois faits que l'on pouvait reprocher à Tullius et voici les expressions dont il s'est servi :

> « Num quem tribunum plebis servi Tullii pulsaverunt? Non opinor. Num furatum domum P. Fabii noctu venerunt? Ne id quidem. Num luce furatum venerunt et se telo defenderunt? Dici non potest.

L'analogie que présente la situation avec celle du *pro Quinctio,* XIX, 60, a été depuis longtemps signalée[3]. Or, en troisième lieu, Cicéron se sert de l'expression *dici non potest* que nous retrouvons, avec la seule adjonction d'un *id*, dans la restitution de Hotman. Cela nous paraît suffisant pour donner sur ce point la préférence à Hotman.

La deuxième observation va nous permettre maintenant de

1. En ce sens Karlowa, *op. cit.*, p. 123; Fliniaux, *Le vadimonium*, p. 90, n. 1; Ramadier, thèse précitée, p. 30.

2. Au *pro Tullio* on peut joindre : *in Verrem*, actio II, 1, 46, 118, *non enim hoc potest hoc loco dici;* 3, 88, 205, *ne id quidem dicet; Caecina*, 25, 72, *illud enim potest dici... hoc non potest....*

3. En particulier par Ph. E. Huschke (*Analecta litteraria*, Leipzig, 1826, ad cap. 48, *pro Tullio*) : *Hotmani inventum sive verum sive fictum, quicumque cum isto loco* (il s'agit du passage du *pro Tullio*) *contulerit, non dubitaturum eum, quin Ciceroniani sermonis proprietate admodum id adjuvetur.*

prendre parti sur la fin de la restitution : la lacune dont nous avons constaté l'existence dans XIX, 60, doit vraisemblablement venir d'une erreur de copiste et cette erreur elle-même, d'une confusion entre deux finales de phrase. Cette confusion aurait pu d'abord naître relativement au *ne is quidem* par lequel Cicéron rejette l'application à Quinctius de la clause *cui heres non exstabit* et au *ne id quidem* par lequel, dans la restitution de Hotman, l'orateur repousse l'application de la clause *qui absens judicio defensus non fuerit*. Mais cette conjecture[1] est ruinée par la considération que, si les choses s'étaient ainsi passées, le copiste n'aurait pu transcrire les mots *qui exsilii causa solum verterit*. Il faut nécessairement que la confusion ait eu lieu à propos de la finale de la phrase *qui exsilii causa solum verterit*. Ne peut-on pas conjecturer que le copiste a sauté de *verterit* à *fuerit* par quoi se termine la clause *qui absens?*

Si cette conjecture est exacte, il ne doit rien exister entre *fuerit* et *quo tempore*. Les mots *ne id quidem* de la restitution de Hotman sont de trop, et nous n'hésitons pas à les retrancher en faisant de plus valoir les deux arguments suivants : en premier lieu, que rien d'équivalent n'existe dans la restitution de Lambin de l'édition de 1566; en second lieu, que si les mots *ne id quidem* figuraient dans le texte original du *pro Quinctio,* la phrase commençant par les mots *quo tempore existimas* ne s'y rattacherait pas d'une manière satisfaisante. On attend en effet un mot quelconque de liaison, par exemple un *enim,* qui devrait s'intercaler entre *quo tempore* et *existimas.* Par conséquent nous n'hésitons pas à donner pour la finale de la restitution la préférence à Lambin (édition de 1566).

Nous pouvons maintenant, croyons-nous, rétablir avec certitude le fameux passage XIX, 60, et cette restitution parle assez par elle-même pour être la conclusion de notre étude du *pro Quinctio :*

> Tracta edictum. QUI FRAUDATIONIS CAUSA LATITARIT. Non est is Quinctius ; nisi si latitant, qui ad negotium suum relicto procuratore proficiscuntur.

1. Cette conjecture se rencontre dans le commentaire de Garatoni. Voir suprà, p. 54, n. 1.

CUI HERES NON EXSTABIT. Ne is quidem. QUI EXSILII CAUSA SOLUM VERTERIT. *Dici id non potest. QUI ABSENS JUDICIO DEFENSUS NON FUERIT.* Quo tempore existimas....[1].

II

Avec le *pro Quinctio* nous avons vu quels étaient à Rome les effets de la simple absence d'après l'Edit du préteur urbain : tout individu qui s'absentait de Rome sans laisser un *procurator* chargé de le représenter *in jure* ou qui pendant son absence n'était pas représenté par un *defensor* qui déclarait spontanément vouloir le défendre, tombait sous le coup de la clause *qui absens judicio defensus non fuerit*. Celui qui prétendait avoir une action à intenter contre lui pouvait requérir du préteur l'envoi en possession de l'ensemble de son patrimoine[2] et si, pendant le délai de trente jours, l'absent n'était pas revenu se défendre ou n'avait pas été défendu par un représentant, faire procéder à la *venditio bonorum*[3]. L'étude d'un procès qui s'est déroulé en Sicile sous le proconsulat de Verrès (681-684) va nous permettre de rechercher si les choses se passaient de même en province. Il

1. La restitution que nous adoptons est celle de Keller, *Semestrium*, p. 68. Elle a été admise depuis par C. F. W. Mueller : *M. Tulli Ciceronis scripta quae manserunt omnia recognovit C. F. W. Mueller, part. II, vol. I*, Lipsiae, 1901 (collection Teubner), p. 19.

2. Sur la question de savoir si le préteur accordait la *missio* après un examen de l'affaire (*cognita causa*), cons. Fliniaux, *Le vadimonium*, p. 93, n. 1 ; Lefèvre, *op. cit.* p. 69, n. 1 ; Ramadier, *op. cit.*, p. 32 et s.

3. L'exception relative au pupille et à celui qui *rei publicae causa sine dolo malo afuit*, révélée par une clause du titre *quibus ex causis* rapportée au *D.*, 42, 4, 6, 1 (Paulus, 57 *ad ed.*) : *Cum dicitur « Et ejus, cujus bona possessa sunt a creditoribus, veneant, praeterquam pupilli et ejus, qui rei publicae causa sine dolo malo afuit » intellegimus ejus qui dolo malo afuerit, posse venire*, devait se trouver déjà dans l'Edit du temps de Cicéron puisqu'il y est fait allusion dans la *lex Julia Municipalis* de l'an 709, ligne 116 : *quojusve bona ex edicto ejus, quei j(ure) d(eicando) praefuit praefuerit, — praeterquam sei quojus, quom pupillus esset rêive publicae caussa abesset neque d(olo) m(alo) fecit fecerit quo magis r(ei) p(ublicae) c(aussa) a(hesset) [possessa proscriptave sunt erunt], — possessa proscriptave sunt erunt.* (Girard, *Textes*[4], p. 87). Et voici, croyons-nous, comment on peut la rattacher à la partie principale de l'édit. Il est à supposer que Cicéron dans le *pro Quinctio*, XIX, 60, cite textuellement l'édit. Or nous n'y trouvons pour aucune des clauses qu'il énu-

s'agit du fameux procès que les habitants de Bidis intentèrent contre Epicrate avec la complicité de Verrès (*in Verrem* II, 2, 22-26)[1].

Une succesion de cinq cent mille sesterces, échue à un certain Epicrate, un des plus riches citoyens de Bidis, excite la convoitise de Verrès, qui imagine de la faire revendiquer par le gymnase de cette cité. Epicrate, informé de ce qui se tramait contre lui, jugea prudent de quitter secrètement la province et partit pour Regium. Ce départ précipité contraria les projets de Verrès, car pour qu'un jugement pût intervenir contre Epicrate, il fallait nécessairement que celui-ci ait comparu *in jure*. Que faire? Verrès déclare alors vouloir dorénavant connaître des actions dirigées contre un absent. Les Bidiniens se présentent et revendiquent la succession. Mais les procurateurs d'Epicrate protestent contre cette iniquité : ils exigent, ou bien d'être renvoyés devant le tribunal local, seul compétent, puisqu'il s'agissait d'un procès entre habitants appartenant à une même cité, ou bien, si on veut qu'ils renonçent à la compétence du tribunal local, qu'on les cite au *conventus* par la *dicarum scriptio* conformément à la loi Rupilia[2].

II, 2, 24, 59 : Ostendit enim novo modo, si quis quid de absente peteret, se auditurum. Adeunt Bidini, pe-

mère, la formule d'envoi en possession. On peut en conclure que cette formule devait venir tout à la fin de l'édit, après l'énumération des diverses hypothèses :

QUI FRAUDATIONIS CAUSA LATITABIT (la condition accessoire *si boni viri arbitratu non defendetur* aurait été introduite plus tard. Cf. Dernburg, *op. cit.*, p. 46).

CUI HERES NON EXSTABIT.

QUI EXSILII CAUSA SOLUM VERTERIT.

QUI ABSENS JUDICIO DEFENSUS NON FUERIT.

ejus bona possideri proscribive jubebo, partie principale à laquelle se souderait la partie accessoire renfermant l'exception relative au pupille et à l'*absens rei publicae causa*

et ejus cujus bona possessa (proscriptave) sunt a creditoribus, veneant, praeterquam pupilli et ejus, qui rei publicae causa sine dolo malo afuit.

En faveur de notre restitution du titre *quibus ex causis in possessionem eatur*, de l'Edit du temps de Cicéron, nous pouvons, en plus de l'argument tiré du *pro Quinctio*, invoquer la façon extrêmement large dont la *lex Julia municipalis* entend l'exception relative au pupille et à l'*absens rei publicae causa*. Elle paraît bien la rattacher non pas à une clause déterminée, mais à l'ensemble de l'édit *quibus ex causis*.

1. Sur le procès d'Epicrate, cons. Dernburg, *op. cit.*, p. 15 et s., p. 42 et s., Fliniaux, *Le vadimonium*, p. 145; *NRH*, 1909, p. 547.

2. Sur la *dicarum scriptio*, cons. Fliniaux, *Le vadimonium*, p. 137 et s.; *NRH*, 1909, p. 535 et s.

tunt hereditatem; procuratores postulant, ut se ad leges suas rejiciat aut ex lege Rupilia dicam scribi jubeat.

Les habitants de Bidis sont forcés de s'incliner. *Adversarii non audibant contra dicere : exitus nullas reperiebatur.* C'est alors qu'ils songent à employer un autre moyen :

> Insimulant hominem fraudandi causa discessisse, postulant, ut bona possidere jubeat.

Ce moyen, c'est de demander à Verrès de leur accorder l'envoi en possession des biens d'Epicrate. Et cette demande de *missio in possessionem*, ils la basent sur ce fait qu'Epicrate est parti *fraudandi causa*, c'est-à-dire en vue de frauder ses créanciers. Ils invoquent la clause de l'Edit : *qui fraudationis causa latitarit.*

Faut-il en conclure, par comparaison avec le *pro Quinctio*, que la clause *qui absens judicio defensus non fuerit* ne figurait pas encore dans l'Edit provincial du temps de Verrès? Nous ne le pensons pas. Il nous paraît au contraire y avoir conformité complète entre l'Edit du préteur de Rome et l'Edit du proconsul Verrès. Et la confrontation du *pro Quinctio* et des Verrines va nous permettre de dégager l'évolution qui s'est produite relativement à la situation faite à l'absent dans la procédure de l'*ordo judiciorum privatorum* et dont le *pro Quinctio* marque la dernière étape.

La clause *qui fraudationis causa latitarit* qui fit la première son apparition dans l'Edit commença par être interprétée restrictivement : elle vise uniquement le cas de *latitatio*, c'est-à-dire le fait pour un débiteur de se dérober aux poursuites de son créancier en se cachant dans l'endroit même où il doit être actionné. Notre clause ne pouvait donc pas originairement s'appliquer à celui qui quittait la ville, à l'*absens*, au sens technique du mot[1].

1. En notre sens: Zimmern, *Geschichte des röm. Privatrechts*, III, 1829, p. 240 et s.; Keller, *Semestrium*, p. 51. On peut faire valoir que la question était encore posée par les jurisconsultes de l'époque classique. Pouvait-il y avoir *latitatio* dans une ville autre que celle où le défendeur devait être actionné? Ulpien, 59 *ad ed.*, *D.*, 42, 4, *quibus ex causis*, 7, 13, répond affirmativement : *Illud sciendum est posse quem in eadem civitate esse et latitare, et in alia civitate et non latitare. Etenim qui in alia*

On pensa plus tard à étendre le champ d'application de la clause *qui fraudationis causa latitarit* en élargissant la notion de *latitatio*. On en arriva, — et cela paraît bien s'être fait par une interprétation doctrinale dont on retrouve l'écho au Digeste[1], — à assimiler à la *latitatio* le fait de quitter le lieu où l'on savait devoir être actionné, à condition que l'on ait, en ce faisant, l'intention formelle de frauder son créancier (*fraudationis causa, fraudandi causa*).

Le *pro Quinctio* et les Verrines s'accordent pour nous révéler cette phase de l'évolution.

De quelle façon en effet Cicéron repousse-t-il l'application que l'on pouvait faire à son client de la clause *qui fraudationis causa latitarit?* En disant : *Non est is Quinctius : nisi si latitant qui ad negotium suum relicto procuratore proficiscuntur;* cette clause ne peut s'appliquer à Quinctius, à moins de considérer comme *latitans* celui qui part en voyage pour ses affaires, en laissant un procurateur. Donc *a contrario*, pour que l'on puisse parler véritablement de *latitatio*, il faut qu'il s'agisse d'un départ frauduleux, fait exclusivement en vue de frauder son créancier. Or une telle intention ne pouvait être reprochée à Quinctius.

Tout autre au contraire paraît être le cas d'Epicrate dans les Verrines. Aucune affaire n'appelait celui-ci à Regium. C'est manifestement pour échapper aux poursuites qui allaient être dirigées contre lui qu'il s'est enfui de la province.

II, 2, 22, 55 : Res occultari satis non potuit: per quendam eorum, qui interfuerant, fit Epicrates

civitate sit copiamque sui faciat in publico ibique pareat, an latitet, videamus. Et hodie hoc jure utimur, ut sive quis eodem loci agat sive peregre agat, si tamen occursum creditoris evitet, latitare videatur. On peut aussi invoquer en notre sens *D.*, 2, 4, *de in jus voc.*, 18, (Gaius. 4 *ad legem duodecim tabularum*) qui, joint à *D.*, 2, 4, 19 (Paulus, 4 *ad ed.*), montre que la *latitatio*, dans son acception primitive, consistait dans le fait de se cacher dans sa propre maison.

1. Ulpien, 45 *ad Sabinum*, *D.*, 42, 5, *de reb. auct.*, 36 (Lenel, *Pal.*, 2922, pense qu'il y a une fausse inscription et propose 47 au lieu de 45 *ad Sabinum*) : *Eum, qui circa columnas se occultet, ut creditorem evitet, latitare placet : nam et eum, qui recedit « hoc est qui supterfugit », ne secum aliqua actio moveatur, latitare placet. Tam et qui urbe profugit, utique fraudandi causa : nec enim interest, quod attinet ad latitandum, utrum quis profugerit an vero Romae agens copiam sui non facit.*

certior. Primo neglegere coepit et contemnere, quod causa prorsus, quod disputari posset, nihil habebat. Deinde cum de Heraclio (une victime de Verrès) cogitaret et istius libidinem nosset, commodissimum putavit esse de provincia clam abire itaque fecit : profectus est Regium.

C'est donc à bon droit que les Bidiniens l'accusèrent d'être parti *fraudandi causa*.

Pendant longtemps les intérêts des créanciers parurent être assez sauvegardés grâce à l'interprétation très large donnée à la clause *qui fraudationis causa latitarit*. Mais lorsque, avec le développement du territoire de Rome, le champ des affaires et des transactions se fut considérablement accru, la clause *qui fraudationis causa latitarit* ne tarda pas à paraître insuffisante. Un négociant pouvait rester de longs mois absent de Rome, appelé par ses affaires dans quelque coin reculé de l'empire. Pendant tout le temps que durait son absence l'action d'un créancier se trouvait en quelque sorte immobilisée. Impossible de demander la *missio in possessionem*, puisque ce n'était pas *fraudandi causa* qu'avait eu lieu son départ de Rome.

C'est devant l'insuffisance manifeste de la clause *qui fraudationis causa latitarit* que le préteur songea à insérer dans l'édit *quibus ex causis in possessionem eatur* une nouvelle clause d'envoi en possession. Ce fut la clause *qui absens judicio defensus non fuerit*[1]. Dorénavant la *missio in possessionem* put être accordée au profit d'un créancier contre un débiteur absent de Rome, sans que cette absence revêtit un caractère frauduleux à son égard. Dorénavant toute personne qui s'absente de Rome doit avoir soin au préalable de laisser un *procurator*, une personne chargée de la représenter dans les actions que l'on pourrait intenter contre elle pendant son absence. Sans cette précaution, le créancier pourra obtenir l'envoi en possession, et, si trente jours

1. Quand la clause *qui absens judicio defensus non fuerit* fut-elle introduite dans l'Edit du préteur? Le *pro Quinctio* nous la montre existant en 673'81. Mais il est impossible de déterminer exactement sa date d'apparition Tout ce qu'il est permis d'affirmer, c'est qu'elle est nécessairement postérieure à la création de la *formula Serviana* qui a dû précéder ou accompagner l'inscription dans l'Edit de la clause *cui heres non exstabit*. Cf. Ramadier, *op cit.*, p. 31.

s'écoulent sans que le saisi ait été défendu par un *judicium,* il pourra au bout de ce délai faire procéder à la *venditio bonorum* qui aura pour conséquence de substituer au défendeur absent un défendeur présent contre lequel l'action pourra être enfin intentée.

LA TÉTRARCHIE

Sommaire d'une étude d'ensemble

PAR

GEORGES GOYAU

Ancien élève de l'École Normale supérieure et de l'École Française de Rome
Agrégé d'histoire

Les réformes constitutionnelles de Dioclétien ne sont pas issues de spéculations *a priori*; il n'apparaît pas comme un théoricien politique de la famille des Sieyès. Elles doivent être regardées comme des essais successifs, tâtonnants, se complétant et se corrigeant les uns les autres. Dioclétien ne traita pas l'Empire comme une table rase où dût être édifiée la meilleure constitution possible.

Il observa l'état chaotique où se trouvait l'Empire. Il constata qu'aux yeux des populations menacées par les barbares, la salutation d'un général victorieux comme *imperator* se confondait avec la salutation impériale: et que dès lors l'envoi de chefs d'armée sur les frontières, nécessaire à la sécurité extérieure de la puissance Romaine, devenait une cause d'anarchie intérieure. Ainsi se posait un problème : trouver une combinaison qui assurât à la fois la défense des frontières et le maintien de l'unité de l'Empire. Les barbares étaient un danger, les généraux victorieux en étaient un autre, surtout lorsque ces généraux étaient préposés au commandement de tout un groupe de provinces (comme naguère Probus, Postumus, Odenath).

Pour résoudre le problème, Dioclétien n'avait point à s'occuper du Sénat, qui se considérait surtout, désormais, comme le

corps municipal de Rome; il n'avait point à s'occuper du peuple de Rome, qu'Aurélien avait renvoyé à ses jeux et aux solennités du cirque (*Vita Firmi*, 3). La seule force qui comptât dans l'Empire était l'armée (lettre d'Aurélien à Probus, dans *Vita Probi*, 6); Probus, empereur militaire, avait un instant rêvé l'avènement de la paix, mais si la suppression des périls extérieurs eût rendu à la vie privée des multitudes de légionnaires, une question sociale eût surgi. Dioclétien devait, dans ses réformes constitutionnelles, tenir compte de l'armée, et d'elle seule.

A distance, certains historiens n'ont vu, dans Dioclétien, qu'un constituant, le constructeur de la tétrarchie, le législateur de la succession impériale : mais ce fut seulement au fur et à mesure des circonstances et des nécessités que Dioclétien sema certains germes d'habitudes constitutionnelles, plutôt qu'il n'édifia, de parti pris et de toutes pièces, une constitution pour un empire qui n'en avait point.

Avant tout, il demeura un soldat; — soldat, tout son passé le prédestinait à l'être. Il n'est pas vrai qu'élevé par le militarisme, il ait voulu ruiner l'influence du militarisme, puisque au contraire il évinça définitivement le contrepoids qu'à cette influence le Sénat, peut-être, aurait pu encore opposer. Il considéra toujours l'Empire comme un camp. Au début de l'édit du maximum, il se rend ce témoignage, qu'il a réprimé et massacré les barbares, que la paix est fondée pour l'éternité ; et il annonce (c'est en l'an 300) qu'il défendra désormais cette paix contre les maux intérieurs. Ainsi la nouvelle organisation de la souveraineté impériale n'apparaît point à Dioclétien comme l'événement capital de son règne; il semble qu'elle fut plutôt, à ses yeux, un épisode de la lutte contre les barbares, un moyen d'aviser à ce que les conséquences militaires des victoires gagnées sur les barbares ne fussent pas à l'avance annulées par leurs conséquences politiques, funestes à l'unité impériale.

I. *L'association de Maximien.*

Dioclétien s'intéressait à l'histoire de ses prédécesseurs (*Vita Macrini*, 15); il admirait Marc-Aurèle (*Vita M. Ant. phil.*, 19). L'association de Verus à l'Empire par Marc-Aurèle dut retenir l'attention de Dioclétien; il dut constater aussi qu'au IIIe siècle l'idée d'un partage effectif de l'Empire entre plusieurs empereurs s'était plusieurs fois fait jour. Tels étaient les précédents.

La date de l'avènement de Maximien fut de bonne heure discutée (Zonaras, XII, 31). D'après Eutrope, Maximien devint César à l'occasion de la guerre des Bagaudes, puis Auguste en 293. Mais le panégyrique de Maximien, dès 289, salue en Maximien un Auguste. Il y a donc, dans Eutrope, tout au moins une erreur de date. Est-il dans le vrai lorsqu'il prétend — ce que semblent ignorer Aurelius Victor et Lactance — que Maximien fut César avant d'être Auguste? M. Seeck émet une hypothèse d'après laquelle Maximien, envoyé dans les Gaules avec le titre de César, aurait usurpé celui d'Auguste, et d'après laquelle Dioclétien, en 289, aurait ratifié l'usurpation. Cette hypothèse ne s'appuie sur aucun texte; elle se heurte à ce que disent les Panégyriques, à ce que dit Lactance (*Mort. Pers.*, 8) sur l'amitié fidèle des deux souverains; elle se heurte à l'existence, en 286, de monnaies frappées en Egypte, pays sur lequel Dioclétien avait autorité, monnaies qui tenaient compte des puissances tribunices de Maximien. Diverses données concordent pour attribuer à Maximien un an de règne de moins qu'à Dioclétien (Aurelius Victor, XXXIX, 48; — *C. I. L.*, XIII, 5249; — *C. I. L.*, III, p. 824; — *Panegyrici*, éd. Bachrens, V, 8). D'autre part une inscription de 288 (*C. I. L.*, III, 22), deux inscriptions de 293 (*C. I. L.*, II, 1439; *C. I. G.*, II, 2743) donnent à Maximien deux puissances tribunices de moins qu'à Dioclétien. Pour concilier ces apparentes contradictions, nous supposerions volontiers, malgré l'absence de toute monnaie de Maximien César (Maurice, *Numismatique Constantinienne*, I, p. 8), que Maximien fut César en 285, comme le dit Eutrope; qu'il fut Auguste dès 286, comme le dit la chronique d'Idace; mais que, comme César,

il n'eut point de puissance tribunice, et que son élévation au rang d'Auguste, postérieure de deux ans à l'avènement de Dioclétien, marqua le début de son règne ; enfin qu'en 293, les deux Césars Constance et Galère ayant été, dès leur avènement, gratifiés d'une puissance tribunice, on voulut, rétrospectivement, appliquer au règne de Maximien les mêmes règles de calcul ; qu'ainsi l'on fit dater sa première puissance tribunice de son élévation à la dignité de César, et que désormais il ne fut plus séparé de Dioclétien que par une année de règne.

Ainsi l'élévation de Maximien à l'Empire fut progressive. Dioclétien le fit César avant d'avoir bien défini les attributions des Césars ; ce fut en 293 qu'il adapta, rétrospectivement, l'histoire passée de Maximien aux habitudes nouvelles dont la tétrarchie était l'expression.

Maximien fut une créature de Dioclétien, non des soldats ; il fut créé César par Dioclétien, en vue d'une guerre : Orose, Victor, Eutrope, s'entendent sur ce point. En s'associant Maximien avant la campagne des Gaules, Dioclétien trancha la difficulté qu'aucun de ses prédécesseurs n'avait pu résoudre. Maximien, envoyé comme simple général, eût été proclamé empereur par ses soldats ; il fût devenu un usurpateur. Dioclétien l'envoie comme César, Dioclétien prend les devants ; les soldats vainqueurs, en proclamant leur chef empereur, ne susciteront pas un rival à l'Auguste légal, ils ne feront que compléter l'œuvre de Dioclétien. Avant Dioclétien, les empereurs donnaient le titre de *Caesar* à leur successeur présomptif ; Dioclétien, par une nouveauté hardie, donna ce titre à son compétiteur présomptif. Ainsi l'Empire pourrait être sauvé des Bagaudes sans que le prestige de Dioclétien fût diminué.

Dioclétien voulait un soldat pour collaborateur ; et si le soldat qu'il choisit fut Maximien, ce fut sans doute pour des motifs superstitieux : ils étaient nés le même jour de l'année. Maximien considérait Dioclétien, non seulement comme l'auteur de sa grandeur, mais comme un doyen d'âge ; la différence exacte de leurs âges est d'ailleurs difficile à préciser.

Les pouvoirs de Maximien César furent assez mesquins ; il ne fut pas, dès son avènement, désigné comme consul pour l'année

suivante; il n'eut pas, dès son avènement, de puissance tribunice. Les textes ne permettent pas de dire si, pour le faire Auguste, Dioclétien attendit que les soldats eussent pris l'initiative de l'acclamer tel; ce qu'on doit maintenir, c'est que Dioclétien considéra Maximien Auguste comme sa créature et son instrument, tout aussi bien que Maximien César. Les mots : *M. Aurelius Valerius*, qui entrèrent dans le nom de Maximien, prouvent qu'il fut adopté par Dioclétien, dont il prit les noms.

Maximien Auguste participa au caractère divin que s'arrogeait Dioclétien : il bénéficia de la forme nouvelle qu'avait prise le culte des empereurs à la fin du IIIe siècle, et de la pratique de l'*adoratio*, devenue sous Dioclétien, d'après les témoignages d'Eutrope, de Victor, de Jordanes, un usage constant, un cérémonial de rigueur. Le récit de l'entrevue de Milan de 289, tel que le donne, un ou deux ans plus tard, le *Genethliacus*, atteste que dès cette date Maximien et Dioclétien étaient traités comme deux idoles : on ne peut donc pas dire que ce fut à la suite de la victoire de Galère sur les Perses que Dioclétien aurait emprunté à l'Orient la pratique de l'*adoratio*. Théophane (*Chronog.* A. M. 5793) paraît croire à une folie des grandeurs, qui aurait induit Dioclétien à se faire adorer, mais l'*adoratio* apparaît moins comme le caprice d'un triomphateur que comme la conception d'un politique. En vertu de cette coutume, tout ce qui touchait aux empereurs devint promptement sacré. Les empereurs prirent l'habitude de s'assimiler à des divinités de leur choix (Dioclétien à Jupiter, Maximien à Hercule) ou de se considérer, au moins, comme les rejetons des dieux (*C. I. L.*, III, 710). La quasi déification des deux empereurs ne fut pas contemporaine de leur avènement (ainsi que le prouve, dans Victor, XXXIX, 18, le mot *postea*), mais elle ne tarda pas beaucoup, puisque, dans le panégyrique attribué à Mamertinus, antérieur à 290, on rencontre une sorte de théogonie des deux empereurs. Les médailles (Cohen, *Maximien*, n° 7), les monuments (arc de Salonique, portique de Pompée à Rome, portes de Grenoble, thermes de Milan), attestent cette déification. La préséance historique des deux légions de l'Illyricum : *Joviani* et *Herculiani*, datait de Dioclétien. Aux yeux des rhéteurs, les

surnoms de *Jovius* et d'*Herculius* ne sont pas de simples métaphores suggérées par l'adulation, ils expriment une filiation, une véritable descendance des deux empereurs à l'endroit des deux dieux. Fut-ce Maximien lui-même qui se désigna Hercule comme ancêtre? ou bien cet ancêtre lui fut-il assigné par Dioclétien? On ne peut le dire. Mais ce qui est certain, c'est que les panégyristes, racontant les rapports mythologiques de Jupiter et d'Hercule, y voient comme une sorte de symbole politique de la situation de Maximien à l'égard de Dioclétien (*Panegyrici*, éd. Baehrens, II, 4, 11). Hercule, parrain de Maximien, est mythologiquement le fils de Jupiter, parrain de Dioclétien : il est vraisemblable qu'il faut tenir compte de cette nuance. En se rattachant lui-même à Jupiter, roi des dieux, Dioclétien voulait que l'Empire, comme l'Olympe, demeurât une monarchie. En s'associant à Jupiter et à Hercule, Dioclétien et Maximien prétendaient plutôt se rendre hommage à eux-mêmes qu'à ces deux puissants dieux; rien ne prouve que Maximien ait mis le culte d'Hercule à la mode.

La phraséologie officielle vante la fraternité, la concorde de Maximien et de Dioclétien. Et, de fait, il n'y eut pas de conflits entre eux. Ils ne divisèrent pas entre eux, à proprement parler, le territoire de l'Empire : on voit Dioclétien adresser des constitutions à des fonctionnaires d'Occident (*Collatio*, 15, 3) et faire la guerre en Rétie, c'est-à-dire dans une province de la partie occidentale de l'Empire (*Panegyrici*, éd. Baehrens, II, 9); on voit Maximien combattre, en 297, les *Carpi* de la Pannonie, province qui doit plutôt être rattachée à la partie orientale, et qui est, en tout cas, à l'est de la Rétie. Le *Genethliacus*, 6, mentionne *l'indivisum patrimonium* des deux Augustes ; et Eusèbe et Orose indiquent qu'avant la démarcation de territoires entre Galère et Constance Chlore, on n'avait jamais partagé territorialement le monde romain. Les deux Augustes inclinaient plutôt à multiplier les indices de l'unité de l'Empire : les lois, les bâtiments publics, portaient leurs deux noms, *les imagines* des armées portaient leurs deux portraits. Nicomédie et Milan n'étaient que des *sedes imperii*, et il n'y avait qu'un *caput imperii*, Rome.

Il existait cependant entre les deux empereurs une sorte de

division du travail : Dioclétien était l'instigateur, Maximien l'exécuteur. La plupart des campagnes furent accomplies par Maximien. De là une discrète tendance, chez certains panégyristes, à relever Maximien aux dépens de Dioclétien (*Panegyrici*, éd. Baehrens, II, 2, 3, 4, 7); comparer, en sens inverse, *Vita Elagabali*, 35, où Dioclétien est proclamé *aurei parens saeculi*, et Maximien *ferrei parens saeculi*). Mais le ressort des deux empereurs n'était pas nettement distinct; dans la dyarchie, en définitive, ce qui tenait lieu d'organisation, c'était la prépondérance absolue de Dioclétien.

Cette prépondérance, résultant de ce fait que Maximien devait son pouvoir à Dioclétien, était traduite par le langage : Dioclétien possédait à l'égard de Maximien le *titulus primi nominis*. La supériorité du plus ancien empereur sur le plus jeune, la priorité du nom du premier empereur sur le nom du plus jeune furent des usages qui durèrent tout le long de l'histoire de la tétrarchie (Eusèbe, *H. E.*, VIII, 13; Lact., *Mort. Pers.*, 20, 26, 28). La prépondérance était plus qu'honorifique, elle impliquait un certain droit de commandement. Jean d'Antioche traite Maximien d'ὑπουργός; Lactance, à propos de la persécution, nous dit que Maximien obéit (*paruit*).

Sous réserve de cette obéissance du plus jeune, les deux empereurs avaient-ils cependant des droits égaux? Un texte d'Ammien, XXVII, 6, relatif à l'association de Valens et de Gratien par Valentinien, permet d'en douter. Il semble que Dioclétien et Maximien possédaient tous deux le droit de paix et de guerre, le droit de vie et de mort. Mais en ce qui regardait la législation, on remarque que tous les édits d'un caractère général, méritant vraiment le titre de lois, émanent de Dioclétien. Les documents juridiques émanant de Maximien (*Consultatio*, V, 7; *Fragm. Vatic.*, 41, 271, 282, 292, 313, 315) ne sont que des réponses de détails valables pour des cas spéciaux. Dioclétien fut à la fois jurisconsulte et législateur, et l'activité propre de Maximien, au contraire, paraît avoir été uniquement celle d'un jurisconsulte.

II. *L'association des Césars.*

Nous ne croyons pas que l'association des Césars fut projetée de longue date. Le résumé de Victor, XXXIX, 21-25, montre les périls qui menaçaient l'Empire, en 293, sur quatre points : il y fallait faire face. De peur qu'on n'eût, au bout de quelque temps, deux nouveaux empereurs qui seraient deux usurpateurs, Dioclétien, de sa propre initiative, fit deux Césars. Dioclétien n'avait pas, *a priori*, conçu l'Empire comme devant être divisé en quatre morceaux ; ce fut la nécessité de défendre les frontières et de maintenir en même temps l'unité politique de l'Empire, qui l'amena à créer ces deux Césars, dont les pouvoirs émaneraient non des soldats, mais de lui-même, et résulteraient ainsi d'un *motu proprio* du souverain légitime au lieu de surgir en face de lui. Le témoignage des panégyristes (*Panegyrici*, éd. Baehrens, V, 3) atteste que ce fut un motif militaire qui amena la création des Césars.

Quelle part prit Maximien au choix des deux Césars ? Aurelius Victor et Eutrope attribuent au seul Dioclétien cette initiative ; mais d'une phrase mise par Lactance dans la bouche de Dioclétien (*Mort. Pers.*, 18), il résulte que les Césars, en 305, devaient être choisis par le commun avis des quatre empereurs. Ce qui est probable, c'est qu'en 293 la nomination fut théoriquement l'œuvre des deux Augustes, mais qu'en fait elle fut l'œuvre de Dioclétien.

Le passé de Galère et de Constance Chlore montre que Dioclétien choisit pour Césars des soldats de profession.

Les Césars furent attachés aux Augustes par plusieurs liens. D'abord chacun devint le fils adoptif d'un Auguste : Galère, de Dioclétien ; Constance, de Maximien ; et chacun devint le neveu de l'autre Auguste. Mais on ne les proclamait pas cousins, on les proclamait frères entre eux (*Vita Claudii*, 10 ; *Mort. Pers.*, 20). Puis ils épousèrent les filles des Augustes : tandis qu'on avait vu des empereurs précédents, tels que Philippe, nommer leurs parents aux premières fonctions, Dioclétien avait cette habitude, de chercher, avant tout, le personnage digne de la

fonction, et de se l'attacher, ensuite, par un lien de parenté. Galère et Constance répudièrent leurs femmes pour épouser les filles des empereurs (Théophane, *Chronog*, A. M. 5785; Cedrenus, I, p. 469). Enfin les liens entre Augustes et Césars étaient complétés par une sorte de filiation surnaturelle : Constance porte le surnom d'*Herculius*, longuement commenté par Eumène dans *l'Oratio pro restaurandis scholis,* et Galère celui de *Jovius*.

Les Césars étaient-ils révocables? aucun texte ne résout cette question; mais sans doute elle ne fut pas agitée. Sous un gouvernement absolu, on n'a pas besoin d'établir, à l'avance, une charte minutieuse fixant les droits et les devoirs de chacun : c'est au fur et à mesure des circonstances que Dioclétien prenait les décisions. On ne sait ce qu'étaient les Césars, en droit, ni même si, en droit, ils étaient quelque chose; ce qu'on peut étudier, c'est ce qu'ils furent en fait. Pour cette étude, nous avons deux sortes de sources : d'une part, les textes mêmes relatifs à la tétrarchie; d'autre part, un texte d'Ammien (XIV, 11) relatif aux rapports de Constance II et du César Gallus, et d'après lequel Constance II remettait sous les yeux de Gallus les traditions de la tétrarchie. Les Césars étaient des coadjuteurs : c'est ce qu'atteste la définition même de leurs fonctions donnée par Galère (Lactance, *Mort. Pers.*, 18), et c'est ce qu'atteste le mot *adparitores* fréquemment employé par Ammien (XIV, 11, 10; XVII, 11, 1; XX, 8). Dans la moitié d'Empire à laquelle chaque Auguste consacrait plus spécialement ses soins, l'Auguste avait son César. Galère n'avait pas de capitale fixe, et portait ses courses de côté et d'autre; Constance Chlore était maintenu par sa besogne dans la région de Trèves.

Un passage d'Aurelius Victor, XXXIX, 30, ferait croire qu'en fait l'Empire fut partagé en quatre districts. Les quatre périls auxquels il fallut faire face en 293 amenèrent, un instant, Augustes et Césars, à délimiter ainsi leurs sphères d'action; mais ce ne fut pas une délimitation théorique ni légale. Le César de la Gaule, Constance Chlore, n'était pas inconnu en Orient, comme le prouve l'inscription de Synnada (Perrot, *R. A.*, 1876, p. 193). Les quatre souverains étaient reconnus et connus dans tout l'Empire; et la suprématie qu'exerçait Dioclétien sur

les trois autres conjurait tout danger de morcellement. Supérieur de Maximien et supérieur de Galère, qui était son propre César, Dioclétien, en effet, était aussi le supérieur de Constance Chlore : nous le voyons, dans Eusèbe (*Vita. Const.*, I, 14), lui faire des remontrances sur l'état de son trésor. Le *nutus* souverain de Dioclétien (Victor, XXXIX, 36), planait sur la tétrarchie, et empêchait la division du travail, telle que la pratiquaient les quatre souverains, d'amener une division de l'empire.

Constance Chlore, premier César, avait une préséance sur Galère, second César. Il y avait, entre les quatre empereurs, une numérotation normale et légale (Eus., *Vit. Const.*, I, 18; Longpérier, *Acad. Inscr.*, 1866, p 299); Dioclétien apparaissait comme le plus haut de tous (Eus., *Mart. Pal.*, 3), et il semble qu'après 293 la situation de Maximien fut plutôt rapetissée que grandie par la création des Césars, et que Maximien, tout en demeurant en fait le second des Augustes, dut descendre lentement au niveau d'une sorte de César supérieur. D'après l'empereur Julien (*1^er^ panégyrique de Constance*, éd. Hertlein, p. 8), Dioclétien disait n'avoir jamais pris une plus heureuse mesure que l'association de Maximien et de Constance; ainsi finissait-il, dans son langage, par rapprocher l'Auguste et le César. Il émergeait plus souverainement encore au-dessus du quatuorviral (*quatuor principes unum in rempublicam sentientes*, *Vita Cari*, 18), qu'au-dessus du duumvirat.

Il y avait un empereur en quatre personnes plutôt que quatre empereurs. Le singulier s'employait, parfois, pour parler de mesures concertées par les quatre empereurs; le pluriel s'employait, d'autres fois, pour parler de décisions prises par l'un d'eux. Cet étrange chaos grammatical est instructif à observer dans une lettre officielle du César Constance citée par Eumène. L'édit de tolérance que rapporte Eusèbe (*Hist. Eccl.*, VIII, 17) est signé des trois empereurs légaux, Galère, Constantin, Licinius, bien que Constantin n'ait jamais persécuté les chrétiens. Une inscription en l'honneur du seul Constance se poursuit par un hommage *numini majestatique eorum :* derrière l'un des quatre empereurs, les trois autres apparaissent. Sur les diplômes militaires, contrairement aux usages antérieurs, les noms des

Césars commencent d'être inscrits (*C. I. L.*, III, p. 900).

L'initiative et les droits des Césars avaient moins d'étendue et de portée que l'initiative et les droits des Augustes. Les Césars, non plus que le second Auguste, ne faisaient des lois. Ils avaient sans doute le droit de faire des rescrits : certains rescrits du Code Justinien, de la fin de 294, semblent être de Galère. Ils avaient, si l'on en juge par le César Gallus au temps de Constance II, le droit de vie et de mort ; ils avaient le droit de grâce (Eus. *Mart. Pal.*, 6). Comme administrateurs, leur gestion était très surveillée, mais dans les circonstances critiques, leur initiative était assez étendue : c'est ce qui ressort, du moins, des passages d'Ammien sur Gallus et Julien. Enfin, lorsqu'ils commandaient, c'était sous les auspices des empereurs : leur victoire était considérée comme une victoire de l'Auguste ; Galère vaincu est bafoué par Dioclétien, Galère vainqueur est arrêté par Dioclétien. Plus tard, Galère Auguste voudra, d'après Lactance (*Mort. Pers.*, 18), avoir des Césars qui soient en sa puissance, qui le craignent, qui ne fassent rien sans son ordre.

Quant aux droits des Augustes et des Césars en matière d'émissions monétaires et quant aux échanges d'effigies dont parfois les monnaies témoignent, M. Jules Maurice, dans sa *Numismatique Constantinienne*, en a fait une étude approfondie.

En définitive, l'institution des Césars avait pour but d'assurer à l'empereur la fidélité des généralissimes qu'il envoyait à la victoire ; elle empêcha les dernières années du IIIe siècle de répéter l'époque des Trente Tyrans. Dioclétien considérait les Césars comme destinés à recueillir la succession de l'empire ; il les intéressait ainsi à l'intégrité de l'institution impériale. Malgré l'hostilité de Maximien, Constance, en 305, de César, devint tout naturellement Auguste ; Maximin Daia se plaignit que ses droits fussent lésés, quand Galère voulut, brusquement, faire de Licinius, qui n'était rien, un Auguste ; et Constantin, proclamé Auguste par les soldats, se contenta provisoirement du titre de César. Ainsi la dignité de César était une étape entre le néant et celle d'Auguste ; le César était, d'une façon expresse, l'héritier présomptif de l'Auguste. Les armées habituées à suivre le César seraient toujours prêtes, le jour venu, à

l'acclamer comme Auguste : ainsi, grâce à l'ingénieux plan de Dioclétien, le péril d'anarchie créé par le militarisme était conjuré. Au contraire, les désirs des soldats, naguère imposés par des émeutes, étaient à l'avance satisfaits par l'ordonnance même qu'avait établie l'empereur. La théorie d'après laquelle Dioclétien, par la nomination des Césars, aurait voulu lutter contre le principe héréditaire, est arbitraire : cette théorie allègue qu'il aurait pu, en 293, prendre comme César Maxence, fils de Maximien, mais Maxence était en 293 tout jeune encore, et dès lors incapable de remplir les fonctions de généralissime, — fonctions qui, pour les Césars, étaient l'indispensable apprentissage du métier d'Augustes et l'immédiate raison d'être de leur association.

III. *L'abdication de Dioclétien, le choix des nouveaux Césars.*

L'abdication de Dioclétien à Nicomédie, de Maximien à Milan, étonna le monde. Elle fut considérée comme un fait sans précédent (Eutrope, IX, 16). Aucun indice n'avait permis de la pressentir (Eus., *Vit. Const.*, I, 18) ; le récit de Lactance sur les manœuvres de Galère (*Mort. Pers.*, 18) serait inintelligible si l'abdication avait été prévue ou si même elle avait paru naturelle, et l'on s'y attendait si peu, qu'une inscription de la fin de 303 adressait des vœux aux empereurs pour leurs futurs *tricennalia* (C. I. L, VIII, 4764). Enfin Victor, XXXIX, dit que les contemporains firent des suppositions diverses sur les causes de l'abdication.

Trois textes (*Panegyrici*, éd. Baehrens, VI, 9, Socrate, *Hist. Ecc.*, I, 2 et *Panegyrici*, éd. Baehrens, VII, 15) permettent de croire qu'un engagement avait été concerté à l'avance entre Dioclétien et Maximien, et que, lorsqu'abdiqua Dioclétien, Maximien fut enchaîné par la parole donnée. Mais rien ne prouve que l'engagement prévît une abdication au bout de vingt ans ; nous admettrions, plus simplement, qu'en vertu de ce pacte mystérieux, la mort ou la retraite de l'un des deux Augustes devait entraîner la retraite de l'autre. Ainsi s'expliquerait que, Dioclétien ayant décidé d'abdiquer, Maximien, lui aussi, ait été

contraint de s'effacer, qu'il ne l'ait fait qu'à contre-cœur, comme le disent Eutrope et Orose, et qu'ensuite il ait volontiers repris la pourpre et caressé, de nouveau, de grandes ambitions. Ainsi s'expliquerait, aussi, cette phrase d'un panégyriste s'adressant à Maximien : « Les causes qui vous induisaient, Dioclétien et toi-même, à décliner ou à supporter le poids du pouvoir étaient, pour l'un et pour l'autre, très différentes. » Il ne faut pas chercher de raison commune à l'abdication des deux empereurs : Maximien abdiqua sans conviction, sans nul besoin de repos, par crainte des dieux et de Dioclétien, par fidélité à l'engagement pris envers Dioclétien, et cette abdication de Maximien fut le dernier témoignage de la prépondérance de Dioclétien.

Nous sommes conduit, ainsi, à envisager la question comme l'envisageait Lactance. Elle prend la forme suivante : quelles raisons ont déterminé la décision personnelle de Dioclétien? Aurelius Victor donne tour à tour deux raisons différentes : il présente l'abdication comme le fait d'un philosophe dédaigneux de l'ambition, puis comme le fait d'un politicien prévoyant, découragé par les périls, et finalement défiant de ses forces. Eusèbe, dans la *Vie de Constantin*, I, 18, dit que Dioclétien et Maximien descendirent du pouvoir, οὐκ οἰδ'ὅπως. Au contraire, dans l'*Histoire ecclésiastique*, VIII, 13, il parle d'une maladie de Dioclétien qui lui égara l'esprit.

Officiellement, on allégua la vieillesse et l'affaiblissement de Dioclétien, son besoin de repos (*Panegyrici*, éd. Baehrens, VI, 9; Eutrope, IX, 27; Julien, *Caesares*, édit. Hertlein, p. 405). Et ce sont des raisons de santé que Lactance met dans la bouche de Galère lorsque celui-ci cherche à provoquer la détermination de Dioclétien, et que le même Lactance met dans la bouche de Dioclétien informant l'armée de son abdication.

Trois témoignages d'origine chrétienne précisent ces raisons de santé : d'après le même Lactance (*Mort. Pers.*, 17), d'après l'*Oratio ad Sanctorum Coetum*, qui nous est parvenue sous le nom de Constantin, et d'après Rufin, VIII, 15, Dioclétien aurait été atteint de folie. Puis, dans la suite, la foule des auteurs byzantins, ne voyant à peu près d'autre événement digne d'intérêt, dans le règne de Dioclétien et de Maximien, que la per-

sécution des chrétiens, racontent que les deux Augustes, n'ayant pu triompher du christianisme, devinrent fous et abdiquèrent. Une opinion particulière, d'après laquelle ils se seraient retirés du pouvoir pour mieux imiter les philosophes grecs, est mentionnée dans Nicéphore Calliste, VII, 20, mais est demeurée sans écho.

En somme, presque tous les textes s'accordent, païens et chrétiens, pour alléguer des raisons d'âge et de santé. Les textes byzantins portent la marque d'une fausse conception du règne de Dioclétien, puisqu'ils n'envisagent en lui que le persécuteur; et ils portent la marque d'une fausse conception de l'abdication, puisqu'ils assimilent la retraite de Dioclétien et celle de Maximien; ces textes peuvent être négligés. Mais les témoignages de Lactance et d'Eusèbe ne doivent pas être traités aussi cavalièrement; cf., dans la thèse de M. René Pichon sur Lactance, son chapitre sur la valeur de Lactance comme source historique.

Burckhardt, Coen, Morosi, se sont insurgés contre Lactance; ils ont prêté à l'abdication de Dioclétien de subtiles raisons politiques. Burckhardt prétend que Dioclétien avait établi, comme une loi fondamentale du système, la durée de 20 ans pour l'occupation du pouvoir suprême. Il allègue la solennité des *vicennalia;* mais Eusèbe parle aussi de quinquennales, de décennales; une inscription d'Afrique prévoyait des tricennales; et aucun historien du temps n'interpréta les *vicennalia* comme un adieu des empereurs. Il allègue aussi le passage dans lequel Lactance nous montre Galère s'assurant des collègues fidèles afin qu'il puisse, en toute sécurité, abdiquer au bout de vingt ans; mais du fait que Lactance prête à Galère une telle précaution, peut-on déduire une loi fondamentale de l'Empire, qui aurait été fixée par Dioclétien? Coen dit que Dioclétien, redoutant que l'existence de Maxence, fils de Maximien, ne fût une source de troubles pour la succession au trône, voulut que sous ses yeux la transmission du pouvoir se fît la première fois d'une façon régulière, et que ce fut la raison de son abdication. Mais alors, objecte Morosi, pourquoi Dioclétien, ayant une première fois fait l'épreuve de sa constitution, se refusa-t-il, deux ans plus tard, à reprendre le pouvoir? Et la thèse de Morosi est celle-ci : Dio-

clétien prévit que Maxence, fils de Maximien, et Constantin, fils de Constance Chlore, travailleraient fatalement à faire prévaloir de nouveau le droit héréditaire ; et pour prévenir leur tentative, il tint à se retirer en laissant derrière lui, par une installation qu'il croyait solide, deux générations d'empereurs, Constance Chlore et Galère, Maximin Daia et Flavius Sévère.

Les trois hypothèses contredisent formellement la version de Lactance sur la folie de Dioclétien ; mais en même temps Burckhardt, Coen et Morosi parlent comme si les auteurs païens qui mentionnent l'abdication en avaient ignoré les subtiles raisons et la vraie portée. Leurs trois systèmes sont échafaudés en dehors des textes.

Remettons-nous en présence de ces textes. Dioclétien abdique pour des raisons d'âge et de santé ; là-dessus païens et chrétiens sont d'accord. Pour les uns, cette abdication fut spontanée ; pour Lactance, elle fut déterminée par l'entretien avec Galère. Lactance se fait l'écho des bruits publics de Nicomédie ; nous trouvons, dans son récit, les curiosités, les impressions, les espionnages, les suppositions de la foule ; l'opinion crut certainement, comme Lactance lui-même, que Dioclétien avait subi l'influence de Galère.

L'opinion et Lactance se trompèrent-ils ? Nous le croirions volontiers. Dioclétien, malade et vieilli, se sentait incapable d'exercer plus longtemps cette activité de généralissime et d'administrateur souverain qui était pour lui inhérente à la dignité d'empereur ; il n'avait jamais considéré les Augustes et les Césars comme titulaires d'une sinécure ; il s'en alla, vraisemblablement sans que Galère eût besoin d'insister. Un passage d'Eutrope a été à cet égard trop peu remarqué ; Eutrope, IX, 27, nous montre Dioclétien proposant à Maximien de confier à des hommes plus verts et plus jeunes les postes de défense de l'Etat, *stationem tuendae reipublicae*. Les empereurs sont à un poste. *statio* : l'expression, très énergique, rend bien l'idée permanente de Dioclétien. Durant son règne, il avait créé dans l'Empire 3 *stationes* nouvelles, pour Maximien, Constance Chlore et Galère ; en 305, les deux plus vieux fonctionnaires, lui et Maximien, sont relayés. Ainsi la nomination de Maximien, la nomi-

nation de Constance, l'abdication, sont des épisodes, très cohérents, d'une seule et même politique.

L'élévation de Constance Chlore et de Galère de la dignité de Césars à celle d'Augustes fut considérée comme naturelle. Sur le choix des nouveaux Césars, nous avons un récit de Lactance qui demande examen : d'après lui, Dioclétien songeait à faire Césars, Maxence, fils de Maximien, et Constantin, fils de Constance Chlore; ces choix semblaient à Dioclétien être nécessaires (*necesse*); mais Galère s'y opposa. Lactance ne présente pas Dioclétien comme un défenseur formel du droit héréditaire; il semble, si on comprend bien sa pensée, que Dioclétien était plutôt préoccupé des troubles que pourrait entraîner dans l'Empire l'éviction de ces deux dauphins. Coen et Morosi, très hostiles à Lactance, réputent Dioclétien systématiquement opposé au principe de la succession héréditaire. Ils font remarquer qu'en 293 il ne choisit pas Maxence pour César; mais Maxence, à cette date, était encore trop jeune pour être généralissime; et du fait que Spartien, adressant à Dioclétien sa vie de Septime-Sévère, y glisse des phrases sévères contre les fils indignes des grands hommes, on ne saurait conclure que le principe de succession héréditaire ait été condamné formellement par Dioclétien. D'autant qu'au contraire, avant 305, l'opinion considérait Constantin comme un héritier présomptif du trône : nous avons là-dessus un texte de Trebellius Pollio (*Vita Claudii*, 10), un texte plus décisif encore de Lactance (*Mort. Pers.*, 19), et le témoignage, enfin, de la numismatique (Cf. Westphalen, *Revue Numismatique*, 1887, p. 26 et suiv.). Westphalen croit pouvoir conclure, des témoignages numismatiques, que l'élévation de Constantin était à l'avance décidée et que Galère, par une manœuvre de la dernière heure, fit substituer d'autres Césars. Mais si Galère avait, non pas seulement combattu un désir personnel de Dioclétien, mais fait bouleverser une décision ferme, Lactance l'aurait su, et l'aurait dit. Nous savons par Lactance que le bruit de l'abdication se répandit dans l'Empire avant que les Augustes sortants n'eussent officiellement désigné les nouveaux Césars; et cela suffit pour qu'on ait cru, dans les ateliers monétaires, çà et là, que Cons-

tantin allait être Auguste. Ainsi la numismatique, Lactance et Pollio, attestent que Dioclétien ne passait pas pour hostile à la succession héréditaire. En fait, il n'avait établi aucun principe, ni pour ni contre l'hérédité; il prétendait ne consulter que les intérêts de l'Empire.

Cela dit, nous croirions volontiers, avec Lactance et l'opinion du temps, que libre de son choix, il l'eût arrêté sur Constantin et Maxence. Il avait fait l'éducation de Constantin (*Fragm. Hist. Graec.*, IV, p. 2); et puis il devait pressentir que les armées, dévouées à Maximien et Constance, continueraient à leurs fils ce dévouement.

Nous croirions volontiers aussi, avec Lactance, que ce fut Galère qui imposa le choix de Sévère et de Daia. L'Anonyme de Valois, IV, 9, et Eutrope, X, 2, attribuent aussi à Galère l'initiative et la responsabilité du choix des nouveaux Césars.

Bref, nous contestons la première partie du chapitre 18 du *De Mortibus persecutorum,* d'après laquelle Dioclétien aurait abdiqué par contrainte; nous en admettons la seconde partie, d'après laquelle Galère, ensuite, aurait imposé à Dioclétien, malade et affaibli, ses deux créatures. Et si nous admettons cet ascendant imprévu de Galère, succédant à une maladie de Dioclétien, nous nous expliquons les bruits qui coururent sur l'affaiblissement mental de l'Empereur, bruits dont Lactance s'est joyeusement fait l'écho. On a objecté des inscriptions (*C. I. L.*, VI, 1130), des textes de lois (*C. Th.*, 13, 10, 2), des panégyriques (*Panegyrici*, éd. Baehrens, VII, 15) pour prouver la déférence dont Dioclétien fut l'objet dans sa retraite; cependant il n'eut pas assez d'ascendant pour obtenir que sa fille Valeria lui fût rendue par Maximin Daia (Lact., *Mort. Pers.*, 41). Son attitude ultérieure d'indifférence politique à Carnuntum et, dès 305, sa docilité vis-à-vis de Galère, sont, en définitive, une double étrangeté : une explication est nécessaire. La crise d'aliénation sénile, extrêmement courte d'ailleurs, que d'après Lactance il aurait traversée, serait encore, ce nous semble, la plus plausible des explications.

IV. *La dissolution de la tétrarchie.*

Malgré la maladie de Dioclétien, ce n'est pas l'armée, en 305, qui donne les couronnes ; c'est encore, officiellement, Dioclétien lui-même qui fait une fournée de souverains. Depuis vingt ans, les usurpations des armées, qui menaçaient la paix intérieure et l'unité de l'Empire, avaient cessé. C'est qu'en réalité Dioclétien, prévenant les désirs des armées, avait supprimé pour elles toute raison, toute occasion d'usurper, puisque les généralissimes qui auraient été le mieux en mesure de capter leurs suffrages étaient d'avance destinés au pouvoir impérial. Mais un texte de Lactance, *Mort. Pers.*, 17, prouve qu'on n'était pas rassuré sur la conduite que tiendraient les troupes au lendemain de la disparition de Dioclétien.

On avait raison de n'être pas rassuré. En 305, par l'effet même du bon fonctionnement de la tétrarchie, chaque empereur avait ses armées. Les armées de Maximien devaient rester fidèles à Maxence, celles de Constance Chlore à Constantin, et cela par habitude de fidélité beaucoup plus que par esprit de révolte contre le nouvel ordre de choses. « En vertu du droit héréditaire, dit Lactance (*Mort. Pers.*, 25), Maxence pouvait amener à sa cause les soldats de son père. » Ce texte fait mesurer le profond changement dû à Dioclétien. Les circonstances ne sont plus les mêmes qu'au IIIe siècle. Jadis les soldats étaient les adversaires du principe d'hérédité ; ils proclamaient le chef derrière lequel ils avaient risqué leur vie. Sous la tétrarchie, dans chaque coin de l'empire, un des empereurs a combattu avec eux ; ils le connaissent, lui et les siens ; les voilà devenus défenseurs du principe d'hérédité. La proclamation de Constantin par les soldats à la mort de Constance Chlore marqua la résurrection du droit que s'arrogeaient les armées de faire des empereurs ; mais si Dioclétien eût associé à la dignité impériale, comme il avait voulu le faire, Maxence et Constantin, s'il eût ainsi devancé le désir des troupes, tout désordre eût été conjuré. Les soldats étaient devenus les dévoués serviteurs des familles impériales élevées par Dioclétien ; ils rendaient en quelque façon

hommage au vieil empereur par les actes mêmes qui ressuscitaient dans l'empire les antiques désordres, évincés depuis vingt ans.

Un second élément dissolvant, introduit par Galère, acheva de détruire l'ordre. Dioclétien avait veillé à ce qu'il y eût toujours un parfait équilibre entre le rang officiel de chacun des quatre empereurs et le rôle qui lui était assigné ; après 305, l'équilibre est renversé, et tandis que Constance a le premier rang dans la série des empereurs (*titulus primi nominis*), Galère s'arroge l'hégémonie réelle. Ainsi reparaissait l'antagonisme entre la puissance nominale et la puissance effective, et dans la tétrarchie, par la faute personnelle de Galère, allait naître l'anarchie.

Si l'on envisage exactement les véritables plans et l'œuvre personnelle de Dioclétien, on doit déclarer, malgré cette rapide anarchie, que Dioclétien avait presque entièrement réussi. Tant qu'il fut souverain, il pourvut à la défense contre les barbares et prévint les usurpations des généraux vainqueurs. Il avait conçu l'institution des Césars comme un moyen d'empêcher les heurts et les soubresauts dont souffrait l'Empire chaque fois que le pouvoir tombait en déshérence; si en 305 les résultats faillirent à ce programme, c'est parce que Dioclétien fut empêché par Galère de choisir les Césars qu'il eût voulu choisir. Supprimer les préoccupations politiques des armées, Dioclétien ne le pouvait pas, à l'heure où toute la vie de l'Empire était concentrée dans les armées, où les camps étaient de vraies capitales, mais grâce à lui et tant qu'il fut le maître, les préoccupations politiques des armées cessèrent d'être un élément d'anarchie. De même que Nerva, à la fin du premier siècle, s'était efforcé de rendre compatibles « le principat et la liberté, » de même Dioclétien, à la fin du troisième, considérant comme nécessaire le prodigieux développement du militarisme, chercha le moyen de faire vivre, parmi des périls perpétuels d'usurpation, un robuste principat : ce moyen, ce fut le fonctionnement de la tétrarchie.

Tel fut son but, et telle fut son œuvre; dès son avènement, il saisit ce but, et tant qu'il régna cette œuvre s'accomplit.

LA

LEX SEMPRONIA JUDICIARIA

(632. U. C.)

PAR

LUCIEN GUENOUN

En transférant aux chevaliers les fonctions de jurés jusque-là

Bibliographie. — Manutius, *De legibus Romanis*, Thesaurus antiquitatum Romanarum de Graevius, t. 2, Venetiis, 1732, col. 46 et s.; Pighius, *Annales magistratuum et provinciarum*, t. 3, Antverpiae, 1615, p. 59 et s.; Ferratius, *Epistolarum libri VI*, Venetiis, 1738, p. 1 et s.; Klenze, *Fragmenta legis Serviliae repetundarum*, Berlin, 1825, p. XV et 20; Marquardt, *Historiae equitum Romanorum libri IV*, Berlin, 1840, p. 25 et s.; Göttling, *Geschichte der römischen Staatsverfassung*, Halle, 1840, p. 437 et s.; Geib, *Geschichte der römischen Criminalprocess bis zum Tode Justinians*, Leipzig, 1842, p. 195-202; Mommsen, *Ueber die leges judiciariae des VII Jahrhunderts bis zur lex Aurelia*, Zeitschrift für die Altertumswissenschaft, Marburg, 1843, p. 817-821 (= *Juristische Schriften*, t. 3, Berlin, 1907, p. 343-347); C. T. Zumpt, *De legibus judiciisque repetundarum in republica romana*, Berolini, 1845, p. 17 et s.; Fischer, *Römische Zeittafeln vom Roms Gründung bis auf Augustus Tod*, Altona, 1846, p. 149; Rudorff, *Römische Rechtsgeschichte*, Leipzig, 1857-1859, t. 1, p. 75 et s., p. 92 et s., t. 2, p. 436; F. Walter, *Geschichte des römischen Rechts*, 3e édit., t. 1, Bonn, 1860, p. 244; Rudorff, *Ad legem Aciliam de pecuniis repetundis*, Abhandlungen der philosophisch-historischen Klasse der Königl. Akademie der Wissenschaften, Berlin, 1861, p. 443-445, 455; Mommsen, *Lex Repetundarum*, Corpus inscriptionum latinarum, t. 1, Berlin, 1863, p. 65 (= *Juristische Schriften*, t. 1, 1905, p. 51); George Long, *The decline of the Roman Republic*, t. 1, London, 1864, p. 264-269; Bethmann-Hollweg, *Der römische Civilprozess*, t. 2, Bonn, 1865, p. 12; H. Peter, *Die Quellen Plutarchs in den Biographieen der Römer*, Halle, 1865, p. 94, n. **; Huschke, *Die lex Sempronia judiciaria und ihr Verhältniss zur lex Acilia repetundarum*, Zeitschrift für Rechtsgeschichte, t. 5, Weimar, 1866, p. 46 et s.; A. W. Zumpt, *Das Criminalrecht der römischen Republik*, Berlin, 1865-1869, 2, 1, p. 54 et s.; Belot, *Histoire des chevaliers romains considérée dans ses rapports avec les*

réservées aux sénateurs[1], C. Gracchus opéra-t-il une réforme générale ou restreignit-il aux *quaestiones repetundarum* la portée de sa loi judiciaire?

Les chevaliers appelés dans les tribunaux furent-ils tous les possesseurs du cens équestre ou seulement les *equites equo publico*?

Telles sont les deux questions que nous nous proposons d'examiner dans cette étude.

différentes constitutions de Rome, t. 2, Paris, 1873, p. 197 et s.; Lange, *Römische Alterthümer*, t. 2, 3e édit., Berlin, 1879, p 664, 667, 668 et s.; Carl Neumann, *Geschichte Roms während des Verfalles der Republik*, t. 1, Breslau, 1881, p. 241-245; Madvig, *L'Etat romain, sa constitution et son administration*, trad. Morel, Paris, 1882-1889, t. 3, p. 237-239; Keller, *Der römische Civilprocess und die Aktionen*, 6e édit. par Wach, Leipzig, 1883, p. 47, n. 154; Herzog, *Geschichte und System der römischen Staatsverfassung*, t. 1, Leipzig, 1884, p. 466; Karlowa, *Römische Rechtsgeschichte*, t. 1, Leipzig, 1885, p. 347, 432-433; Hartmann-Ubbelohde, *Der Ordo judiciorum privatorum und die Judicia extraordinaria der Römer*, Göttingen, 1886, p. 255, n. 39, p. 309, n. 24, p. 319, n. 16, p. 321, 324, 327, 328, 330, 557, p. 562, n. 3; Gerathewohl, *Die Reiter und die Rittercenturien zur Zeit der römischen Republik*, München, 1886, p. 60, 64 et 65; Wlassak, *Römische Processgesetze*, Leipzig, 1888-1891, t. 1, p. 170, n. 7, t. 2, p. 118, n. 1, p. 193, n. 5; Mommsen, *Le droit public romain*, trad. Girard, Paris, 1889-1896, t. 3, p. 263 et s., t. 6, 2, p. 133 et s.; Cagnat, v° *Equites* dans Daremberg et Saglio, *Dictionnaire des antiquités grecques et romaines*, 2, 1, Paris, 1892, p. 777; Puchta, *Cursus der Institutionen*, 10e édit. par Krueger, Leipzig, 1893, t. 1, p. 158-159; Eduard Meyer, *Untersuchungen zur Geschichte der Gracchen* (Abdruck aus der Festschrift zur zweihundertjährigen Jubelfeier der Universität Halle), Halle, 1894, p. 10, n. 1, p. 13, n. 3, p. 19, n. 4; De Ruggiero, *Dizionario epigrafico*, t. 1, Roma, 1895, p. 41, v° *Acilia*; Lécrivain, v° *Judiciariae leges* dans Daremberg et Saglio, 3, 1, 1900, p. 658 et s.; J. L. Strachan-Davidson, *English historical review*, t. 16, London, 1901, p. 263-264; Girard, *Organisation judiciaire des Romains*, t. 1, Paris, 1901, p. 174, n. 2; Kornemann, *Zur Geschichte der Gracchenzeit*, Beiträge zur alten Geschichte, 1. Beiheft, Leipzig, 1903, p. 47-48; Greenidge, *A history of Rome during the later republic and early principate*, t. 1, London, 1904, p. 210-217, 221; Mommsen, *Le droit pénal romain*, trad. Duquesne, Paris, 1907, t. 1, p. 229, n. 2, p. 245, p. 246, n. 2, p. 253, t. 3, p. 5-9, p. 23; Kuebler, v° *Equites* dans Pauly-Wissowa, *Realencyclopädie der Altertumswissenschaft*, 6, 1, Stuttgart, 1907, p. 289-292; Hitzig, *Die Herkunft des Schwurgerichts im römischen Strafprozess, eine Hypothese*, Zürich, 1909, p. 4 et 49; Heitland, *The Roman Republic*, t. 2, Cambridge, 1909, p. 306-308; P. Willems, *Le droit public romain*, 7e édit., publiée par J. Willems, Louvain, 1910, p. 87 et 301; Niese, *Grundriss der römischen Geschichte nebst Quellenkunde*, 4e édit., München, 1910, p. 172; Girard, *Manuel de droit romain*, 5e édit., Paris, 1911, p. 1009, n. 3.

1. Sur la liste du Sénat comme liste des jurés avant la réforme de C. Gracchus v. Girard, *Org. jud.*, t. 1, p. 174, n. 2 et 3. — D'après Diodore de Sicile, 34-5, 2, 31 (édit. Wesseling, p. 526, 539), les chevaliers auraient détenu la judicature dès l'an 620. Mais cette indication est erronée (cf. Mommsen, *Dr. pub.*, t. 6, 2, p. 133, n. 2).

I

Varron, au livre 4 d'un ouvrage *De vita populi Romani,* qui ne nous est point parvenu, avait écrit cette phrase, que le compilateur Nonius Marcellus[1] nous a conservée : « [*Senatui*] *iniquas equestri ordini judicia tradidit, ac bicipitem civitatem fecit, discordiarum civilium fontem.* » Ce texte se réfère vraisemblablement à C. Gracchus, bien qu'il ne le désigne pas expressément. Il suffit en effet de le rapprocher d'un passage de Florus, inspiré visiblement de Varron : « *Judiciaria lege* [*C.*] *Gracchi diviserant populum Romanum, et bicipitem ex una fecerant civitatem equites Romani*[2] ». Nous trouvons dans Cicéron les allusions suivantes au régime établi par la loi Sempronia : « *antea cum equester ordo judicaret*[3] »; « *cum equester ordo,... qui tum magnam partem rei publicae atque omnem dignitatem judiciorum tenebat*[4] ». Diodore nous montre les chevaliers devenus par l'effet de cette loi les maîtres des sénateurs : « τῶν μὲν γὰρ συγκλητικῶν τὸ δικάζειν ἀφελόμενος καὶ ἀποδείξας τοὺς ἱππεῖς κριτάς, τὸ χεῖρον τῆς πολιτείας τοῦ κρείττονος κύριον (ὁ Γράκχος) ἐποίησε[5] ». Velleius Paterculus (« *judicia a senatu transferebat ad equites*[6] »; « *judicandi munus, quod C. Gracchus ereptum senatui ad equites... transtulerat*[7] »), Tacite (« *cum Semproniis rogationibus equester ordo in possessione judiciorum locaretur*[8] »), Florus (« *a senatu in equitem translata*

1. Nonius, lib. 6, v° *bicipite* (édit. Mueller, t. 2, p. 52).

2. Florus (édit. Halm), 2, 5. — On ne saurait donc admettre la correction proposée par Lipsius, *Variarum lectionum libri III,* Antverpiae, 1585, p. 35, qui voit dans le texte de Varron une allusion, non à C. Gracchus, mais à Sulla (loi Cornelia de 673 restituant les fonctions de jurés aux sénateurs), et modifie ainsi la phrase : *iniquus equestri ordini se.* (= senatui) *judicia tradidit.* Cf. Mommsen, *Jur. Schr.*, t. 3, p. 343, n. 14.

3. Cic., *Verr.*, act. 2, lib. 3, c. 41.

4. Cic., *Pro C. Rabirio perduellionis reo*, 7, 20. — Cf. un passage d'Asconius (édit. Clark, p. 79) sur Cic., *Pro C. Cornelio*, 1, à propos de la loi Plautia de 665 : « *cum equester ordo in judiciis dominaretur....* »

5. Diod., 34-5, 25.

6. Vell., 2, 6, 3.

7. Vell., 2, 32, 3.

8. Tac., *Ann.*, 12, 60.

judiciorum potestas[1] »), Appien (« τὰ δικαστήρια... ἐς τοὺς ἱππέας ἀπὸ τῶν βουλευτῶν μετέφερε[2] » ; « καὶ μετηνέχθη μὲν ὧδε ἐς τοὺς ἱππέας ἀπὸ τῆς βουλῆς τὰ δικαστήρια[3] ») nous présentent également la réforme de C. Gracchus comme absolue.

Plutarque au contraire nous dit que C. Gracchus aurait introduit parmi les sénateurs trois cents chevaliers, de sorte que la judicature se serait partagée entre eux : « « ὁ δὲ τριακοσίους τῶν ἱππέων προσκατέλεξεν αὐτοῖς οὖσι τριακοσίοις, καὶ τὰς κρίσεις κοινὰς τῶν ἑξακοσίων ἐποίησε[4] ».

Comment supprimer la contradiction existant entre ce texte et les précédents?

Une première doctrine[5] admet que Plutarque aurait fait une confusion avec la loi de M. Livius Drusus de 663, restituant les tribunaux au Sénat, augmenté de trois cents chevaliers[6].

Mais on oublie, en émettant cette explication, que Plutarque n'est pas seul à nous parler d'introduction par C. Gracchus de chevaliers parmi les sénateurs[7]. De plus l'attribution d'une telle réforme à C. Gracchus se trouve confirmée par un autre passage de Plutarque, qui ne saurait s'appliquer à Drusus : « Ἐπεὶ δ' οὐ μόνον ἐδέξατο τὸν νόμον τοῦτον ὁ δῆμος, ἀλλὰ κἀκείνῳ τοὺς κρίνοντας ἐκ τῶν ἱππέων ἔδωκε καταλέξαι, μοναρχική τις ἰσχὺς ἐγεγόνει περὶ αὐτὸν[8] ».

Une seconde doctrine, développée principalement par Mommsen[9], et à laquelle nous adhérons, explique le texte de

1. Flor., 2, 1.
2. App., *Bell. civ.*, 1, 22.
3. App., *eod. loc.*
4. Plut., *C. Gracch.*, 5. — Cf. le même, *Comp. Ag. et Cleom. cum Gracch.*, 2 : « τὸ πάντων νεανικώτατον ἦν... Γαΐῳ δὲ μῖξαι τὰ δικαστήρια προσεμβαλόντι τῶν ἱππικῶν τριακοσίους. »
5. V. notamment Manutius, *De leg. Rom.*, Thesaur. de Graevius, t. 2, col. 46 et s.; Marquardt, *Hist. eq. rom.*, p. 25, n. 22; Geib, *Gesch. Criminalproc.*, p. 197; Fischer, *Zeittafeln*, p. 149; Walter, *Gesch. d. röm. Rechts*[3], t. 1, p. 244; Rudorff, *Ad leg. Acil.*, p. 443; Madvig, *L'Etat Rom.*, t. 3, p. 238.
6. App., *Bell. civ.*, 1, 35; Aur. Vict., *De vir. ill.*, 66, 4.
7. V. en effet Tit.-Liv. Epit., 60 : « *Tertiam* (legem tulit) *qua equestrem ordinem, tunc cum senatu consentientem, corrumperet, ut sexcenti ex equitibus in curiam sublegerentur, et quia illis temporibus trecenti tantum senatores erant, sexcenti equites trecentis senatoribus admiscerentur, id est, ut equester ordo bis tantum virium in senatu haberet.* » Cf. sur ce texte *infra*, p. 89, n. 2.
8. Plut., *C. Gracch.*, 6.
9. Mommsen, *Dr. pub.*, t. 6, 2, p. 133, n. 2 (Cf. son article, *Ueber die leg. jud.*, paru en 1843 et reproduit dans ses *Jur. Schr.*, t. 3, p. 345-346). — A vrai dire, un

Plutarque en y voyant un premier projet de C. Gracchus, qui aurait d'abord cherché à reprendre une idée de son frère Tiberius[1], puis qui, poussé par la force des circonstances politiques, aurait ensuite accompli une réforme plus violente, en enlevant absolument aux sénateurs la judicature. Plutarque ne ferait allusion qu'au premier projet, plus modéré; les autres historiens penseraient au contraire à la réforme définitive[2].

essai d'explication analogue se trouve déjà chez Pighius, *Annal. magistr.*, t. 3, p. 59 et s. Dans le même sens v. notamment Lange, *Röm. Altert.*, t. 3², p. 38 et s.; Herzog, *Röm. Staatsverf.*, t. 1, p. 467, n. 1; Girard, *Org. jud.*, t. 1, p. 174, n. 2: Kuebler, v° *Equites* dans Pauly-Wissowa, 6, 1, p. 290.

1. Plut., *Ti. Gracch.*, 16 : τοῖς κρίνουσι τότε συγκλητικοῖς οὖσι καταμιγνὺς ἐκ τῶν ἱππέων τὸν ἴσον ἀριθμόν. — Dion Cassius, 83, 7 (édit. Boïssevain, t. 1, p 328), vraisemblablement à la suite d'une confusion avec la loi judiciaire de C. Gracchus, nous parle d'un transfert absolu des tribunaux aux chevaliers par Tiberius Gracchus : τὰ δικαστήρια ἀπὸ τῆς βουλῆς ἐπὶ τοὺς ἱππέας μετῆγε. — Il est question dans Macrobe (édit. Eyssenhardt), *Saturn.*, 3, 14, 6 et 7, d'un discours de Scipion Emilien contre une *lex judiciaria* de Tib. Gracchus (« *Scipio Africanus Aemilianus, qui in oratione contra legem judiciariam Tib. Gracchi sic ait, etc.* »). Mais il s'agit peut-être ici (V. une autre opinion dans H. Meyer, *Oratorum Romanorum fragmenta*, ed. auct. et emend., Turici, 1842, p. 191) de la loi de Tib. Gracchus relative à la juridiction des triumvirs *agris dandis adsignandis* dont nous trouvons mention dans l'Epit. de Tite-Live, 58, avec, il est vrai, la qualification de *lex agraria* (*promulgavit et aliam legem agrariam, qua sibi latius agrum patefaceret, ut idem triumviri judicarent, qua publicus ager, qua privatus esset*), et qui fut combattue par Scipion Emilien (Appien, *Bell. civ.*, 1, 19 : καὶ παρελθὼν εἰς τὸ βουλευτήριον, τὸν μὲν Γράκχου νόμον οὐκ ἔψεγε δι' ὀλίγου σαφῶς· τὴν δὲ τοῦδε δυσχέρειαν ἐπεξιὼν, ἠξίου, τὰς δίκας οὐκ ἐπὶ τῶν διαιρούντων, ὡς ὑπόπτων τοῖς δικαζομένοις, ἀλλὰ ἐφ' ἑτέρων λέγεσθαι. Ὧ δὴ καὶ μάλιστα ἔπεισεν, εἶναι δοκοῦντι δικαίῳ· καὶ Τουδιτανὸς αὐτοῖς ὑπατεύων ἐδόθη δικάζειν).

2. Dans son étude *Ueber die leg. jud.* (*Jur. Schr.*, t. 3, p. 345-346), Mommsen fournit sur la question les explications suivantes : le projet primitif de C. Gracchus aurait été relatif à l'introduction d'un certain nombre de chevaliers dans le Sénat (*lex Sempronia de equitibus in Curiam sublegendis*). On peut comprendre ainsi le texte de l'Epitome de Tite-Live, 60, qui, en somme, ne nous parle pas d'une réforme judiciaire. Mais, au fond, Mommsen paraît bien admettre que le désir de faire entrer les chevaliers dans les tribunaux aurait dicté à C. Gracchus cette disposition; augmenter le Sénat d'un certain nombre d'*equites* eût été, en définitive, faire participer ces derniers à l'administration de la justice en même temps qu'aux autres affaires; et on comprendrait dès lors que Plutarque ait parlé de ce remaniement du Sénat comme d'une réforme des tribunaux. Quant à la question de date, Appien, *Bell. civ.*, 1, 22, nous dit que la *lex Sempronia judiciaria* fut portée lors du second tribunat de C. Gracchus; au contraire, l'Epitome de Tite-Live, 60, fait dater du premier tribunat la loi sur l'augmentation du nombre des sénateurs. — Belot, *Hist. des chev. rom.*, t. 2, p. 233 et s., qui ne semble point d'ailleurs avoir connu l'article de Mommsen, présente une théorie analogue : pour lui, Plutarque s'est trompé sur le plan de C. Gracchus dont on trouve mention dans l'abrégé du soixantième livre de Tite-Live; C. Gracchus aurait d'abord voulu changer simplement la majorité dans le Sénat, en y faisant entrer des chevaliers de son choix; mais il se serait aperçu de l'inutilité de cette réforme, car les deux ordres, réunis au sein de la Curie, auraient

Une troisième explication a été proposée par Zumpt[1] : il estime que Plutarque fait bien allusion à la loi Sempronia elle-même; cette loi n'aurait pas introduit un changement absolu, mais seulement réalisé une réforme mixte, accordant aux chevaliers le monopole de la judicature dans les *quaestiones repetundarum,* laissant au contraire aux sénateurs le droit de fournir les jurés pour toutes les autres affaires[2].

continué à rester ligués contre la loi agraire : c'est pourquoi, l'année suivante, il se serait décidé à porter sa loi judiciaire. Ainsi Plutarque a commis une erreur en voyant une réforme des tribunaux là où il n'y a eu qu'un projet de remaniement du Sénat.

1. A.-W. Zumpt, *Criminalrecht*, t. 2, 1, p. 62 et s.

2. La *lex Acilia repetundarum* de 631 ou 632 (date établie par Mommsen, *C. I. L.*, t. 1, p. 56-57 (= *Jur. Schr.*, t. 1, p. 20-22) : cf. la notice de M. Girard, *Textes*[3], p. 32) déclare en termes fort nets que le préteur ne devra pas porter sur l'*album judicum* un sénateur : (l. 16) *dum ne quem eorum legat... queive in senatu siet fueritve....* L'interdiction a une portée absolue et s'étend même aux pères, frères et fils des sénateurs (l. 17). On voit par cette mesure, qui dut être dictée par des préoccupations politiques identiques à celles qui firent aboutir la loi Sempronia, que pour les *quaestiones de repetundis* la réforme de C. Gracchus eut une portée absolue. Zumpt, *Criminalrecht*, t. 2, 1, p. 64 et s., fait remarquer que les textes qui nous présentent la loi Sempronia comme ayant ôté complètement la judicature aux sénateurs ne visent en réalité que le transfert des *quaestiones repetundarum* aux chevaliers (cf. les fameux mots attribués à C. Gracchus (Cicéron, *De legibus*, 3, 9 : *C. vero Gracchus ruinis et iis sicis, quas ipse se projecisse in forum dixit, quibus digladiarentur inter se cives...* ; Diodore, 37, 9 (édit. de la coll. Didot, t. 2, p. 565) : κἂν ἀποθάνω οὐ διαλείψω τὸ ξίφος ἀπὸ τῆς πλευρᾶς τῶν συγκλητικῶν διῃρημένος; Appien, *Bell. civ.*, 1, 22 : Φασὶ δὲ, κυρωθέντος μὲν ἄρτι τοῦ νόμου, τὸν Γράκχον εἰπεῖν, ὅτι ἀθρόως τὴν βουλὴν καθῃρήκοι· τοῦ δ'ἔργου προϊόντος ἐς πεῖραν, μειζόνως ἔτι ἐκφανῆναι τὸ ἔπος τοῦ Γράκχου), qui se réfèrent vraisemblablement au fait que, par la substitution des chevaliers aux sénateurs dans les tribunaux *de repetundis,* les gouverneurs de province furent à la merci d'un ordre rival). D'autres auteurs (Ferratius, *Epist. lib. VI*, p. 2; Keller, *Der röm. Civilp.*, édit. Wach, p. 47, n. 154) observent que, sous l'empire des *leges judiciariae*, l'on rencontre comme jurés civils des sénateurs, lorsque la judicature est aux mains de l'ordre équestre, des chevaliers, alors que le Sénat détient les tribunaux. Nous pouvons citer, après la loi Sempronia, le cas de P. Mucius Scaevola, certainement sénateur (V. Girard, *Org. jud.*, t. 1, p. 174, n. 3), statuant sur une action en répétition de dot de la veuve de C. Gracchus (*D.*, 24, 3, *Sol. matr.*, 66, pr.), et, après la loi Cornelia de 673, le cas du juré équestre Cluvius (Cicéron, *P. Rosc. comoedo*, 14, 42 : *Judicem? Cluvius est.... Quem tu si ex censu spectas, eques Romanus est*). Les *leges judiciariae* de la fin de la République, et la loi Sempronia en particulier, se seraient ainsi limitées aux *quaestiones.* Mais nous répondrons que les exemples précités s'expliquent aisément avec la règle du libre choix des juges par les parties (sur cette règle v. notamment Wlassak, *Röm. Processgesetze*, t. 2, p. 196, n. 16; Girard, *Org. jud.*, t. 1, p. 84, n. 2, p. 85, n. 1, p. 174, n. 3). — Un texte de Diodore 36, 15 (édit. de la coll. Didot, t. 2, p. 558), nous présente, sous le régime établi par la loi Sempronia, un exemple de sénateurs jugeant une cause publique : le tribun L. Saturninus ayant fait aux ambassadeurs de Mithridate (v. sur la date de l'ambassade Th. Reinach, *Mithridate Eupator*, 1890, p. 97, n. 1) une injure signalée, ceux-ci,

Des considérations d'un grand poids nous poussent cependant à croire que la portée de la loi Sempronia fut générale : Tiberius Gracchus avait voulu doubler le nombre des sénateurs, en y adjoignant trois cents chevaliers[1]; ces derniers eussent participé aux fonctions de jurés dans les procès civils comme dans les procès criminels; il serait assez invraisemblable que la réforme de C. Gracchus, plus radicale, eût été moins étendue. On peut tirer aussi un argument d'analogie des réformes postérieures : la liste des jurés de la loi Aurelia de 684[2] était certainement commune aux affaires civiles et criminelles; or cette loi opère une transaction entre la loi Sempronia et la loi Cornelia de 673; la réforme de C. Gracchus constituerait une anomalie, si elle avait été limitée aux *quaestiones*. Enfin un remaniement du service judiciaire s'imposait par suite de la corruption des jurés sénatoriaux; or la justice des sénateurs choquait aussi bien au civil qu'au criminel; quoique les écrivains

poussés par les membres du Sénat, portèrent contre lui une accusation à ce sujet (κρίσις περὶ τῆς ὕβρεως); il s'agissait là d'une cause publique (ἀγὼν δημόσιος) et les sénateurs étaient juges dans l'espèce (τῶν συγκλητικῶν, ὡς ἂν ἐκείνων δικαζόντων τὰς τοιαύτας κρίσεις). Mais cet exemple ne se réfère point à une *quaestio perpetua*; il se rapporte à une affaire spéciale pour l'explication de laquelle v. Willems, *Le Sénat de la République romaine*, t. 2, 1883, p. 487, n. 2, et Mommsen, *Dr. pub.*, t. 3, p. 128, n. 2. — L'explication donnée par Zumpt du texte de Plutarque, *C. Gracch.*, 5, se heurte, quant au nombre des chevaliers appelés à fournir les jurés des *quaestiones repetundarum*, au texte de la loi Acilia (l. 12), qui fixe l'*album judicum* à 450 noms. Il est vrai qu'on pourrait ici (telle paraît être l'opinion de Huschke, *ZRG*, t. 5, 1866, p. 55-56) tirer parti du texte de l'Epitome de Tite-Live, 60, qui donne le chiffre de 600 chevaliers, et en conclure que 450 d'entre eux figuraient sur l'*album judicum* pour le service des *quaestiones de repetundis*, tandis que les 150 restant étaient affectés, avec les 300 sénateurs, aux autres services. Mais en réalité le passage de l'Epitome ne se rapporte point, nous l'avons vu (*Supra*, p. 89, n. 2), à une réforme des tribunaux. Quant à la question du nombre des chevaliers que C. Gracchus, lors de son premier tribunat, projetait de faire entrer dans le Sénat (Epit. de Tite-Live : 600; Plutarque : 300), elle doit être tranchée en faveur de Plutarque. Mommsen, *Jur. Schr.*, t. 3, p. 346-347, a émis sur ce point de bons arguments : il a pu se produire dans l'Epit. de Tite-Live la confusion facile entre le nombre ajouté et le total (le chiffre 600 représentant en réalité, non pas l'adjonction de 600 *equites* au Sénat, mais la réunion de 300 sénateurs et de 300 chevaliers); de plus nous connaissons d'autres *leges* où il est question d'augmenter le Sénat d'un certain nombre de chevaliers : or ce nombre est de 300 (loi Livia : Appien, *Bell. civ.*, 1, 35; Aur. Vict., *De vir. ill.*, 66, 4; loi Cornelia de 666 : Appien, *Bell. civ.*, 1, 59); enfin il serait assez invraisemblable que le nombre des nouveaux sénateurs eût pu dépasser du double celui des anciens.

1. Plutarque, *Ti. Gracch.*, 16.
2. Cf. Mommsen, *Dr. pub.*, t. 6, 2, p. 136 et s.

anciens nous aient surtout entretenu de la partialité des *quaestiones*[1], nous possédons un témoignage qui n'est pas à l'honneur des jurés civils : Macrobe nous a conservé un fragment de discours d'un certain C. Titius à propos de la loi Fannia sur le luxe, où l'on trouve un portrait peu flatteur du *judex unus* de la procédure civile antérieurement à la loi Sempronia[2].

1. V. Cicéron, *P. Fonteio*, 10, et Valère Maxime, 8, 5, 1, sur l'affaire de Q. Pompée accusé d'exactions et absous malgré sa culpabilité; Appien, *Bell. civ.*, 1, 22, sur les procès d'Aurelius Cotta (cf. Cicéron, *Brut.*, 22, et *P. Murena*, 28, 58; Valère Maxime, 8, 1, 11), de Salinator, de Manius Aquilius (cf. Pseudo-Asconius sur Cic., *Div. in Caec.*, 21, 69, Orelli, t. 5, 2, p. 124), traduits devant la *quaestio de repetundis* à la suite de plaintes des provinciaux et acquittés scandaleusement.

2. Macrobe, *Saturn.*, 3, 16, 14. Le discours de C. Titius devrait être daté de 593, s'il se rapportait en réalité à la loi Fannia sur le luxe. Mais il est peut-être plus récent (v. Girard, *Org. jud.*, t. 1, p. 86, n. 2). Après quelques traits satiriques, dans lesquels l'orateur montre les juges occupés à boire et à jouer en compagnie de courtisanes (*ludunt alea studiose, etc.*), il arrive à des détails juridiques intéressants : ayant retardé le plus possible l'ennuyeux moment de l'audience, les juges se dirigent enfin vers le *comitium*, pour ne pas faire le procès leur (*inde ad comitium vadunt ne litem suam faciant*); on assiste alors à l'exposé de l'affaire, à l'audition des témoins, à l'examen des titres, puis on passe à la délibération (*veniunt in comitium, tristes jubent dicere; quorum negotium est narrant, judex testes poscit; .. tabulas poscit, litteras inspicit;... eunt in consilium*); naturellement tout est bâclé, et le juge se montre plutôt distrait (... *judex testes poscit, ipsus it minctum; ubi redit, ait se omnia audivisse...*); il a hâte de regagner la table et de se replonger dans la débauche (*quid mihi negotii est cum istis nugatoribus, quin potius potamus mulsum mixtum vino Graeco, etc*). — Remarquons qu'on pourrait d'abord être tenté de rapporter ce texte aux jurés des *quaestiones* : la mention du temps de Lucilius (Macrobe, *Saturn.*, 3, 16, 14 : *C. Titius, vir aetatis Lucilianae.* Cf. 3, 16, 17 : *haec Titius. Sed et Lucilius, acer et violentus poeta...*) permettrait de le placer à une époque qui correspond bien à l'activité de ces tribunaux (le poète Lucilius est né probablement en 574 et mort en 651 : v. Schanz, *Geschichte der römischen Litteratur*, 1. Teil, 2. Aufl., München, 1898, p. 111. La création des *quaestiones perpetuae* remonte à une loi Calpurnia de 605 : Cicéron, *Brut.*, 27, 106); C. Titius serait alors un orateur du VII^e^ siècle. De plus certains détails juridiques du texte semblent conformes à ce que nous savons par la loi Acilia de la procédure d'une *quaestio* : les mots *eunt in consilium* marqueraient le fait de la part des jurés d'aller en délibération (cf. *lex Acilia*, l. 44, 46); *tabulae, litterae*, ce seraient les tablettes de vote et les lettres inscrites dessus, A (*absolvo*), C (*condemno*) (cf. *lex Acilia*, l. 51, 52). Le texte ne pourrait plus, dès lors, être utilisé pour notre démonstration. Mais nous pensons qu'il s'agit bien, en réalité, du *judex unus* de la procédure civile (*sic* : Girard, Cours de Pandectes sur le *Judex unus*, professé à la Faculté de Droit de Paris en 1902-1903, leçon du 13 février 1903) : *tabulae, litterae*, ce sont les titres que le juge demande à voir (cf. Bethmann-Hollweg, *Der röm. Civilproz.*, t. 2, p. 600, n. 79; Kuebler, *ZSS* (*RA*), t. 16, 1895, p. 180; Partsch, *Die Schriftformel im römischen Provinzialprozesse*, Breslau, 1905, p. 15); l'expression *ire in consilium* s'emploie très bien de l'*unus judex*, qui a un *consilium* (v. Hitzig, *Die Assessoren der römischen Magistrate und Richter*, München, 1893, p. 10); enfin les mots *judex poscit* prouvent qu'il est question du juré unique.

II

A quels chevaliers la réforme de C. Gracchus s'est-elle appliquée? La *lex Acilia repetundarum*, dont on peut tirer par analogie des renseignements précieux sur le système de la loi Sempronia[1], présente malheureusement une lacune quant à la qualification même des personnages que le préteur doit porter sur l'*album*[2].

Suivant une théorie longtemps en faveur[3], les chevaliers appelés dans les tribunaux auraient été tous les possesseurs du cens équestre. Belot[4] fait notamment valoir à l'appui de cette doctrine un argument qu'il tire de la loi agraire de 643. On lit à la ligne 37 du document épigraphique en question : [*Sei quid publicanus ejus rei causa sibi deberi*] *darive oportere de*[*icat de ea re co*(*n*)*s*(*ul*) *prove co*(*n*)]*s*(*ule*) *praetor prove pr*(*aetore*), *quo in jous adierint, in diebus X proxsumeis, qu*[*ibus de ea re in jous aditum erit,... recuperatores ex ci*]*vibus L, quei classis primae sient, XI dato*[5]. Remarquons d'abord que le mot *equites* n'est point prononcé dans ce passage. Mais Belot, après s'être efforcé de démontrer l'identité de l'ordre équestre avec la première classe des citoyens romains[6], conjecture que les *cives primae classis* de notre texte sont des chevaliers au sens large, et il donne de l'emploi de cette expression par les rédacteurs de la loi agraire l'explication suivante[7] : il y avait, dit-il, des membres de l'ordre équestre qui, tout en conservant leur titre d'*equites*, pouvaient n'être plus en possession du cens équestre, c'est-à-dire de la fortune de la première classe; or cette fortune était exigée des chevaliers-juges comme une garantie d'indépen-

1. V. notamment l. 13-14 et 16-17, sur les incapacités générales d'être juré.
2. V. les l. 12 et 16.
3. V. notamment Marquardt, *Hist. equit. Rom.*, p. 22 et s.; Mommsen, *Ueber die leg. jud.*, Zeitschr. f. die Altertumswiss., p. 817 (= *Jur. Schr.*, t. 3, p. 343, n. 13); Belot, *Hist. des chev. rom.*, t. 2, p. 80 et s., p. 236 et s.; Lange, *Röm. Altert.*, t. 1[3], p. 483, t. 3[2], p. 33 et s.; Madvig, *L'Etat Romain*, t. 3, p. 239, n. 7.
4. Belot, *op. cit.*, t. 2, p. 210-211.
5. V. Girard, *Textes*[3], p. 53.
6. Belot, *op. cit.*, t. 2, p. 106 et s.
7. Belot, *op. cit.*, t. 2, p. 210-211.

dance et d'impartialité ; aussi le terme *equites*, employé couramment par les historiens et les littérateurs, n'aurait-il pas été suffisamment précis dans un texte de loi ; voilà pourquoi l'on trouve dans la *lex agraria* de 643 les mots *quei classis primae sient*, cinquante citoyens de la première classe et non cinquante *equites*.

Mais nous croyons, avec Mommsen[1], que le cens équestre différait de celui de la première classe. De plus, à supposer que les récupérateurs visés par la loi agraire de 643 fussent des possesseurs du cens équestre, cela ne prouverait nullement que les jurés de la *lex Sempronia* n'aient pas été exclusivement les *equites equo publico* ; il s'agit en effet dans la loi de 643 de procès administratifs, pour lesquels, au lieu de recruter les jurés sur la liste générale établie par C. Gracchus, cette loi désigne une liste spéciale de cinquante citoyens de la première classe, d'où l'on tirera les récupérateurs[2].

Nous arrivons à la théorie développée par Mommsen, qui restreint le choix des jurés aux *equites equo publico*[3]. La loi Acilia, nous l'avons vu, contient une lacune, que Mommsen, adoptant l'hypothèse du transfert des fonctions de jurés à tous les possesseurs du cens équestre, avait d'abord comblée par les mots : *quei in hac ceivit[ate sestertium quadringentorum milium n(ummum) plurisve census siet]*[4], et où il a, depuis, rétabli le texte de la manière suivante : *quei in hac ceivit[ate equum publicum habeat habuerit]*[5].

Quelles sont les raisons qui peuvent justifier cette dernière restitution ?

Il serait d'abord assez invraisemblable que C. Gracchus eût brusquement appelé à juger toute la masse de ceux qu'on appelle *equites equo privato*. Il semble plus conforme aux circonstances

1. Mommsen, *Dr. pub.*, t. 6, 2, p. 96-97.
2. Cf. Mommsen, *Dr. pub.*, t. 6, 2, p. 134, n. 3.
3. Mommsen, *Dr. pub.*, t. 6, 2, p. 133 et s.
4. V. *C. I. L.*, t. 1, p. 58, l. 12.
5. Cf. Girard, *Textes*[3], p. 34. — La loi Acilia, étant probablement une application de la loi Sempronia, pourrait aussi avoir contenu simplement un renvoi à cette dernière : *quei in hac ceivit ate ex lege quam C. Sempronius Ti. f. tr. pl. tulit judicet judicaturusve sit*]. Cf. Mommsen, *Dr. pub.*, t. 6, 2, p. 135, n. 1.

qu'on ait tout simplement substitué à la liste du Sénat celle des chevaliers *equo publico*; c'était là quelque chose de bien délimité, et la réforme apparaît, dans ces conditions, comme plus simple et plus logique.

A cet argument, tiré des vraisemblances générales, on peut en joindre d'autres, qui nous sont fournis par les textes[1]. Mommsen estime que les chevaliers-juges de la loi Aurelia sont incontestablement les *equites equo publico*. Or le système n'est qu'une résurrection modifiée de celui des Graeques. Les juges institués par la loi Sempronia devaient donc être, eux aussi, les titulaires du cheval public[2].

C'est à la présence des *tribuni aerarii* à côté des *equites* dans la loi Aurelia qu'on s'attache pour attribuer à ces derniers le caractère de chevaliers *equo publico*[3].

Reprenons les textes qui nous renseignent sur la loi Aurelia et voyons quelles sont les conclusions qu'ils autorisent :

Certains semblent confondre les *tribuni aerarii* avec les *equites*. Cicéron, faisant allusion, en plusieurs endroits de ses plaidoyers, aux jurés de la loi Aurelia, ne parle que de sénateurs et de chevaliers[4]. Velleius Paterculus ne voit dans la réforme

1. Nous ne pensons pas cependant qu'on puisse tirer de conclusion ferme de l'emploi du mot *ordo* dans les textes postérieurs à la loi judiciaire de C. Gracchus. Rigoureusement *ordo equester* ne s'applique qu'aux *equites equo publico*, qui, seuls, forment, comme l'indique le mot, un corps fermé (cf. Mommsen, *Dr. pub.*, t. 6, 2, p. 78). Mais en fait le mot se trouve employé fréquemment par les auteurs dans un sens plus large, dans le sens d'*equites Romani* en général. Certes on voit Tite-Live, 21, 59, 9, opposer expressément l'*equester ordo* aux *equites*. Mais Cicéron, faisant allusion à la réforme opérée par la *lex Sempronia*, dit tour à tour *ordo equester* (*P. Rabirio perduell. reo*, 7, 20; *In Verr.*, 2, 3, 41) et *equites Romani* (*in Verr.*, 2, 3, 58 et 59 *in fin.*; *de Invent.*, 1, 49, 92; *P.L.Cornelio Balbo*, 5); on pourrait faire la même remarque pour Velleius Paterculus, 2, 13, 2 et 2, 32, 3, et pour Florus, 2, 1 et 2, 3. Pline semble bien dire que le nom de chevalier n'appartient qu'à celui qui possède un cheval public (*H. nat.*, 33, 1, 30 : *Equitum nomen subsistebat in turmis equitum publicorum*). Mais Appien désigne les chevaliers-juges de la loi Sempronia et les *equites* victimes des proscriptions de Marius et Sulla par la même expression (*Bell. civ.*, 1, 22, τοὺς καλουμένους ἱππέας; 1, 103, ἀπὸ δὲ τῶν καλουμένων ἱππέων διστχιλίους καὶ ἑξακοσίους); or, parmi ces derniers, il y en avait certainement qui n'étaient pas en possession de chevaux publics, puisqu'Appien donne pour eux le chiffre de 2600, alors qu'on ne comptait que 1800 *equites equo publico*.

2. Mommsen, *Dr. pub.*, t. 6, 2, p. 134, n. 4 et 137.

3. Sur le rang des *tribuni aerarii* à la fin de la République, v. Mommsen, *Dr. pub.*, t. 6, 1, p. 216, n. 4 et p. 217, n. 1 et 2.

4. V. *P. Fonteio*, 15; *P. L. Flacco*, 2.

qu'un partage des tribunaux entre l'ordre équestre et le Sénat :... *judicandi munus, quod C. Gracchus ereptum senatui ad equites, Sulla ab illis ad senatum transtulerat, aequaliter in utrumque ordinem partitus est*[1]. De ce que les *equites* et les *tribuni aerarii* réunis occupaient deux décuries et les sénateurs une seule, l'Epit. de Tite-Live va même jusqu'à conclure que la loi Aurelia restituait les tribunaux à l'ordre équestre : *Judicia per M. Aurelium Cottam praetorem ad equites Romanos translata sunt*[2].

Mais, par ailleurs, Cicéron paraît bien faire une distinction entre chevaliers et tribuns de la solde : *Quid de illis honestissimis viris atque optimis civibus, equitibus Romanis dicemus, qui tum* (lors de la révolte de Saturninus) *una cum senatu salutem reipublicae defenderunt? Quid de tribunis aerariis, ceterorumque ordinum omnium hominibus, qui tum arma pro communi libertate ceperunt*[3]? Asconius distingue nettement dans la réforme trois catégories de jurés : *Aurelia lege communicata esse judicia inter senatores et equestrem ordinem et tribunos aerarios*[4]. Le scoliaste de Bobbio fait aussi la distinction, mais en remarquant que les sénateurs étaient en somme mis en minorité dans les tribunaux : *... judiciariae legis Aureliae, qua senatoribus abrogata est summa potestas judicandi, et communicata cum* [*equitibus*] *Romanis* [*et tribunis*] *aerariis, ita ut in judiciis esset minor numerus senatorum*[5].

Ainsi certains textes distinguent les *tribuni aerarii* des *equites*, tandis que d'autres paraissent les placer sur le même pied. L'explication la plus naturelle est d'admettre que les *tribuni* appartenaient à l'ordre équestre au sens large, c'est-à-dire qu'ils avaient le cens de 400.000 sesterces. On peut de la sorte les distinguer des *equites*, qui semblent comprendre plus particulièrement les titulaires du cheval public; et on conçoit, d'autre part, que quelques textes aient englobé les deux catégories de personnages dans le mot « chevaliers », en pensant à l'ordre équestre pris dans son ensemble et opposé à l'ordre sénatorial.

1. Velleius, 2, 32, 3.
2. Tit.-Liv., *Epit.*, 97.
3. Cicéron, *P. C. Rabirio perduellionis reo*, 9, 27.
4. Asconius, édit. Clark, p. 78.
5. Schol. Bobb., Orelli p. 339.

D'ailleurs un autre passage du scoliaste de Bobbio est encore plus significatif : *Lex Aurelia judiciaria ita cavebat, ut ex parte tertia senatores judicarent, ex partibus duabus tribuni aerarii, et equites r., ejusdem scilicet ordinis viri*[1]. Cette scolie nous dit nettement que chevaliers et tribuns de la solde appartenaient au même ordre. Mais du moment que d'autres textes font une distinction entre *tribuni aerarii* et *equites*, c'est que les premiers sont des chevaliers au sens large, les seconds des chevaliers *equo publico*.

La théorie de Mommsen, qui estime que les jurés institués par C. Gracchus furent les titulaires du cheval public, a été combattue par Willems[2]. Mais les arguments de cet auteur ne nous paraissent point décisifs : d'abord, dit Willems, la liste des jurés aurait été composée de jeunes gens, si on n'y avait porté que des chevaliers *equo publico*, et un pareil recrutement n'eût pas répondu à la condition d'âge fixée par la *lex Acilia*[3] ; de plus, cette loi excluant de la judicature tous fils, frères ou pères de sénateurs ou d'anciens sénateurs[4], dont beaucoup étaient membres des centuries équestres, le cadre de recrutement des jurés eût encore été singulièrement restreint. Nous répondrons que ceux qui avaient rendu le cheval public pouvaient conserver leur titre et, par conséquent, être jurés[5]. De plus une défalcation assez large opérée sur les dix-huit centuries équestres n'empêchait pas qu'on pût conserver une base numérique suffisante en vue de la formation de la liste.

1. Schol. Bobb., Orelli p. 229.

2. P. Willems, *Le dr. publ. rom.*, 7e édit., publ. par J. Willems, p. 88, n. 4.

3. *Lex Acilia*, l. 13 :... [*dum nei quem eorum legat*]... *queive minor anneis XXX majorve annos LX gnatus siet.*

4. *Lex Acilia*, l. 17.

5. Cf. Mommsen, *Dr. Pub.*, t. 6, 2, p. 164, n. 1.

BIBLIOTHÈQUE NATIONALE

EXAMEN

D'UN

CRITÉRIUM GRAMMATICAL DE DATATION

Le temps des verbes employés dans les citations des Jurisconsultes romains

PAR

HENRI LÉVY-BRUHL

Docteur en Droit, Licencié ès-Lettres

I

Lorsque, chez un auteur juridique, on trouve la mention d'un auteur précédent cité au moyen d'un verbe employé à un temps passé, est-il légitime de tirer du temps de ce verbe une conclusion touchant l'existence ou la mort du jurisconsulte cité ? Un exemple fera mieux comprendre les termes du problème. Il arrive que l'on trouve au Digeste, dans un ouvrage d'Ulpien, par exemple, une expression telle que celle-ci : « *Juliano placuit*.... » Il s'agit de savoir si nous serions autorisés à conclure de ce parfait, à défaut de tout autre élément de solution, que Julien était mort quand Ulpien écrivait son ouvrage. Il se trouve que, pour Ulpien, nous savons par ailleurs d'une façon certaine qu'il écrivait après la mort de Julien. Mais nous ne sommes pas aussi bien renseignés, à beaucoup près, sur les rapports chronologiques de tous les autres jurisconsultes. Il est des hypothèses où la mention qui est faite d'un jurisconsulte par un autre est un des éléments les plus importants qui nous soient fournis pour

dater leurs ouvrages respectifs. On comprend que, dans ces conditions, l'examen attentif d'un pareil critérium ne soit pas sans intérêt pour l'histoire des sources[1].

L'idée première de ce travail nous a été suggérée par notre vénéré jubilaire. Dans le compte rendu de l'ouvrage de M. Fitting[2] qu'il a fait paraître dans les *Göttingische Gelehrte Anzeigen* 1910, p. 245-268[3], M. P. F. Girard a nettement marqué la portée du problème en même temps qu'il en annonçait la solution par d'intéressantes observations[4]. Il exprimait, au même endroit, le vœu que la question fut étudiée, souhaitant qu'elle devînt « l'objet d'une de ces bonnes dissertations inaugurales, sobres et précises, plus utiles au progrès de la science que nombre de gros livres à grandes phrases[5] ». Nous ne nous flattons pas d'apporter ici cette monographie; nous nous sommes borné à procéder à un minutieux dépouillement des textes du Digeste. C'est le résultat de ce dépouillement, réduit à ses moindres proportions, que nous désirons mettre sous les yeux du lecteur.

Ce dépouillement était-il nécessaire? Il est tout d'abord un moyen tout empirique qui pourrait paraître fournir d'une manière indirecte, mais sûre, la solution du problème posé. Si nous admettons, avec M. Fitting[6] que dans les citations de jurisconsulte, l'épithète *noster* s'applique toujours et exclusivement à

1. Ce critérium mérite d'autant mieux d'être examiné que l'emploi en est très fréquent. A la vérité presque tous les historiens des sources en font usage, plus ou moins consciemment. Nous citerons P. Krueger, *Sources*, p. 210, n. 8 (Octavenus et Valens); Fitting, *Alter und Folge*, p. 23 (les *divi fratres* et Julien); Kipp, *Geschichte der Quellen des römischen Rechts*, 3te Auflage, p. 125, n. 93 (Julien et Gaius); Appleton, *La date des Digestes de Julien*, dans *NRH*, 1910, p. 744 (Celse et Pomponius); Ferrini, *Rendiconti del Istituto lombardo*, 24, 1891, p. 564 (Celse et Pomponius); P. de Francisci, *ibid.*, 41, 1908, p. 464 (Pomponius et Pactumeius Clemens).

2. Hermann Fitting, *Alter und Folge der Schriften römischer Juristen von Hadrian bis Alexander*, zweite, völlig neue Bearbeitung, 1908.

3. Réimprimé dans P. F. Girard, *Mélanges de droit romain*, 1, *Histoire des sources*, 1912, p. 311-340.

4. *GGA.*, p. 249 et s. = *Mélanges*, 1, p. 316 et s.

5. *Eod. loc.*, 250=318.

6. M. Fitting avait présenté déjà cette théorie dans la première édition de son ouvrage, parue en 1860 (*Ueber das Alter der Schriften römischer Juristen*, p. 2) et il avait soutenu à ce sujet une polémique avec Mommsen. Il reproduit sa thèse dans l'édition de 1910. *Alter und Folge*, p. 4 et s.

des auteurs vivants, nous devons en conclure sans hésitation que le parfait et l'imparfait peuvent désigner des vivants. Nous avons en effet des textes qui portent : *et haec Scaevolae nostro placuerunt*[1], *Scaevola noster dicebat*[2], *Juliano nostro placuit*[3]. Si *noster* ne peut qualifier que des vivants, il résulte nécessairement de ces textes que le parfait et l'imparfait, s'appliquant indifféremment aux vivants et aux morts, ne sauraient servir de critérium de datation[4]. — Mais *noster* désigne-t-il toujours un auteur vivant[5]?

Pour le prouver M. Fitting fait usage d'un argument assez subtil. Il remarque que, parmi les nombreuses citations que fait Paul de Scaevola, ce jurisconsulte dit *Scaevola noster* dans ses premiers ouvrages : *libri ad edictum, ad Sabinum, ad Plautium, quaestiones, sententiae, liber de secundis tabulis*, tandis qu'il l'appelle seulement Scaevola dans ses *libri ad Vitellium*, et dans ses *responsa*[6]. Mais pour les *libri ad Vitellium*, rien ne prouve qu'ils soient un des derniers ouvrages de Paul. Le seul argument qu'emploie M. Fitting en ce sens[7] est précisément l'omission du mot *noster* devant Scaevola. Et quand le fait serait prouvé[8], rien n'autoriserait à en tirer une conclusion si ferme quant au

1. Paul, *l. 3 ad ed., D.*, 2, 14, 27, 2.
2. Paul, *l. 6 ad Plautium, D.*, 23, 3, 56, 3.
3. Mécien, *l. 8 fideicomm, D.*, 35, 2, 30, 7.
4. Il est surprenant que M. Fitting n'ait pas vu la contradiction irréductible où se trouvent placés ceux qui soutiennent à la fois que *noster* s'applique nécessairement à un vivant et que le passé désigne nécessairement un mort. Ceux qui attachent à l'épithète *noster* la même valeur que M. Fitting devraient soigneusement s'abstenir, en présence des textes cités aux notes précédentes, de tirer argument du temps employé dans la citation. Or M. Fitting tombe une fois au moins dans cette contradiction, puisqu'il voit dans le parfait *fuisse* qui se trouve dans le rescrit des *divi fratres* cité par nous plus bas, p. 104, n. 1, la preuve que Julien est mort au moment du rescrit. La contradiction subsiste, quel que soit le sens que l'on donne aux mots « *amici nostri* » dans le rescrit cité.
5. M. Marouzeau, le distingué latiniste, qui a bien voulu lire en manuscrit le présent travail, nous signale un texte de Senèque où *noster* désigne un auteur mort : *Ep. ad Lucil.* 28, 1 : *ut ait Vergilius noster.*
6. Fitting, *op. cit.*, p. 95.
7. Voir le relevé des citations dans Fitting, p. 4, n. 1.
8. Nous aurions plutôt tendance à croire que Scaevola était déjà mort au moment où Paul écrit ses *quaestiones*, c'est-à-dire sous Caracalla, seul empereur (Cf. Fitting, p. 94). Sans doute il n'est pas impossible que Scaevola ait vécu encore après 212, mais ce n'est pas probable, puisqu'il donnait déjà des *responsa* sous Marc-Aurèle et Vérus (161-169) et peut-être même déjà sous Antonin le Pieux (*D.*, 34, 1, 13, 1).

sens du mot *noster*. Ce mot implique, plus sûrement que des rapports d'élève à maître[1], certains sentiments d'affection personnelle qui peuvent ne pas durer toute la vie[2], qui peuvent aussi persister après la mort de l'auteur cité[3].

Ainsi notre problème ne peut se résoudre par ce détour, mais ne trouve-t-il pas sa solution dans les principes de la syntaxe?

Il sera évidemment inutile d'entreprendre la recherche, si la grammaire nous enseigne que les temps passés des verbes (parfait, imparfait), ne s'emploient qu'en parlant des morts. Mais précisément la grammaire, qui synthétise les habitudes générales de langage des latins, est muette sur ce point. Elle ne dit pas qu'il y ait en la matière qui nous occupe une règle absolue; elle ne nie pas non plus qu'il y en ait une. Bref, elle ne donne pas de réponse *a priori* qui rendrait d'avance caduque ou superflue toute tentative de ce genre[4]. Pourtant elle nous fournit quelques indications qu'il nous faut noter précieusement.

1. Sur cette question cf. *infra*, p. 115, n. 3.

2. Une brouille survenue entre Paul et Scaevola peut, tout aussi facilement que la mort de Scaevola, expliquer la suppression du mot *noster* devant son nom.

3. M. Kuebler, dans son compte rendu de l'ouvrage de Fitting, paru dans la *KV*, 3te Folge XIII, 1911, exprime p. 11 l'idée que l'omission de *noster* peut fort bien s'expliquer par le simple écoulement du temps qui atténue la vivacité des sentiments ou des regrets. Même, pour M. Kuebler, le mot *noster* serait plutôt une preuve de la mort (récente) de la personne ainsi qualifiée.

M. Fitting nous paraît avoir été entraîné, pour faire du mot *noster* devant le nom d'un jurisconsulte un critérium formel de la survie de ce jurisconsulte, par une fausse analogie avec la coutume suivi pour la citation des empereurs. Il fait d'ailleurs lui-même le rapprochement (*op. cit.*, p. 4). Mais le mot *noster* a un tout autre sens devant un nom d'empereur ou devant un nom de jurisconsulte. On trouvera la liste des premiers dans Brissonius, *De verborum quae ad jus pertinent significatione*, 1743. *S.* v° *noster*, p. 912. Dans cette première hypothèse, le mot *noster* a la valeur d'un collectif et s'applique au lecteur comme à l'auteur : *imperator noster* signifie : l'empereur sous lequel nous vivons (tous). Au contraire, devant un nom de particulier, *noster* équivaut à *meus*, et désigne simplement les relations amicales qu'a entretenues le jurisconsulte avec la personne dont il parle.

4. Une autre fin de non-recevoir pourrait être invoquée. On pourrait dire que l'emploi des temps est, dans une large mesure, une question de style individuel, que cet emploi varie avec les différents auteurs. Mais cette objection ne paraît pas avoir une bien grande portée. Les différences stylistiques individuelles, nombreuses chez les auteurs littéraires, se réduisent à peu de chose dans les écrits des jurisconsultes, comme, d'une façon générale, dans ceux de tous les techniciens. Le latin des Prudents est en général correct et conforme aux règles générales de la langue. Les différences individuelles se marquent à des détails (prédilection pour telle expression, valeur particulière donnée à tel mot, etc.). Cf. W. Kalb, *Juristenlatein*, 2te Auflage 1888; *Roms Juristen nach ihrer Sprache dargestellt*, 1890; *Spezialgrammatik zür selbständigen Erlernung der römischen Sprache fur lateinlose Jünger des Rechts*,

Il existe une différence considérable entre le parfait et l'imparfait[1].

a. Le premier n'évoque pas à l'esprit autre chose que la représentation d'un événement passé. Tantôt il n'a que la valeur d'un passé historique : c'est alors un aoriste; tantôt il indique que cet événement est passé, au sens plein du mot, qu'il est achevé : c'est alors un *parfait*.

b. L'imparfait est plus complexe. Il ne saurait convenir au simple récit d'un événement fugitif. Il représente invariablement à l'esprit, avec l'image d'un événement passé, celle d'une relation, d'un rapport de concomitance[2]. Le second terme de ce rapport sera généralement exprimé; mais il ne l'est pas toujours, et, s'il ne l'est pas, il n'en faudra pas conclure qu'il n'existe pas, et que le principe est en défaut : c'est que l'on rapproche l'événement particulier dont il s'agit, non pas de tel autre événement particulier déterminé, mais de la vie entière (ou de la période d'activité) de la personne en cause. C'est ce que l'on appelle, assez justement, « l'imparfait d'habitude. »

Il en résulte, pour notre recherche, des conséquences assez importantes. Tout d'abord il est certain que l'imparfait, du moins l'imparfait d'habitude, aura une valeur probante plus grande que le parfait. Pourtant les parfaits ne seront pas tous négligeables, mais nous pourrons éliminer *a priori* ceux qui n'énoncent qu'un acte précis. Au contraire, ceux qui font connaître, non plus un acte, mais un état, et surtout un état constant, auront une valeur sensiblement égale à celle des imparfaits. Ainsi, si nous rencontrons dans un auteur : « *P. fuit vir prudentissimus*... » et que cette phrase ne fasse pas allusion à la conduite de P. dans une circonstance déterminée, mais porte sur lui un jugement général, il y aura quelque

1910. — Il ne semble pas d'autre part que le latin ait suivi sur ce point une évolution quelconque; pas plus qu'entre les auteurs il n'y a lieu de distinguer entre les époques.

1. Voir sur ce point, B. Delbrück, *Vergleichende Syntax der indogermanischen Sprachen*, t. II, p. 310-316 (dans *Grundriss der vergleichenden Grammatik der Indogermanischen Sprachen* de Brugmann et Delbrück, t. IV).

2. Un texte cité par Delbrück, *op. cit.*, p. 314, rend très claire cette différence : Cicéron *Brutus* 79 : ERAT *iisdem temporibus Ti. Grachus P. F. qui his consul et censor* FUIT.

présomption que ce jugement porte sur un mort. Du moins nous devrons examiner cette hypothèse avec attention.

Ainsi nous pouvons d'ores et déjà classer les formes verbales, et, parmi les verbes, établir des catégories par ordre de force démonstrative croissante.

Une première classe I comprendra les verbes au parfait qui connotent un simple fait : « *rescripsit*, *respondit*, etc.... » La classe II sera composée des verbes au parfait exprimant un état plus ou moins durable « *placuit*, *putavit*, *fuit*[1].... » La classe

1. Il est souvent difficile, dans la pratique, de savoir si tel verbe appartient à la première où à la seconde de ces catégories. La question peut être agitée pour un des textes qui prêtent le plus à controverse, le rescrit des *divi Fratres* cité par Ulpien *D.* 37, 14, 17, *pr.* que nous reproduisons ici tout entier à cause de son importance : *Divi fratres in haec verba rescripserunt. Comperimus a perilioribus dubitatum aliquando, an nepos contra tabulas aviti liberti bonorum possessionem petere possit si eum libertum pater patris, cum annorum viginti quinque essel, capitis accusasset, et Proculum, sane non levem juris auctorem, in hac opinione fuisse, ut nepoti in hujusmodi causa non putaret dandam bonorum possessionem, cujus sententiam nos quoque secuti sumus cum rescriberemus ad libellum Caesidiae Longinae : sed et Volusius Maecianus amicus noster ut et juris civilis praeter veterem et bene fundatam peritiam anxie diligens religione rescripti nostri ductus sit, ut coram nobis adfirmavit non arbitratum se aliter respondere debere; sed cum et ipso Maeciano et aliis amicis nostris juris peritis adhibitis plenius tractaremus, magis visum est nepotem neque verbis neque sententia legis aut edicti praetoris ex persona vel nota patris sui excludi a bonis aviti liberti : plurium etiam juris auctorum, sed et Salvi Juliani amici nostri clarissimi viri hanc sententiam fuisse ».* Suivant la façon dont nous comprendrons ces derniers mots nous devrons faire entrer ce texte en ligne de compte ou au contraire lui dénier toute importance. On peut concevoir en effet deux interprétations assez distinctes : ou l'idée de passé, contenue dans le parfait *fuisse*, porte sur l'opinion de Julien, et le texte entre alors dans notre classe n° I, ou le passé ne porte que sur les circonstances où cette opinion fut exprimée, et nous sommes ici en présence d'un simple parfait historique sans valeur probante pour notre sujet. Or, c'est cette seconde interprétation qui nous paraît la meilleure. Elle résulte clairement, nous semble-t-il, de l'ensemble du contexte qui n'est et ne peut être qu'un récit. Racontant ce qui se passa à l'assemblée plénière de leurs *amici*, les princes rapportent que Julien fut (alors) de tel avis. Il faut donc, croyons-nous, renoncer à tirer de ce rescrit des *divi fratres* quoi que ce soit touchant la vie ou la mort de Julien. — Mommsen nous paraît s'être placé sur un terrain moins sûr lorsqu'il dit (*Salvius Julianus* dans *ZSS* (*RA*), 23, 1902, p. 59 = *Ges. Schr.* II, p. 6, n. 2) que le parfait pourrait s'expliquer, même du vivant de Julien, par l'ignorance où les empereurs se fussent trouvés de son opinion actuelle (par exemple s'il était en Afrique). Pourtant Mommsen penche à croire que Julien était mort. A cette même note des *Gesammelte Schriften*, M. Kuebler ajoute un texte qui lui paraît renforcer cette opinion. Il est tiré de Gaius II, 280 : *scio tamen Juliano placuisse..., quam sententiam et his temporibus magis obtinere video.* Mais ce texte ne prouve évidemment que pour ceux qui estiment que le parfait (classe n° I) suffit à démontrer la mort de l'auteur cité, et tel est précisément le problème que nous cherchons à résoudre. *Sic*, Kornemann, *Der Jurist Salvius Julianus*

III comprendra des imparfaits d'habitude désignant non point des états, mais des actes : « *aiebat*, *respondebat*.... » Enfin la classe IV sera la plus caractéristique puisqu'elle contiendra les imparfaits d'habitude portant sur des états constants du jurisconsulte envisagé : « *putabat*, *placebat*. » Les résultats que nous obtiendrons pour chaque catégorie ne vaudront que pour celle-là, et il serait illégitime de les étendre aux catégories suivantes. Au contraire, tenant compte de ce que les chances de vie sont de plus en plus faibles à mesure que l'on passe de la classe I à la classe II et ainsi de suite, si nous trouvons une ou plusieurs hypothèses de vie certaine dans une classe, nous pourrons affirmer que les classes précédentes n'excluent pas, elles non plus, la possibilité de vie.

*
* *

Notre recherche sera également resserrée dans des limites assez étroites par une autre considération. Cherchant à déterminer si le parfait et l'imparfait sont nécessairement (avec les réserves que nous venons d'indiquer) l'indice de la mort des jurisconsultes cités, il est trop évident que nous n'aurons aucun compte à tenir des jurisconsultes dont nous savons par ailleurs qu'ils sont *certainement* morts au moment où ils sont cités. Peu nous importe que Labéon soit mentionné au parfait, à l'imparfait (ou au présent) par Ulpien. Il n'est pas contestable en effet que ces différents temps s'appliquent aux morts[1]. Ce qui est contesté, c'est le point de savoir s'ils s'appliquent aux vivants. Aussi seuls nous intéressent ici les auteurs contemporains de ceux qui les citent, les jurisconsultes pour lesquels la question peut se poser de savoir s'ils vivaient au moment où l'auteur qui les mentionne parle d'eux[2].

und Kaiser Didius Julianus dans *Klio* 6, 1906, p. 183, n. 3. Girard, *art. cit.* p. 251 = *Mélanges*, 1, p. 319. *Contra*, Fitting, *op. cit.*, p. 23, n. g.

1. M. Girard a très justement remarqué, dans l'article cité (*GG.*1, p. 249 = *Mélanges*, 1, p. 317) que le présent s'emploie indifféremment pour mentionner les morts et les vivants; les exemples de ce fait sont trop nombreux pour qu'il soit nécessaire d'en citer. — L'emploi du présent, auquel on aurait pu songer comme contre-épreuve, ne saurait donc nous servir à rien.

2. Cette observation est de nature à réduire beaucoup le nombre des hypothèses que nous aurons à examiner. Les citations sont très abondantes au Digeste, mais, sur 10 citations faites à un temps passé, il en est au moins 8 qui se réfèrent à un

Enfin nous devrons également renoncer à faire entrer en ligne les citations d'auteurs qui semblent à la vérité contemporains de ceux qui les mentionnent, mais pour lesquelles nous ne pouvons dater avec une précision suffisante l'un des deux éléments, le jurisconsulte cité ou le jurisconsulte qui le cite, ou enfin parfois ni l'un ni l'autre[1]. Pour que notre problème soit susceptible de solution, il faut en effet avoir établi au préalable, sur d'autres bases, l'existence simultanée des deux jurisconsultes. Or cette simultanéité suppose connue au moins, d'une façon approximative, la biographie de l'un et de l'autre. Nous serons bien souvent hors d'état de l'établir et nous nous trouverons privés, du même coup, d'une source assez abondante.

Ces diverses éliminations opérées, notre problème, précisé, se pose en ces termes : Quelle est la valeur, comme critérium de datation, des parfaits et des imparfaits caractéristiques employés pour citer des jurisconsultes sensiblement contemporains ?

auteur dont la mort est certaine au moment où le jurisconsulte le mentionne. La proportion est plus grande encore chez Ulpien dont on a déjà remarqué que, s'il cite beaucoup, il ne cite que rarement ses contemporains (Cf. Jörs v° *Domitius* dans Pauly-Wissowa, t. V, col. 1475-1496).

1. Il serait fastidieux, et d'ailleurs sans utilité, d'énumérer ici toutes ces hypothèses. Nous n'en citerons ici, à titre d'exemple, que quelques-unes prises dans chacune des trois catégories. A. Hypothèses où l'on peut dater l'auteur qui cite mais non l'auteur cité : 1° Aulu-Gelle *Noct. Att.*, 20, 1, 1, citant Africain? Cf. *infra* p. 114, n. 3. 2° Pomponius citant à l'imparfait Pactumeius Clemens *D.*, 40, 7. 21, 1. Pactumeius était consul en 138 (Cf. Liebenam. *Fasti Consulares Imperii Romani*, 1909, p. 22) mais on ne sait pas s'il était mort ou vivant au moment où Pomponius écrit son traité *ad Plautium* (Cf. *Prosopographia*, t. III, p. 5). 3° Marcien (*D.*, 15, 1, 40, *pr.*) cite à l'imparfait Papirius Fronto. Malheureusement, si nous savons à peu près à quel moment Marcien écrit ses *Regulae*, nous ignorons tout de Papirius Fronto. On pourrait aisément allonger cette liste. B. Hypothèses où l'on peut dater l'auteur cité, mais non l'auteur qui cite. Nous donnerons comme exemples : 1° Julien, cité à maintes reprises à un temps passé par Africain. On tend à croire que Julien était mort quand Africain rédigea ses Questions (*Sic*, Girard, *art. cit.*, p. 254. = *Mélanges*, 1, p. 323), mais rien ne nous permet de dater cette rédaction. 2° Macer, citant Ulpien. Nous savons qu'Ulpien fut tué en 228. Macer écrivit-il avant ou après cette date son *De Appellationibus* où il cite Ulpien au parfait (*D.*, 2, 8, 15, 1) ? C'est ce qu'il est impossible de savoir en l'état présent des sources. Enfin la troisième catégorie C comprend les hypothèses où ni la date de l'auteur cité ni celle de l'auteur qui le cite ne nous sont connues avec précision. Tels sont, par exemple, 1° le rescrit des *divi fratres* signalé plus haut, p. 104, n. 1, délivré à une date ignorée du règne de Marc-Aurèle et Verus, tandis que Julien est mort sous Marc-Aurèle et Verus, ou plus tard, à une date ignorée. 2° Macer, citant Paul (*D.*, 49, 16, 13, 5). On sait seulement que le *De Re Militari* de Macer a été écrit sous Alexandre Sévère et que Paul mourut vraisemblablement sous le même règne. Ce n'est pas suffisant. 3° Il convient de

II

Neratius et Ariston.

La contemporanéité de Neratius et d'Ariston est certaine, puisque, en dépit de la rareté des renseignements que nous possédons sur Ariston, nous savons qu'il fit partie, avec Neratius, du conseil de Trajan[1]. En outre, ces deux jurisconsultes échangeaient une correspondance sur des questions de droit, correspondance dont le Digeste nous a conservé des fragments[2]. Ariston ne cite pas Neratius dans ses ouvrages. Au contraire Neratius cite, à quatre reprises, son collègue. Ce qui nous intéresse ici, c'est que, sur ces 4 citations[3], 2 sont faites à l'imparfait[4], 1 au parfait[5] — Peut-on établir pourtant qu'Ariston vivait encore au moment où ces lignes ont été écrites?

Nous devons noter immédiatement que les informations qui nous sont fournies sur Neratius[6] nous le montrent vivant encore à une époque où nous ne possédons plus de trace de la vie d'Ariston. Il nous est rapporté en effet qu'il fit partie du conseil d'Hadrien en même temps que Celse et Julien[7]. Il vivait donc encore certainement après l'an 117[8]. Au contraire la dernière

faire la même observation pour Modestin qui cite Paul au parfait, au 9e livre de ses *Regulae*, composées peut-être sous Alexandre Sévère (*D.*, 29, 5, 18).

1. C'est ce que l'on tire, d'une façon peut-être un peu hardie, de ces mots de Papinien *D.*, 37, 12, 5 : *Divus Trajanus filium, quem pater male contra pietatem adficiebat, coegit emancipare; quo postea defuncto, pater ut manumissor bonorum possessionem sibi competere dicebat : sed consilio Neratii Prisci et Aristonis ei propter necessitatem solvendae pietatis denegata est.* Le mot *consilio* ne suffit pas, à notre avis, à prouver que ces jurisconsultes fissent partie du conseil impérial. Mais, pour notre sujet, il importe peu. Le texte cité démontre — et cela nous suffit — que Neratius et Ariston donnaient simultanément des consultations sous Trajan.

2. *D.*, 20, 3, 3; 40, 4, 46; 19, 2, 19, 2.

3. Les textes cités aux deux notes suivantes, et *D.*, 36, 3, 13, où Ariston est cité au présent.

4. *D.*, 2, 14, 58. *Aristoni... videbatur...*; 18, 3, 5 *Aristo existimabat....*

5. *D.*, 17, 1, 39. *Et Aristoni et Celso patri placuit....*

6. Sur Neratius, voir l'importante notice consacrée à ce jurisconsulte dans la *Prosopographia*, t. II, p. 402.

7. *Vita Hadriani*, 18.

8. Il vivait encore très probablement à l'époque où Pomponius écrit son *Enchiridion*, car il est le dernier chef de l'école Proculienne cité là. *Sic*, Krueger, *Sources*, p. 226, n. 12. Or l'*Enchiridion* a été composé sous Hadrien, probablement, mais non

mention d'Ariston est une lettre de Pline le Jeune qui lui est adressée et dont nous savons seulement qu'elle est postérieure à 103[1]. Sans doute cela ne constitue qu'une présomption, et non une preuve, que Neratius a survécu à Ariston, car le silence gardé sur ce dernier par nos sources après la lettre de Pline peut n'être que fortuit. Il est pourtant assez probable que Neratius était plus jeune que lui. D'ailleurs la question essentielle serait de savoir si Ariston vivait encore au moment où Neratius le cite. Or les différents extraits de Neratius ont été tirés par les compilateurs de l'ouvrage en 7 livres intitulé *Membranae*, et nous ne savons pas à quelle période de sa vie Neratius l'a composé[2]. Aucun indice ne permettant d'affirmer qu'il a été écrit avant la mort d'Ariston, nous devons nécessairement renoncer à rien tirer de ces fragments.

Celse et Pomponius.

A trois reprises Pomponius cite Celse le fils, à l'imparfait :

D., 21, 2, 29 (l. 11 *ad Sabinum*).

D., 13, 6, 13, 2 (l. 2 *ad Sabinum*).

D., 18, 5, 1 (l. 15 *ad Sabinum*).

Il n'est pas douteux que Pomponius ait été contemporain de Celse[3], mais il était sans doute plus jeune que ce dernier[4]. En

sûrement avant la codification de l'Edit par Julien (*Sic*, Krueger, *ibid.*, p. 231, n. 1).

1. Pline le jeune (éd. Kukula), VIII, 14.

2. Krueger, *op. cit.*, p. 227.

3. Dans son *Enchiridion*, *D.*, 1, 2, Pomponius clôt par son nom la liste des chefs de l'école Proculienne, et l'on s'accorde à reconnaître que les derniers noms cités pour chaque secte sont des noms de jurisconsultes vivants.

4. Suivant la *Prosopographia*, III, p. 74, Pomponius ne pourrait pas être né avant 84, et cela serait prouvé par le texte suivant : *D.*, 40, 5, 20 : « *ego discendi cupiditate, quam solam vivendi rationem optimam in octavum et septuagesimum aetatis duxi....* » Ces lignes sont tirées du livre 7 des *Epistolae* de Pomponius. Or ce livre 7 a été rédigé après l'an 161, puisqu'au livre 6 du même ouvrage (*D.*, 50, 12, 14) Antonin le Pieux est appelé « *divus.* » Pomponius aurait donc été âgé de 78 ans en 161 au plus tôt. — Mais M. Fitting *Alter und Folge...*, p. 41, estime que le passage cité *D.*, 40, 5, 20 peut avoir été écrit sous Antonin le Pieux, car l'ouvrage dont il est tiré n'a pas été publié tel quel par Pomponius. C'est, comme M. Lenel paraît l'avoir prouvé (*Palingenesia juris civilis*, II, col. 53, n. 1 et 151, n. 2), un recueil factice composé à la fois de lettres et de *variae lectiones*. Or le passage du livre 6, certainement écrit après l'an 161, paraît à Fitting avoir originairement

tout cas nous savons que Pomponius vivait encore en l'an 161 tandis que la dernière mention qui nous soit faite de Celse vivant est de l'an 129[1]. Dès lors les citations que Pomponius fait de Celse à l'imparfait ne seraient probantes pour notre objet que s'il était démontré que les *libri ad Sabinum* dont elles sont tirées appartiennent à la première période de la vie de Pomponius.

La question est délicate. Les *libri ad Sabinum* de Pomponius ont été composés sous Hadrien ou sous Antonin le Pieux. D'une part en effet, dans son livre 4, l'auteur suppose Trajan mort[2] et l'édit codifié[3]. D'autre part Julien, qui n'y est pas cité[4], a connu et utilisé cet ouvrage. Il est probable qu'il en cite le 5e livre[5] au 35e livre de ses *Digesta*. Mais au 14e livre déjà il semble bien que le traité *ad Sabinum* de Pomponius soit utilisé[6]. Or ce 14e livre appartenu aux *lectiones* plutôt qu'aux *epistolae*. On ne saurait donc s'en servir pour dater le fragment 40, 5, 20 qui, lui, était une *epistola*. Celle-ci pourrait donc avoir été écrite auparavant, c'est-à-dire sous Antonin le Pieux, mais à la fin du règne de cet empereur, après 148, puisque Julien y est cité, très probablement au livre 42 de ses *Digesta* qui n'a pu être écrit qu'après cette date. — Le système de M. Fitting est ingénieux, mais il repose sur cette appréciation que *D.*, 50, 12, 14 est plutôt une *lectio* qu'une *epistola* : cela nous paraît bien conjectural. En tout cas il montre la fragilité du raisonnement cité plus haut. Aussi nous bornerons-nous à dire que *D.*, 40, 5, 20 ne peut avoir été écrit longtemps avant *D.*, 50, 12, 14, c'est-à-dire longtemps avant 161, puisqu'il a été écrit par un vieillard de 78 ans, si toutefois il a été écrit avant cette date. — Quant à Celse, il avait au moins trente ans en 106 ou 107, date à laquelle suivant Pline le Jeune (*Ep.*, VI, 5, 4) il fut élevé à la préture. Cf. P. Krueger, *Sources*, p. 220, n. 3.

1. C'était jusqu'à ces dernières années une opinion unanimement admise que le Sénatus-Consulte Juventien, de cette date, était l'œuvre du jurisconsulte Celse le fils. Une contestation fut élevée en 1894 par Ferrini (*Rendiconti del R. Istituto Lombardo* 24, p. 563). M. Girard (*art. cit.* p. 242 = *Mélanges*, 1, p. 333) ne se prononce pas.

2. *D.*, 48, 22, 1. *Caput ex rescripto* divi *Trajani*....

3. Pomponius y commente en effet *D.*, 38, 6, 5, *pr.*, la *clausula nova de conjungendis cum emancipato liberis ejus*, clause introduite dans l'Edit par Julien, au moment de la codification. Or M. Girard a démontré (*La date de l'Edit de Julien*, *NRH*, 1910, p. 5-40 = *Mélanges*, 1, pp. 214-248) que cette codification n'a pas pu être faite avant l'an 125.

4. Cf. Appleton, *La date des Digesta de Julien*, *NRH*, 1910, p. 732, n. 2.

5. *Fr. Vat.* 88 = *D.*, 7, 2, 8. Cf. *D.* 7, 8, 4, 1 et 7, 2, 8, 1. A la vérité ce texte ne désigne pas expressément les *libri ad Sabinum*, mais il semble bien que ce soit à cet ouvrage de Pomponius, siège de la matière des fidéicommis, que fait allusion Julien.

6. *D.*, 17, 2. 63, 9 : *et ait Julianus Sextum Pomponium referre Sabinum respondentem*. Comme le remarque M. Fitting, p. 36, il ne peut guère être fait allusion ici qu'aux *libri ad Sabinum* de Pomponius, et très vraisemblablement au 13e livre de cet ouvrage.

a été écrit sous Hadrien suivant l'opinion dominante [1], sous Antonin le Pieux d'après M. Appleton [2]. En tout cas il peut n'avoir été écrit qu'en 138 pour l'opinion qui lui attribue la date la plus ancienne. Le traité de Pomponius peut avoir été écrit très peu de temps avant cette date [3], c'est-à-dire à une époque où la survie de Celse ne nous est attestée par aucun texte. Il est donc impossible de rien tirer des mentions faites de Celse par Pomponius *ad Sabinum* [4].

Julien et Gaius.

Julien est cité par Gaius, à un temps passé, en 6 endroits :
D., 34, 5, 5. *Lib.* 1 *fideicommissorum.*
D., 40, 7, 31, 1. *Lib.* 13 *ad legem Juliam et Papiam.*
D., 44, 7, 5, 5. *Lib.* 3 *aureorum*
D., 45, 3, 28, *pr. Lib.* 3 *de verborum obligationibus.*
Inst. Com., II, 218 et s.
Inst. Com., II, 280.

1. Le livre 27 n'a pu être écrit, dit-on, après Hadrien, car Marcien au Digeste cite une solution de Julien, empruntée à ce livre 27, contredite par un rescrit d'Hadrien.

2. M. Appleton estime que les Digestes de Julien tout entiers peuvent fort bien n'avoir été publiés que sous Antonin le Pieux (*art. cit.*, p. 798).

3. Les *libri ad Sabinum* de Pomponius ne sont pas, en effet, nécessairement antérieurs ou de très peu postérieurs au Sénatus-Consulte Juventien, et le doute subsiste, que l'on adopte ou que l'on repousse le système de M. Appleton (*art. cit.*) suivant lequel le Juventien n'aurait exercé son influence sur la pétition d'hérédité ordinaire qu'après un laps de temps assez long. En effet, ce ne sont pas les *Digesta* de Julien tout entiers qui, suivant la doctrine classique, auraient été nécessairement composés avant 129, mais seulement les 6 premiers livres de cet ouvrage. Or, nous l'avons vu, les *libri ad Sabinum* de Pomponius ne sont cités qu'au 14e livre des Digestes de Julien. A la vérité ceux qui soutiennent que l'ouvrage de Pomponius a été composé avant le Juventien ou immédiatement après, partent, plus ou moins consciemment, de cette hypothèse que le travail de rédaction des *Digesta* de Julien a été régulier : ayant écrit les 6 premiers livres avant 129, il ne peut avoir écrit le 14e longtemps après. On trouvera cette idée nettement exprimée dans P. de Francisci, *Rendiconti del Real Istituto Lombardo*, Série II, vol. XLI, 1908, p. 446. C'est là une simple conjecture.

4. M. Girard (*GGA.*, p. 262, n. 2. = *Mélanges*, 1, p. 333, 1) suggère, sans y insister, l'hypothèse que Pomponius aurait écrit les 9 premiers livres *ad Sabinum* du vivant de Celse parce que Celse y est cité au présent à plusieurs reprises (*D.*, 28, 5, 27 ; 45, 1, 14, etc.), tandis qu'il n'est cité à un temps passé qu'à partir du livre 11. Mais nous avons déjà vu, et M. Girard le fait observer lui-même, que le présent n'a aucune force probante, s'employant aussi bien pour les morts que pour les vivants. On retrouve d'ailleurs des citations de Celse au présent dans des livres ultérieurs du même ouvrage, par exemple : livre 22 (*D.*, 12, 6, 19, 4), l. 31 (*D.*, 41, 1, 30, 1).

Ces six citations, bien qu'elles soient toutes faites au parfait, n'ont pas une valeur égale. La première n'est manifestement pas utilisable : elle rapporte un acte précis de Julien[1] et entre par conséquent dans notre classe I. La seconde citation n'a pas une valeur probante sensiblement supérieure[2]. Seules les 4 dernières doivent retenir notre attention. Quel parti pouvons-nous en tirer touchant les rapports chronologiques des deux jurisconsultes?

Que Julien et Gaius aient vécu sensiblement à la même époque, cela n'est pas douteux. Nous savons en effet que Julien, né dans les dernières années du premier siècle ou dans les deux premières années du second, est mort entre 163 et 169 ou peut-être plus tard[3]. Quant à Gaius, seuls ses ouvrages nous fournissent des informations sur sa biographie[4] : or ils nous apprennent que, né au plus tard sous Hadrien[5], il mourut après l'an 178[6]. L'existence simultanée des deux jurisconsultes est donc certaine pendant 25 ans, probable pendant plus longtemps. Il y a lieu de rechercher si les citations de Gaius que nous avons retenues ont été écrites au cours de ces vingt-cinq années.

Prenons d'abord le texte *D.*, 45, 3, 28, *pr.* Il est tiré du livre 3 *De verborum obligationibus*. Rien malheureusement ne nous permet de dater cet ouvrage; nous savons seulement qu'il a été écrit postérieurement à la rédaction du livre 52 des Digestes de Julien, auquel il renvoie précisément dans notre passage[7].

Il n'est pas davantage possible de dater avec précision le fragment *D.*, 44, 7, 5, 5. Les *libri aureorum seu rerum cottidianarum* dont il est extrait paraissent avoir été composés après les Institutes, mais nous n'en savons pas plus[8]. Notons d'ailleurs que ce texte, comme le précédent, appartient à notre classe n° II.

1... *Consultus Julianus respondit deberi.*

2... *Cum quaesitum est... Julianus dixit....*

3. Cf. Girard, *NRH*, 1910, p. 35, n. 1. = *Mélanges*, 1, p. 243, 2.

4. Aucun jurisconsulte classique ne cite Gaius. *Sic*, Girard, *GGA*, 256 = *Mélanges*, 1, p. 325. *Contra*, Fitting, *op. cit.*, p. 52.

5. *D.*, 34, 5, 7, *pr.* « *nostra aetate Serapias Alexandrina mulier ad divum Hadrianum perducta est.*

6. Le SC. Orfitien de cette année est commenté par lui *D.*, 38, 17, 9. Peut-être même l'ouvrage de Gaius sur le SC. Orfitien est-il postérieur à 180. Cf. Girard, *Textes*[3], p. 202. Cf. Kuebler, Compte rendu de Fitting dans *KV*, 3te Folge XIII, 1911, p. 5.

7. Cf. Fitting, p. 55.

8. Id. *ibid.*, p. 59.

Quant aux textes tirés des Institutes, le § 280 du commentaire II ne présente pas pour nous un bien grand intérêt, car il est fort possible qu'il s'agisse ici d'un parfait de la classe I[1]. D'ailleurs la date de ce passage sera déterminée par celle que nous aurons reconnue au § 218 du même livre.

Ce § 218 est d'autant plus intéressant à dater qu'il s'agit ici, semble-t-il, non pas d'une décision particulière donnée à la suite d'une consultation déterminée, mais d'une opinion doctrinale faisant partie de tout un système. Ce passage a-t-il été écrit du vivant de Julien?

Il est certain que le commentaire I a été écrit sous Antonin le Pieux, c'est-à-dire du vivant de Julien. Cela est certain aussi pour une bonne partie du commentaire II. Il y est dit, en effet, II, 126 : « *nuper imperator Antoninus significavit rescripto....* » Au § 151*a* encore, Antonin le Pieux est représenté comme vivant[2]. Brusquement, au § 195, cet empereur est supposé mort; il est appelé : « *divus* ».

Comment s'explique ce fait si étrange? On peut songer à deux hypothèses principales[3] : 1° Le jurisconsulte a publié le 1[er] livre de ses commentaires et une partie du second avant la mort d'Antonin, le reste après[4]; 2° Les Institutes sont le résumé d'un cours fait par Gaius, les premières leçons ayant été professées avant la mort d'Antonin le Pieux, les dernières après[5].

1. Les termes dont Gaius se sert : « *Scio tamen Juliano placuisse...* » semblent bien indiquer que le jurisconsulte se réfère à un souvenir personnel et non pas à la lecture d'un ouvrage de Julien. Il n'y a donc pas lieu de prêter attention à la distinction, assez frappante à première vue, indiquée par le texte : « *Scio tamen Juliano placuisse... : quam sententiam* et his temporibus *magis optineri video.* » Il n'y aurait pas ici une opposition entre une doctrine de Julien et l'état actuel de la jurisprudence, mais la simple mention, au parfait historique, d'une opinion de Julien rendue dans des circonstances déterminées (Cf. le rescrit de *sdivi fratres*, *supra*, p. 104, n. 1).

2. Que *l'imperator Antoninus* dont il est ici question soit Antonin le Pieux et non Marc-Aurèle, c'est ce qui paraît prouvé par le rapprochement de Gaius, II, 151 a, avec *D.*, 28, 4, 3. *Sic*, Fitting, *op. cit.*, p. 56. Girard, *Textes*[3], p. 212. Seckel et Kuebler, *Jurisprudentia Antejustiniana* de *Huschke*, 6[e] édition, tome I, p. 110. M. Kniep, *Der Rechtsgelehrte Gaius und die Ediktskommentare*, 1910, p. 12, élève quelques doutes sur l'authenticité des mentions d'Antonin qui suivent, II, 120.

3. On pourrait supposer aussi que Gaius, II, 195, est une glose, mais précisément comme le fait remarquer M. Kniep, *op. cit.*, p. 4, ce passage contient certaines particularités caractéristiques du style de Gaius.

4. C'est l'opinion générale, à laquelle semblent se rallier MM. Fitting, *op. cit.*, p. 57, et Girard, *art. cit.*, p. 252 = *Mélanges*, 1, p. 320.

5. Cette hypothèse a été présentée et développée par H. Dernburg, *Die Institu-*

La première conjecture nous paraît bien invraisemblable. On comprendrait à la rigueur que Gaius ait fait paraître successivement les différents livres de ses Institutes, mais il est plus qu'arbitraire de supposer qu'il aurait coupé en deux tronçons, pour la publication, ce second livre qui présente une si forte unité organique[1]. On est donc conduit à admettre la seconde hypothèse suivant laquelle l'ouvrage de Gaius serait la reproduction d'un cours professé par leçons successives, vraisemblablement l'année même de la mort de l'empereur, et dont les premières leçons précéderaient cette mort tandis que les autres la suivraient. Le cours aurait été ensuite publié tel quel, par Gaius, ou plutôt par un autre, sans qu'on se souciât de rajeunir ce qui pouvait déjà paraître vieilli, soit pour la forme, soit même pour le fond, dans les premières leçons[2].

S'il en était ainsi, les § 218 et 280 du commentaire II auraient été écrits (ou dictés) en 161, c'est-à-dire à une date où Julien est certainement vivant[3]. Pourtant l'on pourrait supposer que Gaius ignore si Julien vit ou non, et cette hypothèse prend un certain caractère de vraisemblance pour ceux qui pensent comme nous que Gaius fut professeur non pas à Rome, mais dans une ville de province[4]. Mais l'hypothèse devient bien plus difficile à

tionen des Gaius, ein Collegienheft aus dem Jahre 161 nach Christi Geburt, Halle, 1869. Cette opinion est adoptée par M. Kniep, *op. cit.*, p. 5. De même MM. Kuebler et Seckel, *loc. cit.*, pensent aussi que les Institutes furent rédigés en 161, mais se refusent à croire qu'il s'agisse d'un cours. M. Kuebler, art. *Gaius* dans Pauly-Wissowa, VII, c. 498 émet l'hypothèse que la mort de l'empereur serait intervenue au milieu du travail de copie du manuscrit de Gaius.

1. Aucune raison de fond ne justifie une rupture en cet endroit. Gaius y parle des legs ; après avoir étudié les legs en général (II, 191) il traite successivement des 4 espèces de legs, du § 193 au § 223. En outre les Institutes de Gaius semblent bien n'avoir pas été seulement divisées en 4 commentaires distincts quant au fond mais aussi divisées matériellement en 4 livres. Cf. l'*Index Auctorum* du Digeste : *Institutionum* βιβλία τέσσαρα. Or le livre antique est un rouleau de papyrus de dimension assez variable, mais qui ne se laisse pas partager. Cf. Birt, *Das antike Buchwesen*, 1882, p. 127 et s.

2. Cette circonstance laisse supposer que les Institutes sont une publication posthume, ayant peut-être suivi d'assez loin la mort de Gaius.

3. Cf., *supra*, p. 111, n. 3.

4. Cette hypothèse, présentée pour la première fois par Haubold, reprise par Mommsen en 1859 dans une étude portant le titre *Gaius ein Provincialjurist*, réimprimée dans *Gesammelte Schriften* II, p... n'a pas convaincu tous les romanistes. En ce sens, Kalb, *Roms Juristen...*, p. 77 et s. ; Girard, *Textes*[3], p. 202 ; Kniep, *op. cit.*, p. 10 et s. *Contra*,

admettre si l'on songe que Gaius cite avec Julien un certain Sextus[1] dont on ne sait si c'est Pomponius ou Africain[2]. Mais qu'il s'agisse de l'un ou de l'autre, ce jurisconsulte vivait probablement en 161[3]. Il n'est pas impossible, mais il n'est pas vraisemblable que Gaius, professeur de droit, soit ainsi resté dans l'incertitude touchant l'existence ou la mort de deux jurisconsultes célèbres. En revanche, l'incertitude de Gaius quant à leurs doctrines est tout à fait plausible si l'on admet que ce jurisconsulte enseignait le droit en province et cette hypothèse est de nature à restreindre considérablement la portée de notre texte. Si Gaius se réfère à ses souvenirs[4], le parfait *placuit* prend la valeur d'un parfait historique et passe ainsi de la classe II à la classe I. En tout cas il entre dans cette analyse tant de conjectures qu'il serait imprudent de tirer de ce texte aucune conclusion positive.

Fitting, p. 50 et s ; Kuebler, v° *Gaius* dans Pauly-Wissowa VII, c. 491 et s. ; Kipp, *Geschichte der Quellen*[3], p. 128 et s.

1. Gaius, II, 218, *sed Juliano et Sexto placuit.*

2. Fitting, p. 52, pense qu'il s'agit ici de Pomponius. De même Kniep, *op. cit.*, p. 5. Au contraire Mommsen (*Ges. Schr.* II, 25) suivi par Kuebler, *loc. cit.*, c. 490 croit que Sextus désigne plutôt Africain. Bien qu'il soit impossible d'arriver à la certitude en pareille matière, nous penchons plutôt pour la première hypothèse, non seulement parce que Pomponius est appelé Sextus par Ulpien (*D.*, 29, 5, 1, 27), mais surtout parce que l'opinion d'Africain, élève de Julien, n'aurait été intéressante à noter que si elle s'était écartée de celle de son maître. M. Krueger (*Sources*, p. 235, n. 2) pense qu'il peut aussi s'agir de Sextus Pedius. Nous croyons cette hypothèse inadmissible car, dans la citation, Julien précède Sextus Or Sextus Pedius est très probablement un jurisconsulte du Ier siècle, de beaucoup antérieur à Julien. Cf. Girard, *Un document sur l'édit antérieur à Julien*, p. 42, n. 4 = *Mélanges*, I, p. 197, n. 2.

3. Pour Pomponius, cf. p. 103, n. 4. Pour Africain, sa survie après 161 ne nous est attestée par aucun texte, mais elle est rendue probable par cette circonstance qu'Africain était un élève de Julien et qu'il rédigea les réponses de son maître, sans doute après la mort de celui-ci. En ce sens Girard, *GCA*, p. 254 = *Mélanges*, I, p. 323. On croit généralement que le Sextus Caecilius dont parle Aulu-Gelle est notre jurisconsulte et l'on dit qu'il était mort au moment où cet auteur écrit ses *Nuits Attiques*, c'est-à-dire en 178. Mais on se fonde pour l'établir, sur le critérium dont nous avons précisément à éprouver la solidité : *Noct. Att.*, 20, 1, 1 : *Sextus Caecilius in disciplina juris atque in legibus populi Romani noscendis interpretandisque scientia usu auctoritateque illustris* FUIT.

4. Il est hors de doute, en effet, que Gaius soit allé étudier le droit à Rome. Cf. I, 196 : *nostri praeceptores.*

Julien et Terentius Clemens.

Au Digeste 35, 1, 64. Terentius Clemens cite Julien à l'imparfait. «... *Julianus aiebat* .» Julien vivait-il encore quand ces lignes ont été écrites? Si l'on arrivait à le prouver, notre problème serait du même coup résolu, car la citation en question est un exemple excellent de ces imparfaits d'habitude auxquels nous avons reconnu la plus grande force probante. Il serait démontré que tout verbe employé à un temps passé peut désigner un vivant aussi bien qu'un mort. Malheureusement la biographie de Terentius Clemens est tout à fait inconnue et l'on en est réduit, pour dater cet auteur, aux informations tirées de son œuvre même, c'est-à-dire des rares fragments extraits de son commentaire en 20 livres sur la loi Julia et Papia. A quelle date l'ouvrage a-t-il été rédigé? Certainement après l'an 148 puisque le livre 69 des *Digesta* de Julien y est utilisé[1]; or les livres 42 à 90 de cet ouvrage ont été écrits après le consulat de Julien qui se place à cette date[2].

Ce renseignement est insuffisant, car la date que nous cherchons à déterminer est le *terminus ad quem* et non le *terminus a quo*.

Un texte donne à croire que Terentius Clemens fut lié avec Julien. Peut-être a-t-il été son élève[3].

Au contraire, M. Kalb croit pouvoir trouver dans la langue du jurisconsulte la preuve qu'il a vécu à une date bien postérieure :

1. *D.*, 35, 1, 62, 1 : *Et Julianus rectissime scribit.* Le seul ouvrage qui nous soit connu, où Julien ait traité de la loi Julia et Papia, est le livre 69 de ses Digestes. Il reste d'ailleurs toujours possible qu'il s'agisse d'un ouvrage inconnu de nous. En tout cas il s'agit d'un écrit de Julien (*scribit*) et non de son enseignement oral.

2. Cf. Girard, *La date de l'édit...*, p. 35, n. 1 = *Mélanges*, 1, p. 243 n. 2.

3. Dans son livre 4, *D.*, 28, 6, 6 Terentius appelle Julien « *noster* » ce qui, suivant M. Fitting, p. 44, serait une preuve des rapports de maître à élève ayant existé entre Julien et Terentius Clemens. Que *noster* ait, le plus souvent, chez les jurisconsultes, le sens de « mon maître, » ce n'est pas douteux, mais il nous semble exagéré de dire qu'il ne peut avoir chez eux que ce sens-là. M. Kalb, *Roms Juristen...*, p. 61, fait valoir contre cette interprétation un argument assez fort : c'est le fragment *D.*, 7, 7, 5 où Terentius Clemens écrit : *et ego didici et Julianus existimat.* Il est impossible de ne pas voir là sinon une opposition, du moins une distinction entre l'enseignement reçu par le jurisconsulte et la doctrine soutenue par Julien.

ayant remarqué que dans les textes qui nous ont été conservés, l'expression « *sin autem* » ne se trouve plus, depuis Julien jusqu'à Papinien, il en conclut, non sans quelque réserve, que notre auteur, qui en fait usage, n'est pas un contemporain de Julien et n'a écrit qu'au IIIe siècle. De même, l'emploi de *quotiens* dans le sens général de « quand » n'est pas attesté sous les règnes d'Antonin le Pieux et de Marc-Aurèle, tandis qu'il se trouve avant et après : or on le rencontre chez notre auteur[1]. Fort de ces observations, M. Kalb estime que Terentius Clemens n'a pas pu être le contemporain de Gaius et de Marcellus. Mais cette théorie s'appuie sur des faits qui, fussent-ils suffisamment nombreux, n'attesteraient à tout prendre qu'une mode passagère, à laquelle un auteur a fort bien pu se soustraire, surtout dans un ouvrage de vulgarisation, caractère que M. Kalb reconnaît aux *libri XX ad legem Juliam et Papiam* de Terentius Clemens[2].

De son côté M. Fitting[3] voit dans l'expression[4] « *Julianus solet dicere...* » la preuve que l'ouvrage a été écrit du vivant de ce jurisconsulte. Il est, croyons-nous, bien difficile de contester cette proposition, si l'on donne au verbe « *dicere* » le sens concret d'énonciation orale. Dans ce cas, en effet, le présent « *solet* » ne se comprendrait pas en parlant d'un mort. Autant il est légitime d'employer le présent pour désigner une opinion, pour laquelle la date à laquelle elle a été émise est chose indifférente ou secondaire, autant cet emploi du présent est inadmissible pour un *fait* passé, qui ne dure plus au moment où on le mentionne ; seuls les vivants parlent. Au contraire, s'il existe un sens large de *dicere* lui permettant de désigner une opinion exprimée par écrit, il peut s'agir d'un mort. Quelle est, dans notre passage, la signification de *dicere ?*

Il n'est pas douteux qu'au IIIe siècle ce verbe s'emploie fréquemment avec la valeur d'une simple référence à une opinion, sans distinguer, suivant qu'elle est orale ou écrite[5]. Mais cet

1. Kalb, *op. cit.*, p. 61, *ibid.*, p. 31.

2. *Id.*, *ibid.*, p. 62 : Seine Schrift wollte wohl mehr populär als wissenschaftlich sein.

3. Fitting, *op. cit.*, p. 44.

4. *D.*, 40, 9, 24.

5. Cf. par exemple Ulpien, *D.*, 4, 2, 7, *pr.* : *Pedius dicit libro septimo... D.*, 6, 2, 11, 4 :

emploi de *dicere* est bien plus ancien. On en trouve des exemples chez Cicéron[1]. Si nous ne le rencontrons pas au IIe siècle[2], il en faut, croyons-nous, chercher la raison dans le nombre assez restreint de nos sources. Ainsi l'expression *solet dicere* n'a pas une autre signification que *scribit* ou plus exactement peut-être l'imparfait d'habitude *scribebat*, et, par conséquent, elle est impuissante à prouver, à elle seule, que Julien vécût encore quand Terentius écrivait son ouvrage[3]. Comme d'autre part aucun autre indice ne nous permet de l'établir et que les éléments nous manquent parcillement pour démontrer l'assertion contraire, nous devons renoncer à ne rien tirer des imparfaits et des parfaits par lesquels Terentius Clemens désigne Julien.

Julien et Mécien.

Un fragment extrait du livre VII de l'ouvrage de Mécien sur les fidéicommis et inséré au Digeste 35, 2, 30, 7, porte : *Celso et Juliano nostro placuit.* Ce fragment a-t-il été écrit avant la mort de Julien? Le parfait serait-il donc ici employé pour un vivant? Pour le prouver, il faudrait établir qu'il est antérieur à 163, date la plus récente à laquelle l'existence de Julien soit attestée d'une façon certaine.

Mécien, L. Volusius Maecianus, semble avoir été un professeur de droit célèbre au milieu du IIe siècle[4]. Ami et peut-être élève de Julien, il fit partie du conseil impérial sous Antonin le

Idem Julianus generaliter dicit; Paul. *D.*, 41, 3, 4, 6 : *Quod lex Atinia dicit...*; *Fr. Vat.*, 321 : *quanquam Papinianus libro II quaestionum etiam a liberis virilis sexus lugendos esse dicat*, etc.

1. Cicéron, *De divinatione*, II, 39, 82, *dixit Ennius : Tum tonuit laevum....* II, 72, 148, *quod et in iis libris dictum est....* Cf. II, 61, 126, etc.

2. Lorsque Pomponius écrit *D.*, 46, 3, 16... *et hoc etiam si solutio re fiat accidere Aristo dicebat : scripsit enim, si quis sub conditione pecuniam promisit...* le mot *dicebat* a un sens concret. Quant aux termes du fragment *D.*, 3, 2, 1 : *Praetoris verba dicunt...* M. Lenel a prouvé depuis longtemps qu'ils ne sont pas de Julien, mais des compilateurs; cf. *Das Edictum Perpetuum*[2], 1907, p. 76 et s. La formule classique et consacrée des commentateurs de l'édit est : *Praetor ait....*

3. Karlowa, *Römische Rechtsgeschichte*, I, p. 711, estime que Terentius Clemens a pu n'écrire son ouvrage que sous Marc-Aurèle et Verus.

4. C'est lui qui enseigna le droit au futur empereur Marc-Aurèle : *Vita Marci*, 3, 6

Pieux[1]. Nous savons par des papyrus nouvellement découverts qu'il exerçait en 161 les importantes fonctions de préfet d'Egypte[2]. Il est donc impossible d'admettre que notre jurisconsulte est le même que ce Mécien qui, simple *juridicus Alexandriae* en 175, aurait trouvé la mort à la suite de la conspiration d'Avidius Cassius[3]. A quelle date a-t-il composé son ouvrage sur les fidéicommis?

Au livre qui précède immédiatement celui dont notre texte est tiré, au livre VII, Mécien écrit[4] : *Antoninus Augustus Pius noster*. On en a conclu que ce livre avait été écrit du vivant d'Antonin le Pieux[5] et l'on peut invoquer en faveur de cette opinion deux arguments : l'absence du mot *divus*, et la présence du mot *noster*. A la vérité, aucun de ces deux arguments n'est décisif. Dans son étude bien connue sur la désignation des empereurs, Mommsen[6] a montré que si un empereur qualifié *divus* est certainement mort, la réciproque n'est pas vraie et que, assez souvent, les écrivains ne se conforment pas strictement aux habitudes de la chancellerie impériale. L'hypothèse est d'autant plus plausible ici, comme le fait observer M. Kuebler[7], que Mécien était un ami particulier de Marc-Aurèle[8] et sans doute de toute la famille impériale. La même observation enlève au second argument presque toute sa portée. Qu'on le remarque en effet : Mécien ne dit pas « *imperator noster* » comme cela se trouve ailleurs ; il dit simplement : *Antoninus Augustus Pius noster*. L'épithète accompagne un nom et non pas un titre. C'est dire qu'elle n'a pas ici une valeur collective, s'imposant au lecteur comme à l'écrivain, mais seulement la valeur d'un *meus*[9].

1. *Vita Antonini*, 12, 1.

2. Papyrus de Berlin, *BGU*, 613, précisé par Papyrus de Genève, n° 35 (Nicole, I, 2, p. 46).

3. *Sic*, Girard, *GGA*, p. 256 = *Mélanges*, I, p. 325. On pourrait à la vérité supposer une erreur de qualification chez l'auteur de l'Histoire Auguste (*Vita Avidii Cassii*, 7, 4, *Vita Marci*, 25, 4. *Sic*, Krueger, *Sources*, p. 242, n. 6.

4. *D.*, 40, 5, 42.

5. Cf. Fitting, *op. cit.*, p. 44.

6. Mommsen, *Die Kaiserbezeichnung bei den römischen Juristen* dans *ZRG*, IX, 1870, p. 97-116 = *Ges. Schr.*, t. II, p. 155-171.

7. *KV*, 1911, p. 11.

8. Lettre de Marc-Aurèle à Fronton de 144, *Frontonis Epistulae*, édition Naber, p. 61.

9. Cf. *supra*, p. 102, n. 3.

Dans ces conditions, nous l'avons vu, *noster* ne s'applique point du tout forcément à des vivants. Il implique simplement des sentiments d'affection et de respect dont les morts peuvent être l'objet. Or les liens étroits qui unissaient aux membres de la famille impériale le jurisconsulte Mécien semblent autoriser l'emploi de cette épithète[1].

Ces objections sont de nature à transformer en simple hypothèse d'ailleurs plausible la doctrine jusqu'alors admise sans réserve, suivant laquelle Mécien aurait écrit son septième livre sous Antonin le Pieux[2]. Supposons-la vérifiée un instant et demandons-nous alors s'il est possible d'admettre que, le septième livre des fidéicommis de Mécien ayant été écrit sous Antonin, le huitième qui contient les mots : « *Juliano nostro placuit* » ait été rédigé seulement après la mort de ce jurisconsulte.

Pour le penser, il faudrait[3] supposer que l'ouvrage de Mécien a été publié en deux fois, le livre VII (et sans doute les livres précédents) ayant paru avant 161, date de la mort d'Antonin, le livre VIII (et sans doute les livres suivants) après cette date, et probablement assez longtemps après. Cette hypothèse paraît bien invraisemblable. Tout d'abord Mécien n'aurait pu alléguer, pour faire cette coupure, aucune raison de fond. Le livre VIII des fidéicommis traite en effet de la même matière que le livre précédent, si bien que M. Lenel dans sa Palingénésie[4] leur donne à tous deux le même titre : *De fideicommissariis hereditatibus*[5]. Il n'y a donc, entre ces deux livres, aucune solution de continuité quant au sujet traité[6]. De plus, il paraît bien difficile d'admettre qu'un ouvrage en 16 livres seulement ait pu ainsi être publié en plusieurs fois[7].

1. *Sic*, Kuebler, *art. cit.*, p. 11.

2. M. Kuebler (*art. cit.*) croit trouver dans le texte même *D.*, 40, 5, 42 la preuve qu'Antonin était mort au moment où il fut écrit : mais cette preuve est l'emploi du parfait « *Antoninus... jussit* » et c'est précisément la valeur de ce critérium que nous cherchons à éprouver.

3. *Sic*, Girard, *GGA*, p. 252 = 320.

4. Tome I, col. 582.

5. Par opposition aux livres 15 et 16 qu'il intitule *De fideicommissariis libertatibus* (col. 586).

6. Il faut, à la vérité, observer que c'est au livre 8 que Mécien commence l'étude de la loi Falcidia.

7. Comme on l'a vu plus haut, les Institutes de Gaius ne nous paraissent pas avoir été publiées en plusieurs fois. Cf. p. 113.

Il nous paraît donc que l'hypothèse suivant laquelle Mécien aurait écrit son ouvrage tout entier sous le règne d'Antonin le Pieux, et par conséquent du vivant de Julien, est la plus vraisemblable : nous serions ainsi en possession d'un exemple d'un parfait (classe nº II) employé pour désigner un auteur vivant. Mais il ne faut pas oublier que le sort de cette hypothèse est lié à celui d'une autre conjecture, extrêmement fragile, selon laquelle le livre 7 des fidéicommis aurait été écrit sous Antonin le Pieux.

Julien et Aburnius Valens.

Au 2e livre de ses *Fideicommissorum libri VII*, Aburnius Valens cite Julien en ces termes (*D.*, 32, 94), *Julianus putavit*... Julien était-il encore en vie au moment où Valens écrit ces mots?

Il est d'abord un point certain : c'est que Julien et Valens sont sensiblement contemporains. Tous deux sont nés aux environs de l'an 100[1]. Autre point certain : l'ouvrage de Valens a été écrit après la mort de Trajan[2]. Mais est-il aussi postérieur à la publication du livre 39 des *Digesta* de Julien[3]? On l'a soutenu en se fondant sur un argument qui nous paraît assez fragile : c'est que Julien, cité deux fois par Valens[4], n'a traité des fidéicommis qu'au 39e livre de ses *Digesta*. Mais c'est là une conjecture bien hardie. Si nombreux que soient les fragments de Julien qui nous ont été conservés, nous sommes loin de posséder l'ensemble de ses ouvrages, et surtout il est fort possible qu'il s'agisse ici, non pas d'un ouvrage théorique de Julien, mais d'un *responsum* qu'il aurait donné dans une consultation particulière. Cela est probable

1. Pour Julien voir plus haut p. 111, n. 3. Pour Valens, une inscription nous rapporte qu'il fut, en 118, préfet des fêtes latines, fonction confiée d'ordinaire à de très jeunes gens. Cf. Girard, *GGA*, p. 255 = *Mélanges*, 1, p. 324.

2. *D.*, 49, 14, 42, *pr.* : *ex constitutione divi Trajani.*

3. Cette opinion, présentée par Lenel, *Palingenesia*, I, Julien, nº 548. col. 419, a été adoptée par MM. Fitting, p. 33 et Girard, *art. cit.*, p. 255 = 324. Cf. *NRH*, 1910, p. 28, n. 2 = 327, n. 1.

4. *D.*, 4, 4, 33 et *D.*, 32, 94.

pour l'un des textes que l'on invoque : cela est possible pour l'autre[1].

Dès lors il n'est nullement certain que l'ouvrage de Valens ait été écrit après la publication du livre 39 des *Digestes* de Julien. Il y a au contraire une présomption, assez faible à la vérité, pour que cet ouvrage ait été écrit auparavant, ou tout au moins au début de la carrière de Valens. C'est le fait, relevé par M. Girard[2], que nous n'avons sur Aburnius Valens aucun témoignage qui nous conduise à une époque plus récente que le règne d'Hadrien. Encore tout jeune, il succéda à Javolenus en qualité de chef de l'école sabinienne. Les termes de Pomponius, dont l'Enchiridion est le seul texte à nous renseigner sur Valens, ne nous permettent pas de savoir s'il fut remplacé par Julien à la direction de cette école ou s'ils exercèrent en commun cette direction[3]. Il y a pourtant lieu de supposer que l'activité juridique de Valens cessa de bonne heure. Sur ce jurisconsulte qui donnait sans doute de grandes espérances puisqu'on lui confiait, tout jeune encore, la direction d'une grande école d'enseignement, nous n'avons, comme nous venons de le voir, presque aucun renseignement — et d'autre part il ne nous a laissé qu'un seul ouvrage en 7 livres[4]. Il nous paraît donc non pas certain, mais probable, que la carrière de Valens fut de courte durée, qu'il vécut moins longtemps que Julien, par suite, que son ouvrage sur les fidéicommis fut publié du vivant de ce jurisconsulte. Nous aurions donc là un nouvel exemple de parfait (classe II) employé pour mentionner un auteur vivant.

Nous avons ainsi achevé d'exposer la liste des jurisconsultes insérés au Digeste qui, vivant à la même époque, se citent à un

1. C'est probable pour *D.*, 4, 4, 33, où Julien est cité en ces termes : « *Julianus respondit* ». C'est possible pour *D.*, 32,94 : « *et Julianus recte omnibus debere putavit* ». Il n'est nulle part question ici, comme pour Terentius Clemens citant Julien (Cf. p. 17, n. 1), d'un ouvrage *écrit* de Julien.

2. Girard, *op. cit.*, p. 255 = *Mélanges*, 1, p. 324.

3. *Sic*, Girard = *Mélanges*, 1, p. 236.

4. Nous croyons en effet, avec M. Krueger (*Sources*, p. 228, 6), qu'il faut attribuer à Venuleius le fragment *D.*, 36, 4, 15 que l'inscription attribue au 4e livre des Actions de Valens. Valens ne paraît pas avoir écrit autre chose que ses Fidéicommis. Cf. *Index Auctorum*. Il y aurait là une simple erreur du scribe.

temps passé. Nous n'éprouvons aucune difficulté à dire que nos recherches ne nous ont pas permis de démontrer avec certitude l'inefficacité du critérium que nous nous étions donné pour tâche d'examiner. Pourtant nous ne croyons pas ces recherches tout à fait inutiles. A défaut d'une réfutation décisive, elles nous auront fait concevoir contre ce critérium formel, appliqué d'une façon automatique, les plus graves soupçons. Non seulement ceux de ces verbes qui relatent un fait précis ne doivent pas entrer en ligne de compte, mais pour les autres, pour ceux qui semblent désigner un état, une opinion du jurisconsulte cité, on devra toujours se demander si l'auteur qui fait la citation ne considère pas cet état comme fugitif, cette opinion comme passagère.

Pour que le parfait et l'imparfait soient inutilisables comme critérium de datation, il suffit de supposer que l'écrivain qui l'emploie nous rapporte l'opinion d'autrui d'une façon *historique*, et non d'une façon *dogmatique*. Or cette interprétation, plus ou moins probable, est toujours possible. Pour l'exclure, il faudrait se livrer à une recherche psychologique extrêmement délicate et pratiquement impossible. Même dans les cas qui paraissent les mieux établis, un doute subsiste, doute que nous ne pouvons lever qu'à l'aide de documents venant d'autre source. Nous sommes ainsi amenés à cette conclusion que la mention d'un jurisconsulte à un temps passé pourra, dans certaines hypothèses, servir d'appoint à un raisonnement, augmenter la probabilité de telle ou telle datation, mais ne saurait, en aucun cas, suffire à démontrer le prédécès de l'auteur cité.

QUELQUES OBSERVATIONS

SUR

L'*OPERIS NOVI NUNTIATIO*

PAR

OLIVIER MARTIN

Professeur agrégé à la Faculté de Droit de l'Université de Rennes

---

Il ne saurait s'agir de présenter ici une étude complète de l'*operis novi nuntiatio*. Ce serait une besogne ardue car la matière a toujours été redoutée des commentateurs et comme hérissée de controverses. D'autre part, la besogne a été faite, il y a une quarantaine d'années, par Hugo Burckhard, et assez bien faite pour dispenser longtemps encore d'une revision d'ensemble de la question[1]. Je me bornerai, après une vue générale du sujet, à quelques observations critiques sur la difficulté fondamentale, la théorie de la *remissio*, qui a toujours été considérée comme le nœud, et aussi l'énigme, du système de l'*O.N.N.* Me plaçant à ce point de vue restreint, j'ai cru pouvoir me dispenser de dépouiller directement toute la littérature antérieure à Burckhard et qui se trouve en quelque sorte périmée par ses recherches plus méthodiques[2]. Je me suis attaché

1. Dr Hugo Burckhard, *Die operis novi nunciatio*, Erlangen 1871, XV-599 p. (de la série des *Pandectes* de Glück).

2. On trouvera des indications sur la littérature du XIXe siècle dans Burckhard, p. 1, n. 1. Il faut voir aussi Windscheid, *Lehrbuch des Pandektenrechts*, 8e édition revue par Kipp, tome II, p. 967-975, qui donne une riche bibliographie et un bon dépouillement des textes et des systèmes.

au contraire aux opinions des romanistes modernes qui ont subi l'influence des doctrines de Burckhard tout en les repoussant sur des points importants. La solution que je proposerai au problème de la *remissio* n'est pas entièrement nouvelle; je dois beaucoup aux études si pénétrantes de M. Naber mais je n'ai pas entendu remettre en question, comme lui, des résultats généraux sur lesquels l'accord s'était fait. J'ai tenté une œuvre de conciliation, en cherchant seulement à serrer de plus près la difficulté. J'offre respectueusement à mon maître M. le Professeur P. F. Girard les résultats de cet essai.

*
* *

L'*operis novi nuntiatio* est une opposition faite par une personne, qui se prétend lésée dans son droit par une construction récemment entreprise, en vue d'arrêter cette construction[1]. Cette opposition produit des effets immédiats, abstraction faite du droit du dénonçant, et le dénoncé faute d'y obéir est condamné sur un interdit spécial à la démolition de tout ce qu'il a construit depuis la défense[2]. Cependant le dénoncé peut continuer à bâtir après avoir fourni au dénonçant la *satisdatio de operis novi nuntiatione* ou bien après avoir obtenu du préteur, dans des conditions d'ailleurs discutées, la *remissio* de la *nuntiatio*[3].

La *nuntiatio* est une défense privée, émanée d'un particulier qui se prétend lésé dans son droit, et qui ne requiert pour être valable l'intervention d'aucune autorité judiciaire[4]. Et cependant elle produit des effets juridiques immédiats; elle est sanctionnée par un interdit, sans aucune vérification du droit du *nuntians* à faire cette prohibition (*jus prohibendi*)[5]. C'est certainement en droit romain classique une anomalie car il est de principe, à cette époque, que nul ne peut se faire justice à soi-même sans compromettre le droit même qu'il entend réaliser. Cette simple constata-

1. Girard, *Manuel*[5], p. 253.
2. Ulpien, *D.*, 39, 1, *de operis novi nuntiatione*, 20.
3. Paul, *D.*, *h. t.*, 8, 4, et beaucoup d'autres textes.
4. Ulpien, *D.*, *h. t.*, 1, 2 : *nuntiatio ex hoc edicto non habet necessariam praetoris additionem : potest enim nuntiare quis et si eum non adierit.*
5. Ulpien, *D.*, *h. t.*, 20, 3.

tion suffirait pour prouver que l'*O.N.N.* est une procédure très ancienne, remontant à l'époque des actions de la loi où l'on trouve de nombreuses procédures identiques par lesquelles les particuliers réalisent leur droit directement. Ces origines lointaines de l'*O.N.N.* ne sont pas contestées bien qu'elles ne soient pas prouvées par des textes précis comme pour la procédure en cas de *damnum infectum*[1]. Karlowa a longuement développé les preuves de cette antiquité[2]. Il n'y a pas lieu d'y insister ici car l'étude de l'*O.N.N.* au temps des actions de la loi ne saurait être tentée, comme entièrement conjecturale[3]. Les moyens d'investigation font défaut. On peut constater seulement que le préteur n'a pas répudié l'antique dénonciation privée. Il s'est contenté de la prendre sous sa protection.

Son Edit reconnaît en effet formellement la validité de l'*O.N.N.* Sans doute le particulier lésé par quelque *opus novum* pouvait demander et demandait en fait la permission du préteur avant de procéder à l'*O.N.N.*[4] Mais *l'aditio praetoris* n'était nullement indispensable. L'acte privé de *nuntiatio*, pourvu d'ailleurs qu'il se conformât à certaines exigences de formes ou de fond, était valable par lui-même et s'appuyait sur la lettre même de l'Edit[5]. En vertu d'une déclaration générale de l'Edit, tout particulier pouvait *opus novum nuntiare* et le dénoncé se trouvait par là

1. Ces origines lointaines semblent avoir été mises en lumière pour la première fois par A. Schmidt, cité et approuvé par E. I. Bekker, *Die Aktionen des römischen Privatsrechts*, 1871, I, p. 46, n. 4. Elles sont admises par tous les romanistes, au moins comme vraisemblables, cf. Girard, *Manuel*[3], p. 236; Cuq, *Institutions*, 1[2], p. 186 et n. 7.

2. Otto Karlowa, *Römische Rechtsgeschichte*, II, p. 471-475. Il insiste surtout sur le caractère privé de la *nuntiatio* mais allègue aussi diverses circonstances : le fait qu'au Digeste, l'*O. N. N.* est rapprochée du *damnum infectum* et de l'*actio aquae pluviae arcendae* dont l'ancienneté est avérée, qu'on peut agir les jours néfastes (*D., h. t.*, 1, 4), que l'*interdictum demolitorium* est perpétuel (*D., h. t.*, 20, 6), etc.

3. On trouvera quelques indications intéressantes dans Bekker, *Aktionen*, I, p. 47 et s. Wlassak, *Römische Processgesetze*, I, p. 258, tout en admettant que l'*O. N. N.* remontait au temps des actions de la loi renonce à en expliquer le fonctionnement, faute de textes.

4. Ulpien, *D., h. t.*, 16 fait allusion à un cas où le préteur a autorisé la *nuntiatio* : *si opus novum praetor jusserit nuntiari* (joignez : *D.*, 2, 14, 7, 14), et Paul, *h. t.*, 19 à un cas où *ab initio operis novi denuntiationem praetor denegat*. Le préteur peut d'ailleurs prohiber la *nuntiatio* même après l'avoir autorisée : *D., h. t.*, 16.

5. La preuve qu'il s'agit avant tout d'une opposition privée, confirmée mais non créée par l'Edit, résulte du raisonnement de Celse rapporté par Ulpien, *h. t.*, 1, 10 et de Labéon rapporté par le même Ulpien, *D.*, 2, 14, *de pactis*, 7, 14.

même et d'après l'ordre de l'Edit dans la nécessité de surseoir[1]. Le système prétorien de l'*O.N.N.* a si complétement recouvert l'ancien système du temps des actions de la loi qu'il n'en est plus resté aucune trace. En matière d'*O.N.N.* les *leges Juliae* on fait table rase de ce système qu'une prudente méthode d'expérimentation aurait maintenu après la loi Aebutia[2]; c'est seulement dans la matière voisine du *damnum infectum* que les *leges Juliae* auraient laissé subsister un *lege agere* d'ailleurs voué à une prompte désuétude[3].

Ces indications générales étant données, il me paraît utile de décrire les détails concrets de fonctionnement de l'*O.N.N.*, avant d'aborder le problème qui est l'objet propre de cette étude. Cette description est aisée car si les compilateurs du Digeste ont mutilé beaucoup de textes relatifs à la procédure consécutive à la *nuntiatio*, ils ont par contre conservé, comme ayant toujours une portée pratique, les textes décrivant les conditions auxquelles était soumise une *nuntiatio* régulière. Parmi ces textes, le plus important est un long fragment d'Ulpien dont on voit assez qu'il suit de près, en le commentant, l'Edit *de operis novi nuntiatione* sans cependant permettre de le reconstituer, même partiellement, dans sa lettre[4].

La *nuntiatio* est une protestation dirigée contre un ouvrage nouveau, *opus novum*, avec défense de le continuer malgré le dénonçant. L'ouvrage doit être tout récemment entrepris, mais s'il était achevé l'*O.N.N.* serait hors de cause : le particulier lésé ne pourrait que recourir à l'interdit *quod vi aut clam*[5]. L'*opus* ne doit pas d'ailleurs s'entendre d'une modification quelconque

1. Voyez le résumé de l'Edit que donne Ulpien en tête de ses développements, *D., h. t.*, 1, *pr.* et la formule de l'interdit *ex operis novi nuntiatione* qui en est la sanction, *h. t.*, 20, *pr.*

2. J'adopte sur ce point le système bien connu de M. Wlassak.

3. Gaius, *Institutes*, 4, 31 et Wlassak, *Processgesetze*, I, p. 238 et s.

4. Ulpien a traité de l'*O. N. N.* dans le Livre 52 de son commentaire *ad Edictum*, Lenel. *Palingenesia juris civilis*, nos 1259-1270. M. Lenel, *Edictum*[2], § 274, p. 358, n. 7 (trad. franç. de la 1re édit., II, p. 100, n. 6) a cru pouvoir reconstituer l'ordre suivi par Ulpien dans ses développements. Mais il n'a pas tenté de restituer le texte de l'Edit *de O. N. N*ae : il s'est borné à relever les frag. d'Ulpien qui paraissent viser une disposition littérale de l'Edit.

5. *D., h. t.*, 1, 1 : s'il s'agit d'une construction déjà achevée sur un lieu sacré, religieux ou public, le même texte déclare qu'il faudra recourir aux interdits

apportée au *statu quo* de l'immeuble[1]. Le fait de couper la moisson ou d'abattre un arbre n'ouvre pas le droit à l'*O.N.N.* Il faut que l'ouvrage soit incorporé au sol ; ce peut être d'ailleurs aussi bien la démolition d'une construction existante que la construction d'un ouvrage nouveau[2], mais de simples réparations à un ouvrage ancien ne constituent pas un *opus novum* au sens technique[3]. Peu importe d'ailleurs qu'il s'agisse d'un fonds rural ou d'un fonds urbain, d'un lieu public ou d'un lieu privé[4]. On peut également *nuntiare* une construction faite sur un fonds provincial[5].

Différents mobiles peuvent d'ailleurs inspirer le dénonçant. Les jurisconsultes romains nous ont rapporté deux classifications non concordantes de ces *causae nuntiationis*[6]. On peut tout d'abord dénoncer *juris publici tuendi causa*, lorsqu'un individu construit sur un lieu public, sacré ou religieux, ou si construisant sur un lieu privé, il viole les règlements relatifs aux constructions. Toute personne est qualifiée pour *opus novum nuntiare*, et cela dans l'intérêt de la chose publique[7]. Mais on ne peut dénoncer une construction nouvelle faite sur le littoral de la mer si elle ne viole pas les intérêts privés du dénonçant[8]. D'ailleurs cette *nuntiatio publici juris causa* suit des règles particulières et elle est d'autant moins importante que dans bien des cas elle coexiste avec d'autres moyens de protéger les *loca publica*, *sacra vel religiosa*.

Les *nuntiationes* faites dans un intérêt privé méritent surtout

spéciaux créés par le préteur pour ces hypothèses. Voyez aussi sur la distinction des *opera futura* et des *opera praeterita* : Pomponius, *D.*, 11, 8, *de mortuo inferendo*, 3, *pr.*

1. Voyez pour la définition de l'*opus* au point de vue de l'*O.N.N.* : *D.*, *h. t.*, 1, 11. 12.

2. Textes cités à la note précédente.

3. *D.*, *h. t.*, 1, 13.

4. *D.*, *h. t.*, 1, 14.

5. Ulpien, *D.*, *h. t.*, 3, *pr.*

6. Ulpien, *D.*, *h. t.*, 1, 16. 17. Ulpien distingue trois sortes de *causae nuntiationis* : *nuntiatio fit aut juris nostri conservandi causa aut damni depellendi aut publici juris tuendi gratia*. Sextus Pédius rapporté et loué par Ulpien ne connait pas la *nuntiatio damni depellendi causa* mais, par contre, il subdivise la *causa juris nostri conservandi* et aboutit également à une classification tripartite : *D.*, *h.*, *t.*, 5, 9 : *et belle Sextus Pedius definiit triplicem esse causam operis novi nuntiationis aut naturalem aut publicam aut impositiciam.*

7. *D.*, *h. t.*, 1, 17 ; ajoutez *h. t.*, 3, 4 et fr. 4.

8. *D.*, *h. t.*, 1, 18.

de retenir l'attention. Selon Ulpien elles ont pour but soit d'éviter un dommage menaçant, *damni depellendi causa*, soit de conserver notre droit, *juris nostri conservandi causa*[1]. Il est remarquable de constater que Sextus Pédius dont Ulpien rapporte, en l'approuvant, la classification, ne connaît pas les *nuntiationes* en vue d'écarter un dommage[2]. Il paraît certain qu'il y eut là une extension doctrinale assez récente de la notion *d'opus novum*, en vue de protéger par un moyen nouveau le voisin que menaçait une démolition ou une construction imprudemment faite[3]. La *nuntiatio* conduisait ici à l'obtention de la *cautio damni infecti*, fournie par le voisin, caution que le *nuntians* aurait pu d'ailleurs obtenir autrement. Ici encore nous sommes en présence de dénonciations un peu anormales, ingénieusement déduites sans doute de la notion d'*opus novum*, mais somme toute assez peu pratiques.

La troisième *causa nuntiationis*, d'ailleurs dédoublée dans la classification de Pédius, constitue le cas normal, auquel s'appliquent les solutions les plus nombreuses des textes et qui seul soulève vraiment les difficultés classiques de la matière. La *nuntiatio* est faite en vue de conserver le droit du dénonçant : ce peut être le droit de propriété ou un droit de servitude à son profit, selon la distinction à laquelle Pédius attachait plus d'importance qu'Ulpien[4]. Le trait commun est que, dans les deux cas, le dénonçant a un *jus prohibendi*, le droit de défendre l'*opus*, droit qui découle, soit de sa propriété, soit d'une servitude quelconque. L'*opus novum* lésera son droit de propriété s'il est fait sur le fonds même du *nuntians* ; si par exemple quelqu'un construit un bâtiment sur le terrain d'autrui[5]. Si l'*opus novum* est construit sur le fonds voisin, il ne peut que léser un droit de servitude dont le *nuntians* est titulaire[6]. Ainsi le voisin dont le fonds

1. *D.*, *h. t.*, 1, 17.
2. *D.*, *h. t.*, 5, 9.
3. C'est l'opinion de Karlowa, *loc. cit.*, p. 478. Cf. Burckhard, p. 145-160.
4. Ulpien, *h. t.*, 1, 17 ne distingue pas les deux cas. Pédius rapporté par Ulpien fr. 5, 9, qualifie de *causa naturalis* le droit de propriété qui fonde une *O. N. N.* et de *causa impositicia*, le droit de servitude.
5. Ulpien, *h. t.*, 5, 10 qui conseille d'ailleurs dans ce cas de recourir plutôt à l'interdit *uti possidetis* ou à l'interdit *quod vi aut clam*.
6. Ulpien, *ibidem* : *At si in suo quid faciat, quod nobis noceat tum operis novi denuntiatio erit necessaria.*

est grevé d'une servitude *altius non tollendi*, se met en mesure de construire sur son fonds; le propriétaire du fonds dominant l'arrêtera par une *O.N.N.* Cependant toutes les servitudes prédiales ne sont pas ainsi protégées par l'*O.N.N.*[1]; un texte déclare qu'une construction qui entrave l'exercice d'une servitude de passage ne peut être arrêtée par l'*O.N.N.*; le titulaire de la servitude doit agir au fond par la *vindicatio servitutis*[2]. De même on ne peut empêcher un voisin de nettoyer ou de refaire un égout : cette entreprise, conforme à l'intérêt public et protégée au surplus par un interdit spécial ne saurait être arrêtée par l'*O.N.N.*[3] Plus généralement, le prêteur refuse de laisser entraver par la *nuntiatio* un ouvrage urgent dont la suspension entraînerait quelque péril[4]. Les textes ne donnent d'ailleurs pas sur ce point d'indications précises et admettent que des difficultés pouvaient s'élever en fait sur la constatation de l'urgence[5].

Ainsi le propriétaire d'un fonds peut, sauf des circonstances particulières, protéger par l'*O.N.N.* soit son droit de propriété, soit un droit de servitude constitué au profit de ce fonds. Un développement de jurisprudence a reconnu les mêmes droits, non sans quelque hésitation, à certains titulaires de droits réels sur ce fonds; ainsi le superficiaire, à la différence du simple locataire, peut se servir de l'*O.N.N.*[6], de même le créancier gagiste[7]. Pour l'usufruitier il y a eu, semble-t-il, plus de difficulté : contre un voisin troublant par quelque *opus novum* son droit d'usufruit, il peut agir certainement par l'action confessoire

1. Les textes visent directement la possibilité de la *nuntiatio* en cas d'atteinte aux servitudes suivantes : *altius non tollendi* : Julien, *h. t.*, fr. 2 = 43, 25, *de remissionibus*, 1, 4; Africain, *h. t.*, 15; Ulpien rapportant Julien, 39, 2, *de damno infecto*, 13, 10, — *ne prospectui vel luminibus officiatur* : Ulpien, 8, 2, *de servitutibus praediorum urbanorum*, 15; Ulpien, 39, 1, 5, *pr.*, — *oneris ferendi* : Ulpien, 8, 5, *si servitus vindicetur*, 6, 7. Cf. Karlowa, *loc. cit.*, p. 478. Paul déclare d'ailleurs, *h. t.*, 8, *pr.*, que la *nuntiatio* peut s'adresser non seulement au voisin immédiat, mais aussi à un propriétaire plus éloigné dont le fond est grevé de servitude.

2. Julien, *h. t.*, 14.

3. Ulpien, *h. t.*, 5, 11 et le même Ulpien, 42, 21, *de rivis*, 3, 8, qui renvoie à l'interdit spécial *de rivis* donné par le fr. 1, *pr.*

4. Ulpien, *h. t.*, 5, 12., *praetor cetera quoque opera excepit quorum mora periculum aliquod allatura est.*

5. Ulpien, *h. t.*, 5, 13.

6. Ulpien, *h. t.*, 3, 3.

7. Gaius, *h. t.*, 9 et peut être aussi Julien, rapporté par Ulpien, 43, 25, 1, 4.

d'usufruit, son droit réel étant opposable à tous. Mais Ulpien ne lui permet pas de dénoncer l'*opus novum*, *suo nomine*; il ne peut *nuntiare* qu'à titre de procureur du nu-propriétaire[1]; et bien qu'un texte de Julien nous le montre sans autre précision dénonçant le nouvel œuvre contre le voisin, il faut sous-entendre sans doute dans la pensée de Julien « *procuratorio nomine*[2] ».

Il n'y a pas de doute en effet que l'on puisse *nuntiare* soit pour soi-même, soit dans l'intérêt d'autrui, sauf à imposer au procureur la *cautio de rato*[3]. L'esclave ne peut faire une *nuntiatio*; mais cela est permis au pupille pourvu qu'il s'agisse de son intérêt privé, autrement l'intervention de son tuteur ou de son curateur est nécessaire; d'ailleurs tuteur ou curateur ont parfaitement qualité pour agir au nom du mineur[4]. Si le fonds auquel l'*opus novum* porte préjudice appartient à plusieurs *socii* tous doivent faire *nuntiatio*[5].

L'*O.N.N.* étant une protestation contre un *opus* que l'on vient d'entreprendre, il est de principe à l'époque classique qu'elle doit être faite sur la chose même, *in re praesenti*[6]. Alors même que le constructeur serait directement touché par une protestation faite à sa personne, au *Forum* par exemple, l'*O.N.N.* ne serait pas valable[7]. Cette exigence formaliste remonte sans doute aux origines de l'institution. Par contre, si la *nuntiatio* est faite sur le lieu même où s'élève l'*opus novum*, il n'est nullement besoin que le constructeur soit présent[8]. La *nuntiatio* peut fort bien s'adresser aux ouvriers chargés de la construction, à un esclave, à une femme ou même à un enfant et à un fou[9] : il suffit que le constructeur soit sûrement prévenu par la personne devant qui la *nuntiatio* a été faite[10]. A fortiori si le fonds appar-

1. Ulpien, *h. t.*, 1, 20.
2. Julien rapporté par Ulpien, *D.*, 43, 25, 1, 4.
3. Voyez entre autres textes : Ulpien, *h. t.*, 1, 3; 5, 18. 20. Julien, *h. t.*, 13, *pr.*
4. Julien rapporté par Ulpien, *h. t.*, 5, *pr.*; Ulpien, *h. t.*, 7, 1.
5. Ulpien, *h. t.*, 5, 6. La raison donnée par Ulpien est que l'un des *socii* peut avoir le *jus prohibendi* sans que les autres l'aient nécessairement.
6. Ulpien, *h. t.*, 5, 2.
7. *D.*, *h. t.*, 5, 4.
8. *D.*, *h. t.*, 5, 3; ajoutez fr. 4, 5.
9. *D.*, *h. t.*, 5, 3; Ulpien, fr. 10; Paul, fr. 11.
10. *D.*, *h. t.*, 5, 3 : *sufficit... ut domino possit renuntiari.*

tient à plusieurs *socii*, la *nuntiatio* faite à l'un d'eux sera valable[1]. En somme la *nuntiatio* est une protestation contre le nouvel œuvre[2] et cela est si vrai que si le même constructeur entreprend divers ouvrages préjudiciables, une *nuntiatio* en forme devra être dirigée contre chacun d'eux[3].

Cette *nuntiatio in re praesenti* qui se rattache à l'ancien formalisme des procédures privées présente des avantages même à l'époque classique. Le *nuntians* peut en effet ne protester que contre certaines parties de l'ouvrage : il précisera sa protestation sur les lieux[4]. D'autre part, l'ouvrage devant immédiatement être arrêté, le *nuntians* sera en mesure de constater et de faire constater au juste son état d'avancement[5]. On peut penser qu'il se faisait accompagner dans cette fin de quelques témoins[6]; d'autre part le préteur l'autorisait à prendre des points de repère pour faciliter dans la suite l'exercice de son droit découlant de l'*O.N.N.*[7]

Telles sont les conditions générales qui réglementent le droit de dénoncer un nouvel œuvre. Il semble bien en résulter que l'édit du préteur n'ayant pas minutieusement réglé tous les détails de la théorie, une certaine liberté fut laissée à la doctrine et à la jurisprudence dans l'élaboration de ces détails[8]. On ne se soucia guère d'appliquer dans cette élaboration des principes de pure logique qui auraient conduit à admettre dans des cas plus nombreux l'*O.N.N.* L'arbitraire des solutions admises semble plutôt s'inspirer d'un esprit de défaveur à l'encontre de l'*O.N.N.* en elle-

1. *D., h. t.*, 5, 6 ; Pomponius, fr. 18.

2. Cf. les expressions énergiques et précises d'Ulpien, *h. t.*, 5, 4 : *in re enim praesenti et paene dixerim ipso opere, hoc est in re ipsa nuntiatio facienda est.* Fr. 10 : *operis novi nuntiatio in rem fit, non in personam.*

3. Ulpien rapportant l'avis de Julien, *h. t.*, 5, 15.

4. *D., h. t.*, 5, 15. C'est ce qu'Ulpien appelle une *demonstratio.* Il résulte évidemment de tous ces textes que la *nuntiatio* à l'époque classique consistait en une déclaration orale, peut-être formaliste et que Karlowa, *loc. cit.*, p. 478, reconstitue avec vraisemblance. Mais au temps de Justinien il est probable qu'elle se faisait par écrit. Cf. Karlowa, p. 477.

5. Paul, *h. t.*, 8, 1.

6. Cela paraît bien résulter du texte de Paul cité à la note précédente.

7. *D., h. t., modulos sumere.* Cf. Karlowa, *loc. cit.*, p. 1227.

8. Voyez sur ce point les considérations intéressantes de M. J. C. Naber, *Observatiunculae de jure romano*, n° XIII, *Mnémosyne*, 1891, nouvelle série. Tome XIX, p. 127.

même, en tant que moyen de faire valoir un *jus prohibendi*[1]. Quelques considérations à la vérité un peu conjecturales, mais cependant vraisemblables, permettent d'expliquer cet arbitraire et cette défaveur.

L'*O.N.N.* est un procédé sommaire, un procédé d'urgence qui entraîne protection immédiate et sans connaissance de cause du *jus prohibendi* du *nuntians* menacé par l'*opus novum*. L'intervention d'une autorité quelconque n'est pas nécessaire : il suffit d'une déclaration verbale *in re praesenti* et l'ouvrage à peine commencé se trouve ainsi arrêté. C'est beaucoup plus rapide et plus avantageux que de recourir aux actions civiles *in rem,* action en revendication ou action confessoire de servitude.

Les raisons générales qui ont fait apparaître la protection possessoire expliquent et justifient l'*O.N.N.*[2] La construction d'un ouvrage nouveau modifie la situation respective, en fait, de deux voisins. Il se peut que le constructeur agisse conformément au droit mais son initiative trouble le *statu quo*; la coutume sera favorable au *nuntians* qui défendra ce *statu quo* en provoquant une suspension immédiate de la construction.

Ces raisons sont très fortes au temps des actions de la loi, alors que la protection possessoire n'est pas encore organisée. Elles perdront beaucoup de leur poids quand la protection possessoire, souple et compliquée, apparaîtra. Dans toute une série de cas, l'*O.N.N.* fait double emploi avec les interdits possessoires. Les textes l'indiquent nettement et font ressortir la

1. C'est ce qu'admet très nettement M. Naber dans les développements cités à la note précédente.

2. Voyez en ce sens, Karlowa, *loc. cit.*, p. 478, *in fine*. Selon lui l'effet de la *nuntiatio* est le maintien provisoire du *statu quo*, de la situation de fait existant au moment de la *nuntiatio* et non pas seulement à l'encontre du *nuntiatus*, mais aussi de qui que ce soit, et notamment d'un successeur à titre particulier du *nuntiatus*. La *nuntiatio* ne produit donc pas des effets personnels limités à la personne du *nuntiatus*, mais des effets réels qui suivent la chose dans les mains de l'héritier du dénoncé ou de quelque acquéreur à titre particulier; cf. Paul, *D.*, *h. t.*, 8, 7; Marcellus, *h. t.*, 23; Javolenus, *h. t.*, 22. Principes un peu différents, mais aboutissant toujours au maintien de l'effet réel de la *nuntiatio* quand il s'agit d'un fonds provincial : Gaius, *D.*, 4, 7, *de alienatione judicii...*, 3, 3. — D'autre part Karlowa voit une nouvelle preuve du caractère possessoire de l'état de fait ainsi maintenu par suite de la *nuntiatio* dans l'extinction de ses effets par la mort du *nuntians* ou par une aliénation du fonds pour la protection duquel la *nuntiatio* a été faite : Paul, *h. t.*, 8, 6.

supériorité de la protection possessoire sur le système de l'*O. N.N.* Lorsque le voisin construit sur mon terrain ou empiète d'une façon quelconque sur mon droit de propriété, je puis arguer d'un trouble dans la possession paisible où je suis et intenter selon les circonstances l'interdit *uti possidetis* ou l'interdit *quod vi aut clam*[1]. L'avantage commun de ces deux interdits est qu'ils rejettent le fardeau de la preuve sur le constructeur, tandis que le *nuntians* dans l'*O.N.N.* doit prouver son *jus prohibendi*[2]. Si maintenant la construction nouvelle viole un droit de servitude, le propriétaire du fonds dominant a à sa disposition des interdits spéciaux qui se rattachent en somme, sauf quelques particularités, à un système général de protection possessoire[3]. Cumuler le droit de *nuntiare opus novum* avec ces interdits spéciaux eut été une complication inutile; aussi les textes nous apprennent que le titulaire d'une servitude de passage ne pouvait faire *O.N.N.* contre un ouvrage construit sur le chemin; il avait à sa disposition, outre les actions réelles, l'interdit *de itinere actuque privato*[4]. Nous ne savons rien de la servitude d'aqueduc très bien protégée elle aussi par des interdits spéciaux; mais il faut remarquer que les textes nous parlent de la *nuntiatio* pour les servitudes *altius non tollendi, ne luminibus* ou *ne prospectui officiatur*. Il ne convient pas de trop insister sur cet argument *a silentio*; on peut constater cependant que le domaine le plus naturel de l'*O.N.N.* en matière de servitude est celui des servitudes urbaines négatives pour lesquelles, selon l'opinion prédominante, l'emploi de l'interdit *uti possidetis* se trouvait hors de cause[5].

Tout ceci semble bien montrer que l'*O. N. N.* en tant que procédé sommaire a fait double emploi, dans nombre de cas,

1. Ulpien, *h. t.*, 5, 10; cf. Paul, *h. t.*, 17.

2. C'est ce qu'exprime clairement Ulpien dans le texte cité à la note précédente et qui est très important : « *Ceterum operis novi nuntiatione possessorem eum faciemus cui nuntiaverimus.* » Même expression d'Ulpien, *h. t.*, 1, 6.

3. Je ne puis entrer dans des détails sur ce point, les textes ne signalant d'ailleurs pas l'usage facultatif de ces interdits spéciaux et de l'*O. N. N.*, je me borne à renvoyer à Girard, *Manuel*[5], p. 381-384.

4. Julien, *h. t.*, 14 qui donne la *vindicatio servitutis*; pour l'interdit *de itinere actuque privato* : Girard, *loc. cit.*, p. 382, n. 3.

5. Cf. Girard, *Manuel*[5], p. 383-384.

avec les interdits sanctionnant la possession. Sans doute, le préteur a souvent laissé subsister des moyens différents qui constituaient un véritable luxe de protection : ainsi en cas de construction clandestine sur son terrain, le propriétaire peut *opus novum nuntiare* ou intenter à son choix l'interdit *uti possidetis* ou l'interdit *quod vi aut clam*. Cette surabondance s'explique par l'âge et l'origine divers de ces moyens[1]. Mais dans d'autres cas, le préteur jugea plus à propos de simplifier la procédure et il sacrifia tout naturellement, de préférence, le moyen qui dépendait le moins directement de son contrôle, c'est-à-dire l'antique *O. N. N.*

On peut conclure de tout cela, semble-t-il, qu'à l'époque classique l'*O. N. N.* n'était plus un procédé très pratique ; c'était plutôt une survivance d'une époque où la protection possessoire n'était pas méthodiquement organisée. Déjà et très nettement apparaissaient les raisons qui devaient conduire l'évolution postérieure du droit à éliminer comme inutile la dénonciation de nouvel œuvre. Ces quelques observations nous permettent d'aborder le problème fondamental des effets de l'*O. N. N.*

***

L'*O. N. N.* est donc soumise, par le texte même de l'Edit ou par un développement postérieur de la jurisprudence prétorienne, à des conditions assez strictes de formes et de fond. Et cependant, le *nuntians* peut, de sa propre initiative, sans nulle autorisation du préteur, opérer la *nuntiatio* à l'encontre de la construction qu'il conteste. La *nuntiatio* est un acte d'initiative privée que le préteur protège à certaines conditions. La protection est extrêmement efficace : tout ce qui est construit après la *nuntiatio* est irrégulièrement construit et au mépris de l'ordre du préteur. Ce dernier n'examinera pas la question de savoir au fond si le *nuntians* a vraiment ou non le *jus prohibendi*, si le *nuntiatus* a vraiment ou non le *jus aedificandi*[2]. Il délivrera au *nuntians* un interdit restitutoire qui obligera le *nun-*

1. Voyez dans le même sens, Karlowa, *Röm. Rechtsgeschichte*, II, p. 1230-1231.
2. Ulpien, *h. t.*, fr. 20 et notamment § 1 et §§ 3, 4.

liatus à détruire tout ce qui a été construit depuis l'instant précis de la *nuntiatio*[1]. C'est cet interdit que les interprètes appellent traditionnellement, d'une expression étrangère aux textes, l'*interdictum demolitorium*. Le *nuntiatus* qui a continué à construire demanderait en vain au préteur la délivrance de l'action réelle qui protège son *jus aedificandi*[2]. Elle lui serait refusée, car il s'est mis dans son tort en ne respectant pas l'*O. N. N.*

Cette sanction est donc extrêmement énergique. Il est vrai qu'elle s'applique seulement à une *nuntiatio* régulière au fond et en la forme. Le préteur ne protège l'initiative du *nuntians* que s'il se conforme aux conditions générales qu'il a posées dans son Edit ou précisées par sa jurisprudence. C'est même à cause de cela sans doute qu'un *nuntians* sûr de son droit, soucieux de régularité et dépourvu de tout esprit de chicane demandera avant d'agir l'*aditio praetoris* et aura ainsi la certitude d'obtenir, le cas échéant, l'*interdictum demolitorium* avant l'examen de l'affaire au fond. Mais si la *nuntiatio* a été faite sans autorisation du préteur, de la seule initiative du *nuntians*, elle ne sera naturellement sanctionnée que si elle satisfait aux conditions de fond et de forme établies par le préteur. De très nombreux textes expriment, dans des termes d'ailleurs très différents, cette idée que la *nuntiatio* peut n'être pas sanctionnée par le préteur et par là même ne présente aucun danger pour le *nuntiatus*, ni aucune utilité pour le *nuntians*

Ainsi Ulpien déclare que si la *nuntiatio* est faite par un esclave, *nullum effectum habet* ; celle faite au constructeur sur la place publique est *nullius momenti*[3]. Selon Julien, la *nuntiatio* signifiée par l'usufruitier à son propriétaire est *inutilis*[4]. On peut déduire d'un autre texte qu'une *nuntiatio* faite par un pupille

1. Ulpien, *h. t.*, 5, 4 : *Quod ideirco receptum est ut confestim per nuntiationem ab opere discedatur.*

2. Ulpien, *h. t.*, 4, 7.

3. *D., h. t.*, fr. 5, 1. 4.

4. *H. t.*, fr. 2. Ulpien rapportant, semble-t-il, le même passage de Julien (*D.*, 43, 25, *de remissionibus*, 1, 4) déclare que dans la même hypothèse la *remissio* sera *inutilis*, c'est-à-dire qu'il ne sera nullement nécessaire de la demander pour passer outre à construire. C'est exprimer tout à fait la même idée en se plaçant du côté du *nuntiatus*. Ce texte paraît donc très simple. Il a cependant soulevé autrefois beau-

sans l'autorisation de son tuteur, dans certains cas, ne sera pas ratifiée : *non aliter autem pupilli rata habebitur nuntiatio*[1]. Le sens de toutes ces expressions est identique. Le dernier texte cité déclare dans la même hypothèse que l'*executio* de l'*O. N. N.* sera refusée, selon Julien : *Julianus... scripsit pupillo non esse operis novi nuntiationis execuotinem dandam*. Même refus d'*executio* dans le cas où le procureur du *nuntians* n'a pas fourni la *cautio de rato* qui est exigée[2].

Dans toutes ces hypothèses, le préteur refuse au *nuntians* la délivrance de l'*interdictum demolitorium* à l'encontre du *nuntiatus* qui, au mépris de la sommation à lui faite, continue à construire. Et la même solution doit être étendue à tous les cas où les conditions de forme et de fond ne sont pas régulièrement remplies ; dans tous les cas par exemple où le préteur prohibe par disposition générale l'*O. N. N.*[3]; dans les cas concrets où, après avoir autorisé la *nuntiatio*, il revient sur sa décision et la prohibe par un décret formel[4].

L'*interdictum demolitorium* ne menaçant pas le *nuntiatus*, celui-ci peut ne pas tenir compte de la *nuntiatio* : *contemnere operis novi nuntiationem* et continuer à construire. Cela est dit expressément par certains textes, pour le cas où le *nuntiatus* élève une construction urgente, dans l'intérêt de tous, et qu'il y aurait péril à différer[5], ou pour le cas où le *nuntiatus* répare une conduite d'eau existante[6]. C'est, sous une autre forme et en se plaçant au point de vue du dénoncé, exprimer la même idée que tout à l'heure. Et ici encore on peut généraliser cette solution et poser en principe que dans tous les cas

coup de difficultés liées aux controverses des commentateurs sur la *remissio*. La Glose, Cujas et certains romanistes modernes ont même proposé des corrections au texte des mss. Cf. sur tous ces points : Burckhard, *loc. cit.*, p. 313 317.

1. Ulpien, *h. t.*, fr. 5, *pr.*

2. Ulpien, *h. t.*, 7, *pr.*

3. On pourrait en tant que besoin tirer en ce sens un argument formel des textes. Selon Ulpien, *h. t.*, 16, si le préteur a prohibé la *nuntiatio*, après l'avoir permise, *agi non potest* en vertu de la première *nuntiatio*. Il faut nécessairement conclure qu'on ne peut agir en vertu d'une *nuntiatio* que « prohibe » une disposition générale de l'Edit : Ulpien, *h. t.*, 5, 11.

4. Ulpien, *h. t.*, 16, cité à la note précédente.

5. Ulpien, *h. t.*, fr. 5, 12. 13.

6. Ulpien, *D.*, 43, 21, *de rivis*, 3, 8.

où l'*O. N. N.* n'est pas régulièrement faite, le *nuntiatus* peut n'en pas tenir compte : *contemnere O. N. N*^em^, puisque le *nuntians* se verra sûrement refuser l'*interdictum demolitorium* : *denegare executionem O. N. N*^is^.

Mais si tout cela en principe n'est pas douteux, il peut y avoir en fait des difficultés et des incertitudes; dans certains cas le dénoncé pourra se demander si vraiment la *nuntiatio* est irrégulière, si vraiment le préteur refusera l'*interdictum demolitorium*. Pour ne citer qu'un exemple, directement suggéré par les textes, le dénoncé peut n'être pas sûr, qu'en fait, la construction qu'il a entreprise et qu'il voudrait continuer au mépris de la *nuntiatio* présente bien les caractères d'urgence et d'intérêt général qui conduiront le préteur à *denegare executionem O. N. N*^is^ [1]. Le risque qu'il court est très sérieux en raison du caractère automatique de l'*interdictum demolitorium*. Plus généralement même, en présence d'un *nuntians* audacieux et connu pour son esprit de chicane, un *nuntiatus* un peu timoré, peu au courant des questions de droit et soucieux d'agir très régulièrement, hésitera à mépriser purement et simplement une *nuntiatio* qui ne lui paraît pas remplir cependant les conditions de forme ou de fond exigées. Un *nuntiatus* circonspect aura la pensée de ne rien faire avant d'avoir consulté le préteur [2]. Il interrompra donc, parfois à son grand dommage, l'ouvrage entrepris pour recourir au magistrat. Un moyen très simple et très rapide doit lui être ménagé dans cette fin sous peine de livrer à des procéduriers sans vergogne les constructeurs scrupuleux et timides. Ce moyen, c'est la *remissio*. Le *nuntiatus* demande au préteur de *remittere O. N. N*^em^, c'est-à-dire d'annuler une *nuntiatio* qui n'est pas conforme à ses prescriptions. Cette *remissio*, dans l'hypothèse où nous nous sommes placés, n'est qu'une vérification par le préteur des conditions dans lesquelles la *nuntiatio* a été faite, de l'initiative privée du *nun-*

1. Ulpien, *h. t.*, 5, 13 : *Dicemus apud judicem quaeri debere an talia opera fuerint ut contemni nuntiatio deberet.* »

2. Des considérations analogues sont développées par Burckhard, *op. cit.*, p. 332, pour une *nuntiatio* nulle en la forme et p. 333, n. 89 pour le cas où le *periculum morae* est susceptible de discussion.

tians. Elle serait inutile si la *nuntiatio* devait se faire par l'intermédiaire du magistrat. Mais elle est le substitut nécessaire de l'*aditio praetoris* qui n'a pas été demandée au préalable ; ne pas l'admettre c'eut été donner une situation privilégiée aux *nuntiantes* assez hardis pour ne pas consulter le magistrat et généralement animés d'un esprit de chicane[1].

Jusqu'à présent d'ailleurs, nous ne nous sommes pas occupés de la question de savoir si la *nuntiatio* avait été faite à tort ou à raison, c'est-à-dire si elle était fondée ou non sur un *jus prohibendi* appartenant au *nuntians*. Nous nous sommes occupés seulement de la question de savoir si la *nuntiatio* avait été faite correctement selon les prescriptions prétoriennes. Or le préteur ne subordonne nullement l'efficacité de la *nuntiatio* à l'existence avérée d'un *jus prohibendi* ; il suffit qu'elle satisfasse aux conditions que nous avons examinées pour imposer au *nuntiatus* un arrêt immédiat de la construction, sous peine de s'exposer à l'*interdictum demolitorium* : « *quod factumest jubet restitui neque interest, jure factum sit an non : sive jure factum est sive non jure factum est, interdictum locum habebit*[2]. »

Si donc le *nuntians*, quel que soit son droit, agit dans les conditions prescrites par le préteur ou se munit à l'avance de l'*aditio praetoris* qui garantit la régularité de sa sommation, il arrêtera immédiatement la construction entreprise. La situation est très désavantageuse pour le dénoncé ; il a les mains liées par une sommation à lui faite sans examen au fond de la question de droit. Sans doute cette *nuntiatio* ne compromet en rien son droit. S'il a un *jus aedificandi* incontestable, il pourra intenter de suite l'action réelle qui le sanctionne, mais le procès sur le *jus aedificandi* peut durer longtemps et surtout le *nuntiatus*, prenant l'initiative du procès au fond aura tout le fardeau de la preuve, tout en étant obligé de surseoir à con-

1. Il y a sur tous ces points de bons développements dans Burckhard, *op. cit.*, p. 337 et s. Mais il souligne moins nettement le rapport logique qui existe entre l'*aditio praetoris* préalable qui n'est pas exigée et cette demande de *remissio* immédiate que l'on appelle quelquefois *remissio omnimodo* selon l'expression suggérée par Ulpien, *h. t.*, 5, 18. L'examen sommaire de la situation est fait par le préteur sur la demande de *remissio* émanant du *nuntiatus* au lieu de l'être sur la demande d'*aditio* émanant du *nuntians*.

2. Ulpien, *h. t.*, 20, 3.

struire pendant tout le procès[1]. D'autre part le *nuntians*, ayant obtenu le but principal qu'il poursuivait, c'est-à-dire l'arrêt de la construction, ne sera nullement soucieux d'intenter l'action réelle qui sanctionne son *jus prohibendi* et de faire ainsi juger la question au fond. Cette situation si défavorable pour le dénoncé se prolongera jusqu'à la solution du procès sur son *jus aedificandi* s'il se résigne à l'entreprendre, malgré ses risques, ou jusqu'à l'expiration du délai d'action de l'*O. N. N.*, qui au témoignage de Justinien était d'un an à l'époque classique[2]. Mais certains jurisconsultes, tout au moins, selon le même témoignage, admettaient le renouvellement, après l'année, de l'*O. N. N.* et par suite le maintien de cette situation si défavorable pour le dénoncé que nous révèle l'analyse des principes de la matière.

Les Romains avaient trop le sens des nécessités pratiques pour maintenir indéfiniment à l'*O. N. N.* des effets aussi radicaux[3]. Le préteur qui protégeait si efficacement les intérêts du *nuntians* offrit au *nuntiatus* un double moyen d'échapper à la suspension aussi prolongée de la construction entreprise. Tout d'abord le *nuntiatus* peut continuer à construire après avoir fourni ou offert au *nuntians* la *satisdatio ex operis novi nuntiatione*; c'est-à-dire après s'être engagé avec adjonction de cautions à payer au *nuntians* une somme d'argent représentant l'intérêt qu'il a à ce que la construction ne soit pas continuée, s'il est établi que le *nuntians* a bien le *jus prohibendi*[4]. Cette *satisdatio* donne toute satisfaction au *nuntians*, assuré de récupérer le dommage que peut lui causer la continuation de la construction : s'il est pressé

1. J'ai déjà indiqué d'après Ulpien, *h. t.*, 1, 7, que si le *nuntiatus* s'obstinait à construire, le préteur lui refuserait l'action réelle née de son *jus aedificandi*. L'arrêt de la construction s'impose donc absolument.

2. *C. Just.*, 8, 10, *de aedificiis privatis*, c. 14 de l'an 532 : *post annum elapsum, ex quo de nuntiatio missa est.* Dans les anciennes éditions du Code, cette constitution est classée sous un titre à part (8, 11, *de operis novi nuntiatione*, c. *un.*).

3. Voyez des considérations analogues développées par Burckhard, *op. cit.*, p. 274-277.

4. Ulpien, *D., h. t.*, 5, 17; *Paul, h. t.*, 12; Julien, *h. t.*, 13, *pr.*; Ulpien, *h. t.*, fr. 20, 1. Les détails sur la teneur de la *stipulatio ex operis novi nuntiatione* sont donnés par Ulpien, *h. t.*, fr. 21. Je n'ai pas l'intention d'étudier la *stipulatio ex O. N. N^ae*. Elle soulève beaucoup de controverses qui ne sont d'ailleurs pas liées au problème fondamental de l'*O. N. N.* On pourra voir sur cette question : Burckhard, *op. cit.*, p. 420 et s.; Karlowa, *Röm. Rechtsgeschichte*, II, p. 1227-1228 et 1232; Lenel, *Edit Perpétuel*, trad. française, II, p. 297-299, 2e édition allemande, p. 524-526.

par ailleurs de faire trancher la question au fond — et il le sera habituellement puisque la *nuntiatio* n'a pas arrêté l'*opus* — il intentera l'action réelle qui sanctionne son *jus prohibendi*. Et s'il triomphe sur ce point, il intentera contre le *nuntiatus* imprudent ou trop pressé l'action née de la *satisdatio ex operis novi nuntiatione*. D'autre part la *satisdatio* fournira au *nuntiatus*, assuré de son *jus aedificandi*, un moyen expéditif de ne pas surseoir à la construction. Sans nulle démarche près du magistrat, il pourra immédiatement fournir la *satisdatio* au *nuntiatus* et continuer la construction.[1] La *satisdatio* exclut en effet formellement l'*interdictum demolitorium*[2]. Et le *nuntiatus* est grâce à elle à l'abri de toute nouvelle *O. N. N.*[3] Si une nouvelle sommation lui était faite postérieurement ou si le *nuntiatus*, par un moyen quelconque, essayait d'arrêter la construction, le *nuntiatus* pouvait intenter contre lui l'interdit prohibitoire *ne vis ei fiat aedificanti* dont la formule nous a été conservée et qui imposait seulement au *nuntiatus* la preuve de la *satisdatio*[4].

La *satisdatio ex O. N. N*[ne] est donc un moyen très simple et très sûr qui rétablit la situation au profit du *nuntiatus* et oblige le *nuntians* à faire, au fond, la preuve de son *jus prohibendi*. Mais c'est un moyen onéreux pour le *nuntiatus* qui doit trouver des cautions solvables pour s'engager à côté de lui. D'autre part le dénoncé peut n'être pas assez sûr de son droit pour oser continuer la construction à charge de *satisdare*. Ce procédé recule la solution de la question au fond et implique des risques très graves pour le dénoncé. Il fallait trouver un procédé moins onéreux que la *satisdatio* et entraînant solution rapide de la question au fond. Ce procédé fut la *remissio nuntiationis*.

Le dénoncé suspend la construction tout de suite après la *nuntiatio* mais recourt immédiatement au magistrat à qui il demande de *remittere operis novi nuntiationem*[5]. Il n'allègue

1. Ulpien, *h. t.*, 5, 17, souligne cet avantage de la *satisdatio* : *nam remittit vexationem ad praetorem veniendi et desiderandi ut missa fieret remissio.*

2. Ulpien, *h. t.*, 20, 1.

3. Julien, *h. t.*, 13, *pr.*

4. Ulpien, *h. t.*, fr. 20, §§ 9 et s.

5. Selon Ulpien, *h. t.*, 1, 9 : *post operis novi nuntiationem committunt se litigatores praetoriae jurisdictioni.*

pas comme dans l'hypothèse précédemment examinée un défaut de forme ou de fond dans la *nuntiatio* ; il reconnaît qu'elle a été régulièrement faite, conformément aux prescriptions prétoriennes et admet son effet suspensif[1]. Mais il demande au préteur d'annuler l'effet de la *nuntiatio*, en alléguant que le *nuntians* n'a pas de *jus prohibendi* et que lui au contraire a un *jus aedificandi*. Dans quelles conditions cette *remissio* est-elle demandée et obtenue? Qu'est-ce au juste que cette *remissio* prétorienne et dans quelle forme intervient-elle? Quels sont ses effets et par quels moyens procéduraux se réalisent-ils? Autant de questions controversées à l'infini. Et si l'exposé précédent a bien montré que la théorie de la *remissio* est le point capital et comme le cœur même du système classique de l'*O. N. N.*, il reste à montrer que c'en est aussi l'énigme.

* * *

Il est assez aisé tout d'abord d'expliquer comment on ne peut espérer trouver directement dans les textes, tels qu'ils nous sont parvenus, la solution de ce problème fondamental, alors qu'ils sont abondants, prolixes même sur une foule de petites questions de détails concernant les conditions d'exercice de l'*O. N. N.* Les développements des jurisconsultes classiques relatifs à la *remissio nuntiationis* ont été systématiquement tronqués ou remaniés par les compilateurs. Les fragments assez nombreux qui parlent encore de la *remissio* ne contiennent guère à son sujet que de vagues allusions ou ne concernent pas tout au moins la procédure de la *remissio*[2]. Sans doute le Digeste a conservé le titre *de remissionibus* à l'imitation de l'édit perpé-

1. Je fais cette distinction dans un intérêt de clarté pour bien pénétrer ce délicat système de la *remissio*. En fait dans bien des cas, le *nuntiatus* alléguera à la fois quelque irrégularité dans la *nuntiatio* en même temps qu'il contestera le *jus prohibendi* du *nuntians*. Et d'un autre côté, tant que le système n'a pas été définitivement fixé, le préteur a pu hésiter dans certains cas et se demander s'il devait *remittere omnimodo* ou bien subordonner l'annulation de la *nuntiatio* à la vérification par le juge de certaines circonstances de fait.

2. Les textes suivants contiennent une simple mention de la *remissio* sans fournir aucune indication à son égard : Ulpien, *h. t.*, 1, 7 ; 5, 16. 17 ; 20, *pr.* 1. 4 ; Marcellus, *h. t.*, 22.

tuel mais ce titre est composé d'un seul fragment dont tous les paragraphes même ne se réfèrent pas à la question de la *remissio*[1]. Les suppressions, pour regrettables qu'elles soient, avaient leur raison d'être, si l'on se place au point de vue des compilateurs. Au temps de Justinien la procédure en matière de *remissio* était entièrement modifiée par la disparition déjà ancienne de la distinction classique entre le *jus* et le *judicium*. Le magistrat juge lui-même au lieu de renvoyer le procès devant le *judex privatus*. Il termine donc par lui-même et directement la difficulté posée par la demande en *remissio* du *nuntiatus*. Si le *nuntians* n'a pas de *jus prohibendi*, le magistrat accorde la *remissio* au *nuntiatus* et par là même annule définitivement l'effet de la *nuntiatio*. Si au contraire le *nuntians* prouve son *jus prohibendi*, la défense de construire est définitivement confirmée[2]. D'autre part une constitution de Justinien rendue peu avant la rédaction définitive du Digeste décide que les difficultés relatives à l'*O. N. N.* devront être définitivement tranchées dans les trois mois de la *nuntiatio*, sans que pendant ce délai, le *nuntiatus* ait la possibilité de construire, même en offrant la *satisdatio ex operis novi nuntiatione*. Mais si en raison de la complexité de l'affaire, la solution définitive ne peut intervenir dans les trois mois, le *nuntiatus* sera autorisé à construire pendant le procès à charge de fournir *cautio*[3]. Cette réforme de Justinien implique une modification profonde dans la conception même de l'*O. N. N.* dont la durée n'est plus limitée à un an mais reste subordonnée à la solution définitive de la question du *jus prohibendi* par le magistrat.

1. *D.*, 43, 25, *de remissionibus.*

2. Cf. sur ces points les développements étendus de Burckhard, *op. cit.*, n° 74, p. 523-531. Burckhard attache aussi beaucoup d'importance à la disparition de la *cautio judicatum solvi* au temps de Justinien, mais cette considération est liée à l'opinion qu'il soutient relativement à l'exigence d'une *satisdatio* de la part du *nuntiatus* dans la procédure de *remissio*. Cette question est très épineuse et je l'ai laissée de côté. Au surplus, la suppression de la distinction classique entre le *jus* et le *judicium* suffit pour expliquer le bouleversement complet de la procédure de la *remissio*, dès avant le temps de Justinien.

3. *C. Just.*, 8, 10, *de aedificiis privatis*, c. 14 de l'an 532. Une réforme partielle avait été déjà tentée par une constitution de l'empereur Zénon, *C. Just.*, *h. t.*, 12, 7. Pour plus de détails sur cette réforme dont certains points sont controversés, cf. Burckhard, *op. cit.*, p. 517 et s.

Tout ceci fait que les textes relatifs à la *remissio* sont rares, vagues et suspects[1]. Aussi les plus graves difficultés se sont élevées entre les interprètes quand ils ont voulu dégager de ces textes une conception précise de la *remissio* à l'époque classique. Sur ce point les systèmes ont été innombrables et ont impliqué des nuances infinies. Il n'entre nullement dans mon dessein de les passer tous en revue même rapidement. Je considère que les anciens systèmes ont été périmés par la critique approfondie et généralement judicieuse de Burckhard[2]. Je partirai du système qu'il a édifié et qui est d'une grande originalité. Je retiendrai aussi le système de Karlowa déjà émis avant les recherches de Burckhard, mais maintenu et perfectionné depuis et ayant reçu malgré les critiques de Burckhard d'importantes adhésions. J'exposerai enfin la solution de M. Naber d'une rare élégance dans sa simplicité, mais d'un radicalisme excessif qui a nui à son succès. Après ces études critiques je proposerai l'hypothèse qui me paraît réunir le plus de vraisemblance et le moins de complications.

Burckhard, après une critique minutieuse de tous les systèmes soutenus avant lui, conçoit ainsi la théorie classique de la *remissio*[3]. Le décret de remission visé par le fr. *un. pr.* au *D.* (43, 25)[4] n'est pas autre chose qu'un interdit, et non pas même un interdit d'une nature particulière, mais un interdit prohibitoire ordinaire[5]. Sur la demande du *nuntiatus*, le préteur déclare : en tant que le *nuntians* a un *jus prohibendi*, la *nuntiatio* est confirmée; mais s'il en est autrement, j'en fais *remissio*. Le maintien de la *nuntiatio* est donc soumis à l'existence d'un *jus prohibendi* au profit du *nuntians*. Or avant la

1. Sur ce point, voyez dans le même sens : Karlowa, *Röm. Rechtsgeschichte*, p. 1229-1230 et Naber, *Observatiunculae... loc. cit.*, p. 122-123.

2. Burckhard, *Die operis novi nunciatio*, nos 45-48, p. 277-297.

3. *Op. cit.*, nos 49-51, p. 297-324. Il faut remarquer d'ailleurs que Burckhard, en critiquant les opinions de ses devanciers, s'est attaché à dégager peu à peu sa conception fondamentale avant de l'exposer dans son ensemble.

4. Je reproduis ici ce texte capital : *Ait praetor : quod jus sit illi prohibere ne se inuito fiat, in eo nuntiatio teneat : ceterum nuntiationem missam facio.* Il faut y joindre le texte non moins connu où Ulpien, après avoir indiqué l'effet de la *nuntiatio*, résume ainsi l'effet de la *remissio*, *D.*, 39, 1, 1, *pr.* : *deinde remitteretur prohibitio hactenus quatenus prohibendi jus qui nuntiasset non haberet.*

5. Burckhard, *op. cit.*, p. 298-299.

remissio, la *nuntiatio* produit des effets absolus, inconditionnés, indépendants de l'existence d'un *jus prohibendi*; sa violation est immédiatement sanctionnée par la délivrance de l'*interdictum demolitorium*. Le décret de *remissio* écarte les effets inconditionnés de la *nuntiatio* privée, il entraîne levée formelle de cette défense privée, en ce sens qu'une fois la *remissio* prononcée, l'*interdictum demolitorium* se trouve hors de cause, comme l'atteste sa formule : *antequam nuntiatio missa fieret*. Mais au lieu et place de la prohibition inconditionnée, la *remissio* prétorienne apporte une prohibition conditionnelle de bâtir, si le *nuntians* a vraiment un *jus prohibendi*[1]. Et cette prohibition conditionnelle n'a pas lieu seulement pour l'avenir, à dater de l'intervention du préteur; elle s'étend à toute la période qui suit la *nuntiatio* privée. Le préteur ne déclare pas en effet dans le décret de *remissio* : « *Quod jus sit illi prohibere, opus novum fieri veto* » mais « *in eo nunciatio teneat*[2]. »

Ce n'est donc pas une prohibition nouvelle, mais le maintien de la prohibition résultant de la *nuntiatio* avec cette différence qu'elle est devenue conditionnelle, d'absolue qu'elle était. Selon Burckhard, le préteur a délégué au *nuntians* son droit d'établir une prohibition; mais le *nuntians* ne pouvait évidemment conditionner sa défense, comme l'eut fait le préteur[3]. Il ne pouvait dire au *nuntiatus* : « Ne bâtis plus, si j'ai un *jus prohibendi*. » Par contre il fallait donner au *nuntiatus*, par la demande de *remissio*, la possibilité de se mettre dans la situation où il eut été si le *nuntians* avait directement obtenu du préteur la défense conditionnée.

Telle est la conception générale du décret de *remissio* qu'expose Burckhard[4]. Recherchons avec lui, et en suivant

1. Levée formelle de la prohibition de construire et par là même exclusion de l'*interdictum demolitorium* : Burckhard, *op. cit.*, p. 299-300. Substitution d'une défense prétorienne conditionnelle à la défense privée absolue : Burckhard p. 302-303.

2. Burckhard, p. 305-306.

3. Burckhard, p. 303.

4. Burckhard, p. 309 et s. examine longuement les textes relatifs à la *remissio* et établit sans peine qu'ils cadrent bien avec son explication. Il n'y a pas lieu d'insister sur toute cette discussion car ces textes extrêmement vagues cadrent avec toute opinion qui soumet la *remissio* d'une façon quelconque à la vérification du *jus prohibendi*.

l'ordre même de ses développements, comment on arrivait à ce décret conditionnel de *remissio* et quelles en étaient les conséquences.

Après la *nuntiatio*, le *nuntiatus* se présente avec le *nuntians* devant le préteur : *post operis novi nuntiationem committunt se litigatores praetoriae jurisdictioni*[1]. Il en demande la levée, alors que le *nuntians* en réclame la confirmation. Si le *nuntians* a agi *alieno nomine*, le préteur exige de lui la *cautio de rato* et s'il refuse, le préteur prononce immédiatement, et sans condition, la levée de la *nuntiatio*[2]. Puis le *nuntians* est invité à déclarer la *causa nuntiationis*[3] et s'il s'agit d'une *nuntiatio juris nostri conservandi causa*, il devra affirmer son *jus prohibendi*.

Si la *nuntiatio* est irrégulière en la forme ou si elle n'obéit pas aux conditions de fond précisées par l'Edit et la jurisprudence prétorienne, le préteur refusera au *nuntians* la confirmation conditionnelle de sa *nuntiatio*. Il en prononcera la levée immédiate et absolue. Il n'agira ainsi d'ailleurs que s'il n'y a aucune difficulté de fait ou de droit dans la question qui lui est soumise. Si quelque difficulté existe au contraire il rendra un décret conditionnel de *remissio*[4].

Si maintenant la *nuntiatio* est bien conforme aux règles de l'Edit, si la seule difficulté consiste dans la question du *jus prohibendi*, affirmé par le *nuntians* et nié par le *nuntiatus*, le préteur rendra un décret conditionnel de *remissio*[5]. Ce sont les conséquences de ce décret conditionnel qu'il est intéressant de préciser[6].

Burckhard estime que du décret conditionnel de *remissio* découle la procédure ordinaire consécutive à un interdit

1. Ulpien, *h. t.*, 1, 9 et Burckhard, *loc. cit.*, p. 328 et s.

2. Ulpien, *h. t.*, 5, 18.

3. Burckhard se place dans l'hypothèse d'une *nuntiatio juris nostri conservandi causa*. Mais il est important aussi dans les autres hypothèses de déclarer la *causa nuntiationis*, cf. Ulpien, *h. t.*, 1, 18.

4. Burckhard, *op. cit.*, p. 329 et s.

5. Burckhard, p. 347-379 examine très longuement la question de savoir si le *nuntiatus* devait, dans la procédure de *remissio*, fournir une *cautio* analogue à la *cautio judicatum solvi*. Il se prononce pour l'affirmative. J'ai déjà indiqué que je laisse de côté cette difficulté secondaire. J'inclinerais cependant avec Karlowa, *loc. cit.*, p. 1228, dans le sens de la négative.

6. Burckhard, *op. cit.*, p. 389-397.

prohibitoire. La *remissio* est en effet un interdit prohibitoire délivré après audition des parties et défendant au constructeur de continuer à bâtir si vraiment le *nuntians* a un *jus prohibendi*. Tant que le *nuntiatus* ne construit pas, le *nuntians* n'a aucun motif d'agir, mais s'il construit, il violera le décret de *remissio*, *facere contra edictum*. Et le *nuntians* agira par l'action *ex prohibitorio interdicto* sur laquelle le juge recherchera « *an adversus edictum praetoris vis facta sit.* » Il y aura lieu, selon les règles habituelles, au *provocare sponsione* et à l'action *ex stipulatu* sur laquelle les conditions de l'ordre du préteur, c'est-à-dire l'existence du *jus prohibendi*, seront vérifiées par le juge.

Il n'existe entre l'interdit *ex remissione* et les interdits prohibitoires ordinaires qu'une seule différence : il ne court pas seulement du moment où il est rendu mais il rétroagit jusqu'à la *nuntiatio* à cause de la formule « *in eo nuntiatio teneat.* »

La théorie de Burckhard présente, il faut le reconnaître, un remarquable effort d'analyse et de systématisation[1]. Elle a désencombré la question d'une série d'opinions sur lesquelles on pouvait indéfiniment argumenter mais qui ne répondaient pas aux données fondamentales du problème. Nul, avant Burckhard, n'avait aussi clairement dégagé ces données fondamentales, sans lesquelles on ne saurait faire avancer méthodiquement la question. Et certaines parties de sa théorie me paraissent définitivement établies. Cependant sa conception d'un interdit prohibitoire *ex remissione* me paraît devoir être rejetée.

La distinction des cas où la levée de la *nuntiatio* est immédiatement et définitivement faite par le magistrat, et de ceux où la question n'est tranchée que postérieurement par l'organisation d'un *judicium* ne saurait à mon sens être désormais contestée. Elle résulte d'une exacte analyse des textes et correspond à des situations de fait absolument différentes[2]. Faute

1. Elle fut admise par M. Lenel dans la 1re édition de son *Edit Perpétuel* (traduction française, II, p. 232 et n. 5).

2. Il y a lieu de remarquer aussi que cette distinction est parfaitement conforme aux habitudes avérées du préteur qui mit une sorte de coquetterie à soumettre aux

d'avoir établi assez nettement cette distinction, beaucoup des anciens commentateurs avaient méconnu les effets véritables de la *remissio*[1]. D'ailleurs, les romanistes modernes admettent tous le principe de cette distinction, sauf quelques difficultés de détail et sous réserve d'ailleurs des conséquences procédurales à tirer de cette distinction

De même Burckhard me paraît avoir établi le caractère conditionnel du décret de *remissio*, lorsque, la *nuntiatio* étant régulière, la difficulté porte uniquement sur l'existence du *jus prohibendi*[2]. Le préteur ne tranche pas lui-même la question du *jus prohibendi* et le décret qu'il rend prévoit conditionnellement les deux alternatives : si le *jus prohibendi* existe bien, la *nuntiatio* est confirmée; s'il n'existe pas, elle est levée, à dater de la *remissio*. Les textes relatifs à la *remissio*, aussi bien la teneur même de l'Edit que les commentaires des jurisconsultes, semblent imposer la rédaction conditionnelle du décret de *remissio*. Cela est si vrai que M. Naber, dont le système n'admet pas la rédaction conditionnelle de la *remissio*, est conduit à supposer que tous ces textes, y compris le fragment d'Ulpien reproduisant l'Edit, ont été interpolés. En examinant plus loin le système de M. Naber j'exposerai les raisons qui rendent peu vraisemblables des interpolations aussi larges et j'apporterai ainsi une vérification par contre épreuve de l'opinion de Burckhard sur le caractère conditionnel du décret de *remissio*.

Mais sur d'autres points le système de Burckhard a été justement critiqué. Ainsi l'idée que le préteur a délégué au *nuntians* son droit de prohiber le nouvel œuvre est repoussée par Karlowa[3]. Elle méconnait l'origine historique de l'*O. N. N.*; le

règles de l'*ordo judiciorum privatorum* même les moyens qui, comme les interdits, relevaient de son *imperium*. Cf. Girard, *Manuel*[3], p. 1071.

1. La plupart d'entre eux soutenaient en effet que la question de *remissio* était tranchée par le préteur après un examen sommaire, ou même après un examen approfondi de la difficulté. Voyez les systèmes critiqués par Burckhard, *op. cit.*, p. 278 et s.

2. Je cite ce cas au texte, comme étant le plus important. Mais on peut admettre aussi avec Burckhard, p. 331-32, un décret conditionnel s'il y a quelque difficulté d'appréciation sur la régularité de l'emploi de la *nuntiatio* dans l'espèce soumise au préteur. C'est à cette procédure que s'appliquerait le *apud judicem queri debere* du texte d'Ulpien, *h. t.*, 5, 13 dans le cas de *periculum morae*.

3. Karlowa, *Römische Rechtsgeschichte*, II, p. 1231, note 1.

nuntians agit par lui-même en vertu d'un droit propre que lui reconnaît le droit civil. Ce n'est pas le préteur qui lui a donné le droit de *nuntiare*, par délégation de son autorité propre; il s'est borné à protéger par les moyens habituels l'exercice de ce droit, sauf à subordonner cette protection à certaines conditions définies. Le concept même de *remissio* ne découle donc pas comme le veut Burckhard de l'origine prétorienne du droit de *nuntiare*. C'est au contraire une limitation, une correction, que le préteur apporte à l'ancien droit civil validant la *nuntiatio*. Mais cette critique laisse intacte la conception d'une rédaction conditionnelle du décret de *remissio* : elle écarte seulement un argument en ce sens et d'ailleurs inutile.

Le point le plus vulnérable du système de Burckhard me paraît être l'idée de considérer le décret de *remissio* comme un interdit prohibitoire[1]. Ici encore les critiques de Karlowa sont justifiées et peuvent même être développées. Le décret de *remissio* est demandé par le *nuntiatus*, pour échapper à la prohibition inconditionnée résultant de l'*O.N.N.* ; or, selon Burckhard, il s'analyse en une prohibition conditionnelle de bâtir, dirigée contre le *nuntiatus*, c'est-à-dire contre l'*impetrans*. Nous sommes donc en présence d'un interdit réclamé par quelqu'un, à l'encontre d'une vexation dont il se plaint, et dirigé contre lui. Cet interdit est vraiment difficile à concevoir : c'est une sorte de monstre, remarque Karlowa. Ajoutons que l'*actio ex interdicto prohibitorio* sera intentée non pas par l'*impetrans* mais par celui contre qui l'interdit a été demandé, c'est-à-dire le *nuntians*, autre renversement de tous les principes. Burckhard semble avoir prévu cette objection et, pour y répondre, il considère que le *nuntians* est aussi en quelque sorte un *impetrans*[2], puisqu'il

1. On écarterait d'une façon péremptoire la conception de Burckhard si l'on partait de l'idée généralement admise (cf. Girard, *Manuel*[5], p. 1053 n. 2) et qui semble bien résulter de l'exposé de Gaius, *Institutes*, 4, 139, selon laquelle les magistrats municipaux étaient incompétents pour délivrer des interdits. Il est en effet établi par le c. 19 de la *Lex de Gallia cisalpina* (*Textes*[3], p. 72) que les magistrats municipaux pouvaient faire une *remissio* valable. Mais il est plus prudent de ne pas insister sur un argument tiré d'un système seulement probable.

2. Burckhard, *op. cit.*, p. 307-308. Burckhard partant de l'idée à priori qu'il s'est faite de cet interdit *ex remissione* a bien été obligé de se plier aux textes. Or les textes sont formels pour établir que dans les procès en *remissio* le *nuntians* joue

demande au préteur la confirmation de la *nuntiatio*. C'est là une observation très subtile car Burckhard ne conteste pas que la *remissio* soit demandée tout d'abord, et comme il est naturel, par le *nuntiatus* que lie l'*O.N.N.*[1] Et d'autre part cette observation suggère une autre objection tout à fait forte : le décret de rémission ne contient pas une simple prohibition, même dans la forme indirecte « *in eo nuntiatio tenet* ». Il contient déclaration expresse que dans l'hypothèse inverse, la *nuntiatio* doit être remise : *ceterum nuntiationem missam facio*[2]. Une déclaration ainsi en partie double est absolument sans analogie dans les interdits prohibitoires que nous connaissons : le préteur se borne à prohiber tel acte, si telle condition se trouve réalisée. Il n'éprouve pas le besoin d'exprimer la contre-partie. Il est donc avéré que cet interdit prohibitoire *ex remissione* se trouve en discordance complète avec tous les interdits de même nature que nous connaissons.

Cette constatation doit suffire pour faire repousser le système de Burckhard; aucun texte positif ne parle de cet interdit *de remissione* et l'on ne saurait en être surpris, étant donnée l'intervention plausible des compilateurs. Les conjectures ne doivent pas être repoussées à priori, au contraire elles sont nécessaires. Mais il faut que le système procédural proposé soit en concordance générale avec les notions précises et sûres que nous possédons sur la procédure classique. On ne saurait accep-

le rôle de demandeur et le *nuntiatus* celui de défendeur. Voyez ce qu'Ulpien (*h. t.*, 5, 18. 19) dit des représentants des parties et qui doit s'entendre aussi des parties elles-mêmes.

1. Cela résulte d'ailleurs de nombreux textes : ainsi Ulpien, *h. t.*, 5, 17... *vexationem.... veniendi et desiderandi ut missa fieret nuntiatio ;* fr. 5, 19 : *qui remissionem absentis nomine desiderat.*

2. Il résulte aussi de cette rédaction anormale que l'interdit *ex remissione* est à la fois prohibitoire pour tout ce qui suit le décret de *remissio* et restitutoire pour tout ce qui le précède; et cela constitue encore une anomalie qui n'eut pas échappé aux jurisconsultes si la conception de Burckhard était la vraie. Burckhard se borne à expliquer cette rédaction singulière par l'existence de la *nuntiatio* comme défense privée valable : *op. cit.*, p. 305-306. On aperçoit très bien les motifs qui poussent Burckhard à concevoir ainsi les effets de la *remissio*. Cette conception est imposée par les textes. Mais il resterait à démontrer que les effets de la *remissio* se réalisaient par un interdit né de la *remissio* elle-même. Et les extraordinaires déviations qu'il fait subir à cet interdit pour le mettre en mesure de réaliser ses effets constituent l'argument le plus fort contre son existence.

ter, sans texte formel, un interdit prohibitoire qui est en opposition avec tout ce que nous savons des interdits prohibitoires en général.

J'ajoute une dernière considération qui me paraît tout aussi grave. Dans le système de Burckhard, le décret conditionnel de *remissio* n'épuise nullement la question au fond. Sans doute la situation du *nuntiatus* est améliorée car au lieu d'être lié par une *nuntiatio* inconditionnée qui l'empêche absolument de construire, il peut construire sans dommage si le *nuntians* n'a pas le *jus prohibendi*. Mais le *nuntiatus* qui n'est pas absolument certain de son *jus aedificandi* hésitera à reprendre l'*opus*, et le *nuntians*, d'ailleurs satisfait de l'effet d'intimidation que continue à produire le décret de *remissio*, encore que conditionnel, n'aura pas l'occasion d'intenter l'action *ex interdicto prohibitorio* et par là même de trancher définitivement la question du *jus prohibendi*[1]. Il me semble que le système de Burckhard place le *nuntiatus* un peu timoré dans une situation fort désavantageuse et risque de prolonger longtemps encore une difficulté qu'il y aurait intérêt à trancher promptement.

*
* *

Karlowa admet, comme Burckhard, la rédaction conditionnelle du décret de *remissio*[2]; le préteur ne remet la *nuntiatio* que si le *nuntians* n'a pas le *jus prohibendi*[3]. La *remissio* n'implique donc aucune décision au fond sur le *jus prohibendi*. Comme les interdits, c'est un ordre conditionnel du préteur adressé aux parties et ne les obligeant que si les conditions exprimées se trouvent réalisées en fait. Mais la *remissio* n'est pas un interdit et une action distincte ne naît pas, comme l'admet Burckhard, de

1. Burckhard, *op. cit.*, p. 390, subordonne en effet très nettement à la continuation de la construction par le *nuntiatus* l'exercice par le *nuntians* de l'*actio ex prohibitorio interdicto*.

2. Il est équitable d'ajouter qu'il l'a admise avant lui, d'accord d'ailleurs avec Baron, dans ses *Beiträge zur Geschichte des römischen Civilprocesses*, parus en 1865, p. 59 et s. Cf. d'ailleurs Burckhard, *op. cit.*, p. 296 et s., qui le reconnaît très loyalement.

3. Je me réfère naturellement à l'exposé que donne Karlowa. *Röm. Rechtsgeschichte*, II, p. 1228-1231.

l'interdit prohibitoire *de remissione*[1]. Selon Karlowa, le décret de *remissio* ne pouvait pas supprimer *ipso jure* la défense découlant de la *nuntiatio* qui est obligatoire d'après le droit civil; le décret de *remissio* ne pouvait agir qu'*exceptionis ope*[2].

Et de fait la loi Rubria, dans un chapitre dont il ne reste que la fin, mentionne expressément l'*exceptio remissionis* et en donne la formule : *qu(a) d(e) r(e) operis novi nuntiationem II vir III vir praefectusve ejus municipei non remeisserit*[3]. Si le préteur lui-même a accordé le décret de *remissio*, l'exception s'exprimait ainsi : *qua de re operis novi nuntiationem non remeissero*. Cette *exceptio remissionis* était délivrée par le préteur au *nuntiatus* en même temps que l'*interdictum demolitorium* réclamé par le *nuntians* pour se plaindre de la continuation de l'*opus*. Karlowa admet d'ailleurs que l'*interdictum demolitorium*, délivré après la *remissio*, avait une formule différente de la formule qui nous a été conservée par les textes; notamment la proposition *antequam nuntiatio missa fieret*, etc..., était supprimée[4].

Karlowa suppose donc deux variétés d'interdits *ex operis novi nuntiatione* ayant une portée bien différente. Le premier interdit sur lequel les textes nous renseignent abondamment était délivré en cas de continuation de l'ouvrage avant la demande de *remissio*. Le *nuntians* n'avait aucune preuve à faire. Le second était délivré après le décret de *remissio*, mais il était toujours accompagné de l'*exceptio remissionis* dont l'effet était d'obliger le *nuntians* à prouver son *jus prohibendi*. Sans doute, reconnaît Karlowa, il n'y a trace au Digeste ni de l'*exceptio remissionis*, ni d'une variante de la formule de l'*interdictum demolitorium*[5]. Mais cela s'explique facilement, car les rémissions conditionnelles ont été supprimées par Justinien; à son époque, le magistrat sur la demande de *remissio* tranche la question au fond d'une

1. Voyez les expressions très caractéristiques par lesquelles il résume son opinion, p. 1231, *in fine*.

2. Karlowa, *loc. cit.*, p. 1229.

3. Girard, *Textes*[3], p. 72.

4. Il a amélioré ainsi l'opinion de Baron, cf. Burckhard, *op. cit.*, p. 294-295.

5. *Loc. cit.*, p. 1229-1230. Selon lui, un texte d'Ulpien, citant Julien, *D.*, 43, 24, *quod vi aut clam*, 7, 2, mentionnait vraisemblablement dans son état primitif l'*interdictum demolitorium* postérieur à la *remissio*. Il est probable en effet que ce texte a été interpolé, mais il est bien difficile de déterminer dans quel sens.

manière définitive et par suite devait disparaître du Digeste tout texte visant, soit la seconde fonction de l'*interdictum demolitorium*, soit l'*exceptio remissionis*. Et dans sa pensée la loi Rubria prouve d'une manière irréfutable l'existence de l'*exceptio remissionis*[1].

Il est bien certain que l'on ne peut reprocher à l'opinion de Karlowa l'absence de tout témoignage direct dans les textes classiques : une telle objection pourrait être faite à tout système quel qu'il soit[2]. Il faut reconnaître au contraire que l'opinion de Karlowa a un point d'appui dans les textes, puisque la loi Rubria mentionne l'*exceptio remissionis*. Mais ce point d'appui est extrêmement faible, car si l'existence de l'*exceptio remissionis* est certaine, pour l'époque de la loi Rubria, la signification que lui donne Karlowa est absolument conjecturale et dépourvue de vraisemblance.

On peut expliquer plus simplement l'*exceptio legis Rubriae*. Burckhard n'admet pas une *exceptio remissionis* générale; si le décret de *remissio* a été rendu par le préteur, ce dernier se bornera à refuser l'*interdictum demolitorium* en se basant sur la proposition *antequam nuntiatio missa fieret*, mais si la *remissio* a été prononcée par un magistrat municipal, le préteur délivrera l'*interdictum demolitorium* avec l'*exceptio remissionis* qui conduira le juge à vérifier l'existence de la *remissio* émanée d'un magistrat municipal[3]. L'*exceptio remissionis* n'existerait donc que dans le cas expressément prévu par la loi Rubria. J'aurais

1. Le système de Karlowa a été adopté par M. Lenel, dans la seconde édition allemande de son *Edictum Perpetuum*, 1907, p. 465. J'ai indiqué *suprà* que M. Lenel s'était rallié dans la première édition de son ouvrage au système de Burckhard.

2. On pourrait beaucoup plus justement critiquer le point de départ de sa doctrine selon lequel le préteur ne saurait annuler *ipso jure* mais seulement *exceptionis ope* les effets de la *nuntiatio* reconnue par le droit civil. D'abord il n'est pas sûr que l'ancien droit civil ait admis sans aucune limite ou condition l'*O. N. N.* Ensuite le préteur ayant entièrement placé le système sous sa protection, — l'ancien procédé ayant été définitivement aboli par les *leges Juliae*, — il a pu très rapidement poser les conditions de sa protection et la refuser directement, soit en prohibant la *nuntiatio*, soit en déniant l'*interdictum demolitorium*. Nous avons des exemples dans les textes de ces procédés directs : prohibition de la *nuntiatio* : *h. t.*, 5, 11; fr. 16; fr. 19; refus d'exécution : *h. t.*, 5, *pr.*; fr. 19. Il faut remarquer notamment l'expression du fr. 19 : *in quibus ab initio operis novi denuntiationem praetor denegat.*

3. Burckhard, *op. cit.*, p. 261 et s.

tendance à admettre cependant une *exceptio remissionis* générale, sauf à l'expliquer tout autrement que Karlowa.

On s'accorde habituellement pour reconnaître que la *remissio* prétorienne est un moyen introduit postérieurement pour atténuer les effets indéfinis de la *nuntiatio* reconnue par le droit civil. Le préteur sanctionne au début la *nuntiatio* par la délivrance de l'*interdictum demolitorium*, qui ne comporte pas la mention *antequam nuntiatio missa fieret*, etc..., puisque la *remissio* n'existe pas encore. Puis la *remissio* étant admise, on peut penser que le préteur, sans oser encore refuser, pour ce motif, l'*interdictum demolitorium*, le délivre avec l'*exceptio remissionis*, qui en écarte les effets par la preuve seule de l'existence matérielle du décret de *remissio*. C'est à cette phase procédurale que se réfère le texte de la loi Rubria. Un peu plus tard, le préteur s'enhardit et refuse l'*interdictum demolitorium* en cas de *remissio*, ce qu'il signifie aux plaideurs en insérant dans la formule de l'*interdictum demolitorium* la mention *antequam nuntiatio missa fieret*. L'*exceptio remissionis* se trouve ainsi incorporée, par un progrès certain, à la formule elle-même. Une telle explication me paraît très vraisemblable et en parfaite concordance avec l'évolution générale de la procédure formulaire. L'explication de Karlowa suppose une réelle gaucherie de moyens et une sorte de retour bien peu admissible vers des formes procédurales anciennes. La formule certaine de l'*interdictum demolitorium* normal vise le décret de *remissio*, *antequam nuntiatio missa fieret*, et semble exclure une *executio* identique au cas où le décret de *remissio* a été rendu. Si les effets de la *remissio* avaient toujours été réalisés, comme l'admet Karlowa, par l'*exceptio remissionis* jointe à l'*interdictum demolitorium* et impliquant vérification du *jus prohibendi* du *nuntians*, on ne conçoit guère que le préteur ait proposé une formule distincte pour le cas d'une construction antérieure au décret de *remissio*, avec la proposition *antequam nuntiatio fieret*. Il eut été infiniment plus simple de ne proposer qu'une seule rédaction pour l'*interdictum demolitorium*, avec la simple formule générale :

Quem in locum nuntiatum est, ne quid operis novi fieret qua de re agitur, quod in eo loco factum est id restituas.

Avec cette formule le *nuntians* eut obtenu la démolition de tout ce qui avait été fait avant la *remissio*. Si maintenant, il demandait l'*interdictum demolitorium* après la *remissio*, le préteur délivrait, en même temps que la formule, l'*exceptio remissionis*.

Voilà comment, me semble-t-il, les choses auraient dû se passer si l'évolution s'était faite comme se l'imagine Karlowa, c'est-à-dire si l'*interdictum demolitorium* avait été admis avant comme après la *remissio*, sauf dans le second cas à insérer l'*exceptio remissionis*. Mais il paraît bien plus vraisemblable d'admettre que peu de temps après l'organisation par le préteur de la procédure de *remissio*, le préteur s'est décidé franchement à refuser l'*interdictum demolitorium* après le décret de *remissio*. Je n'allègue pas en ce sens les textes conservés au Digeste : ils ne pouvaient dire autre chose au temps de Justinien. Mais la formule même de l'*interdictum demolitorium* dont on ne conçoit guère l'interpolation me paraît établir qu'après le décret de *remissio* l'*interdictum demolitorium* est hors de cause. Il sanctionne automatiquement tout ce qui a été fait « *contra edictum* », mais si le *nuntiatus*, plein de déférence pour la *nuntiatio*, en demande correctement la *remissio*, il est à l'abri de cette sanction automatique.

Faut-il objecter en outre à Karlowa la singularité de cette *exceptio remissionis* qui n'oblige le *nuntiatus* à aucune preuve, sauf peut-être la preuve matérielle de l'émission du décret prétorien, et qui par contre met le *nuntians* en demeure de prouver son *jus prohibendi*? Une telle exception va très certainement à l'encontre des règles habituelles et notamment du principe général : *in excipiendo reus fit actor*. Normalement l'*excipiens* devrait prouver qu'il a le *jus aedificandi* et que le *nuntians* n'a pas le *jus prohibendi*, car de la sorte l'exception basée sur le décret conditionnel de *remissio* jouera complètement et exclura l'*interdictum demolitorium*. J'hésite cependant à faire état de cette objection, car des textes précis rendent certain que dans toute cette matière de la *nuntiatio* et de la *remissio* il se produit

un renversement complet des règles de la preuve, renversement que des considérations d'équité rendaient d'ailleurs nécessaire. Il n'est pas douteux que la preuve du *jus prohibendi* incombe en dernière analyse au *nuntians* de quelque manière que la question se pose au point de vue procédural[1]. C'est ce qui se produit dans le système de Karlowa et encore que ce résultat soit amené par des procédés bien contournés, il n'y a pas lieu d'en tirer une objection distincte contre ce système.

Par contre l'opinion de Karlowa se heurte à la même difficulté que celle de Burckhard ; elle laisse en effet, elle aussi, l'initiative de la poursuite au *nuntians*. Si après le décret de *remissio* le *nuntiatus* veut continuer à bâtir, il restera exposé à l'*interdictum demolitorium*, subordonné, il est vrai, à la condition de la preuve du *jus prohibendi* par le *nuntians*. Un *nuntiatus* incertain de son droit hésitera dans ces conditions à bâtir et la question restera ainsi en suspens ; la *nuntiatio* continuera à produire son effet comminatoire et le but du décret prétorien de *remissio* ne sera pas atteint. Ce décret a pour but en effet, essentiellement, de mettre le *nuntians* en demeure d'établir son *jus prohibendi*, de manière à vider de suite la difficulté et à permettre au *nuntiatus*, s'il est dans son droit, de continuer à bâtir en toute sécurité. Les systèmes de Burckhard et de Karlowa en laissant au *nuntians* l'initiative du procès définitif, par l'exercice d'un interdit prohibitoire *ex remissione*, ou d'un interdit restitutoire analogue à l'*interdictum demolitorium*, méconnaissent l'une des données fondamentales du problème de l'*O.N.N.*

* * *

Cette constatation semble avoir beaucoup frappé M. Naber et l'avoir amené à proposer une explication toute différente et d'une

1. Cela résulte des textes déjà cités d'Ulpien, *h. t.*, 1, 6 ; 5, 10, selon lesquels le *nuntians* constitue son adversaire possesseur par l'*O. N. N.* Le second de ces textes notamment n'aurait pas de sens si la preuve du *jus prohibendi* n'incombait pas au *nuntians*. Aussi tout le monde l'admet. Du moins ne faut-il pas que Karlowa prétende tirer de ces textes un argument direct en faveur de son système comme il le fait, p. 1230.

séduisante originalité[1]. Pour expliquer les effets de l'*O.N.N.*, et exposer sa conception du décret de *remissio*, M. Naber distingue rigoureusement les cas où la *nuntiatio* n'a pas été régulièrement faite selon l'Edit, soit au fond, soit en la forme et ceux où toutes les prescriptions de l'Edit ont été satisfaites. Dans le premier cas, le décret de *remissio* est rendu sur la demande du *nuntiatus* et il produit des effets définitifs en annulant la prohibition née de la *nuntiatio*[2]. M. Naber assimile à ce cas l'hypothèse où le *nuntians* ou son procureur refusent certaines formalités de procédure exigées par le préteur (serment de calomnie[3], *cautio de rato*, etc.).

Mais si la *nuntiatio* a été régulièrement faite, à la demande de *remissio* émanée du *nuntiatus*, le préteur répondra par la délivrance d'un interdit *ne vis ei fiat aedificanti*... que le *nuntiatus* dirigera contre le *nuntians* en le mettant en demeure de prouver son *jus prohibendi*. Et sur cet interdit la question sera définitivement tranchée : si le *nuntians* prouve son *jus prohibendi*, le *nuntiatus* devra renoncer à construire. S'il ne le prouve pas, le jugement sur l'interdit abolira l'effet de la *nuntiatio* et si le *nuntiatus* faisait valoir par quelque autre moyen son *jus prohibendi*, le *nuntiatus* tirerait l'*exceptio rei judicatae* du jugement rendu sur l'interdit *ne vis ei fiat aedificanti*[4].

Le système de M. Naber est de la plus grande simplicité et l'on ne saurait lui refuser une véritable élégance. L'Edit prétorien, ayant réglementé, d'ailleurs arbitrairement, les conditions générales d'admission de la procédure d'*O.N.N.*, de plus en plus considérée comme anormale, et défavorable, le préteur se réserve naturellement le soin de vérifier si ces conditions générales sont remplies. Si elles ne le sont pas, la question est tout de suite tranchée par un décret définitif de *remissio*. Mais si le *nuntians* s'est soumis à ces prescriptions, si la seule question litigieuse

1. J.-C. Naber, *Observatiunculae de jure romano*, *Mnemosyne*, nouv. série, t. XIX. 1896, p. 113-128 : n° XI, *Ad interdictum ne vis fiat aedificanti*; n° XII, *Quid sit remittere*, n° XIII, *Quando remittatur*.

2. Naber, *loc. cit.*, p. 125-127.

3. Le serment de calomnie était exigé du *nuntians* au début de la procédure : Ulpien, *h. t.*, 5, 14.

4. Naber, *loc. cit.*, p. 115-120.

porte sur l'existence du *jus prohibendi*, le préteur fidèle à ses habitudes ne la tranchera pas lui-même, mais la renverra à un juge en délivrant l'interdit *ne vis ei fiat aedificanti*.

Ce système, d'autre part, donne satisfaction à l'une des données fondamentales du problème de l'*O. N. N.*, que M. Naber a mise en lumière avec beaucoup de lucidité et de sens pratique[1]. Il permet au *nuntiatus* d'obtenir une solution immédiate et d'être ainsi fixé tout de suite sur son droit : c'est en effet lui qui obtient contre le *nuntians* l'interdit *ne vis ei fiat aedificanti*, le mettant ainsi en demeure de lever la *nuntiatio* ou d'en bien établir la base juridique. Et M. Naber montre très bien, par une comparaison entre la *nuntiatio* du droit romain et l'arrêt de certains droits modernes, que l'individu dont l'activité normale est suspendue par une prohibition formelle, émanant de l'initiative privée, doit avoir un moyen rapide de faire lever cette prohibition ou d'en voir dire la cause. Sans doute, le *nuntiatus* peut échapper à la prohibition en fournissant une *satisdatio,* mais c'est un moyen onéreux, et surtout dilatoire. De quel droit, remarque M. Naber, pourrait-on empêcher le *nuntiatus* d'obtenir tout de suite une solution[2]?

Ces considérations me paraissent importantes ; mais le système de M. Naber, à d'autres points de vue, se heurte aux plus graves objections. Il supprime radicalement la *remissio* conditionnelle, n'admettant que la *remissio* pure et simple dans les cas indiqués. Mais alors comment expliquer tous les textes qui supposent une *remissio* conditionnelle, subordonnée à la non vérification du *jus prohibendi : deinde remitteretur prohibitio hactenus quatenus prohibendi jus is qui nuntiasset non haberet*[3]. Paul : *sciendum est facta operis novi nuntiatione cui nuntiatum est abstinere oportere donec caveat vel donec remissio nuntiationis fiat : tunc enim, si jus aedificandi habet, recte aedifi-*

1. *Loc. cit.*, p. 118-119. M. Naber déclare que cette considération lui paraît être un argument important en faveur de son opinion ... « *dicendum quid meam sententiam maxime firmet.* »

2. *Loc. cit.*, p. 118 : « *Quid si dicat : « hodie constet hodie agamus » videturne injustum postulare?* »

3. Ulpien, *h. t.*, 1, *pr.*

cabit[1]. Et surtout l'Edit de *remissionibus* et le commentaire entier d'Ulpien[2]. Ces textes dans leur ensemble sont formels. On ne peut en effet les entendre en ce sens que le préteur dans son Edit promet la *remissio* seulement si le *nuntians* n'a pas le *jus prohibendi*[3]. Ils supposent directement, au moins certains d'entre eux, que le décret de *remissio* étant rendu, le *nuntiatus* n'a pas par cela seul, dans tous les cas, le droit définitif de bâtir. Le texte de Paul est particulièrement formel en ce sens : *tunc enim*, [c'est-à-dire après le décret de *remissio*] *si jus aedificandi habet, recte aedificabit*. Cela suppose évidemment un décret de *remissio* rendu sans examen au fond du *jus prohibendi* et du *jus aedificandi*, c'est-à-dire un décret conditionnel.

D'ailleurs M. Naber ne conteste pas le sens qu'il convient de donner à ces textes[4]. Mais il leur refuse toute importance, car selon lui, ils ont été interpolés[5] ; les compilateurs auraient même porté « leurs mains sacrilèges » sur l'Edit du préteur en accommodant à leur manière l'édit de *remissionibus*. Certaines interpolations sont sans doute vraisemblables à priori, encore que les compilateurs se soient plutôt livrés, je crois, à des coupures systématiques qu'à des remaniements[6]. Mais il est bien difficile

1. *H. t.*, 8, 4.

2. D., 43, 25, *de remissionibus*, fr. 1.

3. Soutenir cette opinion, ce serait revenir aux opinions des anciens commentateurs qui concevaient tous plus ou moins le procès sur la *remissio* comme un procès pétitoire sur le *jus prohibendi*. Ces opinions anciennes paraissent avoir été définitivement critiquées par Schmidt et Burckhard, cf. Burckhard, *op. cit.*, n° 46, p. 281 et s. Elles se heurtent, comme l'ont déjà montré ces auteurs, au texte absolument formel de Paul. Par contre, je n'attache pas la même valeur au texte d'Ulpien, 43, 25, 1, 4 où il parle de *remissio utilis* ou *inutilis*. Ce texte ne vise pas une hypothèse où seul le *jus prohibendi* du *nuntians* est en cause, mais une hypothèse où la *nuntiatio* est faite à l'encontre des prescriptions générales de l'Edit. Dans ce cas, ainsi qu'il a été expliqué *suprà*, le *nuntiatus* peut tout simplement mépriser la *nuntiatio* sans même demander la *remissio* : la *remissio* est *inutilis*, c'est-à-dire superflue.

4. C'est pourquoi M. Naber ne se rattache nullement aux anciennes opinions critiquées à la note précédente.

5. *Op. cit.*, p. 122 et s.

6. Il me paraît vraisemblable que le tit. de *remissionibus* (43, 25) a été considérablement réduit. Il devait contenir deux séries de développements sur la *remissio* pure et simple et la *remissio* conditionnelle, distinction qu'il n'y avait plus lieu de faire sous Justinien : en ce sens le pluriel « *de remissionibus* », « *remissiones*

d'admettre, sans preuves décisives, des interpolations aussi larges et aussi inaccoutumées. Or M. Naber n'essaye pas de prouver directement ces interpolations; il se borne à développer quelques considérations assez subtiles[1]. Pour que la preuve de l'interpolation put être admise, il faudrait d'ailleurs que les textes remaniés concordassent pleinement avec le système de la *remissio* justinienne qui résulte d'une décision définitive du magistrat sur le *jus prohibendi*[2]. Sans doute les textes d'Ulpien peuvent assez aisément s'appliquer au système nouveau de *remissio*. Mais il n'en est pas de même du texte de Paul déjà cité[3]. Dire, au temps de Justinien, qu'après la *remissio* (prononcée par le magistrat) le *nuntiatus* ne bâtira à bon droit (*recte*) que s'il a le *jus aedificandi*, c'est évidemment un non-sens; car sous Justinien la *remissio* est définitive. Le texte de Paul n'a donc pas été remanié, et s'il est authentique il suffit pour établir l'existence de la *remissio* conditionnelle, alors même que tous les autres textes allégués en ce sens seraient suspects. Il n'est pas possible d'admettre que les compilateurs aient remanié les textes classiques dans le sens d'une *remissio* conditionnelle,

proponuntur ». D'autre part le § 2 du fr. *un.* a été sans doute remanié : il exprime d'une façon beaucoup trop libre les effets de la *remissio* à l'époque classique alors qu'il concorde très bien avec le droit de Justinien.

1. *Op. cit.*, p. 123-124. M. Lenel, *Edictum*[2], p. 455, n. 7 considère que l'opinion de M. Naber sur l'interpolation du décret de *remissio* n'est pas fondée sur des preuves suffisantes, mais continue-t-il : « le commentaire est-il resté intact, c'est une autre question. »

2. Si les compilateurs s'étaient résignés à porter la main sur le décret prétorien de *remissio*, leur nouveau texte eut exprimé de façon moins contournée, me semble-t-il, l'effet définitif produit au temps de Justinien par la sentence du magistrat. Ils l'ont conservé, à mon sens, parce qu'ils ne l'ont pas jugé en contradiction absolue avec le nouveau système; ils l'ont entendu sans doute, comme l'entendaient les anciens commentateurs, en ce sens que le préteur promettait la *remissio* définitive pour le cas où le *jus prohibendi* ne serait pas prouvé. Et ils ont dû remanier les explications d'Ulpien pour leur donner un sens équivoque s'adaptant à peu près au système nouveau.

3. *D.*, 39, 1, 8, 4. M. Naber ne donne aucune explication sur ce texte qui ne concorde évidemment pas avec le système byzantin et qui est capital pour déterminer la conception classique du décret de *remissio*. Ce texte constituera toujours une objection décisive contre toutes les théories n'admettant que la *remissio* pure et simple. Schmidt s'en était déjà servi contre les théories anciennes selon lesquelles la *remissio*, intervenant après le procès sur le *jus prohibendi*, était par là même définitive, cf. Burckhard, *op. cit.*, p. 283.

puisque cette *remissio* est certainement devenue pure et simple sous Justinien.

Le système de M. Naber, sur ce point, paraît donc insoutenable. Ce n'est pas à dire qu'il faille le rejeter dans son ensemble. Il convient au contraire d'examiner avec attention les raisons qu'il donne pour admettre l'existence d'un interdit général *ne vis ei fiat aedificanti* donné au *nuntiatus* pour obliger le *nuntians* à établir son *jus prohibendi*. Selon M. Naber l'existence de cet interdit ou d'interdits appartenant au même type et ne comportant que quelques nuances serait établie par un certain nombre de textes[1].

Un tombeau a été édifié par un propriétaire sur son terrain, mais à moins de soixante pieds des constructions du voisin, ce que défend la loi des XII tables, contre la volonté du voisin. Le voisin dénonce à bon droit le nouvel œuvre, avant que le tombeau ne soit achevé[2]. Le constructeur du tombeau allègue qu'un mort a été apporté à cet endroit au su du voisin et que ce fait lui a conféré le *jus sepulcri*[3]. Selon M. Naber, il ira demander au préteur la *remissio* de la *nuntiatio*. Et le préteur lui délivrera un interdit qui constitue une variante de l'interdit *ne vis ei fiat aedificanti*[4].

Quod illi jus est invito te mortuum inferre, quominus illi in eo loco sepulcrum sine dolo malo aedificare liceat vim fieri veto.

Certes, la combinaison de textes proposée par M. Naber est ingénieuse, mais elle ne résiste pas à un examen attentif. Pomponius, dans le fr. 3 § 1 cité, ne déclare nullement que le constructeur du tombeau, qui a déjà apporté un mort sur le terrain, demandera la *remissio* d'une *nuntiatio* faite. Il déclare que dans cette hypothèse le voisin ne peut absolument pas faire *nuntiatio* « *prohibere non poterit* ». Si la *nuntiatio* est faite, le constructeur n'a qu'à n'en pas tenir compte[5]; et si le trouble continue il

1. *Op. cit.*, p. 115 et s.
2. *D.*, 11, 8, *de mortuo inferendo*, 3, *pr.* Pomponius *lib. nono ad Sabinum.*
3. *D.*, 11, 8, 3, 1.
4. Ulpien, *D.*, 11, 8, 1, 5.
5. J'ai en effet indiqué *suprà* que dans tous les cas où la possibilité de l'*O. N. N.* est exclue, le *nuntiatus* peut *contenmere O. N. Nem*, le préteur refusant au *nuntians* l'*interdictum demolitorium.*

pourra recourir à l'interdit spécial basé sur le fait péremptoire qu'un mort a été apporté auparavant. La *remissio*, par ce fait même, est hors de cause. D'ailleurs sur cet interdit, le *nuntians* n'aura rien à prouver[1] : ce sera au constructeur du tombeau de prouver qu'il a bien apporté un mort. Il y a ici une circonstance spéciale, l'apport d'un cadavre, qui produit une conséquence juridique immédiate, sanctionnée par un interdit particulier et qui exclut le jeu normal des règles de la *nuntiatio* et de la *remissio*.

Je puis alléguer pour prouver directement cette observation un texte qui vise une hypothèse tout à fait analogue et qui me paraît avoir été un peu négligé[2]. Il prévoit une *O. N. N.*, dirigée contre des travaux de réfection d'un aqueduc. On sait que le préteur[3] protège les travaux de ce genre par un interdit spécial *de rivis*. Aussi Ulpien déclare que le *nuntiatus* peut ne pas tenir compte de la *nuntiatio* : *belle dictum est posse contemni operis novi nuntiationem*. Il est évident qu'ici encore, et à cause de la situation spéciale, nous sommes en dehors de l'hypothèse habituelle de la *remissio* avec difficulté sur le *jus prohibendi*. Dans ces deux cas, la procédure considérée n'est nullement une application d'un interdit général *ne vis ei fiat aedificanti*, délivré pour trancher la question du *jus prohibendi*. Dans ces deux cas, une situation de fait péremptoire est protégée par des interdits spéciaux; et si la *nuntiatio* est faite, c'est absolument à tort, en dehors des conditions générales de l'édit; le *nuntiatus* n'a pas à en tenir compte car le préteur refusera toujours au *nuntians* l'*interdictum demolitorium*.

Il est bien connu que l'interdit *ne vis ei fiat aedificanti* est délivré au *nuntiatus* qui a fait *satisdatio* et qui continue à être troublé dans sa construction. Sur ce point nous possédons au Digeste toutes les précisions désirables et Ulpien nous a conservé le texte de cet interdit[4].

1. Alors que selon M. Naber, *loc. cit.*, p. 119-120, dans l'interdit *ne vis eifiat...* le *nuntians* devra prouver son *jus prohibendi*.
2. Ulpien, *D.*, 43, 21, *de Rivis*, 3, 8.
3. *D.*, 43, 21, fr. 1, *pr.*, cf. Girard, *Manuel*[5], p. 382, n. 7.
4. *D.*, 39, 1, 20, 9. Commentaire dans les §§ suivants.

Quem in locum nuntiatum est, ne quid operis novi fieret, qua de re agitur, si de ea re satisdatum est, quod ejus cautum sit aut per te stat quominus satisdetur, quo minus illi in eo loco opus facere liceat, vim fieri veto.

M. Naber estime que cet interdit n'est pas un interdit spécial délivré seulement après la *satisdatio ex operis novi nuntiatione* mais une application de l'interdit général *ne vis ei fiat aedificanti*. Cet interdit général est mentionné avec une clarté parfaite par un fragment de Paul au titre *de procuratoribus*[1]; mais les interprètes entendent ce texte habituellement du cas où le *nuntiatus* a fourni la *satisdatio ex O. N. N^me*. Et ils renvoient dans le même sens au fr. 5, § 20, du titre *de operis novi nuntiatione* : *si procurator autem opus novum mihi nuntiaverit et satis acceperit, deinde interdicto adversus eum utar ne vim mihi faciat quominus aedificem, ex interdicto eum oportet judicatum solvi satisdare quia partes sustinet defensoris*. D'après ce texte l'interdit n'est donné au *nuntiatus* que si le *procurator* du *nuntians* a reçu sa *satisdatio* : *et satis acceperit*.

M. Naber propose de lire *et satis accepero* : le procureur a fait la *nuntiatio* et a fourni la caution *de rato*[2]. Avec cette correction, l'interdit *ne vis ei fiat aedificanti* existerait sans *satisdatio* préalable. M. Naber estime que cette correction s'impose étant donné l'enchaînement des idées et notamment pour opposer le § 20 au § 18 qui prévoit un procureur du *nuntians* qui ne fournit pas la caution *de rato*. Mais il faut remarquer qu'entre les deux §§ s'intercale le § 19 qui prévoit une hypothèse toute différente en sorte que la fin de ce fr. 5, comme d'ailleurs tout le reste de ce fr., nous offre plutôt toute une série de questions sans grand lien entre elles; d'ailleurs avec la correction *et satis accepero* destinée à relier le § 20 au § 18 on aboutit à établir une contradiction entre le § 19 et le § 20.

En effet, selon le § 19, celui qui demande la *remissio* au nom d'un *nuntiatus* absent doit *satisdare* car il joue le rôle de défendeur. Cela s'explique bien avec l'opinion de M. Naber : en effet,

1. *D.*, 3, 3, 45, 2.
2. *Loc. cit.*, p. 117-118.

on lui délivre l'interdit *ne vis ei fiat aedificanti*, mais c'est au *nuntians* qu'incombe la preuve de son *jus prohibendi*. Mais selon le § 20, où d'après la correction de Naber, le procureur du *nuntians* a fourni la *cautio de rato*, c'est ce procureur du *nuntians* qui joue le rôle de défendeur dans l'interdit *ne vis ei fiat aedificanti*, c'est-à-dire dans la procédure servant à trancher la question du *jus prohibendi*. Il y a contradiction formelle car le fait que les parties agissent ou non par procureur ne saurait influer sur leur rôle respectif dans le procès qui résulte de la demande de *remissio*[1].

***

Malgré toutes les difficultés soulevées, j'estime cependant que le système de M. Naber contient une certaine part de vérité. Et voici comment, en tenant compte de toutes les observations critiques qui précèdent, il me paraît possible de résoudre le problème de la *remissio*. Si la *nuntiatio* a été irrégulière en la forme, ou irrégulièrement employée dans des hypothèses exclues par l'Edit ou la jurisprudence prétorienne, elle sera sans effet et le *nuntiatus* pourra n'en pas tenir compte. L'Edit ne protège la *nuntiatio* privée qu'à certaines conditions, aussi le préteur refusera-t-il au *nuntians* l'*interdictum demolitorium* et le *nuntiatus* pourra se dispenser de recourir à une demande en *remissio* : *remissio inutilis*[2]. Cependant, si le *nuntiatus*, un peu timoré,

1. M. Naber, *loc. cit.*, p. 119, explique le premier texte en disant que le *nuntiatus* qui demande la *remissio* joue dans cette instance le rôle de défendeur jusqu'à ce que soit rendu l'interdit *ne vis ei fiat...*; d'après le second texte (§ 20), dès que l'interdit est rendu, c'est le *nuntians* qui joue le rôle de défendeur dans l'instance. Cette explication est tout à fait singulière, car selon le système de M. Naber, à la demande de *remissio*, le préteur répond par l'interdit *ne vis ei...* et l'on ne voit pas dès lors en quoi consisterait, pour le *nuntiatus*, son rôle de défendeur dans l'instance en *remissio*. On voit très bien au contraire les avantages de ce rôle qui dispense de toute preuve dans la procédure consécutive à l'interdit *ne vis ei fiat*.... Il faut ajouter qu'avec cette interprétation M. Naber est obligé d'admettre une divergence d'opinion entre Ulpien et Julien (*D.*, 3, 3, 45, 2 et 39, 1, 6) et une intention malicieuse des compilateurs dans le rapprochement de ce dernier texte avec ceux d'Ulpien. Cela n'est pas vraisemblable et l'on peut très simplement expliquer ces textes. Cf. *infrà*.

2. Ulpien, *D.*, 43, 25, 1, 4. Cette interprétation fort simple s'impose si l'on rapproche ce texte de l'autre version contenue au *D.*, 39, 1, 6 ; la *nuntiatio inutilis* de ce dernier texte est la *nuntiatio* qui ne produit aucun effet et contre laquelle il est inutile de se prémunir d'un décret de *remissio* : *remissio inutilis*.

croit devoir demander la *remissio*, le préteur accordera une *remissio* définitive, annulant la *nuntiatio* comme contraire aux prescriptions générales de l'Edit. Cette *remissio* n'enlèvera d'ailleurs aucunement au *nuntians* la possibilité d'agir au fond avec l'action réelle qui sanctionne son *jus prohibendi*[1] : elle n'implique en effet aucune décision sur la réalité de ce *jus prohibendi*. La *nuntiatio* se trouve en quelque sorte écartée par la question préalable. La même *remissio* pure et simple sanctionnera au cours de la procédure tout refus du *nuntians* ou de son représentant de se soumettre aux formalités requises soit par les principes généraux, soit par une disposition spéciale de l'Edit *de O. N. N*[ne][2], en vue d'assurer le développement régulier du procès : serment de calomnie imposé au *nuntians*, *cautio de rato* exigée de son procureur ; *cetera ex interdicto* lors de la délivrance de l'interdit *ne vis ei fiat aedificanti* dont il va être parlé[3].

Si la *nuntiatio* est régulière en la forme et au fond, le *nuntiatus* qui ne veut pas fournir de suite la *satisdatio ex operis novinuntiatione*, demandera au préteur de rendre un décret de *remissio* en affirmant son droit de bâtir et en déniant le *jus prohibendi* du *nuntians*. Le *nuntians* devra naturellement comparaître et, après avoir indiqué la *causa nuntiationis*, affirmer son *jus prohibendi*. La difficulté se trouve donc parfaitement circonscrite et le préteur, conformément à ses habitudes, ne tranchera pas définitivement une question qui implique la solution d'un point de fait : le *nuntians* a-t-il ou non le *jus prohibendi*. Il rendra dans cette hypothèse un décret conditionnel de *remissio*, subordonné à la vérification en fait du *jus prohibendi*. Sans prétendre restituer dans sa lettre ce décret de

1. Paul, *D.*, 39, 1, 19.

2. Le serment de calomnie était exigé, comme l'admet M. Lenel (*Edit Perpétuel*, trad. franç., II, p. 100, 2e édition allemande, p. 358) par une disposition spéciale de l'Edit *de O. N. N*[ne] ; les autres formalités résultent des principes généraux. La « *remissio omnimodo* » dans ces cas est d'ailleurs tout simplement une application particulière de la théorie de l'*indefensio*. Elle s'imposait à plus forte raison si le *nuntians* ne comparaissait pas ou refusait de dire la *causa nuntiationis*.

3. Les textes n'indiquent expressément cette solution qu'au cas de refus de la *cautio de rato* : Ulpien, *h. t.*, 5, 18. Mais si l'on prend soin de rattacher aux principes cette solution isolée, il n'y a, me semble-t-il, aucune difficulté à l'étendre.

remissio, je crois que l'on peut ainsi en concevoir le sens : « je fais remise de la *nuntiatio* en tant que le *nuntians* n'a pas le *jus prohibendi*[1]. »

Il y avait donc deux sortes de *remissiones*, comme le laisse à penser d'ailleurs l'intitulé du titre 25, livre 43, *de remissionibus* : la *remissio* pure et simple se formulant sans doute ainsi après rappel de la *nuntiatio* faite : « *nuntiationem missam facio* », et la *remissio* conditionnelle dont il est beaucoup plus délicat de restituer la teneur et dont l'effet définitif était soumis à la vérification par le juge du *jus prohibendi*. J'admets ainsi la thèse de Burckhard et de Karlowa sur le caractère conditionnel du décret de *remissio*, sauf à distinguer, plus nettement qu'ils ne l'ont fait, les deux hypothèses de *remissio* pure et simple et de *remissio* conditionnelle.

Mais je me sépare de l'un et de l'autre en ce qui concerne la sanction du décret conditionnel de *remissio* et les moyens pratiques d'en tirer les conséquences qu'il comportait. Du décret conditionnel de *remissio* découlait, pour le *nuntiatus* qui l'avait sollicité, le droit d'intenter l'interdit *ne vis ei fiat aedificanti*. Il suffit pour cela d'admettre que le préteur, après la formule conditionnelle de *remissio*, défendait d'empêcher le *nuntiatus* de bâtir au cas où la *remissio* a été faite. L'ordre du préteur se trouvait enfreint par le fait même que le *nuntians* maintenait

1. Il ne me paraît nullement nécessaire d'admettre la rédaction alternative du décret concret de *remissio*, comme le font, plus ou moins explicitement, les auteurs qui admettent la *remissio* conditionnelle. L'Edit qui promet la *remissio* implique très naturellement cette rédaction alternative (*D.*, 43, 25, *de remissionibus*, 1, *pr.*) : c'est qu'il se relie à l'édit de *O. N. N^ae* qui, sans viser le *jus prohibendi*, confirmait la *nuntiatio* privée; le préteur s'étant décidé à limiter les effets de la *nuntiatio* en soumet la validité définitive à la condition du *jus prohibendi* et déclare ensuite que, pour le cas où le *jus prohibendi* n'existe pas, la *nuntiatio* doit être remise. Et c'est bien le raisonnement qu'Ulpien établit sur les *verba praetoris* (*D.*, *h. t.*, 1, 2). Ayant ainsi circonscrit le domaine et la portée de la *remissio* dans l'édit général, le préteur applique les principes posés dans chaque décret concret de *remissio*, en déclarant qu'il fait *remissio* en tant que le *jus prohibendi* n'existe pas, c'est-à-dire en tant que *nuntiatio non tenet*. C'est le sens général de ce décret concret que me paraît résumer Ulpien. *D.*, 39, 1, 1, *pr.* : *deinde remitteretur prohibitio hactenus, qualenus prohibendi jus is qui nuntiasset non haberet*; cf. aussi le texte moins sûr du même Ulpien, *D.*, 43, 25, 1, 2 : « *remissio facta hoc tantum remittit in quo non tenuit nuntiatio.* » Mais cette déclaration du préteur est suffisante : il n'a pas à valider conditionnellement la *nuntiatio* dans le décret concret, cette validation résulte tant de l'édit général *de O. N. N^ae* que de l'édit général *de remissionibus*.

la validité de la *nuntiatio* et son *jus prohibendi*[1]. En raison de la violation de cet ordre prétorien, le *nuntiatus* suivait la procédure normale des interdits prohibitoires. Et le juge désigné, en recherchant si l'ordre conditionnel du préteur avait été violé, était amené à trancher définitivement la question du *jus prohibendi* dont dépend l'efficacité de la *remissio*. La preuve de l'existence du *jus prohibendi* était d'ailleurs à la charge du *nuntians* : il y a là sans doute une anomalie, car le *nuntiatus* est demandeur à l'interdit *ne vis ei fiat aedificanti* mais cette anomalie est établie par les textes attribuant au *nuntiatus* la situation privilégiée de défendeur[2]; elle était d'ailleurs rendue nécessaire par des considérations pratiques très fortes. Ce renversement de preuve, sous une forme ou sous une autre, se retrouve dans tous les systèmes et ne saurait constituer une objection contre la solution proposée.

Ainsi, comme M. Naber, j'admets que la question du *jus prohibendi* était définitivement tranchée sur l'interdit *ne vis ei fiat aedificanti*, délivré sur l'initiative du *nuntiatus*. Mais à la différence de cet auteur, je rattache cet interdit *ne vis ei*... au décret conditionnel de *remissio* dont il est la conséquence. De même que le préteur promettait cet interdit *si satisdatum erit*[3], il le promettait *si nuntiatio missa facta erit*. Sans doute, dans les deux cas, la preuve n'était pas la même; la question du *jus prohibendi* ne se posait pas *si satisdatum erit* sur l'interdit *ne vis ei*... Le *nuntiatus* triomphait en prouvant le fait matériel de la *satisdatio*, l'*actio ex stipulatu* restant par ailleurs au *nuntians* pour établir son droit. Mais dans les deux cas, le mécanisme procédural est identique[4].

1. Il n'y a en effet aucune difficulté à admettre avec M. Naber, *loc cit.*, p. 116 et n. 1. que la *nuntiatio* constitue aussi bien qu'une violence matérielle un *vim facere* qui se heurte à la prohibition prétorienne : *vim fieri veto*.

2. Je rappelle encore une fois ces textes qui seront d'ailleurs analysés *infrà* : Ulpien, *D.*, 39, 1, 5, 19 et Paul, *D.*, 3. 3. *de procuratoribus*, 45. 2. Ajoutez le principe général que par la *nuntiatio*, le *nuntians* constitue possesseur le *nuntiatus*, c'est-à-dire lui confère la situation de défendeur : Ulpien, *D.*, 39, 1, 1, 6; *h. t.*, 5, 10.

3. Cf. Lenel, *Edit Perpétuel*, trad. franç., II, p. 233 et 2e édition allemande, p. 466.

4. Un certain nombre d'auteurs, surtout anciens, ont fait découler l'interdit *ne vis ei fiat aedificanti* aussi bien de la *remissio* que de la *satisdatio ex operis novi nuntiatione*. Cf. les auteurs cités par Burckhard, *op. cit.*, p. 373 et s. J'ajoute que ce fut l'opinion de Cujas : *Dissertatio solemnis ad titulum de O. N. Nue*, édition de

Je reconnais volontiers tout ce qu'il y a de conjectural dans cette théorie : il me semble pourtant qu'elle échappe aux critiques que l'on pouvait adresser aux systèmes de Burckhard, de Karlowa ou de M. Naber. Il ne peut être question de trouver une preuve directe de l'emploi de l'interdit *ne vis ei fiat aedificanti* comme conséquence du décret conditionnel de *remissio* ; les compilateurs devaient supprimer méthodiquement les textes concernant cette procédure, devenue sans objet depuis la confusion du *jus* et du *judicium*. Autant elle est naturelle pour l'époque classique et parfaitement conforme aux habitudes du préteur, autant elle serait surprenante au temps de Justinien. Le magistrat tranche désormais lui-même les questions litigieuses : à quoi bon délivrer un décret conditionnel de *remissio* et trancher ensuite la question du *jus prohibendi* sur une action distincte. Il est beaucoup plus simple de la trancher tout de suite en rendant un décret définitif sur la *remissio* après examen au fond du *jus prohibendi*. Sans doute les commissaires de Justinien ont laissé subsister l'interdit *ne vis ei fiat aedificanti* au cas de *satisdatio* : c'est qu'il conservait encore quelque application pratique après la réforme de Justinien. La *satisdatio* était encore admise, avec ses effets anciens, lorsque la solution définitive ne pouvait intervenir dans un court délai[1]. Grâce à l'action qui remplaçait l'interdit, le *nuntiatus* ayant fourni caution pouvait construire en toute tranquillité pendant le procès.

Ces considérations montrent que l'on ne saurait tirer des

1658, tome X, p. 924-925; 952 953; *Paratitla*, même édition, I, p. 872. Ce dernier texte résume lumineusement la doctrine de Cujas : « *Interdicto quod vi aut clam, vel de operis novi nuntiatione non tenetur qui opus fecit post nuntiationem si remissionem nuntiationis a praetore impetraverit : quin imo ut cui nuntiatum est novum opus, post satisdationem de opere restituendo, datur interdictum prohibitorium,* Ne ei vis fiat aedificanti, l. 20, § deinde, de no. oper. nunt. *Ita post remissionem hoc titulo ei dabatur interdictum adsimile. Remissio est abolitio nuntiationis operis novi a praetore facta.* » Mais, comme le démontre ce texte, Cujas croyait à l'effet définitif de la *remissio*, rendue par le préteur en connaissance de cause. L'interdit ne *vis ei fiat*... dans la conception des anciens commentateurs était un moyen péremptoire, n'impliquant aucun débat sur le *jus prohibendi*. C'est donc très différent de la solution que je propose.

1. *C. Just.*, 8, 10, *de aedificiis privatis*, 14, 2 : « *Sin vero aliquid fuerit quocumque modo ad decisionem ambiguitatis impedimentum, licentiam habere eum, qui aedificationem deproperat, opus de quo agitur efficere, prius fidejussore ab eo dato....* »

textes contre le système proposé un argument *a silentio* : ce même argument pourrait être adressé aux systèmes de Burchkard et de Karlowa ; il n'est question nulle part d'un interdit prohibitoire *ex remissione*, ni d'un *interdictum demolitorium* avec une formule spéciale et comportant l'*exceptio remissionis*. D'ailleurs un texte nous a conservé le souvenir de l'interdit *ne vis ei fiat aedificanti*[1]. Ce texte déclare que le procureur auquel la *nuntiatio* a été faite ne doit pas fournir la *cautio de rato* lorsqu'il intente l'interdit *ne vis ei fiat aedificanti* car il joue le rôle de défendeur. Il est absolument arbitraire comme on le fait habituellement, d'entendre ce texte d'un interdit exercé après que le procureur a fourni au *nuntians* la *satisdatio de operis novi nuntiatione* ; rien n'indique dans le texte que le procureur a fourni une *satisdatio* de ce genre et ce fragment paraît être en concordance avec le fr. 5, § 19, au titre *de O. N. N^ne* qui nous montre un procureur, demandant la *remissio* au nom d'un absent, jouant le rôle de défendeur et dispensé de la *cautio de rato*[2]. Cette concordance rend très vraisemblable de penser que le procureur du texte de Paul intente l'*interdit ne vis ei fiat aedificanti* à la suite d'une demande en *remissio*. En décider autrement ce serait d'ailleurs mettre ce texte de Paul en contradiction avec le fr. 5, § 20 (*h. tit.*).

On peut en effet, en examinant de près tous ces textes, découvrir au Digeste une trace assez nette de la différence établie à l'époque classique entre l'interdit *ne vis ei...* découlant de la *satisdatio* et l'interdit *ne vis ei...* découlant du décret condition-nel de *remissio*. Dans le premier cas, prévu par le fr. 5, § 20, (*n. t.*) le *nuntiatus* est bien dans la situation d'un demandeur, n'ayant d'ailleurs à prouver que le fait matériel de la *satisdatio* ; le *nuntians*, ou naturellement son procureur, est dans la situation d'un défendeur[3]. Dans le second cas, prévu quoique

1. Paul, *D.*, 3, 3, *de procuratoribus*, 45, 2.

2. Mais en tant que défendeur il doit la *cautio judicatum solvi* ; c'est ce que veut dire le texte en exprimant l'idée que « *haec satisdatio non pertinet ad ratihabitionem, sed ad operis novi nuntiationem.* » Cette *satisdatio* a en effet la plus grande analogie avec la *satisdatio ex O. N. N^ne* prêtée avant toute procédure en *remissio*.

3. Cette interprétation a l'avantage de conserver la lettre du texte « *si procurator autem opus novum mihit nuntiaverit et satis acceperit...* » ; en lisant « *accepero* »

dans une forme différente par le fr. 5, § 19 à notre titre et le fr. 45, 2 (3, 3), le *nuntiatus* quoiqu'exerçant l'interdit *ne vis ei...* est en réalité dans la situation d'un défendeur car la preuve du *jus prohibendi* incombe au *nuntians*.

Ces quelques indications viennent à l'appui d'une hypothèse qui paraît en elle-même très vraisemblable. Sans inventer un nouveau moyen en discordance avec les principes généraux comme Burckhard ; sans ressusciter, comme Karlowa, un moyen procédural imparfait et qu'une conception plus raffinée a rendu inutile, nous arrivons en généralisant un procédé connu, très simple, à solutionner d'une façon satisfaisante le problème de la *remissio*. Et si le même moyen sanctionne la *satisdatio ex operis novi nuntiatione* et le décret conditionnel de *remissio* on comprend très bien les textes qui les assimilent sans cesse dans leurs effets[1]. D'autre part en permettant au *nuntiatus* l'initiative d'un débat judiciaire qui tranchera définitivement la question du *jus prohibendi*, l'interdit *ne vis ei...* satisfait bien à l'une des données principales du problème.

Enfin en admettant, à la différence de M. Naber, l'existence d'un décret conditionnel de *remissio* dont le *nuntiatus* pourra partir, et en fait partira immédiatement pour intenter l'interdit *ne vis ei fiat aedificanti*, je ne suis pas obligé de postuler, contre toute vraisemblance, l'interpolation de nombreux textes du Digeste et même de la lettre de l'Edit prétorien.

M. Naber postule une interpolation sans la moindre preuve et met directement Ulpien en contradiction avec Julien rapporté par Paul, *D.*, 3, 3, *de procuratoribus*, 45, 2; et d'autre part il donne une interprétation très embarrassée des deux §§ 19 et 20 du fr. 5 (*D.*, 39, 1).

1. Voyez sur ce point les textes cités par M. Naber, *loc. cit.*, p. 114-115.

L'EXERCICE DE L'INTERDIT *QUOD LEGATORUM* PAR L'HÉRITIER CIVIL

PAR

ERNEST PERROT

Docteur en Droit

Dans l'opinion la plus générale, représentée en France par le maître auquel ces pages sont respectueusement dédiées et naguère encore presque indiscutée, l'interdit *Quod legatorum* est une pièce indispensable, bien que d'importance restreinte, du mécanisme assez complexe créé par des préteurs successifs en faveur du *bonorum possessor* devenu peu à peu un véritable héritier, mais prétorien. A côté de l'interdit *Quorum bonorum,* qui est pour le *bonorum possessor* un moyen d'entrer en possession effective des choses corporelles possédées *pro herede* ou *pro possessore* et qui existe dès le temps de César; à côté des actions fictices de la qualité d'héritier civil, qui permettent au *bonorum possessor* d'exercer les actions réelles et personnelles de l'héritier et que connaît déjà Labéon; à côté enfin de la *petitio hereditatis possessoria* qui acheva de faire du *bonorum possessor* un véritable héritier, mais prétorien et non civil, et dont on voit la première trace au second siècle dans les écrits de Julien, le préteur aurait donné au *bonorum possessor,* à une époque indéterminée, l'interdit *Quod legatorum* pour permettre à celui-ci d'entrer en possession effective, bien que pro-

visoire, des choses héréditaires possédées sans sa volonté par des tiers s'en prétendant légataires, c'est-à-dire des choses possédées *pro legato*. Ce serait dans la suite seulement, soit dès le temps des Sévères, soit seulement sous Justinien et au moyen d'interpolations, que l'interdit *Quod legatorum* aurait été mis à la disposition de l'*heres* en sa seule qualité d'héritier civil, sans que celui-ci ait besoin de demander la *bonorum possessio*.

Avant la découverte du palimpseste du Vatican, au contraire, on considérait sur la foi des textes du Digeste que l'interdit *Quod legatorum* n'était pas spécial au système de la *bonorum possessio* prétorienne et que l'*heres* pouvait très bien s'en servir contre les possesseurs *pro legato*, sans avoir besoin d'adjoindre à sa qualité d'héritier civil celle de *bonorum possessor*. Presque absolument abandonnée depuis les premiers travaux de Lenel sur l'Edit du préteur, cette opinion a été reprise, il y a peu, par M. Lotmar avec un grand luxe de développements et d'arguments[1].

1. L'ancienne opinion, accordant l'interdit à l'*heres* comme au *bonorum possessor*, était enseignée par Cujas (*Ad Codicem recitationes solemnes*, VIII, III; éd. Fabrot, Paris, 1658, in-fol., col. 1191 et s.) et Pothier (*Pandectae...*, 43. 3, articul. 2, § 10; éd. de Lyon, Bernuset et Cie, 1782, t. III, p. 202) entre autres, avant la découverte du palimpseste du Vatican. La découverte de celui-ci n'éveilla pas même immédiatement l'attention sur le problème de l'exercice actif de notre interdit. Dans la première édition avec notes (*Iuris civilis anteiustinianei Vaticana fragmenta*, Königsberg, 1828, in-8, p. 85), Buchholtz dit qu'il faut entendre le texte du Vatican même de l'*heres* conformément aux textes du Digeste. Et cette façon de voir fut suivie d'une façon unanime, nous a-t-il semblé, pendant toute la première moitié du XIX^e^ siècle, par exemple par K. Unterholzner (... *Schuldverhältnisse...*, 1840, t. II, p. 131-133) par Heimbach (v° *Interdicte*, dans le *Rechtslexicon* de Weiske, 1844, t. V, p. 604-607), par E. Böcking (*Institutionen*[2], 1862, p. 320); elle continua même à être partagée par J.-E. Kuntze (*Institutionen*, t. II, *Excurse...*, 1869, p. 564), par Accarias (*Précis de dr. romain*[4], 1886, t. I, p. 1052) et d'autres encore, après que la confrontation des textes du Digeste et des *Frag. Vatic.*, eût éveillé l'attention de Keller, le premier à notre connaissance, en 1861 (*Institutionen*, p. 342-343). Celui-ci émit l'hypothèse d'une extension à l'*heres* à la fin de l'époque classique et son opinion fut partagée, avec des nuances, par Rudorff, semble-t-il (*Edictum*, 1869, § 223, p. 205), par Leist (dans les Commentaires de Glück, série des livres 37-38, t. I, 1870, p. 413-417) et par J. Baron (*Institutionen*, 1884, § 175, p. 341). — Le premier qui ait émis l'hypothèse d'une interpolation systématique des textes du Digeste en faveur de l'*heres*, nous semble être O. Lenel, en 1882 (*Quellenforschungen...*, dans *ZSS* (*RA*), t. III, p. 182). Cette opinion, vulgarisée par ses ouvrages postérieurs (*Edictum*, 1re éd. allemande, 1883, § 228; *Edit perpétuel*, trad. fr., t. II, 1903, p. 196-197; *Edictum*, 2e éd. allemande, 1907, p. 436-437; *Palingenesia*, 1889, v° *Ulpianus*, n° 1465 à n° 1468) fut adoptée presque unanimement et enseignée par E. Pfersche (*Privatrechtliche*

L'étude que nous avons faite de la question ne nous a point amené à nous rallier à cette doctrine. Et nous croyons opportun d'exposer dans le détail les raisons qui militent en faveur de l'opinion communément admise, non point tant par pure curiosité touchant le point en apparence secondaire de savoir si l'*heres* peut ou ne peut point exercer l'interdit, mais beaucoup plutôt pour être fixé par là même sur un point important de l'histoire de la *bonorum possessio* et de l'esprit qui dictait le plus souvent au préteur ses interventions en matière successorale.

***

Avant de nous engager dans l'étude des textes qui sont l'objet de la discussion, il nous paraît indispensable de comparer les situations respectives d'un héritier testamentaire civil et d'un *bonorum possessor* qui ne serait pas en même temps héritier civil [1], en face d'un légataire qui est en possession des choses lé-

Abhandlungen, 1886, p. 290, n. 4), par H. Dernburg (*Pandekten*[4], 1887, t. III, p. 193, n. 7; cf. 8[e] éd. par Sokolowski, t. II, p. 973, n. 6), par F. Schulin (*Lehrbuch der Geschichte...*, 1889, p. 485), par C. Ferrini (*Teoria generale dei legati*, 1889, p. 415), par Ubbelohde (dans Glück, série des livres 39-40, t. III, 1891, p. 33 et p. 140 et s.), par O. Karlowa (*Röm Rechtsgeschichte*, 1892, t. II, p. 1022), par H. Appleton (*Interpolations*, thèse Lyon, 1894, p. 191 et n. 2), par H.-J. Roby (*Roman Private Law*, 1902, t. I, p. 240, n. 1), par Th. Schirmer (*Beiträge zur Interpretation von Scävolas Responsen*, IX, p. 121, dans l'*Archiv. für die civilistische Praxis*, 1897, t. 87), par G. Cornil (*Traité de la Possession*, 1905, p. 318), par Jörs (v° *Digesta*, dans *Realencyclopädie* de Pauly-Wissowa, t. V, 1903, col. 536), par Riccobono, Baviera, etc. (*Fontes*, 1, p. 298), par P. Krüger (11[e] éd. stéréotype du *Digeste*, sur 43. 3. 1) et enfin par P. F. Girard (*Manuel*[5], 1911, p. 909, n. 2 et *Textes*[3], p. 150). — Cette opinion, déjà mise en doute par Voigt (*Römische Rechtsgeschichte*, t. II, p. 840) et par E. Cuq (*Institutions juridiques*, t. II, p. 664, n. 2), a été vivement critiquée par Ph. Lotmar (*Zur Geschichte des Interdictum Quod legatorum*, dans *ZSS* (*RA*), 1910, t. XXXI, p. 129-158).

1. Cette situation d'un *bonorum possessor*, qui n'est pas en même temps héritier civil et qui cherche à faire rentrer dans la masse héréditaire les biens possédés par des tiers *pro legato*, se rencontre dans plusieurs cas. Le plus pratique de beaucoup est le cas du testament prétorien ; alors, la *bonorum possessio* a été accordée par le préteur à l'héritier désigné dans un testament qui n'est valable que *jure praetorio* et qui contient des legs ; au cas de *bonorum possessio* accordée *contra tabulas* à un héritier omis ou exhérédé dans un testament, en l'absence duquel cet héritier aurait eu la *bonorum possessio unde liberi ab intestato*, testament restant néanmoins valable pour la partie contenant des legs en faveur de la femme du testateur et de certains proches ; au cas de *bonorum possessio* accordée à titre provisoire à l'héritier institué sous condition suspensive. Cf. Girard, *Manuel*[5], p. 858, p. 860, n. 3, p. 824.

guées et cela sans consentement de l'héritier civil ou du *bonorum possessor*[1].

L'héritier civil, l'*heres*, n'est pas privé de tout moyen d'action contre ces légataires qui sont déjà en possession au moment du décès du testateur ou qui s'y sont mis de leur propre autorité, sans consentement de l'*heres*, postérieurement à l'ouverture de la succession. Certes, l'*heres* ne peut pas reprendre la chose possédée *pro legato* au moyen de la *petitio hereditatis* où il n'aurait à fournir d'autre preuve que celle de sa vocation d'héritier, car la pétition d'hérédité ne peut être intentée que contre un possesseur *pro herede* ou *pro possessore* et non contre un possesseur *pro legato*[2]. Il faut qu'il intente la revendication, c'est-à-dire qu'il fournisse la preuve plus difficile de son droit de propriété. Mais, cette preuve fournie, l'*heres* peut assez souvent triompher du légataire et reprendre provisoirement la chose léguée[3].

1. L'étude de la situation de l'héritier civil vis-à-vis du possesseur *pro legato* a été déjà esquissée par Lotmar, *op. cit.*, p. 104-106. Quelques mots à peine avaient été dits auparavant par Ubbelohde, *op. cit.*, p. 141.

2. Ulpien, au *D.*, 5. 3, *De hereditatis petitione*, 9. — Cf. Girard, *Manuel*[5], p. 904.

3. En ce sens : O. Wendt, *Das Faustrecht oder Besitzvertheidigung und Besitzverfolgung*, p. 269-270 (dans *Jahrbücher für die Dogmatik...*, de Ihering, 1883, t. XXI) et Lotmar, *op. cit.*, p. 104. — Ubbelohde (*op. cit.*, p. 141, notes 4 et 5) a critiqué la façon de voir de Wendt. Pour lui, l'héritier se serait vu paralysé dans sa revendication contre le légataire par une exception de dol basée sur le principe énoncé par Paul, au *D.*, 50. 17, *De diversis regulis juris antiqui*, 173, § 3 : « *Dolo facit qui petit quod redditurus est* », depuis le jour où fut admis ce principe. Or, à supposer même que ce principe soit général et non spécial aux rétentions dotales à propos duquel Paul l'énonce, comme nous l'admettons avec l'opinion commune (v. Girard, *Manuel*[5], p. 710, n. 2 *in fine*), il n'est pas prouvé que l'héritier ait pu se le voir opposer par le légataire, car il avait un véritable intérêt, et non pas seulement un intérêt de chicane, à rentrer en possession de la chose léguée et à attendre l'offensive du légataire. Est-il vraisemblable que le préteur ait accordé au légataire une exception de dol contre l'héritier sous prétexte que celui-ci réclame ce qu'il va être obligé de rendre, au moment où ce même préteur permet au *bonorum possessor* d'agir ainsi en lui donnant l'interdit *Quod legatorum* ? Au surplus, Ubbelohde reconnaît que l'*heres* a pu triompher dans sa revendication tant que le principe rappelé par Paul ne fut pas admis : *a fortiori* tant qu'il n'y eut pas de moyens pour l'invoquer : or on sait que l'exception de dol date de l'extrême fin du VII[e] siècle, puisqu'elle est nécessairement postérieure au *judicium de dolo* qui fut proposé pour la première fois par Aquilius Gallus au cours de sa préture, en 688/66 (Girard, *La date de la loi Aebutia*, dans *ZSS* (*RA*), 1893, t. XIV, p. 26-27 ; dans la *NRH*, 1897, t. XXI, p. 266-267 ; dans les *Mélanges* du même auteur, 1912, t. I, p. 85-86 ; cf. : *Manuel*[5], p. 421, n. 3). C'est donc reconnaître que l'*heres* était assez largement protégé par sa revendication, précisément à une époque antérieure à la date la plus ancienne où il soit possible de trouver trace de l'interdit *Quod legatorum*.

L'*heres* triomphera dans sa revendication tout d'abord au cas de legs *per damnationem*, que la chose léguée dépende de l'hérédité ou de son patrimoine propre. Le légataire n'a en effet contre l'*heres* qu'un droit de créance et il outrepasse son droit en se mettant de lui-même, sans délivrance volontaire de la part de l'héritier, en possession de la chose léguée qui est restée la propriété de celui-ci[1]. C'est seulement au cas de legs *per damnationem* d'une chose appartenant à un tiers, que l'héritier ne pourrait revendiquer; mais il y aurait peu d'intérêt et d'ailleurs le tiers pourrait, lui, user de la revendication contre le légataire qui se serait mis en possession *pro legato* de sa chose. — Dans le cas de legs *per praeceptionem* au profit de l'un des héritiers, les autres héritiers sont également suffisamment protégés. Le cohéritier légataire n'a qu'un droit personnel à la chose qui lui est léguée avant partage et les autres héritiers peuvent lui reprendre par la revendication les objets légués dont il s'est mis spontanément en possession[2]. Si au contraire le legs *per praeceptionem* est fait à un *extraneus*, il est nul selon les Sabiniens ou valable à titre de legs *per vindicationem* selon les Proculiens; ce qui le fait rentrer, à notre point de vue, dans celui-ci[3].

Au contraire, l'*heres* reste absolument désarmé en face de l'initiative du légataire quand le legs a été fait *per vindicationem*. Dans ce cas, le légataire est devenu propriétaire de la chose léguée au jour même de l'adition d'hérédité selon les Sabiniens ou au jour de son acceptation du legs, suivant la doctrine des Proculiens[4]. S'il était, au moment du décès du testateur, en possession de la chose léguée ou s'il s'en est emparé

1. Gaius, 2, § 204 et § 213. — Lotmar, *op. cit.*, p. 104.

2. Lotmar, *loc. cit.*, pense même que les héritiers auraient contre le cohéritier légataire, non seulement la revendication, mais encore l'action *familiae erciscundae*. Nous avouons ne pas comprendre comment cette action, qui sert selon Gaius (2, § 221) à faire valoir au moyen de l'*adjudicatio* de sa formule le legs *per praeceptionem*, pourrait servir à faire restituer la chose par le cohéritier légataire qui s'en serait mis en possession, avant de procéder au partage.

3. Gaius, 2. §§ 217-218.

4. Girard, *Manuel*[5], p. 926, n. 2. M. Wlassak, *Vindikation und Vindikationslegat*, dans *ZSS* (*RA*), 1910, t. XXXI, p. 220 et s.

postérieurement, l'héritier ne peut rien faire pour le forcer à restituer la chose à la masse héréditaire[1].

Ainsi, sous la République, avant l'époque où fut introduit l'interdit *Quod legatorum*[2], l'héritier ne reste désarmé devant le légataire qu'au seul cas de legs *per vindicationem*[3]. Sa situation, sans être toujours bonne, est donc souvent excellente.

Au contraire, le *bonorum possessor*, quand il n'est pas en même temps *heres*, est toujours en mauvaise posture, à la même époque. Il ne peut se servir de l'interdit *Quorum bonorum* que contre les possesseurs *pro herede* et *pro possessore* et non contre les possesseurs *pro legato*[4], et il n'a vraisemblablement pas encore les actions fictices de la qualité d'héritier, dont la première trace remonte à Labéon[5], et au moyen desquelles il aurait eu, vis-à-vis des légataires *per damnationem* ou *per praeceptionem*, la même situation souvent avantageuse que l'*heres* lui-même.

Il est donc très naturel que le préteur ait créé l'interdit *Quod legatorum* pour le *bonorum possessor* seul, puisque celui-ci en avait un plus pressant besoin que l'héritier civil. Il est également

1. Ubbelohde, *op. cit.*, p. 141. Lotmar, *op. cit.*, p. 92-93 et p. 105.

2. Il ne semble pas que l'on se soit jamais préoccupé de fixer, même approximativement, la date où l'interdit *Quod legatorum* a été proposé par le préteur. L'interdit existe certainement sous le règne d'Hadrien, au moment de la codification de l'Edit. Il est en outre très vraisemblable qu'il existe dès le début du Ier siècle, puisqu'à cette époque le *bonorum possessor* a déjà les actions fictices de la qualité d'héritier civil et par conséquent une *reivindicatio* fictice qui lui donnait une situation identique à celle de l'héritier civil et rendait aussi peu nécessaire pour lui que pour l'*heres* une intervention prétorienne par voie d'interdit. Sans doute même l'interdit *Quod legatorum*, qui est visiblement un calque de l'interdit *Quorum bonorum*, destiné à compléter celui-ci sur un point particulier, lui est-il à peine postérieur, voire même est-il son contemporain. Or, on sait que l'interdit *Quorum bonorum* apparaît pour la première fois dans les écrits de Cicéron, dans une lettre à Trébatius, datée de l'an 710 et visant la *sponsio* à faire à la suite de l'interdit. Cic., *Epist. ad famil.*, 7. 21. — Nous croyons donc l'interdit *Quod legatorum* antérieur à la fin du VIIe s. de Rome.

3. Nous ne dirons rien du legs *sinendi modo*. Outre que c'est un remaniement récent du legs *per damnationem*, c'est un mode de léguer que l'on emploie précisément quand on veut réduire l'héritier à laisser faire le légataire. Il exclut donc l'hypothèse d'un retour offensif de l'*heres*.

4. Formule de l'interdit dans Ulpien, au *D.*, 43. 2, *Quorum bonorum*, 1. pr. : « ... *quod de his bonis pro herede aut pro possessore possides possideresve si...*, etc... ». Gaius, 4, § 144. — Cf. Girard, *Manuel*[5], p. 908.

5. Girard, *Manuel*[5], p. 911, n. 2. — Cf. A. Pernice, *Labeo*, t. I, p. 327 et n. 16.

très naturel qu'il ait accordé ce moyen provisoire de protection de la masse héréditaire qu'est l'interdit *Quod legatorum*, comme d'ailleurs cet autre qu'est l'interdit *Quorum bonorum*, à la personne qu'il installait dans la possession des biens héréditaires, au *bonorum possessor*, sans songer à l'accorder également à l'héritier civil, puisque dans son esprit la *bonorum possessio* était avant tout et le plus souvent, au moins à l'origine, une mesure de protection provisoire accordée à la personne qui avait à première vue le plus de chances d'être en réalité l'*heres* et de rester définitivement à la tête du patrimoine[1] héréditaire, et aussi puisqu'il suffisait presque toujours à l'héritier testamentaire civil de demander au préteur la *bonorum possessio* pour l'obtenir et ainsi pouvoir exercer les interdits[2]. Peut-être même est-il permis de supposer que le préteur ne répugnait pas à attacher à la *bonorum possessio* certains avantages spéciaux, afin de provoquer chez les héritiers civils le désir de la demander. Il est certain que l'interdit *Quorum bonorum* était un de ces avantages réservés aux *bonorum possessores* ; il est donc fort possible que l'autre interdit, symétrique au précédent, l'interdit *Quod legatorum*, leur ait été également réservé[3].

1. Telle est du moins l'opinion la plus répandue actuellement sur l'origine et le développement historique des *bonorum possessiones*. Voir Girard, *Manuel*[5], p. 796-797.

2. Le préteur refusait la *bonorum possessio secundum tabulas* à un héritier testamentaire civil dans le cas, en somme peu fréquent, où le testament avait été matériellement détruit, détérioré ou raturé en ce qui concerne l'institution d'héritier, bien que ces actes ne suffisent pas à constituer un mode de révocation du testament selon l'ancien droit, qui exigeait la confection d'un nouveau testament. Dans ce cas, selon Gaius (2, § 151), le préteur donnait la *bonorum possessio contra tabulas* à un héritier ab intestat. Peut-être faut-il aussi mentionner le cas de la *bonorum possessio* accordée *contra tabulas* à un *liber* omis ou exhérédé dans un testament valable civilement mais en l'absence duquel il aurait eu, *ab intestato*, la *bonorum possessio unde liberi*, si l'on admet que l'héritier institué reste héritier, mais ne peut en exercer les droits en face de ce *bonorum possessor*, comme l'admettent Leist, *Die Bonorum possessio*, t. II, p. 21 et s. et Danz, *Geschichte des römischen Rechts*, t. II, p. 156. Cf., dans un sens plus dubitatif, Girard, *Manuel*[5], p. 859, n. 3. Mais il ne faut pas oublier que cette dernière *bonorum possessio contra tabulas* n'existe pas encore au temps de Cicéron, puisque celui-ci ne connaît pas la *bonorum possessio unde liberi* ab intestat : v. Girard, *Manuel*[5], p. 848, n. 3. Elle laissait donc à cette époque le champ libre à l'héritier pour obtenir la *bonorum possessio secundum tabulas*.

3. Un des arguments nouveaux, mis en avant par Lotmar (*op. cit.*, p. 153 et s.) pour prouver que l'*heres* a eu l'interdit *Quod legatorum* tout comme le *bonorum*

* * *

Les raisons de fond qui nous portent à considérer comme vraisemblable une intervention du préteur par voie d'interdit *Quod legatorum*, en faveur de ceux-là seuls qui ont obtenu la *bonorum*

possessor, vient directement contre cette opinion et devrait la faire écarter sans hésitation s'il avait lui-même la valeur que croit Lotmar. Celui-ci prétend en effet que l'interdit *Quod legatorum* n'était pas un avantage spécial attaché à la *bonorum possessio*, car s'il l'avait été, Gaius n'aurait pas pu dire que le seul avantage retiré par l'héritier civil de l'obtention de la *bonorum possessio* consistât dans l'exercice de l'interdit *Quorum bonorum* : « *Quibus casibus beneficium ejus in eo solo videtur aliquam utilitatem habere ut is, uiq ita bonorum possessionem petit, interdicto cujus principium est QUORUM BONORUM uti possit.* » (Gaius, 3, § 34). Il aurait également dû mentionner l'avantage que constituait pour l'*heres* devenu *bonorum possessor* l'exercice de l'interdit *Quod legatorum*. — Ubbelohde (dans Glück, série des livres 43-44, t. III, p. 2 et note 3) avait déjà prévu l'objection et tenté d'y répondre : Gaius, qui écrivait un ouvrage élémentaire pour l'enseignement, n'aurait parlé que du principal avantage procuré par la *bonorum possessio* à quelqu'un qui est déjà *heres*, et aurait forcé sa pensée en disant que l'interdit *Quorum bonorum* était le seul avantage. C'est, croyons-nous, faire trop bon marché de l'expression si nette de Gaius « *in eo solo*.... ». — La façon dont s'exprime Gaius est bien plutôt une légère inexactitude de langage causée par l'enchaînement de ses idées dans les §§ 33[b] et 34 : dans le § 33[b], restitué d'après les *Institutes* de Justinien (3. 9. § 1), Gaius dit qu'à côté de la *bonorum possessio veteris juris emendandi* ou *impugnandi gratia*, il y a aussi la *bonorum possessio juris civilis confirmandi gratia*, et que le préteur accorde cette dernière aux héritiers inscrits dans un testament valable. Puis dans le § 34 Gaius dit que le préteur donne également cette *bonorum possessio* aux héritiers civils ab intestat, héritiers siens et agnats. Après quoi, dans une phrase générale visant les deux ordres d'héritiers civils, testamentaires et ab intestat (« *quibus casibus*... »), mais en conservant sans doute plus présente à l'esprit la catégorie des héritiers ab intestat dont il vient de parler en dernier lieu, il déclare que le seul intérêt qu'ait un *heres* à réclamer la *bonorum possessio* c'est de pouvoir exercer l'interdit *Quorum bonorum*. Ce qui est en effet strictement vrai de la dernière catégorie d'héritiers visés, les héritiers ab intestat, puisqu'il n'y a pas de testament, partant point de legs ni d'occasion d'exercer l'interdit *Quod legatorum* ; mais ce qui est légèrement inexact pour les héritiers testamentaires, que Gaius perd de vue sans doute au moment où il écrit le § 34. — La même façon de s'exprimer se rencontre d'ailleurs dans un texte analogue de Paul, également cité par Lotmar (*op. cit.*, p. 153, n. 2), inséré dans la *Collatio legum mos. et rom.*, 16. 3. § 5 : « *Qui sui heredes sunt, ipso jure heredes etiam ignorantes constituuntur, ut furiosi aut infantes et peregrinantes : quibus bonorum possessio nisi propter praetoriam actionem non erat necessaria.* » Là encore elle s'explique, en admettant même, comme c'est fort probable, que l'expression « *praetoria actio* » vise l'interdit *Quorum bonorum*, par ce fait qu'il ne saurait être ici question d'interdit *Quod legatorum* puisque l'hypothèse envisagée est celle d'une succession ab intestat, comme le prouve la citation du titre des *Sentences* de Paul où le compilateur de la *Collatio* a pris ce texte : « *Paulus, libro sententiarum IIII, sub titulo DE INTESTATORUM SUCCESSIONIBUS* » (*Coll.*, 16. 3. § 1).

possessio, sont d'ailleurs confirmées par des textes précis de la fin du IIe siècle, dont le premier est un texte pur, anonyme, qui nous est parvenu par l'intermédiaire de la compilation des *Fragmenta Vaticana* (*Vat.*, frag. 90), dont l'autre est de Paul et nous est parvenu par l'intermédiaire du Digeste (*D.*, 43. 3. 2), et qui, tous deux, ne parlent que du *bonorum possessor* et non de l'*heres*, comme habile à exercer l'interdit *Quod legatorum*.

I. Le premier texte (*Vat.*, 90), est une indication de provenance mise par le compilateur de la collection des *Fragmenta Vaticana* en tête d'un fragment relatif à l'interdit *Quod legatorum* utile donné contre le légataire d'usufruit, fragment extrait d'une monographie sur les interdits dont l'auteur n'est pas nommé, mais est vraisemblablement Paul[1].

« //// *libro I DE INTERDICTIS, sub titulo IN EUM QUI LEGATORUM NOMINE NON VOLUNTATE EJUS CUI BONORUM POSSESSIO DATA ERIT POSSIDEBIT.* »

C'est ce texte qui a entraîné la conviction de presque tous les auteurs récents, impressionnés par ce fait qu'il n'était pas

1. Les deux seules monographies connues sur les interdits sont d'Arrianus et de Vénuléius. Mais il est impossible d'admettre que les §§ 90-93 des *Frag. Vat.* en soient extraits, d'abord en vertu de cette raison commune que le compilateur des *Frag. Vat.* ne s'est servi que d'ouvrages de jurisconsultes de premier rang : Ulpien, Paul et Papinien, comme cela résulte du tableau dressé par Mommsen à la suite de l'*apographum* publié dans les *Abhandlungen* de l'Académie de Berlin, *Philos.-Histor. Klasse*, 19 mai 1859, p. 393, et comme l'a déjà relevé Jörs (v° *Arrianus*, n° 6, dans Pauly-Wissowa, *Real-Encyclopädie*, t. II, col. 1229), suivi par Lotmar (*op. cit.*, p. 143); et ensuite en vertu de plusieurs raisons spéciales à chacun des deux auteurs précités. En ce qui concerne Arrianus, on ne saurait guère lui attribuer le *De interdictis* des Fragments du Vatican, parce que le § 93 de ceux-ci cite Pedius, dont Arrianus est tout au plus le contemporain et peut-être même l'aîné, selon P. Krüger (*Sources*, p. 229) et dont il n'a guère pu par conséquent utiliser les œuvres. En outre, la monographie d'Arrianus devait être plus longue que celle dont se servait le compilateur des *Frag. Vat*, puisque cette dernière traite de l'interdit *Quod legatorum* au livre 1 (*Vat.* § 90) tandis qu'Arrianus ne traitait de l'interdit *Quorum bonorum* et a fortiori de l'interdit *Quod legatorum* qu'au livre II (*D.*, 5. 3. 11. pr.), comme l'a remarqué Lenel (*Pal.*, v° *Arrianus*, n° 1 ; t. I, col. 69, n. 2). L'attribution à Vénuléius tentée par Huschke (*Jurisprudentia antejustiniana*[5], p. 710) n'est pas plus vraisemblable, car sa monographie en six livres n'a sans doute traité que la seconde moitié de l'appendice édictal consacré aux interdits, puisqu'on rencontre dès le début de son livre I les développements sur l'interdit *Uti possidetis* qui, dans une monographie complète en six livres, auraient dû se trouver vers le début du livre 4; et c'est d'ailleurs là un point qui n'a point échappé à Lenel

contenu dans les compilations justiniennes et par conséquent qu'il était à l'abri de tout soupçon de remaniements. Et sur ce point, on doit bien reconnaître qu'il n'y a aucune raison sérieuse (*Pal.*, v° *Venuleius*, n^os^ 8 à 29 ; t. II, col. 1210, n. 1) et qu'il est facile de vérifier en jetant un coup d'œil sur les matières traitées suivant l'ordre de la seconde moitié de l'appendice édictal consacré aux interdits, dans la restitution fragmentaire du *De interdictis* de Vénuléius tentée par Lenel. Mais, à supposer même que Vénuléius ait également traité la première moitié de l'appendice édictal consacré aux interdits, il n'a pu le faire que très brièvement, tout au début de son livre premier, avant d'y aborder l'interdit *Uti possidetis*. C'est donc à ce livre I^er^ que seraient empruntés les développements sur les interdits *Quod legatorum* (*Vat.*, § 90) et *Unde vi* utile donné à l'usufruitier (*Vat.*, § 91), qui se trouvaient dans l'Edit avant l'interdit *Uti possidetis*, et même les développements sur l'interdit *Quem usumfructum* (*Vat.*, § 92-93) qui se trouvait dans l'Edit avant les interdits *De itinere actuque privato*, *De rivis* et *De cloacis*, déjà commentés par Vénuléius dans son livre I^er^ (Lenel, *Pal.*, v° *Venuleius*, n^os^ 9, 10, 11). Or, l'interdit *Unde vi* utile était étudié par l'auteur anonyme du *De interdictis* au livre 2, ou plutôt au livre 3, verrons-nous, et l'interdit *Quem usumfructum* au livre 4, selon les inscriptions des fragments du Vatican. On doit donc admettre, avec Lenel (*Edit perpétuel*, t. II, p. 196, n. 5 ; *Edictum*^2^, p. 436, n. 17), suivi par P. Krüger (*Sources*, p. 401, n. 3) et par Lotmar (*op. cit.*, p. 143), que le *De interdictis* utilisé par les *Frag. Vat.* n'est pas celui de Vénuléius. Il semble même à peu près unanimement admis aujourd'hui, à la suite de l'idée émise par Ferrini (*Sesto Pedio*, p. 38, n. 1, dans la *Rivista ital. per le scienze giuridiche*, 1886, t. I) et adoptée par P. Krüger (*loc. cit.*), et Lenel (*Pal.*, t. II, col. 1230, n. 1), que le *De interdictis* des *Frag. Vat.* n'est pas à proprement parler une monographie, mais bien plutôt quelque chose comme un « tirage à part » d'une partie des *libri ad edictum* de quelque grand commentaire, tout comme le *liber I ad edictum De rebus creditis* cité par le § 266 n'est que le livre 26 *ad edictum* d'Ulpien (cf. *D.*, 12. 6. 26. 3). Cette hypothèse, si elle est vérifiée, permet de ne pas tenir compte de l'objection que faisait Mommsen (*op. cit.*, p. 396), à l'attribution du texte à Paul ou à Ulpien, objection tirée de ce que nulle trace n'existait d'une monographie attribuée à l'un ou l'autre de ces jurisconsultes par les compilateurs du Digeste, qui ne pouvaient manquer d'être bien informés à cet égard. Or, cette hypothèse est vérifiée par le plan suivi par la monographie anonyme, d'une part, et par les livres de Paul et d'Ulpien consacrés au commentaire de l'appendice édictal *De interdictis*, d'autre part : l'interdit *Quod legatorum* était traité au livre 1 du *De interdictis* anonyme, aux livres 67 et 63 d'Ulpien et de Paul (Lenel, *Pal.*, v° *Ulpianus*, n^os^ 1465-1469 ; v° *Paulus*, n^os^ 746-747) ; l'interdit *Quem usumfructum* était traité au livre 4 du *De interdictis* et respectivement aux livres 70 et 66 d'Ulpien et de Paul (Lenel, *Pal.*, v° *Ulpianus*, entre les n^os^ 1550 et 1551 ; v° *Paulus*, avant le n° 759) ; quant à l'interdit *Unde vi* utile, indiqué par le § 91 des *Frag. Vat.* comme extrait du livre 2 du *De interdictis*, il n'était, il est vrai, traité par Ulpien et par Paul qu'au troisième de leurs livres *Ad edictum* consacrés à l'appendice des interdits, au livre 69 d'Ulpien (Lenel, *Pal.*, v° *Ulpianus*, n° 1534) et au livre 65 de Paul (Lenel, *Pal.*, v° *Paulus*, n° 755) ; aussi Lenel (*Pal.*, t. II, col. 1230, n. 1) propose-t-il de lire *libro III*, au § 91 des Frag. du Vatican ; et la correction semble moins hardie si l'on considère que la lecture *libro II* est donnée comme incertaine par l'*apographum* et qu'en effet la photographie ne permet pas de discerner l'écriture à cet endroit, et d'autre part si l'on remarque qu'une erreur de copiste n'est pas impossible ici, puisque à peu de distance de là, au § 89, le copiste a donné comme

de croire à une corruption du texte, ni par suite d'une modification faite de propos délibéré par le compilateur des *Frag-*

venant du livre 16 *Ad Sabinum* d'Ulpien un fragment qui provient en réalité du livre 17 (*Dig.*, 7. 1. 12. 3; cf. Lenel, *Pal.*, v° *Ulpianus*, n° 2572). Il y a enfin une raison positive en faveur de l'attribution à Ulpien ou Paul : ce sont les seuls auteurs connus qui citent Pedius; or, le *De interdictis* le cite au livre 4 (*Vat.*, § 93). Cf. Lenel, *Pal.*, v° *Pedius*; P. Krüger, *Sources*, p. 229 et 401, n. 3; Lotmar, *op. cit.*, p. 144. — En outre, il y a des considérations qui permettent de l'attribuer à Paul, plutôt qu'à Ulpien. C'est cependant en faveur de ce dernier que se prononcent, sans en donner de raisons décisives, H. Appleton (*Des interpolations*, th. Lyon, 1894, p. 191, n. 2), le *Vocabularium Jurisprud. rom.*, v° *Competere* (t. I, col. 846, ligne 54) et Riccobono (*ZSS (RA)*, 1910, t. XXXI, p. 328). Mais l'attribution à Ulpien est insoutenable, car il y a contradiction entre le § 90 du Vatican, qui donne contre le légataire d'usufruit un interdit *Quod legatorum* utile, et le livre 67 *Ad edictum* d'Ulpien (*D.*, 43. 3. 1. 8) qui commence par dire que l'interdit direct ne s'applique pas parce que le légataire n'est pas un vrai possesseur, puis qui le lui accorde tout de même : « *potest tamen defendi competere interdictum* ». A notre sens, Ulpien refusait purement et simplement l'interdit direct et cette dernière phrase est une adjonction des compilateurs. La tournure embarrassée de la phrase est, à elle seule, un fort indice; en outre, il faut se rappeler que la phrase suivante, relative au légataire d'un droit de servitude, est interpolée (v. S. Perozzi, *I modi pretorii d'acquisto delle servitu*, dans *Rivista per la scienze giurid.*, 1897, t. XXIII, p. 43, suivi par Lotmar, *op. cit.*, p. 110, n. 1). Même non interpolée, la solution d'Ulpien est encore en contradiction avec celle du § 90 des *Frag. Vat.* puisqu'elle accorde un interdit direct. Cf. en ce sens : Rudorff, *Interdikt Uti possidetis*, p. 341, dans *Z. für geschichtl. Rechtswiss.*, 1842, t. XI. A moins d'admettre avec Longo (*L'origine della successione particolare*, dans le *Bullettino dell' Istituto di diritto romano*, 1901, 14, p. 178 et s.) suivi par P. Krüger (11e éd. stéréotype du Digeste, p. 729, n. 3) que les compilateurs ont effacé dans le texte ce qui rappelait le caractère utile de l'interdit. Mais, outre que cette supposition nous semble gratuite, elle ne conduirait pas mieux à faire admettre qu'Ulpien est l'auteur du § 90 des *Frag. Vat.* : en effet, Ulpien n'a pas pu traiter, dans la même section du livre 67 de ses Commentaires, deux fois le sujet assez secondaire du légataire d'usufruit; si donc le § 90 des *Frag. Vat.* était extrait du livre 67 *Ad edictum* d'Ulpien, il le reproduirait mot pour mot, à peu près tel que nous le voyons au Digeste, frg. 1 § 8. Or, les deux textes, à supposer même qu'ils donnent la même solution de fond, n'ont aucune ressemblance de forme. L'attribution à Ulpien étant réellement impossible, celle à Paul, *Ad edictum*, l. 63, s'impose. Elle est admise dubitativement par P. Krüger (*Sources*, p. 401, n. 3) et comme possible par Girard (*Textes*[3], p. 482). Elle nous semble certaine, après les considérations qui précèdent. On peut en outre remarquer que, sur la photographie du palimpseste, dans le vide laissé avant les mots « *lib.I. De interdictis....* », vide où se voient des vestiges d'écriture en rouge, à ce que remarqua Detlefsen (v. Mommsen, *Apographum*, p. 301, note 16), il n'y a pas place pour les huit lettres du mot « *ULPIANUS* », ni même pour les six du mot « *PAULUS* », mais que par contre il y en aurait beaucoup trop pour les trois lettres de l'abréviation courante « *ULP* », tandis qu'il y a tout juste la place nécessaire, une fois pris le retrait sur la marge pour l'alinéa, pour les quatre lettres « *PAUL* » qui, avec l'abréviation « *P* » plus spéciale aux *Responsa* de Paul, est la façon ordinaire dont le scribe a abrégé le nom « *Paulus* » (v. exemples de l'abréviation : *Apographum*, p. 332, l. 3, 17 et 29; p. 334, l. 25, etc.).

menta Vaticana[1], ni par suite d'une étourderie de copiste postérieur[2]. Un premier point est donc certain et d'une importance capitale : un traité *De interdictis* qu'il y a tout lieu de croire de la fin du IIe siècle, verrons-nous, traitait de l'interdit *Quod legatorum* dans une partie de son premier livre dont le titre ne faisait mention que du *bonorum possessor* et non de l'*heres*.

Mais il y a plus. Il nous paraît également certain que ce titre n'était que la reproduction fidèle du libellé même de la rubrique

1. Lotmar (*op. cit.*, p. 142) a cependant tenté d'affaiblir la valeur du texte des *Frag. Vat.* en faisant remarquer que le compilateur a très bien pu ne pas s'attacher à reproduire tout au long le *titulus* de l'ouvrage où il empruntait le § 90 et y supprimer la mention de l'*heres*, puisqu'il ne s'agissait dans le texte rapporté que de l'exercice passif de l'interdit contre le légataire d'usufruit. Il se pourrait donc que, en dépit des apparences actuelles, le *titulus* primitif du *De interdictis* ait mentionné l'*heres* à côté du *bonorum possessor*. — Ce n'est là qu'une hypothèse et encore très faible. Il n'est pas à supposer que le compilateur des *Frag. Vat.* ait choisi son renvoi à la source où il puise pour citer inexactement et risquer une méprise. Et même s'il s'était risqué à une inexactitude pour faire plus court, il n'aurait pas supprimé le mot « *heres* » qui se serait présenté le premier (« *non voluntate* [*heredis*] *ejus*[*ve*] *cui bonorum possessio...* », restitue en effet Lotmar lui-même, p. 141), qui est juridiquement le plus compréhensif et surtout qui est le plus court, pour laisser l'expression « *ejus cui bonorum possessio data erit* » qui est beaucoup plus longue, plus étroite et qui se présentait la seconde. Si le compilateur, au IVe siècle, avait voulu supprimer quelque chose, c'est la mention du *bonorum possessor* qui eût disparu. Cf. *infra* p. 186, [16] n. 2.

2. C'est encore une hypothèse émise, sans beaucoup y insister d'ailleurs, par Lotmar (*op. cit.*, p. 141). Une faute de copiste serait possible, selon lui, parce que l'écriture du ms. palimpseste est des environs de l'an 400 tandis que la compilation elle-même serait assez antérieure ; ce qui est vrai. Elle serait même vraisemblable, jusqu'à un certain point, toujours selon Lotmar, parce que le copiste devait à cet endroit être distrait, comme le prouverait le fait qu'immédiatement après le *titulus* il aurait oublié (ausgelassen) le mot « *non* » avant « *competit* » ; mais cette omission de « *non* » à laquelle certains éditeurs ont cru en effet, est aujourd'hui reconnue inexacte. L'*apographum* de Mommsen (p. 300-301) et l'édition donnée par celui-ci dans la *Collectio librorum juris antejustiniani* (1890, p. 46, n. 14), donnent comme certaine la lecture « *non competit* », confirmée d'ailleurs par l'examen personnel de la photographie que nous avons fait exécuter du fol. 18 du palimpseste, où l'on voit très bien, sous l'*u* du mot « *nocturnis* » appartenant au texte superposé de la *Conlatio abbatis Isaac*, la lettre *n* surmontée de son abréviation Ñ. Quant au peu de visibilité de l'écriture de tout ce passage, mis en avant par Lotmar (*ibid.*) à la suite de Bluhme et de Bethmann-Hollweg, il est réel, mais il ne tient pas au copiste et la lecture est assez certaine. Le mot « *voluntate* » est en effet au bout d'une ligne très lisible, sans trace du mot « *heredis* » à sa suite et la ligne suivante, bien que peu lisible et recouverte exactement par l'écriture postérieure, commence bien par les mots « *ejus cui...* », etc. — Au surplus, si le copiste avait oublié par étourderie le mot « *heredis* » avant « *ejus* », il y aurait encore « *ve* » après « *ejus* ». Si au contraire il a supprimé volontairement « *ve* », il ne s'agit plus d'étourderie et nous retombons dans l'hypothèse reconnue insoutenable d'une suppression voulue.

édictale sous laquelle était proposée la formule de l'interdit *Quod legatorum*[1]. — En effet, il ne nous paraît pas admissible que cette rubrique ait tout simplement porté les mots « *QUOD LEGATORUM* », malgré ce qu'on semble en penser d'ordinaire[2]. C'était là une de ces désignations vulgaires que le besoin d'une désignation courte et comme d'un surnom faisait donner dans la pratique aux institutions prétoriennes, mais qu'un préteur n'aurait jamais pu avoir l'idée d'inscrire sur son album lorsqu'il proposait un nouveau moyen de droit dans son Edit, car cette rubrique fut restée incompréhensible au premier coup d'œil[3]. Nous savons par ailleurs que le préteur n'hésitait pas à employer des rubriques plus explicites et plus longues[4] et que les expressions « *Quem*

1. Lenel (*Edit perpétuel*, t. II, p. 196; Cf. *Edictum*[3], p. 436) ne va pas aussi loin et considère seulement le début du § 90 des *Fragmenta Vaticana* comme la citation d'un titre, d'une rubrique du *De interdictis*. Même si l'on s'en tient à ce point de vue, on doit conclure à l'exclusion de l'*heres*: il est en effet inadmissible que le jurisconsulte, s'il avait cru l'*heres* capable d'user de l'interdit, ait employé, pour faire court dans son titre, la longue périphrase qui désigne le *bonorum possessor* et ait laissé de côté la mention plus courte de l'*heres*. — Pour nous, il y a lieu de préciser et de croire que le *titulus* qui nous occupe ne peut être la reproduction d'une autre partie de l'Edit que la rubrique même sous laquelle était donné le texte de l'interdit *Quod legatorum*. Ce ne peut pas être, en effet, un fragment de l'interdit lui-même, comme le fait remarquer Lotmar (*op. cit.*, p. 140), car le légataire qui reçoit l'ordre de restituer serait indiqué à la seconde personne, comme il l'est dans la formule symétrique de l'interdit utile donnée contre le légataire d'usufruit dans ce même § 90 du Vatican. Quant à être un débris de l'édit particulier où le préteur promettait l'interdit, Lotmar (*ibid.*) a raison de ne pas le croire; mais tandis qu'il se contente de dire que rien ne prouve qu'il en puisse être ainsi, nous ferons remarquer que c'est de toute certitude parce que dans la partie de l'Edit consacrée aux interdits il n'y avait pas d'édits particuliers promettant les interdits, analogues à ceux où le préteur promettait les actions, dans les parties antérieures de l'album. V. P. Krüger, *Sources.*, p. 49.

2. Lenel, *Edit perpétuel* § 228, t. II, p. 196; *Edictum*[3], p. 436; Girard, *Textes*[3], p. 150 : Lotmar, *op. cit.*, p. 148, note 2.

3. Ulpien, 67 *ad edictum* (*D.*, 43. 3. 1. 1) : « *Hoc interdictum volgo QUOD LEGATORUM appellatur* ». — Cf. Lotmar (*op. cit.*, p. 90, n. 1) qui fait remarquer très justement que le jurisconsulte auteur du *De interdictis*, lui-même, ne se contente pas de dire : « ... *sub titulo QUOD LEGATORUM* ». Mais alors comment Lotmar ne voit-il pas (p. 140, n. 2) que le préteur avait plus de raisons encore d'employer une formule explicite?

4. Lotmar (*op. cit.*, p. 140, note 2) pense cependant que la rubrique de l'album était déjà « *Quod legatorum,* » à raison du manque de place. Ce qui est insoutenable, puisque par ailleurs on le voit prendre comme rubrique d'interdits des phrases assez longues comme « *Ne quid in loco sacro religioso sancto fiat* », « *Ne quid in loco publico vel itinere fiat* », « *Ne quid in flumine publico ripave ejus fiat quo pejus navigetur* », « *Quod vi aut clam factum erit, ut restituatur* », etc.

fundum », « *Quem usumfructum* », dont on se servait pour désigner d'autres interdits et qui sont analogues à l'expression « *Quod legatorum* » dont on désignait l'interdit qui nous occupe, n'étaient pas les rubriques sous lesquelles les interdits étaient proposés sur l'album[1]. — D'autre part, il semble bien certain que les jurisconsultes en général, et en particulier l'auteur du *De interdictis*, prenaient tout simplement comme *tituli* de leurs développements les rubriques mêmes de l'album sous lesquelles étaient proposés les textes commentés[2]. Pour ce qui est de l'auteur du *De interdictis*, cette habitude est manifeste : elle résulte de ce que celui-ci donnait pour *titulus* à ses développements sur l'interdit *Quem usumfructum* les mots « *A quo usus fructus petetur si rem nolit defendere*[3] » qui sont exactement symétriques à l'intitulé « *A quo fundus petetur si rem nolit* [*defendere*] » sous lequel Scaevola traitait, dans ses *Quaestiones*[4], de l'interdit *Quem fundum* également symétrique au précédent, et de ce que les deux auteurs n'ont pu se rencontrer dans l'emploi de *tituli* aussi parfaitement semblables que s'ils avaient tous deux l'habitude de prendre comme *tituli*, dans leurs

1. L'expression vulgaire « *Quem usumfructum* » désigne l'interdit proposé sous la rubrique plus explicite : « *A quo usus fructus petetur si rem nolit defendere* »; de même l'expression « *Quem fundum* » et sans doute aussi l'expression « *Quam hereditatem* »; de même encore l'interdit *Unde vi* utile donné au quasi-possesseur est donné sous la rubrique : « *Si uti frui prohibitus esse dicetur.* » — V. Girard, *Textes*[3], p. 150 et 152; Lenel, *Edit perpétuel*, t. II, § 248, p. 222-224, § 245, 3, p. 315; *Edictum*[2], p. 457 et p. 452.

2. Lenel (*Edit perpétuel*, t. I, p. 204, n. 1 et p. 205; *Edictum*[2]; p. 176-177) semble bien admettre à propos de la *petitio hereditatis possessoria*, que les *tituli* des ouvrages des commentateurs pouvaient fort bien n'avoir point leur origine dans une rubrique analogue de l'album; et Lotmar (*op. cit.*, p. 140, n. 1) a fait son profit de cette remarque. Il est possible, en effet, qu'il en ait été ainsi, exceptionnellement, pour des institutions étrangères à l'Edit, que les commentateurs de celui-ci y rattachaient, à la fin du IIe s. et au IIIe, dans leurs commentaires. Et précisément, il se peut que ce soit le cas de la *petitio hereditatis possessoria*, dont on ne sait pas au juste si elle était donnée dans l'Edit ou si c'est une formation doctrinale propre à Julien et répandue par lui, mais étrangère à l'Edit codifié.

3. *Vat.*, § 92 : « *Idem, libro IIII DE INTERDICTIS, sub titulo A QUO USUS FRUCTUS PETETUR, SI REM NOLIT DEFENDERE* ».

4. *D.*, 39. 2 *De damno infecto*, 45 : « *Scaevola libro duodecimo quaestionum A quo fundus petetur si rem nolit.* » On s'accorde pour considérer qu'il y a lieu de restituer le mot « *defendere* » après « *nolit* » : v. Lenel, *Pal.*, t. II, v° *Scaevola*, n° 169. Girard. *Textes*[3], p. 152.

ouvrages, les rubriques même de l'Edit qu'ils commentaient ou du moins dont ils suivaient le plan[1].

Nous sommes donc fondé à considérer le titre rapporté au § 90 comme la rubrique même de l'album et à croire que ni l'auteur anonyme du *De interdictis* en faisant de cette rubrique l'intitulé de ses développements sur l'interdit *Quod legatorum*, ni le compilateur des *Fragmenta Vaticana* en citant la source où il empruntait le § 90, ni un copiste postérieur n'ont altéré cette rubrique en y omettant, volontairement ou par oubli, la mention de l'*heres* à côté de celle du *bonorum possessor*. Et nous n'hésitons pas à conclure sur ce premier point que la doctrine courante avait raison d'attacher un prix extrême au texte des *Fragmenta Vaticana* et de le considérer comme une preuve de l'inaptitude de l'*heres* à exercer l'interdit *Quod legatorum* au moment de la rédaction de l'Edit de Julien.

II. Un autre texte (*D.*, 43. 3. 2) corrobore d'ailleurs les indications qui résultent du précédent. C'est le second des deux fragments qui composent au Digeste le titre *Quod legatorum* et qui provient du commentaire de Paul sur l'Edit, livre 63. Ce fragment commente la dernière phrase de l'interdit, qui prescrivait au *bonorum possessor* de fournir au légataire une *satisdatio* s'il désirait réussir contre celui-ci dans la procédure de l'interdit *Quod legatorum*, et tout particulièrement il tente d'éclaircir ce que le préteur voulait dire en écrivant : « *si per bonorum possessorem non stat ut satisdetur* ». Ce texte, auquel on n'avait jadis pas porté grande attention, a pris une valeur probante considérable du jour où l'on s'est avisé qu'il concordait avec le titre rapporté par les *Frag. Vat.* § 90 et que lui aussi, par deux fois, il ne parlait que du *bonorum possessor*[2].

Puisque dans ce texte de Paul l'*heres* n'est pas indiqué à côté

1. Lenel admet implicitement le raisonnement que nous formulons, puisqu'il propose comme rubrique édictale de l'interdit *Unde vi* utile le titre même sous lequel l'auteur du *De interdictis* en parlait (*Vat.*, § 91); v. Lenel, *Edit perpétuel*, t. II, p. 215; *Edictum*[2], p. 452 et n. 1; suivi par Girard, *Textes*[3], p. 152 et n. 8.

2. Paul, l. 63 *Ad edictum* (*D.*, 43. 3. 2), § 1 : « *Quod ait praetor « si per bonorum possessorem non stat ut satisdetur » sic accipimus : si paratus sit satisdare; non ergo offerre debet satisdationem, sed petenti satis moram non facere* ». § 4 (*in fine*) : « *... Item si per bonorum possessorem stetit quo minus satisdaret, sed modo paratus*

du *bonorum possessor* comme apte à exercer l'interdit *Quod legatorum*, c'est qu'à l'époque classique il lui fallait encore obtenir la *bonorum possessio* pour le devenir. Pour ne pas conclure ainsi, il faudrait admettre : ou que les compilateurs ont supprimé la mention de l'*heres* dont Paul aurait pris soin de parler à côté du *bonorum possessor*, ou que Paul n'a omis cette mention de l'*heres* que dans un but de brièveté, comptant sur le lecteur pour rétablir la vérité intégrale ; ce qui est aussi peu admissible l'un que l'autre.

Que les compilateurs byzantins, d'abord, aient supprimé la mention de l'*heres*, c'est tout à fait invraisemblable[1]. S'ils avaient voulu supprimer l'une des deux mentions de l'*heres* ou du *bonorum possessor*, ils n'auraient pas fait disparaître le terme « *heres* » et laissé l'expression « *bonorum possessor* » qui ne correspondait plus guère qu'à quelques situations exceptionnelles, par suite de la fusion à peu près complète des hérédités civile et prétorienne au VI^e^ siècle ap. J.-C.[2].

Quant à supposer que Paul, rencontrant dans la formule de

est cavere, tenet interdictum : illud enim tempus inspicitur quo interdictum editur ». — Il semble que ce soit Lenel qui le premier ait attiré l'attention sur la concordance significative de ce texte avec celui des *Frag. Vat.*, dans ses *Quellenforschungen* (*ZSS* (*RA*), 1882, t. III, p. 182).

1. Lotmar (*op. cit.*, p. 138, note 1) considère cependant comme possible ce raccourcissement du texte par les compilateurs. Et la chose serait d'autant plus vraisemblable que, dans la phrase d'interdit citée et commentée par Ulpien au § 7 du fragment précédent (*Quod ait praetor « aut dolo desiit possidere », sic accipere debemus...*) les compilateurs auraient supprimé « *possidet* » avant « *aut* », ce qui rendrait impossible l'enchaînement des idées marqué par « *Unde* » au début du § suivant. Mais cette suppression de « *possidet* » nous paraît au moins improbable et « *Unde* » marque très bien la transition entre les paragraphes précédents (4 à 7) où il est question de légataires d'un corps certain, qui possèdent, et le § 8 qui va traiter des légataires d'usufruit ou d'usage, simples quasi-possesseurs. Et à supposer même que les compilateurs aient supprimé « *possidet* » au fr. 1 § 7, ce qui n'aurait pas eu de gros inconvénients, il n'en résulte pas qu'ils aient supprimé « *heres* » à côté de « *bonorum possessor* », ce qui eut été d'une maladresse vraiment trop grossière, eu égard à l'état du droit de leur temps.

2. Voir : Girard, *Manuel*[5], p. 799; Cuq, *Institutions*, t. II, p. 852; Leist, dans Glück, série des livres 37-38, t. II, p. 314 et s.; et Leonhardt, v° *Bonorum possessio*, dans : Pauly-Wissowa, t. III, col. 709-710. — On sait d'ailleurs que, postérieurement à Dioclétien, tandis que le terme « *bonorum possessor* » restait toujours spécialisé, au contraire le terme « *heres* » tendait à avoir une signification large, englobant même le *bonorum possessor*, à la suite de l'assimilation progressive de celui-ci à un véritable héritier, mais prétorien. L'étude de cette terminologie a été faite, au moyen des constitutions peu suspectes du Code Théodosien et de

l'interdit « *si per heredem bonorumve possessorem non stat ut satisdetur* », aurait cité seulement le *bonorum possessor* pour plus de brièveté[1], c'est tout aussi inadmissible. Si Paul avait voulu faire court, il aurait choisi, pour le conserver, le mot « *heredem* », qui se présentait le premier, qui était plus court et plus compréhensif[2] et non pas les mots « *bonorum possessorem* » qui avaient les inconvénients inverses et qui, en outre, l'obligeaient à supprimer « *ve* » après « *bonorum* ».

quelques textes moins probants du Code Justinien, par Leist, *op. cit.*, p. 280-288. Citons à titre d'exemple une constitution de Constantin (*C. Th.*, 2. 24. 1) : ... « *Quam ob rem cum filiis ac nepotibus civili jure vel auxilio praetoris, ut suis heredibus, defuncti successio defertur...* », et une autre du même (*ibid.*, 3. 5. 5) : « *Defunctae heredes, cujuslibet gradus sint et quocumque jure successerint* ».

1. Lotmar (*op. cit.*, p. 137) pense que c'est possible, car au point où il en était arrivé de ses développements, Paul ne serait plus inquiété d'être rigoureusement exact au point de vue de l'exercice actif de l'interdit. Ainsi, il n'aurait cité qu'une partie tronquée de la phrase édictale, la seule qui l'intéressât directement à cet instant, en se contentant de ne parler que de l'une des deux espèces d'héritiers possibles; d'autres citations ainsi tronquées pour les besoins de l'exposition se rencontrent en effet en grand nombre dans les commentaires sur l'Edit (*ibid.*, n. 1). Ce dernier point n'est pas contestable, mais il est impossible que Paul, s'il a pratiqué des coupures, les ait faites aussi maladroitement.

2. En langage rigoureux, le terme « *heres* » a conservé un sens précis à l'époque des Sévères et désigne l'héritier civil, par opposition au *bonorum possessor*, comme l'on peut aujourd'hui s'en rendre facilement compte à l'aide du *Vocabularium jurispr. romanae*, v° *Heres*, ou même seulement du *Handlexikon* de Heumann (9e éd. par Seckel). — Gaius (3, § 32) représente cette tradition de purisme : « *Quos autem praetor vocat ad hereditatem, hi heredes ipso quidem jure non fiunt; nam praetor heredes facere non potest;... sed cum eis praetor dat bonorum possessionem, loco heredum constituuntur* ». Ailleurs, on voit encore Ulpien opposer l'un à l'autre (*D.*, 16. 1. 10; 11. 7. 14. 17, etc.). Mais dès ce moment, le terme « *hereditas* » tend à s'élargir, et il est vraisemblable que le mot « *heres* » commence dès lors une évolution analogue, dont l'aboutissement se trouve dans les constitutions de Constantin signalées dans une note précédente. « *Hereditas* » désigne tout d'abord le patrimoine du défunt, qu'il soit recueilli par un *heres* ou par un *bonorum possessor*, et c'est ce qui permet à Labéon (rapporté par Ulpien, au *D.*, 37. 1. 3. 1) de dire : « *Hereditatis autem bonorumve possessio...* ». Au second siècle, le mot « *hereditas* » prend un sens sensiblement différent : il ne vise plus seulement l'ensemble du patrimoine héréditaire, mais le fait d'y succéder : Gaius (1. 6 *ad edict. prov.*, au *D.*, 50. 16. 24) dit en effet : « *Nihil est aliud hereditas quam successio in universum jus quod defunctus habuit* », ce qui amène Paul à proclamer que par « *hereditas* » on entend la succession prétorienne comme la civile (*D.*, 50. 16. 138; extrait de sa monographie *Ad legem Juliam et Papiam*, l. 4) : « *Hereditatis appellatione bonorum quoque possessio continetur* ». — Il est donc probable que Paul, voulant conserver dans sa citation de l'Edit un terme aussi large, aussi compréhensif que possible, aurait conservé « *heres* » et non pas « *bonorum possessor* », si les deux expressions avaient été côte à côte dans le texte édictal qu'il reproduisait.

***

Les deux textes, de l'anonyme des *Frag. Vat.* et de Paul, sont les seuls connus d'où se puisse tirer argument en faveur d'une restriction primitive de l'interdit au *bonorum possessor*. Tous les autres, où la personne qui exerce l'interdit est désignée par un terme précis, tant ceux du Digeste que celui du Code Justinien, parlent de l'*heres* tout seul, ou tout au moins de l'*heres* à côté du *bonorum possessor*[1]. Le premier de ces textes est un long extrait du commentaire d'Ulpien sur l'Edit, qui se trouve au siège même de la matière (*D.*, 43. 3. 1) et qui semble considérer une douzaine de fois l'*heres* comme apte à exercer l'interdit[2]; le second est un rescrit de Dioclétien qui forme à lui seul le titre *Quod legatorum* au Code Justinien (8. 3. c. un.) et qui parle également de l'héritier civil[3].

A côté de ces deux textes dont l'attribution à l'interdit *Quod legatorum* paraît certaine, dans leur forme actuelle du moins, parce qu'ils nomment expressément l'interdit ou parce qu'ils sont au titre *Quod legatorum*, il y a un groupe de textes du Digeste moins évidemment attribuables à notre interdit parce qu'ils parlent d'un interdit sans préciser duquel il s'agit, ou parce qu'ils laissent encore plus dans l'indétermination le moyen de droit qu'ils donnent à l'héritier civil, mais que certains auteurs rapportent volontiers pour des raisons de fond à l'interdit *Quod legatorum*[4]. Ces textes sont : — 1° Un passage de la monographie de Paul *Ad legem Falcidiam* (*D.*, 35. 2. 1. 11) qui donne à l'héritier surchargé de legs, contre le légataire en possession, une action pour réclamer à celui-ci ce qu'il

1. Voir les textes groupés par Lotmar, *op. cit.*, p. 130-131.

2. Ulpien, 67 *ad edictum*, V. Lenel, *Pal.*, t. II, v° *Ulpianus*, n° 1465 et ss. — Dans l'état actuel du texte, Ulpien se sert d'abord exclusivement du terme « *heres* » (§ 2 à 5), puis de l'expression « *adita hereditas vel bonorum possessio adgnita* » (§ 11), de la formule incolore « *ejus ad quem ea res pertinet* » (§ 11 à 14) et enfin de la formule plus singulière « *heredibus iisve ad quos ea res pertinet* ».

3. Dioclétien et Maximien, en 293: « ... *secundum sententiam interdicti quod adversus legatarios scriptis heredibus propositum est* ».

4. En ce sens, v. Lotmar, *op. cit.*, p. 91-102.

détient en excédent des trois quarts disponibles, parce que l'héritier, ayant consenti à l'entrée en possession du légataire, ne peut pas lui enlever le tout. L'hypothèse inverse, que suppose le texte, d'un héritier enlevant la totalité du legs au légataire entré en possession sans l'assentiment de l'héritier, est bien exactement celle de l'interdit *Quod legatorum*, question de l'*heres* mise à part, et il est bien probable que c'est à notre interdit que pensait Paul en écrivant ces lignes[1]. — 2° Un texte des Institutes de Marcien (*D.*, 46. 3. 40) donne à l'héritier, au détriment de qui un tiers a mis le légataire en possession des choses léguées, un interdit pour reprendre les choses. Ici encore, bien que Marcien ne précise pas qu'il s'agisse de l'interdit *Quod legatorum*, il y a tout lieu de croire qu'il pense à celui-ci, dont l'emploi est en effet tout indiqué dans cette hypothèse[2]. — 3° Un *responsum* de Scaevola (*D.*, 35. 2. 26. pr.) donne à l'héritier surchargé de legs au delà des trois quarts permis et qui veut se remplir de sa quarte Falcidie, le choix entre deux moyens : ou bien poursuivre la restitution de la chose léguée, en l'espèce un collier de perles, ou bien ne revendiquer que cette partie du collier dont la valeur excède le disponible. Le second de ces moyens est une *vindicatio partis* identique à

1. On sait en effet que l'interdit *Quod legatorum* avait, entre autres utilités, celle de permettre au *bonorum possessor*, et même à l'*heres* suivant certains, de reprendre les choses léguées, afin de pouvoir opérer la *retentio quartae* lors de l'action en délivrance intentée par le légataire. Voir Ulpien, *D.*, 43. 3. 1. 5. Cf. Ubbelohde, *op. cit.*, p. 142, qui ne mentionne cependant pas notre texte de Paul à ce propos. — Lotmar (*op. cit.*, p. 91-93) a parfaitement démontré qu'il ne peut s'agir là d'une revendication du tout par l'héritier, car ce n'est pas une question de volonté ou d'absence de volonté chez l'héritier qui pourrait faire échouer celle-ci.

2. Cependant, Ubbelohde (*op. cit.*, p. 164) ne pense pas que ce soit l'interdit *Quod legatorum* qui est ici donné à l'*heres*. Il considère en effet que le légataire *missus in possessionem legatorum servandorum causa* cesse de posséder *pro legato* dès que l'héritier a fourni la *satisdatio*, et qu'il ne possède plus que *pro possessore*. Pour lui, le préteur donnerait ici un interdit prohibitoire que ne contenait pas l'*Album*, et c'est à cet interdit spécialement créé pour chaque espèce que ferait allusion Gaius, l. 13 *ad edictum provinciale* (*D.*, 36. 3. 11) quand il dit : « ... *mihi praetor accommodat interdictum* ». Puis Ubbelohde émet ensuite cette idée, peu en harmonie avec la précédente, que le *bonorum possessor* serait mieux traité et pourrait se servir de l'interdit *Quod legatorum*, selon une opinion d'Ulpien (*D.*, 43. 3. 1. 11), et que l'interdit *Quod legatorum* est remplacé par un interdit de circonstance à cause de ce que Gaius et Marcien ont en vue un *heres* et non un *bonorum possessor*. Lotmar (*op. cit.*, p. 99-103) a critiqué cette singulière construction

celle que l'on voit dans d'autres textes[1]; le premier semble bien être l'interdit *Quod legatorum*, car il est restituloire et dirigé contre un légataire déjà en possession au moment de l'ouverture de la succession, c'est-à-dire sans l'assentiment du *bonorum possessor* ou de l'héritier. En outre, la situation est la même que celle décrite par Paul peu auparavant (*D.*, 35. 2. 1. 11, v. *supra*), question d'assentiment mise à part[2]. — 4° Enfin un autre *res-*

d'Ubbelohde. Quant à nous, nous pensons que si on admet avec ce dernier que le légataire ne possède plus *pro legato*, mais seulement *pro possessore* après que lui a été fournie la caution *legatorum servandorum causa*, il n'y a pas de raison pour que le *bonorum possessor* ait pu, plus que l'*heres*, user de l'interdit *Quod legatorum*, qui était dirigé contre les possesseurs *pro legato* seulement. L'identité des situations prévues par Ulpien d'une part, qui parle à coup sûr de l'interdit *Quod legatorum*, et par Gaius et Marcien, qui parlent d'un interdit indéterminé, d'autre part, commande d'admettre que Marcien a bien en vue, dans son texte, l'interdit *Quod legatorum* donné à l'héritier. — Si Gaius parle d'*accommodare interdictum* c'est qu'il pense à une formule modifiée d'interdit *Quod legatorum*, par opposition à la formule courante de l'Edit qui exigeait la *satisdatio*, non d'un tiers, mais du *bonorum possessor* (ou de *l'heres*) lui-même.

1. Paul, au *D.*, 35, 2, 1, 11 : « *dabitur actio heredi, ut id quod supra dodrantem est offeratur.* » — Cf. Ulpien, *D.*, 43. 3. 1. 5 : « *portio legis Falcidiae apud heredem ipso jure remanet, etsi corporaliter res in solidum translatae sunt.* » — Sur le point secondaire de savoir si cette finale est interpolée, ce qui n'a d'ailleurs jamais été soutenu avec des arguments de valeur, voir en dernier lieu Lotmar, *op. cit.*, p. 93, note 5.

2. Sans doute n'aurait-on jamais songé à voir ici autre chose que l'interdit *Quod legatorum* si cela n'avait pas paru en contradiction avec ce fait que le texte ne parle que d'*heres* et non de *bonorum possessor* et s'il n'avait pas semblé difficile de croire à une interpolation du mot « *heres* », si loin du titre *Quod legatorum*. Lotmar (*op. cit.*, p. 94) fait d'ailleurs remarquer qu'avant le milieu du XIX^e^ siècle, avant que la question de l'aptitude de l'*heres* se fût posée, il n'y eut jamais le moindre doute à cet égard. Ce n'est qu'à une époque récente que Ubbelohde et Schirmer tâchèrent de trouver quel moyen de droit autre que notre interdit Scaevola visait ici. Ubbelohde (*op. cit.*, p. 181 et s.) ne pense pas que l'interdit ait pu être donné contre un légataire qui était déjà en possession de la chose au moment du décès du testateur avec le consentement de celui-ci, car alors la chose léguée ne fait pas partie de l'hérédité; en conséquence, il admet qu'il s'agit ici de l'action née d'un contrat de louage, de dépôt, de commodat ou autre en vertu duquel la chose était, antérieurement au décès, entre les mains du légataire. Lotmar a bien répondu que si la chose ainsi remise volontairement au légataire par le testateur ne faisait pas partie de la succession, elle n'aurait pu entrer en ligne de compte pour le calcul de la quarte Falcidie dont il est précisément ici question. On peut ajouter que l'hypothèse d'un *bonorum possessor* ou d'un *heres* qui ne sait si le tiers détenteur d'un bien héréditaire le possède *pro herede*, *pro possessore* ou *pro legato* et qui intente à la fois les deux interdits *Quorum bonorum* et *Quod legatorum* ou un interdit à double face pour être sûr d'atteindre le possesseur, quelque soit son titre — hypothèse étudiée par Ulpien (*D.*, 43. 3. 1. 4) — implique pratiquement l'idée d'un légataire en possession dès le moment de la mort du testateur; si en effet ce légataire avait occupé la chose pos-

ponsum de Scaevola (*D.*, 33. 2. 17) accorde peut-être aussi aux héritiers l'interdit *Quod legatorum* pour obtenir d'une cité légataire la restitution de quatre années de revenus perçus sans exécuter les charges, au cas où la cité serait entrée en possession du legs *invitis heredibus*, et prescrit à la cité d'employer ces arrérages à d'autres obligations résultant du même testament, au cas contraire[1]. Mais ici encore le moyen de droit mis à la disposition de l'héritier est indéterminé et supposé connu ; et il n'y a pas de preuve décisive que ce soit l'interdit *Quod legatorum*[2].

térieurement au décès, il est bien évident qu'en fait, le plus souvent, cela n'aurait pas été à l'insu du *bonorum possessor* ou de l'*heres* et sans discussion, et que par conséquent, presque toujours, celui-ci aurait su à quel titre celui qui se mettait en possession prétendait posséder. L'ignorance de l'héritier se rencontrera donc surtout si les choses ont été occupées dès avant le décès. — Enfin, il semble impossible que Scaevola, dans l'exposé des faits et dans sa réponse, n'ait fait aucune allusion au contrat en vertu duquel la chose léguée était déjà entre les mains du légataire, si telle était l'hypothèse qui lui était soumise. Lotmar (*ibid.*,) a remarqué très justement que l'expression sans précision « *posse heredem consequi ut ei restituatur* » ne s'explique, sous la plume de Scaevola, d'ordinaire si net, que si elle vise le moyen de droit ordinaire, auquel un praticien devait penser en première ligne dans cette hypothèse : l'interdit *Quod legatorum*. — Quant à l'opinion singulière de Schirmer (*Beiträge zur Interpretation...*, dans l'*Archiv für civilistische Praxis*, 1897, t. LXXXVII, p. 121) qui voit dans cette phrase une allusion à l'*actio ad exhibendum* précédant la revendication, Lotmar l'a repoussée à juste titre en faisant remarquer que Scaevola n'a pu, dans l'alternative proposée à celui qui le consultait, lui conseiller d'agir soit pour le tout par l'action *ad exhibendum*, soit pour partie par la *vindicatio partis* qui eût elle-même supposé cette action possible, et que l'action *ad exhibendum*, n'étant pas restitutoire par elle-même, ne pouvait être désignée par les mots : « *ut ei restituatur.* »

1. Lotmar (*op. cit.*, p. 97, n. 3), suivant en cela l'ancienne opinion de la glose et s'écartant de celle de R. Samter (*Verhältnis zwischen Scaevolas Digesten und Responsen*, p. 185-187, dans *ZSS* (*RA*), 1906, t. XXVI), considère que Scaevola ne pensait donner ici que l'un des deux moyens à l'héritier, selon qu'il avait été ou non consentant à l'entrée en possession de la cité légataire, et non pas les lui donner cumulativement. La tournure : « *Respondit et..., et....* » aurait été employée par Scaevola pour bien marquer que, faute d'avoir été éclairé par la *narratio* du consultant sur la façon dont le légataire était entré en possession, il rendait en réalité deux *responsa*, visant les deux hypothèses possibles. Au surplus, les deux réponses données sont exclusives l'une de l'autre : si les revenus non utilisés en jeux annuels sont rendus à l'héritier, on ne peut exiger de la cité qu'elle les emploie à l'une des autres charges imposées à celle-ci par le testateur, et inversement si la cité est contrainte à employer les arrérages, on ne peut lui imposer de les rendre à l'héritier. Sur l'hypothèse de Samter, qui croit au cumul parce qu'il s'agirait ici non d'un *responsum* mais d'une sentence effectivement prononcée par Scaevola comme juge, prononçant une sorte de peine civile contre la cité coupable de s'être mise en possession d'elle-même, contrairement à l'esprit, sinon à la lettre du *decretum Marci* sur les créanciers qui se font justice eux-mêmes, voir Lotmar, *op. cit.*, p. 98, n. 3.

2. Les auteurs se partagent également sur cette question. Voir sur ce point les

Comment expliquer que tous ces textes, au Digeste et au Code, reconnaissent à l'héritier civil le droit d'exercer l'interdit *Quod legatorum,* alors que le texte des *Frag. Vat.* et le texte de Paul ne parlent que du *bonorum possessor* et excluent par cela même l'*heres*? Deux explications se présentent à l'esprit : ou bien les textes ne sont pas interpolés ou ne le sont que par exception, et leurs divergences s'expliquent par une différence d'âge laissant place à une réforme favorable à l'*heres*; ou bien les textes parlant de l'*heres* sont systématiquement interpolés, et la réforme faite en faveur de l'*heres* est l'œuvre des compilateurs eux-mêmes ou tout au moins des empereurs du IIIe siècle ou byzantins. La première de ces explications à laquelle quelques auteurs ont songé, n'a guère été présentée, jusqu'à ce jour, avec tous les arguments qui pourraient être donnés en sa faveur. Quant à la seconde, c'est celle qui est à peu près unanimement admise. Nous devons les examiner l'une après l'autre, afin de mesurer le degré de vraisemblance qu'il convient de leur reconnaître respectivement.

I. Ce n'est pas à une explication purement chronologique que s'est attaché Leist[1] pour lever la contradiction apparente des textes, qu'il ne croit pas possible d'attribuer à l'interpolation systématique du mot « *heres* »[2]. Pour lui, le texte des *Fragmenta Vaticana* (§ 90), qu'il attribue à Vénuléius[3], et le texte de Paul, l. 63 *Ad edictum* (*D.*, 43. 3. 2), qui tous deux semblent suivre d'assez près le texte même de l'interdit proposé sur l'*Album* du préteur, seraient conformes à l'état de droit ancien, défavorable à l'*heres*. Vénuléius, comme Paul, traitant des questions en somme secondaires relatives à l'interdit, aurait raisonné sur la seule hypothèse légale, prévue par l'Edit et unanimement admise,

renvois réunis par Lotmar (*op. cit.*, p. 98, n. 3). — La mention faite par Scaevola du consentement de l'héritier est évidemment un indice en faveur d'une allusion à l'interdit *Quod legatorum*. Elle ne constitue pas une preuve cependant, et aucun autre indice ne vient confirmer le précédent.

1. Leist, dans Glück, série des livres 37-38, t. I (1870), p. 413-417.

2. Leist, *op. cit.*, p 415, n. 28. — C'est surtout l'exposé d'Ulpien, dans son ensemble, qu'il semble difficile de soupçonner d'interpolation, suivant Leist.

3. L'attribution à Vénuléius du traité anonyme *De interdictis* est, nous l'avons vu (v. *supra*, p. 179 [9] n. 1), impossible à admettre.

celle du *bonorum possessor*, non sans avoir vraisemblablement signalé d'un mot que la jurisprudence accordait également l'interdit à l'héritier civil[1]. Le texte d'Ulpien, l. 67 *Ad edictum*, présenterait au contraire un tableau exact du droit pratiqué en fait un peu postérieurement, sans plus se soucier du droit théorique[2], et le rescrit de Dioclétien enregistrerait cette évolution comme terminée[3]. — Cette tentative de Leist, suivie avec quelques variantes par un petit groupe d'interprètes[4], outre des difficultés d'ordre secondaire que nous avons relevées en passant, présente le grand tort de ne pas tenir compte des autres textes du Digeste. Elle doit donc être reprise et complétée.

Tout d'abord, il faut mettre en lumière ce fait que le texte du *De interdictis* des *Fragmenta Vaticana* est très probablement de Paul, et provient sans doute de ce même livre 63 *Ad edictum*, dont a été également extrait, par les compilateurs, le fragment 2 au titre *Quod legatorum* du Digeste (43. 3. 2)[5]. C'est donc la date de composition du commentaire de Paul sur l'Edit qui nous permet de préciser l'époque extrême où le *bonorum possessor* est encore représenté comme jouissant seul de notre interdit. Or, le commentaire de Paul est d'ordinaire considéré comme l'une des premières œuvres de celui-ci, postérieur à la mort de Marc-Aurèle en 180 ap. J.-C., sûrement an-

1. Leist (*op. cit.*, p. 415-416) pense que la jurisprudence se serait appuyée sur la « *sententia interdicti* » dont parle le rescrit de Dioclétien au Code (*C. J.*, 8. 3. 1). Mais précisément l'interdit est représenté par le texte du Code, au moins dans sa forme actuelle, comme « *scriptis heredibus propositum* ». Ce n'est donc pas conformément à sa *sententia*, à son esprit, qu'on l'a étendu aux héritiers civils. Le rescrit parle de l'esprit de l'interdit et non de sa teneur, parce que l'espèce concrète supposait des fidéicommissaires, à côté de légataires : or l'interdit *Quod legatorum* n'était fait que pour ces derniers. C'est là une question d'exercice passif et non actif de l'interdit. — Cf. Lotmar, *op. cit.*, p. 152.

2. Leist (*op. cit.*, p. 415 et n. 30) admettait déjà que le commentaire *Ad edictum* de Paul était assez sensiblement antérieur à celui d'Ulpien.

3. Leist, *op. cit.*, p. 413, n. 25.

4. Selon Keller (*Institutionen*, 1861, p. 342-343) l'interdit *Quod legatorum*, d'abord accordé à celui-là seul qui avait obtenu la *bonorum possessio*, fut accordé également à l'héritier civil qui aurait pu l'obtenir mais avait seulement négligé de la demander. — Baron (*Institutionen*, 1884, p. 341) se contente de dire que l'interdit, primitivement réservé au *bonorum possessor*, était déjà accordé à l'héritier civil à l'époque classique, et il cite à l'appui de cette affirmation le texte d'Ulpien au titre *Quod legatorum*.

5. Sur ce point, voir *supra*, p. 179 (9), n. 1.

térieur à 193, et presque certainement même achevé sous Commode, dès avant le 31 décembre 192[1]. L'héritier civil serait donc encore exclu de l'exercice de l'interdit *Quod legatorum* à la fin de l'époque des Antonins.

En sens inverse, les premiers textes qui supposent à un héritier civil la faculté d'agir par l'interdit *Quod legatorum* sont les deux fragments de Scaevola. Les *Responsa* de Scaevola ont

1. Les deux premiers points sont à peu près unanimement admis, et à juste titre, croyons-nous. Voir : P. Krüger, *Sources*, p. 275 et n. 4; Kipp, *Gesch. der Quellen*[3] (1909), p. 138, n. 36, et, en dernier lieu et surtout : H. Fitting, *Alter und Folge der Schriften*[2] (1908), p. 84-85. L'ancienne opinion de Mommsen (*Die Kaiserbezeichnung...*, dans *ZRG.*, 1870, t. IX, p. 113-115), qui rajeunissait l'œuvre de Paul jusqu'à la faire contemporaine de Marcien, n'est plus soutenable depuis que l'on a proposé avec vraisemblance de corriger *Marcianus* en *Maecianus*, dans la citation que fait Paul (*D.*, 7. 9. 8); d'autre part, l'objection soulevée par Pernice (*ZSS (RA)*, 1892, t. XIII, p. 281, n. 4), qui croit le commentaire, ou du moins son 71e livre, postérieur à un rescrit de Caracalla de l'an 215, ne paraît pas convaincante : en effet, on ne voit pas pourquoi la perpétuité de l'*exceptio doli*, connue de Paul (*D.*, 44. 4. 5. 6), résulterait de ce que Caracalla engage une débitrice actionnée en justice à forcer le créancier, au moyen de l'*exceptio doli* ou de l'*exceptio non numeratae pecuniae* à prouver le versement des deniers (*C. J.*, 4. 30. 3. — Fitting et Kipp, *loc. cit.*, parlent à ce propos, sans doute par erreur, non de la const. 3, mais de la const. 2, *h. t.*, or celle-ci n'a pas trait à l'*exceptio doli* et est de 213 et non de 215 comme celle dont parle, sans la citer expressément, Pernice). — Il est un peu moins certain que le commentaire soit dans son ensemble antérieur à l'avènement de Septime-Sévère, en juin 193. Il y a cependant de fortes présomptions en ce sens. Non seulement Paul ne fait aucune allusion à l'*Oratio Severi* des ides de juin 193 dans les deux textes des livres 29 et 38 (*D.*, 13. 7. 16. pr. = Lenel, *Pal.*, v° *Paulus*, n° 448; et *D.*, 26. 7. 12. 1 = Lenel, *Pal.*, v° *Paulus*, n° 560) et s'est cru ensuite obligé de combler cette lacune en y consacrant une monographie, mais il ne cite aucune constitution de Septime-Sévère, ni de celui-ci et de Caracalla, pas plus à la fin de son long ouvrage qu'au début. Or, on sait que, même du temps où il régnait sans son fils, Sévère a beaucoup légiféré, et cela, même avant juin 193, pendant les deux premières années de son principat. Les occasions de citer ses constitutions n'eussent pas manqué à Paul. Voir en particulier sur ce point : Fitting, *op. cit.*, p. 84. — Il nous semble également remarquable que le commentaire sur l'Edit, qui contient des renvois à des constitutions de Trajan, d'Hadrien, d'Antonin le Pieux et de Marc-Aurèle, n'en contienne qu'une seule, au livre 13 (*D.*, 4. 8. 32. 14 = Lenel, *Pal.*, v° *Paulus*, n° 251) qui puisse se rapporter à l'empereur vivant, Commode, « *imperator Antoninus* », suivant le critérium proposé par Mommsen; et encore Fitting (*op. cit.*, p. 85) pense-t-il que Paul entend par là, ici comme dans trois autres textes, Antonin le Pieux et non Commode. Quoiqu'il en soit, que Commode soit cité une seule fois ou pas du tout, il n'en reste pas moins que Paul a emprunté peu de chose ou même rien aux décisions qu'a pu rendre ce prince, si peu nombreuses qu'aient pu être celles ci, à en croire Lampride, *Vita Commodi*, 13. 7 : « *Commodus in subscribendo tardus et negligens* ». On est donc assez en droit de penser que c'est dès le début du règne de celui-ci que Paul a dû commencer son commentaire *Ad edictum*, peu après avoir terminé sous Marc-Aurèle son commentaire *Ad Sabinum*,

en effet très probablement été publiés sous le règne de Septime-Sevère sans que l'on puisse préciser si c'est avant ou après l'*Oratio* de l'an 195[1]. Quant aux autres textes faisant mention

et qu'il a dû finir ce grand ouvrage, grâce à son extrême rapidité de composition, assez longtemps avant la mort de Commode. Cf. Fitting, *op. cit.*, p. 85 et 87. — Un dernier argument a été donné en faveur de l'antériorité des *libri ad edictum* de Paul par rapport au règne de Sévère par P. Krüger, *Sources*, p. 275, n. 4. Paul ne cite pas une seule fois les *Quaestiones* de Papinien qu'il tenait cependant en particulière estime et dont il a donné une édition annotée; c'est donc parce qu'il ne les connaissait pas encore. Or, ces *Quaestiones*, dont la rédaction a peut-être été commencée dès la fin du règne de Commode, dont le livre 9 ignore encore l'*Oratio Severi* de l'an 195, et où il n'est jamais question de Caracalla comme empereur à côté de son père Septime Sévère (Fitting, *op. cit.*, p. 74), ont à coup sûr été publiées sensiblement avant l'association de Caracalla à l'empire en 198, peut-être même tout au début du règne de Sévère seul. Fitting (*op. cit.*, p. 84) a tenté d'affaiblir cet argument de P. Krüger en faisant remarquer qu'il n'était pas étonnant que Paul n'ait jamais cité les *Quaestiones* de Papinien dans son commentaire sur l'Edit, puisque dans l'ensemble des très nombreux fragments de son œuvre qui nous sont parvenus, on ne saurait relever que trois citations des œuvres de Papinien, toutes trois empruntées à ses *Responsa*; ce qui prouverait que Paul évitait à dessein de se référer à Papinien. Mais, outre que cette attitude de Paul envers un homme qu'il admirait serait tout à fait singulière, il faut remarquer qu'une très grande partie des ouvrages de Paul, ses 16 livres *ad Sabinum*, ses 80 livres *ad edictum*, ses 23 *libri brevium*, probablement aussi ses 18 livres *ad Plautium* et peut-être encore quelques autres ouvrages étaient écrits avant la fin du IIe siècle, et même sans doute dès le début du règne de Septime-Sévère. Or, à ce moment, Papinien n'avait sans doute pas encore publié ses *Quaestiones*, avons-nous dit, et certainement pas encore ses *Responsa* qui parurent après l'an 212. Il n'y a donc pas, à notre avis, omission systématique des opinions de Papinien dans l'œuvre de Paul, et l'argument mis en avant par P. Krüger conserve toute sa valeur.

1. L'argument du « *praefectus legionis*, » accepté par P. Krüger (*Sources*, p. 261, n. 3) et par Jörs (Pauly-Wissowa, *Realencyclopädie*, v° *Cervidius* n° 1, t. III, col. 1990) n'a aucune valeur, comme l'a prouvé Fitting (*op. cit.*, p. 66, note *l*). Mais Fitting (p. 67) en a relevé un autre plus significatif, à peine utilisé par Jörs (*ibid.*, col. 1989) : dans une même consultation insérée à la fois dans ses *Responsa* (*D.*, 32. 93. pr.) et dans ses *Digesta* (*D.*, 32. 38. 4), il était question d'une certaine *Julia Domna* et de son oncle *Julius Agrippa*. Que cette femme soit bien la seconde épouse de Septime-Sévère, montée sur le trône avec lui en 193, ou que ce soit tout autre femme portant le même nom, il n'en reste pas moins que le jurisconsulte, en revisant ses notes au moment de la publication de ses *Responsa*, ne pouvait pas laisser des noms propres dont la divulgation risquait d'être désagréable à la femme du prince; et c'est ce qui expliquerait que, dans les *Responsa*, le jurisconsulte aurait biffé *Domna*, ne laissant subsister que le nom plus répandu de *Julia* et remplacé le nom de l'oncle par le nom passe-partout habituel *Lucius Titius*. Or, cette explication suppose que Sévère est déjà sur le trône quand Scaevola publie son ouvrage. — Peut-on en outre se servir du *responsum* inséré au *D.* (4. 4. 47. 1) pour fixer cette publication à une date antérieure ou postérieure à l'*Oratio Severi* des ides de juin 195? Lenel (*Pal.*, t. II, col. 287, n. 6) prétend que l'*Oratio* était encore inconnue de Scaevola quand il publia ses *Responsa*, se basant sans doute sur ce fait que le texte, à propos d'une vente d'immeubles opérée par un curateur, ne parle que d'une res-

de l'*heres*, ils sont encore postérieurs aux *Responsa* de Scaevola et, par conséquent, aux deux textes de Paul qui ne parlent que du *bonorum possessor*. C'est très vraisemblable, sinon certain, pour le texte de Paul (*D.*, 35. 2. 1. 11), qui paraît en contradiction avec les précédents du même auteur, et qui, provenant de sa monographie *Ad legem Falcidiam* est probablement contemporain du règne de Caracalla seul, c'est-à-dire postérieur à 212[1]. C'est en tout cas certain pour les deux derniers textes, les

cision obtenue par la voie de la *restitutio in integrum* et non pas de la nullité de plein droit qui aurait résulté des dispositions de l'*Oratio Severi*, si elle avait été dès lors connue. L'opinion contraire, basée sur le même texte et avec renvoi à la note de Lenel, a été présentée sans doute par méprise, par P. Krüger ou son traducteur, dans l'édition française de l'*Hist. des Sources*, p. 261, n. 3, alors que rien n'y correspond dans l'édition originale allemande : *Gesch. der Quellen*, p. 196, n. 40. Jörs (*op. cit.*, col. 1990) et Kipp (*G. der Quellen*[3], p. 135, n. 8) ne considèrent pas que le *responsum* soit forcément antérieur à l'*Oratio*, car il ne parle que de *praedia*, et il se peut qu'il se soit agi de *praedia urbana*, que ne visait pas l'*Oratio*. Cependant Fitting (*op. cit.*, p. 67, note *m*) a diminué la portée de cette objection en faisant observer que ces mêmes *praedia* sont qualifiés plus loin de *fundus*, ce qui s'entend difficilement d'un terrain bâti en ville. Il ne nous paraît pas toutefois que, même dans ce cas, le *responsum* soit nécessairement antérieur à l'*Oratio*, car on peut très bien se trouver ici dans l'un des cas où il n'y avait pas de nullité et où, par conséquent, l'ancien système de la *restitutio in integrum* restait seul possible ; et cette supposition n'a rien de gratuit, car les lignes précédentes du même fragment (*ibid.*, *pr.*) visent précisément un cas de vente pour satisfaire des créanciers, cas qui se rapproche de l'un des trois cas où il n'y a pas nullité de plein droit, celui de vente avec autorisation du préteur, d'un immeuble du mineur, pour payer une dette antérieure à la tutelle. — Il ne nous paraît donc pas possible de se prononcer pour l'antériorité des *Responsa* par rapport à l'*Oratio* de 195. — Il n'en reste pas moins que les *responsa* qui nous intéressent, relatifs à l'interdit *Quod legatorum*, pouvaient être très antérieurs à leur insertion dans la collection. Mais rien ne le prouve. Et en outre ils peuvent avoir été remaniés par Scaevola lui-même, lors de cette insertion, dans un sens favorable à l'*heres*, si un changement de l'état du droit s'était produit sur ce point depuis l'époque où ils avaient été rendus.

1. Aucune des très nombreuses monographies, par lesquelles Paul ajouta à ses commentaires sur l'Edit et *Ad Sabinum* des compléments correspondant à la dernière partie des ouvrages conçus suivant le plan traditionnel des *Digesta*, et pour lesquelles il est possible de donner une date, n'est certainement antérieure au règne commun de Sévère et de Caracalla, après 198. Plusieurs au contraire doivent être postérieures à Caracalla et même contemporaines d'Alexandre Sévère. On est donc amené à penser que l'activité de Paul s'est tournée vers la rédaction de toutes ces monographies, même de celles que nous ne pouvons dater de façon plus certaine — et c'est le cas du livre *Ad legem Falcidiam*, — à une époque récente, au plus tôt au début du IIIe siècle, au plus tard sous Alexandre Sévère, après 222, et probablement, croyons-nous, pendant les loisirs que lui laissèrent sa retraite pendant le règne d'Elagabal, après avoir été assesseur de Papinien de 206 à 212, avant de devenir lui-même préfet du prétoire en 222, ou encore après qu'il eut cessé de remplir cette fonction. — V. Fitting, *op. cit.*, p. 89-98, et surtout, p. 91-92; Cf. P. Krüger, *Sources*, p. 278-279, et Kipp, *Gesch. der Quellen*[3], p. 138-139.

plus formels en faveur de l'héritier civil, celui d'Ulpien (*D.*, 43. 3. 1) et celui de Marcien (*D.*, 46. 3. 40). Le livre 67 du commentaire *Ad edictum* d'Ulpien, auquel est emprunté le premier des deux textes, est en effet au plus tôt contemporain du règne commun de Septime-Sévère et de Caracalla[1], et le second, provenant des Institutes de Marcien, est postérieur à la mort de Caracalla en 217[2].

Il y a donc, à la fin du règne de Commode, sous celui de Pertinax et tout au début de celui de Septime-Sévère, un espace possible de plusieurs années, pendant lesquelles une réforme a pu se produire, qui aurait étendu le bénéfice de l'interdit *Quod legatorum* à l'héritier civil dénué de la *bonorum possessio*.

On peut même, dans cette hypothèse qui ne laisse point de place pour des interpolations systématiques de la part des byzantins, se demander si cette réforme n'aurait pas eu un caractère législatif, plutôt que doctrinal[3] ou jurisprudentiel. En effet, le

1. Nous ne voulons point soulever ici la délicate question des deux éditions successives du commentaire d'Ulpien. La solution proposée par Jörs, comme celle admise par Fitting, place en effet la rédaction du livre 67 à une époque sûrement postérieure à nos deux textes de Paul qui ne donnent l'interdit *Quod legatorum* qu'au *bonorum possessor*. Pour Jörs (Pauly-Wissowa, *Realencyclopädie*, v° *Domitius*, n° 88; t. V, col. 1505 et s.) le livre 67 appartient à la partie du commentaire qui n'a pas été retouchée dans une seconde édition et date par conséquent d'une époque antérieure à celle des 52 premiers livres tels que nous les connaissons. Or, pour lui, la première rédaction du commentaire, dont les premiers livres remontent peut-être aux dernières années où Septime-Sévère régna seul, un peu avant 198, est contemporaine du règne commun de Sévère et de Caracalla. Pour Fitting (*op. cit.*, p. 104-108), il n'y a eu qu'une seule édition; la rédaction, commencée à tête reposée et menée soigneusement dans les dernières années du règne de Caracalla, aurait été interrompue brusquement au milieu du livre 52 par l'assassinat de ce prince le 8 mars 217, et n'aurait été reprise que cinq ans après, sous Alexandre Sévère, alors qu'Ulpien était préfet du prétoire et contraint par ses fonctions administratives de « bâcler » un peu les livres 52 à 83 de son grand ouvrage de doctrine. — Cf. Kipp, *op. cit.*, p. 140, n. 53.

2. Sans doute contemporain de Macrin ou du début du règne d'Elagabal. — En ce sens : P. Krüger, *Sources*, p. 299; Fitting, *op cit.*, p. 122; Kipp, *op. cit.*, p. 141. — Jörs (*op. cit.*, v° *Aelius*, n° 88; t. I, col. 523) croit pouvoir reculer la composition des Institutes jusque sous le règne d'Alexandre Sévère, sans raison suffisante, à notre sens.

3. Un changement purement doctrinal, outre qu'il serait peu vraisemblable dans un aussi court espace de temps, ne se concevrait guère que si les textes divergents étaient d'auteurs différents. Or, on sait que sur les deux textes qui sont à coup sûr de Paul, sans parler de la monographie *De interdictis* que nous lui attribuons, l'un, extrait du commentaire, ne parle que du *bonorum possessor*, l'autre, extrait de sa monographie *Ad legem Falcidiam*, ne parle que de l'*heres*.

rescrit de Dioclétien et de Maximien de l'an 193, inséré au Code Justinien (8, 3, *const. un.*)[1], renvoie, très probablement, dans sa forme actuelle, à un texte officiel qui permettrait à l'*heres* de se servir de l'interdit : « *secundum sententiam interdicti quod adversus legatarios scriptis heredibus propositum est* [2]. » Or, ce texte ne saurait être celui de l'Edit perpétuel, puisque dans son état définitif celui-ci n'accordait l'interdit qu'au *bonorum possessor* comme le prouvent les fragments du commentaire *Ad edictum* de Paul qui nous sont parvenus[3]. C'est donc sans doute le texte d'une constitution impériale, dont on disait, comme de

1. L'étude de ce rescrit, malgré son importance évidente, a été presque complètement laissée de côté jusqu'à ses derniers temps. Lenel (*Edit perpétuel*, t. II, p. 196-198; *Edictum*[2], p. 436) ne le cite même pas. L'attention avait cependant déjà été attirée sur ce texte par Ubbelohde (*op. cit.*, p. 175-176) qui essaye assez gauchement de se débarrasser de ce témoignage, ainsi que par Voigt (*Römische Rechtsgeschichte*, 1899, t. II, p. 840, n. 52) et par E. Cuq (*Institutions Juridiques*, t. II, p. 664, n. 2) qui le considèrent comme gênant pour l'hypothèse d'une interpolation systématique de tous les textes parlant de l'*heres*. Lotmar (*op. cit.*, p. 151-153) est le premier à avoir rendu à ce texte l'importance capitale qu'il doit avoir dans cette discussion.

2. Pour Ubbelohde (*op. cit.*, p. 140, n. 2; p. 175-176 et p. 188), il n'y a cependant pas à s'attacher à ce rescrit, même en admettant son authenticité, car l'*heres* dont il est question dans le rescrit comme capable de se servir de l'interdit *Quod legatorum*, y est formellement désigné comme ayant en outre obtenu la *bonorum possessio*. Le fait est exact, mais ce n'est point sur l'ensemble du rescrit qu'il convient de s'appuyer, comme fait remarquer Lotmar, mais seulement sur la phrase qui rappelle la formule officielle de l'interdit. Quant à supposer que la chancellerie, par « *scriptis heredibus* », ait voulu désigner exclusivement les *bonorum possessores* testamentaires et non les héritiers testamentaires civils, c'est ce qui est tout à fait inadmissible. V. Lotmar, *op. cit.*, p. 153, n. 1. — Tout au plus, s'il n'y avait pas eu « *scriptis heredibus* », mais « *heredibus* » tout court, pourrait-on admettre qu'elle entendait par là tous les héritiers, civils comme prétoriens, ce qui suffirait encore à éveiller l'attention sur le texte ainsi visé, puisqu'il accorderait toujours l'interdit à l'*heres*.

3. Lotmar (*op. cit.*, p. 152) pense que Dioclétien renvoyait par ces mots à l'Edit prétorien, encore parfaitement connu et souvent cité par sa chancellerie. Cette opinion n'a rien d'invraisemblable dans son système, puisque pour lui les textes des *Frag. Vaticana* et de Paul, 63 *Ad edictum*, au Digeste, sont inexacts et se rapportent à une rédaction de l'Edit perpétuel au moins contemporaine de Julien, où l'interdit *Quod legatorum* était donné à l'*heres* comme au *bonorum possessor*. Mais, pour nous qui admettons la valeur des renseignements tirés de ces deux textes et l'exclusion de l'*heres* jusqu'au début du principat de Commode au moins, époque où Paul commença son commentaire sur l'Edit, nous ne pourrions admettre que Dioclétien visât une disposition de l'Edit perpétuel, car il faudrait supposer une addition faite au texte de l'Edit arrêté sous Hadrien, addition faite d'autorité à la suite d'une disposition législative impériale, ce qui est sans exemple et ce qui n'est pas, en général, reconnu possible. V. P. Krüger, *op. cit.*, p. 122.

celui de l'Edit, qu'il était « *propositum* » quand il avait été dûment affiché[1].

Telle est la première hypothèse que l'on peut mettre en avant pour expliquer la discordance des sources touchant l'exercice actif de l'interdit *Quod legatorum*.

Les objections que l'on peut y faire sont assez graves, sans être cependant absolument décisives. On peut lui reprocher d'abord de reposer sur toute une série de déductions et de raisonnements, dont quelques-uns ne sont que vraisemblables, pour la fixation de la date des textes en jeu et pour l'attribution du texte des *Frag. Vat.* au commentaire de Paul. On peut en outre trouver bien réduit l'espace de quelques années ou même de quelques mois que l'on a découvert, par cette méthode de datation déjà fragile, entre les deux masses de textes qui admettent ou n'admettent pas l'*heres* à exercer l'interdit; cependant, il suffit que ces deux masses de textes ne soient à aucun moment strictement contemporaines, pour que l'hypothèse d'une réforme dans l'intervalle ne soit pas insoutenable, ce qui est déjà quelque chose. Enfin, on peut s'étonner, si c'est bien à une mesure législative qu'est due l'aptitude nouvelle de l'*heres* à exercer l'interdit, qu'une constitution impériale aussi récente et aussi importante dans la matière n'ait laissé aucune autre trace que celle relevée dans un rescrit de Dioclétien, postérieur d'un siècle, et que les jurisconsultes du début du IIIe siècle, en particulier Ulpien dans le long fragment qui nous est resté au Digeste (43. 3. 1), n'y aient fait aucune allusion. Toutefois, il y aurait lieu de remarquer que ce fait n'est pas significatif chez Paul, Scaevola et Marcien dont nous n'avons que des fragments très courts, tirés d'ouvrages spéciaux, visant des espèces particulières et où ne se posait pas la question de l'exercice actif de l'interdit. Pour Ulpien même, l'argument ne serait pas beaucoup plus probant, parce que le long fragment qui est extrait de son livre 67 *Ad edictum*, et qui forme une monographie assez complète sur l'interdit, devait sans doute contenir, après les généralités du début, et avant le § 3 où se pose la question des droits de

1. V. Heumann, *Handlexikon* (9e édit. par Seckel), vo *Proponere*, p. 470.

l'héritier du *bonorum possessor* et de l'*heres* à l'interdit, un long passage où Ulpien expliquait que la formule d'interdit, donnée par l'Edit et reproduite par lui en tête de son nouveau titre, avait été modifiée par une constitution impériale dans un sens favorable à l'*heres*. Formule d'interdit trop étroite et développements sur l'extension de cet interdit à l'*heres* auraient paru inutiles et auraient été biffés, lors de la composition du Digeste[1]; mais la fin du texte d'Ulpien aurait été respectée, puisque celui-ci prenait soin de parler toujours côte à côte de l'*heres* et du *bonorum possessor*, conformément au nouveau droit, à partir du § 3[2]. Au contraire le § 2, précédant les déve-

1. Lenel (*Quellenforschungen in den Edictcommentaren*, dans *ZSS* (*RA*), 1882, t. III, p. 182) avait déjà fait la remarque que, dans tout le titre 43 du Digeste, consacré aux interdits, les compilateurs ont toujours reproduit en tête de leurs extraits d'Ulpien la formule d'interdit, sauf les formules des interdits *Salvianum* et *Quod legatorum*. Il concluait que cette double exception était motivée par une rédaction ancienne, devenue inexacte, de la formule des deux interdits. Lotmar (*op. cit.*, p. 149-150) a fait très justement observer qu'à ce compte les compilateurs auraient dû s'abstenir de reproduire d'autres formules d'interdit également vieillies, comme celle de l'interdit *Utrubi*; et nous ajouterons qu'ils auraient dû biffer et non interpoler les formules des interdits *De ripa munienda*, *Unde vi* et *De migrando* (*D.*, 43. 15; — 43. 16; — 43. 32. V. 11e éd. stéréotype par P. Krüger). Lenel n'a d'ailleurs pas reproduit cet argument dans son *Edit perpétuel*. — La conduite des compilateurs s'expliquerait mieux dans l'hypothèse émise au texte : il y aurait eu, entre le § 2 et le § 3 actuels, des développements historiques sur l'extension de l'interdit à l'*heres*, à la suite desquels Ulpien mentionnait toujours côte à côte l'*heres* et le *bonorum possessor*. Désireux d'abréger et peu attirés par l'histoire même de l'institution, les Byzantins auraient biffé tout ce qui n'était pas indispensable. V. plus bas, p. 201 [31] n. 3 le texte d'Ulpien, tel qu'il y aurait lieu de le restituer dans cette hypothèse.

2. *D.*, 43. 3. 1. § 3 : « ... *heredem heredis bonorumque possessoris* »; — § 4 : « *hereditatis petitionem instituendam et hoc interdictum reddendum* »; — § 11 : « *aditam hereditatem vel bonorum possessionem adgnitam* », 2 fois; Cf. Schirmer, *op. cit.*, dans *Archiv für die civilistische Praxis*, 1897, t. LXXXVII, p. 121, n. 1; — § 15 : « *alter ex heredibus iisve ad quos ea res pertinet* ». — Une seule fois, après le § 2, Ulpien parle de l'*heres* sans mentionner à côté de lui le *bonorum possessor*; au § 5, à propos de l'impossibilité de se servir de l'interdit *Quod legatorum* en matière, non plus de legs, mais de *donatio mortis causa*. Or, il y avait lieu ici de ne parler que de l'*heres*, puisqu'Ulpien, donnant la raison de cette impossibilité, se refère au principe très général en vertu duquel toute libéralité dépassant le taux de la loi Falcidie est nulle pour l'excédent, la propriété des choses restant à l'héritier, même si elles sont corporellement entre les mains du donataire. D'ailleurs, le mot « *heredem* », dans ce § 5, n'est soupçonné d'interpolation ni par Lenel (*Pal.*, v° *Ulpianus*, n° 1467), ni par Ubbelohde (*op. cit.*, p. 176). Il semble que P Krüger (11e édit. stéréotype du Digeste) soit le seul à suspecter le mot, et plutôt en vertu d'une vue systématique que de raisons particulières au texte.

loppements d'Ulpien sur l'exercice actif de l'interdit et donnant, tout de suite après la reproduction de la formule édictale de l'interdit, les explications sur le rôle de celui-ci, ne parlait que du *bonorum possessor*, sans encore mentionner à côté de lui l'*heres*, ce qui amena les compilateurs à remplacer le premier mot par le second, pour unifier le fragment[1]. Ainsi la teneur actuelle du fragment, loin d'être un obstacle à une extension législative de l'interdit à l'*heres*, ne s'expliquerait complètement jusque dans sa diversité d'expressions en matière d'exercice actif de l'interdit[2], que dans cette hypothèse[3].

1. *D.*, 43. 3. 1. 2 : « *Est autem et ipsum apiscendae possessionis et continet hanc causam, ut, quod quis legatorum nomine non ex voluntate heredis occupavit, id restituat heredi. Etenim aequissimum praetori visum est unumquemque non sibi ipsum jus dicere occupatis, legatis sed ab herede petere : redigit igitur ad heredes per hoc interdictum ea quae legatorum nomine possidentur, ut perinde legatarii possint eum convenire* ». Ce § 2 est à coup sûr interpolé. On a depuis longtemps relevé le désaccord de nombre entre *heredes* et *eum* dans la dernière phrase, dont la signification n'est cependant pas décisive, car il peut n'y avoir là qu'une faute de copiste postérieure à la confection du Digeste. V. Ubbelohde, *op. cit.*, p. 144, n. 14 et Lotmar, *op. cit.*, p. 147, n. 1. Il est beaucoup plus décisif, à notre sens, de constater qu'Ulpien attribue au préteur la pensée d'avoir voulu améliorer la situation de l'*heres* vis-à-vis des légataires en lui donnant l'interdit *Quod legatorum*, alors qu'il est hors de doute, comme le prouvent les Fragments du Vatican et le texte de Paul au Digeste, que le préteur n'est intervenu qu'en faveur du *bonorum possessor* et que c'est une réforme peut-être byzantine et au plus tôt contemporaine d'Ulpien mais à coup sûr pas prétorienne, qui a étendu l'interdit à l'*heres*. Le rajeunissement de cette partie du texte par les compilateurs ne nous paraît pas douteuse.

2. On n'avait pas attaché une importance suffisante, croyons-nous, jusqu'à ces derniers temps, à cette diversité d'expressions. Lotmar (*op. cit.*, p. 147 et s.) a relevé combien est singulière l'opinion de Lenel, qui croit que les compilateurs ont tantôt remplacé « *bonorum possessor* » par « *heres* » ou par « *is ad quem ea res pertinet* », tantôt juxtaposé « *heres* » à « *bonorum possessor* ». Si les diverses expressions étaient employées pêle-mêle dans le fragment d'Ulpien, on pourrait au besoin croire que les compilateurs auraient eu le souci d'éviter la monotonie et voulu varier leurs expressions ; mais le fait que toutes les interpolations soupçonnées par juxtaposition suivent celles certaines par remplacement, sans aucune exception, aurait dû conduire les interprètes à rechercher la raison de cette particularité frappante.

3. Pour fixer les idées, disons que la reconstitution approximative du texte, à laquelle conduirait l'adoption de cette hypothèse, serait à peu près la suivante : « [Pr. *Ait praetor* « *QUOD DE HIS BONIS, QUORUM POSSESSIO EX EDICTO MEO ILLI DATA EST, LEGATORUM NOMINE, NON VOLUNTATE EJUS AD QUEM EA RES PERTINET, POSSIDES, QUODQUE DOLO MALO FECISTI QUOMINUS POSSIDERES, ID, SI EO NOMINE SATISDATUM EST SIVE PER BONORUM POSSESSOREM NON STAT UT SATISDETUR, ILLI RESTITUAS* »]. 1. *Hoc interdictum volgo QUOD LEGATORUM appellatur.* 2. *Est autem et ipsum apiscendae possessionis et continet hanc causam ut, quod quis legatorum nomine non ex voluntate* [*bonorum*

Il n'en reste pas moins que, si séduisante que puisse paraître cette première explication, elle ne laisse pas de reposer sur des bases fragiles, et qu'on ne peut apporter en sa faveur, aucune preuve décisive.

II. L'hypothèse la plus ordinairement admise est beaucoup plus rigoureuse. Non seulement l'interdit aurait été primitivement refusé à l'*heres*, mais il serait resté jusqu'à la fin une pièce originale du système des *bonorum possessiones*. Ce n'est qu'au moment de la confection des compilations justiniennes que l'on aurait accordé à l'*heres* la même protection vis-à-vis des légataires qu'au *bonorum possessor*. La réforme se serait accomplie au moyen d'interpolations systématiques au Digeste et peut-être même au Code. Partout, au *bonorum possessor* on aurait substitué ou juxtaposé l'*heres*.

Les arguments sur lesquels on fait d'ordinaire reposer cette opinion ne sont pas sans force et portent tous sur le long extrait d'Ulpien qui forme le premier fragment du titre *Quod legatorum* au Digeste. Outre l'argument tiré du désaccord de nombre entre les mots « *heredes* » et « *eum* », à la fin du § 2, qui, nous l'avons vu[1], n'est pas décisif, il y a lieu de suspecter tout le § 4 qui, interpolé ou non, est incompréhensible sans correction. Dans son état présent, le § 4 prévoit le cas où l'on ne sait à quel titre est possédée une chose dépendant de l'hérédité, *pro herede*, *pro possessore* ou *pro legato* ; dans ce cas on intente à la fois la pétition d'hérédité, qui réussira si la chose est possédée *pro herede* ou *pro possessore* et l'interdit *Quod legatorum* qui réussira si elle est possédée *pro legato* ; ainsi, continue le texte, « le possesseur est toujours tenu par cet interdit ; et c'est là un procédé courant, puisque, quand de deux actions on ne sait laquelle on doit employer, on poursuit l'adversaire par les deux, en

possessoris] *occupavit, id restituat* [*bonorum possessori*]. *Etenim aequissimum praetori visum est unumquemque non sibi ipsum jus dicere occupatis legatis, sed a* [*bonorum possessore*] *petere : redigit igitur ad* [*bonorum possessorem*] *per hoc interdictum ea quae legatorum nomine possidentur, ut* [*deinde*] *legatarii possint eum convenire. 3. Hoc interdictum* [*heredem quoque habere, licet bonorum possessionem non agnoverit, a divo Antonino* (ou *Severo*) *constitutum est*], *et heredem heredis bonorumque possessoris* [-], *propter utilitatem,* [-] *dicendum est* », etc.

1. Voir plus haut, p. 201 [31], n. 1.

s'engageant à ne poursuivre que celle où l'on a intérêt [1]. » Le texte ne peut présenter les choses aussi gauchement qu'à la suite d'altérations, volontaires ou fortuites. Il est en effet impossible de dire que le possesseur est tenu de toute façon « *hoc interdicto* », alors que, des deux moyens employés, l'un est une action : la pétition d'hérédité, et l'autre un interdit. — Pour tenter de retrouver, sous sa forme actuelle, la physionomie première de ce passage d'Ulpien, il faut partir, croyons-nous, du seul point certain que contienne le texte, c'est-à-dire du second des deux termes de la comparaison annoncée par le mot « *quemadmodum* », de la chose comparable, à quoi la chose comparée doit être symétrique. Or, cette chose comparable, c'est la délivrance des deux formules d'action entre lesquelles le demandeur peut hésiter, suivie de la litiscontestation sur chacune d'elles par dictée des deux formules au défendeur [2], avec engagement de ne poursuivre que celle des deux actions qui sera susceptible d'atteindre le but visé. La chose comparée doit donc, elle aussi, comporter l'emploi parallèle de deux moyens de droit, l'un visant le possesseur *pro herede* et *pro possessore*, l'autre le possesseur *pro legato*, plutôt qu'un moyen de droit unique résultant de la fusion des deux moyens sur le choix desquels le demandeur hésite. Il est donc à supposer que, dans le premier membre de phrase, Ulpien rapportant Arrianus disait que l'on devait utiliser concurremment un premier moyen de droit, qu'il nous reste à déterminer, pour le cas de possession *pro herede* et *pro possessore*, et un second, l'interdit *Quod legatorum*, pour le cas de possession *pro legato* ; en sorte que le possesseur était tenu de toute façon. On en vient ainsi à constater qu'il est tout à fait impossible de conserver la lecture « *hoc interdicto* », qui ne vise pas la réussite du demandeur par l'un des deux moyens, mais par un seul moyen, l'interdit *Quod*

1 « *Quia autem nonnumquam incertum est utrum quis pro legato an pro herede vel pro possessore possideat, bellissime Arrianus scribit hereditatis petitionem instituendam et hoc interdictum reddendum, ut, sive quis pro herede vel pro possessore sive pro legato possideat, hoc interdicto teneatur, quemadmodum solemus facere, quotiens incertum est, quae potius actio teneat : nam duas dictamus protestati ex altera nos velle consequi quod nos contingit* ».

2. Sur ce procédé de litiscontestation, voir Girard, *Manuel*[5], p. 1011, n. 4.

legatorum, ce qui est absurde[1], et à rechercher quelle correction il y a lieu de proposer pour maintenir jusqu'au bout de la phrase l'alternative qui fait le fond même de l'hypothèse. La correction la plus simple nous paraît être de remplacer « *hoc* » par « *alterutro* », afin de rétablir l'alternative. Mais alors, comme cette correction implique une alternative de réussite entre deux interdits, selon que la chose est possédée soit *pro legato*, soit *pro herede* ou *pro possessore*, elle implique aussi la mention de l'interdit *Quorum bonorum* à côté de l'interdit *Quod legatorum* dans la solution « élégante » prêtée par Ulpien à Arrianus[2]. — On voit donc que le texte d'Ulpien est, jusqu'à

1. La suppression radicale des mots « *hoc interdicto* » est proposée par Mommsen, *Digeste*, t. II, p. 569; cf., 11e éd. stéréotype par P. Krüger, p. 728, n. 20. — Au contraire, Lenel les conserve, comme cela résulte de ce qu'il ne reproduit pas la conjecture de Mommsen dans sa *Palingenesia*, v° *Ulpianus*, n° 1467. C'est même en partant des mots « *hoc interdicto* » que Lenel, si nous pénétrons bien sa pensée, attribue à Arrianus et à Ulpien l'idée d'un interdit unique, où seraient venus se combiner, se fondre pour les besoins de la cause, d'une part l'interdit *Quod legatorum* et d'autre part l'interdit *Quorum bonorum*, la mention de ce dernier se trouvant dans le texte d'Ulpien à la place des mots « *hereditatis petitionem instituendam* » interpolés par les compilateurs conformément à leur procédé systématique d'extension à l'*heres* des textes qui, primitivement, ne pouvaient parler que du *bonorum possessor*, seul alors capable d'intenter l'interdit *Quod legatorum*. Lenel aboutit ainsi à la restitution suivante : « [*Quorum bonorum*] *et hoc interdictum reddendum ut, sive quis...., sive.... possideat, hoc interdicto teneatur.* » V. *Edit perpétuel*, t. II, p. 197 et n. 2; *Edictum*[2], p. 437, n. 3; suivi par Ubbelohde, *op. cit.*, p. 33. — Cf. : Heumann, *Handlexikon*, 9e éd. par Seckel, v° *Instituere*; *Vocabularium Jurispr. rom.*, v° *Hereditas*, t. III. fasc. 1, col. 89, ligne 34; *Digeste*, 11e éd. stéréotype par P. Krüger, p. 728, n. 19. — Il ne nous paraît pas possible de croire avec Lenel à cet interdit à double face, combinaison de l'interdit *Quod legatorum* et de l'interdit *Quorum bonorum*. En effet, nous ne connaissons aucun autre exemple en procédure romaine de telles combinaisons, et nous ne voyons pas comment on pourrait libeller la formule de cet interdit hybride. En outre, la restitution proposée par Lenel nous semble absolument impossible au point de vue grammatical, si, comme il est probable, il faut étendre aux interdits la remarque déjà faite pour les actions, relative au byzantinisme de leur dénomination non précédée du mot « *actio* ». Cf. P. Collinet, *Contributions*, V, dans la *NRH*, 1910, t. XXXIV, p. 157 et s. Enfin, l'hypothèse d'un interdit combiné unique n'est pas comparable à celle de deux actions distinctes dont on ne poursuit jusqu'au bout que celle qui compète réellement au demandeur dans l'espèce concrète où il se trouve vis-à-vis du défendeur. Or, Ulpien fait cette comparaison. — Si au contraire la pensée de Lenel est qu'il y avait bien délivrance des deux interdits et non combinaison des deux en un seul, comme semble le croire Lotmar (*op. cit.*, p. 148, n. 3), à tort selon nous, et comme c'est en tout cas la pensée de Stintzing (*Beiträge zur röm. Rechtsgeschichte*, 1901, p. 78), ce système se heurte aux mots « *hoc interdicto* » tout comme le système qui résulte du texte dans son état présent, ainsi que l'a remarqué Lotmar, *ibid.*

2. La restitution du texte serait alors la suivante : « .... *bellissime Arrianus scribit*

un certain point, suspect et qu'il présente peut-être des indices d'une rédaction primitive défavorable à l'*heres*.

Par contre, nous ne pouvons donner comme un argument en faveur de l'hypothèse d'une interpolation, l'emploi de l'expression « *ejus ad quem ea res pertinet* » dans les §§ 11 à 15 de notre fragment d'Ulpien, bien que, dans l'opinion de Lenel, ce soit une des principales raisons d'y croire. C'est bien à tort en effet que Lenel a cru voir une discordance entre cette expression rapportée par Ulpien (*D.*, 43. 3. 1. 11) comme édictale et l'expression « *ejus cui bonorum possessio data erit* », également donnée comme édictale par le § 90 des *Frag. Vat.*, puisque cette dernière est celle de la *rubrica* sous quoi était inscrite la formule de l'interdit, tandis que celle qu'Ulpien commente est l'expression contenue dans cette formule même[1].

En résumé, il n'est guère contestable que le fragment d'Ulpien ait subi des retouches, sans doute à l'époque byzantine. Mais

[*interdictum QUORUM BONORUM*] *et hoc interdictum reddendum, ut, sive quis.... sive....possideat,* [*alterutro*] *interdicto teneatur* ». — Dans l'hypothèse présentée plus haut, où Ulpien aurait bien connu la possibilité pour l'*heres* d'intenter l'interdit *Quod legatorum*, il ne serait pas besoin de modifier la première phrase dans un sens voisin de celui proposé par Lenel ; pour rendre le texte compréhensible, il suffirait de remplacer, non pas seulement « *hoc* » mais « *hoc interdicto* », par « *alterutro* » et l'on aurait la restitution suivante : « .... *bellissime Arrianus scribit hereditatis petitionem instituendam et hoc interdictum reddendum, ut, sive quis.... sive.... possideat,* [*alterutro*] *teneatur* ». « *Alterutro* » au neutre s'accorderait, conformément à la syntaxe latine, avec le plus proche des substantifs auxquels il s'applique : « *interdictum* ».

1. Sur ce point, v. *supra*, p. 182 [12] et s. — Lenel, qui ne fait pas cette distinction nécessaire entre le texte de la *rubrica* de l'Edit et le texte de la formule de l'interdit, en conclut naturellement à la discordance des deux expressions et ne peut que croire à l'interpolation du texte d'Ulpien dans un but de généralisation. (V. *Edit perpétuel*, t. II, p. 196-197 ; *Edictum* [2], p. 437). Stintzing (*op. cit.*, p. 77, n. 1) est le premier à avoir indiqué cette distinction, sans y insister, et à avoir, en conséquence, rejeté l'idée d'une interpolation, proposée par Lenel. De son côté Lotmar (*op. cit.*, p. 145) fait à bon droit remarquer que si les compilateurs avaient voulu adapter au droit de leur temps une citation de l'Edit où ils lisaient : « *non voluntate ejus cui bonorum possessio data est* », ils n'auraient sans doute pas été choisir la périphrase « *ad quem ea res pertinet* », mais ils auraient remplacé toute la phrase par le mot « *heredis* », comme ils venaient de le faire dans les paragraphes précédents, selon Lenel lui-même, ou bien ils se seraient contenter d'ajouter « *heredis* ». Au surplus, selon Lotmar (p. 145, n. 3 et 146, n. 1 et 2), cette expression « *ad quem ea res pertinet* », que Lenel croit byzantine parce qu'elle lui semble incolore, est étrangère à la latinité de Justinien et se rencontre au contraire dans le texte des lois et de l'Edit, par exemple dans le ch. 65 de la *lex Malacitana* : « *ut ei.... praedes socii here-*

ces retouches sont, du moins au point de vue de l'exercice de l'interdit par l'*heres*, à coup sûr moins nombreuses que ne le croit Lenel et il n'est pas absolument certain que la seule restitution possible du texte ait pour résultat d'en faire disparaître la mention de l'*heres* et celle de la *petitio hereditatis*. Il n'y a cependant aucune raison décisive en sens contraire, tirée du texte même d'Ulpien. Tout au plus pourrait-on tirer argument, contre l'interpolation du texte d'Ulpien, de sa confrontation avec celui de Paul qui le suit au Digeste et qui n'est pas interpolé. On a pu soutenir, non sans quelque apparence de raison, qu'il était impossible de croire à l'interpolation du premier et à l'omission d'interpoler qui caractériserait le second[1]. Mais il faut tou-

desque eorum iique, ad quos ea res pertinebit, de is rebus gaere.... recte possit » et dans un passage de Paul, dans son 73e livre *Ad edictum* consacré à une étude générale des stipulations prétoriennes (*D.*, 50. 16. 70) : « *Verba haec « is ad quem ea res pertinet » sic intelliguntur ut, qui in universum dominium vel jure civili vel jure praetorio succedit, contineatur* ». Il est donc fort naturel que l'Edit ait visé par là le *bonorum possessor* et ses ayant-cause à titre universel. L'expression était claire et ne nécessitait aucun développement de la part d'Ulpien, d'autant que le jurisconsulte avait déjà donné, au § 3 et peut-être dans un passage plus long disparu, des explications sur l'exercice de l'interdit, en particulier sur son exercice par les successeurs à titre universel du premier successeur : « *Hoc interdictum et heredem heredis bonorumque possessoris habere propter utilitatem hujus (? dicendum est* ». Arrivé au commentaire de la clause relative au défaut de consentement chez l'héritier, civil ou prétorien, au moment de la prise de possession *pro legato*, au § 11, Ulpien n'avait pas à revenir sur l'exercice actif de l'interdit, mais seulement à développer les règles propres à ce consentement. Le manque d'explications d'Ulpien ne nous semble donc pas être une preuve d'interpolation, malgré Lenel, *loc. cit.*

1. Lotmar (*op. cit.*, p. 139 et n. 1 ; p. 151) s'est élevé assez vivement contre l'hypothèse d'un oubli des compilateurs relatif au fragment de Paul, en faisant remarquer qu'il est assez singulier qu'un tel oubli se soit produit au titre qui est le siège de la matière, alors qu'on n'aurait omis d'interpoler aucun des autres textes parlant de l'interdit *Quod legatorum* et de l'*heres* épars ailleurs au Digeste. Cette omission paraîtra d'autant plus extraordinaire qu'elle est l'œuvre de la même sous-commission édictale qui venait d'extraire des commentaires d'Ulpien le fragment 1, alors que les autres sous-commissions, qui n'avaient pas dans leurs attributions le dépouillement des livres des commentaires consacrés aux interdits, n'auraient jamais omis d'interpoler : ni la sous-commission Papinienne qui a extrait de la monographie de Paul, *Ad legem Falcidiam* le frag. 1, § 11, au *D.*, 35. 2 (Lenel, *Pal.*, v° *Paulus*, n° 921) et des *Responsa* de Scaevola les frag. 17, au *D.*, 33. 2 et frag. 26, au *D.*, 35. 2 (Lenel, *Pal.*, v° *Scaevola*, n°s 262 et 307), ni la sous commission Sabinienne qui, de son côté, a extrait des *Institutiones* de Marcien le frag. 40, au *D.*, 46. 3 (Lenel, *Pal.*, v° *Marcianus*, n° 80). En outre, la sous-commission édictale aurait interpolé dix fois le fragment 1, d'Ulpien, c'est-à-dire l'aurait interpolé soigneusement partout où il y avait lieu de le faire, tandis qu'elle aurait omis de le faire deux fois dans le fragment 2, aux deux seuls endroits où elle pouvait le faire. Enfin,

jours bien en venir à constater que, soit par oubli, soit par négligence, soit pour toute autre raison, les compilateurs n'ont pas unifié ces deux fragments pour les mettre d'accord avec le droit de leur temps favorable à l'*heres*, soit que les deux fragments n'aient tous deux parlé que du *bonorum possessor* et qu'ils se soient contentés d'interpoler le premier, soit qu'ils aient trouvé le premier déjà favorable à l'*heres* et le second encore préoccupé du *bonorum possessor* seul. Tout ce qu'il est permis de dire, c'est que l'omission des compilateurs se conçoit plus aisément dans le second cas, où ils auraient mis bout à bout sans discernement tous les anciens textes relatifs à l'interdit, que dans le premier où ils se seraient livrés à des interpolations systématiques.

On voit qu'il n'est pas impossible que le fragment d'Ulpien ait été systématiquement interpolé pour étendre à l'*heres* les solutions qu'il ne donnait qu'à propos du *bonorum possessor*. Et cette interpolation systématique admise, il en résulterait que les autres textes du Digeste qui semblent donner l'interdit à l'*heres* auraient subi les mêmes remaniements, bien qu'ils ne présentent aucune trace matérielle d'interpolation[1].

Il resterait encore à accorder avec cette hypothèse d'interpo-

il y a lieu de remarquer que, s'il y a eu omission d'interpoler, au frag. 2, ce n'est qu'au point de vue de l'exercice de l'interdit par le *bonorum possessor*, car en trois endroits, la sous-commission édictale n'a pas manqué d'interpoler, à d'autres points de vue : d'abord, au *principium*, le mot « *fidejussores* » est interpolé comme de coutume pour « *sponsores* » puisqu'il s'agit là d'une stipulation prétorienne : ensuite, au § 3, il est dit que si le légataire, au lieu d'exiger une *satisdatio*, comme il en a le droit, se contente d'un simple engagement, d'une *nuda repromissio*, dans ce cas l'interdit « sera donné » : ce qui est contraire à la formule même de l'interdit, qui suppose que celui-ci est délivré avant la prestation de la *satisdatio*, et non à la suite de celle-ci et qui se contente de subordonner à cette condition le succès du demandeur dans la procédure *per sponsionem* (Cf., E. Pfersche, *Die Interdicte*, 1888, p. 145) ; enfin, au § 4, où les mots « *non competit interdictum* » doivent être interpolés pour la même raison. Cf. Lenel, *Pal.*, v° *Paulus*, n° 747 ; t. I, col. 1081, n. 3, 4, 5. — Il semble assez difficile, dans ces conditions, de croire à un simple oubli d'inadvertance. Mais il n'en faut point conclure, avec Lotmar (*loc. cit.*) à l'absurdité de l'hypothèse d'une omission qui résulterait de quelque particularité de travail des compilateurs, dont nous n'avons plus connaissance.

1. Lotmar (*op. cit.*, p. 130 et s.) a déjà remarqué ce manque d'indices matériels. Il a également relevé que plusieurs auteurs, dans l'impossibilité de croire à une interpolation, préféraient admettre que ces textes ne se rapportaient pas à l'interdit *Quod legatorum*. Cf. *supra*, p. 188 [18].

lation des textes du Digeste le renvoi fait par Dioclétien dans son rescrit de l'an 293 (*C. J.*, 8. 3. *c. un.*)[1]. Si le texte doit être maintenu dans la forme où nous le voyons, il est incontestable qu'il prouve l'extension de l'interdit à l'*heres* non seulement pour la fin du IIIe siècle, mais même pour une époque antérieure, contemporaine de l'acte officiel indéterminé qui fit cette réforme et visé par l'expression « *interdictum quod adversus legatarios scriptis heredibus propositum est*[2] ». Toutefois, comme il est impossible que cette phrase vise l'Edit perpétuel qui, à coup sûr, ne donnait notre interdit qu'au *bonorum possessor*, elle ne peut guère viser qu'une constitution impériale que rien n'empêche de croire postérieure aux textes d'Ulpien, de Scaevola et de Marcien, si l'on admet que ces textes soient interpolés.

Telles sont les deux hypothèses explicatives qui peuvent être mises en avant. Il nous semble que, dans l'état présent des sources et des connaissances, on n'en puisse guère présenter d'autres. Il nous semble également que le plus sage est de ne

1. Cf. *supra*, p. 198 [28], n. 1.

2. Nous ne pensons pas qu'on puisse admettre dans le texte un changement de quelque importance. Certes, son insertion au Code Justinien ne constitue pas pour lui une immunité, comme on sait. D'autre part, il est à remarquer que son attribution à l'interdit *Quod legatorum* ne résulte pas formellement de sa teneur même, mais seulement de son insertion au titre *Quod legatorum* et de l'espèce qu'il rapporte; en sorte que si cette espèce peut convenir également à une autre institution que notre interdit, on peut se demander si les compilateurs n'ont pas facticement, et même au moyen d'une légère retouche, fait rentrer dans le cadre de l'interdit *Quod legatorum* un rescrit qui n'avait aucun rapport avec celui-ci primitivement. Dans l'espèce concrète soumise à l'empereur par Latina, on peut se demander quel besoin pouvait bien avoir celle-ci de s'adresser à l'empereur pour le consulter, puisque son père, auquel elle avait succédé, était *heres* du testateur et avait en outre obtenu la *bonorum possessio*, et que par conséquent elle était sans conteste dans le cas de se servir de l'interdit. On est donc facilement porté à croire qu'elle demandait s'il ne lui était pas possible d'user d'un moyen plus favorable encore que l'interdit *Quod legatorum*, par exemple de la faculté de se mettre en possession des choses que possédait le défunt à sa mort, conformément à la *missio divi Hadriani*, dont elle avait peut-être rempli les formalités (Sur ce point, v. Girard, *Manuel*[5], p. 909, n. 3, et Ubbelohde, *op. cit.*, p. 84-98). L'indication du *scriptus heres*, et non pas de l'*heres* tout court qui serait suffisante puisqu'il est bien évident que l'on est dans le cas de l'hérédité testamentaire, pourrait être un autre indice qu'il s'agit là de la *missio in possessionem scripti heredis*. Dans ce cas, il faudrait corriger ainsi la phrase où Dioclétien renvoie à un acte officiel antérieur : « *secundum sententiam* [*e*]*dicti* [*divi Hadriani quod*] *scriptis heredibus propositum*

se prononcer ni pour l'une ni pour l'autre, en présence de tant d'incertitudes, et de borner nos conclusions aux points que nous considérons comme acquis : l'interdit *Quod legatorum* n'était accordé par l'Edit perpétuel qu'au *bonorum possessor* ; cet état de choses dura au moins jusque vers la fin du règne de Commode et au plus jusqu'à Dioclétien, qui connaît déjà, en 293, un interdit *Quod legatorum* accordé aux héritiers civils. Ainsi reste à nos yeux certain ce point capital que l'interdit *Quod legatorum* est très longtemps resté une des pièces propres du système des *bonorum possessiones* prétoriennes.

est ». Une telle interpolation n'a rien d'invraisemblable, car les deux constitutions du Code Théodosien, parlant de l'*edictum divi Hadriani*, qui se retrouvent au Code Justinien, y ont été remaniées en ce sens : La constitution de Théodose de 424, qui porte « *aut certe edicto divi Hadriani se mitti ad possessionem* » au Code Théodosien (éd. Mommsen et Meyer, 4. 4. 7. pr.). porte « *aut certe se mitti...* » au Code Justinien (6. 36. 8) ; de même, la phrase « *ne ii quos scriptos paterit heredes edicti per divum Hadrianum conditi beneficium consequantur, ausus fuerit....* », d'une constitution de Gratien, Valentinien et Théodose, de 379 au Code Théodosien (11. 36. 26), devient « *ne ii quos scriptos paterit heredes in possessionem mittantur ausus fuerit*, etc. » au Code Justinien (7. 65. 6). Il semble donc bien y avoir eu parti pris de faire disparaître toute trace de la *missio divi Hadriani*, en dehors de la célèbre constitution de Justinien insérée au titre *De edicto divi Hadriani tollendo* (*C. J.*, 6. 33. 3), et il est possible en soi que Dioclétien se soit également référé à cet édit. Cependant, cette supposition nous semble ici se heurter à ce fait que le texte subordonne la réussite du moyen de droit recommandé à Latina à la prestation de *satisdatio* exigée dans ce cas. Or, il n'y avait de *satisdatio* exigée de l'*heres* ou du *bonorum possessor* qu'en matière d'interdit *Quod legatorum* et non pas en matière de *missio ex edicto divi Hadriani*. V. Ubbelohde, *op. cit.*, p. 95-96.

FRUCTUS DUPLIO[1]

PAR

PIERRE PETOT

Docteur en Droit

A la fin de l'époque classique du droit romain, la théorie de l'attribution des fruits de la chose litigieuse dans les deux principales actions réelles, pétition d'hérédité et revendication, présente une grande complexité. Elle est l'aboutissement de développements historiques distincts qui permettent seuls de l'expliquer. Pour les fruits antérieurs à la *litis contestatio*, il faut distinguer entre les deux actions : dans la revendication, ils ne sont dus en aucun cas par le possesseur de bonne foi ; ils ne peuvent être réclamés au possesseur de mauvaise foi que par des actions particulières, revendication s'ils subsistent en nature, *condictio* s'ils ont déjà été consommés[2] ; c'est une application de l'antique loi de la simplicité des actes juridiques dégagée par Jhering. Par contre, cette loi est mise en échec dans la pétition d'hérédité par la maxime *fructus augent hereditatem*. Celle-ci ne peut-être antérieure au développement jurisprudentiel assez récent qui fit considérer le possesseur de l'hérédité comme une sorte d'administrateur responsable. Nous ne la connaissons en tout cas que dans le développement final qu'elle prit, sous l'influence du sénatus-consulte Juventien de 129 : le possesseur de mauvaise foi est obligé de restituer avec l'hérédité elle-même tous les fruits qu'il a perçus ou qu'il aurait

1. XII Tables, XII, 3. — Cf. Festus, (Paul Diacre), *v° Duplionem*, (éd. Mueller, (1839) p. 66.)

2. Cf. *Girard, Manuel*[6], (1911), p. 346, n. 1. et les auteurs cités dans cette note.

dû percevoir. Le possesseur de bonne foi n'est comptable de ces fruits que dans la mesure de son enrichissement[1]. Une règle tout à fait différente s'applique aux fruits intérimaires, postérieurs à la *litis contestatio*. Dans toutes les hypothèses, ils doivent être restitués par le possesseur évincé avec la chose litigieuse elle-même; ils forment avec elle un ensemble indissoluble, ils font partie de la *res*[2]. Il en était déjà ainsi dans la très ancienne procédure du *sacramentum in rem*, où les *praedes* garantissaient la restitution des fruits en même temps que celle de l'objet principal du procès[3]. Ils furent également compris

1. Girard, *Manuel*[5], p. 906.

2. Cette incorporation des fruits dans la *res* à restituer est prouvée avec une clarté particulière par Paul, *Lib. 21 ad Edictum*, *D.*, 6, 1, *De rei vindicatione*, 35. § 1 : où l'on voit que le juré qui vient de rendre une sentence injuste ne peut en atténuer les effets en décidant autrement quant aux fruits « .... *alioquin ut Mauricianus ait, nec rem arbitrabitur judex mihi restitui, et quare habeat quod non esset habiturus possessor, si statim possessionem restituisset?* » M. G. Beseler, *Beiträge zür Kritik der römischen Rechtsquellen, Zweites Heft*, (1911), p. 140, présente sur la forme de ce texte, qu'il croit corrompu, diverses observations qui ne diminuent pas la force probante que nous lui donnons; et quoiqu'on puisse contester l'exactitude des restitutions auxquelles conclut M. Beseler, il n'en est pas moins certain que, dans cet endroit comme dans beaucoup d'autres, les byzantins ont gravement altéré la terminologie classique des actions réelles. — L'obligation de restituer les fruits intérimaires est encore prouvée par d'autres textes, nombreux, sur lesquels nous reviendrons. Cf. encore Institutes de Justinien, 4, 17, *De officio judicis*, 2.

3. En ce sens Bethmann-Hollweg, *Der römische Civilprozess*, I, (1864), p. 192. — de Jhering, *L'esprit du droit romain*, trad. O. de Meulenaëre, IV[3], (1888), p. 188, n. 273. — P. Viard, *Le Praes*, thèse, Dijon, (1907), p. 39. — Girard, *Manuel*[5], p. 337, n. 1. — *Contra*, Cuënot, *De la sentence du juge et de sa réalisation dans l'action sacramenti in rem*, *NRH*, 17, (1893), p. 359 et 360. — L'opinion que nous adoptons nous paraît être imposée par le texte de Gaius, 4, 16 : « (*praetor*) .... *eumque jubebat praedes adversario dare litis et vindiciarum, id est rei et fructuum....* » M. Cuënot, *loc. cit.*, p. 359, n. 4, allègue en faveur de sa théorie le passage de Pseudo-Asconius, *In Cic. Verr. II*, 1, 114 (Orelli, 191)... « *et ideo qui eam tenet dat pro praede litis et vindiciarum adversario suo, quo illi satisfaciat nihil se deterius in possessione facturum.... Praedes ergo dicuntur satisdatores locupletes pro re, de qua apud judicem lis est, ne interea qui tenet diffidens causae possessionem deteriorem faciat, tecta dissipet, excidat arbores et culta deserat.* » Voir sur la faible valeur de ce texte A. Bechmann, *Studie im Gebiete der legis actio sacramenti in rem*, (1889), p. 32, n. 5. — La première de ses deux phrases vise la *stipulatio pro praede litis et vindiciarum*, qui garantit le demandeur contre les détériorations de la chose revendiquée. La seconde, où le scoliaste répète avec plus de détails pour les *praedes* ce qu'il vient de dire pour les *sponsores* de la stipulation, nous paraît être une confusion entre les *praedes* et les *sponsores*. Nous verrons que dans le droit classique même subsistent des vestiges importants d'un système où les détériorations de la chose postérieures à la *litis contestatio* sont imputées au

dans la *stipulatio pro praede litis et vindiciarum*[1], et la procédure *per formulam petitoriam* n'a fait, sur ce point comme sur beaucoup d'autres, qu'adopter, en la façonnant à son esprit, la règle des deux procédures antérieures.

Tel est ce système qui paraît répondre à tous les besoins de la pratique et présenter un ensemble assez cohérent pour ne laisser aucune place à l'application de règles étrangères. Pourtant, à la même époque, nous possédons la trace d'un mécanisme différent par lequel le défendeur à l'action réelle, évincé, pouvait, dans certaines hypothèses, être contraint de payer à son adversaire la double valeur des fruits. L'existence de ce mécanisme ne nous est directement attestée que par des textes qui nous sont parvenus en dehors des compilations de Justinien, c'est-à-dire par des textes purs de remaniements conscients[2]. Ils suffiraient à nous mettre en suspicion contre les textes de la même époque, insérés au Digeste, qui, visant les mêmes hypothèses, sont muets sur la particularité qui nous occupe. Ce soupçon est singulièrement fortifié par un autre fait : une constitution de Valentinien et Valens de l'an 369 qui apporte une extension considérable au système de doublement des fruits que nous allons décrire, est reproduite, avec des remaniements importants, au Code de Justinien, 7, 51, *De fructibus et litis expensis*, 2. Ces remaniements, comme le prouve la comparaison du texte déformé par les compilateurs avec la version première du Code Théodosien, 4, 18, *De fructibus et litis expensis*, 1, ont eu pour but principal de supprimer la mention du doublement des fruits[3]. Enfin divers

défendeur, non pas sur la revendication, mais sur une action délictuelle. Il serait invraisemblable que le système plus simple et plus parfait que décrit Pseudo-Asconius, soit le système primitif. D'ailleurs, le texte invoqué par M. Cuënot, s'il ne parle pas des fruits, ne prouve pas du moins que leur restitution ne soit pas garantie par les *praedes*. En serait-il d'ailleurs autrement que la rédaction tardive de notre glose (IVe ou Ve siècle) suffirait à lui enlever sa force probante. (Cf. *Teuffels Geschichte der römischen Literatur*, 6e édition, par M. Kroll et Fr. Skutsch, 2. (1910), p. 246.)

1. Voici la note précédente, et O. Lenel, *Edictum* [2], (1907), p. 500 et 501. — Girard, *Manuel*[5], p. 338.

2. Voir les textes étudiés au § I de cette étude.

3. On se rendra facilement compte de la portée de ces remaniements en consultant le tableau placé en marge de notre constitution dans l'édition du Code Théodosien de Th. Mommsen et P. Meyer. Cette constitution apporte une extension très considérable au système que nous allons décrire. D'une part il étend l'obligation de

textes au Digeste ne peuvent être expliqués entièrement qu'à l'aide du mécanisme aboli[1]. Dans cette étude que nous dédions respectueusement à notre vénéré maître, nous chercherons à discerner ces textes. Mais pour le faire sans construire de trop fragiles hypothèses, nous devrons au préalable préciser les renseignements sûrs que nous donnent les textes étrangers au *Corpus juris civilis*. Ces renseignements, joints à ceux que nous fournira ensuite le Digeste, nous permettront de rechercher l'origine et l'évolution de l'institution du doublement des fruits dans les actions réelles.

I

Les seuls renseignements clairs, précis, que nous possédions sur le doublement des fruits, nous sont fournis par trois passages très brefs des *Sentences* de Paul[2]. Ils ont été admirablement analysés et situés par M. Lenel[3]. Nous ne saurions mieux faire que de rapporter son argumentation .

L'un d'eux, le fragment 5, 9, 1, parlant d'une stipulation qu'il ne nomme pas, nous dit qu'elle contenait une clause visant les doubles fruits. Quelle est cette stipulation? Le texte nous

restituer les fruits sur l'action en revendication, aux fruits antérieurs à la *litis contestatio*. D'autre part il oblige le défendeur de mauvaise foi seul à restituer ces fruits au double, poussant ainsi à ses derniers degrés une évolution jurisprudentielle dont nous chercherons à dégager la marche, et dont l'expression la plus claire se trouve dans l'allusion au doublement des fruits faite par une constitution de Gratien, Valentinien et Théodose, de 380, *C. Th.*, 4, 19, *De usuris rei judicatae*, 1, *pr.* — Cf. Girard, *Manuel*[3], p. 346, n. 1. — A. Pernice, *Labeo*, II, 1[2], (1895), p. 349, n. 4. — C'est sans doute à une application du système établi par la constitution de Valentinien et Valens, que fait allusion une lettre non classée de Saint Ambroise, évêque de Milan de 374 à 397 (Cf. Schanz, *Geschichte der römischen Litteratur*, IV, 1, (1904), p. 286 et sq. et pour la correspondance p. 323 et 324), *Epist.*, 2, 82, 4 (dans Migne, *Patrologie latine*, 16, p. 1277). — Il importe enfin de signaler l'existence, à l'époque classique, d'un système très analogue au doublement des fruits dans les actions réelles : c'est la condamnation au quadruple des fruits qui accompagne la revendication par le fisc des biens aliénés, alors qu'il était encore seulement accusé, par un individu ultérieurement condamné : *Fragmentum de jure fisci*, 20.

1. Il semble pourtant, à lire Accarias, *Précis de droit romain*, II[4], (1891), p. 828, que cet auteur croyait que le système a persisté jusqu'à Justinien.

2. Paul, *Sentences*, 1, 13 b, 8. — 5, 9, 1 et 2.

3. Lenel, *Edictum*[2], p. 499 à 501. Voir encore un aperçu bref mais substantiel dans Keller-Wach, *Römische Civilprozess*[6], (1883), p. 283.

apprend que c'est celle que le préteur exige de l'héritier, institué sous condition suspensive, en lui accordant la *bonorum possessio secundum tabulas,* avant la réalisation de la condition, pour garantir l'héritier substitué contre les résultats dangereux pour lui de cette administration provisoire[1]. La stipulation produira son effet si, la condition venant à défaillir, le substitué fait adition de l'hérédité et la réclame à l'institué ou à ses héritiers. Or, nous possédons un texte qui vise la même hypothèse, et parle de cette même stipulation : c'est la loi 12 au Digeste, 2, 8, *Qui satisdare cogantur*. Il est extrait du livre 77 *ad Edictum* d'Ulpien, dans lequel le jurisconsulte étudiait la *stipulatio pro praede litis et vindiciarum*, alors qu'il n'abordait la *stipulatio judicatum solvi* qu'au livre 78[2]. Notre texte est donc relatif à la *stipulatio pro praede litis et vindiciarum*[3], c'est-à-dire à la caution fournie, dans son usage le plus normal, par le défendeur à l'action réelle intentée *per sponsionem*. Des deux autres textes, l'un, 5, 9, 2 vise certainement aussi la *stipulatio pro praede litis et vindiciarum*[4]. L'autre, 1, 13 b, 8 peut se rapporter à cette stipulation, ou à une pétition d'hérédité intentée *per formulam petitoriam*[5] ; la solution de la question présente maintenant peu d'importance, contentons-nous de signaler qu'elle est douteuse.

Non seulement ces textes de Paul nous apprennent que le système du doublement des fruits existait à coup sûr à l'époque classique dans les actions réelles[6] intentées *per sponsionem*, mais ils nous montrent encore en quoi il consistait. Nous pou-

1. Cf. Girard, *Manuel*[5], p. 824, n. 4 et 5.

2. Lenel, *Edictum*[2], p. 496 et 497. Voir sur la valeur de cette argumentation de M. Lenel, Girard, *Mélanges de droit romain*, I. *Histoire des sources*, (1912), p. 263. Les critiques que lui a opposées Karlowa, *Römische Rechtsgeschichte*, II, (1901), p. 441, n. 2, nous semblent trop vagues pour être convaincantes, et sont d'ailleurs réfutées par M. Lenel lui-même, *op. cit.*, p. 509.

3. Cf. en ce sens, outre Lenel, *loc. cit.*, O. Karlowa, *Römische Rechtsgeschichte*, 2, p. 441, n. 3 (avec une légère différence) et Girard, *Manuel*[5], p. 338, n. 2.

4. Cf. Lenel, *Edictum*[2], p. 502. — J. Duquesne, *La translatio judicii dans la procédure civile romaine*, (1910), p. 69, n. 1.

5. Car la pétition d'hérédité peut, comme la revendication, être intentée par formule pétitoire. En ce sens Girard, *Manuel*[5], p. 901, n. 4.

6. Nous admettons, comme nous incitent à le faire, et les vraisemblances générales, et les textes que nous aurons à examiner dans notre deuxième paragraphe,

vons tout d'abord préciser de quels fruits il s'agit : ce sont les fruits postérieurs à la *litis contestatio,* les fruits intérimaires :

Ex die accepti judicii dupli fructus computantur[1].

La valeur de ces fruits intérimaires sera payée au double par le défendeur évincé dans deux cas sur lesquels Paul nous renseigne également; d'une part, si le possesseur a négligé de percevoir ou de conserver les fruits de l'objet litigieux, et se trouve par suite dans l'impossibilité de les restituer en nature :

Possessor hereditatis qui ex ea fructus capere vel possidere, neglexit, duplam eorum aestimationem praestare cogetur[2].

D'autre part, si la chose vient à dépérir au cours du procès entre les mains du défendeur :

Substitutus heres ab instituto, qui sub condicione scriptus est, utiliter sibi institutum hac stipulatione cavere compellit, ne petita bonorum possessione res hereditarias deminuat : hoc enim casu ex die interpositae stipulationis duplos fructus praestare compellitur[3].

Cette seconde hypothèse peut être complétée quant au sens et quant à la forme pour la rédaction de la *stipulatio pro praede litis et vindiciarum*, par le n° 52 du recueil d'abréviations juridiques de Valerius Probus transmis par le manuscrit d'Einsiedeln : *D. D. D.* [*M*]. *Deinde deperit deminutum*[4]. Le défen-

que les renseignements donnés par Paul valent aussi bien, s'il s'agit d'une revendication que d'une pétition d'hérédité. Rien ne prouve que la rédaction de la *stipulatio pro praede litis et vindiciarum* ait varié selon la nature de l'action. M. Lenel, qui ne fait à ce sujet aucune observation, paraît se rallier à cette manière de voir.

1. Paul, *Sentences*, 5, 9, 2.

2. Paul, *Sentences*, 1, 13 b, 8. — Cette hypothèse, à première vue la plus frappante, est indiquée seule par Wetzell, *Der römische Vindicationsprozess*, (1845), p. 32 et 33. — A. Esmein, *Mélanges d'histoire du droit et de critique*, I, *Droit romain*, (1886), p. 192 et 193, — E. Cuq, *Les institutions juridiques des Romains*, I², (1904), p. 147, n. 5. — Girard, *Manuel*⁵, p. 337, n. 1 et 338, n. 2. — A. Pernice, *Labeo*, II, 1², p. 348, n. 2.

3. Paul, *Sentences*, 5, 9, 1. — Il n'y a pas à s'arrêter à cette objection possible que les détails donnés par ce texte peuvent être propres à la stipulation détournée de son utilisation normale; il ne faut pas non plus voir une objection au principe que nous avons admis, que les fruits sont doublés à partir de la *litis contestatio*, dans les mots *ex die interpositae stipulationis*. C'est qu'ici la stipulation fournie par le substitué, au moment où il est envoyé en possession, joue le même rôle que la *litis contestatio* dans le procès réel. Cf. Lenel, *Edictum*², p. 503 à 509, sur tous ces points.

4. Cf. Lenel, *Edictum*², p. 501. — Girard, *Un nouveau manuscrit des extraits alphabétiques de Probus*, *NRH*, 34, (1910), p. 492, en note sous le n° 1.

deur et ses cautions seront tenus de la double valeur des fruits intérimaires, si la chose dépérit ou est diminuée au cours du procès. La chose dépérit si elle est matériellement perdue ou amoindrie[1] : elle est diminuée si elle subit quelque dépréciation juridique[2].

Il semble donc que nous ayons deux hypothèses distinctes de doublement des fruits. Ce n'est, croyons-nous, qu'une fausse apparence : la seconde, la *deminutio*, nous paraît être assez large pour comprendre la première ; nous avons dit au début de cette étude que les fruits intérimaires rentraient dans le concept de la *res* litigieuse, dont la restitution est intégralement exigée du défendeur évincé[3]. Si ces fruits n'ont pas été perçus ou ont disparu par la négligence du possesseur, la *res* en est diminuée. La négligence dans la perception ou la conservation des fruits n'est ainsi qu'une des hypothèses possibles de *deminutio* de l'objet de la restitution[4].

Voici donc les seules bases solides de notre recherche : à l'époque classique, dans les actions réelles intentées *per sponsionem*, le défendeur évincé et ses cautions sont tenus de payer au revendiquant la double valeur des fruits intérimaires, lorsque l'objet à restituer a subi, entre la *litis contestatio* et la sentence[5], une dépréciation matérielle ou juridique, soit dans la chose litigieuse elle-même, soit dans ses fruits.

1. Gaius, *Lib. 6 ad Edictum provinciale*, *D.*, 5, 3, *De hereditatis petitione*, 21 (texte relatif au sénatus-consulte Juventien : Lenel, *Pal.*, I, col. 201, n. 1). *Deperditum intelligitur quod in rerum natura esse desiit; deminutum vero quod usucaptum esset, et ob id de hereditate exiit.*

2. Voir le texte de Gaius cité à la note précédente; Ulpien, *Lib. 14 ad Edictum*, *D.*, *eod. tit.*, 5, *pr.*, montre que l'aliénation est également un mode de *deminutio*. Cf. Lenel, *Edictum*[2], p. 132 et 133.

3. Voir *supra* p. 212, n. 2.

4. Cette idéce st sans doute implicitement admise par M. Lenel, puisque, dans la restitution qu'il propose de la *stipulatio pro praede litis et vindiciarum* (*Edictum*[2], p. 503), il vise seulement l'hypothèse de *deperditio et deminutio*. Voir également Karlowa, *Römische Rechtsgeschichte*, II, p. 441.

5. Cette limitation de la responsabilité du défendeur aux détériorations postérieures à la *litis contestatio* est imposée pour la revendication par les principes généraux : le possesseur qui n'est, à l'époque classique, pas tenu sur la revendication de la perte dolosive de la chose ou de la possession antérieure à la *litis contestatio* (cf. O. Lenel, *Rei vindicatio und actio ad exhibendum*, *Z. Grünhut*, 37, (1910), p. 515 à 552, — O. Gradenwitz, *L. 27, § 3, de R. V. und der bösliche Entsitzer*,

Il nous faut maintenant aller plus avant, et tirer parti de ces renseignements, qui nous seront un instrument pour la critique des textes du Digeste.

II

Nous n'avons pas, bien entendu, la prétention d'apporter ici une liste complète des textes insérés aux compilations de Justinien, qui ont pu, dans leur destination première, se rapporter à la règle du doublement des fruits. Ces textes peuvent se trouver épars dans tout le *Corpus juris civilis* et nous n'apercevons aucun critérium qui nous permette de les découvrir. Contentons-nous d'étudier ceux que nos recherches nous ont permis de discerner.

Nous aurons une certitude presque absolue pour les textes originairement relatifs à une action réelle intentée *per sponsionem*, et qui parlent du règlement de la question des fruits, alors que la chose litigieuse a péri postérieurement à la liaison de l'instance. La concordance de cette hypothèse avec celle où Paul nous a montré l'existence du doublement, nous est une preuve que ces textes, dans leur teneur primitive, visaient, eux aussi, la règle qui nous occupe. Malheureusement, nous ne pouvons faire rentrer actuellement dans cette catégorie qu'un seul texte sûr, sur lequel nous nous sommes déjà expliqué ailleurs[1]. C'est un fragment du livre 74 *ad Edictum* de Paul, au *D.*, 46, 7, *Judicatum solvi*, 11[2]. L'expression *fidejussores pro lite*

Festgabe für Güterbock, (1910), p. 305 à 320. — G. Beseler, *Beiträge zür Kritik der römischen Rechtsquellen*, I. (1910), p. 27 et 28. — II. (1911), p. 134 et 135, qui use d'arguments peut-être un peu formels. — (Girard, *Manuel*[5], p. 342, n. 1) ne peut, à plus forte raison, être tenu, pour cette même époque, des détériorations qui n'entraînent pas sa perte. (Girard, *Manuel*[5], p. 345, n. 3). Quant à la pétition d'hérédité, s'il en va différemment depuis le sénatus-consulte Juventien (Girard, *Manuel*[5], p. 906, n. 2) pour le possesseur de mauvaise foi, la transformation qu'elle a subie n'intéresse, croyons-nous, que les effets généraux de l'action, et non pas le très ancien mécanisme légal que nous étudions ici. Enfin cette limitation nous paraît imposée pour les deux actions par l'argument d'analogie qu'on peut tirer de Paul, *Sentences*, 5, 9, 1.

1. Voir notre *Défaut in judicio dans la procédure ordinaire romaine*, thèse, Paris, (1912), p. 65, n. 2.

2. *Si servus qui in rem actione petebatur, lite contestata decesserit, deinde possessor litem deseruerit, quidam fidejussores ejus pro lite datos non teneri putant, quia mortuo homine nulla jam res sit : quod falsum est, quoniam expedit de evictione actionis conservandae causa, item fructuum nomine rem judicari.*

datos y a sûrement remplacé la mention des *sponsores pro praede litis et vindiciarum*[1]. L'esclave revendiqué *per sponsionem* est mort depuis la *litis contestatio*; dans cette hypothèse, la plus typique de dépérissement, s'il est question de juger pour régler la question des fruits, c'est évidemment pour faire jouer contre le défendeur évincé et ses cautions la clause de la stipulation par laquelle ils ont promis la double valeur des fruits intérimaires, si, au cours du procès, la chose vient à être dépréciée. Par contre, nous n'avons aucune certitude qu'il faille ranger dans la même catégorie un autre texte, extrait d'Ulpien, *Lib. 15 ad Edictum*, *D.*, 5, 3, *De hereditatis petitione*, 20,§16[2]. Ce texte vise bien une aliénation de choses héréditaires postérieure à la *litis contestatio*, aliénation que nous savons être une *deminutio*[3]. Mais nous ne pouvons savoir si la pétition d'hérédité envisagée a été exercée *per sponsionem* ou *per formulam petitoriam*[4].

Et le système du doublement des fruits fonctionne-t-il dans les actions réelles intentées par formule pétitoire? A notre connaissance, la question n'a jamais été examinée jusqu'ici. Elle mérite pourtant d'être posée.

Il importe d'abord d'en préciser les termes. La formule pétitoire représente par rapport aux deux mécanismes procéduraux qui l'ont précédée une simplification certaine : ni le juge de la *legis actio per sacramentum in rem*, ni le juge de l'action réelle *per sponsionem* ne tiraient eux-mêmes les conséquences de la sentence qu'ils rendaient. Dans l'un et l'autre système, c'était au

1. Cela découle, comme l'indique M. Lenel, *Pal.*, I, col. 1092, n° 809, n. 1, de ce que Paul abordant l'étude de la *stipulatio judicatum solvi* à son livre 75, avait par suite étudié la stipulation *pro praede litis et vindiciarum* à son livre 74. Cf. en ce sens J. Duquesne, *La contexture générale de la cautio judicatum solvi*, *Mélanges Fitting*, I, (1907), p. 338, n. 1. D'autre part, mais ceci est indifférent pour l'objet qui nous occupe, les compilateurs ont remplacé la mention de l'action *auctoritatis* par l'expression incolore *actio de evictione*, cf. Lenel, *op. cit.*, I, col. 1092, n. 2, et sur les deux points, Rabel, *Die Haftung des Verkäufers wegen Mangels im Rechte*, 1, *Geschichtliche Studien*, (1902), p. 27, n. 2 et 4.

2. *Quid si post petitam hereditatem res distraxerit? hic ipsae res venient fructusque earum. sed si forte tales fuerunt, quae vel steriles erant vel tempore periturae, et hae distractae sunt vero pretio, fortassis possit petitor eligere ut sibi pretia et usurae praestentur.*

3. Cf. *supra*, p. 217, n. 2.

4. Cf. Girard, *Manuel*[4], p. 901, n. 4. Nous retrouverons ce texte plus loin.

défendeur qu'il appartenait de déduire les effets de la sentence rendue contre lui, et de les réaliser, sous peine de voir exécuter ses *praedes,* de se voir poursuivre lui et ses cautions, du chef de la stipulation qu'ils avaient fournie. Dans la procédure par formule pétitoire, au contraire, c'est le juge qui, après avoir prononcé à qui appartient l'objet litigieux, en déduit les conséquences, arbitre les restitutions, et condamne le défendeur qui ne les exécute pas à une somme déterminée par le *quanti ea res erit* de la formule. En particulier, ce sera le juge de la formule pétitoire lui-même qui pourra, s'il y a lieu, condamner le défendeur à payer la double valeur des fruits intérimaires; alors que, dans les deux mécanismes antérieurs, c'était sur une instance secondaire seulement que ce système pouvait fonctionner : par une action spéciale, que nous examinerons plus loin, dans le *sacramentum in rem*; par l'action *ex stipulatu* exercée contre le défendeur et ses cautions, dans la procédure *per sponsionem.* Mais nous nous heurtons ici à une objection qui vient naturellement à l'esprit. Le libellé de la formule pétitoire nous est bien connu; et il ne prévoit pas de condamnation au double des fruits intérimaires. Le juge pourra-t-il passer outre et prononcer quand même cette condamnation? L'objection ne nous semble pas décisive. La formule pétitoire est toute schématique; elle laisse au juré un très large pouvoir de décision. Bien qu'elle n'en parle pas, elle lui laisse le droit de déférer le serment au demandeur qui n'obtient pas satisfaction par la mauvaise volonté ou le dol de son adversaire[1], elle lui laisse le droit de faire fournir caution au défendeur, dans certaines hypothèses[2], d'exiger la mancipation de la chose usucapée au cours du procès[3]. Tout cela n'est pas

1. Cf. par exemple Paul, *Lib. 13 ad Sabinum, D.*, 12, 3, *De in litem jurando*, 2. — Marcien, *Lib. 4 regularum, D., eod. tit.*, 5. — C'est sans doute de la distinction posée par ces deux textes, que la condamnation est fixée par le serment du demandeur lorsque la non-restitution provient de la *contumacia* ou du dol du défendeur, est fixée par le juge lui-même lorsqu'elle est rendue impossible par la faute du défendeur, que faisait, dans son état primitif, mention le texte bien connu et très fortement interpolé d'Ulpien, *Lib. 51 ad Edictum* (*ad Sabinum?* : Cf. Lenel, *Palingenesia*, II, col. 1197, n. 2). *D.*, 6, 1, *De rei vindicatione*, 68. — Cf. Girard, *Manuel*[5], p. 1024, n. 2.

2. Cf. par exemple, Paul, *Lib. 21 ad Edictum. D.*, 6, 1, *De rei vindicatione*, 27, § 4. — Gaius, *Lib. 7 ad Edictum provinciale, D., eod. tit.*, 18.

3. Girard, *Manuel*[5], p. 345, n. 1, et les textes cités.

plus étonnant que le droit de condamner au double des fruits. L'hypothèse de cette condamnation est donc parfaitement permise. Et s'il n'existe pas de raison de la repousser *a priori*, il en existe au contraire de très fortes qui militent en sa faveur. La règle du doublement des fruits dérive, nous le verrons, d'une loi, de la loi des XII Tables. Cette loi s'impose au magistrat et aux jurés institués par lui dans toutes les hypothèses, sans qu'on doive distinguer entre les diverses procédures. Outre cette raison théorique, il existe une raison tirée d'un texte : la constitution de Gratien, Valentinien et Théodose, de l'an 380, au Code Théodosien, 4, 19, *De usuris rei judicatae*, 1, *pr.*, qui permet de poursuivre le débiteur qui tarde à payer la somme à laquelle il a été condamné, en paiement des doubles intérêts à dater du premier jugement, invoque l'exemple de notre règle qu'elle considère comme encore existante[1].

.... Quod a nobis exemplo aequabili ex juris prisci est formulis introductum, ut, quia malae fidei debitores in fructus duplos conveniuntur, aeque malae fidei debitores simile damni periculum persequatur.

A l'époque où fut écrite cette constitution, la procédure *per sponsionem* n'existe plus : elle a disparu avec *l'ordo judiciorum*. La procédure par formule pétitoire elle-mème a été remplacée par une *cognitio extraordinaria* qui s'est calquée sur elle, qui lui a emprunté toutes ses règles. Si l'on admettait donc que le système du doublement des fruits n'a pas fonctionné dans la procédure de la formule pétitoire, il faudrait aussi admettre qu'il y a été incorporé au moment où elle se transformait en *cognitio*. Il n'existe aucun indice d'une telle réforme, et elle serait par elle-mème bien peu vraisemblable. Enfin nous allons voir que des textes qui visent très certainement la formule pétitoire ne peuvent être expliqués que par application de la règle que nous étudions.

L'un d'eux a été depuis longtemps reconnu comme tel : c'est un fragment d'Ulpien, *Lib. 24 ad Edictum*, *D.*, 10, 4, *Ad exhibendum*, 9, §6 :

1. Nous verrons plus loin quelle créance il faut accorder à ce texte, quant à l'in-

Proinde si post litem contestatam usucaptum exhibeat, non videtur exhibuisse, cum petitor intentionem suam perdiderit, et ideo absolvi eum non oportere, nisi paratus sit repetita die intentionem suscipere, ita ut fructus secundum legem aestimentur.

L'opinion traditionnelle, depuis Cujas, à laquelle nous nous rallions, voit dans la finale de ce texte une allusion à la règle légale du doublement des fruits[1]. Mais il importe de donner les raisons de cette opinion, qui n'ont jamais, croyons-nous, été exprimées[2]. Ce texte vise le mécanisme, aujourd'hui bien connu, qui fait intenter comme préliminaire à la revendication d'un meuble contre le possesseur qui nie posséder, l'*actio ad exhibendum*[3]. C'est elle qui rendra certaine cette possession, qui seule, permet l'exercice de l'action réelle. Le défendeur qui nie posséder, alors qu'il détient en réalité la chose, est évidemment un défendeur de mauvaise foi[4]. Son aversaire pourra donc, après avoir triomphé sur l'action *ad exhibendum*, lui réclamer soit par une revendication spéciale, soit par une *condictio*, les fruits de l'objet litigieux, tout au moins à partir du moment où il a nié posséder. Mais il en va autrement dans le cas où le possesseur a usucapé la chose au cours de l'instance exhibitoire. Car dès que

terprétation de la règle qu'il rappelle; toujours est-il qu'il la considère encore comme en vigueur, puisqu'il en parle au présent (*conveniuntur*).

1. Cf. Cujas, *Opera omnia*, (Naples, 1722), t. VII, col. 618, et depuis lors, Rudorff, *Edicti perpetui quae reliqua sunt*, (1869), p. 218, n. 11. — A. Esmein, *Mélanges*, I, p. 193, n. 1. — Karlowa, *Römische Rechtsgeschichte*, II, p. 440. — O. Lenel, *Edictum*[2], p. 500. — Tout dernièrement, M. J. Duquesne paraissait mettre en doute l'explication traditionnelle, et souhaitait qu'on la soumit à un examen nouveau. (*La Translatio judicii dans la procédure civile romaine*, (1910), p. 101, n. 1.) — M. G. Beseler, *Beiträge zur Kritik der römischen Rechtsquellen*, I, p. 17 et 18 a tenté de donner du texte une explication nouvelle, mais qui ne nous paraît pas fondée. En particulier elle ne peut éclaircir le sens de *secundum legem*. — Ce serait en tout cas une erreur d'interpréter les mots *secundum legem* comme prouvant que l'action *ad exhibendum* dérivait de la loi des XII Tables. Voir en ce sens Girard, *Manuel*[5], p. 634, n. 2.

2. Voir notamment pour l'explication de ce texte, G. Demelius, *Die Exhibitionspflicht*, (1872), p. 29 et 30. — J. Duquesne, *op. et loc. cit.*

3. Voir sur ce mécanisme, outre l'ouvrage fondamental de Demelius cité à la note précédente, et ceux, plus récents, dont les titres sont indiqués plus haut, p. 217, n. 5, l'abondante littérature de ces dernières années citée dans Girard, *Manuel*[5], p. 342, n. 1, et p. 634, n. 1.

4. On sait que la mauvaise foi survenante, qui n'empêche pas l'accomplissement de l'usucapion, s'oppose au contraire à l'acquisition des fruits. (Cf. Girard, *Manuel*[5], p. 323.)

l'usucapion est accomplie, il acquiert les fruits comme propriétaire de la chose, sans avoir à redouter d'action à leur sujet. Et c'est ici qu'apparaît l'utilité de la formule *repetita die* de revendication dont parle notre texte. Le préteur accordera au demandeur, contre ce défendeur de mauvaise foi, une formule pétitoire antidatée, la même formule qu'il lui eût accordée si le défendeur s'était prêté à la revendication dès le début du litige[1]. L'usucapion se sera donc nécessairement produite entre la date fictive de cette formule et la sentence rendue sur elle. Le revendiquant pourra exiger, s'il y a lieu, la mancipation de la chose, il pourra exiger aussi le double des fruits intérimaires puisque l'usucapion, nous le savons, est un cas de *deminutio*[2].

Nous rapportons ce texte à la formule pétitoire, parce que rien ne permet de supposer qu'il vise la procédure *per sponsionem*, et que c'est à la première, plus fréquente, qu'il faut, dans le doute, rapporter les textes de l'époque classique[3]. Un autre texte qui vise, lui, très certainement, la formule pétitoire, doit être expliqué par une allusion du même genre. C'est également un fragment d'Ulpien, tiré de son livre 16 *ad Edictum*, au *D.*, 6, 1, *De rei vindicatione*, 15, § 1.

Si quis rem ex necessitate distraxit, fortassis huic officio judi-

1. La date fictive de la formule doit très vraisemblablement être la même que celle de la formule de l'action *ad exhibendum* (arg. Ulpien, *Lib. 24 ad Edictum*, *D.*, *h. t.*, 9, § 5). Cf. en ce sens J. Duquesne, *Translatio judicii*, p. 100, n. 2. Nous admettons avec M. Duquesne, p. 100 et 101, que, dans l'hypothèse visée, l'utilité la plus importante de la *litis contestatio repetita die* était de permettre l'exercice utile de la revendication. Il est même possible que cette utilité ait été expressément prévue par le texte, dans son état primitif; ni le texte correspondant des *Institutes* de Justinien, 4, 17, *De officio judicis*, 3, ni sa paraphrase grecque attribuée à Théophile, 4, 17, 3, (Edition Ferrini, 1884-1897, p. 487) ne contiennent la même lacune. Par contre, nous ne croyons pas pouvoir supposer avec M. Duquesne, p. 102, n. 1, que la formule antidatée fût nécessaire quand même le défendeur n'aurait pas usucapé au cours du procès. Car cela n'eût eu d'utilité que pour permettre au demandeur d'obtenir une plus large restitution des fruits, que lui assurait déjà le simple jeu des règles bien connues de la non-acquisition des fruits par le possesseur de mauvaise foi.

2. Cf. *supra*, p. 217, n. 1 et 2.

3. Il n'y a d'ailleurs pas à tirer argument en ce sens du mot *intentio* employé par Ulpien, qui, s'il élimine bien toute possibilité de *legis actio per sacramentum in personam*, n'exclut pas pour autant la revendication *per sponsionem*; car elle peut être également intentée par formule : cf. Girard, *Manuel*[5], p. 240, n. 2, et Lenel, *Edictum*[2], p. 180.

cis succurretur, ut pretium dumtaxat debeat restituere, nam et si fructus perceptos distraxit, ne corrumpantur, aeque non amplius quam pretium praestabit.

L'hypothèse étudiée dans la deuxième proposition de ce texte, l'aliénation des fruits intérimaires de la chose litigieuse est une de celles où nous avons reconnu une *deminutio*[1]. Si ces fruits sont aliénés afin d'en éviter la perte par corruption, Ulpien déclare qu'on déroge à cette règle générale, que le défendeur doit en payer plus que la valeur. A quelle condamnation supérieure à la valeur réelle des fruits cela fait-il allusion? A la somme fixée par le serment du demandeur? Cette hypothèse est inadmissible : la jurisprudence de l'époque récente, pour qui songerait à cette opinion, serait inexplicable. Elle soumet l'estimation des fruits intérimaires à une foule de règles restrictives : fruits qu'il ne faut pas estimer parce qu'ils ont été perçus grâce à des dépenses extraordinaires faites sur la chose par le possesseur[2], fruits qui doivent être calculés jusqu'à des dates différentes, ou à partir de dates différentes, selon des hypothèses variées[3]. Va-t-on, après avoir limité avec cette précision minutieuse les droits du demandeur, le laisser libre, par le *jusjurandum in litem*, d'en déterminer le montant? Ce serait déraisonnable. Faut-il penser que le jurisconsulte joue sur les mots, oppose le *pretium* à payer, le prix obtenu par l'aliénation des fruits, au *verum pretium,* à leur valeur réelle? Outre que ce serait supposer chez Ulpien un tour bien elliptique, c'est également impossible si l'on remarque que c'est précisément le *verum pretium* qui est visé par le texte parallèle relatif à la pétition d'hérédité, que nous avons déjà examiné[4]. Force

1. Cf. *supra*, p. 217, n. 2.

2. Paul, *Lib. 21 ad Edictum, D., h. t.*, 31.

3. Labéon, *Lib. 6 pithanon a Paulo epitomatorum, D., h. t.*, 79. Paul, *Lib. 21 ad Ed., D., h. t.*, 33. Le langage de ces textes, sur lesquels nous allons revenir un peu plus loin, est d'ailleurs tout à fait défavorable à l'idée que l'estimation des fruits sera faite par le serment du demandeur.

4. Voir Ulpien, *Lib. 15 ad Edictum, D.*, 5, 3, *De hereditatis petitione*, 20. § 16, cité plus haut, p. 219, n. 2. Il importe d'ailleurs de remarquer que, dans le paragraphe suivant, *D.*, 6, 1, 15, § 2, où Ulpien envisage une hypothèse dans laquelle le possesseur a obtenu et aura à restituer une somme inférieure à la valeur réelle de la chose litigieuse, il n'emploie pas le mot *pretium*.

nous est donc bien d'admettre que la règle générale à laquelle ce texte apporte une exception, n'est autre que notre règle du doublement des fruits[1].

Enfin une remarque terminologique permet de discerner un groupe assez important de textes, qui ont peut-être été dans leur état primitif relatifs à la règle qui nous occupe. Nous avons vu que le jeu normal des principes de la revendication, obligeait le possesseur évincé à restituer les fruits intérimaires avec la chose litigieuse. *Restituere,* c'est le mot même qui désigne le plus exactement cette opération, et c'est celui qu'emploient de nombreux textes[2]. Mais il en existe un certain nombre qui parlent d'*aestimare fructus*, *aestimatio fructuum*[3]. Ne seraient-ce pas ceux-là même qui étudient la règle que nous cherchons à discerner? Il serait bien inutile d'estimer les fruits que l'on restituera en nature; et si l'hypothèse que nous avons faite jusqu'ici, à savoir que les deux textes que nous venons d'examiner[4] prouvent bien la persistance du doublement des fruits dans la procédure par formule pétitoire, il y aura bien lieu d'estimer les fruits lorsqu'on ne les restitue pas en nature, mais de les estimer *secundum legem*, au double, puisque précisément la non-resti-

1. Nous estimons en conséquence que les compilateurs ont dû, dans le texte analysé, supprimer le mot *simplum* ou un mot analogue, qui se trouvait sans doute dans le texte primitif d'Ulpien, mais qui eût révélé l'ancien système aboli de leur temps, comme ils l'ont fait à un endroit, dans la condition de Valentinien et Valens, *C. J.*, 7, 51, *De fructibus et litis expensis*, 2. Voir *supra*, p. 213, n. 3.

2. On en trouvera la liste complète dans le *Vocabularium jurisprudentiae romanae*, V, 1, (1910), col. 185, lignes 34 à 42, pour l'expression *restituere fructus*. Pour n'en citer que quelques exemples particulièrement frappants, voir Paul, *Sentences*, 1, 13 b, 9. — Africain, *Lib. 4 quaestionum, D.*, 5, 3, *De hereditatis petitione*, 56. — Papinien, *Lib. 20 quaestionum, D.*, 6, 1, *De rei vindicatione*, 64. — Paul, *Lib. 16 responsorum, D.*, 22, 1, *De usuris et fructibus*, 15. — Voir aussi le texte de principe où Ulpien, *Lib. 16 ad Edictum*, citant Julien, énumère les institutions à faire sur la revendication, et qui rentrent dans la *causa rei* : *D.*, 6, 1, 17, *pr.*, et § 1.

3. En voici la liste : Labéon, *Lib. 6 pithanon a Paulo epitomatorum, D.*, 6, 1, *De rei vindicatione*, 79. — Gaius, *Lib. 6 ad Legem duodecim Tabularum, D.*, 22, 1, *De usuris et fructibus*, 19. — Papinien, *Lib. 6 quaestionum, D.*, 6, 1, 62 (Texte relatif aux fruits postérieurs à la *litis contestatio* : cf. von Vangerow, *Lehrbuch der Pandekten*[7], I, (1863), p. 657 et 658. — Girard, *Manuel*[5], p. 346, n. 1, et la bibliographie). — Ulpien, *Lib. 24 ad Edictum, D.*, 10, 4, *Ad exhibendum*, 9, § 6. — Ulpien, *Lib. 75 ad Edictum, D.*, 44, 2, *De exceptione rei judicatae*, 7, § 3. — Paul, *Lib. 21 ad Edictum, D.*, 6, 1, 31 et 33. — Paul, *Sentences*, 1, 13 b, 8.

4. Ulpien, *D.*, 10, 4, 9, § 6 et *D.*, 6, 1, 15, § 1.

tution en nature des fruits est, nous l'avons reconnu, une *deminutio* de la *res*[1]. C'est là une base bien fragile pour construire un raisonnement. La considérer *a priori* comme solide, c'est presque faire une pétition de principe. Elle acquiert pourtant quelque consistance, si l'on veut bien faire les trois remarques suivantes : d'abord cette même expression *aestimatio fructuum* se retrouve dans deux textes, et des moins contestables que nous avons déjà rencontrés : l'un, le fragment 1, 13 b, 8 des *Sentences* de Paul (.... *duplam eorum aestimationem praestare cogetur*), l'autre, le fragment d'Ulpien, *Lib. 24 ad Edictum*, *D.*, 10, 4, *Ad exhibendum*, 9, § 6, où tous les auteurs sont d'accord avec nous pour reconnaître cette allusion au doublement des fruits (.... *ita ut fructus secundum legem aestimentur.*). Puis elle se retrouve encore, à deux reprises, dans un passage du livre 6 *ad Legem duodecim Tabularum* de Gaius, *D.*, 22, 1, *De usuris et fructibus*, 19, *pr.*, et § 1. Or ce passage ne peut être rapporté qu'au commentaire de la loi 12, 3, des XII Tables d'où dérive, comme nous le verrons, tout le système du doublement des fruits[2]. Enfin, pour compléter cette série de coïncidences singulières, sur les cinq textes, autres que ceux que nous venons de rappeler, qui contiennent l'expression *aestimare fructus*, il en est deux qui visent précisément la perte matérielle de la chose revendiquée, en d'autres termes, le cas le plus typique de *deperditio*[3]. Est-il vraiment, dans ces conditions, trop aven-

1. *Supra*, p. 216, n. 2.

2. En ce sens, Lenel, *Pal.*, I, col. 245, n. 3. — R. Schoëll, *Legis duodecim tabularum reliquiae*, (1866), p. 161, en note sous le fr. 12, 3, et avec lui tous les auteurs qui ont pris le texte de Gaius comme critérium de classement du fragment mutilé des XII Tables, dans la 12e table. — Gaius, dans ce texte, n'avait pas à poser l'hypothèse dans laquelle l'estimation des fruits exigée par la loi doit être faite, la *deminutio* à notre sens; car le passage que nous ont conservé les compilateurs est tout entier consacré à déterminer quelles choses rentrent dans la notion des *fructus*, d'après la nature de l'objet litigieux. Ce développement venait sans doute dans son commentaire, après une partie aujourd'hui perdue, où le jurisconsulte, suivant l'ordre de la loi, disait dans quels cas il y a lieu à estimation.

3. Labéon, *D.*, 6, 1, 79. — Paul, *D.*, 6, 1, 33. — La même observation que nous avons faite à la note précédente sur le passage de Gaius doit être renouvelée pour deux des autres textes : s'ils ne disent pas dans quels cas il y a lieu d'estimer les fruits, c'est que ce point est supposé connu : (Paul, *D.*, 6, 1, 31 : *Ceterum cum de fructibus servi petiti quaeritur...*; Papinien, *D.*, 6, 1, 62, § 1 : *Generaliter autem cum de fructibus aestimandis quaeritur...*: à rapprocher de Gaius, *D.*, 22, 1, 19, *pr.* :

tureux de supposer que ces textes étaient, dans leur signification première, relatifs au doublement des fruits? C'est du moins une hypothèse vraisemblable et remarquons que les compilateurs, en les insérant au Digeste, n'ont pas, ou presque pas eu besoin de les remanier. Il leur suffirait d'effacer les mots *secundum legem* qui pouvaient se trouver dans certains d'entre eux, et qui ont, dans l'un d'eux, échappé à leur sagacité[1]; d'effacer aussi le mot *dupli*, qu'ils ont tous, ou presque tous, pu contenir, que contenait en tout cas très certainement le passage de Gaius commentant la loi des XII Tables : *Videamus an in omnibus rebus petitis in (duplos) fructus condemnatur possessor*. Ils n'avaient d'ailleurs pas à substituer un autre mot aux mots *aestimare, aestimatio* : car après l'abrogation du doublement des fruits, leur estimation demeurait toujours nécessaire, lorsqu'ils n'étaient pas

Videamus an in omnibus rebus petitis in fructus quoque condemnatur possessor...). Les développements de Paul et de Papinien, comme celui de Gaius, traitent la question de savoir ce qu'il faut considérer comme des fruits. Il importe à ce propos de signaler la similitude des hypothèses et des décisions rapportées par Gaius, *D.*, 22, 1, 19, *pr.*, et par Paul, *D.*, 6, 1, 33, à propos de la revendication de nue-propriété lorsqu'il arrive que l'usufruit y fasse retour au cours du procès. C'est un indice de plus que les développements portaient sur le même objet. — Nous ne pourrons pas tirer parti, quoiqu'il ne soit pas contraire à l'hypothèse que nous avons faite, du passage d'Ulpien, *Lib. 75 ad Edictum*, *D.*, 44, 2, *De exceptione rei judicatae*, 7, § 3 : « *De fructibus eadem quaestio est et de partu : haec enim nondum erant in rebus humanis sed ex ea re sunt quae petita est : magisque est ut ista exceptio non noceat, plane si in restitutionem fructus vel etiam partus venerunt aestimatique sunt, consequens erit dicere exceptionem obiciendam.* » Comme le croit Mommsen, la première partie de ce texte nous est sans doute parvenue corrompue. De plus, et dans la théorie même qui nous serait la moins favorable, sa finale vise deux hypothèses différentes : si les fruits sont restitués, l'exception *rei judicatae vel in judicium deductae* sera opposée par le demandeur au défendeur évincé, qui voudrait, après les avoir restitués, réclamer ces fruits par une nouvelle action : s'ils ont été estimés, elle sera opposée au demandeur par le défendeur, qui voudrait réclamer les fruits après en avoir perçu l'estimation. En effet, le défendeur qui paye l'estimation devient propriétaire de la chose estimée. (Paul, *Lib. 10 ad Sabinum*, *D.*, 6, 1, *De rei vindicatione*, 46). Dans l'un et l'autre cas, la solution donnée par Ulpien ne pouvait faire de difficulté. La question posée à la fin du texte est entièrement différente de celle qu'étudie le début, où il est question des fruits nés de la chose postérieurement au procès. Peut-être même cette rupture de raisonnement peut-elle faire penser que la fin du texte est due à une interpolation ou à une glose, plus probablement à une glose. Le mot *plane*, souvent suspect, en serait un indice (Cf. Seckel, *Heumanns Handlexikon zu den Quellen des römischen Rechts*[9], (1906-1907), v° *Plane*, p. 432). Toujours est-il que ce texte ne peut nous apporter aucun renseignement utile.

1. Ulpien, *Lib. 24 ad Edictum*, *D.*, 10, 4, *Ad exhibendum*, 9, § 6.

restitués en nature[1]. Cette estimation est seulement un peu singulière dans deux textes, dans ceux qui parlent de la perte de la chose *inter moras litis*. Car le fait que la chose a péri ne prouve pas que le possesseur n'en a pas conservé les fruits : elle a pu périr au moment même de la sentence, ou immédiatement après, avant la condamnation. Et dans cette hypothèse, le défendeur doit, dans le droit de Justinien, restituer les fruits. Il n'y a pas lieu de les estimer[2].

Nous voici donc en possession de documents plus ou moins clairs, plus ou moins sûrs, mais assez nombreux. Il importe maintenant de les utiliser, pour déterminer l'origine et l'évolution de l'institution à laquelle ils se rapportent.

III

Le témoignagne le plus ancien que nous possédions sur le doublement des fruits dans les actions réelles est un passage mutilé et obscur de la loi des XII tables, auquel nous avons déjà fait allusion à plusieurs reprises[3].

1. C'est pour cela qu'ils ont été insérés au Digeste. Mais les compilateurs ont négligé de les mettre d'accord avec le système du *jusjurandum in litem* : cf. *supra*, p. 224, n. 2.

2. Nous considérons nous-même toutes ces conjectures comme de moins en moins solides au fur et à mesure qu'elles s'éloignent davantage des textes purs et précis. En particulier il importe de tenir compte, si l'on veut s'en faire une idée coordonnée, des nombreuses restrictions apportées à l'époque classique aux règles primitives, sur lesquelles nous reviendrons à la fin de ce travail. Elles obligent à n'interpréter les textes qu'avec une extrême circonspection, qui ne serait pas nécessaire si l'on avait affaire à une règle absolue d'une application universelle. Nous ignorons même si la jurisprudence classique n'a pas, dans des cas différents de celui qu'indique Ulpien, *Lib. 16 ad Edictum*, *D.*, 6, 1, *De rei vindicatione*, 15, § 1, ramené du double au simple l'estimation des fruits. Aussi n'avons-nous pas voulu pousser plus loin des hypothèses déjà trop aventureuses, et nous demander si notre système n'est pas visé encore par d'autres textes, par exemple par la première phrase du fragment d'Ulpien, *Lib. 16 ad Edictum. D.*, 6, 1, *De rei vindicatione*, 17, § 1. L'hypothèse visée par ce texte est bien une *deperditio*, puisque l'esclave revendiqué meurt après la *prononciatio* du juge, et avant la restitution (Cf. Pernice, *Labeo*, II, 2², (1900), p. 21, n. 2) : et l'expression *fructuum rationem habere* dont se sert ici Ulpien, fait penser à celle qu'emploie Paul, dans un des textes que nous venons d'étudier, la loi 33 au *D.*, 6, 1. Nous n'osons toutefois conclure a *priori* avec Cujas, *Opera Omnia*, (Naples, 1722), T. VII, col. 272 et 273, que ce texte vise le doublement des fruits. Cujas, *Loc. cit.*, renvoie encore à d'autres textes dont le rapport avec le sujet qui nous occupe nous paraît encore moins établi.

3. Festus, *V° Vindiciae* (Ed. Mueller, (1839), p. 376. Ed. Thewrewk de Ponor, (1890)

Si vindiciam falsam tulit, si velit is[1]*... (prae*[2]*)tor arbitros tris dato, eorum arbitrio*[3]*... fructus duplione damnum decidito.*

Ce texte est l'origine de tout le développement postérieur de l'institution. Sa restitution a donné lieu à de nombreuses conjectures, dont aucune n'est sûre, dont quelques-unes sont certainement erronées[4]. Néanmoins, tel qu'il est, il peut être assez complètement expliqué, soit par lui seul, soit à l'aide des renseignements puisés aux sources postérieures.

Il vise sûrement l'hypothèse de l'action réelle, puisque d'après Festus, c'est la *res de qua controversia est* qu'y désigne le mot *vindicia*, puisqu'aussi c'est au doublement des fruits dans l'ac-

p. 374). Ce fragment est traditionnellement classé dans la table 12, depuis Jacques Godefroy, *Legis duodecim Tabularum fragmenta*, dans les *Opera juridica minora* (Leyde, 1753), col. 139 et 140, parce qu'elle est commentée par Gaius au livre 6 de son traité sur la loi des XII Tables, *D.*, 22, 1, *De usuris et fructibus*, 19. Elle porte chez la plupart des éditeurs le n° 3 de cette table. (Pourtant Schoëll, *XII Tab. reliquiae*, p. 161, lui donne le n° 4).

1. *Rei sive litis* : Cujas, *Observationes, lib. 5, c. 21, Op. omnia* (Naples, 1722), T. III, col. 128, J. Godefroy, *op. cit.*, col. 139. — *Sive litis* : Schoëll, *op. cit.*, p. 161. — *Stlitis vindiciarum* : Mueller, p. 376, notes des lignes 28 et 29, Keller-Wach, *Der römische Civilprozess*[5], (1883), p. 34, n. 108. Toutes ces conjectures nous paraissent condamnables, ne donnant au texte aucun sens intelligible. Cf. encore la reconstitution proposée par Karlowa, *Römische Rechtsgeschichte*, II, p. 440.

2. Cette conjecture, qui n'ajoute rien au sens non douteux de la phrase, nous paraît devoir être admise. Cf. Mueller, *loc. cit.* Schoëll, *loc. cit.*

3. *Neglecti* : Wetzell, *Vindicationsprozess*, p. 32 et 33. Cette restitution nous paraît être erronée, car elle restreint par trop le sens de la loi, que son évolution postérieure nous montre avoir eu une portée plus large. Cette restitution est repoussée par H. Buchka, *Die Lehre vom Einflusz des Prozesses auf das materielle Rechtsverhältnisz*, I, (1846), p. 224, et par M. Voigt, *Das jus naturale*, III, (1875), p. 205, n. 1153. D'autres auteurs (Mueller, Schoëll) proposent de mettre devant *fructus* un mot quelconque désignant le défendeur, sinon *reus* dont le sens est trop peu précis à l'époque des XII tables (Voigt, *op. et loc. cit.*), du moins *possessor* ou quelque chose de semblable. C'est possible, mais point certain, car la loi des XII Tables ne s'astreint pas à préciser la personne à qui s'adresse le discours : Cf. par exemple la loi I, table I : *Si in jus vocat, ito.* M. Voigt, *XII Tafeln*, I, (1883), p. 737, propose de mettre ici *rei*, conjecture qui touche au fond du droit et que rien ne prouve. Cf. Bethmann-Hollweg, *Röm. Civilprozess*, I, p. 193.

4. Nous n'avons rappelé dans les trois notes précédentes que celles de ces conjectures qui nous intéressaient directement. Mais on en trouvera une vue d'ensemble chez Dirksen, *Uebersicht der bisherigen Versuche zur Kritik und Herstellung des Textes der Zwölf-Tafeln Fragmente*, (1824), p. 716 à 719. — chez Bruns-Gradenwitz, *Fontes juris romani antiqui*[7], II, (1909), p. 46, et un résumé particulièrement suggestif chez F. Buonamici, *Intorno ad un frammento delle XII Tavole*, *AG*, 44, (1890), p. 381 et 382.

tion réelle que pensent tous les textes que nous avons examinés et qui parlent du système qui en découle[1]. Dans certaines circonstances, la loi donne au plaideur qui gagne son procès, sans avoir joui de la possession intérimaire, la possibilité d'intenter une action spéciale : cette action est entièrement distincte du *sacramentum in rem*, puisqu'elle est déférée à trois arbitres[2] donnés par le consul (*praetor*)[3] et qu'elle tend, non pas à faire prononcer de qui le *sacramentum* sur la chose est *justum*, mais à faire payer par l'un des plaideurs à l'autre une somme d'argent. Par suite, elle intéresse le seul plaideur qui aurait obtenu les *vindiciae* et non pas sans doute ses *praedes* ; ceux-ci n'y sont même à aucun degré intéressés, car ils sont garants sur leur personne de la réalisation de la sentence rendue par le juré unique du *sacramentum*, et non des conséquences d'une instance accessoire déférée à un autre jury[4]. Elle n'est même pas la conséquence obligatoire de la sentence prononcée contre celui des plaideurs à l'action réelle qui avait obtenu les *vindiciae* : car la loi précise, en parlant du gagnant du premier procès, *si velit is*. Il est en effet impossible de couper ces quatre syllabes différemment car

1. C'est l'opinion universellement admise. Les doutes élevés par G. Brini, *Della condanna nelle legis actiones*, *AG*, 21, (1878), p. 247, suivi dans ce scepticisme par M. E. Jobbé-Duval, *Etudes sur l'histoire de la procédure civile chez les Romains*, I, *La procédure par le pari* (*agere per sponsionem*), (1896), p. 365 et 366, ne sont pas décisifs à notre sens. Ajoutons que M. Buonamici, dans son article cité à la note précédente, essaie, sur la table rase préparée par M. Brini, de reconstruire un système propre. Le caractère extrêmement conjectural de cette théorie (classement du fragment dans la table 12, légère antériorité des dix premières tables sur les deux dernières), nous paraît rendre inutile de la critiquer.

2. Cf. Girard, *Manuel*[3], p. 979, n. 3, et M. Wlassak, *Römische Prozessgesetze*, II, (1891), p. 294.

3. Cf. Mommsen, *Le droit public romain*, trad. P. F. Girard, III, (1893), p. 84 à 86.

4. Ceci, à la vérité, ne nous est affirmé par aucun témoignage. Nos renseignements sur les *praedes litis et vindiciarum* sont d'ailleurs singulièrement obscurs et rares. Mais cela nous paraît résulter du texte de Gaius, 4, 16, d'après lequel les *praedes* sont garants de la restitution de la chose et de ses fruits, c'est-à-dire de la réalisation de la sentence du juge du *sacramentum*, et qui ne parle de rien de plus, qui ne dit pas notamment qu'ils garantissent le paiement d'une condamnation dans laquelle les fruits ne sont qu'un élément de calcul pour la fixation d'une amende pécuniaire. Nous rencontrons il est vrai ici le texte déjà analysé de Pseudo-Asconius, *In Cic. Verr.* II, 1, 114 (Orelli, 191) d'après lequel les *praedes* sont fournis *ne interea qui tenet causae possessionem deteriorem faciat*. Mais nous avons vu quelle faible créance on pouvait accorder à ce texte (*supra*, p. 212, n. 3). Cela nous

vindicia sive litis n'aurait aucun sens, et il ne semble pas que les manuscrits de Festus contiennent de lacune devant *si*.

Cette action peut être intentée par le gagnant du procès principal, *si vindiciam falsam tulit*, c'est-à-dire s'il a obtenu une *falsa vindicia* de son adversaire. Car nous croyons qu'il faut donner ici au mot *ferre* le sens d'obtenir, recueillir, très fréquent dans l'ancienne langue[1], et qui cadre beaucoup mieux avec la suite logique du texte, dont la première partie vise tout entière le demandeur à l'action accessoire, la seconde le magistrat, et la troisième le défendeur ; alors que l'opinion générale des interprètes qui croit que *si vindiciam falsam tulit* vise le défendeur[2], est obligée d'admettre, dans cette sorte de préambule où la loi définit les conditions d'exercice de l'action, une rupture

paraît résulter surtout des principes du cautionnement romain en vertu desquels la caution fournie en vue d'un acte déterminé, de la défense à un procès en particulier ou de l'exécution d'une sentence, est tenue strictement de l'exécution ou de la défense promise, et de rien de plus. Cette idée paraît être déjà contenue dans plusieurs théories antérieures, notamment chez Karlowa, *Römische Rechtsgeschichte*, II, p. 440, — chez Bechmann, *Studie im Gebiete der legis actio sacramenti in rem*, p. 34 et 35.

1. Voir les nombreux exemples cités dans les différents lexiques de la langue latine : notamment, Plaute, *Mercator*, 2, 3, 106 : *quod posces, feres*. — Cicéron, *Pro Plancio*, 38, 92 :.... *res vero ipsa publica, si loqui posset, ageret mecum, ut, quoniam sibi servissem semper, nunquam mihi, fructus autem ex sese non, ut oportuisset, laetos et uberes, sed magna acerbitate permixtos tulissem.... Contra*, Brini, *AG*, 21, (1878), p. 247, qui n'admet pas ce sens du mot *ferre*.

2. C'est l'opinion presque unanime des auteurs qui, avec des variantes nombreuses, dans le détail desquelles nous ne pouvons pas entrer (la discussion des divers systèmes proposés dépasserait à elle seule les dimensions de cet article) croient le plaideur qui a obtenu les *vindiciae* passible de l'action prévue par notre loi, dès lors qu'il a frauduleusement, à tort, accepté les *vindiciae*, et défendu à l'action. Cette opinion était déjà celle de Cujas, *Opera omnia*, (Naples, 1722), T. VII, col. 272 et 273. — Bechmann, *Studie im Gebiete der Legis actio sacramenti in rem*, p. 34 et 35, cf. Ch. Appleton, *Histoire de la propriété prétorienne et de l'action publicienne*, I, (1889), p. 35. — R. Stintzing, *Compte rendu de l'ouvrage de Huschke, Gaius, KZGR*, 3, (1856), p. 358. — Bekker, *Die Aktionen des römischen Privatrechts*, I, (1871), p. 84, n. 15. — A. Pernice, *Labeo*, II, 1², p. 348 et 349. — D'autres auteurs croient qu'il faut restreindre l'application du système du doublement ici comme dans la procédure *per sponsionem* au cas où le possesseur n'a pas restitué tous les fruits de la possession intérimaire : voir les auteurs cités plus haut, p. 216, n. 2, et en outre Bethmann-Hollweg, *Röm. Civilpr.* I, p. 193. — H. Krüger, *Geschichte der capitis deminutio*, I, (1887), p. 265 et 266. — Enfin Karlowa, *Römische Rechtsgeschichte*, II, p. 440, (autrement dans *Der römische Civilprozess zur Zeit der Legisactionen*, (1872), p. 146) et O. Lenel, *Edictum*², p. 500, paraissent adopter une théorie analogue à la nôtre, mais ne la développent pas.

de raisonnement. Le gagnant de l'action principale aura le droit de demander la nomination de trois arbitres s'il a obtenu une *vindicia falsa*, c'est-à-dire l'objet litigieux trompeur, fallacieux, qui n'est pas ce qu'il paraît être ou ce qu'il devrait être[1]. Le plaideur qui avait obtenu la possession intérimaire de l'objet litigieux et qui le remet ainsi à son adversaire, dans un état tel que celui-ci n'obtient pas ce sur quoi il était en droit de compter, qui surtout ne le remet pas parce qu'il n'est plus en sa possession commet un délit. Car c'est bien une action pénale que la loi crée[2] : l'expression *damnum decidere*, dont l'usage n'est certain que pour l'action *furti*[3], ainsi que le montant de la composition au double, le prouvent. Notre action n'est pas toutefois l'action *furti* elle-même, car elle est déférée à trois arbitres, et non au juré unique, comme l'était sans doute l'action *furti,* et aussi parce qu'il n'est pas possible de faire rentrer le délit dont elle poursuit la réparation dans la notion du *furtum*[4].

1. Nous renvoyons, pour la preuve que *vindicia* ne désigne pas ici la possession intérimaire, à Brini, *AG*, 21, (1878), p. 247, à Bechmann, *Studie im Gebiete der Legis actio sacramenti in rem*, p. 31 et 32, à E. Jobbé-Duval, *Etudes sur l'histoire de la procédure*, I, p. 364. — Voir encore E. Cuq, *Les institutions juridiques des Romains*, I[1], (1891), p. 417, n. 2, qui ne se prononce pas.

2. En ce sens, R. Stintzing, *KZGR*, 3, (1836), p. 358. — de Jhering, *L'Esprit du droit romain*, traduction O. de Meulenaëre, IV, p. 186 et 187. — *La faute en droit privé*, même traduction, (1880), p. 16. — Cuënot, *NRH*, 17, (1893), p. 360. — Buonamici, *AG.*, 44, (1890). p. 388 et 389. — *Contra,* E. Cuq, *Institutions*, I[1], p. 477, n. 2.

3. Voir un cas douteux et les textes cités dans Schoëll, *Legis XII Tab. reliquiae*, table 8, (8, 9), p. 143 et 144.

4. *Contra*, de Jhering, *L'Esprit du droit romain*, trad. O. de Meulenaëre, IV, p. 187. — S'il y a revendication d'un immeuble, on peut parler du *furtum* de l'immeuble malgré l'opinion dissidente de Sabinus; cf. Hitzig, dans la *Realencyclopaedie* de Pauly-Wissowa, VI, *v°* *furtum*, col. 385, et Girard, *Manuel*[3], p. 404, n. 4. — Quant à admettre ici un *furtum possessionis*, on commettrait sans doute un anachronisme, cette variété de vol n'ayant été introduite que par un développement jurisprudentiel étranger au droit primitif (Girard, *Manuel*[3], p. 405). Enfin, s'il s'agit des fruits, on ne peut guère admettre que celui qui a obtenu les *vindiciae* les prenne *invito domino*, ce qui est la condition nécessaire d'exercice de l'*actio furti* (Cf. Hitzig, *op. cit.*, col. 384). — De plus il est probable que l'action *furti* est déférée au juge unique. (Girard, *Manuel*[3], p. 979, n. 3. — M. Wlassak, *Römische Prozessgesetze*, II, p. 285 à 298). Il reste qu'on ne pourra pas chercher si notre action peut être donnée *noxaliter*, ce qui s'entend très simplement, qu'on ne voit pas que l'action ne passât pas contre les héritiers du plaideur, qu'elle fût infamante, etc.... Ce ne sont pas des raisons suffisantes pour lui refuser le caractère d'action pénale : cf. pour le cas analogue de l'action *auctoritatis*, Girard, *Etudes historiques sur la formation du système de la garantie d'éviction en droit romain*, (1884), p. 36 et 37.

Ces divers caractères continuent à orienter l'institution dans son évolution postérieure. La loi avait imposé au plaideur qui avait obtenu les *vindiciae* une responsabilité particulière, s'il ne pouvait restituer qu'une chose de valeur amoindrie ou nulle : cette responsabilité fut tout naturellement sanctionnée par la *sponsio* faite par le défendeur à la revendication *per sponsionem*; puisque ce défendeur conservait toujours la possession intérimaire, puisque la *sponsio* qu'il faisait l'engageait personnellement à la restitution, alors qu'auparavant il n'y avait d'engagés que ses *praedes*, il était tout naturel qu'il s'engageât aussi bien dans la limite de sa responsabilité délictuelle ancienne, que de sa responsabilité contractuelle nouvelle; et du même coup, ses cautions devinrent garants de sa responsabilité délictuelle. C'est ce que démontre la lumineuse reconstitution de la *stipulatio pro praede litis et vindiciarum* qu'a faite M. Lenel, à l'aide des passages des *Sentences* de Paul que nous avons étudiés[1]. Ce fut l'étape transitoire qui permit enfin à cette responsabilité de s'incorporer plus complètement encore à l'action réelle, avec la formule pétitoire. Dans ce dernier état, le juge de la revendication peut condamner au double des fruits, aussi bien qu'à la somme déterminée par le *quanti ea res est* de la formule. Pour mieux dire, l'appréciation de la valeur réelle de la satisfaction accordée par le défendeur au demandeur rentre dans l'*arbitratus judicis*; s'il y a eu *deminutio* ou *deperditio* de la chose, le juge appliquera directement la loi.

Et cette responsabilité de l'ancien système, en même temps qu'elle a eu originairement la forme de l'action délictuelle, a tout le fond de la vieille notion de délit. Elle incombe au plaideur qui avait obtenu les *vindiciae*, plus tard au défendeur, dès lors qu'il n'a pas restitué à son adversaire ce qu'il attendait[2]. Peu importe qu'il ait été la cause consciente des détériorations, comme dans le cas où il tue ou blesse l'esclave, ou qu'elles se soient produites indépendamment de lui, comme lorsque l'esclave meurt de sa mort naturelle. C'est bien la vieille idée de

1. Cf. *supra*, p. 214 à 217.

2. C'est-à-dire l'objet revendiqué lui-même tel qu'il était lors de la *litis contestatio*, et ses fruits intérimaires.

délit dans la constitution duquel aucun élément moral ne rentre, où il ne rentre que des éléments matériels; ce qui fera parfois coïncider l'ancien système avec la notion moderne de criminalité de l'agent, mais pas toujours[1]. La peine du double des fruits n'est autre chose qu'une composition légale, destinée à apaiser la colère du plaideur déçu, calculée par suite en proportion du préjudice dont il peut se plaindre. Ce préjudice, remarquons-le, n'est pas la perte de la chose litigieuse; encore à l'époque classique la responsabilité délictuelle du possesseur qui tue ou blesse l'esclave, qui détériore de quelque façon la chose n'est pas complètement fondue dans la revendication: parfois, on donnera le choix au demandeur en faveur de qui le juge prononce, entre l'estimation de la chose sur l'action réelle et l'action délictuelle particulière, action d'injure, action de la loi Aquilia[2]; parfois, on lui refusera toute réparation sur la revendication, lui laissant seulement le droit d'intenter, après l'action réelle, l'action délictuelle qui correspond au délit dont il se plaint[3]. Système singulier, mixte, et qui montre que les prestations personnelles en réparation des actes délictueux postérieurs à la *litis contestatio* ne se sont pas d'emblée confondues dans la revendication, qui prouve peut-être qu'à l'origine, les *praedes* du possesseur intérimaire n'avaient rien à craindre au cas où leur client commettait un délit sur la chose; car leur responsabilité, si elle avait existé dans ces cas, aurait tout naturellement passé au défendeur de la procédure *per sponsionem*, comme l'a fait celle qu'ils avaient assumée pour le refus de restituer de leur client. Elle nous apparaîtrait à l'époque classique complètement confondue dans la condamnation sur l'action réelle; c'est ce qui n'a pas lieu[4]. Dans le système ancien,

1. Cf. Girard, *Manuel*[5], p. 397. *Garantie d'éviction*, p. 35. — Hitzig, dans le recueil *Zum ältesten Strafrecht der Kulturvölker*, (1905), p. 346.

2. Voir par exemple Ulpien, *Lib. 16 ad Edictum*, citant Labéon, *D.*, 6, 1, *De rei vindicatione*, 13. Paul, *Lib. 21 ad Edictum*, *D.*, *h. t.*, 14. Ulpien, *Lib. 16 ad Edictum*, *D.*, *h.*, *t.*, 15, *pr.*, etc.

3. Cf. Paul, *Lib. ad 21 ad Edictum*, *D.*, *h. t.*, 27, § 2. Il devait en être de même pour d'autres actions pénales, par exemple pour l'*actio de tigno junctο*.

4. Sans doute à une époque récente, au IIIe siècle et peut-être plus tôt, on voit apparaître entre le possesseur et le revendiquant une idée nouvelle, un rapport quasi-contractuel de *custodia*, qui fait que le défendeur indemnise le demandeur des

encore plus que dans celui de l'époque classique, le délit commis par le possesseur sur la chose, au cours du procès, a dû être réprimé par des actions délictuelles particulières; mais ces actions dont le plus simple exemple serait celui de l'action de *damnum injuria datum*[1] ne donnaient jamais droit au gagnant de la revendication qu'à une indemnité représentative de la valeur de la chose perdue pour lui, ou de sa détérioration. Jamais elles ne lui donnaient de compensation pour les bénéfices que lui aurait procurés la possession intérimaire s'il l'avait obtenue; c'est ici qu'apparaît l'utilité de notre action et la raison d'être de son montant au double des fruits. Plus généralement, et cette formule est applicable à tous les cas de *deminutio* que nous avons reconnus dans les textes du principat, on peut dire que le montant de l'amende est fixé à un multiple de la valeur de la possession intérimaire, parce que le gagnant du procès ne souffre de préjudice que du fait que la possession intérimaire lui a manqué; solution tout arbitraire du conflit, mais non pas plus arbitraire que toutes les amendes infligées, dans l'ancien droit, à des auteurs de délits; solution qui parut sans doute, dans la pratique, suffisante pour calmer le ressentiment

pertes de la chose durant le procès, quand même il n'aurait pas commis de délit. Cf. Paul, *Lib. 21 ad Edictum, D.*, 6, 1, 21, citant Pomponius. Fr. Schulz, *Die Aktivlegitimation zur actio furti im klassischen römischen Recht*, *ZSS* (*RA*). 34, (1911), p. 83 et s. Mais le fait que ce système perfectionné et simple coexiste à l'époque classique avec le système plus compliqué et moins juridique du recours à l'action délictuelle, nous prouve que le second est le plus ancien, car on comprendrait que le premier ait entièrement remplacé le second et non que le second ait, partiellement, supplanté le premier. On ne peut même pas invoquer que l'action de la loi Aquilia a pu intervenir parce qu'elle était plus avantageuse que l'action en revendication : l'action de la loi Aquilia n'est donnée au double qu'*adversus infitiantem* : Ulpien, *Lib. 18 ad Edictum*, *D.*, 9, 2, *Ad legem Aquiliam*, 23, § 10.

1. On pourrait en imaginer d'autres : *actio de tigno juncto*, *actio de arboribus succissis*, et aussi dans un cas particulier d'aliénation, l'action au double donnée contre celui qui consacre aux dieux la chose litigieuse par les XII Tables, 12, 4. — Voir le texte de Gaius, *Lib. 6 ad Legem XII Tabularum*, *D.*, 44, 6, *De litigiosis*, 3, dont la fin est sans doute fortement remaniée, peut-être entièrement interpolée, non seulement à cause du mot *fisco* qui a dû remplacer le mot *populo* (Cf. Lenel, *Pal.*, I, col. 245, n. 5), mais aussi à cause du mot *solacium* qui parait bien ici pris dans le sens d'indemnité pécuniaire (Cf. Kalb, *Das Juristlatein*, (1888), p. 71, et n. 1, et H. Appleton, *Des interpolations dans les pandectes*, thèse, Lyon, (1894), p. 78 et 79). D'ailleurs il est peu probable que le doute exprimé à la fin de ce texte appartienne déjà à Gaius.

du plaideur qui voyait lui échapper une partie du gain légitimement attendu, et sur le caractère de laquelle on se tromperait si on ne voulait voir dans l'action en doublement des fruits qu'un complément possible d'une autre action pénale insuffisante, puisqu'elle existe contre le plaideur même à qui aucun autre fait délictueux n'est reprochable.

Enfin, il est encore une remarque importante à faire. C'est que jamais nos textes ne nous montrent le doublement des fruits exigé du plaideur qui, par simple mauvaise volonté, par contumace, refuse de restituer la chose que le juge a reconnu ne pas lui appartenir. Il est possible que ce ne soit là que le résultat d'une lacune tout accidentelle de nos sources. Mais il est également possible que nous soyons en présence d'un des traits essentiels du mécanisme : l'absence, à l'époque classique, du doublement des fruits dans ce cas ne serait-elle pas l'indice que l'ancienne action pénale n'existait pas contre le plaideur qui, ayant obtenu les *vindiciae*, possédant encore la chose au moment de la sentence, ne la restituait pas? C'était justement là le cas-type où fonctionnait l'engagement des *praedes*. Cela peut porter à se demander si justement le doublement des fruits n'existait pas seulement lorsque les *praedes* n'étaient pas tenus[1]? Nous ne voyons pas d'éléments précis de solution. Mais s'il fallait répondre affir-

1. Peut-être faudrait-il voir un indice de cela dans les mots *si vindiciam falsam tulit*, qui semblent indiquer que la loi prévoit le cas où le demandeur obtient quelque chose. Nous avons d'autre part vu plus haut qu'il est vraisemblable d'admettre que les *praedes* n'étaient pas tenus des détériorations ou pertes de la chose dues à un délit du possesseur. Restent les deux cas plus embarrassants de l'usucapion et de l'aliénation *inter moras litis*. Pour l'aliénation, on peut penser qu'elle devait être infiniment rare, la procédure publique du *sacramentum* devait rendre difficile de trouver un acheteur qui consente à acquérir publiquement la chose par mancipation. Peut-être aussi constitue-t-elle un *furtum* (Cf. Girard, *Manuel*[5], p. 404, n. 6), au moins lorsqu'il s'agit d'un meuble. Et toujours elle laisse au propriétaire le droit de revendiquer contre le tiers acquéreur. Quant à l'usucapion, il est possible que l'ancien droit, qui pas plus que le droit nouveau, ne l'interrompt par la *litis contestatio*, n'y ait trouvé, à la différence du droit nouveau, ni inconvénient, ni remède, quand elle se produisait *inter moras litis*. Cette conjecture paraît aboutir à une iniquité. Mais ne voit-on pas dans le système du *sacramentum in rem* des points où notre conception moderne de justice est aussi peu satisfaite? Par exemple, lorsque les deux *sacramenta* sont déclarées *injusta*, le possesseur intérimaire conserve la chose, quand même son adversaire aurait possédé avant le procès (Cf. Girard, *Histoire de l'organisation judiciaire des Romains*, I, (1901), p. 74, n. 2. *Manuel*[5], p. 337).

mativement, cette anomalie s'expliquerait fort bien ; car on peut dire que le gagnant de la revendication qui peut exécuter les *praedes* obtient par là une satisfaction suffisamment entière pour n'être plus fondé à réclamer en outre un supplément à son adversaire[1].

Telle est l'image que nous nous faisons du très ancien système pénal du doublement des fruits intérimaires ; bien des traits nous en paraissent si conjecturaux, que nous manquons de formules qui expriment assez clairement notre doute. Notre incertitude, nos chances d'erreur sont singulièrement accrues par ce fait que nous sommes obligés de la reconstruire presque en entier à l'aide de textes très postérieurs à son établissement, très remaniés, et qui ne nous le montrent que déformé par les développements jurisprudentiels de l'époque classique.

Ce système qui, dans sa rude simplicité, ne pouvait pas à l'origine distinguer entre le possesseur de bonne et le possesseur de mauvaise foi, devait forcément paraître inique aux juristes des trois premiers siècles de l'ère chrétienne, d'autant plus que de nombreuses prestations personnelles s'introduisent à cette époque dans la revendication, qui permettent au demandeur d'obtenir la réparation des faits postérieurs à la *litis contestatio*, dont il souffre. Il paraît pourtant avoir conservé ses caractères principaux contre le défendeur malhonnête, contre celui qui

1. Il n'y a en tout cas aucune assimilation à faire entre l'ancien système légal du doublement des fruits dans les actions réelles et la *licitatio fructuum* de la procédure des interdits doubles (Cf. Girard, *Manuel*[3], p. 1059 et 1060). La *licitatio fructuum* est une mise aux enchères de la possession intérimaire de l'objet litigieux, moyennant une somme que le plus haut enchérisseur paiera à son adversaire, s'il n'est pas reconnu possesseur sur le procès par *sponsio* et *restipulatio* (Gaius, 4, 166 et 167). Cette somme sera payée à titre de peine, même si le possesseur intérimaire restitue intégralement à son adversaire heureux la chose et les fruits, c'est-à-dire dans l'hypothèse la plus favorable au gagnant du procès, alors que nous avons vu que nos textes prouvent, dans les actions réelles, qu'il n'y aura lieu de payer le double des fruits que dans les cas où le demandeur obtient moins que ce qu'il aurait dû obtenir. De plus, la *summa licitationis fructuum*, malgré son nom, n'est pas une amende calculée en fonction de la valeur de la possession intérimaire. Elle n'est que l'enchère la plus élevée faite par le plaideur qui a obtenu la possession : elle peut être sans proportion avec la valeur des bénéfices fournis par la chose au cours du procès. Elle apparaît comme une amende conventionnelle, représentative de l'avantage moral de la possession, et non de ses avantages matériels que le possesseur évincé sera tenu, par surcroît, de restituer (Gaius, 4, 167).

déclare contrairement à la vérité ne pas posséder, afin de pouvoir usucaper sûrement[1], qui tue ou blesse l'esclave, volontairement, ou par une maladresse assimilée au dol[2], qui se défait sans nécessité de la chose ou de ses fruits au cours du procès[3]. Ce sont justement les traits de la sanction qui le frappe, qui nous ont permis de reconstituer la physionomie du système ancien, qui ne pouvait pas connaître cette distinction subtile de la bonne et de la mauvaise foi, élément moral indifférent à la constitution des délits primitifs. Par contre, la jurisprudence classique s'est efforcée d'adoucir le sort du défendeur de bonne foi, victime de l'iniquité de la loi.

Le système ancien encore admis par Trebatius[4], par Pomponius[5], par Julien[6] pour le défendeur de mauvaise foi, encore enseigné comme règle générale par Gaius[7], Papinien[8], Paul[9], que l'on doit estimer tous les fruits que le demandeur aurait eus s'il avait possédé au cours du procès, souffre, dès Labéon[10], des exceptions qui l'adoucissent, lorsque la chose vient à périr sans faute du possesseur. On ne tiendra compte des fruits que jusqu'au moment où la chose a péri. Paul, qui approuve entièrement cette opinion, en la restreignant au défendeur de bonne foi, fait un

1. Ulpien, *Lib. 24 ad Edictum*, *D.*, 10, 4, *Ad exhibendum*, 9, § 6, et *supra*, p. 222 et 223.

2. Paul, *Lib. 21 ad Edictum*, *D.*, 6, 1, *De rei vindicatione*, 33, et *supra*, p. 225 et sq.

3. Ulpien, *Lib. 15 ad Edictum*, *D.*, 5, 3, *De hereditatis petitione*, 20, § 16, *Lib. 16 ad Edictum*, *D.*, 6, 1, *De rei vindicatione*, 15, § 1.

4. Trebatius, chez Paul, *Lib. 21 ad Edictum*, *D.*, 6, 1, *De rei vindicatione*, 33. — On peut d'ailleurs se demander si Trebatius visait seulement le cas du défendeur qui fait disparaître la chose par dol, ou bien s'il ne visait pas tous les défendeurs quelconques.

5. Pomponius, cité par Paul au même texte.

6. Julien, au même texte.

7. Gaius, *Lib. 6 ad Legem XII Tabularum*, *D.*, 22, 1, *De usuris et fructibus*, 19, *pr.*

8. Papinien, *Lib. 6 Quaestionum*, *D.*, 6, 1, *De rei vindicatione*, 62.

9. Paul, *Lib. 21 ad Edictum*, *D.*, 6, 1, 33.

10. Labéon, *Lib. 6 pithanon a Paulo epitomatorum*, *D.*, 6, 1, 79. Labéon se sépare très nettement ici de son maître Trebatius (Cf. P. Krüger, *Histoire des sources du droit romain*, trad. Brissaud, (1894), p. 139, n. 4). On peut seulement se demander s'il s'en sépare complètement, et applique sa théorie à tous les possesseurs, auquel cas elle n'aurait pas prévalu, ou bien s'il en restreint l'application aux seuls possesseurs de mauvaise foi. C'est peut-être l'opinion de Labéon qui est visée par le mot *veriorem* que contient le texte de Paul, *D.*, 6, 1, 33.

pas de plus : il ajoute qu'il ne faudra même pas estimer les fruits si l'état de la chose, avant sa perte, fut tel, qu'elle ne pouvait plus donner de profits[1]. Le même Paul décide qu'il n'y aura pas lieu d'estimer des fruits dus à des dépenses extraordinaires sur la chose revendiquée[2]. A la même époque, on décide encore que le défendeur qui aliène la chose ou les fruits dans l'intérêt commun de son adversaire et de lui-même n'aura pas à subir l'*aestimatio* au double[3]. D'autres tempéraments peuvent encore avoir été apportés comme par exemple[4] au cas d'usucapion, où il est bien probable que le système que décrit Ulpien[4] ne frappe plus que le défendeur de mauvaise foi.

Ainsi le système s'achemina, à travers une époque où nous n'avons plus de jalons pour nous guider, vers une formule nouvelle : dans la constitution de Gratien, Valentinien et Théodose, c'est seulement le défendeur de mauvaise foi qui aura à payer les doubles fruits[5]. C'est la dernière étape de l'évolution d'un système qui, sous Justinien, a complètement disparu.

1. Note de Paul, sur le texte de Labéon cité au début de la note précédente.

2. Paul, *Lib. 21 ad Edictum*, *D.*, 6, 1, 31. Cette règle parait s'appliquer à tous les possesseurs.

3. Voir les textes cités plus haut, p. 219, n. 2 et 223 à 225.

4. Ulpien, *Lib. 24 ad Edictum*, *D.*, 10, 4, *Ad exhibendum*, 9, § 6.

5. Gratien, Valentinien et Théodose (an 380), *C. Th.*, 4, 19, *De usuris rei judicatae*, 1, *pr.* : *Quod a nobis exemplo aequabili ex juris prisci est formulis introductum, ut quia malae fidei possessores in fructus duplos conveniuntur, aeque malae fidei debitores simile damni periculum persequatur*. C'est à tort, croyons-nous, et contrairement à l'esprit du droit primitif, que certains auteurs, depuis Cujas, *Observationes*, 9, 19 (*Opera omnia*, (Naples, 1722), T. III, col. 231) ont voulu transporter la distinction faite par ce texte entre les possesseurs de bonne et de mauvaise foi à l'interprétation des XII Tables. Voir en notre sens notamment de Jhering, *Esprit du droit romain*, trad. O. de Meulenaëre, IV, p. 186. A. Pernice, *Labeo*, II, 1², p. 349, n. 4. Wetzell, *Der römische Vindicationsprozess*, p. 33.

DUCI VEL FERRI JUBERE

La ductio jussu praetoris dans les actions réelles et les actions noxales.

PAR

HIPPOLYTE PISSARD

Docteur en Droit

Voilà une institution qui paraît détonner au milieu du système formulaire. D'ordinaire le préteur ne se presse pas d'obtenir la réalisation des prétentions des plaideurs; il attend patiemment l'épuisement des procédures minutieuses imposées par la tradition et le respect de la forme juridique. Ici, dès que le défendeur s'est dérobé, dès qu'il a refusé de défendre *in jure*, le préteur invite le demandeur à s'emparer de l'objet même du litige, et celui qui s'y opposerait se rendrait coupable d'un délit public de désobéissance aux ordres d'un magistrat. La *ductio jussu praetoris*[1] a souvent arrêté l'attention des romanistes qui l'ont rencontrée soit à propos de la revendication, soit à propos des actions noxales[2]. Il nous paraît bon de l'étudier brièvement dans son ensemble pour montrer la largeur de son domaine et fixer la place logique qu'elle occupe dans l'*ordo*.

Après avoir parcouru son champ d'application et déterminé son jeu et ses effets, nous pourrons nous prononcer sur sa

1. Cette expression n'est parfaite que pour l'action noxale; elle suppose que l'objet du litige est un esclave ou un animal. Nous l'employons *brevitatis causa*.

2. Pour la revendication nous avons utilisé surtout les travaux de MM. Gerhard Beseler, Lenel, Siber, Wlassak cités plus bas; pour les actions noxales notre point de départ nous a été fourni par les articles (Tirage à part *NRH*, 1888) et le *Manuel*[5] 1911, du maitre à qui cette courte étude est respectueusement dédiée, M. P. F. Girard, et par les travaux de M. Lenel.

nature et son origine; puis il nous restera à dire un mot de sa disparition sous le régime de la procédure extraordinaire.

I

L'érudition contemporaine a naguère dégagé ce principe suggestif : que le droit romain classique, et à plus forte raison, croyons-nous, le droit antérieur, n'obligeait pas à défendre aux actions réelles[1].

In rem actionem pati non compellimur[2].

Invitus nemo rem cogitur defendere[3].

Ce qui signifie : 1° que le défendeur peut se débarrasser de toute poursuite en abandonnant la possession au demandeur; 2° que le demandeur ne peut utiliser ni la *missio in possessionem*, ni la *ductio in carcerem* contre son adversaire qui se dérobe.

Mais nous voyons le même principe attesté pour les actions personnelles dans lesquelles le défendeur n'est tenu qu'à raison de la puissance qu'il exerce sur une chose[4]. L'affirmation est surtout précise pour les actions noxales :

Noxali judicio invitus nemo cogitur alium defendere[5].

Non solum autem qui in potestate non habet recusare potest noxale judicium, verum et habenti in potestate liberum est evitare judicium si indefensam eam personam relinquat[6].

... Ne necesse habeat suscipere judicium[7].

De même, celui qui a acheté de bonne foi le fonds d'une per-

1. Cf. Wlassak, *ZSS* (*RA*), 25, 1904, p. 142 et s; Lenel, *Z. Grünhut*, 73, 1910, p. 518 et s.

2. Furius Anthianus (*D.*, 6, 1, *De r. v.*, 80).

3. Ulpien, 70 *ad Ed.* (*D.*, 50, 17 *De div. reg.*, 156, *pr.*).

4. Cette idée apparait dans Bethmann-Hollweg, *Der römische Civilprozess*, II, p. 571 et dans Lenel, art. cité, p. 521, mais il ne me semble pas qu'elle ait jamais été nettement dégagée. Wlassak oppose sans distinction les actions réelles aux actions personnelles, art. cité, p. 142.

5. Pomponius, 19 *ad Sab.* (*D.*, 9, 4, *De nox. act.*, 33).

6. Gaius, 6 *ad Ed. prov.* (*ibid.*, 29).

7. Ulpien, 37 *ad Ed.* (*ibid.*, 8). — On pourrait chercher une contradiction à ce principe dans les frag. 11, 12 et 13 de ce même titre qui paraissent obliger les possesseurs de bonne et de mauvaise foi à défendre à l'action noxale. Mais d'après le frag. 11 le possesseur de bonne foi n'est tenu qu'à l'abandon noxal; le frag. 12 vise le cas exceptionnel où le possesseur a cessé de posséder par dol, cas que nous retrouverons tout à l'heure; le frag. 13 applique ces solutions au possesseur de mauvaise foi. — Sur ces textes cf. Bekker, *Recht des Besitzes*, 1880, p. 55.

sonne tenue de l'action *aquae pluviae arcendae*, le propriétaire d'un immeuble menaçant ruine, le propriétaire touché par la *novi operis nuntiatio*, l'héritier grevé d'un legs peuvent se tirer d'affaire en « souffrant que la possession soit tranférée au demandeur. » Ils ne sont pas obligés de défendre ou bien, ce qui revient au même, ils sont censés défendre en abandonnant la possession[1].

Par conséquent il sera impossible de procéder contre eux aux mesures dirigées contre *l'indefensus*, c'est-à-dire à la *missio in possessionem* et à la *ductio in carcerem*.

Pourtant il ne suffira pas au possesseur de refuser de défendre, c'est-à-dire, le plus souvent, de nier sa possession[2], pour se mettre à l'abri de toute réclamation.

Lorsque celui contre qui on intente une action réelle refuse d'y défendre ou de transférer la possession de l'objet litigieux, le préteur intervient, il presse ce transfert de possession qui libère le défendeur. S'il s'agit d'un immeuble, il obtient ce résultat en délivrant un interdit. Pour un meuble il rend un ordre pur et simple : *duci vel ferri jubet*. De ce mécanisme étranger au droit de Justinien le Digeste ne renferme que des traces assez rares, mais son existence n'est pas douteuse; elle est confirmée par le fait que les textes ne parlent d'un interdit que pour les immeubles et par l'analogie du système des actions noxales; elle est attestée directement par un texte d'Ulpien :

Si quis rem mobilem vindicare a se passus non est, sed duci eam vel ferri passus est[3]....

1. *D.*, 39, 3, *De aq. pluv. arc.*, 7 : 3, 3, *De procurat. et def.*, 35, 3 et fr. 36 : Ulpien, 9 *ad. Ed* : *Defendere videtur procurator et si in possessionem venire patiatur, cum quis damni infecti satis vel legatorum desideret* : Paul, 8 *ad Ed.* : *vel in operis novi nuntiatione. Sed et si servum ex causa noxali patiatur duci, defendere videtur.* Un grand nombre de textes comparent les mécanismes du *damnum infectum* et des actions noxales : *D.*, 9, 4, 30; — 11, 1, 20, 1, *etc.*

2. Pour le cas où le défendeur se cache, le droit romain aboutit à admettre, après des discussions et hésitations dont nous pouvons relever la trace, que le préteur devait délivrer une *bonorum possessio*. Mais contre le défendeur absent d'un immeuble fonctionne l'interdit *quem fundum*. S'il s'agit d'un meuble, le *d. v. f. j.* doit s'appliquer. (*D.*, 42, 4, *Quibus ex caus. in poss. eatur*, 6. 16 et 17, cf. Bethmann-Hollweg, *op. cit.*, I, p. 284, n. 27.) — Nous verrons plus bas que lorsque le défendeur à l'action noxale nie sa possession, il semble être atteint au moyen d'un autre procédé : un *judicium sine noxae deditione*.

3. *D.*, 2, 3, *Si quis jus dicenti*, 1, 1. — Sur cette théorie et sur ce texte cf. surtout

Ce texte est relatif à la revendication et l'on ne voit pas que la *d. j. p.* soit intervenue au cours des autres procès réels. Les interdits *quem fundum*, *quam servitutem*, *quem usumfructum*, *quam hereditatem* étaient utilisés pour obtenir le transfert de la possession lorsque l'objet litigieux était un immeuble ou l'ensemble d'une succession. Pourtant nulle certitude ne s'impose pour la réclamation d'un objet mobilier faisant partie d'un usufruit[1] ou d'une succession.

La question se présente à peu près de la même façon pour les actions personnelles intentées à raison de la puissance qu'un individu exerce sur une chose. Si celui-ci peut esquiver tout procès en abandonnant la possession, il peut pareillement être contraint à l'abandonner. La *d. j. p.* est employée contre le maître d'un esclave poursuivi par une action noxale et sans doute aussi pour les délits de *pauperies* et de *pastus*[2]. Le propriétaire d'un immeuble menaçant ruine qui persiste, malgré l'envoi en possession prononcé par un premier décret, à ne pas fournir caution, est frappé d'un second décret qui transfère la propriété prétorienne au plaignant.

Nous ne savons pas si une solution analogue a jamais été appliquée aux autres hypothèses que nous avons énumérées. En tout cas les textes qui nous restent n'attestent l'existence du *duci vel ferri jubere* que pour la revendication des meubles et pour les actions noxales. C'est là que nous devons l'étudier. Nous verrons que dans ces deux domaines son jeu est sensiblement le même.

II

L'ordre d'emporter ou d'emmener ne peut naturellement être

Lenel, *Edictum* [2], p. 132. Z. *Grünhut*, p. 519. L'opinion de Siber (*Passivlegitimation*, 1907, p. 2) a été réfutée par Kübler, *ZSS* (*RA*), 42, 1908, p. 487 et G. Beseler *Beiträge*, I, 1910, p. 13. — Ce texte est confirmé par les Basiliques, 7, 7, 1 : Ὁ περὶ κίνητοῦ πράγματος ἐναγόμενος ἄδειαν, ἔχει μὴ ὑποδέξασθαι τὴν δίκην, ἀλλ' ἀνέχεσθαι ληφθῆναι τὸ πρᾶγμα. Cf. Wlassak, art. cité, p. 143.

1. Un argument d'analogie pourrait être tiré de ce que le *d. v. f. j.* peut fonctionner pour l'usufruit en matière d'action noxale. *D.*, 2, 9, *Si ex nox. causa*, 3 ; 9, 4. *De act. nox.*, 16 ; fr. 26, 6 ; fr. 27, *pr.* et 1.

2. *D.*, 9, 1, *Si quadrupes*, 1. Ce texte ne parle que de l'alternative *aut noxam sarcire aut in noxam dedere*.

prononcé que lorsque la chose litigieuse est présente *in jure*[1] et que son possesseur refuse de la défendre, et c'est cette remarque qui a servi à M. Lenel de point de départ pour établir sa solide et brillante dissertation sur les rapports de l'action *ad exhibendum* et de la revendication des meubles : Le propriétaire n'est pas réduit à l'impuissance lorsque le défendeur cache l'objet. L'action *ad exhibendum* qui, elle, est une action personnelle sanctionnée par la *missio in possessionem* et par l'emprisonnement de l'adversaire, permet d'obtenir que la chose soit amenée *in jure,* et alors s'exercera la *ductio jussu praetoris*[2].

Sur ce point nous n'avons qu'à renvoyer à l'article de M. Lenel. Remarquons seulement que cette nouvelle explication ne fait pas disparaître les explications précédentes. L'action *ad exhibendum* ne perd aucune des utilités[3] que lui assignait la théorie devenue classique depuis Demelius. Mais ce qui, à notre avis, constitue le meilleur argument en faveur de la démonstration de M. Lenel, c'est précisément la nécessité de préparer le *d. v. f. j.* en contraignant le défendeur à amener la chose litigieuse *in jure*.

On pourrait songer à objecter que les textes ne nous disent pas que l'action *ad exhibendum* oblige le défendeur à conduire la chose *in jure*, et que l'exhibition est normalement procurée sous la menace du juge, dans la phase du *judicium*. Mais l'exhibition doit être telle qu'elle permette au demandeur d'agir[4]. On peut penser que le deuxième procès avait lieu immédiatement après que le défendeur avait procédé à l'exhibition : les deux plaideurs se rendaient sur-le-champ devant le magistrat pour que le demandeur procède à la revendication où à l'action noxale. Il faut aussi se rappeler qu'à l'exhibition pouvait être

1. Cf. surtout, pour les actions noxales *D.*, 2, 9, *Si ex nox. causa*, 2, 1.

2. Lenel, *Z. Grünhut*, p. 520 et s. Aux p. 539 et s. M. Lenel traite des personnes qui peuvent défendre à l'*actio ad exhib.* et des cautions que doivent fournir ceux qui ont bénéficié de la *d. j. p.* Ces développements nous entraîneraient trop loin.

3. Cf. Girard, *Manuel*[5], p. 634-635 et les renvois. Nous croyons que la théorie de M. Lenel s'ajoute à cette théorie sans la remplacer. Par contre M. Lenel semble avoir parfaitement réfuté le système de M. Gerhard Beseler, *Beiträge*, 1910, p. 1 et s.; 1911, p. 128 et s. (*Z. Grünhut*, art. cit.).

4. *D.*, 10, 4, *Ad exhib.*, 2 (Paul, 21 *ad Ed.*): *Exhibere est facere in publico potestatem, ut ei qui agat experiundi sit copia.*

substituée une promesse d'exhiber au moment opportun, promesse garantie par des cautions.

Enfin nous pouvons trouver une nouvelle confirmation de cette découverte dans la théorie de l'action noxale où nous croyons que la *d. j. p.* fonctionne de la même manière.

Ici encore la *ductio* n'intervient que lorsque l'esclave est présent *in jure*. L'opposition entre l'absence et la présence de l'esclave est clairement établie par Paul :

Sed si servus praesens est, dominus abest nec quisquam servum defendit, ducendus erit jussu praetoris[1].

Cette distinction établie, voici comment nous comprenons le rôle de la *ductio jussu praetoris* :

1° Quand l'esclave est présent, s'il n'est pas défendu *uti oportet* par une personne autorisée, il fait l'objet d'une *ductio jussu praetoris*.

2° S'il est absent, la personne qui l'a *in potestate* peut refuser de défendre, et la victime du délit ne peut l'y obliger ni par *missio in possessionem*, ni par *ductio in carcerem*, mais elle peut intenter contre lui l'action *ad exhibendum*. Il lui suffira de démontrer la *potestas* de l'adversaire pour que celui-ci soit obligé d'amener l'esclave *in jure* sous peine d'être traité comme *indefensus* ou de payer une indemnité. Alors la *d. j. p.* peut s'exercer sans difficulté si l'adversaire persiste à ne pas vouloir défendre.

A. — L'esclave est présent *in jure*. — *La ductio* peut être employée quand aucun défendeur ne se présente[2], quand c'est une personne non qualifiée qui se présente, quand la personne qualifiée ne se défend pas du tout ou ne se défend pas *uti oportet*. C'est ce qui résulte des termes très généraux des textes qui traitent de l'institution[3] :

Si servus praesens est, dominus abest nec quisquam servum defendit, ducendus erit jussu praetoris (*D.*, 2, 9, 2, 1).

1. Paul, 6 *ad Ed.* (*D.*, 2, 9, 2, 1). M. Lenel marque bien l'opposition entre la présence et l'absence de l'esclave, *Edictum*[2], p. 154 et s.

2. Par exemple parce que, tout en étant *alieni juris*, l'esclave n'est sous la puissance de personne, cf. Girard, art. cité, p. 18, n. 2.

3. Sur ces textes, cf. Girard, *ibid* ; Bekker, *Recht des Besitzes*, p. 51 et s. — Pour la critique de Bekker cf. plus bas.

Si servum ex causa noxali, quia non defendebatur, jussu praetoris duxero (*D.*, 6, 2, 6).

Si praesens dominus defendere nolaerit (*D.*, 9, 4, 26, 6).

Si, cum ab eo (bonae fidei possessore) non defenderetur, jussu praetoris eum duxerim (*D.*, 9, 4. 28).

Et si servus indefensus ductus sit (*D.*, 9, 4, 31).

Is qui in aliena potestate est, si noxam commisisse dicatur, si non defendatur, ducitur (*D.*, 9, 4, 32).

Et le texte d'Ulpien qui prévoit que dans ce cas un procès pourra s'engager, est certainement interpolé[1].

Ici, comme en règle générale, il faut assimiler celui qui ne défend pas *uti oportet* à celui qui ne défend pas et nous ne voyons aucune raison de restreindre, ainsi que le fait M. Lenel, *la ductio jussu praetoris* à l'hypothèse où l'adversaire de la victime ne fournit pas de caution[2].

On peut aussi déterminer la liste des personnes qui sont habilitées à défendre à l'action noxale pour éviter la *d. j. p.*[3]. Pas de doute pour le possesseur de bonne ou de mauvaise foi, ni pour l'usufruitier, ni pour le créancier gagiste[4]. Mais les tiers de bonne volonté ne peuvent défendre qu'à titre de représentants du possesseur, c'est-à-dire en fournissant caution[5]. Les autres ne sont pas qualifiés pour s'opposer à la *ductio*. Le dépositaire et le commodataire ne peuvent pas défendre en leur nom à l'action noxale; ils doivent se borner à souffrir la *ductio*. C'est contre le maître seul que peut être intentée l'action noxale[6].

B. — L'esclave est absent.

a) Celui qui est poursuivi peut s'être débarrassé frauduleusement de l'esclave ou nier qu'il soit en sa puissance. C'est alors

1. *D.*, 9, 4, 21, *pr. Judicium-haberet* est reconnu par tous les auteurs contemporains comme interpolé. Cette phrase ne s'explique que dans le système de la procédure extraordinaire.

2. Cf. Wlassak, *op. cit.*, p. 124 et s. — De même il faut assimiler la *confessio* à *l'indefensio* puisqu'il sagit d'une action incertaine.

3. Cf. les analogies avec la revendication dans Lenel, *Z. Grünhut*, p. 539 et s.

4. *D.*, 9, 4, *De act. nox.*, fr. 11; fr. 12; fr. 13; fr. 17, 1; fr. 26, 6; fr. 30. — 2. 9. *Si ex nox. causa*, 2, 1. — Cf. Girard, art. cité, p. 21, n. 1; Bekker, *op. cit.*, p. 52.

5. *D.*, 9, 4, 39, 1 et 2. — 3, 3, *De proc. et def.*, 35, 3; 36.

6. *D.*, 9, 4, 22, *pr.*

qu'intervient l'édit mentionné au fragment 21 (9, 4) et commenté par Paul au fragment suivant[1].

De ces deux textes il résulte que la victime peut soit intenter une action dans laquelle il lui suffira de prouver que l'adversaire possède la puissance ou bien qu'il a cessé de la posséder par dol, soit déférer un serment portant sur ces mêmes points. Si elle fait sa preuve ou si le serment n'est pas prêté, elle obtient réparation du dommage sans que l'adversaire puisse se libérer en procédant à l'abandon noxal.

Cette sanction est exorbitante du droit commun. La règle suivant laquelle on ne peut contraindre personne à défendre à une action noxale n'est pas directement violée, mais le préteur délivre une autre action (*judicium sine noxae deditione*) par laquelle il suffira au demandeur de prouver la *potestas* de son adversaire, et celui ci ne pourra pas se dérober à une condamnation pécuniaire en procédant à l'abandon noxal. Ce renversement de l'ordre normal de l'action noxale est une sorte de peine[2] prononcée dans un cas précis contre le maître qui a commis une faute personnelle[3].

1. *D.*, 9, 4, 21, 2 : *Praetor ait : Si is in cujus potestate esse dicetur negabit se in sua potestate servum habere : utrum actor volet, vel dejerare jubebo in potestate sua non esse neque se dolo malo fecisse, quominus esset, vel judicium dabo sine noxae deditione.* — Paul, 18 *ad Ed.* (*D.*, 9, 4, 22, 4) : *Si negavit dominus in sua potestate esse servum, permittit praetor actori arbitrium, utrum jurejurando id decidere an judicium dictare sine noxae deditione velit, per quod vincet, si probaverit eum in potestate esse vel dolo ejus factum, quo minus esset.* Aj. *D.*, 2, 9, 2, 1 : *Sin vero — potestate.* Cf. Lenel, *Edictum*[2], p. 157.

2. Comp. avec *D.*, 9, 4, 2; 3, etc. Peine analogue dans *D.*, 11, 1, 11, 4.

3. Telle est la solution qui nous paraît la plus prudente, mais il reste plusieurs motifs d'hésitation, car d'une part les textes cités n'indiquent pas l'effet du serment et d'autre part la mention *neque se dolo fecisse quominus esset* rattachée par le premier texte au serment et par le deuxième à l'action est suspecte et pourrait bien être interpolée, comme beaucoup de mentions de ce genre. J'ai été un moment jusqu'à penser que ce *judicium sine noxae deditione* pourrait bien être l'action *ad exhibendum* dont la désignation aurait été altérée par les compilateurs : Le § 3 du fr. 21 mentionne que cette *potestas* dont il vient d'être parlé est la *potestas exhibendi* : le § 4 précise que le refus de serment équivaut au refus de défendre ou d'exhiber. — Cf. aussi *D.*, 9, 4, 12 (Paul) : Qu'est-ce que cette action qui est donnée contre ceux qui « ont l'esclave en puissance ou qui ont cessé de l'avoir par dol? » Nous admettons que c'est ce *judicium sine noxae deditione* des frag. 21 et 22. Pourtant la phrase est peu claire, car enfin contre celui qui a l'esclave *in potestate* on intente soit l'action noxale, — soit l'action *ad exhibendum*. Tout s'éclairerait si les frag. 12, 21, 22, parlaient de l'action *ad exhibendum*.

b) Mais, au lieu de nier sa *potestas*, l'adversaire peut soit défendre, soit promettre en fournissant caution d'exhiber l'esclave lorsqu'il le pourra, soit refuser de défendre[1]. S'il refuse de défendre : *noxali judicio invitus nemo cogitur alium defendere*. Une seule voie est possible : intenter contre lui l'action *ad exhibendum* qui le contraindra à amener le délinquant *in jure*, sans que le demandeur ait rien à prouver.

Les textes conservés au Digeste font mention de cette action *ad exhibendum*. D'abord un fragment très général d'Ulpien qui se sert d'une formule analogue à celle qui est souvent employée pour la revendication[2] : *Si quis noxali judicio experiri velit, ad exhibendum ei actio est necessaria*[3].

M. Naber maintient cette première phrase en faisant subir au reste du texte des corrections fort vraisemblables; mais, avec sa hardiesse coutumière, M. Gerhard Beseler rejette le texte tout entier[4]. Cette règle générale, déclare-t-il, est interpolée, car l'action *ad exhibendum* n'est pas nécessaire toutes les fois que l'esclave n'est pas produit *in jure* et que le maître refuse de défendre. C'est pourtant ce qu'on doit admettre si l'on se rappelle que personne n'est obligé de défendre à l'action noxale.

Un texte peu remarqué de Pomponius souligne bien le lien qui existe entre l'action *ad exhibendum* et la *ductio* de l'esclave.

Servos dominus eodem loco exhibere debet, ubi vim intulisse dicentur et carere omnium dominio potest, si eos non defendat[5].

Autre mention de l'action *ad exhibendum* par Ulpien[6]. M. Beseler affirme que la fin de la phrase (*quid-agendum*) est interpolée. D'après lui Ulpien émettait une hypothèse très générale que Tribonien a restreinte arbitrairement au cas où l'esclave qui a

1. *D.*, 2, 9, *Si ex nox. causa*, 2, 1.
2. Comp. Lenel, *Z. Grünhut*, p. 315 et s.
3. Ulpien, 24 *ad Ed.*, (*D.*, 10, 4, *Ad exhib.*, 3, 8).
4. *Beiträge*, I, p. 2, 3. — Nous ne faisons nulle difficulté pour admettre que le reste du texte est suspect soit à cause de ses incorrections, soit à cause du peu de concordance de la fin avec le début. Il est fort possible que l'exhibition de tous les esclaves constitue une règle post-classique.
5. *D.*, 9. 4, 43.
6. *D.*, 2, 7, *Ne quis eum*, 3, *pr.* : *Quod si servum quis exemit in jus vocatum, Pedius putat cessare edictum, quoniam non fuit persona, quae in jus vocari potuit. Quid ergo? ad exhibendum erit agendum.*

commis un délit est enlevé *in jure* par un tiers. Au contraire je vois dans cette action *ad exhibendum* l'application du droit commun : le personnage qui a commis cet enlèvement ne doit pas être disposé à défendre à l'action noxale, et c'est pourquoi une action *ad exhibendum* est intentée contre lui.

Enfin je n'ai aucune raison de soupçonner une constitution d'Alexandre Sévère : *Si criminis alicujus reus servus postulatur, per ad exhibendum actionem produci a domino, non celari debet*[1].

Dans ces textes il n'est fait allusion à aucune utilité de circonstance ; l'action *ad exhibendum* nécessaire pour amener l'esclave *in jure* est partout signalée comme appelée à jouer un rôle toutes les fois que l'esclave n'est pas présent *in jure*[2]. Il paraît vraisemblable de lui attribuer le même rôle dans la revendication et dans l'action noxale.

On pourrait chercher une objection dans les textes qui obligent celui qui reconnaît tenir l'esclave *in potestate* soit à jurer, soit à défendre, soit à exhiber, soit à promettre l'exhibition[3]. Mais justement parce que le possesseur de l'esclave peut prendre ces différents partis, il n'est pas obligé de défendre ; il pourra esquiver cette solution soit en exhibant, soit en promettant d'exhiber et, s'il ne défend pas, on pourra seulement l'atteindre par l'action *ad exhibendum*.

III

Si celui qui est poursuivi par l'action noxale n'est pas obligé d'y défendre, mais doit seulement exhiber l'esclave pour que

1. *C. J.*, 3, 42, *Ad exhib.*, 2 : *Si criminis alicujus reus servus postulatur per ad exhibendum actionem produci a domino, non celari debet.* Le frag. du *Dig.*, 10, 4, 20 allégué par M. Beseler ne se refère pas à l'action noxale. — Sur le devoir d'exhiber cf. encore les frag. 21 et 22 (9, 4).

2. Au reste l'action *ad exhibendum* peut jouer encore d'autres rôles pour l'action noxale (*D.*, 9, 4, 40) aussi bien que pour la revendication. — Naturellement l'adversaire ne sera tenu d'exhiber l'esclave que s'il a sur celui-ci la *potestas* ou s'il a cessé de l'avoir par dol. Ce n'est que par exception que les publicains devront payer une amende même s'ils ne peuvent pas livrer l'esclave (*D.*, 39, 4, *De publicanis*, 1, 6; 2, 3). Cf. Girard, *Manuel*[5], p. 680, n. 1.

3. *D.*, 2, 9, 2, 1 — 9, 4, 21, 4 — 9, 4, 22, 3. Cf. dans un sens différent Lenel, *Edictum*[2], p. 156-158.

puisse s'exercer la *ductio j. p.*, faut-il nécessairement en conclure que le propriétaire peut se libérer par l'abandon pur et simple du coupable? — Cette conclusion ne s'impose pas absolument et la solution que nous avons présentée n'est pas contradictoire avec les textes qui obligent par surcroît le propriétaire à transférer la propriété de la chose et à fournir caution :

Non solum autem qui in potestate non habet recusare potest noxale judicium, verum et habenti in potestate liberum est evitare judicium, si indefensam eam personam relinquat : sed huic necesse est jus suum ad actorem transferre, perinde ac si damnatus esset[1].

Is qui in aliena potestate est si noxam commisisse dicatur, si non defendatur, ducitur : et si praesens est dominus tradere eum et de dolo malo promittere debet[2].

Pourtant cette exigence supplémentaire nous paraît singulière. M. Eisele indique brièvement ses raisons de croire que la finale de ces deux textes est interpolée[3]. Nous dirons à notre tour pourquoi nous la tenons pour suspecte.

1° Raisons tirées du texte. Fr. 29 : la fin *sed-esset* est contradictoire avec la faculté de *relinquere indefensam personam*. — Fr. 32 : il est bien extraordinaire que seul le maître présent soit tenu de l'obligation de manciper et de fournir caution. Pourra-t-il se libérer de cette obligation en s'absentant?

2° Tous les autres textes ne parlent que de la privation pure et simple de la possession sans distinguer suivant que le défendeur est propriétaire ou non[4]: ils déclarent que le maître de l'esclave est libéré par la *ductio* et par l'abandon, même après la condamnation[5].

3° Cette obligation supplémentaire est peu conforme à l'ori-

1. *D.*, 9, 4, 29.
2. *D.*, 9, 4, 32.
3. *Beiträge, ZSS (RA)*, 13, 1892, p. 123-124.
4. Ex. *D.*, 9, 4, 28 — 6, 2, 5, 6, *etc.* D'autres textes emploient les expressions les plus vagues : *carere*, 9, 4, 33 et 43; *Sua parte concedere*, 9, 4, 8.
5. *D.*, 9, 4, 1; 39, 3. — On pourrait tirer une objection des frag. 11 et 27, 1. Ceux-ci déclarent que le possesseur de bonne foi ou l'usufruitier ne peuvent pas transférer la propriété, le *dominium* à la victime. C'est donc que le propriétaire le fait? Mais ces expressions *res facit actoris*, *dominium* ou bien sont interpolées (dans ce sens pour la seconde, Pernice, *Labeo*, 2, 1[2], p. 121) ou bien ne doivent s'entendre que de la propriété prétorienne.

gine et à l'esprit de l'institution[1] : Que doit faire le maître? abandonner simplement l'esclave pour que la vengeance de la victime puisse s'exercer. — Au moins faudrait-il admettre que les autres obligations résultent de théories ajoutées après coup.

4° Nous verrons que la *ductio jussu praetoris* est munie de sanctions qui protègent la victime contre les réclamations et de l'adversaire et des tiers. Dès lors on peut se demander à quoi serviraient cette mancipation et cette promesse. Malgré nos recherches nous n'avons pu leur trouver aucune utilité.

IV

Quand la personne poursuivie par la revendication ou l'action noxale ne défend pas comme il faut l'objet litigieux présent *in jure* le préteur adresse une invitation au demandeur (et non au défendeur); il l'invite à emmener l'objet. Le défendeur ne joue qu'un rôle passif; il se borne à souffrir que l'objet lui soit enlevé[2]. Au reste, s'il s'y opposait il se rendrait coupable d'un délit public : le refus d'obtempérer aux ordres d'un magistrat[3].

Il suffit de replacer l'institution dans son cadre pour en comprendre le sens : Personne ne peut être contraint de défendre à une action réelle ou à une action personnelle dirigée contre un individu qui n'est tenu qu'à cause de ses rapports avec une chose. Cela ne veut pas dire qu'aucun recours ne soit possible dans ces cas, mais seulement qu'aucune contrainte ne peut être exercée par *missio in possessionem* ou par *addictio personae*. Ce mode de contrainte serait trop onéreux[4]. Puisque l'action n'a pour fondement qu'un objet déterminé, le défendeur peut se libérer en abandonnant cet objet et, s'il se dérobe, le préteur fait passer la possession au demandeur par voie d'interdit, s'il s'agit

1. Cf. sur l'origine des actions noxales Girard, art. cit., p. 42 et s.

2. Cf. Wlassak, art. cit., p. 123 et s. — D'ailleurs cet auteur nous semble tirer de ce texte tardif des conséquences bien hardies sur le rôle du préteur à l'époque des Actions de la loi.

3. *D.*, 2, 3, 1, 1. — Comp. *Bas.*, 7, 7, 1. — En attendant, le délinquant peut être conduit en prison (*D.*, 47, 10, *De injuriis*, 13, 2).

4. *D.*, 42, 4, *Quibus ex causis in poss.*, 7, 16-19 ; *commodius*,

d'un immeuble, et, s'il s'agit d'un meuble, par une simple invitation précédée, quand cela est nécessaire, d'une action *ad exhibendum*. Désormais la revendication ou l'action noxale n'ont plus de raison d'être.

La *ductio jussu praetoris* est donc analogue à l'*addictio* qui fonctionnait déjà à l'époque des Actions de la loi. Sous ce régime le préteur attribuait l'objet du litige à toute personne qui le réclamait sans rencontrer de contestation régulière[1].

Ce système survit atténué dans la procédure formulaire. Le demandeur amène l'objet qu'il réclame *in jure* et, si aucun défendeur qualifié ne se présente ou ne défend *uti oportet*, le magistrat prononce la *ductio*. L'explication est la même en cas d'action noxale et en cas d'action réelle[2]. On peut deviner ce rôle joué par la *ductio* pour les actions réelles dans les dispositions assez obscures du chapitre XXII de la loi Rubria[3] et nous

1. Gaius, 2, 24. Cf. Girard, *Manuel*[5], p. 313, n. 2; p. 977, n. 3; p. 978, n. 1; — Giffard, *La confessio in jure*, thèse Paris, 1900, p. 10-11. — M. Collinet qui combat des conclusions du système de Demelius repris dans les grandes lignes par M. Giffard, les accepte pour le *sacramentum in rem*, *NRH*, 29, 1905, p. 175.

2. L'explication si simple que nous admettons nous paraît être celle de M. Wlassak, art. cité, p. 122 et s., mais beaucoup d'autres systèmes ont été proposés : M. Bekker (*Recht der Besitzes*, p. 50 et s., p. 57) enseigne que deux moyens juridiques sont mis au service de la victime d'un délit commis par un esclave : l'action noxale contre le maître et la *ductio j. p.* contre l'esclave. Celle-ci serait une survivance de la *manus injectio* des Actions de la loi; elle nous permettrait de conjecturer qu'à l'origine la *m. i.* pouvait être dirigée contre les esclaves. — On peut faire à ce système de nombreuses objections : invraisemblance de la dernière hypothèse; caractère artificiel de la distinction entre l'action contre l'esclave et l'action contre le maître; impossibilité de fournir la même explication du rôle de la *ductio* dans l'action noxale et dans l'action réelle. — M. Bethmann-Hollweg (*op. cit.* II, p. 567 et s.) recherche l'origine de la *d. j. p.* dans la théorie des *vindiciae* sous le régime des Actions de la loi : Lorsque le plaideur à qui l'on attribuait ces *vindiciae* refusait de fournir les *praedes l. et v.*, le magistrat les transférait à l'adversaire. L'explication nous paraît trop étroite : 1°) en ce qu'elle néglige la théorie bien plus large de l'*addictio*, 2°) en ce qu'elle ne prévoit que le refus de fournir caution, alors que la *ductio* peut être employée dans tous les cas d'*indefensio*. — Par contre M. Schlesinger, *ZRG*, 8, 1869, p. 205, supprime trop aisément la question en déclarant que la *ductio* n'a pu fonctionner que depuis la création de la propriété prétorienne.

3. Il faut avouer que les termes de ce chapitre ne permettent pas de dire à coup sûr si la *confessio* dans des actions réelles était sanctionnée par la *missio in possessionem* ou par la *ductio jussu praetoris*. Nous renvoyons sur ce point à la remarquable thèse de M. Giffard chez qui on relève quelques hésitations (Comp. les p. 60-61 et 121 avec les p. 133 et s.). Nous choisissons la solution indiquée au texte parce qu'elle concorde avec tout ce que nous avons vu au sujet de la *d. j. p.* et parce que la solution inverse supposerait une évolution trop compliquée.

l'avons retrouvé dans l'action noxale et dans la revendication. Ainsi l'exécution adéquate était plus fréquemment réalisée à Rome qu'on l'enseigne communément : la *missio in possessionem* et la *ductio in carcerem* contre celui qui ne défend pas *uti oportet* apparaissent plutôt dans les actions réelles et dans certaines actions personnelles comme des pis-aller qui ne sont employés que lorsque le transfert de possession de l'objet litigieux est impossible.

Il est vraisemblable que ce système régna aussi longtemps que dura la procédure formulaire, bien qu'un texte d'Ulpien nous montre la *missio in possessionem* utilisée contre le défendeur à la revendication qui se cache, mais on ne doit voir là qu'une peine spéciale qu'il faut se garder d'étendre au cas d'aveu, d'absence ou de refus de défendre *uti oportet*. *L'oratio Marci* qui établit des règles nouvelles est certainement relative à la procédure extraordinaire[1].

V

Quelques mots nous suffiront pour marquer les effets du *d. e. f. j.*, car ce point est plus facile et a été mainte fois étudié.

Le demandeur qui emmène l'objet mobilier à la suite de l'invitation du préteur acquiert sur cet objet le même droit qui lui est conféré lorsqu'il bénéficie d'un abandon de possession consenti spontanément par son adversaire au cours du procès[2]. Dans les deux cas l'objet devient *in bonis ejus*; il passe dans ce qu'on appelle ordinairement sa propriété prétorienne, sa propriété « bonitaire[3] ».

La *ductio* produit les conséquences ordinaires de la propriété prétorienne[4] : le possesseur devient *in causa usucapiendi*; de plus il est protégé par la publicienne et par une exception. Mais lorsqu'il s'agit de fixer l'effet de ces moyens envers le vrai

1. *D.*, 42, 2, *De confessis*, 6. — Cf. Gilfard, *NRH*, 29, 1905, p. 449 et s. — V. plus bas.
2. *D.*, 9, 4, 28. Ce fragment identifie la *noxae deditio* avec la *d. j. p.* D'autres textes semblent souvent parler indifféremment de l'une ou de l'autre.
3. Cf. la critique de cette expression courante dans Pernice, *Labeo*, 2. 1², p. 421.
4. Cf. Girard, *Manuel*³, p. 265, 315.

propriétaire, s'accuse une divergence entre la revendication et l'action noxale.

Le demandeur à une action réelle qui a bénéficié du *d. v. f. j.* est obligé de fournir une caution *pro praede litis et vindiciarum* ou *judicatum solvi*, faute de quoi l'objet demeurera entre les mains du possesseur ou parfois peut-être sera déposé entre les mains d'un séquestre[1]. C'est que la *ductio* ne le protège que contre les réclamations des non propriétaires. Le vrai propriétaire pourra intenter contre lui la revendication sans que sa demande soit paralysée par aucune exception; il est assez puni par la perte de sa qualité de défendeur.

Au contraire la victime d'un délit qui a obtenu la *d. j. p.* est protégée par une exception de dol ou par la publicienne contre le propriétaire qui voudrait reprendre son esclave sans s'offrir à verser une indemnité[2]. Cette différence se comprend aisément. Dans ce dernier cas ce n'est pas une question de propriété qui se pose, mais seulement une question de responsabilité. Cependant quand la *ductio* a été prononcée en l'absence légitime du maître de bonne foi, elle n'est pas opposable à celui-ci. Un nouveau procès s'engage dans lequel le maître joue le rôle de défendeur et la victime celui de demandeur. L'usufruitier, le créancier gagiste, le copropriétaire bénéficient du même avantage[3].

Telle est la protection accordée à la propriété déférée par le préteur. Cette question est étroitement liée avec celle de l'autorité de la chose jugée. La *ductio* en matière réelle n'empêche aucun procès ultérieur. Le propriétaire demandeur garde ses actions accessoires; son adversaire peut se raviser et intenter une revendication contre celui qui a profité du *d. v. f. j.*[4].

Mais l'action noxale est éteinte par la *ductio* puisque la victime est désarmée dès qu'elle a eu l'esclave en puissance[5],

1. Paul, *Sent.*, 1, 11, 1. — *D.*, 2, 8, 7, 2 — Cf. Lenel, *Edictum*[2], p. 131 et *Z. Grünhut*, 1910, p. 321, n. 27, p. 348 et s.

2. *D.*, 6, 2, *De publiciana*, 6. — 9, 4, *De act. nox.*, 11 : 27, 1 ; 28.

3. *D.*, 9, 4, 26, 6 (*Vel etiam presente* est évidemment interpolé) : 9, 4, 30. — 2, 9, 2 — 9, 4, 8.

4. Cf. Giffard, thèse, 136-137.

5. Cf. Girard, art. cité, p. 11 et s. — De là résulte la nécessité de restituer son action à la victime dans le cas où la propriété prétorienne ne lui a été attribuée que provisoirement : *D.*, 9, 4, 26, 6 et les textes cités n. 3. — Sur l'expression *dominium*

Ainsi la *ductio* libère le maître qui pourra opposer une exception de dol à toute poursuite ultérieure. Si elle ne libère pas *ipso jure* l'usufruitier, le créancier gagiste, le simple possesseur qui ne peuvent pas transférer la propriété, ceux-ci n'en sont pas moins hors de cause puisque la victime pourra opposer l'abandon noxal au propriétaire[1].

La réciproque est également vraie. Le maître peut bien se soustraire à l'abandon noxal tant que la *ductio* n'a pas été prononcée, mais ensuite, sauf le cas d'absence légitime, il sera repoussé par l'exception de dol. Si c'est un usufruitier qui réclame, le préteur se bornera à lui refuser l'action confessoire[2].

Enfin la *d. j. p.* constitue une éviction régulière; elle ouvre les mêmes recours que le jugement lui-même au profit de l'acheteur dépouillé, contre son vendeur[3].

***

Dans la procédure extraordinaire la *ductio* ne peut plus fonctionner comme dans la procédure formulaire. Il faut d'abord distinguer le *confessus rem actoris esse* de l'*indefensus*. Le premier est considéré comme ayant été jugé et il est obligé de restituer *arbitrio judicis* (et non plus *jussu praetoris*)[4].

L'*indefensus* est traité en matière réelle comme en matière d'action noxale. Désormais il n'y a plus de distinction entre le *jus* et le *judicium*, et le juge ne peut ordonner aucune exécution avant que soit intervenue une sentence, à défaut d'un aveu; et d'autre part la procédure par contumace est devenue possible.

Cela étant, lorsque l'objet litigieux ou l'esclave est présent et

du frag. 26, 6, cf. Pernice, *Labeo*, 2,i[2], p. 421. Pernice ne remarque pas que la même expression se retrouve dans le frag. 27, 1. Comp. le frag. 11 qui dit seulement : (*Servum*) *facit actoris*. — Sur une théorie divergente d'Ofilius réfutée par Paul (*D.*, 2, 9, 1 et 2), cf. Fliniaux, *Le Vadimonium*, thèse Paris, 1908.

1. *D.*, 9, 4, 11; 27, 1.

2. *D.*, 2, 9, 3. — 9, 4, 16; 27, *pr.*

3. *D.*, 19, 1, *De act. empti*, 11, 12. — Africain (*D.*, 9, 4, 28) assimile au procès suivi d'abandon noxal la *d. j. p.*

4. *D.*, 42, 2, *De confessis*, 6, 2 : *Sed et si fundum vindicem meum esse tuque confessus sis, perinde habeberis, atque si dominii mei fundum esse pronunciatum esset.* Cf. Giffard, *NRH*, 29, 1905, p. 449 et s.

que le demandeur ne rencontre devant lui aucune personne qualifiée pour répondre soit à l'action noxale, soit à la revendication, il peut continuer à requérir la *ductio* dont tant de textes parlent encore au Digeste, mais le juge devra d'abord rendre une sentence et son ordre sera directement exécuté *manu militari*.

En dehors de ces circonstances le demandeur doit s'en prendre au maître et engager contre lui un procès, son adversaire refusât-il de défendre ou fût-il contumace. La présence ou l'absence de l'esclave ou de l'objet devient indifférente pour la procédure ; elle n'a d'importance que pour l'exécution. Dans le premier cas l'exécution sera procurée *manu militari* et dans le second elle sera assurée en principe *multis et pignoribus*. Dans le cas où l'adversaire essaye de se dérober en niant sa possession, le demandeur n'aura qu'à le convaincre de mensonge pour obtenir du juge le transfert de possession, sans avoir à fournir des preuves de propriété[1]. Ce sont ces nouvelles règles qui expliquent les remaniements que les compilateurs ont fait subir aux textes qui exposaient la théorie classique de la revendication et des actions noxales.

1. *D.*, 6, 1, *De r. v.*, 80, à comparer avec le frag. 68 également interpolé. — *C. J.*, 7, 53, *De exec. rei jud.*, 1. — 7, 58, *De confessis*, *un.* — *Bas.* 7, 7, 1. — 15, 1, 79. Pour l'action noxale *D.*, 9, 4, 21, *pr.* et 4 ; 22, 3. — Sur ces textes cf. Wlassak, *ZSS* (*RA*), 25, 1904, p. 143 ; Lenel, *Z. Grünhut*, p. 521.

LA REPRÉSENTATION JUDICIAIRE
DES CITÉS
D'APRÈS L'ÉDIT DU PRÉTEUR

PAR

PAUL RAMADIER

Docteur en Droit
Licencié ès Lettres, Avocat à la Cour d'Appel de Paris

Tandis que le droit grec a soumis dès une époque ancienne les procès des personnes morales aux règles de la procédure commune[1], les difficultés survenues dans l'empire romain entre cités ou entre particuliers et cités n'étaient pas au début portées devant le préteur. Au temps des actions de la loi, la règle « *nemo alieno nomine agere potest*[2] » empêchant toute espèce de représentation judiciaire s'opposait par cela même à la comparution *in jure* de la cité qui ne peut évidemment se présenter en personne. Sans doute, dans quelques cas, selon le témoignage des Institutes[3], une sorte de représentation était organisée. Il était admis notamment que l'on pouvait agir *pro populo* : certains auteurs[4] ont voulu voir dans cette possibilité la plus ancienne

1. Voyez Meier, Schömann et Lipsius, *Att. Process*, Berlin, 1883-1887, p. 123 ; Haussoulier, *La vie municipale en Attique*, Paris, 1884, p. 87 et s.

2. Gaius, 4, 82 ; Ulp., 14 *ad ed.*, *D.*, 50, 17, *de R. J.*, 123, *pr.* ; *Inst.*, 4, 10, *de his per quos agere possumus*, *pr.*

3. *Loc. cit.*

4. Puchta, § 156, 10e éd., t. I, p. 450, n. c ; Rümelin, *Zur Geschichte der Stellvertretung im röm. Civilprocess*, 1886, p. 48 et s.

forme de la représentation des municipes. Cette opinion cependant, généralement rejetée[1], se heurte à ce fait que les cités italiennes ou provinciales sont appelées par les jurisconsultes *civitates*[2], *municipia*[3], *reipublicae*[4], mais non *populi*: ce dernier terme s'applique plutôt à l'ensemble de la population qu'à la personne morale. Aussi nous rallierons-nous volontiers à la doctrine qui voit dans cet *agere pro populo* la première forme des actions populaires[5].

Après la loi Aebutia, nous voyons apparaître en même temps que la représentation judiciaire la compétence du préteur en matière de procès des cités. Le patrimoine du municipe est considéré comme privé à l'époque classique[6] et c'est sur ce caractère privé qu'est fondée alors la compétence du préteur. Mais il ne semble pas que cette idée soit très ancienne et nous devons plutôt y voir la conséquence que la cause de la pratique dont nous nous occupons : l'édit lui-même qualifie de *publica* les biens municipaux[7]. Aussi, selon toute vraisemblance, la compétence du préteur est-elle le résultat non d'idées théoriques, mais d'une nécessité économique : les particuliers, créanciers des municipes, auraient été dépourvus de toute protection, s'ils n'avaient pu agir devant le préteur.

1. Voyez n. 5.

2. Ulp., 5 *ad ed.*, *D.*, 2, 4, 10, 4; Ulp., 4 *op.*, *D.*, 3, 3, 75; Paul, *l. sing. de Senatusconsultis*, *D.*, 36, 1, 27 (26); Ulp., 2 *de off. cons.*, *D.*, 50, 12, 8; Ulp., 9 *ad ed.*, *D.*, 46, 8, 9; Hermog., 1 *epitomarum*, *D.*, 50, 4, 2; Ulp., 10 *ad ed.*, *D.*, 16, 4, 4; Callistrate, 1 *cogn.*, *D.*, 50, 1. 37, *pr.*; Ulp., 10 *ad ed.*, *D.*, 12, 1, 27; Gaius, 3 *ad ed. prov.*, *D.*, 50, 16, 16; Ulp., 9 *ad ed.*, *D.*, 41, 1, 41; Marcianus, *l. sing. de del.*, *D.*, 50, 1, 10; Ulp., 10 *ad ed.*, *D.*, 50, 16, 15; Pap., 10 *resp.*, *D.*, 42, 5, 37; Pap., 1 *resp.*, *D.* 50, 1, 17, 5.

3. *Frag. Vat.*, 335; Ulp., 27 *ad. ed.*, *D.*, 13, 5, 5, 7 et 9; Paul, *l. sing. de Scis*, *D.*, 36, 1, 27 (26); Macc., 12 *fideic.*, *D.*, 36, 4, 12; Ulp., 39 *ad ed.*, *D.*, 37, 1, 3, 4; Ulp., 53 *ad ed.*, *D.*, 39, 2, 17, 2.; Ulp., 58 *ad ed.*, *D.*, 42, 1, 4, 2; Ulp., 75 *ad ed.*, *D.*, 44, 2, 11, 7; Ulp., 26 *ad ed.*, *D.*. 12, 2, 34, 1; Paul, 9 *ad ed.*, *D.*, 50, 16, 18; Ulp., 71 *ad ed.*, *D.*, 43, 24, 11, 1; Paul, 2 *ad Ner.*, *D.*, 35, 1, 97.

4. Paul, 1 *sent.*, *D.*, 50, 5, 10, 4; Ulp., 1 *de appell.*, *D.*, 49, 4, 1, 13; Paul, 1 *sent.*, *D.*, 50, 4, 16; Paul, 15 *quaest.*, *D.*, 50, 1, 14; Paul, 1 *sent.*, *D.*, 42, 5, 48, 1.

5. Voyez Girard, *Manuel*[5], p. 1025; Cuq, *Institutions*, 1[2], p. 138, n. 1; Wirbel, *Le Cognitor*, p. 10, n. 2 qui donne une bibliographie complète.

6. Ulp., 10 *ad ed.*, *D.*, 50, 16, *de V. S.*, 15; Gaius, 3 *ad ed. prov.*, *D.*, 50, 16, *de V. S.*, 16.

7. Textes cités à la note précédente; Ulp., 10 *ad ed.*, *D.*, 50, 16, *de V. S.*, 17. — Cf. Lenel, *Edictum*[2], p. 99.

A quel moment cette innovation se produisit-elle ? Elle est certainement postérieure à la loi Aebutia et antérieure à la rédaction de l'édit par Julien. Car les commentateurs classiques du droit prétorien étudient les clauses édictales réglant la matière. A vrai dire, elles existaient sans doute dès l'époque de Cassius, puisque Javolenus dans ses *libri ex Cassio* y fait allusion en traitant de la *bonorum venditio*[1]. On peut même conjecturer qu'elles avaient déjà été introduites au moment où Cicéron était gouverneur de la Cilicie : ses lettres en effet fournissent deux raisons de le croire, raisons qui n'entraînent d'ailleurs pas la certitude. Le premier de ces deux indices se trouve dans une lettre à Thermus, gouverneur d'Asie, où Cicéron le prie d'intervenir auprès des Milésiens à propos d'une créance qu'avait contre eux Cluvius Puteolanus[2]. Des *legati* avaient déjà été envoyés à Rome ; mais Cluvius voulait qu'on leur substituât des *ecdici* « *ut aliquid confici possit* ». Etait-ce pour plaider ? C'est très probable ; car, s'il s'était agi de négocier un simple traité, des *legati* auraient sans doute suffi ; les *ecdici* sont d'ailleurs des représentants judiciaires. Il y avait donc déjà dans l'édit urbain des clauses organisant les procès des cités.

Cette hypothèse se confirme si l'on compare ce premier texte à un autre passage de la correspondance de Cicéron[3]. Ecrivant à Atticus, au début de sa préture de Cilicie, il expose le plan de son édit : dans une première partie, dit-il, il traite les sujets spéciaux au droit de sa province et, dans une seconde, quelques matières délicates. Pour le reste, il renvoie purement et simplement aux édits urbains. Or, ni dans la première, ni dans la seconde des deux catégories de clauses qu'il distingue, n'est comprise la représentation judiciaire des cités. Cette institution cependant existait dans les pays grecs bien avant la conquête romaine[4] et la lettre à Thermus prouve qu'elle n'avait certainement pas disparu à l'époque de Cicéron. Pourquoi donc l'édit

1. Javolenus, 15 *ex Cassio*, *D.*, 3, 4, *quod cujuscumque*, 8 (Lenel, *Pal.*, 64). — Cf. Ulp., 71 *ad ed.*, *D.*, 43, 24, *quod vi aut clam*, 11, 1.
2. Cic., *ad fam.*, XIII, 56, 1.
3. Cic., *ad fam.*, VI, 1, 15.
4. Voyez n. 1.

de Cilicie est-il muet? On ne peut guère expliquer ce silence que par la présence d'une clause déjà insérée dans l'édit urbain. Cicéron la jugeait sans doute suffisante et se contentait de la rendre applicable dans sa province par le renvoi implicite contenu dans la clause générale sur les matières non développées. Si l'on admet ces conjectures, qui ne s'imposent pas à la raison, mais qui paraissent probables, l'édit relatif aux représentants judiciaires des cités aurait été introduit avant 704-51.

Peut-être même serait-il possible d'être plus affirmatif. Il paraît conforme à la vraisemblance historique que notre édit a été inscrit dans l'*album* pendant la période qui suit la guerre sociale et qui s'étend jusqu'aux environs de la dictature de César. C'est à ce moment en effet que le plus grand nombre des clauses de l'édit ont été rédigées et c'est aussi pendant le même espace de temps que la plupart des lois fixant les constitutions municipales des cités italiques ont été promulguées. Il n'y aurait rien d'étonnant à ce que ce mouvement législatif se fût accompagné de l'insertion dans l'édit de dispositions organisant la représentation judiciaire des personnes morales[1].

Ces dispositions faisaient partie du titre relatif à la représentation judiciaire en général[2]. Les commentateurs classiques du droit prétorien en traitaient en même temps que de cette matière. Paul en parle dans son livre IX[3]; Ulpien l'explique à la fois dans son livre IX et dans son livre X[4], et cette division du commentaire en deux parties a fait naître la conjecture que l'édit consacrait aux procès des cités non pas une, mais deux rubriques[5]. M. Lenel les distingue en effet; l'une serait relative au choix de ceux qui peuvent agir au nom des municipes (*Quibus municipum nomine agere liceat*); l'autre concernerait l'action

1. Voyez en ce sens Rümelin, *op. cit.*, p. 121, n. 1.

2. Lenel, *Edictum*[2], nos 31 et 33. — La restitution proposée par Rudorff (*E. P.*, n° 34 et 35) est entièrement inadmissible; car elle confond les clauses relatives aux cités et celles relatives aux *universitates*, qui ont été fort bien distinguées par Gradenwitz, *Conjecturen, Z. Grünhut*, 1891, t. XVIII, p. 337 à 340.

3. Lenel, *Pal.*, nos 182 à 184 et 186.

4. Lenel, *Pal.*, nos 330 à 332, nos 339 à 343.

5. Sans doute, la division en *libri* est surtout déterminée par la longueur des développements; mais on évitait aussi de couper en deux le même développement.

dirigée contre le municipe (*Quod adversus municipes agatur*). Cette distinction est fondée sur les sujets traités par les divers fragments : les uns parlent de la désignation du représentant, les autres de la défense des cités. Ce système nous paraît exact dans son ensemble. Néanmoins M. Lenel a eu le tort de supposer entre les deux clauses concernant la représentation des cités la présence d'une autre clause qui aurait trait à la défense en général. On ne voit pas très bien d'ailleurs quelles raisons M. Lenel peut invoquer : rien ne s'oppose à ce que l'on rejette à la fin du livre IX d'Ulpien les développements qui se rapportent à la première de nos deux clauses. On pourrait même trouver une preuve de l'exactitude de l'ordre que nous proposons dans la phrase par laquelle Ulpien commence son commentaire de la deuxième clause[1] : il fait une allusion directe à la première, résumant d'un mot son contenu, si bien que l'on peut se demander si cette phrase d'introduction n'est pas en même temps une phrase de transition, rattachant le développement qui suit au développement qui précède. Il convient donc de placer nos deux clauses après la rubrique « *de defendendo eo*.... »

*
* *

Quel est l'objet de la première des deux clauses ainsi distinguées ? M. Lenel l'intitule « *Quibus municipum nomine agere liceat.* » Certes, Ulpien[2] et Paul[3] parlaient dans leurs

1. Ulp , 10 *ad ed.*, *D.*, *h. t.*, 7. *pr.*

2. Ulpien, 9, *ad ed.*, *D.*, *h. t.*, 3 ; il faut y joindre le fragment 5 du même titre quoique portant l'indication du livre 8. M. Lenel (*Edictum*[2], p. 97) a estimé que cette correction était probable : elle nous paraît certaine, étant donnée la méthode qui fut employée pour la rédaction du Digeste. Les extraits des ouvrages dépouillés par la commission édictale furent disposés à l'intérieur de chaque titre selon l'ordre déjà suivi par les commentaires ; un extrait du livre 8 des *libri ad edictum* d'Ulpien ne peut donc se trouver après un extrait du livre 9 sous une même rubrique du Digeste. Il est également probable que le fragment 2 du même titre (D., 3, 4) est également extrait du livre 9, quoique les manuscrits le rapportent au livre 8. Une erreur de copiste (VIII au lieu de VIIII) s'est sans doute produite postérieurement aux compilateurs. — On trouve dans le Digeste un autre fragment peut-être extrait du commentaire de notre titre ; c'est *D.*, 41, 1, *de adq. rerum dominio*, 41 (*Pal.*, 332) Voyez sur ce texte, p. 270, n.°3.

3. Paul, 9 *ad. ed.*, *D.*, 3, 4, *h. t.*, 4 et 6, *pr.* à § 2 ; *D.*, 50, 16, *de Verb. Sig.* 186. Voyez Lenel, *Pal.*, n° 182 à 184.

commentaires des règles qui présidaient au choix de l'*actor civitatis*. Mais rien ne prouve que tel était le contenu de ce premier édit. Une seule indication positive nous est fournie : elle nous vient de la phrase de transition à laquelle nous venons de faire allusion et qui ouvre le livre X d'Ulpien. Or cette phrase, si elle ne nous renseigne pas sur le texte même de l'édit, nous apprend tout au moins quel en était l'objet. Il promettait une action aux municipes qui voulaient exercer un droit. Sans doute, il paraît difficile que cette promesse allât sans une allusion quelconque à l'*actor* ; c'est sur la formule qui contenait cette allusion que les commentateurs de l'édit ont sans doute greffé leurs développements sur le choix du représentant. Mais il n'appartenait pas au préteur de déterminer qui avait qualité pour agir. C'était une matière que traitait parfois la loi municipale[1] et que la coutume réglait en l'absence de texte[2]. Le préteur pouvait seulement, dans la pratique, vérifier si la désignation de celui qui se présentait avait été faite régulièrement. Il ne pouvait se substituer aux pouvoirs compétents pour fixer la constitution municipale.

Les règles suivies sur ce point par les différentes villes variaient d'ailleurs à l'infini. Des documents de tous genres nous ont renseigné sur quelques pratiques courantes. Parfois nous voyons confier aux magistrats chargés de l'administration de la cité le soin de la représenter devant le préteur[3]. Mais ce n'est qu'une exception. Dans la plupart des cas, le représentant

1. Paul, 9 *ad ed.*, *D.*, *h. t.*, 3 : « *nulli permittitur nomine civitatis vel curiae experiri, nisi ei cui lex permittit.* » — Paul, 9 *ad ed.*, *D.*, *h. t.*, 6, *pr.* : « *nisi lex municipii vel perpetua consuetudo prohibeat.* »

2. Le système de la désignation par le sénat municipal qui fonctionnait *lege cessante* (Paul, *loc. cit.*, frag. 3) était certainement un système coutumier puisqu'il pouvait être renversé, soit par la loi municipale, soit par une *perpetua consuetudo* (frag. 6, *pr.*). Il aurait été anormal de voir le préteur admettre des dérogations coutumières aux règles de l'édit. Ceci est confirmé par un copiste inconnu qui a introduit une glose dans le texte de Paul (frag. 6, § 1 : « *sed hodie haec omnia per syndicos solent secundum locorum consuetudinem explicari.* »)

3. On ne peut guère citer qu'un texte relatif à la défense des cités en justice : Javolenus, 15 *ex Plautio*, *D.*, *h. t.*, 8. — On peut rapprocher de ce texte un passage de la *Lex Coloniae Genetivae Juliae*, c. 95 : « *Si IIvir praefectusve, qui ex re coloniae petet....* » Mais il n'est pas certain qu'il s'agisse là d'un procès devant une autorité extérieure à la cité. Voyez Mommsen, *Jur. Schriften*, t. I, p. 231.

est un personnage spécialement désigné pour remplir cette fonction au cours d'un procès[1]. L'autorité chargée de la désignation était tantôt l'assemblée du peuple[2], tantôt le sénat qui ne pouvait alors prendre de délibération valable que si les deux tiers des décurions étaient présents[3], tantôt les duumvirs[4]. Les personnages ainsi nommés prenaient des titres différents : on les appelait *actores municipum*[5], *defensores*[6] ou συνδίκοι[7] ; ces trois noms s'équivalaient en fait.

On peut se demander si les ἐκδίκοι ne sont pas des personnages identiques. Ce sont, sans aucun doute, des représentants judiciaires[8] et il semble bien que dans l'affaire rapportée par Cicéron

1. Arcadius Charisius, *l. sing de mun.*, *D.*, 50, 4, 18, 13 : « *Defensores quoque quos Graeci syndicos appellant et qui ad certam causam agendam vel defendendam eliguntur, laborem personalis muneri adgrediuntur* » ; Ulp., 9 *ad ed.*, *D.*,3, 4, 3 ; Paul, 9 *ad ed.*, *D.*, 3, 4, 6, 1 ; Paul, 1 *sent.*, *D.*, 50, 4, 16 ; Philostrate, *Vita soph.*, I, 25, 19 ; *C. I. G.*, n° 2353 : « οἱ συνδίκοι οἱ ἀποσταλέντες ὑπο τῆς πολέως ἐπὶ τὰς δίκας τὰς κατὰ Τηνίων καὶ Λυσιμάχου » ; *C. I. A.*, t. III, n. 38 : « Ἐὰν δὲ ἐκκαλέσηταί τις ἢ ἐμε ἢ τὸν ἀνθύπατον, χειροτονείτω συνδίκους ὁ δῆμος. »

2. *C. I. A.*, t. III, n. 38, *loc. cit.*

3. Ulp., 9 *ad ed.*, *D.*, 3, 4, 3 et 5 ; Paul, 9 *ad ed.*, *D.*, 3, 4, 4 et 3, 4, 6, *pr.* — § 2. — Cf. l'application de cette règle à la désignation d'un *patronus* qui doit représenter la cité, mais devant une juridiction intérieure, loi de Malaca, c. 61.

4. Paul, 9 *ad ed.*, *D.*, 3, 4, 6, 1. Mais ils agissent en vertu d'un mandat du sénat.

5. *Frag. Vat.*, § 335 ; Ulp., 5 *ad ed.*, *D.*, 2, 4, 10 4 ; Ulp., 4 *op.*, *D.*, 3, 3, 74 ; Gaius, 3 *ad ed.*, *prov.*, *D.*, 3, 4, 1, 1 et 2 ; Ulp., 8 *ad ed.*, *D.*, 3, 4, 2 ; Paul, 9 *ad ed.*, *D.*, 3, 4, 6, 3 ; Paul 1 *mannalium*, *D.*, 3, 4, 10 ; Paul, 12 *ad ed.*, *D.*, 4, 6, 22, *pr.* ; Ulp., 27 *ad ed.*, *D.*, 13, 5, 5, 7 et 9 ; Maec., 12 *fideic.*, *D.*, 36, 4, 12 ; Ulp., 39 *ad ed.*, *D.*, 37, 1, 3, 4 ; Ulp., 33 *ad ed.*, *D.*, 39, 2, 17, 2 ; Ulp., 58 *ad ed.*, *D.*, 42, 1, 4, 2 ; Ulp., 75 *ad ed.*, *D.*, 44, 2, 11, 7 ; Ulp., 9 *ad ed.*, *D.*, 46, 8, 9 ; Ulp., 3 *de off. cons.*, *D.*, 50, 12, 8. — *C. I. L.*, t. III, 586 ; 14 437[2] ; t. IX, 2827 ; t. X, 4 904.

6. Ulp., 26 *ad ed.*, *D.*, 12, 2, 34, 1 ; Ulp., 1 *de appell.*, *D.*, 49, 4, 1, 13 ; Paul, 1 *sent.*, *D.*, 50, 5, 10, 4. — Le titre de *defensor* qui est donné par des inscriptions à un grand nombre de personnages et qui est souvent ajouté au titre de *patronus* ne signifie certainement pas que ceux qui le portaient avaient défendu la cité en justice. Voyez Philipps, *Zur Geschichte des Patronats über juristische Personen*. *Rh. M.* N. F., 1853, p. 504, n. ; Lécrivain, *Le sénat romain depuis Dioclétien*, p. 103 ; Chénon, *Etude historique sur le defensor civitatis*, p. 7 et 8. — On trouve des *advocati* de cités dont les fonctions et le rôle ne sont pas nettement définis (*C. I. L.*, VIII, 10899 ; IX, 4860). — L'*advocatus populi* dont il est question dans une inscription (*C. I. L.*, t. V, 3336) n'est probablement pas un magistrat municipal.

7. *Gaius*, 3 *ad ed. prov.*, *D.*, 3, 4, 1, 2 ; Paul, 9 *ad ed.*, *D.*, 3, 4, 6, 1, (La phrase *sed hodie* paraît d'ailleurs être une glose postérieure à la rédaction du texte et incorporée par erreur dans le Digeste) ; Hermogénien, 1 *epist.*, D., 50, 4, 2 ; *C. I. G.*, 2768, 2353 ; *C. I. A.*, III, 38 ; *I. G. R.*, t. III, n[os] 64, 65, 883 : Philostrate, *Vita soph.*, *loc. cit.* ; Arc. Char., *l. sing. de mun.*, *D.*, 50, 4, 18, 13.

8. Voyez Cic., *ad fam.*, XIII, 56, 1 ; Pline, *Ad Traj.*, 110 : *Inscr. graecae*. t. IX, 8. n° 801 ; t. IX, 1, n° 61.

et analysée plus haut ils aient été nommés *ad unam rem agendam*[1]. Cependant, dans certaines villes, nous trouvons à la fois des συνδίκοι et des ἐκδίκοι ; nous voyons même certaines personnes remplir successivement les deux charges[2]. Mais peut-être ces ἐκδίκοι n'étaient-ils pas des représentants judiciaires : nous rencontrons en effet en Syrie des ἐκδίκοι ayant des attributions administratives[3]. Par là on expliquerait beaucoup mieux l'existence simultanée de συνδίκοι et d'ἐκδίκοι qu'en attribuant aux uns d'une manière permanente, aux autres pour un temps les fonctions de représentants judiciaires. Rien ne s'oppose donc à ce que l'on assimile les ἐκδίκοι, représentants judiciaires, aux συνδίκοι, représentants judiciaires.

On trouve aussi parfois des προδίκοι défendant les intérêts des cités[4] ; mais on manque de renseignements sur leur compte.

En somme, les coutumes étaient assez différentes ; les procédés de désignation variaient selon le caractère aristocratique ou démocratique de la constitution municipale ; les noms changeaient d'un pays à l'autre.

Aussi est-il vraisemblable que l'édit, en exigeant la régularité du choix du représentant, ne faisait allusion à aucun procédé de désignation : il créait seulement au profit des cités une action qui était délivrée par le préteur aux *actores* munis d'un mandat conforme aux usages ou aux lois.

Ce mandataire avait donc le droit d'agir. Mais était-il traité par l'édit comme le représentant d'un simple particulier? Déduisait-il en justice le droit de la cité ou devait-il fournir la caution

1. Cic., *ad fam.*, XIII, 56, 1 : « *Dixerat mihi Euthydemus quum Ephesi essem se curaturum ut ecdici Mylassii Romae mitterentur; id factum non est : legatos audio missos esse, sed malo ecdicos ut aliquid confici possit.* » En ce sens Menadier, *Qua condicione Ephesii usi sint inde ab Asia in formam provinciae redacta*, Diss., Berlin, 1880, p. 97 : Brandis, dans Pauly-Wissowa, v° ἐκδίκοι. — *contra* : Marquardt, *Organisation de l'empire romain*, t. I, p. 316 ; Liebenam, *Städteverwaltung*, p. 303 et 304 qui voient dans les ἐκδίκοι des magistrats ordinaires chargés de représenter la cité dans tous les procès qu'elle pourrait avoir pendant la durée de leur charge.

2. *I. G. R.*, t. III, n° 64 ; *Archæologische epigraphische Mitteilungen des æst. Inst.*, t. XV, 1894, *Antike Inskriptionen aus Bulgarien*, n° 11, p. 95 — Nous ne voyons pas quel argument Marquardt tire de la lettre de Pline *ad Traj.*, 110.

3. Lebas-Waddington, *Inscriptions de Syrie*, 2034, 2169.

4. *I. G. R.*, I, 865 ; *Inscr. graecae*, IX, 7. — Cf. Liebenam, *loc. cit.*

de rato? Les textes à cet égard ne nous permettent aucune espèce d'hésitation : Ulpien nous dit que l'*actor municipum* éteint le droit de la cité en exerçant son action [1]. D'autres fragments établissent que l'*actor* est dispensé de la caution *de rato* [2]. Ces témoignages sont en désaccord avec la restitution que donnent les éditeurs modernes d'un fragment du Vatican [3]; selon eux, ce texte aurait nié la dispense de la caution. Mais rien n'appuie cette conjecture purement gratuite; le reste du texte paraît même la contredire; car il semble établir une comparaison entre le *cognitor* et l'*actor municipum*, comparaison qui n'aurait pas été exacte si l'*actor* avait dû fournir la caution *de rato* [4].

Keller [5] estime, à vrai dire, que cette dispense de caution attestée seulement pour l'époque classique n'est pas aussi ancienne que la représentation judiciaire des cités. Il pense qu'une évolution s'est produite, analogue à celle que l'on relève dans les textes relatifs à la tutelle. Les tuteurs, autrefois soumis à l'obligation de fournir caution quand ils agissaient pour leurs pupilles, s'en virent déchargés à la fin du I^er^ siècle ou au II^e^ siècle après Jésus-Christ [6]. Ce serait vers cette même époque que les

1. Ulpien, 75 *ad ed.*, *D.*, 44, 2, *de exceptione rei judicatae*, 11, 7.

2. Ulpien, 9 *ad ed.*, *D.*, 46, 8, *ratam rem*, 9. — Cf. Paul, 9 *ad ed.*, *D.*, 3, 4, *quod cujuscumque universitatis nomine vel contra eam agatur*, 6, 3.

3. *Frag. Vat.*, fr. 335. — Cette restitution due à Bluhme qui l'avait consignée dans des notes manuscrites utilisées par Bethmann-Hollweg (*Fragmenta Vaticana*, Bonnae, 1833, p. 107, n. 55) est généralement reproduite par les éditeurs (Mommsen, *Codicis Vaticani n. 5766 in quo insunt juris antejustiniani fragmenta quae dicuntur vaticana*, Berolini, 1860, p. 375. — Mommsen et Krueger, *Collectio juris antejustiniani*, t. III, p. 104. — Girard, *Textes* [3], p. 540. — Riccobono, Baviera, Ferrini, *Fontes juris romani antejustiniani*, Florentiae, 1909, pars altera, p. 464). Cependant les auteurs ne lui témoignent en général qu'une médiocre confiance (V. Rümelin, *zur Geschichte der Stellvertretung*, Freiburg, 1886, p. 121, n. 3. — Wirbel, *Le cognitor*, Paris, 1911, p. 119 et 120, n. 1). Voyez une restitution encore plus hardie de Huschke (*Jurisprudentia antejustiniana*, 5^e^ éd., 1886, p. 812).

4. Cf. une comparaison analogue entre l'*actor universitatis* et le *cognitor* dans Paul, 9, *ad ed.*, *D.*, 3, 4, *quod cujuscumque*, 6, 3 : « *actor itaque iste procuratoris partibus fungitur.* » *Procurator* est en effet certainement interpolé pour *cognitor* (Voyez Salpius, *Novation*, p. 368; Krueger, *Digesta*, 11^e^ éd. stéréotype, Berlin, 1908, p. 72; Lenel, *Pal.*, n^o^ 186. — *Contra* : Cohn, *Zum römischen Vereinswesen*, Berlin, 1873, p. 12, n. 27).

5. Keller-Wach, *Der röm. Civilprocess und die Actionen*, 6^e^ éd., Leipzig, 1883, p. 270 et 271.

6. Voyez notre étude sur les effets de la *missio in bona rei servandae causa*, p. 123 et 124.

actores civitatis auraient été dispensés de fournir caution. Cette opinion ne nous paraît nullement justifiée. La certitude du mandat de l'*actor* empêche toute hésitation : la caution *de rato* n'a jamais eu aucune raison d'être ; on ne pouvait pas plus douter de la qualité du représentant régulier qui montrait le décret le désignant que de celle du *cognitor* institué *in jure*. Le tuteur au contraire n'était pas chargé au début de représenter son pupille et d'ailleurs, à partir du jour où il reçut la mission de gérer, il cessa d'être obligé de promettre la ratification ultérieure de ses actes par celui qu'il représentait.

C'est probablement encore cette raison qui a fait que l'action *judicati* ne serait pas donnée au représentant. Il est probable que cette solution dérive d'une disposition de l'édit. Il en est du moins ainsi pour l'*actor universitatis*, proche parent de l'*actor civitatis* et dont le préteur réglait les pouvoirs par des prescriptions analogues[1].

Ainsi l'édit se contente de promettre une action aux cités, laissant au droit municipal le soin de régler les pouvoirs des représentants et la manière dont ils seront désignés. Le sénat, à qui revient en général le droit de procéder à cette désignation, indique dans son décret quelles seront les attributions de l'*actor* ; le préteur tient dès lors ce mandat pour suffisant et considère comme valable tout ce qui sera fait par le mandataire dans les limites de son mandat. C'est pourquoi il peut engager la cité et déduire son droit en justice ; c'est pourquoi l'action *judicati*, malgré les principes formalistes de la procédure, lui est refusée et n'est accordée qu'à la cité. Le préteur lui permet de conclure un pacte de constitut[2] et de déférer le serment, si du moins son mandat va jusque-là[3]. Non seulement l'*actor* se trouve égalé au *cognitor* ; mais encore il a, par ce dernier fait, des pouvoirs plus larges. Il est véritablement le représentant parfait de la cité, jouissant de pleins pouvoirs, pourvu que le

1. Paul, 9 *ad ed.*, *D.*, 3, 4, *quod cujuscumque*, 6, 3 : « *judicati actio ei non datur, nisi in rem suam datus sit.* »

2. Ulpien, 27 *ad ed.*, *D.*, 13, 5, *de pecunia constituta*, 5, §§ 7 à 9. — Cf. pour l'*actor universitatis*, Paul, 9 *ad ed.*, *D.*, 3, 4, *quod cujusc.*, 6, 3.

3. Ulpien, 26 *ad ed.*, *D.*, 12, 2, *de jurejurando*, 34, 1.

sénat y consente : le préteur ne peut réduire les attributions conférées par le décret.

*
* *

A côté de cet édit sur l'action exercée au nom de la cité, une autre clause qui en était la contre-partie accordait une action à ceux qui avaient des droits à faire valoir contre les cités. C'est celle que M. Lenel place sous la rubrique : « *Quod adversus municipes agatur*[1]. » Elle devait contenir la promesse du *judicium* à celui qui se présenterait au nom de la cité et elle exigeait sans doute qu'il eût un mandat régulier. En effet, tandis que Gaius affirme la possibilité pour tout *extraneus* de défendre une *universitas*[2], Javolenus nous dit qu'une cité fait défaut quand ceux qui l'administrent ne défendent pas sa cause[3].

L'*actor* ainsi régulièrement mandaté était-il dans la même situation que le représentant d'un simple particulier ou jouissait-il d'une condition meilleure? La certitude de son mandat, la connaissance exacte que l'on en a lorsqu'il présente le décret qui le désigne lui valent à coup sûr certains privilèges. Aucun texte ne nous dit qu'il devait fournir la caution *judicatum solvi*, ni qu'il en était dispensé; toutes les conjectures que l'on pourrait faire sur ce point seraient totalement gratuites[4]. Mais il est certain que l'action *judicati* était refusée contre lui et

1. *Edictum*[2], p. 98.

2. Gaius, 3 *ad ed. prov.*, *D.*, 3, 4, *quod cujuscumque*, 3.

3. Javolenus, 15 *ex Cassio*, *D.*, 3, 4, *quod cujuscumque*, 8. — Cf. Lenel, *Edictum*[2], p. 99, n. 2. Il semble que souvent l'action ait été intentée contre les duumvirs (Cf. le texte de Javolenus et Ulp., 1 *ad ed. praetoris*, *D.*, 44, 7, *de oblig. et act.*, 35, 1). C'était contre les duumvirs que commençaient sans doute les poursuites et qu'était faite l'*in jus vocatio*, possible en effet contre la cité (Ulp., 5 *ad ed.*, *D.*, 2, 4, *de in jus voc.*, 10, 4). Mais le procès proprement dit devait être mené par un mandataire spécial, comme le procès où la cité était demanderesse (Voyez d'ailleurs Ulp., 5 *ad ed.*, *D.*, 2, 4, *de in jus voc.*, 10, 4; *Frag. Vat.*, § 35; Paul, *l. sing. de Scis. D.*, 36, 1 *ad Sc. Trebellianum*, 28 (27), *pr.* qui attestent l'intervention d'*actores* mandataires spéciaux).

4. Les auteurs sur ce point réservent en général leur opinion. Voyez Eisele, *Cognitur und Procuratur*. Freibrug, 1881, p. 154, n. 103; Rümelin, *Zur Geschichte der Stellvertretung*, p. 121. — Cependant Bethmann-Hollweg (*Der Römische Civilprocess*, t. II, Bonn, 1865, p. 425) admet la nécessité de la *cautio judicatum solvi*.

n'était donnée que contre la cité[1]. L'édit lui-même l'avait sans doute ordonné; car il contenait certainement une clause relative à l'exécution. M. Lenel[2] l'a montré en relevant dans les commentaires des définitions de l'expression *bona publica*[3] qui avaient leur place toute indiquée dans un édit sur l'exécution des biens de la cité.

Quel était le contenu de cette clause? Il paraît bien difficile de le dire. Un seul texte[4] nous fournit une indication; encore est-elle bien vague et ne permet-elle pas de se faire une idée précise. Javolenus dit en effet : « *Civitates si per eos qui res earum administrant non defenduntur nec quicquam est corporale rei publicae quod possideatur, per actiones debitorum civitatis agentibus satisfieri oportet.* » MM. Naber[5] et Lenel[6] ont voulu tirer de ce passage cette conclusion que les biens des cités ne pouvaient être l'objet d'une *missio* portant sur l'ensemble du patrimoine : on aurait seulement possédé et vendu une partie de leurs biens (*missio in singulas res*) et les créanciers ne se seraient payés sur le reste qu'en cas d'insuffisance de la partie saisie la première.

Ce système ne paraît avoir aucun fondement dans le texte allégué[7]. Loin d'indiquer une procédure spéciale, Javolenus semble bien faire simplement allusion à la *missio in bona* ordinaire : il était de règle en effet que seuls les biens corporels pouvaient être possédés; mais s'il n'y avait pas de biens corporels soumis à la possession, on tenait l'affichage pour suffisant et on passait au bout de trente jours à la vente du patrimoine aux enchères. Ainsi les créanciers pouvaient se payer sur les biens de leur

1. Ulp., 58 *ad ed.*, *D.*, 42, 1, *de re jud.*, 4, 2.

2. Lenel, *Edictum*[2], p. 98.

3. Ulp., 10 *ad ed.*, *D.*, 50, 16, *de V. S.*, 11; Gaius 3 *ad ed. prov.*, *D.*, *eod. tit.*, 16; Ulp., 10 *ad ed.*, *D.*, *eod. tit.*, 15. — Il est possible qu'il faille rattacher au livre X d'Ulpien et à l'explication du mot *bona*, *D.*, 41, 1, *de ad. r. d.*, 41 que les manuscrits rapportent au livre IX et qui est relatif à la propriété des statues *in publico positae*. Une erreur de copiste n'est pas invraisemblable.

4. Voyez p. 269, n. 3.

5. Naber, *Mnemosyne*, N. S., t. XXII, p. 66, *Observatiunculae de jure romano*, n. XLVI, *an civitatium bona veneant*.

6. Lenel, *op. cit.*, p. 99, n. 2.

7. Solazzi (*BIDR.*, XVI, p. 119 et s.) évite de se prononcer.

débiteur : le *bonorum emptor* était en effet responsable à l'égard des créanciers de celui dont il avait acheté les biens et pouvait aussi exiger de ses débiteurs le paiement de ce qu'ils devaient[1]. Il semble bien que Javolenus ait eu simplement en vue cet état de choses ; mais le texte est trop énigmatique pour que l'on puisse être très affirmatif.

Quoi qu'il en soit, d'ailleurs, la clause de l'édit relative à l'exécution visait probablement les différentes hypothèses où, selon le droit commun, une *missio in bona* aurait dû être ordonnée et indiquait comment il fallait procéder.

Ainsi toutes les prescriptions de l'édit dont nous avons pu retrouver la trace tendaient uniquement à soustraire l'*actor municipum* au droit commun de la représentation judiciaire. Au lieu de le soumettre à toutes les obligations que l'insécurité du mandat du *procurator* rendait nécessaires, le préteur reconnaissait le caractère authentique du décret d'institution et lui accordait le droit d'agir pour autrui sans assumer à l'égard des tiers de responsabilité personnelle.

1. Voyez notre étude sur la *missio in bona*, p. 68, n. 1.

DEUX NOUVEAUX PAPYRUS JURIDIQUES

PAR

SEYMOUR DE RICCI

Un grand nombre de Romanistes liront ce recueil; aussi suis-je heureux de profiter de cette occasion pour leur soumettre deux petits papyrus juridiques inédits. Ces fragments ont grand besoin du secours des hommes de l'art, mais j'ai bon espoir que ceux-ci pourront en tirer quelque chose. Je compte particulièrement, je puis bien l'avouer, sur l'érudition du maître éminent à qui ce volume est dédié : ce n'est ni la première ni la dernière fois qu'un de ses élèves aura recours à son inépuisable complaisance.

Depuis une dizaine d'années, j'ai entrepris de réunir en un volume les papyrus latins de l'Egypte; aussi, lors de mes deux voyages au pays des Pharaons, ai-je soigneusement fouillé les boîtes des marchands d'antiquités pour y rechercher jusqu'aux moindres bribes en écriture romaine; j'ai été récompensé de ma patience par la découverte de quelques fragments curieux qui ont pris place, dès mon retour, dans la riche collection de M. Théodore Reinach.

Les papyrus que je publie aujourd'hui lui appartiennent également et il a eu grand plaisir à s'associer à l'hommage rendu à M. Paul-Frédéric Girard en m'invitant à lui dédier la primeur de ces bribes de textes juridiques.

Au mois de décembre 1908, au cours d'une mission en

Egypte, généreusement subventionnée par le duc de Loubat, j'ai acquis chez le marchand Ali, de Giseh (de son vrai nom, Sheikh Ali Abd-el-Hai el-Arabi) un premier fragment de papyrus, écrit sur les deux faces en onciale latine et présentant des portions de deux feuillets contigus d'un codex.

Deux mois plus tard, à Louqsor, je remarquai chez M. Robert de Rustafjaell deux petits fragments de papyrus portant quelques lettres d'onciale grecque. Sur un de ces fragments, en dessous de ce texte grec, s'amorçaient trois lignes de latin où je reconnus sans peine une écriture toute semblable à celle du fragment acheté à Giseh deux mois auparavant. M. de Rustafjaell me fit fort aimablement cadeau des deux fragments. Quelle ne fut pas ma joie, quand, rentrant à l'hôtel, je constatai que l'*autre* fragment Rustafjaell se raccordait exactement avec un petit fragment grec que j'avais acquis chez Ali en même temps que le feuillet latin cité plus haut.

En résumé, nous avons donc affaire à trois fragments.

a Acheté chez Ali. Complet en haut, mutilé en bas, à droite et à gauche. Restes d'un feuillet double d'un *codex* sur papyrus. Il n'y a de conservé qu'une petite portion des cinq premières lignes de chaque page. Onciale latine.

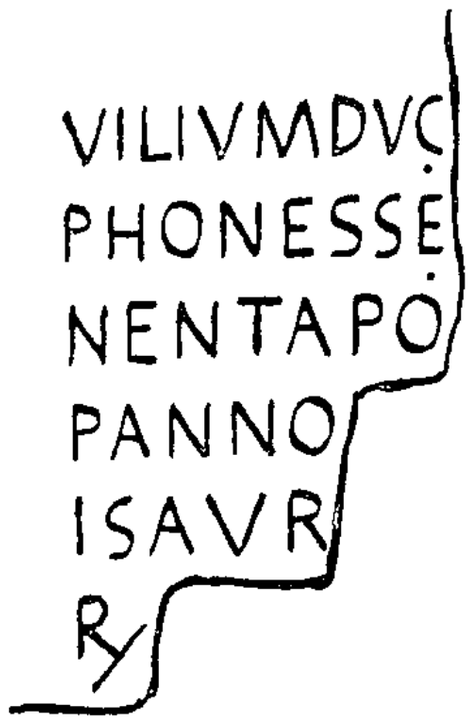
b Donné par M. Rustafjaell. Complet en haut. Fragment opisthographe avec restes des premières lignes du texte latin et longues gloses marginales en petite onciale grecque.

c Une moitié achetée chez Ali, l'autre donnée par M. de Rustafjaell. Complet en haut. Fragment analogue au précédent mais avec le texte latin réduit à des traces infimes.

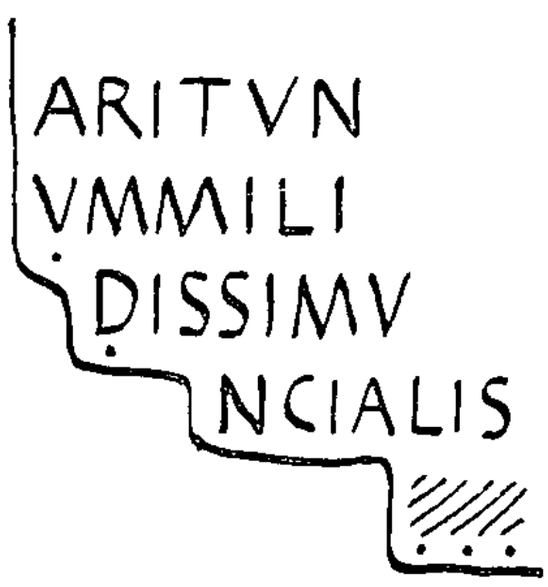
L'écriture du texte grec est une vilaine petite onciale penchée du VI^e^ siècle. Celle du texte latin est une grande demi-onciale penchée avec formes assez carrées, pleins et déliés nettement accusés. L'écriture du fragment A est un peu plus arrondie que celle des fragments B et C.

Voici ma copie de ces papyrus.

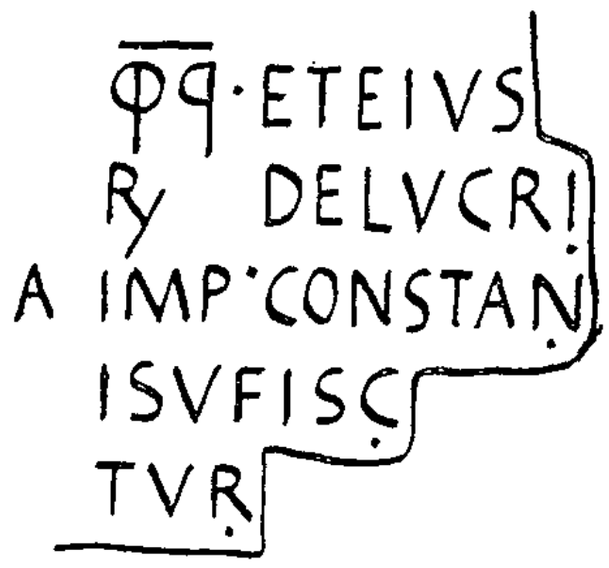
A. F. 1 recto (*Fibres verticales.*)



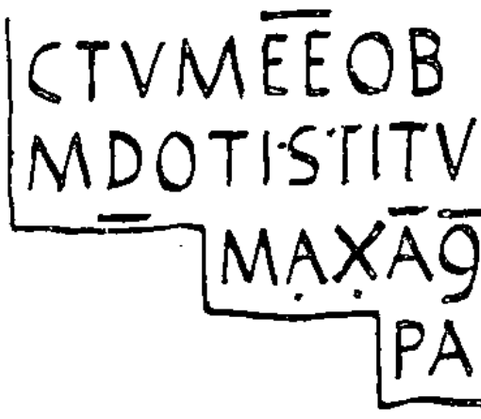
F. 1 verso (*Fibres horizontales.*)



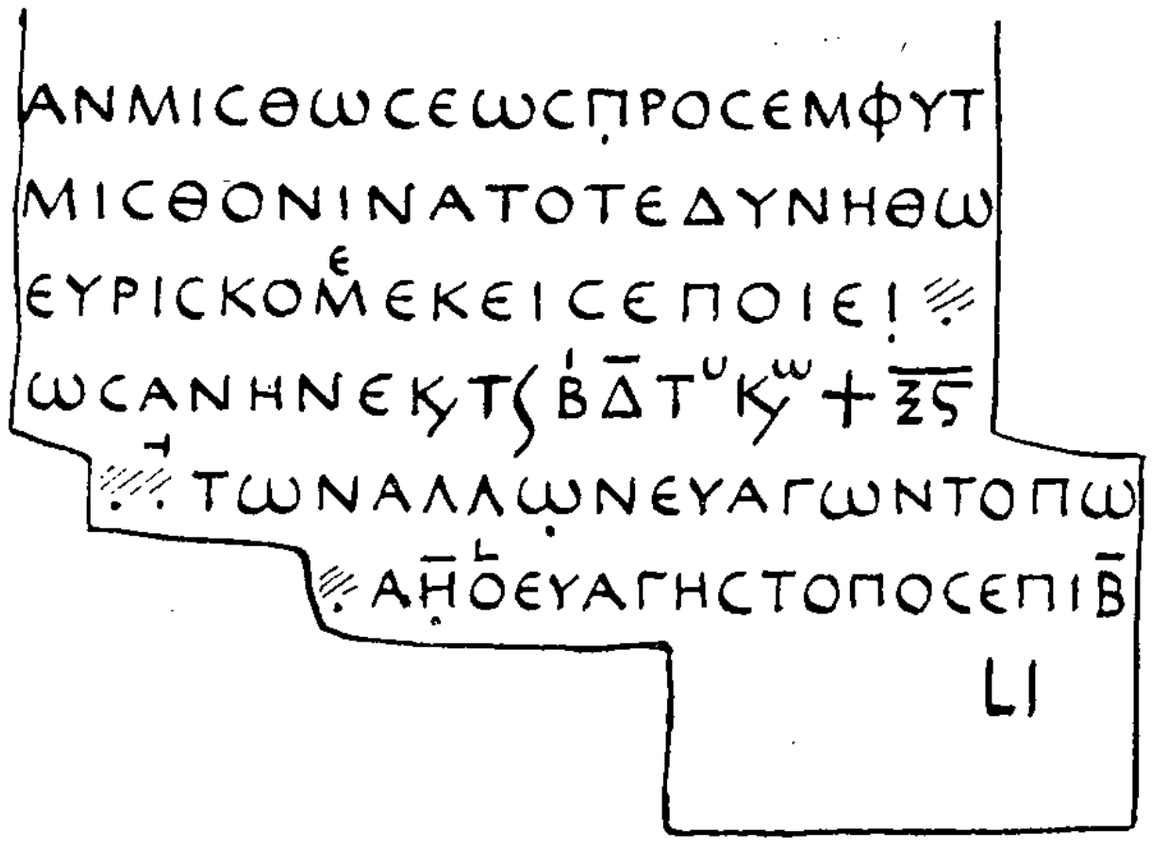
F. 2 recto (*Fibres horizontales.*)



F. 2 verso (*Fibres verticales.*)

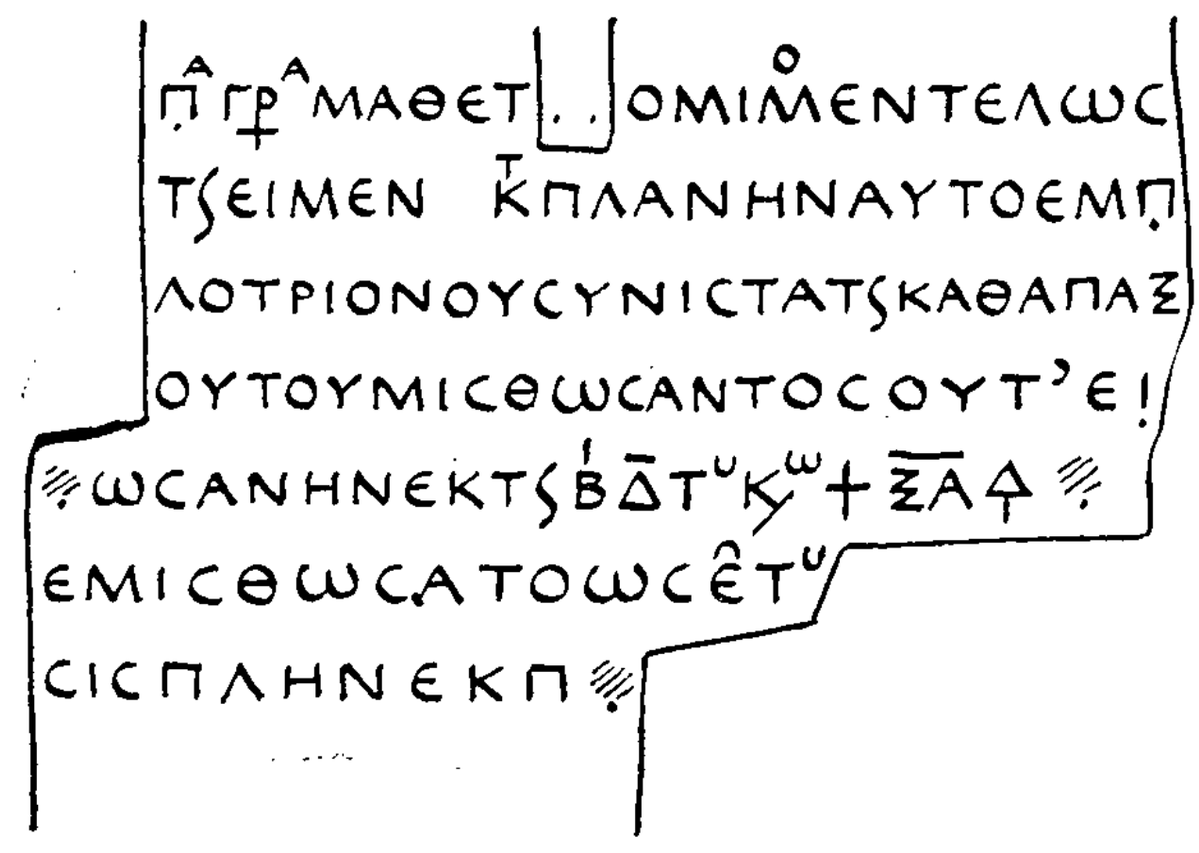


C. Recto (*Fibres verticales.*)

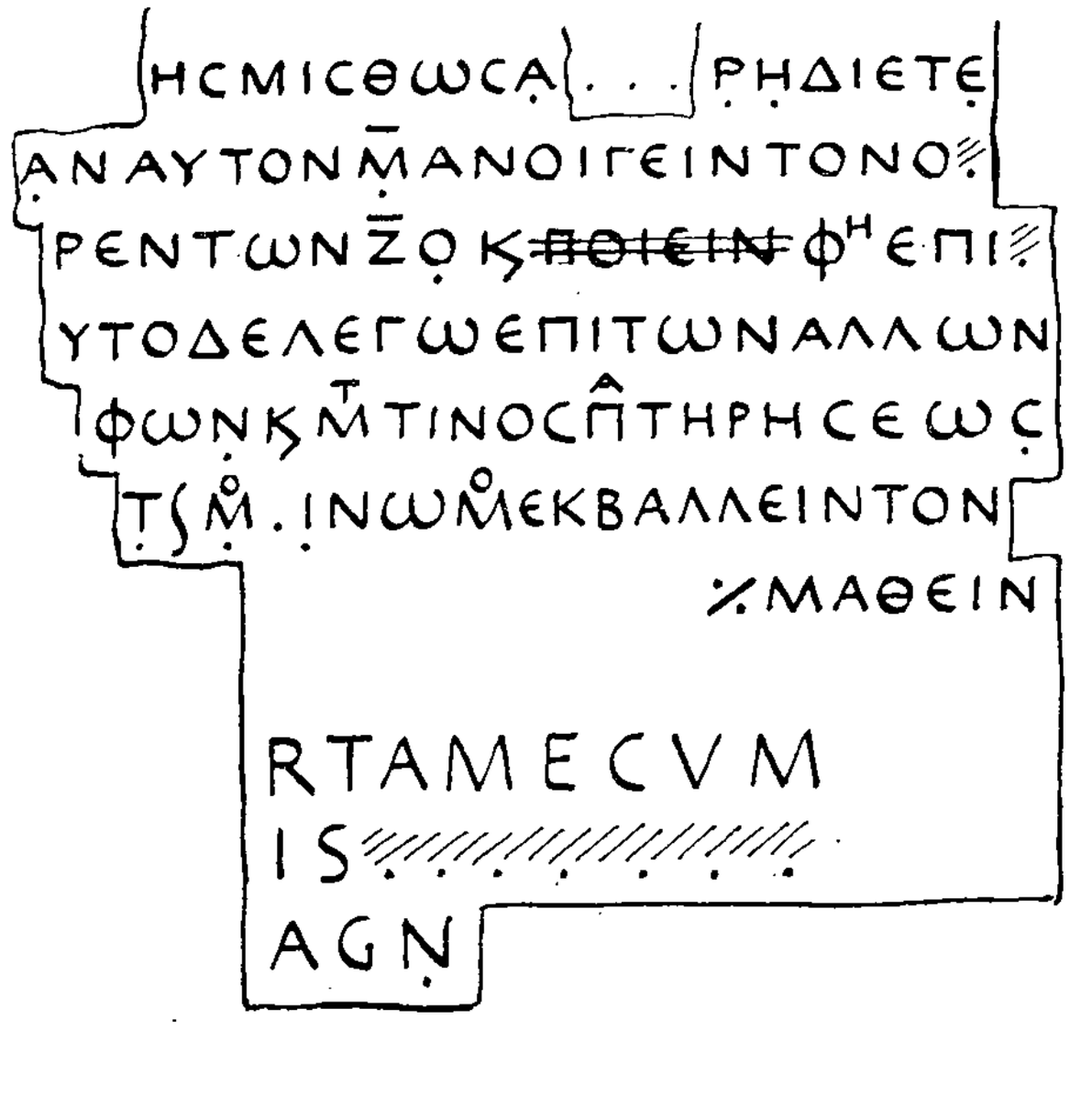


A la dernière ligne, sous les lettres LI, les restes de six lettres latines indistinctes.

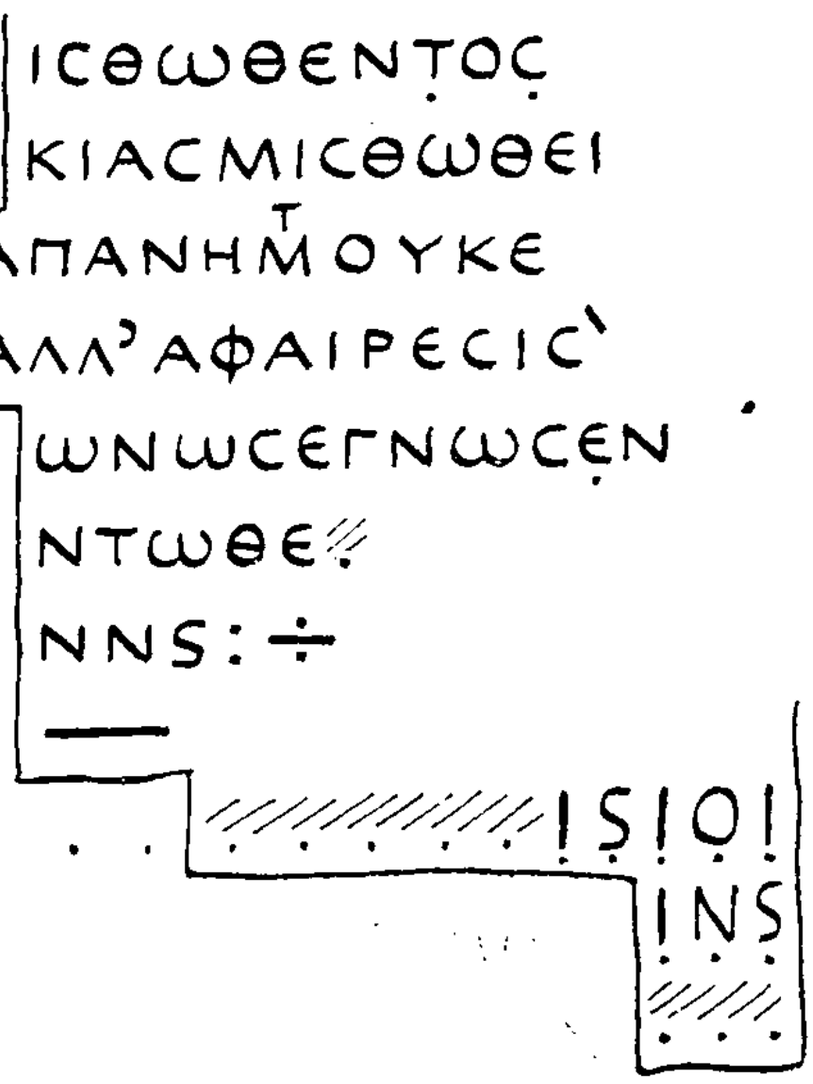
Verso (*Fibres horizontales*)



B. Recto (*Fibres verticales.*)



Verso (*Fibres horizontales.*)



La mutilation extrême du papyrus, la négligence du scribe et la mauvaise qualité du papyrus rendent particulièrement difficile le déchiffrement de ces trois fragments. Aussi ne puis-je présenter ma transcription que comme provisoire et me vois-je obligé de faire bien des réserves, surtout en ce qui concerne la lecture des deux petits fragments.

Il suffit de regarder le recto du deuxième feuillet de A pour s'apercevoir que nous sommes en présence d'un recueil de constitutions impériales. Le *recto* du premier feuillet nous donnant clairement les noms de la *Pannonie* et l'*Isaurie*, il ne fallait qu'un peu de patience pour identifier le texte et y reconnaître une copie du livre XII du Code Justinien.

Cette identification, tout en permettant de lire avec certitude quelques caractères douteux, nous renseigne sur l'ordre primitif des deux feuillets et nous permet d'en proposer la restitution suivante :

F. 1 recto (Cod. XII, 59, 10)

... *officii uirorum specta-*]
1 *uilium duc*[*um Palaestinae, Mesopotamiae, noui limitis*]
2 *Phonesses* [*Osrhoenae, Syriae et Augustae Euphratensis, Arabiae et Thebaidis, Libyae*]
3 *Nentapo*[*leos, utriusque Armeniae, utriusque Ponti, Scythiae, Mysiae I, II, Daciae*]
4 *Panno*[*niae officii uirorum spectabilium comitum Aegypti, Pamphyliae,*]
5 *Isaur*[*iae, Lycaoniae et Pisidiae.*]
6 *R(ubrica)*[

F. 1 verso (Cod. XII, 60, 6)

1 [*uisceribus praedator insidens deprehensus fuerit remor*]*ari tun-*
2 *c absolutus cingulo militia abicietur primoribus? coru*]*m mili-*
3 [*tiae decem librarum auri multa proposita si redire d*]*issimu-*
4 [*let per uices officiorum ligatus ferreis nexibus cura proui*]*ncialis*

F. 2 recto Cod. XII, 60, 6)

1 *quoq(ue) et eius* | *adiutores ad quorum curam quod violatum est pertinet formidare*]

2 (64,1). *R(ubrica) De lucri[s aduocatorum et concessionibus officiorum siue apparitorum]*
3 *A Imp. Constan[tinus A., proconsuli Africae, si quis se a ducenariis, u(el) centenari-]*
4 *is u(el) fisc[i aduocatis laesum esse cognoscit adire iudicia et probare iniuriam non more-]*
5 *tur[ut in eum qui conuictus fuerit competenti seueritate uindicetur...]*

F. 2 verso (Cod. XII, 62, 3) :

0 [*Idem AA. Domnae. Utilitas publica praeferenda est priuatorum*]
1 [*contractibus : et ideo si constiterit fisco satisfac*]*tum e(ss)e ob*
2 [*causam primipili poteris obligatam tibi possessione*]*m dotis titu-*
3 [*lo petere ut satis doti fieri possit. PP.... Diocl. III et*]*Max A cons.* (287)
4 (62, 4) [*Idem AA. Dionysio. Cum ex sola primipili causa liberos etiamsi*] *pa-*
5 [*tribus heredes non existant....*

Ainsi que cela arrive souvent, la restitution de ces lignes, dont nous ne possédons qu'une extrémité, présente des difficultés que je n'ai réussi à surmonter qu'en partie.

Le recto du f. 1 est partout d'une lecture facile et même une orthographe aussi capricieuse que *Phonesses* pour *Phoenices* et *Nentapo*[*leos*] pour *Pentapo*[*leos*] n'est pas pour nous arrêter ; [*specta*]*uilium* pour [*specta*]*bilium* est également très normal au VI^e^ siècle. Ce qui est plus grave c'est que, comme l'auront vu nos lecteurs, si nous complétons les lignes à l'aide du texte actuel du Code nous sommes amenés à attribuer aux lignes 2, 3 et 4 une longueur de 70, 65 et 58 lettres ; de pareilles variations ne sont pas excessives ; mais, à la ligne 1, nous ne trouvons que 45 lettres ce qui est beaucoup trop peu. Le papyrus donnait donc un texte différent de celui de nos manuscrits. Je suggérerai, comme expédient possible, de placer *Osrhoenae* avant *Phonesses ;* on aurait alors 54 lettres à la ligne 1, 61 à la ligne 2, 65 et 58 aux lignes 3 et 4.

Au début de la ligne 6 la lettre R/ est l'abréviation bien con-

nue de *R(ubrica)* : on la rencontre dans plusieurs autres papyrus juridiques. Dans ce manuscrit du Code, ainsi qu'on peut le voir au recto du f. 2, le mot *rubrica* indique le commencement d'un nouveau *Titulus*.

Le verso du f. 1 se laisse restituer sans peine avec des lignes de 55, 52, 50 et 58 lettres. La seule difficulté est la présence, à la ligne 2, avant *mili*[*tiae*], non du mot *eius* que donnent les manuscrits, mais d'un M certain, précédé d'une lettre douteuse qui peut avoir été un V. La restitution [*eor*]*um* reste fort douteuse.

Le recto du f. 2 ne présente aucune difficulté : on notera que la première constitution du titre 61 est indiquée par la lettre A, placée en marge. On observera aussi que notre manuscrit qui fait se terminer le titre 60 avec la constitution 6, omet la constitution 7, en langue grecque.

Au verso du f. 2, les difficultés recommencent. La restitution de la ligne 2, certaine, nous donne une ligne de 56 lettres. Sur cette base, nous pouvons reconstituer la ligne 1 et même la ligne précédente (52 et 51 lettres) par laquelle commençait la constitution. A la fin de la ligne 3 on voit assez clairement]$\overline{\cdot}$[.] MAX $\overline{\text{A}}$ 9 $\overline{\text{S}}$.

C'est apparemment une date consulaire, celle qui manque dans tous nos manuscrits, à la fin de la 3^{e} constitution du titre 62. Bien qu'elle soit fort mutilée dans le papyrus, il n'est peut-être pas impossible de la restituer. Tout d'abord l'intitulé *Idem AA* nous limite aux années 284-292 sous le règne de Dioclétien et de Maximien. Voici les dates consulaires de ces neuf années :

284. *Carino II et Numeriano cons.*
285. *Diocletiano A. II et Aristobulo cons.*
286. *Maximo II et Aquilino cons.*
287. *Diocletiano III et Maximiano AA. cons.*
288. *Maximiano A. II et Ianuario cons.*
289. *Basso et Quintiano cons.*
290. *Diocletiano IIII et Maximiano III AA. cons.* (*ipsis IIII et III AA. cons.*)
291. *Tiberiano et Dione cons.*
292. *Hannibaliano et Asclepiodoto cons.*

Il est bien clair que la date de 287 est la seule qui puisse concorder avec les restes visibles sur le papyrus et qu'il faut restituer :

... *Diocl. III et*] *Max. A. cons.*

Les fragments B et C présentent des difficultés d'un autre ordre et qui m'ont assez longtemps arrêté. Tout d'abord il fallait identifier le texte latin dont les notes grecques forment la glose. Or, de ce texte latin, il ne subsiste de vraiment lisible que les lettres

RTAMECVM
IS.....
AGN

Pour identifier un texte dans tout l'ensemble du *Corpus juris*, c'est peu de chose ; fort heureusement les notes grecques indiquaient, dès les premiers mots, qu'il s'agissait de *locations*. Un peu de patience me permit de retrouver dans le Digeste (XIX, 2, 54 : *locati conducti*) un passage ainsi conçu :... *quam ex officio iudicis applicentur tamen cum fideiussor in omnem causam se applicuit aequum uidetur ipsum quoque agnoscere onus usurarum*. Ce qui me permit de tirer de notre fragment le texte suivant :

[*officio iudicis applicentu*] RTAMECVM
[*fideiussor in omnem causa*] MSEAPPLICVIT
[*aequum uidetur ipsum quoque*] AGN[*oscere*]

Cette restitution ne va pas sans quelques difficultés : tout d'abord on ne voit aucun signe d'abréviation au-dessus de l'E de TAME : il y a un trou à l'endroit où il devrait y avoir un trait horizontal ce qui permet de conjecturer TAME. A la ligne suivante le S de SE est certain, l'E vraisemblable, ainsi que l'A initial d'*applicuit* ; quant aux lettres de ce mot, elles sont fort douteuses et tout ce que l'on peut dire, c'est que les traces visibles ne contredisent pas cette lecture.

Au recto du fragment C on voit, sous la glose grecque, le haut de quelques lettres de la première ligne du texte latin. Au-dessus de cette ligne, on a ajouté en surcharge les lettres LI, omises ou mal écrites par le scribe. Or la première ligne du texte latin, dans le fragment B, se lit

[*officio iudicis applicentu*] RTAMECVM

Ces deux lettres LI ne seraient-elles pas la quatrième et la cinquième du mot *app* LI *centur*? Aidé par cette hypothèse j'ai cru lire sur le fragment C :

LI
SAPPVC

Ceci nous permettrait de placer le fragment C à la gauche du fragment B. La distance à la ligne 2, entre les deux fragments, devait être d'environ quatre ou cinq lettres.

Si nous acceptons cette disposition des fragments il nous faudra transcrire les gloses grecques à peu près comme suit :

]αν μισθωσεως προς εμφυτ[.....] ης μισθωσα(?)[...]ρ(?)η(?) διετε(?)[
]μισθον ινα τοτε δυνηθω[.....] αν αυτον μ(η) ανοιγειν τον ο.[
]ευρισκομε(ν..) εκει σε ποιε..[.....]ρεντων ς' κ(αι) [[ποιειν]] φη(σι?) επι[
]ως αν ην εκ τ(ου) βι(βλιου) δ' τ(ου?) τι(τουλου) ξς' [δι(αταγματος) π
το]υτο δε λεγω επι των αλλων[
].. των αλλων ευαγων τοπω[ν...]φων κ(αι) μ(ε)τ(α) τινος π(αρ)ατηρησεως.[
]α η̄(?) ο ευαγης τοπος επι β̄[.....] τ(αι) μ̊ . ινωμ̊ εκβαλλειν τον[
μ(?)αθειν[

Il ne reste plus qu'à retrouver la lecture du texte latin du verso du fragment B. J'ai cru y lire

. . . . . ISIOI
. .. . .
INS
. . .
. . .

Avec un peu de bonne volonté on pourrait y reconnaître Dig. XIX, 2, 56 :

Idem libro singulari de off]*icio p*[*raefecti*
uigilum, cum domini horreorum] *ins*[*ularumque*
desiderant diu non apparentibus] *nec* [*eius temporis....*

Notre *codex* du Digeste aurait alors compté une quarantaine de lignes à la page, tout comme celui de Heidelberg publié par MM. Gerhard et Gradenwitz.

LA QUESTION

DU TRANSFERT DE LA PROPRIÉTÉ

SOUS UN TERME EXTINCTIF OU UNE CONDITION RÉSOLUTOIRE

ET

LA CONSTITUTION DE DIOCLÉTIEN DE L'AN 286

(*Fragm. Vat.*, 283. — *Cod. Just.*, 8, 54 (55), *De donat. quae sub mod.*, 2)

PAR

FÉLIX SENN

Professeur à la Faculté de Droit de l'Université de Nancy

C'est une question encore débattue parmi les interprètes du droit romain que celle de savoir si la propriété d'une chose, aliénée sous un terme ou une condition résolutoire, revient de plein droit à l'aliénateur à l'arrivée du terme ou de la condition. L'aliénateur peut-il alors, par voie d'actionré elle, reprendre sa chose en toutes mains, soutenant que la propriété lui serait revenue par l'événement même de la condition? Ne peut-il, au contraire, qu'intenter une action personnelle en retranslation de propriété? Ou bien, de manière complexe, à côté de cette action personnelle, n'a-t-il pas droit aussi à une action réelle? Cette question ne cesse pas d'inquiéter les commentateurs mêmes des législations modernes[1]. Les romanistes s'en sont particulièrement préoccupés quand ils ont voulu patiemment et de manière abusive dégager des textes une formule conçue dans les termes « *ad tempus proprietas transferri nequit* », quand ils

1. Cf. notamment Saleilles, *Etude sur la théorie générale de l'obligation*, 2e éd., 1901, p. 348; Planiol, *Traité élémentaire de droit civil*, 1, 6e éd., 1911, p. 735, nos 2353 s.; *Code civil allemand*, 2, Paris, Impr. nat., 1906, p. 68, note sous l'art. 525; *Code civil suisse*, art. 1511 et 1933.

en ont recherché les origines et sa durée d'application. Les civilistes modernes portent au contraire leur attention presque entièrement sur les conséquences pratiques, sur les avantages et les inconvénients du confert, à l'aliénateur, ou de l'action personnelle ou de l'action réelle à l'arrivée du terme ou de la condition. Au surplus, à notre sens, les deux points de vue ne peuvent se dissocier[1].

En droit romain, la question se pose et est étudiée principalement au sujet des clauses de vente, improprement appelée sous condition résolutoire, ainsi qu'au sujet de la donation *mortis causa*. Elle prend aussi corps de manière peut-être plus vive, dit-on, à l'examen d'une constitution de l'empereur Dioclétien de l'an 286, dont nous avons une version authentique dans les *Fragmenta Vaticana*, 283, et une version corrigée au Code de Justinien, 8, 54 (55), *De donat. quae sub mod.*, 2 : ne résulterait-il pas, notamment du commentaire de ces deux versions, la preuve qu'à l'événement du terme extinctif ou de la condition résolutoire, la propriété de la chose aliénée reste à l'acquéreur en droit classique, mais revient de plein droit à l'aliénateur sous Justinien ?

Sans reprendre pour cette fois la question dans son ensemble, ce qui comporterait ici de trop larges développements, nous rechercherons si la constitution de Dioclétien peut être de quelque secours dans la solution du problème posé ou si plutôt, comme nous le pensons, pour une grande part étrangères à ce débat, ses versions si différentes ne s'expliquent pas par de tout autres raisons.

I

Comparaison entre le § 283 des *Fragm. Vat.* et un texte de Papinien, *D.*, 39, 6, *De mortis causa donat.*, 42, *pr.* Cas d'application du *pactum fiduciae*.

Des deux versions de la constitution de Dioclétien, exami-

1. V. sur ces avantages et ces inconvénients du confert ou de l'action personnelle ou de l'action réelle, Girard, *Manuel*, 5e éd., p. 723.

nons en premier lieu la version authentique, qui nous est rapportée sans aucun doute dans les *Fragmenta Vaticana,* 283.

> Idem[1] Aurelio Carrenoni. Si *praediorum*[2] stipendiariorum proprietatem dono dedisti ita, ut post mortem ejus qui accepit ad te rediret, donatio inrita est, cum ad te*mpus*[3] proprietas transferri nequiverit. Si vero usum fructum in eam, contra quam supplicas, contulisti, usum fructum a proprietate alienare non potuisti. Proposita V id. Mart. Maximo et Aquilino conss.

De cette constitution, pour en faciliter l'exégèse, nous rapprocherons de suite un fragment de Papinien, *lib.* 13 *responsorum,* au Digeste, 39, 6, *De mortis causa donationibus et capionibus*, 42, *pr.* La simple lecture des deux textes n'appelle-t-elle pas un rapprochement nécessaire? Envisagée en son essence, l'espèce, dans les deux cas, n'est-elle donc pas la même? Les termes employés ne sont-ils pas en partie identiques?

1. Il s'agit des empereurs Dioclétien et Maximien : cf. *C.*, 8, 54 (55), *de donat.*, 2 et non *Fragm. Vat.*, 275.

2. Addition justifiée par le texte du *C.*, 8, 54 (55), *de donat.*, 2. En ce sens, Buchholtz, *Juris civ. antejust.*, 1828, p. 242; Huschke, *Jurispr. antejust.*, 5e éd., 1886, p. 797; Girard, *Textes*, 4e éd., 1913, p. 557.

3. Le ms. porte *ad te : Cod. Vatic. n. 5766*, éd. Mommsen dans *Abhandlungen der koenigl. Akad. zu Berlin*, 1859, *Phil. u. hist. Abh.*, p. 265-409; Appleton, *Hist. de la propriété prétorienne*, 2, 1889, p. 379 s. La restitution de *ad te* en *ad tempus*, justifiée et par la version du *Cod. Just.* et par le contexte, est admise par Rudorff, et les éditions de Huschke, Mommsen, Girard, Baviera, etc., ainsi que par de nombreux auteurs, Pellat, *La propriété et ses princip. démembrements*, 2e éd., 1853, p. 284, n. 2; Schulin, *Ueber Resolutivbedingungen u. Endtermine*, 1875, p. 195; Pernice, *Labeo*, 3, 1, 1892, p. 92; Mitteis, *Röm. Privatrecht*, 1, p. 192, n. 88; Michon, *N. R. H.*, 1911, p. 540, etc. — Buchholtz, *op. cit.*, p. 242, proposait de lire : *cum proprietas a te transferri nequiverit.* — M. Appleton, *Hist. de la propr. prétor.*, p. 177-186, 379-383 et *Bullettino dell'Ist. di dir. rom.*, 1, 1888, p. 194 s., suivi par Erman, *Beiträge zur Publiciana*, dans *Z. S. St.*, 2, 1890, p. 223, n. 2, conserve la teneur du manuscrit *ad te* et en conséquence donne l'interprétation suivante : il s'agit d'une donation faite à une femme; la question soulevée devant l'empereur porte sur la validité de cette donation, ambiguë dans ses termes, en sorte qu'on pouvait se demander si elle portait sur la propriété avec retour au donateur en cas de prédécès du donataire, ou sur l'usufruit; l'empereur se place successivement à ces deux points de vue : la donation de propriété est nulle, parce que le donateur n'avait pas pu lui-même acquérir la propriété (*eum ad te proprietas transferri nequiverit*) : un obstacle, que le rescrit ne nous indique pas, l'avait empêché de devenir propriétaire au moment de la donation; et alors, pour la même raison, il n'a pu constituer l'usufruit. Sur les objections soulevées par cette interprétation, pour laquelle *post mortem ejus qui accepit* doit être restitué en *post mortem ejus quae accepit*, cf. Michon, *N. R. H.*, 1911, p. 540-543.

Seia cum bonis suis traditionibus[1] factis Titio cognato donationis causa cessisset, usum fructum sibi recepit et convenit, ut, si Titius ante ipsam vita decessisset, proprietas ad eam rediret,....

Si *praediorum* stipendiariorum proprietatem dono dedisti ita, ut post mortem ejus qui accepit ad te rediret.... Si vero usum fructum in eam, contra quam supplicas, contulisti,...

Sans doute, entre les deux cas, il est des dissemblances, sur lesquelles nous nous expliquerons et dont les moins importantes sont, par exemple, celles relatives à la réserve du droit d'usufruit. Il n'en est pas moins évident que ces textes nous présentent tous deux un cas de donation et la même clause de retour « *ut proprietas ad donatorem rediret* » : si le donataire est décédé avant le donateur, dit Papinien; après la mort du donataire, rapportent les *Fragm. Vat.* — Et cependant, malgré la similitude apparente d'espèces, les solutions édictées par les textes sont contraires : une telle donation vaut, d'après Papinien, tandis que, dans la constitution de Dioclétien, *donatio inrita est.*

Sans chercher pour le moment de raisons plus profondes, la seule différence existant dans la nature des biens qui font l'objet de l'une et l'autre donation, suffirait pour justifier la contrariété des décisions prises[2]. Dans l'hypothèse du texte de Papinien, il s'agit bien de propriété civile, de propriété quiritaire; la constitution de l'an 286 présuppose au contraire la donation de fonds provinciaux. Or c'est cette distinction, qui s'impose en droit entre la condition des fonds italiques et celle des fonds provinciaux, qui servira à nous expliquer comment l'espèce même,

1. Le texte du Digeste porte naturellement *traditionibus* au lieu de *mancipationibus*. Avec *cessisset*, on pourrait peut-être aussi penser à une *in jure cessio*. Au surplus, la réserve d'usufruit n'est possible (*Fr. Vat.*, § 47) que par mancipation ou *in jure cessio*, non par tradition (*Fr. Vat.*, § 47 a). Sur la restitution nécessaire de *mancipationibus*, cf. Pernice, *Labeo*, 3, 1, p. 264, n. 1; Appleton, *Hist. de la compensation en dr. romain*, 1895, p. 326, n. 2.

2. De Ihering, *Passive Wirkungen der Rechte*, dans *Jahrb. f. d. Dogmatik*, 10, 1871, p. 577, n. 231 et *Etudes complément. de l'Esprit du dr. rom.*, Paris, 1903, p. 496, n. 235, disait déjà : « la solution du texte ne se trouverait-elle pas dans le mot *stipendiarorum*? Si l'on peut ici suppléer *praediorum*, l'argument dont se sert l'acheteur pourrait peut-être être en corrélation avec l'impossibilité de la propriété sur les fonds provinciaux. »

rapportée par le jurisconsulte, ne peut toutefois se maintenir valable dans son application à la propriété provinciale.

1. L'espèce, rapportée par le fragment de Papinien, est la suivante[1]. Seia fit mancipation de ses biens, à titre de donation, à Titius l'un de ses cognats ; elle se réserva l'usufruit ; et il fut convenu que, si Titius prédécédait, la propriété reviendrait à la donatrice, mais que, si elle mourait avant les enfants de Titius, les biens leur reviendraient. A nous en tenir au seul cas de prédécès de Titius[2], il n'est pas douteux que pareille donation, faite par Seia avec clause de retour, ne vaille. C'est un contrat de fiducie, comme l'avait remarqué Keller[3], qui s'est dès lors formé entre les parties. L'espèce suppose en effet : de la part de Seia, et un transfert de propriété par mancipation ou *in jure cessio*,

1. Papinien, *D.*, 39, 6, *de mortis causa donat.*, 42, *pr.* (Lenel, *Pal.*, n° 702) : *Seia cum bonis suis traditionibus factis Titio cognato donationis causa cessisset, usum fructum sibi recepit et convenit, ut, si Titius ante ipsam vita decessisset, proprietas ad eam rediret, si postea superstitibus liberis Titii mortua fuisset, tunc ad eos bona pertinerent, igitur si res singulas heredes Lucii Titii vindicent, doli non inutiliter opponetur exceptio. bonae fidei autem judicio constituto quaerebatur, an mulier promittere debeat se bona, cum moreretur, filiis Titii restituturam, incurrebat haesitatio non extorquendae donationis, quae nondum in personam filiorum initium acceperat. sed numquid interposita cautione prior donatio, quae dominio translato pridem perfecta est, propter legem in exordio datam retinetur, non secunda promittitur? utrum ergo certae condicionis donatio fuit an quae mortis consilium ac titulum haberet? sed denegari non potest mortis causa factam videri sequitur, ut...*

2. Sur l'explication du texte dans son ensemble, cf. Appleton, *Histoire de la compensation*, p. 326-330. La question, posée par le texte, est en effet celle de savoir si, au cas où Seia s'est engagée ensuite à faire parvenir ses biens aux enfants de Titius si elle survit à Titius et prédécède avant les enfants de ce dernier, cette clause adjointe vaut. Faut-il donc, dit le fr. 42, *pr.*, analyser l'acte en une donation comportant certaines clauses toutes à exécuter? dans ce cas, la seconde clause vaudrait. Ou bien, ne faut-il pas considérer l'opération comme une donation à cause de mort, subordonnée en conséquence au prédécès du donateur (Glasson, *Etude sur les donat. à cause de mort*, p. 15) et non valable au cas de survie du donateur (rag. *D.*, 39, 6, fr. 37)? S'il s'agit d'une donation à cause de mort, l'opération est circonscrite et achevée, *soluta priore donatione* ; il faut une nouvelle promesse pour rendre valable la seconde clause. Et c'est ainsi que le jurisconsulte résout le problème, si toutefois toute l'argumentation n'est pas interpolée.

3. Keller, *Z. f. gesch. RW.*, 12, p. 400 s., suivi par Lenel, *Palingen. juris, loc. cit.* ; Jacquelin, *De la fiducie*, 1891, p. 358 s. ; Voigt, *Die XII Tafeln*, 2, p. 178 s. ; Girard, *Manuel*, p. 522, n. 5 ; Pernice, *Labeo*, 3,1, p. 264, n. 1 ; Appleton, *Hist. de la compensation en dr. romain*, p. 326 s. ; Cuq, *Inst. jurid. des Romains*, 2, 1902, p. 696, n. 2. V. pourtant Karlowa, *Röm. Rechtsg.*, 2, p. 570. — Pour la littérature antérieure et les explications proposées, cf. Schulin, *Ueber Resolutivbedingungen u. Endtermine*, p. 97-99 et note 144.

et une réserve d'usufruit par la même mancipation ou la même *in jure cessio* ; de la part de Titius, une convention de rendre ou de dessaisissement[1] sous condition suspensive, *si Titius ante Seiam vita decessisset*[2]. Cette aliénation et cette convention, ne sont-ce pas là les conditions mêmes d'existence du *pactum fiduciae*?

Quels en seront, dans ce cas, les effets ? De deux choses l'une :

a)ou bien la condition se réalise. Titius meurt avant la donatrice. Il doit y avoir, selon les termes du pacte, retranslation de propriété à Seia. Comme Seia a déjà par devers elle la chose, s'en étant réservé l'usufruit, elle n'aura donc qu'à la conserver, désormais, il est vrai, à titre de propriétaire; et, si les héritiers de Titius n'hésitent pas à revendiquer les biens, elle leur opposera victorieusement l'exception de dol[3] : *si res singulas heredes Lucii Titii vindicent, doli non inutiliter opponetur exceptio*. Il se peut toutefois que, craignant, au hasard des hypothèses, que les héritiers de Titius n'agissent en propriétaires sur les biens, elle préfère exiger la retranslation de propriété : elle le fera à l'aide d'une action que le texte interpolé, conforme au droit de Justinien, dénomme *judicium bonae fidei*, mais qui ne pouvait être dans le texte primitif que l'*actio fiduciae*[4] ;

b) ou bien la condition ne se réalise pas, elle fait défaut. Seia meurt avant Titius, le donataire. La convention de rendre s'anéantit, la *condicio* n'étant pas *vera*. L'usufruit des biens cessant même par la mort de Seia, l'*usus frui* s'en va se joindre à la *nuda proprietas* de Titius; il y a confusion.

Ainsi s'appliquent ici, naturellement, les règles du pacte sous condition suspensive, la seule condition qui existe en droit romain.

1. Boèce, sur Cicéron, *Top.*, 10, 41 : *Fiduciam accepit cuicumque res aliqua mancipatur, ut eam mancipanti remancipet.*

2. C'est ainsi que la fiducie pourra servir à réaliser ce qu'on a appelé une *donatio mortis causa*. Mais, remarquons-le, c'est ici la condition suspensive de la convention qui donne au transfert de propriété et à la convention le caractère de donation à cause de mort.

3. Seia opposera l'exception de dol et non l'*exceptio pacti*. Celle-ci eût pu être opposée par Titius, *pendente condicione*, à la revendication de Seia.

4. Pernice, *op. cit.*, p. 264, n. 1.

2. Or c'est, à proprement parler, cette même opération juridique, reconnue valable par le fr. 42, *pr.* au titre *De mortis causa donationibus*, qu'un donateur voulut réaliser, nous rapporte le § 283 des *Fragm. Vat.*, sur des fonds provinciaux. Mais, s'il est exact qu'entre les deux textes, un rapprochement s'impose; si, pour tous les deux, présentant un transfert de propriété pour cause de donation avec clause de retour dans certain cas, le but de l'opération semble identique[1], on peut dire qu'entre les deux espèces s'accusent d'autant plus vivement les différences suivantes :

α) Dans l'hypothèse visée par Papinien, les biens, objet de donation, sont susceptibles de propriété quiritaire. Il en est certainement ainsi : l'aliénation fiduciaire supposant un transfert par *mancipatio* ou *in jure cessio*.

Aux *Fragm. Vat.*, nous nous trouvons par contre en présence de fonds provinciaux, de *praedia stipendiaria*[2]. Or la pseudo-propriété, admise sur les fonds provinciaux[3], ne comporte, en vue du transfert, ni l'emploi de la *mancipatio*, ni celui de l'*in jure cessio*[4], modes de transfert du droit civil accessibles seulement aux citoyens sur les choses romaines[5]. Le transfert de la pseudo-

1. Le but de l'opération n'est pas, toutefois, en tout identique. Il est en effet une différence entre la clause *si Titius ante ipsam vita decessisset* et le *post mortem ejus qui accepit*. Dans le premier cas, hypothèse du *D.*, 39, 6, fr. 42, *pr.*, la donatrice déclare ne vouloir le retour de la propriété à son profit que si Titius meurt avant elle; dans le second cas, hypothèse du § 283 des *Fragm. Vat.*, le donateur désirerait que la propriété revînt toujours à lui-même ou à ses héritiers au cas de décès du donataire, quelle que soit l'époque du décès, sans qu'il y ait là de *condicio* : c'est d'ailleurs à cause de cela que nous nous trouvons ici en présence d'une de ces promesses pour autrui déclarées nulles.

2. L'impôt se distingue en *stipendium* ou en *tributum*, selon que les provinces sont des provinces du peuple ou de l'empereur. Gaius, 2, 21.

3. Girard, *Manuel*, p. 354-355.

4. Le fait que la pseudo-propriété admise sur les fonds provinciaux fait l'objet d'une *vindicatio* spéciale (Frontin, *De controv.*, éd. Lachmann, p. 36; *Fragm. Vat.*, 315, 316) expliquerait de manière naturelle l'application d'une *in jure cessio* spéciale dans les transferts de fonds provinciaux. Cependant Gaius, 2, 32, paraît réserver la constitution de l'usufruit par *in jure cessio* dans les provinces uniquement à l'*usus fructus et hominum et ceterorum animalium*.

5. Toutefois sous Dioclétien s'introduisit le tribut en Italie; l'empereur fit mesurer dans les provinces et en particulier dans l'Italie l'unité foncière, *caput*, qui payait l'impôt. Mais le pays tout entier ne fut pas soumis à l'impôt foncier; une partie seulement de l'Italie, dit Aurelius Victor, *De Caes.*, 39, 31, fut imposée. Au surplus,

propriété des fonds provinciaux ne peut avoir lieu que par tradition, mode de droit des gens.

β) Dans le fragment de Papinien, il y a lieu à une réserve d'usufruit, de la part de la donatrice. Bien qu'on puisse supposer une constitution d'usufruit postérieure au transfert de propriété, cette réserve d'usufruit s'est faite ici normalement, comme l'indique dans le texte la succession même des divers actes de l'opération, par la déduction de l'usufruit au moment même du transfert de propriété; et ceci, par voie de *mancipatio*[1] ou d'*in jure cessio*[2], non par voie de tradition[3].

Aux *Fragm. Vat.*, il y a lieu aussi à une réserve d'usufruit. Comme dans l'hypothèse précédente, c'est la nue-propriété qu'a reçue le donataire (*ut proprietas*[4] *ad te rediret*). Le donateur n'a pas consenti à la femme, contre laquelle il présente requête, l'usufruit sur ces mêmes biens dont il aurait déjà transféré la propriété à un autre[5] : l'opération ne se comprendrait pas. Le donataire n'a que la nue-propriété; le donateur s'est réservé l'usufruit[6]. La preuve en est que le donateur a accordé par la

les règles de droit privé ne semblent pas avoir été de suite bouleversées par cette importante réforme financière. Il subsiste, sous Dioclétien, des *fundi tributarii* ou *stipendiarii*, et d'autres qui ne le sont pas : *Fragm. Vat.*, §§ 283, 285, 289 (?), 293. V. sur la portée de la réforme, C. Jullian, *Les transformations politiques de l'Italie sous les empereurs romains, 43 av. J.-C.-330 ap. J.-C.*, p. 190-191; Pernice, *op. cit.* p. 93, n. 2.

1. Gaius, 2, 33.

2. Gaius, 2, 30; *Fragm. Vat.*, 47.

3. *Fragm. Vat.*, 47[a]. Pour les raisons de cette solution, cf. Girard, *Manuel*, p. 373.

4. V. entr'autres exemples, Paul, *D.*, 21, 1, *de aedilicio edicto*, 43, 10 : .. *servus, in quo alterius usus fructus, alterius proprietas est,...*

5. Cependant, en ce sens, Michon, *N. R. H.*, p. 551-553, dont l'interprétation est la suivante : le donateur a consenti à une femme l'usufruit, après avoir fait à une autre personne donation de la propriété; il a sans doute promis à la femme de reprendre le bien en usant de la loi Cincia; la donation de propriété une fois annulée en vertu de la loi Cincia, la femme réclame l'usufruit, arguant de ce fait que la donation de propriété était nulle et que par suite le donateur, resté propriétaire, avait pu consentir valablement cet usufruit, dont la constitution, faite par pactes et stipulations, était possible même à un moment où le donateur n'était plus en possession du fond; le rescrit donne tort à la femme, en ce sens que le donateur n'a pu séparer l'usufruit de la propriété, parce que, quand il a consenti cet usufruit, il n'avait plus la propriété et ne l'avait pas encore recouvrée.

6. Pflüger, *Ueber den Begriff des Eigenthums* dans *Archiv. f. die civil. Praxis*, 78, 1892, p. 400-410, donne de notre constitution l'interprétation fantaisiste suivante : le demandeur avait voulu procurer à quelqu'un la jouissance, durant sa vie,

suite la jouissance, l'exercice du droit d'usufruit à cette femme, contre laquelle il plaide[1]. Sans doute, ce donateur n'a pas pu lui céder son droit d'usufruit; mais il lui en a cédé l'exercice[2]; comme en témoignent les termes *usum fructum in aliquem conferre*[3], il a donné cet usufruit réservé à une femme, qu'il a voulu avantager et qui en jouit gratuitement à sa place[4]. — Mais, comme les fonds, objet de la donation, sont des fonds provinciaux, il n'a pas pu être consenti valablement une réserve d'usufruit de la part du donateur. Car l'usufruit ne peut être constitué par déduction que par *mancipatio* ou *in jure cessio*, modes inapplicables aux fonds provinciaux[5]. L'*in jure cessio*, qui pourrait servir à constituer, même dans les provinces, l'*usus fructus et hominum et ceterorum animalium*[6], ne peut servir à constituer l'usufruit des fonds de terre. — Au surplus, si l'on admet plus ou moins tôt que la déduction d'une servitude pourrait être adjointe à une tradition, mode de transfert des fonds provinciaux, la réforme est amplement prouvée pour le droit de Justinien, à un moment où la distinction entre propriété quiritaire et propriété provinciale n'existe plus; elle ne l'est pas aussi sûrement pour

d'un fonds de terre; mais, au lieu d'employer les mots *usus fructus*, il avait usé du terme *proprietas*, non plus dans son sens technique, où il exprime un droit perpétuel, mais dans un sens plus général de droit de possession, qu'indiquent les sources du moyen âge; aussi l'empereur déclare-t-il que la donation est nulle, parce qu'elle contenait une contradiction, parce que la propriété, droit perpétuel, n'a pas pu être donnée *ad tempus*; mais ajouterait-il, si tu as constitué un *usus fructus*, tu peux être sans souci; *usum fructum a proprietate alienare* (entfremden) *non potuisti* : tu n'as pas pu aliéner entièrement, pour toujours.

1. Sur cette distinction nécessaire de personnalité du donataire et de la femme prétendant à l'exercice du droit d'usufruit, cf. Michon, *N. R. H.*, 1911, p. 550-551.

2. Sur la cession de l'exercice du droit d'usufruit, Pomponius, *D.*, 23, 3, *de jure dotium*, 66. Cf. Girard, *Manuel*, p. 366, n. 1.

3. Les termes *usum fructum in aliquem conferre* indiquent ici de manière certaine cette donation de l'usufruit, cette cession de l'exercice du droit, comme en témoignent par analogie tel texte relatif à la dot : *Fr. Vat.*, 305, *item excipit si quis mulieri virginive cognatus dotem conferre volet*; *igitur quocumque gradu cognatus dotis nomine donare potest*; ou d'autres textes relatifs aux donations : *Fr. Vat.*, 269 (... *donatio... in filiam conlata*), 284, 295 (... *donationes, quas a patre in eum conlatas esse adfirmas...*), 296; *D.*, 31, *de legatis*, 87, 4; *D.*, 39, 5, *de donat.*, 31, *pr.*; *D.*, 40, 5, *de fideic. libertat.*, 23, 2; *C.*, 4, 6, *de cond. ob caus. dat.*, 3.

4. Ulpien, *D.*, 7, 1, *de usu fructu*, 12, 2 : ... *sed et si alii precario concedet vel donet, puto eum uti atque ideo retinere usum fructum.*

5. Gaius, 2, 31.

6. Gaius, 2, 32.

le droit antérieur du Bas-Empire[1]. — Toutefois, ce qui n'est pas douteux, c'est que, dans notre espèce, l'usufruit a pu être constitué par le donataire au donateur *pactionibus et stipulationibus*[2].

γ) Enfin — et ceci résulte des explications données —, dans le texte de Papinien, le transfert de propriété par *mancipatio* ou *in jure cessio*, auquel se joint la convention de rendre ou plus largement de dessaisissement, constitue le contrat de fiducie. Tous principes de droit étant observés, la fiducie est valable.

Aux *Fragm. Vat.*, il ne peut au contraire être question d'un contrat de fiducie. L'aliénation fiduciaire exigeant l'emploi de la *mancipatio* ou de l'*in jure cessio*, non de la tradition, seul mode applicable au transfert des fonds provinciaux, le § 283 ne peut nous présenter un cas de *pactum fiduciae* valable.

Peut-être le donateur avait-il la pensée d'appliquer à sa libéralité les principes mêmes du *pactum fiduciae*. Il me semble que la comparaison entre le § 283 et le fr. 42, *pr.*, *D.*, 39, 6 ne laisse aucun doute sur ses intentions. Il n'a pas réussi.

1. Girard, *Manuel*, p. 375, n. 3.

2. Gaius, 2, 31. — Pernice, *Labeo*, 3, 1, p. 92-94, rétablit ainsi la suite des idées et l'espèce du rescrit : l'empereur, mal éclairé par la requête qui lui est présentée sur la nature de l'acte de donation, se place successivement à deux points de vue ; une donation de propriété de fonds provinciaux est faite à une femme avec clause de retour après sa mort au profit du donateur ; l'empereur se demande s'il y a là une donation à cause de mort portant sur la propriété, ou une simple concession d'usufruit ; après avoir écarté la première hypothèse, il envisage la seconde et la résout aussi par la négative : l'usufruit n'a pu être détaché de la propriété. Pourquoi ? le rescrit ne le dit pas ; mais on peut en trouver la raison dans cette particularité, qu'il s'agit ici de fonds provinciaux ; pour constituer un usufruit sur un fonds provincial, il ne suffisait pas d'avoir fait la tradition, qui avait sans doute été effectuée en vue de la donation de propriété ; il aurait fallu recourir aux pactes et stipulations ; sans doute les parties, n'ayant fait qu'une tradition, avaient-elles oublié d'user de ce procédé, et c'est pourquoi l'usufruit n'a pu être constitué. — Sur cette interprétation et les objections qu'elle soulève, cf. Michon, *op. cit.*, p. 538-540. — Mais c'est avec raison que M. Pernice déclare par contre, p. 94, sans donner plus ample justification, que la clause de retour, qui aurait pu être validée comme cause d'obligation personnelle à l'exemple du *pactum fiduciae* au regard de la *mancipatio*, n'était cependant pas admise comme telle au temps de Dioclétien, parce que de telles clauses n'étaient pas usitées à cette époque dans la tradition.

II

Le « *donatio inrita est* » du § 283, *Fragm. Vat.*

Recherchons toutefois si, en abandonnant l'hypothèse d'un *pactum fiduciae*, l'espèce présentée par le § 283 pourrait être juridiquement valable.

Des observations précédentes, deux points demeurent acquis : 1° la pseudo-propriété du fonds provincial aurait pu être acquise au donataire par la tradition pure et simple de ce fonds réalisée par le donateur ; — 2° *pactionibus et stipulationibus*, le donataire propriétaire du fonds aura pu constituer l'usufruit au profit du donateur.

De l'espèce proposée, il ne reste donc plus qu'à examiner la clause : *ita ut post mortem ejus qui accepit ad te rediret*. Cette clause est-elle ici valable? et quelle influence exerce-t-elle sur l'opération tout entière ?

Nous pouvons affirmer que la clause précitée n'est pas, au § 283, valable ; et ceci, pour deux raisons, dont la première au surplus peut et doit suffire :

1° Le pacte *ut proprietas ad me rediret*, précisément parce qu'il est la négation de l'intention d'aliéner, ne peut pas servir de titre à la tradition. Il est un texte de Paul, se rapportant sans doute dans sa forme première à la fiducie, qui consacre pour la convention de retransférer la propriété cette impossibilité de servir de titre à la tradition : *numquam nuda traditio transfert dominium, sed ita, si venditio aut aliqua justa causa praecesserit, propter quam traditio sequeretur*[1]. L'existence de la clause de retour ne concorde pas avec le caractère primitif de la tradition. Dans ce cas, ni tradition, ni clause de retour ne valent. Aux *Fragm. Vat.*, le donateur n'a pas pu faire tradition au donataire, *ut proprietas rediret*.

1. Paul, *D.*, 41, 1, *de adquirendo rerum dominio*, 31, *pr.* (Lenel, *Pal.*, n° 482). Ce texte se rapportait, semble-t-il, primitivement à la fiducie : en ce sens, Lenel, *Z. d. Sav.-St.*, 3, p. 114 s. ; contrà, Jacquelin, *op. cit.*, p. 69 s.

2° Ne peut-on pas, tout au moins, concevoir que tradition pure et simple du fonds ait été faite, à titre de donation, par le donateur au donataire? La tradition une fois réalisée, le donataire aurait promis au donateur de lui retransférer la propriété du fonds, au moyen d'une stipulation. Dans quelle forme, il est vrai, d'après le § 283, la stipulation se fût-elle présentée? L'interrogation du donateur au donataire aurait eu lieu dans les termes suivants : *post mortem tuam praedia stipendiaria mihi dari promittis*? Mais une telle promesse pour autrui est nulle, nous dit Gaius : *inutilis est talis stipulatio*[1]. — Au surplus, cette dernière hypothèse n'est pas envisagée par notre texte. Les termes *proprietatem dono dedisti ita ut* prouvent suffisamment que la clause de retour *post mortem tuam* se trouve être la *causa* de la tradition de la chose. La tradition n'en est pas indépendante[2]. Et cette clause de retour, nulle et parce qu'elle est la négation de l'intention d'aliéner, et parce qu'elle est faite *post mortem tuam*, entraîne pour le premier motif la nullité de l'opération tout entière : *donatio inrita est*.

Donatio inrita est! La constitution de Dioclétien ne nous en donne que la raison immédiate, concluante et, pour ainsi dire, concrète. Contrairement à ce qui fût arrivé, si la donation avait porté sur des fonds italiques et non sur des fonds provinciaux; au lieu de reconnaître la validité de l'opération qui eût été certainement affirmée, si donateur et donataire avaient pu utilement employer la convention de retransférer la propriété, le *pactum fiduciae*, le § 283 déclare avec raison que la propriété des *praedia stipendiaria* n'a pas pu être ici transférée pour un temps : *cum ad tempus proprietas transferri nequiverit*[3].

1. Gaius, 3, 100.

2. La remarque est importante. Car si la clause de retour *post mortem tuam* eût été l'objet d'une stipulation postérieure à la donation du fonds par tradition, la nullité de la clause n'eût pas entraîné la nullité de la tradition, qui eût continué à réaliser une donation entre vifs pure et simple. Compar. p. [16].

3. On ne peut donc pas s'appuyer sur les *Fragm. Vat.*, § 283, et sur le *Cod. Just.*, 8, 54 (55), *de don. quae sub mod.*, 2, pour déclarer de manière générale, comme le fait M. Collinet, *Etudes historiques sur le droit de Justinien*, 1, 1912, p. 174 et 189, n. 1 (compar. Mitteis, *Römisches Privatrecht*, 1, p. 192, n. 88), que la validité des transferts *ad tempus* proclamée par Justinien notamment pour les donations est en opposition avec la nullité des mêmes dispositions que formulait le droit classique.

Quelles en seront donc les conséquences? La donation étant nulle, le donateur veut nécessairement avoir la chose. Il ne peut pas, il est vrai, intenter la *vindicatio* spéciale aux fonds provinciaux contre le donataire, puisque celui-ci n'est pas en état de *habere possidere frui*[1]. C'est que le donateur lui-même, avons-nous dit, a donné son usufruit à une femme; c'est à elle qu'il devra s'adresser pour reprendre la chose. Il n'est aucun doute, en droit, qu'elle ne doive la rendre. La donation étant nulle, la nue-propriété est venue se confondre à nouveau avec l'usufruit dont le donateur est demeuré titulaire; l'usufruit s'est éteint; ou, à proprement parler, la réserve d'usufruit est censée n'avoir jamais existé, le donateur est censé avoir été toujours plein propriétaire. La donation, remarquons-le, n'est pas seulement *imperfecta*[2]; elle est *inrita*[3]. En conséquence, la cession de l'usufruit à la femme doit tomber d'elle-même, la réserve d'usufruit étant censée n'avoir jamais existé. Et cependant, la femme cessionnaire de l'usufruit proteste. Invoquant peut-être des cas antérieurs où tel cessionnaire d'usufruit, en matière de gage[4] et vraisemblablement en matière de vente ou de donation[5], a pu *retinere usum fructum*, après que le droit même s'est éteint

Il ne saurait être question de nullité, dans le droit classique, que pour le transfert *ad tempus* par tradition. Car, au cas de *mancipatio* ou d'*in jure cessio*, il en est alors autrement : v. le texte précité, *D.*, 39, 6, *de mortis causa donat.*, 42, *pr.*

1. Partsch, *Schriftformel im röm. Provinzialprozesse*, 1905, p. 106-108.

2. En sens contraire, Michon, *op. cit.*, p. 546-550, dont l'interprétation est la suivante : c'est une règle bien connue que pour échapper à la loi Cincia, une donation doit être absolument *perfecta*, c'est-à-dire qu'il faut que le donateur se soit dessaisi complètement et définitivement. S'il ne s'est dessaisi que pour un temps, il peut, en invoquant la loi Cincia, user de ce droit de reprise, sans en attendre l'échéance ou l'événement. Il n'a plus la revendication, puisqu'il a transféré la propriété; mais il a l'action personnelle, *condictio*, *actio in factum* ou autre, qu'il aurait eue plus tard, au moment de l'accomplissement de la condition résolutoire. Si à son action le donataire oppose l'*exceptio non impletae condicionis* ou plus simplement l'*exceptio rei donatae*, il répondra victorieusement par la *replicatio legis Cinciae*, ou plus précisément par la *replicatio rei donatae ad tempus*; il obtiendra donc le retransfert, et ainsi *donatio inrita est, cum ad tempus proprietas transferri nequiverit.* — Cf. encore, sur l'hypothèse d'une relation probable entre les *Fragm. Vat.*, 283 et la loi Cincia, Mitteis, *Römisches Privatrecht*, 1, p. 164, n. 47. V. différemment Kniep, *Gai institutionum comment. sec.*, 1912, p. 150 et 164.

3. Sur le sens du mot *inritus*, v. notamment Gaius, 2, 146. 147. 148.

4. *D.*, 20, 1, *de pign.*, 1, 2.

5. Girard, *Manuel*, p. 366, n. 1.

avec la fin de l'usufruit, elle prétend retenir par devers elle l'exercice du droit d'usufruit. Mais, à bon droit, la constitution impériale la déboutera. La raison en est facilement explicable : la donation de la propriété du fonds étant nulle, la réserve d'usufruit n'existant donc pas, le donateur étant toujours demeuré propriétaire, celui-ci n'a pas pu céder un usufruit qui est censé n'avoir jamais été constitué : *usum fructum a proprietate alienare*[1] *non potuisti*[2].

III

Le « *donatio valet* » au *Cod. Just.*, 8, 54 (55), *De donat. quae sub modo..*, 2.

Que penser maintenant de cette même constitution des empereurs Dioclétien et Maximien de l'an 286, insérée au Code de Justinien, 8, 54 (55), *De donationibus quae sub modo vel condicione vel ex certo tempore conficiuntur*, 2? L'identité des deux textes semble mise hors de doute par l'identité de la date, du destinataire et de la première phrase[3]. La constitution a toutefois été remaniée par les compilateurs du Code et s'y présente dans la forme suivante :

> Impp. Diocletianus et Maximianus AA. Aurelio Zenoni.
>
> Si praediorum proprietatem dono dedisti ita, ut post mortem ejus qui accepit ad te rediret, donatio valet, cum etiam ad tempus certum vel incertum ea fieri potest, lege scilicet quae ei imposita est conservanda.
>
> PP. V id. Mart. Maximo II et Aquilino conss.

1. Sur le sens de ce mot *alienare*, cf. notamment : *D.*, 21, 2, *de evictionibus*, 46, *pr.*; *D.*, 7, 4, *quib. mod. usus fructus vel usus amitt.*, 5, 1; *D.*, 27, 9, *de rebus eorum qui sub tutela..*, 3, 5; *D.*, 28, 5, *de hered. instit.*, 9, 20; *D.*, 28, 7, *de cond. inst.*, 2 pr.; *D.*, 21, 1, *de aedil. edicto*,43, 8; *D.*, 7, 1, *de usu fructu*, 34, *pr.*

2. V. pour mémoire l'interprétation de Huschke, *Jurisprud. anteiust.*, 5e éd., 1886, p. 797 : *si vero usumfructum in eam, contra quam supplicas, contulisti* (sc. ita ut post mortem ejus, cui datus esset, ad te rediret), *usumfructum a proprietate alienare non potuisti* (i. e. tamen ad eum redibit ususfructus, cujus mortis tempore proprietas erit; nam donatio ejusmodi valet, cum ususfructus ad tempus dari possit).

3. V. notamment Pernice, *Labeo*, 3, 1, p. 93; Appleton, *Hist. de la propr. prétor.*, p. 178, n. 31.

Les remaniements des compilateurs du Code portent sur les points suivants : 1° il est question, dans la loi 2, uniquement de *praedia*, non plus de *praedia stipendiaria*. La distinction des fonds italiques et des fonds provinciaux, de plus en plus effacée, en droit public, par l'extension de l'impôt à l'Italie et, en droit privé, par la disparition de la procédure formulaire, a été définitivement abolie par Justinien[1]; — 2° au lieu du *donatio inrita est* du § 283, il est conclu dans cette nouvelle version : *donatio valet, cum etiam ad tempus certum vel incertum ea fieri potest, lege scilicet quae ei imposita est conservanda.*

Recherchons donc les causes de cette contradiction formelle dans les conclusions.

Il ne peut être question, dans l'espèce, de *pactum fiduciae*, disparu tout au moins par contre-coup de la désuétude de la *mancipatio* et de l'*in jure cessio*. Le donateur a transféré la propriété de fonds de terre à titre de donation au donataire. Il l'a fait valablement au moyen de la tradition, qui, dans le droit de Justinien, fait acquérir sur toutes les choses la propriété civile d'alors.

Demeure toutefois la clause : *ita, ut post mortem ejus qui accepit ad te rediret*. Cette clause peut-elle donc désormais s'allier à la tradition? Sans nul doute. C'est que désormais la *justa causa* de la tradition se trouvera être : soit une convention de donation, munie d'action par le droit impérial, en exécution de laquelle il a été fait tradition ; soit plutôt ici une convention de donation *sub modo* ou plus largement *sub lege,* reconnue et sanctionnée comme contrat innommé. Il y a bien désormais à la tradition une *justa causa, propter quam traditio sequeretur*. Le pacte, la *lex* : *ita ut proprietas ad te rediret*, fait désormais corps avec la convention de donation, s'incorpore à elle.

Au surplus, cette validité des *leges* dans la donation, nous la trouvons s'affirmant de plus en plus sous les mêmes empereurs Dioclétien et Maximien, surtout postérieurement à la constitution

1. *Inst.*, 2, 1, *de rerum divisione*, 40 : *Vocantur autem stipendiaria et tributoria praedia, quae in provinciis sunt, inter quae nec non Italica praedia ex nostra constitutione* (*C.*, 7, 31, *de usucap. transf.*, 1), *nulla differentia est.*

de l'an 286[1]. Ainsi en témoignent des constitutions de l'an 293[2] et de l'an 294[3]. Et ce mouvement de jurisprudence ne pouvait qu'inévitablement s'appliquer par la suite à cette clause de retour, se présentant désormais comme un élément même du nouveau contrat innommé.

En conséquence, la donation vaut : *donatio valet*[4]. — D'une part, le donateur ne peut plus prétendre, comme il le faisait aux *Fragm. Vat.*, à la nullité de la donation par suite de l'insertion de la *lex ut proprietas ad te rediret*. — D'autre part (et c'est là l'hypothèse visée par le Code), le donataire ou ses héritiers devront observer cette clause de retour; le donataire ne pourra pas à l'avance prétendre à sa nullité ; la clause lui a été imposée à charge, elle doit être maintenue : *lege scilicet quae ei imposita est conservanda*[5]. Ne pourrait-on pas craindre en effet une protestation du donataire? Invoquant les termes mêmes de la *lex* « *ita ut post mortem ejus qui accepit ad te rediret* », n'aurait-il pas par hasard quelque velléité de demander la nullité de la clause comme étant une promesse *post meam mortem* et, la clause déclarée nulle, de tenir la donation comme une donation entre-vifs pure et simple. Mais le Code de Justinien déclare expressément que pareille prétention ne serait pas justifiée. Qu'importent en effet désormais les termes *post meam mortem* ! Cette clause de retour, si elle eût été formulée *intra certum tempus*, eût été peut-être depuis longtemps déjà valable ; cette

1. V. déjà, mais seulement pour le cas de charge d'aliments, une constitution interpolée de Valérien de l'an 258, *C. J.*, 8, 54 (55), *de donat. quae sub mod.*, 1.

2. *C. J.*, 8, 53 (54), *de donationibus*, 9 : *Legem, quam rebus tuis donando dixisti, sive stipulatione tibi prospexisti, ex stipulatu, sive non, incerto judicio (id est praescriptis verbis) apud praesidem provinciae debes agere, ut hanc impleri provideat.*

3. *C. J.*, 8, 53 (54), *de donat.*, 22, 1 : *Eum autem, cui certa lege praedia donasti, incerta civili actione ad placitorum obsequium urgueri secundum legem donationibus dictam convenit.*

4. Pour M. Michon, *op. cit.*, p. 553 : de ce que la loi Cincia n'existe plus, il en résulte naturellement cette conséquence que les donations sont valables, même quand elles sont faites pour un temps déterminé ou indéterminé.

5. Sur le sens de *conservare*, cf. Ulpien, *D.*, 1, 3, *de legibus*, 41 : Africanus, *D.*, 36, 1, *ad senatusc. Trebell.*, 29 (28) : ... *sufficiat autem jus tuum tibi integrum conservari...* ; Ulpien, *D.*, 39, 1, *de op. novi nunt.*, 1, 14 ; Paul, *D.*, 44, 4, *de doli mali et met. excepl.*, 13 ; Ulpien, *D.*, 8, 4, *communia praed.*, 10 ; Celsus, *D.*, 1, 3, *de legibus*, 18. V. encore *C. J.*, 3, 28, 31 ; 5, 9, 8, 3, 4 ; 8, 16, 9, 1.

même clause, dont l'exécution est fixée *post meam mortem*, ne l'est désormais pas moins, dit une constitution de l'an 528[1] : *etiam ad tempus certum vel incertum ea fieri potest*[2].

Il est enfin à remarquer que, dans cette version du Code, il n'est nullement fait allusion à la seconde phrase du § 283 des *Fragm. Vat.* La question de la cession de l'exercice d'un droit d'usufruit ne se pose même pas, puisque *donatio valet*.

La constitution de Dioclétien de l'an 286 se trouve ainsi, dans ses deux versions, pleinement expliquée. Et cependant ni l'une ni l'autre de ces versions ne fait allusion à ce principe du retour *ipso jure* de la propriété de la chose donnée au profit du donateur après la mort du donataire, que les auteurs prétendent le plus souvent y trouver affirmé. Le texte du Code n'en parle pas. Nous pouvons, il est vrai, nous demander par quelle action le donateur agira contre les héritiers du donataire, si ceux-ci ne veulent pas retransférer la propriété. A ce sujet, ne doit-on pas dire qu'après la mort du donataire, le retour de la chose donnée aura lieu de plein droit au profit du donateur qui aura dès lors contre les héritiers du donataire ou plutôt contre tous possesseurs de la chose une action réelle, la revendication[3]. Ce retour *ipso jure* de la propriété de la chose donnée n'est-il pas commandé par les termes mêmes *ut proprietas rediret*, comme le pensait de Ihering[4] ? Mais, remarquons-le, l'argument ne porte pas.

1. *C. J.*, 8, 37 (38), *de contrahenda et committenda stipulatione*, 11 ; *Inst.*, 3, 19, *de inutilibus stipulationibus*, 13. — Au sujet des interpolations provoquées par la reconnaissance de la validité des termes *post meam mortem*, cf. Gaius, *D.*, 17, 1, *mandati vel contra*, 27, 1, en contradiction formelle avec Gaius, 3, 158. V. Pernice, *Labeo*, 3, 1, p. 129.

2. V. de même *C. J.*, 6, 37, *de legatis*, 26, 1 : *cum enim jam constitutum est fieri posse temporales donationes et contractus,...*

3. En ce sens, Fitting, *Zur Lehre vom Kauf auf Probe oder auf Besicht*, dans *Zeitschr. f. das gesammte Handelsrecht*, 2, 1859, p. 268 ; Köppen, *Der obligatorische Vertrag unter Abwesenden*, p. 56 ; et de fort nombreux auteurs. Mais, comme le fait déjà remarquer Schulin, *Ueber Resolutivbedingungen u. Endtermine*, 1875, p. 198, n. 268, dans la loi 2 au Code il est dit seulement que le pacte accessoire doit être reconnu valable : cf. Scheurl, *Zur Lehre von den Nebenbestimmungen bei Rechtsgeschäften*, p. 66 ; Czyhlarz, *Zur Lehre von der Resolutivbedingung*, p. 17.

4. De Ihering, *Etudes complément. de l'Esprit du droit romain*, 5, 1903, p. 497.

Les mêmes termes *ut proprietas rediret* ne se rencontrent-ils pas dans le fr. 42, *pr.*, *D.*, *De mortis causa donat.*, 39, 6; et cependant l'action, donnée dans ce cas de pacte résolutoire sous condition, n'est pas l'action en revendication, mais, à une époque où l'*actio fiduciae* a disparu, une action personnelle dénommée par le texte *judicium bonae fidei*[1].

Il en est de même dans l'hypothèse de notre texte qui suppose une donation *sub lege*, ici une donation à laquelle est incorporé un pacte résolutoire *post mortem tuam* (pacte qui doit être distingué avec soin de cet autre pacte qu'on a coutume d'appeler improprement condition résolutoire). Comme dans toutes les donations *sub modo* ou *sub lege,* l'exécution de la *lex* sera demandée par une action personnelle, *actio praescriptis verbis*[2] dans le droit de Justinien. Sans doute, n'oublions pas que sous la procédure extraordinaire, on pourra de la sorte parvenir à l'égard des héritiers du donataire, s'il est encore possible, à une exécution en nature. Mais l'impossibilité du retour *ipso jure* de la propriété au profit du donateur empêchera d'inquiéter, par voie d'action réelle, tous tiers possesseurs de la chose.

1. V. Appleton, *Hist. de la compensation*, p. 327 s. — Une difficulté sérieuse semblerait toutefois devoir résulter d'un texte d'Ulpien, *lib.* 17 *ad edictum*, *D.*, 39. 6, *de mortis causa donat.*, 29 (Lenel, *Pal.*, n° 587), où une action *in rem* est donnée au donateur *mortis causa* pour reprendre sa chose (cf. Girard, *Manuel*, p. 949, n. 6). Mais ce texte, qui suppose une convention de donner et de restituer sous condition préalable à toute dation, et qui, dans sa forme actuelle sans doute en partie interpolée, donne une solution dubitative conforme par analogie à celle du fr. 41, *pr.*, *D.*, *de rei vindicatione*, 6, 1 (Ulpien, *lib.* 17 *ad edictum* : Lenel, *loc. cit.*, n° 586), prévoit, comme nous le montrerons, une hypothèse différente de celle indiquée par le fr. 42, *pr.*, *D.*, *de m. c. donat.*, 39, 6 et par la loi 2 au *C. J.*, 8, 54 (55), *de donat. quae sub mod.*, 2.

2. *C. J.*, 8, 53 (54), *de donat.*, 9; 22, 1. V. Girard, *Manuel*, p. 596, n. 7. Faute d'exécution, le donateur aura une *condictio* : Girard, *op. cit.*, p. 946, n. 3. Quant à la *vindicatio utilis* du *C. J.*, 8, 54 (55), *de donat. quae sub mod.*, 1, elle est dans ce cas particulière à la donation avec charge d'aliments.

LE

TRIBONIANI GENIUS, SIVE DE ARTE JURIS

DE

FRANÇOIS GAULTIER,

PAR

G. TESTAUD

Professeur à la Faculté de Droit de l'Université de Poitiers

Un mot tout d'abord de l'auteur[1], puis de son opuscule, avant de reproduire le texte de celui-ci.

1. Bibliographie. Registrum graduatorum temporumque studiorum (11 mai 1575-14 octobre 1595) de la Faculté de droit de Poitiers (Archives de la ville de Poitiers, Carton 78, 1er registre). — Ἐπιτάφιοι flores adsparsi tumulo Francisci Galteri, in academia pictonum j[uris] u[triusque] doctoris, in curia patroni, in urbe militum subpraefecti celeberrimi... Augustoriti Pictonum (Jul. Thoreau) 1614, 64 p. in-4°, portrait. Ce recueil contient 89 pièces en français, grec, hébreu et latin. L'éditeur du volume se fait connaitre à la p. 7. Il se donne le nom de Rifaldus et signe en français : Estienne Rifauld. Etienne Rifauld, ou Riffault, était avocat au présidial de Poitiers. Les références à cet ouvrage désigneront celui-ci par l'abréviation française d'*Epit.* Pour la plupart, ces pièces, dédiées à la mémoire de Fr. Gaultier, ne sont que de simples hommages littéraires, des fleurs jetées sur une tombe. Elles ne contiennent aucun renseignement précis, que le biographe puisse utiliser. Par exception, il en est quelques-unes qui fournissent des indications nombreuses et circonstanciées. — Dreux du Radier, *Bibliothèque historique et critique du Poitou...* 3 vol. in-12, Paris (Ganeau), 1754. — Beauchet-Filleau et de Chergé, *Dictionnaire historique et généalogique des familles du Poitou*, Poitiers (H. Oudin), 1891 et ss. — Pilotelle, *Essai historique sur l'ancienne Université de Poitiers* (Mémoires de la Soc. des Antiquaires de l'Ouest, t. XXVII, 1862.) — A. [Letard] de la Bouralière, *Bibliographie poitevine...* (Mém. de la Soc. des Antiq. de l'Ouest, 3e série, t. Ier, 1907). — A cette liste, on peut, sur la foi de Dreux de Radier (t. III, p. 237), ajouter la plaquette suivante, imprimée à Poitiers en 1617, que nous avons cherchée en vain : Hercules ΒΟΥΖΥΓΟΣ, sive monitor amicabilis Ulalii Caninii Strabonis, qui juris utriusque doctores academiae pictaviensis in libris singularibus impudenter et calumniose diffamare conatur. Audit quod non vult, qui pergit dicere quod vult; (40 p.).

François Gaultier est né à Montmorillon (Vienne) en 1563[1]. Après avoir étudié les lettres[2], il se consacre à l'étude du droit, pour laquelle il possède de remarquables dispositions naturelles[3]. Si l'on en croit l'une des épitaphes composées en son honneur, dès que Francois Gaultier est parvenu à une connaissance suffisante de l'un et l'autre droits pour aborder utilement la plaidoirie, il se rend à Paris, où il débute au barreau[4]. Peut-être est-il permis de douter de l'exactitude de la dernière partie de ce renseignement, car Fr. Gaultier n'a encore pris aucun grade universitaire. Or, s'il est exact, qu'à une certaine époque, une telle formalité n'est pas requise du jeune homme qui se destine à la profession d'avocat, cela cesse d'être vrai au temps de Gaultier. « Sur les plaintes des docteurs régens des universités, de ce que presque tous leurs auditeurs et escholiers se retiroient sans se graduer, et que cela procédoit de ce que indifféremment l'on recevoit ès cours souveraines escholiers à faire serment d'avocat à plaider, sans [a]voir leurs degrés, et autant des judicatures royalles, la Cour de Parlement de Paris ordonna en octobre mil-cinq-cens-cinquante-cinq, que nul ne seroit receu advocat, ny juge, sans estre gradué, suivant l'ordonnance du roy François I^er^, de l'an mil-cinq-cens-dix-neuf, article dix-huit et de l'an mil-cinq-cens-vingt-cinq, chapitre quatriesme, article premier, qui dict : Ceux qui veulent estre receus advocats, devoir estre gradués in altero jurium[5] ».

Quoiqu'il en soit, François Gaultier est rappelé en Poitou par la guerre civile[6]. Il s'agit vraisemblablement de la dernière guerre de religion, qu'on fait ordinairement commencer avec la Ligue de 1585. Cette année-là, le Poitou est envahi par le duc de Mercœur, gouverneur de Bretagne[7], et à partir de ce moment,

1. *Epit.*, p. 40-41, pièce signée Jac. Barraudus pictaviensis. Il s'agit de Jacques Barraud (1553?-1626), avocat au présidial de Poitiers et l'un des commentateurs de la coutume de Poitou.

2. *Epit.*, même pièce.

3. *Epit.*, p. 18 (Johannes Pascalis Agennensis), Jean Pascal, d'Agen.

4. *Epit.*, p. 18, même pièce.

5. Bernard de La Roche Flavin, *Treze livres des parlemens de France*, Bourdeaus (S. Millanges) 1617, livre III, ch. 2, § 16, p. 244.

6. *Epit.*, p. 18 (Jean Pascal).

7. Lavisse, *Histoire de France*, t. VI, p. 254.

la province va être troublée par la guerre jusqu'à ce que Poitiers fasse sa soumission à Henri IV, en 1594[1], au mois de juin[2].

Gaultier paraît avoir pris une certaine part aux hostilités. Il crut de son devoir de prendre les armes. Il servit, sans aucun doute, dans les rangs des ligueurs, qui dominent dès 1589 à Poitiers[3], et dans certaine autres places de la région poitevine, notamment Montmorillon[4], la ville natale de Gaultier. On confia même à celui-ci le commandement d'une petite unité appartenant vraisemblablement à la milice bourgeoise de Poitiers[5]. — La guerre civile laisse des loisirs au jeune homme et celui-ci les emploie laborieusement, car il est reçu bachelier en l'un et l'autre droits le 18 avril 1594 et licencié in eisdem juribus, le 19 des mêmes mois et an. Le *registrum graduatorum temporumque studiorum* de la Faculté de droit de Poitiers nous a conservé le souvenir de ce double examen[6]. La guerre ne paralysait pas le zèle des étudiants et ne contraignait pas la Faculté à fermer ses portes.

La paix une fois rétablie, Gaultier se décide à demeurer définitivement à Poitiers; il s'adonne à la pratique judiciaire, en consacrant à l'étude du droit tout le temps que lui laissent les affaires[7]. Il songeait au professorat. Au mois d'août 1595, une des trois chaires de droit civil étant restée vacante à la Faculté de droit, par suite de la mort du doyen François de Lauson[8], un concours fut ouvert. Trois candidats se mirent sur les rangs : Philippe Layné, Antoine Duguyan et François Gaultier[9]. Ce dernier était vraisemblablement le plus jeune des trois. Duguyan était, en effet, déjà licencié en septembre 1577[10] et Layné pos-

1. Thibaudeau, *Histoire du Poitou*, nouvelle édition, t. III, p. 48-113.
2. Lavisse, loc. cit., VI, 390.
3. Thibaudeau, loc. cit., III, 85.
4. Thibaudeau, loc. cit., III, 91.
5. Qui cum scientia sua auxilii patriae nihil adferret, usus est armis ad subleven-das ejus calamitates, praefuitque cohorti militum. *Epit.*, p. 18 (Jean Pascal).
6. Registrum..., f° 130 recto, in-f.
7. *Epit.*, p. 18.
8. Registrum..., f° 342 verso. Il s'agissait de la troisième chaire (Reg..., f° 341 recto).
9. Registr...., f° 341 recto.
10. Registr...., f° 28 verso, 29 recto.

sédait ce grade, depuis un temps indéterminé, en 1582[1]. Les épreuves du concours furent subies devant les deux docteurs régents : Bonaventure Irland et Jean Dubois, dont le premier était en même temps doyen de la Faculté, le mardi 1er août 1595, en présence d'une nombreuse assistance. Le jury écarta Duguyan, mais ne put parvenir à se prononcer entre Layné et Gaultier, dont les qualités et le mérite lui paraissaient équivalents. Aussi se décida-t-il à les élire l'un et l'autre en principe docteurs régents et à partager entre eux la chaire vacante[2]. Cette élection était faite, en effet, sub lege tamen et condicione doctoratum solenniter adipiscendi in ecclesia Pictavensi, secundum antiquam consuetudinem[3]. La date du mardi 17 octobre 1595 était fixée à cet effet[4]. Le 25 août, les docteurs régents Irland et Dubois informaient l'échevinage de Poitiers de l'élection et invitaient ce corps à désigner des délégués pour assister à l'acte doctoral[5]. Le *Registrum graduatorum* se termine brusquement avant d'avoir relaté cette dernière cérémonie[6]. Celle-ci eut lieu néanmoins et se termina heureusement, puisque les Épitaphes nous apprennent que François Gaultier enseigna pendant dix-neuf ans à la Faculté de droit de Poitiers, après sa nomination de docteur[7].

Il mourut dans l'exercice de ses fonctions, au plus tard en 1614[8], à la fin de sa cinquantième année[9], des suites d'une pleurésie. Il avait contracté le germe du mal en reprenant sa place dans la milice urbaine, lors des troubles qui marquèrent le début de la régence de Marie de Médécis[10]. A cette occasion, on lui avait conféré un grade supérieur. C'est pourquoi cer-

1. Registr...., f° 88 verso.

2. Divisis inter eos ex aequo stipendiis et commodis praedictae tertiae juris civilis cathedrae (Registr...., f° 342 recto). — Pilotelle, loc. cit., p. 391, fait mention de cette particularité.

3. Registr...., f° 342 verso.

4. Registr...., f° 342 recto.

5. Registr...., f° 344 recto et v.

6. Nous pensons publier quelque jour les divers documents relatifs à cette curieuse élection, qui donne deux titulaires à une seule et même chaire.

7. Doctor renunciatus anno M. D. XCV. Publice professor — In hac schola hoc, munus cum laude annos XIX obiit... (Epit., p. 40, 41). Gaultier avait 32 ans lors de sa nomination, et non 22, comme le dit, par erreur, Pascal d'Agen, Epit., p. 18.

8. Le recueil d'épitaphes publié par Etienne Riffault est de 1614.

9. *Epit.*, p. 19 (Jean Pascal).

10. *Epit.*, eod. loco.

taines épitaphes donnent à François Gaultier le titre de capitaine de Poitiers[1], ou celui de *subcenturio*, qui est plus exact[2]. En effet, le titre de capitaine de la ville n'appartenait qu'au maire de Poitiers. Or, François Gaultier n'exerça jamais cette charge municipale. Mais la ville possédait une garde bourgeoise, ou milice municipale, composée de six compagnies, auxquelles un arrêt du Parlement de Paris du 16 juin 1631 donne le nom de « compagnies de la maison commune de la ville de Poictiers[3].» Ces compagnies avaient été réorganisées en 1569, par le comte du Lude, gouverneur du Poitou[4]. Chacune d'elles était placée sous le commandement d'un capitaine. Chose curieuse, peu après la réorganisation de cette garde bourgeoise, deux des six charges de capitaine passèrent aux mains du clergé. « Les officiers de la milice bourgeoise, institués à l'origine par le comte du Lude, avaient ensuite été élus à vie, les laïques par le maire et les échevins, qui les choisissaient généralement dans le collège municipal, les ecclésiastiques par le clergé sous la direction de l'évêque[5] ». Ces six compagnies étaient chargées

1. Telle est celle de J. Constant, avocat du roi au siège présidial de Poitiers (*Epit.*, p. 11).

2. Cf. à titre d'exemples celles de François Meinard (*Epit.*, p. 8) et celle de Jean Pascal (*Epit.*, p. 18). La première de ces deux pièces est plaisante et mérite d'être rapportée.

De obitu Francisci Galteri j[uris] u[triusque] doctoris, et subcenturionis urbici. Ad juris justitiaeque professores et consultos praemonitum.

Dum sacri Antistes juris Galterus amavit
Murmura docta scolae, jurgia grata fori;
Dum latus armavit sanctarum codice legum,
Incolumis vidit prospera lustra decem.
At simul ac vanos subcenturionis honores
Sumpsit, et insueto cinxerat ense latus,
Protinus ensifero lateri pleuritis ab ense
Nata, parat magno fata suprema viro.
Galteri exitio cultores discite juris,
Quam subito leges arma nefanda premant;
Quam nullo possint sociali foedere jungi
Mars ferus et placidae pacis amica Themis.
Franciscus Meinardus collega.

3. Archives de la Ville de Poitiers, B. 31.

4. B. Ledain, *Les maires de Poitiers* (Mém. de la soc. des Ant. de l'Ouest, 2e série, t. XX), p. 592.

5. Ouvré (H.), *Essai sur l'hist. de la Ligue à Poitiers*. Poitiers (A. Dupré), 1855, p. 15.

de la garde des six portes de la ville[1]. Elles jouaient également un certain rôle dans la police municipale[2]. C'est l'office de capitaine de l'une de ces compagnies de la maison commune, que François Gaultier paraît avoir exercé. Il pouvait en cela s'inspirer, entre autres exemples, de celui de Joseph Le Basele, docteur régent ès droits en l'Université qui, avant d'être élu maire de Poitiers (1569-1570), « estoit longtemps auparavant capitaine de l'une des compagnies de la ville[3] », et de celui de François de Lauson (ou de Lauzon), professeur de droit, conservateur des privilèges de l'Université, élu maire en 1573, qui « avait été capitaine d'une compagnie bourgeoise pendant le siège de 1569[4] ». François de Lauson avait été doyen de la Faculté de droit; c'était le prédécesseur immédiat de Gaultier dans la troisième chaire de droit civil[5].

François Gaultier avait épousé Catherine de la Lande[6]. De ce mariage, plusieurs fils étaient nés. Les auteurs du « Dictionnaire historique et généalogique des familles du Poitou » n'en mentionnent que deux: Pierre, baptisé à Saint-Didier, le 27 février 1592, et René, baptisé à Saint-Hilaire de la Celle, le 11 juillet 1608; mais ils donnent à entendre que le ménage a pu en avoir d'autres. Le témoignage contemporain de l'éditeur du recueil d'épitaphes dédiées à la mémoire de Gaultier prouve que celui-ci avait également un fils du nom de Laurent, auquel Etienne Riffault parle comme à un homme fait[7] et qui était peut-être l'aîné[8]. Quoiqu'il en soit, le mariage de Gaultier aurait été célébré pendant que la guerre tenait celui-ci enfermé à Poitiers, à une époque anté-

1. Dacier (Edme), *Le mois et cent de la ville de Poitiers*, 1624-1625 (Extrait), 1868, p. 295.

2. Boissonnade, *La police munic. à Poitiers au XVII^e siècle* (Bull. de la soc. des Antiq. de l'Ouest, t. VII), p. 570.

3. Liberge, *Le siège de Poictiers et ample discours de ce qui s'y est faict et passé ès mois de juillet, aoust et septembre* [1569]. Poictiers (Julian Thoreau), in-12, 1621, p. 10. Ledain, loc. cit., p. 592.

4. Ledain, loc. cit., p. 602.

5. Registrum graduatorum..., f° 342 verso.

6. Bauchet-Filleau et de Chergé, loc. cit., verbo Gaultier, t. III, p. 779.

7. *Epit.*, p. 11-12.

8. Dreux du Radier, loc. cit. III, p. 218, mentionne aussi Laurent Gautier, d'après un auteur anonyme de 1617 (Il s'agit de la plaquette signalée à la fin de notre bibliographie). Laurent paraît avoir hérité des papiers de son père.

rieure à ses examens de baccalauréat et de licence, et au plus tard dans les premiers mois de 1591.

Dreux du Radier[1] rapporte que François Gaultier[2] aurait composé un commentaire de la coutume du Poitou. Cet ouvrage ne paraît pas avoir été publié. Peut-être en découvrira-t-on quelque jour le manuscrit[3].

***

Le texte qui va suivre est tiré du manuscrit 204 (145) de la Bibliothèque municipale de Poitiers[4]. Il constitue le premier élément d'un recueil composite de divers documents juridiques. L'écriture en est de la fin du XVI^e^ siècle ou des premières années du XVII^e^[5]. Ce recueil est, non pas folioté, mais paginé par une seconde main. Le *Triboniani genius* en occupe les pages 5-23 et n'est pas le seul ouvrage de François Gaultier qui figure dans la collection. Il faut encore y ajouter ceux qui suivent :

1° *Ad titulum Dig. de rebus dubiis* [XXXIV, 5], D. Gualteri, tractatus, 1599 (p. 63 et s.);

2° D. Gualterus, *Ad titulum de sepulturis* [X, III, 28] (p. 115 et s.);

3° *Ad titulum de sequestratione possessionum et fructuum,* in lib[ro] 2. Decret. [tit. 17], D. Gualteri tractatus, 1598 (p. 180 et s.);

4° *Ad titulum de evictionibus,* D. [XXI, 2]. Gualterus (p. 216 et s.).

La même bibliothèque possède également, sous la cote 110 (90) un MS. qui nous a conservé un « Cours de droit sous le professeur Gaultier, 1607. » Tous ces MSS. méritent de retenir

1. Loc. cit. III, p. 216 et s. Cet auteur s'appuie sur Hercules Βουζύγος..., petite brochure de polémique publiée en 1617, dans le but de faire justice de critiques acerbes, et sans doute mal fondées, dirigées contre François Gaultier et même contre la Faculté de droit tout entière (eod. loc., p. 252, 255-258), par un certain Gabriel Duval.

2. Dreux du Radier écrit : Gautier.

3. En 1617, ce manuscrit était entre les mains de Laurent Gaultier (Dreux du R. III, p. 218.

4. Papier, 336 pages de 280 sur 200 millimètres : (ancien 204 : Fleury 186).

5. La ponctuation est souvent indiquée par le copiste. Mais elle est quelquefois défectueuse ou fait complètement défaut. On l'a restituée chaque fois que, le sens étant clair, cela allait sans inconvénient.

l'attention de ceux qui s'intéressent à l'histoire de l'enseignement du droit en France.

Le *Triboniani genius, sive de arte juris* paraît être un manuel extrêmement élémentaire destiné aux étudiants. Il suit l'ordre du Digeste de Justinien. En marge de chaque paragraphe se trouvent reproduites les rubriques — souvent incomplètes — des titres du Digeste qui s'occupent de la matière à laquelle le texte fait allusion[1]. Il n'y a guère, en effet, que des allusions dans ce petit livre, car les sujets y sont à peine indiqués et effleurés. D'ailleurs, si les rubriques des titres des Pandectes sont transcrites en marge, il semble que ce soit simplement pour les rendre familières aux étudiants et permettre à ceux-ci de se les graver dans la mémoire. L'auteur ne présente certainement pas son texte comme donnant une idée, même très sommaire, de la matière de tous les titres auxquels il se réfère.

Certains paragraphes sont de simples intercalations, principalement faites dans un but de méthode[2]. Aussi n'ont-ils en marge aucune rubrique. A l'inverse, il y a certaines rubriques de titres du Digeste, qui paraissent uniquement figurer dans la série afin que celle-ci ne comporte pas de lacune, car le paragraphe, en face duquel elles sont placées, ne contient rien qui les concerne[3]. Il y a même une rubrique de fantaisie[4].

A sa source, l'auteur emprunte parfois des expressions[5] et des définitions[6]. Il reproduit la division du Digeste en sept parties. La première comprend les quatre premiers livres ; la seconde commence au livre V ; la troisième, au livre XII ; la quatrième,

1. Le copiste du MS. ne s'est pas toujours attaché à ce que la rubrique et le paragraghe qui se correspondent fussent placés en face l'un de l'autre. On y a remédié autant que possible. — Dans le MS., les paragraphes ne sont pas numérotés. On a cru devoir les numéroter, dans chaque chapitre, pour faciliter les réfèrenees.

2. Tels sont : Chap. 1er §§ 7, 13 ; ch. II, §§ 1, 2, 14, 15-18; ch. III, §§ 1, 2, 11, 14 ; ch. IV, §§ 1, 2, 8, 19, 23, 27, 31-33, 35-37, 40, 57 (les deux dernières phrases), 59, 60, 67 ; ch. V, §§ 1, 2, 5 (troisième et quatrième phrases) ; ch. VI, §§, 1, 2 ; ch. VII, §§ 1, 5 : ch. VIII, § 1 ; ch. IX, §§ 1, 2, 3 (dernière phrase).

3. Il en ainsi des rubriques des titres suivants : II, 2, 3, 5-9, 11 ; VII, 2-6 ; XIV, 2; XX, 3; XXI, 3; XXXIII, 3 ; XXXVI, 2, 4; XLIII, 16, 31-33 ; XLIX, 7.

4. A la suite de celles du livre XLI.

5. Rapproch., à titre d'exemple, le ch. I. § 1er du fr. pr. D., *de justitia et jure*, I, 1.

6 Entre autres, celle du testament. Rappr. ch. IV § 34 du fr. 1 D., *qui testamenta...*, XXVIII, 1.

au livre XX; la cinquième, au livre XXVIII; la sixième, au livre XXXVII; la septième et dernière, au livre XLV[1]. Ces divisions sont intercalées dans la série des rubriques. La vieille division en *Digestum vetus, Infortiatum* et *Digestum novum* est également indiquée. Toutefois, le MS. se borne à signaler le commencement de l'Infortiat et celui du *Digestum novum*. On peut néanmoins observer que l'annonce du début de l'Infortiat venant immédiatement après le titre 3 du livre XXIV, il s'ensuit qu'elle n'est pas très correctement placée, puisque 66 fragments sur 67 appartiennent à l'Infortiat[2]. Quant à l'annonce du *Digestum novum,* elle est correctement placée à la fin du livre XXXVIII[3].

Enfin, à ces deux premières divisions, qui se révèlent quand on s'attache aux rubriques reproduites en marge, une troisième et dernière vient se superposer, qui intéresse le texte lui-même. Celui-ci est, en effet, divisé en neuf chapitres. Voici à la fois les rubriques de ceux-ci et l'indication des livres et titres du Digeste aux rubriques desquels ils correspondent tant bien que mal.

Capitulum I. (sine rubrica) . . D., lib. I., tit. 1-8.
— II. *De judiciis et ordine judiciorum.* D., lib. I., tit. 9-22; II-IV. V. tit. 1.
— III. *De actionibus, realibus scilicet.* D., libr. V., tit. 2; VI-XI.
— IV. *De actionibus competentibus ex contractu, quasi contractu, legis necessitate et variis causarum figuris*, D. libr. XII-XL.
— V. *De actionibus, quae pro possessione competunt, sive de possessoriis judiciis*, D., libr. XLI-XLIII.
— VI. *Communia judiciorum civilium.* D., libr. XLIV-XLVI.
— VII. *De judiciis criminalibus.* D., libr. XLVII-XLVIII.

1. Cette division est contemporaine de la compilation du Digeste (Cf. Constitution Tanta ou Δέδωκεν §§ 2-8). Mais le MS. ne reproduit pas les noms particuliers donnés aux cinq premières parties : πρῶτα, de judiciis, de rebus, umbilicus, de testamentis (Cf. Krueger, *Hist. des sources du droit romain*, trad. Brissaud, p. 445).
2. Krueger, eod. loc., p. 512.
3. Ibid.

— VIII. *De appellationibus* . . . . . D., lib. XLIX.
— IX et ultimum. *De fiscalibus judiciis*. . D., lib. L.

Pour ne rien enlever au texte de son caractère propre, on en a rigoureusement respecté l'orthographe, même dans le cas où l'on voit se succéder deux formes différentes du même mot, par exemple : *haereditatis* et *hereditatis*[1], *vindicationem* et *vendicationes*[2], etc.

Triboniani genius, sive de arte juris.

Cap. I[3].

1. Juri operam daturum imprimis scire oportet unde jus sit appellatum.

De justitia et jure..... Tit. 1.

2. Est autem appellatum jus a justitia tanquam a fine suo, tanquam per apocopen.
3. Nam jus nihil aliud est quam ars justitiae.
4. Ars autem collecta est ex praeceptis naturalibus, gentium et civilibus.

De origine juris..... 2.

5. Civilia sunt praecepta, quae ex jure ipso romano civili, cujus altius repetenda est origo ex romana historia, emanant.

De legibus, senatus consultis et longa consuetudine..... 3.

6. Constat autem civile ex scripto jure et non scripto. Non scriptum consuetudo appellatur. Scriptum multiplex est : constat enim legibus, senatus-

1. Cf. chap. III, §§ 3 et 4.
2. Cf. même chap., § 17.
3. Cette indication de chapitre est suivie du mot Gualterus, nom de l'auteur. Cf. l'*explicit*.

De constitutionibus principum ..... Tit. 4.

consultis, plebiscitis, magistratuum edictis, responsis prudentum et constitutionibus principum.

7. Methodus autem tradendi juris haec erit, ut primo de personis, sive hominibus, saltem εἰσαγωγικῶς, secundo de rebus itidem, tertio de actionibus, in quibus totum fere jus residet, exactius disseramus.

De statu hominum..... 5.

8. De personis, sive hominibus, quorum gratia jura constituta sunt, tripertita distinctio ex jure naturali, gentium et civili. Jure naturali distinguntur mares a feminis, patres a liberis, nati ab iis qui sunt in utero.

9. Jure gentium distinguntur liberi a servis, spurii et illegitimi a legitimis;

De his, qui sui vel alieni juris sunt..... 6.

10. Jure denique civili, ii qui sui sunt juris ab iis qui verum alieni, id est qui sunt in dominica potestate, vel patria, quae posterior solvitur emancipatione et adoptione[1].

De adoptionibus et emancipationibus et aliis modis, quibus potestas solvitur. 7.

De divisione rerum..... 8.

11. De rebus haec bipertita distinctio est, ut quaedam sint divini, quaedam humani juris.

12. Divini juris sunt res sacrae, sanctae, religiosae. Humani sunt, quae in commercio et usu hominum, vel communes, vel publicae, vel universitatis, vel singulorum.

1. MS. p. 6.

13. De actionibus denique illud in summa scire oportet, actionem scilicet jus esse suum persequendi in judicio, sed quidem[1] varia sunt actionum genera, de quibus deinceps. Omnes actiones in judicio exercentur.

De judiciis et ordine judiciorum.

CAP. II.

1. Judiciarius ordo : in universum tria habentur tempora : antejudiciale, judiciale et postjudiciale.
2. Primo tempore praeparanda sunt omnia instruendo judicio necessaria.
3. At omnes quidem causae coram senatoribus aut magistratibus aguntur. Magistratus autem sunt vel urbani, qui Romae jus dicunt, veluti consules, praefectus praetorio, praefectus urbi, quaestor, praetor, praefectus vigilium; vel sunt provinciales, qui in provinciis jus dicunt, veluti proconsules eorumque legati, in quorum numero praefectus Augustalis Aegypto regendae ab Augusto primum Caesare, praeses, item procurator Caesaris, qui et rationalis dicitur; vel denique municipales,

De senatoribus..... Tit. 9.
De officio consulis..... 10.
De officio praefecti praetorio..... 11.
De officio praefecti urbis.. 12.
De officio quaestoris..... 13.
De officio practorum..... 14.
De officio praefecti vigilium..... 15.
De officio proconsulis et legati..... 16.
De officio praefecti augustalis..... 17.
De officio praesidis..... 18.
De officio procuratoris Caesaris, vel rationalis..... 19.
De officio juridici..... 20.
De officio ejus, cui mandata est jurisdictio..... 21.

1. MS. : quoniam.

qui jus dicunt in municipiis et civitatibus singulis, iique praefecti vel a principe, ut juridicus Alexandriae, vel a municipibus, ut reliqui municipes, de quibus infra suo loco.

4. Caeterum superioribus omnibus magistratibus delegati ab iis judices, quibus juridictionem suam mandant, adcessores denique adminiculantur.

5. In tanta itaque magistratuum varietate is, qui judicio experiri volet, de competente magistratu atque jurisdictione imprimis debet inquirere[1], ut videlicet agendi viam actionisque formulam ab eo impetret non insolitam neque novam; eo quippe jure cogitur quis uti quod vel privatus impetraverit, vel magistratus statuerit in alterius caussa; idque ideo nisi[2] ad incompetentem jurisdictionem adversarium trahat[3], impune non possit [non] obtemperare decretis magistratus.

6. His ita praeparatis, ad competentem magistratum imprimis reum vocabit actor. Reus vocatus ire, vel satisdare sistendi judicio, tenebitur omnino. Neque vero quo-

De officio adsessorum..... Tit. 22.

Ex libr. 2.
De jurisdictione..... 1.
Quod quisque juris in alterum statuerit, ut ipse eodem jure utatur..... 2.
Si quis jus dicenti non obtemperaverit..... 3.

De in jus vocando..... 4.
Si quis in jus vocatus non ierit sive quis eum vocaverit, quem ex edicto non debuerit..... 5.
In jus vocati ut eant, aut satis vel cautum dent.... 6.
Ne quis eum, qui in jus vocabitur, vi eximat..... 7.
Qui satisdare cogantur, vel

1. MS., p. 7.
2. MS. : ne si.
3. Ces deux derniers mots sont ajoutés dans la marge, dans le MS.

jurato promittant, vel suae promissioni committantur ..... Tit. 8.
Si ex noxali causa agatur, quemadmodum caveatur. 9.
De eo, per quem factum erit, quominus quis in judicio sistat..... 10.
Si quis cautionibus in judicio sistendi causa factis non obtemperaverit..... 11.
De feriis et dilationibus et diversis temporibus..... 12.
De edendo..... 13.
De pactis..... 14.
De transactionibus ..... 15.

Ex libr. 3.

De postulando..... 1.
De his, qui notantur infamia..... 2.
De procuratoribus et defensoribus ..... 3.
Quod cujuscumque universitatis nomine, vel contra eam agatur..... 4.
De negociis gestis..... 5.
De calumniatoribus..... 6.

Ex lib. 4.

De in integrum restitutionibus ..... 1.

minus judicio sistat a quovis impune prohiberi poterit, nec etiam frustrare satisdationem : cui rei ejusque fidejussores obtemperare omnino tenebuntur, ni feriae vel justae [et] graves[1] excusationes remorentur.

7. Judicio se sistendi reo actor edere debet actionem jusque omne suum explicare.

8. Quo perpenso, reus ipse postea vel de jure suo dubitans ut plurimum cum adversario paciscitur aut transigit ; vel bene sperans audiri postulat, adscitis, si opus est integrae famae advocatis, nam infames advocationis munere fungi nequeunt, adscitis, etiam procuratoribus, defensoribus, syndicis, negociorum denique gestoribus, qui absentis causam agant, vel defendant.

9. In cujus defensione, reus ipse aut ejus nomine advocati illi, vel procuratores, inprimis excipiunt calumniatorem esse actorem, qui nullo jure, sed per calumniam accepta pecunia rei vexandi causa, in jus eum vocaverit ;

10. Vel etiam ut plurimum nullam ex aequitate actionem habere actor, licet habeat summo jure utpote reo decepto ante,

1. MS. gravis.

Quod metus causa gestum est..... Tit. 2.
De dolo malo..... 3.
De minoribus 25 annis..... 4.
De capite minutis..... 5.
Ex quibus causis majores 25 annis in integrum restituantur..... 6.
De alienatione mutandi judicii causa facta..... 7.
De receptis arbitris, ut sententiam dicant[2]..... 8.
Nautae, caupones, stabularii, ut recepta restituant. 9.

qui in integrum restitui postulat, vel quod metu coactus, dolo inductus, minoris aetatis facilitate deceptus, vel diminutione capitis statusque mutatione, vel per absentiam aut justam aliquam causam jus suum amiserit vendendo, alienando, aut aliquid faciendo, quod in integrum restitui sibi postulet.

11. Quibus restitutionum causis haec accedit quotiescunque ab alterutra partium res de qua agitur alienatur judicii mutandi causa, perinde enim restitutione impetrata peragitur judicium ac si vendita aut alienata non esset[1].

12. His ita expositis sequitur ut partes tandem disceptent de jure suo vel coram arbitris, in quos compromittunt, immo plerumque compromittere coguntur veluti si iter faciens alicui cauponae, nautae aut stabulario aliquid commodaverit, de cujus restitutione agatur, res amice componi debet per arbitros, tum ad vitandam nautae et cauponis infamiam si celaverit, tum etiam ne diutius coram judicibus ordinariis litigans itinerator negocia sua moretur ;

1. MS. p. 8.
2. De receptis : Qui arbitrium receperint ut sententiam dicant (Mommsen).

13. Vel denique disceptent coram judicibus, qui a magistratibus, de quibus supra, delegari solent. Et haec de antejudiciali tempore.

Ex secunda parte FF. et libr. 5.
De judiciis, ubi quisque agere vel conveniri debeat.. Tit. 1.

14. Secundo tempore, quod judiciale diximus, partes coram judicibus litem contestantur, utrinque affirmantes et negantes, invicem sibi contradicentes.

15. Secundo, dicta utrinque probant.

16. Tertio denique, judex sententiam pronunciat; nam tribus hisce partibus judicium omne constat contestatione, probatione et sententia.

17. Tertio tempore, quod post judiciale diximus, sententia mittitur executioni nisi vel appellatum sit, vel in integrum restitutio contra sententiam impetrata sit, aut quid aliud obstet[1] Quae omnia in tempus judiciale et postjudiciale incidentia hoc loco commemorasse sufficiat, nam infra suis locis ex professo tractabuntur.

18. Hactenus de judiciario ordine. Ad actiones redeamus.

De actionibus, realibus scilicet.

Cap. III

1. Actiones vel reales sunt, quæ

1. MS. osbtat.

de proprietate; vel personales quae de obligatione; vel denique mixtam quandam naturam habentes, quae de possessione competunt. De quibus sigillatim dicemus.

2. Actiones, quae sunt de proprietate, vel sunt in rem, proprieque vindicationes appellantur, vel in rem scriptae, vel mixtae[1].
3. De actionibus in rem inprimis videndum est, quibus res nostras petimus. Res autem vel universales, vel singulares. Universales, tum incorporales, cujusmodi est haereditas, quae jure civili tota petitur ab inofficiose exheredato, vel herede instituto legitime, vel pars etiam ab eo, qui pro parte heres est, idque civili petitione haereditatis;
4. Vel petitur jure praetorio a bonorum possessore possessoria haereditatis petitio;
5. Vel denique a fideicommissario, cui ex senatus-consu[l]to Trebelliano restituenda est haereditas; unde fideicommissaria haereditatis petitio dicitur;
6. Tum etiam petuntur universales corporales, puta grex, armentum, idque genus, [et] caetera; idque reivindicatione.

De inofficioso testamento..	Tit.	2.
De petitione hereditatis....		3.
Si pars hereditatis petatur..		4.
De possessoria haereditatis petitione.....		5.
De fideicommissaria haereditatis petitione.....		6.
Ex libr. 6.		
De reivindicatione.....		1.

1. MS., p. 9.

De Publiciana in rem actione..... Tit. 2.
Si ager vectigalis, id est emphyteuticarius, petatur.. 3.

7. Res itidem singulares sunt corporales, veluti fundus Tusculanus; et hujusmodi petuntur tum civili reivindicatione, tum Publiciana praetoria, utraque directa quidem, tum denique etiam utili, veluti si ager vectigalis ab emphyteuticario colono petatur; vel denique res singulares sunt incorporales, veluti jura servitutum realium et personalium.

Ex libr. 7.
De usufructu et quemadmodum quis utatur fruatur..... 1.
De usufructu adcrescendo. 2.
Quando dies legati usufructus cedat..... 3.
Quibus modis usufructus, vel usus amittitur..... 4.
De usufructu earum rerum, quae usu consumuntur aut minuuntur..... 5.
Si usufructus petetur, vel ad alium pertinere negetur..... 6.
De operis servorum..... 7.
De usu et habitatione..... 8.
Usufructuarius quemadmodum caveat ..... 9.

8. Personales servitutes sunt usufructus, qui variis modis acquiritur, amittitur, at non omnium indiscriminatim rerum eodem modo; petitur denique, vel negatur confessoria negatoriaque actione, quae sunt reales.

9. Usufructui similes sunt operae servorum, usus, habitatio, quae etsi in pluribus differant ab usufructu, in eo praesertim conveniunt, quod quibus ista omnia conceduntur, omnes cavere debeant se boni viri arbitratu usuros fructuros.

Ex libr. 8.
De servitutibus..... 1.
De servitutibus praediorum urbanorum..... 2.
De servitutibus praediorum rusticorum..... 3.
Communia praediorum tam urbanorum, quam rusticorum ..... 4.
Si servitus vindicetur, vel ad alium pertinere negetur..... 5.

10. Reales servitutes sunt praediorum, praediorum, inquam, aut urbanorum aut rusticorum, quae communia pleraque habentur : idque inprimis, quod iisdem actionibus confessoria scilicet et negatoria petantur, vel ad alium pertinere se negentur, deni-

Quemadmodum servitutes amittuntur[1]..... Tit. 6.

que iisdem fere modis amittantur. Hactenus de actionibus iisdem.

11. In rem scriptae, quae proprie vindicationes non sunt sed quasi vindicationes, pleraeque suis locis commemorabuntur[2].

12. Sed hoc quidem loco occurrunt actiones de pauperie quadrupedis et servi noxa, in quibus is qui agit quadrupedem, vel servum petit ut suum, ni damnum resarciatur. Sed si damnum homo liber injuria dederit, vel domesticos suos dare permiserit quid effundendo, vel dejiciendo, lege quidem Aquilia aut in factum actione poenali tenebitur propter damnum. Sed hujusmodi actiones personales sunt, non reales.

13. Actiones denique mixtae partim in rem, partim in personam sunt : actio finium regundorum, familiae herciscundae, communi dividundo, quibus scilicet actionibus vel confinium regundorum terminos dirigi, vel res cum haeredibus aut sociis communes dividi petimus.

14. Caeterum, superiorum actionum omnium quaedam sunt

Ex libr. 9.
Si quadrupes pauperiem fecisse dicatur..... 1.
Ad legem Aquiliam..... 2.
De his, qui effuderint vel ejecerint[3]..... 3.
De noxalibus actionibus.. 4.

Ex libr. 10.
Finium regundorum..... 1.
Familiae herciscundae.... 2.
Communi dividundo..... 3.

1. MS. amittantur.
2. MS. p. 10.
3. Dejecerint (Mommsen).

communia, quaedam etiam miscella, quae ad unumquodque genus referuntur.

15. Omnium communia sunt veluti judicia praeparatoria ad exhibendum et de interrogationibus litigatorum ante judicium susceptum, cujusmodi autem interrogationes frequentari desierunt olim, in usu tamen.

16. Miscella sunt, quae de continentibus et communibus causis, de quibus coram eodem judice litigari debet, occurrunt[1] nam haec consideratio ad mixtas pertinet actiones; item, quae de servis corruptis, fugitivis, alcatoribus occurrunt plerumque, nam ad noxales actiones, de quibus supra, in rem scriptis, pertinent;

17. Ut pertinet quoque ad rei vindicationem et mixtas consideratio agrimensorum; ad vendicationes denique pertinet consideratio rerum religiosarum, utputa funerum et sepulcrorum an et quatenus vindicari possint, vel non. Quae hactenus dicta sufficiant de actionibus realibus pro rerum proprietate competentibus.

Ad exhibendum..... Tit. 4.
Ex libr. 11.
De interrogationibus in jure faciendis et de interrogatoriis actionibus.... 1.

De quibus rebus ad eundem judicem eatur..... 2.
De servo corrupto..... 3.
De fugitivis..... 4.
De aleatoribus..... 5.

Si mensor falsum modum dixerit..... 6.
De religiosis et sumptibus funerum, [et]ut funus ducere liceat..... 7.
De mortuo inferendo et sepulcro inaedificando[2]... 8.

1. MS. : occurrant.
2. Aedificando (Mommsen).

De actionibus competentibus ex contractu, quasi contractu, legis necessitate et variis causarum figuris.

Cap. IV.

1. Postquam de actionibus realibus, quae pro rerum proprietate competunt dictum est, sequitur ut de actionibus, quae pro obligationibus persolvendis et adimplendis variis ex causis competunt, disseramus. Imprimis igitur de actione, quae ex contractu. Contractus autem varii sunt : quidam principales, quidam accessorii, quidam nominati, quidam innominati et omnes potissimum vel re, vel consensu; contrahuntur, inquam, vel nobiscum, vel cum iis, quos in potestate habemus; quibus et aliae similes distinctiones occurrunt[1].

2. Sed inprimis, ex contractibus qui re contrahuntur, haec in summa tenenda distinctio est.

3. Contractus re perficiuntur, quibus rerum nostrarum dominium, usum aut custodiam denique alterius fidei credimus atque committimus : dominium, veluti cum pecunia, vel

Ex tertia parte FF.
Lib. 12.

De rebus creditis, si certum petatur[2] et de condictione..... Tit. 1.
De jurejuranto sive voluntario, sive necessario, sive judiciali..... 2.
De in litem jurando..... 3.

1. MS., p. 11.
2. Petetur (Mommsen).

De condictione causa data [causa] non secuta..... Tit. 4.
De condictione ob turpem vel injustam causam... 5.
De condictione indebiti... 6.
De condictione sine causa. 7.

Ex libr. 13.
De condictione furtiva.... 1.
De condictione ex lege.... 2.
De condictione triticaria.. 3.

De eo quod certo loco dari oportet..... 4.
De pecunia constituta..... 5.

Commodati, vel contra.... 6.
De pignoratitia actione, [vel contra]..... 7.

quantitas quaevis mutuo datur, vel quis dedisse jurat; hinc enim certi condictio ex mutuo aut ex juramento in factum actio competit.

4. Item, si quis ob causam injustam, turpem, falsamve et nullam, id est sine causa, non donandi animo, rem suam alteri dederit reddideritque, actiones ad repetendum competunt tum speciales, veluti condictio ob causam dati, condictio indebiti, condictio sine causa, cujus affinis est condictio furtiva;

5. Tum generales et subsidiariae, quibus[1] speciales differunt, veluti condictio ex lege et triticaria.

6. Caeterum, cum stricti juris ommes illae condictiones sunt, nonnunquam accidit ut[2] quid certo loco dari debeat, aut aliquid pro alio debitorem se constituerit.

7. Usum rerum nostrarum alienae fidei committimus in commodato et pignore contrahendis, unde commodati et pignoratitia actiones tam directe, quam indirecte competunt.

8. Porro non ex nostris tantum contractibus sed eorum, ut diximus, qui sunt in potestate

1. MS. : quoties.
2. MS. : accidet si.

Ex libr. 14.
De exercitoria actione..... Tit. 1.
De lege Rhodia de jactu... 2.
De institoria actione..... 3.
De tributoria actione..... 4.
Quod cum eo, qui in aliena potestate est, negotium gestum esse dicetur..... 5.
De senatus-consulto Macedoniano..... 6.
Ex libr. 15.
De peculio..... 1.
Quando de peculio actio annalis est..... 2.
De in rem verso..... 3.
Quod jussu[1]..... 4.
Ex libr. 16.
Ad S. C. Velleianum..... 1.

nostra, vel ne quidem in potestate nostra sunt, sed in familiis plerumque obligamur, veluti ex institorum, servorum, filio rumfamilias, uxorum denique nostrarum contractibus.

9. Institores vel sunt maritimi, vel terrestres, hinc exercitoria actio, quae de maritimorum contractibus; huic affinis est lex Rhodia; huic etiam institoria actio.

10. Servi autem filii etiam familias peculium habentes contrahunt nobis scientibus, quo casu actio tributoria. Sed ipsi quidem filiifamilias suo proprioque nomine sui juris facti tenentur de eo quod in aliena potestate gesserint, nisi Macedoniano adjuti. Servi autem non tenentur sed tenentur domini peculio tenus, idque in perpetuum quandiu in potestate sunt domini, vel intra annum post manumissionem.

11. Plane in solidum tenentur tam domini, quam patresfamilias de eo quod in rem eorum versum erit, jussuve eorum contractum.

12. De uxorum denique contractibus si pro marito, vel extraneo uxor contraxerit, non mandato vel jussu praecedente,

1. MS. : de jussu.

De compensationibus..... Tit. 2.
Depositi, vel contra..... 3

nec tenetur maritus, nec ipsa uxor ex S. C. Velleiano.

13. Ex superioribus omnibus causis, si invicem debeatur, fit hinc inde mutua debiti compensatio [1].

14. Custodiam autem rerum nostrarum credimus in deposito, unde actiones depositi directa et contraria; ex hac quidem caussa non fit compensatio speciali quadam ratione. Hactenus de contractibus, qui re perficiuntur.

15. Consensu autem perficiuntur : mandatum, societas, emptio venditioque, quae pactis plerisque accedentibus constituitur, veluti in diem addictionis, legis commissoriae, sive haereditas jusve aliquod vendatur, sive corpus;

16. Rescinditur etiam variis modis, de eaque variae incidunt quaestiones. Frequentissimus enim contractus, utputa cum de periculo et commodo rei venditae, servis exportandis quaeritur.

17. Locatio denique et conductio consensu quoque perficiuntur; ex quibus contractibus prodeunt actiones empti et venditi, locati et conducti.

18. Superioribus affines sunt

Ex libr. 17.
Mandati, vel contra..... 1.
Pro socio..... 2.
Ex libr. 18.
De contrahenda emptione et de pactis inter emptorem et venditorem compositis, et quae res venire non possunt..... 1.
De in diem addictione.... 2.
De lege commissoria..... 3.
De hereditate, vel actione vendita..... 4.
De rescindenda venditione et quando liceat ab emptore [2] discedere..... 5.
De periculo et commodo rei venditae..... 6.
De servis exportandis, vel si ita mancipium veneat [3] ut manumittatur, vel contra..... 7.
Ex libr. 19.
De actionibus empti et venditi..... 1.
Locati et conducti..... 2.
De aestimatoria actione... 3.

1. MS., p. 12.
2. Emptione (Mommsen).
3. Venierit (Mommsen).

De rerum permutatione... Tit. 4.
De praescriptis verbis et in factum actionibus..... 5.

contractus innominati, nam si res aestimata vendenda tradatur alicui, sive res cum re permutetur, aestimatoria actio illo casu praescriptis verbis, ex permutatione ipso casu competit, ambae actiones empti et venditi naturam imitantes. Sed actio quidem ex praescriptis verbis, quae ex caeteris innominatis contractibus facio ut facias, do ut des, do ut facias competit, stricti juris non ut superiores bonae fidei est, interim ex veris contractibus licet innominatis competens.

19 Accessorii autem contractus contractuumve accessiones, ex quibus pleraeque actiones oriuntur, hoc distribuuntur ordine : quaedam accessiones ad securitatem, quaedam ad implementum, quaedam denique ad probationes pertinent contractuum seu negociorum.

Pars quarta.

Ex libr. 20.

De pignoribus et hypothecis et qualiter ea contrahantur et de pactis eorum..... 1.
In quibus causis tacite contrahitur pignus, vel hypotheca..... 2.
Quae res pignori, vel hypothecae datae obligari [non] possunt..... 3.
Qui potiores in pignore, vel hypotheca habeantur, et de his, qui in priorum creditorum locum succedunt..... 4.

20. Ad securitatem pignora et hypothecae pertinent, ex quibus actiones Serviana aut quasi Serviana, prout expressim aut tacite contrahitur hypotheca in re licita. Eo porro tendunt praedictae actiones, ut nisi potior aliquis jure privilegiario impediat, res pignori obligatae contrahuntur, ut ex distractionis pretio solvatur creditori; qua denique solu-

De distractione pignorum vel hypothecarum..... Tit. 5.
Quibus modis pignus vel hypotheca solvitur..... 6.

tione aut quavis alia satisfactione omnis tollitur obligatio et hypotheca solvitur.

Ex libr. 21.

De Aedilitio edicto et redhibitione, et quanti minoris. 1.
De evictionibus et duplae stipulatione ..... 2.
De exceptione rei venditae et traditae..... 3.

21. Ad implementum autem contractus, praesertim bonae fidei, pertinent ex Aedilitio edicto redhibitoria et quanti minoris actione[s] ex evictionis promissione et duplae stipulatione, empti et ex stipulatu et[1] usurarum, fructuum, aut aliarum accessionum promissa restitutione. Actiones etiam officium judicis implorantibus non desunt, praesertim post moram debitoris.

Ex libr. 22.

De usuris [et fructibus et causis] et omnibus accessionibus et mora..... 1.
De nautico faenore..... 2.
De probationibus et praesumptionibus..... 3.
De fide instrumentorum [et amissione eorum]..... 4.
De testibus..... 5.
De juris et facti ignorantia. 6.

22. Porro usurae vel sunt terrestres, vel maritimae, sive nauticae, quarum posteriorum specialis est inspectio. Ad probationem denique pertinent instrumenta et testes. Sunt enim praecipua probationum genera quibus rei dubiae fit fides, nisi quod aliquando juris factive ignorantia a probationis onere relevet[2] eum, qui alioquin probare teneretur[3].

23. Hactenus de contractibus tam principalibus, quam accessoriis et caeteris principalium accessionibus. Sequitur ut de actionibus, quae ex qua-

1. MS. ex.
2. MS. relevat.
3. MS., p. 13.

si contractibus proficiscuntur ordine disseramus[1]. Sed ordinem praeoccupat contractus nuptiarum sive matrimonii cujus, utpote frequentissimi inter homines, ampla et separata tractatio occurrit.

Ex libr. 23.

De sponsalibus	Tit.	1.
De ritu nuptiarum		2.
De jure dotium		3.
De pactis dotalibus		4.
De fundo dotali		5.

24. Ecce enim praeparantur nuptiae per sponsalia, postmodum consensu conjugum adhibitis ritibus quibusdam et constituta inprimis dote legitimis conventionibus et pactis, quae ut uxoris patrimonium sit perpetuo alienari non possit.

Ex libr. 24.

De donationibus inter virum et uxorem		1.
De divortiis et repudiis		2.
Soluto matrimonio dos quemadmodum petatur		3.

25. Constante autem matrimonio ita maritus dote contentus esse debet ad onera matrimonii sustinenda, ut nihil amplius ab uxore expectare debeat, praesertim titulo donationis, quae inter virum et uxorem prohibentur.

26. At divortio aliisque modis soluto matrimonio dos tota repetitur per uxorem ejusve heredes a marito ejusve heredibus, nisi forte diminuta sit propter expensas in dotem factas, vel mariti res ab uxore (aut) ante divortium amotas. Uxores denique plerumque soluto matrimonio in maritos experiuntur, ut liberos communes agnoscant et alant si-

INFORTIATUM

Ex libr. 25.

De impensis in res dotales factis		1.
De rerum amotarum actione		2.
De agnoscendis et alendis liberis, vel parentibus, vel patronis, vel libertis.		3.
De ventre inspiciendo custodiendoque partu		4.

1. MS. : disseremus.

Si ventris nomine muliere in possessionem missa eadem possessio dolo malo ad alium translata esse dicatur..... Tit. 5.
Si mulier ventris nomine in possessione[1] calumniae causa fuisse dicatur[2]..... 6.
De concubinis..... 7.

quidem jam natos; nondum autem natis, qui sunt in ventre, prospiciant. Sin mimus et cunctantibus maritis in bonorum paternorum possessionem liberos mitti matres postulant, quae omnia intelliguntur si ex legitimo matrimonio proles sit adita, non si ex concubinatu.

27. His ita discursis sequuntur igitur actiones ex quasi contractu, cujusmodi praesertim sunt quae inter tutores, curatoresve et pupillos, vel minores[3] exercentur. Item, quae inter haeredes et haereditarios creditores.

Ex libr. 26.

De tutelis..... 1.
De testamentaria tutela.... 2.
De confirmando tutore vel curatore..... 3.
De legitimis tutoribus..... 4.
De tutoribus et curatoribus datis a[b his], qui jus dandi habent, et qui, et in quibus causis specialiter dari possunt..... 5.
Qui petant tutores, vel curatores, et ubi petantur. 6.

28. De tutelis in universum dispiciendum est ut actiones intelligantur, quae cum tutoribus exercentur, vel illis competunt. Tutela igitur vel est testamentaria, unde testamentarii tutores dicti, plerumque a magistratibus confirmandi; vel est legitima, unde tutores legitimi dicuntur, nonnunquam etiam honorarii, qui ab honoribus id est magistratibus dantur, qui jus habent dandi. Dantur autem ad instar tutorum etiam curatores petentibus iis quorum interest.

1. MS. : possessionem.
2. esse dicetur (Mommsen).
3. MS. : et minores.

De administratione et periculo tutorum et curatorum, qui gesserint[1] vel non, et de agentibus vel conveniendis uno vel pluribus..... Tit. 7.
De auctoritate et consensu tutorum et curatorum... 8.
Quando ex facto tutoris vel curatoris minores agere vel conveniri possunt... 9.
De suspectis tutoribus et curatoribus ..... 10.

Ex libr. 27.

De excusationibus..... 1.
Ubi pupillus educari vel morari debeat[2] et de alimentis praestandis..... 2.
De tutelae et rationibus ditrahendis et utili curationis causa actione..... 3.
De contraria tutelae et utili actione..... 4.

De eo, qui pro tutore vel pro curatore negocia gessit..... 5.
Quod falso tutore auctore gestum esse dicatur..... 6.
De fidejussoribus et nominatoribus et haeredibus tutorum et curatorum... 7.

29. Porro utrorumque officium est res minorum probe administrare, authoritatem minoribus praestare si rerum gerendarum utrimque sint capaces, sin minus tutores ipsi vice pupillorum res gerere debent; ex qua gestione minores et pupilli regulariter agere et conveniri possunt proinde ac si ipsi gessissent. Quod si improbe versentur tutores aut curatores ut suspecti, remanebuntur cum infamia; sine infamia quidem plerumque ex legitima excusatione onere tutelae liberabuntur, vel saltem etiam ab educatione liberorum si alibi, puta studiorum causa, eos ali oporteat. Finita denique tutela pupillis et minoribus actiones tutelae et curatelae, rationibus distrahendis competunt in tutores et curatores, ipsisque vicissim tutoribus atque curatoribus in pupillos et minores actiones contrariae.

30. Caeterum perinde tenentur ac veri tutores, qui bona fide[3] pro tutoribus ac curatoribus se gesserunt, aut qui multo magis et mala fide; qui si omnes solvendo non sint eorum fide-

1. MS.: gesserit (sans signe d'abréviation).
2. MS.: debet.
3. MS.: quibus fide.

De magistratibus conveniendis et haeredibus eorum..... Tit. 8.
De rebus eorum, qui subtutela vel cura sunt, sine decreto non alienandis vel supponendis..... 9.
De curatoribus furioso et prodigo[1] et aliis extra minores dandis..... 10.

jussores, nominatores, haeredes, magistratus qui eos crearunt, magistratuum haeredes, possessoresque [vel] rerum pupillarium alienatores sine decreto judicis ordine conveniuntur. Et haec quidem omnia observantur in curatoribus furiosorum et progidorum ac in tutoribus ac curatoribus minorum.

31. Ex quasi contractu haeredes etiam ut diximus tenentur creditoribus haereditariis, inter quos legatarii censentur[2]

32. Est autem haereditas testamentaria praetoria et legitima, prout scilicet testamento defertur vel a praetore, vel a lege.

33. Testamentaria cognitis testamentis et testamentorum accessionibus sic optime cognosce[n]tur praeposita, scilicet testamenti definitione eademque sigillatim exposita.

Pars quinta.
Ex libr. 28.

Qui testamenta facere possunt et quemadmodum [testamenta] fiant..... 1.

34. Testamentum igitur est voluntatis nostrae justa sententia de eo, quod post mortem suam quis fieri velit.

35. Testamentum igitur inprimis a testibus sic dictum, qui septem desiderantur.

36. Secundo voluntatis vox notat eos, qui testamenta facere

1. Et prodigo manque dans Mommsen.
2. MS. p. 14.

De liberis et posthumis haeredibus instituendis, vel exhaeredandis, vel praeteritis[1]..... Tit. 2.

De injusto, rupto, irrito facto testamento..... 3.
De his, quae in testamento delentur, inducuntur, vel inscribuntur..... 4.

De haeredibus instituendis..... 5.
De vulgari et pupillari substitutione..... 6.
De conditionibus institutionum..... 7.
De jure deliberandi..... 8.

Ex libr. 29.
De testamento militis..... 1.
De acquirenda vel omittenda[2] haereditate..... 2.
Testamenta quemadmodum aperiantur, inspiciantur et describantur. 3.

possunt, suae voluntatis esse oporteat.

37. Tertio justa sententia ideo dicitur quia testamentum omne justum esse debet, id est recte ex legibus et rite ex solemnibus factum,

38. Liberos inprimis si quos habet in potestate testator heredes instituendo vel exhaeredando;

39. Ne qua parte injustum, ruptum, irritumve testamentum sit in quo nihil deletum, superinscriptum, inductumve.

40. Denique subjunximus ea verba : de eo, quod quisque velit post mortem. Id autem omne vel in haeredibus instituendis, id est successoribus universalibus eligendis, vel in legatariis, qui sunt successores singulares.

41. Haeredis institutio est unius aut plurium successorum universalium testamentaria nuncupatio, primo vel secundo loco facta, institutio [vel] substitutio tum pura, tum sub conditione ad eum finem ut haeres institutus praemissa deliberatione de haeredibus paganorum eorumque testamentis, non etiam de militaribus loquimur, haereditatem

1. Vel praeteritis manque dans Mommsen.
2. MS. : amittenda.

acquirat sibi, vel omittat pos-[t]quam, apertis testamenti tabulis, se haeredem scriptum esse cognoverit.

Si quis omissa causa testamenti ab intestato, vel alio modo possideat haereditatem..... Tit. 4.

42. Porro contingit aliquando haeredem institutum, alioquin haeredem legitimum, omissa causa testamenti, ab intestato haereditatem fraudandorum legatorum causa adire velle, quod exhibetur.

De S. C. Silaniano[1] et Claudiano, quorum testamenta ne aperiantur..... 5.

Si quis aliquem testari prohibuerit, vel coegerit... 6.

43. Contingit etiam ex testamento plerumque adire volentem impediri prohiberique, puta indignum ex Syllaniano edicto, vel quia defunctum testari prohibuerit, vel coegerit alienare causa simili.

De jure codicillorum..... 7.

44. Denique codicillis, qui pars sunt testamenti, haereditatem dari vel adimi non posse adnotandum est. Haec de haeredum institutionibus; sequitur ut de legatariis et legatis inspiciamus[2].

Ex libr. 30. De legatis primo.
Ex libr. 31. De legatis secundo.
Ex libr. 32. De legatis tertio.
Ex libr. 33.

45. Legatum est rei permissae certis personis, de testatore forsan bene meritis, verbis directis aut obliquis donatio testamento facta, donatio inquam [tum] rei incorporalis vel annui reditus, ususfructus, usus, dotis optionis sive electionis; sunt enim haec omnia jura incorporalia;

De annuis et menstruis legatis[3]..... 1.
De usu et usufructu [et reditu] et habitatione et operis per legatum vel fideicommissum datis... 2.
De servitute legata..... 3.
De dote praelegata..... 4.
De optione vel electione legata..... 5.

1. MS. : Sillaniano.
2. MS. p. 15.
3. De annuis legatis et fideicommissis (Mommsen).

De tritico, vino, vel oleo legato ..... Tit. 6.
De instructo vel instrumento legato..... 7.
De peculio legato..... 8.
De penu[1] legata..... 9.
De supellectile[2] legata.... 10.

Ex libr. 34.

De alimentis vel cibariis legatis..... 1.
De auro, argento, mundo, ornamentis, unguentis, veste vel vestimentis et statuis legatis..... 2.
De liberatione legata..... 3.

De adimendis vel transferendis legatis[3]..... 4.
De rebus dubiis..... 5.
De his[4], qui poenae causa relinquuntur..... 6.
De regula Catoniana..... 7.
De his, quae pro non scriptis[5] habentur..... 8.
De his, quae ut indignis anferuntur..... 9.

Ex libr. 35.

De condicionibus et demonstrationibus, et causis, et modis eorum, quae in testamento scribuntur. 1.
Ad legem Falcidiam..... 2.
Si cui plus, quam per legem Falcidiam liceret, legatum esse dicetur.... 3.

Ex libr. 36.

Ad senatusconsultum Trebellianum et Pegasianum..... 1.
Quando dies legatorum vel fideicommissorum cedat. 2.

Ut legatorum seu fideicommissorum servandorum causa caveatur..... 3.
Ut in possessionem legatorum vel fideicommissorum [servandorum] causa esse liceat..... 4.

46. Tum corporalis etiam rei tam rusticae, quam urbanae : rusticae, ut tritici, vini et olei, fundi instructi; urbanae, ut peculii, penoris, supellectilis, alimentorum, auri et argenti, mundi, ornamenti, unguentorum, pecuniae debitae et similium.

47. Fit denique haec donatio, id est relinquitur legatum, ad eum finem ut nisi contraria voluntate adimatur, dubio scripturae, poena contra juris regulas adjecta, regula Catoniana, aut quia pro non scripto habetur, aut quia indigno relictum, vel denique deficiente conditione, in totum deficiat, vel etiam pro parte diminuatur ex L. Falcidia et Trebelliano senatus-consulto. Legatario tandem acquiritur[6] statim a morte testatoris.

48. Quod si non ita dari cito possit vel debeat, utputa sub conditione relictum, praestandi legati nomine haeres legatario cavere tenebitur; sin minus mittetur legatarius in possessionem causa rei servandae. Quae omnia satis de

1. MS. : paenu.
2. MS. : suppellectile.
3. [Vel fideicommissis].
4. MS. : iis.
5. MS. : scripto.
6. MS. : acquiratur.

Pars sexta.
Ex libr. 37.

De bonorum possessionibus..... Tit. 1.
Si tabulae testamenti extabunt..... 2.
De bonorum possessione furioso, infanti, muto, surdo, caeco competente. 3.
De bonorum possessione contra tabulas..... 4.
De legatis praestandis contra tabulas bonorum possessione petita..... 5.
De collatione bonorum.... 6.
De collatione dotis[1]..... 7.

testamentaria successione, sive haereditate.

49. Praetoria denique successio haereditatisve delatio bonorum possessio appellatur.

50. Haec intra certa tempora, puta liberis et parentibus intra annum, intra centum dies agnatis caeterisque defertur, nisi quod infantibus, furioso, surdis et mutis, intra legitima tempora bonorum possessionem non petentibus, ex aequitate praetor subvenit.

51. Varie autem defertur bonorum possessio et sub hac inprimis distinctione : vel defunctus, de cujus haereditate agitur, testamentum fecit, vel non. Si testamentum fecit et tabulae extent, contra easdem tabulas bonorum possessionem praetor decernit inprimis contra tabulas parentum liberis tam emancipatis, quam suis et posthumis praeteritis. Ita tamen ut legata testamento paterno relicta necessariis saltem personis praestentur, una quaecunque ab emancipatis possessa, dotesque a patre cui succeditur acceptae, in commune conferuntur[2];

1. Le copiste avait omis le titre 7 à son rang. Il l'intercale après le titre 10, avec avis de remise en place. Mais il omet de corriger les numéros des titres suivants, bien qu'il donne au titre omis son numéro propre.

2. MS. : conferantur.

De conjungendis cum emancipato liberis ejus..... Tit. 8.
De ventre in possessionem mittendo et curatore ejus. 9.
De Carboniano edicto..... 10.
De bonorum possessione secundum tabulas..... 11.
Si a parente quis manumissus sit..... 12.
De bonorum possessione ex testamento militis.... 13.
De jure patronatus..... 14.
De obsequiis parentibus et patronis praestandis.... 15.

Ex libr. 38.

De operis libertorum..... 1.
De bonis liberti..... 2.
De libertis municipum et aliarum universitatum.. 3.
De adsignandis libertis... 4.
Si quid in fraudem patroni factum sit..... 5.

52. Conferuntur[1], inquam, cum caeteris cohaeredibus inter quos recensentur nepotes ex filio emancipato, item illi qui sunt in utero matris, si ea praegnante pater decesserit;

53. Denique liberi impuberes quibus status controversia movetur. His enim omnibus praetor prospexit legitimis remediis singulis accommodatis[2].

54. Secundum tabulas quidem, si justae sint, haeredibus scriptis bonorum possessio defertur. Ac contra tabulas etiam liberorum emancipatorum, modo non militum, praeteritis parentibus bonorum possessio defertur;

55. Item, contra tabulas libertorum patronis praeteritis, nam sicuti liberti viventes obsequia operasque, sic morientes eis legitimam bonorum suorum partem patronis debent, etiam municipiis aut civitatibus et patronorum suorum liberis quibus adsignati fuerint liberti. In quorum omnium fraudem quod factum fuerit irritat praetor. Et haec de bonorum possessione ex testamento, vel contra testamentum.

1. MS. : conferantur.
2. MS. p. 16.

Si tabulae testamenti nullae extabunt, unde liberi.... Tit. 6.
Unde legitimi..... 7.
Unde cognati..... 8.
De successorio edicto..... 9.
De gradibus et adfinibus et nominibus eorum..... 10.
Unde vir et uxor..... 11.
De veteranorum et militum successione..... 12.
Quibus non competit bonorum possessio..... 13.
Ut ex legibus senatusque[1] consultis bonorum possessio detur..... 14.
Quis ordo in bonorum possessionibus detur..... 15.
De suis et legitimis haeredibus..... 16.
Ad senatus consultum Tertullianum[2] et Orphytianum..... 17.

56. Quod si defunctus testamentum non fecerit et nullae tabulae extabunt, praetor ad bonorum possessionem vocat primo liberos, secundo agnatos, tertio cognatos et omnes ordine successorio, ita tamen ut gradu proximioribus tempore exclusis remotiores admittantur. Sunt enim diversi cognatorum gradus. Quibus porro omnibus deficientibus, vir uxori et contra viro uxor succedit, hoc jure praetorio. Denique sive de paganorum, sive de veteranorum militum successionibus agatur, neque aliquis a bonorum possessione petenda sit exclusus tempore, remuneratione, vel quia indignus, aliudve speciali lege aut senatusconsulto sit constitutum, praemissus ordo in bonorum possessionibus a praetore servatur.

57. Denique civilis ratio haereditatisve delatio ab intestato hoc ordine procedit ut primo loco liberi, secundo consanguinei, tertio remotiores agnati succedant. In quorum autem agnatorum numero cum LL. 12 Tabularum matres recenserentur — in his enim cognationis principium non

1. Senatusve consultis (Mommsen).
2. MS. : Tertyllianum.

DIGESTUM NOVUM

Ex libr. 39.

De operis novi nuntiatione ..... Tit. 1.
De damno infecto et protectionibus et suggrundis[1] ..... 2.
De aqua pluvia arcenda[2].. 3.
De publicanis et vectigalibus et commissis..... 4.
De donationibus..... 5.
De mortis causa donationibus [et capionibus]..... 6.

agnationis — Senatusconsulto tamen Tertulliano ad filiorum successionem legitimam admissae sunt. Quae hactenus dicta satis erunt de triplici successione testamentaria, legitima seu civili et praetoria. Sed de actionibus ex contractu et quasi contractu huc usque dictum sit.

58. Actiones ex lege, id est ex sola legis aut edicti praetorii aequitate sequuntur, quae neque ex contractu sed ex sola legis authoritate prodeunt, exempli gratia, si in fundo tuo novum opus mihi obfuturum moliaris, si aedes tuae ventrem facientes meis minentur ruinam, si aggeribus in praedio tuo positis rustico, quibus aqua pluvia retineatur, ita ut restagnatione officiat praedio meo superiori, si tu mihi egove tibi donavero inter vivos aut causa mortis, tametsi donatio contractus non sit. Ex illis inquam omnibus causis actiones competunt aut juris remedia de novi operis nuntiatione, damno infecto, aqua pluvia arcenda, pro re donata exsequenda. Sed quid de damno a publicanis inter hace dato interjicitur? Ad hunc tractatum minime

1. De damno infecto et de suggrundis et projectionibus (Mommsen).
2. De aqua et aquae pluviae arcendae (Mommsen).

pertinet, nam ex delicto public(i)ani tenentur, si plus delicto exegerint[1].

59. Ex necessitate denique actiones quaedam prodeunt, veluti quae inter libertos et patronos necessitudinis et conjunctionis vinculo invicem (ob)vinctos exercentur. De cujusmodi actionibus, licet nonnihil obiter supra attigerimus, superest tamen ut ex professo [dicamus] quibus modis tam liberti, quam patroni constituantur, quibus remediis succurratur tam manumissis, quam manumitti volentibus.

60. Constituuntur igitur et fiunt tam patroni, quam liberti; sunt enim correlata servorum manumissionibus.

61. Manumissiones vel fiebant inter vivos coram magistratibus, et vindicta manumissi dicebantur, sive a privatis hominibus, ab universitatibus et collegiis servi manumitterentur;

62. Vel fiunt testamento verbis directis, nec non et obliquis et fideicommissariis.

63. Testamento etiam data libertas, id est manumissio ipsa, potest revocari adimique nominatim, itidem et verbis expressis pure et in diem.

Ex libr. 40.

De manumissionibus..... Tit. 1.
De manumissis vindicta... 2.
De manumissionibus, quae servis ad universitatem pertinentibus imponuntur..... 3.
De manumissis testamento. 4.
De fideicommissariis libertatibus ..... 5.
De ademptione libertatis.. 6.

1. MS. p. 17.

De statuliberis..... Tit. 7.
Qui sine manumissione ad libertatem perveniunt... 8.
Qui et a quibus manumissi liberi non fiunt [et] ad legem Aeliam Sentiam... 9.
De jure aureorum annulorum ..... 10.
De natalibus restituendis.. 11.
De liberali causa..... 12.
Quibus ad libertatem proclamare non licet..... 13.
Si ingenuus esse dicetur[2].. 14.
Ne de statu defunctorum post quinquennium quaeratur..... 15.
De collusione detegenda... 16.

64. Sub conditione et in diem manumissi statuliberi dicuntur.

65. Caeterum sine manumissione nonnunquam libertatem servi consequuntur; nonnunquam etiam manumissione libertatem non consequuntur. Prioris casus exemplum est si servus a domino pro derelicto habitus sit; posterioris vero si servus ab invito domino libertatem extorserit.

66. Fiunt postea et constituuntur non tam liberi simpliciter, quam ingenui fere similes, qui jus aureorum annulorum, nataliumve restitutionem a principe impetrant.

67. Succurritur autem tam manumissis, quam ingenuis variis ex causis, sed etiam patronis aliisque personis, quoties de ingenuitate, libertinitate et servitute agitur.

68. Ac imprimis de liberali causa, id est quaestione, lite et controversia, quae de his[1] oritur, qui ad libertatem proclamare non possunt; intra quae tempora libertus ingenuitatem repetere, qui cum ingenuus esset pro servo manumissus esset; intra quae tempora de statu defuncti quaeri possit; quid

1. MS. : iis.
2. MS. : dicatur.

juris sit si ingenuus falso per collusionem judicatus sit, qui vel servus vel libertus erat. Ordine quid in istis omnibus articulis sit observandum, edicta praetoria constituunt[1].

De actionibus, quae pro possessione competunt, sive de possessoriis judiciis.

CAP. V

1. De rerum proprietate, de obligationibus hactenus. Nunc de possessione sequitur et de possessoriis judiciis, sive de actionibus tam ordinariis ex antiquo jure, quam extraordinariis ex jure praetorio. Possessio igitur est usus rei, quae sit in commercio hominum; a proprietate separatur.
2. Proprietas vero et possessio junctae simul plenum perfectumque dominium constituunt.
3. Variis modis dominium, variis itidem et diversis causis possessio acquiritur. Quinimmo per ipsam possessionem usucapione dominium sensim adjicitur, veluti si quis quid pro soluto, emptore, haerede, donato, derelicto, legato, dote, pro suo, denique cum alieno

Ex libr. 41.

De acquirendo rerum dominio..... Tit. 1.
De acquirenda vel amittenda possessione..... 2.
De usurpationibus seu[2] usucapionibus..... 3.
Pro emptore..... 4.
Pro haerede et[3] pro possessore..... 5.
Pro donato..... 6.
Pro derelicto..... 7.

1. MS. p. 18.
2. Et (Mommsen).
3. Vel (Mommsen).

Pro legato..... Tit. 8.
Pro dote..... 9.
Pro suo..... 10.
(Communia de accessionibus possessionum).....

Ex libr. 42.

De re judicata et de effectu sententiarum et de interlocutionibus..... 1.
De confessis..... 2.
De cessione bonorum..... 3.
Quibus ex causis in possessionem catur..... 4.
De rebus authoritate judicis possidendis seu vendundis..... 5.
De separationibus..... 6.
De curatore bonis dando.. 7.
Quae in fraudem creditorum facta sunt, ut restituantur..... 8.

nomine possideat, ita nimirum maxima possessionis cum dominio affinitas quamquam separata sit in abstracto utriusque natura.

4. Possessoria judicia ordinarie, id est ex vetere juris ordine, instituuntur quoties possessionem aut possessionis quoddam genus per missionem in possessionem acquirimus, veluti cum rei judicatae, confessae, aut bonorum a debitore cessorum nomine aliisque ex causis in possessionem mittimur, ut vel possessionem retinentes nobis ipsis consulamus, vel ex venditione seu distractione solenni rerum ipsarum nobis satisfiat, servato tamen juris ordine et observatis concurrentium creditorum privilegiis, nam plerumque creditor creditorem privilegio superat, aut separatione bonorum impetrata debitum suum consequitur, aliis creditoribus suum non consequentibus.

5. Denique curator bonis plerumque dari solet et actio revocatoria exerceri, ut omnibus simul creditoribus prospiciatur et revocetur quod in eorum fraudem factum erit. Extraordinaria autem judicia possessoria sunt, quae constituuntur actionibus extraordinariis in

Ex libr. 43.

De interdictis[1]..... Tit. 1.
Quorum bonorum..... 2.
Quod legatorum..... 3.
Ne vis fiat ei, qui in possessionem missus erit..... 4.
De tabulis exhibendis..... 5.
Ne quid in loco sacro vel itinere fiat..... 6.
De locis et itineribus publicis..... 7.
Ne quid in loco publico vel itinere fiat..... 8.
De loco publico fruendo... 9.
De via publica et si quid in ea factum esse dicatur.. 10.
De via publica et itinere publico reficiendo..... 11.
De fluminibus. Ne quid in flumine publico ripave ejus fiat, quo pejus navigetur..... 12.
Ne quid in flumine publico fiat, quo aliter aqua fluat, atque uti priore aestate fluxit..... 13.
Ut in flumine publico navigare liceat..... 14.

interdictorum loco suffectis. Competunt autem hujusmodi actiones vel pro adipiscenda, vel pro retinenda, vel pro amissa recuperanda possessione, possessione, inquam, rerum universalium aut singularium : singularium, quae sunt juris publici aut privati, privati denique rerum corporalium aut incorporalium. De possessione rerum universalium agitur quotiescunque est controversia [tum] bonorum haereditariorum universorum, tum partis quotae; possessio, quam praetor tueri solet adversus vim inferentes; sed et judicii praeparandi causa tabulas exhiberi jubet[2].

6. De possessione rerum singularium, quae ad jus publicum pertinent agitur, veluti quotiescunque rempublicam et populares quosdam praetor tuetur in quasi possessione libera et quieta rerum publicarum inque illis quid fieri prohibet quominus respublica et quivis de populo libere et commode utatur, exempli gratia cum praetor prohibet quid fieri, quod rempublicam incommodet in re sancta, relligiosaque, sacra, locis, itineribus, fluminibus,

1. Sive extraordinariis actionibus, quae pro his competunt (Mommsen).
2. MS., p. 19.

De ripa munienda..... Tit. 15.
De vi et de vi armata..... 16.

Uti possidetis..... 17.
De superficiebus..... 18.
De itinere actuque privato. 19.
De aqua cottidiana et aestiva..... 20.
De rivis..... 21.
De fonte..... 22.
De cloacis..... 23.

Quod vi aut clam..... 24.
De remissionibus..... 25.
De precario..... 26.
De arboribus caedendis... 27.
De glande legenda..... 28.
De homine libero exhibendo..... 29.
De liberis exhibendis, item[1] ducendis..... 30.
Utrubi..... 31.
De migrando..... 32.
De Salviano interdicto.... 33.

ripisque, publicis denique aliis rebus usui publico destinatis, quibus etiam muniendis, reficiendis aut reparandis prospicitur.

7. De possessione rerum singularium, quae ad jus privatum pertinent tam corporalium, quam incorporalium agitur quotiescunque possessionem [quis petit] fundi seu praedii, superficiei aut (quasi) aquaeductus, aquae, inquam, aestivae vel hybernae, aquae haustus ex fonte, aut juris im[m]ittendi cloacam, similisve alterius, quod sit in dominio nostro.

8. Quinimmo varia sunt prodita remedia aut juris nostri conservandi causa aut officii alicujus gratia, veluti cum de eo, quod vi aut clam factum est, in pristinum statum restituendo, de remissionibus, de praecario, arboribus caedendis, glande legenda agitur[2]; haec enim juris conservandi causa, causa officii tuendi, ut si de libero homine, qui pro servo ab alio retinetur, exhibendo agatur; item de liberis exhibendis, homine bona fide possesso, vel oppignerato, vel non restituendo, in quibus

1. Mommsen. MS. : et.
2. Le MS. répète agitur.

posterioribus casibus plerumque nostri juris conservandi causa interest. Haec de possessoriis judiciis.

Communia judiciorum civilium.

CAP. VI.

1. Hactenus, de judiciis petitoriis, id est de proprietate, personalibus, de obligatione multiplici, et possessoriis, in quibus de possessione disceptatur.
2. Supersunt omnium quaedam communia, veluti de exceptionibus, obligationibus omnibus speciatim de stipulationibus conventionalibus et praetoriis, quae omnia aeque ad judicem spectant.
3. Exceptiones sunt reorum defensiones, veluti si reus actori opponat eum submovendum esse aut quia de re judicata agit, aut temporis praescriptione exclusus, dolo malo, metuve reum puta rem suam vendere coegit, vel quavis de causa nullam habere actionem actorem, utputa quod de re litigiosa experitur reus opponit. Obligationes de quibus speciatim supra, et ex iis actiones, variae sunt : civiles, praetoriae, perpetuae, annales, rei persecutoriae, poenae persecutoriae, mixtae, et om-

Ex libr. 44.

De exceptionibus, praescriptionibus et praejudiciis ..... Tit. 1.
De exceptione rei judicatae. 2.
De diversis tempor[al]ibus praescriptionibus et de accessionibus possessionum ..... 3.
De doli mali et metus exceptione ..... 4.
Quarum rerum actio non datur ..... 5.
De litigiosis ..... 6.
De obligationibus et actionibus ..... 7.

Pars septima.

Ex libr. 45.

De verborum obligationibus..... Tit. 1.
De duobus reis constituendis..... 2.
De stipulatione servorum. 3.

Ex libr. 46.

De fidejussoribus et mandatoribus..... 1.
De novationibus et delegationibus..... 2.
De solutionibus et liberationibus..... 3.
De acceptilatione..... 4.
De stipulationibus praetoriis..... 5.
Rem pupilli vel adulescentis salvam fore..... 6.
Judicatum solvi..... 7.
Rem ratam haberi et de ratihabitione..... 8.

nes ex contractu, quasi contractu, lege, necessitate, maleficio, quasi maleficio profectae[1].

4. Stipulationes, unde verborum obligationes, sunt aut conventionales aut practoriae, quae aliarum obligationum firmandarum aut judiciorum etiam stabiliendorum causa interponi solent.

5. Conventionales quidem vel a liberis hominibus aut servis, principaliter aut accessorie aut per fidejussores interponuntur obligandi, novandi, solvendi, id est liberandi causa, ut per acceptilationem.

6. Praetoriae vero variis ex causis traditis in judiciis interponuntur, praesertim vero cum tutor curatorve rem pupilli salvam fore spondet, procurator rei absentis judicatum solvi, procurator actoris et rei invicem rem ratam haberi per dominos promittunt.

De judiciis criminalibus.

Cap. VII.

1. A civilibus ad criminalia judicia procedamus. De criminibus et delictis agitur actionibus et accusationibus, actionibus privatis et popularibus

1. MS. p. 20.

Ex libr. 47.

De privatis delictis..... Tit. 1.
De furtis..... 2.
De tigno juncto..... 3.
Si[is], qui testamento liber esse jussus erit[1], post mortem domini ante aditam haereditatem subripuisse[2] aut corrupisse [quid] dicetur..... 4.
Furti adversus nautas, caupones, stabularios..... 5.
Si familia furtum fecisse dicetur..... 6.
Arborum furtim caesarum. 7.
Vi bonorum raptorum[3]... 8.
De incendio, ruina, naufragio, rate, nave expugnata..... 9.
De injuriis et famosis libellis..... 10.
De extraordinariis criminibus..... 11.
De sepulcro violato..... 12.
De concussione..... 13.
De abigeis..... 14.
De praevaricatione..... 15.
De receptatoribus..... 16.
De furibus balneariis..... 17.
De effractoribus et expilatoribus..... 18.

seu publicis, privatis ordinarie et extra ordinem, quae sigillatim et ordine exsequenda sunt.

2. Actionibus ordinariis agitur civiliter, nonnunquam tamen criminaliter, instituta accusatione de privatis delictis, ut de furto et quasi furto, veluti de tigno furtim sublato, de rebus hereditariis surreptis a manumisso testamento, de furto adversus nautas, caupones, stabularios, de furto a servorum familia admisso, de arboribus furtim caesis, de bonis vi raptis, de iis quae quis rapuerit suborto incendio, ruina, naufragio, denique de injuriis et famosis libellis; ordinaria quoque est actio, eaque civilis sed famosa, ut furti actio : omnes autem ordinariae ita dictae, quia stata et ordinaria poena est.

3. Extraordinariae autem actiones et arbitrariae poenae, quoties de extraordinariis agitur criminibus, veluti de sepulchro violato, de concussione, de abigeis, praevaricatione, receptatoribus, furibus balneariis, effractoribus carcerum, expilatoribus aedium, de ex-

1. Mommsen. MS. : fuerit.
2. Mommsen. MS. : subrupisse.
3. Et de turba (Mommsen).

De crimine expilatae haereditatis..... Tit. 19.
De crimine stellionatus... 20.
De termino moto..... 21.
De collegiis illicitis et corporibus..... 22.

pilata haereditate, stellionatus crimine, de termino moto, de collegiis et corporibus sine authoritate principum coactis; de quibus omnibus etiam accusationes criminales plerumque instituuntur.

De popularibus actionibus. 23.

4. Populares et publicae actiones sunt quaecunque [cuilibet] de populo competunt variis ex[1]. causis. Civiles etiam et extraordinariae accusationes regulariter instituuntur, quoties de publicis criminibus vindicandis agitur.

5. Publica crimina sunt, quae omnes tangunt.

Ex. libr. 48.

De publicis judiciis..... 1.
De accusationibus et inscriptionibus..... 2.
De custodia et exhibitione reorum..... 3.

6. Instituuntur autem accusationes vel in reos praesentes, vel in absentes[2]. Si praesentes, custodiendi sunt in carcere vinculis et exhibendi a commentariensi quoties opus est.

Ad legem Juliam majestatis..... 4.
Ad legem Juliam de adulteriis coercendis et stupro..... 5.
Ad legem Juliam de vi publica..... 6.
Ad legem Juliam de vi privata..... 7.
Ad legem Corneliam de sicariis et veneficis[3]..... 8.
Ad legem Pompeiam de parricidiis..... 9.
Ad legem Corneliam de falsis et de senatusconsulto Liboniano..... 10.
Ad legem Juliam repetundarum..... 11.
Ad legem Juliam de annona[4]..... 12.

7. Sunt autem hujusmodi crimina publica capitalia aut pecuniaria. Capitalia sunt : crimen laesae majestatis, adulterii, vis publicae aut privatae, homicidii, parricidii, falsi. Pecuniaria sunt : crimen repetundarum, annonae expilatae, peculatus, ambitus, plagii, calumniae aut praevaricationis, ex senatus-consulto Turpillia-

1. MS. : de.
2. MS. p. 21.
3. MS. : beneficiis.
4. MS. : annonis.

Ad legem Juliam peculatus et de sacrilegiis et résiduis Tit. 13.
Ad legem Juliam ambitus. 14.
Ad legem Fabiam[1] de plagiariis..... 15.
Ad senatusconsultum Turpillianum et de abolitionibus criminum..... 16.
De requirendis reis[2] vel absentibus damnandis... 17.
De quaestionibus..... 18.
De poenis..... 19.
De bonis damnatorum..... 20.
De bonis eorum, qui ante sententium [vel] mortem sibi conciverunt, vel accusatorem corruperunt.. 21.
De interdictis et relegatis et deportatis..... 22.
De sententiam passis et restitutis..... 23.
De cadaveribus punitorum. 24.

no, a principe scilicet quoties non impetrata criminis abolitione, qua reus eximatur, accusator desistit ab accusatione.

8. Quod si reus absens sit requirendus, pluribus edictis adnotanda illius bona, donec judicio se sistat. Sistere vero se potest intra annum et bona recuperare; ac tum, ut in praesentem a principio reum instituitur accusatio, exsequuntur probationes, quibus deficientibus, aut certe non subsistentibus, per questiones et tormenta veritas exquiritur. Reus tandem condemnatur in dicta poena pro criminis qualitate; bona confiscantur deducta portionis legitima liberorum; confiscantur itidem et eorum bona, qui metu poenae mortem sibi in carcere conciverunt. Et haec omnia, nisi principis beneficio suo condemnatis — quod potest — subveniat, puta relegatos, deportatos revocando, aut sententiam passos restituendo in integrum. Quam denique accusatorum et condemnatorum considerationem claudit haec catastrophe, veluti sepultura cadaverum punitorum.

1. MS. : Faviam.
2. Reis manque dans Mommsen.

De appellationibus.

Cap. VIII[1].

Ex lib. 49.

De appellationibus et relationibus ..... Tit. 1.
A quibus appellari non licet ..... 2.
Quis a quo appelletur ..... 3.
Quando appelandum sit et intra quae tempora ..... 4.

De appellationibus recipiendis, vel non ..... 5.
De libellis dimissoriis, qui apostoli dicuntur ..... 6.
Nihil novari appellatione interposita ..... 7.

Quae sententiae sine appellatione rescindantur ..... 8.
An per alium causae appellationum reddi possunt ..... 9.

1. In omnibus fere judiciis duae considerantur instantiae : prima coram primo judice eoque inferiore, secunda coram superiore magistratu ad quem causa devoluta sit per appellationem.

2. Est enim appellatio a sententia inferioris, a quo possit appellari, ad superiorem magistratum vel judicem, per eum cujus interest intra legitima tempora facta provocatio.

3. Quae quidem ex causa nonnunquam refutatur, id est non recipitur, et eo casu sententia mittitur executioni. Saepius vero datis apostolis a judice, qui pronuntiavit, ad superiorem causa devolvitur, et ita appellatio.

4. Caeterum in appellationibus sex omnino adnotanda occurrunt : primum sententias, quae contra juris ordinem sunt prolatae, et alias, — id genus ipso jure nullas — sine appellatione rescindi; secundum in civilibus causis, non etiam in criminalibus, causas appellationum posse reddi per procuratorem ;

1. MS. : IIX.

Si tutor, vel curator, vel magistratus creatus, appellaverit..... Tit. 10.

5. Tertium pendente appellatione, interposita creatione tutoris, curatoris vel magistratus, effectum creationis non suspendi, sed[1] ad appellantem administrationis periculum pertinere appellatione pendente;

Eum qui appellaverit in provincia defendi... ... 11.

6. Quartum eum qui appellaverit et appellationis persequendae causa abfuerit a provincia, non haberi pro absente causa reipublicae;

Apud eum, a quo appellatur, aliam causam agere compellandum..... 12.

7. Quintum eum, qui ab uno judice appellaverit, apud eundem siquidem competentem aliam causam agere nihilominus compelli;

Si pendente appellatione mors intervenerit..... 13.

8. Sextum si pendente appellatione mors appellatoris intervenerit, causam peragi cum haeredibus pro qualitate causae civilis aut criminalis, pecuniariae vel poenalis, quae ad haeredes transire possit vel non possit.

De fiscalibus judiciis.

Cap. IX et ultimum.

1. Omne judicium vel est de re privata, vel de re publica. Judicium de re privata vel civile est, vel criminale; utrumque ordinarium et certis legibus, ritu et ordine constitu-

1. MS., p. 22.

tum, ut hactenus expositum est.

2. Judicium vero et cognitio, quae sequitur, de re publica est ad rempublicam, vel principem et fiscum principis pertinens, aut quasi publica, quae ad municipia et civitates pertinet. Et extra ordinem, id est celeriter et summatim expediri debet. Hinc extraordinaria judicia.

3. Res autem et jura fisci non unius sunt generis. Multa etiam privilegia, quae res pacis et belli respiciunt, belli inquam, veluti captivorum, redemptorum belligerantium militum cura, privilegia militaria veteranorum, qui militia functi sunt in principis cura, tutelave praecipue creduntur, Res vero et cura civitatum, sive municipiorum, et eorum status universus ad personas, res et actiones ut privatorum cura referuntur.

4. Personae vel sunt privatae, ut municipes et incolae singuli, vel publicae, ut decuriones ex quorum albo et numero fere eliguntur, qui munera id est onera civilia sustinent, honoribusque id est magistratibus funguntur, nisi forsan alicui concessa sit immunitas

De jure fisci..... Tit. 14.
De captivis et postliminio reversis et redemptis ab hostibus..... 15.
De re militari..... 16.
De castrensi peculio..... 17.
De veteranis..... 18.

Ex libr. 5o.

Ad municipalem et de incolis..... 1.
De decurionibus et filiis earum..... 2.
De albo scribendo..... 3.
De muneribus et honoribus..... 4.
De vacatione et excusatione munerum..... 5.
De jure immunitatis..... 6.
De legationibus:..... 7.

De administratione rerum ad civitates pertinentium. Ti. 8.

De decretis ab ordine faciendis..... 9.
De operibus[1] publicis..... 10.
De nundinis..... 11.
De pollicitationibus..... 12.

De variis et extraordinariis cognitionibus et si judex litem suam fecisse dicetur..... 13.
De proxeneticis..... 14.
De censibus..... 15.

tum in perpetuum, tum etiam ad tempus, veluti legatione functus ad biennium.

5. Res et cura civitatum, sive municipiorum, non unius itidem sunt generis, quae administrari maxima ex parte debent ex ordine decurionum decreto, cui quidem ordini incumbit etiam in sua cuique civitate, ut magistratibus romanis prospicere publicis operibus, nundinis, pollicitationibus reipublicae aut civitati factis et in omnibus[2] publicam utilitatem procurent, prospiciant ne quid detrimenti respublica capiat.

6. Actiones denique sunt, quibus judicia de rebus hujusmodi publicis aut quasi publicis adeoque fiscalibus, instituuntur aut exercentur extra ordinem videlicet ut diximus, unde cognitiones extraordinariae dicuntur, quae et aliis quibusdam causis accommodari solent, veluti cum de salario et mercede sive potius honorario advocatis, doctoribus, obstetricibus, proxeneticis et similibus debito agitur apud judicem. Celeriter enim res exsequenda est perinde ac si de censibus ac tributis fiscalibus exigendis ageretur.

1. MS. : operis.
2. MS., p. 23.

7. Denique ea, quae fuse tradita sunt primo de judiciis civilibus ad rerum proprietatem, possessionem, obligationem civilem pertinentibus; secundo de judiciis criminalibus ad privata delicta et publica crimina; tertio de extraordinariis ad fiscalia et quasi fiscalia itidem pertinentibus, ut facilius intelligantur, juris studiosus verborum significationem adprime callere debet, quo sensu passim a jurisconsultis usurpentur; sed et regulas juris tenere omnium juris partium communes et per totum jus late diffusas.

De verborum significatione ..... Tit. 16.
De [diversis] regulis juris [antiqui] ..... 17.
Finis.

Explicit feliciter *Triboniani genius* per dominum Gualterum authorem.

DE LA

STIPULATIO OPERARUM

PAR

J. THÉLOHAN

Professeur à la Faculté de Droit de l'Université de Rennes

Il est nécessaire d'établir la véritable nature de la *stipulatio operarum*, car, faute de l'avoir fait, on sera tenté d'accuser d'illogisme les règles qui la gouvernent et de rejeter comme inacceptables certaines solutions des textes. Tout s'harmonise, au contraire, quand on a dégagé le point de vue romain.

L'erreur à éviter, c'est de considérer les *operae* comme un fait et la promesse d'*operae* comme créant une obligation de *facere*. Cette notion n'est pas celle des Romains et c'est elle, cependant, qui, en s'imposant trop longtemps à l'esprit des interprètes, les a empêchés d'apercevoir la vérité. C'est elle notamment qui leur faisait admettre, malgré tant de témoignages contraires, comme seule sanction de la créance d'*operae*, une action *incerta* semblable à *l'actio ex stipulatu* et qui transformait tel texte du Digeste en une véritable énigme[1].

I

Le langage des Romains, à lui seul, aurait pu suffire à mettre en garde contre cette erreur. Ni chez les auteurs littéraires, ni chez les jurisconsultes, il n'est question de *facere operas*[2].

1. *D.*, 45, 2, *De duob. reis.*, 5. V. *infrà*, p. 371.

2. Le seul texte du Digeste qui, à ma connaissance, assimile les *operae* à un fait est le *D.*, 45, 1, *De verb. obl.*, 72, 1, d'Ulpien. Mais il doit avoir subi une altération : V. Accarias, *Précis*, II[4], 1891, p. 71, n. 1. Il conclut en effet à l'indivisibilité des

Cette locution est pour ainsi dire anti latine. Ce qui peut faire l'objet d'un *facere*, c'est un *opus*, mais non pas les *operae*. Celui qui s'engage à bâtir une maison, à creuser un fossé, à peindre une salle, en un mot à exécuter un travail déterminé, s'engage bien à l'accomplissement d'un fait. Mais il n'en est pas de même de celui qui promet ses *operae*, c'est-à-dire son travail ou mieux un certain nombre de journées de travail[1]. Celui-là ne s'engage pas à *facere*; il s'engage à *dare*[2].

Nous trouvons, sans doute, d'autres expressions comme *praestare*[3], *reddere*[4], *edere*[5], *praebere*[6], *exhibere*[7], *suscipere*[8], *exer-*

operae, ce qui est contredit par des témoignages formels : *D.*, 38, 1, *De op. lib.*, 15, 1; 45, 1, *De verb. obl.*, 54, 1. V. *infrà*, p. 364-365. En réalité, ou bien Ulpien, par quelques mots qui ont été supprimés, visait le cas où la stipulation a porté sur le nombre d'*operae* nécessaires pour accomplir un des ouvrages précédemment indiqués ou quelque autre semblable (*vel quid his simile*), cas dans lequel les *operae* devenaient, sans aucun doute, indivisibles comme l'ouvrage lui-même qu'elles étaient chargées de réaliser, ou bien le jurisconsulte avait tout simplement écrit sans penser aux *operae... : utputa fundum tradi, vel fossam fodiri, vel insulam fabricari,* VEL OPERA HIS SIMILIA.

1. Notre cher et éminent maître M. P.-F. Girard, *Manuel*[5], 1911, p 571, fait très clairement cette distinction à propos des deux espèces de louage : *locatio operis faciendi* et *locatio operarum.*

2. Il serait facile de relever chez la plupart des interprètes modernes maints passages où ils font une confusion complète entre l'*opus* et les *operae.* Mais, à vrai dire, il n'est pas impossible non plus de retrouver exceptionnellement cette confusion chez les Romains eux-mêmes : Plaute, *Asin.*, 2, 4, 19 : *Jussin' columnis dejici operas aranearum*; Cicéron, *Att.*, 15, 13. *Nos hic φιλοσοφοῦμεν et τὰ περὶ τοῦ καθήκοντος, magnifica explicamus προσφωνοῦμεν que Ciceroni : quid quaeris? exstabit opera peregrinationis hujus.* V. aussi Alf. Varus, *D.*, 38, 1, *De op. lib.* 26, *pr.*

3. *D.*, 38, 1, *De op. lib.*, Sabinus cité par Paul, 18; Julien, 23, *pr.*; Pomponius, 34; Callistrate, 38, *pr.*, 1; Paul, 16, *pr.*, 20, *pr.*, 35; Ulpien, 2, *pr.*, 7, 3; 15, *pr.*; Modestin, 31 — Paul, *D.*, 40, 7, *De statulib.*, 20, 5; Septime-Sévère. *C. J.*, 6, 3, *De op. lib.*, 1; 8; 9. On sait, du reste, que, d'une façon générale, le sens de ce mot est discuté. Cfr. Girard, *Manuel*[5], p. 443, n. 1 et Cuq, *Institutions*[1], 2, p. 332, n. 5. En matière d'*operae*, il est, peut-on remarquer, employé souvent à propos de celles dûes au patron par l'affranchi, comme s'il renfermait en lui même une idée de déférence et de respect : Comp. Gaius, *D.*, 38, 1, *De op. lib*, 22, *pr.* : ... *cum enim operarum editio nihil aliud sit quam* OFFICII PRAESTATIO... et Julien : *eod. tit.*, 23, *pr.* : ... *si tales operas* EXTRANEO DEDERIT, *quales patrono praestando liberaretur.*

4. Paul, *D.*, 38, 1, *De op. lib.*, 20, 1; Ulpien, *D.*, 12, 6, *De cond. ind.*, 26, 12

5. Ulpien, *D.*, 12, 6, *De cond. ind.*, 26, 12, *D.*, 38, 1, *De op. lib.*, Javolenus, 21; Neratius, 50; Julien, 24; Gaius, 22, 49; Ulpien, 9; Julien, *D.*, 45, 1, *De verb. obl.*, 54; Paul, *D.*, 40, 7, *De statul.*, 20, 5. V. aussi le triptyque de Transylvanie dans Girard, *Textes*[3], p. 814-815 : *suas operas sanas valentes edere debebit conductori....*

6. Julien, *D.*, 38, 1, *De op. lib.*, 27.

7. Ulpien, *D.*, 12, 6, *De cond. ind.*, 26, 12.

8. Gaius, *D.*, 19, 5, *De praescr. verb.*, 22.

cere[1] *operas*, mais jamais *facere*. Quant à *dare*, c'est bien le mot technique, puisque c'est lui qui se rencontre dans tous les exemples de stipulation ou de serment que rapportent les textes[2].

On pouvait hésiter cependant sur ce point avant que la formule du *judicium operarum* eût été complètement établie, mais, aujourd'hui, c'est chose faite. Depuis les recherches de Demelius[3] il est très généralement admis que la stipulation des *operae* était sanctionnée par une action tout à fait analogue à la *condictio triticaria*, si ce n'était par cette *condictio* elle-même[4].

1. Paul, *D.*, 38, 1, *De op. lib.*, 16, *pr.*

2. *D.*, 38, 1, *De op. lib.*, Celse cité par Ulpien, 15, 1... *si communis libertus patronis duobus operas mille daturum se juraverit...* 30 : *Si libertus ita juraverit dare se, quot operas patronus arbitratus sit...*, Julien, 24 : *Et ideo inutilis est hæc stipulatio operas tuas pictorias centum hodie dare spondes?;* Pomponius, 8 pr. : *si quando duobus patronis juraverit libertus operas se daturum...;* 10, *pr.* : *Servus patroni a liberto male ita stipulatur : operas mihi dare spondes;* Gaius, 22, 1 : *Cum libertus promiserit patrono operas se daturum*; Paul, 39, *pr.* : *Si ita stipulatio a patrono facta sit si decem dierum operas non dederis, viginti nummos dare spondes? D.*, 40, 7, *De statul.*, Marcellus, 24 : *Stichus si heredi meo decem promiserit vel operas daturum se juraverit... D.*, 37, 14, *De jure patronatus*, Paul, 6, 1 : *Stipulatus est centum operas aut in singulos aureos quinos dari....* V. aussi *D.*, 38, 1, *De op. lib.*, 16, 1 ; 23, *pr.* 1 ; 26, 1. *D.* 33, 1, *De ann. leg.*, 2. *D.*, 40, 7, *De statul*, 4, 4; 20, 5; 39, 5; 41, *pr. D.*, 40 12, *De lib. causa*, 44, 2. *D.*, 19, 5, *De praes. verb.*, 25. *D.*, 45, 1, *De verb. obl.*, 54, 1, Cfr. Punstchart, *Die moderne Theorie des Privatrechts*, 1893, p. 217, n. 2. On rencontre également la locution : *operas donum munus dare* : D., 38, 1, *De op lib.*, 7, 3; 34 pr. Cf. fragm. de Probus, *Einsiedl.* 55, Girard, *Textes*[3], p. 200. Gaius, *Ep.*, 2, 9, 4; Paul, *Sent.*, 2, 32, 1; *D.*, 40, 12, *De lib causa*, 44 pr. *D.*, 50, 16, *De verb. sign.*, 53, *pr.*

3. Demelius, *Schiedseid und Beweiseid*, 1887, p. 40 et s. Dans son *Ed. perp.* (*Edicti perpetui quae reliqua sunt*, 1869) § 144, Rudorff proposait comme formule : *quod A^s A^s... stipulatus est* (*N^s N^s... juravit*), *quidquid... oportet, ejus....* M. Lenel, dans la première édit. allem. de son ouvrage sur l'édit (*Das Edictum perpetuum*, 1883), repoussait déjà cette reconstitution, mais s'abstenait de la remplacer par une autre. Depuis lors, il a proposé, de même que Demelius, la formule suivante : *Si paret N^m N^m A° A° operas decem dare oportere quanti ea res erit, N^m N^m....* V. Lenel, *Essai de reconstitut. de l'Ed. perpet., trad fr.*, de Fred. Peltier, revisée par l'auteur. 1901-1903, II, p. 63-64. V. aussi la deuxième édit. allem. du même ouvrage, 1907, p. 327-329. Conf. Karlowa, *Römische Rechtsgeschichte*, 2, 1, 1902, p. 701; Girard, *Manuel*[5], p. 495; Cuq. *Institutions*, 2, p. 216. Quant à A. Pernice, *Labeo*, 3, 1, 1892, p. 85, s'il admet, à tort selon nous (V. *infrà*, p. 360, n. 3), l'existence dans la formule d'une *demonstratio* chargée d'exprimer la nécessité de l'*indictio* du patron, il se rallie, lui aussi, à une *intentio certa* avec *operas dari oportere*.

4. Y avait-il entre le *judicium operarum* et la *condictio triticaria* une différence de fond quant au serment nécessaire? Sa possibilité, dans le premier, est hors de doute à cause de *D.*, 12, 2, *De jurej.*, 4, *pr.* : *Jusjurandum et ad pecunias et ad omnes res locum habet : etiam de operis jusjurandum deferri potest.* Mais M. Giffard, dans son étude sur la loi 6 « *de Confessis* » et « l'*Oratio Marci*, » *NRH*, 1905, p. 471, n. 1, a

Il semble également certain que cette action était la même, que l'affranchi eût promis ses *operae* par *sponsio* ou par serment[1], et qu'elle ne différait pas non plus, que la promesse eût été faite par un affranchi ou par un travailleur indépendant[2].

Si les *operae* avaient constitué un *facere*, l'action aurait été, au contraire, toujours *incerta* et sa formule aurait contenu les mots : *quidquid dare facere oportet*[3].

soutenu que ce texte était interpolé, et, qu'à l'époque classique, le *jusjurandum necessarium* ne fonctionnait que dans les actions du titre *De rebus creditis* portant sur une *certa pecunia* et dans l'*actio operarum*. Si c'est exact, notre action s'écarterait sur ce point de la *c. triticaria* pour se rapprocher de la *c. certae pecuniae*. V. en sens contraire, l'explication du f. 4, *pr.* et la réfutation de l'opinion de M. Giffard par M. Debray : *Contributions à l'étude du serment nécessaire* dans *NRH*, 1908, p. 125. Comp. Girard, *Manuel*[5], p. 1004 et n. 2. Il est évident que la solution de cette controverse est assez indifférente pour notre démonstration. Pour les *operae*, l'idée d'une *actio incerta* basée sur un *facere* se trouve, de toute façon, écartée.

1. Les textes ne nous parlent que d'un seul *judicium operarum* et attribuent des effets identiques aux deux procédés : *D.*, 38, 1, *De op. lib.*, 8, *pr.*; 15, 1; 37, *pr.* D'autre part, M. Lenel, *Edit, trad. fr.*, p. 63, fait valoir que l'*acceptilatio* éteint aussi bien l'obligation née du serment que celle née de la stipulation : *D.*, 46, 4, *De accept.*, 13, *pr.* V. aussi dans la 2e édit. allem. du même ouvrage, p. 328 n. 3, l'observation de M. Lenel en réponse à M. Segrè, *Sulle formule relative alla neg. gestio e sull' edilo e il judicium de oper. libert.*, 1905, p. 44 et s., ce dernier prétendant écarter cet argument par l'interpolation du texte invoqué. M. Segrè a également soutenu que, tout d'abord et très anciennement, le *jusjurandum de operis* fut sanctionné par une action prétorienne. Voy. *op. cit.*, p. 25 et s. Son opinion a été admise notamment par M. Mitteis, *Römisches Privatrecht bis auf Diocletian*, 1, 1908, p. 57 et n. 45. Mais il n'y a là pourtant qu'une hypothèse et qui ne peut pas être acceptée par ceux pour qui les actions prétoriennes sont forcément postérieures à la loi Aebutia. V. la remarque de M. Girard dans ses *Nouv. observat. sur la date de la l. Aebutia*, *ZSS* (*RA*), 1908, 29, p. 155, n. 1. V. aussi Lenel, *Edictum*[2], 1907, p. 327, n. 11.

2. Les *operae fabriles*, contrairement à ce que l'on a cru pendant longtemps, étaient les *operae* des ouvriers libres. C'est ce qu'a démontré M. Mitteis, *Operae officiales und operae fabriles*, *ZSS* (*RA*), 1902, p. 146 et s. Plusieurs textes compris dans le titre du Dig., *De op. lib.*, 38, 1, s'y rapportaient primitivement. Dans certains (23, *pr.*; 24) il est fait opposition entre ces *operae* (*fabriles, pictoriae*) et celles dues par l'affranchi (*officiales*). Mais la stipulation, pour les unes et les autres, et par suite, l'action avaient toujours le même caractère.

3. M. J. von Koschembahr-Lyskowski, *Die condictio als Bereicherungsklage im klassischen römischen Recht*, 2, 1907, p. 21, 64 et s., 285 et s., a toutefois soutenu, qu'on a eu tort jusqu'ici d'identifier d'une façon absolue le *facere* avec l'*incertum* et qu'au contraire il est un *certum* quand il est déterminé par sa nature et son étendue. La *condictio*, qui tout d'abord ne pouvait porter que sur le *dare* d'un *certum*, se serait étendue facilement à ce *facere certum* et c'est ce qui expliquerait son emploi pour la créance d'*operae*. Mais cette doctrine se heurte à la loi 75, 7, *D.*, 45, 1, qui déclare *incerta* toute stipulation de *facere*. L'action ne peut pas avoir un autre caractère (arg. Gaius, 4, 53 d.). D'autre part, nous avons vu que les textes n'envisagent point les *operae* comme un fait, mais comme une *datio*. V. la critique détaillée de cette

II

Il est vrai que l'emploi d'une formule dirigée sur une *datio* laisse supposer, ce qui nous semble étrange, que les Romains assimilaient les *operae* à une *res*. Mais les sources sont tout à fait favorables à cette idée. Certains textes même sont formels[1]. Etant des *res*, les *operae* peuvent être *certae*. Gaius, dans un texte bien connu[2], nous indique qu'il y a *certum* quand il y a une triple détermination de l'objet (*quid*, *quale*, *quantum*). Les exemples qu'il donne sont tous des cas de *datio*[3]. Il ne cite pas les *operae*, mais elles étaient susceptibles de la précision voulue, car, d'une part, elles se distinguaient suivant le genre de travail promis[4], et, d'autre part, elles se comptaient, chacune d'elles correspondant à un jour de travail[5].

Je crois cependant qu'il serait inexact de prétendre que tou-

théorie dans la belle étude de M. Michon : *L'Histoire de la condictio incerti d'après M. J. von Koschembahr-Lyskowski*, *NRH*, 1908, p. 375 et s. et aussi dans le compte rendu de M. Hugo Krüger, *ZSS* (*RA*), 28, 1908, p. 465-466.

1. *D.*, 12, 2, *De jurej.*, 34; 7, 7, *De op. serv.*, 4. Quelquefois les *operae* sont traitées de la même façon qu'une somme d'argent : Pomponius, *D.*, 38, 1, *De op. lib.*, 4 : *perinde enim operae a libertis ac pecunia credita petitur*; Ulpien, 6 : *fabri es operae celeraeque quae quasi in pecuniae praestatione consistunt.* Ce dernier jurisconsulte observe sans doute, *eod tit.*, 9, que les *operae* n'ont aucune existence réelle, qu'elles ne sont pas *in rerum natura*. Mais ce passage qui visait probablement la restitution dotale, a été tronqué par les compilateurs. V. Mitteis, *ZSS* (*RA*), 1902, p. 151-152. Il est, à tout prendre, fort obscur. Peut-être voulait-il dire tout simplement que les *operae* ne peuvent être réclamées qu'au fur et à mesure de leur échéance. C'est ce que Paul exprime beaucoup plus clairement : *D.*, 7, 7, *De op. serv*, 1 : *Opera in actu consistit nec ante in rerum natura est, quam si dies venit, quo praestanda est, quemadmodum cum stipulamur quod ex Arethusa natum erit.*

2. *D.*, 45, 1, *De verb. obl.*, 74.

3. Comme l'observe M. Michon, *loc. cit.*, p. 379 « le *quantum* appliqué au *facere* est une notion bien inconsistante pour ne pas dire impratique. » Savigny, *Le dr. des obligat.*, trad. par Gérardin et Jozon, 2e éd., 1873, 1, p. 435, soutient bien que l'idée de quantité peut s'appliquer à un certain travail. Mais il fait dans tout ce passage une confusion évidente entre *l'opus faciendum* et les *operae*.

4. Cfr. A. Pernice, *Parerga*, *ZSS* (*RA*), 1888, p. 244. *D.*, 38, 1, *De op. lib.*, 23, *pr.*, 24, *operae fabriles, pictoriae*; *Ephem., Epigr.*, 3, 165, 12 : *aratoriae, sartoriae, messoriae.*

5. *D.*, 37. 14, *De jur. patr.*, 6, 1 : *Stipulatus est centum operas...*; 38, 1, *De op. lib.*, 15 : *Denique Celsus libro duodecimo scribit, si communis libertus patronis duobus operas mille daturum se juraverit*; 24; 39 : *si decem dierum operas non dederis*; 40, 7, *De statul.*, 4, 4 : *Stichus.., si illi centum operas dederit, liber esto*; 20, 5 :... *operae per singulos dies dantur*; 45, 1, *De verb. obl.*, 54, *pr.*, 1. *Eph. Ep. :*

jours notre action sera *certa*. En réalité, on suivra les règles ordinaires de la *datio,* l'obligation de *dare* pouvant être certaine ou incertaine[1]. Si les *operae* sont suffisamment déterminées, l'action sera *certa*; dans le cas contraire, elle sera *incerta* : il y aura lieu à l'action *ex stipulatu*. La première hypothèse se présentera du reste toujours en cas *d'operae libertorum,* car, même si la stipulation ou le serment n'a pas déterminé les *operae* à fournir[2], l'action ne sera intentée qu'après une *indictio* du patron[3] et celle-ci donnera nécessairement à l'obligation de

loc. cit. : *operas ne amplius vobis imponant aratorias* IIII, *sartorias* IIII, *messicias* IIII. Varron, *De re rust.*, 1, 18 : *quaternis operis singula jugera confodere.* Columelle, II, 2 : *Puerilis una opera jugerum vineti pampinabit*; 2, 13 : *Tritici modii quatuor bubulcorum operas occupant quatuor occatoris unam... Caetera legumina occupant operas sexaginta, id est menses duos.*

1. Girard, *Manuel*[5], p. 447, n. 1.

2. C'est ce qui devra arriver le plus souvent, la promesse de l'affranchi étant conçue en termes généraux. Il promettait *donum, munus, operas* : V. supra, p. 357. n. 2 ou « *quot operas patronus arbitratus sit* : *D.*, 38, 1, *De op. lib.*, 30. Il pouvait aussi promettre un certain nombre d'*operae* : *quinque, centum, mille operas* : *D.*, 40, 7, *De statul.*, 4, 4; 37, 14, *De jure patron.*, 6, 1; 38, 1, *De op. lib.*, 15, 1. Cfr. A. Pernice, *Labeo*, 3, 1. p. 85. Mais, comme l'a démontré M. Mitteis, *loc. cit.*, p. 149-150, jamais la *species* des *operae* n'était indiquée dans le serment ou la promesse de l'affranchi. Le seul texte qui parle d'une *certa species operarum* (*D.*, 38, 1, 24) oppose nettement la stipulation faite avec un ouvrier libre, et dans laquelle se trouve cette mention, à celle du patron avec son affranchi.

3. *D.*, 38, 1, *De op. lib.*, Julien, 24 : *Sed operae quas patronus a liberto postulat confestim non cedunt, quia id agi inter eos videtur ne ante cederent quam indictae fuissent...* Ulpien, 13, 2 : *Judicium de operis tunc locum habet, cum operae praeterierint. Praeterire autem non possunt, antequam incipiant cedere, et incipiunt, posteaquam fuerint indictae;* 15 *pr.*; Gaius, 22 *pr.* Paul, 45, 1, *De verb. obl.*, 73 *pr.* : *Item si operas a liberto quis stipulatus sit, non ante dies earum cedit quam indictae fuerint nec sint praeteritae....* Il résulte de ces textes que, contrairement à l'opinion de Pernice, *Labeo*, 3, 1, p. 85, n. 4, il n'était besoin dans la formule de l'action d'aucune *demonstratio* pour mentionner l'*indictio*. Avant que celle-ci ait eu lieu, il ne peut pas exister de *dare oportere*, puisque c'est seulement par elle que l'obligation nait, comme le déclare Gaius, 22 *pr.*, : *committitur stipulatio*. V. Lenel, *Edit. trad. fr.*, 2, p. 64, n. 3. V. aussi, Mitteis, *Stipulation und Legat, ZSS* (*RA*), 32, 1911, p. 10, D'autre part, toutes les *operae* de l'affranchi doivent être *indictae*. La différence signalée à ce point de vue par beaucoup d'interprètes entre les *operae officiales* et les *operae fabriles* n'existe pas. L'*indictio* est aussi bien nécessaire pour les *operae industrielles* de l'affranchi que pour les autres. C'est ce qui résulte des recherches de M. Mitteis, *loc. cit.*, p. 149-150. Le patron, dans sa réquisition, doit tenir compte de la capacité personnelle, de la profession de l'affranchi. Mais, en se plaçant dans ces limites, il réclamera de lui aussi bien des services professionnels que des services qui n'ont rien de technique. V. Mitteis, p. 156-157. L'affranchi peut promettre de fournir ses *operae* à son patron ou à un tiers, mais cette *adjectio solutionis gratiâ* ne produira d'effet que si les *operae indictae* rentrent dans les services professionnels. V. *infrà*, p. 362.

l'affranchi le caractère de certitude dont elle était privée jusque-là. Traite-t-on au contraire avec un homme libre[1], ce pourra être, ou pour un certain nombre d'*operae* sans aucune relation avec un ouvrage quelconque, ou, au contraire, pour le nombre indéterminé d'*operae* nécessaires à l'accomplissement de tel ou tel ouvrage. Dans ce dernier cas, l'action ne semble pas pouvoir être *certa*.

Quoi qu'il en soit, les Romains restent toujours fidèles à la même conception quand ils assimilent la *stipulatio operarum* à une stipulation de genre[2] et que, par suite, ils traitent les *operae* comme une chose fongible, cette distinction en *genus* et en *species* ne s'appliquant qu'à des *res* et même, pour parler avec plus de précision, qu'à des *res corporales*[3].

Les textes comparent les *operae* à la chose fongible par excellence, à la monnaie[4], et Ulpien déclare qu'elles peuvent être payées par n'importe qui et à n'importe qui[5]. On admet donc l'équivalence entre les *operae* de deux travailleurs quelconques[6]. Le travail de l'un peut être remplacé par celui de l'autre, et, de même, à moins d'une clause formelle de la stipulation, le travail promis à quelqu'un peut être délégué par

1. Alors, pas besoin d'*indictio*. La preuve s'en trouve dans *D.*, 38, 1, *De op. lib.*, 24 quand on donne à ce texte son véritable sens. V. Mitteis, *loc. cit.*, pp. 146 et 148.

2. Julien, *D.*, 45, 1, *De verb. obl.*, 34, 1 : *Operarum stipulatio similis est stipulationibus in quibus genera comprehenduntur....*

3. On sait en effet que les Romains, élargissant outre mesure le mot *res*, parlent aussi de *res incorporales*. Gaius, 2, 12-14; *Inst.*, 2, 2, *De reb incorp.*

4. Pomponius, *D.*, 38, 1, *De op. lib.*, 4. Ulpien, *eod. tit.*, 6. Comp. aussi, *D.*, 35, 1, *De cond. et dem.* 57.

5. Ulpien, *D.*, 38, 1, *De op. lib.*, 9, 1 : ... *fabriles autem aliaeve ejus generis sunt, ut a quocumque cuicumque solvi possint.*

6. Si une solution différente se trouve dans un texte de Javolenus, *D.*, 40, 7, *De statul.*, 39, 5, d'après lequel un tiers ne peut pas, en prestant ses *operae*, libérer l'esclave « *cui operas dare jussus esset*, » cela tient tout simplement à ce que l'équivalence ne peut pas exister entre les *operae* d'un homme libre et celles d'un esclave, mais seulement entre les *operae* de deux hommes de même condition. Il semble prouvé, du reste, que, en ce qui concerne les travailleurs indépendants, la *stipulatio operarum*, comme la *locatio*, n'était pratiquée, en général, que pour des travaux d'ordre inférieur, des travaux de manœuvre. Quand elle visait des travaux où la capacité professionnelle entrait davantage en ligne de compte, peut-être exigeait-on chez deux ouvriers, pour qu'ils pûssent se remplacer l'un par l'autre « *eadem peritia.* » *Arg. D.*, 45, 2, *De duob. reis*, 5.

celui-ci à un autre[1]. A plus forte raison, le contrat peut-il contenir une *adjectio solutionis gratia*[2]. Rien d'étonnant non plus à ce que les *operae* soient transmissibles aux héritiers[3].

Cependant tout ceci n'est vrai que des *operae* qui ont une valeur pécuniaire. Tel n'est pas, en principe, le caractère des *operae liberti,* car elles sont *officiales*[4] et forment une relation toute personnelle entre le patron et son affranchi. Ces *operae* ne pourront donc être fournies qu'au patron et par l'affranchi lui-même[5]. Toutefois si ce dernier exerce un métier, le patron peut le mettre à contribution pour des travaux de son métier et alors ces *operae* que les textes dénomment « *operae artificiales* » ou *quae in artificio sunt*, obéiront aux mêmes règles que les *operae fabriles*[6], c'est-à-dire que les *operae* de travailleurs indépendants, pouvant, comme celle-ci, être estimées en argent[7].

1. *D.*, 12, 6, *De cond, ind.*, 26. 12.

2. Julien, *D.*, 38, 1, *De op. lib.*, 23 *pr.*

3. Ulpien, *D.*, 38, 1, *De op. lib.*, 6 : *fabriles operae ceteraeque, quae quasi in pecuniae praestatione consistunt, ad heredem transeunt, officiales vero non transeunt.*

4. « Services de dévouement et de complaisance, » dit M. Girard, *Manuel*[5], p. 123. M. Mitteis a prouvé (*loc. cit.*, p. 156-158) que l'expression *operae officiales* comprend tous les services de l'affranchi, même les services professionnels. Aussi, pour l'affranchi, les mots *operae* et *officium* sont-ils pris comme synonymes. V. Paul, *D.*, *h. t.*, 1 ; *Operae sunt diurnum officium ;* Gaius, *D.*, *h. t.*, 22 : *Cum enim operarum editio nihil aliud sit quam officii praestatio;* Ulpien, *D.*, 12, 6, *De cond. ind.*, 26, 12 : *...si non operae patrono sunt solutae, sed cum officium ab eo desideraretur.*

5. *D.*, 38, 1, *De op. lib.*, 9, 1 : *Sed officiales quidem futurae nec cuiquam alii debere possunt quam patrono, cum proprietas earum et in edentis persona et in ejus cui eduntur constitit.* V. aussi *eod. tit.*, 10, 1 ; 11 ; 12.

6. *D.*, *h. t.*, Ulpien, *9 in fine : sane enim, si in artificio sint, jubente patrono et alii edipossunt;* Julien, 23 *pr. : Hae operae quas libertus promittit, multum distant a fabrilibus vel pictoriis operis. Denique si libertus faber aut pictor fuerit, quamdiu id artificium exercebit, has operas patrono praestare cogitur. Quare sicut fabriles operas quis potest sibi aut Titio stipulari, ita patronus a liberto operas sibi aut Sempronio recte stipulatur : et libertus obligatione solvetur, si tales operas extraneo dederit, quales patrono praestando liberaretur.* Cf. Marcellus cité par Ulpien, *D.*, 12, 6, *De cond. ind.*, 26, 12 : *Sed si delegatus sit a patrono* [*an teneatur alii exhibere?*] *officiales operas apud Marcellum libro vicensimo Digestorum quaeritur. Et dicit Marcellus non teneri eum, nisi forte in artificio sint* (*hae enim jubente patrono et alii edendae sunt*). Comp. pour les corrections qu'il semble nécessaire d'apporter à ce texte : Mitteis, *loc. cit.*, p. 155, n. 3, le Digeste de Mommsen et celui de P. Bonfante, C. Fadda..., *in-18*, Mediolani, 1908.

7. Aussi, malgré les prohibitions générales de la loi Aelia Sentia, peuvent-elles être louées par le patron quand il n'a pas d'autre moyen d'en profiter : Julien, *D.*, 38, 1, *De op. lib.*, 25 *pr.*, 1 ; 27. Cfr. Alfenus Varus, *D.*, *h. t.*, 26 *pr.* V. Girard,

Si nous envisageons, au contraire, une obligation quelconque de *facere*, nous voyons qu'elle répugne à la distinction de la *species* et du *genus* et qu'il ne peut y être question de fongibilité. Quand quelqu'un promet de *facere*, c'est son propre fait, son fait personnel qu'il promet. Il y eut sans doute des contradictions sur ce point, comme nous l'apprend Justinien[1], mais si cet empereur crut nécessaire de prendre une décision formelle et de déclarer, qu'à cet égard, il n'y aurait plus de différences entre les obligations de *dare* et celles de *facere*, c'est que le principe contraire était encore généralement admis[2]. On allait jusqu'à refuser la transmissibilité de l'obligation de faire contre les héritiers du débiteur[3]. Justinien fonde la règle nouvelle sur cette idée que « *paene similis omnium hominum natura est.* »

Il est vrai que déjà Ulpien, dans un texte du Digeste de Justinien[4], admet que le travail promis peut être accompli par un autre, à moins qu'il n'ait été expressément convenu entre les parties que le travail serait fait par le promettant lui-même, mais ce texte ne reproduit pas fidèlement la doctrine classique et son interpolation semble certaine[5]. Il a dû être remanié pré-

Manuel[5], p. 124 et Mitteis, *loc. cit.*, p. 154, n. 1. Il faut remarquer que pour les *operae servorum* les textes distinguent aussi *l'officium* et *l'artificium*. Cf. *D.*, 32, *De leg*[3], 65, 1, 2; 40, 4, *De manum. test.*, 24; 50, 15, *De cens.*, 4, 5.

1. *C. J.*, 8, 37 (38), *De contrah. et comm. stipul.*, 13. Cf. *C. J.*, *eod. tit.*, 15, 1 où Justinien étend la même solution aux legs.

2. *Contrà* : Accarias, *Précis*[4], 2, p. 51, n. 2.

3. *Veteris juris altercationes decidentes, generaliter sancimus omnem stipulationem, sive dando, sive in faciendo, sive mixta ex dando et faciendo inveniatur, et ad heredes et contra heredes transmitti, sive specialis heredum fiat mentio, sive non.... illa subtili, et supervacua scrupulositate explosa, per quam putabant non esse possibile factum ab alio impleri, quod aliis impositum est.* »

4. *D.*, 46,3, *De solut.*, 31 : *Inter artifices longa differentia est et ingenii, et naturae, et doctrinae, et institutionis. Ideo si navem a se fabricandam quis promiserit, vel insulam aedificandam, fossamve faciendam, et hoc specialiter actum est, ut suis operis id perficiat : fidejussor ipse aedificans vel fossam fodiens, non consentiente stipulatore, non liberabit reum. Quare etiam si illis stipulationibus fidejussor accesserit : « Per te non fieri, quominus mihi agere liceat? » prohibens ire fidejussor, stipulationem non committit : et si patientiam praestet, non efficiet, quominus committatur stipulatio.*

5. Dans la forme actuelle de ce texte, le raisonnement d'Ulpien se déduit mal. Si, en effet, comme la prémisse le déclare, il y a des différences très considérables entre les ouvriers, il s'ensuit logiquement que lorsque quelqu'un a promis de bâtir une maison ou de creuser un fossé, c'est lui et non un autre qui doit exécuter la promesse, étant donné surtout qu'il s'agit d'un contrat de droit strict dans lequel tous

cisément pour être mis d'accord avec *C. J.*, 8, 37 (38), 13. Un autre texte du même jurisconsulte applique encore la règle dans toute sa rigueur aux conditions adjointes aux legs[1]. Si la condition a pour objet un *dare*, le *statuliber* l'exécutera valablement aux mains de l'acheteur, mais, s'il s'agit d'un *facere*, il ne pourra l'exécuter, même après la vente, qu'aux mains de l'héritier : *hae* (*conditiones*) *enim personis eorum cohaerent quibus adscribuntur*. Ulpien ne distingue pas entre les différents faits. Justinien, au contraire, à propos d'une question analogue, dit que l'on doit rechercher si la « *conceptio verborum* » et la « *facti natura* » sont telles « *ut quod relictum est ab alio impleri possit* » ou non[2]. Il est vrai que cet empereur commence par invoquer le témoignage d'Ulpien. Mais il doit lui emprunter seulement sa distinction des *conditiones* en *dare* et en *facere* et la sous-distinction des *conditiones* de *facere* lui appartient en propre.

A un autre point de vue encore, il y a opposition entre l'obligation des *operae* et l'obligation de faire. C'est que la première est une obligation de genre et une obligation de quantités, de sorte qu'elle est divisible par le nombre des *operae* : *numero fit*

les termes employés ont leur portée exacte. Que vient donc faire alors le « *et hoc specialiter actum est ut suis operis perficiat?* » La stipulation « *navem a se fabricandam* » est assez précise par elle-même. Pas besoin d'une clause spéciale pour imposer l'exécution au promettant lui-même et pour la rendre par suite impossible au *fidejussor*. Aussi la dite réserve est-elle laissée de côté pour la stipulation donnée en exemple à la fin du fragment : « *Per te non fieri, quominus mihi agere liceat?* » C'est que cette dernière phrase n'a pas été remaniée. Il en résulte une disparate choquante entre les deux parties du texte. Il faut donc débarrasser ce dernier de l'incidente : « *et hoc specialiter actum est....* » Il devient alors la meilleure preuve, pour l'époque classique, de l'impossibilité pour un tiers d'exécuter valablement la promesse de *facere*. V. aussi *D.*, 32, *De leg.*[3], 11, 25; 45, 1, *De verb. obl.*, 49, 2. Cfr. Eisele, *Beiträge zur Erkenntnis der Dig. interp.*, *ZSS* (*RA*), 18, p. 36-37. Que l'on n'objecte pas que déjà Sabinus fit admettre la validité de la promesse de faire émanant d'une personne hors d'état d'accomplir le fait promis, quand celui-ci était physiquement possible. V. *D.*, 45, 1, *De verb. obl.*, 137, 5. Cela ne veut pas dire, en effet, que n'importe qui pourra valablement exécuter cette promesse, mais seulement que l'impossibilité relative *a parte debitoris* n'empêche pas la validité de l'obligation, et que celle-ci se résoudra en dommages-intérêts.

1. *D.*, 40, 7, *De statul.*, 6, 7. V. aussi sur la condition *rationum reddendarum* et sur son caractère mixte : Callistrate, *D.*, 35, 1, *De cond. et dem.*, 82. La solution d'Ulpien est d'autant plus remarquable qu'en général on se montre très large pour l'exécution de la condition par le *statuliber*. Cf. Karlowa, *op. cit.*, 2, p. 137.

2. *C. J.*, 6, 51, *De cad. toll.*, 1, 9.

divisio[1]. L'*opera*, autrement dit la journée de travail, nous apparaît, sans doute, comme étant devenue, aux yeux des jurisconsultes, une unité irréductible[2], mais plusieurs *operae* sont susceptibles de division.

La stipulation d'un fait est au contraire indivisible[3]. L'œuvre à accomplir est considérée comme un tout indécomposable et, par suite, ne se prête pas à une exécution partielle. L'*opus* a pour caractère de ne pouvoir servir à sa destination qu'à condition d'être complètement achevé.

III

Cette assimilation des *operae* aux *res datae* est-elle écartée toutefois quand il s'agit de la répétition d'*operae* indûment fournies? Je ne le crois pas[4], mais il faut avouer que quelques textes,

1. Julien, *D.*, 45, 1, *De verb. obl.*, 54, 1. Celse et Papinien cités par Ulpien, *D.*, 38, 1, *De op. lib.*, 15, 1. Cf. Girard, *Manuel*[5], p. 739, n. 4.

2. Pour Labéon, cité par Pomponius, *lib. 8 ad Sab.*, *D.*, 38, 1, *De op. lib.*, 8, *l'opera* est divisible et une *pars operae* peut être dûe et réclamée en justice : « *Labeoni placet et deberi et peti posse partem operae* ». Dans Celse et dans Julien, l'idée contraire commence à poindre. Celse, cité par Ulpien, *lib.* 38 *ad Ed.*, *D.*, *eod. tit.*, 15, 1, admet que si un affranchi commun a promis à ses deux patrons *mille operas*, l'un et l'autre auront droit à 500 *operae* plutôt qu'à la moitié de chaque *opera* : « *quingenas potius deberi, quam singularum operarum dimidias* ». Quant à Julien, *D.*, 45, 1, *De verb. obl.*, 54, 1, il dit bien que si un esclave commun a stipulé *unam operam*, chacun des propriétaires de l'esclave devra réclamer une *pars operae* proportionnelle à la part qu'il a dans la propriété de l'esclave : « *necesse est utrique dominorum partem operae tantam quantam in servo habuerit, petere* » mais il ajoute que cependant il sera préférable que l'affranchi offre l'estimation de *l'opera* en argent, chose divisible, ou que les patrons consentent à ce que *l'opera* leur soit fournie en commun. Pomponius, *lib. 6 ad Sab.*, *D.*, *eod. tit.*, 3 déclare déjà avec plus de netteté : « *nec pars operae per horas solvi potest, quia* [*continua est*]. *id est officii diurni* ». Enfin nous trouvons dans Ulpien (*D.*, *eod. tit.*, 15, 1), qui l'emprunte peut-être à Papinien, un principe général et absolu : « *neque promitti, neque solvi, nec deberi, nec peti pro parte poterit opera.* »

3. Gaius, *D.*, 35, 2, *Ad leg. Falc.*, 80, 1 ; Ulpien, *D.*, 45, 1, *De verb. obl.*, 72 ; Paul, *eod. tit.*, 85, 2. Je n'envisage, bien entendu, qu'un fait non juridique auquel seulement les *operae* peuvent être comparées. Tel fait juridique, le legs de libération, par exemple, créera une obligation divisible. V. Accarias, *Précis*[4], 2, p. 250-251 ; Girard, *Manuel*[5], p. 739, n. 4.

4. Je crois même que, dans ce cas, *l'indebitum* sera toujours *certum*, l'exécution ayant eu comme résultat de déterminer exactement le nombre et la nature des *operae*.

et notamment le *D.*, 12, 6, *De cond. ind.*, 26, 12, rendent cette question particulièrement difficile.

Notons tout d'abord, pour limiter le débat, qu'à partir du moment où, grâce à Julien, la théorie des obligations naturelles fut établie[1], la répétition ne fut plus ouverte à l'affranchi pour les *operae indebitae* qu'il avait pu, comme tel, fournir à son patron. Toutes ces *operae*, quel qu'en fût le caractère (services personnels et professionnels[2]), furent regardées comme dues par lui *naturaliter*. Julien, que cite Ulpien[3], pose la règle sans faire aucune distinction entre les *operae liberti*.

Mais la répétition était-elle possible, et, si oui, comment avait-elle lieu, quand il s'agissait d'*operae fabriles*, c'est-à-dire d'*operae* fournies par un travailleur indépendant ou par un affranchi à son patron en dehors de tout droit de patronat ?

C'est bien cette question qui semble avoir été envisagée par le jurisconsulte Celse dans le passage du livre 6 de ses *Digesta* reproduit par le même texte d'Ulpien[4]. Or Celse commence par montrer que le caractère des *operae* s'oppose à ce qu'elles fassent l'objet d'une restitution. Ne se modifient-elles pas avec celui qui

1. Girard, *Manuel*[5], p. 640.

2. V. plus haut, p. 362, n. 4, où nous avons admis avec M. Mitteis que toutes ces *operae* sont *officiales*.

3. *D.*, 12,6 *De cond. ind.*, 26,12 : *Libertus cum se putaret operas patrono debere solvit : condicere eum non posse, quamvis putans se obligatum solvit, Julianus libro decimo digestorum scripsit : natura enim operas patrono libertus debet.*

4. *Sed si operas patrono exhibuit non officiales, sed fabriles, vel*[*uti*] *pictoris vel alias dum putat se debere, videndum an possit condicere. Et Celsus libro sexto digestorum putat eam esse causam operarum, ut non sint eaedem neque ejusdem hominis, aetas* [*temporis*], *opportunitasque naturalis mutat causam operarum, et ideo nec volens quis reddere potest. Sed haec, inquit, operae recipiunt aestimationem : et interdum licet aliud praestemus, inquit, aliud condicimus : utputa fundum indebitum dedi et fructus condico : vel hominem indebitum, et hunc sine fraude modico distraxisti, nempe hoc solum refundere debes, quod ex pretio habes : vel meis sumptibus pretiosorem hominem feci, nonne aestimari haec debent? sic et in proposito, ait, posse condici, quanti operas essem conducturus.* » Il est vrai que Celse ne cite nulle part les *Digesta* de Julien (V. P. Krüger, *Sources*, p. 224-225 et Mitteis, *loc. cit.*, p. 155) et qu'il n'admettait peut-être pas encore l'obligation naturelle de l'affranchi. Mais rien ne prouve qu'en écrivant le passage ci-dessus cité par Ulpien, il pensait spécialement aux *operae* de l'affranchi. Le livre 6 de son Digeste traitait de la *condictio* et il devait s'y occuper de la *condictio* des *operae* en général et à cause de la difficulté de leur répétition inhérente à leur nature. Comp. Mitteis, p. 154-155; Koschembahr-Lyskowski, *op. cit.*, 2, p. 252.

les fournit comme avec celui qui les reçoit? La force de l'ouvrier, son âge, les circonstances de temps et d'opportunité sont autant de facteurs qui peuvent les rendre tout à fait dissemblables. Aussi celui qui a reçu indûment des *operae* et qui voudrait les rendre ne le pourrait pas : « *nec volens quis reddere potest.* »

Mais cela n'empêche pas qu'elles peuvent faire l'objet d'une *condictio* puisqu'elles sont susceptibles d'estimation, et que, dans bien des cas, « *licet aliud praestemus, aliud condicimus.* » Aussi, conclut le jurisconsulte, dans notre hypothèse, celui qui a fourni les *operae* pourra *condicere* « *quanti operas conducturus essem,* » c'est-à-dire la somme que l'*accipiens* aurait été obligé de payer s'il les avait louées, somme qui constitue le montant de ce dont il s'est enrichi sans cause.

Pendant longtemps, les interprètes, ne s'arrêtant pas à ce texte, et sous l'empire de l'idée alors incontestée que les *operae* étaient un *factum*, donnaient à l'action en répétition la formule ordinaire des actions incertaines avec l'*intentio : quidquid dari fieri oportet ob eam rem*, précédée d'une *demonstratio* ou d'une *praescriptio : « ea res agatur quod operas fabriles indebitas praestitit »* ou « *de operis indebite praestitis restituendis*[1] ».

Mais, comme le remarquait A. Pernice[2], les hésitations de Celse ne se comprendraient pas en face d'une formule aussi large et laissant au juge tout pouvoir d'appréciation.

Elle est, du reste, pour ainsi dire, abandonnée aujourd'hui. Dans l'opinion dominante, la *condictio* des *operae* indues est bien la *condictio incerti*. Mais son *intentio* devait ici, comme dans tous ses autres cas d'application[3], spécialiser l'objet de la demande. C'est précisément, observe-t-on, ce que Celse veut indiquer. La restitution de la prestation accomplie n'étant pas possible, le demandeur est obligé de réclamer autre chose que cette restitution et c'est cette autre chose (*aliud*) qui devient

1. Arg. Gaius, IV, 136-137. Cf. Savigny, *Traité*, V, *App.* 14, p. 596; Voigt, *Die Condict. ob causam*, 1864, p. 287, n. 16; Keller-Wach, *Der röm. Civilproz*, 1884, 6 § 40, p. 199. Lenel. *Edictum*, 1re éd. allem., p. 122.

2. *Labeo*, 3, 1, p. 210.

3. Lenel, *Ed. perp., trad. fr.*, 1, p. 178 et 2e éd. allem., p. 152.

l'objet de la créance et qui figure dans l'intentio. En un mot, la formule devait être ainsi rédigée : *Si paret* $N^{m}N^{m}$ $A^{o}A^{o}$, *quanti* $N^{s}N^{s}$ *operas* $A^{i}A^{i}$ *conducturus esset* [ou *fuisset*[1]] *dare oportere, tantam pecuniam, judex* $N^{m}N^{m}$ $A^{o}A^{o}$ *condemna, s. n. p. a.*[2].

Cependant la conclusion que l'on tire du texte de Celse ne s'impose en aucune façon. Il est acquis maintenant, comme nous l'avons vu, que c'est par une *condictio certae rei* que l'exécution d'une promesse *d'operae* pouvait être réclamée, et, d'autre part, que, d'une façon générale, la cause de la créance ne modifiait point la nature de la *condictio*[3]. Quand des *operae* avaient été indûment fournies, leur restitution devait donc être demandée aussi par une *condictio certae rei*[4].

Il est parfaitement exact que la fongibilité des *operae*, admise pour l'exécution de la créance les ayant pour objet, ne pouvait pas cependant aller jusqu'à permettre à celui qui avait indûment reçu un certain nombre *d'operae* de se libérer en en fournissant lui-même un nombre semblable. Mais il n'y avait rien là de spécial aux *operae*. L'obligation de restituer qui pesait sur un *accipiens*, quel que fût l'objet de cette obligation, portait en effet toujours sur la chose même qu'il avait reçue, et, quand cette restitution en nature était impossible, il ne pouvait pas se libérer par un équivalent. Il devenait seulement débiteur d'une somme égale au montant de son enrichissement. On a bien prétendu que s'il s'agissait de choses fongibles, la restitution

1. V. la remarque de Baron, *Die condictionen*, 1881, p. 230, n. 17.

2. Bekker, *Die Aktionen*, 1871, p. 111, n. 34; Karlowa, *Legisaktionen*, 1872, p. 237, s.; Baron, *op. cit.*, p. 230; Pfersche, *Die Bereicherungs-Klagen*, 1883, p. 10; Comp. Girard, *Manuel*[5], p. 616. n. 3; Lenel, *Edit. perp., trad. fr.*, 1, p. 178-179 et 2e éd. allem., p. 152.

3. C'est en ce sens que la *condictio* est une action abstraite. V. Baron, *op. cit.*, p. 1 et suiv.; Pernice, *Labeo*, 3, 1, p. 212, n. 2; Girard, *NRH*, 1893, p. 410, n. 2 et *Manuel*[5], p. 600 et n. 2.

4. A. Pernice, *Labeo*, 3, 1, p. 210; Trampedach, *Die cond. incerti*, *ZSS* (*RA*), 17, p. 129-130. Nous ne saurions admettre cependant avec ce dernier auteur, qu'à l'époque de Celse, l'idée d'étendre la notion de la *certa res* aux *operae* fût encore nouvelle, ce qui expliquerait les hésitations du jurisconsulte. Nous croyons, au contraire, que cette idée est très ancienne et appartient à un droit simpliste et peu analytique. Cfr. Michon, *loc. cit.*, p. 372. Comp. aussi von Mayr, *Die cond. incerti*, *ZSS* (*RA*), 24, 1903, p. 258; 25, 1904, p. 188.

portait sur *tantumdem* et non sur *l'indebitum ipsum*[1]. Mais, en réalité, il n'y avait à ce point de vue aucune différence entre les choses fongibles[2], et, seules, les dettes d'argent obéissaient à cette règle spéciale[3]. Quant aux *operae* indues, comme elles ne pouvaient jamais évidemnent être restituées elles-mêmes, dans tous les cas, le droit du *tradens* ne portait que sur leur estimation[4].

Mais, dès lors que cette estimation était possible, elles pouvaient faire l'objet d'une *condictio*. Reste à savoir quelle était cette *condictio*. Pour répondre, il faut encore suivre les principes généraux de la matière. Or, nous possédons des textes formels, d'après lesquels *l'intentio* de la *condictio* continuait à porter sur l'objet payé indûment même quand il avait péri et que sa restitution était impossible[5]. La *condictio certae rei* continuait

1. Erxleben, *Condictiones sine causâ*, 1850, 1, p. 191 et 201 et Witte, *Die Bereicherungsklagen des gem. Rechts*, 1859, p. 140, cités par Pfersche, *op. cit.*, p. 130. Ces auteurs s'appuient surtout sur deux textes : Pomponius, *D.*, 12, 6, *De cond. ind.*, 7 et Marcien, *D.*, 19, 5, *De praescr. verb.*, 25, d'après lesquels, en cas d'*indebitum aut ipsum aut tantumdem repetitur*. Mais les deux textes invoqués s'expliquent suffisamment par la règle sur les paiements d'argent. V. Girard, *Manuel*[5], p. 629, n. 1.

2. La preuve en est surtout dans *D.*, 12, 6, *De cond. ind.*, 65, 6. Cf. Mandry, *Arch. f. civil. Prax.*, 48, p. 221, s.; Pfersche, *op. cit.*, p. 140; Girard, *Manuel*[5], p. 621, n. 1. Comp. aussi A. Pernice, *Labeo*, 2, 1, p. 104-105.

3. V. Brinz, *Pandekten*, II, p. 517.

4. C'est probablement tout ce que veut exprimer Marcien, *D.*, 19, 5, *De praescr. verb.*, 25. Il est vrai qu'il semble nier toute répétition des *operae*, mais, dans un autre texte du Digeste, extrait, comme le f. 25, du *lib.* 3 de ses *Regulae*, il l'admet formellement, *D.*, 11, 6, *De cond. ind.*, 40, 2. On peut penser que, dans ce dernier passage, il se place au point de vue de la possibilité d'intenter une action et d'obtenir une condamnation pécuniaire, tandis que, dans l'autre, il envisage surtout l'objet de l'obligation en restitution qui ne peut jamais porter ni sur les *operae ipsae*, ni sur des *operae* équivalentes : ... *si per errorem operae indebitae datae sunt ipsae repeti non possunt... quod autem indebitum datur, aut ipsum repeti debet aut tantumdem ex eodem genere quorum neutro modo operae repeti possunt*. Comp. Brinz, *Pandekten*, 2, p. 517, n° 50 et A. Pernice, *Labeo*, 3, 1, p. 210, n. 2, qui considèrent ce texte comme une véritable énigme. V. aussi Pfersche, *op. cit.*, p. 141-142. M. Cuq. *Institutions*, 2, p. 448, n. 2, rattache l'impossibilité de la répétition admise par le f. 25 au principe : *nemo potest condicere factum*. Mais alors comment expliquer le f. 40, 2? Cette restitution des *operae* pouvait se poser aussi en matière de dot et c'est à ce propos qu'Ulpien devait s'en occuper dans *D.*, 38, 1, *De op. lib.*, 9, extrait du *lib.* 34 *ad Sab.* Malheureusement, ce passage a été altéré et tronqué par les compilateurs (V. Mitteis, *loc. cit.*, p. 152-153) et ne peut par suite nous fournir aucun renseignement.

5. *D.* 12, 4, *De cond. c. d.*, 15; *D.*, 47, 2, *De furt.*, 52, 28; *D.*, 45, 1, *De verb. obl.*, 83, 7. Cf. A. Pernice, *Labeo*, 2, 1, p. 102.

donc à pouvoir être intentée, les Romains ne s'arrêtant pas à l'inexactitude manifeste de *l'intentio* et apercevant en quelque sorte sa correction tout à côté, dans le *quanti ea res est* de la *condemnatio incerta*. De même, il importera peu que les *operae* ne puissent être restituées, *l'intentio* tendra néanmoins à *dare* ou à *reddere operas*[1] et le juge trouvera dans la *condemnatio* tout pouvoir pour apprécier leur valeur en argent. Si, dans le texte précité, Celse parle de « *quanti conducturus*, » c'est uniquement pour donner une base d'estimation au juge[2].

Quelques auteurs cependant, repoussant eux-mêmes l'idée d'une *condictio incerti*, ont insisté sur ce point que Celse, tout en visant l'estimation des *operae*, parlent de *condicere aliud* et ils en concluent que c'est au demandeur d'estimer lui-même le montant des *operae*, de sorte que la *condictio* ici employée ne serait pas la *condictio certae rei*, mais la *condictio certae pecuniae*[3]. Plus récemment, on a soutenu que cette estimation n'était pas faite par le demandeur lui-même, mais par le magistrat dans un *arbitrium in jure*[4].

L'existence de cet *arbitrium*, soit dans cette hypothèse, soit dans d'autres, ne s'appuie malheureusement sur aucun témoignage précis et reste, par suite, purement conjecturale[5]. Quant à l'auto-estimation du demandeur, elle a pour elle plus de vraisemblance, puisque certains textes, que l'on peut rapprocher du f. 26, 12, parlent de *condicere pretium* au cas où la restitution de la chose elle-même est devenue impossible[6]. Mais d'autres textes, visant le même cas, parlent de *condicere* la

1. Comp. Koschembahr-Lyskowski, *op. cit.*, 2, p. 254.

2. En ce sens, Pflüger, *Ciceros Rede pro Q. Roscio*, 1904, p. 23 s. *Contrà* : Koschembahr-Lykowski, *op. cit.*, 2, p. 256-257.

3. Telle était l'opinion défendue par Pflüger dans son étude sur la *C. incerti*, *ZSS* (*RA*), 17, p. 105. Mais il s'est rallié depuis à l'emploi de la *c. c. rei* : voy. la note précédente.

4. Koschembahr-Lyskowski, *op. cit.*, 2 p. 255-256.

5. V. sur ce point Michon, *loc. cit.*, p. 385-388 et Krüger, *loc. cit.*, p. 468-469.

6. *D.* 13, 1, *De cond. furt.*, 8 pr. : *In re furtiva condictio ipsorum corporum competit sed utrum tamdiu quam exstent an vero et si desierint esse in rebus humanis?... durat condictio aestimationis ejus ; corpus enim ipsum praestari non potest* : 39, 6, *De don. m. causa*, 19 :... *qui rem quam mortis causa acceperat alii porro dederit ; nam donator huic non rem, sed pretium ejus condiceret.*

chose elle-même qui a péri[1], et, la vérité, c'est que le mot *condicere* a plusieurs sens, visant tantôt le contenu de l'*intentio*, mais tantôt aussi le résultat de l'action[2]. En tout cas, cette auto-estimation ne saurait être forcée. Tout au plus, était-elle facultative pour le demandeur, bien qu'il dût hésiter à encourir les risques de la *plus petitio*[3].

En résumé, dans la répétition des *operae* indues et dans leur réclamation au moyen d'une *condictio*, nous ne trouvons que l'application des règles générales sur les *certae res*, et, en aucune façon, la preuve de l'assimilation des *operae* à un *factum*.

IV

C'est encore la même conception des *operae* qui, croyons-nous, fournit l'explication du fameux texte de Julien, *D.*, 45, 2, *De duob. reis*, 5 :

« *Nemo est qui nesciat alienas operas promitti posse et fidejussorem adhiberi in eâ obligatione. Et ideo nihil prohibet duos reos stipulandi constitui vel promittendi, sicuti si ab eodem fabro duo rei stipulandi easdem operas stipulentur : et ex contrario duo fabri ejusdem peritiae easdem operas promittere intelleguntur et duo rei promittendi fieri.* »

Julien commence par déclarer que, comme personne ne l'ignore, on peut promettre les *operae* d'autrui : *Nemo est qui nesciat alienas operas promitti posse.* Tous les interprètes qui concevaient les *operae* comme un fait sont venus successivement se heurter à cette proposition. N'était-elle pas en effet en complète contradiction avec le principe posé par une foule de textes

1. *D.*, 13, 1, *De cond. furt.*, 3 : *Item si mortuum hominem condicat, consecuturum ait pretium hereditatis* ; 39, 6, *De don. m. causâ*, 37, 1 : *si quis servum mortis causâ sibi donatum vendiderit,... pretii condictionem donator habebit si... hoc elegerit* ; *alioquin et ipsum servum restituere compellitur*. Comp. cependant pour le second de ces textes, dont la fin a peut-être été ajoutée par les compilateurs : Lenel, *Pal.*, 2036 et A. Pernice, *Labeo*, 2, 2, p. 102, n. 5.

2. V. Pfersche, *op. cit.*, p. 16.

3. En ce sens, Pernice, *Labeo*, 2, 2, p. 102-103, d'après lequel la possibilité de cette auto-estimation serait due à Julien et à Celse.

que l'on ne peut pas promettre le fait d'autrui : *factum alienum inutiliter promittitur*[1] ?

Les glossateurs pensaient que le mot *alienae* ne devait pas être pris ici dans un sens strict, mais que le jurisconsulte s'en servait pour désigner des *operae* promises en même temps par plusieurs personnes[2]. Landucci[3] admet à peu près cette explication. Voici, d'après lui, l'hypothèse en face de laquelle se place Julien. Titius a promis d'accomplir un travail déterminé, par exemple, de peindre telle salle. Le propriétaire, craignant que cette promesse ne soit pas exécutée, s'adresse à Seius et celui-ci promet le même travail, par conséquent le fait déjà dû par Titius. Il promet ainsi d'exécuter lui-même le fait d'autrui : *alienas operas se praestare promittit*. Que ces deux obligations soient valables et notamment la seconde, personne ne peut penser le contraire et voilà pourquoi Julien s'exprime avec tant de décision : *Nemo nesciat alienas operas*....

Mais un doute pouvait naître au contraire sur le point de savoir s'il était possible d'adjoindre un fidéjusseur à cette obligation ou d'établir la corréalité entre les deux débiteurs, et cela, à cause de l'identité exigée dans les prestations en cas de *fidejussio* ou de corréalité. C'est ce doute que le texte de Julien a pour but d'écarter.

Cette interprétation a évidemment le tort de forcer le sens des mots. On ne peut vraiment pas dire, si telle est l'hypothèse visée par Julien, que le second débiteur promette *alienae operae*, car c'est bien son propre fait qu'il promet.

Une autre explication était donnée par Pothier[4], qui, au fond, se rapproche beaucoup de la précédente. Elle avait pour base une distinction tirée des termes de la stipulation. Si quelqu'un promet d'exécuter pour moi un travail, il ne peut pas intervenir de fidéjusseur, car il viendrait garantir l'exécution de ce tra-

1. *Inst.*, 3, 19, *De inut. stip.*, 3, 21 ; *D.*, 45, 1, *De verb. obl.*, 38 pr., 1, 2 ; 46, 1, *De fidej.*, 65.

2. V. Binder *Die Korrealobligat. im röm. und heut. Recht*, 1899, p. 24, n. 59.

3. *Le obligazioni in solido*, 1830, 1, p. 178. V. aussi Fitting, *Die Natur der Korrealobligat.*, 1859, p. 194.

4. *Pandectae Justin.*, *tit. De duob. reis*, n° 2.

vail et, par suite, promettre le fait d'autrui. Mais le fidéjusseur peut bien s'obliger lui-même à ce que le travail soit exécuté. Le créancier l'interrogera : *An fide tua jubes te effecturum ut Titius faciat.* Le fidéjusseur promettant ici son propre fait sera valablement obligé (*D.*, 46, 1, 65). Cette distinction devra être faite également pour le cas où je veux avoir deux débiteurs corréaux du même travail. Si 2[us] promet le fait de 1[us], la stipulation sera nulle ; elle sera valable s'il promet son propre fait.

On peut répondre encore à Pothier que si le second débiteur promet son propre fait, il n'y a pas promesse d'*alienae operae,* ce que le texte déclare cependant d'une façon formelle. D'autre part, comme l'observe Demangeat[1], si telle était la pensée de Julien, on ne comprendrait guère pourquoi il parlerait non seulement du fidéjusseur et des *correi promittendi,* mais encore des *correi stipulandi*, car, quand il s'agit de savoir si quelqu'un a promis le fait d'autrui, il importe peu qu'il y ait un seul stipulant ou plusieurs. Pothier n'explique donc pas ce qui, dans ce texte, a trait aux *rei stipulandi.*

Demangeat se rallie à l'explication proposée par Cujas[2]. Julien aurait exclusivement en vue les *operae libertorum* qu'il étudiait dans le livre 22 de ses *Digesta* d'où est extrait le f. 5. Il faisait une comparaison entre les *operae officiales* et les *operae fabriles.* Les *operae officiales* étant exclusivement attachées à la personne de l'affranchi et à celle du patron, ne pouvaient faire l'objet d'une *adjectio solutionis gratiâ*, ni d'une délégation. Tout au plus, leur promesse était elle susceptible d'être garantie par un fidéjusseur, mais le patron créancier ne pouvait d'abord interpeller ce dernier à l'effet de le mettre en demeure[3]. Les *operae fabriles* comprenaient, au contraire, des services qui étaient dans le commerce. Elles pouvaient être valablement fournies à un *adjectus solutionis gratiâ* et le patron avait le droit de les déléguer à un tiers. C'était précisément de ces *operae fabriles* dont Julien s'occupait dans notre texte qui devait venir dans

1. *Des obligat. solidaires en dr. rom.*, 1858, p. 118-120.
2. *Recitationes solemnes in lib. XXII Digestorum Salv. Juliani.*
3. *D.*, 38, 1, *De op. lib.*, 44.

son Digeste après le *D.*, 38, 1, *De op. lib.*, 23 où il était question des *operae officiales*. Il devait observer que celles-ci ne peuvent être fournies qu'au patron et que, par suite, il n'est pas permis à l'affranchi de s'obliger envers deux *rei stipulandi* dont l'un serait son patron et l'autre un tiers et que de même elles ne peuvent être fournies que par l'affranchi, d'où l'impossibilité pour le patron d'avoir deux débiteurs dont l'un serait son affranchi et l'autre un étranger. Julien passait ensuite aux *operae* de l'autre catégorie (*alienae operae*), c'est-à-dire aux *operae fabriles*, et il déclarait pour elles que tout le monde sait qu'elles peuvent faire l'objet d'une promesse dans les termes du droit commun, qu'un fidéjusseur pourra la garantir et qu'elle pourra sans difficulté être faite à deux *rei stipulandi* ou par deux *rei promittendi*.

Cette interprétation n'est pas plus admissible que la précédente. D'abord, il est impossible d'attribuer au mot « *alienae* », le sens d' « *aliae* » qu'il n'a jamais[1]. D'autre part, c'est tout à fait arbitrairement que Cujas fait précéder dans le Digeste de Julien notre f. 5 par le f. 23, 38, 1. En réalité, le f. 5 doit être rattaché à *D.*, 45, 1, *De verb. obl.*, 54 où Julien ne traitait point *ex professo* des *operae liberti*, mais de la *stipulatio operarum* en général[2]. Enfin M. Mitteis, dans son travail déjà cité[3], a prouvé que la distinction faite traditionnellement dans les *operae liberti* entre les *operae officiales* et les *operae fabriles*, ne repose sur rien. Il a montré notamment que Julien l'ignorait d'une façon complète[4].

Cette impossibilité d'arriver à une conciliation acceptable a fait employer par Mommsen, dans son édition du Digeste[5], un remède héroïque, consistant à intercaler dans la phrase difficile deux négations de façon à en changer absolument le sens. D'après Mommsen, Julien devait rappeler tout d'abord le prin-

1. Binder, *op. cit.*, p. 25, n. 59.
2. Landucci, *op. cit.*, p. 180. Comp. Lenel, *Pal*, I, *Julianus*. nos 361, 362.
3. *Operae officiales und fabriles*, *ZSS* (*RA*), 1902, p. 143.
4. V. *D.*, 12, 6, *De cond. ind.*, 26, 12: 38, 1, *De op. lib.*, 23 pr. et 24.
5. *Digesta Justiniani Augusti recognovit Th. Mommsen*, *ed. maj.* II, 1870, p. 678, n. 1.

cipe bien connu que les *operae alienae*, c'est-à-dire le fait d'autrui, ne peuvent être promises et il en concluait qu'un fidéjusseur ne peut pas être adjoint à cette obligation : « *Nemo est qui nesciat alienas operas promitti* NON *posse* NEC *fidejussorem adhiberi in eâ obligatione.* » Mais toutefois (AT *ideo*), ajoutait-il, des *operae* peuvent très valablement faire l'objet d'une stipulation ou d'une promesse corréale.

En un mot, le sens du fragment serait celui-ci : Pas de promesse valable relativement à des *operae alienae,* mais s'il y a créance ou dette corréale d'*operae*, il ne s'agit pas d'*operae alienae*[1].

Est-il donc vraiment nécessaire de recourir à un moyen si désespéré, à une correction tout arbitraire, qui ne s'appuie sur rien et que les Basiliques condamnent au contraire formellement[2]? Je ne le crois pas.

En réalité, la contradiction embarrassante n'existe que dans l'esprit des interprètes. Il est bien entendu que le fait d'autrui ne peut pas être promis, mais les *operae* d'autrui peuvent l'être, parce qu'elles ne sont pas un fait. Les *operae* sont des *res,* elles font l'objet d'une *datio,* et, de même qu'on peut promettre de *dare* une *res aliena*, de même on peut promettre de *dare* des *operae alienae.*

Cette convention ne sera-t-elle même pas tout à fait pratique? Un propriétaire a un travail à faire effectuer; il se fera promettre tant de journées de maçon ou de peintre par un entrepreneur. Celui-ci ne sera lui-même ni maçon, ni peintre, mais il se procurera la main-d'œuvre voulue. Les *operae* sont choses de genre, comme la monnaie. Nous avons rencontré plusieurs textes qui insistent sur ce caractère. Je n'ai pas besoin d'avoir en ma propriété la somme que je promets. C'est tout à fait dans le même sens que je puis promettre les *operae* d'autrui.

1. V. Binder, *op. cit.*, p. 24 et suiv.

2. *Basilicorum libri* LX *ed* E. Heimbach, 1833-1897, XLIII, 2, IV, p. 318 : Καὶ ἀλλοτρίας ἐργασίας καλῶς ἐπερωτᾶταί τις καὶ ἐγγυᾶται, καὶ γίνονται ἐπ' αὐταῖς δύο ἐναγόμενοι ὁμολογοῦντες καὶ δύο ἐναγόμενοι ἐπερωτῶντες. *Etiam alienas operas recte quis promittit, et pro his fidejubet, et fiunt earum nomine duo rei promittendi et duo rei stipulandi.* Comp. Landucci, *op. cit.*, p. 177, n. 2.

Partant de là, le texte est clair. Il envisage deux hypothèses bien distinctes. Dans la première, il s'agit d'une promesse d'*alienae operae*. Julien la déclare valable et il s'ensuit que les modalités de la fidejussion et de la corréalité peuvent parfaitement y être adjointes. A côté de celui qui a promis les *alienae operae,* un fidéjusseur peut intervenir. Rien n'empêche non plus deux créanciers corréaux de les stipuler ou deux débiteurs corréaux de les promettre[2]. Cette promesse, ajoute Julien, sera tout aussi valable (*sicuti si* n'est pas là pour donner un exemple, mais pour indiquer une comparaison) que celles relatives à des *operae* personnelles au promettant. Et telle est la seconde hypothèse, dans laquelle ce sont deux créanciers qui stipulent les mêmes *operae* d'un même ouvrier ou deux ouvriers qui promettent les mêmes *operae* à un seul créancier.

Ces solutions s'expliquent toutes, en somme, par la nature des *operae*. La corréalité suppose *una res*, c'est-à-dire identité de prestation pour les deux obligations ou les deux créances[3]. Elle ne pourrait pas se rencontrer s'il s'agissait d'un fait, d'une œuvre déterminée, d'un *opus*. Mais les *operae* consistent en un certain nombre de journées de travail et celles-ci sont toujours appréciées d'une façon identique parce qu'elles sont envisagées en elles-mêmes, indépendamment de l'ouvrage à faire, indépendamment de celui à qui elles sont fournies ou même de la personne de l'ouvrier. Toute journée de travail en valant une

1. De nombreux interprètes ne rapportent point aux *alienae operae* le membre de phrase : « *et ideo nihil prohibet duos reos stipulandi constitui vel promittendi* ». D'après eux, Julien expliquerait donc la possibilité de toute corréalité en matière d'*operae* par le principe que la promesse d'*alienae operae* est valable. De là, plusieurs théories ingénieuses sur la nature de la corréalité. Brinz, *Krit. Blatter*, IV, p. 19 et s. trouve dans notre texte la preuve que chaque débiteur corréal représente l'autre pour partie. C'est aussi lui qu'invoque Hölder, *Das Wesen der Korrealobligationen* dans *Festschrift für Scheurl*, 1884, p. 58, pour soutenir que tout débiteur corréal promet à la fois son propre fait et le fait d'autrui. V. sur le système de Brinz, Landucci, *op. cit.*, p. 173-183 et Binder, *op. cit.*, p. 23-27, et sur celui de Hölder, Mitteis, *Die Individualisirung der Obligation*, 1886, p. 95-96 et Binder, *op. cit.*, p. 24, n. 59. Mais les subtilités auxquelles conduisent ces interprétations et l'impossibilité d'expliquer par elles la corréalité active visée formellement par Julien suffisent à les faire écarter.

2. Mitteis, *Individualisirung*, p. 96.

3. V. Girard, *Manuel*[5], p. 741 et n. 1; Eisele, *Archiv. f. civil. Praxis*, 77, 1891, p. 420.

autre, l'identité de prestation, en matière de fidéjussion ou de corréalité, se trouve facilement obtenue.

Aussi Julien en parle-t-il au même endroit de son livre où il caractérise l'obligation des *operae* comme une obligation de genre. Cependant il apporte dans le f. 5 une restriction à l'équivalence des *operae* du côté passif en exigeant, pour l'identité des prestations nécessaire à la corréalité, la même habileté chez les deux ouvriers « *eadem peritia* ». C'est à cette condition seulement que l'individualité de chacun ne pourra pas entrer en ligne de compte pour différencier l'objet de leur obligation[1]. On sait, du reste, que Julien paraît avoir été particulièrement rigoureux relativement à l'identité d'objet en matière de corréalité[2].

En résumé, les jurisconsultes romains conçoivent toujours les *operae* comme des *res* et j'ai essayé de montrer que les réponses qu'ils donnent aux différentes questions posées sont logiquement inspirées par cette idée. Elles sont, au contraire, inexplicables en dehors d'elle.

Cette notion du travail a évidemment de quoi nous surprendre. Elle semblera toutefois moins étrange si on réfléchit que les Romains pratiquèrent d'abord exclusivement le travail servile. L'esclavage, qui faisait du travailleur un objet de propriété et qui donnait au maître de l'esclave, sur lui et sur toute son activité, un droit absolu, ne devait-il pas amener tout naturellement une confusion entre le travail et le travailleur lui-même?

1. Binder, *op. cit.*, p. 26.
2. *D.*, 45, 2, *De duob. reis*, 15, Julien cité par Gaius.

LE RÔLE ET LE CHOIX

DE

L'*EXSECUTOR NEGOTII*

dans la procédure extraordinaire à l'époque de Justinien

(Étude sur un papyrus byzantin du Musée du Caire nº 67032)

PAR

PAUL THOMAS

Professeur à la Faculté de Droit de l'Université de Toulouse

Date : Juillet (?) 551.

1. [† Βα]σιλ[είας τοῦ] [θ]ειοτά[του καὶ εὐσε]βεστάτου δεσπότου ἡμῶν
Φ[λαυΐου]
[Ἰου]στινιανοῦ τοῦ (αἰω)[νί]ου Αὐγούστου καὶ Αὐτοκράτορ[ος]
ἔτους εἰκοστοῦ πέμπτου, μετὰ τὴ[ν] ὑπατίαν Φ[λ]ς Βασιλίο[υ]
τοῦ λαμπρ/ἔτους δε[κ(ά)]το[υ], (τ)ῇ πρὸ (πέντε εἰδῶν) Ι[ουλίου] (?)
5. ἰνδ̣ὸς τεσσάρεις καὶ δεκ[άτης], ἐν τῇ λαμπρᾷ καὶ [ἐν]δόξῳ Φλς Κ[ω]ν-
στ[αν]τίν[ου]
πόλει Ῥώμῃ· τάσδε τὰς . . . . (συγγράφου)[σιν ὁμ]ολογείας καὶ
συνθήκας [π]ρὸς ἀλλήλους [δ]ί̣χ̣α δόλου κα[ὶ] βίας καὶ [ἀπά]της
καὶ ἀνάγκης καὶ πάσης περιγραφῆς[1], ἑκούσῃ γνώ(μῃ κα)ὶ
αὐθαιρέτῳ προαιρ[έ]σει· ἐκ μὲν τοῦ (ἑν)ὸς μέρ[ους Διόσκορος]
10. Ἀπολλῶτος καὶ Καλλί[ν]ικος Βίκτορος καὶ Ἀπολλῶς Ἰωάνν[ου]
καὶ Κῦρος Βίκτορος διὰ Σεν[ο]ύθου Ἀπολλῶτος πο[ι]ουμένου τὴν
χώραν αὐτοῦ ἀπόντος, ὁρμώ[μ]ενοι ἅπαντες ἀπὸ κώμης
[καλ]ουμέν[ης Ἀ]φρ[οδιτ](ῶν)[2] το[ῦ] Ἀν[ταιοπ]ολείτου ν[ομοῦ τῆς
θηβαίων]
[ἐπ]αρχεί[ας], ἐκ [δὲ τοῦ] ἑτέρου μέρους Φλς Π[αλλάδιος ὁ λαμπρ/]
15. [κόμης] τοῦ θ[είου] κωνσιστωρίου, υἱὸς Ἰωάνν[ου τοῦ τῆς μακαρίας] (?)
μνήμη[ς κα]ὶ Ἐπίγονο[ς] ὁ λαμπρ/ κ[ό]μ, ἀμφό[τεροι μεν . . .]
ὁρμώμενοι ἐκ τῆς Λεοντι . . . . . π[ό]λε[ω]ς τ[ῆς . . . . .]
Καππαδοκῶν ἐπ[αρ]χείά[ς] . . . . . απ . . . . . .
τὴν βασιλ(εἰδ)[α π]ό(λ)[ι]ν (καὶ)..... (τοῦ)... (αλλ)..... (τα)ξ [..]
20. δηλουμένοις συμφώνοις· καταλαβόντες (ἐντα)ῦθα ἐπὶ ταύτη[ς]
τῆς βασιλευούσης, ἡμεῖς οἱ προγεγραμμένοι, Διόσκορος καὶ
Ἀπολλῶς καὶ Καλλίνικος καὶ Κῦρος δι' ἐμ[οῦ] Σενούθου ποιο(υνου)[3]
τὴν χώραν αὐτοῦ, θείαν ἐποριςάμεθα κέλευσιν κ[ατὰ] (τῶν)
ἀντιδίκων ἡμῶν, τὸν περὶ Ἡρακλεῖον Ψαϊῶτος καὶ λοιπῶν

1. Le texte porte δίχα δόλου.... καί περιγραφῆς. Ce sont là deux expressions si voisines que M. Gradenwitz n'hésite pas à traduire le terme περιγραφή, dans les différents papyri où il l'a rencontré par *dolus, circumscriptio*. Cf. Gradenwitz : *Einführung in die Papyrusurkunde*, 1900, p. 34, note 1. MM. Collinet et Jouguet traduisent περιγραφή par : « démarche hostile. ». Cf. Collinet-Jouguet, Un procès plaidé devant le juridicus Alexandreae, dans : *Archiv für Papyrusforschung*, I, 1901, p. 300, ligne 12 et p. 311.

2. Aujourd'hui Kôm-Ichgaou, bourg de la Haute-Egypte, près de Quaoû el-Kebir, l'ancienne Antœopolis. Cf. : Maspero, *Bulletin de l'Institut français d'archéologie orientale du Caire*, VI, 1908, p. 75.

3. Evidemment pour ποιουμένου.

Date : Juillet (?). 531.

1. La vingt-cinquième année du règne de notre maître divin et très pieux, Flavius Justinien, éternel, auguste et empereur, la dixième année après le consulat de l'illustre Flavius Basilios, le 11 Juillet de la quatorzième

5. indiction, dans l'illustre et glorieuse ville de Rome de Flavius Constantin, des conventions et des accords réciproques, exempts de dol, de violence, de tromperie, de contrainte et de toute restriction ont été signés très volontairement et à la suite d'une libre décision, entre d'un côté, Dioscore
10. fils d'Apollos, Callinique, fils de Victor, Apollos, fils de Jean, Kyros, fils de Victor, représenté à l'acte par Senouthos, fils d'Apollos, tous venus du village appelé Aphrodito, du nome d'Antœopolis, de l'éparchie de Thébaïde, et de l'autre, le très illustre Flavios Palladios

15. comte du consistoire sacré, fils de Jean d'heureuse mémoire et le très illustre Epigonos, comte, l'un et l'autre..... venus de ..... la ville de ..... de l'éparchie de Cappadoce ..... dans cette ville impériale et .....

20. pour les accords indiqués.
Etant venus ici, dans cette ville impériale, nous autres susnommés, Dioscore, Apollos, Kallinique et Kyros, ce dernier représenté par moi, Senouthos, nous avons obtenu un ordre divin contre nos adversaires, contre Heracleios, fils de Psaius, contre

ἀπὸ τῆς ἡμετέρας κώμης, ἔτι μὴν καὶ καθ' οἱονδήποτε
προσώπου ἀποδεικνυμένου ἀκολούθως τῇ θείᾳ ὑμῶν (*sic*)
[κελ]εύσει, καὶ δεηθ[έντε]ς κατὰ νόμον πρα . . . τρος ἐκβιβ[α]στο[ῦ]
[τοῦ πρ]άγματος, παρακ[λήσ]εις προσηνενέχ[α]μεν (τῇ) [ὑμῶν][1]
λαμπρότητι ἐπὶ Ἰουνίου μηνὸς τῆς ἀρτίως τεσσάρ[εις καὶ δεκάτης]

ἐπινεμήσεως, κατ' Αἰγυπτίους δὲ πέντε καὶ δ[εκάτης]
ὥστε (αὐ)τὴν σὺν θ(εῷ) παραγεινομένην τῇ θη[βαίων χώρᾳ]
λαβεῖν τὴν εἰρημένην θείαν κέλευσιν ἤτοι τ[ὸ φυλάχθέν](?)
παρ' ἡμῶν θεῖον ὑπομνηστικόν, καὶ ἐμφανίσασθαι τοῖς
κατα χώραν δικαστηρίοις, καὶ πᾶσαν εὔνοιαν καὶ . . ρ . . . .

καὶ ἔπειξιν καὶ ἀγρυπνίαν καὶ ἐκβιβ[ασ]μὸν (θέ)[σθαι (?) τῷ]
ἡμετέρῳ πράγματι, ἕως οὗ πέρατι παραδο[θήσεται] ἡ δίκη
πρὸ[ς] πᾶσα[ν] (ἀπ)α(λ)λ(αγὴν α[ὐ](τοῦ). . . . . (μι) τῆς αὐτῆς
θείας κελεύσεως, καὶ π[αρέ]ξαι παρὰ τὸ δικαστήριον (πά[ντ]α)
τὰ ἐντεταγμένα πρόσωπα τῇ αυτῇ κελεύσει ὑπὸ ἐγγύα[ς]
ἀσφαλεῖς, οὐ μὴν ἀλλὰ καὶ πάντα τὰ ἀποδεικνύμενα πρόσωπα
κατὰ τήν δύναμιν τοῦ εἰρημένου τύπου[2], καὶ ἐκβιβάσ[αι]
ἄρχει πέρατως δίκης. ἡμῶν μέντοι διδομένων τὰ ἐμφ[(α)]ν(ισ)τικ[ὰ][3]
καὶ τὰ ἀναλώματα τῆς τάξεως[4], καὶ ἀπολαμβανόντων τὸ τέταρτον
μέρος πάντων τῶν ἐναγομένων προσώπων σπορ[τ]ούλ[ων],

τοῦ δὲ ἄλλου ἡμίσεως τετάρτου μέρους τῶν αὐτων σ[πορτούλων (?)]
(σ)τε(λ)λουμένου τῇ ὑμετέρᾳ λαμπρότητι· τῶν δὲ σ[. . . . .]
ἐκ τῆς δίκης ἢ πρὸ δίκης ἔξεστι ἡμιν λαβεῖν (εἰ)[ς] λόγο[ν . . . . .]
ὑπὲρ ζημιωμάτων ἡμῶν καὶ αὐτῶν τὸ ἥμ[ι]σ[υ τέτα]ρ[τον]
μέρος καὶ τῇ ὑμετέρᾳ λαμπρότητι τὸ ἄλλο τέταρτον, [ὥ](στε εἶ)ν[αι]

1. Pour ἡμῶν.

2. Cf. *Nov.* 113, *praefatio* : « ὅτι θεῖοι τύποι ἢ θεῖαι κελεύσεις.. *quia sacrae formae aut sacrae jussiones.* » ...

3. Cf. *ligne* 33, ἐμφανίσασθαι; *ligne* 42 ἐμφανιστικὰ. Cf. Dirksen, *Manuale latinitatis fontium juris civilis romanorum*, v° emphanisticum. Le sens exact de ces deux termes est donné par les novelles. Cf. J. Partsch : *Nachrichten von der königlichen Gesellschaft der Wissenschaften zù Göttingen*. Heft, 2, 1911, p. 250, note 4; p. 244; p. 251, note 1.

4. Sur l'organisation de l'*officium* du gouverneur et les employés qui y sont attachés (τάξις) cf. Karlowa, *Römische Rechtsgeschichte* 1885, I, p. 876 et Mitteis, *Grundzüge und Chrestomathie der Papyruskunde*, 1912, II. Jurist. Teil. p. 30 et 31. Novelle 112, chap. 2 : « κινδύνῳ τῆς ἁρμοδίας τάξεως, *periculo competentis officii.* »

d'autres habitants de notre village, comme aussi contre toutes les personnes désignées dans l'acte divin.
La loi nous obligeant à avoir recours à un *exsecutor negotii*, nous avons adressé nos supplications à votre illustre Excellence, au mois de Juin de la présente indiction quatorzième, qui est
la quinzième chez les Egyptiens, afin que grâce à Dieu, elle vint à notre secours et apportât dans le nome de Thébaïde l'ordre divin en question que nous avons gardé comme acte de citation. Nous avons supplié votre illustre Excellence de faire insinuer cet acte devant les tribunaux du nome; d'apporter toute sa bienveillance,.....
son zèle, sa vigilance et les soins de son ministère d'*exsecutor* à notre affaire, jusqu'à ce que finalement justice nous soit rendue par la liquidation complète de notre procès..... d'assigner auprès du tribunal toutes les parties citées dans l'ordre divin, en exigeant d'elles
des cautions sûres, ainsi que toutes les personnes visées par la portée dudit rescrit et de nous fournir son ministère d'*exsecutor* jusqu'à la fin du procès.
Nous vous payerons les frais d'insinuation et les dépenses à faire à *l'officium*. Nous recevrons, pour notre part, le quart de tous les *sportulae* versés par les défendeurs assignés;
les autres trois quarts reviendront à votre illustre Excellence. [Quant aux autres sommes d'argent payées] à la suite du procès ou avant le procès, il nous sera permis, à cause des dommages que nous avons subis, d'en prendre proportionnellement les trois quarts et à votre illustre Excellence, d'en garder l'autre quart, comme payement

50. τοῦτο ὑπέρ τε σκυλμοῦ[1] καὶ κόπου καὶ ἀναλωμάτ[ων] αὐτῆς
ἤτοι καὶ τῶν προσηκόντων αὐτῇ παιδαρίων· καὶ μὴ δύνασθαι
αὐτὴν ἐν οὐδενὶ ἀμφιβάλλειν ἢ παραβῆναι τὰ προκείμ[ενα]
σύμφωνα, ἀλλ' εἰς πέρας ἄξαι εὐλόγως καὶ σπουδαίως καὶ δικ[α]ίω[ς]
κατὰ πάντα ἐντρανῆ[2] τρόπον, δίχα οἱασδήποτε προδοσία[ς]

55. καὶ ῥαδιουργείας καὶ ὑπερθέσεως καὶ ἀναβολῆς καὶ μετεωρεισμο[ῦ]
καὶ γλεύης· ἑτοίμως ἔχοντες καὶ ἡμεῖς ὑπὸ λόγον προσ(εὑρεῦσ)[αι]
τοῦ ἐνδοξοτάτου στρατηλάτ[ου] τῆς χώρας καὶ τοῦ α . . . . . ο
ὃν ἂν προλήμψεται[3] ἡμῖν ἀπ' αὐτῶν ἡ ὑμετέρ[α] λαμ[πρότης]
ἕως ὅτε εἰς πέρας ἀχθῇ ἡ τοῦ καθ' ἡ[μᾶ]ς πράγματο[ς δίκη]

60. [ἀμ]έμπτως καὶ ἀκαταγνώστως κα. (ει ὸ) ε(κ)βιβ[ασμὸν]
ποιήσασθαι καὶ ἐκδοῦναι τοῖς ἐναγομένοις [προσώποις (?)][4]
ἑτοίμως ἔχομεν κινδύνῳ ἡμῶν καὶ πόρῳ π(α)[. . . . . .]
καὶ δίκας λέγειν. Ἐγώ τε ὁ προλεχθεὶς λαμπρότατος Π[αλλάδιος]
ἀνθομολογῶ ἑτοίμως ἔχειν ἐμμεῖναι τοῖς προρεισθεῖσι μοι π(αρ')
[ὑμῶ]ν

65. συμφ(ώ)νοις καὶ ὁμολογήμασιν, καὶ στέρξα[ι π]άντα καὶ εἰς πέρας
[ἄ]ξαι καθ' οἱονδήποτε προμνημ[ον]ευθέντα παρ' ὑμῶν
(τρόπον δε). . . . . πρ. (β) . . . . (αι ἐν) τα[ύταις] ταῖ[ς δυσὶ]
ὁμολογίαις κ[αὶ] μὴ ἐν οὐδενὶ π[αρα]βῆναι . . . . . ταῦτα
κα[τ]ὰ [τ]ὴν δύναμιν τῆς πορεισθ[είσ]η[ς ὑμῖν θείας κελεύσ]εως,

1. Certainement σκυλμός signifie : fatigue, tourment. Van Herwerden, *Lexicon graecum suppletorium et dialecticum*, 1902. *Verbo* σκυλμός : « *vexatio fatigatio...* » : mais peut-être, faut-il traduire par : fatigues résultant d'un voyage. Sophocles, *greek Lexicon of the roman and byzantine periods* (from B. C. 146 to A. D. 1.100), 1888 : « σκυλμός, *trouble, molestation, vexation* » et au mot σκύλλω, « *to trouble, vex, ... σκυλλῆναι πρός με, to take the trouble to come to me; ..... σκύλλονται τινες ἐκεῖ, take the trouble to go thither.* »

2. ἐντρανῆ pour ἐνδρανή. ἐνδρανῆς. Van Heerwerden, *op. cit.* : « δραστικός, πρακτικός... » — Sophocles : *op. cit.* : « *efficient; opposed* to ἀδρανής » ; et à ἀδρανής' « *inactive, listless, weak, imbecile.* »

3. προλαμβάνω c'est-à-dire προμανθάνω, Sophocles, *op. cit.*, hoc verbo. Van Herwerden, *op. cit.* : « προλαμβάνειν τινα = προφθάνειν, φθάνειν. »

4. La fin de la ligne 61 est trop mutilée, pour permettre une restitution sérieuse. Y avait-il après les mots ἐκδοῦναι τοῖς ἐναγομένοις, [προσώποις] (?) comme l'écrit Maspero ou [τὰς ἀγωγὰς] (?) comme le suppose Partsch? Faut-il y voir l'*editio actionis?* C'est extrêmement douteux. Cf. cependant Partsch, *op. cit.*, p. 252.

50. de ses fatigues, de sa sollicitude et des dépenses qu'elle aura faites pour elle et pour les esclaves qui lui appartiennent. Votre illustre Excellence ne pourra en rien différer ou violer les conventions établies mais devra agir jusqu'à la fin avec sagesse, diligence, justice et de toute manière active,

55. sans déloyauté, sans indélicatesse, sans remise ou ajournement, sans exagération ou raillerie.
Nous acceptons de comparaître sur votre injonction devant le très glorieux duc du nome et [devant tout magistrat] que votre illustre Excellence nous avertira avoir saisi de notre affaire contre nos adversaires, jusqu'à ce que notre procès soit ainsi conduit jusqu'à la fin d'une manière irréprélensible et

60. irréprochable. Nous sommes prêts, à nos risques et à nos frais, à vous aider dans votre ministère d'*exsecutor*, à faire l'*editio actionis* ..... et à intervenir aux débats oraux. Moi, l'illustre Palladios, déjà cité, je déclare dans cette convention que j'accepte de m'en tenir aux pactes et aux

65. accords conclus avec moi; je m'engage à en respecter toutes les clauses, à agir jusqu'à la fin de toutes les façons mentionnées par vous ..... dans ces deux contrats, à ne les transgresser en rien ..... conformément à la teneur de l'ordre divin que vous avez obtenu,

ἀλλὰ μᾶλλον ἐκβιβάσα[ι π]άντας τοὺς [ὑμ]ετέρους [ἀν]τιδίκους
τοὺς ἐντεταγμένους καὶ ἀποδεικνυμένους ἐπὶ παντὶ κε(φαλαί)[ῳ] (?)
ἀνήκοντι ὑμῖν κατ' αὐτῶν [μ]έχρει τῆς περαιώσεως τοῦ ὑ(μ)ετέρ-
πράγματος· καὶ πρόσεπι τούτοις πρὸς σαφεστέραν καὶ ὀχ(υ)[ρο](τέρ)αν
ἀσφάλειαν, ἐπωμνύμεθα ἀλλήλοις, ἐγὼ μὲν ὑμῖν, (ὑ)μ[εῖς δὲ ἐμοί],
τὸν θεῖον καὶ σεβάσμιον ὅρκον, τὴν δὲ ἁγία[ν] καὶ ὁ[μοούσιον]
Τριάδα καὶ τὴν νίκην καὶ τὴν διαμονὴ[ν] (το)[ῦ] κ[α](λ)λι[νίκου]
ἡμῶν δεσπότου Φλς Ἰουστινια[νοῦ τοῦ] αἰω[νίου Λυγούστου]
καὶ Λ[ὐτο]κ[ράτο]ρ[ος..... ἐμμενε](ῖν) τοῖ(ς)
(ὡ)[μ]ολογή[θεσιν] (*sic*)
παρ' ἡμῶν ἀμφοτέρων ἐν ταύταις ταῖς ἰσοτύποις δυ[σ]ὶ
ὁμολογίαις. Εἰ δὲ μὴ τοῦτο ποιήσομεν, παρέξει τὸ μὴ
ἐμμένον μέρος τῷ ἐμμένοντι χρυσίου λίτρας δύο ἔργῳ
καὶ δυνάμει ἀπαιτουμένας, καὶ ἄκον ἐμμενεῖν πᾶσιν
τοῖς προγεγραμμένοις συμφώνοις. Καὶ ἐπὶ τούτοις ἅπασιν,
παρ' ἀλλήλων
ἐπερωτηθέντες καὶ ἀλλήλους ἐπερωτήσαντες (ταῦθ')

οὕτως ἔχειν ὀώ(σειν) [π]οιεῖν φ[υλ]άττειν (εἰς) [πέρα]ς ἄξαι
ὡμολογήσαμεν. Προσομο[λο]γῶ δὲ ἐγὼ Παλλά(διος) μονο[μ]ερῶς
έ[το](ί)μως (ἔχ)ειν ἐν(ε)[γκ]εῖν (ὑμ)[ῖν] ἐ(ρχ)ομέ(ν)[οις] (σ)[ὺ](ν θεῷ
ἐν ταύταις)
[.ν] θηβαΐδι τὸ θεῖο[ν] ὑπομν[ηστ]ικόν[1] τ[ὸ προαγ]ορευθ[έν] μοι
(κ)[αὶ] (φυλα)χθ[ὲν] . . . παρ' [ὑ]μῶν . . . . . .

. . . . . .

τῆς διαστροφῆς καὶ ζημίας τῆς ἀ(ν)ηχθείσης τοῖ[ς . . . . .]
πράγμασιν τυγχάνουσιν ἐν τῇδε τῇ πανευδαίμονι[2] π[όλ]ει
ἔτι μὴν ὥστε τὸ προνόμιον τοῦ αὐτοπράκτου σχήματ(ος)

1. Le rescrit est appelé τὸ ὑπομνηστικόν parce qu'il doit servir à faire l'ὑπόμνησις c'est-à-dire la citation. Cf. Partsch, *op. cit.*, p. 250.

2. Εὐδαίμων, πανευδαίμων sont les qualificatifs employés dans les novelles pour désigner la nouvelle Rome (Papyrus 67.032, lignes 5, 6), Constantinople. Cf. par ex. la *nov.* 44, chap. 2, *in fine*.

plutôt que d'offrir mon ministère d'*exsecutor* à tous vos adversaires désignés et visés dans le chapitre de l'ordre sacré qui les concerne et cela, jusqu'à la liquidation de votre affaire. En outre,pour avoir une garantie plus certaine et plus forte, nous nous sommes réciproquement engagés, vous envers moi, moi envers vous,

par un serment divin et sacré prêté sur la Sainte Trinité consubstantielle, sur la victoire et le règne de notre maître, illustre par ses victoires, Flavius Justinien, sempiternel, auguste et empereur ..... à nous en tenir à nos conventions réciproques écrites dans ces

deux contrats semblables. Si nous n'agissons pas ainsi, la partie qui ne respectera pas le contrat payera à l'autre deux livres d'or exigibles par tout moyen légal et elle sera forcée de s'en tenir aux conventions déjà rédigées. En outre, après nous être interrogés réciproquement et nous interrogeant les uns les autres, nous convenons de

nous conduire, comme il est dit, de donner,de faire, d'observer ce que nous avons promis et d'agir ainsi jusqu'à la fin du procès. De mon côté, moi Palladios, je promets encore et j'accepte de porter en Thébaïde, pour vous qui êtes venus ici avec l'aide de Dieu, l'ordre divin qui servira d'acte de citation tel qu'il m'a été communiqué et qu'il a été gardé ..... par vous.

..... de la perversité et du dommage en résultant pour les affaires qui se passent dans cette bienheureuse ville. Au surplus, pour faire reconnaître d'une façon définitive le privilège d'autopragie

τῆς ὑμετέρας ὑπαρχ̣θῆναι κώμης β[ε]βαίω[1] ὑπὲρ δύο
ἢ καὶ πλέον τριῶν νομισμάτων π(αρα)σχεθησομένων μο[ι]
παρ' ὑμῶν τῶν προαρηγηθέντων καὶ καταφανὲς ποιησ(α)[μ]έ[νων]
[...](ους) ἐπὶ τοῦ ἐνδο(ξ)/δοτάτο(ς), καὶ ἀπολήμψομαι τρ(ίτο)ν μέρο[ς]
τῶν ὑπὲρ τούτου ἀνυομένων, τα δε .... (υς) .....
... (σ)αι (τα)
... (ε). η τοῦ.. π. (κ).... (δωσω) (?) [χ̣](ρυσ)οῦς τριάκο[ντα ἕ]ξ..
ε(ν). (χ̣) ....
[τῷ] θείῳ ὅρκῳ καὶ [τ]ῷ ὑπὲ(ρ) το[ύ]τ[ου] ἐπ[ι](ρτη)μένῳ (κ[ι]νδ)[ύ-
νῳ]·
[Ἡ] ὁμολογία κυρία καὶ βεβαία συντεθεῖσα πρὸς του .....
πρὸς ἅπασιν παντα̣χ̣οῦ προφερομένη· ἐρωτηθ[εὶς]
ὡμολόγησα καὶ ὑπογράψας χ̣ειρὶ ἐμῇ ἀπέλυσα †
† Φλ. Παλλάδιος κόμ ὁ προγεγραμμένος ἐθεμην ταύτην τὴν ὁμολο
γίαν ἐπὶ πα(σιν) τοῖς πρ[ο]γεγραμ(μέ)νοις συμφώνοις καὶ. (ρε).....
ὑπέγραψα χ̣ειρὶ ἐμῇ †††† Φλ Φοιβάμμων Ἀθανασίου ἀπὸ. [.....]
τῆς θηβαίων χ̣ώρας, μαρτυρῶ [τῇδε τῇ ὁμολογίᾳ ἀκούσας παρὰ τοῦ]
θεμένου †† Φλ/ (Ἰωάννη)[ς Θ]ε[οδ](ώρου ἀπὸ τῆς) Λύκ(ων)[πόλεως
τῆς] (?)
[θηβαίων χ̣ώρας], μαρτυρῶ [τῇδε τῇ ὁμολογίᾳ ἀκούσα]ς παρὰ [τοῦ
θεμένο].
Φλ/. ωρ.. ογιος Θεοδοσ[ίου] ε.. (πρ).....
[τ](ακτο)μίσθων[2] ἐ(πὶ) τῆς π̣(ρότ)ης τοῦ τα..... μάρτυρον (*sic*) τη..
ὁμολογί[ᾳ ἀκούσας παρὰ τοῦ θεμένου † Φλ/ Θεοδῶρος νοτάριος,
τὴν χ̣ρεῖαν ἐκτελων ἅπασιν τοῖς ενδε(ε)ῖς (?) καὶ τὸ καθεῖσ(μ)[α]
ποι[ού]μενος ἐν τῇ ἁγιωτάτῃ μεγάλῃ ἐκκλησίᾳ ταύτης
[τῆς βα](σι)λείδος πόλεως, μαρτυρῶ τῇδε τῇ [ἀσφ]αλείᾳ
τῇ (ἐ)κτ(ε)θείσῃ π[αρά] Διοσκόρο[υ] καὶ Καλλινίκου καὶ
(Κύρ)ου διὰ Σενο[ύ]θο[υ], καὶ [Ἀπολλῶ]τος, εἰς Παλλάδιον
(τὸν) ..... εν[3] .....
.....

1. « Βεβαιῶ : on peut lire à la rigeur βεβαιως, qui est beaucoup moins probable. » note de M. Maspero. Cf. Maspero, *Catalogue général des antiquités égyptiennes du Musée du Caire*, vol. 51. *Papyrus grecs d'époque byzantine*, 1910, p. 70, ligne 95.

2. « Ce mot qui désignerait une catégorie spéciale de soldats, ne s'était pas encore rencontré à l'époque byzantine, » note de M. Maspero, *ibidem*, p. 70, ligne 112.

3. « Il manque deux ou trois lignes encore, » note de M. Maspero, *ibidem*, ligne 119.

95. de votre village, plus de deux ou même de trois *solidi* me seront payés par mes cocontractants désignés, qui devront agir clairement ..... devant le très illustre duc et je recevrai le tiers de ce qu'ils obtiendront à ce sujet ....

100. ..... Je donnerai trente livres d'or ..... par le serment divin et pour le risque qui en dérive.
La présente convention, déterminée et ferme, ayant été conclue par .... sera portée partout dans tous les ..... Après avoir été interrogé, j'ai confirmé le contrat et j'ai délivré de ma main les signatures.

105. Moi, Palladios, comte, susnommé, j'ai donné mon consentement à tous les accords précités et ..... j'ai signé, au-dessous, de ma main. Moi, Fl. Phoibammon, fils d'Athanase du ..... nome de Thébaïde, je suis témoin du présent contrat, l'ayant entendu de l'exposant. Moi, Fl. Jean, fils de Théodore de Lycopolis, du
110. nome de Thébaïde, je suis témoin du présent contrat, l'ayant entendu de l'exposant. Moi, Fl. .... fils de Théodose, soldat de la première ..... je suis témoin du présent contrat, l'ayant entendu de l'exposant. Moi, Fl. Théodore, notaire, exerçant mon ministère pour tous ceux qui le sollicitent
115. et fixant mon siège dans la très sainte et grande église de cette ville impériale j'atteste la garantie qui résulte du contrat exposé par Dioscore, Kallinique, Kyros représenté par Senouthos et Palladios, le ..... dans .....

I. Le papyrus n° 67.032 du Catalogue général des antiquités égyptiennes du musée du Caire[1] n'est qu'une pièce d'un long procès intenté par les habitants d'Aphrodito au pagarque d'Antœopolis. Les documents relatifs à cette affaire ont été surtout étudiés au point de vue des divisions administratives et des ressorts judiciaires dans l'Egypte romaine[2]. Il y avait cependant, au moins dans un de ces actes, une mine de renseignements précieux pour le droit privé romain et la procédure à l'époque de Justinien, comme le déclarait M. Mitteis, en annonçant la publication du recueil[3]. Aussi l'éminent professeur conseillait-il d'en entreprendre l'étude et l'explication, à l'aide des lois de cet empereur. Avant de rechercher, dans le contrat des plaideurs d'Aphrodito, l'application des lois romaines et l'enseignement qui s'en dégage, il importe tout d'abord d'exposer le fonds du procès.

Comme il résulte du papyrus du Caire n° 67.002[4], le village d'Aphrodito soutenait qu'il n'était pas soumis à l'autorité du pagarque d'Antœopolis. Les pagarques dont l'origine n'est pas encore très bien connue n'existent qu'en Egypte. Ils apparaissent au v^e^ siècle de notre ère et sont fréquemment cités dans les textes du vi^e^ siècle. Dans l'ancienne administration romaine, telle qu'elle fonctionnait depuis la conquète de l'Egypte, la levée des impôts sur tout le territoire de la *civitas* et des *pagi* qui en dépendaient, était confiée aux *curiae*. Mais vers la fin du v^e^ siècle, à la suite d'abus qu'inaugurèrent surtout les grands propriétaires fonciers, la désorganisation financière fut telle que l'empereur dut créer de nouveaux fonctionnaires, les παγάρχαι[5].

Ces derniers reçurent pour mission spéciale de lever et de

1. J. Maspero, *Catalogue général des antiquités égyptiennes du Musée du Caire. vol. 51. Papyrus grecs d'époque byzantine*, 1910.

2. *Bulletin de l'Institut français d'archéologie orientale du Caire*, 1908, tome VI, p. 99. Cependant, cf. Josef Partsch, *Nachrichten von der königlichen Gesellschaft der Wissenschaften zù Göttingen. Philologisch-historische Klasse*, 1911, *Heft* 2, p. 235.

3. *Zeitschrift der Savigny-Stiftung*, 1910, p. 392 et 393.

4. *Catalogue général des antiquités égyptiennes du Musée de Caire*, vol. 51, p. 6. — *Bulletin de l'institut français d'archéologie orientale du Caire*, VI, p. 77, 87.

5. Mitteis und Wilcken, *Grundzüge und Chrestomathie der Papyruskunde*, 1912. *Histor. Teil*, I, p. 82, 83.

concentrer les impôts dans des circonscriptions nommées παγαρχούμεναι κῶμαι. Seuls étaient affranchis de l'autorité du pagarque les grands propriétaires fonciers ou les villages qui jouissaient du privilège d'autopragie (αὐτόπραγια). Ils étaient dits, en pareil cas, αὐτόπρακτοι.

Sur l'étendue et le fonctionnement de ce privilège qui est mentionné dans plusieurs papyri, on avait eu jusqu'ici quelques incertitudes, quand M. Mathias Gelzer a eu le premier le mérite de remettre en lumière les lois romaines qui en ont donné l'explication exacte et définitive. Le premier de ces textes est une constitution du Code Théodosien. Elle est adressée, de Constantinople, par les empereurs Arcadius et Honorius, à Messala, préfet du prétoire d'Italie, le 28 septembre de l'an 399[1] :

« *Quoniam plerique, callidis precibus, rescripta impetrasse dicuntur, ne a solitis compulsoribus exigantur, praesenti jussione monemus, ne, praetento velut quodam beneficio clementiae nostrae, quidquam in exactione celebranda vetustati et consuetudinis derogetur.* »

: « On nous assure, disent les empereurs, que certains ont obtenu à l'aide de prières insidieuses, des rescrits impériaux, les mettant à l'abri des poursuites qu'exercent les *compulsores* réguliers. Nous vous avertissons par le présent ordre de n'avoir à tenir aucun compte des prétendus privilèges accordés par notre clémence, afin de ne rien changer aux anciennes règles et aux usages établis pour la levée des impôts (*exactio*). »

Ainsi donc, au IVe siècle déjà, dans l'empire d'Occident, en Italie, les citoyens cherchent à s'affranchir de la perception des impôts, en excipant d'un privilège concédé par l'empereur.

Invoqué dans l'empire d'Orient, ce privilège s'appellera *autopractorum*, en latin ; αὐτοπραγία, en grec. C'est ce qu'atteste une constitution de Théodose adressée le 19 mai 409, à Anthemius préfet du prétoire de l'Orient[2].

1. *Code Théodosien*, Livre XI, 7, const. 15.

2. *Code Théodosien* XI, 22, const. 4. — L'explication de l'αὐτοπραγία, de l'αὐτόπρακτον σχῆμα par les deux lois précédentes du *Code Théodosien* a été heureusement reprise par M. M. Gelzer. Cf. : *Archiv für Papyrusforschung*, V, 1909, p. 188, 189, 284. Cependant Jacques Godefroy, dans ses commentaires du *Code Théodosien*, avait déjà

« *Nonnullos possessores, exactionis consuetae more dissimulato, eo temeritatis procedere cognovimus, ut quidam auctoritate rescriptionis elicita, instantiam compulsorum eludant, sub eo obtentu quod sponte pronius inferant expetenda. Qua usurpatione patefacta, promulgamus, ut hujusmodi impetrationis novitate supplosa (quae vulgo autopractorum vocatur) universa pensitationis profligandae, quae fuit, reviviscat solemnitas et curiales vel apparitio provincialis, hujus muneris vota procurent ; exceptis his quos eminentissimae tuae sedis specialiter consideratio digessit.* »

Les empereurs se plaignent que quelques *possessores* refusent de respecter les règles traditionnelles relatives à la levée des impôts (*exactio*). Ces *possessores,* disent-ils, poussent l'audace jusqu'à solliciter de l'empereur un rescrit, grâce auquel ils rendent vaines toutes les démarches des percepteurs (*compulsores*), prétextant qu'ils apporteront d'eux-mêmes et plus aisément leurs impôts. Honorius et Théodose s'élèvent contre de pareils abus et contre ces nouvelles prétentions à un privilège qu'ils appellent *autopractorum*. Ils ordonnent de revenir aux anciens errements sur la levée des impôts. Désormais, les *curiales* et les *apparitores provinciales* devront remplir les fonctions de leurs charges, sans se préoccuper des prétendus rescrits qui ont concédé l'*autopractorum*. Seuls jouiront de ce privilège ceux auxquels les empereurs l'auront accordé sur la demande du préfet du prétoire.

On peut citer des exemples de semblables concessions. En 429, Bubulcus, *vir spectabilis, comes et legatus* fit obtenir, sous certaines conditions, l'*autopractorum* aux *possessores africani*[1].

signalé l'existence du privilège d'autopragie qui lui avait servi à expliquer les constitutions impériales se référant à cette matière. Il avait bien vu dans l'*autopractorum*, l'αὐτοπραγια : *Quid igitur? αὐτοπραγίας, id est ut hac l. vocatur, spontaneae devotionis et illationis jus provincialibus hac l. tribuitur : αὐτοπραγίας, inquam, velut vocatur l. 4 inf. ne conlation. translat. post. Autopractorum.* » La publication des papyri a donné une éclatante confirmation à son interprétation. Cf. *Codex Theodosianus Jacobi Gothofredi. Lugduni.* 1665. Livre 11 : titre 1, loi 34 ; titre 7, loi 15 ; titre 22, loi. 4. Le mérite de M. Mathias Gelzer a été de retrouver ces textes et de les appliquer à l'αὐτόπραχτον σχῆμα. Sur l'étymologie de ces termes, l'emploi du mot αὐτοπραγία au lieu de αὐτοπραξία dont se sert Maspero ainsi que sur la correction de Mommsen qui dans son édition du *Code Théodosien*, remplace à tort *autopractorum* par *autopractorium*, cf. *Archiv für Papyrusforschung*, V, 1909, p. 188 et 284.

1. *Code Théodosien*, XI, 1, const. 34. — Gelzer, *op. cit.*, p. 189.

Dans les villages qui jouissaient de cette indépendance financière, les impôts étaient levés par les magistrats locaux πρωτοκωμῆται et versés directement dans les caisses de la province[1].

Les habitants du village d'Aphrodito prétendaient avoir droit à ce privilège, qui leur était contesté par le pagarque d'Autœopolis. Le procès sur lequel trois[2] papyri nous renseignent très exactement, se résumait donc à la question suivante : Le village d'Aphrodito a-t-il l'*autopractorum*, αὐτοπραγία ou, au contraire, fait-il partie des παραχρώμεναι κῶμαι ?

Si l'on en croit une requête relative à un nommé Sebastianos, adressée à Justinien et qui, par une très heureuse circonstance, a été retrouvée et publiée dans la collection du Caire[3], l'*autopractorum* aurait été accordé à Aphrodito par l'empereur Léon,

Malgré cette concession impériale, le pagarque d'Antœopolis n'en persistait pas moins à vouloir lever les impôts à Aphrodito et pour faire respecter sa volonté, il n'hésitait pas devant les moyens les plus violents[4]. C'est dans ces conditions que les habitants du village s'adressèrent directement à l'empereur Justinien. Ils déléguèrent à Constantinople, vraisemblablement leurs πρωτοκωμῆται, Dioscore fils d'Apollos, Callinique fils de Victor, Apollos fils de Jean, et Kyros fils de Victor, représenté par Senouthos, fils d'Apollos[5]. D'après le rescrit impérial que nous possédons, il est positivement sûr que Justinien reconnut leur droit et confirma à leur village, l'*autopractorum*[6]. Il ne restait donc aux plaideurs qu'à retourner chez eux, et à faire état du rescrit, pour faire respecter leur privilège aussi bien du pagarque que de leurs autres adversaires.

II. Dans ce but, le 11 juillet de l'an 551[7], ils signent, à Constanti-

1. Mitteis und Wilcken, *op. cit.* p. 231.

2. *Catalogue général des ant. égyp. du Musée du Caire*, Numéros 67.002, 67.024 (67.025), 67.032.

3. *Ibidem*, Numéro 67.019, p. 43, p. 44, lignes 5 et 6.

4. *Bulletin de l'Institut français d'archéologie orientale du Caire*, 1908, VI, p. 87.

5. *Papyrus* n° 67.032, *lignes* 10 et s. Cf. *suprà*, p. 380.

6. *Papyrus* n° 67.032, *lignes* 22 et s., 94, 95. Cf. aussi *papyrus* n° 67.024 dans le *Catalogue gén. des ant. égyp. du Musée du Caire.*

7. *Ibidem*, *ligne* 1 à 6. Cf. *suprà*, p. 380.

nople, avec Palladios et Epigonos, un contrat aux clauses nombreuses et qui est de nature à modifier la conception un peu étroite qu'on avait jusqu'ici de l'*exsecutor negotii* et de son rôle dans la *cognitio extraordinaria* à l'époque de Justinien.

Au début de leur convention, les parties déclarent qu'elles ont obtenu un ordre divin, θεία κέλευσις[1]. Il ne peut y avoir, à ce sujet, aucun doute. Il s'agit d'un rescrit impérial que le code de Justinien et l'*authenticum* appellent *divina jussio*, *sacra jussio* et que les novelles ainsi que les basiliques nomment aussi θεία κέλευσις[2]. Ce rescrit est le papyrus grec n° 67.024 de la collection du Caire où Justinien reconnaît l'*autopractorum* du village d'Aphrodito.

Depuis longtemps, en effet, les plaideurs sont autorisés à se servir de la langue grecque, même devant le *consistorium* de l'empereur. Déjà en 362, dans un procès auquel fait allusion le Code Théodosien[3], l'empereur Julien s'exprimait en grec[4]. En général cependant l'empereur se servait de la langue latine, mais à partir de l'an 535, sauf de très rares exceptions, tous les actes impériaux sont rédigés en langue grecque[5].

Pour faire exécuter ce rescrit qui confirme leur privilège, les délégués d'Aphrodito s'adressent à Palladios et à Epigonos, parce que, disent-ils dans l'acte, la loi leur impose le ministère d'un ἐκβιβαστὴς τοῦ πράγματος. (δεηθέντες κατὰ νόμον..... ἐκβιβαστοῦ.... τοῦ πράγματος[6]).

Quel est donc cet intermédiaire et à quelle loi font-ils allusion?

L'ἐκβιβαστής, l'ἐκβιβαστὴς τοῦ πράγματος est connu; il est très fréquemment mentionné dans les novelles et les basiliques. Le

1. *Ibidem*, *ligne* 22.

2. *C. J.*, livre 3, 2, liv. 4, *princ.* : « *nisi exemplum divinae... jussionis ediderit.* » — *C. J.*, livre 12, 61, 7 : « Πᾶς ἄνθρωπος εἴτε θείαν κέλευσιν..... » Novelle 53, *praefatio* : « Πολλοὶ... ἀπάγονται.... ἐκ θείας ἡμῶν κελεύσεως. » Auth. « *Plurimi... exhibentur... ex sacra nostra jussione.* » — *Nov.* 113 dont le titre se réfère aux θείας κελεύσεις.... *sacras jussiones.* — *Nov.* 124, chap. 3. — *Basiliques*, livre 7, 6, par 30. : « θεία κέλευσις... *divina jussio.* »

3. *Code Théodosien*, VIII, 15, 1.

4. *Code Théodosien*, XI, 39, 5.

5. P. M. Meyer, *Berliner philologische Wochenschrift*, 9 März 1912, p. 296.

6. *Papyrus* 67.032, *ligne* 27. Cf. *suprà*, p. 382.

code de Justinien et les institutes le nomment *exsecutor*, *exsecutor litis*, *exsecutor litium*, *exsecutor negotii*, *exsecutor privati negotii*[1]. Il est chargé de l'ἐκβίβασμὸν, *exsecutio*, en matière de procès. A vrai dire, il n'y a ni constitution ni novelle spéciale faite pour imposer au demandeur le ministère de l'*exsecutor negotii*. Mais son intervention est exigée par tous les textes qui se réfèrent à la citation en justice, à l'époque de Justinien. A la rigueur cependant, on peut trouver dans la novelle 96 l'obligation pour le demandeur d'avoir recours au ministère de l'*exsecutor*. Car, d'un côté, comme le prouve un groupe de textes très nets, le procès doit débuter par la remise du *libellus conventionis* au défendeur, avec l'autorisation du magistrat[2], et de l'autre, la novelle 96 déclare indirectement que le *libellus conventionis* ne peut être remis, que si le demandeur a d'abord fait choix d'un *exsecutor* auquel il doit, au préalable, donner caution[3].

Pour bien saisir le rôle de l'*exsecutor negotii*, dans la procédure de Justinien et mieux apprécier l'enseignement qui se dégage du papyrus du Caire, il est nécessaire d'exposer tout d'abord la théorie classique, généralement admise, sur la citation en justice dans la législation du code, des institutes et des novelles.

D'après la théorie classique, la citation en justice, sous Justinien, comprend quatre actes :

a) Le demandeur doit d'abord remettre au magistrat compétent le *libellus conventionis* (τὸ τῆς αἰτιάσεως βιβλίον, τὸ τῆς ὑπομνήσεως βιβλίον); en même temps il donne les cautions exigées.

1. *Institutes*, 4, 6. *De actionibus* 24 : « *ut ex hac causa viatores, id est exsecutores litium.* » — *C. J.*, 3, 2 : « *De sportulis .... et de exsecutoribus litium.* » — *C. J.*, 3, 1, loi 13, § 2 : « *exsecutor negotii ...* » — *Novelle* 96; le titre est : « περί τῶν ἐκβιβαστῶν καὶ ..... *De exsecutoribus et ...* . » *C. J.*, 3, 1, loi 13 § 9 : « *Exsecutores negotiorum* .... » *Ibidem*, loi 15 : « *Exsecutoribus negotiorum;* » *ibidem*, loi 18 : « *exsecutore negotii.* » — *C. J.*, 12, 60, 3 : « *Exsecutor privati negotii.* » — *Basiliques*, 7, 4 « περί τῶν ἐκβιβαστῶν .... *De exsecutoribus* .... » et *passim*. — *Novelle* 123, Ch. 27 « Εἴ ποτε .... ἐκβιβασμὸν ..... *Si quando .... exsecutio* . » — Les novelles appellent aussi mais plus rarement l'ἐκβιβαστής : « τὸν τῆς ὑποθέσεως πληρωτήν. » *Nov.* 96 chapitre I. — *C. J.*, 3, 2. *De sportulis* 2, 5.

2. Cf. *infra*, p. 409.

3. *Novelle* 96, chap. 1.

b) Le magistrat rend un jugement interlocutoire (*praeceptum*, *sententia*, *interlocutio*), rejetant la demande ou permettant de citer.

c) Si la demande est admise, le magistrat doit citer en justice le défendeur; aussi dit-on qu'à cette époque, la citation en justice est administrative. Cette citation administrative est appelée ὑπόμνησις, *admonitio*, *commonitio*, *sententia commonitoria*. Le magistrat procède de la manière suivante : il désigne un agent subalterne de son *officium*, un *exsecutor* et il le charge de faire parvenir au défendeur le *libellus conventionis*.

d) L'*exsecutor* doit aussi faire insinuer (*insinuatio*) le *libellus conventionis*[1].

Telles sont les différentes parties de la citation en justice et les fonctions attribuées à l'*exsecutor*. Or, si l'on essaye d'expliquer le papyrus du Caire à l'aide de la doctrine générale, on éprouve de sérieuses difficultés et on se heurte même parfois à de véritables impossibilités. L'intervention et le rôle de Palladios et d'Epigonos offrent, en effet, un caractère tout autre que celui qu'on s'accorde à reconnaître à l'*exsecutor negotii*.

Tout d'abord, Palladios a un ministère beaucoup plus étendu que celui d'un simple *viator*; il ne l'accorde, ce qui est bien singulier de la part d'un fonctionnaire public, qu'après en avoir fixé les conditions. S'il accepte d'assigner les défendeurs, d'exiger et de recevoir les cautions, d'insinuer le rescrit, il contracte d'autres engagements qui démontrent son indépendance et prouvent qu'il n'est pas attaché à l'*officium* d'un magistrat.

En outre, Palladios n'est pas un *apparitor* subalterne; il est comte, il a rang sénatorial; il n'est certainement pas désigné par le magistrat qui aura à connaître de l'affaire, mais il est choisi par les plaideurs.

En présence de révélations aussi inattendues, on est naturellement porté à se demander si le caractère administratif de la procédure sous Justinien n'a pas été exagéré ou, tout au moins, si le

1. Sur tous ces points, cf. von Bethmann-Hollweg, *Der römische Civilprozess*, 1866, III, p. 243 et s.

rôle et les fonctions de l'*exsecutor negotii* ont été bien compris.

Les incertitudes et le doute naissent avec d'autant plus de raison qu'à d'autres égards, les lois de ce prince et ses réformes en matière de procédure sont scrupuleusement observés dans le contrat signé par les représentants du village d'Aphrodito.

C'est ainsi qu'on peut constater tout d'abord que l'*exsecutor* Palladios, s'engageant à assigner devant les tribunaux tous les défendeurs cités dans le rescrit, respecte la législation de Justinien. En effet, il devait y avoir vraisemblablement dans cette *sacra jussio* impériale une clause visant d'une façon générale tous ceux qui s'opposeraient d'une manière quelconque à l'exécution du rescrit[1] et pour faire reconnaître l'*autopractorum* d'Aphrodito, Palladios promet de vaincre toutes les résistances, en citant en justice les adversaires des demandeurs, quels qu'ils soient. Il les assignera donc en leur signifiant l'acte qui dans l'espèce doit tenir lieu de *libellus conventionis* et que les contractants appellent dans le papyrus, τὴν θείαν κέλευσιν, τὸ θεῖον ὑπομνηστικόν c'est-à-dire le rescrit[2]. Le terme τὸ υπομνηστικόν est l'équivalent de l'expression τὸ ὑπομνήσεως βιβλίον qui dans les novelles sert à désigner le *libellus conventionis*[3].

Or, cette signification du rescrit par l'*exsecutor*, l'assimilation de la *divina jussio* au *libellus conventionis* sont rigoureusement conformes au droit de Justinien[4]. Il en est de même des clauses qui font allusion aux cautions exigées des défendeurs et promises par les demandeurs d'Aphrodito.

L'*exsecutor* Palladios, en effet, promet d'exiger de leurs adversaires, Heracleios, fils de Psaïus et des autres, des cautions sûres[5]. Les contractants ont pu songer ici à la fois à la *cautio judicio sisti* et à la *cautio quod in judicio permaneat usque ad terminum litis*. Car l'acte passé entre Dioscore, Callinique, Apollos, Senouthos d'un côté et les deux comtes Palladios et Epigonos de l'autre, est daté de l'an 551. Il est donc postérieur non

1. *Papyrus* 67.032, *lignes* 25, 26, 40, 41, 70, 71 ; cf. *suprà*, p. 382, 386.
2. *Ibidem*, *lignes* 32, 33, 34 ; cf. *suprà*, p. 382.
3. Partsch, *op. cit.* p. 250 et note 3.
4. Cf. *infrà*, p. 411.
5. *Papyrus* 67.032, *lignes* 39, 40 ; cf. *suprà*, p. 382.

seulement à la promulgation du digeste mais encore des institutes, qui seules nous révèlent l'existence de cette dernière caution. Les demandeurs veulent donc être sûrs que leurs adversaires comparaîtront à jour fixe, devant le tribunal (*cautio judicio sisti*); ils désirent aussi se garantir contre le défaut, à un moment donné, des défendeurs qui voudraient refuser de procéder à tous les actes judiciaires nécessaires pour arriver à la solution du procès (*cautio quod in judicio permaneat usque ad terminum litis*[1].)

De leur côté, les demandeurs devraient d'après le droit des novelles fournir à l'*exsecutor negotii* et au défendeur, caution qu'ils procéderont à la *litis contestatio* dans le délai de deux mois, à partir du jour de la remise du *libellus conventionis*[2]. Le contrat n'en fait pas formellement mention. Mais il est très possible que la promesse donnée par les demandeurs de courir les risques pécuniaires de l'*exsecutio negotii*, l'engagement qu'ils prennent tous ensemble, de comparaitre en justice sur l'injonction de leur *exsecutor* Palladios et de poursuivre l'affaire jusqu'à la fin, leur aient paru une garantie équivalente à la caution qu'ils auraient légalement dû lui fournir[3].

Palladios est encore dans son rôle, quand il accepte de faire l'insinuation du rescrit au tribunal du *dux et Augustalis Thebaïdis*[4]. L'insinuation des rescrits ou du *libellus conventionis* est une formalité imposée par le droit de Justinien[5]. Au cas de délivrance d'une *divina jussio*, l'insinuation a pour but de permettre aux défendeurs d'obtenir une copie du rescrit qui a servi d'acte de citation[6]. Afin d'imposer aux *exsecutores* le respect de la loi à cet égard, l'empereur avait même décidé qu'ils ne pourraient pas demander le montant de leurs honoraires (*sportulae*) aux

1. Girard, *Manuel*[5], p. 1075. — Fliniaux, *Vadimonium*, 1908, p. 157.

2. *Novelle* 96, chap. 1. Les demandeurs doivent aussi donner les cautions exigées par la *nov.* 112 c. 2 et la *nov.* 53 c. 1. Comme ces cautions ne sont pas données à l'*exsecutor*, il est tout naturel que le contrat n'y fasse pas allusion.

3. *Papyrus* 67.032, *lignes* 56-60, 62; cf. *suprà*, p. 384.

4. *Ibidem*, *lignes* 31, 34, cf. *suprà*, p. 382.

5. *Cf. Infrà*, p. 411.

6. *C. J.*, 3, 2, loi 4, *prœmium* et § 1.

défendeurs assignés, aussi longtemps que l'*insinuatio divinae iussionis* n'aurait pas eu lieu[1].

L'*exsecutor* Palladios qui n'ignore pas que l'*insinuatio* est obligatoire et qu'elle entraîne certains frais, se fait promettre par ses co-contractants le payement de toutes les sommes qu'il aura à verser à l'*officium* (τάξις) du magistrat compétent[2]. Au surplus, comme il tient à bien préciser les obligations des plaideurs d'Aphrodito, il stipule qu'ils devront intervenir eux-mêmes ou par l'intermédiaire d'un avocat, dans les débats oraux[3]. C'est donc par une simple inadvertance qu'un des maîtres les plus éminents de la papyrologie, M. Meyer a pu écrire dans l'exposé très sommaire qu'il a donné du papyrus du Caire, que Palladios, *exsecutor negotii,* se chargeait pour ses clients des fonctions d'avocat[4]. Rien dans le contrat n'autorise cette conjecture, que de sérieuses raisons et le texte lui-même obligent de repousser. En effet, l'*advocatus* ne peut pas se faire promettre comme honoraires une partie des sommes que la justice attribuera à ses clients[5]. Or Palladios stipule, à son profit, le tiers de la condamnation pécuniaire qu'il espère obtenir contre les adversaires des plaideurs d'Aphrodito. L'*advocatus* ne doit faire aucun pacte écrit, aucun contrat avec ceux qui lui confient la défense de leurs intérêts. Or, Palladios contracte avec un très grand luxe de clauses[6].

Il y aurait aussi, semble-t-il, quelque exagération à assimiler l'*exsecutor privati negotii* à l'avoué du Code de procédure civile. En effet, dans notre droit, le demandeur ne peut faire défaut que faute de conclure, parce qu'il a dû constituer avoué dans l'exploit d'ajournement. Mais s'il conclut, il est bien représenté pendant toute la durée de l'instance par son avoué. Au contraire, l'*exsecutor* ne représente pas le demandeur. Ceci explique pourquoi, tandis que dans notre droit le ministère de l'avoué

1. *C. J.*, 3, 2, loi 4, *prœmium*.
2. *Papyrus* 67.032, *lignes* 42, 43 ; cf. *suprà*, p. 382.
3. *Ibidem*, *ligne* 63 ; cf. *suprà*, p. 384.
4. P. M. Meyer, *Berliner philologische Wochenschrift*, 9 März 1912 : « Daneben soll er auch als *advocatus* (Fürsprecher, Barrister) fungieren . ».
5. *D.*, 2, 14, 53. — *C. J.*, 2, 6, 5.
6. *C. J.*, 2, 6, loi 6, § 2.

est nécessaire et suffisant pour vider une instance, dans la législation de Justinien, le demandeur qui veut se faire représenter en justice a besoin du double ministère d'un *exsecutor privati negotii* et d'un *procurator*[1].

Au surplus, le *procurator* et l'*exsecutor* se distinguent alors par des différences très nettes. Le *procurator* n'a à faire aucun acte introductif d'instance, l'*exsecutor* fait, au contraire, la *conventio*, l'*insinuatio* et, pour s'exprimer comme Palladios, tous les actes « depuis le commencement jusqu'à la fin du procès » pour lesquels les plaideurs solliciteront ses services[2]; le *procurator* du demandeur donne sous certaines conditions, dans le droit de Justinien, *cautio* au défendeur (*cautio de rato*), l'*exsecutor actoris*, au contraire, reçoit les cautions du demandeur et du défendeur[3]; le premier n'a pas droit aux *sportulae*, que le second peut légalement demander[4]; enfin, les peines qui peuvent frapper l'*exsecutor* ne s'appliquent pas au *procurator*[5].

III. Jusqu'ici, tous les engagements contractés par Palladios et qui ont fait l'objet de cette étude n'ont pas permis de mettre en pleine lumière la physionomie nouvelle de l'*exsecutor*. On savait déjà et on enseignait que le ministère de l'*exsecutor privati negotii* était nécessaire pour faire la citation en justice, l'*insinuatio libelli conventionis vel rescripti* et pour recevoir les cautions aussi bien du défendeur que du demandeur. Si le papyrus du Caire n'avait donné que ces renseignements, c'eut été sans doute un document encore très précieux, puisqu'il aurait confirmé nos connaissances sur le rôle de l'*exsecutor*, mais il ne nous aurait rien appris de nouveau.

1. La *novelle* 112, chap. 2 oppose très nettement l'*exsecutor* et le *procurator*, au cas de représentation judiciaire. De même le *Code* 3, 1, loi 13, § 2 suppose que malgré l'*exsecutor negotii*, le demandeur peut faire défaut, s'il n'a pas constitué un *procurator*.

2. Von Bethmann-Hollweg, *op. cit.*, p. 243 et s. — *Papyrus* 67.032, *ligne* 72; cf. *suprà*, p. 386.

3. Girard, *Manuel*[3], p. 1028. — *Cf. suprà*, n. 2, p. 398.

4. *Cf. infrà*, p. 405.

5. Par exemple *nov.* 124, chap. 3; *nov.* 123, chap. 27, *nov.* 82, 7, *nov.* 86, chap. 9. *C. J.*, livre 12, 59, 3. § 1. — *C. J.*, liv. 3, 2, 4, § 8. — *C. J.*, livre 3, 2, 3; et 3, 1, 15.

Or, il semble bien qu'on puisse très légitimement tirer de ce texte des déductions solides, de nature à modifier les idées généralement acceptées sur la situation et le choix des *exsecutores negotii*.

On pourra tout d'abord constater qu'Epigonos et Palladios, *exsecutores* des plaideurs d'Aphrodito, occupent un rang social élevé. Ils sont l'un et l'autre comtes du consistoire sacré, λαμπρότατοι c'est-à-dire *clarissimi*, titre qui n'appartient qu'aux sénateurs[1]. Ils ne peuvent donc pas être des agents subalternes d'un magistrat (*apparitores*, *viatores*). En outre, le singulier contrat qu'ils acceptent et la teneur de leurs engagements prouvent jusqu'à l'évidence que non seulement ils ne sont pas attachés à l'*officium* du magistrat devant lequel ils auront à porter le procès d'*autopractorum*, mais qu'ils ne dépendent de personne.

C'est ainsi, par exemple, qu'ils s'engagent par une stipulation renforcée d'une clause pénale et d'un serment[2]; qu'ils se disent libres d'accepter et partant de refuser les conditions du contrat[3]; toutes clauses qui seraient incompréhensibles de la part d'un *viator*, d'un *apparitor* qui auraient reçu d'un magistrat la mission de citer les défendeurs et de leur transmettre le *libellus conventionis*. Ils déclarent que leur convention est exempte de dol, de violence, de tromperie, de contrainte, de restriction; qu'ils apporteront à l'*exsecutio negotii* toute leur bienveillance, leur zèle, leur vigilance; qu'ils ne violeront pas les clauses de leur accord réciproque, mais qu'ils agiront en toute loyauté sans remise, sans lenteurs inutiles[4] : c'est là un langage inadmissible de la part d'un *apparitor* soumis à l'autorité d'un magistrat et agissant sur ses ordres.

Mais s'ils ne sont pas des *apparitores*, que sont donc les *exsecutores?*

Un auteur, déjà ancien, de Bethmann-Hollweg, enseignait que

1. *Papyrus* 67.032, *lignes* 14, 15, 16, 105; cf. *suprà*, p. 380, 388. Mommsen, *Manuel des antiquités romaines*, VI, 2, traduction P. F. Girard, p. 62, note 3; p. 63, note 1. Hahn, *Rom und Romanismus im griechisch-römischen Osten*, 1906, p. 225.

2. *Papyrus* 67.032, *lignes* 84, 73 à 78; 80 à 85; 100, 101; cf. *suprà*, p. 385, 388.

3. *Ibidem*, *lignes* 7 à 10; 64, 65, 70; cf. *suprà*, p. 380, 384, 386.

4. *Ibidem*, *lignes* 7 à 10; 34, 35, 52-57; cf. *suprà*, p. 380, 382, 384.

les *exsecutores* ne formaient pas un corps spécial d'agents auxiliaires des magistrats[1].

D'après cet auteur, pouvait être désigné comme *exsecutor*, dans une affaire déterminée, un agent quelconque et de n'importe quel rang, attaché aux grands *officia magistratuum* de l'administration impériale byzantine. De nombreuses *scholae* constituaient ces *officia magistratuum* et contenaient, comme l'indique la *Notitia Dignitatum*, une grande variété de fonctionnaires dont il serait hors de propos d'étudier ici l'histoire et les attributions. Ils pouvaient tous être choisis comme *exsecutores privati negotii*. Cet enseignement auquel le papyrus du Caire a donné une éclatante confirmation mérite d'être adopté, à condition qu'on élargisse le cadre des personnes capables d'accepter la charge d'une *exsecutio*. Car, à proprement parler, si on en juge d'après les titres qu'ils se donnent dans le contrat, Palladios et Epigonos n'appartiennent pas à un *officium magistratus*. Ils sont *clarissimi* et comtes du consistoire, ce qui permet de déduire que non seulement les membres de l'ordre sénatorial, mais encore tous les membres du consistoire, aussi bien les *illustres* (*quaestor sacri palatii*, *magister officiorum*, *comes sacrorum largitionum*, *comes rei privatae*) que les *spectabiles* peuvent être désignés comme *exsecutores privati negotii*.

Il faut, en outre, compléter la doctrine de de Bethmann-Hollweg, en ajoutant que le choix de l'*exsecutor* peut appartenir aux plaideurs. Cette idée était évidemment en germe dans la théorie de l'éminent professeur; la publication du papyrus du Caire permettra de la dégager sûrement[2].

a) Le contrat passé par les représentants du village d'Aphrodito en démontre l'exactitude d'une façon péremptoire. Ces derniers

1. Von Bethmann-Hollweg, *op. cit.*, p. 157 : « Nicht eigenthümliche Aemter, sondern nur ein besonderes Geschäft, welches einem Offizialen der bisher genannten Ordnungen aufgetragen wird, bezeichnet der Ausdruck *Exsecutores*. »

2. Malgré la définition générale qu'il donne des *exsecutores*, de Bethmann Hollweg paraît bien admettre que les *exsecutores* n'étaient pas choisis indistinctement parmi tous les agents attachés aux *officia magistratuum*. En effet, après avoir divisé les *scholae* constituant l'*officium magistratus* en deux catégories, il semble bien réserver les fonctions d'*exsecutores* aux employés de l'ordre exécutif (*ducenarii*, *centenarii*, *biarchi* etc.). C'est parmi ces derniers qu'auraient été choisis les *exse-*

choisissent leurs *exsecutores* sans se préoccuper d'avoir l'approbation des magistrats devant lesquels ils auront à comparaître et à assigner leurs adversaires en Thébaïde ; ils n'insèrent même pas dans leur contrat une réserve à cet égard. De leur côté, Palladios et Epigonos, qui font partie du consistoire et sont les conseillers du prince, acceptent la mission qu'on leur confie, comme si leur désignation par les parties ne soulevait aucune difficulté juridique. Palladios s'engage même à aller en Thébaïde, à citer les défendeurs en justice, devant le *dux et Augustalis Thebaïdis*, magistrat à l'*officium* duquel il n'est certainement pas attaché[1]. Le rapprochement de ces différentes clauses et l'étendue de l'engagement de Palladios peut même permettre de connaître la compétence des *exsecutores*. Il n'est pas conjectural d'admettre, à la lumière de ce texte, que l'*exsecutor privati negotii*, une fois désigné par les parties, est compétent devant tous les tribunaux de l'empire. Car, si Palladios consent à quitter Constantinople, à partir pour la Thébaïde avec le rescrit impérial, à le faire insinuer, à citer les adversaires de ses clients devant tous les tribunaux locaux, à exiger les cautions nécessaires, c'est qu'il en a évidemment le droit. L'*exsecutor* est donc suffisamment qualifié par le choix des parties, pour suivre partout tous les incidents de l'affaire qui lui a été confiée.

En cette matière, il n'y a pas de compétence *ratione loci* et le code le déclare indirectement dans une constitution où sont posées les règles de la compétence *ratione personae*.

« *Nullus apparitor amplitudinis tuae vel de officiis palatinis ad eam provinciam ex qua oriundus est vel in qua collocaverit larem, vel qui jam in hujusmodi officio fuerit commoratus,*

cutores : « Aus ihnen wählen die Vorsteher der *Scrinia* die Executoren und Andere, denen die eigentliche Vollstreckung der Befehle des Magistrats übertragen wird. » Von Bethmann-Hollweg, *op cit.*, p. 142. En outre, il représente toujours la *citatio*, l'*insinuatio* comme faites par un *exsecutor* attaché au tribunal du magistrat compétent : « Wird (die Klage) zugelassen, so ist jene Verfügung eine Ladung des Beklagten... *citatio*, welche... einem *exsecutor* des Gerichts aufgetragen... wird. » : « Die Insinuation... geschieht durch einen *exsecutor* aus dem *officium* des Gerichts. » Von Bethmann-Hollweg, *op. cit.*, p. 248 *in fine* ; 249 et p. 157. Le papyrus 67,032 contredit cette théorie.

1. *Papyrus* 67,032, *lignes* 86 à 89, 38-39 ; cf. *suprà*, p. 386, 382.

obtentu publicae necessitatis vel exsecutor privati negotii dirigatur.[1] »

Le texte vise ici aussi bien les *apparitores* envoyés dans les provinces pour des affaires publiques (*obtentu publicae necessitatis*) que les *exsecutores* choisis pour un procès privé (*exsecutores privati negotii*).

« Qu'aucun *apparitor* attaché à votre Grandeur, dit le code, qu'aucun *apparitor* des *officia* du palais ne puisse être envoyé, sous prétexte de nécessité publique ou comme *exsecutor privati negotii* soit dans une province d'où il est originaire, soit dans une province où il a établi sa demeure familiale, soit dans celle où il a exercé déjà des fonctions analogues. »

En laissant de côté les motifs d'exclusion donnés par la constitution, le code nous apprend qu'un *apparitor de officiis palatinis* peut être envoyé comme *exsecutor privati negotii* dans les provinces. Or, si comme l'atteste tout un massif de textes qui ne laissent aucun doute à ce sujet, le rôle principal de l'*exsecutor* est d'assigner le défendeur par la remise du *libellus conventionis* ou du rescrit, sur la requête du demandeur, il faut bien reconnaître que l'*apparitor de officiis palatinis* choisi pour exercer son ministère d'*exsecutor* en province n'appartient pas à l'*officium* du magistrat provincial, n'est pas désigné par lui, mais bien par le demandeur. Cette déduction s'impose avec d'autant plus de force qu'elle est corroborée par l'enseignement qui se dégage du papyrus du Caire.

Au surplus, rien n'empêche le demandeur de choisir comme *exsecutor negotii* un agent du magistrat compétent, dont il sollicite le permis de citation. En fait, il devait même se produire fréquemment que dans les affaires ordinaires, le choix des plaideurs se portât sur un *apparitor* de l'*officium* du magistrat. Tous les procès n'avaient pas l'importance de celui du village d'Aphrodito ; tous les plaideurs n'avaient pas pour adversaires de puissants pagarques dont la résistance ne pouvait être brisée que par l'intervention de personnages de rang sénatorial, tels que les comtes du consistoire, Palladios et Epigonos. Ceci explique

1. *C. J.*, 12, 59, 3.

pourquoi Justinien, songeant à la pratique courante des tribunaux, ait présenté, dans les institutes, les *exsecutores* comme des *viatores*[1]. Peut-être même faut-il aller jusqu'à admettre que le choix des parties avait besoin de la ratification du magistrat. Car le droit qu'ont tous les magistrats de l'ordre judiciaire de surveiller les *exsecutores*, de destituer ceux qui sont malhonnêtes, de les frapper d'amendes, de les remplacer semble bien impliquer le pouvoir d'accepter et de refuser ceux que les parties lui désignent[2].

b) Il serait, en outre, singulier que les plaideurs n'eussent pas le libre choix d'un *exsecutor* dont ils fixent eux-mêmes le montant des honoraires. En effet, les représentants du village d'Aphrodito promettent à Palladios de lui payer non seulement les frais de procédure, les taxes d'*insinuatio*, les dépenses qu'il faudra engager devant l'*officium* du magistrat compétent ou qu'il devra faire pour lui ou pour ses serviteurs pendant leur voyage en Thébaïde[3]. Ils s'engagent encore à lui donner des honoraires pour l'exécution de son ministère[4]. Il n'y a, à cet égard, aucune analogie à établir entre les clauses d'un semblable contrat librement discutées et les taxes judiciaires obligatoires établies à l'époque de l'empereur Julien. Sans doute, l'édit du gouverneur de Numidie, Ulpius Mariscianus[5], fixe déjà au IV^e^ siècle, en denrées, il est vrai, les taxes judiciaires (*sportulae*) que pourront exiger des plaideurs les employés de son tribunal, les avocats et les scribes accrédités près de lui. Cette pratique généralisée au bas-empire est consacrée par les constitutions et les novelles de Justinien, qui tarifent en argent, le montant des *sportulae* que l'*exsecutor negotii* a le droit d'exiger du défendeur qu'il assigne. Le taux en est variable suivant l'importance du procès ou la situation sociale du défendeur[6].

1. *Institutes*, 4. 6, § 24 : « *ut ex hac causa viatores, id est exsecutores litium.* »

2. *C. J.*, 3, *de sportulis et sumpt.* 2, loi 3. : « *Omnibus judicibus licentiam præstamus.... exsecutores, si cessaverint causas eis instructas offerre, et removere ab exsecutione eos et alios idoneos supponere vel etiam mullis adficere....* »

3. *Papyrus* 67'032, *lignes* 42, 43, 49, 50, 51 ; cf. *suprà*, p. 382, 384.

4. *Cf. infra*, page 406.

5. Girard, *Textes*[3], p. 167.

6. C'est ainsi que pour les demandes inférieures ou égales à 100 *solidi*, l'*exsecu-*

Mais, dans le papyrus du Caire, la situation est tout autre. Il ne s'agit nullement des *sportulae* légaux que les défendeurs auront à payer à Palladios, quand celui-ci les citera en justice; il y est question non de défendeurs mais de demandeurs, qui n'offrent pas une taxe imposée par la loi et dont ils n'ont pas, par conséquent, à parler, mais qui discutent librement avec un *exsecutor* de leur choix, le montant des honoraires que celui-ci déclare accepter.

Dans l'espèce, le comte Palladios recevra les trois quarts des *sportulae* que verseront les défendeurs assignés; il consent à abandonner l'autre quart aux demandeurs qui sollicitent son ministère[1]. Il faut croire que de semblables accords n'étaient pas un fait rare. Car l'empereur Justinien y fait allusion. Il s'élève, en effet, contre la cupidité malhonnête de certains demandeurs qui, surtout dans les provinces, agissent en justice, sans avoir aucun droit à faire valoir, s'entendent avec les *exsecutores*, partagent avec eux le montant des *sportulae* qu'ont dû verser les défendeurs assignés et abandonnent ensuite l'instance[2]. En outre et malgré une fâcheuse lacune du papyrus, nous apprenons que Palladios verra ses honoraires grossir d'une partie des sommes d'argent payées, ἐκ τῆς δίκης ἢ πρὸ δίκης, à la suite ou avant le procès[3]. Vraisemblablement, les contractants doivent ici viser les condamnations pécuniaires résultant de la sentence à intervenir (ἐκ τῆς δίκης) ou les payements faits par leurs adversaires avant tout procès (πρό δίκης). Quoi qu'il en soit, la répartition de ces sommes est établie de la façon suivante : les plaideurs d'Aphrodito en prendront les trois quarts, l'*exsecutor* Palladios aura droit à l'autre quart. Palladios recevra encore trois *solidi* et le tiers de toutes les sommes qui reviendront aux demandeurs, quand le privilège de l'*autopractorum* aura été définitivement reconnu à Aphrodito.

c) Il y a enfin, en faveur de la théorie qui permet aux plaideurs

tor negotii a droit à un demi solide, tandis que pour les demandes plus importantes, ses honoraires augmentent. *C. J.*,. 3. *De sportulis* 2, 5, et *ibidem*, const. 4, § 5.

1. *Papyrus* 67,032, *lignes* 44, 45, 46; cf. *suprà*, p. 382.
2. *Nov.* 96. *Praefatio.*
3. *Papyrus* 67,032, *lignes* 46-52; cf. *suprà*, p. 382, 384.

de choisir leur *exsecutor*, une novelle de Justinien, qui ne laisse aucun doute à cet égard. L'empereur s'est préoccupé des procès où le demandeur, sans obtenir du magistrat la permission de citer le défendeur, sans porter tout d'abord sa requête en justice à l'autorité compétente, assigne directement le défendeur par la remise du *libellus conventionis*[1]. En pareille hypothèse, la citation, comme on le verra plus bas[2], est nulle, parce que le magistrat n'ayant pas été saisi, n'a pas autorisé le procès. Mais néanmoins, si le défendeur accepte de venir en justice dans ces conditions, la novelle déclare que la procédure et l'instance pourront être valablement continuées. Le cas est évidemment exceptionnel; mais cependant si on admet que le *libellus conventionis* ne peut être remis que par un *exsecutor*, il faut bien reconnaître qu'en pareille hypothèse, il n'aura pas été désigné par le magistrat compétent.

Ainsi entendues les conclusions qui se dégagent du papyrus du Caire, interprété par les législations de Justinien, dépassent de beaucoup les difficultés relatives au rôle et au choix de l'*exsecutor privati negotii*. Elles aboutissent à remettre en question toute la théorie de la citation en justice à l'époque de cet empereur. Jusqu'à l'heure actuelle, la doctrine de de Bethmann-Hollweg, suivie par la presque unanimité des auteurs, ne connaissait, dans la procédure de Justinien, qu'un seul mode de citation, la citation administrative. Le demandeur remet au magistrat le *libellus conventionis*; si ce dernier l'approuve, il le fait signifier au défendeur par un *exsecutor* attaché à son *officium* et qu'il désigne.

On a vu que le papyrus des plaideurs d'Aphrodito et l'étude de la législation de Justinien qui se réfère à la matière, permettent d'attribuer le choix de l'*exsecutor* aux demandeurs eux-mêmes. Mais faut-il aller plus loin et admettre qu'à l'époque de ce prince, il peut y avoir à côté de la citation administrative, une citation directe faite par le demandeur, sans l'intervention préalable du magistrat? Peut-on dire qu'indépendamment de la

1. Nov. 112, chap. 3, § 1.
2. *Cf. infra*, p. 410.

citation par le magistrat, les vieux principes de l'*in jus vocatio* de la procédure formulaire sont encore en vigueur[1]? Le demandeur a-t-il le droit, dans la *cognitio extraordinaria* du code et des novelles, de procéder directement contre le défendeur, de le faire saisir par un *exsecutor* de son choix et s'il résiste de le traîner de force en justice?

M. J. Partsch croit pouvoir l'admettre[2] et en faveur de son opinion, il fait remarquer que le papyrus du Caire suppose des plaideurs qui choisissent leur *exsecutor* et lui confient le soin d'insinuer le rescrit et de poursuivre les défendeurs, sans se préoccuper d'obtenir l'autorisation du magistrat compétent.

Pour appuyer cette nouvelle théorie, M. Partsch aurait pu trouver des arguments spécieux dans quelques fragments des novelles de Justinien. C'est ainsi, par exemple, que deux textes déjà analysés paraissent admettre la citation directe, sans l'intervention du magistrat.

Le premier vise un abus fréquent dans les provinces. Les demandeurs qui n'avaient aucun droit à exercer en justice s'entendaient avec les *exsecutores negotii*. Ils assignaient le défendeur directement; ce dernier versait les *sportulae* légaux à l'*exsecutor* qui en partageait le montant avec les demandeurs; puis l'instance était abandonnée[3]. Cette fraude suppose évidemment que le magistrat n'intervient pas et n'autorise pas la citation. Car il est par trop clair que dans notre hypothèse, où l'on suppose un demandeur de mauvaise foi qui n'a aucun droit à faire valoir, le magistrat n'aurait évidemment pas permis les poursuites, s'il avait eu, au préalable, à connaître de la demande.

Le second texte se réfère certainement au cas où le défendeur est assigné par la remise du *libellus conventionis,* sans l'intervention du magistrat[4].

Il ne faudrait pas cependant faire état de ces deux novelles, pour soutenir que la citation administrative n'est pas la seule

1. Partsch, *op. cit.*, p. 250 : « Es hatte guten Grund, wenn Justinian das alte klassische Recht der *in jus vocatio* mit ihrem Parteibetrieb in den Digesten beibehielt. »
2. Partsch, *op. cit.*, p. 249-250.
3. *Nov.* 96. *Praefatio.*
4. *Nov.* 112, chap. 3. § 1.

en vigueur dans le droit de Justinien. Dans les deux hypothèses précédentes, il s'agit, soit d'une fraude à laquelle l'empereur se déclare désireux de mettre un terme, soit d'une irrégularité et ce serait une méthode défectueuse de chercher dans la répression des abus signalés, les règles de la procédure relatives à la citation en justice, à l'époque de ce prince.

Au surplus, la dernière novelle citée renferme la preuve certaine qu'à cette date, la citation administrative est la seule admise. Je ne fais pas ici allusion à l'argument discuté par M. Partsch et qu'on peut tirer des quelques lignes où l'empereur déclare que, dans la procédure par rescrit, le rescrit doit être signifié au défendeur par le juge[1]. Qu'il me soit permis de signaler que M. Partsch pouvait tout simplement en affaiblir la portée, en faisant remarquer la différence des leçons des novelles et de l'*authenticum*.

La traduction latine introduit, en effet, les mots *per eum* (*judicem*) qui ne se trouvent pas dans le texte grec. Que ce texte ait imposé ou non au juge l'obligation de signifier par ses agents (*per eum*) le rescrit au défendeur, ceci importe peu, car il contient un autre argument plus solide.

En effet, il déclare indirectement sans doute, mais très nettement, qu'une citation en justice faite sans l'intervention préalable du magistrat est nulle. Le défendeur cité directement par la remise du *libellus conventionis* ou du rescrit, faite en dehors de l'autorité du magistrat peut, sans doute, s'il le veut, considérer cette citation comme valable et comparaître *in jure*. Il a le droit de couvrir ainsi par sa comparution la nullité de l'acte du demandeur. Mais rien ne l'y oblige et le texte prend bien soin de le spécifier[2].

εἰ δε παρὰ δικαστῇ προοίμιον ἡ δίκη οὐκ ἐδέξατο, ἀλλὰ μόνον διὰ βιβλίου ὑπομνήσεως ἐνήχθη τις, ἢ δεήσεων τῇ ἡμετέρᾳ γαλη-

Si vero apud judicem initium lis non accepit, sed tantum conventionali libello quis pulsatus est, aut precibus nos-

1. Partsch, *op. cit.*, p. 249 : Steht ja doch... dass auch in Restriptprozess der Richter dem Beklagten das Reskript vorlegen lässt.... » Le tetxe grec porte καὶ τῷ ἀντιδίκῳ ἐγνώσθη (*et ea adversarium per eum cognita*). Cf. *nov.* 112,chap. 3, § 1.

2. *Nov.* 112, chap. 3. § 1.

νότητι προσενεγθεισῶν κέλευσις ἡμῶν περὶ τούτου προῆλθεν εἴτε ἐγγράφως εἴτε διὰ μανδάτων καὶ τῷ δικαστῇ γέγονεν ἐμφανὴς καὶ τῷ ἀντιδίκῳ ἐγνώσθη, καὶ οὕτως ἐξέσται τῷ ἐναχθέντι πρὸς τὸν ἁρμόδιον ἰέναι δικαστήν, καὶ δι' αὐτοῦ τον ἴδιον ἀντίδικον κατὰ τὸν ὅμοιον καλεῖν τρόπον....	*trae oblatis clementiae jussio nostra super hoc prolata sive scriptis sive per mandata judici fuit intimata et ea adversario per eum cognita, etiam sic licebit pulsato ire ad competentem judicem et per eum suum adversariam simili mordo vocare,....*

Ainsi donc, au cas où le demandeur n'adresse pas tout d'abord une requête au magistrat, mais assigne directement son adversaire par la remise du *libellus conventionis*, il est permis (ἐξέσται, *licebit*) au défendeur de se considérer comme valablement assigné, mais il n'y est nullement forcé.

Le principe généralement posé est que le magistrat doit examiner la requête du demandeur, qu'il s'agisse d'un procès ordinaire ou de la procédure par rescrit. Ceci exclut formellement toutes les conjectures qu'on aurait pu essayer de faire, pour expliquer, dans le papyrus du Caire, l'omission d'une clause relative à l'intervention des magistrats compétents et à l'autorisation qu'ils doivent donner aux procès.

On aurait pu trouver naturel et logique de distinguer les causes ordinaires et les instances engagées à la suite d'un rescrit.

Au premier cas, on aurait très bien compris que, pour éviter des abus, le demandeur fut obligé de soumettre sa requête au magistrat compétent et forcé d'en obtenir l'approbation, avant de procéder à la remise du *libellus conventionis* au défendeur. Au second cas, au contraire, il ne semblait pas nécessaire d'exiger une pareille garantie. Le procès ayant été jugé par un rescrit émanant de l'empereur, il aurait été inutile de le soumettre à un examen préalable d'une autorité nécessairement inférieure, ayant le pouvoir d'autoriser ou de refuser la citation. A l'aide de cette distinction, les difficultés que soulève l'étude du papyrus du Caire auraient été facilement aplanies. Comme les plaideurs d'Aphrodito avaient obtenu un rescrit de Justinien, leur *executor* Palladios n'aurait eu qu'à citer directement leurs adver-

saires, sans avoir à soumettre tout d'abord l'acte impérial au magistrat compétent.

Mais cette hypothèse se heurte à tous les textes qui assimilent formellement les procès ordinaires et les instances engagées à la suite d'un rescrit. Ils ne distinguent jamais l'*exsecutor privati negotii* de l'*executor sacrae vel divinae jussionis*. Dans les deux cas, le rôle de l'*exsecutor* et les règles de procédure restent les mêmes. Le rescrit impérial ou le *libellus conventionis* doivent être soumis à l'examen préalable du magistrat, notifiés aux défendeurs par des *exsecutores* et insinués[1].

La nécessité pour le demandeur de soumettre sa requête au magistrat différencie donc très nettement l'*in jus vocatio* de l'*ordo judiciorum privatorum*, de la citation en vigueur à l'époque de Justinien. Anciennement, la procédure offre un caractère contractuel; le défendeur doit être amené de gré ou de force *in jure*, pour participer à l'acceptation de la formule, à la nomination des juges et aux actes qui sont nécessaires pour lier l'instance. Sous Justinien, au contraire, il n'est pas besoin de la présence du défendeur devant le magistrat, quand le demandeur expose sa requête. L'antique *in jus vocatio* est uniquement l'œuvre du demandeur; au contraire, la citation, dans le droit du code et des novelles, ne se conçoit pas, sans l'intervention préalable du magistrat. Mais une fois la *sententia*, l'*interlocutio* du magistrat survenues dans un sens favorable, qu'arrivera-t-il au cas où le défendeur refuse de comparaître *in jure*?

L'*exsecutor*, choisi par les parties, pourra-t-il, comme autrefois le demandeur à l'époque formulaire, se saisir du défendeur pour le traîner de force en justice?

Pourra-t-il procéder contre lui à l'*exhibitio*, ἀποστάσις, à la *deductio*, ἀπαγωγή? Le droit de s'emparer de la personne du débiteur appartient-il à l'*exsecutor privati negotii* choisi par les parties ou les *officiales* du magistrat compétent, désignés par lui, peuvent-ils seuls user de violence contre le défendeur récalci-

1. *C. J.*, 3, 2, const. 4 (nécessité d'insinuer le rescrit); *novelle* 112 chap. 3 § 1, assimile les procès intentés *per libellum conventionis* aux procès par rescrit. — *novelle* 123, chap. 27. — *C. J.*, 12, 60, const. 7.

trant? Sur ce point, qui est de la plus haute importance pour connaître exactement le rôle de l'*exsecutor privati negotii*, ni le papyrus du Caire, ni les textes grecs ou latins ne permettent de fonder la moindre conjecture et leur silence à cet égard impose la plus grande réserve.

Malgré les doutes qui subsistent à ce sujet, le contrat passé par les plaideurs d'Aphrodito peut néanmoins permettre de modifier les idées généralement reçues sur le rôle de l'*exsecutor negotii*. L'enseignement qui s'en dégage est, sauf quelques incertitudes, très précieux. Grâce au papyrus du Caire, nous savons désormais que l'*exsecutor negotii* n'est pas nécessairement un agent subalterne du magistrat, mais qu'il peut être comte et membre de l'ordres sénatorial ; qu'il n'appartient pas toujours à l'*officium* du juge compétent, mais qu'il peut être choisi par les parties, sans l'intervention du magistrat; qu'il touche non seulement les *sportulae*, mais qu'il a le droit de contracter librement avec les plaideurs pour fixer d'un commun accord le prix de ses services; que son ministère consiste non seulement à procéder à la remise de l'acte de citation et à l'insinuation, mais encore à accomplir toutes les clauses très variables du contrat passé avec ses clients[1] ; qu'il se distingue très nettement du *procurator*, de l'*advocatus* et qu'il peut faire tous les actes judiciaires, rentrant dans ses fonctions, sans restriction d'une compétence *ratione loci*.

IV. Les conclusions qu'on peut déduire de l'interprétation étroite du texte méritent d'autant plus de confiance qu'à d'autres points de vue, le contrat passé entre les plaideurs d'Aphrodito et Palladios est conforme à toutes les prescriptions du droit de Justinien. En ce qui concerne la rédaction de l'acte notarié et la teneur du serment, par exemple, il révèle un souci visible de respecter les nouvelles règles de la législation impériale. On pourra tout d'abord constater que le notaire Flavius Theodoros y a suivi à la lettre, le protocole imposé par Jus-

1. *C. J.*, 3, 1, 13 : « *exsecutoribus negotiorum modis omnibus, dispositiones eorum adimplentibus.* »

tinien. Dans son désir de réglementation, l'empereur avait imposé un formulaire spécial pour la date des actes et dans ses novelles, il a poussé la prudence jusqu'à en donner des exemples[1].

D'après ses réformes, l'acte notarié doit contenir :

1° L'année du règne de l'empereur ;

2° Le nom du consul ;

3° Le jour et le mois de l'indiction ;

4° Les dates seront mises désormais en toutes lettres et non en abréviation ou en chiffres romains.

En suivant le nouveau protocole, l'acte doit donc débuter par les mentions suivantes dont le modèle est donné par l'empereur.

1° Βασιλείας Ἰουστινιανοῦ τοῦ θειοτάτου Αὐγούστου καὶ αὐτοκράτορος ἔτους ἑνδεκάτου

2° μετὰ τὴν ὑπατείαν Φλαβίου Βελισαρίου τοῦ λαμπροτάτου

3° ἔτους δευτέρου τῆι πρὸ τοσῶνδε.

Or, si l'on compare cette formule au contrat signé par les plaideurs d'Aphrodito[2], on pourra se convaincre que, *mutatis mutandis*, le notaire Flavius Theodoros en a fait un usage évident. Il a simplement fait précéder le nom de Justinien de celui de Flavius et ajouté aux titres que se décerne l'empereur ceux de « très pieux » et d' « éternel[3]. » Les dates y sont données en toutes lettres. Dans les déclarations finales de l'acte, on peut encore découvrir l'observation des règles relatives à la pratique de l'art notarial, telle qu'elle est réglementée par les novelles. On sait que le *tabellio* du bas-empire (συμβολαιογράφος, νοτάριος) n'est pas un fonctionnaire public, mais un simple particulier qui rédige les actes pour ceux qui sollicitent son ministère[4]. Les notaires opèrent sur la voie publique et Justinien leur

1. *Nov.* 47, chap. 1 ; chap. 1 § 1 ; chap. 2.

2. *Papyrus* 67.032 *lignes* 1 à 6 ; cf. *suprà*, p. 380.

3 Ces titres sont fréquents au Bas-Empire. Sur le mot Σεβαστός : Hahn, *op. cit.*, p. 117 ; le mot αἰώνιος est usuel. *Vestra Æternitas* : Symmaque, X, 26 et 34. *Aeternus princeps*, ibidem II, 31. — *Aeternorum principum* : Orelli, nos 1129, 1140. Sur l'expression, δεσπότου ἡμῶν, Orelli, n° 1146 : *Domino rerum humanarum Valentiniano.*

4. Mitteis und Wilcken, *Chrestomathie. Jurist. Teil.* II, p. 87, 88. Brissaud, *Manuel d'histoire du droit français*, p. 115.

reconnaît le droit d'y occuper à poste fixe, une *statio* (πάντως τῶν καλουμένων στατιόνων[1]), un bureau où ils pourront recevoir leurs clients. Flavius Theodoros fait donc savoir au bas du contrat qu'il siège : « dans la très sainte et grande église de cette ville impériale » c'est-à-dire à Constantinople, vraisemblablement aux portes ou aux environs de Sainte-Sophie[2].

Par contre, on pourrait être surpris qu'il n'ait pas tenu compte de la formalité de la *completio* et de l'*absolutio*. Car elle est formellement exigée par le droit de Justinien.

: « *Contractus..... vel alternisque cujuscumque causae quas tamen in scriptis fieri placuit.. ..... non aliter vires habere sancimus, nisi..... per tabellionem conscribantur, etiam ab ipso completa et postremo a partibus absoluta sint*[3]. »

La mention de cette double formalité, telle qu'elle nous est révélée pour l'Occident par les *papyri diplomatici* de Marini, était faite à la fin de l'acte, sous la forme suivante : « *Complevi et absolvi*[4]. » En Orient, au moins dans la pratique courante des papyri égyptiens, le notaire faisait suivre sa *subscriptio* de la clause généralement adoptée : « δι' ἐμοῦ σὺν θεῷ συμβολαιογράφου ἐτελειώθη[5]. ». En écrivant *complevi*, le notaire certifie que l'acte exprime bien la volonté des parties et qu'il l'a collationné avec la minute ; par le terme *absolvi*, il constate, pour les uns, que les contractants ont approuvé l'acte ; pour les autres, que la remise leur en a été faite[6]. Suivant le protocole, Flavius Theodoros devait avoir fait mention de la *completio* et de l'*absolutio*, à la fin du papyrus ; malheureusement, les dernières lignes du texte n'ont pu être restituées.

Même souci de la part des contractants : ils signent l'acte, comme l'exigent les novelles[7] et ils font, dans leur serment, profession de foi catholique. Ils jurent, en effet, sur la Sainte

1. *Nov.* 44, chap. 1 § 1, § 2, § 4.
2. *Papyrus,* 67.032 *lignes* 113-117 ; cf. *suprà,* p. 388.
3. *C. J.*, 4, 21, 17.
4. Von Bethmann-Hollwez, *op. cit.*, p. 171 note 28.
5. Mitteis und Wilcken, *op. cit.*, p. 88.
6. Girard, *Manuel*[5], p. 543 note 1 ; Cuq, *Institutions juridiques,* II, p. 880, note 1 repousse la théorie de Brunner.
7. *Novelle* 73, chap. 5.

Trinité consubstantielle (τὴν δὲ ἁγίαν καὶ ὁμοούσιον Τριάδα[1]). Or c'est précisément pour mettre fin à l'hérésie de l'arianisme que le concile de Nicée, dont l'observance fut renouvelée par Justinien[2], avait créé le terme de « consubstantiel » encore employé de nos jours, dans les prières de la messe par l'Eglise catholique[3].

Cependant il faut reconnaître que dans le papyrus d'Aphrodito les règles de Justinien relatives à la stipulation et à la représentation dans les actes juridiques sont déformées ou méconnues. La stipulation a subi en Orient le même sort qu'en Occident.

Avant la constitution d'Antonin Caracalla accordant avec certaines restrictions le droit de cité à tous les sujets de l'empire, la *stipulatio* est rarement employée par les pérégrins, même avec les formes où ce contrat *verbis* leur est permis. Elle ne se rencontre presque jamais dans les papyri égyptiens. Par contre, après cette célèbre réforme, elle est d'un emploi usuel en Egypte et on peut presque dire qu'elle y devient, dans les actes, comme une clause de style[4]. Mais alors, par un phénomène de décomposition dont on a depuis longtemps observé les effets dans notre droit mérovingien et carolingien, la *stipulatio* a perdu son véritable caractère. Le sens et la portée de cette institution sont complètement méconnus. La *stipulatio* est généralement placée à la fin de tous les actes égyptiens, sans distinction, même dans les testaments[5]. La clause de style des papyri : « ἐπερωτηθεὶς ὡμολόγησα. » équivaut alors en Orient à la *stipulatio subnixa* qu'on rencontre en Occident, dans les actes juridiques et dans les formules qui s'échelonnent du VI^e^ au X^e^ siècle de notre ère. Elle ne sert plus qu'à mentionner le consentement donné à l'acte par les parties, un peu comme chez nous, les termes : « Lu et approuvé. » De l'enseignement qui se dégage du dépouillement des papyri, il en résulte que le contrat verbal intervenu entre les plaideurs et Palladios et auquel

1. *Papyrus* 67.032 *lignes* 75, 76 ; cf. *suprà*, p. 386.
2. *Novelle* 115, chap. 3 § 14.
3. Le concile de Nicée rédigea la formule suivante : « Nous croyons en Jésus-Christ ..... non créé, *consubstantiel* au Père. »
4. Mitteis und Wilcken, *op. cit.*, p. 76.
5. *Ibidem*, p. 76, note 1,

notre texte fait allusion ne repose sur aucun fondement juridique. Il est même intéressant de constater que les règles relatives à la stipulation n'y sont pas observées. En effet, sous Justinien encore, le droit romain n'admet pas la représentation dans les actes juridiques et les institutes de ce prince enseignent que la stipulation pour autrui est nulle, en ce sens qu'elle ne fait naître d'action ni pour le stipulant ni pour le tiers[1]. Or, à deux reprises différentes, le papyrus du Caire nous apprend que parmi les plaideurs qui ont choisi Palladios et Epigonos comme *exsecutores*, qui ont stipulé les services de Palladios et envers lesquels Palladios s'est engagé, à son tour, par stipulation, il y a un certain Victor, représenté par un tiers, nommé Senouthos[2]. Il est évident qu'il y a là une violation certaine des principes juridiques admis en matière de *stipulatio* et ceci ne peut s'expliquer que par la déformation de l'institution romaine à son passage en Egypte.

1. Girard, *Manuel*[5], p. 448.
2. *Papyrus*, 67.032 *lignes*, 11, 21, 22, 118; cf. *suprà*. p. 380, 388.

LE

VELLÉIEN CHEZ LES GLOSSATEURS

PAR

PIERRE DE TOURTOULON

Professeur à la Faculté de Droit de l'Université de Lausanne

Le célèbre travail de Paul Gide sur le Velléien est, à mon sens, une œuvre définitive. Le fait que j'étudie le même sujet sous un point de vue très différent n'implique en rien l'intention d'insinuer que ce livre beau en son temps a besoin d'être refait. Je suis tout au contraire persuadé qu'un écrit supérieur conserve toujours ce caractère. Mais les mêmes matières se prêtent à des études d'aspects très variés. Chacun y apporte ses méthodes et les méthodes même scientifiques sont des questions de tempérament.

Je profite donc de la grande notoriété de l'ouvrage de Gide pour mettre en opposition ce que je tente de faire avec ce qu'il a fait. Car, j'apporte très modestement en hommage à notre maître Girard, non pas un travail définitif dont on puisse apprécier les résultats plus ou moins fructueux, mais simplement un exposé de la méthode par laquelle je cherche à me débrouiller au milieu d'un amas de textes dont l'intérêt individuel nous est à peu près inconnu. Il m'est impossible de détacher de l'ensemble un des résultats partiels auxquels je suis

parvenu, la plus petite démonstration nécessitant d'après ma méthode la mise en œuvre d'un trop grand appareil.

***

On sait que Gide ayant à traiter la question du Velléien a considérablement élargi son sujet. Il a fait l'étude des idées sociales dont il est l'expression à sa naissance et dans ses transformations. Comme ce sénatus-consulte est par essence une mesure de méfiance et de protection à l'égard de la femme, il a exposé comment ces sentiments de méfiance et de protection se sont traduits dans les milieux les plus divers.

Cette façon de traiter le sujet lui donnait une portée philosophique considérable et on comprend que l'*Académie des Sciences morales* en ait vivement félicité son brillant lauréat. Le titre même d'*Histoire de la Condition de la Femme* était encore trop modeste, car Gide remontait aux causes mêmes de cette *Condition :* l'organisation sociale générale, le rôle de la force chez les peuples peu civilisés, les préjugés et fausses appréciations qui ont pu aux diverses époques nuire au sexe féminin. Il parcourait ainsi les civilisations romaines, germaines, féodales dans la plupart des pays d'Europe, découvrait les influences canoniques et montrait comment diverses combinaisons de tous ces éléments avaient préparé les idées modernes. On y voyait comment la femme avait été appréciée et traitée dans ces divers milieux, de quelles incapacités politiques ou juridiques on l'avait frappée. Le Velléien venait en son temps prendre sa place logique dans l'ensemble de cette évolution. Sa disparition apparente, disait l'auteur, ne l'empêche pas de survivre à l'état latent dans certaines dispositions de nos droits modernes et sa disparition complète établira l'égalité parfaite des sexes.

A certains égards, le travail de Gide sort de ces hautes considérations morales et prend un aspect juridique plus précis. Il montre que le Velléien, alors même que le but en serait justifié, présente des vices de technique qui en rendent l'application absolument arbitraire. On prohibe l'intercession, le fait pour la femme de s'obliger dans l'intérêt d'autrui. Le critérium en est

purement subjectif. « Or, s'il est facile à la loi de frapper des actes dont le vice est dans la forme extérieure..., il lui est difficile et presque impossible d'atteindre ceux dont le vice se cache dans l'intention et l'arrière-pensée de l'un des contractants. » Les législations modernes ont échappé au danger de cet arbitraire, en permettant à la femme de renoncer à l'incapacité qu'on avait établie en sa faveur. Une incapacité que l'on peut écarter par une clause de style n'en est plus une; la défense du législateur devient lettre morte et « l'antique loi n'a plus conservé qu'une autorité nominale et pour ainsi dire une mention honorifique dans les diverses législations européennes qui relèvent du droit romain. »

Le Velléien n'existe effectivement que s'il s'impose à la femme sans qu'elle puisse y renoncer. La théorie de la renonciation a pour conséquence pratique le rejet de l'institution elle-même. On comprend que le Maître ait concentré ses recherches historiques sur l'histoire de cette théorie. Il l'attribue aux glossateurs; Placentin en aurait été en France le premier représentant. Mais les romanistes de l'école française en ont compris le danger et l'inconséquence, jusqu'au jour où la pratique se souciant peu de tradition romaine l'a consacrée.

La pensée la plus personnelle, la plus profondément originale de Gide fut d'établir un rapport entre le Velléien et l'inaliénabilité dotale. Ce rapprochement pouvait au premier abord paraître une monstruosité juridique et historique. Les deux institutions appartiennent en effet à des catégories juridiques très différentes : l'une touche les droits réels, l'autre les contrats; leur histoire ne présente aucun point de contact apparent. Et pourtant Gide avait raison en soutenant que l'idée d'incapacité était indispensable pour assurer pratiquement l'inaliénabilité dotale et que le Velléien, étant dans l'histoire du droit écrit le centre de l'incapacité féminine, les deux institutions avait dû forcément réagir l'une sur l'autre. Mais son argumentation historique reste dans le vague. Elle affaiblit la portée de sa thèse, bien loin de la fortifier. Que l'une et l'autre de ces institutions émanent de tendances protectionnistes et conservatrices, qu'elles soient adoptées ou repoussées par les mêmes milieux, cela ne

saurait nous étonner. C'est la pénétration et la fusion de deux organismes dont la technique originaire est si diverse qui a de quoi intéresser profondément l'historien du Droit. C'est cette pénétration que Gide signalait dans le régime dotal français du Code civil avec beaucoup de netteté et avec beaucoup de confusion dans l'histoire de notre Droit.

***

Il n'est pas difficile de retrouver la pensée qui a guidé Gide dans tout le cours de son travail : La lettre tue et l'esprit vivifie. Il a conçu le Droit comme le produit et l'expression d'un facteur moral. C'est l'esprit du passé qu'il a voulu ressusciter, auquel il a demandé le sens de ses institutions. En historien consciencieux, il a parcouru les textes; mais il a choisi dans les textes ceux qui lui ont paru les plus expressifs de la mentalité d'une époque. Dans la littérature juridique, il a saisi les instants où l'homme apparaît à travers le jurisconsulte et dans l'exposition d'une thèse les passages les plus généraux et les plus suggestifs. A cette méthode, je ne vois rien à critiquer sinon qu'elle n'est pas universelle, et n'atteint pas toujours la vérité. La mienne, pour être diamétralement opposée, n'y arrive pas davantage.

Sans doute, les conceptions morales ont leur part d'action dans la formation du Droit; mais seraient-elles seules vraiment efficaces, qu'il serait illusoire d'établir une harmonie entre la législation positive d'un peuple et sa psychologie. Chacun trouve à sa naissance un Droit tout fait; aurait-il le temps de le refaire pendant sa vie qu'il le transmettrait à une nouvelle génération qui ne le reconnaîtrait plus comme l'expression de sa pensée. Vérité dont la naïveté serait bien ridicule, si tant d'historiens ne s'obstinaient à établir la psychologie d'un peuple ou d'une époque d'après ses institutions.

En morale, peut-être aussi en législation la lettre tue. En histoire du Droit, la lettre est un facteur aussi actif que l'esprit. Le texte de Droit est par lui-même une force, et s'il se laisse diriger jusqu'à un certain point vers un idéal de raison ou de sentiment, il agit bien souvent de lui-même d'une façon méca-

nique et irrationnelle, de telle sorte que pour si parfaite que soit l'histoire d'une institution, elle ne saurait suppléer à l'histoire des textes qui ont régi cette institution. Il semble qu'il y ait là deux tâches différentes, que l'on ne peut aborder en même temps, qui se laissent compléter et corriger l'une par l'autre tout en restant de nature différente. Dans l'histoire de l'esprit on a le droit de choisir parmi les documents, dans l'histoire des textes on n'en a pas le droit.

Le travail qui reste à faire n'est plus celui de Marie, c'est celui de Marthe. C'est la collation de tous les textes qui sont disséminés dans de nombreux imprimés et manuscrits, c'est la confrontation de tout ce que les glossateurs ont écrit sur le titre premier du seizième livre du Digeste, le titre vingt-neuf du livre quatre du Code de Justinien, les authentiques qui y figurent, les passages de l'*authenticum* qui s'y rapportent. Cela fait un grand nombre de documents dont je ne veux même pas faire ici l'énumération. Je veux seulement me demander s'il est nécessaire de s'attacher à ces études ardues et souvent stériles qui consistent à rapprocher la lettre sans pénétrer l'esprit.

Toutes les influences que peut avoir eu le sénatus-consulte en question dans sa forme classique ou sa forme byzantine sur le droit moderne de l'Europe occidentale doivent se manifester forcément dans la littérature des glossateurs. Or de cette littérature, Gide ne connaissait que très peu de chose. Sa méthode même lui interdisait d'en comprendre le sens et la portée. Il attribuait une importance capitale aux quelques mauvaises plaisanteries sur les femmes avec lesquelles les vieux professeurs essayaient de distraire leurs élèves. « Si j'ai pris la peine de citer jusqu'au bout cette ridicule diatribe, — dit-il à ce propos — c'est qu'elle est l'expression d'un préjugé universel chez les légistes depuis l'antiquité jusqu'au XVII^e^ siècle et que ces vieilles lois d'incapacité dont les femmes, aujourd'hui encore ne sont qu'imparfaitement affranchies, n'ont pas, après tout, d'autre fondement rationnel que des arguments de la force de ceux qu'on vient de lire. » Sous la plume des anciens juristes, les diatribes contre les femmes ne sont le fondement de rien du tout. Les mêmes jurisconsultes qui traitent la femme de « beste

haineuse et nourrissante de mauvaiseté » ou qui, à une époque plus ancienne, lancent contre elles en latin des injures de même calibre, sont souvent les plus ardents à soutenir qu'elles peuvent, par une simple renonciation, échapper à toutes les incapacités dont la loi romaine peut les frapper, et à leur faire par cela même une situation juridique égale à celle de l'homme. Plus particulièrement, les glossateurs sont d'une objectivité impeccable. Ils apportent à l'étude des lois l'âme abstraite du mathématicien. Lorsqu'ils étudient un texte de Justinien, le plus ou moins d'estime qu'ils peuvent avoir pour la moralité ou l'intellectualité de la femme n'entre pas en ligne de compte.

Il n'est pas non plus absolument exact que les glossateurs aient admis d'une façon générale le pouvoir pour la femme de renoncer au Velléien. Le système de Placentin et de l'école de Martinus est diamétralement opposé à cette manière de voir. Trois textes, la loi ultime du *Digestum vetus* à notre titre et deux fragments de l'*authenticum* (*Collatio* IX, tit. 1, c. 5 — *Collatio* VII, tit. 6, c. 1) peuvent être invoqués en faveur de la renonciation. Les textes de l'*authenticum* déclarent que la veuve qui voudra prendre la tutelle de son enfant, devra faire avant tout une renonciation générale à toute mesure de protection — au Velléien en particulier — et même promettre de ne pas se remarier. Cette dernière promesse n'aura pas de valeur reconnaît-on; mais la renonciation tirerait du texte du Digeste, sa légitimité. Cette théorie n'est avancée qu'avec une certaine timidité. En tous cas, ce n'est qu'au Velléien proprement dit que la renonciation est valable pour les glossateurs; jamais, une intercession en faveur du mari ne pourra être validée, car cette dernière échappe au Velléien et tombe sous le coup de l'authentique « *Si qua mulier.* »

*
* *

Les glossateurs — ou du moins certains d'entre eux — ont-ils admis la renonciation au Velléien pour ruiner indirectement une institution gênante et d'application difficile? Le Velléien repose sur une subtilité psychologique dont-il est impossible de faire

une réalité juridique sans une analyse de fait extrêmement minutieuse ; il veut empêcher la femme non pas de gérer librement ses propres affaires ni même de faire librement tous les actes de libéralité qui lui font plaisir, mais d'intervenir dans les affaires d'autrui sans intention de profit ni de perte. Il faut de plus que la femme soit de bonne foi ou les créanciers de mauvaise foi. Le droit romain semble avoir procédé de deux façons pour essayer de cerner la vérité dans la constatation de faits aussi subjectifs et aussi difficiles à établir. A l'époque classique on cherche à obtenir une certaine objectivité par l'analyse de divers cas concrets dans lesquels on voit une intercession. Justinien cherche à tourner les difficultés au moyen de formalités et de présomptions. « Antiquae jurisdictionis retia et difficilimos nodos resolventes et supervacuas distinctiones exulare cupientes.... »

Quand les glossateurs se trouvent en présence d'une réforme de Justinien, ils ont toujours une tendance à l'interpréter restrictivement. Ils cherchent à la concilier avec les textes du Digeste et du Code et même lorsqu'ils y reconnaissent une innovation incontestable, ils ne renoncent pas pour cela à l'étude des textes anciens et inconciliables avec le droit nouveau. Il n'y a rien pour eux dans tout le *Corpus* qui soit complètement abrogé et inutilisable. Une disposition qui n'a plus d'application pratique n'en conserve pas moins toute son importance théorique. Leur méthode à cet égard est très particulière et donne à leur œuvre sa remarquable valeur. Ce ne sont pas des historiens qui reconstituent un Droit mort ; ce ne sont pas davantage des praticiens cherchant des solutions simples et claires à des difficultés juridiques qui peuvent se poser tous les jours. Ce sont des cerveaux abstraits en quête d'une technique et d'une logique juridique. Peu leur importe que la loi *Si mater* ne se concilie guère avec la tutelle des mères telle que l'a organisée Justinien, si elle peut fournir un principe sur la nature juridique de l'intercession et leur permet de poser cette distinction : promettre à quelqu'un ce qui lui est dû par un autre, c'est intercéder ; lui promettre ce qu'il doit à un autre, ce n'est pas intercéder. Glose *repromittens* à la loi *Si mater* au Code. « Dicat mulier promitto quod debes

vel debebis et tunc non intercedit ; vel... promitto quod debet vel debebit tibi pupillus, tunc est intercessio. »

Les jurisconsultes du XII^e^ siècle recherchent les difficultés au lieu de les fuir. Il n'agissent pas uniquement ainsi par dilettantisme, mais plus une matière leur paraît ardue, plus il espérent tirer de profit de son interprétation. Par ses vices même de construction, par ses défectuosités, le Velléien attirait l'intérêt; on voyait surtout en lui et dans les textes qui le concernent un instrument d'éducation juridique.

*
* *

Toutefois, il y eut une tentative pour attribuer à Justinien une réforme qu'il n'avait pas faite, mais qui aurait eu pour effet le bouleversement complet de toute l'institution. Toute l'analyse juridique des jurisconsultes romains, les décisions impériales, les formalités et les présomptions instituées par Justinien auraient disparu et la capacité féminine aurait été régie par une toute petite authentique insérée en face de la loi *Antiquae*. « Sed hodie non tenetur nisi manifeste probetur pecuniam in utilitatem mulieris esse conversam. » Tout engagement de la femme dont elle n'aurait pas tiré profit eût été nul.

Cette authentique ne paraît pas très ancienne. La *summa codicis trecensis* ou *somme irnérienne* n'en offre aucune trace. Roffredus dans son *de Ordine judiciario* VII. 1. l'attribue à Martinus et les manuscrits semblent confirmer cette attribution.

Le *ms. 4517 lat. Bibl. Nat. Paris* la reproduit sous une forme particulière en la faisant suivre du sigle de Martinus. « Hodie nullo modo obligatur etiam si obligationem instrumento consentiat nisi, in mulieris utilitatem pecunia versa probetur. in auth. ut nulli jud. lic. M. » Le *ms. 4523 lat. Bibl. Nat. Paris* porte également l'authentique « *Sed hodie* » sous sa forme la plus courante suivie du sigle M. (Martinus) et dans la marge supérieure l'authentique « *Si qua mulier* » suivie du sigle B. (Bulgarus). Celle-ci est en effet la réfutation de celle-là. A une lecture trop libre de l'*authenticum* on oppose une reproduction textuelle du passage visé. On voit qu'il faut en restreindre la

portée aux rapports de la femme avec son mari, le Velléien subsistant dans ses rapports avec les étrangers.

Mais il ne me semble pas qu'il faille y voir, malgré les sigles, une controverse entre Martinus et Bulgarus, mais plutôt une controverse entre les successeurs de l'un et de l'autre. L'authentique correctrice « *Si qua mulier* » ne se rencontre dans tous les manuscrits de la glose pré-accursienne que j'ai pu parcourir que comme une addition tardive d'écriture récente et mise arbitrairement dans les marges laissées libres souvent loin de la place qu'elle doit normalement occuper. Ce n'est pas Bulgarus qui a fait cette insertion. D'ailleurs son adversaire Martinus, en admettant qu'il ait reproduit dans son Code une authentique « *Sed hodie*, » ne lui donnait pas la portée générale que lui donnera son disciple Placentin. En effet le plus vieux recueil de controverses entre les quatre docteurs, la *Vetus collectio*, publié par Hænel rapporte la vraie controverse pendante entre les deux adversaires au sujet du Velléien et cette controverse n'aurait eu aucun sens si Martinus avait vraiment professé la doctrine que les textes semblent lui prêter.

Il pourrait fort bien se faire que Placentin ait été le seul à tirer de l'authentique « *Sed hodie* » toutes ses conséquences; lui seul ose affirmer dans sa Somme au Code que le Velléien n'existe plus, lui seul ose assimiler la capacité de la femme à celle du mineur, qui n'est tenu que dans la mesure du profit. Cette thèse fit un beau scandale en son temps; on en parla dans l'école des cinquantaines d'années après la mort de son auteur. Mais à la fin du XII^e^ siècle, la thèse est déjà condamnée. On a l'impression d'avoir affaire à un paradoxe qui jouit d'un succès de curiosité sans rallier personne et qui n'eut aucune influence ni sur la doctrine, ni sur la pratique.

Et pourtant à lire d'autres textes, on serait tenté de croire le contraire. Au *folio 79 du manuscrit 81 de Montpellier* se trouve une traduction française de l'authentique « *Si qua mulier*, » mais mutilée de telle façon qu'elle reproduit la théorie placentinienne en annulant tous les engagements de la femme dont elle ne tire pas profit, qu'elle agisse ou non avec son mari : « Ci vient une authentique qui dit : Se aucune femme escrit en

instrument et oblige sa chose, se ele le fet une fois ou pluseurs por dete privée ou comune, la chose ne vaille plus que se elle ne fut pas escrite se il res prové apertemen que li desniers ait été mis en son preu. »

Et *Boutillier II. 29*. « Généralement peux et dois savoir que femme ne se peut obliger pour autres, si contre elle n'était prouvée qu'elle y eut proffit, ou que ce fut fait par marché ou par subtil engin ou que argent en prit pour ce faire ; car si ce y estoit : lor ne serait secourue ni ne lui vaudrait la loi de Velleian. »

Y-a-t-il une influence de l'authentique *Sed hodie* sur la rédaction de ces deux textes? Ce simple rapprochement ne suffit évidemment pas à l'établir.

*
* *

La controverse sur l'authentique « *Sed hodie* » est en réalité très simple. Il s'agit de deux mots de l'*authenticum* « *proprio viro* » que certains ont tenté d'escamoter pour donner au texte une portée générale, tandis que d'autres ont énergiquement protesté en vue de les rétablir. La question plus ancienne de la loi *Antiquae* et plus particulièrement de son § *ne autem* est à l'origine tout aussi simple. Le *Manuel* de notre maître Girard en fait un exposé très exact et très précis et rapporte à ce propos les opinions de Bulgarus et de Martinus d'après la glose. Mais à ce moment, la question avait un peu changé d'aspect et ce que l'on fait dire aux deux plus célèbres des quatre docteurs n'est pas absolument ce qu'ils avaient dit. Les *Diversitates dominorum in jure* (*Vetus collectio*) publiées par Hænel permettent de mieux comprendre la discussion originaire.

« § 79. Martinus dicit quod lex illa Antiquae C. ad Velleianum debet legi in fine tituli, et addit, ut mulier non obligetur, nisi scribat in instrumento a tribus testibus subsignato, et hoc dixit a verbis in fine legis positis. Alii dicunt quod in dote et in libertate nihil immutetur. »

Les deux adversaires étaient d'accord sur le sens de la loi *Antiquae* et du § *ne autem*. Ils étaient aussi d'accord sur le

principe que dans chaque titre du Code, chaque constitution pouvait modifier celles qui le précédaient et être modifiées par celles qui le suivaient. Or dans le titre *Ad senatus consultum Velleianum*, la loi *Antiquae* qui établit tout un système général de formalités et de présomptions assez admissible si on le considère comme une mesure générale, est suivie de deux autres constitutions — loi *veterum ambiguitatem* et loi *generaliter* — qui, lorsqu'il s'agit de dot et d'affranchissement, anéantissent tout ce qui a été laborieusement édifié dans la loi précédente et considèrent l'intercession des femmes comme valable en dehors de toute formalité. Pour obtenir un système plus homogène Martinus prétendait que la loi *Antiquae* devait être la dernière du titre au lieu d'en être l'antépénultienne, et qu'il avait dû y avoir quelque erreur de copie. Mais Bulgarus, ne trouvant nulle part la confirmation de ce dire, se refusait à cette concession et tout le monde, même Placentin, lui donna raison. Les bulgariens firent alors un pas en avant et transportèrent la discussion sur le sens même du § *ne autem*. Ils soutinrent, pour employer les termes de notre maître Girard, que ce texte « ne s'occupait pas des intercessions valables, mais seulement de celles atteintes par le sénatus-consulte pour les déclarer nulles *ipso jure* et non plus *exceptionis ope* » si certaines formes n'étaient pas observées. Les bulgariens triomphèrent encore parce qu'il surent profiter d'une équivoque et leur système essentiellement illogique a dominé longtemps l'interprétation. Ainsi une thèse, par la façon dont elle se pose au début de la discussion, crée un préjugé et personne ne peut savoir où ce préjugé peut conduire. Une première décision juste est souvent le point de départ d'une infinité d'iniquités et d'erreur. Le grand intérêt des études minutieuses de textes est de faire ressortir combien la vie intellectuelle et sentimentale du droit est peu de chose comparée à sa vie mécanique et accidentelle.

***

On peut aussi affirmer que l'inaliénabilité dotale et le senatus-consulte Velléien — l'indisponibilité réelle et l'incapacité person-

nelle — ont été unis dans le cours de l'histoire autrement que par des nécessités pratiques et des analogies de tendances psychologiques et sociales mais par le contact matériel de certains textes. Il est un texte qui établit une corrélation entre les deux institutions et l'histoire de ce texte expliquerait bien des particularités du régime dotal, c'est l'authentique « *Sive a me.* »

La formation de cette authentique est d'ailleurs facile à saisir à travers la glose pré-accursienne. Sous sa forme primitive ou irnérienne c'est un simple renvoi de texte à la loi « *Si mulier perfectae.* » Ainsi la trouve-t-on dans le *Montpellier 81 folio 93* « Yr. J. aut. ut immobilia aut. nupt. do. coll. v. » L'authentique plus complète se trouve folio 93 verso.

Vers le milieu du XII^e^ siècle, l'authentique « *Sive a me* » est considérée comme glosant non plus la loi « *Si mulier perfectae* » mais la loi précédente « *Jubemus.* » Mais elle est encore beaucoup plus brève que sous sa forme accursienne et ne fait allusion qu'à la *donatio propter nuptias*. Elle se termine par le mot « *habetur.* » Il en est ainsi notamment dans le *4517*, dans le *8940 Paris lat. Bib. Nat.* Dans le *Paris 4536,* la question de l'obligation de la femme dans ses rapports avec l'inaliénabilité dotale est posée : « Item et in dote servatur. » Elle se développe dans le *Montpellier 83*, sous une forme que la *Glose* trouvera condamnable : « Et multo potius in dote observanda est ne quid dotis obliget vel alienat. »

Les déplacements et les transformations de cette authentique « *Sive a me,* » c'est la théorie de Gide qui s'élabore, c'est le Velléien qui pénètre l'inaliénabilité dotale, ou plutôt c'est l'inaliénabilité dotale qui vient s'imprégner de l'esprit de Velléien.

Dans tous les textes dont nous parlons dans ce paragraphe, nous flottons entre les droits réels et les droits personnels. Toutefois la loi « *Si mulier perfectae* » fait légitimement partie de la théorie Velléienne. Femmes ou filles majeures qui ont garanti leur intercession par des cautions ou des gages, peuvent en confirmant au bout de deux ans ces constitutions de cautions ou de gage les rendre définitivement valables. Cette même « *secundo post biennium professio,* » institution essentiellement byzantine, on la retrouve dans un cas à peu près analogue en

matière d'aliénation d'objets donnés *propter nuptias*, indiqué par le titre *ut immobilia ante nuptias de la collation V. de l'Authenticum*. On avait fait ainsi un rapprochement plus matériel que juridique entre les deux textes « Donationis alienatio potest valere si mulier elapso biennio a tempore primi consensus iterum consentiat sicut et quando fidejubet ut J. c. § 1 et C. ad Vell. l. Si Mulier, » dit Johannes Bassianus, dans sa *Lectura* sur *l'Authenticum. Paris. B. nat. lat. 4542 folio 213.*

Le rapprochement avec la loi *Jubemus* était plus juridique. Dans les deux cas, il s'agit d'une femme mariée renonçant à ses droits tels qu'ils sont établis au moment du mariage. Les biens du mari servant de garantie à la femme peuvent être libérés par une seule renonciation de celle-ci; les biens donnés à la femme par *donatio propter nuptias*, ne peuvent être aliénés que par une double convention de la femme après deux ans d'intervalle. Il faut, dans l'un et l'autre cas, que la femme trouve un équivalent dans la fortune du mari. Enfin, ajoutera-t-on pour compléter le tableau, la dot est complètement inaliénable et aucun engagement de la femme ne peut agir contre elle. On établit ainsi peu à peu dans notre authentique le tableau complet des divers droits de la femme mariée et des effets que ses engagements peuvent avoir sur les uns et sur les autres, c'est-à-dire que l'on y traite de l'inaliénabilité de certains biens ramenée au point de vue de l'incapacité.

Certainement les glossateurs n'ont en rien modifié les dispositions de Justinien et Justinien lui-même n'avait en rien confondu la loi Julia spéciale à la dot des femmes mariées avec le Velléien commun à toutes les femmes et filles majeures. Mais il eut le tort d'insérer la loi *Jubemus* dans un titre où elle n'avait que faire et ses interprètes eurent le tort d'y transporter toute la théorie des inaliénabilités qui y était tout autant déplacée.

D'ailleurs, ce défaut de systématisation eut ses conséquences heureuses. Les deux techniques du droit personnel et du droit réel se combinèrent d'une façon savante dans l'esprit de Gide et de quelques uns de ses précurseurs: dans d'autres cerveaux moins propres aux constructions juridiques elles ont apporté du trouble et de la confusion.

***

« Tout a été dit en matière d'exégèse depuis les glossateurs jusqu'à nos jours. » Cette affirmation de Gide est peut-être un peu hardie, même en ce qui concerne la reconstitution du droit romain classique. Serait-elle tout à fait exacte, il ne s'ensuivrait pas que le seul intérêt du Velléien fut dans les conceptions morales et sociales des peuples qu'il a traversés. Il reste à faire l'histoire de cette exégèse envisagée dans son mécanisme et non dans ses résultats. Au point de vue sentimental, il n'y a pas grand chose à prendre chez les glossateurs, peut-être même rien du tout. On pourrait leur appliquer très justement les expressions de Musset. Ils mettaient les mots sur l'enclume et les tordaient avec le marteau, sans se demander si ces mots représentaient des pensées et ces pensées des actions. Ils n'ont rien modifié à la conscience générale et les idées personnelles de chacun d'eux en matière politique ou sociale peuvent fournir quelques anecdotes, mais ne permettent en rien d'apprécier leur œuvre. La Glose n'est pas une œuvre de morale, c'est une œuvre de pure intellectualité; elle a joué un rôle capital dans le développement de l'intelligence humaine.

A chaque époque et dans chaque milieu une science détient le prestige et la suprématie. Elle impose à tous les esprits ses manières de concevoir et de raisonner. Les autres sciences vivotent à ses côtés en s'inspirant de ses méthodes, sans influence et sans considération. Elle seule compte dans l'histoire du développement de l'intelligence et de la logique à son époque.

Ce rôle glorieux a été dévolu à la science juridique au XII^{e} et au XIII^{e} siècle dans l'Europe occidentale. Elle a pris à la scolastique et à la théologie leurs procédés de réflexion et de discussion, leur a donné une forme nouvelle avant de les transmettre aux écoles de philosophie nouvelle. Comment s'est-elle acquittée de cette tâche? C'est, pour moi, le véritable intérêt de la Glose.

De nos jours, bien plus encore qu'aux temps où écrivait Gide, on se méfie du côté abstrait du Droit et de l'abus de la logique en matière juridique. Les jurisconsultes et les historiens les plus

positifs se laissent glisser vers la sociologie. Un groupe des plus savants jurisconsultes priés de parler de la méthode dans leur spécialité se sont presque tous savamment dérobés. S'ils eussent dévoilé le côté abstrait de leur technique, ils n'auraient eu aucun succès. C'est le fonds du Droit, son intérêt psychologique, moral et sentimental qui intéresse surtout, ce que d'ailleurs, je ne reproche à personne et ne regrette nullement. Seulement je me demande qui s'intéressera à des gens qui traitaient le Droit comme une matière morte, par des procédés presque mécaniques. Est-ce là une matière savoureuse?

Les médecins et chirurgiens appellent « du matériel » les vivants et les morts sur lesquels ils travaillent. Cette brutalité apparente leur permet de travailler avec le plus de tranquillité au bien de leurs semblables. Les glossateurs ont traité les lois comme « du matériel. » Ont-ils fait en cela du bien ou du mal? On n'en sait rien. Ce qui les rend intéressants, c'est la façon dont-ils ont manié leur bistouri.

***

Certes les travaux récents des illustres savants de tous pays sur l'œuvre des glossateurs ont été bien accueillis par la science moderne, mais leur talent leur a permis de donner à des périodes peu connues un intérêt tout particulier. Ils n'ont pas formulé le « lasciate ogni speranza » dont je fais précéder mes études de texte.

Leur monotonie paraîtra effrayante à certains lecteurs. Mon intention est en effet de rapprocher et de comparer tous les textes des glossateurs qu'il m'a été possible et qu'il me sera possible de réunir sur le sénatus-consulte Velléien, aussi bien les textes systématiques que les textes exégétiques. Ce sont toutefois les textes exégétiques qui ont pour moi le plus grand intérêt.

Une *summa*, une *lectura* sur le code, un traité sur les Actions sont des œuvres d'ensemble qui valent par elles-mêmes; le rapprochement d'œuvres de cette nature est fécond pour l'histoire du développement et de la transformation des doctrines. J'ajoute que sans les œuvres systématiques, il est à peu près impos-

sible de comprendre la véritable opinion d'un jurisconsulte, une glose n'étant que l'interprétation d'un mot et non l'exposé d'un système. Ainsi Gide fut trompé par une glose de Placentin sur son opinion en matière de renonciation au Velléien; il n'eut pu l'être par sa *Summa Codicis*.

Mais la *glose*, c'est autre chose; c'est la méthode elle-même, la vraie méthode; celle que les savants ne dévoilent que rarement; c'est le travail cérébral pris sur le vif dans toutes ses opérations analytiques et synthétiques. Mais la vraie *glose* n'est pas imprimée; elle est même inimprimable. C'est la glose *préaccursienne* et même *postaccursienne* représentée par des centaines de manuscrits qui chacuns sont différents.

Les plus anciennes, les plus modestes et les plus intéressantes gloses sont anonymes. Elles font le plus ardu et le plus savant travail : explication des mots obscurs, leur interprétation juridique et surtout le rapprochement des divers textes qui peuvent avoir entre eux un point de contact. Tant qu'ils n'ont fait que mettre en présence des textes en concordance ou en opposition réelle ou apparente, les vieux glossateurs ne signaient pas leur travail. Ils ne croyaient pas faire œuvre personnelle ni originale. Mais lorsque deux textes se trouvaient en contradiction et qu'ils croyaient avoir réussi à les concilier, ils ajoutaient leur sigle pour revendiquer le mérite et la responsabilité de cette conciliation. Cette très vieille glose presque tout entière anonyme est presque toujours mutilée. Quelques vieux manuscrits eurent la chance de tomber entre les mains d'ignorants qui ne les ont pas mis au courant de la science en les grattant ou les surchargeant. De cette nature est le *Ms. 4450. latin. Bib. Nat. Paris Digestum Vetus* dont le titre sur le Velléien est au moins très pur : le *Ms 4517. Paris, Bib. Nat.* qui contient un code glosé l'est un peu moins; le *Ms. 4516. Paris (id)* serait encore plus précieux et devrait servir de point de départ, s'il n'avait été gratté quoique non surchargé.

Dans une seconde période les gloses sont signées et personnelles, c'est-à-dire qu'un jurisconsulte, qui en marge d'un texte fait une observation quelconque, y mettra toujours son sigle, mais ne le mettra pas s'il reproduit des opinions qui ne sont pas de lui.

Les manuscrits de ces gloses contiennent en général des écritures très variées. Le *ms. 4.536 de Paris, les ms. 82 et 83 de Montpellier* du Code très connus et très utilisés sont de ce genre.

Viennent ensuite les apparatistes, les faiseurs de grandes gloses (*magnarum glosarum*), qui travaillent dans le même sens, sans que leur travail soit identique. Les apparatistes compilent les gloses, donnent l'opinion de leurs adversaires aussi bien que leur propre opinion et signent le tout de telle sorte que dans un manuscrit leur sigle domine lorsqu'il n'est pas le seul. Les faiseurs de grandes gloses fondent ensemble tout ce qui a été dit sur un sujet donné et remplacent beaucoup de petites gloses contradictoires par une seule qui est censée les résumer toutes, mais ne le fait pas toujours très fidèlement. Rogerius fut un des plus anciens apparatiste ; il fut l'apparatiste de l'infortiat ainsi que le prouve le *ms. 4.452, lat. Paris*. Johannes Bassianus, Hugolinus, Azon eussent pu espérer devenir les pères de la *Grande Glose* lorsqu'Accurse enleva le record en faisant l'*apparatus* de tout le Corps de Droit et en donnant son nom à l'œuvre entière. Mais la glose d'Accurse est-elle même un problème ; sa mainmise sur l'ensemble des gloses ne s'est pas faite en un jour et dès qu'elle fut complète de nouveaux éléments sont venus la modifier. Apellerons-nous glose d'Accuse le *ms. 4.459 lat. Paris* où le vieux Johannes Bassianus occupe encore une place d'honneur, et qui représente peut-être les débuts du jeune accaparcur? Faudra-t-il attendre les manuscrits gothiques du type *Paris 8.942?* Ou faut-il s'arrêter à un texte intermédiaire qui pourrait-être considéré comme écrit au milieu du XIII^e^ siècle, à peu près à l'époque de la mort du plus célèbre des glossateurs. De ce manuscrit, je n'ai vu que quelques feuilles dans la collection du Musée de Cluny.

***

Je ne sais si ces comparaisons de manuscrits auront un intérêt quelconque. Cette tentative n'aboutira peut-être à rien du tout. Et le travail que je vous annonce ne sera peut-être pas très

suggestif. Mais le premier glossateur savait-il en écrivant sa première glose où il allait et ce qu'il ferait ?

Permettez-moi, cher Maître, de vous offrir la peau de l'Ours avant de l'avoir tué.

Un romaniste bourguignon du XVI^e^ siècle.

JEAN BÉGAT (1523-1572)[1]

PAR

PAUL VIARD

Professeur suppléant à la Faculté de Droit de l'Université catholique de Lille.

Conseiller, puis président au Parlement de Dijon, Jean Bégat[2] est l'un des jurisconsultes les plus considérables de l'ancienne Bourgogne[3]. Les Etats de la province lui confièrent des missions juridiques auprès du roi; le chancelier le consulta sur une question de droit international privé; le roi d'Espagne et les cantons suisses le choisirent pour arbitre; des plaideurs de la Comté, pays de droit écrit, s'adressèrent à lui; le roi le nomma membre et il devint le très influent rapporteur de la commission chargée

1. Que le Maître dont on connaît les recherches sur les jurisconsultes et les érudits du XVI^e^ siècle nous permette d'apporter ainsi notre contribution à ce recueil qui lui est dédié.

2. *Brevitatis causa*, je renvoie pour tout ce qui concerne la vie, les œuvres, le rôle politique, l'influence de Bégat à l'article que j'ai publié sous les auspices de M. Kleinclausz dans la *Revue bourguignonne de l'enseignement supérieur*, sur *le Président Bégat* (1905, n^o^ 4, p. 21-105). La notice de M. Vindry (*Les Parlementaires français du XVI^e^ s.*, 1^er^ fasc., 1909, p. 145) ne contient aucun fait nouveau. Dans ce domaine à peu près inexploré de l'histoire du droit romain en Bourgogne, j'ai eu le grand secours des conseils et des renseignements de l'historien du droit bourguignon, M. Champeaux, auquel je suis heureux d'exprimer toute ma gratitude.

3. Au XVIII^e^ siècle Bouhier croira de son devoir d'éditer les écrits juridiques de ce « docte et laborieux magistrat. » Taisand déclare que Bégat était de son temps le plus savant homme de sa province en droit romain (*La vie des plus illustres jurisconsultes*, 1721, p. 63, 64). En l'an XI, le conseil général de la Côte-d'Or le nomme parmi les grands juristes bourguignons dont le souvenir impose la création à Dijon d'une école spéciale de droit (Arch. dép. Côte-d'Or, N^t^, 1).

de préparer la réformation de la coutume de Bourgogne; les *Cayers* des commissaires furent imprimés sous son nom et reçus par l'usage parlementaire comme interprétation officielle de la coutume. Bégat apparaît ainsi comme l'un de ces jurisconsultes de second plan, il est vrai, mais dont l'activité juridique et l'influence locale sont indispensables à la diffusion et à la « réception » pratique des découvertes, des principes et des conclusions d'esprits plus éminents. Aussi bien, pour l'étude du droit écrit dans les pays de coutume au XVI^e^ siècle, n'est-il pas sans intérêt de se demander à quelle école de civilistes il a appartenu et s'il s'est contenté d'être un disciple fidèle des bartolistes ou des humanistes[1].

Des bartolistes, Bégat se rapproche par la forme. Dans le *de Censu, reditu et emphyteusi* et dans le *de Retractu gentilitio* il affectionne le procédé scolastique du *Queritur an...*, les distinctions et sous-distinctions. La langue, d'une correcte latinité, traduit dans le langage d'Ulpien et de Cicéron les expressions techniques du droit et de la procédure du XVI^e^ siècle. Le Parlement dijonnais est un *senatus*, ses arrêts des *senatusconsulta*, le bailli, un *praefectus ;* la créance, *un nomen*. Le conseiller Popon se confond avec le jurisconsulte Pomponius. Le fief devient le *jus clientelae* et la coutume, la *lex nostra municipalis*[2]. L'érudition de Bégat, assez étendue, ne laisse pas d'être quelque peu pédantesque et de donner lieu à des digressions pour le moins inutiles. Le « quart » président résiste mal au plaisir de faire constater qu'il n'ignore rien de l'évolution du testament grec ou du texte des lois de Rhadamante. Il est encore grand amateur d'étymologies aventureuses; en cette matière il se ferait scrupule de douter des affirmations de Varron[3].

Pour Bartole et ses élèves, le *Corpus juris civilis* est un code toujours en vigueur. Bégat pense de même. Il accepte les Authentiques à côté des Novelles, les *libri feudorum* en addition

1. Bégat ne semble pas avoir interprété aucune loi romaine d'une façon assez originale ou par une méthode assez intéressante pour qu'un examen particulier des divers textes expliqués par lui soit de quelque utilité.

2. *La coutume du duché de Bourgogne...* éd. Bouhier, 1717 (Abbrév. Bouhier). p. 461, 472, 506, 576, 519, 502, 495, 535 : *jus clientelae quod feudum appellamus.*

3. Bouhier, p. 580, 597, 521, 575.

aux lois de Justinien[1]. A ce *jus commune* Bégat emprunte les principes juridiques, les idées générales dont il a besoin pour interpréter la coutume de Bourgogne et la jurisprudence du Parlement de Dijon. Dans une hypothèse fort dissemblable de celle qu'envisage Bégat, le Prudent ou l'empereur a donné de la solution proposée par lui un motif de droit ou d'équité. Bégat détache du contexte ce principe, lui attribue une portée générale et l'applique à d'autres espèces. Ainsi s'explique qu'il puisse invoquer la loi romaine en matière de douaire ou d'administration de la communauté conjugale, de retrait lignager et de rente, de mainmorte et de vaine pâture[2].

Cette conception bartoliste du droit romain est le résultat des études juridiques de Jean Bégat. Nous ignorons la ville où il devint *Doctor in utroque*, les maîtres dont il reçut l'enseignement oral. Mais il cite abondammment Bartole et Balde, Paul de Castro, Decius et Jason. Parfois il se réfère à des docteurs plus anciens comme Accurse et Oldradus ou plus récents tels que Cujas, Budé, Dumoulin[3]. Bégat est en effet un érudit et par là un homme de la Renaissance, un humaniste.

Elève du collège de Dijon, il y apprit notamment le latin, le grec et l'histoire. Il cite, assez vaguement d'ailleurs, nombre d'auteurs latins et de préférence Cicéron, Pline l'Ancien, Ovide et Horace. D'Euripide et d'Homère il transcrit quelques lignes ;

1. Bouhier, p. 383, 536. Un plaideur affirmait cependant que « les Français ne reçoivent aucun droit impérial dont la raison ne soit apparente. » Le Parlement adopta la théorie exposée par l'autre partie et acceptée par Bégat. — *Jus commune*, p. 368, 383, 579.

2. Par ex., Bouhier, p. 369 (la mort civile équivaut à la mort naturelle et donne ouverture au douaire ; *C. J.*, 9, 49, 9) ; p. 365 (le mari qui n'a pas autorisé sa femme à contracter peut être contraint à opter entre la confirmation et l'annulation de l'acte suivant la loi *Julianus* § *si colludente*, ff. *de act. empti* = *D.*, 19, 1, 13, 27), p. 465, 536 ; p. 577 (impossibilité d'acquérir par prescription la liberté) ; p. 581 (liberté limitée par l'intérêt d'autrui : L. 1. § *idem aiunt* ff. *de aqua et aquae pluviae arcendae.* = *D.*, 39, 3, 1, 11). — Les références au *Corpus* sont en général précises et exactes sinon toujours fort opportunes. Toutefois on peut relever quelques inexactitudes. Par ex., en se réclamant de l'opinion d'Ulpien l. *non figura* ff. *de actionibus et obligationibus*, Bégat fait en réalité allusion à un texte de Paul (*D.*, 44, *de oblig. et act.*, 7, 38).

3. Bouhier, p. 380, 384, 467, 471, 489, etc. (Bartole et bartolistes), p. 497, 524, 526 (Cujas et Budé). Bégat connait également bien les canonistes (p. 473, 578 : Joh. Andreae ; 379, 468 : Benedicti) et les commentateurs de coutumes tels notamment que Dumoulin et Chasseneuz (Bouhier, p. 466, 467, 532, etc.).

il rapporte des opinions de Platon et d'Aristote. C'est à l'aide de Pline et d'Aristote qu'il étudie le sens du mot *reditus* et la date d'apparition des rentes constituées. Rencontre-t-il les mots d'*annona civilis*, il démontre par une histoire brève et trop littéraire de l'annone que les docteurs ont eu tort d'y voir le synonyme de rente annuelle. En recherchant les conditions de validité du testament militaire, il est hanté par le souvenir du serment des nouveaux légionnaires romains[1]. S'il emprunte à Bartole et à Balde l'explication de quelques articles de la coutume de Bourgogne, il se montre à l'occasion fort indépendant à l'égard du maître et de la *communis opinio doctorum*. Il recourt aux sources juridiques étrangères au *Corpus*, par exemple aux Sentences de Paul[2].

Par contre il ne se préoccupe pas du droit romain comme d'une science véritable ni comme d'une discipline historique. Jamais il n'a soupçonné que les compilations de Justinien puissent servir à reconstituer la législation de l'époque classique. Encore moins a-t-il pensé à l'existence possible de tribonianismes. L'histoire des institutions a pour lui peu d'attrait. S'il rappelle que chez les Latins les fiançailles engendraient une *actio de sponsu*, ce n'est que pour constater combien semblable disposition est *contra bonos mores* et pour attester qu'en Bourgogne on applique la loi *ult. C. J. de sponsalibus*. Il n'a pas discerné l'opposition radicale des systèmes romain et coutumier de dévolution successorale[3].

C'est que Bégat est avant tout un praticien et un juge. Les *Variae senatus divionensis decisiones* se présentent comme des commentaires de lois romaines. En réalité elles ne sont que la justification et l'explication d'arrêts du Parlement de Dijon. Bouhier les a extraites d'une partie d'un *Enchiridion juris burgundici* dont le titre seul atteste les préoccupations pratiques de notre jurisconsulte. Les autres écrits juridiques de Bégat, le *de Censu reditu et emphyteusi,* le *de Retractu gentilitio* et le projet de

1. Bouhier, p. 485, 526; 533, 555, 563.
2. Bouhier, p. 380, 488, 563; 513.
3. Bouhier, p. 511, 512; 383 : « encore que ce soit *contra jus commune, ita invaluit* en ce Païs que le père ne succède point à son fils aux anciens maternels d'icelui, mais les héritiers du côté maternel. »

réformation de la Coutume sont inspirés du même esprit. Interpréter la coutume est son but, le droit romain n'est qu'un moyen. S'il constate de temps à autre l'opposition entre le « droict » et la coutume, c'est vanité d'érudit ; pas un instant il ne songe que les dispositions de celle-ci ne doivent l'emporter sans débat et sans réserve. Fidèle observateur de l'ordonnance ducale de 1459, Bégat ne se pose pas la question théorique de savoir si la Bourgogne est pays de droit écrit ou de coutume. Le *Corpus juris civilis* ne sera que l'auxiliaire des usages codifiés de Bourgogne[1].

Aussi bien la réformation de la coutume se serait opérée, si les Etats avaient utilement collaboré avec la commission royale, dans le sens des traditions coutumières et non par l'extension des lois romaines. Dans les procès-verbaux des séances des commissaires, si les rappels de textes du *Corpus* sont fréquents, bon nombre de ces références sont inutiles ou démontrent l'impossibilité d'appliquer en ce cas le droit écrit. La rédaction de bien des articles proposés est inspirée des arrêts du Parlement ou des coutumes voisines. Très souvent les innovations ne sont basées que sur la jurisprudence[2].

Les compilations de Justinien ne furent donc pour Bégat ni un objet de recherches scientifiques et désintéressées, ni une législation dont l'application s'impose sans discernement. Il y vit essentiellement un moyen de compléter et d'expliquer la coutume de Bourgogne. Chez lui peu ou point d'idées générales. En revanche les faits précis, les espèces concrètes, les difficultés de la pratique journalière, les références à la jurisprudence abondent. En même temps Bégat est un érudit qui utilise ses connaissances de philologie, de littérature et d'histoire pour la saine interprétation du *Corpus*. L'évolution des institutions lui échappe. Mais il entend comprendre plus pleinement et plus

1. Bouhier, 334; Lettres de Philippe le Bon, confirmant la coutume rédigée : « ... se aucuns cas advenoient qui ne fussent comprins esdites coutumes... ou que par icelles ne se puissent décider... voulons qu'on y procède selon disposition de droict escrit » ; 536.

2. Bouhier, p. 365, 369, 370, 382, 385, 387 ; 378 : (représentation à l'infini en ligne collatérale), 383 (succession aux propres), 393 (condition des enfants des mainmortables).

exactement cette législation millénaire. Il l'adapte aux idées et aux besoins de son siècle et en fait un instrument de progrès juridique. C'est dire que Bégat n'est aucunement le disciple de Cujas. Par contre

... *si parva licet componere magnis*...,

il se rapproche de Dumoulin. Comme lui il est bartoliste mais aussi d'esprit indépendant et de culture humaniste et érudite. Mais, plus que l'illustre commentateur du XVI^e^ siècle mêlé à la vie judiciaire quotidienne, Bégat n'a su atteindre aux conceptions juridiques d'ensemble; il appliqua, en essayant de le faire progresser, le droit de son temps et de sa province sans préparer celui de l'avenir. Il a envisagé le droit romain en conseiller au Parlement de Dijon.

BIBLIOTHÈQUE MUNICIPALE DIJON

IMPRIMERIE CENTRALE DE L'OUEST

56-60, rue de Saumur

LA ROCHE-SUR-YON

(VENDÉE)

PRIX DES DEUX VOLUMES :

50 FRANCS

TABLE DES MATIERES DU TOME I
LISTE DES SOUSCRIPTEURS
BIBLIOGRAPHIE DES PUBLICATIONS SCIENTIFIQUES DE M. PAUL FREDERIC GIRARD
LISTE DES COURS PROFESSES PAR M. GIRARD AUX FACULTES DE DROIT DE MONT-PELLIER (1880-1888) ET DE PARIS 1888-1912
ABREVIATIONS
TABLE DES MATIERES DU TOME I
M.-J. BRY: L'Edit de Caracalla de 212 d'après le papyrus 40 de Giessen
André FLINIAUX: Les effets de la simple absence dans la procédure de l'Ordo judiciorum privatorum à l'époque de Cicéron (*pro Quinctio*, XIX, 60: in Verrem, II, 2, 22-26)
Georges GOYAU: La tétrarchie
Lucien GUENOUN: La lex Sempronia judiciaria (632. *U. C.*)
Henri LEVY-BRUHL: Examen d'un critérium grammatical de datation: le temps des verbes employés dans les citations des jurisconsultes romains
Olivier MARTIN: Quelques observations sur l'operis nori nuntiatio
Ernest PERROT: L'exercice de l'interdit quod legatorum par l'héritier civil
Pierre PETOT: Fructus duplio
Hippolyte PISSARD: Duci rel ferri jubere. La ductio jussu practoris dans les actions réelles et les actions noxales
Paul RAMADIER: La représentation judiciaire des cités d'après l'Edit du Préteur
Seymour de RICCI: Deux nouveaux papyrus juridiques
Félix SENN: La question du transfert de la propriété sous un terme extinctif ou une condition résolutoire et la constitution de Dioclétien de l'an 286 *(Fragm. Vat., 283. - Cod. Just., 8, 54 (55), de donat. quae sub. mod., 2)*
G. TESTAUD: Le Triboniani genius, sire de arte juris de François Gaultier
J. THELOHAN: De la stipulatio operarum
Paul THOMAS: Le rôle et le choix de l'exsecutor negotii dans la procédure extraordinaire, à l'époque de Justinien (Etude sur un papyrus byzantin du Musée du Caire, n° 67.032)
Pierre de TOURTOULON: Le Velléien chez les Glossateurs
Paul VIARD: Un romaniste bourguignon du XVIe siècle: Jean Bégat (1523-1572)