

URSULA ELSENER

Les racines romanistes
de l'interdiction de l'abus de droit



COLLECTION NEUCHÂTELOISE
BRUYLANT
HELBING & LICHTENHAHN

Thèse de doctorat de la Faculté de droit
de l'Université de Neuchâtel, 2004



Université de Neuchâtel
Suisse

Information bibliographique de la Deutsche Bibliothek

La Deutsche Bibliothek a répertorié cette publication dans la Deutsche Nationalbibliographie; les données bibliographiques détaillées peuvent être consultées sur Internet à l'adresse: <http://dnb.ddb.de>

Tous droits réservés. L'œuvre et ses parties sont protégées par la loi.
Toute utilisation en dehors des limites de la loi requiert l'accord de l'éditeur.

Conception typographique et mise en pages: Michel Haas, Neuchâtel

ISBN 3-7190-1973-X (Helbing & Lichtenhahn)

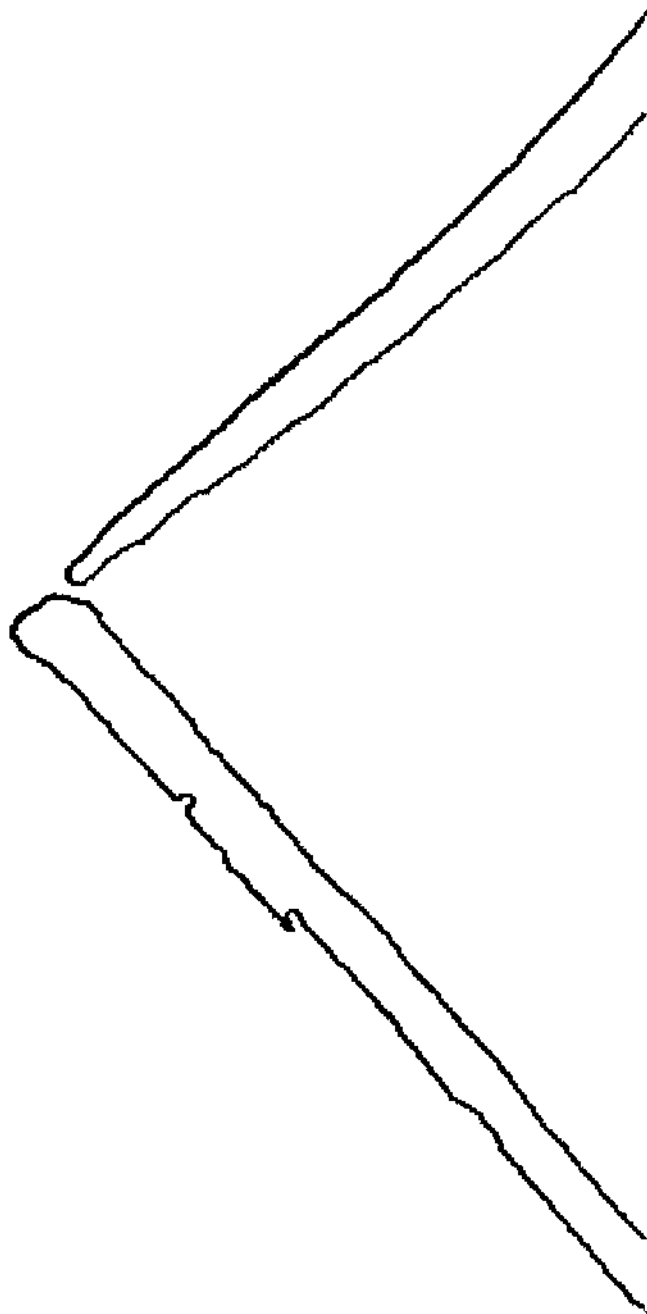
ISBN 2-8027-1875-4 (Bruylant)

© 2004 by Helbing & Lichtenhahn, Bâle

Conception graphique: Susanne Bolliger, Bâle

Ursula Elsener

**Les racines romanistes
de l'interdiction de l'abus de droit**



Avant-propos

«Elle part, elle s'évertue, elle se hâte avec lenteur» écrivait La Fontaine en mettant en vers la fable du lièvre et de la tortue, d'Esopé. Bien que le message métaphorique de ladite histoire converge vers une morale de toute autre nature, les quelques vers que j'ai extrapolés traduisent bien l'évolution de cette thèse de doctorat, surtout en ce qui concerne sa parution!

Ma reconnaissance va dès lors avant tout à ceux qui, malgré la kyrielle de démentis quant à la prochaine publication de ce travail, ont gardé bon espoir qu'un jour la «tortue» aurait atteint son but. Premier en lice, mon inégalable maître et directeur de thèse, Monsieur le Professeur Carlo Augusto Cannata. Ses lumières, ainsi que le dialogue constant – souvent vif et contrasté, mais toujours enthousiaste – qu'il m'a offerts, ont largement contribué à dresser la charpente de mon étude, puis à en peaufiner la structure définitive.

Je remercie aussi Messieurs les Professeurs Bruno Schmidlin et Olivier Guilloid qui, en qualité de professeurs cotrapporteurs, n'ont pas manqué de m'encourager, tout en m'enrichissant d'observations issues d'un sain esprit critique.

Le développement de mon étude a par ailleurs profité du terrain, fort riche en sources, de l'«Institut für geschichtliche Rechtswissenschaft» de Heidelberg, dont Monsieur le Professeur Karlheinz Misera m'a aimablement ouvert la porte pendant un séjour d'été de deux mois.

J'exprime toute ma gratitude également à l'Etat de Neuchâtel, ainsi qu'au fonds spécial créé par Monsieur le Professeur Carlo Augusto Cannara («Fonds de droit romain») qui, grâce aux subsides alloués, ont contribué au financement des coûts d'édition. A cet égard, j'adresse mes remerciements les plus cordiaux à Monsieur le Professeur Pierre Wessner, qui n'a jamais manqué de prêter son concours à l'organisation administrative qui a accompagné la publication de cette thèse.

La collaboration de Madame Kaspers, des Editions Helbing & Lichtenhahn, qui a assuré le lectorat du manuscrit, et de Monsieur Michel Haas, qui en a soigné la mise en forme définitive, a été déterminante pour la réalisation de l'ouvrage dans son aspect actuel. Je les en remercie vivement.

Enfin, je remercie mon mari, Raffaello, de m'avoir accompagnée pendant l'élaboration de cette thèse, et mon fils lumineux Emanuele, de me rappeler chaque jour qu'il est indispensable de répondre à la soif de connaissance innée en tout être humain.

Puisque tout commencement doit connaître une fin, et puisque j'ai cité La Fontaine au début, laissons-le terminer: «Bornons ici cette carrière. Les longs ouvrages me font peur. Loin d'épuiser une matière, on n'en doit prendre que la fleur. Il s'en va temps que je reprenne un peu de forces et d'haleine pour fournir à d'autres projets.»

Gravesano, novembre 2003

*A mon jeune frère, feu Roberto Smolnik, mon passé,
A mon fils Emanuele, mon présent et mon futur*

Table des matières

Avant-propos	V
Abréviations	XI
Bibliographie	XIII

PREMIÈRE PARTIE Le droit romain classique	1
Chapitre I Coosidérations préalables	3
A. Un cas d'abus de droit	3
B. Le comportement dolosif	13
Chapitre II La subsidiarité des remèdes de Gallus contre le dol	23
A. La subsidiarité de l' <i>actio de dolo</i>	23
1. La clé de lecture du principe de subsidiarité	23
2. Fondement de la subsidiarité de l' <i>actio de dolo</i>	53
B. La subsidiarité de l' <i>exceptio doli</i>	62
1. La subsidiarité liée à la nature même de l'exception	62
2. La double dimension de l' <i>exceptio doli</i>	80
Chapitre III L'application concrète	87
A. La casuistique romaine des situations abusives de droit	87
1. En matière de droits réels	88
1.1. Abus du droit de propriété	88
1.2. <i>Actio</i> et <i>exceptio doli</i> comme remèdes contre une attitude abusive affectant l'exercice d'un droit réel restreint	92
a) Impossibilité d'exercer une <i>vindicatio</i> <i>usus fructus</i>	92
b) Attitudes abusives dans le domaine des servitudes	98
2. En présence d'un pacte nu (ou autre impossibilité d'invoquer l' <i>exceptio pacti</i>)	103
3. Dans le domaine de la vente	113
4. En matière de successions (<i>contra voluntatem</i> <i>testatoris petere</i>)	116

5.	Pour obvier aux conséquences néfastes engendrées par le formalisme des <i>actiones strictae</i>	125
6.	En l'absence d'une action appropriée	144
7.	<i>Exceptio doli</i> comme moyen apte à rétablir un certain équilibre économique (idée: enrichissement illégitime)	160
B.	Les traits de l'abus de droit en droit romain classique	181
1.	Les caractéristiques	181
2.	Mal-fondé des thèses qui nient l'existence de l'abus de droit en droit romain classique	188
3.	Conclusions	193
DEUXIÈME PARTIE Le sort de la figure de l'abus de droit après l'époque classique		197
Chapitre I	Le passage de l'époque intermédiaire	199
Chapitre II	Le sort de l'abus de droit dans les systèmes juridiques modernes	207
A.	La solution suisse	207
B.	Panorama de quelques solutions européennes représentatives	214
Index des sources romaines citées		223

Abréviations

ACIV	<i>Atti del congresso di diritto romano e di storia del diritto di Verona</i>
ATH	<i>Athenaeum</i> , Pavia (depuis 1913; nouvelle série, depuis 1923)
AUPA	<i>Annali del Seminario Giuridico dell'Università di Palermo</i>
BIDR	<i>Bullettino dell'Istituto di Diritto Romano «Vittorio Scialoja»</i> , Roma
EP (LENEL)	O. LENEL, <i>Das ediktum perpetuum</i>
FI	<i>Foro Italiano</i>
FIRA	<i>Fontes iuris romani antejustiniani in usus scholarum</i> (I) <i>Pars prima: LEGES</i> (S. Riccobono), Firenze, G. Barbera, 1968 (II) <i>Pars altera: AUCTORES</i> (G. Baviera), <i>LIBER SYRO-ROMANUS</i> (G. Furlani), Firenze, G. Barbera, 1968 (III) <i>Pars tertia: NEGOTIA</i> (V. Arangio-Ruiz), Firenze, G. Barbera, 1972
IJ	<i>The Irish Jurist</i> , Dublin
Index	<i>Quaderni camerti di studi romanistici</i> , Napoli
Labeo	<i>Rassegna di diritto romano</i> , Napoli
MAL	<i>Memorie della Classe di Scienze morali, storiche e filosofiche dell'accademia dei Lincei</i> , Roma
RAL	<i>Rendiconti della classe di Scienze morali, storiche e filologiche dell'Accademia dei Lincei</i> , Roma
RCP	<i>Responsabilità civile e previdenza</i> , Milano
RDC	<i>Rivista di diritto civile</i> , Padova
RDCo	<i>Rivista del diritto commerciale e del diritto generale delle obbligazioni</i> , Milano
RHD	<i>Revue historique de droit français et étranger</i> , Paris
RHDFE	<i>Revue Historique de Droit Français et étranger</i> , Paris
RIDA	<i>Revue Internationale des Droits de l'Antiquité</i> , Bruxelles
RIFD	<i>Rivista internazionale di filosofia del diritto</i> , Roma
RPR I / II (KASER)	M. KASER, <i>Das Römische Privatrecht I / II</i>
RTCP	<i>Rivista trimestrale di diritto e procedura civile</i> , Milano
RZP (KASER)	M. KASER, <i>Das Römische Zivilprozessrecht</i>
SC	<i>Seminarios Complutenses de Derecho romano</i> (depuis 1989)

- SDHI *Studia et documenta historiae et iuris*, Roma
TR *Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis*, Leiden
Varia *Études de droit romain* I (1952), 2 (1956), 3 (1958),
4 (1961)
ZHR *Zeitschrift für Handelsrecht*
ZSS *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte,
Romanistische Abteilung*, Wien-Köln-Graz

Bibliographie

Note: La bibliographie qui suit se rapporte à toute la partie relative au droit romain classique. La systématique qui a été adoptée (nom des auteurs dans l'ordre chronologique de publication des œuvres, en partant de la plus ancienne jusqu'à la plus récente) permet au lecteur non seulement de retrouver facilement les références complètes des travaux cités au long de cette étude, mais encore d'avoir un cadre clair de l'évolution de la pensée scientifique dans les domaines qui touchent à la problématique de l'abus de droit.

Quant à la partie conclusive, qui concerne principalement l'incidence de la solution romaine dans les structures juridiques postérieures, elle est accompagnée de références plus immédiates, en bas de page, où le nom de l'auteur est suivi du titre complet ainsi que du lieu et de la date de publication de l'œuvre en question.

BERGER, A., *Paulys Realencyclopädie der classischen Altertumswissenschaft*, neue Bearb. von G. WISSOWA, W. KROLL, K. MITTELHAUS, K. ZIEGLER, Stuttgart, 1894-1980

SAVIGNY, F. C., VON, *Von dem Schutz der Minderjährigen im Römischen Recht, und ins besondere von der lex Plaetoria* (1833) in *Verm. Schr.* II, Berlin 1850 (reprint Aalen 1968) 321 ss

LENEL, O., *Über Ursprung und Wirkung der Exceptionen*, Heidelberg 1876

PICCINELLI, F., *Studi e ricerche intorno alla definizione «dominium est ius utendi et abutendi re sua, quatenus iuris ratio patitur»*, Firenze 1886 in *Antiqua* IV (rist. 1980 con nota di lettura di Luigi Capogrossi Colognesi)

LENEL, O., *Palingenestis iuris civilis*, vol. I + II, Leipzig, 1889 [1960, Graz, unveränderter Abdruck, vermehrt um das Supplementum von, Lorenz E. SIERL]

KRÜGER, H., *Beiträge zur Lehre von der exceptio doli 1: Das Verhältnis der exceptio doli (generalis), zur exceptio rei venditae et traditae und zur exceptio pacti*, Halle 1892

ERMAN, H., *Wie weit war die exceptio rei venditae et traditae decretal?* in *ZSS* 14 (1893) 237 ss

PERNICE, A., *Labo, römisches Privatrecht im ersten Jahrhundert der Kaiserzeit*, II, Halle 1895

- COSTA, E., *L'exceptio doli*, Bologna 1897 (reprint Roma 1970)
- FERRINI, C., *Diritto penale romano: teorie generali*, Milano 1899
- SAVIGNY, F. C., von, *Sistema del diritto romano attuale*, trad. V. SCIALOJA, 1900, III, 141 ss
- HUVELIN, P., *La notion de l'«iniuria» dans le très ancien droit romain*, Lyon 1903 (reprint Roma 1971)
- CARAVELLA, R., *Le limitazioni del dominio per ragioni di vicinanza in diritto romano*, Catania 1904 in *Studia Juridica XXXV* (ed. anastatica 1971, Roma)
- FRISOLI, *La dottrina delle chicane o del doloso abuso del diritto secondo il diritto romano e il diritto civile odierno* in *Il Filangieri* 29 (1904) 491 ss
- DE RUGGIERO, R., *Sulla «cautio ususfructuaria»* in *Studi V. Scialoja I*, Milano 1905, 73 ss
- KOSCHAKER, P., *Translatio iudicii*, Graz 1905
- GÖTTINGEN, H. C. J., VON, *Die exceptio rei iudicatae im römischen und heutigen Recht (mit besonderer Berücksichtigung ihrer Bedeutung für das Verhältnis der Erbschaftsklage zu den erbschaftlichen Singularklagen, behandelt im Anschluss an die L. 7 §§ 4, 5 D. 44,2* (Inaugural-Dissertation), Leipzig 1907
- DUQUESNE, J., *Droit pénal romain*, Paris 1907
- MITTEIS, L., *Römisches Privatrecht bis auf die Zeit Diokletians I*, 1908
- DUQUESNE, Jean, *La translatio iudicii dans la procédure civile romaine*, Grenoble 1910
- HUBER, A., *Über den Rechtsmissbrauch*, Bern 1910
- LITTEN, F., *Zum Dolus-Begriff in der «actio de dolo»* in: *Festgabe Güterbock*, 1910, 257 ss
- ROTONDI, G., *Gli atti in frode alla legge nella dottrina romana e nella sua evoluzione posteriore*, Torino 1911 in «*Lerma*» di Bretschneider (ed. anastatica 1971, Roma)
- WLASSAK, M., *Der Ursprung der römischen Einrede in Festgabe der Zeitschrift für Notariat und freiwillige Gerichtsbarkeit in Österreich zum fünfzigjährigen Doktor-jubiläum von Leopold Pfaff*, Wien, 1910 [publié également in *Labeo* 13 (1967) 231 ss]

- BIONDI, B., *Dolus causam dans e incidens* (1912) in *Scritti giuridici III*, Milano 1965, 301 ss
- DEBRAY, L., *Contribution à l'étude de le loi Plaetoria* in *Mélanges Girard I*, Paris 1912, 265 ss
- KRÜGER, P., *Geschichte der Quellen und Literatur des Römischen Rechts*, Leipzig 1888; 1912
- SOLAZZI, S., *La minore età nel diritto romano*, Roma 1912
- ROTONDI, G., *Leges publicae populi romani* (estr. da *Encicl. giur. ital.*, Milano 1912; Neudr. Hildesheim 1962), 271 s.
- DE FRANCISCI, P., *Συνόλλογμοι, Storia e dottrina dei cosiddetti contratti innominati*, Pavia, I 1913; II 1916
- BRUGI, B., *Labuso del diritto come concetto giurisprudenziale* in *RAL* 23 (1914) 37 ss
- BETTI, E., *Studi sulla 'litis aestimatio' 2. Le 'actiones quibus et rem et poenam persequimur'*, 1915
- KRÜGER, H., *Verweisungsedikte im prätorischen Album* in *ZSS* 37 (1916) 230 ss
- LEVY, E., *Die Konkurrenz der Aktionen und Personen*, I, Berlin 1918
- BRUGI, B., *Animus aemulandi* in *Riv. dir. comm.* 28 (1920) 68 ss
- PRINGSHEIM, F., *Subsidiarität und Insolvenz* in *ZSS* 41 (1920) 252 ss
- SCHULZ, F., *Die Lehre vom erzwingenen Rechtsgeschäft im antiken römischen Recht* in *ZSS* 43 (1922) 171 ss
- CORNIL, G., *Le droit privé. Essai de sociologie juridique simplifié*, Paris 1924
- BESLER, G., *Einzelne Stellen* in *ZSS* 45 (1925) 435
- DE VISSCHER, F., *Les formules 'in factum'* in *RHD* 4 (1925) 193 ss (= F. DE VISSCHER, *Études de droit romain*, Paris 1931, 361 ss)
- DUQUESNE, J., *L'action de la loi Plaetoria* in *Mélanges Cornil I*, Gand-Paris 1926, 217 ss
- PEROZZI, S., *Intorno a Gai. 4, 60*, 1926. [égal. in *Studi Perozzi III*, 1948, 499 ss]
- ZANI, C., *Figura giuridicae concetto del dolo* in *Studi Senesi* 32 (1926) 22, 26 A.3
- LENEL, O., *Das edictum perpetuum*, Leipzig 1974 (1927)
- LENEL, O., *'Intentio in factum concepta'?* in *ZSS* 48 (1928) 1 ss

- MEYLAN, Ph., *L'étymologie du mot parricide à travers la formule «paricidas esto» de la loi romaine*, Lausanne 1928
- LEVY, E., *Index interpolationum quae in Iustiniani Digestis inesse dicuntur*, (vol. I: *ad lib. dig. I-XX*; vol. II: *ad lib. dig. XXI-XXXV*; vol. III: *ad lib. dig. XXXVI-L*; *Supplementum ad lib. dig. I-XII*), Weimar, Böhlau, 1929
- BRUGI, B., *L'abuso del diritto nel progetto del codice delle obbligazioni e dei contratti in Studi Ascoli*, Messina 1931, 77 ss
- SOLAZZI, S., *L'estinzione della obbligazione*, Napoli 1931
- LÜBTOW, U., von, *Das Ediktstitel «quod metus causa gestum erit»*, Greifswald 1932
- CAVIN, J., *L'extinction de l'usufruit rei mutatione*, Thèse Lausanne, 1933
- ROMANO, S., *Sull'acquisto del legato 'per vindicationem'*, Padova 1933
- SCIALOJA, V., *Negozi giuridici*, Roma 1933
- SANFILIPPO, C., *Il «metus» nei negozi giuridici*, Padova 1934
- SANFILIPPO, C., *Contributi esegetici alla storia dell'appellatio*, Spoleto 1934
- LONGO, C., *Corso di diritto romano. Fatti giuridici, negozi giuridici, atti illeciti*, Milano 1935
- MARKOVITCH, M., *La théorie de l'abus des droits en droit comparé*, Paris 1936
- VOCI, P., *Teoria dell'acquisto del legato secondo il diritto romano*, Milano 1936
- GROSSO, G., *In tema di «cautio usufructuaria»* in *ATO* 1936-37
- KADEN, E.-H., *L'exercice de la propriété à la fin de l'époque classique du droit romain* in *REL* (1937) 136 ss
- KRELLER, H., *Die Theorie des Missbrauchs der Rechte in der römischen Rechtslehre in Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht* 11 (1937) 1 ss
- LONGO, C., *Contributi alla dottrina del dolo*, Cedam, Padova 1937
- DE MARTINO, F., *L'«ignorantia iuris» nel diritto penale romano* in *SDHI* 3 (1937) 1 ss
- POMMERAY, L., *Etudes sur l'infamie en droit romain*, Paris 1937
- STELLA MARANCA, F., *In tema di divieto dell'«aemulatio»* in *Studi Albertoni* II, Padova 1937, 449 ss
- PUGLIESE, G., *La simulazione nei negozi giuridici*, Padova 1938

- CASTELLO, C., *Il regime della violenza nei negozi giuridici* in *RISG* 14 (1939) 279 ss
- CASTELLO, C., «*Timor mortis vel cruciatus corporis*» in *AG* 121 (1939) 145 ss
- KUNKEL, W., «*Fides*» als schöpferisches Element im römischen Schuldrecht in *Festschrift P. Koschaker* II, Weimar 1939
- PACCHIONI, G., *Qui suo iure utitur neminem laedit* in *GI* 4, part. IV (1939) 209 ss
- PUGLIESE, G., *Actio e diritto subiettivo*, Milano 1939
- RICCOBONO, S., *La teoria dell'abuso di diritto nella dottrina romana* in *BIDR* 46 (1939) 2 ss
- LUZZATTO, G. I., *Procedura civile romana I - Esercizio dei diritti e difesa privata*, Bologna 1945-46 (ristampa)
- D'EMILIA, A., *Una «media sententia» sul problema dell'abuso del diritto* in *SDHI* 11 (1945) 279 ss
- DAVID, R., *Etudes sur l'interdit 'quod vi aut clam'*, Paris 1947
- RICCOBONO, S., *Ius est ars boni et aequi* in *Annali Catania* I (1947) 38 ss
- SERRAO, F., *Il procurator*, Milano 1947, 168 ss
- DAUBE, D., *On the use of the term «damnum»* in *Studi Solazzi*, Napoli 1948, 93 ss (= D. DAUBE, *Collected Studies in Roman Law* I, Frankfurt am Main 1991, 279 ss)
- KUNKEL, W., *Römisches Privatrecht, auf Grund des Werkes von Paul JÖRS* in 2. Aufl. bearb. von W. KUNKEL, 3. Aufl., Berlin-Göttingen-Heidelberg 1949
- ALBANESE, B., *Studi sulla legge Aquilia I* in *AUPA* 21 (1950) 45 ss; 186 ss
- DI MARZO, S., *Le basi romanistiche del Codice Civile*, Torino 1950, 159 ss
- NIEDERLÄNDER, H., *Die Entwicklung des «furtum» und seine ethymologischen Ableitungen* in *ZSS* 67 (1950) 489 ss
- BIONDI, B., *Il diritto romano cristiano*, Milano 1951, 2.79 ss; 3.312 ss
- COING, H., *Die «clausula doli» im klassischen Recht* in *Festschrift Schulz*, Weimar 1951, I, 97 ss; 116 ss
- SANFILIPPO, C., *Alla ricerca dei 'nuda pacta'* in *ACIV* 3 (1951) 333 ss
- AMIRANTE, L., *In tema di acquisto del legato per vindicationem* in *IURA* 3 (1952) 249 ss

- SIBER, H., *Römisches Verfassungsrecht*, Lahr 1952, 235 n. 7
- ALBANESE, B., *La nozione del «furtum» fino a Nerazio* in *AUPA* 23 (1953) 5 ss
- BIONDI, B., *Contratto e stipulatio*, Milano 1953, 365
- BRANCA, G., *Carattere penale dell'interdetto 'quod vi aut clam'* in *Scritti Scialoja IV* (1953) 111 ss
- ORESTANO, R., *L'appello civile in diritto romano*, Torino, 1953 (nouvelle éd. 1966)
- BRÉJON, «*Fraus legi*» in *Trav. Un. Rennes*, Rennes 1954
- MAYER-MALY, Th., *Collusio im Zivilprozess* in *ZSS* 71 (1954) 242 ss
- SARGENTI, M., *Problemi di responsabilità contrattuale 2. La 'perpetuatio obligationis' nella 'stipulatio' e nel legato* in *SDHI* 20 (1954) 162 ss
- SERRAO, F., *La iurisdictio del praetor peregrinus*, Milano 1954, 106 ss
- BETTI, E., *La struttura dell'obbligazione romana e il problema della sua genesi*, Milano 1955.
- MARRONE, M., *L'efficacia pregiudiziale della sentenza nel processo civile romano* in *AUPA* 24 (1955) 184 ss
- ARANGIO-RUIZ, V., *La compravendita in diritto romano*, I, rist. Napoli 1956, 57 ss
- GAY, *L'«in rem versum» à l'époque classique* in *Varia* (1956) 155 ss
- KASER, M., «*Infamia*» und «*ignominia*» in *den römischen Rechtsquellen* in *ZSS* 73 (1956) 220 ss
- MAYER-MALY, Th., «*Perpetuatio obligationis*» in *IURA* 7 (1956) 6 ss
- PALERMO, A., *Studi sulla «exceptio» nel diritto classico*, Milano 1956
- VACCARI, P., *Un capitolo della storia del diritto di proprietà* in *Studi De Francisci IV*, Milano 1956, 465 ss
- VILLERS, R., *Appel devant le prince et appel devant le sénat au premier siècle de l'Empire* in *Studi De Francisci I*, Milano 1956, 375 ss
- BROGGINI, G., *Iudex arbitervae*, Köln-Graz 1957
- CRISCUOLI, G., *Il criterio discretivo tra «dolus bonus» et «dolus malus»* in *AUPA* 26 (1957) 5 ss
- DAUBE, D., *Sale of inheritance and merger of rights* in *ZSS* 74 (1957) 234 ss

- GERKE, Th. J., *Geschichtliche Entwicklung der Bemessung der Ansprüche aus der «Lex Aquilia»* in *SDHI* 23 (1957) 61 ss
- AMELOTTI, M., *La prescrizione delle azioni in diritto romano*, Milano 1958, en part. 23 ss
- ARANGIO-RUIZ, V., *Responsabilità contrattuale in diritto romano*, Napoli 1958
- GROSSO, G., *Usufrutto e figure affini nel diritto romano*, Torino 1958
- THOMAS, J. A. C., «*Venditio hereditatis*» and «*venditio spei*» in *Tul. L. Rev.* 33 (1958-59) 541 ss
- ALBANESE, B., *La sussidiarietà dell'actio de dolo* in *AUPA* 28 (1961) 173 ss
- CANNATA, C. A., *Possessio possessor possidere nelle fonti giuridiche del basso impero romano. Contributo allo studio del sistema dei diritti nell'epoca postclassica*, Milano 1962
- CHICCA, G., *Ius est ars boni et aequi* in *RIFD* 1961, 457 ss
- GAUDEMET, J., *A propos du «furtum» à l'époque classique* in *Labeo* 7 (1961) 7 ss
- FRANCIOSI, G., *Il processo di libertà in diritto romano*, Napoli 1961
- LOMBARDI, L., *Dalla «fides» alla «bona fides»*, Milano 1961
- SCHULZ, F., *Classical Roman Law*, Oxford 1951 (reprint 1961)
- THIELMANN, G., *Die römische Privatauktion*, Berlin 1961
- WATSON, A., *Actio de dolo and actiones in factum* in *ZSS* 78 (1961) 392 ss
- GUARINO, A., *Compte rendu sur La sussidiarietà dell'«actio de dolo»* de B. ALBANESE in *Labeo* 8 (1962) 270 ss
- MASI, A., *Insolvenza dell'obbligato e sussidiarietà dell'«actio de dolo»* in *Studi Senesi* XI (1962) 40 ss
- NÄE-HOFMANN, M., *Zur objektiven Ausweitung der actio de dolo im römischen und gemeinen Recht* (Inaugural-Dissertation, Fakultät Bern), Winterthur 1962
- CANCELLI, F., *L'origine del contratto consensuale di compravendita nel diritto romano*, Milano 1963
- EISSER, G., *Zur Deutung von «Summum ius summa iniuria» im römischen Recht*, Tübingen 1963
- GROSSO, G., *Il sistema romano dei contratti*, Torino 1963

- LA ROSA, F., *L'actio iudicati» nel diritto romano classico*, Milano 1963
- LÖBOW, U., von, *Die Ursprungsgeschichte der «exceptio doli» und der «actio de dolo» malo in Erànon pròs Geòrgion S. Maridàken [Eran. Maridakis] I*, Athen 1963, 183 ss
- PUGLIESE, G., *Il processo civile romano II: il processo formulare 1*, Milano 1963
- WIEACKER, F., *Zum Ursprung der bonae fidei iudicia* in ZSS (1963) 1 ss
- MEDICUS, D., *Zur Urteilsberechtigung in der «actio iudicati» des Formularprozesses* in ZSS 81 (1964) 233 ss
- CANCELLI, F., *Il dolo nel diritto penale romano*, Milano 1965
- CERVENCA, G., *Studi vari sulla «restitutio in integrum»*, Milano 1965
- LUZZATO, G. I., *Il problema d'origine del processo extra ordinem I*, Bologna 1965, 142 ss
- LITEWSKI, W., *Die römische Appellation in Zivilsachen* in RIDA 12 (1965) 347 ss et in RIDA 15 (1968) 143 ss
- WATSON, A., *The Law of Obligations*, Oxford 1965 (reprint 1984)
- GROSSO, G., *Obbligazioni*, Torino 1966
- LEMOSSÉ, M., *La capacité du mineur en droit romain classique et le témoignage de Dio Cassius* in IJ 2 (1967) 360 ss
- WATSON, A., *The Law of Persons in the Later Roman Republic*, Oxford 1967
- WIEACKER, F., *Privatrechtsgeschichte der Neuzeit*, Göttingen 1967
- BRUTTI, M., *'Formulae de dolo' e dolo processuale tra la fine della Repubblica e gli inizi del Principato* in Studi senesi 80 (1968) 261 ss
- JOUANIQUE, P., *Le 'codex accepti et expensi' chez Cicéron. Etude d'histoire de la comptabilité* in RHD 46 (1968), 5 ss
- KASER, M., *Über mehrfache Verpfändung im römischen Recht* in Studi Grosso I, Torino 1968, 29 ss
- MELILLO, G., *Modificabilità convenzionale dell'«obligatio iudicati»* in Studi Grosso II, Torino 1968, 299 ss
- EBERT, U., *Vi metusve causa* in ZSS 86 (1969) 403 ss
- GROSSO, G., *Le servitù prediali nel diritto romano*, Torino 1969

- HONSELL, H., *'Quod interest' im bonae fidei iudicium: Studien zum römischen Schadenersatzrecht*, München 1969
- MEDICUS, D., *Zur Funktion der Leistungsunmöglichkeit* in ZSS 86 (1969) 67 ss
- MÜLLER, M., *Die Entwicklung der direkten Stellvertretung und des Vertrages zugunsten Dritter*, 1969
- PETERS, F., *Das 'patientiam praestare' im klassischen römischen Nachbarrecht* in SDHI 35 (1969) 135 ss
- TOMULESCU, C. St., *Der «contractus litteris» in den «Tabulae Herculanaenses»* in *Labeo* 15 (1969) 285 ss
- VOCI, P., *Le obbligazioni romane. Il contenuto dell'obligatio I, 1*, Milano 1969, 51 ss
- CARCATERRA, A., *Dolus bonus / dolus malus. Egesi di D. 4, 3, 1, 2-3*, Napoli 1970
- CORRADINI, D., *Il criterio della buona fede e la scienza del diritto privato*, Milano 1970
- LIEBS, D., *Contrarius actus* in *Sympotica Franz Wieacker*, Göttingen 1970, 141 ss
- LIEBS, D., *Gemischte Begriffe im römischen Recht* in *Index* 1 (1970) 143 ss
- ANGELINI, P., *Il «procurator»*, Milano 1971
- BEHREND, O., *Die Prokuratur des klassischen römischen Zivilrechts* in ZSS 88 (1971) 215 ss
- BURDESE, A., *Sul procurator (a proposito del volume di P. Angelini)* in TR 37 (1971) 307 ss
- COULD, J. D., *Parricidium: from the lex Numae to the lex Pompeia de parricidiis* in ZSS 88 (1971), 1 ss
- HARTKAMP, A. S., *Der Zwang im römischen Privatrecht*, Amsterdam 1971
- KASER, M., *Das Römische Privatrecht*, Beck, München, 1971, vol. I (*Das altrömische, das vorklassische und klassische Recht*) et vol. II (*Die nachklassischen Entwicklungen*) = RPR I / II
- KASER, M., *Erbschafts Kauf und Hoffnungskauf* in BIDR 74 (1971) 45 ss
- KNÜTEL, R., *Zum Prinzip der formalen Korrespondenz im römischen Recht* in ZSS 88 (1971) 67 ss
- LA ROSA, F., *La formula dell'«actio iudicati»* in *Studi Grosso* IV, Torino 1971, 235 ss

- LÜBTOW, U., VON, *Die Darlehensgewährung durch den Prokurator in Studi Volterra I*, Milano 1971, 149 ss
- SPRUIT, J. E., *L'éloignement de l'ars ludica sous la République in Studi Volterra III*, Torino 1971, 579 ss
- STIEGLER, *Bonorum possessio ordinaria und extraordinaria in Studi Volterra IV*, Torino 1971, 232 ss
- TOMULESCU, C. St., *Sur la maxime «vindiciae <sunt> secundum libertatem» in IURA 22 (1971) 141 ss*
- WACKE, A., *Kannte das Edikt eine in integrum restitutio propter dolum? in ZSS 88 (1971) 112 ss*
- WATSON, A., *The Law of succession in the later Roman Republic*, Oxford 1971
- CORREA, A. A., *Remarques sur l'abus des droits en droit romain classique in Atti del seminario romanistico internazionale*, Perugia 1972
- NORR, D., *'Divisio' und 'partitio'. Bemerkungen zur römischen Rechtsquellenlehre und zur antiken Wissenschaftstheorie*, Berlin 1972
- RANIERI, F., *Compte rendu sur Il criterio della buona fede e la scienza del diritto privato de CORRADINI, Domenico in TR 40 (1972) 318 ss*
- RANIERI, F., *Dolo petit qui contra pactum petat. Bona fides und stillschweigende Willenserklärung in der Judikatur des 19. Jahrhunderts in Ius Commune, 1972, 158 ss*
- SOLAZZI, S., *'Intentio in factum concepta?' in SOLAZZI, Scritti di diritto romano V*, Napoli 1972, 489 ss
- WILINSKI, A., *Zur «litis aestimatio» in den «bonae fidei iudicia» in Index 3 (1972) 443 ss*
- BRUTTI, M., *La problematica del dolo processuale nell'esperienza romana I-II*, Milano 1973
- CLAUS, A., *Gewillkürte Stellvertretung im römischen Privatrecht*, Berlin 1973
- FERENCZY, E., *L'«adsertor libertatis» nell'età della repubblica romana arcaica in Studi Donatuti I*, Milano 1973, 387 ss
- MISERA, K., *Der Freundeskauf unter Ehegatten im römischen Recht in Festschrift Wahl*, Heidelberg 1973, 25 ss

- REGGI, R., *La «vindicatio in libertatem» e l' «adsertor libertatis»* in *Studi Donatusi* II, Milano 1973, 1005 ss
- TONDO, S., *Leges regiae e paricidas*, Firenze 1973
- QUADRATO, R., *D. 3, 3, 1 pr. e la definizione di « procurator»* in *Labeo* 20 (1974) 210 ss
- BELLOCCI, N., *La tutela della 'fiducia' nell'epoca repubblicana*, Napoli 1974
- MISERA, K., *Der Bereicherungsgedanke bei der Schenkung unter Ehegatten*, Köln-Wien 1974
- NÖRR, D., *Rechtsskritik in der römischen Antike*, München 1974 (Bayer. Akad. Der Wiss Phil.- Hist. Klasse, Abh. n. Folge, Heft 77)
- MACCORMACK, G., *Aquilian Studies* in *SDHI* 41 (1975) 1 ss
- HONSELL, H., *«In fraudem legis facere»* in *Festschrift Kaser zum 70. Gbt.*, München 1976, 111 ss
- MISERA, K., *Die Drittwirkung des Schenkungsverbots unter Ehegatten* in *ZSS* 93 (1976) 33 ss
- MISERA, K., *Die Zeugnisse zum Grund des Schenkungsverbots unter Ehegatten* in *Festschrift Kaser zum 70. Gbt.*, München 1976, 407 ss
- BEHREND, O., *Les «veteres» et la nouvelle jurisprudence à la fin de la République* in *RHD* IV S. 58 (1977) 7
- CRESPI REGHIZZI, G./SACCO, R., *L'abuso del diritto nel sistema civilistico jugoslavo*, ISDEE (Istituto di studi e documentazione sull'est europeo) n. 6, Trieste 1977
- MANFREDINI, A., *Contributi allo studio dell'«iniuria» in età repubblicana*, Milano 1977
- PUGLIESE, G., *Studi sull'«iniuria»*, Milano 1977
- SITZIA, F., *Ricerche in tema di «actio aquae pluviae arcendae» – dalle XII Tavole all'epoca classica*, Milano 1977
- MELILLO, G., *Economia e giurisprudenza a Roma*, Napoli 1978
- SPADA, P., *Cautio quae indiscrete loquitur. Lineamenti funzionali e strutturali della promessa di pagamento*, *RDC* I, 1978, 673 ss
- VACCA, L., *Considerazioni sull'«aequitas» come elemento della giurisprudenza romana* in *Studi D'Amelio* I, Milano 1978, 397 ss

- APATHY, P., «*Procurator*» und «*solutio*» in ZSS 96 (1979) 65 ss
- BELLOCCI, N., *La struttura del negozio della 'fiducia'* I, Napoli 1979
- DI SALVO, S., «*Lex Laetoria*». *Minore età e crisi sociale tra il III e il II secolo a.C.*, Camerino 1979
- FOSSATI VANZETTI BIANCHI, M., *Perpetuatio obligationis*, Padova 1979.
- PIROVANO, A., *L'abus de droit dans la doctrine et dans la jurisprudence française* in *Inchieste di diritto comparato. L'abus de droit*, Padova 1979, 314 ss
- RANIERI, F., *Norma scritta e prassi giudiziale nell'evoluzione della dottrina tedesca del Rechtsmissbrauch* in: *Inchieste di diritto comparato*, vol. VII, Padova 1979
- ARCHI, G. G., «*Ait praetor: pacta conventa servabo*». *Studio sulla funzione della clausola nell'«Edictum perpetuum»* in *De iustitia et iure. Festgabe für U. v. Lübtov*, München 1980, 373 ss
- GIOMARO, A. M., *D. 4, 2, 14, 11: sul valore della clausola restitutiva nell'«actio quod metus causa» e sull'«officium iudicis»* in *Atti del II sem. rom. Gardesano*, Milano 1980, 191 ss
- WACKE, A., *Zum dolus-Begriff der actio de dolo* in *RIDA* 27 (1980) 349 ss
- SALERNO, F., «*Aqua pluvia*» e «*opus manu factum*» in *Labeo* 27 (1981) 218 ss
- ANKUM, H., *L'«actio de pauperie» et l'«actio legis aquiliae» dans le droit romain classique* in *Studi Sanfilippo* II, Milano 1982, 13 ss
- BEHREND, O., *Die fraus legis*, Göttinger Rechtswissenschaftliche Studien (Band 121), Göttingen 1982
- MACCORMACK, G., *The early history of the «actio de in rem verso»* in *Studi Biscardi* II, Milano 1982, 319 ss
- MACCORMACK, G., *The later history of the «actio de in rem verso» (Proculus, Ulpian)* in *SDHI* 48 (1982) 11 ss
- ANKUM, H., «*Quanti ea res erit in diebus XXX proximis*» dans le troisième chapitre de la loi Aquilia: un fantôme florentin in *Mélanges Ellul*, Paris 1983, 171 ss
- BELLOCCI, N., *La struttura del negozio della 'fiducia'* II, Napoli 1983
- FASCIONE, L., *Fraus legi – Indagini sulla concezione di frode alla legge nella lotta politica e nella esperienza giuridica romana*, Quaderni di «Studi Senesi» (53), 1983 [cf. aussi compte rendu de C.A. CANNATA in *Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis* 54 (1986) 382 ss]

- HAMZA, G., *Fragen der gewillkürter Stellvertretung im römischen Recht* in *A. Jur. Ak. Hung.* 25 (1983) 89 ss
- SANTORO, R., *Il contratto nel pensiero di Labeone* in *AUPA* 37 (1983) 1 ss
- CAIRNS, D. 39, 3, 3 pr.-1 and the «*actio aquae pluviae arcendae*» in *Sodalitas (Scritti Guarino)* V, Napoli 1984, 2147 ss
- CROOK, «*Lex Plaetoria*» in *ATH* 62 (1984) 586 ss
- MACCORMACK, G., «*Sciens dolo malo*» in *Sodalitas (Scritti Guarino)* III, Napoli 1984, 1445 ss
- MELILLO, G., «*Pacta in rem*», «*pacta in personam*»: una «*divisio*» classica? in *Sodalitas (Scritti Guarino)* III, Napoli 1984, 1459 ss
- VIGNERON, R., *A propos de la légitimation passive à l'«actio aquae pluviae arcendae»* in *Sodalitas (Scritti Guarino)* I, Napoli 1984, 803 ss
- MACCORMACK, G., «*Dolus*» in republican law in *BIDR* 88 (1985) 1 ss
- STEIN, P., «*Lex Cincia*» in *ATH* 73 (1985) 145 ss
- PARICIO, J., *Estudio sobre las «acciones in aequum conceptae»*, Milano 1986
- WALDSTEIN, W., *Operae liberorum. Untersuchungen zur Dienstpflicht freigelassener Sklaven*, Stuttgart 1986
- GONZALEZ, A., *The possible motivation of the «Lex Cincia de donis et muneribus»* in *RIDA* (1987) 161 ss
- FASCIONE, L., *Ancora sulla «fraus legi»* in *Labeo* 33 (1987) 324 ss
- KUPISCH, B., *Arricchimento nel diritto romano, medioevale e moderno* in *Digesto quarta edizione. Discipline privatistiche. Sezione civile I*, Torino 1987, 423 ss
- TALAMANCA, M., *Il processo civile (diritto romano)* in *Enciclopedia del diritto XXXVI*, Milano 1987, 64 s.
- SARGENTI, M., *Nascita e svolgimento dell'idea di contratto nel pensiero giuridico romano* in *IURA* 38 (1987) 25 ss - 39 (1988) 24 ss [publ. 1990-1991]
- BALTRUSCH, E., «*Regimen morum*», München 1988
- DE MARTINO, F., *Litem suam facere* in *BIDR* 81 (1988) 1 ss
- WIEACKER, F., *Römische Rechtsgeschichte I*, München 1988
- JOHNSTON, *The Roman law of trusts*, Oxford? 1989

- PROVERA, G., *Lezioni sul processo civile giustiniano* I-II, Torino 1989
- NOORDRAVEN, B., *Die Fiducia im römischen Recht*, in *Index* 18 (1990) 229 ss
- REICHARD, I., *Stipulation und Custodia-Haftung* in *ZSS* 107 (1990) 46 ss
- ALBANESE, B., *Ancora in tema di sussidiarietà dell'«a. de dolo»* (1963) in *Scritti giuridici*, Palermo 1991, 331 ss
- CANNATA, C. A., *La comprvendida consensuale romana: significato di una struttura – Vendita e trasferimento della proprietà nella prospettiva storico-comparatistica* in L. VACCA (éd.), *Arti del Congresso Internazionale (Pisa-Viareggio-Lucca 17-21 aprile 1990)*, Torino 1991, II, 413 ss
- DE FALCO, I., *'Diligentiam praestare'. Ricerche sull'emersione dell'inadempimento colposo delle 'obligationes'*, Napoli 1991 [Voir également: CANNATA, C. A., *Una casistica della colpa contrattuale* in: *SDHI* 58 (1992) 413 ss]
- RANIERI, F., *Eccezione di dolo generale in Digesto quarta edizione. Discipline privatistiche. Sezione civile VII*, Torino 1991, 6 ss
- WACKE, A., *Die verschuldete Eviktion in Festschrift Niederländer*, Heidelberg 1991, 141 ss
- WALDSTEIN, W., *'Aequitas' und 'summum ius' in Festschrift von Lübtow zum 90. Gbt.*, Berlin 1991, 23 ss
- WOLF, J. G., *Die «manumissio vindicta» und der Freiheitsprozess in Libertas. Symposium F. Wieacker*, Ebelsbach 1991, 61 ss
- CANNATA, C. A., *Sul testo originale della «lex Aquilia»* in *SDHI* 58 (1992) 194 ss
- CANNATA, C. A., *«Perpetuatio obligationis»* in *SC* 4 (1992) 49 ss
- HORAK, F., *Wer waren die 'veteres'?* in *Festschrifti Wesener*, Graz 1992, 201 ss
- MANTOVANI, D., *Le formule del processo privato romano*, Como 1992
- ANKUM, H., *Die manumissio fideicommissaria der Arescusa, des Stichus und des Pamphilus – Eine «cause célèbre» der Spätklassischen Rechtspraxis in Paul D. 19, 1, 43 und 45, 1-2* in *Festschrift Waldstein*, Stuttgart 1993, 1 ss
- BURDESE, A., *Manuale di diritto privato romano*, Torino 1993
- CANNATA, C. A., *Labeone e il contratto (commentaire ad Synallagma e conventio. Ricerche degli archetipi della categoria contrattuale e spunti per la revisione di impostazioni moderne. Corso di diritto romano I, 1992)* in *Panorami* 5 (1993) 109 ss

- CAPOGROSSI COLOGNESI, L., *L'interdetto 'quod vi aut clam' e il suo ambito di applicazione* in *Index* 20 (1993) 231 ss
- GIODICE SABBATELLI, *La tutela giuridica dei fedecommessi fra Augusto e Vespasiano*, 1993
- VACCA, L., *Azioni penali 'ex delicto': pena e reintegrazione patrimoniale* in D. DILIBERTO (éd.), *Il problema della pena criminale tra filosofia greca e diritto romano*, Napoli 1993
- VÉGH, Z., *Meditatio de edicto de pactis* in *Festschrift Waldstein*, Stuttgart 1993, 345 ss
- VÉGH, Z., *'Ex pacto ius'. Studien zum Vertrag als Rechtsquelle bei den Rhetoren* in *ZSS* 110 (1993) 184 ss
- TALAMANCA, M., *L'aequitas naturalis' di Celso in Ulp. D. 12, 4, 3, 7* in *BIDR* 96-97 (1993-94) 1 ss
- HUWILER, B., *Aequitas und bona fides als Faktoren der Rechtsverwirklichung* in *Zeitschrift für Schweizerisches Recht I Beiheft* 16, Basel 1994, 57 ss
- CANNATA, C. A., *Der Vertrag als zivilrechtlicher Obligierungsgrund in der römischen Jurisprudenz der klassischen Zeit* in *Mélanges Ankum* (1995) 59 ss
- GIANGRIECO PESSI, M. V., *Ricerche sull'actio de pauperie: dalle XII Tavole ad Ulpiano*, Napoli 1995
- D'IPPOLITO, E., *Sulla data dell'actio de dolo*, in *Labeo* 41 (1995) 247 ss
- PENNITZ, M., *Zur Postulationsfähigkeit der Athleten im klassischen römischen Recht* in *ZSS* 112 (1995) 91 ss
- WESENER, G., *Nichtediktale Einreden* in *ZSS* 112 (1995) 109 ss
- BUZZACCHI, C., *Studi sull'«actio iudicati» nel proceso romano classico*, Milano 1996
- CANNATA, C. A., *Sul problema della responsabilità nel diritto privato romano*, Catania 1996
- GIACHI, C., *Per una biografia di Sesto Pedio* in *SDHI* 62 (1996) 69 ss
- KASER, M., *Das römische Zivilprozessrecht*, 2. Aufl. neu bearbeitet von K. HACKL, München 1996 = *RZP*
- LONGSCHAMPS DE BÉRIER, F., *Allargamento della circolazione dei beni mortis causa: le origini del fedecommesso* in *Le droit romain et le monde contemporain. Mélanges Kupiszewski*, Varsovie 1996, 205 ss

- CANNATA, C. A., *Contratto e causa nel diritto romano* in *Causa e contratto nella prospettiva storico-comparatistica – II Congresso Internazionale ARISTEC (Palermo, 7-8 giugno 1995)*, Torino 1997, 35 ss
- CANNATA, C. A., *Per una storia della scienza giuridica europea I*, Torino 1997
- CANNATA, C. A., *Il diritto romano e gli attuali problemi d'unificazione del diritto europeo* in *Studi Impallomeni*, 1999, 41 ss
- MAYER-MALY, Th., «*Summum ius summa iniuria*» in *Index 27* (1999) 23 ss
- TILLI, G., *Noterelle in tema di actio doli* in *Societas-Ius (Scritti Serrao)*, Napoli 1999, 357 ss

PREMIÈRE PARTIE

Le droit romain classique

Chapitre I

Considérations préalables

A. Un cas d'abus de droit

Notre attention est attirée, dans un premier temps, par le récit d'un avocat que nous connaissons avant tout en raison de son excellence rhétorique et de son activité politique, mais un peu moins pour son approche juridique. Il est bien vrai que Cicéron s'était adonné, avec les deux Mucii¹, aux études du droit, mais sa recherche ultérieure dans le domaine de la jurisprudence s'est souvent limitée aux besoins immédiats qu'impliquaient les plaidoiries dont il assumait la cause. Néanmoins, nous pouvons pardonner à notre rhéteur un certain manque d'impartialité, et parfois même de précision technique – intentionnelle? –, et le remercier pour l'apport² que sa prédilection pour l'écriture a fourni aux générations futures de chercheurs du droit, parfois empêtrés dans les difficultés que les lacunes dans la transmission des sources comportent, que nous sommes. Approchons-nous donc de la chronique relative à une histoire qui s'est vraisemblablement³ déroulée sous le soleil des années 70 av. J.-C., avant l'introduction, par voie prétorienne, de l'*actio de dolo*⁴.

¹ Pour ce détail biographique, cf. CANNATA, *Per una storia* I (1997) 242 s.

² A raison, HORAK (*Wer waren* [1992] 228) parle de «Cicero, die grosse Fundgrube»!

³ Nous devons en effet relativiser la réalité et la crédibilité du récit de Cicéron qui a très bien pu l'inventer de toutes pièces, ou le transformer à sa guise, dans le but d'enrichir sa dissertation. Il n'y a toutefois aucune raison de mettre en doute l'introduction – par Gallus, né vers 110 av. J.-C. et préteur, parallèlement à Cicéron, en 66 av. J.-C. – de l'*actio de dolo* aux fins de remédier à des situations semblables à celle rapportée par Cicéron.

⁴ Nous déduisons cette date des mots de *Off.* 3, 14, 60 ainsi que de *Nat.* 3, 30, 74 où Cicéron affirme que C. Aquillius '*protulit iudicium de dolo malo*'. L'emploi du terme *proferre* – dont le sens de «proposer» se rapproche beaucoup du *proponere* (*in edicto*) utilisé de façon technique pour indiquer l'affichage de la clause d'un édit – porterait à croire que les remèdes contre

Cic., *Off.*, 3, 14, 58: *Quod si vituperandi qui reticuerunt, quid de iis existimandum est qui orationis vanitatem adhibuerunt? C. Cānius, eques Romanus, nec infacetus et satis litteratus, cum se Syracusas otandi, ut ipse dicere solebat, non negotiandi causa⁵ consulisset dicitabat se hortulos aliquos emere velle, quo invitare amicos et ubi se oblectare sine interpellatoribus posset. Quod cum percubisset, Pythius ei quidam qui argentariam faceret Syracusis, venales quidem se hortos non habere, sed liceve uti Canio si vellet, ut suis, et simul ad cenam hominem in hortos invitavit in posterum diem. Cum ille promississet, tum Pythius qui esset ut argentarius apud omnes ordines graciosus, piscatores ad se convocavit et ab iis petivit ut ante suos hortulos postridie piscarentur, dixitque quid eos facere vellet. Ad cenam tempori venit Cānius; opipare a Pythio apparatus convivium, cumbarum ante oculos multitudo; pro se quisque quod ceperat, afferebat, ante pedes Pythii pisces abiciebantur. 59: Tum Cānius: «Quaeso, inquit, quid est hoc, Pythi? Tantumne piscium? Tantumne cumbarum?» Es ille: «Quid mirum, inquit? Hoc loco est Symcuis quidquid est piscium, hic aquatio, hac villa isti carere non possunt.» Incensus Cānius cupiditate contendit a Pythio ut venderet; gravate illo primo; quid multa? Impetrat. Emit homo cupidus et locupres tanti quanti Pythius voluit, et emit instructos, nomina facit, negotium conficit. Invitat Cānius postridie familiares suos, venit ipse mature, scalmum nullum videt. Quaerit ex proximo vicino num feriae quaedam piscatorum essent quod eos nullos videret. «Nullae quod sciam, ille inquit, sed hic piscari nulli solent; itaque heri mimbar quid accidisset.» 60: Stomachari Cānius, sed quid faceret? Nondum enim C. Aquilius, collega et familiaris meus, protulerat de dolo malo formulos; in quibus ipsis, cum ex eo quaererem quid*

le dol furent introduits par Gallus pendant l'exercice de sa fonction de préteur, donc autour de 66 av. J.-C. Si nous partons du principe que Cicéron rapporte une histoire réelle, celle-ci devrait se situer dans les années précédentes, soit aux environs de 70 av. J.-C. Nous relevons au passage que D'IPPOLITO (*Sulla data* [1995] 247 ss), en analysant les termes du second texte de Cicéron qui témoigne de l'*actio de dolo malo* – *De natura deorum* 3, 30, 74 –, réfute la doctrine générale et conclut que la création de ladite action doit être fixée avant les années 77 ou 76 av. J.-C.

A propos de la question de savoir si l'*actio de dolo* a été introduite sur simple avis de Gallus en tant que jurisconsulte ou sur la base d'un projet qu'il aurait proposé en sa qualité de préteur, voir: SERRAO, *La iurisdictio* (1954) 106 ss; v. LÜBTOW, *Die Ursprungsgeschichte* (1963) 183 ss; BRUTTI, *Studi* (1968) 261 ss. Nous observons néanmoins, conformément aux conclusions de CANNATA (*Per una storia* [1997] 267 n. 255), que si Gallus présidait une *quaestio perpetua*, il n'a pas pu introduire les formules de *dolo* en qualité de *praetor urbanus*.

⁵ Cicéron rapporte ici un joli jeu de mots attribué à Cānius ('*otandi, non negotiandi causa*') malheureusement intraduisible en français. En effet, par une légère adaptation phonétique calquée sur l'origine étimologique du mot, *negotiandi* (trad.: «pour s'adonner aux affaires») devient '*nec otandi*' (trad.: «pour ne pas être de loisir», ou, plus librement, «pour ne pas chômer»), soit la négation directe de *otandi*.

esset dolus malus, respondebat: «Cum esset aliud simulatum, aliud actum». Hoc quidem sane luculente ut ab homine perito definiendi. Ergo et Pythius et omnes aliud agentes, aliud simulantes perfidi, improbi, malitiosi. Nullum igitur eorum factum potest utile esse cum sit tot vitiis inquinatum. 61: Quod si Aquiliana definitio vera est, ex omni vita simulatio dissimulatioque tollenda est. Ita, nec ut emat melius nec ut vendat, quidquam simulabit aut dissimulabit vir bonus. Atque iste dolus malus et legibus erat vindicatus ut tutela duodecim tabulis, circumscriptio adolescentium lege Laetoria⁶; et sine lege iudiciis in quibus additur EX FIDE BONA.

58: Si donc nous devons blâmer ceux qui ont tu quelque chose, que devrions-nous penser de ceux qui ont employé un langage trompeur? Caius Canius, chevalier romain, homme non dépourvu d'esprit et assez cultivé qui, comme lui-même aimait l'affirmer, s'était rendu à Syracuse «non pas pour s'adonner aux affaires mais pour s'y reposer», s'en allait en exprimant son désir d'acheter des jardins où il pourrait inviter ses amis et se détendre sans être dérangé. Cette rumeur s'étant répandue, un certain Pythius, qui exerçait l'activité de banquier à Syracuse, de lui annoncer qu'il possédait des jardins, mais pas en vente, dont Canius pouvait néanmoins user, s'il le voulait, comme des siens propres; sur le champ, il invita aussi l'homme, le lendemain, à dîner dans ces jardins. Celui-ci ayant accepté, Pythius, qui en sa qualité de banquier était en faveur auprès de toutes sortes de personnes, convoqua des pêcheurs et leur demanda de pêcher, le lendemain, devant ses jardins; aussi leur expliqua-t-il ce qu'ils devaient faire. Canius arriva au dîner à l'heure convenue; somptueux festin apprêté par Pythius, multitude de barques sous ses yeux, chacun de son côté, les pêcheurs apportaient ce qu'ils avaient pris et les poissons étaient jetés aux pieds de Pythius. 59: Alors Canius s'exclama: «De grâce, qu'est ceci, Pythius? Tant de poissons? Tant de

⁶ L'édition du *De officiis* dont nous avons extrait ces passages (Loeb, 1975) porte la diction 'Platoria'. Tel est par ailleurs le cas pour la plupart des éditions des codes du *De natura deorum* (3, 30, 74) et du *De officiis* (3, 14, 61) depuis la découverte – autour des années 1732/1735 – de la *Tabula Heracleensis* (cf. *Tab. Heracl.* in *FIRA* I, num. 111, p. 149) et l'intervention de Savigny en faveur de la leçon 'Laetoria' que celle-ci contenait. Nous nous rallions aux auteurs qui portent leur choix sur la diction de 'Laetoria', en particulier à DI SALVO, *Lex Laetoria* (1979), 53 ss où l'auteur, par des arguments tels que la découverte – postérieure à celle de la *Tabula Heracleensis* – du *Fragmmentum de formula Fabiana* (sur un document du IV^e ap. J.-C.) et l'écrasante majorité des manuscrits et codes qui reproduisent la variante 'Laetoria', réussit à nous convaincre que celle-ci devait être l'appellation constante de notre loi depuis le I^{er} siècle ap. J.-C. au moins. Dans ce sens, voir également SCHULZ, *Classical* (1951, réimpr. 1961), 191. Néanmoins, en concluant avec DI SALVO (*Lex Laetoria* [1979] 56 n. 138) qu'il s'agit là d'un problème destiné à resser toujours ouvert, nous n'oublions pas l'opinion différente de KUNKEL, *Römisches Privatrecht* (1949) 305 n. 6. Pour ce qui est du contenu de la *lex Laetoria*, voir n. 11 ci-après.

barques?» et l'autre de répondre: «Qu'y a-t-il d'étonnant? En ce lieu se trouve tout ce qu'il y a de poisson à Syracuse; ici, on s'approvisionne en eau douce⁷ et ces hommes ne peuvent pas se passer de ce lieu». Canius, enflammé de convoitise, met toute son énergie à convaincre Pythius de lui vendre la villa. Dans un premier temps, ce dernier fait difficulté. Bref, Canius parvient à ses fins. Notre homme impatient et fortuné achète la villa au prix voulu par Pythius, et il l'achète avec les meubles qui s'y trouvent; il fait inscrire la somme qu'il doit sur le livre de comptes et l'affaire est ainsi conclue. Le lendemain, Canius invite ses amis, et lui-même s'y rend de bonne heure, mais il ne voit pas une rame. Il demande au voisin le plus proche si par hasard c'était un jour de fête pour les pêcheurs puisqu'il n'en vit aucun. «Pas que je sache» lui répond-il «mais ici personne n'a l'habitude de pêcher; c'est pourquoi je m'étonnais, hier, de ce qui se passait!» 60: Et Canius de s'indigner, mais que pouvait-il faire? A cette époque, en effet, Caius Aquilius, mon collègue et ami, n'avait pas encore publié les formules *de dolo*. A ce sujet, lorsque je lui demandais en quoi consistait le dol, il répondait «en ce que l'on feint une chose alors qu'on en fait une autre». Il s'agissait, là, d'une réponse lumineuse, comme on pouvait l'attendre d'un homme expert dans les définitions. Ainsi donc, tant Pythius que tous ceux qui font une chose, mais en feignent une autre sont des déloyaux, des malhonnêtes et des fourbes. Dans ces circonstances, aucun de leurs actes ne peut leur être profitable, souillé qu'il est de tant de vices. 61: Si la définition donnée par Aquilius est vraie, il faut bannir la dissimulation et la feinte de la manière de vivre de chacun. Ainsi, l'homme de bien ne feindra et ne dissimulera rien ni pour mieux acheter ni pour vendre. En outre, ce dol était puni d'une part au moyen de lois – comme dans le cadre de la tutelle dans les Douze Tables et de la *circumscriptio adulescentium* dans la *lex Laetoria* – et d'autre part, sans lois, par la voie des jugements où l'on ajoute *ex fide bona*.

⁷ *Aquatio* a, comme premier sens, celui de 'action de faire provision d'eau' (cf. GAFFIOT, *Dictionnaire latin/français* (1934), qui attribue ce sens au mot dans Caes. G. 4, 11, 4; Liv. 30, 29, 9 ainsi que dans Cic. *Off.* 3, 14, 59 qui fait l'objet de notre analyse). Il a également l'acception de 'lieu où se trouve de l'eau' (dans Coll. 7, 5, 2, selon GAFFIOT, op. cité) et de 'pluie' (dans Plin. 32, 76, *ibidem*). Le verbe *aquari* signifie d'ailleurs 'faire provision d'eau, faire de l'eau' (dans Caes. C. 1, 78, etc.; Sall. *J.* 93, 2; Liv. 35, 28, 10, etc.) et *l'aquator* est 'celui qui va faire provision d'eau' (dans Caes. G. 1, 73, 2). Tout en suivant la traduction ainsi proposée, nous nous permettons de garder un doute quant à son exactitude car la relation entre l'activité ainsi que les besoins des pêcheurs – dont il est question dans le texte –, et l'approvisionnement en eau douce dans la villa de Pythius nous échappe.

Cicéron, collègue et ami d'Aquilius Gallus selon sa propre formulation⁸, a dû vivre de près les faits qui ont accompagné l'élaboration des *formulae de dolo*⁹, et il a vraisemblablement voulu esquisser, dans son récit, un cas type d'injustice auquel ce remède permettrait d'obvier.

Cicéron observe, plus loin, que des comportements répréhensibles semblables étaient déjà sanctionnés – avant l'introduction de l'action de dol – par les dispositions sur la tutelle contenues dans les XII Tables¹⁰ ou par la *Lex Laetoria*¹¹ promulguée autour du 200 av. J.-C.¹² ainsi que, d'une manière plus générale, par le système des jugements de bonne foi¹³.

⁸ Les deux ont partagé, comme relevé plus haut (notre n. 3), la fonction de prêteur en 66 av. J.-C., tout en présidant deux *quaestiones* différentes: Gallus, la *quaestio de ambitu*, Cicéron, celle de *repetundis* (cf. D'IPPOLITO, *Sulla data* [1995], 247; CANNATA, *Per una storia* [1997] 267 n. 225 avec renvois bibliographiques).

Cicéron fait l'éloge de Gallus également dans *pro Caecl.* 77 s., ainsi que dans *Brut.* 42, 154, et il fait état de sa doctrine sur le dol – dans les mêmes termes qu'ici – dans *Nat.* 3, 30, 74. Il témoigne d'une haute estime à l'égard de C. Aquilius non seulement en raison de ses connaissances juridiques, mais également pour le sens de l'équité dont est imprégnée toute son activité de juriconsulte. Par ailleurs, la droiture de notre personnage est répétée par Val. Max. 8, 2, 2.

⁹ Au premier abord, lorsque nous considérons que le remède attribué par excellence à Gallus est l'*actio de dolo*, nous pourrions nous étonner de l'emploi du terme – pluriel – *formulae*. En réalité, comme il nous sera donné de comprendre au cours du développement de ce travail, le mot en question englobe les deux moyens concrets issus de l'idée de Gallus, à savoir l'*actio* et l'*exceptio doli*. Nous rejoignons, sur ce point, les conclusions de BRUTTI (*La problematica* [1973] 128 s.) qui relève le caractère non technique et la variété sémantique du terme *formula* dans le langage de Cicéron. Ce même auteur constate par ailleurs que – détail révélateur – le remède spécifique qui chausse au cas exposé par Cic. *Off.* 3, 14, 58 est bel et bien celui de l'*exceptio doli* (ID., *La problematica* [1973] 128 n. 1).

¹⁰ Cicéron se réfère à la règle contenue dans Tab. 8, 20a (cf. Ulp. D. 26, 7, 55, 1) reproduite dans *FIRA I*, p. 61 *sub* 20 a.B et dans *Roman Statutes II*, p. 688 s. = Tab. 8, 9: '*Si tutor dolo malo [...] duplio, ne damnum deciderit*'. Tant les *FIRA* que les *Roman Statutes* citent Cic. *Off.* 3, 14, 61.

¹¹ Cette loi (cf. également n. 6 ci-dessus) protégeait les mineurs *sui* ou *alieni iuris* qui n'avaient pas encore atteint leur 25^{ème} année – *minores viginti quinque annis* ou simplement *minores* – contre ceux qui, avec dol, s'étaient procuré un avantage en tirant profit (*circumscribere*) de leur jeune âge et de leur inexpérience. Cette loi pénale *minus quam perfecta* (cf. KASER, *RPR I*, 277 n. 24), qui a introduit une *actio popularis* que pouvait intenter tout citoyen capable d'agir dans l'intérêt du mineur, contre l'auteur d'une *circumscriptio adulescentium*, a finalement servi de base à des remèdes prétoriens, notamment à la *restitutio in integrum ex lege Laetoria* (rétablissement de la situation du mineur telle qu'elle était avant l'acte entaché de dol), ainsi qu'à l'*exceptio legis Laetoriae*, qui avait pour but de paralyser l'action tendant à l'exécution de la prestation issue de la manigance. Pour de plus amples détails, voir: SOLAZZI, *La minore età* (1912); DI SALVO, *Lex Laetoria* (1979); CROOK, «*Lex Laetoria*» (1984) 586 ss.

Nous reviendrons là-dessus plus tard, lorsqu'il s'agira d'analyser le concept de dol et la fonction de l'action élaborée par Gallus.

Commençons par décomposer les faits dont a été victime l'infortuné Canius. Fort désireux de trouver une oasis de paix où se remettre du surmenage lié à la gestion de ses affaires, notre manager finit par répandre la voix qu'il est prêt à considérer l'achat d'un endroit qui corresponde à ses vœux. Comment ne pas éveiller l'attention des oreilles bien entraînées à repérer toutes possibilités de gain du banquier Pythius? Ce dernier toutefois, en homme du monde auquel la pratique a enseigné à veiller aux éventuels inconvénients que des agissements malhonnêtes peuvent entraîner, se garde bien de commettre des imprudences dans l'exécution du plan concocté *ad hoc*.

En particulier doit-il manœuvrer de sorte à éviter l'écueil de l'*actio empti*.

En effet, si nous situons la mésaventure de Canius à l'époque de Cicéron (106-43 av. J.-C.), nous pouvons donner pour sûr que les deux parties ont conclu un contrat de vente consensuel, déjà fort répandu dans la pratique entre *cives Romani* au deuxième siècle av. J.-C.¹⁴. L'emploi, par Cicéron, du verbe *emere*¹⁵ renforce d'ailleurs notre constat.

¹² Pour la datation, cf.: ROTONDI, *Leges publicae* (1912; réimpr. 1962) 271 s.; WATSON, *The Law of Persons* (1967) 157.; DI SALVO, *Lex Laetoria* (1979) 36 ss. Voir également: Plaut. Rud. 1381 ss: '*Cedo cuiquam habeam iudicem, ni dolo malo instipulatus sis sive etiamdum siem quinque et viginti annos natus*'. [Trad.: Montre-moi un avocat avec lequel je puisse me présenter devant le juge afin de voir si tu as fait la convention avec moi de mauvaise foi ou pas, et si j'ai déjà eu mes 25 ans!]; Pseud. 303 s.: '*Perii, annorum lex me perdis quinavicenaria. Metuunt credere omnes*'. [Trad.: Ne sais-tu donc pas que la loi sur les 25 ans me ruine? Tout le monde craint de me faire crédit!].

¹³ BRUTTI (*La problematica* [1973] 133) affirme que Cicéron ne se réfère plus – dans le passage '*Atque iste dolus [...] EX FIDE BONA*' – au *dolus* des formules introduites par Gallus, mais bien à celui – antérieur – sanctionné par la clause '*ex fide bona*' des jugements de bonne foi. Cette assertion contredit, nous semble-t-il, les termes employés par Cicéron qui semble plutôt affirmer que «ce même *dolus* prévu par les formules de Gallus existait d'ores et déjà dans les lois précédentes et il était relevant (sans loi) dans les jugements de bonne foi» (Cic., *Off.* 3, 14, 61 *in fine*). Nous ne saurions dès lors être aussi catégoriques que BRUTTI dans l'individuation de deux concepts de dol distincts. Par ailleurs, l'évolution – inévitable – que l'idée de dol a subi, nous interdit d'exclure toute pénétration de ses multiples nuances dans les divers moyens appelés à le sanctionner.

¹⁴ La conclusion de la vente par simple *consensus* protégé par un *iudicium bonae fidei* est attestée autour du II^e siècle av. J.-C. au plus tard (cf. KASER, *RPR* I, 546 et littérature citée à la n. 10).

¹⁵ Cic. *Off.* 3, 14, 59 ('*Emit homo cupidus...et emit instructos*) et 61 ('*Ita nec ut emerat melius nec ut vendat*').

Pythius a certainement connaissance du fait que, dans le contexte de l'*emptio venditio*, le vendeur satisfait à ses obligations s'il transfère à l'acheteur la possession de la chose vendue et procède à l'acte de tradition y relatif¹⁶, ainsi que, corollaire de cette première obligation, s'il prête la garantie contre l'éviction de façon à assurer à l'acheteur une disponibilité future paisible et définitive de l'objet vendu. Il doit par ailleurs s'abstenir de tout acte frauduleux (*purgari dolo malo*¹⁷) s'il veut éviter d'engager sa responsabilité pour dol. En effet, dans le système des jugements de bonne foi¹⁸, dans lequel s'inscrivent les actions de la vente consensuelle, le *dolus malus* joue automatiquement le rôle de facteur d'imputation de responsabilité du vendeur.

¹⁶ Lorsque le vendeur s'engage à effectuer la *mancipatio* de la chose (obligation qu'il ne faut pas confondre avec celle – inexistante dans le cadre de l'*emptio venditio* – de transférer la propriété de la chose), la *mancipatio* en tant qu'acte d'exécution de la vente peut avoir comme effet le passage de la propriété du vendeur à l'acheteur. A noter que si le vendeur effectue la *mancipatio* sans être propriétaire de la chose vendue, il ne provoque pas le passage du droit réel en question vers l'acheteur, alors même qu'il se libère de son obligation contractuelle.

¹⁷ Paul. D. 19, 4, 1 pr.: [...] *venditori sufficit ob evictionem se obligare possessionem tradere et purgari dolo malo, itaque, si evicta res non sit, nihil debet* [...].

¹⁸ Toutes les actions afférentes aux contrats consensuels (dont les premières formes furent l'*emptio venditio*, la *locatio conductio*, la *societas* et le *mandatum*) étaient des *iudicia bonae fidei*. Il s'agissait d'actions civiles dont la formule (cf. Gai. 4, 47) prévoyait une *intentio incerta* précédée d'une *demonstratio* où était déterminé l'objet de l'action. Quant à l'*oportere* du défendeur, il était apprécié en rapport à la clause *ex fide bona* ('*Quidquid Numerium Negidium Aulo Agerio dare facere praestare oportet ex fide bona*'), ce qui octroyait un pouvoir d'appréciation très ample au juge. Nous trouvons des références à cette liberté d'appréciation du juge dans Gai. 4, 114 ('[...] *in eiusmodi iudiciis liberum est officium iudicis*'), Cic. *Off.* 3, 17, 70 ss (où Cicéron cite l'opinion de Q. M. Scaevola *potifex* – 140-82 av. J.-C. – relativement aux jugements de bonne foi: *summam vim esse in omnibus iis arbitriis, [...] fideique bonae nomen manare latissime* [...]) et, plus indirectement, dans Cic. *Off.* 3, 16, 65 et *Top.* 17, 66 (où notre rhéteur illustre une série de situations très variées que la souplesse des *iudicia bonae fidei* permettrait d'évaluer).

Pour une exposition rapide des caractéristiques de ces actions (nées vraisemblablement des anciennes institutions romaines de la *fiducia* et de la *tutela*, puis employées dans les rapports commerciaux liés à la vente entre citoyens romains et *peregrini* avant d'être étendues à toutes les formes de contrat consensuel), nous renvoyons à TALAMANCA, *Il processo* (1987) 64 s. Pour de plus amples détails, voir: LOMBARDI, *Dalla fides* (1961) 249 ss; KASER, *RZP* (1996) 153 ss avec références bibliographiques, dont en particulier, autour du problème de l'origine de ces jugements, WIEACKER, *Zum Ursprung* (1963) 9 ss.

Le terme 'automatiquement' prêtant à équivoque, nous nous empressons de préciser que l'avantage, pour un acheteur impliqué dans une *actio empti* ou *venditi*¹⁹, consiste en la possibilité d'invoquer le dol du vendeur devant le juge²⁰. Celui-ci, en se servant du gouvernail de la *bona fides*²¹, doit alors apprécier la conduite du vendeur depuis la conclusion du contrat jusqu'au procès en cours et, le cas échéant, retenir l'exception de dol soulevée par l'acheteur²².

¹⁹ Nous considérons, en l'occurrence, le moyen de protection dont disposait l'acheteur lésé par un comportement du vendeur non conforme aux obligations liées à la vente conclue: *actio empti* en cas d'exercice actif du droit ou *exceptio* soulevée dans le cadre de l'*actio venditi* du vendeur.

Quant au vendeur, il pouvait sauvegarder activement ses intérêts en exerçant l'*actio venditi* – pendant de l'*actio empti* dans le cadre des actions de bonne foi qui permettaient de régler les problèmes liés à l'exécution du contrat consensuel de vente –, ou simplement opposer une exception à l'action de l'acheteur. Ainsi, le vendeur avait la possibilité de faire valoir l'inexécution, par l'acheteur, de son obligation principale – soit celle de transférer la propriété des *nummi* qui formaient la somme d'argent convenue pour le prix (cf. p.ex. Paul. D. 19, 4, 1 pr. *infra*: *Emptor enim, nisi nummos accipientis fecerit, tenetur ex vendito...*) –, ainsi que d'invoquer l'éventuel dol commis par son partenaire contractuel, également tenu à *purgari dolo malo*. A vrai dire, les sources dont nous disposons n'attestent de clauses sur le *dolum malum abesse*, voire d'obligation générale et inhérente au contrat de s'abstenir de toute fraude, qu'à la charge du vendeur (comme dans Proc. D. 18, 1, 68, 1: *Fere [aliqui] <nequiquam> solent haec verba adicere: 'dolus malus a venditore aberit', qui etiam si adiectum non est, abesse debet.*).

²⁰ Contrairement à ce qui était prévu dans les *iudicia stricta* (terme de dérivation post-classique; cf. VOGLI, *Le obbligazioni* [1969] 51 ss) qui réglaient le contentieux relatif à une *mancipatio* ou à une *stipulatio*, où tous les griefs devaient être soulevés pendant la phase *in iure* et figurer dans l'*intentio* qui était ensuite soumise au juge chargé de trancher la question. La partie qui omettait, par exemple, de soulever l'exception de dol devant le préteur, ne pouvait plus s'en prévaloir *apud iudicem* et s'exposait ainsi au risque d'être injustement condamnée.

²¹ Pour un aperçu de la notion de *bona fides*, voir KASER, *RPR* I, 485 s. Cet auteur – en se ralliant à WIEACKER, BIONDI et MEDICUS (réf. bibliogr. à la note 13 *ibidem*) – critique la thèse de CARCATERRA (*Intorno ai bonae fidei iudicia*, 1964) qui nie la nature essentiellement éthique du concept de *fides*.

²² La formulation '*si in ea re nihil dolo malo Auli Agerii factum sit neque fiat*' (cf. Gai. 4, 119; LENEL, *EP* [1927] 512) montre bien les deux aspects de l'exception de dol. Elle prend en considération tant le dol commis avant l'exercice de l'action, en particulier au moment de la conclusion du contrat (*exceptio doli specialis*), que celui qui motive une partie (dans notre cas, le vendeur) à intenter un procès (*exceptio doli generalis*). Nous aurons l'occasion d'approfondir ce point, mais nous renvoyons d'ores et déjà à KASER, *RPR* I, 488 s. avec références bibliographiques; BRUTTI, *La problematica* (1973) 128 ss. Aussi, nous nous empressons de préciser que, dans l'*actio empti*, l'*exceptio doli* n'assumait ni la forme générale indiquée ci-dessus, ni aucune autre forme particulière.

Or, si l'on en croit Cicéron, Pythius le malin a réussi, par une manœuvre très habile, à déjouer les sanctions prévues par l'ordre juridique romain dans l'intérêt de l'acheteur trompé, en l'occurrence le riche Canius, qui ne peut finalement compter que sur ses seuls yeux pour pleurer.

Que s'est-il passé, exactement? Cicéron expose très brièvement la chronologie des actes accomplis pour la vente: '(Canius) emit [...], nomina facit, negotium conficit'. Ainsi, Canius s'est d'abord empressé d'acheter la villa et ses meubles, au prix fixé par Pythius, en concluant un contrat de vente consensuel. Il a immédiatement satisfait à son obligation de payer le prix en permettant à Pythius d'inscrire la créance y relative (*nomen*²³) dans sa *tabula* (ou *codex accepti et expensi*²⁴). Cette opération (*transscriptio a re in personam*) a eu pour effet de nover l'obligation originaire basée sur l'*emptio venditio* en une obligation *litteris*²⁵.

²³ L'acceptation de 'créance' – relativement au terme *nomen* – était désormais devenue commune à l'époque classique, et cela vraisemblablement en allusion à la pratique d'inscrire le nom du débiteur dans les livres comptables *ad hoc* (cf. n. 24 ci-dessous).

²⁴ Le *codex accepti et expensi* – auquel Cicéron fait allusion également in *Com.* 2, 5-7 par l'emploi du terme '*tabulae*', probablement en faisant allusion aux tablettes de cire qui ont dû servir de premier support pour ce genre d'écritures – était un cahier où, selon une pratique importée de Grèce autour du IV^e siècle av. J.-C., l'on enregistrait les opérations comptables. Ainsi, des deux pages qui apparaissaient en ouvrant le cahier, celle de gauche reportait les actifs ou créances (*accepta*), et celle de droite les passifs ou dettes (*expensa*). A ce propos, voir: KASER, *RPR I*, 543 avec références bibliographiques, dont: THIELMANN, *Die römische* (1961) 110 n. 88; SAINTECROIX, *Studies* (1956) 14 ss; JOUANIQUE, *Revue* (1968) 5 ss. Contrairement à ce qu'il advenait des mentions dans le *liber adversariorum* (sorte de *memorandum* dans lequel on faisait les annotations – *adversaria* – relatives aux affaires en cours, et qui était détruit à la fin de chaque mois après avoir servi de base pour l'ajournement du *codex accepti et expensi*; cf. Cic. *Com.* 2, 5-7: '*Quid est, quod negligenter scribamus adversaria?...haec sunt menstrua...; haec delentur statim...; haec parvi temporis memoriam; haec sunt disiecta. [...] Itaque adversaria in iudicium protulit nemo.*'), les écritures qui apparaissaient au *codex accepti et expensi* avaient un caractère constitutif, si bien que, produites en jugement, elles avaient un certain poids en tant que preuve. Cicéron même, dans sa plaidoirie en faveur du comédien comique Q. Roscius, pour soutenir l'absence de dettes de la part de son client à l'égard de Fannius (demandeur dans le cadre d'une *condictio certae creditae pecuniae*) allègue que le *codex accepti et expensi* de ce dernier n'a pas été produit.

²⁵ Dans ce sens, bien que pas convaincu, BRUTTI (*La problematica* [1973] 131 s.). Les écritures dans le *codex accepti et expensi* (cf. n. 24 ci-dessus) réalisaient ce que Gai. 3, 128 appelle les *litteris obligationes*. Gaius se réfère, en l'occurrence, à l'acte formel le plus important de l'époque classique, à côté de la *stipulatio*: l'*expensilatio* ou, selon ses propres termes, le *nomen transcripticium* (créance inscrite dans le livre comptable en citant le nom du débiteur). Notre juriste (Gai. 3, 128-130) explique que l'on peut constituer cette obligation de deux façons: '*a re in personam*' ou '*a persona in personam*'. La première variante se réalise, par exemple, '*si id, quod tu ex emptio causa aut conductionis aut societatis mihi debeas, id*

Résultat des courses? Lorsque Pythius exigera le paiement du prix, il ne devra pas avoir recours à l'*actio empti*, au risque de se voir opposer par Canius son attitude frauduleuse, mais il pourra aisément agir au moyen de la *condictio*. Or, les *formulae* de Gallus, qui permettraient à Canius d'exciper *de dolo* pour invalider la demande du vendeur malhonnête même dans le cadre de ce *iudicium strictum*, n'ont pas encore été élaborées.

Canius, de son côté, ne pourra pas fonder sa demande sur l'absence de qualités promises par le biais de l'*actio empti* puisque Pythius a su éviter de donner aux louanges relatives à sa *villa*, le caractère de pourparlers en vue de conclure un contrat de vente. En prétendant ne pas vouloir vendre sa propriété, il a su habilement dissimuler son œuvre de persuasion tendant à conclure l'affaire, tout en inspirant à Pythius – par un langage qui convenait au personnage – un désir incontrôlable d'achat.

Comme le dit bien Cicéron, la *machinatio* de Pythius parviendra à bon port uniquement grâce au fait que ce dernier n'a pas agi sous l'empire des *formulae de dolo malo*. Le cas échéant, Canius aurait disposé d'une arme redoutable pour contrer les effets néfastes de la ruse de Pythius.

Dans un texte d'Ulpien illustrant un exemple aux contours semblables à ceux de la vente conclue par Canius et Pythius, nous pouvons lire le résultat de cette évolution.

D. 4, 3, 37 (Ulp. 44 *ad Sab.*): *Quod venditor ut commendat dicit, sic habendum, quasi neque dictum neque promissum est. Si vero decipiendi emptoris causa dictum est, aequè sic habendum est, ut non nascatur adversus dictum promissumve actio, sed de dolo actio.*

expensum tibi tulero, à savoir lorsque deux parties liées par un contrat – de vente, de location ou de société – novent ce rapport obligationnel en constituant une *expensilatio*. Il s'agit, en quelques mots, d'une novation avec changement de la cause du rapport obligationnel. Le *nomen transcriptivum a persona in personam*, par contre, réalise une novation subjective du débiteur sans toucher à la cause de l'obligation. En d'autres termes, nous nous trouvons en présence d'une délégation passive (p.ex. le créancier est d'accord que Sempronius assume la dette que Titius a à son égard) avec, en conséquence, passage de la légitimation passive à l'action (*condictio*) dont dispose le créancier, de l'ancien débiteur (Titius) vers le nouveau débiteur (Sempronius).

Pour la teneur de l'*expensilatio*, nous rappelons, en sus des informations livrées par Gai. 3, 128 ss, la reconstruction faite par KASER, *RPR* I, 543 ss. Cf. également: WATSON, *The law* (1965), 18 ss; TOMULESCU, *Der 'contractus litteris'* (1969) 285 ss; LIEBS, *Contrarius* (1970) 141 ss; KNÜTEL, *Zum Prinzip* (1971) 67ss.

Ce que le vendeur dit aux fins de conclure l'affaire ne doit pas être considéré comme des qualités promises. Toutefois, lorsque cela est dit dans le but de tromper l'acheteur, il faut considérer que l'action de dol, et non pas l'action pour les qualités promises (*actio empti*), sera disponible.

Lorsque le discours de promotion du vendeur ne peut pas être assimilé à la promesse de qualités, si bien qu'il ne tombe dès lors pas sous la protection de l'*actio empti*, mais qu'il ne se limite pas à de simples boniments et a pour but de tromper l'acheteur, ce dernier peut directement avoir recours à l'*actio de dolo*.

Avec son récit sur les malheurs de Canius, Cicéron a ainsi mis en évidence un problème général dont lui-même ne saisissait peut-être pas encore l'envergure: une personne, en connaissance des règles prévues par l'ordre juridique à l'intérieur duquel elle se meurt, réussit astucieusement à en éviter l'application – voire à en provoquer un usage formellement correct – au détriment d'une autre personne qui se retrouve ainsi démunie de toute protection juridique. Il en résulte non seulement un dommage plus ou moins important pour la victime de la ruse, mais encore un sentiment d'injustice sociale et d'impuissance face à l'absence d'instruments qui permettent de corriger une telle bavure.

Avant de nous aventurer dans une importante casuistique romaine afférente à des situations semblables, une brève digression sur le concept de *dolus* et sur ses applications s'impose.

B. Le comportement dolosif

Contrairement à ce qui en est advenu aujourd'hui, le mot *dolus* n'était pas relégué, à ses origines, au seul domaine juridique. Il a connu, il est vrai, très tôt des applications normatives²⁶, mais il a continué de mener une existence parallèle sur le plan littéraire et juridique²⁷.

²⁶ Déjà dans la loi pénale de Numa sur l'homicide intentionnel, nous trouvons la sanction (*paricidas esto*) du comportement de celui qui *hominem liberum dolo sciens morti duit* (cf. Fest. L. 247 *Parricidi quaestores*; NU. 16 [FIRA I, p. 13]). La signification du mot *paricidas* a fait, pendant longtemps, l'objet de controverses. A cet égard, nous renvoyons à la littérature citée par KASER (*RPRI*, 147 n. 6), à laquelle il faut ajouter l'œuvre clarificatrice de TONDO, *Leges regiae* (1973), en particulier 131 ss. Cet auteur, en adoptant une méthode d'étude heuristique et juridique à la fois, démontre de façon très convaincante que le terme *paricidas*, adjectif,

Vraisemblablement, l'on indiquait par là une attitude malicieuse, une *machinatio* ou construction ingénieuse, sans égard aux but et résultat recherchés – en d'autres termes, sans distinguer la ruse préjudiciable de la ruse inoffensive. Dans ce sens, *dolus* aurait été considéré comme une *vox media*²⁸. Conscient de la nécessité de protéger les victimes des conséquences nuisibles que de tels agissements pouvaient entraîner, l'ordre juridique aurait procédé à une sorte de dichotomie du dol²⁹. Le *dolus* caractérisé de *malus* – car mû par une intention

indiquait la situation de celui qui devait subir la *poena cullei*, peine de mort par noyade réalisée en jetant le coupable – enfermé dans un sac en cuir avec un serpent, un coq, un singe et un chien – dans un fleuve ou à la mer. TONOO reprend ainsi, tout en la complétant, une thèse antérieure élaborée par MEYLAN, *Eihymologie* (1928). Comme l'observe KASER (*RPR* I, 628), nous ne sommes pas en mesure d'évaluer si cette norme pénale prenait en considération l'intention de l'auteur ou si elle condamnait le simple résultat, alors même qu'il était consécutive à une négligence. Nous pouvons uniquement constater que, en latin archaïque, le mot *sciens* connaît son contraire dans le terme *imprudens* (cf. Fest exc. 102, 11; Liu. 22, 53, 11; Polyb. 3, 25, 6 ss cités par TONOO, *Leges regiae* [1973] 82), ce qui nous porte à croire que l'appréciation de la volonté de l'auteur était déjà actuelle à cette époque. Dans ce sens également CANNATA, *Per una storia* (1997) 27 n. 26.

²⁷ TONOO (*Leges regiae* [1973] 81 et 84 ss) affirme que le terme *dolus* – de dérivation sabinienne – se rapportait, à l'origine, à un petit poignard. Dans le texte de la *Lex Numa* (cf. n. 26 ci-dessus), il aurait indiqué dès lors le moyen par lequel l'on procurait la mort. D'opinion différente, CANCELLI qui – dans un ouvrage (*Il dolo* [1965], en particulier 30 ss) antérieur à celui de TONOO – rallie l'étymologie de δόλος à deux autres termes grecs, δέλος et δέλεαρ, dont le sens de 'amorces, appât pour les poissons' traduirait bien l'idée de tromperie et astuce. Ce même auteur se rallie, par ailleurs, à l'étude proposée par la plupart des lexiques juridiques qui rapprochent δόλος et *dolus* à un groupe de termes de provenance germanique ancienne: le *tal* (conte, discours), et la *tala* (discours, nombre) de l'islandais ancien; la *zala* de l'Althochdeutsch (*Zahl, Berichte*); le *tal* du altnordisch (tromperie, malice); le *toel* anglo-saxon (blâme, moquerie); la *zalo* de l'althochdeutsch (embuscade, danger).

²⁸ Le *dolus* (du mot grec δόλος) en tant que tel aurait eu une connotation neutre (ruse, finesse ou 'List' allemande) sur laquelle l'on aurait insisté dans l'Antiquité déjà en parlant de '*vocabulum medium*' ou de '*vox media*' (dans ce sens, voir: Fest., *Doli vocabulum*, L. 60; Gell. 12, 9, 1; Donat. *ad Ter. Eun.*, 515; Serv. *Aen.*, 2, 537; GLK 7, 119, 15; CGL IV, 598, 41; V. 459, 8). A ce propos, nous renvoyons également à la n. 30 ci-dessous.

²⁹ Pour circonscrire ultérieurement une notion qui, de par sa nature, se prête mal à ce genre d'opération, nous relèverons que la jurisprudence romaine, tout comme la littérature, opposent le *dolus malus* à la *vis*, donc le comportement astucieux à la force brute, à la violence. Aussi, les témoignages les plus anciens distinguaient le *dolus malus* du *casus* et mettaient ainsi l'accent sur le caractère volontaire (*sciens*) de l'acte (nous en trouvons une démonstration dans la Loi de Numa vue plus haut, à la n. 26, ainsi que dans les lois suivantes: *Lex Spoletina*, 12 ss; *Lex Bantina*, 9, 18 [FIRA I, 6]; *Lex Quinticia de aquaeductibus*, 6 et 15 [FIRA I, 14]; *Lex a vicinis Furfensibus templo dicta*, 12). Nous noterons, au passage, que la formule *sciens dolo malo* – qui avait caractérisé le dol pénal dès ses premières applications normatives et

nuisible³⁰ – aurait ainsi été extrait du concept général de dol et opposé au *dolus bonus* – ou *sollertia*³¹ – par lequel les *veteres*³² désignaient l'astuce louable car dirigée à fourvoyer, par exemple, l'ennemi ou le voleur³³.

qui était présente dans l'ancienne loi de Spoleto encore lisible de nos jours sur une pierre plantée à l'entrée d'un bois (*lucus*) de cette même ville – a été conservée dans les lois postérieurement promulguées. Ainsi, la volonté de nuire propre au dol pénal – parfois exprimée par des variantes de *sciens* comme *sciens prudensque*, *consulto*, *voluntate* ou *adfectu* – peut être identifiée, en plus des lois citées ci-dessus, dans les: *Lex Aelia repetundarum* (FIRA I, num. 7); *Lex Iulia municipalis* (FIRA I, num. 13); *Lex Iulia agraria* (FIRA I, num. 12); *Lex Cornelia de falsis* (Ulp. D. 48, 10, 9, 3; Paul. *Sent.*, 4, 7, 2; 5, 25, 1; 5, 25, 5; 5, 25, 9); *Lex Fabia de plagiaris* (Marcian. D. 48, 15, 3 pr.; Callistr. D. 48, 15, 6, 2); *Lex Iulia maiestatis* (Marcian. D. 48, 4, 3); *Lex Iulia peculatus* (Ulp. D. 48, 13, 1); *Lex Coloniae Genetivae Iuliae* (FIRA I, num. 21); *Lex Salpensana* (FIRA I, num. 23); *Lex Malacitana* (FIRA I, num. 24); *Fragmentum Tudertinum* (Bruns 157); *Senatus consultum de aedificiis non diruendum* (FIRA I, num. 45). Pour la distinction *dolus-casus*, cf. également Marcian. D. 48, 8, 1, 3; Coll. 1, 10; Nov. Valentin. III, 19.

³⁰ CRISCUOLI (*Il criterio discretoivo* [1957] avec une importante bibliographie à p. 7 n. 3) affronte le problème du critère distinctif entre *dolus bonus* et *dolus malus*. Dans son analyse – qui part du droit romain pour atterrir, après un bref survol des périodes intermédiaires, sur le système positif italien –, l'auteur identifie principalement deux éléments de distinction: l'intention de l'auteur (sa ruse sera qualifiée de *dolus malus*, et donc illicite, si elle a uniquement pour but de nuire au *deceptus*) et les effets de cette intention (la manœuvre de déception doit-elle encore, pour encourir la sanction juridique, être apte à produire un certain résultat. Il faut, pour reprendre les termes de D. 4, 3, 7, 10 *in fine*, que l'on se trouve en présence d'une *magna et evidens calliditas*). En droit romain classique, où prévaudrait le critère subjectif de l'intention, l'auteur se pèrè ainsi – non sans quelques incohérences de fond – trois formes de *dolus bonus*, à savoir la *sollertia* (ruse inoffensive car employée par une partie alors que l'autre en a également conscience), les boniments dans le cadre du marchandage usuel qui précède la vente, et la *machinatio contra hostem latronemve*. Malheureusement, CRISCUOLI restreint son étude au dol vu sous l'angle du vice du consentement et de facteur d'imputabilité de la responsabilité en cas d'inexécution des obligations. L'auteur se montre par ailleurs très avare de renvois aux sources aptes à fonder ses observations. Certes, vu la rareté des références au *dolus bonus* dans l'ensemble de la production juridique romaine, une certaine retenue dans la citation de textes *ad hoc* était inévitable. Ceci aurait néanmoins dû inviter à une certaine retenue également dans l'élaboration des conclusions, mais avant tout à une étude plus attentive de la casuistique afférente au dol. Pour une approche plus critique et documentée de cette problématique, nous renvoyons à WACKE (*Circumscribere* [1977] 221 ss). WACKE dénèche par ailleurs, de façon très convaincante, les vices de la pensée d'une certaine doctrine (dont CRISCUOLI vu ci-dessus) qui tend à poser une identité entre le *dolus bonus* et les *circumscriptiones licitae in emendo et vendendo* (cf. Pomp. D. 4, 4, 16, 4; Paul. D. 19, 2, 22, 3).

³¹ Ce terme indique, entre autres, l'ingéniosité, l'habileté. Nous le trouvons par exemple en Cic. *Nat.* 2, 48, 123 où notre auteur, en dissertant sur les dons que la nature, soucieuse de pourvoir à leur approvisionnement en nourriture, a réservé aux animaux, observe que l'absence

Pour reprendre la *definitio* attribuée par Cicéron à Aquilius Gallus même³⁴, nous nous trouvons en présence de *dolus malus* lorsque *aliud simulatum, aliud actum*. En d'autres termes, lorsqu'un sujet, par ses agissements extérieurs, joue un rôle qui dissimule son intention véritable, le but réellement recherché, et ceci parce qu'il sait pertinemment que son interlocuteur n'approuverait pas la réalisation de ses plans en connaissance de cause.

de caractéristiques physiques spéciales – comme une petite raïlle pour mieux atteindre l'herbe, etc. –, a été compensée, pour certains d'entre eux, par une '*machinatio atque sollertia*'. Dans cette dernière catégorie, il cite l'araignée qui, grâce à ses toiles habilement tissées, réussit à capturer ses victimes pour ensuite les savourer sans peine, une fois bien confectionnées au moyen de fils de soie. Parfois, observe encore Cicéron, les animaux redoublent littéralement d'esprit en travaillant en duo. Comme ce coquillage de petite taille, la *squilla*, qui avertit un autre coquillage, la *pina*, du passage de petits poissons entre les valves bien trop grandes – pour être sensible aux petits calibres – de cette dernière et en provoque ainsi la fermeture. Pour les applications du mot *sollertia*, synonyme de *machinatio*, voir également: Cic. *Div.* 1, 41, 91; *CM* 17, 59; *Off.* 1, 10, 33; *Caes. G.* 7, 22; *C.* 2, 8.

³² Il est opinion commune de regrouper sous la désignation de '*veteres*' tous les juristes de l'époque républicaine (dans ce sens: MacCORMACK, *Dolus* [1985] 31). Plus sélectif, BEHRENDIS (*Les veteres* [1977] 7) réunit sous cette appellation uniquement les juristes antérieurs à Quirinus Mucius, derniers représentant des '*veteres*'. Pour une étude clarificatrice dans ce domaine, nous renvoyons à HORAK (*Wer waren* (1992) 201 ss, en particulier 232 ss) qui démontre que seule une approche relativiste permet de cerner le cercle des *veteres*, qui s'étend jusqu'aux premières décennies du principat d'Auguste (Labéon, Capiton, Méla, Masurius Sabinus, Gaius Cassius et Atlicinius sont en effet encore désignés par ce terme par certains juristes postérieurs).

³³ Cf. D. 4, 3, 1, 3, où Ulpien explique que le préteur rajouta l'adjectif *malus* au substantif *dolus* afin d'éviter la confusion avec le *dolus bonus* par lequel les anciens indiquaient la *sollertia*. La thèse relative à une nature neutre du mot *dolus* tout court n'est pas pacifique. Pour nombre d'auteurs (dont F. CANCELLI, voir *Dolus* in: *Enciclopedia del diritto* XIII, 716 s.; ZANI, *Figura giuridica* (1926) 22, 26 n. 3 qui, en se référant aux thèses de POCHINTESTA, SAVIGNY, TADDEI et ABELLO, critique la prétendue identité entre *dolus bonus* et *circumscriptiones licitae*), soutenir une telle affirmation équivaut à dénaturer le mot *dolus* qui est intrinsèquement porteur d'une connotation négative. CANCELLI (article *Dolus* in: *Enciclopedia del diritto* XIII, 716 s.), en s'appuyant sur la pénurie d'exemples de *dolus in bonam partem* dans le Digeste, va jusqu'à soutenir que le passage où Ulpien explique la raison de l'union *dolus-malus* (D. 4, 3, 1, 3) porte à des considérations «grotesques». Cet auteur considère en effet que si l'on assimile le *dolus bonus* à la *sollertia*, cela équivaut à rendre licite toute astuce dirigée à tromper l'ennemi ou le voleur. Or, toujours selon cet auteur, le fait de contourner un guet-apens par la ruse est un comportement légitime, ce qui exclut toutes considérations de *dolus bonus* et, par là, de *dolus*. Pour notre part, nous trouvons la critique de CANCELLI un peu extrême. Le fait que les cas de *dolus bonus* soient rares ne remet nullement en cause la neutralité du sens originnaire de *dolus*. En effet, les sources étant un recueil d'opinions

Dans ce même sens, et plus précisément, vont les termes employés par Servius Sulpicius Rufus³⁵ – juriste du I^{er} siècle av. J.-C., élève d’Aquilius Gallus³⁶ – pour qui le dol correspond à une *‘machinatio quaedam alterius decipiendi causa, cum aliud simulatur et aliud agitur’*³⁷, une ruse dirigée à abuser de l’autre en le trompant par une attitude extérieure qui déguise le véritable objectif. Plus tard, Sextus Pedius³⁸ reprendra cette même définition en se prononçant sur les cas où un pacte a été conclu frauduleusement: *‘quotiens circumscribendi alterius causa aliud igitur et aliud agi simulatur’*³⁹.

Nous pouvons noter sans peine que cette formulation du comportement dolosif punissable ouvre, aux remèdes y relatifs, la porte d’accès à un éventail très large et varié de situations.

juridiques, il est dans la logique des choses que la plupart des problèmes discutés concernent le *dolus malus*, attitude dirigée à léser l’intérêt d’autrui sans cause légitime (nous renvoyons également à WACKE – *Circumscribere* [1977] 221 ss – qui illustre le rapport très désinvolte des peuples de l’Antiquité avec la ruse et le mensonge, considérés même comme des moyens de protection naturels dans le cadre de systèmes juridiques rudimentaires, donc défailtants). Par ailleurs, il nous semble que CANCELLI confond le problème de l’illicéité (*iniuria*), avec celui de la connotation du *dolus*. C’est justement en extrapolant une série de variantes pour ainsi dire négatives du *dolus* général et en les groupant dans un concept spécial, le *dolus malus*, que les juristes ont pu clairement tracer la frontière entre le domaine licite et le domaine illicite du *dolus*. Plus précisément, par cette opération, les juristes ont défini l’aspect du *dolus* juridiquement relevant, donc susceptible de déclencher les systèmes de réparation prévus *ad hoc*. Avec WACKE (*Circumscribere* [1977] 227), nous pouvons admettre une certaine évolution de la terminologie relative au dol. Cette notion, d’abord empruntée, puis précisée par l’ordre juridique, a fini par en être absorbée au point de perdre son acception littéraire neutre). Après l’abandon du *dolus in bonam partem* devenu «*alterrümlich*» à la fin de l’époque classique (Festus [*doli vocabulum*, N. 69] témoigne en effet que *‘doli vocabulum nunc tantum in malis utimur’*; WACKE, *Circumscribere* [1977] 229 observe d’ailleurs avec raison que le droit privé romain n’a jamais accordé une grande importance à la typologie du *dolus bonus*), même la qualification de *malus* devient progressivement superflue. Ainsi, alors que Julien persiste à s’exprimer en termes de *doli mali* (*exceptio*), Ulpien omet généralement l’adjectif *malus* (cf. WACKE, *Circumscribere* [1977] 227 n. 192).

³⁴ Cf. Cic. *Off.* 3, 14, 60 ainsi que Cic. *Nat.* 3, 30, 74.

³⁵ A propos de Servus Sulpicius Rufus, voir CANNATA, *Per una storia* I (1997) 234 ss.

³⁶ Cf. Pomp. D. 1, 2, 2, 43.

³⁷ Cf. Serv. Sulpicius in Ulp. D. 4, 3, 1, 2.

³⁸ Juriste postérieur à Labéon, actif à partir de la deuxième moitié du I^{er} siècle ap. J.-C. (50-80 ap. J.-C.). Pour une étude biographique détaillée, nous signalons le travail de GIACHI, *Per una biografia* (1998) 69 ss.

³⁹ Cf. Ulp. D. 2, 14, 7, 9.

Une ouverture que Labéon a élargi davantage non tant en remaniant la définition de dol elle-même (*'dolum malum esse omnem calliditatem fallaciam machinationem ad circumveniendum fallendum decipiendum alterum adhibitam'*⁴⁰), mais avant tout en l'interprétant: *'posse et sine simulatione id agi, ut quis circumveniatur'*⁴¹.

Selon certains auteurs⁴², Labéon tendrait ainsi à faire tomber sous le joug des systèmes de protection contre le *dolus malus* également l'attitude de celui qui nuit à un autre sans pour autant ruser dans les rapports directs avec ce

⁴⁰ Ulp. D. 4, 3, 1, 2 *in fine*. CARCATERA (*Dolus bonus* [1970] 31 ss) s'aventure dans une tentative de distinction des attitudes dolosives couvertes par l'*actio de dolo* en démembrant cette définition de Labéon. L'auteur croit y distinguer trois couples de mors réués en asyndète: *calliditas ad circumveniendum* (qui ferait allusion à un dol par omission, soit à l'attitude de celui qui omet volontairement d'informer une partie d'un certain état des choses), *fallacia ad fallendum* (qui indiquerait un simple mensonge sans subterfuge particulier) et *machinatio ad decipiendum* (qui se rapporterait à une mise en scène habilement planifiée). Cette image de dol *in crescendo* a d'ores et déjà fait l'objet d'une importante critique qui a mis en évidence les défauts conceptuels et techniques de cette «allzu subtile Analyse» (cf. WIEACKER, *Compte-rendu* [1971] 440 ss; WACKE, *Zum dolus-Begriff* [1980] 350 ss).

⁴¹ Ulp. D. 4, 3, 1, 2.

⁴² Cf. KASER, *RPR* 1, 628. L'auteur identifie les deux types de situations (attitude dolosive sans ruse directe à l'égard du lésé, et dol postérieur à un acte honnêtement accompli) dans les passages suivants:

Ulp. D. 4, 3, 7, 3: *Non solum autem si alia actio non sit, sed et si dubitetur an alia sit, putat Labeo de dolo dandam actionem et adfert talem speciem. Qui servum mihi debebat vel ex venditione vel ex stipulatu, venenum ei dedit et sic eum <tradidit>: [vel fundum, et <dum tradit>, imposuit ei servitutem vel aedificia diruit, arbores excidit vel extirpavit]: ait Labeo, sive cavit de dolo sive non, dandam in eum de dolo actionem, quoniam si cavit, dubium est, an competat ex stipulatu actio.*

Pap. D. 4, 3, 19: *Si [fideiusor] <sponsor> promissum animal ante moram occiderit, de dolo actionem reddi adversus eum oportere Neratius Priscus et Iulianus responderunt, quoniam debitore liberato per consequentias ipse quoque dimittitur.*

Ulp. D. 4, 3, 7, 6: cas d'un animal domestique qui cause un dommage à autrui (voir notre analyse aux p. 33 ss); Ulp. D. 4, 3, 7, 8: hypothèse d'une *pactio pro libertate* entre un esclave et un *dominus*, avec intervention d'un *reus* (étudié plus loin, aux p. 43 ss).

Ulp. D. 4, 3, 9, 3: *Labeo libro trigensimo septimo posteriorum scribit, si oleum tuum quasi suum defendat Titius, et tu hoc oleum deposueris apud Seium, ut is hoc venderet et pretium servares, donec inter vos de iudicetur cuius oleum esset, neque Titius velit iudicium accipere: quoniam neque mandati neque sequestraria Seium convenire potes nondum impleta conditione depositionis, de dolo adversus Titium agendum. Sed Pomponius libro vicensimo septimo posse cum sequestre [prescriptis verbis actione] agi, vel si is salvendo non sit, cum Titio de dolo. Quae distinctio vera esse videtur.* GRADENWITZ (cf. MOMMSEN/KRÜGER *ad h.l.*) considère interpolé le terme '*actione*'. Cette opinion s'explique difficilement, à moins de considérer qu'elle repose sur la présence

dernier⁴³. Aussi, dans l'optique de ces mêmes auteurs, l'interprétation labéonienne permettrait de sanctionner également le cas de celui qui fait preuve d'honnêteté aux débuts d'un rapport de nature contractuelle ou autre, et qui seulement par la suite se conduit de manière frauduleuse. Dans cette dernière hypothèse, le concept de dol se rapprocherait de la fonction qu'il revêt dans les jugements *bonae fidei* et dans l'*exceptio doli* – exprimée par un *neque fiat* – dans la mesure où il y désigne une attitude contraire à la bonne foi, incompatible avec la *naturalis aequitas*⁴⁴.

Il a d'ores et déjà été relevé⁴⁵ que le dol sanctionné par l'*actio de dolo* sort des limites d'une considération subjective liée à l'intentionnalité de l'auteur⁴⁶. Rares sont les occasions où les juristes – par l'emploi de termes tels (*callide*) *persuadere, decipere, mentiri, colludere* – focalisent leur recherche sur l'intention

de la tautologie '*actione agere*'. Nous sommes plutôt de l'avis que l'allusion à l'*actio praescriptis verbis* toute entière, qui fait référence à une situation contractuelle, ne se justifie pas *in casu* contre le séquestre.

Ulp. D. 4, 3, 34: *Si cum mihi permisisses saxum ex fundo tuo eicere vel cretam vel harenam fodere, et sumptum in hanc rem fecerim, et non patiaris me tollere: nulla alia quam de dolo malo actio locum habebit.*

⁴³ Tel serait par exemple le cas de celui qui nuit à son créancier en détruisant ou en abîmant l'objet dû. En d'autres termes, l'action dommageable serait ici dirigée vers l'objet dû et non pas vers le lésé, qui ne serait ainsi qu'indirectement touché. Nous avouons qu'il ne nous a pas été donné de percer tous les secrets de la pensée de KASER sur ce point. Notre auteur pensait-il en particulier au cas – emprunté à Labéon et exposé par Ulp. D. 4, 3, 7, 3 – du promissor qui, avant de transférer l'esclave promis dans le cadre d'une stipulation, lui fait ingérer du poison? Notre étude du texte en question (cf. p. 25 ss) révèle une optique différente qui ne se laisse pas résumer dans les termes employés par KASER (*RPR* I, 628).

⁴⁴ Cf. KASER, *RPR* I, 628. Dans ce sens, cf. également WACKE, *Zum dolus-Begriff* (1980) 363 ss.

Pour notre part, nous nous limitons pour le moment à relever que les précisions apportées par Labéon ('*posse et sine simulatione agi* [...]') en guise d'interprétation de la notion de *dolus malus*, pourraient simplement rendre à exclure l'exigence d'un cumul – quant au fardeau de la preuve – des deux caractéristiques identifiées dans cette même notion, à savoir la ruse et la mauvaise intention. Cela équivaudrait à concéder la protection juridique contre le dol également dans les cas où la simulation ne pourrait pas être décelée et prouvée de façon claire, mais où l'intention de l'auteur de nuire à autrui, astucieusement dissimulée, se déduirait de l'ensemble des circonstances, par similitude ou analogie à des cas précédents (nous reviendrons sur cette dernière affirmation lorsque nous rencontrerons quelques figures de dol typisé). De même, Labéon annonce-t-il peut-être, par là, cette ouverture à l'emploi de l'action de dol qu'il exprimera par les termes '*et si dubitetur an alia actio sit*' (cf. Ulp. D. 4, 3, 7, 3, étudié plus loin, aux p. 17 ss).

⁴⁵ Cf. WACKE, *Zum dolus-Begriff* (1980) 349 ss.

dolosive de l'auteur⁴⁷. Ils font parfois allusion à la simple volonté par le mot *sciens*⁴⁸. Le plus souvent, l'attitude de la personne frappée par le remède de Gallus est décrite au moyen d'une «nichtssagende Tautologie»: ainsi, l'*actio de dolo* est octroyée contre celui qui *dolo fecerit* ou *si dolus intercesserit*⁴⁹.

⁴⁶ Contrairement à la thèse soutenue principalement par LITTEN (*Zum dolus-Begriff* [1910] 257 ss), suivi par BIONDI (*Actiones* [1912/ 1970] 103 ss), SIBER (*RP* II 234 s.) et, en dernier, par NÄF-HOFMANN (*Zur objektiven Ausweitung* [1962]). Ces auteurs tendent à nier l'existence d'un concept large de dol – dépassant l'idée de «arglistige Täuschung in Bereicherungsabsicht» – tant dans l'*exceptio doli* que dans l'*actio de dolo* d'application classique. Pour justifier cette affirmation en présence de textes qui ne se prêtent à aucune interprétation – voire déformation – subjective, ces mêmes auteurs s'appliquent à détecter nombre d'indices qui porteraient à conclure que tous les passages en question ont été remaniés par main post-classique. Toutefois, toujours selon ces auteurs, le silence des sources ne permet pas de déterminer le moment et les causes du prétendu «nachklassischer Ausweitungsprozess» de l'*actio de dolo* qui aurait finalement été érigée par les Compilateurs au rang de «allgemeine Billigkeitsklage» tendant à rétablir l'équilibre patrimonial (cf. NÄF-HOFMANN, *Zur objektiven Ausweitung* [1962] 47).

⁴⁷ Pour citer quelques exemples:

D. 4, 3, 9, 1 (Ulp. 11 *ad ed.*): *Si autem mihi persuaseris, ut repudiem hereditatem, quasi minus solvendo sis, vel ut optem servum, quasi melior eo in familia non sit: dico de dolo dandam, si callide hoc feceris.*

D. 4, 3, 31 (Proc. 2 *epist.*): *Cum quis persuaserit familiae mene, ut de possessione decedat, possessio quidem non amittitur, sed de dolo malo iudicium in eum competit, si quid damni mihi accesserit.*

D. 4, 3, 37 (Ulp. 44 *ad Sab.*): *Quod venditor ut commendet dicit, sic habendum, quasi neque dictum neque promissum est. Si vero decipiendi emptoris causa dictum est, aequè sic habendum est, ut non nascatur adversus dictum promissumve actio, sed de dolo actio.*

D. 47, 2, 43, 3 (Ulp. 41 *ad Sab.*): *Si quis nihil in persona sua mentitus est, sed verbis fraudem adhibuit, fallax est magis quam furtum facit: ut puta si dixit se locupletem, si in mercem se collocaturum quod accepit, si fideiussores idoneos doturum vel pecuniam confestim se soluturum: nam ex his omnibus magis decipit quam furtum fecit, et ideo furti non tenetur. Sed quia dolo fecit, nisi sit alia adversus eum actio, de dolo dabitur.*

D. 4, 3, 7, 9 (Ulp. 11 *ad ed.*) et D. 17, 1, 8, 1 (Ulp. 31 *ad ed.*) étudiés plus loin dans le présent travail (p. 29 ss).

⁴⁸ A titre indicatif:

D. 30, 110 (Afr. 8 *quaest.*): *Si heres generaliter servum quem ipse voluerit dare iussus sciens furem dederit isque furtum legatario fecerit, de dolo malo agi posse ait. Sed quoniam illud verum est heredem in hoc teneri, ut non pessimum det, ad hoc tenetur, ut et alium hominem praestet et hunc pro noxae dedito relinquat.*

D. 19, 5, 5, 2 (Paul. 5 *quaest.*): [...] *Sed si dedi tibi servum, ut servum tuum manumisseres, et manumissisti et is quem dedi evictus est, si sciens dedi, de dolo in me dandam actionem Iulianus scribis, si ignorans, in factum civilem.*

D. 4, 3, 18, 3 (Paul. 11 *ad ed.*): *De eo qui sciens commodasset pondera, ut venditor emptori*

D'une manière générale, nous pouvons constater que les études relatives à la typologie des situations qui tombent sous le joug des remèdes contre le dol – groupées avant tout dans les titres *De dolo malo* (D. 4, 3) et *De doli mali et metus exceptione* (D. 44, 4) du Digeste – démontrent que le *dolus* couvre un très large spectre d'acceptations⁵⁰. Celles-ci se recoupent parfois – sans s'exclure l'une l'autre – et le fait d'en retenir une en particulier n'est que la conséquence du but qui régit le remède porteur. Nous aurons l'occasion de revenir sur ce point fondamental lorsque nous rechercherons les raisons de la subsidiarité de l'*actio de dolo*.

Par une nuance ultérieure ('*posse et sine dolo malo aliud agi, aliud simulari, sicuti faciunt, qui per eiusmodi dissimulationem deserviant et tuentur vel sua vel aliena*'⁵¹), Labéon semble mettre en garde contre les automatismes irréfléchis tout en anticipant le discours d'Ulpien sur les raisons de la présence de l'adjectif *malus* à côté du terme *dolus*⁵². Labéon rend ainsi attentif au fait qu'il peut y avoir simulation sans dol, comme dans le cas où la ruse aurait pour but, pour ainsi dire noble, de préserver des intérêts – propres ou d'autrui –

merces adpenderet, Trebatius de dolo dabat actionem. Atquin si maiora pondera commodavit, id quod amplius mercis datum est repeti condicione potest, si minora, ut reliqua merx detur ex empto agi potest [...].

⁴⁹ WACKE, *Zum dolus-Begriff* (1980) 358. Pour reprendre quelques-uns des textes ainsi identifiés:

D. 39, 5, 18, 3 (Ulp. 71 *ad ed.*): *Labeo ait, si quis mihi rem alienam donaverit inque eam sumptus magnos fecero et sic mihi evincatur, nullam mihi actionem contra donatorem competere: plane de dolo posse me adversus eum habere actionem, si dolo fecit.*

D. 21, 2, 21 pr. (Ulp. 29 *ad Sab.*): *Si servus venditus decesserit antequam evincatur, stipulatio non committitur, quia nemo eum evincat, sed factum humanae sortis: de dolo tamen poterit agi, si dolus intercesserit.*

D. 50, 14, 2 (Ulp. 31 *ad ed.*): *Si proxeneta intervenit faciendi nominis, ut multi solent, videamus an possit quasi mandator teneri. Et non puto teneri, quia hic monstrat magis nomen quam mandat, tamen si laudet nomen. Idem dico, et si aliquid philanthropi nomine acceperit: nec ex locato conducto erit actio. Plane si dolo et calliditate creditorum circumvenerit, de dolo actione tenebitur.*

⁵⁰ WACKE (*Zum dolus-Begriff* [1980] 354 s.) identifie principalement trois aspects du *dolus malus*. Au sens le plus large, celui-ci indiquerait toute attitude contraire à la *bona fides*. En deuxième lieu, en tant que critère de responsabilité, il fait référence à l'intention, au dessein, par opposition à la *culpa* et au *casus*. Son troisième sens, le plus étroit, le rallie finalement au «Betrug», à la ruse employée au détriment d'autrui dans un but d'enrichissement.

⁵¹ Cf. Ulp., Lab. D. 4, 3, 1, 2.

⁵² Cf. Ulp. D. 4, 3, 1, 3 déjà cité ci-dessus à la n. 33.

des atteintes de tiers. En d'autres termes, Labéon évoque la possibilité du *dolus* sans *malus* ou de la *sollertia* légitimement employée non seulement à l'égard d'ennemis ou de voleurs, mais de toutes personnes qui pourraient, sans justification, s'attaquer à nos intérêts.

Comme nous pouvons donc le voir en considérant ce qui a été dit plus haut, il n'a pas fallu attendre Aquilius Gallus pour que la notion de dol fût intégrée dans l'ordre juridique romain. Les moyens y relatifs ont néanmoins subi des remaniements pour atteindre leur plein développement sous l'influence de la jurisprudence républicaine et classique. L'apport fondamental de Gallus, nous le verrons, a été justement celui d'affiner ultérieurement ces remèdes en leur conférant une dimension nouvelle.

Chapitre II

La subsidiarité des remèdes de Gallus contre le dol

A. La subsidiarité de l'*actio de dolo*

1. La clé de lecture du principe de subsidiarité

Lorsque nous parcourons le titre *de dolo* (D. 4, 3), nous nous apercevons que l'édit relatif à l'action homonyme⁵³ est le suivant⁵⁴:

D. 4, 3, 1, 1 (Ulp. 11 *ad ed.*): *Quae dolo malo facta esse dicentur, si de his rebus alia actio non erit et iusta causa esse videbitur, iudicium dabo.*

Une clause, en particulier, caractérise le texte de cet édit: '*si alia actio non erit*'.

Gallus aurait ainsi conçu un anridote contre le dol au large spectre d'action, mais il en aurait prescrit l'emploi en dernier ressort, lorsque aucune autre *actio* ne permettrait de remédier à l'injustice créée par un comportement mal-honnête.

⁵³ La formule de l'*actio de dolo* – telle que reconstruite par LENEL, *EP* 114 ss – appliquée à un cas concret est la suivante: *C.Aquilius iudex esto. Si paret dolo malo NiNi factum esse, ut AsAs NoNo fundum quo de agitur mancipio daret neque plus quam annus est cum experiundi potestas fuit neque ea res arbitrio CiAi iudicis restitueretur, quanti ea res eris tantam pecuniam CsAs iudex NmNm AoAo condemnato; si non paret absolvito.* Pour une confrontation des éventuelles variantes, voir MANTOVANI, *Le formule* (1992) 62 avec notes.

⁵⁴ LENEL (*EP* 114) intègre dans le texte de l'édit, entre *videbitur* et *iudicium dabo*: '*intra annum, cum primum experiundi potestas fuerit*'. Il précise que les Compilateurs avaient procédé à cette suppression en raison du changement du terme de prescription (devenu bisannuel) prévu par C. 2, 20, 8 a. 319.

La jurisprudence classique, qui s'est retrouvée face à la nécessité de devoir gérer l'applicabilité de cet édit, a précisé la portée de la subsidiarité explicitement prévue pour l'action de dol. A vrai dire, l'interprétation jurisprudentielle à laquelle nous faisons allusion semble souffrir d'une volonté schizophrène. Si d'une part l'on insiste sur la condition '*si alia actio non sit*', Labéon, de son côté, prône l'application de l'*actio de dolo* même en cas de doute:

D. 4, 3, 7, 3 (Ulp. 11 *ad ed.*): *Non solum autem si alia actio non sit, sed et si dubitetur an alia sit, putat Labeo de dolo dandom actionem et adfert talem speciem. Qui servum mihi debebat [vel ex venditione vel]⁵⁵ ex stipulatu, venenum ei dedit et sic eum [tradidit] <mancipavit>⁵⁶: [vel fundum, et dum tradit, imposuit ei servitutem vel aedificia diruit, arbores excidit vel extirpavit:]⁵⁷ ait Labeo [, sive cavit de dolo sive non,] dandom in eum de dolo actionem [, quoniam si cavit, dubium est, an*

⁵⁵ Nous nous rallions ici à ALBANESE (*La sussidiarietà* [1961] 231) et à l'importante critique doctrinale qui considèrent ces mots comme étant une simple glose d'origine post-classique. En effet, la référence à la vente consensuelle s'adapte mal à l'exemple labéonien et, malgré les pirouettes ininterprétables auxquelles nous pourrions nous adonner, elle pose des problèmes juridiques inextricables. Dans ce sens, voir: LONGO, *Contributi* (1937) 149 s.; COING, *Die clausula doli* (1951) 116 ss; BIONDI, *Contratto* (1953) 361.

⁵⁶ PERNICE, *Labeo* II/1 (1895) 168 conclut dans le sens d'une interpolation des allusions à la *traditio* qui aurait ici aussi, conformément à la réforme voulue par Justinien, remplacé l'originale *mancipatio* dans la plupart des textes du Digeste. Nous adhérons à cette opinion puisque la compréhension du raisonnement de Labéon présuppose l'accomplissement de l'obligation du *promissor* – soit celle de *rem dare* – qui, dans les cas d'espèce, implique l'acte de la *mancipatio*.

⁵⁷ Commençons par considérer l'exemple de l'esclave. Le *promissor* lui fait ingérer, après la *stipulatio* mais avant sa *mancipatio*, du poison dont l'effet ne se manifeste qu'une fois la *mancipatio* advenue. Si nous nous plaçons sur la ligne du temps, nous avons la situation suivante: *stipulatio* – empoisonnement (de l'esclave par son maître) – *mancipatio* – mort de l'esclave (effet du poison).

Ainsi, au moment de la *mancipatio*, l'esclave était en parfait état de santé. En d'autres termes, la cause du décès (ingestion du poison) n'a pas altéré l'état de l'esclave au moment du transfert de sa propriété au *stipulator*. D'un point de vue purement formel, le *promissor* semble échapper à sa responsabilité pour la détérioration de l'objet promis. Il a en effet satisfait à son obligation de *rem dare*.

Examinons maintenant l'exemple du fonds. En sus de l'inévitable remplacement de la *mancipatio* par la *traditio* œuvrée par les Compilateurs, MOMMSEN/KRÜGER *ad h.l.* considèrent interpolé uniquement le '*dum tradit*', mais le parallèle entre le cas de l'esclave et celui du fonds que l'on aurait détérioré avant d'en faire la *traditio* est tellement malheureux qu'il nous incite à douter de son authenticité.

competat ex stipulatu actio]⁵⁸. *Sed est verius, si quidem de dolo cautum est, cessare actionem de dolo, quoniam est ex stipulatu actio [: si non est cautum, in ex empto quidem actione cessat de dolo actio, quoniam est ex empto, in ex stipulatu de dolo actio necessaria est.]*⁵⁹

Aux seules fins de notre recherche, nous partons du présupposé que Labéon a effectivement illustré ce cas et que, comme le suggère la doctrine majoritaire (PERNICE, LENEL, KRÜGER, HAYMANN, GUARNIERI-CITATI, MONIER, GENZMER, ARANGIO-RUIZ cités dans l'*Index*, 1, 50 et *Suppl.* 62; LONGO, *Contributi* [1937] 149 s.; COING, *Die clausula* [1951] 116), l'allusion à la *traditio* est interpolée, alors que l'acte auquel le juriste faisait originellement allusion était la *mancipatio*. Comme dans l'exemple de l'esclave, Labéon aurait fait allusion à une obligation *ex stipulatu* de *dare*, indissolublement liée à l'acte de la *mancipatio*. D'emblée, nous relevons que l'endommagement de choses inhérentes au fonds ou la constitution d'une servitude – par *in iure cessio* – pendant la *mancipatio* du fonds sont inconcevables en raison de l'effet instantané de cette dernière (dans ce sens également MOMMSEN/KRÜGER cités ci-dessus). Par conséquent, la seule variante que nous pourrions prendre en considération est celle de la constitution de la servitude – respectivement l'endommagement du fonds – après la *stipulatio*, mais avant la *mancipatio: stipulatio* — const. serv./ détérioration — *mancipatio*.

Ainsi, le *promissor* aurait fait la *mancipatio* d'un fonds détérioré par rapport à celui que les parties avaient identifié au moment de la *stipulatio*. Le *promissor* n'aurait pas satisfait à son obligation et le *stipulator* obtiendrait satisfaction en exerçant à son encontre la *condictio* (pour un renvoi à la jurisprudence qui a établi le principe selon lequel le *promissor* – dans le cadre d'une stipulation de *dare rem* – doit transférer la propriété de la chose juridiquement intacte pour se libérer, nous renvoyons à l'étude de CANNATA, *La responsabilità* [1996] 12 avec notes 52-54). Dans ce contexte, le problème de l'applicabilité de l'*actio de dolo* ne se pose point. Déjà BESELER (*Einzelne Stellen*, 1925, 435) avait proposé l'extraction de '*vel fundum-extirpavit*', mais en raison de considérations purement formelles (l'auteur jugeait ce passage '*stilistisch schlimm*'). Il allait même jusqu'à écarter un quelconque lien entre la règle labéonienne '*et si dubitetur*' et l'exemplification qui suit. Avec ALBANESE (*Subsidiarietà*, 1961, 232 n. 79), nous pensons qu'il est déplacé d'atteindre de telles conclusions, d'autant plus au regard du '*et adfert talem speciem*' (dont nous relevons la forme singulière) par lequel Ulpien introduit un cas concret choisi par Labéon lui-même pour fonder son interprétation.

En définitive, l'ensemble des éléments relevés plus haut nous amène à considérer comme authentiquement labéonien uniquement l'exemple de l'esclave.

⁵⁸ La référence à la *cautio doli* et les réflexions qui s'en suivent posent – en la forme qui nous est transmise – de nombreux problèmes. En premier lieu, il est étonnant que Labéon opte pour l'*actio de dolo* sans différencier l'hypothèse où les parties se seraient limitées à conclure une *stipulatio* de *dare*, et celle où le *promissor* a également obtenu du *stipulator* une garantie contre le dol en la forme d'une *cautio de dolo* (stipulation de *facere*). En effet, dans ce dernier cas, nul besoin d'avoir recours à l'*actio de dolo* – subsidiaire à tout autre moyen de réparation – puisque le *stipulator* obtiendrait satisfaction en intentant l'*actio ex stipulatu* à l'encontre du *promissor* qui a commis dol. Il s'agit ici, par ailleurs, de la remarque formulée à la phrase suivante ('*Sed est verius [...]*'). Autre observation étonnante et conceptuellement tordue:

Labéon considère que l'action de dol doit être donnée non seulement lorsqu'il n'y a pas d'autres actions, mais également lorsqu'il y a doute quant à l'existence d'une autre action, et il allègue le cas suivant. Quelqu'un, qui me devait un esclave [...] en vertu d'une stipulation, lui a donné du poison et, dans cet état, il m'en a fait la tradition; [...]. Labéon dit que [...] il faut donner contre lui l'action de dol [...]. Mais il est plutôt vrai que si l'on a effectivement prêté une *cautio de dolo*, on ne peut pas recourir à l'action de dol puisque l'on dispose de l'action basée sur la *stipulatio* [...].

'*quoniam si cavit, dubium est, an competat ex stipulatu actio*'. Il est impensable que Labéon, en présence du comportement malhonnête du *promissor*, ait pu d'un côté accorder l'action de dol, et de l'autre mettre en doute l'applicabilité de l'*actio ex stipulatu* fondée sur la *cautio de dolo*: les deux remèdes sanctionnant les mêmes circonstances, le fait d'exclure l'action *ex stipulatu de dolo* revient à écarter également l'*actio de dolo*. COING (*Die clausula doli* [1951] 116 ss) a supposé que le doute labéonien relatif au recours à l'*actio ex stipulatu (de dolo)* s'expliquait dans l'éventualité où les parties auraient conclu une «Kaufstipulation» avec une *clausula doli* dans les termes de '*dolus malus abest*' – et non pas '*afuerit*' –, ce qui n'aurait pas couvert le dol commis après la stipulation. Abstraction faite de la qualification conceptuellement erronée de la stipulation de *dare servum* que COING identifie à une vente, l'auteur n'allègue aucun fondement apte à soutenir sa thèse. Bien au contraire, nous trouvons dans les sources (D. 4, 8, 31) une opinion d'Ulpien, en matière de compromis, qui lève tout doute: *Ita demum autem committetur stipulatio, cum adversus eam quid fit, si sine dolo malo stipulantis factum est: sub hac enim condicione committitur stipulatio, ne quis doli sui praemium ferat. Sed si quidem compromisso adiciatur 'ut si quid dolo in ea re factum sit', ex stipulatu conveniri qui dolo fecit potest: et ideo si arbitrum quis corrupit vel pecunia vel ambitione, vel advocatum diversae partis, vel aliquem ex his, quibus causam suam commiserit, ex doli clausula poterit conveniri, vel si adversarium callide circumvenit, et omnino si in hac lite dolose versatus est, locum habebit ex stipulatu actio: et ideo si velit de dolo actionem exercere adversarius, non debet, cum habeat ex stipulatu actionem. Quod si huiusmodi clausula in compromisso adscripta non est, tunc de dolo actio vel exceptio locum habebit. Hoc autem compromissum plenum est, quod et doli clausulae habet mentionem.*

En conclusion, nous ne pouvons pas considérer comme labéoniennes les remarques relatives à une *cautio de dolo* mais, contrairement à ALBANESE (*La subsidiarietà* [1961] 237), nous n'écartons pas la possibilité que '*Sed est verius [...] quoniam est ex stipulatu actio*' introduise une précision apportée par Ulpien. Notre juriste était vraisemblablement mû par le souci de rappeler que, aussitôt un autre moyen disponible (*actio ex stipulatu* basée sur la *cautio*), il n'y a plus lieu d'accorder l'*actio de dolo* alors même qu'il subsiste un doute relativement au bien fondé de l'action (en l'occurrence la *condictio*) basée sur la stipulation principale. Nous ne pouvons pas exclure non plus *a priori* que, après avoir cité la solution labéonienne ancrée sur l'exemple de l'esclave empoisonné, Ulpien ait reporté également l'opinion d'un autre juriste qui préconisait l'emploi de l'*actio de dolo* même lorsqu'une *cautio de dolo* avait accompagné la stipulation principale. Ceci expliquerait, d'un côté, la forte opposition ('*Sed est verius*') qui introduit l'observation finale d'Ulpien, et de l'autre, la broderie de gloses au sujet de la *cautio de dolo*.

Si, en vertu du bon sens, nous faisons abstraction des quelques passages d'origine vraisemblablement post-classique, nous pouvons aisément suivre le raisonnement de Labéon et comprendre le principe qui se cache derrière l'expression *'et si dubitetur'*. Reprenons donc le texte ci-dessus épuré d'éventuelles gloses et interventions douzeuses pour parvenir à la pensée de Labéon, livrée en la forme d'un concentré (*'dandum in eum de dolo actionem'*) qui puise toute sa force argumentative dans la problématique inhérente au cas pratique considéré.

Dans le cadre d'une *stipulatio*, un *promissor* s'engage à donner l'esclave Stichus qui, au moment de la promesse, se trouve en bon état de santé. Pour satisfaire à son obligation de *rem dare*, le *promissor* doit encore en faire la *mancipatio*. Toutefois, avant d'accomplir cet acte de transfert de propriété, il fait ingérer du poison à l'esclave. Le *stipulator* ne se doute de rien et découvre la rouerie seulement une fois la *mancipatio* accomplie, lorsque les effets du poison se manifestent. Quelles voies pourra-t-il emprunter pour remédier au préjudice qui lui a été infligé par le *promissor*? Pourra-t-il agir contre ce dernier au moyen de la *condictio* en faisant valoir l'inexécution de sa prestation?

Que dire à propos de l'état de l'esclave? Dans quelle mesure, le *promissor*, doit-il répondre de sa détérioration?

Les sources dont nous disposons⁶⁰ nous enseignent que le *promissor* engage sa responsabilité en cas d'impossibilité subséquente de sa prestation lorsque celle-ci dépend d'un *factum* – donc d'un acte positif, et non d'une simple omission – qui lui est imputable. De même, toujours en application du principe de la

⁵⁹ Au regard des remarques faites à la n. 58, nous ne pouvons pas considérer l'observation finale relative à la vente comme authentique et nous penchons pour l'hypothèse d'une insertion (glose?) post-classique.

⁶⁰ A titre d'exemple, nous citons: Pomp. D. 45, 1, 23: *Si ex legati causa aut ex stipulatu hominem certum mihi debeas, non aliter post mortem eius tenearis mihi, quam si per te steterit, quo minus vivo eo eum mihi dares: quod ita fit, si aut interpellatus non dedisti aut occidisti eum.* Paul D. 45, 1, 91, 3 nous permet de saisir l'idée qui fonde la responsabilité du *promissor*: *Sequitur videre de eo, quod veteres constituerunt, quotiens culpa intervenit debitoris, perpetuari obligationem, quemadmodum intellegendum sit. Et quidem si effecerit promissor, quo minus solvere possit, expeditum intellectum habes constitutio: si vero moratus sit tantum, haesitatur, an, si postea in mora non fueris, extinguatur superior mora. Et celsus adulescens scribit eum, qui moram fecit in solvendo sticho quem promiserat, posse emendare eam moram postea offerendo: esse enim hanc quaestionem de bono et aequo: in quo genere plerumque sub auctoritate iuris scientiae perniciose, inquit, erratur. Es sane probabilis haec sententia est, quam quidem et Iulianus sequitur: nam dum quaeritur de damno et par utriusque causa sit, quare non potentior sit qui teneat, quam qui persequitur?*

*perpetuatio obligationis*⁶¹, le *promissor* répond de la perte de l'objet promis si elle survient alors qu'il était en demeure. Dans ce cas, le débiteur *ex stipulatu* ne répondra pas en vertu de critères de culpabilité proprement dite⁶², mais supportera le risque de la perte, même fortuite, de la chose.

Nous pouvons écarter, d'emblée, la problématique afférente à la *mora*. Aussi, nous comprenons que l'observation labéonienne '*et si dubitetur*' ne se développe pas autour de la question de l'impossibilité subséquente de la prestation. Où s'insinue-t-il donc, le doute de Labéon?

La particularité du cas d'école que notre juriste nous propose réside dans le fait que la prestation de notre *promissor* semble bel et bien avoir été exécutée. D'un point de vue strictement formel, le *promissor* pourrait se considérer libéré de son obligation de transférer la propriété de l'esclave – qui ne porte encore aucun signe d'empoisonnement – en procédant à sa *mancipatio*. D'autre part, le *stipulator* pourrait soutenir la thèse selon laquelle le transfert d'un esclave auquel on a fait ingérer du poison équivaut au transfert d'un objet détérioré et partant non conforme à la promesse. Nous devinons sans peine que l'éclaircissement de ce point dépend, dans une large mesure, d'évaluations médicales.

Paul. D. 45, 1, 91 pr. trace de façon claire la frontière entre les obligations qu'implique une *stipulatio in dando* (limitées au transfert de la propriété ou à la constitution d'un droit réel sur la chose promise), et celles consécutives à une *stipulatio in faciendo*, qui comporte également des devoirs positifs: *Si servum stipulatus fuero et nulla mora intercedente servus decesserit: si quidem occidat eum promissor, expeditum est. Sin autem neglegat infirmum, au teneri debeat promissor, considerantibus, utrum, quemadmodum in vindicatione hominis, si neglectus a possessore fueris, culpa huius nomine tenetur possessor, ita et cum dari promisit, an culpa, quod ad stipulationem attinet, in faciendo accipiendo sit, non in non faciendo? Quod magis probandum est, quia qui dari promisit, ad dandum, non faciendum tenetur.*

Pour un vaste éclaircissement du problème, nous renvoyons à CANNATA, *Sul problema* (1996) 109 ss.

⁶¹ Il n'est pas inutile de préciser, en reprenant le discours de CANNATA (*Sul problema* [1996] 120 et n. 34 avec textes relatifs au concept de la *perpetuatio obligationis*) que l'obligation qui *perpetuatur* n'est pas celle relative au rapport obligationnel originaire, devenue impossible. Le principe de la *perpetuatio* permet simplement à l'*oportere* du rapport initial (par exemple, *dare oportere*) d'évoluer, sur initiative du *stipulator*, vers un *condemnari oportere* et, le cas échéant, vers un *iudicatum facere oportere* (cf. Gai. 3, 180).

Pour un approfondissement en matière de *perpetuatio obligationis*, nous renvoyons en particulier à: MAYER-MALY, *Perpetuatio* (1956) 6 ss; FOSSATI VANZETTI BIANCHI, *Perpetuatio* (1979); CANNATA, *Perpetuatio* (1992) 49 ss.

⁶² CANNATA (*Sul problema* [1996] 118) relève que la responsabilité en cas de demeure du débiteur *ex stipulatu*, telle qu'élaborée par les *veteres*, peut être assimilée à une responsabilité pour *culpa* par omission dans le sens où le retard dans l'exécution d'une prestation est répréhensible en tant que tel.

Alors qu'un expert médical serait d'avis que le corps doit être considéré comme avarié dès qu'il entre en contact avec la substance nuisible, un autre savant pourrait conclure que la santé de l'esclave doit être considérée comme intacte aussi longtemps que les effets du poison ne se sont pas manifestés car il est impossible, avant, de mesurer l'impact de ce dernier sur le corps, variable d'un individu à l'autre. La variabilité et l'approximation de telles conclusions de fait empêchent d'aboutir à une vision claire et univoque de la solution juridique à adopter. Le juge opterait pour l'une ou pour l'autre argumentation en atteignant ainsi, selon sa conviction, deux sentences diamétralement opposées. En définitive, nous nous trouvons en présence d'un doute de fait qui risque d'engendrer un doute de droit. En effet, n'oublions pas que, tandis que pour un juriste moderne – à partir de l'époque des codifications – l'action est un moyen dont dispose un sujet pour obtenir la connaissance et une décision (positive ou négative) relativement à une situation qui l'intéresse, pour un juriste romain, l'*actio* est l'instrument de protection judiciaire d'un droit subjectif⁶³. Il s'ensuit que '*si dubitetur an alia actio sit*' signifie que, en exerçant l'action, le demandeur en question ne sait pas s'il va la gagner ou la perdre. Dans ces conditions, il devient ardu, voire inutile, *in casu*, d'invoquer l'inexécution coupable. Le *stipulator* qui s'y aventurerait s'exposerait à une incertitude de la sentence insoutenable en droit.

Et Ulpien de relever que le *stipulator* pourra éviter de s'exposer à cette insécurité – et de devoir par là recourir à l'*actio de dolo* – en stipulant une *cautio de dolo* qui lui offrira un moyen ordinaire et sûr de réparation de son préjudice. La remarque d'Ulpien n'est finalement qu'un peaufinage du principe labéonien '*et si dubitetur*' dans le sens où elle en rappelle les limites.

La véritable contribution de Labéon est d'avoir perçu une nuance supplémentaire du principe de subsidiarité de l'*actio de dolo*: pour écarter le recours à ce remède, il ne suffit pas qu'il existe théoriquement un autre moyen permettant au lésé d'être dédommagé. Lorsque ce remède – pour des raisons liées à la possibilité d'une interprétation des faits divergente – ne présente que de faibles chances de succès et risque de compromettre le bon droit du créancier, il faut lui permettre d'emprunter directement la voie de l'*actio de dolo*.

⁶³ A ce propos, cf. Cels. D. 44, 7, 51 = I. 4, 6 pr.: *Nihil aliud est actio quam ius quod sibi debeat, iudicio persequendi*. Par conséquent, si un juriste romain affirme que quelqu'un a une action (*actionem habet*) pour quelque chose, cela signifie qu'il a le droit subjectif en question, si bien qu'en exerçant l'action il obtiendra gain de cause. À l'inverse, lorsqu'il affirme qu'une personne n'a pas d'action (*actio non habet* ou, comme *in casu* relativement aux problèmes de subsidiarité, *non est actio*), cela implique qu'il n'a pas le droit en cause, de sorte que s'il intente l'action y afférente, il la perdra.

Dans ce même ordre d'idées, les juristes classiques ont étendu l'usage de l'action de dol aux cas où des circonstances de fait rendaient vain, aux fins d'une réparation concrète, le recours à tout autre moyen ordinaire. Une longue série de textes – tous extraits du XI^e livre à l'édit d'Ulpien et recueillis, pour la plupart⁶⁴, sous le titre *De dolo* du Digeste – témoignent de l'emploi de notre action également en cas d'insolvabilité du défendeur potentiel dans une action civile ou prétorienne dont disposerait normalement le lésé. Passons rapidement en revue ces textes.

D. 4, 3, 5 (Ulp. 11 *ad ed.*): *Ideoque si quis pupillus a Titio, tutore auctore concludente, circumscriptus sit, non debere cum de dolo actionem adversus Titium habere, cum habeat tutelae actionem, per quam consequatur quod sua intersit. Plane si tutor solvendo non sit, dicendum erit de dolo actionem dari ei.*

Si un pupille a été trompé par Titius, ce dernier étant secrètement d'accord avec le tuteur qui a donné son approbation formelle (à l'acte conclu par le pupille), il ne devra pas bénéficier de l'action de dol envers Titius du moment qu'il dispose de l'action basée sur les rapports de tutelle, par laquelle il obtiendra le dédommagement de son intérêt. Toutefois, si le tuteur n'est pas solvable, il faut dire qu'il y aura lieu de lui accorder l'action de dol.

Ulpien esquisse donc, *in fine*, le cas d'un impubère qui – bien que trompé par son tuteur dont un tiers (Titius) a obtenu la complicité dans la conclusion d'une affaire⁶⁵ nuisible aux intérêts du pupille – pourra intenter l'*actio de*

⁶⁴ Fait exception le passage Ulp. D. 17, 1, 8, 1.

⁶⁵ La capacité d'exercice (*Handlungsfähigkeit*) commençait, en droit romain, avec la puberté. Le *dies a quo* exact fut d'abord déterminé de cas en cas au moyen d'une *inspectio corporis*, mais cette évaluation peu pratique finit par être remplacée par une limite générale fixée à 12 ans pour les filles et à 14 ans pour les garçons (cf. Gai. 1, 196; Ulp. 11, 28; C. 5, 60, 3; I. 1, 22 pr.). Pour les détails, voir: SOLAZZI, *La minore età* (1912).

Pour les impubères *sui iuris* ou sous tutelle était prévue, depuis les XII Tables déjà, l'institution de la tutelle. Il y a lieu de relever que le tuteur n'était pas, en droit romain, le représentant du mineur. En effet, si le pupille était *infantia maior* (dès l'accomplissement de la septième année), il procédait lui-même à la conclusion des différents actes juridiques, le tuteur se limitant à donner son approbation finale (*auctoritas*) par laquelle il intégrait la volonté du pupille. Le tuteur rendait par ce biais efficace l'acte de ce dernier, déjà valable en tant que tel. Par contre, les actes conclus *sine tutoris auctoritate* n'avaient de conséquences, pour le pupille, que dans la mesure des avantages qu'ils lui procuraient. A ce propos, cf. I. 1, 21 pr: *Auctoritas autem tutoris in quibusdam causis necessaria pupillis est, in quibusdam non est necessaria. (...) si alius pupilli promittant, necessaria est: namque placuit meliorem quidem suam condicionem licere eis facere etiam sine tutoris auctoritate, deteriore vero non aliter quam tutore*

dolo contre Titius malgré le fait qu'il dispose d'une action civile contre le tuteur⁶⁶. Si notre juriste s'en était tenu à l'application stricte du principe de subsidiarité, il aurait écarté le remède de l'action de dol et imposé, dans tous les cas, le recours à l'*actio tutelae*⁶⁷. En réalité, Ulpien, fidèle à la pensée juridique romaine, introduit une solution qui – loin du formalisme excessif que comporterait le respect *ad litteram* de la clause '*si alia actio non erit*' – concilie équilibré, esprit pratique et économie procédurale. Comprenons-nous bien: ce faisant,

auctore. Unde in his causis, ex quibus mutuae obligationes nascuntur, in emptionibus venditionibus (...), si tutoris auctoritas non interveniat, ipsi quidem qui cum his contrahunt obligantur, at invicem pupilli non obligantur. Dans ce sens, voir également: l. 3, 19, 9-10; D. 19, 1, 13, 19.

⁶⁶ L'attitude du tuteur qui n'avait pas agi conformément à ses devoirs était qualifiée, encore à l'époque classique, de *fraus* ou *perfidia* et, partant, sanctionnée par les peines prévues par les XII Tables en cas de violation de la *fides* (cf. Ulp. D. 26, 10, 7, 1: *Si fraus non sit admessa, sed lata negligentia, quia ista prope fraudem accedit, removeri hunc (tutorem) quasi suspectum oportet.* PERNICE (*Labeo*, II/2 [1900] 186 n. 4) considère comme interpolée la référence à la *negligentia lata*, mais il admet la faiblesse de son argumentation. Tryph. D. 26, 7, 55, 1: [...]*Tutores propter admissam administrationem non tam invito domino contractare eam videntur quam perfide agere [...]*). La responsabilité du tuteur, qui était normalement appréciée à la fin des rapports de tutelle, pouvait être engagée de trois façons différentes, selon le mode de sa nomination. L'*actio rationibus distrahendis* et la persécution du *crimen suspecti tutoris* – actions pénales issues des XII Tables – permettaient de punir les tuteurs légitime et testamentaire. Avec l'introduction de la *tutela dativa* (d'abord dans les provinces, par la *lex Atilia*, puis à Rome, par les *leges Julia et Titia* du 31 av. J.-C.; cf. Gai. 1, 185), les Romains ont mis un accent particulier sur l'obligation positive, pour le tuteur, de bien gérer le patrimoine du pupille et ils ont fondé les rapports de tutelle sur le concept de *bona fides*. Ainsi, une action de bonne foi que l'on pouvait intenter à la fin de la tutelle, l'*actio tutelae*, permettait d'engager la responsabilité du tuteur qui, du moins vers la fin de l'époque classique, s'étendait à la *culpa* (cf. Coll. 10, 2, 3: *In mandati vero iudicium dolus, non etiam culpa deducitur. Quamvis singulariter denotare liceat in tutelae iudicium utrumque deduci, cum solius pupilli, non etiam tutoris utilitas in administratione versetur.*). La condamnation dans le cadre de cette action entraînait l'*infamia* pour le tuteur malhonnête.

⁶⁷ Nous verrons plus loin, dans le cadre de l'analyse de D. 4, 3, 6 (p. 36 ss, en particulier n. 102), que GUARINO (*Compte rendu* [1962] 276) soutient que le recours à l'*actio de dolo* contre un tiers présupposait, d'abord, l'exercice de l'action ordinaire contre le partenaire contractuel insolvable. Le fondement de cette assertion repose essentiellement sur une différente approche du problème relatif à la *causae cognitio* du préteur. GUARINO (*Compte rendu* [1962] 273) part du principe que la vérification de l'insolvabilité du défendeur (créancier contractuel) ne pouvait pas être l'affaire du préteur puisqu'elle comportait une instruction démesurée. Selon ce même auteur, seul le juge, saisi dans le cadre de l'action ordinaire contre le débiteur insolvable, avait la possibilité de constater l'*inopia* de ce dernier, ce qui légitimait finalement le demandeur à intenter l'*actio de dolo* contre le tiers malhonnête. Or, nous ne pouvons pas exclure *a priori* l'éventualité d'une telle procédure (cf. nos remarques à la

notre juriste ne s'éloigne point de l'essence de l'édit *de dolo*. Bien au contraire, il s'y conforme pleinement en traçant le chemin à suivre pour – dans une certaine configuration des faits – atteindre le but originellement recherché par Gallus.

Raisonnons avec Ulpien: que pourrait-il obtenir, le pupille, en exerçant l'*actio tutelae*⁶⁸ contre son tuteur insolvable? Pratiquement rien, si ce n'est le marquage social de celui-ci par l'*infamia*.

Le juge appelé à statuer dans le cadre de cette action de bonne foi prononcerait certes une condamnation pécuniaire, mais l'insolvabilité du *reus* rendrait vaine, *de facto*, la persécution d'une quelconque somme d'argent. L'issue de cet *iter* ne nous satisfait point car, au-delà de l'*infamia*⁶⁹ que le tuteur encourerait dans le cadre de l'*actio tutelae*, le pupille – véritable lésé dans toute cette affaire – n'obtiendrait finalement aucune réparation de son dommage⁷⁰.

Ulpien a saisi les effets pervers d'une application trop stricte du principe de subsidiarité. Interdire le recours à l'action de dol en présence d'un remède ordinaire inefficace aux fins d'une indemnisation effective du lésé (*in casu*, l'*actio tutelae*) équivaldrait à préconiser une interprétation absurde qui contredit le

n. 102). Il est toutefois certain que si nous faisons de cet *iter* une règle générale, nous aboutirions non pas à un allègement, mais à une surcharge inutile et anti-économique de la procédure. A ces dernières considérations d'ordre pratique, s'ajoute un constat formel: l'insolvabilité étant une question intrinsèque de l'octroi d'une action (*in casu*, de l'action de dol), l'enquête y relative ne pouvait être que du ressort du prêteur.

⁶⁸ Pour la reconstitution de la formule et les renvois aux variantes proposées par d'autres auteurs, voir LENEL, *EP* 318, en particulier n. 10: «*Quod NsIn AiAi tutelam gessit, quidquid ob eam rem NmNm AoAo dare facere oportet ex fide bona, eius iudex NmNm AoAo c.s.n.p.a.*»

⁶⁹ Comme déjà relevé plus haut (n. 66), la condamnation dans le cadre de l'*actio tutelae* comportait, pour le tuteur malhonnête, le marquage par l'*infamia*. A cet égard, nous renvoyons également aux observations faites aux p. 41 s. avec notes.

⁷⁰ Dans le texte que nous examinons, l'*actio tutelae* constitue le seul remède pertinent à titre de '*alia actio*'. D'un côté, à l'époque classique, le régime commun de la tutelle était désormais, selon toute vraisemblance, celui de la tutelle dative réglée par cette action de bonne foi. De l'autre côté, les deux actions pénales qui auraient pu entrer en ligne de compte, notamment l'*accusatio suspecti tutoris* et l'*actio rationibus distrahendis* (cf. n. 66 ci-dessus), ne sont pas praticables en l'espèce. L'*accusatio suspecti* est en effet une action pénale qui ne tend pas au dédommagement du pupille, mais à la destitution du tuteur. Aussi, s'agissant d'un *iudicium publicum*, même s'il avait entraîné des sanctions pécuniaires, celles-ci auraient assumé la forme d'amendes destinées à remplir les caisses du trésor public et non pas celles de la partie lésée. Quant à l'*actio rationibus distrahendis*, il s'agit certes d'une action pénale privée prévoyant une *condemnatio duplae* au bénéfice du pupille, mais elle vise uniquement les biens (choses) dont le tuteur s'est approprié (ou qu'il a matériellement endommagées?). Elle ne peut par ailleurs pas être intentée immédiatement après les faits dommageables, mais uniquement à la fin de la tutelle, à l'occasion de la reddition des comptes.

but initialement recherché par l'introduction de l'*actio de dolo*, à savoir la possibilité, pour un lésé, d'obtenir réparation lorsqu'aucun moyen usuel ne lui permet d'y parvenir. Devant ce constat, comme dans l'hypothèse labéonienne du '*si dubium est*', une interprétation extensive de la clause *si alia actio non erit* s'avère nécessaire. Il faut concéder l'*actio de dolo* non seulement lorsqu'il n'existe aucun moyen civil ou prétorien qui permette de réintégrer le lésé dans ses droits, mais encore lorsque ce moyen, bien que formellement disponible, ne permet pas – matériellement – au lésé d'obtenir réparation. Notre action aura alors pour cible l'un des auteurs du dol, peu importe qu'il s'agisse d'une personne externe aux rapports contractuels où s'est produit le dommage. Dans cette même direction va le texte suivant:

D. 4, 3, 7, 6 (Ulp. 11 *ad ed.*): *Si quadrupes tua dolo alterius damnum mihi dederit, quaeritur, an de dolo habeam adversus eum actionem. Et placuit mihi, quod Labeo scribit, si dominus quadrupedis non sit solvendo, dari debere de dolo, quamvis, si noxae deditio sit secuta, non puto dandam nec in id quod excedit.*

Si ton quadrupède m'a causé un dommage en raison du dol d'autrui, on se pose la question de savoir si je dispose de l'*actio doli* contre ce tiers. Et je suis d'accord avec ce que Labéon écrit, à savoir que si le propriétaire de l'animal n'est pas solvable il faut donner l'action de dol, bien que, si l'on a donné suite à la *noxae deditio*, je suis d'avis qu'il ne faut pas la concéder, pas même pour le montant qui dépasse la valeur de l'animal.

Tout en pouvant admettre que des remaniements sont survenus au moment de la compilation de ce passage⁷¹, il est possible de trouver une explication harmonieuse à l'*iter* logique parcouru par Labéon et Ulpien.

⁷¹ ALBANESE (*Sulla subsidiarietà* [1961] 217 ss; ID., *Ancora in tema* [1991] 48) est d'opinion que le texte a été remanié par les Compilateurs en raison de leur aversion envers l'*actio ex lege Aquilia in factum*. L'altération toucherait avant tout la partie finale, depuis '*si dominus*'. L'auteur fonde son opinion sur le changement abrupte du sujet lésé (exprimé d'abord à la deuxième personne du singulier, *tu*, puis à la troisième, *dominus quadrupedis*), ainsi que sur l'absence du substantif *actio* à côté de *de dolo*. Quant au fond, ALBANESE (*Sulla subsidiarietà* [1961] 219) considère que la responsabilité du *dominus quadrupedis*, telle que présentée par le texte, contraste avec la teneur et les conditions de l'*édit de pauperie*. Suite à la critique de GUARINO (*Compte-rendu* [1962] 275), il précise néanmoins que les interpolations post-classiques ne touchent pas au principe de l'octroi de l'*actio de dolo* en cas d'insolvabilité du responsable (*Ancora in tema* [1991] 48).

Conformément à la teneur de l'édit de *pauperie*⁷², le propriétaire d'un animal domestique – et pas féroce de par sa nature – peut être appelé à répondre par le biais de l'action noxale du même nom lorsque cet animal – sans faute de la part du propriétaire – cause un dommage à autrui.

A première vue, le texte semble contredire un passage relatif à l'applicabilité de l'*actio de pauperie*. Nous lisons en effet:

D. 9, 1, 1, 6 (Ulp. 18 *ad ed.*): *Sed et si instigatu alterius fera damnum dederit, cessabit haec actio.*

Mais si l'animal provoquera un dommage à cause de l'instigation d'un tiers, cette action ne pourra plus être octroyée.

Aussi, comme cela a déjà été supposé⁷³, nous pourrions être amenés à croire que le cas de Ulp. D. 4, 3, 7, 6 ne représente qu'une application supplémentaire de l'exemple, soumis au régime de la responsabilité aquilienne, reporté dans:

D. 9, 1, 1, 7 (Ulp. 18 *ad ed.*): *Et generaliter haec actio locum habet, quotiens contra naturam fera⁷⁴ mota pauperiem dedit: ideoque si equus dolo[r] <n>e⁷⁵ concitatus calce petierit, cessare istam actionem, sed eum, qui equum percusserit aut vulneraverit, in factum magis quam lege aquilia teneri, utique ideo, quia non ipse suo corpore damnum dedit. At si, cum equum permulisset quis vel palpatus esset, calce eum percusserit, erit actioni locus.*

⁷² Pour la reconstitution de l'édit, cf. LENEL, *EP* 195 ss.

⁷³ ALBANESE (*Studi sulla legge Aquilia* [1950] 89 n. 1; *Sulla sussidiarietà* [1961] 217 ss; *Ancora in tema* [1991] 48) assimile l'exemple esquissé par Ulp. Lab. D. 4, 3, 7, 6 au cas présenté par Ulp. D. 9, 1, 1, 7 (d'origine post-classique – selon l'auteur, en conformité à la critique interpolationniste – de *Et à ideoque*). Ce dernier étant un exemple typique de dommage aquilien, il ne peut qu'en aller de même pour le premier. Ainsi, toujours selon l'auteur, la responsabilité de *pauperie* du *dominus quadrupedis* dans Ulp. D. 4, 3, 7, 6 n'a aucun fondement et ne peut pas être assimilée à une solution de la jurisprudence classique.

⁷⁴ L'emploi du terme *fera* – qui désigne un animal sauvage, donc féroce de par sa nature, par opposition à un animal domestique –, n'est pas approprié (cf. Ulp. D. 1, 1, 1, 3; D. 3, 1, 1, 6; D. 9, 1, 1, 10; D. 9, 2, 29, 6; D. 10, 2, 8, 2; D. 41, 1, 44). Il devrait plutôt être question de *quadrupes*, qui seul engageait la responsabilité de *pauperiae* de son propriétaire, ou de *animal*. Dans ce dernier cas, où l'on entendait des animaux domestiques autres que les *quadrupes*, était accordée l'*actio de pauperie utilis* (cf. Paul. D. 9, 1, 4). Il n'est toutefois pas exclu qu'Ulpien – au § 7 – emploie le terme *fera* en tant que synthèse de la formule '*feritate commota quadrupes*' employée par Servius plus haut, au § 4. Il ferait ainsi référence à un animal domestique qui vient à se trouver en état de férocité à cette occasion spécifique.

D'une façon plus générale, cette action pourra être intentée chaque fois qu'un animal, devenu féroce contrairement à sa nature, a provoqué un dommage. Par conséquent, si un cheval, excité au moyen d'une pointe, a atteint quelqu'un avec son sabot, cette action n'est plus disponible; celui qui a percuté ou blessé le cheval sera tenu sur la base de l'action *in factum* (*sc. ad exemplum legis Aquiliae*) plutôt que sur celle de l'action aquilienne directe, parce qu'il n'a pas causé le dommage directement (*sc. par son intervention physique sur la chose endommagée*). Par contre, cette action (*sc. de pauperie*) sera valablement exercée lorsqu'un cheval percute avec son sabot une personne qui s'est limitée à le caresser ou à le tapoter.

En réalité, nous pensons que l'hypothèse envisagée par Ulpien ne concerne ni une *instigatio* – soit un comportement actif visant directement l'animal en vue de l'inciter à causer un dommage –, ni, en général, un acte qui tombe sous la responsabilité aquilienne.

Une personne qui, sans l'instiguer, mettrait un animal en situation de commettre un dommage en créant un état de faits propice à ce résultat, serait inévitablement tenue de répondre *ex lege Aquilia*. Tel serait par exemple le cas de celui qui laisserait intentionnellement ouvert la clôture ou l'étable où logent les bestiaux qui finiraient ainsi par prendre la fuite et causer des dégâts sur les fonds voisins.

Or, Ulp. D. 4, 3, 7, 6 ne fait aucune allusion à l'*actio ex lege Aquilia*, et plus précisément à l'*actio in factum ex lege Aquilia* qui, en principe, s'appliquait en cas de dommage illicitement causé à autrui lorsque le lien de causalité entre l'acte et le dommage n'était pas direct. Cette action était pourtant certainement déjà usuelle du temps de Labéon qui, dans un avis reporté dans Ulp. D. 47, 2, 50, 4, opte pour l'application d'une *actio in factum* contre celui qui, *non furti faciendi causa*, effraie un troupeau en agitant un drap rouge et pousse ainsi les animaux à se jeter en bas d'un ravin. Comme cela a déjà été clairement démontré⁷⁵, l'*actio in factum* à laquelle notre juriste fait allusion dans ce dernier texte, n'est autre que l'*actio in factum ad exemplum legis Aquiliae*.

⁷⁵ Nous suivons la correction suggérée par Gothofredus (cf. MOMMSEN/KRÜGER *ad h.l.*) dans la mesure où il nous semble plus logique qu'Ulpien ait indiqué le moyen par lequel le cheval a été '*concitatus*' plutôt que de se limiter à faire référence à l'effet – par ailleurs escompté, et autrement imputable à de multiples causes – dudit moyen sur l'animal.

⁷⁶ ALBANESE (*Studi sulla legge Aquilia* [1950] 45 ss et 59 ss), en se fondant sur plusieurs sources, dont Ulp. D. 47, 2, 52, 13 et Gai. 3, 202, prouve que l'*actio in factum* dont parle Labéon (D. 47, 2, 50, 4) est bel et bien l'action aquilienne.

Sans avoir recours à la solution extrême qui consisterait à répertorier d'innombrables déformations de la pensée classique en raison de l'intervention des Compilateurs de Justinien, nous essaierons de garder l'intégralité du texte qui nous est parvenu et de localiser l'hypothèse à laquelle Ulpien pouvait penser dans D. 4, 3, 7, 6. Compte tenu de ce que nous avons observé relativement au domaine d'application de la loi aquilienne, il y a lieu d'écarter tout exemple qui implique une quelconque intervention illicite – par action ou par omission – du tiers. Nous devons dès lors partir du présupposé que l'état de faits dangereux est déjà donné au moment où ce tiers assume une attitude constitutive de dol. Aussi devons-nous éloigner de notre casuistique l'éventualité d'une lésion du devoir général d'intervention car cela nous contraindrait à nous mouvoir dans les eaux de la *culpa*⁷⁷ et non du *dolus malus* auquel Ulpien fait référence. Imaginons donc que des animaux domestiques appartenant à Caius, qui ont pris la fuite, circulent en toute liberté sur le fonds de Sempronius. A ce moment, Titius passe devant la propriété de Sempronius et, reconnaissant les animaux de Caius ou averti par les cris de Sempronius, prend connaissance de la situation et se rend compte que le dégât est imminent. Poursuivons en supposant que Titius, bien qu'en mesure d'intervenir – en avertissant Caius de ces faits ou, questionné par ce dernier, en l'informant sur l'endroit où se trouvent ses bêtes – n'en fasse rien pour le simple plaisir de permettre ainsi que le fonds de Sempronius subisse des dégâts ou que Caius ait à payer des indemnités.

Dans ces circonstances, les conditions pour l'exercice de l'*actio in factum ad exemplum legis Aquiliae* ne sont pas remplies. Titius n'a commis aucune faute. D'un côté, il n'a pas provoqué la fuite des animaux, ce qui exclut une assimilation de Ulp. D. 4, 3, 7, 6 à Ulp. Lab. D. 47, 2, 50, 4⁷⁸ et, par conséquent, le recours à l'*actio in factum ad exemplum LA*. D'autre part, il n'avait aucune obligation d'avertir ou d'informer Caius de la présence de ses animaux sur le fonds de Sempronius.

L'attitude de Titius, bien que répréhensible et, d'une certaine façon, à l'origine du dommage – puisque celui-ci aurait pu être évité par une intervention correcte –, semble échapper à toute sanction. Cela n'empêche pas moins que la raison qui a motivé Titius à s'abstenir de sa collaboration doit être recherchée dans la complaisance, dans la délecrarion d'assister au malheur d'autrui. Ce comportement délibéré, bien que juridiquement insaisissable, est intolérable.

⁷⁷ Pour un approfondissement du problème de la *culpa* – critère général d'imputabilité de l'illicéité à un certain sujet –, voir: CANNATA, *Sul problema* (1996) 49 ss et références bibliographiques citées aux pp. XIX ss.

⁷⁸ Cas de celui qui provoque la fuite, et la mort, d'un troupeau en l'effrayant au moyen d'un drapeau rouge (cf. p. 27 et n. 76).

Or, d'un point de vue purement formel, le lésé, Sempronius, n'aura d'autre solution que d'intenter l'*actio de pauperie* à l'encontre du *dominus*. La présence de ce remède judiciaire satisfait – partiellement – notre sentiment de la justice dans la mesure où il permet au lésé d'obtenir réparation. A la lumière du principe de subsidiarité, l'*actio de pauperie* fait obstacle à l'emploi de l'*actio de dolo* contre Titius. Dans ce sens, Ulpien relève que les moyens de l'édit de *pauperie*⁷⁹, en tant que moyens ordinaires, doivent d'abord être épuisés. En conséquence, dans la mesure où le *dominus* (Caius) peut procéder à la *noxae deditio* de l'animal qui est à l'origine du dommage, le lésé (Sempronius) ne pourra pas intenter l'*actio de dolo* à l'encontre du tiers malhonnête. Nous serions tentés de répliquer que la *noxae deditio* n'est pas toujours une garantie de compensation de la perte économique subie par le lésé⁸⁰, si bien que nous pourrions, au nom de la sacro-sainte satisfaction du lésé, admettre que ce dernier exerce l'*actio de dolo* contre le tiers malhonnête pour l'éventuel solde négatif résultant de l'*actio de pauperie*. Telle objection souffrirait toutefois de deux oublis d'envergure. En premier lieu, nous omettrions de considérer que la *noxae deditio* est une faculté expressément instituée dans l'action de *pauperie*, de sorte que, lorsqu'elle est choisie par le propriétaire, elle est censée parfaire le droit du demandeur lésé⁸¹. En outre, nous finirions par sous-tendre le principe de la subsidiarité

⁷⁹ Pour la reconstruction de l'édit, cf. LENEL, *EP* (1927) 195 ss. L'auteur nous convainc par les arguments qu'il allègue pour fonder sa formule conçue *in ius* où la possibilité de la *noxae deditio* est énoncée déjà au niveau de l'*intentio* et non pas seulement dans la *condemnatio* ('*Si paret quadrupedem pauperiem fecisse qua de re agitur, quam ob rem NmNm AoAo aut noxam sarcire aut in noxam dedere oportet, quanti ea res est, tantam pecuniam aut in noxam dedere iudex NmNm AoAo c.s.n.p.a.*'). Il s'agit, en tant qu'action noxale, d'une action pénale qui implique une obligation facultative (et non alternative): le défendeur est principalement obligé de *noxiam sarcire* (réparer les dégâts causés par l'animal), mais il peut, *in facultate solutionis, noxae dedere*. Pour un approfondissement, voir: ANKUM, *L'actio de pauperie*, (1982) 13 ss avec références bibliographiques n. 1 ss; GIANGRIECO PESSI, *Ricerche* (1996) avec renvois bibliographiques.

⁸⁰ Il suffit d'imaginer que la valeur de l'animal donné *in noxam* soit et demeure bien inférieure au montant des dégâts qu'il a provoqués. Nous rappelons, en passant, que le choix entre *noxam dedere* et *litis aestimationem sufferre* était une pure prérogative du propriétaire de l'animal, si bien que le lésé n'avait aucun pouvoir de contraindre le *dominus* à l'un ou à l'autre mode de réparation.

⁸¹ Le sens socio-économique des actions noxales (tant en relation aux animaux que par rapport aux personnes, notamment aux esclaves et aux *fili*) reposait sur l'idée que si le dommage provenait d'une chose ou d'un esclave qui lui appartenait, mais qu'il n'avait pas lui-même contribué à sa survenance, le propriétaire devait supporter le risque dudit dommage uniquement à concurrence de la valeur de la chose ou de l'esclave, qu'il appréciait personnellement. Il avait bien entendu toujours la faculté d'assumer volontairement la totalité du dommage, mais cette décision n'incombait qu'à lui-même.

de l'action de dol à celui de l'évaluation économique mesurée sur le seul dommage du lésé. Ceci équivaudrait à oublier les autres intérêts en jeu: celui du *dominus* – qui, bien qu'avantagé par l'utilisation de son animal, n'a commis aucune faute –, mais également celui du tiers qui, malgré son attitude dolosive, n'a jamais bénéficié d'un avantage quelconque en raison de l'animal. A ces deux aspects s'ajoute une considération d'ordre général: l'exercice d'une action ordinaire comporte, pour le lésé, des facilités au niveau de la preuve, que l'*actio de dolo* (qui suppose la preuve du dol du responsable) n'offre pas.

Nous ne sommes peut-être pas loin des appréciations faites par Ulpien dans le contexte de D. 4, 3, 7, 6 lorsque, tout en précisant l'opinion de Labéon, notre juriste rappelle le principe général: si un remède juridique permet de satisfaire au dédommagement du lésé, il n'y a plus lieu d'emprunter la voie de l'*actio de dolo*.

A contrario, pour reprendre l'idée de Labéon, si le succès de l'*actio de pauperie* est compromis par l'insolvabilité du *dominus* – à laquelle s'ajoute l'impossibilité, supposée par Ulpien, d'obtenir la *noxae deditio*⁸² – le lésé disposera de l'*actio de dolo*. Cela nous reconduit au but de l'*actio de dolo*: rendre possible le dédommagement effectif de la victime d'un comportement dolosif lorsqu'un autre moyen ordinaire, même formellement disponible, ne le concrétise pas. Il faut tenir bien présent le fait que cette solution repose sur de simples considérations d'équité (après une pesée des différents intérêts en cause, on privilégie celui du lésé qui, somme toute, doit endurer la perte la plus importante) qui ne sauraient supplanter le système juridique ordinaire. L'*actio de pauperie* constitue le passage obligé lorsque la configuration des faits est telle que l'édit y relatif l'exige: il est juste que le propriétaire de l'animal, bien que pas seul en cause parmi les facteurs qui ont entraîné les dégâts, supporte les inconvénients – pendant des avantages – que comporte son utilisation. Cette dernière considération amène également à nier au propriétaire – qui aurait procédé à l'indemnisation du lésé – la possibilité d'intenter l'*actio de dolo* en guise de recours à l'encontre du tiers malhonnête qui n'a finalement jamais tiré profit de l'animal.

L'intention dolosive du tiers n'entre en ligne de compte, comme base extraordinaire d'indemnisation, qu'en cas d'insolvabilité du propriétaire de l'animal. Dans cette dernière hypothèse, en effet, le sentiment d'injustice, face au dommage enduré par le lésé et l'attitude subjectivement répréhensible de celui qui – se sachant à l'abri de toute poursuite – permet ce dommage et s'en réjouit, serait insoutenable.

⁸² L'impossibilité de *noxae dedere* pourrait dépendre tant de facteurs inhérents à l'animal (qui, p.ex., a pris la fuite ou a péri), que de raisons – d'intérêt économique ou purement psychologiques – attribuables au *dominus* (qui, p.ex., utilise l'animal dans l'exercice de son travail, etc.).

En poursuivant dans notre casuistique relative à l'octroi de l'*actio de dolo* dans les hypothèses d'insolvabilité du responsable *de iure*, nous trouvons un texte d'Ulpien:

D. 4, 3, 7, 9 (Ulp. 11 *ad ed.*): *Si dolo malo [procurator] <cognitor> passus sit vincere adversarium meum, ut absolveretur, an de dolo mihi actio adversus eum qui vicit competat, potest quaeri. Et puto non competere, si paratus sit reus transferre iudicium sub exceptione hac 'si collusum est': alioquin de dolo actio erit danda, scilicet si cum [procuratore] <cognitore> agi non possit, quia non esset solvendo.*

On peut se poser la question de savoir si – dans le cas où celui que j'ai chargé de me représenter dans le cadre d'un procès a permis, dolosivement, à mon adversaire d'être absous – je peux me prévaloir de l'*actio de dolo* contre ce dernier. Je suis d'avis qu'il n'y a pas lieu de concéder l'action de dol si le défendeur (débiteur actionné) accepte de faire une *translatio iudicii*⁸³ soumise à une exception basée sur le fait «qu'il y a eu collusion». Autrement, il faudra concéder l'action de dol pour autant, bien entendu, que l'on ne puisse pas agir contre le *cognitor* parce qu'il est insolvable.

Ulpien ne se référait certainement pas, à l'origine, à un *procurator* – qui, pour reprendre les termes de Gai. 4, 84, '*nullis certis verbis in litem substituitur, sed ex solo mandato et absente et ignorante adversario constituitur*' –, mais à un *cognitor*⁸⁴. Contrairement au *procurator*⁸⁵, ce dernier n'était tenu à aucune *satisfactio*

⁸³ KOSCHAKER (*Translatio* [1905] 15 s. et notes avec indications bibliographiques) indique qu'Ulpien fait allusion, ici, à un nouveau procès contre le défendeur précédent, qui – en passant par une *restitutio in integrum* – fait suite au jugement sur le même rapport de droit qui a déjà abouti à une sentence (d'absolution, notamment). L'auteur relève que nous ne nous trouvons dès lors pas en présence d'une *translatio iudicii* «im technischen Sinne, d.h. auf einer Übertragung des Prozesses zwischen Litiskontestation und Urteil». Le terme *iudicium* serait ainsi employé, dans la proposition '*si paratus sit reus transferre iudicium [...]*', dans le sens de 'formule'. Pour notre part, nous nous rallions à l'opinion de CANNATA (article «Formula» in *NSSD*/ VII, Torino 1961, 581 s.) qui, en reprenant les preuves apportées en son temps par PUGLIESE, considère qu'il suffit d'attribuer à *iudicium* sa signification principale de 'procès'. Pour un approfondissement en matière de *translatio iudicii*, voir DUQUESNE, *La translatio* (1910) en particulier 123 ss, ainsi que LENEL, *EP* 94 s.

⁸⁴ Le *cognitor*, qui n'était pas un représentant direct, était nommé par le *dominus litis* au moyen d'un acte solennel unilatéral (*actus legitimus*) en présence de l'adversaire (cf. Gai. 4, 83: *Cognitor autem certis verbis in litem coram adversario substituitur [...]*). La forme de cet acte impliquait donc, entre autres, la création (réalisée par la procédure de nomination même du *cognitor*) d'un rapport entre le *dominus litis* et l'adversaire. Il s'agit, là encore, d'une différence de taille par rapport à la géométrie des liens consécutifs à la nomination d'un *procurator ad litem*.

du moment que, comme exprimé par Gai. 4, 97, *'domini loco habetur'*. Le *cognitor* faisait donc valoir le droit du *dominus*, si bien que l'exécution de l'action par le *cognitor* consommait le droit d'action du *dominus litis* pour ce même rapport juridique. Sur cette dernière particularité repose la compréhension du texte d'Ulpien: seulement ainsi, en effet, s'explique l'admission de l'*actio de dolo*, subsidiaire par rapport à l'action principale dont disposerait encore le créancier s'il avait eu recours à un *procurator ad litem*.

Ulpien, nous disions, s'interroge sur l'admissibilité de l'*actio de dolo* en cas d'insolvabilité du *cognitor*⁸⁵; mais parcourons, dans l'ordre, les étapes qui aboutissent à sa solution.

Un créancier, *dominus litis*, demande à un tiers d'assumer la défense de ses intérêts et procède aussitôt à sa nomination – par acte solennel en présence du débiteur – au rôle de *cognitor*. En réalité, ce dernier se garde bien de faire du zèle dans la tâche qui lui a été assignée et, d'entente avec le débiteur, permet que ce dernier échappe à une sentence de condamnation⁸⁷. Du moment que le *cognitor* a déduit en justice le droit du créancier, ce dernier ne pourra plus s'en prévaloir dans le cadre d'une nouvelle action en exécution de l'obligation originale puisque le débiteur n'hésiterait pas à lui opposer la chose jugée.

Dans ce cas, seul le rapport *dominus litis* – *procurator* était pertinent, au point que l'adversaire, informé ou conscient de l'absence de procuration légitime, pouvait opposer à ce dernier une *exceptio procuratoria*. Au sujet de la constitution d'un *cognitor*, cf. PUGLIESE, *Il processo* I (1948) 317 ss et littérature citée en note.

⁸⁵ Comme l'observe SERRAO (*Il procurator* [1947] 168 ss), en époque classique, le *procurator* – et plus précisément le *procurator ad litem* – ne déduisait pas en justice le droit du demandeur (*rem in iudicium non deducit*) et, pour éviter que le défendeur ne fût embêté par le *dominus litis*, il devait prêter une *cautio*, notamment la *satisfactio rem suam dominum habiturum* (cf. Gai. 4, 98-100). Seulement vers le crépuscule de l'époque classique, l'on a admis que, dans des hypothèses bien précises comme celle du *procurator praesentis*, le *procurator* déduise en justice le droit du *dominus litis* (cf. Vat. 326 a.294?; Pap. Vat. 331). D'une manière générale il est admis que les Compilateurs ont remplacé le *cognitor* – figure qui désormais n'existait plus du temps de Tribonien – par le *procurator*. Concernant ce problème, voir également: PUGLIESE, *Il processo* I (1948) 323.

⁸⁶ ALBANESE (*La sussidiarietà* [1961] 214 ss) insiste dans son idée de subordonner ce texte – comme la plupart des textes qui suivent le § 3 du D. 4, 3, 7 – à une casuistique du principe labéonien *'et si dubitetur'*. Cette optique a, à notre avis, l'effet indésirable de fausser toute l'analyse des exemples en question et d'induire l'auteur à avancer des suppositions interpolationnistes pour expliquer une certaine tournure – autrement claire – des faits exposés par les juristes classiques. Cette interprétation forcée nous étonne d'autant plus que, dans le cas d'espèce, ALBANESE en parvient tout de même à conclure que les circonstances de cet exemple ne permettent pas de douter de l'admission de *alienae actiones* (l'ancienne action *sub exceptione 'si collusum est'*; et l'*actio mandati* contre le *cognitor*).

L'ancien rapport *iuris civili* entre le *dominus litis* et son débiteur a été définitivement tronqué par la sentence d'absolution⁸⁸, si bien que, sur ce plan, il ne reste au *dominus litis* que la possibilité de convaincre le *reus* à accepter de refaire le jugement⁸⁹, étant entendu que le demandeur serait, cette fois, le *dominus litis* lui-même. Ce jugement serait d'ailleurs soumis à une condition (qu'Ulpien appelle *exceptio*, mais qui se concrétisait vraisemblablement en la forme d'une *praescriptio*⁹⁰), à savoir que l'on ne procéderait à une réévaluation des faits *apud iudicem*, que dans l'éventualité où il serait préalablement établi qu'il y avait eu collusion entre le *cognitor* et le *reus*. La *translatio* aurait en quelque sorte pour effet de suspendre, jusqu'à éclaircissement de la question relative à la *collusio*, la force de chose jugée de la sentence précédente⁹¹.

⁸⁷ GUARINO (*Compte rendu* [1962] 275 s.) s'aventure dans une exégèse hardie que nous ne saurions suivre. En se basant sur le fait qu'Ulpien ne parle pas expressément de *collusio* entre le *cognitor* et le *reus*, l'auteur prétend que notre juriste pensait, en réalité, à une hypothèse où le *cognitor* lui-même fût également victime du comportement dolosif du *reus*. Cette interprétation des faits contraste avec l'ordre même des termes choisis par Ulpien et nous oblige à nous distancier de la direction prise par l'auteur, par ailleurs contraire à la doctrine majoritaire (cf. MAYER-MALY, *Collusio* [1954] 251 s.; ALBANESE, *La subsidiarietà* [1961] 213 ss; ID., *Ancora in tema* [1991] 51 s.).

⁸⁸ Si le jugement s'était conclu par une condamnation du débiteur, le prêteur aurait transféré l'*actio iudicati* du *cognitor in caput domini* (cf. PUGLIESE, *Il processo formulare* I [1948] 33; KASER, *RZP* (1996) 212 s., en particulier n. 25).

⁸⁹ A propos de l'utilisation inappropriée de l'expression *transfere iudicium*, qui indique normalement un simple changement des parties (pour des raisons de santé ou de décès) en cours de procédure – donc avant une quelconque sentence – sans transirer par une nouvelle *litis contestatio*, voir n. 83 ci-dessus.

⁹⁰ Une *exceptio* au sens technique du terme est toujours exprimée en la forme négative (p.ex. '*Si in ea re nihil dolo malo Aia factum sit neque fiat*', '*Si non plus quam annus est, cum experiundi potestas fuit*') pour n'en citer que quelques exemples) puisque sa fonction est justement celle de conditionner négativement la *condemnatio* qu'elle précède dans la formule (cf. Gai. 4, 119). La *praescriptio*, par contre, n'est pas partie intégrante de la formule, mais elle précède cette dernière et elle a pour but, si elle est écrite *pro reo*, de subordonner l'examen du litige au rejet de l'objection avancée par le défendeur (p.ex. '*Ea res agatur, si collusum sit*'). Si nous nous rapportons à Gai. 4, 133, ce type de *praescriptio* fut remplacée, en tout cas déjà à son époque, par l'*exceptio*. Au vu de ces considérations, nous devons nous éloigner – sur ce point – de l'opinion de MARRONE (*L'efficacia pregiudiziale* [1955] 185 n. 175) qui analyse le cas sous le profil d'une *exceptio* exprimée en la forme positive que le défendeur, condamné dans l'action précédente, aurait opposée au *dominus litis* au moment de la demande de *restitutio in integrum* de la part de ce dernier.

⁹¹ Transposé sur le plan de la procédure romaine, le problème de la force de chose jugée se pose plutôt en termes d'exercice de l'*actio iudicati*. Sous cet angle, le cas que nous analysons ne présente pas de véritables complications puisque la première sentence – entachée de collusion

A défaut de réussir dans son œuvre de conviction du *reus* – dont on pourrait comprendre sans peine l'intérêt à refuser un nouveau jugement – il ne restera au *dominus litis* que de puiser la défense de ses intérêts dans les moyens inhérents à ses rapports internes avec le *cognitor*. Comme nous le savons, la relation *dominus litis* - *cognitor* était soumise au régime du mandat. Ainsi, le créancier pourrait-il récupérer la somme injustement perdue dans le cadre du procès en invoquant la responsabilité pour dol du *cognitor*. De nouveau, toutefois, le remède usuel de l'*actio mandati* devient vain si celui contre lequel le lésé pourrait obtenir une condamnation nage dans une mer de dettes ou présente un tel état de dénuement qu'il vaut mieux abandonner tout espoir d'obtenir une quelconque réparation. Nous nous trouvons indubitablement en présence d'un cas où l'injustice de la situation créée par le respect pédant des règles – en l'occurrence prétoriennes – devient intolérable puisqu'elle profite à un personnage de mauvaise foi qui ne saurait être ignoré. *Quid?* Encore une fois, le remède de Gallus et l'interprétation jurisprudentielle qui en a sagement modulé l'application, nous permettent de sortir de cette impasse.

L'exemple que nous venons d'analyser présente une identité indéniable avec le cas illustré dans un autre texte, extrait du livre XXXI *ad edictum* d'Ulpien, où notre juriste cite une opinion de Labéon:

D. 17, 1, 8, 1 (Ulp. 31 *ad ed.*): *Sed et si per collusionem procuratoris <cognitoris>⁹² absolutus sit adversarius, mandati eum teneri: sed si solvendo non sit, tunc de dolo actionem adversus reum, qui per collusionem absolutus sit, dandam ait.*

Si mon adversaire a obtenu l'absolution suite à collusion avec mon *cognitor*, ce dernier sera tenu envers moi; si toutefois il n'était pas solvable, (Labéon)⁹³ dit qu'il faut donner l'*actio de dolo* contre le débiteur qui a été absous grâce à la collusion.

– est une sentence d'absolution. Le défendeur ne risquerait dès lors pas de s'exposer au risque d'une double *actio iudicati* en raison de deux sentences de condamnation distinctes. Dans le cas contraire, le problème trouverait sa solution dans la possibilité, pour le juge qui se trouverait à statuer dans le cadre de la deuxième action, de conditionner la condamnation du prévenu à une *acceptilatio* de l'*obligatio iudicati* consécutive au premier jugement, voire à la conclusion – toujours de la part du demandeur – d'une *cautio* pénale en cas d'exercice de l'*actio iudicati* fondée sur la première sentence. Nous noterons aussi, en passant, que ce genre de précaution ne s'impose que dans la mesure où nous nous mouvons dans le contexte des actions certaines *stricti iuris* qui ne permettent pas, contrairement aux actions de bonne foi, de moduler la condamnation au vu de l'ensemble des circonstances.

⁹² Pour les raisons qui fondent le remplacement du *cognitor* par le *procurator*, nous renvoyons aux observations faites au sujet de Ulp. D. 4, 3, 7, 9 (p. 39 ss).

⁹³ Cf. D. *ead.* 8 pr.

La clarté de ce texte synthétique ne nécessite aucun commentaire supplémentaire par rapport à ce qui a déjà été dit, plus haut, relativement à Ulp. D. 4, 3, 7, 9. L'unique différence entre les deux exemples se résume à l'absence de toute référence à une *translatio iudicii* in D. 17, 1, 8, 1. Cela tient au fait que, dans ce dernier texte, il a d'ores et déjà été établi que la cause de l'absolution du débiteur est imputable à la seule *collusio* avec le *cognitor*, tandis que in D. 4, 3, 7, 9 le bien ou mal fondé de l'*absolutio* n'a pas encore été éclairci.

Poursuivons notre casuistique avec un texte où Ulprien s'inspire d'une opinion de Pomponius relativement à l'octroi de l'*actio de dolo* contre un affranchi de mauvaise foi, pour l'affiner en mettant en lumière les différentes variantes de la situation.

D. 4, 3, 7, 8 (Ulp. 11 *ad ed.*)⁹⁴: *Servus pactionis pro libertate reum domino dedit ea condicione, ut post libertatem transferatur in eum obligatio: manumissus non patitur in se obligationem transferri. Pomponius scribit locum habere de dolo actionem.*

⁹⁴ Ce texte a fait l'objet d'une importante critique (cf. *Index [Suppl.]* 62 où sont cités PRINGSHEIM, BESELER, BETTI, GUARNERI-CITATI; LONGO, *Contributi* [1937] 161) dont les conclusions tendent à expurger, du présumé texte classique, la seconde moitié du paragraphe, depuis '*Ego moveor*'. ALBANESE (*La sussidiarietà* [1961] 219 ss) se propose un réexamen de ces thèses exégétiques et tout en se ralliant, pour le plus, à l'opinion de Beseler, il individualise différentes étapes chronologiques dans la détérioration du texte. La lecture que l'auteur nous propose, qui part du présupposé qu'Ulprien a voulu illustrer ici un cas s'inscrivant (avec D. 4, 3, 7, 4 et 5) dans la perspective labéonienne du principe '*et si dubietur an alia (actio) sit*', ne nous convainc pas. ALBANESE parvient à la conclusion que la réponse catégorique '*patronum exceptione a reo summovendum*' devrait être attribuée aux Compilateurs de Justinien pour lesquels le doute qui en réalité animait Ulprien et Pomponius avait désormais été dépassé. La *quaestio*, toujours selon cet auteur, concernait originairement l'opposabilité ou pas de l'*exceptio doli (generalis)* en raison de la faible portée juridique des engagements (*in casu*, une *pactio*) d'un esclave *ante libertatem* (cf. C. 4, 14). Ainsi, toujours selon ALBANESE, le doute relatif au bien fondé de l'*exceptio doli* (invalidant l'action du *patronus*) aurait ouvert la porte à l'*actio de dolo* (contre l'esclave affranchi). Tout en faisant abstraction des objections que nous émettrons ci-dessous, nous ne comprenons pas les raisons qui poussent ALBANESE à affirmer qu'Ulprien et Pomponius doutent de l'opposabilité de l'*exceptio doli* contre le *patronus* de mauvaise foi. Si le *reus* ne pouvait pas faire valoir le dol du propriétaire par voie d'exception, nous voyons mal comment il pourrait le faire par voie d'action du moment qu'il s'agit du même grief. En outre, nous devons malheureusement constater que l'auteur s'égare, à son tour, en embrouillant deux hypothèses bien distinctes, notamment celle de l'esclave de mauvaise foi (où il est question de légitimation active du *reus* à l'*actio de dolo* contre le *libertus* malhonnête) et celle du *patronus* de mauvaise foi (où se pose le problème de savoir par quel moyen le *reus* pourra invalider la *condictio* du *patronus*). Il va de soi que, dans cette dernière

Sed si per patronum stabit, quo minus obligatio transferatur dicendum ait patronum exceptione a reo summovendum. [Ego moveor: quemadmodum de dolo actio dabitur, cum sit alia actio?]⁹⁵ [Nisi forte quis dicat, quoniam exceptione patronus summoveri potest, si agat cum reo, debere dici, quasi nulla actio sit quae exceptione repellitur, de dolo decernendam.]⁹⁶ [atquin patronus tunc summovetur, si nolit expromissorem ipsum manumissum accipere. Expromissori plane adversus manumissum dari debet de dolo]⁹⁷: aut si non sit solvendo expromissor, domino dabitur.

Dans le pacte relatif à sa liberté, un esclave a fourni un débiteur à son propriétaire, et cela sous condition que l'obligation devienne à sa charge après l'acquisition de la liberté; une fois sa *manumissio* advenue, il ne permet pas que l'obligation lui soit transférée. Pomponius écrit qu'il y a lieu de donner l'*actio de dolo*. Si toutefois il dépend de l'ancien propriétaire que l'obligation ne puisse

variante, le *reus* n'aura plus aucun intérêt à agir *de dolo*: son obligation de payer la créance *ex stipulatu pro libertate* s'est éteinte à jamais au moment où, en invoquant l'*exceptio doli*, il a obtenu son absolution (et tant pis pour le *patronus* qui, en refusant la délégation de sa créance, a définitivement perdu son droit au recouvrement de la somme stipulée *pro libertate*).

⁹⁵ Il est étonnant que, après avoir exposé un raisonnement parfaitement clair – qui amène à concéder au *reus* l'*actio doli* au titre de recours contre le *libertus* malhonnête ou l'homonyme *exceptio* en cas d'attitude dolosive du *patronus* –, le juriste revienne à la première question et soulevé à nouveau un problème désormais harmonieusement résolu. BESELER n'a vraisemblablement pas tous les torts lorsqu'il écrit (*Einzelne Stellen* [1925] 435) que cette phrase est le produit d'un «*Randschreiber*» qui a mal compris l'avis de Pomponius en croyant que le juriste octroyait l'*actio de dolo* au *patronus* et pas au *reus*, ce qui est fondamentalement absurde.

⁹⁶ Le raisonnement devient, à ce stade du texte, de plus en plus incompréhensible. Le juriste devrait ici répondre, en principe, à la question qui vient d'être posée, à savoir s'il y a un moyen d'octroyer directement l'*actio de dolo* sans passer par la *condictio*. Or, de deux choses l'une. Si nous considérons qu'il en va toujours de la légitimation active du *patronus* – auquel serait ainsi permis d'agir directement *de dolo* contre l'esclave malhonnête –, soit nous supposons qu'il est de bonne foi, et alors la référence à l'*exceptio doli* est insensée car le *reus* ne serait pas fondé à la lui opposer, soit nous considérons qu'il est de mauvaise foi, et alors il ne saura valablement exercer ni la *condictio* (contre le *reus*), ni l'*actio de dolo* (contre l'esclave). Le développement du problème en la forme qui nous a été transmise ne peut dès lors pas être le produit de juristes classiques. Nous dirons même que l'auteur de cette phrase n'a nullement saisi le fond du problème posé par Pomponius et Ulpian.

⁹⁷ Cette partie finale s'avère être – de '*atquin patronus*' jusqu'à '*de dolo*' – une suite de réflexions tautologiques par rapport à la partie précédente du texte. L'observation '*atquin patronus tunc summovetur, si nolit expromissorem ipsum manumissum accipere*' pourrait également représenter non pas une précision – par ailleurs inutile – de la solution '*si per patronum stabit, quo minus obligatio transferatur dicendum ait patronum exceptione a reo summovendum*', mais un épilogue du raisonnement tordu introduit par '*Ego moveor*'. Ces considérations, cumulées au changement abrupt de terminologie (le *reus* devient *expromissor*), nous laisse songeurs quant à l'origine classique du passage.

pas être transférée, Pomponius dit qu'il faut admettre que le débiteur écarte l'action de ce propriétaire en lui opposant l'exception de dol. [Je me pose la question suivante: comment peut-on concéder l'action de dol (contre le *manumissus*) du moment qu'il existe une autre action (contre le débiteur)? A moins que, étant donné que l'ancien propriétaire qui agit contre le débiteur peut être repoussé au moyen de l'exception de dol – de sorte que l'on considère comme inexistante (au sens de l'édit *de dolo*) une action qui peut être invalidée par une exception –, l'on ne dise qu'il faut accorder l'*actio de dolo*. L'ancien propriétaire ne saurait toutefois être repoussé (au moyen de l'exception de dol) que dans la mesure où il refuse d'accepter l'esclave affranchi comme son propre débiteur (à la place du débiteur *ex stipulatu pro libertate* contre lequel il dirige l'action). Il faut en tout cas donner au débiteur l'*actio de dolo* (à titre de recours) contre l'affranchi]; si le débiteur n'est pas solvable, il y aura lieu d'accorder l'*actio de dolo* à l'ancien propriétaire.

Pomponius et Ulpien nous proposent ici un cas de pacte *pro libertate*⁹⁸ – la liberté en échange d'une somme d'argent – entre un esclave et son *dominus*. N'étant pas en mesure de s'obliger personnellement à l'égard de son propriétaire, l'esclave obtient qu'un tiers assume cette obligation de *certam pecuniam dare* en concluant une stipulation avec le *dominus* (nous pourrions imaginer une stipulation dans les termes suivants: «Me promets-tu de me donner 100 sesterces si j'affranchis Stichus?»). Simultanément, le *manumissor* adhère à cette transposition future du débiteur.

Quant à l'esclave, il s'engage – en la forme de *nuda pactio* – à endosser la dette assumée par le *reus* en faveur du *dominus* (*patronus* après la *manumissio*), une fois la liberté acquise. Cela serait réalisé par une stipulation novatoire entre le *patronus* et l'esclave libéré (par exemple, en la forme suivante: «Me promets-tu de me donner les 100 sesterces que le *reus* me doit?»).

La situation aurait ainsi dû aboutir à une délégation de créance dont le rapport de provision fait défaut puisque nous nous trouvons en présence d'un accord entre un *reus* et un esclave.

Les juristes contemplant deux hypothèses dans lesquelles le comportement dolosif d'une partie (l'esclave libéré ou le *dominus*) ne permet pas de réaliser cette *delegatio*.

⁹⁸ Autres textes qui évoquent des *pactiones pro libertate*: Ulp. Sab. D. 33, 8, 8, 5; Alf. Var. D. 40, 1, 6; Paul. D. 41, 4, 2, 14; Iul. D. 41, 4, 9. Dans Iav. D. 45, 1, 104 est également reporté un cas de *pactio* avec *rei deditio*, et dans C. 6, 6, 3 nous trouvons la règle que *'Etiam qui pactione data a dominis manumittuntur, mero iure omne obsequium patronis debent'*.

Dans la première variante, le problème se pose au moment où, malgré le fait que le *dominus* ait procédé à la *manumissio* de l'esclave – condition pour l'exigibilité de la somme promise –, ce dernier refuse d'assumer la dette stipulée par le *reus* (*promissor* à l'égard de l'ancien propriétaire). Le *patronus* de bonne foi pourra faire usage de la *condictio* et exiger du *reus* l'exécution de sa promesse. Si nous arrêtons notre raisonnement à ce stade, nous obtiendrions une situation injustement défavorable au débiteur, victime de la mauvaise foi de l'esclave. En effet, rien ne permet de contraindre le *libertinus* à assumer une quelconque obligation *ex stipulatu pro libertate*. Ce constat, ainsi que l'absence totale de remèdes ordinaires permettant de remédier au dommage encouru par le *reus*, ouvre la porte à l'*actio de dolo*. Par ailleurs, le fait que le *reus* ait déjà versé la somme due au *patronus* – spontanément ou dans le cadre de la *condictio* – ou qu'il n'y ait pas encore procédé ne joue aucun rôle aux fins de l'exercice de l'action de dol. En effet, tant que cette obligation subsiste, le patrimoine du débiteur subit un préjudice.

La deuxième hypothèse envisagée déplace le comportement dolosif vers le *patronus*. Celui-ci, préférant exiger sa créance du *reus* – qui offre vraisemblablement de meilleures garanties de prompt paiement –, fait obstacle à la *delegatio* en empêchant le *libertinus* d'assumer la dette contractée par le premier. Dans ce cas, le *reus* actionné par le *patronus* pourra valablement lui opposer l'exception de dol⁹⁹.

La partie finale du texte qui nous est parvenu (depuis '*Ego moueor*') n'est certainement pas exempte de remaniements. D'un côté, nous nous retrouvons à affronter les problèmes de fond posés par une glose fort déroutante ('*Ego moueor [...] alia actio?*')¹⁰⁰ qui n'a vraisemblablement pas manqué de mettre en difficulté le travail des Compilateurs.

D'autre part, nous sommes probablement les héritiers d'une tentative d'intégration harmonieuse – par les auteurs du Corpus Iuris – de la globalité du raisonnement d'Ulpien, dans lequel est venue s'insérer cette verrue peu comode. Ainsi est-il plausible de penser que ce qui ne semble être qu'une série de précisions superflues ('*Nisi forte [...] de dolo*')¹⁰¹ est, en réalité, le résultat du travail de reconstruction des Compilateurs. Ceci expliquerait également le

⁹⁹ Dans la mesure où aucune *actio* n'est intervenue directement entre le *reus* et le *dominus* en rapport à la *delegatio* qui aurait dû suivre la *manumissio* de l'esclave, le *reus* ne pourra pas se prévaloir d'une *exceptio pacti*.

¹⁰⁰ Cf. n. 95.

¹⁰¹ Cf. n. 97.

changement de terminologie *reus/ expromissor* et permettrait d'affirmer avec une certaine sérénité que l'avis relatif à la variante '*si non sit solvendo expromissor*' – nouvelle par rapport aux cas précédemment envisagés – appartient bel et bien, en tout cas quant au fond, à Ulpien.

Aussi, en raison des remaniements en question, l'ordre original du texte a été bouleversé. En effet, une fois la glose et les interpolations supprimées, la suite du discours est illogique. Alors que l'on vient de citer le cas du *patronus* qui assume une attitude dolosive, (si bien que '*patronum exceptione a reo supprimendum*'), l'on passe abruptement au cas de l'insolvabilité du *reus* ('*aut si non sit solvendo expromissor, domino dabitur*').

Une conclusion s'impose: la phrase finale ('*aut si non sit solvendo [...]*') précédait en réalité le cas du *patronus* qui refuse de transférer l'obligation, et était reliée directement à l'hypothèse du *libertus* de mauvaise foi qui omet intentionnellement de nover l'obligation assumée – dans son intérêt – par le *reus*. Nous reconstituons dès lors le texte original, et par ce biais le raisonnement d'Ulpien, comme suit:

'Servus pactionis pro libertate reum domino dedit ea condicione, ut post libertatem transferatur in eum obligatio: manumissus non patitur in se obligationem transferri. Pomponius scribit locum habere de dolo actionem: aut si non sit solvendo expromissor, domino dabitur. Sed si per patronum stabit, quo minus obligatio transferatur dicendum ait patronum exceptione a reo summovendum.'

En adhérant à l'avis de Pomponius, nous l'avons vu, Ulpien a opté pour la concession de l'*actio de dolo*, en faveur du *reus*, contre l'esclave affranchi. La légitimation active à l'*actio de dolo* appartient donc, en ligne de principe, au débiteur.

Néanmoins, la question suivante peut se poser: si la situation financière du débiteur *ex stipulatu* est précaire au point de rendre purement illusoire le recouvrement de la créance dont bénéficie le *patronus*, comment protéger les intérêts de ce dernier? Compte tenu de l'insolvabilité du débiteur, l'exercice de la *condictio* aurait pour seule conséquence l'épuisement du droit d'action de l'infortuné *patronus*. La situation serait moins insoutenable si, de l'autre côté, nous n'apercevions pas une troisième personne, dans l'intérêt de laquelle tout a été déclenché et qui serait en mesure de satisfaire à cette obligation, mais qui, se sachant intouchable *de iure*, profite de la situation et se limite à assister au malheur d'autrui.

Devant ce constat, Ulpien opte pour une interprétation plus élastique de la clause *'si alia actio non erit'*. La possibilité théorique de *condicere* ne suffit plus à écarter l'emploi de l'action de dol lorsque, *de facto*, seule cette dernière permet de rétablir un certain équilibre des intérêts en cause.

L'essence du raisonnement qui se cache derrière les textes illustrant des cas d'insolvabilité que nous venons de passer en revue se laisserait admirablement résumer par une phrase de Gaius¹⁰²:

¹⁰² GUARINO (*Compte rendu* [1962] 274 et 276) a mis en doute le fait que cette assertion de Gaius, collée au texte précédent par les Compilateurs au moyen de l'«*aggancio compilatorio*» *'nam'*, se soit originellement référée au cas d'insolvabilité exposé par Ulp. D. 4, 3, 5 (inutilité de l'*actio tutelae* en raison de l'insolvabilité du tuteur et octroi de l'*actio de dolo* au pupille contre le tiers qui, d'entente avec le tuteur, lui a causé un préjudice) analysé plus haut (p. 30 s.). L'auteur soutient finalement que la règle énoncée par Gai. D. 4, 3, 6 devait plutôt se rapporter au cas de l'emprunteur insolvable – également extrait du 4^e livre *ad ed. provinc.* de Gaius – reporté dans D. 4, 3, 8 (*Quod si cum scires eum [sc.: qui mutuum pecuniam rogavit] facultatibus tui, tui lucri gratia adfirmasti mihi idoneum esse, merito adversus te, cum mei decipiendi gratia alium falso laudasti, de dolo iudicium dandum est*). A ce sujet, nous relevons que de l'avis de LENEL (*Palyngenesis*), D. 4, 3, 6 ne se réfère pas au cas exposé in D. 4, 3, 8 puisque celui-ci suivait en réalité le premier (LENEL le rattache en effet à Gai fr. 99), et non pas l'inverse. GUARINO présuppose en outre, dans son exégèse du texte ici reporté, que l'*actio de dolo* a été octroyée au prêteur contre le tiers de mauvaise foi seulement après l'exercice de l'action principale (*condictio certae pecunioe*) restée infructueuse en raison de l'insolvabilité de l'emprunteur. Nous avons déjà eu l'occasion (cf. notre n. 67) de réfuter – partiellement – cette thèse en dégageant son caractère nettement anti-économique et son incohérence par rapport au texte même de l'édit *de dolo* (l'insolvabilité étant une question inhérente à la concession de l'action de dol, son appréciation devait être le fait du prêteur). En outre, une analyse attentive de Gai. D. 4, 3, 6, nous conduit à une conclusion incontournable: les temps des verbes employés par Gaius indiquent la situation de celui qui n'a pas encore intenté l'action ordinaire (*'is nullam videtur actionem habere [...]*) et qui soulève, devant le prêteur, l'inutilité d'un tel procès en raison de l'*inopia* de son débiteur principal. Nous partageons ainsi pleinement l'opinion d'ALBANESE (*Ancora in tema* [1991] 54) lorsqu'il affirme qu'il n'est point nécessaire d'emprunter la voie d'un procès pour constater l'insolvabilité d'un débiteur. Ainsi, tout en comprenant les raisons qui poussent GUARINO à opter pour l'interprétation susmentionnée, la logique nous porte à exclure le caractère général de cette procédure et à conclure que l'*actio de dolo* était, en principe, octroyée au créancier qui – avant l'exercice de l'action ordinaire – la demandait en prouvant l'*inopia* de son débiteur principal. Plus particulièrement, en ce qui concerne D. 4, 3, 8, nous pencherions pour une interprétation plus proche du texte: l'*actio de dolo* est directement octroyée au prêteur contre le tiers qui l'aurait dolosivement poussé à contracter avec une personne insolvable, sans lui imposer l'exercice préalable de la *condictio*. Notre objection n'est toutefois pas catégorique: il faut admettre – en reprenant l'opinion de GUARINO – la possibilité que l'*actio de dolo* fût octroyée au créancier contre le tiers de mauvaise foi également lorsque l'insolva-

D. 4, 3, 6 (Gai. 4 *ad ed provinc.*): *Nam is nullam videtur actionem habere, cui propter inopiam adversarii inanis¹⁰³ actio est.*

Celui dont l'action est vaine en raison du dénuement de l'adversaire est réputé ne disposer d'aucune action.

Nous n'allons pas taire le fait que, à l'instar de la portée même de la clause de subsidiarité¹⁰⁴, l'origine classique de la concession de l'*actio de dolo* contre un tiers de mauvaise foi en cas d'insolvabilité du responsable le plus direct fait l'objet de quelques discordances¹⁰⁵. L'une des raisons – à vrai dire mineures – qui, selon certains auteurs¹⁰⁶, écarterait la nature classique de l'ouverture du remède de l'*actio de dolo* aux cas de '*si solvendo non sit*', est basée sur l'idée

lité du débiteur n'était constatée qu'au cours, voire après, le procès portant sur le rapport principal. Nier cette faculté équivaudrait à défavoriser le créancier qui, par un concours de circonstances indépendantes de sa volonté, ne découvre la précarité financière de son débiteur qu'après la *litis contestatio* relative à l'action ordinaire.

¹⁰³ Pour le sens spécifique de *inanis* (ici, 'économiquement inutile, inefficace') et pour son emploi dans les sources classiques, cf. ALBANESE, *La sussidiarietà* (1961) 208 s.

¹⁰⁴ Un certain courant de la doctrine romaniste passée (LITTEN, BIONDI, PRINGSHEIM et LONGO) a soutenu la thèse d'une portée fondamentalement différente entre la subsidiarité de l'époque classique et celle de conception byzantine qui, seule, aurait attribué à l'*actio de dolo* une fonction générale d'indemnisation du lésé. Pour une plus ample discussion de cette idée, nous renvoyons à ALBANESE (*La sussidiarietà* [1961] 174 ss), qui observe que cette idée repose essentiellement sur des considérations formelles, telles la présence de propositions-type du style «Il n'existe aucun moyen ordinaire [...] par conséquent [...]» posées, la plupart du temps, à la fin des textes catalogués dans le Digeste. Seul l'intervention des Compilateurs expliquerait, selon ces auteurs, cette constante ayant pour but une extension du domaine d'application de l'*actio de dolo*.

¹⁰⁵ ALBANESE (*La sussidiarietà* [1961] 191 ss) réfute une thèse de PRINGSHEIM (*Subsidiarität* [1920] 254 ss) qui avait nié le caractère classique de la règle tendant à permettre au lésé d'exercer l'*actio de dolo* contre un tiers en cas d'insolvabilité du partenaire contractuel direct. GUARINO (*Compte rendu* [1962] 270 ss), à son tour, reprend les conclusions de PRINGSHEIM tout en critiquant la méthode d'examen trop particulariste employée par cet auteur. Par là même, GUARINO se propose de prouver l'origine post-classique des textes relatifs à l'exercice de l'*actio de dolo* contre une personne externe aux rapports directs entre lésé et partenaire contractuel en cas d'insolvabilité de ce dernier. Malheureusement, l'exégèse un peu embrouillée que l'auteur nous livre, ainsi que la faiblesse des arguments qui déterminent certaines de ses conclusions, ne parviennent pas à nous convaincre. ALBANESE lui-même, dans un article ultérieur (*Ancora in tema* [1991] 336 ss), approfondit ce point de dissension avec GUARINO et met en lumière les quelques failles dans la dialectique de l'auteur.

¹⁰⁶ PRINGSHEIM (*Subsidiarität* [1920] 252 ss) soutient que le principe de l'extension de l'*actio de dolo* en cas d'insolvabilité a été introduit par les Compilateurs «um die Lücken des Aktionensystems zu füllen» (p. 255). L'auteur parvient à cette conclusion en se basant essentiellement sur des motivations de forme. Il constate notamment, en passant en revue la

que le critère de l'insolvabilité ne jouait aucun rôle dans la méthode d'évaluation des juristes de cette époque. Aussi, une enquête sur la faiblesse financière du défendeur (ou *deceptor*) dans le cadre de la *causae cognitio* du prêteur, aurait-elle manqué de bon sens et de caractère pratique au point de mériter le bannissement du système judiciaire classique relatif à la concession de l'*actio de dolo*¹⁰⁷.

La prétendue insensibilité des juristes classiques à l'égard de la santé financière des parties au procès ne résiste pas à la comparaison d'autres textes, dont ceux relatifs à la légitimation active à l'*actio furti*¹⁰⁸. L'intérêt du propriétaire

plupart des textes du D. 4, 3, que les remarques relatives à la variante *si solvendo non sit* sont toujours placées à la fin desdits textes (voir à ce propos également notre n. 105 ci-dessus). A cette particularité s'ajoute la ferme conviction de l'auteur que l'interprétation du principe *si alia actio non sit* développée par les juristes classiques avait pris la direction – unique – d'une «verstärkte Subsidiarität» (cf. D. 4, 3, 1, 4-6 où est énoncée la règle de la postposition de l'*actio de dolo* après tout autre moyen juridique, qu'il s'agisse de *exceptio*, *stipulatio*, *denegatio* ou *restitutio in intergum*). Ce discours – qui sera largement réfuté à la fin du présent sous-chapitre – est d'autant moins cohérent si nous considérons que Justinien, dans sa réforme, a adopté la procédure de la *cognitio extra ordinem* qui, en consacrant la pratique de l'appel, offre la possibilité de revoir un jugement injuste sans limitations d'ordre formel (nous notons, en passant, que la *cognitio extra ordinem* – qui permet également de faire abstraction de l'emploi des *formulae* pour l'énonciation de l'objet et des critères du jugement – avait définitivement pris le pas sur le système du procès *per formulas* déjà à partir de 342 ap. J.-C.; cf. C. 2, 57, 1).

¹⁰⁷ GUARINO (*Compte rendu* [1962] 273) soutient que l'«abnorme (e obliqua) indagine pretoria» que la question de l'insolvabilité aurait impliquée pendant la phase *in iure* n'a aucun rapport avec l'indiscutable sérieux des juristes classiques. La difficulté principale consisterait, selon l'auteur, dans le fait que le magistrat aurait eu à se prononcer sur la situation financière d'une personne externe (par exemple Titius, défendeur à l'action de dol éventuellement octroyée à Sempronius) au rapport de droit déduit en justice (p.ex. stipulation entre Caius et Sempronius sur laquelle se fonde la *condictio* intentée en premier ressort par Sempronius). Nous partageons pleinement l'opinion d'ALBANESE (*Ancora in tema* [1991] 337 s.) qui relève que cette analyse ne comportait, pour le prêteur, aucune opération extraordinairement compliquée. Il suffit d'imaginer la suite correcte des événements. C'est dans le cadre de la phase *in iure* relative à l'octroi de l'*actio de dolo* (demandée par Sempronius, lésé, directement à l'encontre de Titius) et non pas pendant la phase *in iure* de l'action principale (*condictio* de Sempronius contre Caius, débiteur direct, pour reprendre l'exemple imaginé plus haut) que le prêteur appréciait l'insolvabilité de Titius, étranger à ce dernier rapport. Comme nous l'avons déjà vu plus haut (voir en particulier n. 67 et n. 102), l'exercice de l'action basée sur le rapport de droit principal n'est point un passage obligé en cas d'insolvabilité du débiteur direct.

¹⁰⁸ Pour ce qui a trait à l'*actio furti*, nous renvoyons, à titre d'exemple, à Gai. 3, 205 *in fine*: *si (sc. fullo aut sarcinator) solvendo non est, tunc quia ab eo dominus suum consequi non potest, ipsi furti actio competis, quia hoc casu ipsius interest rem salvam esse*. Dans ce même sens, Ulp.

à ce que *rem salvam esse* détermine un changement de la légitimation active qui passe ainsi de celui qui répond envers le *dominus* de la *custodia* (*fullo*, *sarcinator* ou *commodataire*), au *dominus* lui-même lorsque le premier est insolvable. Il est évident que c'est bien le souci d'économie procédurale, dicté par une approche très pratique des problèmes, qui pousse les juriconsultes à choisir la voie la plus directe vers la satisfaction de la partie lésée. L'évaluation de la situation financière de l'une des parties exposées à un procès ne peut dès lors pas manquer dans la liste des critères d'octroi du moyen procédural le plus idoine dont le prêteur dispose pour rétablir l'équilibre antérieur au dommage.

L'autre argument allégué par les partisans du caractère post-classique du principe '*si solvendo non sit*', est que cette tendance à l'extension de l'applicabilité des *formulae* de Gallus contraste avec la propension contraire, des juristes classiques, à la restriction de son emploi. Une voix originellement attribuée à Pédius rend en effet à réduire les possibilités de recours à l'*actio de dolo*, comme il nous est donné de lire dans le passage suivant:

D. 4, 3, 1, 4 (Ulp. 11 *ad ed.*): *Ait praetor: 'si de his rebus alia actio non erit'. Merito praetor ita demum hanc actionem pollicetur, si alia non sit, quoniam famosa actio non temere debuit a praetore decerni, si sit civilis vel honoraria, qua possit*

D. 47, 2, 12 pr.: (*Itaque fullo, qui curanda poliendave vestimenta accepit, semper agit (furti): praestare enim custodiam debet. Si auserit solvendo non est, ad dominum actio redit*) ainsi que Ulp. D. 47, 2, 12, 2, Ulp. D. 47, 2, 14, 17 *in fine* et Ulp. D. 47, 2, 52, 9. L'intérêt de la jurisprudence romaine pour la répercussion pratique de l'insolvabilité d'un sujet est d'ailleurs prouvé par une casuistique très vaste. Nous nous limitons ici à présenter une liste des textes en question, en accompagnant d'un astérisque ceux qui exposent un cas où la *causae cognitio* du prêteur tendant à vérifier ce point semble inévitable: *Iav. D. 2, 10, 3, 1; Paul. D. 3, 3, 30; Iul. D. 3, 3, 76; Paul. D. 3, 5, 36, 1 (quelque peu divergent de Paul. 1, 4, 3 in *FIRA II*, p. 325); Gai. D. 4, 4, 12; Ulp. D. 4, 4, 13, 1 (depuis: '*Pomponius [...]*'); Paul. D. 4, 4, 23 (première partie, jusqu'à '*interveniet*'); Paul. D. 4, 9, 4 pr.; *Paul. D. 9, 2, 30, 1; Iul. Proc. D. 11, 1, 18; Ulp. Pomp. D. 11, 6, 3, 2-3; Paul. D. 12, 6, 8; *Ulp. D. 14, 4, 3, 1 et *Ulp. D. 15, 1, 21, 1; *Marcell. D. 19, 2, 47; Ulp. Pap. D. 21, 2, 4, 1; Iul. D. 23, 5, 7 pr.; Iav. D. 39, 5, 24; Pap. D. 40, 1, 21; *Ulp. D. 43, 4, 1, 6; *Mod. D. 46, 1, 41 pr. La liste de ces exemples a par ailleurs été établie en opérant un choix par rapport aux textes où la problématique de l'insolvabilité est prise en compte de façon, pour ainsi dire, institutionnelle, comme: en matière de *manumissiones* en fraude aux créanciers (*lex Aelia Sentia*: Gai. 1, 37; sénatusconsulte de l'époque d'Hadrien cité in Scaev. D. 28, 5, 84, 1; Gai. D. 40, 4, 57 *et passim*), en matière d'actes en fraude aux créanciers (dans le cadre du titre D. 42, 8), dans le domaine de la *separatio bonorum* (séparation des biens du défunt de ceux de l'héritier: voir Ulp. D. 42, 6, 1 pr.-1 *et passim*), relativement aux actions octroyées in *id quod debitor facere potest* (dont un exemple in Pomp. Ofil. D. 24, 3, 18, 1 déjà cité ci-dessus), etc.

experiri: usque adeo, ut et Peditus libro octavo scribit, etiam si interdictum sit quo quis experiri, vel exceptio qua se tueri possit, cessare hoc edictum. Idem et Pomponius libro vicensimo octavo: et adicit, et si stipulatione tutus sit quis, eum actionem de dolo habere non posse, ut puta si de dolo stipulatum sit.

Le préteur dit: «S'il n'existe aucune autre action relative à cette affaire». Avec raison, le préteur ne promet cette action que dans la mesure où il n'y en a pas d'autres, puisqu'une action infamante ne doit pas être accordée à la légère par le préteur s'il existe une action civile ou prétorienne qui puisse être intentée. Au point que, comme Pédus l'écrit dans son 8^e livre (à l'édit), même en présence d'un interdit – que l'intéressé puisse demander – ou d'une exception – au moyen de laquelle il puisse se défendre –, cet édit cesse d'être applicable. Pomponius, dans son 28^e livre (à l'édit), s'exprime dans ces mêmes termes et il ajoute: même lorsque quelqu'un peut sauvegarder ses intérêts du fait d'une stipulation, comme par exemple s'il a stipulé une garantie en cas de dol, il ne pourra pas disposer de l'*actio de dolo*.

Pomponius donc, à son tour, renforce la position restrictive de Pédus en précisant que '*etiam si quis in integrum restitui possit, non debere ei hanc actionem competere*¹⁰⁹.

Dans le même ordre d'idées, Paul et Ulpien¹¹⁰ considèrent que l'action de dol doit être écartée lorsque '*adversus eum sit alia actio, adversus quem de dolo quaeritur, vel ab eo res servari poterit*', ainsi que lorsque '*adversus alium sit actio, vel si ab alio res mihi servari potest*'.

Selon ces interprétations, la subsidiarité de l'action de dol se manifeste non seulement par rapport à d'autres actions – civiles ou prétoriennes –, mais également en présence de tous autres remèdes – contre le partenaire contractuel ou un tiers – qui permettent la réparation du dommage subi par la victime d'un comportement abusif.

Nous commettrions toutefois une grave erreur si nous considérions la direction suggérée par Pédus au regard d'une certaine configuration des circonstances d'espèce, comme la seule clé d'interprétation de la clause '*si alia actio non erit*'.

Nier, par une telle argumentation, l'appartenance à la jurisprudence classique du principe de l'extension de l'*actio de dolo* contre un tiers en cas d'insolvabilité du partenaire contractuel, équivaldrait non seulement à attribuer aux juristes classiques une vision très étroite du problème, mais encore à ignorer

¹⁰⁹ Ulp., Pomp. D. 4, 3, 1, 6.

¹¹⁰ Paul. D. 4, 3, 2 et D. 4, 3, 4 (11 *ad ed.*); Ulp. D. 4, 3, 1, 8 et D. 4, 3, 3 (11 *ad ed.*).

complètement la grande ouverture labéonienne de l'admission de l'*actio de dolo* 'et si dubitetur an alia actio sit'. Nul ne peut douter de la nature extensive de cette interprétation d'origine clairement classique, renforcée par d'autres voix, dont celle apportée par Ulpien¹¹¹, qui suggère l'octroi de l'*actio de dolo* lorsque l'action ordinaire, préférable au premier remède, a atteint la prescription non pas pour des motifs imputables à l'intéressé, mais en raison de l'attitude dolosive de la partie adverse ou d'un tiers.

Le tableau ainsi brossé sur le thème de la clause '*si alia actio non sit*' nous porte à conclure que le véritable souci des juriconsultes n'a pas été celui d'opérer un choix entre une application extensive ou restrictive du principe de subsidiarité¹¹², mais plutôt celui de garantir un emploi de l'*actio de dolo* conforme au but recherché, dès son introduction, par Aquilius Gallus. La schizophrénie de la pensée juridique postérieure n'est dès lors qu'apparente. Elle révèle plutôt la nécessité d'une adaptation constante du remède aux variations de la géographie circonstancielle et juridique. L'édit *de dolo* se prêtait parfaitement à l'exigence de flexibilité que sa finalité lui imposait et les juriconsultes en étaient bien conscients. Leur travail d'interprétation s'est ainsi articulé autour du pivot que constituait la pensée de Gallus: il était important de permettre au *deceptus* de *consequi quod intersit* ou, selon la formulation de Pomponius, de permettre que '*salva res sit*'¹¹³.

Le but ainsi recherché était finalement comparable à celui que prévoyaient la plupart des normes relatives à la réparation du dommage. Par conséquent, le travail d'interprétation de l'édit *de dolo* ne devait pas entraver le bon fonctionnement des autres moyens de protection juridique qui avaient déjà fait preuve d'efficacité.

2. Fondement de la subsidiarité de l'*actio de dolo*

De nombreuses hypothèses ont été formulées au sujet du fondement de la subsidiarité de l'*actio de dolo*¹¹⁴.

¹¹¹ D. 4, 3, 1, 6 (11 *ad ed.*) *in fine*: *et si alia actio tempore finita sit, hanc (sc. actionem de dolo) competere non debere, sibi imputaturo eo qui agere supersedit: nisi in hoc quoque dolus malus admissus sit ut tempus exiret.*

¹¹² Dans ce sens, voir également ALBANESE, *Ancora in tema* (1991) 43.

¹¹³ Ulp. D. 4, 3, 7 *pr.*: *Et eleganter Pomponius haec verba 'si alia actio non sit' sic excipit, quasi res alio modo ei ad quem ea res pertinet salva esse non poterit.*

¹¹⁴ Voir: ALBANESE, *La sussidiarietà* (1961), 175 s. avec notes de renvoi à la littérature y afférente; GUARINO, *Compte rendu* (1962) 271 s.; ALBANESE, *Ancora in tema* (1991) 43 ss.

Un premier courant, en s'inspirant principalement de Ulp. D, 4, 3, 1, 4 (*'Merito praetor ita demum hanc actionem pollicetur, si alia actio non sit, quoniam famosa actio non temere debuit a praetore decerni'*) lie cette particularité au caractère infamant de l'action.

Dans la liste des comportements susceptibles d'entraîner l'*infamia*, nous trouvons en effet celui de la personne qui a été condamnée en raison de son propre dol:

D. 3, 2, 1 (Iul. 1 *ad ed.*): [*Praetoris verba dicunt: 'Infamia notatur'*]¹¹⁵ *qui ab exercitu ignominiae causa ab imperatore eove, cui de ea re statuendi potestas fuerit, dimissus erit: qui artis ludicrae pronuntiandive causa in scaenam prodierit: qui lenocinium fecerit: qui in iudicio publico calumniae praevaricationisve causa quid fecisse iudicatus erit: qui furti, vi bonorum raptorum, iniuriarum, de dolo malo et fraude suo nomine damnatus pactusve erit: qui pro socio, tutelae, mandati, depositi suo nomine non contrario iudicio damnatus erit [...].'*

Il a déjà été démontré que la jurisprudence classique avait bien à l'œil les conséquences juridiques rattachées à l'infamie¹¹⁶. Néanmoins, lorsque nous considérons ces limitations d'un peu plus près, nous devons nous incliner devant le constat que non seulement elles constituaient une bien faible entrave à la capacité civile, mais encore qu'elles étaient partagées avec d'autres groupes de citoyens romains. Ainsi, la faculté de représenter un tiers en justice (*postulare*

¹¹⁵ LENEL (*EP*, 77 s. et, plus en détail, *Beiträge* [1881] 54 ss) a démontré que la liste des personnes frappées par l'*infamia* – rapportée par les Compilateurs dans le titre '*De his qui notantur infamia*' – ne saurait ni être attribuée à Julien ni faire l'objet d'un édit du préteur distinct. Ledit catalogue, par ailleurs incomplet, était intégré – avant l'œuvre de collage des Compilateurs – dans l'édit '*Qui nisi pro certis personis ne postulent*' qui indiquait sommairement les cas (prévus par des lois, telle la *Lex Julia municipalis*, ou des prescription de même nature) où le préteur niait à une personne la faculté de *postulare pro alio* et de *dare cognitorem*. Parmi ces personnes, nous trouvons, dans les grandes lignes, ceux qui avaient assumé une conduite *ignominiosa* (militaires déshonorés, prostituées, maqueriaux [...]), ceux qui avaient été condamnés dans le cadre d'un jugement public ou privé pour délit (vol, vol armé, *iniuriae*, dol), ainsi que ceux qui avaient encouru une sanction judiciaire dans le cadre de rapports basés sur la confiance (société, tutelle, mandat, dépôt, fiducie).

¹¹⁶ Pour une approche plus circonstanciée du problème, nous renvoyons à: POMMERAY, *Etudes* (1937); KASER, *«Infamia»* (1956) 220 ss; SPRUIT, *L'éloignement* (1971) 579 ss; PENNITZ, *Zur Postulationsfähigkeit* (1995) 91 ss. D'une façon générale, en reprenant les termes de KASER ('*Infamia*' [1956] 235), nous distinguons l'*infamia* classique – ayant caractère relatif –, de l'*infamia* pour ainsi dire absolue introduite par les Compilateurs suite à l'interpolation de D. 3, 2, 1 (substitution de l'interdiction originnaire de *postulare* par '*infamia notatur*'; cf. n. 115). Cette opinion de KASER – qui tend à conclure qu'il n'existait pas, avant l'inter-

pro aliis)¹¹⁷, et parfois celle de se faire représenter par un tiers (*cognitorem dare*), étaient fermées également aux femmes et aux aveugles, voire aux *militēs*¹¹⁸. Il est bien vrai que, en niant aux *infames* la possibilité de se faire représenter par un *cognitor*, le prêteur avait fini par créer de nombreuses entraves à la protection judiciaire de leurs droits¹¹⁹. Cette entrave n'était toutefois que relative car rien n'empêchait aux personnes marquées par l'*infamia* de *postulare pro se* ou d'avoir recours à un *advocatus*.

Nous comprenons par ailleurs sans peine les critères qui avaient dicté l'éloignement d'un *infamis* du monde respectable des *cognitores*, personnes connues pour leur honnêteté et pour leur stabilité financière¹²⁰. Les mêmes critères avaient inspiré – dans le cadre d'autres causes d'*infamia*¹²¹ – son exclusion de la liste des juges, interdit sa légitimation à l'*accusatio publica* dans certains procès pénaux ainsi que son intervention en qualité de témoin, fermé son accès aux charges de l'administration publique et défendu son mariage avec des *ingenui*.

vention de Justinien, de concept juridique unitaire de l'*infamia* – a fait l'objet d'une critique de LOMBARDI (*Dalla 'fides'* [1961] 169 s.). Cet auteur a l'avantage de préciser les différents plans de l'*infamia* (en sus des causes et des conséquences de l'infamie – '*Infamietatsbestände*' et '*Infamiefolgen*' selon l'expression de KASER – LOMBARDI) décèle le problème de la signification de l'état d'*infamis* sans toutefois parvenir à une résolution satisfaisante des interactions entre les trois aspects ainsi identifiés. Nous nous limitons, pour notre part, à relever que les différentes sources classiques – de nature légale ou prétorienne – relatives à l'*infamia*, ne permettent pas de dégager un concept juridique unitaire de l'infamie. En effet, indépendamment de la portée sociale du titre de *infamis* (mal famé, atteint dans sa *fama* au sens de '*guter Ruf*' moral), il serait incohérent, sur le plan juridique, de dissocier les conséquences spécifiques prévues dans les différents remèdes normatifs et prétoriens, de la signification – forcément tout aussi différenciée – de *infamis*.

¹¹⁷ Cf. LENEL, *EP* 76. Encore faut-il préciser que l'incapacité de *postulare pro aliis* n'était pas absolue, pour les *infames*. Ceux-ci pouvaient en effet *postulare*, c'est-à-dire présenter une demande au prêteur, dans l'intérêt des parents les plus proches (*liberi in potestate, parentes, fratres*, etc.) dans la mesure où ils agissaient, dans ces cas, sans mandat particulier et en dehors de la fonction de *cognitor* (cf. LENEL, *EP* 77 ss).

¹¹⁸ Comme le relève LENEL (*EP* 91), la qualité de *cognitor* pouvait être refusée aux militaires non pas au regard de l'intérêt privé de la partie adverse, mais pour des raisons tenant à l'intérêt public. D'ailleurs, même l'interdiction de *postulare* à laquelle étaient sujettes les femmes était de nature administrative (cf. Ulp. D. 3, 1, 1, 5; Val. Max. 8, 3).

¹¹⁹ Cf. LENEL, *EP* 90.

¹²⁰ Cf. Cic. *Verr.* 2, 1, 5, 13 et 2, 5, 65, 168.

¹²¹ Nous citons ici quelques limitations prévues dans une série de lois et autres dispositions normatives (*tab. Heracleensis*, lignes 108-125; *lex Iulia municipalis*; *lex Iulia iudiciorum publicorum*; *lex Iulia de vi publica et privata*; *lex Iulia de maritandis ordinibus*, etc.) dont on distingue les cas de forclusion inclus dans les édits du prêteur de *postulando* et de *cognitoribus* et *procuratoribus* et *defensoribus*.

Encore une fois, tout en accordant le poids opportun à l'incidence que de telles sanctions pouvaient avoir sur la reconnaissance sociale des individus concernés, nous relevons que ceux-ci subissaient, finalement, une bien faible atteinte à leur sphère juridique. Cela contribue à expliquer, entre autres, l'attitude partiellement libérale de la jurisprudence classique dans l'octroi de l'*actio de dolo*, comme nous venons de l'analyser plus haut.

Aussi ne pouvons-nous pas omettre de considérer que la marque de l'*infamia* n'était nullement une prérogative des personnes condamnées dans le cadre d'un *iudicium de dolo*.

A la lecture de l'édit *de postulando*¹²², et comme cela a déjà été observé à maintes reprises¹²³, nombre d'autres actions entraînaient l'infamie pour le condamné. Nous nous référons en particulier à l'*actio iniuriarum*, à l'*actio furti*, ainsi qu'aux jugements de bonne foi afférents à la tutelle, à la société et au mandat¹²⁴. Or, le jeu de la subsidiarité était totalement étranger à ces remèdes. A cette importante objection, on a voulu rétorquer que, contrairement à l'*actio de dolo*, les autres *actiones famosae* ne contenaient pas de clause *'si alia actio non sit'* à laquelle les juristes auraient pu s'agripper pour dégager le principe de subsidiarité¹²⁵. D'emblée, nous considérons qu'il s'agit là d'une assertion qui sied mal au système juridique romain, très peu légaliste. La méthode casuistique développée par les juristes a notamment permis au droit romain de se détacher d'une dépendance trop formaliste, et donc improprement rigide, des structures légales. Il est bien vrai que les Douze Tables et les dispositions normatives subséquentes – y compris celles de source édictale – ont souvent constitué les points de repère du raisonnement juridique. Nous commettrions toutefois une erreur d'appréciation grossière si nous pensions que ces structures ont, d'une façon ou d'une autre, constitué des limites au développement

¹²² Cf. LENEL, *EP* 77 s.

¹²³ Cf. ALBANESE, *La sussidiarietà* (1961) 175 s. avec notes de renvoi à la littérature y afférente. Nous signalons également l'apport de DE FALCO ('*Diligentiam praestare*' [1991] 134 ss) dans la mesure où elle a démontré que lorsque le dol jouait le rôle de critère d'imputabilité de la responsabilité dans les jugements de bonne foi relatifs à la tutelle, à la société et au mandat, la condamnation avait toujours une nature infamante.

¹²⁴ Avec la précision que, dans ces trois dernières hypothèses, seule la responsabilité pour dol était susceptible d'entraîner une condamnation infamante. Le discours doit par contre être nuancé en cas de responsabilité pour *culpa* sans dol. Pour ce dernier aspect, nous renvoyons à: DE FALCO, '*Diligentiam praestare*' (1991) 141ss; CANNATA, *Compte rendu* (1992) 426 ss.

¹²⁵ GUARINO, *Compte rendu* (1962) 272.

constant du droit romain depuis l'époque républicaine. L'image qui ressort d'une considération globale du système juridique romain est plutôt celle d'un droit très souple, en mouvement continu, prêt à répondre à une nouvelle configuration des faits grâce aux interventions prétoriennes et au travail jurisprudentiel axé sur la méthode casuistique. Il suffit de penser au domaine d'application de l'*actio furti* ou de l'*actio ex lege Aquilia*, dont les juriconsultes – en travaillant sur les concepts de la *contractatio* ou du *damnum iniuria datum* – ont profondément modifié la géographie originairement établie par le *ius legitimum vetus*¹²⁶. Dans ce contexte, l'absence d'une clause *'si alia actio non sit'* dans les édits relatifs aux *actiones famosae* autres que l'*actio de dolo* n'aurait nullement constitué un obstacle, pour les juriconsultes romains, à l'élaboration d'un principe de subsidiarité. Seulement, telle n'a manifestement pas été leur volonté. La fonction de ces derniers remèdes ne devait, *ab initio*, pas être la même que celle de l'*actio de dolo*, de sorte que la subsidiarité, qui trouvait tout son sens à l'égard de l'action de dol, ne se justifiait pas vis-à-vis des autres actions, bien qu'infamantes.

Encore pourrions-nous compléter nos objections à la thèse qui assujettit la subsidiarité de l'*actio de dolo* à l'*infamia* en alléguant une particularité – à notre avis symptomatique – de ce remède. Lorsque nous considérons le rapport qui, dans les sources romaines classiques, subsistait entre notre action et l'*actio quod metus causa*¹²⁷, nous découvrons ce qui suit:

D. 4, 2, 14, 13 (Ulp. 11 *ad ed.*): *Eum qui metum fecit et de dolo teneri certum est, et ita Pomponius, et consumi alteram actionem per alteram exceptione in factum opposita.*

¹²⁶ Nous nous limitons à citer quelques-unes des nombreuses études dans ce domaine: DAUBE, *On the use of the term 'damnum'* (1948) 93 ss; ALBANESE, *Studi sulla legge Aquilia* (1950) 5 ss; GERKE, *Geschichtliche Entwicklung* (1957) 61 ss; MacCORMACK, *Aquilian Studies* (1975) 1 ss; NIEDERLÄNDER, *Die Entwicklung des 'furtum'* (1950) 489 ss; ALBANESE, *La nozione del 'furtum'* (1953) 5 ss; GAUDEMET, *A propos du 'furtum'* (1961) 7 ss.

¹²⁷ Pour une reconstitution de l'*actio quod metus causa* – qui fut introduite par le préteur Octavien autour de 71 av. J.-C. et qui prévoyait, en règle générale, une *condemnatio in quadruplum* en cas d'échec de l'*arbitratus de restituendo* –, voir LENEL, *EP* 111 s. Il est à relever que cette *actio in rem scripta*, qui pouvait ainsi être intentée même contre une personne autre que l'auteur de la menace, n'avait pas un caractère infamant. Elle ne constituait que l'un des remèdes – en sus de la *restitutio in integrum* et de l'*exceptio* – énoncés dans l'édit du préteur qui d'emblée, selon des termes analogues à ceux de l'édit *de dolo*, prévoyait: *'Quod vi metusve causa gestum erit, ratum non habeo'* (cf. Ulp. D. 4, 2, 1-3 et l'étude de EBERT, *Vi metusve* [1969] 403 ss). Pour un approfondissement en la matière, nous renvoyons à: SCHULZ, *Die Lehre* (1922) 171 ss; Von LÖBTOV, *Das Ediktstiel* (1932); KASER *RPR* (1971) 243 ss avec références bibliographiques; GIOMARO, *D. 4, 2, 14, 11* (1980) 191 ss.

Cela ne fait aucun doute que celui qui a fait violence engage aussi sa responsabilité pour dol – tel est l'avis de Pomponius – de sorte que l'une action résulte être consommée par l'exercice de l'autre, ce que l'on pourra faire valoir en opposant une exception *in factum*.

Pomponius, respectivement Ulpien, se penchent sur le risque de concours entre l'action *quod metus causa* et l'action de dol. Tant le *metus*¹²⁸ que le *dolus* peuvent être à l'origine d'un consentement vicié¹²⁹. Aussi pourrait-on imaginer qu'un lésé réussisse, en élaborant deux versions des faits différenciées, à saisir le juge en faisant valoir le dol de la partie adverse et, après avoir obtenu gain de cause dans cette première action, à engager un nouveau procès articulé, cette fois, sous l'angle de la menace. Les deux jurisconsultes refusent d'emblée

¹²⁸ Il sera utile de rappeler que les sources romaines classiques considéraient, sous le concept de *metus*, uniquement l'aspect moral de la violence: la menace d'un mal de la part de la contrepartie ou d'un tiers (ou inspirée par les circonstances elles-mêmes) qui pousse une personne à conclure un acte juridique. La notion de *vis corpori illata* – à laquelle fut opposée celle de *vis animo illata* – n'est qu'une élaboration des interprètes post-classiques. Pour de plus amples informations, nous renvoyons à: SANFILIPPO, *Il 'metus'* (1934); LONGO, *Note critique* (1934) 68 ss; CASTELLO, *Il regime* (1939) 279 ss; ID., *'Timor mortis'* (1939) 145 22; HARTKAMP, *Der Zwang* (1971).

¹²⁹ Alors que l'acte entaché de dol (considéré sous l'angle de l'erreur sur les éléments essentiels) est nul dans la mesure où le consentement a été donné sur la base d'une représentation erronée des faits (si bien que le *consensus* fait défaut), l'acte conclu sous la menace est valable en raison de la considération '*coactus voluit, sed voluit*' exprimée par Paul D. 4, 2, 21, 5. Seule l'intervention prétorienne permet de remédier à cette impasse en attribuant à la *vis* les couleurs de l'illicéité pénale privée. Le moyen octroyé au *coactus* sera ainsi l'*exceptio metus*, voire la *restitutio in integrum propter metum* ou l'*actio quod metus causa* si les effets de l'acte conclu sous l'empire de la menace se sont d'ores et déjà produits. Ces considérations ne valent pas lorsque nous nous mouvons dans le domaine des contrats protégés par les *iudicia bonae fidei* (où les agissements dolosifs ou menaçants – donc contraires au principe de la *bona fides* assumé au rang du *ius civile* – doivent être retenus par le juge alors même que l'exception y relative n'est soulevée que devant lui), ni dans le cadre des actes juridiques reconnus par le seul préteur (car la clause générale de l'édit du préteur – qui refusait de considérer les effets des actes conclus *vi metusve causa* ou *dolo malo* – rendait superflus les remèdes mentionnés ci-dessus). Notre exposition du système de sanctions élaborées contre les conséquences du *metus* – très approximative comme tout essai de synthèse – ne peut néanmoins pas se passer d'une précision. Contrairement à ce qui en est de l'*exceptio doli* et de l'*exceptio pacti*, l'inhérence de l'*exceptio metus* aux *bonae fidei iudicia* n'est point escomptée. Elle est simplement supposée, comme nous l'écrivons plus haut, sur la base d'affirmations comme celle d'Ulp. D. 4, 2, 14, 13 où notre juriste assimile l'attitude de celui qui a recours aux menaces pour atteindre un certain but à un comportement dolosif, donc contraire à la bonne foi (voir également C. 4, 44, 1 a.222).

au lésé la possibilité de ce cumul de demandes en justice. L'aboutissement de l'*actio de dolo* exclut l'exercice de l'*actio quod metus*, de sorte que celui qui a été reconnu responsable pour dol et condamné dans le cadre de la première action, pourra invalider l'action basée sur la menace en opposant une *exceptio in factum*¹³⁰. Il ne fait pas l'ombre d'un doute que tout ce raisonnement sous-entend une interchangeabilité des deux remèdes.

Or, devant l'alternative entre une action qui entraîne de simples conséquences pécuniaires et une action infamante, des juriconsultes particulièrement sensibles aux répercussions de l'*infamia* auraient sans autre barré le chemin à l'*actio de dolo* et prescrit, dans tous ces cas, l'emploi de l'*actio quod metus*. D'autant plus Ulpien – auquel on attribue volontiers la révélation du fondement de la subsidiarité de l'action de dol dans D. 4, 3, 1, 4¹³¹ – aurait-il dû écarter impérativement le recours à l'action de dol lorsque l'*actio quod metus*, exempte de la soi-disant gravité de l'*infamia*, garantissait la satisfaction du lésé. Tel n'est clairement pas le cas. Notre juriste se contente de préciser que l'exercice de l'une ou de l'autre action consomme les prétentions indemnitaires qui fondent la demande du lésé¹³².

¹³⁰ H. KRÜGER (*Beiträge* [1892] 21 ss) observe que l'exception à laquelle Pomp. D. 4, 2, 14, 13 fait allusion n'est pas – formellement – une *exceptio rei iudicatae* (vel in iudicium deductae) in factum ou utilis. Il s'agirait, plutôt, d'une *exceptio in factum* indépendante qui correspond, matériellement, à une *exceptio rei iudicatae*. L'auteur entend ainsi préciser l'assertion selon laquelle l'on pouvait expliquer la formulation particulière de l'exception de chose jugée in casu par le fait que les deux actions concurrentes en jeu (l'*actio quod metus causa* et l'*actio de dolo*) sont conçues in factum, ce qui obligerait le préteur à rechercher et définir plus précisément la *ca res*.

¹³¹ Cf. *supra*, p. 51 s.

¹³² Vu le principe de subsidiarité de l'*actio de dolo*, une question surgit inévitablement de ce constat: l'*actio quod metus causa* étant une '*alia actio*', elle devrait s'appliquer prioritairement et non pas en alternative à l'*actio de dolo*. S'agit-il d'une violation dudit principe? La réponse est nichée, à notre avis, dans un autre texte d'Ulpien, notamment in D. 4, 2, 14, 2 (11 ad ed.): *In causae autem cognitione versatur, ut, si alia actio non sit, tunc haec detur: et sane cum per metum facta iniuria antea et quidem utilis exoleverit, idonea esse causa debet, ut post annum actio haec dari debeat. Alia autem actio esse sic potest: si is cui vis admessa est decesserit, heres eius habet hereditatis petitionem, quoniam pro possessore qui vim intulit possidet: propter quod heredi non erit metus causa actio, quamvis, si annus largiretur, etiam heres in quadruplum experiri possit. Ideo autem successoribus datur, quoniam et rei habet persecutionem*. A première vue, compte tenu de la disposition des phrases, nous serions portés à croire que la *causae cognitio* tendant à savoir '*si alia actio non sit*' se pose uniquement dans le cadre de l'octroi de l'*actio* (*quod metus causa*) in simplum post annum. En réalité, si nous lisons attentivement le texte dans son intégralité (qui n'a par ailleurs pas échappé à quelques remaniements post-classiques) nous découvrons que la *causae cognitio* en question se réfère aux deux types d'action, donc

L'infamia, élément déclencheur de la subsidiarité de l'*actio de dolo*? Nous ne saurions vraiment plus y croire.

Une thèse qui, à notre avis, se rapproche le plus du sens véritable de la clause *si alia actio non erit*, s'appuie sur des raisons historiques¹³³. Le remède de Gallus aurait été une réponse aux exigences techniques de placement de nouvelles situations dans le contexte de l'ordre juridique romain, que les structures élaborées jusque-là ne pouvaient pas contenir. Nous ne partageons néanmoins plus cet avis lorsqu'il restreint la problématique en question aux catégories de l'illicéité pénale privée¹³⁴. Non seulement le domaine considéré par les juristes relativement à l'*actio de dolo* sort du champ – trop étroit – de l'illicéité pénale privée, mais encore dépasse-t-il la notion d'illicéité tout court. L'édit *de dolo* offre, à la victime d'un comportement répréhensible, un moyen de protection très général. L'attitude du *decipiens* ne pourra toutefois être sanctionnée au moyen de l'action de dol que dans la mesure où aucun remède *ad hoc* n'a d'ores et déjà été forgé. En d'autres termes, que dans la mesure où aucune disposition – normative ou prétorienne – n'a établi le caractère illicite du comportement d'espèce.

également à l'*actio (quod metus causa) in quadruplum*. Nous parvenons ainsi à la conclusion que, pour les juristes romains, l'*actio quod metus causa* avait également un caractère subsidiaire. Ainsi, le concours exclusif de cette action avec l'*actio de dolo* acquiert tout son sens. Les deux actions étant subsidiaires, chacune aurait dû – théoriquement – exclure l'exercice de l'autre, avec la conséquence – absurde – que si un fait tombait tant sous la sanction de l'*actio de dolo* que sous celle de l'*actio quod metus causa*, l'intéressé n'aurait pu intenter ni l'une ni l'autre. Le seul moyen pour débloquer la situation consiste dans le fait de soumettre ces deux actions au régime du concours alternatif.

¹³³ ALBANESE, *La subsidiarietà* (1961) 314 ss; *Ancora in tema* (1991) 334.

¹³⁴ ALBANESE (*La subsidiarietà* [1961] 307s.; *Ancora in tema* [1991] 335) considère en effet que l'*actio de dolo* est l'un des remèdes qui a permis à la jurisprudence romaine de créer *ex novo* des catégories juridiques de l'illicéité, notamment lorsque le travail d'interprétation ne permettait plus d'encadrer les faits considérés dans le domaine du *furtum* ou du *damnum*. Ce même auteur précise néanmoins son avis (*Ancora in tema* [1991] 335) en observant que le travail de coordination des juristes entre l'*actio de dolo* et les autres remèdes ne concernait pas uniquement les *delicta*, mais il visait également un perfectionnement de la protection des parties impliquées dans un acte juridique. Il critique ainsi, à juste titre, l'opinion de GUARINO (*Compte-rendu* [1962] 272) qui voudrait réduire la question de la subsidiarité de l'*actio de dolo* à l'absence d'une autre action pénale.

Il s'agit ici d'un moyen général, mais pas identifiable à une action générale fondée sur l'équité¹³⁵. Nous dirions plutôt que l'*aequitas*¹³⁶ romaine (instrument général du jurisconsulte et du préteur¹³⁷) est le substrat de l'*actio de dolo* (remède ponctuel, surgi à son tour de considérations basées sur l'*aequitas*).

¹³⁵ MITTEIS (*Römisches Privatrecht* [1908] 320) parle de «fast eine allgemeine Billigkeitsklage».

¹³⁶ Un développement du concept d'équité – même restreint au domaine strictement juridique, donc épuré de toute connotation éthique – risquerait de nous distraire du but recherché par la présente recherche. Nous nous limitons à rappeler que la notion aristotélicienne de *ἐπιουσιῆς* englobait deux aspects. D'un côté, considérée comme source du droit, elle constituait le 'droit du cas particulier' et s'opposait ainsi à la *regula iuris*. De l'autre, en tant que critère interprétatif du droit, elle indiquait l'interprétation de la norme «*παρὰ τὸν γερραμμένον νόμον δίκαιον*», soit selon l'esprit et non selon la lettre de la loi. Dans le monde romain, dès le 1^{er} siècle av. J.-C., les sources de nature rhétorique et philosophique (ex. Cic. *Top.* 5, 28; *Auct. ad Herenn.* 2, 19) citent – en sous-entendant une même valeur juridique – l'*aequitas* parmi les sources de droit les plus disparates (*leges, senatusconsulta, pacta, res iudicatae, edicta magistratum, mos...*). Quant aux juristes (Gai. 1, 1; Pap. D. 1, 1, 7), ils ne distinguent pas l'*aequitas* des autres sources du droit en la situant dans la liste de celles-ci, ni, comme le faisait Aristotélès, ne l'opposent à la notion de *ius* et de *iustitia*. Bien au contraire, selon la définition '*ius est ars boni et aequi*' attribuée à Celse par Ulp. D. 1, 1, 1 pr. l'*aequitas* des juristes romains est étroitement liée au *ius*. Elle s'inscrit dans le processus de développement, de détachement graduel de la rigidité du *ius Quiritium* qui culmine dans l'élaboration du *ius honorarium*. Elle permet au *praetor urbanus* de paralyser les effets d'un *ius civile* désuet et elle ouvre la porte à la création du concept de *bona fides* qui permet l'adaptation du monde juridique aux nouveaux rapports économiques (en s'appuyant sur des sources littéraires [Cic. *Top.* 17, 66] et juridiques [Gai. 3, 137 = D. 44, 7, 2, 3 et Ulp. 36 *ad ed.* D. 27, 7, 4, 2, la première ayant caractère général et la seconde concernant un problème lié à l'*actio tutelae*] PARICIO – *Estudio* [1986] 36 – relève que le concept de *aequum et bonum* ne se distingue pas substantiellement de celui de *fides bona*). Pour le problème de l'*aequitas* dans le cadre du droit privé romain, nous renvoyons à: RICCOBONO, *Ius est ars* (1947) 38 ss; NÖRR, *Divisio* (1972); NÖRR, *Rechtstheorie* (1974) 113 ss; VACCA, *Considerazioni* (1978) 397 ss; TALAMANCA, *Laequitas* (1993-94); WALDSTEIN, *Aequitas* (1991) 23 ss.

¹³⁷ Les termes de cet énoncé s'inscrivent bien sûr dans le système juridique romain classique – de nature essentiellement casuistique – dont le développement et l'interprétation étaient assurés par voie prétorienne. Le discours s'articule différemment lorsque l'instrument de l'équité rencontre un ordre juridique construit sur des normes à caractère général et abstrait qui émanent d'une autorité (législateur) bien distincte et supérieure au magistrat qui les applique. En effet, la liberté d'interprétation des règles par un juge qui œuvre dans le cadre d'un droit codifié est bien limitée. L'instrument de l'équité a glissé des mains du magistrat dans celles du législateur: étant sous-entendu que l'équité a servi de mesure lors de la création de la norme par le législateur, le juge n'a pas à la remettre en question (sauf, bien entendu, les cas où le législateur l'y autorise expressément). Pour une approche du problème de l'équité en droit moderne – qui se traduit principalement en termes d'étendue du pouvoir d'*interpretatio* de l'organe juridictionnel – nous renvoyons à: TARELLO, *Il problema* (1966) 349 ss.

Mais encore devrions-nous préciser que l'*aequitas* à elle seule ne suffit pas à saisir la structure polychrome du remède de Gallus, où se rencontrent des considérations d'équité, d'économie procédurale, de bonne foi et d'esprit pratique.

La subsidiarité qui colle à l'*actio de dolo* est une conséquence inéluctable et intrinsèque au but, à la nature même de ce remède. Nous nous trouvons, en quelque sorte, dans la salle d'attente de l'illicéité. La victime d'une attitude malhonnête méconnue – voire formellement prorégée – par le système juridique, ne peut pas invoquer son illicéité. Elle dispose néanmoins de l'*actio de dolo* pour rentrer dans ses frais, indépendamment de toute qualification juridique du comportement du *decipiens*, si ce n'est celle – très générale – de «dolosif».

Il serait plus précis de parler simplement d'attitude anti-juridique contre laquelle l'innovation de Gallus permet d'activer un système général de réparation en attendant que – une fois les contours exacts d'un certain type de situations identifiés – des remèdes spécifiques soient élaborés. A ce dernier stade seulement, nous pourrions nous exprimer en termes d'illicéité.

B. La subsidiarité de l'*exceptio doli*

1. La subsidiarité liée à la nature même de l'exception

Nous ne faisons qu'enfoncer une porte déjà ouverte en relevant que la subsidiarité de l'*exceptio doli* est implicite dans sa nature même d'exception. Le sens de celle-ci ne se manifeste qu'en relation à l'exercice d'une action, et sa genèse – prétorienne¹³⁸ – trahit bien le caractère subordonné du moyen qui s'appuie sur l'exception.

La subsidiarité de l'*exceptio doli* présente néanmoins une nuance supplémentaire. Elle va au-delà de celle – commune à toutes les exceptions – qui repose sur des considérations de caractère essentiellement procédural. Il suffit de prêter une attention particulière à la réflexion que nous livre Ulpien dans son commentaire à l'édit, sous le chapitre *De exceptionibus*¹³⁹, à propos de l'*exceptio doli*.

¹³⁸ Pour un large aperçu relatif à l'origine de l'*exceptio* en général, sur laquelle nous n'allons pas nous étendre ici, nous renvoyons en particulier à: LENEL, *Ueber Ursprung* (1876); WLASSAK, *Der Ursprung* (1910); WESENER, *Nichtediktale* (1995) 109 ss.

¹³⁹ Cf. LENEL, *Paling*. Ulp. fr. 1678.

D. 44, 4, 2, 5 (Ulp. 76 *ad ed.*): *Et generaliter sciendum est ex omnibus in factum exceptionibus doli oriri exceptionem, quia dolo facit, quicumque id, quod quaqua exceptione elidi potest, petit: nam et si inter initia nihil dolo malo facit, attamen nunc petendo facit dolose, nisi si talis sit ignorantia in eo, ut dolo careat*¹⁴⁰.

D'une façon générale, il faut savoir que de toutes les exceptions *in factum* peut jaillir une *exceptio doli*, puisque celui qui demande ce qu'une exception quelconque saurait écarter se conduit dolosivement; en effet, même s'il n'a commis aucun dol dans le cadre des rapports initiaux, il se conduit néanmoins dolosivement maintenant en intentant une action, à moins que son ignorance ne soit telle qu'il manque de mauvaise foi.

Le rapport ainsi illustré entre les exceptions *in factum* et l'exception de dol en dit long sur la finalité de cette dernière. Étant établi que nous nous référons ici au cercle restreint des exceptions décrétales¹⁴¹, il sera utile d'esquisser, à titre d'exemple, les interactions entre l'*exceptio doli* et une exception décrétale type, notamment l'*exceptio rei venditae et traditae*¹⁴².

¹⁴⁰ KRÜGER (*Beiträge* [1892] 91 s.) soutient que ce texte introduit une série d'exemples qui venaient renforcer l'affirmation '*generaliter ex omnibus in factum exceptionibus doli oriri exceptionem*'. L'auteur croit reconnaître, ici, la *sedes materiae* de la casuistique relative à l'*exceptio rei venditae et traditae* (isolée, dans le Digeste, dans un titre à part, D. 23, 3) qu'il situe ainsi à l'intérieur du chapitre consacré à l'*exceptio doli*.

¹⁴¹ Les exceptions *in factum* (cf. Ulp. D. 13, 5, 27; Ulp. D. 21, 3, 1, 4; D. 23, 3, 7, 3; Ulp. D. 43, 18, 1, 4; Ulp. D. 44, 4, 2, 5), appelées également *exceptiones decretales*, étaient octroyées par le préteur – à défaut de formule édictale appropriée – au vu des circonstances concrètes. Elles s'opposaient dès lors aux exceptions que le préteur *in edictum habet propositas* (cf. Gai. 4, 118: *Exceptiones autem alias in edicto praetor habet propositas, alias causa cognita accommodat. Quae omnes vel ex legibus vel ex his, quae legis vicem optinent, substantiam capiunt vel ex iurisdictione praetoris prodinae sunt.*). A consulter, à ce propos: WESENER, *Nichtediktale* (1995) 109 ss. Nous observons que l'opposition *in ius/in factum* valable pour les *actiones*, n'est pas praticable à l'égard des *exceptiones* puisqu'une exception, sauf quelques cas particuliers (telles les *exceptiones legis Cinciae, legis Laetoriae, senatusconsulti Velleiani*, etc.), est rarement *in ius*. Par ailleurs, alors que les exceptions *in factum* – comme relevé plus haut – n'étaient pas prévues par l'édit, si bien qu'elles étaient par définition des mesures décrétales du préteur, certaines *actiones in factum* (qui, nous le rappelons ici, prévoyaient une *intentio* où – en lieu et place des droits et obligations du *ius civile* – étaient reportés des faits) étaient prévues dans l'édit du préteur. Nous citons, à titre d'exemple, les cas du dépôt et du commodat pour lesquels l'édit du préteur urbain prévoyait tant une action – de bonne foi – avec formule *in ius concepta*, qu'une action avec formule *in factum concepta* (cf. Gai. 4, 47).

¹⁴² Nous renvoyons à cet égard à une vaste étude de KRÜGER (*Beiträge* [1982] 6 ss) qui tend à démontrer la nature décrétale de l'exception (*in factum*) *rei venditae et traditae* et de sa variante *voluntate domini*. *Contra*: LENEL, *EP* [1974] 511 qui conclut dans le sens de la

Arrêtons-nous sur un texte d'Ulpien que les Compilateurs ont glissé dans le titre *De exceptione rei venditae et traditae*:

D. 21, 3, 1, 3 (Ulp. 76 ad ed.): *Celsus ait: si quis rem meam vendidit minoris quam ei mandavi, non videtur alienata et, si petam eam, non obstabit mihi haec exceptio: quod verum est.*

Celse dit: si quelqu'un a vendu ma chose à un prix inférieur à celui pour lequel je l'avais mandaté, celle-ci ne sera pas considérée comme aliénée, si bien que si je la revendique, cette exception ne pourra pas m'être opposée; ce qui est vrai.

Celse aborde ainsi la problématique de la revendication suite à la conclusion d'un contrat de vente entre un acheteur (A) et un vendeur (V) non-propriétaire qui a conclu l'affaire suite à un mandat dont il a été chargé par le propriétaire (P) de la chose vendue. Dans son mandat, P a néanmoins précisé le prix de vente (ou en a fixé la limite inférieure), si bien que V, en vendant à un prix inférieur à celui qui avait été demandé par P, a dépassé les limites de son mandat. Cela signifie que V a vendu la chose de P sans mandat. Aussi faut-il préciser que les termes '*non videtur alienata*' indiquent que Celse, en y répondant par la négative, s'est posé la question de savoir si la chose est passée à l'acheteur *in bonis*. Il est ainsi clair que notre juriste pensait à l'hypothèse où la vente a été suivie d'une *traditio*. Or, si V avait agi dans les limites du mandat de P, il aurait eu le pouvoir d'aliéner la chose. A aurait ainsi reçu une *traditio* munie de juste cause – *traditio* et juste cause pouvant être référées à P¹⁴³ – apte à réaliser un mode d'acquisition de la propriété en sa faveur. *In casu* toutefois, V a agi en dehors du – donc sans – mandat, de sorte que la *traditio* de V à A est justifiée par la vente (qui conserve sa validité) conclue entre ces deux mêmes parties. La *iusta causa* de la *traditio* opère néanmoins uniquement entre V et A, avec la conséquence que A (dont on présuppose la bonne foi) reçoit, dans l'immédiat, uniquement la possession *ad usucapionem*, mais pas la propriété de la chose achetée.

présence de cette exception dans l'édit du préteur, et qui va jusqu'à avancer l'hypothèse – cf. LENEL, *ibid.* n. 10 – que l'*exceptio rei venditae et traditae* aurait précédé, dans l'édit, l'*exceptio doli*. Nous nous écartons de la théorie de LENEL dans la mesure où elle repose sur une base bien maigre (quelques bribes de phrases ambiguës contenues dans le titre final du Digeste), et qu'au surplus elle semble méconnaître la problématique relative à l'*exceptio doli*.

¹⁴³ En d'autres termes, la *traditio* et la juste cause auraient-elles réalisé un acte de disposition du propriétaire P en faveur de l'acheteur A.

En résumant le tout, Celse affirme que le contrat de vente, tout en liant le vendeur qui répondra pour l'éviction à l'égard de l'acheteur, ne permet pas, sur le plan des droits réels – à défaut de titre valable – le passage de la propriété de l'objet vendu à l'acheteur. Aussi, le propriétaire qui revendique la chose vendue par son mandataire ne pourra pas être débouté au moyen de *'haec exceptio'*.

Si nous prêtions foi à l'ordre suggéré par le Digeste ainsi qu'à l'opinion d'une certaine doctrine¹⁴⁴, nous affirmerions sans hésitation que l'exception en question n'est autre que l'*exceptio rei venditae et traditae*. Le propriétaire revendiquant étant partie tierce au rapport contractuel de vente – puisque celle-ci ne réalise pas son mandat – ladite exception ne produirait aucun effet à son égard.

Pourtant, la sérénité de ce raisonnement s'assombrit lorsque nous établissons une relation entre l'avis de Celse et une opinion de Julien – son contemporain – dans un exemple qui présente de nombreuses similitudes:

D. 41, 4, 7, 6 (Iul. 44 dig.): *Procurator tuus si fundum, quem centum aureis vendere poterat, addixerit triginta aureis in hoc solum, ut te damno adficeret, ignorante emptore, dubitari non oportet, quin emptor longo tempore capiat: nam et cum sciens quis alienum fundum vendidit ignoranti, non interpellatur longa possessio. Quod si emptor cum procuratore collusit et eum praemio corrupit, quo vilius mercaretur, non intellegatur bonae fidei emptor nec longo tempore capiet: et si adversus petentem dominum uti coeperit exceptione rei voluntate eius venditae, replicationem doli utilem futuram esse.*

¹⁴⁴ KRÜGER (*Beiträge* [1892] 40 s. et 53 s.) fait appel à ce texte (en sus de Pomp. D. 16, 1, 32, 2 et autres) pour fonder son opinion relative à la nature *in factum* (donc, décrétales et non édictales) de l'*exceptio rei venditae et traditae*. L'auteur observe que les deux juristes en question ont écrit leurs ouvrages après – Celse en partie pendant – l'élaboration de l'édit d'Hadrien (nous noterons au passage que le principat d'Hadrien se situe entre 117 et 138 ap. J.-C.) où les divers remèdes typiques ont été répertoriés. KRÜGER déduit de la liberté de formulation de l'*exceptio rei venditae et traditae* dans le texte de Celse et d'Ulpien in D. 21, 3, 1, 3, que le texte de ladite exception ne pouvait pas se trouver parmi les remèdes ainsi répertoriés. Si tel avait été le cas, nos deux juristes s'en seraient tenus à une formulation plus technique, telle qu'elle se serait présentée dans la compilation d'Hadrien. Cette argumentation n'est pas dépourvue d'intérêt, même si elle ne doit pas inciter, à elle seule, à rejoindre sans autre les conclusions de KRÜGER. D'un côté, s'il est vrai que l'Édit d'Hadrien a pour ainsi dire arrêté les formules afférentes aux divers remèdes procéduraux, il ne faut pas pour autant oublier que ceux-ci n'étaient pas désignés par un nom typique (il n'est pas inusité de trouver – à propos de moyens contenus dans l'Édit – des formulations variables, d'autant plus si la formule desdits remèdes était longue ou compliquée). Par ailleurs, si nous rejoignons KRÜGER dans ses conclusions générales relativement à la nature décrétales de l'*exceptio rei venditae et traditae*, nous sommes portés à analyser le texte de Celse sous un autre angle, notamment celui de l'*exceptio doli*.

Si ton *procurator*, qui aurait pu vendre ton fonds pour 100 pièces d'or, a vendu à 30 pièces d'or dans le seul but de te nuire – étant entendu que l'acheteur ignorait cette situation –, il n'y a pas lieu de douter si l'acheteur pourra usucaper; en effet, même lorsque quelqu'un vend un fonds d'autrui à une personne qui l'ignore, cela ne constitue aucun empêchement à l'usucapion. Par contre, si l'acheteur s'est mis d'accord avec le *procurator* qu'il a corrompu avec une gratification pour qu'il conclue l'affaire à un prix plus bas, il n'est pas considéré comme un acheteur de bonne foi, si bien qu'il ne pourra pas usucaper; aussi, s'il fait usage de l'exception *rei venditae voluntate eius* à l'encontre du propriétaire revendiquant, il y aura lieu de lui opposer la *replicatio doli*.

La problématique que Julien affronte concerne certes, au premier plan, la capacité d'usucaper de l'acheteur qui conclut une affaire avec un vendeur non-propriétaire. Néanmoins, comme dans le contexte du cas résolu par Celse que nous venons de lire, dans ce dernier exemple, et plus particulièrement dans l'hypothèse de l'acheteur de mauvaise foi, il en va du sort de la *rei vindicatio* du propriétaire à l'encontre de l'acheteur qui a conclu un contrat de vente avec une personne autorisée¹⁴⁵ par le premier, mais en dehors des limites de l'autorisation. Aussi, lorsqu'un *procurator* conclut une vente sans respecter les limites posées par la procuration, la vente demeure valable entre les parties qui l'ont contractée. Il n'en demeure pas moins que – et Julien le précise dans la première partie du texte – le *procurator* qui vend au-delà des limites de la procuration se trouve dans la même situation que celui qui vend sans l'autorisation du propriétaire de la chose vendue.

Or, contrairement à Celse, Julien admet ici indirectement l'emploi de l'*exceptio rei venditae et traditae*¹⁴⁶ – dans sa variante *voluntate domini* – contre le propriétaire revendiquant. Si notre juriste l'écarte en l'espèce, par le biais d'une

¹⁴⁵ Alors que dans le cas de Celse il s'agissait d'un mandataire, nous avons affaire ici à un *procurator* (*unius negotii*).

¹⁴⁶ KRÜGER (*Beiträge* [1892] 53 s.) soutient que la première *exceptio* en cause, dans l'hypothèse de l'acheteur de mauvaise foi, ne peut être que l'*exceptio rei venditae et traditae* (et non une *exceptio doli*) puisque, dans le cas contraire, une *replicatio doli* n'aurait pas été admise (selon le principe exprimé par Labéon et Marcellus dans Ulp. D. 44, 4, 4, 13: *Adversus doli exceptionem non dari replicationem*). Pour notre part, nous estimons que, au-delà de la règle qui empêche la confrontation de deux exceptions de dol, la clarté des termes employés par Julien ne laisse aucune place au doute relativement à la nature de l'exception opposable – en principe – au propriétaire revendiquant la chose précédemment vendue par son mandataire.

*replicatio doli*¹⁴⁷, cela repose uniquement sur des considérations de mauvaise foi de l'acheteur: ce dernier a en effet soudoyé le vendeur non propriétaire pour obtenir un prix de faveur.

Tout en admettant que Celse et Julien traitent une problématique similaire sous deux angles différents (Celse concentre son argumentation sur une évaluation des rapports réels, alors que Julien construit sa solution sur des bases essentiellement d'équité), il est légitime de soulever la question suivante: pour quelle raison Celse, qui – contemporain de Julien – devait connaître l'*exceptio rei venditae et traditae voluntate domini*, a-t-il nié, d'une façon générale, cette exception? Ne pensait-il donc pas, plutôt, à une autre exception, notamment à l'*exceptio doli*?

Dans la panoplie des textes afférents à la vente de choses appartenant à autrui, nous trouvons également une opinion de Marcellus:

D. 17, 1, 49 (Marcell. 6 dig.): *Servum Titii emi ab alio bona fide et possideo: mandatu meo cum Titius vendidit, cum ignoraret suum esse, vel contra ego vendidi illius mandatu, cum forte is, cui heres existerit, eum emisset: de iure evictionis et de mandatu quaesitum est. Et puto Titium, quamvis quasi procurator vendidisset, obstructum emptori neque, si rem tradidisset, vindicationem ei concedendam, et idcirco mandati cum non teneri, sed contra mandati agere posse, si quid eius interfuisset, quia forte venditurus non fuerit. Contra mandator, si rem ab eo vindicare velit, exceptioe doli summovetur et adversus venditorem testatoris sui habet ex empto iure hereditario actionem.*

¹⁴⁷ A ce stade du raisonnement, il est tout à fait légitime de soulever l'objection suivante: pour quelle raison Julien pose-t-il comme exigence que le demandeur (*dominus*) soulève la *replicatio doli* contre l'*exceptio rei venditae et traditae voluntate eius* (*sc. actoris*), alors que le défendeur n'aurait de toute façon pas pu prouver que la chose avait effectivement été vendue *voluntate eius* (puisque le *procurator*-vendeur a vendu en dehors du *iussus*)? La solution de Julien s'explique néanmoins si nous la lisons en clef procédurale, notamment en fonction de la répartition du fardeau de la preuve. En d'autres termes, Julien voulait préciser que le jeu de preuves *apud iudicem* devait se présenter dans les termes suivants: sur la base de l'*intentio* ('*si paret fundum Auli Agerii esse ex iure Quiritium*'), le demandeur est tenu de prouver qu'il est le propriétaire de la chose; sur la base de l'*exceptio rei venditae et traditae voluntate eius*, le défendeur doit prouver qu'il a acheté (et reçu la *traditio* de la chose) d'une personne qui agissait sur mandat du demandeur; enfin, sur la base de la *replicatio doli*, le demandeur devra apporter la preuve que le vendeur a agi en dehors des limites du mandat, ce que le défendeur savait. Cette articulation des preuves s'inscrit dans la tendance – que l'on pourrait presque qualifier de principe – selon laquelle une partie au procès ne peut être chargée que de la preuve de faits positifs, et non pas de l'absence de certains faits ou circonstances (à ce propos, cf. Cels. D. 22. 3. 12 [17 dig.]).

En toute bonne foi, j'ai acheté à un tiers l'esclave de Tirtius et je le possède; en vertu de mon mandat, Tirtius l'a vendu en ignorant qu'il lui appartenait, ou, à l'inverse, je l'ai vendu suite au mandat de Tirtius et, par hasard, celui dont il (*sc. Tirtius*) serait devenu l'héritier, l'a acheté; se pose la question des problèmes juridiques inhérents à l'éviction et au mandat. Je pense que Tirtius, bien qu'il ait procédé à la vente en qualité de *procurator*¹⁴⁸, s'est obligé à l'égard de l'acheteur, si bien que s'il a fait la *traditio* de la chose vendue, l'action en revendication ne pourra pas lui être octroyée; par conséquent, il ne sera pas tenu de répondre dans le cadre du mandat, mais il pourra intenter l'*actio mandati contraria* dans l'hypothèse où il n'aurait pas d'intérêt à vendre. Par contre, si le mandant (*sc. Tirtius*) désire revendiquer la chose, il sera débouté au moyen de l'exception de dol, et, à titre d'héritier de l'acheteur, il dispose de l'*actio empti* à l'encontre du vendeur.

Le texte de Marcellus comprend deux cas. Dans le premier, Tirtius vend l'esclave en qualité de *procurator de ego* et il en fait la *traditio*. Il découvre par la suite que l'esclave lui appartenait, ce qui le pousse à agir en revendication contre l'acheteur. Marcellus conclut que, en pareille situation, '*neque vindicationem [Tirti] concedendam*'. Notre juriste ne précise pas le mécanisme qui permet de parvenir au résultat ainsi souhaité, mais nous pouvons aisément reconstituer le raisonnement sous-jacent. Imaginons que Tirtius se présente devant le préteur et demande – contre l'acheteur – la *rei vindicatio* tendant à obtenir l'esclave qu'il a lui-même vendu. L'acheteur, qui a acquis l'esclave de bonne foi et payé un prix à cet effet, refuse de répondre favorablement à la demande de Tirtius, qu'il peut essayer d'invalider au moyen d'une *exceptio*. Certes faut-il considérer que Tirtius ne savait pas, au moment de la vente, qu'il était lui-même propriétaire de l'esclave. L'emploi de l'*exceptio doli*, que l'on oppose généralement au propriétaire revendiquant de mauvaise foi (qui a vendu une chose tout en omettant de procéder à l'acte de transfert de la propriété), se heurte donc ici à quelques difficultés. Il n'en demeure pas moins qu'en obtenant gain de cause dans sa revendication, Tirtius provoquerait lui-même l'éviction pour laquelle il devrait ensuite répondre à l'égard de ce même défendeur/acheteur. En d'autres termes, il obtiendrait un avantage qu'il serait finalement tenu de restituer, ce qui engendrerait une suite d'opérations fondamentalement anti-économiques sur le plan procédural. Le droit à la *rei vindicatio* dont dispose Tirtius doit dès lors être nuancé puisqu'exploité de manière abusive, en dehors d'une quelconque progression économique.

¹⁴⁸ Nous rappelons que le *procurator* ne bénéficie d'aucune attribution de pouvoirs; il agit par conséquent, en général, en tant que simple représentant indirect.

La protection de l'acheteur dépend finalement, dans ces circonstances, d'un véritable choix de politique juridique. Il n'en demeure pas moins que le bilan final s'avère équitable dans la mesure où Titius disposera de l'*actio mandati contraria* à l'égard de *ego* (son mandant dans le cadre de la vente) pour obvier à la perte de son esclave tout en tenant compte de son intérêt à ce que la vente ne fût pas conclue¹⁴⁹.

Dans cette optique, l'*exceptio doli* – apte à parer le dol procédural – se justifie pleinement. Aussi n'est-il pas exclu que Marcellus ait pensé à un remède plus ciblé pour cette typologie de situations, notamment à l'*exceptio – in factum – rei venditae et traditae*, qui permet d'isoler les éléments constitutifs de ce cas devenu typique. Les éléments de preuve, que la partie qui se prévaut de telle exception doit fournir, se résument à quelques faits bien définis, à savoir que la *venditio* et la *traditio* ont été effectuées. Il s'agit, en d'autres termes, d'un pas supplémentaire vers la spécificité des remèdes ou, en posant le regard vers l'horizon opposé, d'un premier éloignement du flou – typique des solutions provisoires, mais nécessaires – des remèdes généraux basés sur le dol. On comprend ainsi aisément que le préteur ait élaboré, pour cette constellation de faits, une exception spécifique qui contribue à une certaine clarté dans le paysage juridique. Au vu de ces considérations, il n'est pas exclu que Marcellus ait pensé à l'*exceptio rei venditae et traditae* comme moyen apte à repousser la demande en revendication de Titius.

Le deuxième cas ('*vel contra ego vendidi illius mandatu [...]*') présente une tournure moins évidente¹⁵⁰. L'ordre logique des faits pertinents dans cette deuxième hypothèse est le suivant: *Servum Titii (ego) emi ab alio bona fide et possideo; [...] vel contra ego vendidi illius (sc. Titii) mandatu (et possideo), cum forte is (ex.: Sempronius), cui heres (Titius) exstiterit, eum emisset.*

¹⁴⁹ Par le biais de l'*actio mandati contraria*, le mandataire – qui a subi une perte économique suite à la vente – pourra prétendre non seulement le remboursement des frais engendrés par l'exécution de son mandat, mais aussi le prix de la vente de l'esclave.

¹⁵⁰ KRÜGER (*Beiträge* [1892] 55) part de l'insertion '*vel contra*' apportée par IHERING (*Jahrb. für Dogmatik*, II, 149 ss), qu'il suppose être l'antithèse du cas [*ego*] *emi* de la première phrase. L'auteur considère ainsi que l'hypothèse envisagée dans cette deuxième partie du texte part non pas de l'achat de l'esclave par *ego*, mais de la vente du même par *ego* à un tiers ('*vel contra servum Titii vendidi alii bona fide et possideo; posse ego vendidi Titii mandatu, cum forte is, cui heres exstiterit, eum emisset*'). Dans la mesure où la thèse de KRÜGER comporte la conclusion de deux contrats de vente par *ego* – ce qui entraîne d'inutiles complications dans le développement du problème juridique posé par Marcellus –, nous préférons nous en écarter. Nous estimons en effet qu'il faut garder la phrase introductive '*Servum Titii [...] et possideo*' comme point de départ commun aux deux variantes développées par Marcellus. Ainsi optons-nous plutôt pour la thèse que '*vel contra*' marque une opposition à toute la

La solution y relative, dûment développée et libérée du changement peu logique dans l'appellation des sujets en cause dans la dernière phrase du texte, peut être paraphrasée comme suit: *Contra mandator [sc. Titius], si rem ab eo [sc. ego] vindicare velit, exceptione doli summovetur et adversus venditorem [sc. ego] testatoris sui habet ex empto iure hereditario actionem.*

Ego, en toute bonne foi, achète auprès d'un tiers un esclave qui, en réalité, appartient à Titius¹⁵¹. Par la suite, Titius se manifeste et, tout en renonçant à exercer la *rei vindicatio* à l'encontre d'*ego*¹⁵², demande à ce dernier de vendre l'esclave, pour son compte, à un tiers que nous appellerons Sempronius. Par un heureux concours de circonstances, Titius s'avère être, finalement, l'héritier de Sempronius. Il est important de comprendre que, bien qu'il ait déjà conclu le contrat de vente sollicité par Titius, *ego* n'a pas encore procédé à la *traditio* de l'esclave au moment du décès de Sempronius, si bien que, au moment où le problème juridique se pose, l'objet vendu se trouve auprès d'*ego*. Marcellus nie à Titius, qui est resté propriétaire de l'esclave vendu, la possibilité d'intenter la *rei vindicatio*: *ego* pourra ainsi valablement lui opposer l'*exceptio doli*. En effet, Titius a hérité de Sempronius l'*actio empti* contre *ego*, qui lui permet d'obtenir le transfert de la possession de l'esclave. La solution proposée par Marcellus – qui se résume à octroyer à Titius l'*actio empti* pour obtenir l'esclave et l'*actio mandati* pour récupérer l'éventuel produit de la vente

phrase précédente, notamment à '*mandatu meo [...] cum ignoraret suum esse*'. Par ailleurs, même dans l'interprétation proposée par KRÜGER, il faudrait considérer comme constant le deuxième paramètre (*et possideo*). Nous aboutissons ainsi, en parcourant notre voie, au cas de *ego* qui, après avoir acheté et reçu l'esclave d'un tiers, vend ce dernier à un autre tiers – sur mandat de Titius – tout en ne procédant pas encore à sa *traditio*.

¹⁵¹ La raison qui a poussé Marcellus à indiquer que *ego* est possesseur de bonne foi suite à l'achat de l'esclave nous échappe. En effet, cette précision embrouille le raisonnement relatif à la résolution des rapports qui sont au centre du problème plus qu'elle ne le facilite. Elle incite en particulier à se pencher sur des considérations d'équité (du style: comment tenter de sauver les intérêts des divers sujets en cause, en particulier ceux de *ego*, acheteur qui de facto a subi une éviction?) et, phénomène bien plus grave, à sous-entendre et imaginer une multitude d'éléments que le juriste n'a vraisemblablement pas prévus ou voulu affronter. Une certaine clarté du deuxième cas exposé dans le texte que nous examinons demande ainsi de sacrifier le détail de l'achat de l'esclave par *ego* en imaginant qu'il s'agissait, à l'origine, d'un *obiter dictum* étranger aux faits pertinents en l'espèce. Seule la situation de possesseur de bonne foi de *ego* importe en effet aux fins de la compréhension du jeu d'actions en cause (*rei vindicatio*, *actio empti*, *actio mandati*).

¹⁵² Sans vouloir trop ajouter aux termes du texte, nous pouvons bien imaginer que la renonciation à la revendication de Titius s'explique par le fait que *ego* ne conteste pas la propriété de ce dernier, ni n'oppose une quelconque résistance au recouvrement de la chose par Titius.

conclue par *ego* – garantit à Titius l'obtention de son esclave sans l'obliger à une contrepartie en argent, tout en évitant un embrouillamini de remèdes procéduraux superflus.

Si, en s'écartant de l'avis de Marcellus, l'on avait admis l'action en revendication contre *ego*, l'on aurait permis à Titius d'obtenir par ce biais, dans une première phase, la possession de l'esclave. En déclenchant le jeu de la responsabilité en cas d'éviction par l'exercice de l'*actio empti*, Titius aurait ensuite pu obtenir d'*ego* également la valeur de l'esclave¹⁵³. En tirant la somme de ces opérations, nous pourrions relever qu'elles permettraient à Titius de provoquer d'abord, en quelque sorte, sa propre éviction; elles obligeraient au surplus *ego* – qui a déjà subi la perte de l'esclave – à assumer une responsabilité dans laquelle Titius lui-même l'a entraîné. Dans ce sens, Titius ferait preuve d'une attitude abusive que l'*exceptio doli* – et non pas l'*exceptio rei venditae et traditae* – permet de sanctionner de la façon la plus appropriée.

Nous retrouvons les paramètres de la problématique affrontée par Marcellus dans un texte d'Ulpien, inspiré d'une opinion de Julien¹⁵⁴:

D. 44, 4, 4, 32 (Ulp. 76 ad ed.): *Si a Titio fundum emeris qui Sempronii erat isque tibi traditus fuerit pretio soluto, deinde Titius Sempronio heres extiterit et eundem fundum Maevio vendiderit et [tradiderit] <mancipaverit>: Iulianus ait aequius esse praetorem te tueri, quia et, si ipse Titius fundum a te peteret, exceptione in factum comparata vel doli mali summoveretur et, si ipse eum possideret et Publiciana peteres, adversus excipientem 'si non suus esses' replicatione utereris, ac per hoc intellegeretur eum fundum rursum vendidisse, quem in bonis non haberet.*

¹⁵³ Bien entendu, pour obtenir la condamnation d'*ego* dans le cadre de l'*actio empti*, Titius devrait-il encore payer son prix (pour autant que Sempronius, le testateur, ne l'ait pas déjà fait). Il pourrait néanmoins, par la suite, récupérer cette somme en exerçant l'*actio mandati* contre *ego* qui est tenu de lui transférer le produit de la vente.

¹⁵⁴ KRÜGER (*Beiträge* [1892] 51 s.) affirme que, à partir de Julien (D. 44, 4, 4, 32), l'on a commencé à admettre le concours entre l'*exceptio in factum* et l'*exceptio doli*, alors qu'avant, aux dires de l'auteur, l'exception *in factum* aurait été subsidiaire par rapport à l'*exceptio doli*. Dans ce contexte, KRÜGER (*ibid.*, p. 52) considère que l'*exceptio rei venditae et traditae* n'avait pas encore d'identité propre et se confondait, dès lors, dans la masse («Menge») des *exceptiones in factum*. Il s'agit peut-être d'un jeu de mots mal choisis, mais nous penchons pour l'opinion contraire. Au vu de la spécificité des diverses *exceptiones in factum*, c'est plutôt l'*exceptio doli* qui représente les caractéristiques idéales d'un remède cadre et donc subsidiaire. La casuistique élaborée par les jurisconsultes romains – que nous avons en partie déjà passée en revue – nous conduit d'ailleurs inéluctablement à cette dernière conclusion.

Supposons que tu aies acheté à Titius un fonds appartenant à Sempronius – dont on t'a fait la simple *traditio* dès ton paiement du prix –, et que Titius, devenu par la suite l'héritier de Sempronius, ait vendu et fait la [*traditio*] «*mancipatio*» de ce même fonds à Maevius. Julien dit qu'il est plus équitable que tu sois protégé par le prêteur dans le sens où: si Titius même te revendique le fonds, il sera repoussé par l'*exceptio in factum* ou par l'*exceptio doli*, alors que dans le cas où ce dernier (*sc. Maevius*¹⁵⁵) le possède et que tu le demandes par le biais de l'action publicienne, tu pourras opposer la *replicatio (sc. doli)* à son exception «que le fonds ne t'appartient pas» [...].

Passons d'abord en revue les acteurs qui jouent un rôle dans cet exemple: Tu (*emptor* 1), Titius (vendeur deux fois), Sempronius (*dominus*) et Maevius (*emptor* 2). En nous concentrant sur la personne de Titius, nous repérons les trois actes de cette pièce. Acte premier: Titius vend le fonds de Sempronius à Tu; il reçoit le prix de Tu; il fait la *traditio* à Tu. Acte deuxième: Titius devient héritier de Sempronius et, par ce biais, propriétaire du fonds. Acte troisième: Titius vend le fonds – dont il est désormais propriétaire – à Maevius; il fait la *traditio* du fonds à Maevius.

L'exposé des faits, que nous venons de proposer en reprenant fidèlement la lettre du texte, met en évidence une importante incohérence. Si Titius, suite à la première vente, a fait la *traditio* du fonds à Tu (acte premier: '*isque sibi traditus fuerit*'), celui-ci en est devenu possesseur. Comment pouvait-il donc, ce même Titius, faire une deuxième *traditio* du fonds en question ('*fundum Maevio vendiderit et tradiderit*') après la seconde vente (acte troisième)? La *traditio* requiert un acte de transfert de la possession, donc une opération matériellement appréciable qui ne peut être ni feinte ni présumée. Si Tu est devenu possesseur suite à la première *traditio*, même en supposant que Titius ait procédé à la deuxième *traditio* en cachette¹⁵⁶, nous ne pourrions considérer comme escompté le fait que Maevius ait à son tour acquis la possession du fonds. Nous devi-

¹⁵⁵ L'expression '*si ipse*' porte à croire, à première vue, que Julien se réfère toujours à Titius. Néanmoins, dans la mesure où l'*actio Publiciana* ne se justifie pas à l'égard de Titius, responsable *ex vendito*, la seule personne à laquelle notre juriste puisse finalement penser n'est autre que Maevius.

¹⁵⁶ Nous faisons allusion à l'usage de la *traditio* des fonds décrit par Paul – avec sa référence typique au modèle d'acquisition *corpore et animo* – in D. 41, 2, 3, 1 (54 *ad ed.*): [...]
quod autem diximus et corpore et animo acquirere nos debere possessionem, non utique ita accipiendum est, ut qui fundum possidere velit, omnes glebas circumambulet: sed sufficit quamlibet partem eius fundi introire, dum mente et cogitatione hac sit, uti totum fundum usque ad terminum velit possidere.

nous sans peine que cela aurait soulevé une problématique de telle ampleur, qu'elle aurait demandé à être résolue prioritairement, avant toute autre question. Or, nos juristes ne font la moindre allusion à pareille *quaestio*. L'ensemble de ces observations converge vers la conclusion que, en décrivant les modalités de la deuxième vente, le texte original a fait suivre cette dernière d'une *mancipatio* et non pas d'une *traditio*¹⁵⁷. En effet, à l'époque classique, la *mancipatio* d'un fonds possédé par autrui ne posait aucun problème dans la mesure où, comme l'explique Gaius¹⁵⁸, elle n'était plus effectuée sur le fonds lui-même, mais à n'importe quel endroit, selon la libre volonté des parties. Ce point éclairci, nous corrigeons notre troisième acte et obtenons la trame de faits suivante: puisque la deuxième vente (de Maevius à Titius) a été suivie d'une *mancipatio*, et que celle-ci a été faite par le propriétaire (en l'occurrence par Titius, en sa qualité d'héritier de Sempronius qui fut, à son tour, *dominus ex iure Quiritium* jusqu'à sa mort) le fonds – qui est d'ores et déjà possédé par Tu – devient finalement propriété de Maevius. Néanmoins, Titius ne possédant pas le fonds *in bonis* – c'est-à-dire dans son patrimoine –, il n'a pu transférer à Maevius qu'un droit réduit au put titre.

L'ensemble de ces opérations aboutit à une confrontation entre celui qui possède le fonds *in bonis*, Tu, et celui qui en a acquis le *nudum ius Quiritium*, Maevius. Alors que le premier bénéficie de la protection du *ius honorarium*¹⁵⁹ – par le biais de l'*actio Publiciana* et d'une série d'exceptions –, le second peut en principe se prévaloir de la protection que lui réserve le *ius civile*, notamment la *rei vindicatio* et l'*exceptio iusti domini*¹⁶⁰. Il s'agit maintenant de déterminer auquel des deux sujets l'on doit accorder une priorité: au possesseur de bonne foi muni de titre (donc possesseur *ad usucapionem*) ou alors au propriétaire non possesseur? Julien tranche en faveur de la solution '*aequius esse praetorem te tueri*'. En cas de confrontation entre les deux, donc, le possesseur

¹⁵⁷ Si notre supposition est exacte, il n'est pas exclu que, en remplaçant '*mancipaverit*' par '*tradiderit*', les Compilateurs aient exécuté, presque mécaniquement, une interpolation usuelle, sans avoir en vue le bâclage consécutif au jeu de possessions en cause.

¹⁵⁸ Cf. Gai. 1, 121 *in fine*: [...], *praedia vero absentia solent mancipari*.

¹⁵⁹ Certes, à l'époque du principat, la situation de *in bonis habere-esse* était reconnue au point d'être prise en considération pour certains effets civils (notamment en matière de *manumissio* des esclaves; cf. *Fragm. Dosith.* 9 et Gai. 1, 35). Il n'en demeure pas moins que, comme Gai. 2, 40 nous l'indique, le *dominium ex iure Quiritium* et la situation de *in bonis habere* ont continué d'être soumis à deux régimes différents, en occupant deux rangs bien distincts de la protection juridique.

¹⁶⁰ Remède prétorien dans la mesure où il s'agit d'une exception, mais basé sur le *ius civile* quant au fond.

in bonis (Tu) devra être privilégié par rapport au *dominus* qui détient le *nudum ius Quiritium* (Sempronius). Il est équitable, selon les termes de Julien, que la propriété civile, réduite à une pure qualité formelle, succombe face à une situation de fait clairement identifiable. Le *dominium ex iure Quiritium* aura finalement pour seul effet celui de contraindre le possesseur *in bonis* à soulever les exceptions opportunes s'il voudra invalider les moyens judiciaires du *dominus* (Maevius)¹⁶¹.

En retraçant le raisonnement de Julien, nous avons passé sous silence – ou plutôt considéré comme escomptée – une étape que Julien affronte expressément dans le but de clarifier sa position. Nous y revenons maintenant parce que le développement y afférent rappelle les termes de la solution de Marcellus *in D. 17, 1, 49* analysée peu avant¹⁶². Pour répondre à la question finale relative au sort des deux acheteurs, Julien considère d'abord l'anneau intermédiaire du problème: la situation juridique de Titius – par rapport au fonds – avant qu'il ne procède à la seconde vente ainsi qu'à la *mancipatio* à Maevius. Dans ce but, Julien analyse deux variantes. D'abord, '*si ipse Titius fundum a te peteret*': Tu pourrait valablement opposer à la *rei vindicatio* de Titius soit une *exceptio in factum comparata* (ce qui ferait allusion à l'*exceptio rei venditae et traditae*) soit l'*exceptio doli*. Seconde variante: '*si ipse [Titius] eum possideret et [tu] Publiciana peteres*', ce qui présuppose que Tu a perdu la possession du fonds et Titius s'en est emparé. Au cas où Titius excipe '*si non suus esset*' dans le cadre de l'*actio Publiciana* que Tu intente à son encontre, ce dernier aurait à sa disposition, comme dans l'exemple précédent, la *replicatio rei venditae et traditae* ou la *replicatio doli*.

Le parallèle avec le texte de *D. 17, 1, 49* est évident. A l'instar de Marcellus, qui niait – au propriétaire de l'esclave vendu – la possibilité d'intenter la *rei vindicatio* contre l'acheteur (avec lequel il avait lui-même contracté) en permettant à ce dernier d'entraver ladite action au moyen d'une exception – non expressément nommée mais identifiable – Julien propose explicitement les moyens de l'*exceptio* – respectivement *replicatio – doli* ou *rei venditae et traditae* au bénéfice de l'acheteur et possesseur de bonne foi, contre le propriétaire *ex iure Quiritium* qui abuse de son droit en créant un déséquilibre économique. Les raisons qui

¹⁶¹ Vu sous cet angle, le fait d'être au bénéfice du *nudum ius ex iure Quiritium* ne comporte presque plus aucune implication pratique. Encore faut-il préciser néanmoins que cette remarque vaut avant tout à l'égard de celui qui possède *in bonis*. En effet, le *nudum ius ex iure Quiritium* continuera d'avoir un sens à l'égard des tiers: le *dominus* en question pourra par exemple exercer la *rei vindicatio* à l'encontre de celui qui a volé la chose, en obtenant gain de cause.

¹⁶² Cf. p. 67 ss.

fondent ce choix sont certainement les mêmes: le possesseur de bonne foi (Tu) pourra choisir la voie de l'exception la plus idoine, au vu des éléments de preuve dont il dispose.

La lecture de ces différents textes¹⁶³ nous conduit inévitablement à un constat: l'*exceptio rei venditae et traditae* n'est qu'une variante de l'*exceptio doli* octroyée *in casu* (de façon décrétales) par le préteur lorsque les éléments constitutifs d'un certain comportement dolosif typique, donc objectivisé (vente et *traditio* suivies d'une revendication de la part du propriétaire lui-même ou d'une personne intervenue à sa place alors qu'il en avait connaissance) étaient réunis. Ce remède évitait au défendeur les difficultés liées à la preuve de la mauvaise foi subjective du demandeur. En effet, le cumul des éléments typiques (vente,

¹⁶³ Nous considérons superfétatoire de passer en revue tous les textes afférents à l'application de l'*exceptio doli* ou de l'*exceptio rei venditae et traditae*, et nous renvoyons, pour l'essentiel de cette casuistique, à l'étude de KRÜGER, *Beiträge* (1892) 47 ss. Nous nous limitons à rappeler brièvement la typologie que KRÜGER déduit des textes ainsi extrapolés:

A) Un non-propriétaire aliène avec le consentement du propriétaire (*exceptio rei voluntate domini venditae et traditae*): D. 6, 2, 14 (Ulp. 16 *ad ed.*); D. 21, 3, 1, 2 (Ulp. 76 *ad ed.*); C. 8, 44, 11 (Alex. 231 ap. J.-C.). A propos du texte d'Alexandre, nous relèverons que KRÜGER (*Beiträge* [1892] 60 ss), en s'éloignant d'autres auteurs tels SINTENIS et LEONHARD, nie l'appartenance de celui-ci – malgré la référence au '*consensus*' – à la casuistique de l'*exceptio rei venditae et traditae* (ou, selon les termes de l'auteur, de l'*exceptio rei voluntate domini venditae et traditae*). KRÜGER affirme que si tel avait été le cas, Alexandre – qui régnait à une époque où cette exception était désormais usuelle – n'aurait pas proposé l'*exceptio doli*.

Suite à l'analyse de ce groupe de textes – dans laquelle KRÜGER (cf. en particulier n. 69) part d'un faux présupposé, à savoir que «der Verkäufer ist principiell zur Eigentumsübertragung verpflichtet» – l'auteur conclut que seul Marcellus (D. 17, 1, 49, deuxième hypothèse) mentionne l'emploi, dans ces circonstances, de l'*exceptio doli*. KRÜGER conclut néanmoins que telle était certainement l'opinion de tous les juristes du début de l'époque classique alors que, plus tard, Papinien et Ulpien optent pour l'*exceptio rei voluntate domini venditae et traditae*. KRÜGER déduit de ces constats une confirmation de sa théorie évolutive: «Man operierte zu jener Zeit [d.h. am Beginne des klassischen Rechtes] noch nicht mit der *exceptio in factum* ohne besondere Veranlassung». Si nous partageons partiellement les vues de KRÜGER, nous ne pouvons pas agréer les moyens qui l'y amènent (son exégèse des textes et l'idée d'une évolution nette – et exclusive d'autres variantes – des remèdes considérés dans la casuistique en question). Nous avons plutôt l'impression que, sans nier l'idée d'une certaine évolution et sans oublier la perspective de la gradation des remèdes, l'élaboration de l'*exceptio rei venditae et traditae* et de sa variante *voluntate domini* n'a pas exclu pour autant le recours à l'exception dont elles étaient issues (voire qui les englobait), à savoir l'*exceptio doli*. Il ne faut en effet pas oublier que la présence ou l'absence de dol était toujours appréciée *ex facto* (cf. Paul. D. 44, 4, 1, 2).

- B) Le représentant légal du propriétaire aliène une chose appartenant à ce dernier: D. 27, 5, 2 (Cels. 25 *dig.*), texte que l'on retrouve, sans mention du jurisconsulte en question, dans D. 44, 4, 4, 24 (Ulp. 76 *ad ed.*), sous le titre *De doli mali exceptione*. KRÜGER (p. 63) en déduit – en accord avec IENEL, *Paling.* Cels. fr. 227 – que Celse devait traiter ce cas dans la sous-rubrique *de doli mali exceptione*. En l'espèce, Celse et Ulpien admettent que le pupille revendique la chose vendue par un *protutor* et écartent ainsi la possibilité, pour l'acheteur, d'invoquer une *exceptio*. KRÜGER affirme que l'exception en cause ne peut être que l'exception de dol du *protutor*. Il suffit finalement de lire le texte parallèle (Ulp. D. 44, 4, 4, 24) pour se convaincre du fait que Celse se référerait à l'*exceptio doli*. Il sied de préciser que KRÜGER fait erreur en mettant sur un pied d'égalité le *tutor* et le *protutor*; seul ce dernier peut en effet être considéré comme un représentant légal en droit romain. La solution aurait été diamétralement opposée si la vente avait été réalisée par un *tutor* ou un *curator*. Les juristes admettent dans ces cas (cf. d'une manière générale, Ulp. D. 44, 4, 4, 23) que l'acheteur de bonne foi (donc en l'absence de collusion avec le tuteur) oppose l'*exceptio doli (tutoris ou curatoris)* à la *rei vindicatio* du pupille. A ce propos, nous rappelons que dans la formule de l'*exceptio doli* (qui, contrairement à l'*exceptio quod metus*, était une *exceptio scripta in personam*; cf. Ulp. D. 4, 3, 15, 3 et Ulp. D. 44, 4, 4, 33) devait figurer le nom de la personne qui avait agi avec dol. In casu, les jurisconsultes considéraient que le *tutor/curator* agissait *dolo* s'il donnait son consentement (*auctoritas*) à la demande d'action du pupille (cf. Ulp. D. 44, 4, 4, 23 et 24a pour le *tutor*, et Ulp. D. 44, 4, 4, 25 pour le *curator*). Nous nous trouvons ainsi en présence de cas d'opposabilité du dol d'un tiers. A ce sujet, cf. également Ulp. D. 4, 3, 15 *pr.* (11 *ad ed.*) – qui donne non seulement l'*exceptio*, mais également l'*actio de dolo* contre le pupille dans la mesure où il a été rendu *locupletior* du fait du dol du tuteur –, ainsi que Scaevola D. 45, 1, 122, 3 (28 *dig.*).
- C) L'aliénant non propriétaire devient l'héritier du propriétaire: D. 21, 3, 1, 1 (Ulp. 76 *ad ed.*: *Sed et si dominus fundi heres venditori existat, idem erit dicendum.*). KRÜGER (*Beiträge* [1892] 65) soutient qu'Ulpien s'éloigne ici de la position que Marcellus aurait assumée dans cette même situation. Ce passage suit effectivement un texte dans lequel Ulpien reprend l'avis de Marcellus relativement au cas où quelqu'un aliène le fonds d'autrui et en devient propriétaire (sans préciser à quel titre) par la suite. Marcellus propose, dans cette hypothèse, *'hac exceptio'*. Malgré l'absence de toute mention expresse à l'*exceptio rei venditae et traditae*, KRÜGER n'a aucun doute sur le fait que Marcellus fit allusion à celle-ci. Du *'sed si'* qui introduit le texte ci-dessus, l'auteur déduit que Marcellus, contrairement à Ulpien, n'admettait pas l'*exceptio rei venditae et traditae* lorsque l'héritier du vendeur-propriétaire revendiquait auprès de l'acheteur la restitution du fonds hérité après la vente (dont le *de cuius* n'avait pas encore fait la *mancipatio*). De l'avis de KRÜGER, Marcellus aurait opté, dans ces circonstances, pour l'*exceptio doli*. KRÜGER entend ainsi démontrer que, tandis que Marcellus choisit la solution de la vieille école qui privilégiait l'*exceptio doli*, Ulpien ouvre définitivement la porte à la nouvelle perspective tendant à octroyer l'*exceptio rei venditae et traditae* – spécialement créée – dans ce genre de situations. KRÜGER affirme néanmoins qu'Ulpien aurait également opté pour l'*exceptio doli* dans l'hypothèse où l'héritier eût eu connaissance de la vente, par son *de cuius*, de la chose héritée. Il importe de relever que KRÜGER semble oublier la dimension de l'*exceptio doli generalis* dont le défendeur aurait disposé également contre le revendiquant de bonne foi qui n'aurait pris connaissance de la vente de la chose qu'au moment de sa

demande de *rei vindicatio* au préteur. Si, une fois informé de la vente (ce qui allait de soi puisque c'est bien pendant la phase *in iure* que le défendeur pouvait soulever et demander l'introduction d'une *exceptio* – p.ex. *rei venditae et traditae* – dans la formule de la *rei vindicatio*), l'héritier/propriétaire insistait dans sa demande, il pouvait valablement se voir opposer l'*exceptio doli*.

Même si la thèse chronologique soutenue par KRÜGER parle en notre faveur, nous sommes d'avis qu'il ne faut pas avoir hâte de tirer des conclusions trop tranchantes. Il est dangereux d'attacher une trop grande importance à la construction adverbiale '*Sed et si*' qui pourrait n'être qu'un énoncé introductif d'une précision supplémentaire qu'Ulpien apporte au cas précédemment traité par Marcellus, sans nécessairement avoir un paramètre de confrontation avec ce dernier. Le cas qu'Ulpien nous expose ici doit s'inscrire dans la même série de textes que Marcell. D. 17, 1, 49 (6 *dig.*) vu plus haut (Titius, propriétaire qui mandate *ego* pour la vente d'un esclave, devient par la suite héritier de l'acheteur; Marcellus propose l'*exceptio doli* contre Titius qui emprunte la voie de la *rei vindicatio* – plutôt que celle de l'*actio empti* dont il a hérité – contre *ego*). Marcell. D. 17, 1, 49 ne représente néanmoins qu'une variante marginale du problème de la revendication qui suit une vente, alors que Marcell. (Ulp.) D. 21, 3, 1 pr. et 1 en illustrent la typologie de base qui part de l'idée que le propriétaire revendiquant se trouve du côté du vendeur (et non de l'acheteur, comme dans D. 17, 1, 49). Dans tous les cas, que le revendiquant se trouve plutôt du côté de l'acheteur ou du vendeur, l'exception (de dol ou [*in factum*] *rei venditae et traditae*) permet d'éviter une série d'actions inutiles tout en atteignant le même but. Hermogénien – D. 21, 3, 3, pr.-1 [6 *iuris epitom.*] – résume d'ailleurs très bien ces deux aspects du problème: Pr.: *Exceptio rei venditae et traditae non tantum ei cui res tradita est, sed successoribus etiam eius et emptori secundo, etsi res ei non fuerit tradita, proderit: interest enim emptoris primi secundo rem non evinci. 1: Pari ratione venditoris etiam successoribus nocebit, sive in universum ius sive in eam dumtaxat rem successerint.* Finalement KRÜGER (*ibid.* 67 s.), après avoir analysé une série de textes de Paul (D. 21, 2, 73 [7 *resp.*]), Dioclétien (C. 8, 44, 31; C. 3, 32, 14; C. 4, 51, 3) et Ulpien (D. 23, 3, 7, 3 *i.f.*) tire les conclusions suivantes. En considérant qu'Ulpien et Hermogénien font appel à l'*exceptio rei venditae et traditae*, alors que Paul et les juristes de Dioclétien ont appelé pour l'*exceptio doli*, la première exception n'est devenue le remède général dans la casuistique ici abordée qu'à partir de Hermogénien, soit (fin III^e-début IV^e ap. J.-C.). Même, de l'avis de KRÜGER, les juristes antérieurs à Paul et à Ulpien n'auraient-ils pas osé contrecarrer une *rei vindicatio* avec ce simple remède prétorien (de nature procédurale et non substantielle) qu'est l'*exceptio (doli ou rei venditae et traditae)*.

D) Le propriétaire lui-même aliène et fait la tradition, mais l'acheteur ne devient pas immédiatement propriétaire. KRÜGER (*Beiträge* [1892] 70 ss) distingue, dans ce groupe, deux cas:

- Premier cas: hypothèse d'une tradition soumise à condition. KRÜGER constate néanmoins que les sources manquent totalement de références expresses à l'application de l'*exceptio rei venditae et traditae* dans ce genre de problématique. Uniquement en traçant un parallèle entre l'*exceptio (in factum) rei doli dotae* (traitée par Ulpien D. 23, 3, 7, 3 [31 *ad Sab.*]), ainsi que par Neratius D. 12, 4, 8 [2 *membran.*] et par Julien, cité dans Ulp. D. 41, 9, 1, 2 [31 *ad Sab.*] et l'*exceptio rei venditae* dans leur rapport avec l'*exceptio doli*, l'auteur croit pouvoir conclure dans le sens d'une évolution de la «Concurrentz» entre l'*exceptio rei venditae et traditae* et l'*exceptio doli*, qui confirmerait la thèse déjà avancée.

- Second cas: hypothèse de l'acheteur propriétaire *in bonis* (le vendeur propriétaire ne lui a fait que la *traditio* d'une *res mancipi*). L'épuration qu'ont subi, de la part de Justinien, les textes relatifs à la *mancipatio* rend particulièrement ardue la recherche des solutions originaires proposées par les juristes à propos de la problématique soulevée ici. KRÜGER détecte néanmoins un texte de Pomponius qui se référerait indéniablement à la question qui nous intéresse: D. 16, 1, 32, 2 (1 *sen. consult.*). KRÜGER (*ibid.*, p. 72) observe que Pomponius ne fait aucune mention de l'*exceptio doli*, ce qui peut s'expliquer par la présence d'une *replicatio sc. Velleiani* (l'on relève en effet que l'*exceptio doli* occupe toujours la dernière place dans une chaîne d'exceptions).

A défaut de trouver une trace quelconque de textes qui proposeraient l'*exceptio doli* comme remède à disposition du propriétaire *in bonis* contre le vendeur propriétaire *ex i. Q.*, KRÜGER (*ibid.*, p. 72) conclut dans le sens déjà annoncé dans les paragraphes précédents. Entre les maigres lignes des textes dont nous disposons, il faut lire un certain processus évolutif. Chronologiquement, le premier remède octroyé au propriétaire *in bonis* aurait été l'*exceptio doli*. Celle-ci aurait cédé le pas à l'*exceptio in factum* dans certaines hypothèses, notamment lorsque l'*exceptio doli* ne pût être octroyée (*ratione personae* – cf. D. 44, 4, 4, 16 [Ulp. 76 *ad ed.*], D. 37, 15, 2 pr. [Iul. 14 *dig.*], ainsi que D. 37, 15, 5 pr. [Ulp. 10 *ad ed.*] qui interdisent l'emploi des remèdes contre le dol à l'égard des *parentes* et des *patroni* – ou *ratione materiae*, comme en présence d'une *exceptio doli*, vu le principe exprimé in D. 44, 4, 4, 13 [Ulp. 76 *ad ed.*]).

KRÜGER ne partage par ailleurs pas la thèse chronologique de LENEL (EP 514 n. 12) qui soutient que l'exception *rei venditae et traditae* a été originellement conçue précisément pour contrer les prétentions du propriétaire quiritaire qui, après avoir vendu la chose *mancipi* et en avoir fait la simple *traditio*, la revendique à l'acheteur, propriétaire *in bonis*. Seulement par la suite, selon LENEL, l'emploi de telle exception *in factum* aurait été étendu aux autres cas de revendication après vente (de la part d'un non propriétaire). KRÜGER (*ibid.*, p. 77 ss) affirme que le cas du propriétaire quiritaire qui vend puis revendique la chose n'est pas chronologiquement la première hypothèse sanctionnée par l'*exceptio rei venditae et traditae*, mais systématiquement. Il s'agirait, en d'autres termes, de la variante qui, en guise de «Musterfall», apparaissait en premier dans la liste des cas d'application de l'*exceptio in factum* telle que présentée par les juristes. Nous limitons à observer que cela semble être contredit par l'ordre du Titre '*De exceptione rei venditae et traditae*' où Marcellus et Ulpien (D. 21, 3, 1 pr.) exposent en tout premier lieu le cas du vendeur non propriétaire.

- E) Le propriétaire vend et fait la tradition d'une chose grevée d'un droit réel restreint avec le consentement du bénéficiaire de ce droit. Comme le relève KRÜGER, les juristes romains considéraient que le consentement du bénéficiaire d'un droit réel restreint comportait, dans ces circonstances, son renoncement au droit en question. Si celui-ci exerçait néanmoins l'action réelle relative au droit réel restreint en question, l'acheteur pouvait lui opposer l'exception '*Si non auctor Ni Ni rem q.d.a. Ai Ai voluntate vendidit et tradidit*'. KRÜGER individualise deux textes afférents à cette casuistique: D. 44, 4, 4, 12 [Ulp. 76 *ad ed.*] où Ulpien propose l'*exceptio doli* contre l'*usufructuarius*, et D. 20, 6, 8, 6-18 (Marcian. *ls. ad form. hypoth.*) où, au vu de la successive *replicatio doli*, Marcianus aurait proposé l'*exceptio rei venditae et traditae*. D'autres textes – l'un d'Ulpien (D. 20, 6, 4, 1 [73 *ad ed.*]), l'autre de Sévère et Caracalla (C. 8, 25, 2) – ne précisent pas le nom de l'exception.

traditio et, la cas échéant, mandat y relatif du propriétaire¹⁶⁴), associé à l'exercice d'une *rei vindicatio*, suffisait au juge pour retenir l'effet annihilant de l'exception *rei venditae et traditae*. L'emploi de l'*exceptio rei venditae et traditae* – et, à un stade ultérieur, de sa variante *voluntate domini* – s'inscrit certainement dans un processus évolutif. Les situations qu'elle sanctionne ont d'abord été résolues par le biais de l'exception de dol qui, comme l'*actio de dolo*, a joué le rôle de pionnier dans la protection de situations abusives de droit. Comme Paul nous l'enseigne, le dol y était apprécié *ex facto*:

D. 44, 4, 1, 2 (Paul. 71 *ad ed.*): *Sed an dolo quid factum sit, ex facto intellegitur.*

Avec le temps, certaines configurations de faits récurrentes ont incité le préteur à créer un sous-groupe d'exceptions¹⁶⁵ qui présentaient l'avantage d'alléger la charge probatoire du défendeur tout en clarifiant la tâche du juge¹⁶⁶.

Ces exceptions *in factum* n'ont toutefois pas eu pour effet d'exclure progressivement l'emploi de l'*exceptio doli* d'un rayon qu'elle avait originellement couvert. On comprend en effet aisément que lorsque la preuve de la *venditio*, de la *traditio* ou du mandat risquaient d'échouer et que d'autres éléments – telle une attitude manifestement dolosive – entraient en ligne de compte, le

En sus des observations déjà émises ci-dessus, il importe de relever le fait que, dans la plupart des textes pris en considération par KRÜGER dans l'élaboration de sa théorie évolutive des *exceptiones in factum*, les juristes ne font nullement référence à une *exceptio in factum* spécifique. Même s'expriment-ils parfois simplement en termes de *exceptio*, voire de '*tuetur praetor*'.

¹⁶⁴ Dans cette dernière hypothèse, la preuve du mandat ou de la procuration permettait d'exciper *rei voluntate domini venditae et traditae*.

¹⁶⁵ Ce même phénomène de la « *Specialisierung* » (cf. KRÜGER, *Beiträge* [1892] 86 s.) serait à relever également dans le développement d'autres *exceptiones in factum*, telles l'*exceptio rei doti datae*, l'*exceptio rei donatae et traditae* (cf. Paul. D. 6, 2, 12 pr. [19 *ad ed.*] *De Public.*) et Pap. Vat. 259 [12 *respons. ad legem Cinciam*]), l'*exceptio de re usus fructus nomine tradita* (cf. Ulp. D. 7, 9, 7 pr. où ladite *exceptio in factum* serait octroyée en raison de la *replicatio* suivante; Pap. D. 20, 1, 11, 2; Iul. D. 8, 5, 16), l'*exceptio in factum superficarii* (Ulp. 43, 18, 1, 4). À celles-ci, KRÜGER ajoute les exceptions *in factum* – axées autour du *pignerare* ou articulées en termes de *si non convenit* – qui permettraient d'obvier à l'impossibilité d'exciper *conventionis* ou *pacti* en raison de lacunes de forme.

¹⁶⁶ Nous nous rapprochons ainsi de l'opinion de KRÜGER (*Beiträge* [1892] 78 s.) qui considère que le principal avantage des *exceptiones in factum* par rapport à l'exception – à spectre d'appréciation beaucoup plus vaste – de l'*exceptio doli*, est celui de définir clairement le fardeau de la preuve à charge de celui qui se prévalait de l'exception.

recours à l'*exceptio doli* retrouvait tout son sens¹⁶⁷. Le but de celle-ci restait avant tout celui d'assurer la protection de celui qui, en raison de l'usage abusif d'un droit de la part d'un autre sujet, risquait une lésion inéquitable et injustifiée de ses intérêts.

2. La double dimension de l'*exceptio doli*

La vocation de corriger le *rigor iuris* – dans le type de situations dont nous avons cerné les contours au long du chapitre précédent – ne semble pas être une prérogative de l'*actio de dolo*.

Ulpien même reconnaît une fonction identique à ces deux remèdes que sont l'*actio de dolo* et l'*exceptio doli*¹⁶⁸:

D. 44, 4, 2 pr. (Ulp. 6 *ad ed.*): *Palam est autem hanc exceptionem ex eadem causa propositam, ex qua causa proposita est de dolo malo actio.*

De toute évidence, cette exception (*sc. doli*) a été proposée dans le même but pour lequel a été proposée l'action de dol.

¹⁶⁷ Dans ce contexte, il est permis d'avancer l'hypothèse que l'*exceptio rei venditae et traditae* n'a jamais occupé une place spéciale dans l'édit du préteur. Par ailleurs, si nous considérons que LENEL déduit sa formule uniquement de Ulp. 76 *ad ed.*, nous pourrions tout au plus parler de la présence de cette exception dans l'édit de Julien. Il est néanmoins symptomatique de constater qu'Ulpien n'emploie aucune expression introductive du style '*Praetor ait*' qui est normalement répertoriée avant l'exposition de la formule afférente aux remèdes prétoriens. Aussi pourrions-nous, en poussant nos déductions jusqu'au bout, supposer que les cas d'application de l'*exceptio rei venditae et traditae* ont été extrapolés de leur contexte originare (celui de l'*exceptio doli*) – resté tel pendant toute l'époque classique – uniquement par la main des Compilateurs. Cette thèse permettrait également de donner une nouvelle clé de lecture à l'affirmation d'Ulpien (76 *ad ed.*) in D. 44, 4, 2, 5: '*generaliter sciendum est ex omnibus in factum exceptionibus doli oriri exceptionem, quia dolo facit, quicumque id, quod quaqua exceptione elidi potest, petit.* Contrairement à ce que KRÜGER (*Beiträge* [1892] 64) suppose – à savoir qu'Ulpien n'a pas saisi le véritable rapport historique entre l'*exceptio doli* et les *exceptiones in factum* que la première a précédées, et non le contraire – nous pensons qu'Ulpien, indépendamment de toute considération temporelle, a justement voulu exprimer l'interdépendance entre ces deux types d'exceptions, dont les unes (les *exceptiones in factum*) ne constituent qu'une variante (spécifiquement élaborée) du modèle de base (l'*exceptio doli*).

¹⁶⁸ WACKE (*Zum dolus-Begriff* [1980] 373), contrairement à un courant doctrinaire majoritaire (LITTEN, *Zum dolus-Begriff* [1910] en tête), constate une identité de concept entre le *dolus* de l'*actio* et celui de l'*exceptio*. Cette assertion se défend avant tout par le texte d'Ulpien – D. 44, 4, 2 pr. –, mais aussi par les innombrables exemples casuistiques qui suivent. Néanmoins, nous ne pouvons pas exclure qu'une certaine évolution soit intervenue et que le dol originare sanctionné par l'*exceptio* (vraisemblablement à l'appui d'une *clausula doli* préalablement striplée) ait couvert un spectre moins vaste d'attitudes dolosives.

Une observation de Paul relativement à la finalité de l'*exceptio doli* éclaire notre chemin:

D. 44, 4, 1, 1 (Paul. 71 *ad ed.*): *Ideo autem hanc exceptionem praetor proposuit, ne cui dolus suus per occasionem iuris civilis contra naturalem aequitatem prosit.*

Le préteur a proposé cette exception (dans son édit) afin que personne ne tire un avantage de son propre dol en empruntant les voies du droit civil, à l'encontre de l'équité naturelle.

Il est indéniable que le but ainsi énoncé présente une ressemblance étroite avec le domaine d'application de l'*actio de dolo*.

La pensée que Paul nous livre ci-dessus n'est d'ailleurs pas isolée. Nombre de textes disséminés dans le Digeste – et généralement allégués par la doctrine dans les études relatives à l'emploi du principe de l'*aequitas naturalis* en tant que correctif du *ius strictum*¹⁶⁹ – nous acheminent vers cette même idée¹⁷⁰.

Il serait néanmoins hâtif et déroutant de conclure dans le sens d'une identité entre l'équité et l'instrument de l'*exceptio doli*. Prêtons plutôt notre attention à une opinion de Papinien:

¹⁶⁹ Nous nous limitons à citer, à titre d'exemple, TALAMANCA, *L'aequitas* (1993-94) 1 ss avec indication des textes et d'une importante bibliographie afférente à la conception de l'*aequitas naturalis* de Celse fils in Ulp. D. 12, 4, 3, 7.

¹⁷⁰ ERMAN (*Wie weit* [1893] 239 s.) observe que la pensée de Papinien et de Paul – qui aboutirait à considérer l'*exceptio doli* comme un «Werkzeug der bona fides und der aequitas» – est déjà répandue à l'époque de Labéon (D. 44, 4, 4, 1; 7; 15), voire antérieurement, comme en témoigneraient Ofilius (D. 44, 4, 4, 6 [Ulp. 76 *ad ed.*]: *Quod si is, cui pecunia debeatur, cum debitore decidit et nomen eius vendidit Seio, cui debitor mandaverat, ut nomen emeret, deque ea re emptor stipulatus est, deinde creditor eam pecuniam retinet, quam per iudicem abstulit, an emptor ex stipulatu possit experiri? Et Ofilius putat, si venditor nominis paratus non sit reddere, quantum ab emptore accepit, non nocituram exceptionem doli mali [...]*) et, vraisemblablement, Sabinus (D. 45, 1, 36 [Ulp. 48 *ad Sab.*]: *Si quis, cum aliter eum convenisset obligari, aliter per machinationem obligatus est, erit quidem stipulitate iuris obstrictus, sed doli exceptione uti potest: quia enim per dolum obligatus est, competit ei exceptio. Idem est et si nullus dolus intercessit stipulantis, sed ipsa res in se dolum habet: cum enim quis petat ex ea stipulatione, hoc ipso dolo facit, quod petit.*). Les jurisconsultes romains auraient ainsi reconnu dans l'*exceptio doli* le remède qui, par excellence, permettrait d'éviter un «Zwiespalt zwischen der naturalis aequitas und den Rechtsschikanen» (ERMAN, *ibid.*, 239).

D. 44, 4, 12 (Pap. 3 *quaest.*): *Qui aequitate defensionis¹⁷¹ infringere actionem potest, doli exceptione tutus est.*

Celui qui est en mesure de briser l'action du demandeur au moyen d'une défense fondée sur l'équité, est protégé par l'exception de dol.

Il ne fait aucun doute que cette phrase a été isolée par les Compilateurs d'un contexte plus vaste – notamment d'une *quaestio*, voire d'un *responsum* contenus dans les *Libri quaestionum* de Papinien – dans le but de la proposer comme maxime générale. Nous ne pouvons néanmoins pas exclure que, dans son contexte original déjà, l'observation de Papinien fit appel, pour résoudre un cas d'espèce, à un principe d'ores et déjà acquis de façon générale.

Les deux concepts juridiques opposés dans le texte sont *actio* et *defensio*: *actio*, l'action, indique la prétention déduite en justice par le demandeur, et *defensio* se rapporte à la défense au sens large, opposable en tant que défense au sens étroit ou comme exception.

Le sens du texte semble être que si le défendeur dispose d'arguments fondés sur l'équité – conçue comme «justice du cas concret» – susceptibles de démontrer que l'*actio* intentée par le demandeur est inconsistante, il peut faire valoir avec succès ces mêmes arguments en opposant l'*exceptio doli*.

En conséquence, la logique de la phrase de Papinien est la suivante: celui qui dispose d'un moyen de défense basé sur l'équité peut le faire valoir au moyen de cet instrument de défense spécifique qu'est l'*exceptio doli*.

Encore faut-il saisir le sens de «moyen de défense basé sur l'équité». Papinien se réfère ici sans autre à l'équité pure et simple: il ne pense dès lors ni à un motif d'équité d'ores et déjà acquis au *ius civile* – que l'on pourrait faire valoir en tant que simple défense –, ni à un argument d'équité déjà prévu par le *ius honorarium* par le biais d'une exception spécifique, telle une *exceptio pacti*, une *exceptio non numertae pecuniae*, une *exceptio rei venditae et traditae*, etc.

En concluant, nous pourrions, en paraphrasant le texte de Papinien, aboutir à la pensée suivante: l'*exceptio doli* est, pour le demandeur, un moyen approprié de faire valoir une défense qui consiste en un pur argument d'équité. En d'autres termes, notre juriste veut-il exprimer l'idée que parmi les fonctions de l'*exceptio doli*, il existe également celle de permettre au demandeur d'avancer des arguments de défense ancrés sur l'équité.

¹⁷¹ Dans l'expression '*aequitate defensionis*' – que l'on traduit littéralement par «avec l'équité de la défense» – Papinien comprime certainement l'idée d'une «défense (ou argument défensif) qui consiste – pour le défendeur – à démontrer qu'une condamnation basée sur les prétentions du demandeur (*actio*) serait inéquitable».

Nous commettrions ainsi une erreur d'interprétation en restreignant la finalité de l'exception de dol à un pur instrument d'équité.

Nous avons déjà eu l'occasion de relever la double dimension de l'*exceptio doli*¹⁷². Ses termes (*'nihil dolo malo factum sit neque fiat'*¹⁷³) tendent à rassembler sous l'égide du *dolus* un large éventail d'attitudes que l'ordre juridique se doit de sanctionner, tantôt en les mesurant à la bonne foi, tantôt en s'appuyant sur des considérations plus vastes. On relèvera ainsi que la partie *'nihil dolo malo factum sit'* vise essentiellement la correction dans les affaires (*negotia*), alors que la clause *'neque fiat'* permet d'invalider les effets d'une action formellement valable mais inadmissible au regard de l'équité, de l'économie procédurale et de critères apparentés¹⁷⁴.

Un texte d'Ulpien, qui rapporte une opinion de Labéon, résume et illustre bien cette problématique.

¹⁷² Cf. n. 22.

¹⁷³ De nombreuses discussions sont nées au sujet de la formulation originale de l'exception de dol qui, selon certains auteurs, n'aurait pas englobé *ab initio* la partie *'neque fiat'* relative au dol procédural. A ce propos, nous renvoyons en particulier à BRUTTI (*La problematica* [1973] 169 ss) dont nous partageons, pour l'essentiel, l'opinion. L'auteur (*ibid.* 171) relève en effet, à juste titre, que la subdivision dichotomique *exceptio doli generalis - specialis* devait être étrangère à la conception romaine classique. Déjà Trébase (80 av. J.-C.-3 ap. J.-C. environ; cf. CANNATA, *Per una storia* [1997] 298 ss) atteste l'existence de la clause *'neque fiat'* dans une opinion exprimée in D. 2, 14, 10, 2 (Ulp. 4 ad ed.): *Plerumque solemus dicere doli exceptionem subsidium esse pacti exceptionis: quosdam denique, qui exceptione pacti uti non possunt, doli exceptione usuros et Iulianus scribit et alii plerique consentiunt. Ut puta si procurator meus paciscatur, exceptio [doli] <pacti> mihi proderit, ut Trebatius videtur, qui putat, sicuti pactum procuratoris mihi nocet, ita et prodesse. Trébase s'exprime ici à propos de l'exercice dolosif d'une action (inténuée par le créancier contre le débiteur) suite à la conclusion d'un pacte de non petendo (entre ce même créancier et le procurator du débiteur).*

¹⁷⁴ KASER (*RPR* 1, 488 s. et 488 n. 45) affirme que le dol qui consiste à intenter un procès («der mit Klagerhebung begangenen *dolus*») doit s'entendre comme antithèse (Gegenbegriff) de la *bona fides* (l'auteur fonde cette opinion sur D. 17, 2, 3, 3 [Paul. 32 ad ed.]: *Societas si dolo malo aut fraudandi causa coita sit, ipso iure nullius momenti est, quia fides bona contraria est fraudi et dolo.*), alors que dans les cas de «vorprozessuale *dolus*» on ferait référence au véritable *dolus* dans le sens de *machinatio*. Tout en reconnaissant l'intérêt de cette taille à factes, nous ne saurions lui attribuer une valeur absolue. En effet, la riche casuistique que nous analysons tout au long de notre recherche démontre que le dol couvert par les remèdes de *dolo* se prête mal à une contrainte en catégories nettement distinctes et impénétrables. Nous perdrons de vue d'importantes nuances de la pensée juridique si nous nous limitons à considérer qu'une attitude dolosive antérieure à l'action s'apparente nécessairement à une *machinatio*, alors que le dol procédural repose uniquement sur une opposition à la *bona fides*.

D. 44, 4, 4, 15 (Ulp. 76 ad ed.): *Labeo et si ex stipulatu actio competat propter doli clausulam, tamen nocere doli exceptionem ait, si adversus ea [in]qu[e] ¹⁷⁵ factum erit: posse enim petitoem, ante <a> [quam stipulatio committatur].*¹⁷⁶ *nihil dola mala fecisse et tunc facere cum petat: propter quod exceptionem esse necessariam.*

Labéon dit que même si une action revient *ex stipulatu* en vertu d'une *clausula doli*, l'exception de dol pourra quand-même être opposée lorsque l'on a agi contrairement au but de celle-ci (*sc. clausula doli*). Il se peut en effet que le demandeur ne commette aucun dol avant, et qu'il se conduise dolosivement seulement par la suite, au moment où il intente l'action: en raison de cela, l'exception s'avère nécessaire.

Par ailleurs, le passage ci-dessous, dans lequel Ulpien s'inspire d'une opinion de Sabinus, indique que cette double dimension de l'*exceptio doli* est bien affirmée après Labéon:

D. 45, 1, 36 (Ulp. 48 ad Sab.): *Si quis, cum aliter eum convenisset obligari, aliter per machinationem obligatus est, erit quidem suptilitate iuris obstrictus, sed doli exceptione uti potest: quia enim per dolum obligatus est, competit ei exceptio. Idem est et si nullus dolus intercessit stipulantis, sed ipsa res in se dolum habet: cum enim quis petat ex ea stipulatione, hoc ipso dola facit, quod petit.*

Notre lecteur devinera sans peine que l'aspect sur lequel porte tout l'intérêt de notre thèse – axée sur la problématique de l'abus de droit – est essentiellement celui du dol procédural, couvert par la clause '*neque fiat*' que comprend notre exception. C'est d'ailleurs indubitablement à celui-ci que renvoie

¹⁷⁵ Nous suivons la correction proposée par KRÜGER (cf. MOMMSEN/KRÜGER *ad h.l.*).

¹⁷⁶ La précision '*antequam stipulatio committatur*' est vraisemblablement le fait d'un auteur post-classique (antérieur à Justinien?) qui, ne saisissant pas le sens du discours, a voulu résoudre son doute en intégrant au texte une terminologie usuelle en matière de stipulation. A défaut de considérer la modification que nous proposons, l'observation '*posse enim [...] cum petat*' comporte des complications conceptuelles difficilement résolubles. Les rapports chronologiques '*a n t e a nihil... fecisse / et t u n c facere cum*' entre les faits ainsi illustrés permettent de retrouver le sens originnaire du raisonnement labéonien. L'hypothèse que notre juriste avait en vue pourrait se rechercher dans la casuistique suivante: Titius promet à Caius – sans constituer la servitude y relative – qu'il ne fera pas obstacle, dolosivement, à ce que ce dernier puisse *ire agere* à travers son fonds. Aussi, dans un premier temps, n'empêchait-il pas à Caius de passer sur son fonds. Par la suite, néanmoins, Titius exerce contre Caius l'*actio negatoria servitutis*.

Paul lorsque, dans D. 44, 4, 1, 1¹⁷⁷, il s'arrête sur des considérations finalistes relativement à l'*exceptio doli*. Celle-ci, à l'instar de l'*actio de dolo*, devait jouer le rôle d'huile dans l'engrenage des remèdes ordinaires lorsqu'un esprit plus malin que les autres réussissait à y jeter son grain de sel et à provoquer des distorsions du système originairement conçu. Mais ces distorsions, quelle forme pouvaient-elles prendre?

Il est temps, pour que notre discours gagne en clarté, que nous relient les termes généraux des textes rapportés ci-dessus à une casuistique exemplative qui regroupe, dans la mesure du possible, les différents types de situations abusives de droit, abordées tantôt sous l'angle de l'*actio*, tantôt sous l'angle de l'*exceptio*.

Nous retrouvons par ailleurs cette problématique dans D. 8, 5, 16 (Iul. 7 dig.): *Si a te emero, ut mihi liceat ex aedibus meis in aedes tuas stillicidium immittere et postea te sciente ex causa emptionis immisum habeam, quaero, an ex hac causa actione quadam vel exceptione tuendus sim. Respondi utroque auxilio me usurum*. Le vendeur (propriétaire du fonds servant) d'un droit de stillation s'engage envers son voisin – sur le plan obligationnel – à respecter ce droit. Il agit néanmoins contre l'acheteur au moyen de la *negatoria servitutis*, en s'appuyant ainsi sur son droit réel. Ne jouissant d'aucune protection dans ce domaine, l'acheteur n'aurait formellement d'autre alternative que de subir l'action en négation de servitude et de restituer (ce qui comporterait la destruction de l'installation construite *ad hoc*). Il ne lui resterait que d'exiger du vendeur le dédommagement des frais ainsi occasionnés, par le biais de l'*actio ex empto*. La configuration procédurale qui résulte de cet enchevêtrement d'actions s'avère des plus anti-économiques, si bien que Julien opte pour l'octroi, en faveur de l'acheteur du droit de stillation, de l'exception de dol à l'encontre du vendeur de mauvaise foi. Nous pourrions également imaginer, *in casu*, que l'acheteur protège ses intérêts au moyen de l'*exceptio pacti*. Cette solution – apparemment écartée par notre juriste – serait néanmoins moins élégante dans la mesure où le pacte – qui s'inscrit dans le domaine obligationnel – constituerait une ingérence peu appréciée dans le cadre des droits réels.

¹⁷⁷ Cf. p. 81.

Chapitre III

L'application concrète

A. La casuistique romaine des situations abusives de droit

Si nous nous tournons vers les lieux consacrés aux remèdes de Gallus – notamment les titres *De dolo malo* et *De doli mali et metus exceptione* – pour rechercher dans le Digeste un indice de la typologie romaine des situations abusives de droit, nous constatons très rapidement que rien d'exhaustif n'y a été dit. Certes, il nous est donné de lire çà et là des ébauches de systématisation, telle l'observation de Paul:

D. 44, 4, 1, 3 (Paul. 71 *ad ed.*): *Et quidem dolo fit tam in contractibus quam in testamentis quam in legibus.*

En tout cas, il arrive que dol se produise tant dans le domaine des contrats, que dans le cadre des testaments, qu'en relation avec des lois.

Conscients de la réticence des juriconsultes romains à une quelconque compression de la matière juridique en cases dogmatiquement – et donc artificiellement – préconstruites, nous ne nous étonnons point du flou qui caractérise notre matière. Cette remarque se concilie d'ailleurs avec le constat – qui s'est déjà imposé à ce stade de notre recherche – que la *sedes materiae* de la problématique afférente à l'abus de droit déborde sur la plupart des titres du Digeste.

La typologie que nous proposons ci-dessous ne prétend dès lors ni être exhaustive, ni représenter le seul critère de regroupement des situations abusives.

Nous nous sommes limités à mettre en évidence certains pôles d'attraction autour desquels gravitent des séries de cas dont la similitude s'impose spontanément, au point de suggérer, finalement, de vraies et propres typisations du dol. A cela correspond une atténuation de l'élément subjectif – c'est-à-dire de

l'intention, qui compose la notion originaire de dol – qui confine à la disparition. Plus précisément, nous dirons que l'intention de l'auteur n'est plus l'un des points *a quo* dans l'identification d'une situation d'abus de droit, mais bien la conclusion, le port *ad quem* le juriste aboutit suite à une analyse objective du cas, ancrée dans la recherche de certains éléments de fait facilement reconnaissables.

1. En matière de droits réels

1.1. Abus du droit de propriété

L'exemple par excellence d'une situation abusive de droit dans le domaine des droits réels, et plus exactement du droit de propriété, nous est offert par Marcellus, reporté par les Compilateurs dans le titre *De aqua et aquae pluviae arcendae*:

D. 39, 3, 1, 12 (Ulp. 53 *ad ed.*)¹⁷⁸: *Denique Marcellus scribit cum eo, qui in suo fodiens vicini fontem avertit, nihil posse agi, nec de dolo actionem: et sane non debet habere, si non animo vicino nocendi, sed suum agrum meliorem faciendi id fecit.*

Marcellus écrit enfin que l'on ne peut pas agir (*sc.* au moyen de l'*actio aquae pluviae arcendae*) contre celui qui, en œuvrant sur son propre fonds, dévie le cours d'eau du voisin, de même que l'on ne pourra pas octroyer l'*actio de dolo*; et vraiment celui-ci (*sc.* le voisin) ne peut pas disposer (*sc.* de l'*actio de dolo*) s'il (*sc.* l'autre) a fait cela non pas dans le but de nuire à son voisin, mais afin d'améliorer son propre fonds.

¹⁷⁸ Textes parallèles, dans lesquels est également abordée la question de la soustraction d'eau de la part du voisin:

D. 39, 3, 1, 11 (Ulp. 53 *ad ed.*): *Idem [sc. Sabinus Cassius] aiunt aquam pluviam in suo retinere vel superficientem ex vicini in suum derivare, dum opus in alieno non fiat, omnibus ius esse (prodesse enim sibi unusquisque, dum alii non nocet, non prohibetur) nec quemquam hoc nomine teneri.*

D. 39, 3, 2, 9 (Paul. 49 *ad ed.*): *Idem Labeo ait, si vicinus flumen torrentem avertit, ne aqua ad eum perveniat, et hoc modo sit effectum, ut vicino noceatur, agi cum eo aquae pluviae arcendae non posse: aquam enim arcere hoc esse curare, ne influat. Quae sententia verior est, si modo non hoc animo fecit, ut tibi noceat, sed ne sibi noceat.*

D. 39, 3, 21 (Pomp. 32 *ad Q. Muc.*): *Si in meo aqua erumpat, quae ex tuo fundo venas habeat, si eas venas incideris et ob id desierit ad me aqua pervenire, tu non videris vi fecisse, si nulla servitus mihi eo nomine debita fuerit, nec interdicto quod vi aut clam teneris.*

L'*actio aquae pluviae arcendae*, qui trouve son fondement déjà dans les XII Tables¹⁷⁹, pouvait être intentée, en règle générale, par le propriétaire d'un fonds contre le propriétaire du fonds voisin en cas de menace de dommage (*damnum nondum factum*) suite à une altération de l'écoulement naturel de l'eau pluviale qui se manifestait sur le fonds du second, et imputable à un *opus manu factum* (*opus iam factum*) du premier propriétaire¹⁸⁰.

L'arène doctrinale s'est abondamment exprimée sur la question relative à l'octroi – à l'époque classique – de l'*actio aquae pluviae arcendae* également dans les cas de soustraction, et non seulement d'apport excessif d'eau de la part du propriétaire d'un fonds au détriment de son voisin¹⁸¹.

Indépendamment de l'issue que l'on peut donner à cette problématique, un élément de poids nous oblige à accepter le texte ainsi proposé par Ulpien dans son intégralité¹⁸²: l'exemple exposé par Marcellus se réfère à l'eau provenant d'un *fons*, et non à l'*aqua pluvia*. Cela nous permet sans autre d'extrapoler le cas du

¹⁷⁹ Cf. Pomp. D. 40, 7, 21 pr. (= XII Tab. 7, 8a) et Paul D. 43, 8, 5 (XII Tab. 7, 8b).

¹⁸⁰ Cf. D. 39, 3, 1 pr.-1. Pour un approfondissement en la manière, nous renvoyons à l'étude très vaste menée par SITZIA, *Ricerche*, 1977, en particulier p. 16 ss. L'auteur démontre – en réfutant les thèses de SARGENTI (*L'actio*, 1940), BETTI (*La struttura*, 1955) et BROGGINI (*Iudex*, 1957) – que cette action sanctionnait, dès ses origines, un rapport obligationnel et se présentait ainsi sous la forme d'une *actio in personam* – et non pas *in rem* – tout en gardant un caractère répersécutoire. SITZIA (*ibid.* p. 33) relève qu'une évolution a nuancé la légitimation passive – revenant en principe au *dominus*, et non à l'*auctor operis*, puisque mieux à même de restituer – à l'*actio aquae pluviae arcendae*. Alors que la norme des XII Tables conditionnait la responsabilité du *dominus* à une activité de sa part (responsabilité pour *facere* et non responsabilité objective absolue en raison d'un simple fait du fonds), la jurisprudence de la fin de l'époque républicaine opérait une distinction entre *dominus auctor operis* et *non auctor operis* tout en limitant l'éventuelle responsabilité de ce dernier à la *patientiae praestatio*. Il faudra attendre l'intervention de Justinien pour que la condition de l'*opus manu factum* ne constitue plus un passage obligé à l'octroi de l'*actio aquae pluviae arcendae* qui couvre, désormais, également les dommages qui ne résultent pas d'une activité humaine. Pour des études plus ciblées, voir: SALERNO, *Aqua pluvia* (1981) 218 ss; CAIRNS, *D. 39, 3, 3 pr.-1* (1984) 2147 ss; VIGNERON, *A propos de la légitimation passive* (1984) 803 ss.

¹⁸¹ BURDESE (*Manuale* [1993] 343 avec n. 375), qui considère le texte d'Ulp. D. 39, 3, 1, 12 interpolé, soutient, à l'instar de la doctrine majoritaire (pour les références bibliographiques, cf. SITZIA, *Ricerche* [1977] 205 n. 120), que le *damnum* sanctionné par l'*actio aquae pluviae arcendae* aurait été lié, à l'époque classique, uniquement à un excès d'eau provenant du fonds voisin. Justinien, par contre, y aurait englobé également les conséquences nuisibles dues à une diminution de l'apport d'eau provoquée *animo nocendi*. De l'avis de ce même auteur, le changement en question trouverait une explication géographique: aux pluies saisonnières qui caractérisent le climat du territoire de l'Italie classique, s'ajoutent les exigences des territoires de province, généralement arides.

¹⁸² Nous ne faisons que reprendre, en partie, un point d'ores et déjà soulevé par SITZIA, *Ricerche* [1977] 205 n. 120.

contexte étroit de l'*actio aquae pluviae arcendae* et clarifie la position de notre juriste. La protection de l'*actio aquae pluviae arcendae*, spécialement conçue pour régler le contentieux inhérent au partage de l'eau pluviale, fait défaut en présence d'une querelle qui a trait à une source d'eau constante, tel un *fons*. Ainsi, le propriétaire qui, en raison de travaux que son voisin effectue sur son propre terrain, voit diminuer le débit d'eau usuel dont bénéficiait son fonds, ne dispose d'aucun moyen apte à contraindre ce dernier à cesser l'activité nuisible, à rétablir la situation *ante quo*, voire à obtenir un éventuel dédommagement¹⁸³. Néanmoins, bien que maître sur son propre terrain et partant libre d'effectuer dans ce périmètre tous les travaux voulus, le propriétaire peut tomber dans la tentation d'abuser de son droit. L'*actio de dolo*, de par sa conception même, s'avère être finalement la seule panacée qui permet de remédier à ce genre de situations. Si des éléments objectifs – tel le constat que les travaux de déviation de la source n'apportent aucun bénéfice au propriétaire qui les a entrepris, alors que le fonds du voisin subit une dégradation sensible en raison du manque d'eau – permettent de conclure que l'activité du propriétaire en question dénote un caractère abusif, l'octroi de l'action de dol trouve tout son sens et permet de combler l'absence de protection typique du schéma de l'abus de droit.

Toujours dans le contexte du titre consacré à l'*actio aquae pluviae arcendae*, l'*actio de dolo* est proposée, cette fois par Paul, dans un cas de vente du terrain après la construction d'un *opus* – au sens technique exigé par l'*actio aquae pluviae arcendae* – par le propriétaire et constructeur lui-même.

D. 39, 3, 14 pr. (Paul. 49 *ad ed.*): *Antaeus*¹⁸⁴ ait, si is qui opus fecerit [potentiori] <postea alteri>¹⁸⁵ vendiderit praedium, quatenus desierit dominus esse, agendum cum eo quod vi aut clam: quod si annus praeterierit, de dolo iudicium dandum.

¹⁸³ Nous partons bien entendu du principe que le propriétaire lésé ne bénéficie d'aucune servitude à ce titre.

¹⁸⁴ MOMMSEN/KRÜGER *ad h.l.* observent que dans certains manuscrits (*secundi ordinis Bononienses*, rassemblés par ces auteurs sous le signe S), le texte du Digeste indique 'Ateius', nom qui apparaît par ailleurs sous cette même forme in D. 39, 3, 2, 4. LENEL (*Pal.* 1, 71 n. 1) exclut que l'Ateius en question corresponde à Capiton. CANNATA (*Per una storia* [1997] 275 s. avec n. 260; 310) observe qu'il s'agirait plutôt de Gaius (ou Caius) Ateius, disciple de Servius Sulpicius, comme mentionné in Pomp. D. 1, 2, 2, 44.

¹⁸⁵ Comme l'indiquent MOMMSEN/KRÜGER *ad h.l.*, Faber (juriste, contemporain de Cujace, qui appartenait à l'école des Cultes et que l'on considère comme un précurseur de la doctrine interpolationniste) propose de substituer 'postea alteri' à 'potentiori'.

Ateius affirme que si celui qui a fait une construction vend le terrain à quelqu'un [de plus puissant] <d'autre par la suite>, l'on pourra demander contre lui l'interdit *quod vi aut clam* s'il a cessé d'être propriétaire; si l'année est déjà passée, il faudra octroyer l'*actio de dolo*.

L'exemple semble faire référence à la pratique, très courante en époque post-classique, de conclure une vente ficôve du terrain – objet d'une revendication dont le propriétaire et possesseur craignait une issue inéquitable en raison de l'influence du demandeur – avec un autre personnage influent de la région afin de garantir, par la présence de ce dernier au procès, une certaine égalité des armes. Tout en considérant que cela ne change rien aux données du problème de fond, nous préférons suivre la suggestion de Faber¹⁸⁶ qui, pour retrouver le sens originnaire du texte, remplace '*potentiori*' par '*postea alteri*'. Nous abordons ainsi la situation suivante: un *dominus* vend son fonds à un tiers après y avoir construit un *opus* sujet à une *actio aquae pluviae arcendae* du fait du dommage qu'il entraîne pour la propriété voisine. Indépendamment de la nature fictive de la vente, le vendeur en question cesse d'être formellement propriétaire de ce fonds et, du fait qu'il ne quitte pas les lieux, il en devient possesseur au nom d'autrui. A défaut de légitimation passive à l'*actio pluviae arcendae*¹⁸⁷, l'ancien *dominus* ne pourra être astreint à remédier aux inconvénients encourus par le propriétaire voisin qu'au moyen d'un interdit, en l'occurrence de l'*interdictum quod vi aut clam*¹⁸⁸. L'inconvénient de ce dernier moyen réside dans sa prescription annuelle, le *dies a quo* étant le jour de l'*experiendi potestas* ou, en d'autres termes, le moment à partir duquel, en renant compte de toutes les circonstances¹⁸⁹, l'intéressé aurait pu demander l'intervention du préteur. Passé ce délai, tous les remèdes judiciaires et extra-judiciaires ordinaires étant épuisés, le voisin lésé se découvre démuné de protection, alors

¹⁸⁶ Cf. n. 185 ci-dessus.

¹⁸⁷ Légitimation réservée, comme déjà observé dans le cadre de la n. 180 ci-dessus, au seul *dominus* du fonds sur lequel avait été construit l'*opus*.

¹⁸⁸ Texte de l'interdit: '*Quod vi aut clam factum est, qua de re agitur, id, <si non plus quam annus est> cum experiendi potestas est, restituas*' (cf. LENEL, *EP*, 482 s.). A l'instar de tous les *interdicta*, cet interdit était concédé par le préteur à toute personne ayant un intérêt juridiquement digne de protection (et non seulement au *dominus*; cf. Paul. D. 43, 24, 16 pr. et Ulp. D. 43, 24, 19), et il pouvait avoir pour cible tant l'activité (*opus actum in solo*, qui pouvait consister en une simple décharge de pierres dans le fonds voisin; cf. Ulp. D. 43, 24, 15, 1) du *dominus* du fonds lui-même, que celle de son esclave ou de son *procurator* (cf. Ulp. D. 43, 24, 3 pr.). Pour un aperçu plus détaillé en la matière, nous renvoyons à: LUZZATO, *Il problema* (1965) 142 ss; DAVID, *Esudes* (1947); BRANCA, *Carattere penale* (1953) 111 ss; PETERS, *Das «patentiam praestare»* (1969) 135 ss; CAPOGROSSI COLOGNESI, *L'interdetto* (1993) 231 ss.

¹⁸⁹ L'absence ou la maladie, par exemple, pouvaient justifier un report du début de la prescription.

que ses intérêts mériteraient d'être pris en compte. Une fois de plus, c'est le moyen subsidiaire de l'*actio de dolo* qui permet d'accourir au secours d'une situation inacceptable tant sur le plan de l'équité que de l'équilibre économique.

La propriété est, certes, un droit plein et opposable à tout un chacun. Toutefois, lorsque son exercice a pour seul effet de nuire à un voisin ou de compromettre l'équilibre qui se tisse entre les différentes propriétés – de sorte qu'un avantage minime, voire inexistant, pour le propriétaire correspond à un désagrément démesuré pour la propriété voisine –, l'attitude en question et ses conséquences doivent être sanctionnées. A défaut d'avoir prévu un moyen ordinaire à cet effet, ce dont le responsable profite, il faudra emprunter le chemin de l'*actio de dolo* et rétablir le lésé dans sa situation antérieure.

1.2. *Actio et exceptio doli* comme remèdes contre une attitude abusive affectant l'exercice d'un droit réel restreint

a) Impossibilité d'exercer une *vindicatio usus fructus*

En suivant l'exemple des juristes romains, partons directement de bases casuistiques pour illustrer avec clarté la problématique que nous désirons aborder, et empruntons un exemple à Ulpien:

D. 7, 4, 5, 2-3 (Ulp. 17 ad Sab.): 2: *Rei mutatione interire usum fructum placet: veluti usus fructus mihi aedium legatus est, aedes corruerunt vel exustae sunt: sine dubio extinguitur. An et arcae¹⁹⁰ Certissimum est exustis aedibus nec arcae nec cementorum usum fructum deberi. Et ita et Iulianus. 3: Si arcae sit usus fructus legatus et in ea aedificium sit positum, rem mutari et usum fructum extinguí constat. Plane si proprietarius hoc fecit, ex testamento vel de dolo tenebitur.*

2: Tous les juristes s'accordent pour admettre qu'un changement de la chose provoque l'extinction de l'usufruit; ainsi par exemple, si l'usufruit d'une maison m'a été légué, et que cette maison s'écroule ou est détruite par le feu, il est hors de doute qu'il s'éteint. Et l'usufruit de la surface? Il est tout à fait certain que, une fois la maison brûlée, ni l'usufruit de la surface ni celui des matériaux de construction n'est dû. Tel est également l'avis de Julien. 3: Si l'usufruit de la surface a été légué, et qu'une construction a été posée sur celle-ci, il s'ensuit que la chose a changé et que l'usufruit s'éteint. Bien évidemment, si cela a été le fait du propriétaire, celui-ci sera tenu en vertu du testament ou sur la base de l'*actio de dolo*¹⁹¹.

¹⁹⁰ MOMMSEN insère 'et' (cf. MOMMSEN/KRÜGER ad h.l.).

Le texte prend indubitablement en considération deux variantes de constitution d'usufruit. Dans l'hypothèse d'un legs de disposition (*legatum per vindicationem*), le testateur a conféré un *ius in res aliena*, notamment un droit d'usufruit sur une maison, directement au légataire¹⁹². Ce dernier dispose ainsi, aussitôt que le testament produit ses effets, de l'*actio in rem* – en l'occurrence de la *vindicatio usus fructus* – contre toutes personnes, y compris le ou les héritiers, possédant la *res legata*. Néanmoins, si l'héritier-propriétaire détruit ou modifie la maison qui fait l'objet de l'usufruit, le légataire ne pourra plus exercer la *petitio usus fructus* en vertu du principe '*rei mutatio usum fructum extinguunt*'¹⁹³. La seule

¹⁹¹ L'ordre du Digeste rattache, au texte d'Ulpien, une phrase de Pomponius (5 *ad Sab.*). Nous lisons ainsi in D. 7, 4, 6: *sed et interdictum quod vi aut clam usufructuario competit* (mais l'usufruitier dispose également de l'interdit *quod vi aut clam*). Nous suivons sans autre l'avis de MOMMSEN (cf. MOMMSEN/KRÜGER *ad h.l.*) qui considère cette observation comme une incise, sans véritable rapport avec le fond du problème qui n'est abordé que dans le passage suivant, notamment D. 7, 4, 7, analysé plus loin. En effet, la logique de Pomponius – si elle est intégrée dans le contexte de l'exemple d'Ulpien où il est question d'un *legatum per vindicationem* – ne s'expliquerait point. Comment concilier la solution cohérente d'Ulpien et de Julien, qui octroient l'*actio de dolo* au légataire déchu dans l'hypothèse d'un legs de disposition, avec le recours à l'*interdictum quod vi aut clam*? La subsidiarité stricte de l'action de dol – que nous avons d'ores et déjà pu prouver – écarterait son emploi en présence d'un remède interdictal. Ainsi, la conclusion suivante s'impose: D. 7, 4, 6 n'indique que l'un des moyens dont l'usufruitier dispose, en général, contre le propriétaire qui empiète sur ses prérogatives de *uti et frui*. L'*interdictum quod vi aut clam* n'entre néanmoins en ligne de compte que dans la mesure où l'activité du *propriarius* – tendant à modifier l'objet grevé d'usufruit – n'est pas encore achevée, ce qui ne correspond pas à l'exemple illustré auparavant. À ce propos, nous renvoyons à ce qui a été développé à la n. 193 ci-dessous.

¹⁹² Pour la forme de ce type de legs, cf. Gai 2, 193-196. Concernant la problématique de l'acquisition des legs *per vindicationem*, nous renvoyons à: ROMANO, *Sull'acquisto* (1933); VOCI, *Teoria* (1936); AMIRANTE, *In tema* (1952) 249 ss.

¹⁹³ Au premier abord, ce qui nous est présenté comme un principe acquis sans divergences par la globalité des juristes, semble subir une entorse en raison d'une solution de Labéon qu'Ulpien nous propose dans un autre texte:

D. 7, 1, 7, 1 (Ulp. 17 *ad Sab.*): *Rei soli, ut puta aedium, usu fructu legato quicumque reditus est, ad usufructuarium pertinet quaeque obventiones sunt ex aedificiis, ex areis et ceteris, quaecumque aedium sunt. Unde etiam mitti eum in possessionem vicinarum aedium causa damni infecti placuit, et iure domini possessurum eas aedes, si perseveretur non caveri, nec quicquam amittere finito usu fructu. Hac ratione Labeo scribit nec aedificium licere domino te invito alius tollere, sicut nec areae usu fructu legato potest in area aedificium poni: quam sententiam puto venam.* [Si l'usufruit d'un immeuble, comme par exemple d'une maison, est donné en legs, tout revenu qui en dérive appartient à l'usufruitier, qu'il s'agisse de revenus qui proviennent du bâtiment, du terrain ou de toutes autres choses appartenant à l'immeuble. Les juristes s'accordent ainsi pour admettre que, en présence d'un danger de dommage imminent (i.e. provenant du fonds voisin), l'on puisse accorder à l'usufruitier une *missio in possessionem* et, si (s.c. le propriétaire du fonds voisin) s'obstine

issue dont le légataire déchu dispose pour remédier aux agissements de l'héritier, qui a sciemment modifié la *res* pour provoquer l'extinction du droit d'usufruit, consiste en l'exercice de l'*actio de dolo*¹⁹⁴.

Dans le cas d'un *legs per damnationem*, par lequel l'héritier devenait débiteur d'une prestation de *dare* ou de *facere* envers le légataire¹⁹⁵ – consistant en l'occurrence en une constitution d'usufruit en faveur de ce dernier – deux issues sont possibles. Si l'on contemple la situation de l'héritier qui détruit ou modifie la chose avant la constitution de l'usufruit, le légataire disposera contre lui de l'ac-

dans le refus de prêter la *cautio* (*sc. damni infecti*), on lui permette d'obtenir la possession (du fonds voisin) au titre de propriétaire sans rien perdre de tout cela une fois l'usufruit arrivé à son échéance. Pour la même raison, Labéon écrit qu'il n'est pas admis que le propriétaire (*sc. du fonds donné en usufruit*) élève un bâtiment (*sc. sis sur ce même fonds*) sans ton consentement; aussi, dans l'hypothèse où un fonds sans constructions aurait été donné en usufruit, (*sc. le propriétaire*) ne pourra pas y ériger un bâtiment, sentence que j'estime être correcte.]

Le texte expose, en général, les prérogatives de l'usufruitier. Dans la partie qui nous intéresse en particulier (depuis *Hac ratione Labeo scribit*), Ulpien partage l'opinion de Labéon tendant à admettre une action négatoire de la part de l'usufruitier – ce qui présuppose la survivance de l'usufruit – contre le propriétaire du fonds donné en usufruit, lorsque ce dernier y érige une construction. A première vue, cette solution surprend sans la mesure où elle semble ignorer le principe de l'extinction du droit d'usufruit en cas de *mutatio rei*. En réalité, l'opinion de Labéon s'explique si l'on considère que, contrairement aux situations illustrées dans Ulp. D. 7, 4, 5, 2-3, la modification projetée par le *proprietary* dans l'exemple ci-dessus n'a pas encore été exécutée, ni n'est définitive. Par conséquent, la *mutatio rei* n'est pas encore parfaite, si bien que la preuve du droit d'usufruit – respectivement de la nature de l'objet donné en usufruit – dans le cadre de l'*actio negatoria* demeure possible.

En conclusion, la confrontation des deux passages du Digeste en cause (D. 7, 1, 7, 1 et D. 7, 4, 5, 2-3) n'aboutit pas à une contradiction entre les deux, mais elle révèle une complémentarité qui permet de préciser le principe de l'extinction de l'usufruit en cas de changement de la *res* grevée d'un usufruit. Pour que ce dernier puisse être invoqué, il est nécessaire que la *mutatio* soit achevée et définitive, comme dans l'exemple in D. 7, 4, 5, 2-3 dans lequel, au moment où la question de la *vindicatio ususfructus* se pose, la transformation *aedificiumlaren* ou *areal aedificium* est d'ores et déjà accomplie.

Pour un aperçu complet de la typologie relative à l'extinction de l'usufruit (inondation d'un fonds qui se transforme ainsi en étang, abattage d'une forêt dont la surface est transformée en champ, changement de l'affectation d'un esclave par la transformation de son *ministerium* (...)), nous renvoyons à GROSSO, *Usufrutto* (1958) 381 s.

¹⁹⁴ La référence à l'*actio de dolo* est considérée comme étant le fruit d'une interpolation par CAVIN (*L'extinction* [1933] 32 et 79), alors que NÄF-HOFMANN (*Zur objektiven* [1961] 21) écarte cette thèse interpolationniste. Pour notre part, nous ne rencontrons aucun obstacle de fond ou de forme à l'admission du caractère original de la solution relative à l'*actio de dolo*.

¹⁹⁵ Pour la forme du *legs per damnationem*, ainsi que pour la reconstitution de son régime, cf. Gai. 2, 201 ss et Ulp. 24, 4 ss. Au sujet de la responsabilité qui en découle, voir en particulier SARGENTI, *Problemi* (1954) 162 ss.

tion personnelle *ex testamento* par laquelle il pourra obtenir un dédommagement du tort subi. Par contre, si l'héritier, en modifiant la *res*, atteint l'extinction de l'usufruit après s'être conformé à son obligation testamentaire de le constituer, nous nous retrouvons dans les mêmes eaux du *legatum per vindicationem*. La *vindicatio* étant devenue impossible en raison de la *mutatio rei*, seule l'action de dol permet à l'usufruitier de parer aux inconvénients ainsi subis.

Encore faut-il assortir cette solution de la précision que l'*actio de dolo* sera octroyée à l'usufruitier déchu également dans l'éventualité où l'héritier-proprétaire aurait transformé la chose donnée en usufruit sans «anfängliche Schädigungsabsicht»¹⁹⁶. En effet, alors même que le *proprietaryus* n'avait pas conscience, lors de son activité, de l'effet extinctif du droit d'usufruit de la *mutatio rei*, il assume une attitude abusive de droit si, une fois informé de cet état de fait, il n'entreprend aucune démarche tendant à rétablir les intérêts déçus de l'usufruitier. La suite du texte que nous venons de prendre en compte confirme pleinement ce raisonnement:

D. 7, 4, 7 (Iul.¹⁹⁷ 35 dig.): *nisi sublato aedificio usum fructum areae mihi cesserit, [tempore scilicet quo usus fructus perit transacto]*¹⁹⁸.

A moins que, une fois le bâtiment détruit, il (*sc.* le propriétaire) ne me fasse l'*in iure cessio* de l'usufruit de la surface [, étant entendu que le temps d'extinction de l'usufruit est passé].

¹⁹⁶ Dans ce sens également WACKE, *Zum dolus-Begriff* (1980) 369.

¹⁹⁷ Le texte est généralement attribué à Julien, sauf dans la version de la *littera Florentina* où apparaît le nom d'Ulpien. Il est néanmoins certain que le texte appartient à Julien puisque son *inscriptio* renvoie au livre 35 d'une œuvre intitulée *Digesta*. Or, Ulpien n'a jamais écrit des *Digesta*. Quant aux autres auteurs qui pourraient entrer en ligne de compte, soit ils n'ont pas atteint un 35^e livre (l'œuvre de Marcellus en comprenait 31), soit ils ne pouvaient pas traiter, à cet endroit, l'argument en question (Celse y développait la problématique relative à la *lex Julia et Papia*, et Cervidius Scaevola – dont nous ne disposons plus d'aucun fragment à partir du 35^e livre – se trouvait désormais au beau milieu de commentaires aux lois et aux *senatusconsulta*). Il s'agit ainsi indubitablement d'un livre des *Digesta* de Julien, et plus précisément du 4^e livre de la série de *legatis* (livres 32 à 38).

¹⁹⁸ Nous attribuons la précision finale à une main post-classique peu avertie qui n'a de toute évidence pas saisi le sens du texte, notamment quant à l'extinction – d'ores et déjà advenue – de l'usufruit en raison de la *mutatio rei*. L'interprète superpose en effet ce dernier problème à celui de l'extinction du droit d'usufruit pour non-usage. Il semble par ailleurs perdre de vue que, contrairement à ce qui advient dans le domaine des servitudes, le changement de l'objet donné en usufruit n'entraîne pas une suspension du droit en question, mais son extinction pure et simple. Dans ce sens également GROSSO, *Usufructo* (1958) 385.

Le propriétaire qui, ignare des conséquences juridiques de son acte, construit un édifice sur le fonds grevé d'un usufruit de la surface, fera preuve de bonne foi en procédant spontanément à la *restitutio* de la situation de l'usufruitier dont le droit a ainsi été éteint. Il détruira par conséquent le bâtiment en question et fera une nouvelle *in iure cessio* de l'usufruit sur le fonds. Par ce biais aussi, il ne s'exposera pas à la sanction de l'*actio de dolo* que justifierait une attitude abusive de droit.

Un autre texte, que nous pouvons qualifier de parallèle à D. 7, 4, 5, 2-3, propose la même solution tout en mettant en lumière la différence de traitement, en cas de *mutatio rei*, d'un usufruit par rapport à une servitude:

D. 8, 5, 9 pr. (Paul. 21 *ad ed.*): *Si eo loco, per quem mihi iter debetur, tu aedificaveris, possum intendere ius mihi esse ire agere: quod si probavero, inhibebo opus tuum. Item Iulianus scripsit, si vicinus in suo aedificando effecerit, ne stillicidium meum reciperet, posse me agere de iure meo, id est ius esse immittendi stillicidium, sicut in via diximus. Sed si quidem nondum aedificavit, sive usum fructum sive viam habet, ius sibi esse ire agere vel frui intendere potest: quod si iam aedificavit dominus, is qui iter et actum habet adhuc potest intendere ius sibi esse, fructuarius autem non potest, quia amisit usum fructum: et ideo de dolo actionem¹⁹⁹ dandam hoc casu Iulianus ait. Contra si in itinere, quod per fundum tibi debeo, aedifices, recte intendam ius tibi non esse aedificare vel aedificatum habere, quemadmodum si in area mea quid aedifices.*

Si tu as construit à l'endroit où une servitude de passage m'est due, je pourrai agir avec l'*intentio* «que j'ai le droit de passer» (*sc. exercer une vindicatio servitutis*); en prouvant cela, j'empêcherai ta construction. Dans ce même sens, Julien a écrit que si le voisin, en construisant sur son propre fonds, a rendu impossible l'écoulement (dans son fonds) des eaux de pluie de ma maison, je peux agir en invoquant mon droit, notamment celui de lui envoyer les eaux de gouttière, comme nous l'avons dit en matière de servitude de passage. Mais si quelqu'un (*sc. le propriétaire du fonds*) n'a pas encore édifié, qu'il soit titulaire d'un usufruit ou d'une servitude de passage, il (*sc. le bénéficiaire*) pourra agir avec l'*intentio* «qu'il a le droit de passer» ou «qu'il a l'usufruit» (*sc. exercer la vindicatio servitutis* ou *usus fructus*). Si, en revanche, le propriétaire a d'ores et déjà achevé la construction, celui qui est titulaire d'une servitude de passage pourra encore agir avec l'*intentio* «qu'il a le droit», alors que l'usufruitier ne peut plus le faire puisqu'il a perdu l'usufruit; par conséquent, Julien dit qu'il faut, dans ce cas, octroyer l'action de dol. Par contre, si toi-

¹⁹⁹ Comme dans le contexte de D. 7, 4, 5, 3, CAVIN (*L'extinction* [1933] 32 et 79) affirme que la référence à l'*actio de dolo* est d'origine post-classique (*contra*, NÄF-HOFMANN, *Zur objektiven* [1961] 21). La logique, ainsi que l'absence de motifs fondés à l'appui de la thèse de CAVIN, nous pousse à conclure avec GROSSO (*Usufrutto* [1958] 382) que, malgré quelques traces de remaniement, le contenu du texte doit être considéré essentiellement classique.

même tu construis sur le chemin qui traverse le fonds à travers lequel je te dois une servitude de passage, à juste titre j'agirai avec l'*intentio* «que tu n'as pas le droit de construire ou d'avoir un édifice» (sc. exercer l'*actio negatoria servitutis*), comme si tu construais quelque chose sur le sol de ma propriété.

La construction d'un édifice à l'endroit où un *iter* ou un *actus* avaient été constitués, empêche l'exercice de ces droits sans toutefois toucher à leur substance. Aussi longtemps que l'on ne touche pas de façon irréversible à la morphologie du fonds servant, l'impossibilité d'exercer une servitude en raison d'un changement du fonds n'entraîne pas l'extinction automatique de celle-ci, mais déclenche simplement le compte à rebours de la prescription pour *non usus*²⁰⁰. Le bénéficiaire de la servitude demeurant titulaire du droit en question, il continue de disposer de la *vindicatio servitutis* pour obtenir la *restitutio* de ses prérogatives.

En présence d'un usufruit, par contre, la *mutatio rei* provoque l'extinction du droit et, par là, la perte, pour le bénéficiaire, de sa qualité d'usufruitier.

Comment expliquer cette différence de destinée entre le titulaire d'une servitude et l'usufruitier? Plusieurs approches du problème sont envisageables, voire cumulables. D'un côté, il faut relever que le pouvoir de l'usufruitier sur la chose est étroitement lié à la destination économique de la *res* donnée en usufruit. Il s'ensuit qu'une transformation radicale de cette dernière affecte, dans sa substance, l'*uti frui* qui originellement composait le droit en question²⁰¹. Cette considération justifie déjà, à elle seule, l'extinction du *ius utendi fruendi* en cas de disparition ou de changement de l'objet grevé d'usufruit.

Aussi pourrions-nous rechercher une explication supplémentaire à cette différence de traitement, dans l'intérêt que les deux droits servent ainsi que dans leur évaluation économique. Alors que l'usufruit, servitude personnelle, est constitué essentiellement dans l'intérêt de son titulaire et qu'il prive le propriétaire d'une tranche importante – voire prépondérante – de son droit, la servitude de passage, et les servitudes prédiales en général, enrichissent sensiblement le fonds dominant du fait de l'amélioration de son exploitation, tout en préservant la valeur et les facultés d'utilisation du fonds servant. L'opération économique se solde ainsi en un bilan positif, en cas de servitudes prédiales, alors qu'elle se résout négativement en présence d'un usufruit²⁰².

²⁰⁰ A ce propos, nous renvoyons à GROSSO, *Le servitù* (1969) 266.

²⁰¹ Dans ce sens, cf. GROSSO, *Usufrutto* (1958) 51.

²⁰² Une précision s'impose. Notre évaluation repose sur des critères purement substantiels – elle se réfère dès lors à l'essence même du droit – et ne doit pas être confondue avec des considérations afférentes à la fonction – c'est-à-dire à la titularité – des droits en cause. Rien n'empêche en effet d'imaginer qu'un usufruit soit constitué en faveur d'une personne morale (commune,

L'essence du problème se résume finalement, au vu de la *quaestio* qui nous occupe dans la présente étude, en un constat: l'absence de titularité d'un droit d'usufruit comporte, pour l'usufruitier, l'impossibilité d'exiger le respect de ses intérêts au moyen de ce remède ordinaire qui serait la *vindicatio usus fructus*. Seule l'*actio de dolo*, au vu de considérations qui s'inscrivent dans la perspective de l'abus de droit, permet de sortir de l'impasse.

b) Attitudes abusives dans le domaine des servitudes

A l'instar du propriétaire, le titulaire d'un droit réel restreint peut abuser de la protection formelle que lui réserve le système juridique. Papinien, qui se rallie à une opinion de l'école des Sabinien, nous en offre un exemple:

D. 8, 1, 4 pr. (Pap. 7 *quaest.*): *Servitutes ipso quidem iure neque ex tempore neque ad tempus neque sub condicione neque ad certam condicionem ((verbi gratia 'quamdiu volam'))*²⁰³ *constitui possunt: sed tamen si haec adiciantur, <per>*²⁰⁴ *pacti vel per doli exceptionem occurreret contra placita servitutem vindicanti: idque et Sabinum respondisse Cassius restulit et sibi placere.*

Les servitudes, de par leur nature même, ne peuvent être constituées ni avec un terme initial, ni avec un terme final, ni sous condition suspensive, ni sous condition résolutoire. Toutefois, si ces éléments sont rajoutés, l'on pourra s'opposer à celui qui revendique la servitude à l'encontre des accords, au moyen d'une exception de pacte ou de dol. Ainsi a répondu également Sabinus, et Cassius a affirmé qu'il embrassait cette même solution.

Le *ius civile* n'admettrait aucune entorse au principe de la constitution des servitudes exempt de toutes conditions ou termes²⁰⁵. Ainsi, dès l'*in iure cessio*, le droit naissait, en faveur du propriétaire du fonds dominant, indépendamment de

Eiat, etc.) et serve ainsi les intérêts d'une communauté publique. Il n'en demeure pas moins que, du point de vue substantiel, le préjudice qu'il implique pour le droit de propriété qu'il parasite est considérable.

²⁰³ L'incise en question est certainement une glose puisqu'elle énonce une éventualité – celle d'une condition qui dépend du bon plaisir d'une partie – qui, d'une manière générale, rend tout accord invalide. Un exemple plus approprié aurait pu être celui d'une condition du type «jusqu'au moment où je serai nommé consul», qui sous-entend une réalisation possible et indépendante du simple bon vouloir d'une seule partie.

²⁰⁴ Insertion que l'on trouve dans les '*deteriores*' (*dett.*) par MOMMSEN/KRÜGER *ad h.l.*

²⁰⁵ Pour la justification juridique de la règle – applicable à toutes les «absolute Rechtsstellungen» telles la liberté, la *patria potestas*, les servitudes, l'hérédité ainsi que, à quelques exceptions près, la propriété – et pour les renvois bibliographiques, cf. KASER, *RPR* I, 258 n. 60 et 442 s. n.

la teneur des éventuels accords particuliers entre les parties. Bien entendu, le propriétaire du fonds servant avait-il la possibilité de parer à la violation des *placita* sur le plan obligationnel dans l'hypothèse où une convention *ad hoc* avait été conclue.

A défaut, rien, sur le plan des droits réels, ne permettait d'entraver le plein exercice de la servitude octroyée au propriétaire du fonds dominant.

Le texte fait donc allusion, en parallèle, au problème général de l'efficacité des pactes. La particularité du cas d'espèce consiste dans le fait que le pacte en cause – à savoir l'assujettissement de la naissance d'un droit à une condition ou à un terme – n'est pas accessoire à un contrat, mais à un acte à effet réel, notamment à une *in iure cessio* constitutive de servitude. En conséquence, ce pacte, au vu de sa nature obligationnelle, est pour ainsi dire doublement intrus: non seulement il se greffe – pour utiliser une expression peu technique – sur un droit réel restreint dans la mesure où il s'insère dans la formule de son acte constitutif, mais il permet encore d'exciper *pacti* alors qu'une exception moins étrangère, telle l'*exceptio doli*, s'offre au propriétaire. Il faut néanmoins en déduire que tant Sabinus que Cassius avaient franchi la barrière substantielle que cette intrusion pouvait comporter et admettaient, au-delà de cet antidote général contre le comportement abusif que l'exception de dol, le remède plus spécifique de l'*exceptio pacti*. Ce dernier stade n'avait apparemment pas été franchi par Javolène – bien que postérieur ou contemporain à Sabinus et à Cassius²⁰⁶ – qui nous livre son opinion dans une hypothèse semblable:

D. 8, 3, 13 pr. (lav. 10 ex Cass.): *Certo generi agrorum adquiri servitus <non>²⁰⁷ potest, velut vineis, quod ea ad solum magis quam ad superficiem pertinet. Ideo sublatis vineis servitus manebit: sed si in contrahenda servitute aliud actum erit, doli mali exceptio erit necessaria.*

L'on ne peut pas constituer une servitude (*sc. rurale*) en faveur d'un certain type de culture, comme par exemple des vignobles, car celle-ci (*sc. la servitude rurale*) se rapporte davantage au sol qu'à la surface. Par conséquent, si l'on enlève les vignobles, la servitude continuera d'exister; toutefois, si les parties, en constituant la servitude, en ont établi autrement, l'exception de dol sera nécessaire.

36. Pour l'application particulière en matière de servitudes et pour les rappels des textes parallèles à D. 8, 1, 4 pr., nous renvoyons en particulier à GROSSO, *Le servitù* (1969) 116 ss.

²⁰⁶ Masurius Sabinus, juriste très actif sous Tibère, meurt entre 55 et 64 ap. J.-C. Cassius lui succède dans l'école homonyme jusqu'en 70 ap. J.-C., date de son décès. Quant à Javolène, qui adhère à son tour à l'école des Sabiniens, il était encore vivant en 106 ou 107 ap. J.-C. (date de la lettre de Plinius le jeune: Plin., *ep.* 6, 15).

²⁰⁷ Nous suivons l'observation de GROSSO (*Le servitù* [1969] 136) tendant à conclure que l'adverbe *non* devait figurer au texte original.

Javolène se penche sur une question qui concerne une servitude rurale caractéristique, telle par exemple un *iter* ou un *actus*. Contrairement aux servitudes urbaines qui *aedificiis inhaerent* – si bien que leur finalité est étroitement liée à l'édifice sis sur le fonds dominant²⁰⁸ – les *servitutes praediorum*²⁰⁹ n'admettent, *iure civili*, aucun conditionnement de leur utilité. Ainsi, la constitution et l'existence d'une servitude de passage – utile en tant que telle pour l'accès au fonds dominant – ne sauraient être subordonnées à la simple présence d'un vignoble sur le fonds dominant.

Tout au plus, comme d'ores et déjà relevé à propos de D. 8, 1, 4 pr.²¹⁰, les parties pouvaient-elles moduler l'usage de la servitude – en le soumettant à des conditions ou à des termes – de façon conventionnelle. Le non-respect de tels accord pouvait dès lors trouver sa sanction sur le plan obligationnel, mais demeurerait stérile quant aux effets sur le plan des droits réels.

Supposons qu'une servitude de passage ait été constituée en faveur d'un fonds de vignobles. Supposons en outre que les propriétaires des deux fonds se soient accordés dans le sens que l'*iter* ou *actus* en question n'aurait existé que tant et aussi longtemps que l'exploitation du vignoble l'eût requis. Malgré la constitution inconditionnelle de la servitude, le propriétaire du fonds dominant qui supprime son vignoble devrait, au vu des accords, renoncer à en faire usage. Si toutefois, conscient de la protection formelle dont il jouit en vertu du droit civil, il exige le maintien de sa prérogative au moyen d'une *vindicatio servitutis*, le propriétaire du fonds dominant fait état d'une mauvaise foi qui ne mérite pas le respect desdites règles. Il faut par conséquent fermer la porte à cette attitude abusive de droit en concédant au propriétaire du fonds servant le moyen de l'exception de dol.

On pourrait également imaginer, dans ce contexte, la solution d'une *exceptio pacti*. Javolène, contrairement à Papinien et aux Sabinien considérés plus haut, trouvait vraisemblablement encore trop choquante l'intrusion de ce remède typiquement obligationnel dans le domaine strictement réel des servitudes, et lui préférer dès lors le moyen général, plus neutre, de l'*exceptio doli*.

²⁰⁸ Cf. I. 2, 3, 2 et commentaire y relatif de GROSSO, *Le servitù* (1969) 136 s.

²⁰⁹ En plus de la distinction entre les servitudes afférentes aux *praedia rustica* et celles relatives aux *praedia urbana*, les sources mentionnent parfois la perspective des servitudes qui *in solo* et de celles qui *in superficie consistunt* (en sus de D. 8, 3, 13 pr., cf. Paul. D. 8, 1, 3 et D. 8, 2, 20 pr.). Concernant ce dernier critère de distinction, ainsi que sa relation avec le principe '*superficies solo cedit*', cf. GROSSO, *Le servitù* (1969) 132 ss et 173 s.

²¹⁰ Voir p. 98 ci-dessus.

A l'inverse des hypothèses que nous venons d'analyser, le titulaire d'une servitude pouvait souffrir de l'application formelle de certaines règles qui avaient pour effet d'anéantir son droit:

D. 8, 1, 18 (Paul. *not. ad Pap. 31 quaest.*): *In omnibus servitutibus, quae aditione confusae sunt, responsum est doli exceptionem nocituram legatario, si non patiatur eas iterum imponi.*

Dans tous les cas de servitudes qui s'éteignent par confusion en raison de l'acceptation d'un héritage, un *responsum* a été donné dans le sens que l'exception de dol nuira au légataire s'il ne souffre pas qu'elles soient constituées à nouveau.

La situation proposée par Paul, dans ses *notae* au *liber quaestionum* de Papinien, part du contexte d'un *legatum per damnationem* ayant pour objet un fonds. Avant l'acceptation de l'héritage de la part de l'héritier civil, le fonds en question était grevé d'une servitude (p.ex. de passage) en faveur du fonds voisin, déjà propriété de l'héritier. Au vu des particularités du *legs per damnationem*, l'héritier devient – avant les prétentions *testamenti causa* du légataire – temporairement propriétaire du fonds servant. Se réalise ainsi un cas de confusion qui entraîne l'extinction du droit de servitude²¹¹. Malgré le caractère provisoire de cet état de fait, l'héritier pourra, au moment de la cession du fonds légué, demander au nouveau propriétaire – donc au légataire – une nouvelle constitution du droit de servitude²¹². Si le légataire, en voulant tirer injustement profit de l'effet engendré par la *confusio*, prétend l'attribution du fonds – précédemment servant – en exerçant l'*actio ex testamento* tout en refusant de rétablir la servitude en faveur de l'héritier, il pourra valablement être débouté par celui-ci au moyen de l'exception de dol et astreint à reconstituer la servitude en cause par le biais d'une *deductio*. Rien ne justifie en effet que le fonds de l'héritier subisse une importante dévalorisation du simple fait de la réalisation d'une règle formelle de droit civil – finalement dépourvue de fondement dans le cas d'espèce – derrière laquelle se retranche un

²¹¹ Pour le principe de l'extinction des servitudes en cas de confusion de la titularité du droit de propriété des fonds servant et dominant, ainsi que pour les textes parallèles à D. 8, 1, 18 (dont Ulp. D. 8, 4, 10; Paul. D. 8, 2, 30 pr.; Gai. D. 30, 70, 1; Flor. D. 30, 116, 4; Jul. D. 8, 3, 31), cf. GROSSO, *Le servitù* (1969), en particulier 221 s. et 257.

²¹² La doctrine spécialisée (cf. GROSSO, *Le servitù* [1969] 222 ss) a d'ores et déjà relevé que le droit romain classique ne connaissait pas la possibilité – introduite par Justinien – d'une constitution tacite de servitude, basée sur l'état de nécessité ou sur la destination donnée aux deux fonds par le propriétaire unique. La règle '*nemo ipsi servitutem debet*' (cf. D. 8, 4, 10) y était appliquée de façon stricte, si bien qu'en cas de confusion des deux fonds concernés une servitude ne pouvait renaître que si elle était nouvellement constituée *nominatim*.

légataire de mauvaise foi. Par ailleurs, si nous avons eu affaire à un legs *per vindicationem*, tous ces inconvénients auraient été évités puisque la propriété du fonds légué – y compris les éventuelles charges y relatives – serait directement passée au légataire dès l'acceptation de l'héritage par l'héritier civil.

Dans un exemple proche, même s'il ne concerne pas une servitude à proprement parler, Julien expose le cas du bénéficiaire d'un droit de *stillicidium immittere* acheté par voie obligationnelle, qui finit par être victime du formalisme inhérent à la constitution régulière de la servitude du même nom:

D. 8, 5, 16 (Iul. 7 dig.): *Si a te emero, ut mihi liceat ex aedibus meis in aedes tuas stillicidium immittere et postea te sciente ex causa emptionis immissum habeam, quaero, an ex hac causa actione quadam vel exceptione tuendus sim. Respondi utroque auxilio me usurum.*

Si je t'ai acheté la faculté d'envoyer sur ta maison les eaux de gouttière de ma maison, et que par la suite, alors que tu en étais conscient, j'ai fait usage du droit d'écoulement acquis par ce contrat de vente, se pose la question de savoir si, sur la base de cette cause (*sc. ex empto*), je pourrai me protéger au moyen d'une éventuelle action ou exception. J'ai répondu que je pourrai faire usage de chacun des deux remèdes.

Le propriétaire d'un fonds – que nous appellerons vendeur par souci de clarté – vend au propriétaire du fonds et de l'habitation voisine – que nous désignerons par l'appellation d'acheteur – un droit de *stillicidium immittere*. Néanmoins, après cet engagement contractuel, le vendeur s'oppose à l'exercice dudit droit par l'acheteur en exerçant contre ce dernier une *actio negatoria servitutis*. Il transpose ainsi le rapport sur le plan des droits réels pour tirer profit de l'absence de moyens de protection, au niveau du *ius civile*, du titulaire du droit obligationnel de *stillicidium immittere*. Du point de vue des droits réels, en effet, ce dernier ne pourrait que subir l'action négatoire tendant à la *restitutio* de l'état des lieux précédent – ce qui équivaldrait, en l'espèce, à détruire les installations prévues pour le *stillicidium* –, pour finalement avancer à son tour ses prétentions indemnitaires dans le cadre d'une *actio ex empto*. Dans ces circonstances, l'*actio empti* ne permet nullement de prendre en compte l'intérêt véritable de l'acheteur, qui consiste en la possibilité de garder son droit de *stillicidium immittere*.

Le dédommagement auquel tendrait le propriétaire du fonds dominant engloberait, par ailleurs, les coûts engendrés par la *restitutio* imposée lors de l'*actio negatoria servitutis*.

Le respect des règles formelles afférentes à la constitution d'une servitude urbaine conduirait ainsi à un long périple procédural, insoutenable même du point de vue de l'économie judiciaire. Il serait d'autant plus choquant de tolérer semblable complication judiciaire si l'on considère que le moteur de ce processus n'est autre que le bon vouloir – secondé de mauvaise foi – d'une partie qui, après avoir personnellement admis et voulu une certaine situation, profite des moyens usuellement offerts par le *ius civile* pour revenir sur ses engagements.

En obéissant au souci de préserver l'équité substantielle (basée sur des considérations d'intérêt) ainsi qu'un *iter* judiciaire optimal, Julien propose de parer à l'attitude abusive du vendeur en admettant que le titulaire d'un droit de *stillicidium immittere* repousse son action négatoire de servitude en lui opposant l'*exceptio doli*²¹³.

2. En présence d'un pacte nu (ou autre impossibilité d'invoquer l'*exceptio pacti*)

En droit romain classique, le terme *pactum*²¹⁴ désigne, au sens étroit, tout accord qui sort du domaine des *obligationes contractae*, comme celles issues de *stipulationes*, ainsi que des *obligationes ex contractu*, qui naissent des contrats consensuels²¹⁵. Cette *conventio* ou *consensus*, qui échappe à toute exigence de forme, assume souvent la fonction de clause accessoire dans le cadre d'un rapport juridique principal.

²¹³ Comme dans les textes analysés auparavant, la question de l'opposabilité d'une *exceptio pacti* – envisagée par les Sabinien *in D. 8, 1, 4 pr.* – pourrait se poser. Nous considérons néanmoins que, à défaut de spécification, les juristes adoptaient la solution de l'*exceptio doli*, moins étrangère au monde des actions réelles que l'exception – de nature obligationnelle – de pacte.

²¹⁴ Pour l'étymologie de *pactum* – liée au verbe *pacisci*, s'accorder – cf. Ulp. *D. 2, 14, 1, 1: Pactum autem a pactione dicitur, inde etiam pacis nomen appellatum est.*

²¹⁵ Nous écartons ainsi les cas où des *pacta*, ou *conventiones*, au sens large, épousent les contours d'un contrat consensuel typique ou innommé (cf. Ulp. *D. 2, 14, 7, 1-2*; dans ce sens, cf. GROSSO, *Il sistema* [1963] 171 ss). Nous ne considérons pas non plus l'aspect des *pacta adiecta* (*in continenti* ou *ex intervallo*) qui, en tant que clauses accessoires d'un contrat soumis à une action de bonne foi (il en va différemment en cas de *iudicia stricta*), puisent leur efficacité dans le cadre du contrat lui-même (cf. Ulp. *D. 2, 14, 7, 5: Quin immo interdum format ipsam actionem, ut in bonae fidei iudiciis: solemus enim dicere pacta conventa inesse bonae fidei iudiciis. Sed hoc sic accipiendum est, ut si quidem ex continenti pacta subsecuta sunt, etiam ex parte actoris insint: si ex intervallo, non inerunt, nec valebunt, si agat, ne ex pacto actio nascatur [...]).*

Aussi, nous excluons de nos considérations d'ordre général les pactes auxquels le *ius civile* avait reconnu un rôle spécifique et indépendant, tels le *pactum fiduciae* (à ce propos, nous renvoyons en particulier à BELLOCCI, *La tutela* [1974]; ID., *La struttura* [1979]; NOORDRAVEN, *Die fiducia* [1990] 229 ss), ou la *conventio pignoris* relative aux hypothèques (cf. Gai. *D. 20, 1, 4* et, pour l'historique, KASER, *Über mehrfache* [1976] 29 ss).

L'absence totale de formalisme – et par là de repères qui garantissent une certaine sécurité juridique dans ce type de transactions – a été déterminante pour le sort juridique réservé aux *pacta*. Le *ius civile*, en effet, a réagi en tenant constant le principe de l'impossibilité, pour un pacte pur et simple (*nuda pactio*), de créer des rapports juridiques et, en particulier, de générer des obligations²¹⁶. Seul le *ius honorarium*, conscient de la diffusion de ce genre d'accords tendant à préciser les obligations civiles, a fini par accorder, par le biais de l'*edictum de pactis conventis*²¹⁷, une certaine protection à la partie lésée en raison du non-respect d'un pacte. L'*edictum de pactis* visait les conventions autres que des contrats – ces derniers faisant l'objet d'édits *ad hoc*, tels par exemple les édits placés sous le titre édictal de *bonae fidei iudiciis*²¹⁸ – et, plus particulièrement, le *pactum de non petendo*.

On peut deviner sans peine que l'emploi de l'*exceptio pacti* pouvait comporter un risque d'échec pour la partie qui l'invoquait, notamment lorsque l'accord en question sortait de la configuration d'un pacte de renonciation à exiger une certaine prestation.

Vu sous cet angle, le concours de l'*exceptio doli* – remède aux contours bien plus généreux – est un élément indispensable aux fins du respect d'accords que la bonne foi demande d'honorer, et auxquels seul le formalisme rattaché à certains actes empêche de déployer l'effet voulu.

Premier d'une longue série, l'exemple d'Ulpien nous permet d'ouvrir la porte à la casuistique relative à l'emploi supplétif – nous évitons expressément le terme de subsidiaire – de l'exception de dol à côté de l'*exceptio pacti conventi*:

D. 44, 4, 2, 4 (Ulp. 76 *ad ed.*): *Item quaeritur, si quis pure stipulatus sit certam quantitatem, [quia hoc actum sit,]²¹⁹ sed post stipulationem interpositam pactus sit, ne interim pecunia usque ad certum diem petatur, an noceat exceptio doli. Et quidem et de pacto convento excipi posse nequaquam ambigendum est: sed et si hac quis exceptione*

Pour une reconstitution historique du sens de *pactum*, cf. MAGDELAIN, *Le consensualisme* (1958) ainsi que SANFILIPPO, *Alla ricerca* (1951) 333 ss.

²¹⁶ Cf. Ulp. D. 2, 14, 7, 4: [...] *nuda pactio obligationem non parit, sed parit exceptionem*. Dans ce même sens, cf. D. 19, 5, 15; Paul. 2, 14, 1; C. 2, 3, 10; C. 4, 65, 27.

²¹⁷ Pour les termes de l'édit, difficilement datable et reconstruit essentiellement sur la base de Ulp. D. 2, 14, 7, 7, cf. LENEL, *EP* 65: *Pacta conventa, quae neque dolo malo neque adversus leges plebis scita senatus consulta edicta decreta principum neque quo fraus cui eorum fiat facta erunt, servabo*. Comme études ciblées, nous signalons en particulier: ARCHI, *'Ait praetor'* (1980) 373 ss; VEGH, *Meditatio* (1993) 345 ss; ID., *Ex pacto ius'* (1993) 184 ss.

²¹⁸ Cf. LENEL, *EP* 288 ss.

²¹⁹ Nous suivons la proposition de KRÜGER (cf. MOMMSEN/KRÜGER *ad h.l.*) tendant à supprimer l'incise *'hoc actum sit'* – totalement superflète et dépourvue de sens – dans le texte classique originel.

uti velit, nihilo minus poterit: dolo enim facere eum, qui contra pactum petat, negari non potest.

L'on se pose la question suivante: si quelqu'un a stipulé sans condition ni terme pour une certaine somme, [puisqu'il a été convenu ainsi,] mais que, après avoir conclu la stipulation, il convienne par pacte que l'argent n'aurait pas été demandé avant une certaine date, l'exception de dol lui nuira-t-elle? Certes, il est hors de doute que l'on puisse exciper même de l'exception *pacti conventi*. Mais si quelqu'un veut faire usage de cette exception (*sc.* de dol), il pourra le faire sans autre; il est en effet indéniable que celui qui demande (*sc.* en justice) contre les termes du pacte assume une attitude dolosive.

Dans son livre 76 *ad edictum* – que nous avons déjà eu l'occasion de rencontrer au cours de notre étude sur les spécificités de l'*exceptio doli*²²⁰ – Ulpien commente la clause édictale relative à l'exception de dol. Comme il nous est donné d'en inférer de D. 44, 4, 2, 1, son commentaire s'articulait essentiellement autour de deux axes: le premier développait '*in quibus casibus locum habeat exceptio*'²²¹, alors que le second concernait '*quibus personis obiciatur*'. Le texte que nous avons mis sous la loupe ci-dessus (D. 44, 4, 2, 4) est englobé dans la première partie dudit commentaire et il traite du cas d'une *stipulatio*. Le *promissor* s'est d'abord engagé envers le *stipulator* 'puré', c'est-à-dire sans soumettre sa promesse à une condition ou à un terme, mais les deux parties ont par la suite convenu d'un terme. Ulpien explique que dans l'hypothèse où le créancier exige le paiement de la somme promise avant le terme ainsi convenu, le débiteur disposera non seulement du moyen de l'*exceptio pacti*, mais encore pourra-t-il exciper *de dolo* puisque le fait même de *petere* – donc d'exercer une action – dans le but d'obtenir une prestation contraire aux termes d'un pacte est constitutif de dol.

Pour bien saisir la portée de ces derniers mots, il est important d'établir la relation entre ce dernier texte et celui du paragraphe suivant, que nous avons d'ores et déjà reporté plus haut²²², mais qu'il est utile de rappeler ici:

D. 44, 4, 2, 5 (Ulp. 76 *ad ed.*): *Et generaliter sciendum est ex omnibus in factum exceptionibus doli oriri exceptionem, quia dolo facit, quicumque id, quod quaqua exceptione elidi potest, petit: nam et si inter initia nihil dolo malo facit, attamen nunc petendo facit dolose, nisi si talis sit ignorantia in eo, ut dolo careat.*

²²⁰ Cf. p. 62 ss.

²²¹ Le texte qui ouvre cette première partie du commentaire d'Ulpien est celui du § 3 de ce même titre ('*Circa primam speciem, quibus ex causis exceptio haec locum habeat [...]*).

²²² Cf. p. 63 ss.

Ulpien y émet une observation d'ordre général au sujet des exceptions *in factum* auxquelles il semble relier l'*exceptio pacti*. Cela nous surprend dans la mesure où nous savons que cette dernière n'est pas une *exceptio in factum*, mais une exception édictale²²³. Par conséquent, le 'generaliser' du § 5 ne peut pas constituer un prolongement direct, une généralisation pure et simple du § 4. Le discours d'Ulpien devait prévoir, à l'origine, un passage intermédiaire qui s'est perdu lors de la compilation.

À la lumière de nos connaissances relatives aux exceptions du droit romain classique, nous pouvons retrouver, avec un certain degré de vraisemblance, le parcours logique du raisonnement de notre juriste: «l'*exceptio doli* englobe l'*exceptio pacti*; par ailleurs, l'*exceptio doli* comprend également quelques autres exceptions édictales, telles l'*exceptio metus*»²²⁴. En outre, et cette fois d'une manière générale, l'*exceptio doli* englobe toutes les exceptions *in factum*²²⁵.

Finalement, la véritable clé de lecture du discours d'Ulpien peut être décelée dans le § 5: *quia dolo facit, quicumque id, quod quaqua exceptione elidi potest, petit*. Ulpien entend ainsi non pas relier l'*exceptio pacti* aux *exceptiones in factum* en particulier, mais reconduire, en général, toutes les exceptions à l'*exceptio doli*. Celle-ci est en effet l'écueil contre lequel se heurte toute tentative d'obtenir un résultat inique en abusant des voies juridiques formelles. Par conséquent, l'*exceptio doli* pourra non seulement être soulevée à la place d'une exception plus spécifique – telle que l'*exceptio pacti*, l'*exceptio metus* ou une exception décrétales – lorsque, par exemple, une difficulté de preuve risque de faire échouer cette dernière, mais encore pourra-t-elle dans tous les cas être invoquée lorsque, malgré la connaissance de certains faits qui en principe fonderaient une exception, le demandeur profite de la protection formelle que lui offre le système juridique et s'obstine à exercer une certaine action. En effet, pour reprendre les termes d'Ulpien²²⁶, le demandeur,

²²³ Cf. en particulier Gai. 4, 119: 122.

²²⁴ Nous rappelons, à cet égard, D. 44, 4, 4, 33 (Ulp. 76 *ad ed.*: *Metus causa exceptionem Cassius non proposuerat contentus doli exceptione, quae est generalis: sed utilis visum est etiam de metu opponere exceptionem. Etenim dicitur aliquid doli exceptione, quod exceptio doli personam complectitur eius, qui dolo fecit: enimvero metus causa exceptio in rem scripta est 'si in ea re nihil metus causa factum est', ut non inspiciamus, an is qui agit metus causa fecit aliquid, sed an omnino metus causa factum est in hac re a quocumque, non tantum ab eo qui agit [...]*), ainsi que tout le discours d'Ulpien à propos de l'*exceptio metus*.

²²⁵ Nous avons déjà eu l'opportunité d'étudier le rapport entre les exceptions décrétales et l'*exceptio doli* (cf. p. 63 ss de notre étude) pour en conclure que les premières se sont développées à partir de celle-ci lorsque certains faits précis venaient à créer une mosaïque reconnue comme typique d'une attitude que le droit se devait de sanctionner. Cette évolution se caractérise par une objectivisation du comportement dolosif en question et, en conséquence, par une simplification de l'administration de la preuve.

²²⁶ Cf. Ulp. D. 44, 4, 2, 5 *infra* ci-dessus.

qui refuse de renoncer à son action bien que mis au courant de faits qui ne la justifient plus, assume un comportement abusif. Peu importe qu'il n'ait commis aucun dol dans le cadre du rapport juridique qui fait l'objet de sa demande: au vu des circonstances, sa mauvaise foi consiste dans le fait même de demander l'action au prêteur. En d'autres termes, dans le fait d'invoquer un droit dont il continue de disposer formellement, mais qui a entre-temps été vidé de son sens.

Le moment où le défendeur pourra soulever l'*exceptio doli* variera bien évidemment selon que la procédure en cours implique une *iudicium bonae fidei* ou une *actio stricta*. Alors que dans la première des hypothèses il pourra exciper de la mauvaise foi du demandeur même pendant la phase *apud iudicem*, c'est devant le prêteur, au cours de la phase *in iure*, que le défendeur devra demander l'inscription de l'*exceptio doli* dans la formule d'une *actio stricta*.

Pour revenir au rapport spécifique qui existe entre l'*exceptio doli* et l'*exceptio pacti*, nous reprenons quelques-uns des textes – plutôt nombreux – qui confirment l'interdépendance que nous venons d'établir entre ces deux exceptions. Ulpien l'exprime en termes irréfragables:

D. 2, 14, 10, 2 (Ulp. 4 *ad ed.*): *Plerumque solemus dicere doli exceptionem subsidium esse pacti exceptionis: quosdam denique, qui exceptione pacti uti non possunt, doli exceptione usus et Iulianus scribit et alii plerique consentiunt. [...]*

En général, nous avons l'habitude de dire que l'exception de dol vient en aide à l'exception de pacte; Julien écrit en effet – et la majorité des juristes adhèrent à cette opinion – que certains, ne pouvant pas faire usage de l'exception de pacte, pourront avoir recours à l'exception de dol. [...]

L'exception de dol vient en aide à celui qui, pour des questions de forme, se trouve dans l'impossibilité d'invoquer l'*exceptio pacti*. L'exemple qui fonde cette opinion d'Ulpien – que les Compilateurs ont intercalé dans un passage du Commentaire à l'édit de Paul relatif à un cas analogue – trace bien les contours du problème:

D. 2, 14, 10, 2 - *eod.* 11 (Ulp. 4 *ad ed.* - Paul. 3 *ad ed.*): [...]
Ut puta si procurator meus paciscatur, exceptio doli mihi proderit, ut Trebatius videtur, qui putat, sicuti pactum procuratoris mihi nocet, ita et prodesse, eod. 11: quia et solvi ei potest.

Par exemple, dans l'hypothèse où mon *procurator* a conclu un pacte, je bénéficierai de l'exception de dol, selon l'opinion de Trebace qui considère que, comme le pacte du *procurator* me nuit, aussi doit-il m'être utile, puisque l'on peut également lui payer la somme qui m'est due.

Nous inférons du contexte où il est situé, que ce passage concerne un *procurator omnium bonorum*²²⁷. Pour bien saisir le sens de cette solution, esquissons brièvement le rapport en cause. Moi, *dominus*, j'ai nommé un *procurator omnium rerum* pour la gestion de mon patrimoine. Ce dernier finit par conclure un *pactum de non petendo* avec l'un de mes créanciers. Pourrai-je opposer le pacte à ce même créancier dans l'éventualité où il agit contre moi pour le paiement de la somme qui lui était due?

En sa qualité de représentant indirect – soit de par les faits, soit en vertu d'une procuration spéciale de ma part –, le *procurator* peut accomplir des actes libératoires pour le tiers, tels qu'accepter le paiement de créances en ma faveur ou remettre les dettes de mes débiteurs. Ces opérations, qui ont pour effet d'éteindre ma créance originaire, pourront valablement m'être opposées si, par la suite, je manifeste la volonté d'agir pour l'encaissement de celle-ci.

Par contre, je ne pourrai pas faire valoir les pactes – tel par exemple un *pactum de non petendo* – que mon *procurator* a conclus avec l'un de mes créanciers. Nous savons en effet que les pactes en général, et les pactes *de non petendo* en particulier, ne peuvent être soulevés que par les parties mêmes qui les ont conclus. Il est bien vrai que, dans le cadre des *pacta in rem*²²⁸, certaines exceptions existent en faveur de l'héritier, du débiteur solidaire ou du garant²²⁹, mais cela ne permet nullement d'y inclure une ouverture en faveur du *procurator*.

D'autre part, il faut admettre que, dans les faits, le pacte *de non petendo* aurait les mêmes effets qu'une *acceptilatio* ou le paiement de la dette en question. Le seul élément qui vient polluer les eaux de la perfection de cet accord informel reconnu par le droit prétorien est dès lors l'absence de correspondance entre la partie qui a pactisé et celle qui devrait finalement en tirer un avantage.

²²⁷ En effet, quelques paragraphes plus loin (D. 2, 14, 13 pr.), Paul propose une autre solution dans le cas particulier d'un *procurator unius rei*, notamment d'un *procurator ad litem*. Les sources porteraient à croire, par ailleurs, que la forme originaire de *procurator* en droit romain fut celle du *procurator omnium rerum*, et que seulement à partir de Pomponius apparut le *procurator unius negotiationis* ou *rei* (cf. Cic. *pro Caec.* 20, 57; Ulp. D. 3, 3, 1, 1). Au sujet des effets de l'activité du *procurator* – considéré, à l'époque classique, essentiellement comme un représentant indirect du *dominus* – nous relevons qu'il n'existe pas d'unanimité doctrinale. Pour un approfondissement en la matière, nous renvoyons, entre autres, à: MÜLLER, *Die Entwicklung* (1969); Von LÜBTOW, *Die Darlehensgewährung* (1971) 149 ss; ANGELINI, *Il «procurator»* (1971); BURDESE, *Sul «procurator»* (1971) 307 ss; BEHREND, *Die Prokurator* (1971) 215 ss; CLAUS, *Gewillkürte Stellvertretung* (1973); QUADRATO, *D.* 3, 3, 1 pr. (1974) 210 ss, HAMZA, *Fragen* (1983) 89 ss.

²²⁸ A propos de la division entre *pactio in rem* et *pactio in personam*, cf. Ulp. D. 2, 14, 7, 8, ainsi que MELILLO, *«Pacta»* (1984) 1459 ss.

²²⁹ Pour la validité du pacte en faveur de l'héritier et du débiteur solidaire, cf. Cels. D. 22, 3, 9, respectivement Paul. D. 2, 14, 21, 5.

Ulpien et Paul considèrent toutefois que celui qui exploite cette absence de protection formelle en faveur du *dominus*, après avoir promis au *procurator* de ce dernier de renoncer à exiger un paiement, fait preuve d'attitude abusive. Il est dès lors impératif de permettre au système juridique de corriger le tir en accordant l'*exceptio doli* au *dominus* actionné par le créancier malhonnête.

Dans ce contexte, l'on réitère ainsi ce principe, implicite dans le système juridique romain, que nous pourrions appeler ainsi: la gradation des remèdes. Lorsque le *ius civile*, avec son système d'actions et d'exceptions spécifiques, ne permet pas d'atteindre une solution équitable et économiquement correcte entre deux parties engagées dans un procès, le *ius honorarium* essaie d'y suppléer, par exemple en reconnaissant l'efficacité d'une *exceptio pacti*. En dernier ressort, lorsque des situations nouvelles – créées par une partie qui, en jonglant avec les moyens juridiques, profite de sa protection formelle – échappent même aux remèdes spécialement élaborés par le préteur, l'on entre dans la sphère des comportements abusifs de droit et l'on ouvre la porte à l'*actio de dolo*, voire, comme en l'espèce, à l'*exceptio doli*.

Nous retrouvons cette règle dans un autre texte d'Ulpien:

D. 2, 14, 16 pr. (Ulp. 4 ad ed.): *Si cum emptore hereditatis pactum sit factum et venditor hereditatis petat, doli exceptio nocet. Nam ex quo rescriptum est a divo Pio utiles actiones emptori hereditatis dandas, merito adversus venditorem hereditatis exceptione doli debitor hereditarius uti potest.*

Si l'on (sc. un débiteur de l'hérédité) a conclu un pacte avec l'acheteur de l'hérédité et que le vendeur de l'hérédité agit (sc. contre ce même débiteur) pour demander l'exécution de la dette en cause, l'exception de dol nuira à ce dernier. En effet, depuis que, dans un rescrit, l'empereur Antoninus Pius a exprimé l'opinion qu'il y a lieu de donner à l'acheteur les actions fondées sur l'hérédité, le débiteur de l'hérédité peut, avec raison, opposer l'exception de dol au vendeur de l'hérédité.

Un héritier s'engage, dans le cadre d'une vente, à transmettre à un acheteur la globalité de son hérédité²³⁰. Il ne pourrait transmettre, par ce biais, que les biens compris dans l'héritage, tandis qu'il resterait seul titulaire des dettes et des créances. Par conséquent, l'acheteur de l'hérédité serait privé de tout droit d'action inhérent aux créances en question. Il est bien vrai que, pour prévenir ce genre de désagréments, l'acheteur peut prétendre de l'héritier qu'il s'engage, par le biais

²³⁰ Sur le thème de la *venditio hereditatis*, nous renvoyons à: DAUBE, *Sale* (1957) 234 ss; THOMAS, «*Venditio*» (1958-59) 541 ss; KASER, *Erbschaftskauf* (1971) 45 ss.

de *stipulationes emptae et venditae hereditatis*²³¹, à lui céder les actions. Néanmoins, un acheteur peu consciencieux qui omettrait de prendre cette précaution se retrouverait dépourvu de moyens juridiques pour contraindre un débiteur récalcitrant à payer, et un héritier malhonnête à lui céder l'action en paiement de la créance.

Un rescrit de l'empereur Antoninus Pius²³² tente d'obvier à cette difficulté en établissant que l'acheteur de l'hérédité doit disposer – indépendamment d'une cession de l'action – des mêmes actions dont bénéficiait l'héritier. Un système d'*actiones utiles*, où la qualité d'héritier de l'acheteur est introduite au moyen d'une *fictio*, permet dès lors d'éviter l'impasse.

Le rapport triangulaire qui se crée entre l'héritier, l'acheteur de l'*hereditas* et l'un des débiteurs concernés par celle-ci présente toutefois une complication supplémentaire, dans le cas proposé par Ulpien. Après avoir vendu l'hérédité, l'héritier fait usage d'un droit que le *ius civile* lui reconnaît et il intente une action en paiement d'une créance ainsi acquise. L'intérêt qu'il défend par là est bien entendu celui de l'acheteur de l'hérédité, puisque le montant obtenu suite au procès devra finalement lui être versé. L'acheteur a néanmoins conclu, auparavant, un pacte de *non petendo* avec le débiteur concerné et renoncé, de son côté, à recouvrer la somme qui lui reviendrait. Or, comme dans l'exemple précédemment analysé, le débiteur ne saurait opposer au vendeur de l'hérédité le pacte conclu avec l'acheteur. De l'autre côté, il serait injuste de permettre à l'héritier d'amener à bon port une action que le droit formel lui réserve, mais dont il ne tire aucun avantage effectif, si ce n'est celui d'importuner le débiteur. Encore une fois, l'exception de dol s'impose et permet de contrecarrer une attitude abusive de droit.

Paul et Ulpien, en reprenant une opinion de Julien, nous proposent un autre texte qui s'inscrit dans la même perspective:

²³¹ Nous trouvons une description des *stipulationes emptae et venditae hereditatis* chez Gai. 2, 252: *Olim autem nec heredis loco erat nec legatarii, sed potius emptoris. Tunc enim in usu erat ei, cui restituebatur hereditas, nummo uno eam hereditatem dicis causa venire. Et quae stipulationes inter venditorem hereditatis et emptorem interponi solent, eadem interponebantur inter heredem et eum, cui restituebatur hereditas, id est hoc modo: heres quidem stipulabatur ab eo, cui restituebatur hereditas, ut quidquid hereditario nomine condemnatus fuisset sive quid alias bona fide dedisset, eo nomine indemnus esset; et omnino si quis cum eo hereditario nomine ageret, ut recte defenderetur. Ille vero qui recipiebat hereditatem, invicem stipulabatur, ut si quid ex hereditate ad heredem pervenisset, id sibi restitueretur; ut etiam pateretur cum hereditarias actiones procuratorio aut cognitorio nomine exsequi. Ainsi, comme nous le témoigne Gaius, «dans le temps», le système de la *mancipatio hereditatis* et des *stipulationes* s'appliquait également au cas du fidéicommiss.*

²³² Empereur de 138 à 161 ap. J.-C.

D. 2, 14, 25, 2 - *eod.* 26 (Paul. 3 *ad ed.* - Ulp. 4 *ad ed.*): *Sed quamvis fideiussoris pactum reo non prosit, plerumque tamen doli exceptionem reo profuturam Iulianus scribit, eod. 26: videlicet si hoc actum sit, ne a reo quoque petatur. [...]*

Toutefois, bien que le pacte du garant (*sc.* pacte entre le *fideiussor* et le créancier) ne puisse être utile au débiteur, Julien écrit que, en général, celui-ci doit bénéficier de l'exception de dol – c'est-à-dire, si l'on a agi ainsi (*sc.* conclu ce pacte) –, afin qu'il ne soit pas demandé de payer au débiteur également.

L'hypothèse qui est envisagée est celle d'un pacte entre le garant d'un débiteur et le créancier de celui-ci, par lequel le créancier renonce à faire valoir la caution. L'intention du créancier semblerait être, à première vue, celle de renoncer à recouvrer sa créance sans pour autant procéder à une *acceptilatio*. La dette principale n'étant ainsi pas éteinte, le créancier pourrait aisément revenir sur son intention et actionner le débiteur en paiement sans que celui-ci puisse lui opposer l'*exceptio pacti*.

Nos juristes considèrent néanmoins que cet obstacle formel doit être nuancé dans la mesure où le créancier, en concluant le pacte *de non petendo* avec le garant, a manifesté la volonté de renoncer non seulement à la garantie, mais aussi à la créance en tant que telle. Il serait en effet inéquitable de permettre au créancier de rétracter ses propos en jouant sur la validité formelle de ses actes.

Par ailleurs, la solution qui nous est proposée permet de sanctionner une attitude abusive tout en laissant ouverte la porte à la possibilité, pour le créancier, de renoncer effectivement à la seule garantie de sa créance. L'octroi de l'*exceptio doli* dépendra finalement de l'interprétation du pacte qui a été conclu entre le créancier et le garant. Si les termes prononcés ainsi que l'ensemble des circonstances laissent croire à une renonciation à sa créance principale, le créancier qui, par la suite, agit contre le débiteur sera valablement débouté au moyen de l'exception de dol.

Nous pouvons sans autre allonger la liste des textes qui proposent l'octroi de l'*exceptio doli* lorsque, en raison d'un obstacle purement formel, l'*exceptio pacti* ne permet pas de sauver les intérêts de celui qui est victime d'un abus de droit²³³. Gaius, par exemple, nous propose une fois de plus le schéma du pacte conclu entre deux personnes autres que l'intéressé direct, mais dans l'intérêt de celui-ci.

²³³ Sans prétention d'exhaustivité, nous citons encore:

D. 44, 4, 4, 11 (Ulp. 76 *ad ed.*): *Si quis ex uncia heres sit scriptus, ex qua ducenta consequi potuit, deinde propter hoc legatum, in quo centum erant, praetulit, ne molestiis hereditariis implicarecur: an, si legatum petat, exceptione doli mali summoveatur? Et ait Iulianus non esse eum summovendum. Quod si a substituto pretium accepit vel quod pretii loco haberi posset ne adeat hereditatem, petens legatum dolo, inquit, facere intellegitur ac per hoc doli exceptione repellatur.* Dans le premier cas

D. 20, 6, 7, 2 (Gai. *ls. ad form. hypoth.*): *Sed si cum debitoris procuratore convenit, ne sit res obligata, dicendum est id debitori per doli exceptionem prodesse: cum autem cum servo eius convenerit, per ipsam pacti exceptionem [conventi] <defendi>²³⁴ debet.*

Si quelqu'un convient avec le *procurator* du débiteur que la chose ne sera plus saisie, il faut dire que le débiteur bénéficiera de cela au moyen de l'exception de dol; par ailleurs, si cette même personne a conclu le pacte avec l'esclave (*sc.* du débiteur), le débiteur devra opposer l'exception de pacte elle-même.

Un tiers, en agissant dans l'intérêt du débiteur, obtient l'extinction du gage. La situation présente deux variantes, selon la qualité de ce tiers. S'agissant de l'esclave du débiteur, les effets du pacte se produisent directement *in capite domini*. Le débiteur pourra dès lors directement opposer la teneur du pacte au créancier gagiste qui agit en réalisation du gage.

La solution sera par contre moins linéaire si nous transposons les agissements de l'esclave en ceux d'un *procurator* qui, en tant que représentant indirect, a obtenu des avantages sans effet concret. Le débiteur, qui n'a pas été partie au pacte, ne

proposé par Ulpien, un héritier A, à côté duquel le testateur a institué un substitut B, préfère refuser l'hérédité afin d'éviter les dettes qu'elle comporte, tout en acceptant le legs en sa faveur (dans la partie qui nous intéresse, les termes du testament auraient été les suivants: «*Titius ex uncia mihi heres esto, cernitogue in diebus sexaginta proximis – si ita non creveris, tum Caius mihi ex eadem uncia mihi heres esto – si Titius mihi heres non erit, ei centum do lego*»). Dans la deuxième hypothèse, ce même héritier A accepte une certaine somme d'argent à titre de compensation pour sa renonciation à l'hérédité. Nous nous trouvons ici en présence d'un accord postérieur entre deux parties, qui n'élimine pas, en tant que tel, le droit – issu du testament – de l'héritier A. Néanmoins, si celui-ci agit pour l'exécution du legs, le substitut pourra lui opposer l'*exceptio doli*.

D. 2, 11, 2 pr. (Ulp. 74 *ad ed.*): *Non exigimus reum [iudicio] sisti, si negotium, propter quod [iudicio] sisti] <vadimonium> promisit, fuerit transactum: sed hoc ita, si prius id negotium transactum sit, quam sisti oporteret. Ceterum si postea transactum est, exceptio doli opponi debet: [quis enim de poena promissa laborat post negotium transactum?] Cum etiam transacti negotii exceptionem putaverit quis nocere, quasi etiam de poena transactum sit, [nisi contrarium specialiter partibus placuerit].*

Contrairement à ce qu'était le cas dans le cadre du procès *extra ordinem* généralisé par Justinien, en droit romain classique, le *sistere in iudicio* du défendeur constituait une *conditio sine qua non* pour l'exercice de l'action. Or, malgré le fait que ce texte souffre de toute évidence – surtout vers la fin, depuis '*Cum etiam transacti [...]*' – des inévitables remaniements apportés par les Compilateurs, la pensée juridique qu'il cache est claire. L'*exceptio pacti* ne pourra être soulevée, en principe, qu'en présence de stipulations novées par d'autres stipulations ou pactes contraires. L'*exceptio doli*, par contre, permettra dans tous les cas d'obvier à la «faiblesse», *iure civili*, de simples transactions inaptes à contrecarrer, formellement, des pactes ou des stipulations précédentes.

²³⁴ MOMMSEN (cf. MOMMSEN/KRÜGER *ad h.l.*) suggère de remplacer '*conventi*' par '*defendi*', opération que nous effectuons dans la mesure où elle restitue une certaine limpidité au texte de Gaius, tout en reflétant vraisemblablement au mieux sa teneur originale.

poutra pas bénéficier de la remise du gage en usant d'une *exceptio pacti*. Gaius considère néanmoins que l'attitude du créancier gagiste qui profite de l'absence du pouvoir de représentation directe du *procurator* – et qui, contrairement à l'intention exprimée dans le cadre du pacte conclu avec ce dernier, intente une action contre le débiteur – est constitutive d'un abus de droit. Par conséquent, il faut permettre au débiteur, au détriment duquel va le comportement abusif de droit, d'en contrer les effets en lui offrant le remède de l'*exceptio doli*.

3. Dans le domaine de la vente

A l'instar des exemples jusqu'ici empruntés aux droits réels et aux pactes, la rigidité de certaines structures juridiques se prête à des abus également dans le domaine contractuel, et plus particulièrement dans celui de la vente. Ulpien donne le ton:

D. 2, 14, 16, 1 (Ulp. 4 *ad ed.*): *Sed et si inter dominum rei venditae et emptorem convenisset, ut homo qui emptus erat redderetur, ei qui pro domino rem vendidit pesenti pretium doli exceptio nocebit.*

Toutefois, si le propriétaire et l'acheteur sont convenus que l'esclave acheté serait rendu, l'exception de dol nuira à celui qui a vendu la chose en se présentant comme propriétaire et qui maintenant demande le prix.

Le vendeur, conscient de ne pas en être le propriétaire effectif mais en se présentant comme tel, vend l'esclave à un acheteur de bonne foi. Suite à l'accord contractuel de vente et au transfert de l'esclave, le *dominus* se manifeste et, sans avoir recours à *rei vindicatio* judiciaire, résout la situation à l'amiable en concluant avec l'acheteur un accord informel de restitution. Ainsi, en l'absence d'une sentence qui l'établit formellement, l'acheteur n'a subi aucune éviction au sens technique du terme²³⁵, si bien qu'il ne pourra pas agir contre le vendeur en faisant valoir la garantie *y* relative. Ulpien considère néanmoins que malgré l'absence de reconnaissance formelle, l'éviction doit être constatée dans les faits. Aussi faut-il relever que le vendeur, tout en ayant connaissance de l'appartenance de l'esclave à un tiers, profite de la faiblesse, *iure civili*, de l'accord de restitution intervenu entre l'acheteur et le *dominus*, pour avancer des prétentions *ex vendito* restées,

²³⁵ L'éviction doit résulter d'une sentence pour fonder l'action de l'acheteur. Il s'agit là d'une mesure de garantie pour l'acheteur: seul un procès peut établir avec certitude si la chose vendue appartient effectivement au tiers qui la revendique. En l'absence de cette règle, il ne serait d'ailleurs pas difficile d'imaginer une hypothèse de fraude, orchestrée par le vendeur et le tiers revendiquant, au détriment de l'acheteur. Pour cette problématique relative à l'éviction, voir WACKE, *Die verschuldete* (1991) 141-179.

elles, intactes sur le plan du droit formel. Par ailleurs, en admettant l'action *ex vendito* du vendeur, on introduirait une série d'opérations procédurales absolument anti-économiques. L'acheteur pourrait en effet, dans une deuxième phase, agir *ex empto* contre le vendeur en vue d'obtenir une indemnisation des dommages subis. Or, ceux-ci comprendraient – en sus des éventuelles *impensae* et du dommage consécutif à la renonciation forcée à l'esclave en question – le prix préalablement payé au vendeur.

Admettre l'action pour le paiement du prix du vendeur équivaudrait ainsi à admettre une demande sujette à restitution. L'octroi de l'*exceptio doli* permet par contre d'éviter cette ronde inutile et dispendieuse sur le plan de l'économie procédurale induite par l'attitude abusive de droit du vendeur.

A l'inverse, il se peut que l'acheteur profite de la protection que les sources formelles lui offrent pour obtenir des avantages finalement iniques. Nous en rencontrons un exemple dans un texte – malheureusement coupé et truffé d'incises post-classiques – issu du recueil de *quaestiones* de Paul:

D. 19, 1, 42 (Paul. 2 *quaest.*): *Si duorum fundorum venditor separatim de modo cuiusque pronuntiaverit et ita utrumque uno pretio tradiderit, et alteri aliquid desit, quamvis in altero exsuperet, forte si dixit unum centum iugera, alterum ducenta habere, non proderit ei, quod in altero ducenta decem inveniuntur, si in altero decem desint. Et de his ita apud Labeonem relatum est. Sed an exceptio doli mali venditori profutura sit, potest dubitari, utique si exiguus modus silvae desit et plus in vineis habeat, quam repromissum est. [An non facit dolo, qui iure perpetuo utitur?]²³⁶ Nec enim hic quod amplius in modo invenitur, quam aliquin dictum est, ad compendium venditoris, sed ad emptoris pertinet: [et tunc tenetur venditor, cum minor modus invenitur]²³⁷. Videamus samen, ne nulla querella sit emptoris in eodem fundo, si plus inveniat in*

²³⁶ L'observation, dépourvue de tout rapport avec le texte qui précède, est certainement le fruit d'une glose. Par ailleurs, la phrase en question fait allusion au *ius perpetuum*, l'une des formes de concession des terres qui appartenaient à l'empereur – voire à l'une des entités patrimoniales de l'administration centrale – dans la pratique juridique des IV^e et V^e siècles. Nous en trouvons l'expression surtout dans le *Codex Theodosianus* et dans les *novellae* postérieures. Sur ce point, voir en particulier: CANNATA, *Possessio* (1962) 160 ss avec renvois bibliographiques; KASER, *RPR* II, 308 ss.

²³⁷ La suite logique du raisonnement de Paul se trouve perturbée par cette phrase. Elle introduit en effet une problématique – celle de la responsabilité du vendeur dans l'hypothèse où la surface du terrain est inférieure, globalement, à celle qui avait été convenue – qui s'insère mal dans le discours général traité ici. Nous soupçonnons ainsi, à ce stade également, une intrusion de main post-classique.

vinea [quam] <vet>²³⁸ in prato, cum universus modus constat. Similis quaestio esse potest ei, quae in duobus fundis agitata est, et si quis duobus statuliberos uno pretio vendat et dicat unum decem dare iussum, qui quindecim dare debebat, <alterum item decem qui quinque dare debebat>²³⁹: nam et hic tenebitur ex empto actione, quamvis emptor a duobus viginti accepturus sit. [Sed rectius est in omnibus supra scriptis casibus lucrum cum damno compensari et si quid deest emptori sive pro modo sive pro qualitate loci, hoc ei resarciri]²⁴⁰.

Si le vendeur de deux fonds a exprimé la mesure de chacun d'entre eux séparément et que, après cela, il les a vendus à un prix unique, et que l'un des deux fonds comporte une surface inférieure [sc. à celle qui avait été exprimée par le vendeur] alors que la surface de l'autre excède [sc. la mesure exprimée par le vendeur], comme par exemple s'il a dit que l'un mesure cent *iugera*²⁴¹ et l'autre deux cent, il ne tirera aucun avantage du fait que l'on découvre que l'un des fonds mesure deux cent dix [*iugent*], si dans l'autre il en manque dix. Et à ce propos, il a été écrit ainsi par Labéon. Mais il est permis de douter si le vendeur bénéficiera de l'exception de dol, par exemple dans l'hypothèse où il manque une petite surface de bois alors qu'il y a plus de vignes qu'il n'en a été promis. [...] En effet, même ce qui a été découvert en plus dans la mesure, par rapport à ce qui avait été dit, ne profite pas au vendeur, mais à l'acheteur; [...]. Mais voyons si l'acheteur ne peut rien obtenir dans l'hypothèse où, dans un même fonds qui consiste en une seule surface, il découvre qu'il y a plus de vignes ou de bois. Une question semblable à celle qui est soulevée à propos des deux fonds, peut être posée même dans le cas où quelqu'un vend, à un

²³⁸ Correction proposée par Mommsen (cf. MOMMSEN/KRÜGER *ad h.l.*), qui tend à insérer dans le contexte ce cas, proposé par Paul, mais apparemment dépourvu de réponse (vraisemblablement le résultat d'une coupe, à des fins de synthèse, de la part des Compilateurs). Paul parlerait d'un seul fonds composé de deux parties – l'une affectée aux vignes, l'autre constituée de bois – mais dont l'une est plus grande que l'autre. Uniquement en suivant la proposition de Mommsen, on peut restituer un sens à l'analogie, qui suit dans le texte, avec le cas des deux *statuliberos*.

²³⁹ Insertion suggérée par MOMMSEN et KRÜGER (cf. *ibid. ad h.l.*), que nous suivons puisqu'elle explicite tous les paramètres que les Compilateurs ont intentionnellement ou négligemment omis de reprendre du texte original.

²⁴⁰ Partie interpolée, selon CUIACIUS (cf. MOMMSEN/KRÜGER *ad h.l.*). Effectivement, il doit s'agir d'une intervention par main des Compilateurs (et non d'une glose, car trop élaborée et imprégnée de caractère normatif), qui a l'effet d'un coup de marteau sur les finesses casuistiques précédentes. Celles-ci seraient par ailleurs inutiles, si on ne faisait pas abstraction de cette annotation conclusive. Aussi peut-on observer que le fait d'introduire une opinion différente («solution plus équitable») comporte généralement, si elle est exprimée par un juriste romain, une référence au jurisconsulte dont il critique l'opinion.

²⁴¹ Un *iugerum*, surface agricole rectangulaire, mesure 28'800 pieds² environ (240 x 120 pieds), soit 2500 m² (25 x 100 m).

prix unique, deux esclaves affranchis sous condition en disant que l'un des deux a l'ordre de donner dix, alors qu'il en devait quinze, et que l'autre, qui en réalité devait cinq, doit également dix; en effet, même ici le vendeur devra répondre dans le cadre d'une action *ex empto* bien que l'acheteur reçoive vingt des deux esclaves. [...]

L'acheteur tire finalement des avantages objectifs de la vente d'un terrain – à un prix unique – dont la surface comportant des vignes est supérieure à celle occupée par des bois. Pour des raisons que nous ignorons, l'acheteur finit néanmoins par regretter la conclusion de ce contrat et, en exploitant l'erreur du vendeur dans la mensuration de deux parties du fonds, intente une action – tendant par exemple à la résolution du contrat – contre ce dernier. Ainsi, en abusant des voies du droit formel – qui lui permettent, en principe, de mettre en discussion le contrat de vente au moyen de l'*actio empti* lorsque l'objet vendu ne correspond pas à l'objet convenu –, l'acheteur tente d'obtenir un avantage, à savoir l'annulation du contrat en raison d'un changement de volonté, qui ne se justifie pas sur le plan de l'équité et de l'équilibre juridique. La protection du vendeur par le biais de l'*exceptio doli* s'avère dès lors indispensable.

4. En matière de successions (*contra voluntatem testatoris petere*)

À côté d'exemples épars et individuellement justifiés, nous découvrons toute une série de textes qui nous conduisent à une typologie parfaite de l'abus de droit en matière successorale.

Aussi, la solution proposée par les juristes finit par s'appliquer spontanément dès que certains éléments précis sont réunis. Le premier texte que nous passons en revue énonce bien cette règle qui, tout en gardant sa nature casuistique, possède un véritable caractère général.

D. 44, 4, 4, 10 (Ulp. 76 *ad ed.*): *Praeterea sciendum est, si quis quid ex testamento contra voluntatem petat, exceptione eum doli mali repelli solere: et ideo heres, qui non habet voluntatem, per exceptionem doli repellitur.*

Il faut en outre savoir que si quelqu'un agit *ex testamento* pour obtenir quelque chose contre la volonté du testateur, il sera normalement écarté au moyen de l'exception de dol; et de la même manière, l'héritier dont la prétention n'est pas conforme à la volonté du testateur doit être débouté par le biais de l'exception de dol.

Ulpien nous apprend que, d'une manière générale, celui qui agit dans le cadre d'une succession testamentaire en contrecarrant la volonté du testateur, se conduit dolosivement. Ainsi, tant le légataire qui agit *ex testamento*, que l'héritier

qui introduit une *petitio hereditatis* dans le but d'obtenir un résultat que le testateur n'avait pas recherché, peuvent être écartés au moyen de l'exception de dol²⁴². Cette solution peut nous surprendre si nous considérons que, selon la procédure habituelle, le légataire ou l'héritier qui avancent des prétentions dépourvues de base ou contraires au texte du testament ne peuvent tout bonnement pas aspirer à la condamnation du défendeur. Le recours à l'*exceptio doli* semblerait ainsi, de prime abord, inutile. La motivation de l'opinion d'Ulpien devient néanmoins limpide si nous prêtons attention aux exemples de son application que nous fournissent le Digeste ainsi que les *Institutiones* de Gaius.

Pomponius, dans son commentaire aux *libri iuris civilis* de Quintus Mucius²⁴³, rapporte le cas suivant:

D. 34, 2, 34, 1 (Pomp. 9 ad Q. Muc.): *Item scribit Quintus Mucius, si maritus uxori, cum haberet quinque pondo auri, legasset ita: 'aurum quodcumque uxoris causa paratum esset, uti heres uxori daret', etiamsi libra auri inde venisset et mortis tempore amplius quam quattuor librae non deprehenduntur, in totis quinque libris heredem esse obligatum, quoniam articulus est praesentis temporis demonstrationem in se continens. [Quod ipsum quantum ad ipsam iuris obligationem pertineat, recte dicitur, id est ut ipso iure heres sit obligatus]²⁴⁴. Verum sciendum, si in hoc alienaverit testator inde libram, quod deminuere vellet ex legato uxoris suae, tunc mutata voluntas defuncti locum faciet doli mali exceptioni, ut, si perseveraverit mulier in petendis quinque libris, exceptione doli mali submoveatur. Sed si ex necessitate aliqua compulsus testator, non quod vellet deminuere ex legato, tunc mulieri ipso iure quinque librae auri debebuntur nec doli mali exceptio nocet adversus petentem.*

Parcillement, Quintus Mucius écrit que si le mari, alors qu'il possédait cinq onces d'or, a établi un legs en faveur de sa femme dans les termes suivants: «que l'héritier donne à ma femme tout l'or qui est mis de côté pour elle», même si par la suite il a dépensé une livre d'or et que, au moment de sa mort, on ne découvre

²⁴² Nous trouvons l'expression de ce même principe, *a contrario*, dans le titre final du Digeste, in D. 50, 17, 19, 1 (Ulp. 24 ad Sab.): *Non solet exceptio doli nocere his, quibus voluntas testatoris non refragatur.*

²⁴³ On fait ici référence à Quintus Mucius Scaevola *pontifex*, né en 140 av. J.-C. et consul de 95 à 82 av. J.-C., dont les dix-huit livres *iuris civilis* firent l'objet de nombreux commentaires jusqu'au II^e siècle ap. J.-C. Pour les détails, nous renvoyons en particulier à CANNATA, *Per una storia* (1997) 242 ss.

²⁴⁴ La phrase '*Quod ipsum – sit obligatus*' est non seulement mal construite, mais elle se révèle au surplus inutile. Aussi, l'expression *iuris obligationem* ne correspond aucunement à la terminologie usuellement employée en la matière par les juristes romains classiques. Il est ainsi légitime de l'attribuer à la main d'un glossateur.

pas plus de quatre livres, l'héritier est obligé pour la totalité des cinq livres puisque le verbe *est* contient en tant que tel une démonstration du temps présent. [...]. Encore faut-il savoir que, si le testateur a par la suite aliéné une livre parce qu'il voulait diminuer le legs de sa femme, le changement dans la volonté du défunt donne lieu à l'exception de dol, de sorte que si la femme insiste dans sa demande de cinq livres, elle sera écartée par le biais de l'exception de dol. Mais si le testateur a agi par nécessité, et non pas parce qu'il voulait diminuer la somme léguée, alors cinq livres d'or seront dues *ipso iure* à la femme et l'exception de dol ne lui nuira pas si elle intente une action.

Nous nous trouvons ici en présence d'une situation d'abus de droit typique. Au vu des termes de la disposition testamentaire, et compte tenu du fait que le mari possédait cinq livres d'or au moment de sa rédaction, il faut en conclure que celle-ci ne se prête à aucune interprétation. Cinq livres ont été légués à la femme du testateur. D'autre part, le testament, qui n'a pas été refait suite à la diminution du patrimoine légué, ne peut être simplement corrigé à la baisse, ni annulé. Il n'en demeure pas moins que le mari – qui, sur ces entrefaits, a dépensé l'une des cinq livres destinées au legs – a opéré sur la réalité sans pour autant opérer sur l'acte testamentaire. Or, le fait qu'il a finalement touché à ladite somme peut s'expliquer de deux façons. Soit il a voulu diminuer le montant légué à sa femme sans avoir eu le temps d'apporter les modifications nécessaires, soit il a dû répondre à une nécessité impérieuse indépendamment d'une quelconque intention de diminuer la somme précédemment léguée. Alors que, dans cette deuxième hypothèse, la femme sera légitimée à poursuivre son dû *ex testamento*, dans la première des deux variantes elle pourra être repoussée par l'*exceptio doli*. En effet, si elle insiste dans sa demande de legs en exploitant le formalisme juridique inhérent à la forme testamentaire, tout en sachant que la volonté effective du *de cuius* n'y est plus exprimée, elle abuse de son droit.

Un passage des Institutes de Gaius nous introduit à la même problématique, exprimée en termes plus généraux:

Gai. 2, 198: *Sed si quis rem suam legaverit, deinde post testamentum factum eam alienaverit, plerique putant non solum iure civili inutile esse legatum, sed nec ex senatus consulto²⁴⁵ confirmari. Quod ideo dictum est, quia et si per damnationem aliquis rem*

²⁴⁵ Gaius se réfère au *senatusconsultum Neronianum de legatis* (promulgué entre 54 et 68 ap. J.-C.) qui sanctionnait la validité des legs *per vindicationem* inutiles en raison de *verborum vitia* (cf. Gai. 2, 218). Celui-ci devait être considéré comme s'il avait été écrit *optimo iure* (cf. Gai. 2, 197), c'est-à-dire dans la forme qui permettrait d'en garder la validité. Par conséquent, dans la

suam legaverit eamque postea alienaverit, plerique putant, licet ipso iure debeatur legatum, tamen legatarium petentem posse per exceptionem doli mali repelli, quasi contra voluntatem defuncti petas.

Si quelqu'un a légué (sc. en établissant un *legatum per vindicationem*) une chose qui lui appartenait et que, après avoir fait testament, il l'a aliénée, la majorité (sc. des juristes) pense que non seulement le legs est dépourvu d'effets sur le plan du *ius civile*, mais encore qu'il ne peut être ratifié par le *senatus-consulte*. Ceci est dit parce que même si quelqu'un a établi un legs obligationnel sur sa chose, qu'il a par la suite aliénée, la majorité des juristes pense que, bien que le legs soit dû de par le droit civil, le légataire demandeur peut être débouté au moyen de l'exception de dol puisqu'il agit contre la volonté du testateur.

Gaius nous propose une variante de legs de chose appartenant à autrui au moment de la mort du testateur. Contrairement au legs obligationnel qui produit ses effets même si la chose léguée a été aliénée par le testateur après l'expression de ses dernières volontés, la validité *iure civili* du legs *per vindicationem* présuppose la propriété de la chose tant au moment de la rédaction du testament qu'au moment du décès du *de cuius*²⁴⁶. Or, conformément au *senatus-consulte* Néronien qui tend à conserver la validité d'un legs *per vindicationem* sur la chose d'autrui (appartenant à l'héritier ou à un tiers)²⁴⁷, il y aurait lieu de convertir ledit legs à effet réel en legs obligationnel. Cette règle de principe doit néanmoins être tempérée.

Lorsque le *de cuius* a modifié la réalité par rapport au moment de son testament, il faut en déduire que – même s'il n'a pas eu le temps ou l'occasion d'ajourner le texte en question – sa volonté initiale a subi un changement. Aussi, le fait d'insister sur la teneur formelle du testament en exigeant l'exécution du legs équivaut à mépriser le point d'arrivée de la volonté du testateur. Dans ces circonstances, même en présence d'un legs *per damnationem* – à l'instar de l'exemple du

mesure où le legs *per damnationem* permettrait de réaliser la plupart des dispositions à titre particulier, il était de par sa nature la forme de legs la plus idoine à remplacer un legs *per vindicationem* invalidé en raison de l'aliénation – de la part du testateur – de l'objet légué. Pour les cas d'application de *senatus-consulte* Néronien, dont le contenu précis ainsi que la modalité de régularisation partagent la doctrine, cf. encore: Gai. 2, 212 et 222; Ulp. 24, 11a; Var. 85.

²⁴⁶ Cette règle de principe connaît néanmoins l'exception des choses fongibles, comme il est donné de le lire dans Gai. 2, 196: *Hae autem solae res per vindicationem legantur recte, quae ex iure quiritium ipsius testatoris sunt. Sed eas quidem res, quae pondere, numero, mensura constant, placuit sufficere, si mortis tempore sint ex iure quiritium testatoris, veluti viman, oleum, frumentum, pecuniam numeratam; ceteras res vero placuit utroque tempore testatoris ex iure quiritium esse debere, id est et quo faceret testamentum, et quo moreretur; alioquin inutile est legatum.*

²⁴⁷ Cf. notre n. 245 ci-dessus.

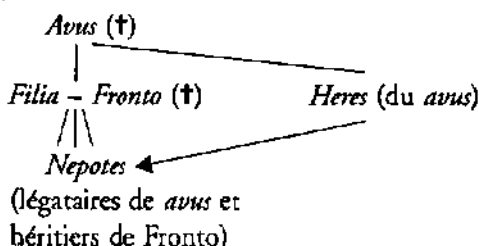
mari qui a légué cinq livres à sa femme – l'on pourrait invalider l'effet de celui-ci au moyen de l'*exceptio doli*. En conséquence il est inutile, *in casu*, d'accorder l'effet «guérisseur» du senatus-consulte Néronien et d'ouvrir les voies offertes par le droit prétorien, notamment celle de l'*actio ex testamento utilis certi ou incerti*. Le légataire en cause tendrait à obtenir des avantages qui ne correspondent plus à la volonté réelle du défunt et, en tant qu'auteur d'un abus de droit, il pourrait sans autre être repoussé au moyen de l'*exceptio doli*.

La casuistique des situations abusives de droit qui s'inscrivent dans la configuration du *contra voluntatem testatoris petere* s'enrichit du cas bigarré – que Cervidius Scaevola, juriste du II^e siècle ap. J.-C., nous propose – d'un legs établi par un grand-père en faveur de ses petits enfants:

D. 44, 4, 17, 1 (Scaev. 27 dig.): *Avus nepotibus ex filia legavit singulis centena et adiecit haec verba: „Ignoscite, nam potueram vobis amplius relinquere, nisi me Fronto pater vester male accepisset, cui dederam mutua quindecim, quae ab eo recipere non potui: postremo hostes, qui mihi fere omnem substantiam abstulerunt“. Quaesitum est, an, si avi heres ab his nepotibus patris sui heredibus petat quindecim, contra voluntatem defuncti facere videatur et doli mali exceptione summoveatur. Respondit exceptionem obstaturam.*

Un grand-père a établi un legs de cent en faveur de chacun des enfants de sa fille, et il a ajouté les mots suivants: «Pardonnez-moi, j'aurais pu vous laisser davantage si Fronto, votre père, ne m'avait pas traité mal par le fait que je lui ai prêté quinze que je n'ai plus reçu par la suite; et puis les ennemis qui m'ont enlevé presque tous les biens». On a posé la question de savoir si l'héritier du grand-père, dans l'hypothèse où il demande quinze aux petits enfants de ce dernier – héritiers de leur père –, doit être considéré comme quelqu'un qui agit contre la volonté du défunt et doit, par conséquent, être écarté au moyen de l'exception de dol. Il a répondu que l'exception de dol empêchera ses prétentions.

Pour simplifier la compréhension de cet exemple, nous en transposons les faits dans un schéma:



Après le décès du père (Fronto) des petits enfants légataires, l'héritier (unique?) du grand-père exige «quinze» en prétendant que ledit montant constituait une créance du grand-père à l'égard de Fronto et par ce biais, après l'héritage, une créance de ce même héritier envers les petits enfants.

Une lecture textuelle du testament du grand-père conduit en effet à cette conclusion. Cervidius Scaevola considère néanmoins que la volonté réelle du grand-père résulte être trahie par la forme que le testament lui a donnée. En exprimant son regret de ne pas avoir légué davantage aux enfants de sa fille, l'*avus* a clairement manifesté sa volonté de leur attribuer même l'argent perdu s'il en avait disposé au moment de la rédaction du testament. La somme empruntée à leur père, de même que le patrimoine enlevé par les ennemis, aurait ainsi alimenté le legs des petits enfants et non pas la masse successorale destinée à l'*heres*.

L'héritier du *avus*, qui prétend le versement des «quinze» en s'appuyant sur le sens formel du testament ainsi que sur le mécanisme successoral dans son ensemble – en effet la combinaison des deux laisserait croire à l'existence d'une créance à l'égard du père des petits enfants – finit en réalité par *petere contra voluntatem testatoris*. Aussi abuse-t-il du droit, que le *ius civile* lui accorde, de poursuivre en justice tous les débiteurs acquis en qualité de successeur du grand-père. Sur la base de ces considérations, Scaevola suggère l'emploi de l'*exceptio doli* pour annihiler l'attitude abusive de l'héritier.

Scaevola nous offre également l'exemple du testament établi par une mère en faveur de la fille issue d'un mariage antérieur:

D. 44, 4, 17, 3 (Scaev. 27 dig.): *Marito et filio communi ex parte dimidia scriptis heredibus filiam suam ex priore matrimonio ita heredem instituit: 'Maevia filia mea ex sex uncis heres mihi esto, si cum coheredibus tuis parem rationem feceris pro mea portione in diem mortis meae eius actus, qui pendet ex tutela tua, quam Titius pater meus, avus tuus administravit'. Quaesitum est, an, quia sub condicione instituta filia esset, si omitteres hereditatem, uti salvam tutelae actionem haberet, legata sibi a matre data consequi possit. Respondit secundum ea quae proponerentur eam, de qua quaereretur, contra voluntatem petere et ideo exceptionem doli obstatum.*

Après avoir institué héritiers, pour une moitié, le mari et le fils commun, [une mère] a ainsi institué héritière la fille issue d'un mariage antérieur: «Que Maevia, ma fille, soit héritière pour six douzièmes, à condition qu'elle égalise avec ses cohéritiers (sc. le mari et le fils) ma part au moment de ma mort, de ce qui reste dans le cadre de sa tutelle que Titius, son grand-père, a administrée». Il est demandé si la fille, du moment qu'elle a été instituée héritière sous condition, pourra préserver son droit à l'*actio tutelae* en renonçant à l'hérité, tout en gardant la faculté d'obtenir les legs qui lui ont été octroyés par sa mère. Il a répondu que, sur

la base des faits exposés, celle pour laquelle est demandé conseil (*sc.* la fille) avancerait des prétentions contraires à la volonté (*sc.* de la mère), si bien que l'exception de *dol* lui fera obstacle.

On déduit facilement de l'exposé des faits que Maevia a fait valoir des prétentions basées sur l'*actio tutelae* – vraisemblablement pour mauvaise administration des biens – contre son grand-père maternel, soit Titius, qui a géré sa tutelle après la fin du premier mariage de sa mère. Néanmoins, alors que l'*actio tutelae* était encore pendante, Titius est décédé, si bien que ses héritiers – y compris sa fille, *mater* de Maevia – seront grevés de la dette envers Maevia, établie dans le cadre de la sentence de cette même action.

Mater prévoit ainsi que ses propres héritiers finiront par assumer la dette consécutive à l'*actio tutelae*. Or, les héritiers en question sont la *filia* elle-même, ainsi que le mari actuel de *mater* et le *filius* qu'elle a eu en commun avec celui-ci. La *filia* serait toutefois avantagée dans la mesure où elle bénéficierait de la créance liée à l'*actio tutelae*, alors que les deux autres héritiers auraient à assumer ladite charge.

Un tel résultat ne satisfait guère la *mater*, qui désire une répartition plus équitable de sa succession. Quel est donc le sens de la disposition testamentaire qu'elle a adoptée?

Cervidius considère que la mère, en instituant Maevia héritière sous condition, a voulu répartir dans une mesure égale, entre ses héritiers, les avantages et les charges consécutives à l'*actio tutelae*.

Dans cette optique, l'alternative, qui est offerte à Maevia, entre une quote-part de la succession et le legs ne peut pas s'interpréter comme une véritable liberté de choix. Une partie des biens ne lui sera affectée que dans l'éventualité où elle accepte de supporter la répartition conçue par sa mère. A défaut, non seulement elle sera exclue du cercle des héritiers, mais encore ne pourra pas bénéficier du legs.

En d'autres termes, si l'on se conforme à la volonté de la défunte, l'acceptation ou le refus de l'hérédité de la part de *filia* ne peut pas dépendre du simple bon vouloir de celle-ci, mais elle est soumise à la condition que *filia* assume, dans une mesure égale à celle de ses deux cohéritiers, les avantages ainsi que les inconvénients liés à l'*actio tutelae*.

Par conséquent, en exploitant la possibilité, que le *ius civile* lui réserve, de refuser l'hérédité tout en gardant intact son droit au legs ainsi que les avantages issus de l'*actio tutelae*, Maevia obéit à de simples considérations d'intérêt personnel, sans le moindre égard au sens effectif du testament de sa mère. Telle attitude, bien que juridiquement permise, contraste avec la *voluntas* de la défunte et doit, en tant qu'abus de droit, être sanctionnée au moyen de l'*exceptio doli*.

Nul besoin d'insister davantage. Les juristes romains – nous l'avons compris en analysant les quelques textes représentatifs ci-dessus – ont individualisé une vraie et propre typologie de situations abusives de droit dans le cadre du droit successoral. Aussi ont-ils abrégé la voie qui mène à l'octroi de l'*exceptio doli* lors d'un abus de droit qualifié comme *petitio contra voluntatem testatoris*. Une action fondée sur le plan du *ius civile*, qui vise néanmoins un but contraire à la volonté – non exprimée dans la disposition pour cause de mort mais déductible des circonstances de fait – du testateur, constitue de par elle-même un abus de droit. Le défendeur pourra dès lors valablement lui opposer l'*exceptio doli* après avoir prouvé que certains actes accomplis par le *de cuius* postérieurement à la rédaction du testament traduisent un véritable changement de la volonté de ce dernier. Le fardeau de la preuve de ce virement de volonté incombait, comme le précise Celse dans un exemple afférent au fidéicommiss²⁴⁸ d'un militaire en faveur d'un compagnon, à celui qui contestait le texte de la disposition testamentaire:

D. 31, 22 (Cels. 21 dig.): *Lucius Titius in testamento suo Publio Maevio militiam suam reliquit sive pecuniam eius quaecumque redigi ex venditione eius potuerit, cum suis commodis: sed cum supervixit testamento Lucius Titius, militiam vendidit et pretium exegit et dedit ei, cui illam militiam vel pretium eius testamento dari voluerit: post mortem Lucii Titii iterum Publius Maevius vel militiam vel pretium eius ab heredibus Lucii Titii exigebat. Celsus: existimo pretium militiae praestari non oportere, nisi legatarius ostenderit testatorem et post factam solutionem iterum eum pretium militiae accipere voluisse. Quod si non totum pretium militiae, sed partem vivus testator legatario dedit, reliqui superesse exactionem, nisi heres et ab hoc decessisse testatorem ostenderit. Onus enim probandi mutatam esse defuncti voluntatem ad eum pertinet, qui fideicommissum recusat.*

Lucius Titius, dans son testament, a laissé à Publius Maevius sa *militia*²⁴⁹ ou l'argent qu'il pouvait retirer de la vente de celle-ci, y compris les avantages qu'elle englobe. Néanmoins, Lucius Titius, qui a survécu au testament, a vendu sa *militia*, exigé le prix et donné (*sc.* le montant en question) à celui auquel, par testament, il avait voulu donner ladite *militia* (*sc.* à P. Maevius). Après le décès de Lucius Titius, Publius Maevius a exigé une seconde fois, des héritiers de Lucius Titius, soit la *militia*, soit la valeur de celle-ci. Celse: je pense qu'il n'y a pas lieu de prêter la

²⁴⁸ A propos du fidéicommiss, institut défini par Ulp. 25,1, nous renvoyons à: GIODICE SABBATELLI, *La tutela* (1993); LONGSCHAMPS de BÉRIER, *Allargamento* (1996) 205 ss; JOHNSTON, *The Roman law of trusts* (1989).

²⁴⁹ En l'absence d'un terme français équivalent, nous maintenons, dans la traduction, le nom latin. Celui-ci désigne l'ensemble des biens – tels l'équipement, les salaires et autres rémunérations – liés à une certaine charge militaire.

valeur de la *militia*, à moins que le légataire ne prouve que le testateur, après avoir donné (sc. de son vivant), ait voulu lui destiner une seconde fois la valeur de la *militia*. De ce fait, si le testateur – de son vivant – n'a pas donné au légataire la totalité mais seulement une partie du prix de la *militia*, l'action tendant à exiger le solde demeure possible, à moins que l'héritier ne prouve que le testateur a abandonné cette volonté. En effet, le fardeau de la preuve du changement de la volonté du défunt incombe à celui qui s'oppose au fidéicommiss.

Avec l'introduction – vers la fin de la République – du système de succession par *bonorum possessio*²⁵⁰, le *ius honorarium* a engendré une sorte de dichotomie du droit successoral.

L'hérédité prétorienne se retrouve en effet à flanquer celle basée sur le *ius civile*, en particulier sur les XII Tables. Ainsi, un testament qui ne respecte pas la forme civile – puisque le *de cuius* a omis de procéder à la *mancipatio familiae* –, mais qui remplit la condition de la signature de sept témoins, sera néanmoins pris en compte par le préteur pour l'octroi de l'hérédité – à titre de *bonorum possessores* – aux *heredes scripti*²⁵¹. Il n'en demeure pas moins que dans cette même hypothèse, en vertu de la supériorité intrinsèque du *ius civile* par rapport au *ius honorarium*, s'il existe des *heredes legitimi* – tels des *sui* ou des *agnati* –, ceux-ci doivent être privilégiés par rapport aux héritiers auxquels a été concédée la succession prétorienne.

Gai. 2, 120: *Sed videamus, an etiam si frater aut patruus extant, potiores scriptis heredibus habeantur; rescripto enim imperatoris Antonini significatur eos, qui secundum tabulas testamenti non iure factas bonorum possessionem petierint, posse adversus eos, qui ab intestato vindicant hereditatem, defendere se per exceptionem doli mali.*

Mais voyons si même le frère ou l'oncle paternel, dans l'hypothèse où ils existent, doivent être préférés aux héritiers institués. Dans un rescrit de l'empereur Antoninus (sc. Pius), on dit que ceux qui ont demandé la *bonorum possessio* sur la base d'un testament non conforme au *ius civile* peuvent se défendre au moyen de l'exception de dol contre ceux qui revendiquent l'hérédité *ab intestato*.

²⁵⁰ Au sujet de la *bonorum possessio*, qui faisait l'objet d'un titre important de l'édit du préteur (cf. LENEL, *EP* 43 s. et 342 ss), voir entre autres: KASER, *RPR* I, 719 s. avec renvois bibliographiques.

²⁵¹ Cf. Gai. 2, 119: *Praetor tamen, si septem signis testium signatum sit testamentum, scriptis heredibus secundum tabulas testamenti bonorum possessionem pollicetur, si nemo sit, ad quem ab intestato iure legitimo pertineat hereditas, velut frater eodem patre natus aut patruus aut fratris filius. Ex ista poterunt scripti heredes retinere hereditatem: nam idem iuris est et si alit ex causa testamentum non valeat, velut quod familia non venierit aut nuncupationis verba testator locutus non sit.*

En reconstruisant l'exemple esquissé par Gaius, nous obtenons l'ordre des faits suivant. Une personne, sans *sui*, a procédé à l'écriture de ses dernières volontés en adoptant une forme testamentaire invalide sur le plan du *ius civile*, où elle institue des héritiers autres que ses *agnati proximi*. Sur la base de ce testament, et en l'absence de revendications de la part d'héritiers légitimes, le préteur a accordé la *bonorum possessio* des biens aux héritiers qui y étaient mentionnés. A ce moment, un frère ou un oncle paternel se manifeste et revendique cette même hérité *ab intestato* en invoquant un droit qui lui revient *iure civili*. Antoninus Pius, dans une décision d'espèce, refuse de conformer cette situation aux exigences du droit formel. Sa motivation est simple à déduire. La volonté du *de cuius* a été clairement exprimée dans le testament: en omettant de transmettre une partie de ses biens à ses parents du côté paternel tout en instituant expressément des successeurs en-dehors de ce cercle, le testateur a certainement voulu exclure les héritiers légaux civils. Aussi doit-on empêcher qu'un *agnatus* exploite les voies du droit formel pour obtenir une partie du patrimoine successoral au mépris de la volonté effective du *de cuius*, en offrant aux *bonorum possessores secundum tabulas* l'instrument de l'*exceptio doli*.

L'opinion d'Antoninus Pius est intéressante à plusieurs égards. L'empereur ne se limite pas à reproduire une solution désormais affirmée à son époque, mais il franchit un pas supplémentaire dans l'élaboration d'un remède juridique *ad hoc* suite à une attitude abusive dont les éléments sont constants. Un rescrit, nous le savons, même s'il n'accède pas au rang de règle contraignante, crée un précédent qui – étant fondé sur l'autorité de l'empereur – sera *de facto* adopté en tant que règle par les magistrats ainsi que par les juges appelés à statuer sur des cas semblables, et respecté par les juristes dans leurs opinions. Par conséquent, une fois établi qu'un demandeur intente une action conforme aux dispositions du *ius civile*, mais en contraste avec la volonté du testateur clairement exprimée dans un acte invalide sous l'angle du droit formel, le préteur accordera l'exception de dol. La demande en question sera en effet assimilée à une *petitio contra voluntatem testatoris* et reconnue comme abusive de droit sans pour autant passer par une analyse approfondie des faits et par une ultérieure administration des preuves.

5. Pour obvier aux conséquences néfastes engendrées par le formalisme des *actiones strictae*

La protection contre l'abus de droit construite autour du remède de l'*exceptio doli* s'inspire également de considérations ancrées dans le souci d'économie procédurale. Le procès, dans sa conception idéale, doit permettre d'atteindre le résultat juridiquement le plus correct en parcourant le chemin procédural le plus court. En

réalité, le filet des actions prévues par un ordre juridique n'est jamais parfait, si bien qu'une maille défaille peut entraîner un dessin qui jure avec le plan conçu originellement. Une attitude abusive qui comporte le risque d'une double condamnation, ou une demande en action qui, à l'issue du procès, entraînera une contre-demande en restitution, ou encore un problème de dol procédural, pourront être régularisés grâce au remède de l'*exceptio doli*.

La panoplie de textes que nous nous proposons de parcourir aborde les situations les plus disparates. Un fil rouge: chaque fois, un défendeur se retrouve empêtré dans un procès que le droit formel – en raison d'une *actio stricta* – admet, mais dont l'aboutissement heurte autant la conception d'équité que le but général d'économie procédurale cher à tout système juridique doté de sens pratique.

Dans un texte que nous devinons truffé de remaniements post-classiques, Ulpien se propose de lever le rideau sur les cas d'application de l'*exceptio doli*:

D. 44, 4, 2, 3 (Ulp. 76 ad ed.): *Circa primam speciem, quibus ex causis exceptio haec locum habeat, haec sunt, quae tractari possunt. Si quis sine causa ab aliquo fuerit stipulatus, deinde ex ea stipulatione experiatur, exceptio utique doli mali ei nocebit: licet enim eo tempore, quo stipulabatur, nihil dolo mala admiserit, tamen dicendum est eum, cum litem contestatur, dola facere, qui perseveret ex ea stipulatione petere [; et si cum interponeretur, iustam causam habuit, tamen nunc nullam idoneam causam habere videtur]²⁵². Proinde et si creditor pecuniam stipulatus est nec credidit et si certa fuit causa stipulationis, quae tamen aut non est secuta aut finita est, dicendum erit nocere exceptionem.*

Quant à la première question, c'est-à-dire celle de savoir quels sont les cas où cette exception (*sc. de dol*) s'applique, les suivants viennent en considération. Si quelqu'un, par *stipulatio*, s'est fait promettre sans cause d'un autre, et que par la suite il agit sur la base de cette stipulation, l'exception de dol lui nuira en tout cas; en effet, malgré le fait qu'il n'a commis aucun dol au moment où il a stipulé, il faut dire que s'il persiste à agir sur la base de cette stipulation, il commet dol en

²⁵² En accord avec KRÜGER (cf. MOMMSEN/KRÜGER *ad h.l.*), nous sommes de l'avis que '*et si cum interponeretur [...] habere videtur*' ne faisait pas partie du texte original d'Ulpien. Dans la mesure où ladite phrase ne fait que répéter – et au surplus mal – ce qui a d'ores et déjà été écrit, elle constitue vraisemblablement une glose. Ulpien n'affirme pas, auparavant, que la *stipulatio*, au moment de sa conclusion, était munie d'une juste cause. Il se limite à dire que, à ce même moment, le *stipulator* n'était pas en situation de dol, ce qui, finalement, constitue le seul fait pertinent dans la problématique développée *in casu*. Par ailleurs, même si nous considérons que la phrase '*et si cum interponeretur [...] habere videtur*' doit plutôt se rapporter à ce qui suit ('*Proinde et si [...]*'), elle est inopportune puisque non seulement elle l'anticipe inutilement, mais encore le fait d'une manière imprécise.

concluant la *litis contestatio* [; même si, au moment de sa conclusion, il (*sc. negotium*) était muni d'une juste cause, il reste dépourvu de toute cause idoine à présent]. Il en va de même si, en vue de concéder un prêt d'argent, il s'est fait promettre et qu'il n'a finalement pas octroyé une certaine somme d'argent: malgré le fait que la cause de la stipulation – pour autant qu'elle ne se soit pas réalisée ou qu'elle ait cessé d'exister – fût parfaite, il faut dire que cette exception nuira.

Abstraction faite de la perspective de l'enrichissement illégitime qu'il n'y a pas lieu d'approfondir ici, nous saisissons sans peine les paramètres de cette variante d'attitude abusive de droit. Quelqu'un (que nous appelons A) demande un emprunt à une autre personne (B). Cette dernière se déclare d'accord mais, avant de donner la somme requise et de conclure ainsi un contrat – réel – de prêt, il exige que A promette, par *stipulatio*, de lui rendre le montant qui fera l'objet du prêt. En réalité, une fois que A prête la *stipulatio* relative à la *restitutio*, B refuse de procéder au versement de la somme requise.

En tant qu'acte formel indépendant de l'accord informel d'emprunt, la *stipulatio* oblige le débiteur déçu (A) à respecter son engagement. *Iure civili*, A serait par conséquent sujet à la *condictio* du créancier malhonnête (B) et subirait la condamnation à payer ce qu'il a promis par *stipulatio*.

Cette perspective ne satisfait néanmoins ni le sens commun de l'équité, ni une vision équilibrée de l'économie. L'attitude de celui qui exploite la rigidité d'une institution juridique dans le but de poursuivre, au détriment d'un autre, un avantage qui ne se justifie pas, est reconnue comme une attitude abusive de droit et doit dès lors être entravée par l'opposition de l'*exceptio doli*²⁵³.

Autre texte extrait du 76^e livre du commentaire à l'édit d'Ulpien, exemple lui aussi de dol procédural:

D. 44, 4, 2, 7 (Ulp. 76 *ad ed.*): *Item quaeritur: si statuliberum mercatus quis fuerit iussum decem dare, cum hoc ignoraret, et duplam stipulatus fuerit, deinde [decem acceperit]²⁵⁴ evicto eo in libertatem agere ex duplae stipulatione potest, sed nisi decem, quae implendae condicionis causa acceperit, deduxerit, exceptione summoendus erit: et haec ita Iulianus quoque scripsit. Si tamen ex re emptoris vel ex peculio, quod ad emptorem pertinebat, pecuniam dederit statuliber, potest dici exceptionem non nocere, quia dolo non faceret.*

²⁵³ A propos du thème plus spécifique de l'*exceptio doli generalis seu praesentis*, voir plus haut, p. 83 s.

²⁵⁴ MOMMSEN (cf. MOMMSEN/KRÜGER *ad h.l.*) efface cette glose évidente, mais finalement inoffensive.

Se pose la question suivante. Si quelqu'un a fait un contrat d'achat portant sur un *statuliber* dont la liberté était soumise à la condition de donner dix – ce qu'il (sc. l'acheteur) ignorait – et qu'il est convenu d'une *stipulatio duplae*, par la suite [il a reçu dix de l'esclave], une fois évincé du fait de l'acquisition de la liberté par l'esclave²⁵⁵, il peut agir sur la base de la *stipulatio duplae*, mais s'il ne déduit pas les dix qu'il a reçus pour la réalisation de la condition, il devra être repoussé au moyen de l'*exceptio doli*. Et Julien a écrit dans ces mêmes termes. Si toutefois le *statuliber* a donné de l'argent qui provenait du patrimoine de l'acheteur ou du pécule appartenant à l'acheteur, l'on peut dire que l'exception ne (lui) nuira pas puisqu'il n'a commis aucun dol.

Une personne achète, en l'ignorant, un esclave affranchi sous condition – éventuellement exprimée dans le cadre d'une *manumissio testamentaria* – de donner dix à son propriétaire actuel. A un certain moment, le *statuliber* lui paie dix sesterces, somme que l'acheteur encaisse²⁵⁶. Dans la mesure où il a respecté la condition à laquelle était soumise l'acquisition de sa liberté, le *statuliber* devient un homme libre. L'acheteur assume une attitude dolosive au moment où il agit sur la base de la stipulation pénale *duplae* pour la totalité de la somme ainsi convenue, alors qu'il devrait prendre en compte, en les déduisant, les dix qu'il a reçus de l'esclave pour l'achat de sa liberté. Il exploite ainsi le manque formel de moyens aptes à faire reconnaître, par le biais de l'*actio ex stipulatu*, le bénéfice qu'il a tiré du paiement du *statuliber*. L'*exceptio doli* permet justement d'obvier à cet inconvenient en permettant au vendeur d'éviter la condamnation dans le cadre de l'action de l'acheteur malhonnête. En termes techniques nous dirons que, à moins d'une correction de la demande à la baisse (dans le sens où les dix sont pris en considération dans le montant originairement convenu dans la *stipulatio*), et bien que l'acheteur prouve les faits qu'il invoque dans l'*intentio* de son action, si le vendeur parvient à son tour à prouver les faits allégués par le biais de l'*exceptio doli*, il sera absous.

²⁵⁵ '*Evicto eo in libertatem*', que nous traduisons un peu librement, veut préciser que l'éviction a eu lieu puisque l'esclave a été déclaré libre dans le cadre d'un procès de liberté.

²⁵⁶ Cela résulte de la suite du texte, mais nous observons que même si l'acheteur avait refusé d'encaisser ladite somme, il aurait de toute façon dû l'accepter par la suite, dans le cadre d'un procès de liberté. En effet, ce paiement représente la condition posée à l'acquisition de la liberté par l'esclave, et l'esclave est protégé à l'égard de cette chance de liberté.

Poursuivons notre promenade au pays du dol procédural, toujours sous le guide d'Ulpien:

D. 7, 9, 3, 3 (Ulp. 79 *ad ed.*): *Sed et si quis usum fructum tibi legaverit et sub condicione 'si liberos habueris' proprietatem, amisso usu fructu committetur quidem stipulatio, sed exceptio locum habebit.*

Mais même dans l'hypothèse où quelqu'un t'a légué un usufruit et – soumise à la condition «si tu auras des fils» – la propriété (sc. de la même chose), se réalisent certes les conditions de la stipulation par l'extinction de l'usufruit, mais l'exception de dol pourra être opposée.

Nous avons affaire à un double legs, le second (la propriété) éteignant le premier (l'usufruit) par confusion en cas de réalisation d'une condition (naissance d'un fils). Le cas synthétiquement posé par Ulpien concerne un légataire qui, avant de devenir père ou mère, et par ce biais propriétaire, s'était obligé personnellement envers l'héritier *propriarius* au moyen d'une *cautio fructuaria*²⁵⁷. En vertu de cette stipulation, le légataire usufruitier est tenu de *restituere*²⁵⁸ l'objet – dans l'état qui aurait été le sien suite à une utilisation correcte – au nu-propriétaire lorsqu'une cause d'extinction de l'usufruit se réalise²⁵⁹. Dans le cas d'espèce, l'usufruit s'éteint par confusion au moment où le légataire, devenu père, acquiert la propriété de la chose. A ce moment, du point de vue formel, le *propriarius* précédent serait en droit d'exiger du légataire un dédommagement pour détérioration de la chose, conformément aux termes de la *cautio*. Aussi, dans la mesure où il s'est obligé personnellement à l'égard de l'héritier, le légataire ne peut pas contrer l'*actio ex stipulatu* de ce dernier en invoquant la confusion. Il ne lui resterait ainsi, *iure civili*, qu'à subir l'action – basée sur la *cautio* – de l'ancien

²⁵⁷ La *cautio* – ou plus précisément la *satisfactio – fructuaria*, était imposée par le prêteur en cas de constitution d'usufruit suite à un legs. Elle consistait en une promesse, en la forme de *stipulatio*, par laquelle l'usufruitier s'obligeait à user de la chose *boni viri arbitrato*, à la restituer à la fin de l'usufruit *quod inde exstabit*, et à s'abstenir de tout comportement dolosif (cf. Ulp. 79 *ad ed.* D. 7, 9, 1 pr. et D. 7, 9, 5 pr.). Si l'usufruitier refusait de prêter ladite *cautio*, le prêteur l'empêchait d'exercer son droit par la dénégation de toute protection judiciaire. Pour un approfondissement en la matière, voir, entre autres: DE RUGGIERO, *Sulla cautio* (1905) 71 ss; GROSSO, *In tema* (1936-37); REICHARD, *Stipulation* (1990) 46 ss.

²⁵⁸ Comme relevé par GROSSO (*Usufrutto* [1958] 287), bien que les sources (p.ex. Ulp. D. 7, 9, 3) attestent l'existence de stipulations tendant à la *restitutio* de la chose elle-même, la promesse de restitution n'était pas une promesse de *dare rem*, puisque le propriétaire *inutiliter rem suam stipulari videretur* (cf. Ulp. D. 7, 9, 1, 7), mais de *facere*.

²⁵⁹ Ulpien (79 *ad ed.* D. 7, 9, 3 pr.) précise à ce propos que '*Omnes autem casus continentur huic stipulationi, quibus usus fructus amittitur*'.

propriarius et payer la somme correspondant à l'*obligatio iudicati* qui en résulterait. Une telle issue ne satisfait néanmoins guère notre idée de justice substantielle. À défaut de moyens *ad hoc* capables de déjouer ce procédé abusif de droit, Ulpien suggère l'emploi de l'*exceptio doli*²⁶⁰.

La situation que nous venons d'étudier nous est proposée, dans un cas analogue et toujours par Ulpien, également dans le fragment qui précède le texte ci-dessus:

D. 7, 9, 3, 2 (Ulp. 79 *ad ed.*): *Si usus fructus repetitus erit legato, quotiensque amissus fuerit (nisi utiliter fuerit cautum), committetur ista stipulatio: sed exceptio[e]<i><bol[p]><c>us²⁶¹ erit.*

Si, dans un legs, on prévoit que l'usufruit se reconstitue chaque fois qu'il est perdu – et si la *cautio* opportune n'a pas été prêtée – les conditions de la stipulation se réalisent, mais l'exception est opposable.

²⁶⁰ Dans un cas analogue et aux mêmes fins de justice substantielle, Venuleius (12 *stipulationum* D. 7, 9, 4) propose une alternative entre une *exceptio in factum* et un *ipso iure inutiliter agi* déduit de l'*arbitrium boni viri*. En d'autres termes, le légataire (et ancien usufruitier) aurait eu la possibilité – dans le cadre de l'action *ex stipulatu* dirigée à son encontre par l'ancien *propriarius* – d'être directement absous au vu des déclarations mêmes de l'expert appelé à établir le montant éventuellement dû par l'ancien usufruitier. Comme l'observe GROSSO (*Usufructo* [1958] 291 n. 2), cette deuxième alternative mise à la disposition du légataire doit être interprétée comme un effort, de la part de Venuleius, d'étendre les compétences du *bonus vir*. Celui-ci aurait ainsi la faculté de prendre en compte les circonstances particulières et, le cas échéant, de décider que l'usufruitier ne doit plus rien.

Ce qui peut nous intriguer, à la lecture du texte de Venuleius, n'est pas tant l'allusion à l'*arbitrium boni viri*, mais plutôt la première des solutions proposées: Venuleius ne recourt pas à l'*exceptio doli* mais bien à une *exceptio in factum*. Ainsi, dans la mesure où Ulpien – in D. 7, 9, 3, 3 – emploie des termes généraux sans préciser à quel type d'exception il fait référence, nous pourrions être amenés à croire qu'il pense, lui aussi, à une exception *in factum*. Or, c'est précisément cette mention générale qui – en sus des considérations de fond – nous permet de conclure dans le sens de l'*exceptio doli*. Par ailleurs, la solution de l'*exceptio in factum* s'inscrit finalement dans le procès évolutif logique (*exceptio doli*, puis *exceptio in factum* aussitôt que certains éléments typiques se réalisent avec une certaine fréquence) que nous avons eu l'occasion d'étudier plus haut, dans le chapitre afférent à la subsidiarité de l'*exceptio doli* (p. 62 ss). Certes faut-il considérer que Venuleius (vraisemblablement Venuleius Saturninus, juriste du II^e siècle ap. J.-C.; voir à ce propos KRÜGER, *Geschichte* [1912] 198-200) précède Ulpien d'un siècle environ. Nous n'avons néanmoins aucune peine à comprendre qu'Ulpien ne précise pas la nature de l'exception qu'il propose: il indique par là que la porte de l'*exceptio doli* est toujours ouverte, mais que, certains faits réunis, rien n'exclut l'emploi d'une *exceptio in factum*. Ainsi, que nous options pour l'*exceptio doli* ou pour une *exceptio in factum*, la seule différence se situera au niveau du fardeau de la preuve: plus général et indéfini pour l'exception de dol, plus précis et dès lors facilité pour l'exception *in factum*.

²⁶¹ Nous suivons la correction proposée par MOMMSEN (cf. MOMMSEN/KRÜGER *ad h.l.*).

Imaginons le cas d'un legs fait en ces termes: «Que l'héritier soit tenu de reconstituer l'usufruit chaque fois qu'il s'éteint». Ainsi, par exemple en cas de *mutatio rei* due à l'héritier ou à la nature, l'héritier est tenu *ex testamento* au rétablissement de l'usufruit²⁶². La situation que nous imaginons est celle de l'héritier qui, avant de reconstituer le droit d'usufruit, exige du légataire la *restitutio* de la chose en guise de simple chicane, ou le dédommagement pour une détérioration passagère à laquelle l'usufruitier aura de toute façon remédié au moment de l'expiration définitive de son droit. Comme dans le cas précédent, il serait injuste que l'héritier obtienne des avantages liés à la *cautio fructuaria* en se prévalant du droit d'action que le *ius civile* lui accorde. Une telle attitude, que le droit formel admet mais qui aurait pour seule conséquence de mettre en difficulté – sans intérêt digne de protection et en contraste avec tout équilibre économique – le légataire usufruitier, doit être entravée par l'emploi de l'*exceptio doli*.

L'ampleur des engagements qui peuvent découler d'un acte formel échappe souvent à ceux qui le concluent, au grand profit de ceux qui, de mauvaise foi, exploitent une telle mégarde. C'est le tour à un père un tantinet naïf et un peu trop généreux d'essuyer les attaques judiciaires d'un gendre malhonnête:

D. 44, 4, 17 pr. (Scaev. 27 dig.): *Pater pro filia dotem promiserat et pactus erat ut ipse aleret filiam suam eiusque omnes: idem homo rusticanus genero scripsit quasi usuras praeteritis ex doti promissione: quaesitum est, cum ipse filiam suam exhibuerit et maritus nullam impensam fecerit, an ex chirographo ex stipulatu agenti genero exceptio obstare debeat. Respondit, si, ut proponatur, pater, cum exhiberet, per errorem promississet, locum fore doli mali exceptioni.*

Un père a promis la dot pour sa fille et il est convenu qu'il aurait lui-même pourvu à l'entretien de sa fille et de tous les siens; ce même homme simplet a ensuite rédigé un chirographe à l'attention de son gendre, qui laissait entendre qu'il s'agissait (*sc.* quant aux aliments en cause) d'intérêts échus qui dépendaient de la *promissio dotis*. Se pose la question de savoir si, du moment qu'il a lui-même entretenu sa fille et que le mari n'a assumé aucun frais, l'exception (*sc.* de dol) doit nuire au gendre qui agit *ex stipulatu* (*sc.* pour obtenir les intérêts échus qui correspondent

²⁶² L'exemple, que nous avons interprété en la forme d'un legs *per damnationem*, peut sans autre être conçu dans les termes d'un legs à effet réel. Dans ce cas, l'usufruit se constitue et renaît *ipso iure* après chaque extinction indépendamment d'une quelconque intervention de l'héritier. D'un point de vue purement technique néanmoins, même dans ces circonstances, la *stipulatio committitur*, si bien que l'héritier *propriarius* serait formellement en droit d'exiger une *restitutio* de l'usufruitier.

aux aliments futurs) sur la base du chirographe. Il répond que si, comme exposé (sc. par le client), le père – qui a pourvu à l'entretien – a promis par erreur, il y a lieu d'octroyer l'exception de dol.

Le père se limite d'abord à convenir avec son gendre, en la forme d'un pacte nu – donc sans créer une obligation à sa charge –, qu'il pourvoira aux aliments de sa fille, ainsi que des esclaves de celle-ci. Par la suite, ingénument, il rédige un document (chirographe) dont les termes laissent croire que ladite charge est assumée non pas en la forme d'un simple pacte, mais bien dans le cadre de la *stipulatio dotis*, si bien que les aliments dûs à sa fille et aux siens doivent être considérés comme intérêts échus de la dot. En effet, de la qualification de *praeteritis* employée pour ces *usuras*, il est permis de déduire sans autre que la totalité des aliments, y compris les aliments futurs, sont d'ores et déjà exigibles.

Le gendre, vu la teneur du chirographe, profite ainsi de l'erreur de ce *rusticanus* et agit à son encontre afin d'obtenir les aliments futurs à titre d'intérêts exigibles. Malgré le bien-fondé formel de ces prétentions *ex stipulatu*, *Cervidius Scaevola* n'en admet pas l'aboutissement, dans la mesure où l'attitude du gendre repose sur des considérations abusives indignes de protection, et conseille l'emploi de l'*exceptio doli* au bénéfice du père imprudent.

De façon plus active, un créancier héréditaire tend le filet à un successeur hésitant dans l'acceptation de l'hérédité afin de récupérer la dette stipulée par le *de cuius*:

D. 44, 4, 4 pr. (Ulp. 76 *ad ed.*): *Apud Celsum quaeritur, si, cum Titio mandassent creditores hereditarii, ut adiret hereditatem, unus non mandasset decipiendi eius causa, [mandaturus alioquin, si non foret hic aditurus,]²⁶³ deinde agat, an exceptione repellatur: et ait Celsus doli eum exceptione repellendum.*

Dans un livre de Celse²⁶⁴ est posée la question suivante: si, alors que les créanciers héréditaires ont donné à Titius mandat d'accepter l'hérédité, un seul d'entre eux n'a pas adhéré au mandat dans le but de le tromper [il l'aurait du reste mandaté, s'il n'avait pas accepté l'hérédité à présent] et que par la suite il agit, celui-ci pourra être repoussé par l'exception; et Celse répond qu'il y a lieu de l'écarter au moyen de l'*exceptio doli*.

²⁶³ Dans la mesure où il s'agit d'une intrusion peu élégante tant au niveau de la forme que du fond, nous soupçonnons l'intervention d'une main post-classique qui avait pour but d'explicitement la tromperie du créancier.

²⁶⁴ Selon LENEL (*Palingenesia* I, 161; Cels. 218), il s'agit du livre XXV des *Digesta*.

Titius, héritier institué par un testament ou par la loi, n'aurait vraisemblablement pas accepté la succession en cause puisque *suspecta*. Toutefois, pour des raisons qu'Ulpien ne mentionne pas²⁶⁵, il a reçu des créanciers héréditaires mandat d'accepter cette hérédité tendanciellement passive. Par ce biais, il jouit d'une certaine sécurité à leur égard puisque ceux-ci, en leur qualité de mandants, sont obligés de lui rembourser tous les dépens engendrés dans le cadre du mandat, ce qui englobe également les éventuelles pertes. L'un des créanciers, néanmoins, temporise dans l'adhésion au mandat des autres – en laissant croire à l'héritier qu'il finira par y souscrire lui aussi ou en exploitant l'ignorance de Titius quant à l'importance de sa créance – afin de l'induire à accepter le mandat et, par ce biais, à assumer les dettes successorales. Une fois ce résultat atteint, ce même créancier revient sur ses propos et, en se prévalant du droit qu'il a conservé, actionne l'héritier en recouvrement de sa créance. Encore une fois, ce qui apparaît comme formellement correct aux yeux du *ius civile* a été atteint par des moyens et dans un but qui ne trouvent aucune justification sur le plan de la bonne foi et de l'équité.

Cette même solution est indiquée par Furius²⁶⁶, qui la propose en alternance avec la variante de l'*actio*, selon la configuration du problème:

D. 4, 3, 40 (Furius 1 *ad ed.*): *Is, qui deceptus aliquem, ut hereditatem non idoneam adiret, de dolo tenebitur, nisi fortasse ipse creditor erat et solus erat: tunc enim sufficit contra eum doli mali exceptio.*

Celui qui a trompé quelqu'un en le persuadant d'accepter une hérédité passive, répondra pour dol (dans le cadre d'une *actio de dolo*), à moins qu'il ne fût lui-même créancier unique de l'hérédité: dans cette hypothèse, en effet, il suffit d'octroyer contre lui l'*exceptio doli mali*.

²⁶⁵ La raison de cette opération est néanmoins claire: si l'héritier accepte l'hérédité sur mandat des créanciers, ceux-ci pourront ensuite prétendre du premier le paiement de la globalité des dettes héréditaires réduites – du fait de l'existence du mandat – au montant de l'actif héréditaire. Les créanciers se répartiront ainsi le montant en question proportionnellement aux créances respectives. Si l'héritier n'avait pas accepté le mandat, et par conséquent la succession, l'hérédité aurait fait l'objet d'une *bonorum venditio*, donc d'une vente aux enchères. L'éventuel acheteur aurait certainement offert une somme inférieure à l'actif héréditaire, ce qui aurait finalement comporté des pertes bien supérieures pour les créanciers intéressés.

²⁶⁶ Le Furius en question ne peut s'identifier ni avec *Furius Philo* (consul au 136 av. J.-C.; cf. CANNATA, *Per una storia* [1997] 238), ni avec le juriste éponyme cité par Val. Max. 8, 12, 1 (cf. CANNATA, *Per una storia* [1997] 297 n. 316). Nous ne disposons dès lors d'aucune information qui nous permette de situer ce Furius avec précision dans le temps, si ce n'est qu'il a été l'auteur de *libri ad edictum* à l'époque classique.

Dans un exemple de Paul, l'erreur dont est victime un héritier n'a pas été provoquée par celui qui en profite, mais la solution a comme un air de famille:

D. 19, 1, 5, 1 (Paul. 3 *ad Sab.*): *Sed si falso existimans se damnatum vendere vendiderit, dicendum est agi cum eo ex empto non posse, quoniam doli mali exceptione actor summoverti potest, quemadmodum, si falso existimans se damnatum dare promississet, agentem doli mali exceptione summovertet. Pomponius etiam incerti condicere eum posse ait, ut liberetur.*

Mais si, en croyant à tort être obligé de vendre (*sc.* en vertu d'un *legs per damnationem*), il a vendu, il faut dire qu'on ne peut pas agir contre lui *ex empto* puisque le demandeur pourra être repoussé au moyen de l'*exceptio doli*. De même si, en croyant à tort être obligé de le faire, il a promis de transférer la propriété (d'une chose), il repoussera l'autre (*sc.* *stipulator*) – qui agit contre lui – par l'*exceptio doli*. Pomponius affirme que, pour être libéré, il (*sc.* *promissor*) pourra également intenter la *condictio incerti* afin d'être libéré de son obligation (de donner).

En réalité, le *legs* en vertu duquel l'héritier se croit obligé de *facere* – notamment de conclure une vente – ou de *dare*, c'est-à-dire de transférer la propriété d'une chose, n'a jamais été fait ou encore était-il nul. En ce qui concerne la première variante, il faut relever que l'erreur qui a amené l'héritier à conclure une vente n'a pas été engendrée par l'acheteur, mais qu'elle est externe au contrat puisqu'elle repose sur une mauvaise compréhension du *legs* de la part de l'héritier. La voie de la nullité du contrat pour vice de consentement est dès lors exclue. Toutefois, l'attitude de l'acheteur qui, après avoir été informé de l'absence de fondement dans les engagements pris par l'héritier, exploite néanmoins la possibilité – que le *ius civile* lui offre – d'exercer l'*actio empti*, doit être considérée comme abusive. L'héritier sera ainsi légitimé à exciper *de dolo* et, s'agissant d'une action de bonne foi, il pourra soulever l'*exceptio doli* même devant le juge, après la *litis contestatio*.

Quant à la variante prévoyant l'erreur relative à une obligation de *dare*, nous noterons que l'héritier s'est engagé par stipulation de *dare rem* (par exemple *servum Stichum, fundum Cornelianum* ou toute autre chose indiquée de façon précise) afin d'éviter d'être en demeure par rapport à la prétendue obligation testamentaire. Dans ces circonstances, deux possibilités lui sont ouvertes. Soit il demande l'insertion de l'exception de dol au préteur saisi par la *condictio* du légataire abusif, soit il agit activement contre celui-ci en exerçant la *condictio liberationis* tendant à obtenir l'*acceptilatio* de l'obligation assumée par erreur.

Nous assistons, dans ces deux exemples, à une caractérisation du dol: le fait d'avoir eu connaissance de l'absence de fondement de son droit et d'insister néanmoins dans l'exercice formellement protégé de celui-ci, équivaut à un abus de droit.

Le cas qui nous est illustré par Ulpien, sur la base d'une opinion de Labéon, s'inscrit dans cette même perspective:

D. 44, 4, 4, 1 (Ulp. 76 ad ed.): *Julianus scribit, si quis, cum aeger esset, centum aureos uxoris suae consobrino spondidisset²⁶⁷, volens scilicet eam pecuniam ad mulierem pervenire, deinde convaluerit, an exceptione uti possit, si conveniatur. Ex refert Labeoni placuisse doli mali uti eum posse.*

Julien a écrit au sujet de la question suivante: si quelqu'un, alors qu'il était malade, a promis cent pièces d'or au cousin germain de sa femme – en voulant sans doute faire parvenir cet argent à sa femme – et qu'ensuite il est guéri, peut-il se prévaloir d'une exception dans l'hypothèse où il serait cité en justice? Et il rapporte que Labéon était de l'avis que celui-là pouvait opposer l'exception de dol.

Encore une fois, le formalisme dévoyant d'une *stipulatio* – qui permet à un sujet de droit d'obtenir un avantage qui ne lui était pas destiné – peut être surmonté grâce à l'exception de dol.

Les voies ouvertes par le *ius civile* engendrent parfois des actions parallèles dont l'issue entraîne le risque d'une double indemnisation, infondée, du demandeur. Il s'ensuivrait, ici également, un enrichissement de la part de celui qui abuse de son droit.

D. 44, 4, 4, 7 (Ulp. 76 ad ed.): *Labeo ait, si de homine petito secundum actorem fuerit iudicatum²⁶⁸ et iussu iudicis satisfatum sit hominem intra certum diem tradi, et, si traditus non fuisset, poenam stipulatus sit, petitorem, qui et hominem vindicat et poenam petit, exceptione esse repellendum: iniquum enim esse et hominem possidere et poenam exigere.*

Labéon dit: si, dans le cadre de la revendication d'un esclave, il a été jugé en faveur du demandeur et que, selon l'ordre du juge, il a été prêté une garantie pour que la possession de l'esclave soit transférée à une certaine date, et qu'une peine a

²⁶⁷ Il sied de noter que l'opération envisagée par le mari (promesse de donner à son cousin germain 100 pièces d'or finalement destinées à sa femme) ne constitue pas un cas de donation entre conjoints par personne interposée (tel l'exemple - illustré par Afric. D. 46, 3, 38, 1 – du mari qui donne à son débiteur l'ordre de s'exécuter en main de sa femme), qui aurait été frappée de nullité conformément à Ulp. D. 24, 1, 3, 9. En l'espèce en effet, l'acte de transfert de la somme que le cousin aurait fait au bénéfice de la femme ne serait intervenu qu'après le décès du mari.

²⁶⁸ Le *iudicatum* en question ne se réfère pas à la sentence finale du juge, mais à la *pronuntiatio* relative au bien-fondé de la revendication du demandeur, c'est-à-dire à l'*intentio* de la formule procédurale.

été convenue au cas où elle ne serait pas transférée, le demandeur – qui revendique l'esclave et exige la peine – devra être repoussé au moyen de l'exception. Il est en effet contraire à l'équité de posséder l'esclave et d'exiger la peine.

Après avoir admis la propriété de l'esclave du demandeur, le juge en ordonne la *restitutio* et impose au défendeur la conclusion d'une *stipulatio poenae* par laquelle celui-ci s'engage à transmettre la *possessio hominis intra certum diem* ou, à défaut, à payer une certaine somme²⁶⁹. Labéon envisage l'hypothèse où le défendeur, de bonne foi, se trouve dans l'impossibilité d'exécuter son obligation de *tradere* pour une certaine date. Le propriétaire serait ainsi fondé à intenter une nouvelle *rei vindicatio*²⁷⁰ à l'encontre de ce même possesseur, et à exiger la peine prévue dans le cadre de la *restitutio*. Néanmoins, conformément au raisonnement de Labéon, cette double prétention ne se justifie pas. En conséquence, si le propriétaire choisit d'intenter une nouvelle fois la *rei vindicatio* afin d'obtenir l'esclave, il ne pourra par la suite plus agir *ex stipulatu* pour encaisser la *poena*. De même, s'il choisit le chemin inverse, sa *rei vindicatio* pourra être entravée par l'*exceptio doli*. Le fondement de l'opinion de Labéon, que le juriste lui-même explicite *in fine*²⁷¹, est logique et très précis. La *restitutio* ordonnée par le juge de la première *rei vindicatio* a abouti à une stipulation pénale dont les termes – établis par ce même juge – ont certainement satisfait les intérêts du propriétaire. Or, cette *stipulatio* prévoyait clairement une alternative entre la possession de l'esclave et une peine pécuniaire. Le fait d'obtenir les deux prestations cumulativement en empruntant d'autres voies est contraire à l'équilibre des intérêts en cause et, bien que formellement correct, choque le sens commun de l'équité. Ce résultat vide par ailleurs de tout son sens la tentative de règlement du différend dans le cadre de la première *rei vindicatio*. Par la *stipulatio poenae*, les parties – et l'ordre juridique – ont en effet recherché une résolution simplifiée du problème relatif à la possession de l'esclave. Si nous admettons la double demande du proprié-

²⁶⁹ Les termes de cette double stipulation pourraient être les suivants: «*Stichum certa die tradi? Si non tradideris, centum dari spondes?*».

²⁷⁰ BRUTTI (*La problematica* [1973] 224 s.), en suivant d'autres auteurs, soutient que l'allusion à une deuxième *rei vindicatio* de la part du propriétaire ne peut être que le fruit de remaniements post-classiques puisque cette action se heurterait à une *exceptio rei iudicatae vel in iudicium deductae*. Or, cette opinion est totalement dépourvue de fondement dans la mesure où, contrairement aux actions obligationnelles, le principe *bis de eadem re ne sit actio* ne trouve pas application – à l'exception de quelques cas spéciaux – dans le domaine des actions réelles.

²⁷¹ Divers auteurs, dont BRUTTI (*La problematica* [1973] 225), considèrent interpolée – à tort – l'observation finale '*iniquum [...] poenam exigere*'.

taire, qui repose sur des intentions manifestement abusives de droit, nous assumons une attitude diamétralement opposée à cette fin d'économie procédurale ainsi qu'à la bonne foi.

Des considérations de même nature fondent un avis de Julien:

D. 19, 1, 28 (Iul. 3 *ad Urs. Ferocem*): *Praedia mihi vendidisti et convenit, ut aliquid facerem: quod si non fecissem, poenam promisi. Respondit: venditor antequam poenam ex stipulatu petat, ex vendito agere potest: si consecutus fuerit, quantum poenae nomine stipulatus esset, agentem ex stipulatu doli mali exceptio summovebit: si ex stipulatu poenam consecutus fuerit[s] <t>²⁷², ipso iure ex vendito agere non poterit[s] <t>²⁷³ [nisi in id, quod pluris eius interfuerit id fieri]²⁷⁴.*

Tu m'as vendu des immeubles et il a été convenu que je fasse quelque chose; aussi ai-je promis une peine pour le cas où je n'y obtempère pas. Il a répondu: le vendeur peut agir *ex vendito* avant d'exiger la peine *ex stipulatu*. Si (*sc.* en agissant *ex vendito*) le vendeur obtient ce qui a été convenu à titre de peine, il sera repoussé au moyen de l'*exceptio doli* s'il agit *ex stipulatu*. Si par contre il obtient la peine en agissant *ex stipulatu*, il ne pourra plus, *ipso iure*, agir sur la base de la vente [...].

En convenant d'une peine, les parties ont manifesté leur volonté de quantifier à l'avance l'ampleur du dommage qu'une éventuelle inexécution de la prestation entraînerait.

Considérons d'abord le cas où le vendeur, après avoir intenté la *condictio* tendant à encaisser la somme prévue à titre de peine, agit *ex vendito* en prétendant à une indemnisation en raison de l'inexécution de l'obligation assumée par l'acheteur. Le juge, appelé à rechercher *quidquid dare facere oportet ex fide bona*, constatera que l'acheteur a d'ores et déjà dédommagé la contrepartie. L'obligation avancée par le vendeur, éteinte *ipso iure*, ne pourra ainsi plus fonder son action.

Dans la seconde variante, par contre, la *condictio* étant une *actio stricta*, le juge devra sans autres donner suite à la demande du *stipulator* sans considérer une éventuelle indemnisation, d'ores et déjà advenue au même titre. L'acheteur se verrait

²⁷² Nous nous rallions à la correction apportée par MOMMSEN/KRÜGER *ad h.l.*

²⁷³ Voir n. 272 ci-dessus.

²⁷⁴ Krüger (cf. MOMMSEN/KRÜGER *ad h.l.*), considère la conclusion '*nisi it [...] fieri*' (trad.: «sauf pour son intérêt majeur à ce que cela advienne») comme une adjonction post-classique. En effet, l'observation est totalement désaccordée par rapport au problème de fond, qu'elle contredit, puisqu'elle introduit une solution contraire à la bonne foi. En effet, comme nous le relevons dans l'exégèse du texte, les parties ont convenu à l'avance que la peine vaut comme estimation, préalablement et définitivement fixée, du dommage. Le fait d'admettre, par la suite, une autre fixation du dommage, devient dès lors inadmissible.

ainsi finalement contraint d'assumer deux fois la peine initialement convenue. Ce résultat s'avère inacceptable puisqu'il découle de l'attitude abusive d'un sujet de droit mû par l'intention de tirer des avantages indus d'une protection purement formelle. Julien veut dès lors qu'on puisse lui opposer l'*exceptio doli*.

La perspective d'une double indemnisation amène Ulpien et Julien à tempérer l'exercice cumulé, en soi légitime, de deux *actiones ex lege Aquilia*:

D. 9, 2, 46 (Ulp. 50 *ad Sab.*): *Si vulnerato servo lege Aquilia actum sit, postea mortuo <eo>*²⁷⁵ *ex eo vulnere agi lege Aquilia nihilo minus potest.*

Si, alors qu'un esclave a été blessé, l'on agit sur la base de la *Lex Aquilia*, on pourra néanmoins, par la suite, agir sur la base de cette même loi dans l'hypothèse où il décède à la suite de ces blessures.

D. 9, 2, 47 (Iul. 86 *dig.*): *Sed si priore iudicio aestimatione facta, postea mortuo servo, de occiso agere dominus intulerit, exceptione doli mali opposita compelletur, ut ex utroque iudicio nihil amplius consequatur, quam consequi deberet, si initio de occiso homine egisset.*

Mais si la valeur de la chose a d'ores et déjà été calculée lors du premier jugement et que, après le décès de l'esclave, son *dominus* décide d'agir *de occiso*, alors, par l'emploi de l'*exceptio doli*, il ne pourra obtenir de l'ensemble des deux jugements davantage que ce qu'il aurait dû obtenir si, dès le début, il avait agi *de occiso*.

La peine étant différente selon que l'on allègue la blessure de l'esclave (cas sanctionné par le III^e chapitre de la *lex Aquilia*) ou son décès (prévu au *caput primum* de la même loi), le *dominus* qui a été indemnisé dans le cadre de la première action pourra nouvellement agir contre le responsable *ex lege Aquilia* en cas de décès – postérieur et causalement lié au même événement – de l'esclave. Le juge de l'action *ex capite tertio* calcule l'*interest* du demandeur en évaluant les frais médicaux et la diminution de la capacité de travail de l'esclave suite au *domnum datum*. Quant au juge appelé à statuer *de occiso*, il mesurera la perte subie par le *dominus* sur la base de '*quanti is servus in eo anno plurimi fuit*'²⁷⁶, et, pour tenir compte de l'intérêt du demandeur, il ajoutera – à cette valeur de marché maximale – le dommage encouru en raison de l'absence d'une force de travail depuis

²⁷⁵ L'aposition du pronom *eo* – certainement présent dans le texte original et oublié par un copiste – est nécessaire.

²⁷⁶ Pour la teneur, ainsi que pour les termes de la *lex Aquilia*, voir, en sus de LENEL, *EP* 198 ss; ANKUM, *Quanti* (1983) 171 ss; CANNATA, *Sul testo* (1992) 194 ss.

le jour de la blessure. Du point de vue formel, rien n'empêche le *dominus* lésé d'agir sur les deux fronts et d'obtenir par ce biais une indemnisation de loin supérieure à celle qu'il aurait obtenue si l'esclave était directement décédé au moment de l'acte dommageable. Même si nous gardons en tête le caractère pénal de l'*actio legis Aquiliae*, vu sous cet angle, le résultat apparaît absurde: en définitive, l'auteur du dommage aurait eu intérêt, par le même acte, à tuer l'esclave plutôt qu'à le garder en vie. Par ailleurs, si l'action basée sur la loi aquilienne n'avait pas été une *actio stricta*, le juge saisi *de occiso* aurait pu considérer le montant de la première indemnisation et atteindre par ce biais un résultat plus équitable. Le seul fait d'exploiter cette rigidité formelle constitue un abus de droit et peut dès lors être entravé par l'exception de dol.

Malgré la possibilité – comme nous le verrons dans les textes qui suivent – d'obvier à l'enrichissement consécutif à un abus de droit par l'exercice d'une *condictio* – *sc. indebiti* – ou d'autres actions, les juristes optent pour une solution qui, en sus de l'équité, préserve mieux leur souci d'économie procédurale. Aussi, l'opposition de l'*exceptio doli* à l'action abusive permet de couper court à une longue et inutile digression procédurale. Les situations ainsi visées peuvent être ramenées à un schéma unique de dol typisé que Paul résume ainsi:

D. 44, 4, 8 pr. (Paul. 6 *ad Plaut.*): *Dolo facit, qui petit quod redditurus est.*
Celui qui demande (*sc. en action*) ce qu'il devra rendre, se conduit avec dol.

En plus de l'exemple inhérent à une affaire de vente exposé plus haut²⁷⁷, l'assertion de Paul se concrétise dans les hypothèses suivantes:

D. 19, 1, 13, 8-9 (Ulp. 32 *ad ed.*): 8: *Offerri pretium ab emptore debet, cum ex empto agitur, et ideo etsi pretii partem offerat, nondum est ex empto actio: venditor enim quasi pignus retinere potest eam rem quam vendidit.* 9: *Unde quaeritur, si pars sit pretii soluta et res tradita postea evicta sit, utrum eius rei consequatur pretium integrum ex empto agens an vero quod numeravit? Et puto magis id quod numeravit propter doli exceptionem.*

8: L'acheteur qui exerce l'action *ex empto* doit offrir le prix, et par conséquent, même s'il n'offre qu'une partie du prix, il ne peut pas encore faire valoir l'action: en effet, le vendeur peut retenir la chose vendue comme gage. 9: On se pose la

²⁷⁷ Nous faisons référence à Ulp. D. 2, 14, 16, 1 (*Sed et si inser dominum rei venditae et emptorem convenisset, ut homo qui emptus erat redderetur, ei qui pro domino rem vendidit petenti pretium doli exceptio nocetis*) illustré à notre p. 89.

question suivante: si une partie du prix a été payée et la chose livrée puis évincée, l'acheteur qui agit *ex empto* pourra-t-il demander tout le prix ou bien (seulement) ce qu'il a payé? Je pense qu'il ne pourra obtenir que ce qu'il a payé, à cause de l'exception de dol.

D. 44, 4, 8, 1 (Paul. 6 *ad Plaut.*): *Sic, si heres damnatus sit non petere a debitore, potest uti exceptione doli mali debitor et agere ex testamento.*

Ainsi, si un héritier est tenu (*sc.* en vertu d'un legs obligationnel) à ne pas demander au débiteur, celui-ci pourra aussi bien faire usage de l'*exceptio doli* (*sc.* dans l'hypothèse où l'héritier agisse en recouvrement de la dette successorale) qu'agir *ex testamento*²⁷⁸ (pour être libéré au moyen d'une *acceptilatio*).

D. 44, 4, 6 (Gai. 30 *ad ed provinc.*): *Si opera creditoris acciderit, ut debitor pecuniam, quam soluturus erat, perderet, exceptione doli mali creditor removebitur. Idem est et si creditori eius numeratam pecuniam ratam creditor non habeat.*

Si, du fait du créancier, il est arrivé que le débiteur a perdu l'argent qu'il allait payer (*sc.* avec lequel il allait solder sa dette), le créancier sera repoussé par le biais de l'exception de dol. Il en va ainsi même dans le cas où le créancier n'a pas ratifié le paiement fait (*sc.* par ce débiteur) à l'un de ses créanciers²⁷⁹.

D. 44, 4, 7 pr. (Ulp. 76 *ad ed.*): *Iulianus ait: si pecuniam, quam me tibi debere existimabam, iustu tuo sponderim ei cui donare volebas, exceptione doli mali posero me tueri et pmeterea condictio mihi adversus stipulatorem competit, ut me liberet.*

Julien dit: si, sur ton incitation, j'ai promis l'argent – que je croyais te devoir – à celui auquel tu voulais en donner, je pourrai me protéger (*sc.* contre le *stipulator*) au moyen de l'exception de dol; en outre, je dispose de la *condictio* (*sc.* *liberationis*) contre le *stipulator* afin qu'il me libère.

²⁷⁸ Il est difficile de savoir avec précision quel moyen aurait pu, selon Paul, obtenir le débiteur légataire en agissant *ex testamento*. Notre juriste fait probablement allusion à l'*acceptilatio* dans la mesure où la valeur du legs dont le légataire demande l'exécution correspond à la valeur de la dette. L'héritier défendeur pourra dès lors se libérer soit en prêtant une *stipulatio de non petere a debitore*, soit – variante la plus simple mais valable uniquement en présence d'une obligation de *dare* – en procédant à une *acceptilatio* en faveur du débiteur légataire.

²⁷⁹ Un principe veut que même le paiement d'un tiers libère le débiteur, à moins que le créancier n'ait un intérêt objectif à l'exécution personnelle de la prestation de la part de son propre débiteur. Aussi, lorsque la prestation équivaut au versement d'une somme d'argent, le paiement effectué par un tiers a toujours un effet libératoire. Désignons les parties qui interviennent *in* D. 44, 4, 6 en appelant D le débiteur, C son créancier, et K le créancier de C. D doit 100 HS à C, et C doit à son tour 100 HS à K. D paie 100 HS à K en s'accordant sur le fait que le

D. 44, 4, 7, 1 (Ulp. 76 *ad ed.*): *Idem Iulianus ait, si ei, quem creditorem tuum putabas, iussu tuo pecuniam, quam me tibi debere existimabam, promisero, petentem doli mali exceptione summoverti debere, et amplius agendo cum stipulatore consequar, ut mihi acceptam faciat stipulationem. [...]*

De même, Julien dit: si, sur ton exhortation, j'ai promis de l'argent – que je croyais te devoir – à celui que tu croyais être ton créancier, le demandeur (*sc. stipulator*) devra être repoussé au moyen de l'*exceptio doli*, et en agissant contre le *stipulator*, j'obtiendrai même qu'il me fasse l'*acceptilatio* de ma stipulation. [...]

D. 44, 4, 17, 2 (Scaev. 27 *dig.*): *Ex quadrante heres scriptus a coherede ex dodrante instituto emit portionem certa quantitate, ex qua aliquam summam in nominibus ex kalendario uti daret, stipulanti spondit: defuncto venditore hereditatis falsum testamentum Septicius accusare coepit et hereditatem ab emptore petit et ne quid ex ea minueret, impetravit: quaesitum est, cognitione falsi pendente an heredes (sc. coheredis) ex stipulatu petentes doli exceptione summoventur. Respondit heredes venditoris, si ante eventum cognitionis pergant petere, exceptione doli mali posse summoverti.*

L'héritier institué pour 1/4 a acheté au cohéritier, institué pour les 3/4, sa *portio* (*sc. sa quote-part* correspondant à la totalité des 3/4) pour une certaine somme, en promettant au *stipulator* de lui donner une partie dudit montant sous forme de crédits inscrits dans le livre comptable²⁸⁰. Après le décès du vendeur de l'hérédité, Septicius (*sc. héritier légitime du précédent de cuius*) a commencé à prétendre que le testament était faux (*sc. il a déposé plainte pour faux testament*) et a demandé l'hérédité à l'acheteur. En outre, il a obtenu (*sc. moyennant la conclusion d'une stipulatio avec l'acheteur*) que celle-ci (*sc. hérédité*) ne fût pas diminuée. Se pose la question de savoir si, l'instruction relative à la fausseté du testament étant pendante, les héritiers (*sc. du cohéritier pour les 3/4, c.-à-d. du vendeur entre-temps décédé*) qui prétendent

versement en question est fait dans le but d'éteindre de la dette de C. Par ce biais, D libère C à l'égard de K, mais ne se libère pas pour autant à l'égard de C. Il s'ensuit néanmoins que, en payant consciemment à K sans mandat ni *insus* de la part de C, D a géré l'affaire de C en acquérant ainsi la faculté d'agir au moyen de l'*actio negotiorum gestorum contraria* contre C pour obtenir l'indemnisation des dépens et des dommages encourus dans le cadre de ladite gestion d'affaires (ce qui équivaut, *in casu*, au montant de 100 HS payé à K en vue d'éteindre la dette de C). Or, si C finit par exercer contre D l'action tendant à recouvrer les 100 HS qu'il lui doit, cette action demeure bien fondée puisque D – nous l'avons vu – ne s'est pas libéré à son égard. Il n'en demeure pas moins que, par le biais de cette action, C demande à D ce que lui-même lui doit au titre de la *negotiorum gestio*. Aussi, Gaius observe avec raison que C ne dispose d'aucun argument valable pour refuser la ratification du paiement que D a fait à K. Par conséquent, si C insiste à demander ce qu'il devra restituer ultérieurement (100 HS), il sera repoussé par l'*exceptio doli*.

²⁸⁰ En transférant les crédits au vendeur de l'hérédité, l'acheteur se libère de la charge de dégager les créances.

à l'exécution de la *stipulatio* (sc. la cession d'une partie des créances inscrites au *kalendarium*) peuvent être repoussés au moyen de l'*exceptio doli*. Il répond que si les héritiers du vendeur persistent à demander avant que la *cognitio* (sc. relative à la fausseté du testament) ne soit achevée, ils pourront être repoussés par l'*exceptio doli*²⁸¹.

La bonne compréhension de ce dernier cas requiert quelques éclaircissements. L'exemple concerne la succession d'un banquier ou d'un usuraire (que nous désignons par X), personne qui avait pour habitude de tenir un *kalendarium*, c'est-à-dire un registre où ses crédits (afférents aux prêts d'argent) apparaissaient dans un ordre chronologique correspondant à la date de leur échéance. Au sujet de cette succession, il existe un testament. Nous ne sommes néanmoins pas en mesure d'établir si ce dernier est authentique ou faux puisque la *quaestio* exposée dans le texte se rapporte à la période qui précède l'aboutissement de la plainte pour faux testament déclenchée par l'héritier légitime (Septicius). Il est toutefois certain que ce testament instituait deux seuls héritiers, dont le premier (que nous appellerons A) pour 1/4 et le second (B) pour les restants 3/4. Alors que, en acceptant la succession testamentaire, ils ont désormais acquis la qualité d'héritiers, A et B décident de conclure une vente. Ainsi, A achète à B sa quote-part de 3/4. Pour payer une certaine partie du prix fixé à cette fin, A s'engage – par *stipulatio* – à céder à B des créances inscrites dans le *kalendarium*. Nous en déduisons que la vente a été entièrement exécutée et que, A ayant payé la part du prix qu'il devait en argent liquide, seule la cession effective des créances *ex kalendario* demeure en suspens. Aussi, A est devenu possesseur de tous les biens héréditaires.

A ce stade, deux faits nouveaux surviennent. B décède et Septicius, héritier légitime de X, introduit deux demandes en justice, notamment une *accusatio falsi* et – en relation avec cela – une *petitio hereditatis* à l'encontre de A. Au courant de cette dernière action, Septicius obtient du préteur une mesure tendant à interdire au défendeur (donc à A) d'aliéner des revenus héréditaires²⁸².

Alors que ces deux procès sont encore pendants, les héritiers de B agissent contre A *ex stipulatu* dans le but d'obtenir la cession des créances que A devait encore à B (et en conséquence aux héritiers de celui-ci).

La *quaestio* posée à Scaevola est la suivante: A peut-il soulever l'*exceptio doli* dans le cadre de l'*actio ex stipulatu* intentée à son encontre par les héritiers de B? Scaevola répond par l'affirmative. Les héritiers du *venditor hereditatis* font preuve

²⁸¹ Nous nous trouvons en présence de trois procès pendants: une *petitio hereditatis* (par Septicius), une plainte pour faux testament (par Septicius) et une action en exécution de la *stipulatio* (par les héritiers du vendeur héréditaire).

²⁸² Dans ce sens, KASER, *RZP* 283 n. 38.

de mauvaise foi s'ils insistent à demander que leur question soit immédiatement résolue – et, *rebus sic stantibus*, ils auraient de bonnes chances de gagner –, avant l'aboutissement des deux autres instances. Le cas échéant, en effet, il n'est pas exclu qu'ils finissent par être obligés de *restituere* ce qu'ils prétendent actuellement.

Les juristes poussent très loin ces considérations d'équité, d'économie procédurale et de sens pratique. Par là-même, la membrane qui sépare le droit de l'abus de droit devient de plus en plus ténue:

D. 44, 4, 15 (Scaev. 5 resp.): *Fideiussor evictionis nomine condemnatus id praedium, quod evictum est, et omnia praestare paratus est, quae iure empti continentur: quaero, an agentem emptorem [exceptione] ex causa iudicati doli mali <exceptione>²⁶³ summovert[e]<i>²⁶⁴ potest. Respondit exceptionem quidem opponi posse, iudicem autem aestimaturum, ut pro damnis emptori satisfiat.*

Un garant (sc. du vendeur) condamné en raison d'une éviction, offre ce qui a été évincé ainsi que tout ce qui revient (sc. à l'acheteur) en vertu de l'achat: je demande si l'acheteur qui agit sur la base du *iudicatum* peut être repoussé au moyen de l'exception de dol. Il répond que l'exception de dol pourra être opposée, mais que le juge devra procéder à une évaluation pour donner à l'acheteur satisfaction du dommage subi.

Après avoir été condamné, dans le cadre d'une *actio ex stipulatu* (*incerti*), à dédommager l'acheteur qui a subi une éviction, le *fideiussor* du vendeur offre, à la place de l'indemnisation pécuniaire – soit de la valeur du fonds et des dommages éventuels –, une réparation en nature, notamment le fonds lui-même et les dommages subis.

Rappelons-nous que la situation du garant après la sentence de l'*actio ex stipulatu* est la suivante: il dispose de trente jours pour payer la somme à laquelle il a été condamné. Passé ce délai et à défaut de paiement, l'acheteur pourra intenter l'*actio iudicati* dont la sentence – il est utile de le soullever – sera *in duplum* et constituera un titre exécutoire valable pour procéder à la vente forcée de tous les biens du *fideiussor*.

In casu, de toute évidence, le garant ne dispose pas de liquidités suffisantes pour faire face au recouvrement du montant établi par le juge de l'action *ex stipulatu*. Il possède néanmoins – sans que Scaevola précise par quel biais – le

²⁶³ Comme proposé par MOMMSEN (cf. MOMMSEN/KRÜGER *ad h.l.*), nous déplaçons le terme *exceptione* afin de restituer à la phrase une certaine fluidité.

²⁶⁴ Correction que la grammaire latine impose.

fonds qui a été vendu et évincé à l'acheteur, ainsi que l'argent nécessaire pour couvrir le solde de sa condamnation. Malgré cette offre transactionnelle objectivement correcte, l'acheteur s'obstine à préférer la voie de l'*actio iudicati*.

Bien que l'attitude de l'acheteur – que rien ne contraint à accepter la proposition du *fideiussor* – ne souffre d'aucun défaut formel et que celui-ci ne recherche aucun avantage indu²⁸⁵, Cervidius Scaevola opte pour un *responsum* qui satisfait avant tout l'équité et le sens pratique. Si l'acheteur, comme il découle des circonstances d'espèce, est objectivement satisfait par la réparation que le garant lui offre – ce qu'une analyse comptable comparative des deux modes d'indemnisation permet d'établir –, son entêtement à agir *ex causa iudicati* est imprégné de mauvaise foi et cacherait une véritable intention de nuire au *fideiussor*. Dans ces circonstances, il faut entraver la protection formelle sur laquelle l'acheteur s'appuie en accordant au garant l'introduction de l'*exceptio doli* dans la formule de l'*actio iudicati*.

Nous noterons au passage que le juge appelé à statuer dans une *actio iudicati*²⁸⁶ se limitait à vérifier l'exécutabilité de la sentence, ce qui équivaudrait, *in casu*, à retenir les éventuels défauts formels dans la procédure de l'*actio empti*. Dans le cas que Cervidius Scaevola nous propose, par contre, ce même juge aborde la question de fond inhérente à l'*exceptio doli* que le préteur, sur demande du défendeur, a inséré dans la formule. Un changement de l'*officium iudicis* qui pousse Scaevola à expliquer, *in fine*, les modalités de cette appréciation insolite dans le cadre d'une *actio iudicati*.

Le cas que nous venons de décortiquer met par ailleurs en évidence l'une des caractéristiques de l'abus de droit: la poursuite d'un enrichissement indu n'est pas un élément constitutif indispensable à sa reconnaissance.

6. En l'absence d'une action appropriée

L'usage abusif d'un droit peut aboutir à une impasse juridique due à l'absence de moyens spécifiques qui permettent de rétablir la victime d'une telle attitude dans sa situation *ante quam*. Devant l'impossibilité de prévenir ces conséquences indésirables par la voie de l'exception, il faut intervenir de façon active en ouvrant la voie de l'action, notamment de l'*actio de dolo*.

²⁸⁵ Nous pourrions même affirmer que, en recherchant l'exécution forcée des biens du garant, l'acheteur risque d'obtenir moins de ce qui lui est offert à présent. Dans une telle hypothèse, en effet, le terrain serait vraisemblablement vendu à un prix inférieur à sa valeur réelle.

²⁸⁶ A propos de la portée de l'*actio iudicati*, nous renvoyons entre autres à: LA ROSA, *L'actio iudicati* (1963) avec renvois bibliographiques; *ead.*, *La formula* (1971) 235 ss; MEDICUS, *Zur Urteilsberechtigung* (1964) 233 ss; MELILLO, *Modificabilità* (1968) 299 ss; BUZZACCHI, *Studi* (1996).

Puisque l'exemplification en dit bien plus long qu'une longue construction théorique, passons la parole à Paul qui nous propose un cas type de défaut d'action obligationnelle apte à résorber une malformation juridique consécutive à l'exploitation abusive d'une règle formelle:

D. 4, 3, 18, 5 (Paul. 11 *ad ed.*): *Si servum, quem tu mihi promiseras, alius occiderit, de dolo malo actionem in eum dandam plerique recte putant, quia tu a me liberatus sis: ideoque legis Aquiliae actio tibi denegabitur.*

Si un tiers a tué l'esclave que tu m'avais promis, la majorité des juristes pensent qu'il faut donner contre lui l'action de dol, et cela avec raison puisque tu es libéré à mon égard; par conséquent, on refusera de t'octroyer l'action basée sur la *lex Aquilia*.

L'objet dû *in casu*, notamment l'esclave, a été détruit par un tiers, et non par le débiteur lui-même. Ce dernier pourra ainsi invoquer la libération de son obligation en raison du décès de l'esclave. Aussi, les risques de la perte fortuite de la chose sont à la charge du *stipulator*.

Bien qu'il n'ait finalement subi aucun dommage, et qu'il n'ait par conséquent *de facto* aucun intérêt à agir, le *promissor* bénéficie de la légitimation à l'action *ex lege Aquilia*²⁸⁷.

Quant à moi, *stipulator*, j'ai subi un dommage dans la mesure où la prestation promise ne sera jamais exécutée. La voie de la loi aquillienne m'est néanmoins fermée puisque, n'étant pas propriétaire de l'esclave, je ne remplis pas les qualités requises pour la légitimation active à l'*actio ex lege Aquilia*.

Le tiers responsable, de toute évidence, n'offre spontanément aucune indemnisation et, se sachant à l'abri d'une quelconque demande en justice en raison de l'absence d'intérêt réel de la part du *promissor*, profite de la sécurité dont il jouit en raison de l'imperfection du droit formel.

²⁸⁷ WACKE (*Zum dolus-Begriff* [1980] 362) affirme que la situation ici résolue par Paul semble consacrer – si l'on interprète la solution donnée par Paul comme une négation du «Haftungsinteresse» du *promissor* – ce que les juristes allemands appellent actuellement un cas de «Drittschadensliquidation», construction axée sur l'idée de l'intérêt à l'action consacrée au § 281 BGB. En réalité, le cas d'espèce ne se prête pas à une interprétation orientée vers la «Drittschadensliquidation», bien que l'*actio ex lege Aquilia* entraîne une peine pécuniaire. En effet, l'intérêt à l'*actio ex lege Aquilia* est implicite et toujours donné dans la mesure où celui-ci, de nature pénale, obéit à l'intérêt public.

Nous ressentons un malaise justifié devant le déséquilibre d'une telle situation.

La solution empruntée par Paul à Neratius Priscus permet de rétablir un juste ordre des choses: il faut me concéder l'*actio de dolo* suite à la considération que le tiers responsable se retranche derrière un paravent formel pour éviter de combler une perte qu'il a lui-même provoquée.

En même temps, l'*actio ex lege Aquilia* contre ce même tiers est déniée au *promissor* afin de pater au risque d'une double condamnation du tiers. Ce choix est dicté par la considération que si, dans le cas d'espèce, il y a lieu de priver quelqu'un de l'action qui lui est due, il s'agit bien du *promissor* puisque, en fin de compte, il n'a subi aucun préjudice.

Nous retrouvons ce même *tópos* dans un texte de Papinien:

D. 4, 3, 19 (Pap. 37 *quaest.*): *Si [fideiussor] <sponsor>²⁸⁸ promissum animal ante moram occiderit, de dolo actionem reddi adversus eum oportere Neratius Priscus et Iulianus responderunt, quoniam debitore liberato per consequentias ipse quoque dimittitur.*

Si le garant a tué l'animal promis avant la demeure, Neratius Priscus et Julien ont répondu qu'il y a lieu de donner l'action de dol contre lui puisque, le débiteur étant libéré, il s'ensuit qu'il est lui même libéré de son obligation.

Après avoir garanti au *stipulator* l'obligation du *promissor*, le *sponsor*, *ante moram*, a tué l'esclave objet de ladite obligation. L'élément *ante moram* est essentiel puisque, si le *promissor* avait été en demeure, la mort de l'esclave ne l'aurait pas libéré tout autant.

Or, dans notre cas, en tuant l'esclave, le garant a provoqué l'extinction de l'obligation – principale – du *promissor* et, par ce biais, de son obligation – accessoire – de garantie.

Il en découle que le *stipulator* ne dispose, pour être réintégré dans ses intérêts, d'aucune action basée sur la stipulation initiale, ni, n'étant pas lui-même propriétaire de l'esclave, de l'*actio ex lege Aquilia* contre le *sponsor*.

Encore une fois, nous nous trouvons en présence d'un intérêt lésé et d'un responsable qui peut néanmoins se soustraire à son obligation d'indemnisation grâce à une heureuse - du point de vue du *sponsor* - configuration formelle. Un hiatus entre la légitimation formelle à une action (dont bénéficie le *promissor* propriétaire) et l'intérêt réel à l'action (du *stipulator*) profite en définitive au tiers. En

²⁸⁸ Le texte original – antérieur à la réforme de Justinien, qui a réuni toutes les formes de cautionnement personnel sous la notion de *fideiussio* – se référerait certainement à un *sponsor*.

effet, si le *promissor* n'avait pas encore promis l'objet, ou si le *stipulator* en avait déjà pris possession, le tiers garant aurait été appelé à répondre *ex lege Aquilia*, peu importe que son acte ait été intentionnel ou le fruit d'une faute²⁸⁹.

Ainsi, à défaut d'*alia actio*, il y a lieu d'octroyer au lésé intéressé l'*actio de dolo*²⁹⁰.

Le détail qui distingue les deux cas que nous venons d'analyser des exemples d'application de l'*exceptio doli* réside dans ce que nous appellerons un abus passif de droit. L'exercice abusif ne se manifeste pas au moyen d'une demande d'action. Au contraire, après avoir intentionnellement ou involontairement contribué à créer un certain déséquilibre juridique, quelqu'un se limite à faire preuve d'inertie afin de conserver un acquis indu que l'absence de remèdes appropriés lui permet de garder.

Il en va ainsi également dans l'exemple suivant:

D. 4, 3, 20 pr. (Paul. 11 *ad ed.*): *Servus tuus cum tibi deberet nec solvendo esset, hortatu tuo pecuniam mutuam a me accepit et tibi solvit: Labeo ait de dolo malo actionem in te dandam, quia nec de peculio utilis sit, cum in peculio nihil sit, nec in rem domini versum videatur, cum ob debitum dominus acceperit.*

Ton esclave, alors qu'il te devait de l'argent et qu'il n'était pas solvable, sur ton exhortation m'a emprunté de l'argent et il t'a payé. Labéon affirme qu'il faut donner l'action de dol à ton encontre puisque l'*actio de peculio utilis* n'est pas possible du moment qu'il n'y a rien dans le pécule, et que l'on ne peut pas considérer qu'il y a eu un enrichissement du patrimoine du *dominus* puisque celui-ci a reçu en paiement de sa créance.

²⁸⁹ WACKE (*Zum dolus-Begriff* [1980] 362 ss), dans son analyse de Paul D. 4, 3, 18, 5 (*actio de dolo* contre le tiers qui a tué l'esclave que tu m'as promis) et de Pap. D. 4, 3, 19 (*actio de dolo* contre le *fideiusor* qui, avant la *mors*, a tué l'animal promis par le débiteur principal), part du principe que, dans les deux cas, nous nous trouvons en présence d'une «*fahrlässige Sachzerstörung*» – ou *culpa* – par une personne autre que le débiteur. Et ce même auteur de conclure que, le tiers n'ayant commis aucun dol, la concession de l'*actio de dolo* implique que le *dolus* doit s'entendre, ici, selon la même acception qu'il revêt dans le cadre de l'*exceptio doli generalis*: il qualifie l'attitude dolosive de celui qui se prévaut d'une situation juridique lacunaire ou imparfaite pour échapper à une obligation de dédommagement. Si nous rejoignons Wacke dans ses conclusions, nous soulevons quelques objections relativement au caractère involontaire de l'acte du tiers. Tant Paul que Papinien parlent de *occisio* sans aucune référence à une éventuelle négligence de la part de l'auteur du dommage. Pourquoi donc divaguer autour d'un problème que – de toute évidence – les juristes ne posent pas? Nous sommes de l'avis que ce qui compte aux fins de la solution proposée par nos juristes est la situation de celui – *fideiusor* ou tiers – qui, bien qu'auteur – volontaire ou involontaire – d'un certain dommage, échappe à toute sanction en raison d'une structure juridique insuffisante.

La condamnation du *paterfamilias* dans le cadre de l'*actio de peculio vel de in rem verso* prévoyait une *taxatio* limitée au pécule ou, à défaut, à l'enrichissement éventuel de son patrimoine consécutif aux agissements de l'esclave²⁹¹. Le *dominus* du cas d'espèce, après avoir orchestré un état des faits qui lui procure un avantage inspiré de la mauvaise foi, demeure formellement intouchable. Seul l'exercice de l'*actio de dolo* permettra au créancier déchu d'ajuster le tir²⁹².

Jusqu'au principat d'Auguste, nous le savons, les sentences n'étaient ni révoquables ni sujettes à appel²⁹³. Il s'ensuivait nécessairement que si, en raison d'un vice qui ne touchait pas à la forme – et qui sortait dès lors du domaine couvert par l'*actio iudicati* –, une partie subissait un préjudice du fait d'un jugement injuste, rien ne lui permettait d'obtenir une rectification de celui-ci. Une circonstance qui, si elle était astucieusement exploitée, pouvait conduire une partie à atteindre un résultat inique. Tel est par exemple le cas d'un défendeur de mauvaise foi qu'Ulpien nous propose ci-dessous:

D. 4, 3, 9, 4 (Ulp. 11 *ad ed.*): *Et si servum pigneratum noxae mihi dederis per iudicem et sis absolutus: de dolo teneris, si apparuerit esse eum pigneri datum.*

Et si, suite à l'alternative offerte par le juge²⁹⁴, tu m'as fait la *noxae deditio* de l'esclave qui a été constitué en gage, et que tu as été absous, tu répondras sur la base de l'*actio de dolo* s'il s'avère qu'un gage a été constitué sur lui.

²⁹⁰ Papinien n'énonce pas la problématique liée à la *denegatio* de l'*actio ex lege Aquilia*, soulevée dans le texte de Paul (D. 4, 3, 18, 5) que nous avons analysé plus haut. Au-delà de l'analogie évidente entre les deux textes, il faut néanmoins relever que, dans l'exemple traité par Papinien, le responsable de la perte de l'esclave (*sponsor*), par son geste, a provoqué également l'extinction de sa propre obligation envers le lésé (créancier).

²⁹¹ Pour la formule de l'*actio de peculio*, cf. LENEL, *EP* 276-279.

²⁹² NÄF-HOFMANN (*Zur objektiven* [1962] 79) rapproche la problématique traitée par Paul. D. 4, 3, 20 pr. (qu'elle affine à celle exposée in D. 46, 3, 95, 1; D. 4, 3, 34; D. 4, 3, 7, 8; D. 4, 3, 9, 3; D. 11, 7, 14, 2 et D. 11, 6, 5 pr.) à l'art. CO 41 al. 2 (dommage causé intentionnellement à autrui par des faits contraires aux mœurs) pour conclure que – déjà du temps du droit romain – une immoralité objective (**objektive Sittenwidrigkeit**) suffisait à fonder la responsabilité sur la base de l'*actio de dolo*. Nous ne saurions partager cette opinion qui s'éloigne de la fonction effective du remède *de dolo*. L'attitude du tiers responsable, loin d'être illicite du point de vue formel, ne saurait constituer un facteur d'impurabilité de la responsabilité aquilienne. Nous nous trouvons bel et bien dans le domaine de l'abus de droit.

²⁹³ Cf. Ulp. D. 42, 1 55, ainsi que Alf. D. 42, 1, 62. Pour l'histoire et la problématique inhérentes à l'*appellatio*, introduites par Auguste, nous renvoyons en particulier à: SANFILIPPO, *Contributo* (1934); ORESTANO, *L'appello* (1953); VILLERS, *Appel* (1956) 375 ss; LITEWSKI, *Die römische Appellation* (1965) 347 ss; *ibid.* (1968) 143 ss.

²⁹⁴ L'expression '*per iudicem*', ainsi que le détail '*et sis absolutus*', nous indiquent que l'alternative entre la *noxae deditio* et le paiement de dommages-intérêts est proposée au *dominus* défendeur durant la phase *apud iudicem*, avant la sentence finale (possibilité dont Ulpien nous témoigne l'exis-

Le propriétaire d'un esclave opte, pendant le jugement relatif à une action noxale, de procéder à la *noxae deditio* de celui-ci. Il cache néanmoins au défendeur lésé qu'il a, auparavant, constitué un gage – soit un *pignus conventum* – sur ce même esclave en faveur d'un tiers. Le demandeur – et nouveau propriétaire de l'esclave suite à la *mancipatio* effectuée à l'effet de la *noxae deditio* – se retrouve ainsi en mauvaise posture. Il est en effet exposé à l'*actio Serviana* du tiers, créancier gagiste, dans l'hypothèse où l'ancien propriétaire de l'esclave, défendeur à l'action noxale, ne règle pas sa dette. Seule l'alternative suivante lui sera offerte: soit permettre au créancier gagiste de satisfaire sa créance en s'appropriant l'esclave ou en le vendant, soit payer à ce même créancier la dette garantie par le gage. Par ailleurs, malgré la mauvaise foi du défendeur, l'instance relative à l'action noxale est éteinte et le lésé – précédemment demandeur à ladite action – se découvre dépourvu d'autres moyens juridiques qui lui permettent d'obtenir une juste réparation. Il ne reste que le recours à l'*actio de dolo* comme sanction de l'attitude abusive de l'ancien propriétaire de l'esclave.

La même situation de non-retour est esquissée dans un autre texte d'Ulpien issu, celui-ci aussi, de son onzième livre *ad edictum*:

D. 4, 3, 24 (Ulp. 11 *ad ed.*): *Si dolo acciderit eius, qui verba faciebat pro eo, qui de libertate contendeat, quo minus praesente adversario secundum libertatem pronuntietur, puto statim de dolo dandam in eum actionem, quia semel pro libertate dictam sententiam retractari non oportet.*

S'il est arrivé – par dol de la personne qui a représenté formellement celui qui revendiquait la liberté – que l'on ait prononcé la liberté alors que la contrepartie était absente, je suis de l'avis qu'il faut sans autre donner contre lui (*sc.* le représentant) l'action de dol puisqu'il n'est pas possible de revoir une sentence d'ores et déjà prononcée en faveur de la liberté.

L'impossibilité pour un esclave, d'ester en justice requiert l'intervention d'un *adsertor* qui le représente dans sa *vindicatio libertatis*²⁹⁵. De l'exposition des faits fournie par Ulpien, nous inférons que, en présence de la contrepartie – notamment

tence in Ulp. D. 42, 1, 6, 1: *Decem aut noxae dedere condemnatus iudicati in decem tenetur: facultatem enim noxae dedendae ex lege accipit. At is, qui stipulatus est decem aut noxae dedere, non potest decem petere, quia in stipulatione singula per se veniunt ea, quae singula separatim stipulari possumus: at iudicium solius noxae deditiois nullum est, sed pecuniariam condemnationem sequitur. Et ideo iudicati decem agitur. his enim solis condemnatur: noxae deditio in solutione est, quae e lege tribuitur.*

²⁹⁵ FRANCIOSI (*Il processo* [1961] 184 n. 188; 284; 286 n. 102; 291 n. 116.) observe que l'abolition, opérée par Justinien, de l'institut de l'*adsertor libertatis*, conduit les Compilateurs à remplacer l'expression originare 'in libertatem adserere (vindicare)' par 'in libertatem proclamare'. A

du *dominus* – la liberté de l'esclave aurait vraisemblablement été refusée²⁹⁶. Tout en ayant conscience de l'opposition en question, l'*adsertor* réussit à administrer la preuve nécessaire jusqu'à obtenir une sentence reconnaissant au prétendu esclave le *status* d'homme libre. Malgré le fait qu'un tel jugement ait été dolosivement obtenu, il est impossible de revenir sur ses termes en raison du principe du *favor libertatis*. Ulpien donne néanmoins l'*actio de dolo* contre l'*adsertor* qui a causé au *dominus* la perte d'un esclave sans pour autant buter contre une quelconque sanction *iure civili*. Nous relèverons par ailleurs que – à l'instar du cas du *mentor* reporté ci-dessous – l'attitude abusive est sanctionnée, en l'espèce, alors que le représentant n'a poursuivi aucun enrichissement:

D. 11, 6, 5 pr. (Ulp. 24 ad ed.): *Si mentor non falsum modum renuntiaverit, sed traxerit renuntiationem et ob hoc evenerit ut venditor liberetur, qui adsignaturum se modum intra certum diem promisit, haec actio locum non habet: sed nec dari utilem debere Pomponius ait. Erit ergo ad actionem de dolo decurrendum.*

Si un *mentor*, tout en ne rapportant pas de fausse mensuration, a retardé son rapport de sorte que, à cause de cela, le vendeur – qui a promis de fournir la mensuration dans un certain délai – a été libéré, cette action n'a pas lieu; d'ailleurs, de l'avis de Pomponius, même une *actio utilis* ne pourra pas être octroyée. Il faudra avoir recours à l'action de dol.

Les *agrimensores*, qui jouissaient d'une grande réputation dans l'exercice de leurs *operae liberales*²⁹⁷, ne répondaient ni dans le cadre de la *locatio conductio*, ni sur la base du mandat. En cas de faux mesurages, les romains avaient élaboré une action spéciale²⁹⁸ à leur encontre, en vertu de laquelle ils ne répondaient pas pour négligence mais pour *dolus*, et par conséquent également pour *culpa lata*²⁹⁹. L'exercice de cette action présupposait néanmoins l'établissement d'une fausse exper-

propos de la *vindicatio in libertatem*. voir en outre: TOMULESCU, *Sur la maxime* (1971) 141 ss; FERENCZY, *L'adsertor* (1973) 387 ss; REGGI, *La vindicatio* (1973) 1005 ss; WOLF, *Die manumissio* (1991) 61 ss.

²⁹⁶ Dans ce sens, également BEHRENDTS, KNÜTEL, KUPISCH et SEILER (*Corpus* [1995] 370).

²⁹⁷ Au sujet des *agrimensores*, nous renvoyons à la bibliographie indiquée par WACKE, *Zum dolus-Begriff* (1980) 377 n. 71 s.

²⁹⁸ Cf. LENEL, *EP* 219.

²⁹⁹ Cf. D. 11, 6, 1, 1 (Ulp. 24 ad ed.): *Haec actio dolum malum dimittat exigit: visum est enim satis abundeque coerceri mentorem, si dolus malus solus conveniatur eius hominis, qui civiliter obligatus non est. Proinde si imperite versatus est, tibi imputare debet qui eum adhibuit: sed et si neglegenter, aeque mentor securus erit: lata culpa plane dolo comparabitur. Sed et si mercedem accepit, non omnem culpam eum praestare propter verba edicti: utique enim scit praetor et mercede eos intervenire.*

tise³⁰⁰, alors qu'un retard dans la rédaction d'un rapport contenant des données exactes n'était pas touché par cette sanction. Dans le cas proposé par Ulpien, l'acheteur avait intérêt à connaître la surface du terrain, vraisemblablement en prévision de le revendre, pour une certaine date. A cet effet, il avait exigé du vendeur qu'il s'engage, moyennant stipulation, à lui fournir le renseignement en question dans les mêmes délais. Le vendeur, qui n'a finalement pas exécuté son obligation *ex stipulatu*, est néanmoins libéré puisque la cause de l'impossibilité ne lui est pas imputable. L'acheteur, dont l'intérêt a été lésé – dans la mesure où, par exemple, son affaire de revente a échoué –, se retrouve ainsi démuné de tout moyen apte à le réintégrer dans ses intérêts. Ulpien considère toutefois que l'*agrimensor* exploite la sécurité formelle que le *ius civile* lui garantit, pour se soustraire à une responsabilité que l'équité exigerait de sanctionner. Le recours à l'*actio de dolo* permettra de remédier à cette bavure³⁰¹.

Fidèle à sa fonction de «Lückenbüsser»³⁰² dans le cadre des situations abusives de droit lorsque le système civil de l'*actio mandati* est défaillant, l'*actio de dolo* sanctionne également celui qui ne respecte pas les devoirs que la *fides* lui impose:

D. 11, 7, 14, 2 (Ulp. 25 *ad ed.*): *Si cui funeris sui curam testator mandaverit³⁰³ et ille accepta pecunia funus non duxerit, de dolo actionem in eum dandam Mela scripsit: credo tamen et extra ordinem eum a praetore compellendum funus ducere.*

Si le testateur a donné mandat à quelqu'un de s'occuper de sa sépulture et que ce dernier, après avoir accepté l'argent (*sc.* à cet effet), ne s'en est pas soucié, Mela écrit qu'il faut donner contre lui l'action de dol; je pense néanmoins que le préteur peut même le contraindre à s'occuper de la sépulture dans le cadre d'une procédure *extra ordinem*.

³⁰⁰ Cf. D. 11, 6, 1, 2.

³⁰¹ LITTEN (*Zum dolus-Begriff* [1910] 279 ss) et NÄF-HOFMANN (*Zur objektiven* [1962] 31 s.) nient l'origine classique de la phrase finale relative à l'octroi de l'*actio de dolo* alors qu'ALBANESE (*La sussidiarietà* [1961] 286 s. dont n. 160) et WACKE (*Zum dolus-Begriff* [1980] 376 ss) s'inscrivent dans notre perspective. WACKE (*ibid.*, 378) observe par ailleurs, avec raison, que l'action spéciale contre l'*agrimensor* devait déjà exister au moment de l'introduction de l'*actio de dolo*, en 60 av. J.-C. Autrement, son emploi aurait été inutile, face à cette dernière action.

³⁰² Nous empruntons le terme à WACKE (*Zum dolus-Begriff* [1980] 378) qui observe avec raison que l'*actio de dolo* remplit, dans la casuistique que nous considérons, la fonction de «Lückenbüsser für fehlenden ordentlichen Klagenschutz, insbesondere für das Versagen der *actio mandati*».

³⁰³ Le terme *mandaveris* est ici utilisé par Méla de façon non technique. Dans ce sens, WACKE, *Zum dolus-Begriff* (1980) 374 n. 63 avec renvois bibliographiques *ad hoc*.

Une personne demande à quelqu'un de s'occuper de sa sépulture et lui avance l'argent nécessaire à cet effet. Ce dernier, bien qu'ayant accepté l'argent, ne respecte point l'engagement à l'égard du mandataire décédé entre-temps. L'héritier, qui a finalement assumé les frais en question, ne dispose pas de l'*actio mandati* contre le tiers malhonnête puisque, en vertu d'un principe formel du droit, un *mandatum post mortem* est nul. Méla suggère ainsi l'emploi de l'*actio de dolo*³⁰⁴. Ulpien précise pour sa part que le respect de l'ordre public – qui veut empêcher que l'on attende trop longtemps avant l'enterrement des dépouilles, ce qui risque d'être le cas notamment si aucun héritier n'avance les frais nécessaires – impose que le magistrat lui-même puisse contraindre le mandataire malhonnête à assumer lesdits frais. La solution avancée par Ulpien ne contredit pas la règle relative à la subsidiarité de l'*actio de dolo* puisqu'elle obéit à de simples exigences pratiques. Nous entendons par là que si le temps presse et qu'aucun héritier n'est en mesure de pourvoir prioritairement à la sépulture du défunt alors que le soi-disant mandataire est connu, le préteur interviendra *extra ordinem*³⁰⁵. Dans le cas contraire, l'héritier pourra agir *de dolo* et prétendre au remboursement de l'argent confié par le *de cuius* au titre d'avance pour les frais de sépulture et injustement détenu par le tiers malhonnête.

Autre méfait dépourvu de respect à l'égard d'un défunt, commis au détriment des successeurs:

D. 4, 3, 35 (Ulp. 30 *ad ed.*): *Si quis tabulas testamenti apud se depositas post mortem testatoris deleverit vel alio modo corruperit, heres scriptus habebit adversus eum actionem de dolo. Sed et his, quibus legata data sunt, danda erit de dolo actio.*

Si quelqu'un, après la mort du testateur, a effacé ou détérioré d'une autre façon quelconque les *tabulae* testamentaires, l'héritier institué dispose contre celui-ci de l'action de dol. Mais l'action de dol doit être octroyée même aux légataires.

³⁰⁴ L'éventualité d'une *actio mandati utilis* n'est pas considérée par nos juristes. WACKE (*Zum dolus-Begriff* [1980] 374) explique cela par le fait que le lésé dispose déjà de l'*actio de dolo*. En réalité, le silence autour de l'*actio mandati utilis* est une conséquence logique de la nature même de cette action. En tant qu'action prétorienne – qui n'était pas prévue par l'édit, mais uniquement accordée par le préteur, selon sa discrétion – l'*actio mandati utilis* ne pouvait pas être considérée comme une action qui "existe" au sens de *si alia actio non sit*. Dans ces circonstances, l'octroi de l'*actio de dolo* ne rencontre plus aucun obstacle. Nous verrons une confirmation de cette jurisprudence in D. 19, 5, 16, 1 que nous analysons plus loin, à la p. 153.

³⁰⁵ A noter que l'intervention du magistrat – préteur ou édiles curules – n'a pas d'effet guérisseur sur le *mandatum post mortem*. A ce propos, cf. WACKE, *Zum dolus-Begriff* (1980) 374 n. 65 et 66 avec renvois à la littérature *ad hoc*.

A défaut de sujet actif apte à se constituer partie demanderesse, ni l'action aquilienne – basée sur le III^e chapitre de la *lex Aquilia* –, ni l'*actio depositi* peuvent servir à rendre justice aux successeurs dont les droits ont été compromis par l'acte dolosif de celui qui détenait les *tabulae testamenti*. La sécurité formelle du responsable – indépendamment du fait qu'il tire un avantage de son acte ou pas – ne trouve néanmoins aucune justification, si bien que celui-ci écoperait de la sanction que lui réserve l'*actio de dolo*.

Pomponius nous propose le cas d'un propriétaire qui exploite savamment l'absence d'une stipulation:

D. 19, 5, 16, 1 (Pomp, 22 *ad Sab.*): *Permisisti mihi, ut sererem in fundo tuo et fructus tollerem: sevi nec pateris me fructus tollere. Nullam iuris civilis actionem esse Aristo ait: an in factum dari debeat, deliberari posse: sed erit de dolo.*

Tu m'as permis de semer et de récolter les fruits (*sc.* qui en résultent) dans ton fonds. J'ai semé, mais tu ne m'as pas permis de percevoir les fruits. Ariston affirme qu'il n'y a aucune action civile; on peut discuter sur l'octroi d'une action *in factum*, mais il y aura dans tous les cas l'*actio de dolo*.

De toute évidence, la problématique développée par Pomponius ne serait pas née si l'accord des parties sur l'exploitation du fonds avait abouti à la conclusion d'une *stipulatio*. En réalité, les parties en sont restées à un simple accord informel³⁰⁶.

Ariston écarte l'idée que l'accord d'espèce (une partie, propriétaire d'un fonds, s'oblige à permettre à l'autre de semer et de percevoir les fruits qui résultent de cette activité) puisse rentrer dans la catégorie des contrats innommés dans la mesure

³⁰⁶ WACKE (*Zum dolus-Begriff* [1980] 382 s.) englobe ce texte dans la catégorie «Widerruf gefälligkeitshalber eingeräumten Gestaltungen», au même titre que D. 4, 3, 34 (cas du propriétaire qui permet à un tiers de s'approvisionner en cailloux ou en terre glaise sur son terrain, reporté à notre n. 42). Dans les deux cas, nous assistons en effet à un «Bruch des gegebenen Wortes». WACKE (*ibid.*, 383) observe entre autres que, du moment que – à défaut de séparation – le bénéficiaire potentiel n'a pas encore acquis la propriété des fruits de son travail, ni la *rei vindicatio*, ni l'*actio ad exhibendum*, ni l'*actio iniuriarum* ne peuvent entrer en ligne de compte. A ce propos, WACKE renvoie à: D. 19, 5, 16 pt.: A, suite à l'accord de B, extrait de la terre glaise du terrain de ce dernier et la dépose sur ce même fonds; D. 19, 1, 25: A vend du raisin à B pendant les vendanges mais, après la *traditio* du raisin cueilli ou du *mustum* qui en dérive, il empêche à ce dernier d'emporter ces produits. Dans ces deux cas, B (pour autant qu'il ait payé le prix puisque, à défaut, il s'expose à l'*exceptio doli*) pourra exercer contre A l'*actio ad exhibendum* ou l'*actio iniuriarum*.

où il est dépourvu de *causa*³⁰⁷. En d'autres termes, l'absence d'*interesse* du propriétaire en raison du caractère gratuit de sa prestation ne permet pas de déverser le contentieux dans une *actio praescriptis verbis*.

Paul n'écarte pas la possibilité d'avoir recours à une *actio in factum* tout court. Contrairement à l'*actio in factum civilis* ou *praescriptis verbis*, l'*actio in factum* est une simple action prétorienne non prévue par l'édit, si bien qu'elle ne saurait être considérée en tant que *alia actio* au sens de la subsidiarité de l'*actio de dolo*. Aussi, cette dernière sera dans tous les cas à la disposition du cultivateur déchu. Il faut en effet lui assurer une protection optimale qui lui évite le risque d'une issue incertaine du procès. Ce but est atteint de façon optimale en lui ouvrant la porte de l'*actio de dolo*.

Toujours en relation avec les configurations juridiques atypiques, Paul rapporte une opinion de Julien qui, en raison d'une différente approche dogmatique, propose l'application de l'*actio de dolo* dans un contexte bien précis:

D. 19, 5, 5, 2 (Paul. 5 quaest.): *At cum do ut facias, si tale sit factum, quod locari solet, puta ut tabulam pingas, pecunia data locatio erit, sicut superiore casu emptio: si rem do, non erit locatio, sed nascetur vel civilis actio in hoc quod mea interest vel ad repetendum condictio. Quod si tale est factum, quod locari non possit, puta ut servum manumittas, sive certum tempus adiectum est, intra quod manumittatur idque, cum potuisset manumitti, vivo servo transierit, sive finitum non fuit et tantum temporis consumptum sit, ut potuerit debueritque manumitti, condici ei potest vel praescriptis verbis agi: quod his quae diximus convenit. Sed si dedi tibi servum, ut servum tuum manumitteres, et manumissisti et is quem dedi evictus est, si sciens dedi, de dolo in me dandam actionem Iulianus scribit, si ignorans, in factum: < sed ego puto omnimodo dandam in factum > civilem³⁰⁸.*

³⁰⁷ Pour un approfondissement de la notion de contrat d'Ariston, ainsi que des similitudes et différences entre la pensée de Labéon et celle d'Ariston, nous renvoyons à CANNATA, *Contractio e causa* (1997) 47 ss.

³⁰⁸ Nous concluons avec CANNATA (*Der Vertrag* [1995] 68 s.) que la solution de l'*actio praescriptis verbis* ne peut être rattachée à Julien qui, en réalité, proposait un *actio in factum* tout court. En effet, justement en raison de son hostilité à considérer l'accord en question sous l'angle d'un contrat innommé, Julien avait été à part critique par Mauricianus, comme il nous est donné de le lire in D. 2, 14, 7, 2 (Ulp. 4 ad ed.): *Sed et si in alium contractum res non transeat, subsistit tamen causa, eleganter Aristo Celso respondit esse obligationem. Ut puta dedi tibi rem ut mihi aliam dares, dedi ut aliquid facias: hoc συναλλαγμα esse et hinc nasci civilem obligationem. Et ideo puto recte Iulianum a Mauriciano reprehensum in hoc: dedi tibi Stichum, ut Pamphilum manumittas: manumissisti: evictus est Stichus. Iulianus scribit in factum actionem a praetore dandam: ille ait civilem incerti actionem, id est praescriptis verbis sufficere: esse enim contractum, quod Aristo συναλλαγμα dicit, unde haec nascitur actio.*

Dans l'éventualité où je te donne pour que tu fasses, si le *factum* prévu relève habituellement d'une *locatio*, comme par exemple que tu fasses une peinture sur une *tabula* et que je t'ai donné de l'argent, il s'agira d'une *locatio*, comme il s'agissait d'une vente dans le cas précédent. Par contre, si je donne une chose (*sc.* autre que de l'argent), il ne s'agira pas d'une *locatio*, mais il en résultera soit une action civile dans la mesure de mon intérêt, soit une *condictio* tendant à la répétition. Par ailleurs, s'il s'agit d'un *factum* qui ne peut pas faire l'objet d'une *locatio*, comme par exemple que tu affranchisses un esclave – et que soit un certain délai a été fixé pour qu'il soit affranchi, et le temps pendant lequel il pouvait être affranchi est passé alors que l'esclave est encore en vie, soit aucun délai n'avait été fixé et il s'est écoulé suffisamment de temps pour que tu puisses et par conséquent doives l'affranchir³⁰⁹ – tu pourras exercer la *condictio* ou agir au moyen de la *praescriptis verbis*: et ceci est en accord avec ce que l'on a dit auparavant. Mais si je t'ai donné un esclave pour que tu fasses la *manumissio* de ton esclave, et que tu l'as affranchi alors que celui que je t'ai donné a été évincé, Julien écrit que si je te l'ai donné en sachant (*sc.* qu'il appartenait à un tiers), il y aura lieu de donner à mon encontre l'*actio de dolo*, tandis que si je l'ignorais, une *actio in factum*; < mais je pense qu'il faudra donner en tout cas l'*actio in factum* > *civilis*.

Paul aborde quelques variantes de situations *do ut facias*. Nous nous trouvons donc en présence d'un accord qui accompagne – et non qui précède, comme dans la plupart des contrats typiques – l'une des prestations, notamment celle de *dare*. La première des prestations étant immédiatement exécutée, seule une obligation naît finalement de l'accord entre les parties³¹⁰.

Ne nous attardons pas sur la partie initiale du texte, mais penchons-nous plutôt sur la phrase conclusive du texte, et plus précisément sur le cas '*Sed si dedi tibi servum, ut servum tuum manumitteres*' résolu en premier lieu par Julien, qui nous intéresse de plus près et qui suit parfaitement l'*iter* logique menant à la sanction de l'abus de droit.

Le cas ainsi proposé («Je te donne une chose autre que de l'argent, soit un esclave, en échange d'une prestation de *facere* qui ne peut pas faire l'objet d'une *locatio*, soit *ut servum tuum manumittas*») se distingue de la palette précédente de variantes *do ut facias* puisqu'ici les deux prestations, et non seulement celle de

³⁰⁹ L'observation relative aux délais ne peut être qu'un *obiter dictum* sans aucune incidence sur la problématique générale du cas exposé par Paul. Il est même légitime de douter de l'origine classique de cette incise.

³¹⁰ Nous relèverons ainsi que la *causa* du négoce doit ici être recherchée non pas dans l'accord entre les parties, mais dans l'échange en tant que tel.

dare, ont été exécutées. Néanmoins *Tu*, qui a affranchi l'esclave, finit par en subir l'éviction. En d'autres termes, *Ego* a donné un *servum* qui appartenait à un tiers, si bien que *Tu* n'a pas pu en acquérir la propriété.

De quel moyen efficace *Tu* disposera-t-il pour faire valoir l'éviction subie?

A ce stade du raisonnement, il est fondamental de s'entendre sur la nature de la configuration «Je te donne un esclave pour que tu affranchisses le tien».

Il a d'ores et déjà été démontré que la solution de l'*actio praescriptis verbis* (ou *actio in factum civilis*) énoncée à la fin du texte ne peut pas être attribuée à Julien³¹¹. La teneur du texte qui ressort du Digeste découlera ainsi plutôt d'une bévue de la part d'un copiste de la *Florentina* que d'une interpolation voulue par les Compilateurs³¹². Ne serait-il pas même hasardeux de considérer que la phrase originale se soit effectivement terminée par *<si ignorans, in factum civilem>*, étant entendu que cette dernière solution est avancée exclusivement par Paul.

En effet – nous l'avons évoqué peu avant – il existe entre Julien et Paul une différente approche générale de ce genre de situations.

Si, comme Ariston et Mauricianus – suivis par Paul – nous rattachons l'échange en question au *synallagma labéonien*³¹³ (entendu comme un «Akt des gegenseitigen Engagements»³¹⁴, peu importe que l'une des deux obligations ait été immédiatement exécutée et ne puisse *de facto* être distincte de l'accord qui, techniquement, l'a précédée), nous atterrissons sur la piste de l'action générale pour les contrats innommés. Dans le cas concret proposé plus haut, *Tu* disposerait ainsi de l'*actio praescriptis verbis* qui, en tant qu'action civile, *incerta* et de bonne foi, lui offrirait une place bien confortable pour toutes prétentions liées à l'éviction.

Si, à l'inverse, nous adoptons l'optique de Celse et de Julien, et nous estimons que la structure contractuelle est intimement liée à un accord dont naissent deux obligations réciproques bien distinctes, il nous sera alors difficile d'assimiler l'échange en question à un contrat. Devant l'impossibilité d'avoir recours *in casu* à la *condictio (causa data causa non secuta)* sous le profil de l'enrichissement illégitime, nous nous trouvons, à première vue, dépourvus de remèdes aptes à satisfaire le lésé (*Tu*). Il y a toutefois lieu de considérer qu'*Ego* a soit sciemment transféré un esclave appartenant à autrui (il s'est dès lors conduit avec dol *ab initio*), soit découvert cet état de fait par la suite seulement, mais a refusé d'y remédier en

³¹¹ CANNATA, *Der Vertrag* (1995) 68 ss; cf. notre n. 308.

³¹² Cf. CANNATA, *Der Vertrag* (1995) 68 n. 35.

³¹³ Pour une étude approfondie du problème avec extgèse des textes *ad hoc*, nous renvoyons à CANNATA, *Der Vertrag* (1995) 66 ss; *ibid.*, *Contracto* (1997) 35 ss.

³¹⁴ Nous reprenons l'expression proposée par CANNATA, *Der Vertrag* (1995) 65.

offrant une alternative équitable à *Tu*. Du point de vue de Julien, nous devons dès lors, sans exclure l'éventualité d'une *actio in factum* prétorienne, dans tous les cas octroyer l'*actio de dolo* à *Tu*.

Nous saisissons sans peine la complexité du problème qu'ont soulevé – sans le résoudre – les juristes des premiers siècles ap. J.-C. Aussi nous semble-t-il logique que la palette des solutions qui défilent dans le cas illustré par Paul ne converge pas vers un point de vue univoque.

Il est d'autant plus important, dans ces circonstances, d'offrir un remède sûr à celui qui se trouve lésé suite à une attitude que l'ordre juridique peine à qualifier – et par là à sanctionner – de façon précise. Cette perspective nous permet d'ailleurs de comprendre pleinement la solution de l'*actio de dolo* proposée par Julien, et admise par Paul subsidiairement à l'*actio in factum civilis*³¹⁵.

Paul réitère cette solution dans le contexte d'une autre situation atypique, celle d'une opération économique *facio ut des*:

D. 19, 5, 5, 3 (Paul, 5 *quaest.*): *Quod si faciam ut des et posteaquam feci, cessas dare, nulla erit civilis actio, et ideo de dolo dabitur.*

Si j'effectue une prestation de *facere* pour que tu transfères la propriété de quelque chose, et que, après l'exécution de ma prestation, tu ne donnes finalement pas, il n'existe aucune action civile, si bien que l'on octroyera l'*actio de dolo*.

Paul ne considère même pas la possibilité de résoudre le cas d'espèce par le biais de la *praescriptis verbis*. Sans rechercher les raisons précises de son choix, nous nous arrêtons au constat suivant: le raisonnement de Paul est calqué sur les considérations habituelles en matière d'abus de droit. Dès lors qu'aucun remède *ad hoc* ne permet d'atteindre le rétablissement de la situation économique de celui

³¹⁵ CANNATA (*Der Vertrag* [1995] 68 n. 35) observe que l'octroi de l'*actio praescriptis verbis* – qui envisage d'ores et déjà l'éventualité du *dolus* – excluerait l'emploi de l'action, subsidiaire, *de dolo*. Ceci est certainement vrai d'un point de vue général, mais l'auteur semblerait oublier que la situation d'espèce ne reflète guère une position juridique univoque. Alors que pour Paul l'emploi de la *praescriptis verbis* ne fait aucun doute, tel n'est pas l'avis de Julien. Le préteur et le juge appelés à intervenir *in casu* pourraient se rallier à l'une ou à l'autre thèse, si bien que, en adoptant l'opinion de Julien, ils écarteraient le bien-fondé de l'action générale pour les contrats. Cannata omet ainsi de considérer la casuistique relative à l'emploi de l'*actio de dolo* '*si dubitetur*' (cf. D. 4, 3, 7, 3 que nous avons analysé plus haut, p. 24 ss). Lorsque l'issue d'un procès basé sur une action bien précise risque de ne pas être favorable au lésé, il faut lui octroyer l'*actio de dolo*.

qui, en dehors des schémas contractuels ordinaires, a effectué une prestation de *facere* et a finalement été déçu dans ses expectatives par quelqu'un de mauvaise foi, il faut avoir recours à l'*actio de dolo*.

La proposition prend tout son sens si nous l'insérons dans un contexte concret, que nous empruntons à un rescrit des empereurs Dioclétien et Maximien, de 294 ap. J.-C.:

C. 2, 20, 4 (Impm. Diocl. et Maxim. AA. et CC. *Menandrae*): *Cum proponas inter te et eum, quem in contubernio ancillam tuam sibi coniunxisse memorasti, placuisse, ut tibi pro eadem daret mancipium, intellegis, quod, si manumisisti vel ei tradidisti et ille manumisit, revocandae libertatis potestatem non habes, sed solum, si necdum statutum tempus³¹⁶ excessit et fidem placiti rumpat, desiderare debes de dolo tibi decerni actionem. [...]*

Puisque tu exposes que, entre toi et celui qui – comme tu l'as rappelé dans ta demande – s'est uni en *contubernium* avec ton *ancilla*, il a été convenu qu'il t'aurait donné un esclave en échange de celle-là, tu comprends que, si tu l'as affranchie ou si tu lui en as transféré la propriété et il l'a affranchie, tu n'as pas le pouvoir de révoquer la liberté, mais – si le temps prévu n'a pas encore été dépassé et qu'il persiste à contrevenir aux termes du pacte – tu peux uniquement demander que l'action de dol te soit octroyée.

A vit en *contubernium* avec l'*ancilla* appartenant à un *dominus* B. A, qui désire vraisemblablement se marier avec l'*ancilla*, demande au *dominus* de celle-ci de l'affranchir tout en lui promettant un autre esclave en échange. Toutefois, une fois la *manumissio* de l'*ancilla* advenue, A ne se conforme pas à sa promesse. Or, en raison du principe du *favor libertatis*, la *restitutio in integrum* de l'esclave affranchie n'est pas possible³¹⁷. L'engagement de donner un esclave en échange de l'affranchissement de l'*ancilla* n'a indubitablement fait l'objet d'aucune stipulation.

³¹⁶ L'allusion au *statutum tempus* ne se réfère pas à un terme conventionnel, mais à un terme législatif, *in casu* au terme de prescription – annuel (cf. LENEL, *EP*, 115 avec n. 5) – de l'*actio de dolo*.

³¹⁷ Dans ce sens, WACKE (*Zum dolus-Begriff* [1980] 379 n. 79), qui renvoie également à: ALBANESE, *La sussidiarietà* (1961) 190 n. 24, 290; WACKE, *Kamme das Edikt* (1971) 112. Tout en constatant que cela ne compromet en rien les conclusions ainsi énoncées, nous relevons que WACKE semble s'éloigner des faits exposés in C. 2, 20, 4. L'auteur considère en effet que ce n'est pas un *dominus* qui vit en concubinage avec l'*ancilla*, mais un esclave appartenant à un autre *dominus*.

On peut discuter de l'opportunité de classer le cas d'espèce dans la catégorie des échanges *facio ut des*³¹⁸, surtout au regard du fait que la description des faits porte à croire que l'accord entre les parties a précédé – et non pas accompagné – la première des prestations. La réponse de Dioclétien et de Maximien pourrait, d'un côté, avoir suivi ce chemin et adhéré à l'opinion de Paul, qui nie la possibilité d'intenter l'*actio praescriptis verbis* en présence d'une configuration *facio ut des*³¹⁹.

Il est encore plus probable que les deux empereurs, à l'instar de Julien et de Paul, considèrent simplement que l'attitude du *patronus* de l'esclave qui *rumpit fidem* – et qui profite de l'immunité dont il jouit en raison d'un système judiciaire lacunaire, ainsi que des difficultés de qualification juridique du cas d'espèce – mérite dans tous les cas d'être sanctionnée au moyen de l'*actio de dolo*.

En guise de conclusion de ce dernier périple casuistique, arrêtons-nous un instant sur l'élément qui caractérise l'ensemble des situations abusives de droit que nous venons d'analyser. Une personne refuse de réparer le préjudice qu'elle a volontairement ou involontairement causé, alors que le lésé se trouve dans l'impossibilité d'emprunter une quelconque voie judiciaire *ad hoc* à son encontre. L'équité, le sens d'un certain équilibre juridique commun à tous les sujets du droit en cause ainsi que – dans une mesure marginale – la morale³²⁰, ne nous permettent pas, en gardant le *status quo*, de passer des nuits paisibles. L'*actio de dolo* viendra

³¹⁸ Le texte prend en considération, dans sa première partie, deux éventualités. Soit la *manumissio* est opérée directement par le *dominus* qui vit en *contubernium* avec l'*ancilla* après le transfert de la propriété de celle-ci, soit elle est le fait du propriétaire actuel de l'*ancilla*. Aussi relevons-nous que dans le premier des cas – où se réalise l'échange *trado tibi ancillam manumissionis causa ut des mihi Stichum* – la première des prestations demeure, de l'avis des deux empereurs, une prestation de *facere* et non pas de *dare* puisque – vraisemblablement – elle constitue simplement une modalité du *manumissionem facere*.

³¹⁹ Une thèse (cf. DE FRANCISCI, *Συνάλλαγμα* [1913; 1916], critiquée – voir en particulier SANTORO, *Il contratto* [1983] 1 ss – et généralement abandonnée aujourd'hui, sauf par SARGENTI, *Nascita* [1987] 25 ss, [1988] 24 ss), prétendait que l'*actio praescriptis verbis* était un moyen élaboré et introduit seulement à l'époque post-classique, voire par la main des Compilateurs, si bien qu'elle ne pouvait pas encore être proposée par les juristes classiques. En réalité, pour autant que Dioclétien et Maximien aient saisi l'enjeu de la discussion, leur silence à propos de l'*actio in factum civilis* peut s'expliquer en considérant qu'ils ont opté pour la position de Paul qui excluait les échanges *facio ut des* de la catégorie des contrats innommés couverts par la *praescriptis verbis*. Les deux empereurs ont en tout cas choisi la solution qui, en sus d'être agréée par l'ensemble des juristes, permet finalement, *in casu*, de sauvegarder au mieux les intérêts du lésé, victime d'un abus de droit.

³²⁰ Nous pensons en particulier au cas de celui auquel un testateur confie '*funeris sui curam*' en lui remettant une certaine somme d'argent (voir Ulp. D. 11, 7, 14, 2 analysé ci-dessus, p. 151 s.). On peut néanmoins discuter de l'enjeu effectif de la morale dans l'octroi de l'*actio de dolo*.

sanctionner cette attitude, d'abord en passant par une analyse de cas en cas puis – au fur et à mesure qu'une systématisation devient possible en raison de l'identification d'un trait commun – de façon automatique par assimilation du comportement abusif en question au dol tout court.

7. *Exceptio doli* comme moyen apte à rétablir un certain équilibre économique (idée: enrichissement illégitime)

Nous abordons ici une série de cas où l'attitude dolosive consiste dans le fait de bénéficier d'une augmentation de son patrimoine admise par les normes juridiques: un propriétaire voit la valeur de son terrain augmenter du fait de l'accession du matériel apporté par un tiers, possesseur de bonne foi du fonds en question; un *pupillus*, incapable de recevoir le paiement d'une créance, se retrouve néanmoins enrichi du fait du paiement – non extinctif de la créance selon l'ordre juridique – que le débiteur a fait entre ses mains. Dans toutes ces hypothèses, la personne enrichie qui exige au surplus la réalisation de la prestation qui lui est formellement due (revendication du terrain, *condictio* tendant au recouvrement de la créance, etc.), est réputée se conduire dolosivement. Le mécanisme de l'*exceptio doli* permet ainsi d'obvier à ces augmentations de patrimoine injustifiées. Plus techniquement, nous dirons que l'*exceptio doli* permet au défendeur à l'action – qui risque un appauvrissement injustifié en raison de l'action dirigée à son encontre – d'introduire une demande reconventionnelle afin de récupérer les frais que, de bonne foi, il a assumés sur la chose d'autrui. Cette demande reconventionnelle, escomptée dans le cadre des *iudicia bonae fidei* où le juge même peut opérer d'éventuelles compensations sur demande de la partie concernée³²¹, serait en effet impossible en présence d'une *actio stricti iuris* si le défendeur a omis de soulever une *exceptio doli* pendant la phase *in iure*, devant le préteur.

Indépendamment de considérations afférentes à la lésion d'une «sakrale *fides*-Pflicht» (pour reprendre une observation de WACKE – *Zum dolus-Begriff* [1980] 374 s. – qui, justement à cause de cela, considère le comportement d'espèce particulièrement abject), une mesure à l'encontre de celui qui a trahi les expectatives du testateur s'impose déjà au regard du constat – constant et non pas labile et à la merci du temps comme la morale – que son enrichissement, atteint de mauvaise foi, ne se justifie point.

³²¹ La teneur de l'*intentio* des *iudicia bonae fidei* – '*quidquid dare facere oportet ex fide bona*' –, permet au juge de gérer le procès, ce qui implique que le juge, comme reporté par Gai. 4, 61, '*habitu ratione eius, quod invicem actorem ex eadem causa praestare oportet, in reliquum eum cum quo actum est condemnare*'. Par conséquent, il prononcera la condamnation opportune uniquement après avoir écouté les prétentions des deux parties et procédé aux éventuelles compensations soulevées par la partie concernée au moyen de l'*exceptio doli*.

Considérons, en guise d'entrée, les difficultés qui peuvent surgir lorsque, en raison d'une *accessio*, un propriétaire bénéficie de la plus-value apportée à sa propriété par un tiers de bonne foi. Le concept que Paul exprime en termes généraux – nous le verrons ci-après – est élaboré à partir d'une casuistique bien fournie qui reflète l'importance pratique et la fréquence de cette problématique:

D. 6, 1, 23, 4 (Paul. 21 *ad ed.*): *In omnibus igitur istis, in quibus mea res per praevalentiam alienam rem trahit meamque efficit, si eam rem vindicem, per exceptionem doli mali cogar pretium eius quod accesserit dare.*

Dans tous ces cas où ma chose, du fait qu'elle est chose principale, attire la chose d'autrui, si bien que j'en acquiers la propriété, si je la revendique je serai obligé, en vertu de l'exception de dol, de payer la valeur de l'accession.

La prise en charge, par le propriétaire, des frais assumés par celui qui a perdu une chose désormais absorbée dans sa chose, puisque principale, est une exigence que l'ordre juridique n'a pas réglé de façon autonome mais qui, au vu des circonstances, se justifie pleinement. Parcourons, en commençant avec Paul, une série de variantes concrètes de ce thème:

D. 44, 4, 5, 2 (Paul. 71 *ad ed.*): *Si donavi alicui rem nec tradidero, et ille cui donavi non tradita possessione in eo loco aedificaverit me sciente, et cum aedificaverit, nactus sim ego possessionem, et petat a me rem donatam, et ego excipiam, quod supra legitimum modum <donatio>³²² facta est: an de dolo replicandum est? Dolo enim feci, qui passus sum eum aedificare et non reddo impensas.*

Si j'ai donné à quelqu'un une chose sans en faire la tradition, et que celui auquel j'ai donné sans transmettre la possession a construit un édifice sur ce lieu, ce dont j'avais connaissance, et que, une fois qu'il a construit, j'en prends possession et qu'il me demande la chose donnée, et que moi j'excipe que la donation avait été faite au-delà de la limite, peut-on opposer la *replicatio doli*? En effet, je me conduis dolosivement puisque j'ai toléré qu'il construise, tandis que je refuse de lui rembourser ses *impensae*.

³²² L'insertion du terme '*donatio*' est nécessaire pour rendre au texte sa teneur originale (cf. MOMMSEN/KRÜGER *ad h.l.*).

Quelqu'un a donné un fonds et procédé à sa *mancipatio*³²³ sans toutefois en transmettre la possession. Le bénéficiaire du don a construit sur ce fonds sans la moindre résistance de la part du donateur, conscient des travaux en cours. Une fois l'édifice achevé, ce dernier l'occupe et oppose l'*exceptio legis Cinciae*³²⁴ au bénéficiaire qui revendique le fonds qui lui avait été donné. Certes, si la valeur du don a effectivement dépassé la limite établie par la *Lex Cincia* en cas de donation entre *extranei*, l'exception du donateur est bien fondée. Cette conclusion nous dérange néanmoins. Il n'est pas juste que l'apport économique de celui qui a construit un édifice – en toute bonne foi puisque convaincu d'avoir acquis la propriété du fonds – ne soit nullement considéré, d'autant plus que le donateur lui a permis de porter à terme sa construction sans manifester la moindre intention de garder sa propriété. Il faut que ce dernier offre une juste contre-partie à celui qui a enrichi sa propriété. A défaut, son attitude sera considérée comme abusive de droit, de sorte que l'effet de son *exceptio legis Cinciae* pourra être entravé par l'opposition d'une *replicatio doli*.

Paul précise ultérieurement les conditions d'obtention des *impensae* de la part de celui qui construit sur le terrain d'autrui:

D. 44, 4, 14 (Paul. 3 resp.): *Paulus respondit eum, qui in alieno solo aedificium extruxerit, non alias sumptus consequi posse, quam < si >*³²⁵ *possideat et ab eo dominus soli rem vindicet, scilicet opposita doli mali exceptione.*

Paul a répondu, à celui qui a érigé une construction sur le sol d'autrui, qu'il pourra obtenir le remboursement de ses frais uniquement s'il possède et si le propriétaire du fonds lui revendique la chose, notamment par l'opposition de l'exception de dol.

³²³ N'oublions pas que la *donatio*, en droit romain classique jusqu'à Constantin, n'était pas un contrat, mais un simple acte d'attribution patrimoniale. Le mot *donatio* implique dès lors certainement, dans le texte de Paul, la *mancipatio* du fonds. *In extenso*, la situation aurait été reproduite en ces termes: '*Si donationis causa alicui rem mancipavi nec tradidero* [...]'

³²⁴ La *Lex Cincia de donis et muneribus*, en tant que *lex imperfecta*, n'avait aucun effet sur la donation qui – contrairement à la donation *inter virum et uxorem*, considérée nulle – restait valable. Elle permettait néanmoins d'opposer une exception. Pour un approfondissement en la matière, nous renvoyons à: STEIN, «*Lex Cincia*» (1985) 145 ss; GONZALEZ, *The possible motivation* (1987) 161 ss; BALTRUSCH, «*Regimen morum*» (1988) 63 ss.

³²⁵ Inséré dans le texte de la Florentine, comme indiqué par MOMMSEN/KRÜGER *ad h.l.*

Dans tous les cas que nous avons parcouru ci-dessus, les remèdes basés sur la *condictio* applicables en cas d'enrichissement illégitime n'apportent aucune réponse appropriée à notre problème. En effet, un *negotium gestum* entre les parties – notamment une *datio*, une *stipulatio* ou une *traditio* – fait défaut³²⁶.

En outre, la restitution – et donc la revendication – des matériaux est entravée par l'interprétation, opérée par les juristes de l'époque classique, de la règle sur le *tignum iunctum* des XII Tables³²⁷. En vertu de cette interprétation, le fait de construire un édifice sur le fonds du propriétaire P, en utilisant les matériaux appartenant à un tiers T, n'implique pas le transfert de la propriété de ces matériaux à P. Ce dernier n'acquiert par *accessio* que l'édifice en tant que tel, sans les matériaux dont il est constitué. T pourrait néanmoins les revendiquer uniquement en cas de destruction de l'édifice.

Le critère qui pourrait justifier la prétention de celui '*qui in aliena area aedificavit*' ou *similia* devrait être plutôt celui – basé sur l'équité – de la *versio in rem*. Malheureusement, cette voie se révèle à son tour impraticable. La *condictio* basée sur la *versio*, notamment – selon la terminologie des juristes de l'*usus modernus* – la *condictio iuventiana*³²⁸, qui permettrait d'exiger la restitution des matériaux, n'avait pas encore été élaborée, à l'époque de Paul, en tant qu'action indépendante et générale en cas d'enrichissement³²⁹. Quant au droit romain classique, il ne prenait

³²⁶ Cf. D. 12, 6, 33 (Iul. 39 dig.): *Si in area tua aedificassem et tu aedes possideres, condictio locum non habebit, quia nullum negotium inter nos contraheretur: nam is, qui non debitam pecuniam solverit, hoc ipso aliquid negotii gerit: cum autem aedificium in area sua ab alio positum dominus occupat, nullum negotium contrahit. Sed et si is, qui in aliena area aedificasset, ipse possessionem tradidisset, conductionem non habebit, quia nihil accipientis faceret, sed suam rem dominus habere incipiat. Et ideo constat, si quis, cum existimaret se heredem esse, insulam hereditariam fulsisset, nullo alio modo quam per retentionem impensas servare posse.*

³²⁷ A propos de la norme XII Tables 6,7 et de l'*actio de tigno iuncto* – qui était finalement une élaboration particulière de l'*actio furti nec manifesti*, et qui prévoyait une condamnation au double de la valeur des matériaux insérés dans l'immeuble –, ainsi que des références bibliographiques – y afférentes, cf. KASER, *RPR* I, 139 et 430 avec notes.

³²⁸ Ainsi appelée puisque extraite d'un texte de Celse, notamment de D. 12, 1, 32 (5 [6?] dig.). La particularité du cas exposé par Celse réside dans le fait que l'enrichissement résulte d'un versement d'argent, qu'un sujet fait à un autre, en l'absence de tout accord relatif à la conclusion d'un *negotium* quelconque. La *condictio* octroyée par notre juriste repose ainsi sur le simple fait que '*pecunia mea ad te pervenit*', donc sur l'enrichissement en tant que tel. Pour un approfondissement sur ce thème, nous renvoyons en particulier à: KUPISCH, article *Arricchimento* (1987) 423 ss; CANNATA, *Il diritto romano* (1999) 54 ss.

³²⁹ Il est inexact de parler d'action générale et indépendante. Nous devrions nous exprimer plutôt en termes de principe général et indépendant qui permet d'octroyer une action contractuelle – alors même qu'il n'existe aucun *negotium* entre les parties en cause – à concurrence de la valeur de l'enrichissement. A propos de l'*actio de in rem verso* – qui, avant l'intervention de Justinien

en considération la *versio in rem* que dans une liste casuistique exhaustive à l'effet de combler certaines lacunes du système des *condictiones*. Or, le cas des matériaux dont il est question ici ne figure pas dans ladite casuistique. Par ailleurs, la *condictio* ne pouvant être dirigée qu'à l'encontre d'un voleur – qualité que notre propriétaire P ne possède pas – elle aurait de toute façon dû être écartée de la palette des solutions à notre problème.

Il n'en demeure pas moins que le propriétaire revendiquant qui refuse toute indemnisation au défendeur tout en étant conscient du fait que l'apport de ce dernier a contribué à augmenter la valeur de son terrain, abuse manifestement de son droit d'action, d'autant plus qu'il est conscient de l'impossibilité, pour le possesseur en question, d'intenter une quelconque action en dédommagement à son encontre.

Sur ces considérations, Paul opte pour le moyen de l'*exceptio doli* qui, soulevé pendant la phase *in iure* de la *rei vindicatio*, ouvre au défendeur la porte de la demande reconventionnelle. Concrètement, s'agissant d'une *actio stricta*, suite à l'opposition de l'*exceptio doli*, le propriétaire devra d'abord payer les *impensae* assumées par le défendeur qui sera ensuite condamné à *restituere* le terrain dans l'état où il se trouve après les travaux d'amélioration. A défaut de rembourser les *impensae*, le propriétaire s'expose à la menace, de la part du préteur, de ne pas condamner le possesseur dans le cadre de la *rei vindicatio*.

Un texte de Papinien, qui s'inscrit dans la même catégorie d'exemples, nous permet de préciser davantage le cours concret de cette procédure:

D. 6, 1, 48 (Pap. 2 resp.): *Sumptus in praedium, quod alienum esse apparuit, a bona fide possessore facti neque ab eo qui praedium donavit neque a domino peti possunt, verum exceptione doli posita per officium iudicis aequitatis ratione servantur, scilicet si fructuum ante litem contestatam perceptorum summam excedant: etenim admissa compensatione superfluum sumptum meliore praedio facto dominus restituere cogitur.*

a existé uniquement sous forme de *actio de peculio* aut de *in rem verso* – nous renvoyons en particulier à: GAY, *L'in rem versum* (1956) 155 ss; MacCORMACK, *The early history* (1981) 319 ss; ID., *The later history* (1982) 11 ss.

La séparation nette entre les deux actions et le changement du but de l'*actio de in rem verso* – devenue désormais une forme procédurale indépendante en cas d'enrichissement – semble être prouvée, entre autres, par le texte de C. 4, 26: *Quod cum eo qui in aliena est potestate negotium gestum esse dicitur, vel de peculio seu quod iustu aut de in rem verso*. Pour une étude de cette problématique, nous renvoyons néanmoins en particulier à: KUPISCH, article *Arricchimento* (1987) 423 ss; CANNATA, *Il diritto romano* (1999) 54 ss.

Les frais assumés par un possesseur de bonne foi sur un fonds qui s'avère appartenir à autrui, ne peuvent être demandés ni à celui qui a donné le fonds ni au propriétaire; en réalité, une fois l'exception de dol opposée, (*sc.* lesdits frais) seront récupérés par le biais de l'*officium iudicis* en vertu de critères basés sur l'équité, c'est-à-dire dans le cas où les dépenses excèdent la valeur globale des fruits perçus (*sc.* par le possesseur) avant la *litis contestatio*; en effet, une fois la compensation admise, le propriétaire sera obligé de restituer l'excédent (*sc.* des dépenses) dans la mesure où le fonds a été amélioré.

Faisons abstraction de la variante du *donator* – qui constitue un cas à part dans la mesure où celui-ci ne répond pas en cas d'éviction³³⁰ – et arrêtons-nous sur l'exemple du *dominus*. Le schéma est toujours le même: Numerius Negidius, possesseur de bonne foi du fonds appartenant à Aulus Agerius, fait des dépenses *utiles* durant la période de ladite possession. Aulus Agerius finit par revendiquer son fonds. Papinien précise d'emblée que le possesseur de bonne foi ne dispose d'aucune action autonome contre le propriétaire pour exiger le remboursement de ses *impensae*. Il devra dès lors s'appuyer sur le mécanisme de la *rei vindicatio* en tirant profit de l'*officium iudicis* qui se manifeste dans le cadre de l'*arbitratus de restituendo*³³¹. Nous savons néanmoins que le juge appelé à statuer dans le cadre d'une action en revendication ne peut se prononcer qu'à propos de la demande du *dominus*, alors que rien ne lui permet de statuer sur une éventuelle demande reconventionnelle du défendeur, qui aboutirait à une contre-prestation à la charge du demandeur. L'attitude d'Aulus Agerius – qui profite de son droit à la *restitutio* d'une côté, et de l'absence de moyens juridiques en faveur du tiers de bonne foi de l'autre – assume néanmoins les contours typiques d'un abus de droit. Le moyen de l'*exceptio doli*, dûment soulevé pendant la phase *in iure* de la *rei vindicatio*, permet dès lors à Numerius Negidius d'exposer les motifs qui fondent un droit au remboursement de ses *impensae*. Ainsi, pendant la phase successive, et plus précisément au niveau de la clause restitutoire, après avoir procédé aux évaluations opportunes, le *iudex* ordonnera à Numerius Negidius de *restituere* en lui indiquant ce qu'il devra faire à cet effet afin d'éviter la *condemnatio*. Dans le cas

³³⁰ Le parallèle entre le cas du *donator* (Papinien fait allusion à l'exemple esquissé par Paul in D. 44, 4, 5, 2 que nous avons examiné plus haut, à nos pages 161 s.) et celui du *dominus* nous échappe: le problème de l'éviction est en effet totalement étranger au premier des deux cas.

³³¹ Toute action réelle implique en effet une clause restitutoire, domaine du pouvoir discrétionnaire du juge. Nous rappelons, à cet effet, la formule de la *rei vindicatio* telle qu'elle pourrait l'être en l'espèce: '*Si paret fundum Cornelianum ex iure Quiritium Auli Agerii esse neque is fundum arbitrio tuo Aulo Agerio restituatur quanti ea res erit, tantam pecuniam Iudex Numerium Negidium Aulo Agerio condemnato s.n.p.a.*' (cf. LENEL, *EP* 185 s.).

d'espèce, cela débouchera dans l'ordre de restituer à Aulus Agerius la possession du fonds ainsi que les fruits perçus après la *litis contestatio*³³². Toutefois, dans la mesure où Numerius Negidius a excipé *de dolo* pendant la phase *in iure* et prouvé qu'il a assumé des frais qui ont augmenté la valeur du fonds, que le *dominus* refuse de lui rembourser, le juge disposera sur ce point comme suit. Si le montant des dépenses faites par Numerius Negidius est inférieur ou égal à la valeur des fruits perçus avant la *litis contestatio* – qui lui reviennent en sa qualité de possesseur de bonne foi –, ce dernier sera réputé satisfait. Si, au contraire, les frais ainsi assumés excèdent la valeur des fruits perçus à la même époque, le juge, sur la base de son *arbitratus*, pourvoira à ce que Aulus Agerius lui paye la différence (*superfluum sumptum*). La solution la plus immédiate consistera en un ordre de restitution conditionnelle dont les termes pourraient être approximativement les suivants: «Numerius Negidius, restitue à Aulus Agerius la possession du fonds en sus de 500 HS pour les fruits perçus après la *litis contestatio*, à condition que Aulus Agerius te paie 10'000 HS pour les constructions que tu as faites, ou qu'il te fasse une *satisfactio* pour le même montant».

Nous retrouvons le même schéma dans un autre passage de Papinien:

D. 6, 1, 65 pr. (Pap. 2 resp.): *Emptor praedium, quod a non domino emit, exceptione doli posita non aliter restituere domino cogetur, quam si pecuniam creditori eius solutam, qui pignori datum praedium habuit, usurarumque medii temporis superfluum recipienterit, scilicet si minus in fructibus ante lit-*is* contestationem³³³ perceptis fuit: nam eos iuris novis dumtaxat compensari sumptuum in praedium factorum exemplo aequum est.*

L'acheteur d'un terrain, qui a acquis d'un non-propriétaire, ne sera pas tenu de restituer au *dominus* s'il n'a pas récupéré l'argent qu'il a payé au créancier de ce dernier – qui (*sc.* le créancier) avait reçu le terrain en gage –, ainsi que l'excédent des intérêts de la période intermédiaire (*sc.* pendant laquelle le possesseur de bonne

³³² Nous relevons, à cet égard, que le texte a certainement été remanié par les Compilateurs qui ont revu le sort des fruits perçus par un possesseur de bonne foi. Alors que, à l'époque classique, celui-ci acquiert les fruits perçus avant la *litis contestatio* en vertu de la simple *separatio* (cf. Paul. D. 7, 4, 13; Iul. D. 22, 1, 25, 1; Paul. D. 41, 1, 48 pr.), après Justinien, les fruits lui sont acquis uniquement après leur *perceptio*, donc après leur récolte, et il est tenu de restituer au propriétaire ceux qu'il n'a pas encore consommés alors même qu'ils se sont séparés de l'arbre déjà avant la *litis contestatio* (cf. I. 2, 1, 35).

³³³ Le passage a certainement été remanié. S'agit-il d'une interpolation tendant à supprimer le renvoi à la *litis contestatio* de la procédure formulaire abolie par Justinien, ou plutôt d'une bévue de la part d'un copiste qui a mal développé une abréviation («*litem*» à la place de «*litrem*»)? La référence du texte original des *responsa* de Papinien à la *litis contestatio* est toutefois indiscutable.

foi a possédé), c'est-à-dire au cas où il y avait moins dans les fruits perçus (*sc.* par le possesseur) avant la *litis contestatio*; il est en effet équitable qu'on les compense, comme dans l'exemple des dépenses faites sur le fonds d'autrui, avec les intérêts récents (*sc.* préalables à la *litis contestatio*).

Mutatis mutandis, les conclusions convergent vers le même point que dans le texte de Papinien (D. 6, 1, 48) que nous venons d'étudier. Dans le cadre de la *rei vindicatio*, l'*exceptio doli* offre au possesseur de bonne foi l'occasion de faire valoir son droit au remboursement des frais – en l'occurrence la créance assumée à l'égard du créancier gagiste du propriétaire du terrain, ainsi que les intérêts de ladite somme échus au moment de la *litis contestatio* – assumés pendant la période de sa possession. En particulier, il pourra demander que ceux-ci soient compensés avec la valeur des fruits perçus avant la *litis contestatio*, dont le *dominus* exige actuellement la *restitutio*. Dans l'hypothèse où ces dépenses dépassent néanmoins la valeur des fruits perçus avant la *litis contestatio*, si bien qu'il en résulte une créance en faveur du défendeur, le juge – s'agissant d'une action en revendication – ne pourra certes pas établir un ordre de remboursement à la charge du demandeur. Il pourra tout au plus, comme dans l'exemple de Papinien, conditionner la *restitutio* à laquelle sera obligé le possesseur: «Numerius Negidius, restitue le terrain et 50 SH, valeur des fruits perçus jusqu'à la *litis contestatio*, si Aulus Agerius te paie 100 HS pour les frais que tu as assumés». A ce propos, les termes employés par Papinien ('*non aliter restituere domino cogetur, quam si [...]*') dissimulent tout doute.

Aussi, contrairement à l'*opinio* qui reprend les conclusions de Pernice³³⁴, nous considérons que la précision '*exceptio doli posita*' n'est pas le fruit d'une interpolation. Il s'agit, bien au contraire, d'un détail technique certainement présent *ab origine* dans la mesure où il indique l'emploi d'un moyen atypique qui introduit une innovation dans la procédure habituelle de la *rei vindicatio*, et qui tend à éviter le résultat inique et économiquement déséquilibré auquel conduirait l'attitude abusive d'un propriétaire. Pour que le juge puisse prendre en compte cette demande reconventionnelle, vu la structure formulaire de la *rei vindicatio*, l'*exceptio doli* devra néanmoins être soulevée devant le préteur, pendant la phase *in iure*. Cette exigence – nous le devinons sans difficulté – disparaît en présence d'un *iudicium bonae fidei* où le défendeur pourra exciper *de dolo* directement devant le *iudex* et obtenir la compensation de ses *impensae*, voire le remboursement de l'éventuel excédent. Il n'en demeure pas moins que ce sera toujours l'*exceptio doli* qui remplira la fonction de vecteur des prétentions du défendeur.

³³⁴ Cité par MOMMSEN/KRÜGER *ad h.l.*

En parcourant un texte de Paul, où notre juriste recherche des parallèles rapportables à la problématique du propriétaire revendiquant au possesseur de bonne foi, il nous est donné de trouver confirmation de cette thèse:

D. 6, 1, 27, 5 (Paul. 21 *ad ed.*): *In rem petitam si possessor ante litem contestatam sumptus fecit, per doli mali exceptionem ratio eorum haberi debet, si perseveret actor petere rem suam non redditis sumptibus. Idem est etiam, si noxali iudicio servum defendit et damnatus praestitit pecuniam, aut in area quae fuit petitoris per errorem insulam aedificavit [: nisi tamen paratus sit petitor pati tollere eum aedificium]³³⁵. Quod et in area uxori donata per iudicem, qui de [dote] <re uxoria>³³⁶ cognoscit, faciendum dixerunt. Sed si puerum meum, cum possideres, erudisses, non idem observandum Proculus existimat, quia [neque] carere servo meo <non>³³⁷ debeam [nec potest remedium idem adhiberi, quod in area diximus]³³⁸.*

En ce qui concerne la chose revendiquée, si le possesseur a assumé des *impensae* avant la *litis contestatio*, lorsque le demandeur persiste à revendiquer sa chose sans restituer les frais ainsi assumés, il faut les prendre en compte au moyen de l'*exceptio doli*. Il en va de même si (*sc.* le possesseur) a défendu l'esclave dans le procès relatif à une action noxale et que, étant condamné, il a payé ou si, par erreur, il a construit un immeuble sur le sol qui appartenait au demandeur [; à moins que le demandeur ne soit d'accord de tolérer que la construction soit détruite]. Les juristes ont affirmé que le juge, qui est appelé à se prononcer dans le cadre d'une *actio rei uxoriae*, doit adopter une solution identique à propos du terrain donné à la

³³⁵ Insertion post-classique, selon PERNICE (cf. MOMMSEN/KRÜGER *ad h.l.*). Il s'agit, à notre avis, plutôt d'une glose. Elle introduit en effet un détail complémentaire qui ne présente aucun lien thématique avec la *quaestio* exposée par Paul. A relever que ce même type d'incise est présent également dans un texte d'Ulpien, notamment in D. 6, 1, 37 (17 *ad ed.*): *Julianus libro octavo digestorum scribit: si in aliena area aedificassem, cuius bonae fidei quidem emptor fui, verum eo tempore aedificavi, quo iam sciebam alienam, videamus, an nihil mihi exceptio prosit: nisi forte quis dicat prodesse de damno sollicito. Puto autem huic exceptionem non prodesse: nec enim debuit iam alienam certus aedificium ponere: sed hoc ei concedendum est, ut sine dispendio domini areae tollat aedificium quod posuit.* On y énonce ainsi la possibilité, pour le propriétaire d'une construction édifiée de bonne foi sur le fonds d'autrui, d'éliminer ledit immeuble sans dommages pour le propriétaire du fonds. Le but de cette solution, que nous retrouvons par ailleurs – appliquée à l'usufruitier – à l'art. 753 de notre CC, est sans autre celui de permettre au possesseur de bonne foi de récupérer ses matériaux, s'il le désire et si tel est son intérêt, en réduisant ses propres pertes tout en préservant la substance de la chose principale.

³³⁶ Nous remplaçons la terminologie adoptée par Justinien par celle, originale, d'époque classique.

³³⁷ Correction apportée par PERNICE (cf. MOMMSEN/KRÜGER *ad h.l.*), que nous adoptons.

³³⁸ Nous suivons l'avis de PERNICE (cf. MOMMSEN/KRÜGER *ad h.l.*) tendant à considérer le passage '*nec [...] diximus*' étranger au texte original dans la mesure où il constitue une simple tautologie de ce qui est d'ores et déjà exprimé auparavant.

femme. Mais Proculus considère que si, alors que tu l'avais en possession, tu as éduqué mon esclave encore enfant, il n'y a pas lieu d'adopter la même solution puisque je ne dois pas souffrir le manque de mon esclave [...].

Paul évoque ainsi plusieurs situations où un possesseur de bonne foi est légitimé à opposer l'exception de dol au propriétaire revendiquant afin de récupérer ses *impensae*. Parmi les situations énoncées, celle de la femme qui, dans le cadre d'une *actio rei uxoriae* tendant à la restitution de la dot *soluta matrimonio*, doit à son tour – puisque la question est apparemment soulevée au cours de l'action – rendre au mari le fonds qu'il lui avait donné³³⁹. L'*actio rei uxoriae*, nous le savons³⁴⁰, est un *iudicium bonae fidei*³⁴¹. Or, comme dans les cas afférents à une *rei vindicatio* analysés ci-dessus, Paul observe que si, au cours du mariage, elle avait assumé des *impensae* en construisant sur ce fonds, elle sera tenue à la restitution de celui-ci uniquement après remboursement des frais en question par le mari. Certes, le mécanisme de la restitution des *impensae* diffère ici de celui qui intervient dans le cadre de l'action en revendication. Il gagne en effet en flexibilité tant au niveau du moment de l'opposition de l'exception – qui pourra être soulevée même seulement une fois la procédure entamée *apud iudicem* –, qu'au niveau de la teneur du jugement. Le *iudex* pourra en effet librement effectuer les compensations opportunes et, en cas d'excédent en sa faveur, absoudre le défendeur. C'est néanmoins toujours en soulevant l'*exceptio doli* – ou plus précisément, en l'espèce, une *replicatio doli* – que le possesseur de bonne foi pourra solliciter auprès du juge la computation de ses *impensae*³⁴², puisque c'est au moyen de l'abus de droit que se mesure l'attitude du propriétaire.

³³⁹ La *donatio inter virum et uxorem*, en effet, était nulle en droit romain (cf. Ulp. D. 24, 1, 1; Ulp. D. 24, 1, 3, 10; C. 5, 16). Sur ce thème, nous renvoyons en particulier à: MISERA, *Der Bereicherungsgedanke* (1974); ID., *Der Freundeskauf* (1973) 25 ss; ID., *Die Drittwirkung* (1976) 33 ss; ID., *Die Zeugnisse* (1976) 407 ss.

³⁴⁰ Cf. Gai. 4, 62 où notre juriste présente une énumération de *bonae fidei iudicia*.

³⁴¹ Le cas de la *donatio* entre époux est proposé également par Marcianus in D. 44, 4, 10 (3 *reg.*): *Cum vir aut uxor in aera sibi donata aliquid aedificasset, plerisque placet doli mali exceptione posita rem servari posse*. L'exemple d'espèce diffère néanmoins de celui de Paul dans la mesure où la *restitutio* du fonds n'est pas demandée dans le cadre d'une *actio rei uxoriae*, mais d'une *rei vindicatio*.

³⁴² Cervidius Scaevola nous le confirme dans un exemple développé autour d'un contrat de bail à ferme:

D. 19, 2, 61, pr. (Scæv. 7 *dig.*): *Colonus, cum lege locationis non esset comprehensum, ut vineas poneret, nihil minus in fundo vineas instituit et propter earum fructum denis amplius [auris] annuis ager locari coeperat. Quaesitum est, si dominus istum colonum fundi eiectionum pensionum debitarum nomine conveniat, an sumptus utiliter factos in vineis instituendis reputare possit opposita doli mali exceptione. Respondit vel expensas consecuturum vel nihil amplius praestaturum*. [Trad.: Bien que

Revenons un instant au cas, prototype, du *dominus* qui exerce la *rei vindicatio* à l'encontre d'un possesseur de bonne foi. Le rapport entre le propriétaire et son fonds n'est pas comparable, de l'avis de Proculus, au rapport entre le *dominus* et son esclave. Si l'on peut admettre que le propriétaire soit privé de son fonds en raison de l'*exceptio doli* opposée à juste titre par un possesseur de bonne foi – tant et aussi longtemps qu'il ne restitue pas les frais assumés par ce dernier –, il n'y a pas lieu d'admettre que ce même propriétaire souffre du manque de son propre esclave alors même que le possesseur de celui-ci pourvoit à son éducation. Les raisons du déni de l'effet invalidant de l'*exceptio doli* dans cette dernière hypothèse reposent certainement sur des considérations pratiques et économiques. Un fonds, pour garder sa valeur, voire pour gagner en plus-value, nécessite un entretien constant et un apport en travail considérable, qui peuvent par ailleurs être le fait de quiconque. Un esclave, par contre, comporte de par lui-même des avantages évidents – en tant que force de travail –, indépendants d'une formation quelconque. L'apport du *dominus*, qui peut être réduit à la simple nourriture, est dès lors minimale au regard des prestations offertes par l'esclave, même s'il est encore enfant. Son éducation est dès lors non seulement une nécessité discutable, mais également un critère très personnel que chaque propriétaire assume à sa façon. Les textes qui suivent l'exemple proposé par Paul confirment par ailleurs cette thèse tout en la précisant ultérieurement:

D. 6, 1, 28 (Gai. 7 *ad ed provinc.*): *forte quod pictorem aut librarium docueris. Dicitur non aliter officio iudicis aestimationem haberi posse.*

D. 6, 1, 29 (Pomp. 21 *ad Q. Muc.*): *nisi si venalem eum habeas et plus ex pretio eius consecuturus sis propter artificium.*

D. 6, 1, 30 (Gai. 7 *ad ed provinc.*): *aut si ante denuntiatum sit actori, ut impensam solveret, et eo dissimulante posita sit doli mali exceptio.*

Ainsi, dans le cas de l'esclave, l'on admettra que le possesseur qui l'a formé excipe *de dolo* contre son propriétaire si l'esclave en question était *venalis*, c'est-à-dire si le *dominus* – vraisemblablement un marchand d'esclaves – le possédait dans le but de le revendre. Dans ces circonstances, le rapport personnel entre

les termes du contrat de bail n'aient pas prévu la possibilité de planter des vignes, le locataire d'un fonds agricole y a néanmoins cultivé des vignes et, en raison de leurs fruits, il a commencé à devoir dix de plus, par année, pour la location du fonds. L'on demande si – dans l'hypothèse où le propriétaire agit pour le paiement des redevances contre ce locataire expulsé du fonds – il (le locataire) peut compenser les dépenses utilement assumées pour l'introduction des vignes en opposant l'exception de dol. J'ai répondu que soit il recevra (le remboursement de) ses frais, soit il ne devra plus rien.]

l'esclave et son propriétaire est insignifiant, et il serait injuste que le propriétaire obtienne et empêche une majoration du prix à laquelle il n'a nullement contribué. Les juristes précisent par ailleurs que cette exception à la règle se justifie également au regard du fait que le possesseur de bonne foi d'un esclave n'a pas la possibilité, dont dispose le possesseur d'un fonds, de récupérer ses frais en enlevant la valeur ajoutée à la chose principale³⁴³.

Le résultat, à savoir que le possesseur de bonne foi qui a assumé des frais utiles puisse les récupérer lorsque, en raison d'une *rei vindicatio*, il est contraint de se séparer de la chose principale, est une prérogative recherchée par les juristes puisqu'elle s'inscrit dans un exercice équitable et économiquement équilibré du droit. Le moyen, notamment l'*exceptio doli*, repose sur l'idée que le propriétaire qui, dans le cadre d'une *rei vindicatio*, exige la *restitutio* de sa chose – dont la valeur a été accrue – sans offrir une juste contre-valeur au possesseur de bonne foi tout en sachant que celui-ci ne dispose d'aucune action pour l'y contraindre, abuse de son droit, et plus précisément de son droit à la *restitutio*. Grâce à la possibilité d'exciper *de dolo*, le possesseur obtiendra ainsi la – juste – prise en compte de ses *impensae*.

Observons maintenant comment s'articulent les possibilités dudit possesseur en présence d'un jeu de différentes actions:

D. 19, 1, 45, 1 (Paul. 5 *quaest.*): *Illud expeditius videbatur, si mihi alienam aream vendideris et in eam ego aedificavero atque ita eam dominus evincit: nam quia possim petentem dominum, nisi impensam aedificiorum solvat, doli mali exceptione summonere, magis est, ut ea res ad periculum venditoris non pertineat. Quod et in servo dicendum est, si in servitute, non in libertate vinceretur, ut dominus mercedes et impensas praestare debeat. Quod si emptor non possideat aedificium vel servum, ex empto habebit actionem. [In omnibus tamen his casibus, si sciens quis alienum vendiderit, omnimodo teneri debet.]*³⁴⁴

La chose aurait été plus simple si tu m'avais vendu le fonds d'un autre et moi j'y avais construit, et si, telle étant la situation, le propriétaire l'évince. En effet, dans la mesure où je peux repousser le propriétaire revendiquant au moyen de l'*exceptio doli* s'il refuse de me payer les dépenses assumées pour la construction,

³⁴³ A cet égard, nous renvoyons en particulier à la règle explicitée par Ulpien *in D.* 6, 1, 37, que nous reportons plus haut, à la n. 335.

³⁴⁴ La dernière phrase tend à annihiler le sens du discours précédent. Nous inclinons ainsi à croire qu'il s'agit d'une adjonction post-classique, voire, au regard de son caractère normatif, d'une interpolation.

dans la majorité des cas, cette situation n'est pas à la charge du vendeur. Ceci, à savoir que le propriétaire doit prêter le prix du travail et les dépenses, doit être dit également pour l'esclave s'il a été évincé en état d'esclavage et non de liberté. Si l'acheteur ne possède pas la construction ou l'esclave, il disposera de l'*actio empti*. [Dans tous ces cas, si quelqu'un vendra sciemment une chose appartenant à autrui, il en répondra de toute façon].

Dans le texte de Paul – partie intégrante de la séquence Paul D. 19, 1, 43-45 qui traite de la célèbre *manumissio* d'Arescusa³⁴⁵ –, le cas de la vente du fonds est mentionné uniquement dans le but d'en tirer une analogie avec celui de l'esclave. Nous faisons néanmoins abstraction de ce dernier qui, dans le Digeste, est repris par la suite dans le contexte d'une éviction *in servitatem* et non *in libertatem*.

A l'instar des textes précédents, Paul conclut que le possesseur – qui en l'espèce avait acheté, de bonne foi, un fonds appartenant à autrui – doit être indemnisé pour les dépenses assumées pour les travaux de construction ainsi que pour l'achat des matériaux employés à cet effet. Le cas échéant, il pourra entraîner la *restitutio* du fonds au propriétaire en opposant l'*exceptio doli* à sa *rei vindicatio*. Paul précise néanmoins que, lorsque le possesseur ne peut pas faire usage de cette faculté – puisqu'il a entre-temps perdu la possession du fonds, si bien qu'il ne peut pas être défendeur à l'action en revendication –, il pourra exiger une indemnisation équivalente du vendeur en faisant appel à sa garantie contre l'éviction.

Le fait que la possibilité de récupérer les *impensae* auprès du *dominus* exclut la faculté d'agir *ex empto* à l'égard du vendeur, obéit à une logique économique évidente: la plus-value apportée au fonds profite finalement à son propriétaire, seul enrichi en l'espèce. Il est ainsi correct, du point de vue comptable, que le possesseur fasse valoir sa créance auprès de celui-ci et non du vendeur, bien que ce dernier soit appelé à intervenir – en principe – en cas d'éviction.

D. 13, 1, 14, 2 (Iul. 22 dig.): *Bovæ subrepto et occiso condictio et bovis et corii et carnis domino competit, [scilicet si et corium et caro contractata fuerunt.]³⁴⁶ cornua quoque condicentur. Sed si dominus condictione bovis pretium consecutus fuerit et postea*

³⁴⁵ A propos de l'affranchissement d'Arescusa, nous renvoyons en particulier à: ANKUM, *Die manumissio* (1993) 1 ss.

³⁴⁶ 'Scilicet [...] fuerunt' est sans doute le fruit d'une manipulation post-classique, vraisemblablement une glose. La précision ainsi introduite est aussi bien inutile qu'insensée: dans la mesure où, d'après l'exposition initiale des faits, le bœuf a été d'abord volé, puis tué ('*subrepto et occiso*'), la *contractatio* du cuir et de la chair, comme celle des cornes, est implicite.

aliquid eorum, de quibus supra dictum est, condicet, omnimodo exceptione summovetur. Contra si corium condixerit et pretium eius consecutus bovem condicet, offerente fure pretium bovis detracto pretio corii doli mali exceptione summovebitur.

Si un bœuf est volé et tué, revient au propriétaire la *condictio* et pour le bœuf, et pour le cuir, et pour la viande, [évidemment à condition que même le cuir et la viande aient été travaillés]; même les cornes peuvent être demandées par le biais de la *condictio*. Mais si, au moyen de la *condictio*, le propriétaire a obtenu la valeur du bœuf et a par la suite agi avec la *condictio* afin d'obtenir l'une des choses énumérées ci-dessus, il sera repoussé par l'exception. Au cas contraire, s'il a d'abord exercé la *condictio* pour le cuir et, une fois obtenue la valeur de celui-ci, il a agi pour le bœuf, il pourra être repoussé par l'*exceptio doli* dans la mesure où le voleur offre la valeur du bœuf, après déduction de la valeur du cuir.

Le bœuf et la viande, le cuir ainsi que les cornes qui en dérivent sont, matériellement et économiquement, des entités bien distinctes. Aussi, dès la mort du bœuf, son propriétaire perd la propriété de celui-ci et devient propriétaire des restes. Par conséquent, si le bœuf a été volé et tué, le *dominus* dispose de diverses *condictiones*. En premier lieu il peut exercer la *condictio ex causa furtiva* relative au bœuf. Celle-ci lui revient même si le bœuf n'existe plus en tant que tel puisque le voleur, du fait de sa *contractatio* et de la *perpetuatio obligationis* que cela implique, demeure responsable de la perte du bœuf dans la mesure de sa valeur. En effet, tel un débiteur en demeure, le voleur supporte le risque de la perte de la chose dès la soustraction de la chose.

En second lieu, le *dominus* dispose-t-il de la faculté de *condicere* pour chacune des parties du bœuf. Julien considère néanmoins qu'une harmonisation économiquement équitable de ce paysage d'actions s'impose, et finit par établir que la valeur maximale que l'on puisse exiger du voleur est celle du bœuf vivant. Par conséquent, si le propriétaire agit d'emblée pour le bœuf, il aura immédiatement épuisé sa parade d'actions. Si, au contraire, il choisit la voie des *condictiones* pour chacun des restes, son droit sera retenu à concurrence de la valeur du bœuf vivant. Toute prétention ultérieure du propriétaire – par ailleurs abusive – sera dès lors entravée par l'instrument *ad hoc* de l'*exceptio doli*.

Le critère de l'enrichissement injustifié consécutif à une attitude abusive de droit a servi de guide également dans la résolution de schémas dans lesquels apparaît la problématique des actes conclus par des incapables:

D. 44, 4, 4, 4 (Ulp. 76 *ad ed.*): *Si quis pupillo solverit sine tutoris auctoritate id quod debuit exque ea solutione locupletior factus sit pupillus, rectissime dicitur exceptionem petentibus nocere: nam et si mutuan accepit pecuniam vel ex quo alio contractu locupletior factus sit, dandam esse exceptionem. Idemque et in ceteris erit dicendum, quibus non recte solvitur: nam si facti sint locupletiores, exceptio locum habebit.*

Si quelqu'un a payé à un pupille ce qu'il lui devait sans l'*auctoritas* du tuteur, et que de ce paiement résulte un enrichissement du pupille, il est plus que correct de dire que l'exception nuira aux demandeurs. En effet, même s'il a reçu de l'argent à titre de prêt ou s'il a bénéficié d'un enrichissement en vertu d'un autre contrat quelconque, il faut octroyer l'exception. Il en va de même pour les autres, auxquels on ne peut pas payer correctement (*sc.* auxquels on ne peut pas payer en se libérant): en effet, s'ils se sont enrichis, il y a lieu de donner l'exception.

L'acte de réception d'un paiement comporte, pour le pupille, un inconvénient dans la mesure où il implique l'extinction d'une créance. À défaut d'être accompagné de l'incontournable *auctoritas* du tuteur, le paiement en cause est partant considéré – sur le plan du *ius civile* – comme nul et non advenu. Le débiteur n'étant pas libéré, le pupille – ou son tuteur en qualité de *negotiorum gestor*³⁴⁷ – pourra nouvellement faire valoir sa créance en exerçant l'action *y* relative. L'abus de droit de la part du pupille ou de son tuteur – qui exploitent les principes du *ius civile* inhérents à l'incapacité des impubères pour obtenir un avantage qui n'est plus dû – est néanmoins patent. Il faut permettre au débiteur d'éviter la *condemnatio* en soulevant l'exception de dol et en prouvant que son versement a effectivement comporté un avantage pour le pupille dans la mesure où il en résulte une augmentation du patrimoine de ce dernier³⁴⁸. La phrase finale introduit une référence générale à cette typologie de cas: la règle qui est ici appliquée au pupille régit également tous les rapports avec les autres sujets de droit incapables de recevoir des paiements. Relativement aux *furiosi*, cela nous est confirmé par Hermogenianus, juriste de l'époque de Dioclétien:

³⁴⁷ L'implication du tuteur, en sus d'être logique, est clairement indiquée par Ulpien par sa référence aux demandeurs (*dicitur exceptionem petentibus nocere*), et non pas à une seule partie, notamment au pupille.

³⁴⁸ En employant des termes comptables, nous dirons que l'enrichissement peut naturellement se traduire soit en une augmentation de l'actif, soit en une diminution du passif en la forme de dépenses évitées. Ulpien nous illustre une variante de cette dernière hypothèse in D. 44, 4, 4, 9 (76 *ad ed.*): *Si minor mihi infantem donaverit, deinde eum vindicet, exceptione doli mali repellendus est, nisi alimenta reddat et si quis alius sumptus probabilis in eum factus sit.* [Trad.: Si un mineur m'a donné un jeune enfant (esclave), et qu'il le revendique, il devra être repoussé au moyen de

D. 44, 4, 16 (Hermog. 6 *iuris epit.*): *Si debitor a furioso delegatus creditori eius solvat, [quem comptem mentis esse existimabat]³⁴⁹ et ita cum eo agatur: exceptione doli in id, quod in rem furiosi processit, defenditur.*

Si un débiteur, chargé par un *furiosus* (sc. de payer à son créancier), paie au créancier de celui-ci, [...] et par la suite l'on agit contre lui (sc. débiteur), il pourra se défendre au moyen de l'*exceptio doli* dans la mesure de ce qui a augmenté le patrimoine du *furiosus*.

Abstraction faite de la manière dans laquelle le *furiosus* a pu contracter une dette, voire une créance³⁵⁰, nous avons affaire à une *delegatio solvendi causa* faite par un *furiosus* en faveur de son créancier. Tandis que, en vertu du principe que le paiement d'un tiers éteint la dette, le rapport entre le *furiosus* et son créancier a pris fin dès que ce dernier a bénéficié de l'apport du débiteur du *furiosus*, tel n'est pas le sort du rapport entre celui-ci et le *furiosus*. La *delegatio* faite par un *furiosus* étant nulle, la dette de son débiteur demeure intacte, si bien que le *furiosus*, ou mieux son *curator*, sera légitimé – *iure civili* – à prétendre nouvellement au paiement dudit montant. Le débiteur risque ainsi d'assumer deux fois sa dette, avec le résultat que le *furiosus* se retrouverait enrichi de la somme y relative sans qu'il existe un moyen quelconque permettant d'ajuster le tir. Encore une fois, l'*exceptio doli* nous sort de l'impasse.

Les exemples relatifs au pupille et au *furiosus* sont particulièrement intéressants à plusieurs égards. D'un côté, nous relèverons que face à un pupille, et à plus forte raison face à un *furiosus*, nous ne pouvons pas rechercher une véritable intention d'abuser d'un droit³⁵¹. Une fois de plus, il nous est donné de comprendre

l'exception de dol, à moins qu'il ne rende les aliments ainsi que d'éventuels frais reconnus que l'on a assumés pour lui.] Ainsi, pour obtenir la *restitutio* effective de son esclave suite à une *donatio* pour laquelle il a été *restitutus in integrum*, le mineur devra rembourser au possesseur dudit esclave les frais qu'il aurait autrement dû assumer lui-même. Nous noterons au passage que le possesseur en question n'a pas pu compenser ses dépenses par l'éventuel travail fourni par l'esclave puisque celui-ci n'est, en l'occurrence, qu'un *infans*.

³⁴⁹ Il s'agit d'une observation dépourvue d'importance – vraisemblablement d'une glose – puisque le fait que le débiteur ait connu l'état mental du *furiosus* ou pas, ne change rien à l'issue juridique du cas. Par conséquent, nous suivons la suggestion de MOMMSEN (cf. MOMMSEN/KRÜGER *ad h.l.*) tendant à effacer l'incise en question.

³⁵⁰ Nous pouvons imaginer que cela a pu être le fait soit du *furiosus*, avant la reconnaissance de sa faiblesse mentale, soit de son *curator*.

³⁵¹ Certes, la question a animé nos juristes, comme nous en témoigne un texte d'Ulpien in D. 4, 3, 13, 1 (11 *ad ed.*): *Item in causae cognitione versari Labeo ait, ne in pupillum de dolo detur actio, nisi forte nomine hereditario conveniatur. Ego arbitror et ex suo dolo conveniendum, si proximus*

que l'aspect subjectif du dol constitue une condition très marginale de l'abus de droit. Les juristes préfèrent, à juste titre, s'appuyer sur des éléments plus objectifs, moins discutables au niveau de la preuve, donc plus sûrs au niveau du but juridique visé, tel l'état comptable des patrimoines.

De l'autre côté, pendant prévisible de cette tendance à l'objectivisation, nous assistons, dans les exemples précités, à une scission évidente entre l'auteur de l'abus de droit et l'enrichi. Le tuteur d'un pupille qui n'est pas encore sorti de l'*infantia*, de même que le *curator* d'un *furiosus*, devront eux-mêmes emprunter les voies judiciaires dans l'intérêt de leurs protégés. Si, bien qu'informés du paiement advenu *de facto* mais invalide sur le plan du *ius civile*, ils persistent à faire valoir la demande en paiement y afférente, ils assument une attitude abusive de droit. Ils seront dès lors repoussés au moyen de l'exception de dol alors même qu'ils ne tirent finalement aucun profit personnel de l'issue favorable de l'action³⁵².

pubertati est, maxime si locupletior ex hoc factus est. A l'opinion de Labéon qui croit dans l'incapacité, pour un pupille, de commettre dol, s'oppose celle – moins protectrice – d'Ulpien, qui privilégie la protection du tiers. Aussi, tandis que Labéon admet que l'on exerce l'*actio de dolo* contre le pupille uniquement lorsque celui-ci doit répondre du dol d'autrui (tel est le cas lorsque le pupille est défendeur à l'action *nomine hereditaria*, donc en qualité d'héritier du responsable effectif, si bien que l'action sera donnée à concurrence de son enrichissement), Ulpien est de l'avis qu'il faut dans tous les cas reconnaître au pupille la qualité de partie défenderesse dans une *actio de dolo* lorsqu'il est *proximus pubertati*. La solution d'Ulpien repose par ailleurs sur une opinion de Julien, qui se développe autour de la *fictio 'pubes esse'*:

D. 44, 4, 4, 26 (Ulp. 76 *ad ed.*): *De dolo autem ipsius minoris viginti quinque annis exceptio utique locum habebit: nam et de pupilli dolo interdum esse excipiendum nequaquam ambigendum est ex ea aetate, quae dolo non careat. Denique Iulianus quoque saepissime scribit doli pupillos, qui prope pubertatem sunt, capaces esse. Quid enim, si debitor ex delegatu pupilli pecuniam creditori eius solvit? Fingendus est, inquit, pubes esse, ne propter malitiae ignorantiam bis eandem pecuniam consequatur. Idem servandum in furioso vii, si, cum existimaretur compos mentis esse, iusserit debitorem creditori solvere, vel si quod exegit, domi habeat.*

³⁵² Dans la casuistique examinée ici, l'indépendance entre l'auteur de l'acte dolosif et l'enrichi ne porte pas préjudice non plus, de l'avis d'Ulpien, à la possibilité d'agir *de dolo* – certes à concurrence de l'*id, quod in rem processit* – contre le mineur, alors même qu'il n'a commis aucun dol. Nous lisons cela *in* D. 4, 3, 15 *pr.* (Ulp. 11 *ad ed.*): *Sed et ex dolo tutoris, si factus est locupletior, puto in eum dandam actionem, sicut exceptio datur.* [Trad.: Mais je pense que même si c'est en raison du dol du tuteur qu'il (sc. pupille) s'est enrichi, il faut donner l'*actio de dolo* contre lui (sc. pupille), comme l'on concède l'*exceptio doli*.] Les conclusions d'Ulpien doivent bien entendu être nuancées au regard de la tendance, de la part d'autres juristes, à exclure la qualité de défendeur à l'*actio de dolo* des pupilles (cf. notre n. 351 ci-dessus).

Le critère de l'enrichissement semble ouvrir une brèche dans la règle qui consacre un caractère éminemment personnel à l'*exceptio doli*. Contrairement au principe qui interdit l'opposabilité du dol d'un tiers³⁵³, ce texte d'Ulpien admettrait la solution contraire:

D. 44, 4, 4, 29 (Ulp. 76 *ad ed.*): *Si quis autem ex causa legati vindicet aut is, cui ex causa donationis res praestita est, vindicet*³⁵⁴, *an de dolo exceptionem patiatur ex causa eius, in cuius locum successerit*³⁵⁵? *Et magis putat Pomponius summovendum: et ego puto exceptione eos esse repellendos*³⁵⁶, *cum lucrativam causam sint nacti*³⁵⁷: *aliud est enim emere, aliud ex his causis succedere*³⁵⁸.

³⁵³ Au sujet de la casuistique relative au principe de l'inopposabilité du dol d'autrui (en raison du caractère personnel de l'*exceptio doli*) et aux exceptions dudit principe, nous rappelons les textes suivants. Pour quelques principes généraux:

D. 44, 4, 4, 33 (Ulp. 76 *ad ed.*) déjà reporté plus haut, à notre n. 224.

D. 44, 4, 4, 17 (Ulp. 76 *ad ed.*): *In hac exceptione et de dolo servi vel alterius personae iuri nostro subiectae excipere possumus et de eorum dolo, quibus acquiritur. Sed de servorum et filiorum dolo, si quidem ex peculiari eorum negotio actio intendatur, in infirmum exceptio obicienda est: si autem non ex peculiari causa, tum de eo dumtaxat excipi oportet, qui admissus sit in ipso negotio quod geritur, non etiam si postea aliquis dolus intervenisset: neque enim esse aequum servi dolum amplius domino nocere, quam in quo opera eius esset usus.*

D. 44, 4, 11, 1 (Ner. 4 *membr.*): *In universum autem haec in ea re regulo sequenda est, ut dolus omnimodo puniatur, etsi non alicui, sed ipsi, qui eum admisit, damnosus futurus erit.*

Pour une casuistique plus spécifique:

D. 44, 4, 4, 27 (Ulp. 76 *ad ed.*): *De auctoris dolo exceptio emptori non obicitur. Si autem accessione auctoris utitur, aequissimum visum est ei, qui ex persona auctoris utitur accessione, pati dolum auctoris: et peraeque traditur rei quidem cohaerentem exceptionem etiam emptori nocere, eam autem, quae ex delicto personae oritur, nocere non oportere.*

D. 44, 4, 4, 31 (Ulp. 76 *ad ed.*): *Auctoris autem dolo, sicut diximus, emptori non obicitur. [...]*

D. 44, 4, 5, 5 (Paul. 71 *ad ed.*): *Si eum, qui volebat mihi donare [supra legitimum modum], delegavero creditori meo, non poterit adversus petentem uti exceptione, quoniam creditor suum petit. In eadem causa est maritus: nec hic enim debet exceptione summoverti, qui <a> suo nomine agit. [...]*

D. 44, 4, 11 *pr.* (Ner. 4 *membr.*): *Si procurator agit, de dolo eius excipi non debet, quia aliena lis est isque rei extraneus, neque alienus dolo nocere alteri debet. [...]*

³⁵⁴ L'assimilation de la situation du légataire à celle du donataire est loin d'être claire (l'analogie s'arrête au constat que les deux acquièrent à titre gratuit), si bien que l'hypothèse d'un remanement post-classique est certainement fondée.

³⁵⁵ LONGO (cf. MOMMSEN/KRÜGER *ad h.l.*) considère que la précision en cause doit être attribuée aux Compilateurs puisque les termes *successio*, *succedere*, *successor* et le concept même de succession désignaient, en droit romain classique, uniquement la succession universelle, c'est-à-dire le passage d'une personne dans la situation juridique d'une autre personne. Auraient dès lors eu la qualité de *successores* seulement les successeurs *iure civili* ou prétoriens – *mortis causa* ou *inter vivos* –, notamment l'héritier, le *bonorum possessor*, le *bonorum emptor*, l'*adrogans* etc. Les juristes classiques n'auraient par contre jamais parlé de *successio* en cas de transfert de droits

Si quelqu'un exerce une *rei vindicatio* sur la base d'un legs (*sc. per vindicationem*), peut-il avoir à souffrir l'*exceptio doli* en raison du dol de celui dont il a hérité? Pomponius pense qu'il doit plutôt être repoussé. Moi aussi, je pense qu'il y a lieu d'écarter celui-ci au moyen de l'*exceptio (sc. doli)* dans la mesure où il a acquis à titre gratuit: en effet, acheter (*sc. en vertu de ces causes*) est une chose, succéder en vertu de ces causes en est une autre.

La *quaestio iuris* abordée par Ulpien – à savoir si l'on peut faire valoir le dol du *de cuius* contre le légataire qui revendique le legs que le premier lui a transmis – est, à première vue, résolue positivement³⁵⁹.

En réalité, si nous considérons ce texte de plus près, nous parvenons à une toute autre conclusion. Le légataire prétend au respect d'un droit – legs *per vindicationem* – relatif à une chose que le *de cuius*, de son vivant, a acquis de mauvaise foi. Le droit en question ne comporte, pour ce même légataire, que des avantages patrimoniaux et, comme tous les droits successoraux, n'a en principe impliqué aucune expectative de la part du bénéficiaire. Sur l'autre plateau de la balance, en revanche, nous trouvons les intérêts de la personne qui a enduré – ou qui risque d'endurer – une perte injustifiée en tant que victime des agissements malhonnêtes du testateur. Si le légataire – mis au courant de ces faits – faisait preuve de bonne foi, il renoncerait à l'exécution de son legs. Or, la réac-

particuliers, tels l'acquisition de la propriété à titre dérivé entre vifs ou *mortis causa* (legs *per vindicationem*), le transfert de crédits, etc. La '*successio in singulas res*', au même titre que l'expression '*successio in universum ius*' qui indique la succession universelle, auraient fait leur apparition, en tant que terminologie, uniquement dans les sources de Justinien.

³⁵⁶ Comme relevé plus haut, à la n. 355, seul le cas du légataire devait figurer dans le texte original d'Ulpien. Il y a dès lors lieu d'adapter le texte tout entier: *eum esse repellendum* à la place de *eos esse repellendos*, *nactus est* au lieu de *nacti sunt*, et en dernier *ex ea causa* au lieu de *ex his causis*.

³⁵⁷ Cf. n. 356 ci-dessus.

³⁵⁸ A l'instar du *successerit* dont il est question dans notre n. 355, le *succedere* final est certainement le fruit d'une interpolation. Cette dernière partie du texte a d'ailleurs certainement été sensiblement remaniée – voire entièrement construite – par les Compilateurs. En sont des indices, en sus de l'emploi du terme *succedere*, l'expression *causam luertivam [...] nacti*, ainsi que l'absence de toute structure unitaire dans l'exposition du cas (voir en particulier le changement des sujets en cause: de *si quis vindicet* à *eos esse repellendos*).

³⁵⁹ KRÜGER (*Beiträge* [1892] 82 s.), en analysant ce texte à côté de D. 44, 4, 4, 17; D. 44, 4, 4, 27; D. 44, 4, 4, 29; D. 44, 4, 4, 31 et D. 44, 4, 4, 33 à propos de l'opposabilité du dol d'un tiers, conclut que la solution des juristes (tant dans l'hypothèse de l'acheteur que dans celle du légataire) est la suivante: celui qui a obtenu une chose *ex lucrativa* ou *ex prope lucrativa causa*, pourra se voir opposer le dol de l'*auctor* (vendeur ou *de cuius*).

tion du légataire est en l'espèce autre: malgré la conscience de l'injustice de fait que le respect de son droit engendre, il persiste à rechercher l'avantage qui en dérive tout en comptant sur son immunité juridique dans la mesure où il sait que le dol du testateur ne pourra pas lui nuire. C'est exactement à ce stade du raisonnement que l'*exceptio doli* se taille son chemin. Celui qui, sciemment, exerce une action sur la base d'un droit obtenu suite au dol d'un autre se conduit, à son tour, de manière dolosive. Nous nous mouvons ainsi non pas dans la sphère du dol subjectif, mais bien dans celle, objective, du dol procédural. Celui qui hérite d'un droit que le *de cuius* a obtenu de mauvaise foi ne peut pas se voir opposer le dol de ce dernier. Si toutefois, bien qu'informé des méfaits du testateur, il persiste à garder ce droit – formellement valide – et intente l'action y relative dans un simple but de lucre, il se conduit de façon abusive et pourra dès lors être repoussé au moyen de l'*exceptio doli*. Dans cette perspective de l'abus de droit, l'*exceptio doli* retrouve toute sa cohérence et s'harmonise parfaitement avec la règle de l'inopposabilité du dol d'autrui.

La situation prend d'autres contours si le demandeur à l'action – qui avance des prétentions issues du dol d'un tiers – non seulement n'a commis aucun dol lui-même avant la *litis contestatio*, mais encore a, en toute bonne foi, payé une certaine somme en vue d'obtenir la prestation en cause. Par son paiement, le demandeur en question a à son tour acquis un intérêt digne de protection. Son action ne repose ainsi pas sur de simples perspectives de lucre, mais trouve son fondement dans un réel intérêt économique à l'exécution de la prestation recherchée. Il s'ensuit que, malgré son origine trouble en raison de la mauvaise foi d'un tiers, le droit avancé par notre demandeur pèse de tout son poids face à l'intérêt de la contre-partie. Celle-ci est certes également digne de protection, en principe, mais rien – et surtout pas des considérations économiques – ne justifie que l'on privilégie sa position (finalement, c'est elle-même qui n'a pas su reconnaître le dol du tiers). A plus forte raison, il faut attribuer la priorité à la protection *iure civili* dont jouit le demandeur, qui n'a aucune raison d'être vidée de sa substance.

Un exemple esquissé par Ulpien, inhérent à un achat d'hérité par *in iure cessio* de la part d'un dénommé Sempronius, éclaircit parfaitement notre discours quelque peu théorique jusqu'ici:

D. 44, 4, 4, 28 (Ulp. 76 *ad ed.*): *Si, cum legitima hereditas Gaii Seii ad te perveniret et ego essem heres institutus, persuaseris mihi per dolum malum, ne adeam hereditatem, et posteaquam ego repudiavi hereditatem, tu eam Sempronio cesseris pretio accepto isque a me petat hereditatem: exceptionem doli mali eius, qui ei cessit, non potest pati.*

Si, alors que l'hérédité de Gaius Seius te serait parvenue en tant que succession légitime, tandis que moi j'étais l'héritier institué, tu m'as persuadé avec dol de ne pas l'accepter, et si, après que j'aie refusé l'hérédité, tu l'as cédée à Sempronius suite au paiement d'un certain prix, et celui-ci (*sc.* Sempronius) exerce contre moi l'action en pétition d'hérédité, il ne pourra pas souffrir l'*exceptio doli* en raison du dol de celui qui la lui a cédée.

«Tu», héritier légitime de Gaius Seius, a dolosivement persuadé «Ego», héritier institué, de refuser l'hérédité (par exemple en prétendant qu'il s'agissait d'une hérédité passive). Par la suite, avant l'*aditio*, «Tu» a fait l'*in iure cessio* de son hérédité à Sempronius qui lui a préalablement payé un certain prix à cet effet. Sempronius, en toute bonne foi puisque dans l'ignorance du dol commis par «Tu», exerce la *petitio hereditatis* contre «Ego», auprès duquel se trouvent les biens du *de cuius*. Or, «Ego», qui réalise la supercherie dont il a été victime du fait de «Tu», refuse de se conformer à la demande de Sempronius. La position d'Ulpien dans le cas d'espèce diverge néanmoins de celle adoptée dans l'exemple, précédent, du légataire.

Dans la mesure où il a acheté l'hérédité à titre onéreux, «Ego» ne s'est point enrichi. En conséquence, malgré les mauvais agissements de «Tu», il sera légitimé à recouvrer les droits qui en découlent sans que l'on puisse lui reprocher qu'il calque en quelque sorte le dol de «Tu» en intentant abusivement l'action y relative purement *ex lucrativa causa*.

En définitive, nous pourrions résumer la différence entre les deux cas ci-dessus (D. 44, 4, 4, 29 et D. 44, 4, 4, 28) en ayant recours à de simples considérations économiques. Dans les deux hypothèses, un déséquilibre économique a été engendré par le dol d'un tiers. Néanmoins, alors que l'acheteur de l'hérédité a payé un prix et, par ce biais, rétabli un certain équilibre en ce qui le concerne, le légataire n'a fourni aucun effort financier, si bien que, par sa demande, il ne fait que renchérir sur le tort économique que le tiers a déjà causé au défendeur, sans supporter la moindre charge patrimoniale.

En d'autres termes, nous sommes amenés à conclure que l'existence d'un déséquilibre économique – engendré par un tiers – ne suffit pas, à elle seule, à fonder l'argument de l'abus de droit. Encore faut-il que l'avantage dont le demandeur se prévaut ait été acquis par ce dernier *ex lucrativa causa*. A ce stade seulement l'on assimilera sa demande à une demande abusive, constitutive de dol procédural.

B. Les traits de l'abus de droit en droit romain classique

I. Les caractéristiques

La casuistique – très fournie – que nous venons de passer en revue, nous a convaincu du fait qu'en droit romain, en tout cas dès l'introduction des *formulae* d'Aquilius Gallus, la figure de l'abus de droit avait bel et bien été identifiée. Certes, les juristes romains ne l'accompagnaient pas d'une terminologie spécifique, mais se limitaient à prôner l'application des remèdes *ad hoc* – *actio de dolo* et *exceptio doli* – lorsque les éléments caractéristiques d'une attitude abusive étaient réunis. Celle-ci n'était par ailleurs pas confinée dans un secteur bien précis de l'ordre juridique, mais elle pouvait se manifester dans le cadre de l'exercice de n'importe quel droit, et concerner ainsi toute la panoplie des droits – absolus et relatifs – dont bénéficiait un sujet de droit.

Il est maintenant utile de cueillir les fruits de notre recherche en dégagant, de la multitude d'éléments individualisés dans les différents domaines dont sont issus les textes sur lesquels s'appuie notre étude, les traits qui permettent de tracer les contours de l'abus de droit.

Ces traits s'identifient à une série de sept points, que nous développerons sous un même nombre de rubriques. Il est important de relever, à cet égard, que le lecteur qui assimilerait ces caractéristiques à des conditions ou à des éléments constitutifs omniprésents dans la réalisation d'une situation abusive de droit se-rait détourné d'une correcte compréhension de nos constats. Les éléments que nous mettrons en évidence ci-dessous ne correspondent en effet qu'à une série d'entités caractéristiques de l'abus de droit, ici réunies dans un simple but de vision d'ensemble, mais souvent indépendantes les unes des autres.

a) **L'abuseur** est la partie qui, consciente d'une lacune dans le système juridique, réussit à tisser ou à maintenir une situation dont elle seule – ou un tiers – tire un avantage.

Précisons immédiatement cette assertion en relevant que nous n'employons pas le terme «lacune» dans son sens juridique technique. Nous indiquons par là les deux variantes suivantes:

aa) un sujet exploite la protection juridique dont il bénéficie en vertu d'une règle expressément prévue par l'ordre juridique (situation que nous désignons par l'expression «protection formelle»), et agit sur cette base. Nous parlons, dans ce contexte, d'abus de droit **positif**.

bb) un sujet exploite l'absence de moyens juridiques aptes à rétablir un autre sujet dans la situation qui devrait être la sienne et se contente de ne pas agir. Nous qualifions cette attitude d'abus de droit **négatif**.

Que ce soit en agissant positivement ou en s'obstinant à demeurer passif face à l'absence de moyens capables de le contraindre à rendre son dû à une autre partie, celui qui abuse de sa situation de droit le fait **sciemment**. Au pire a-t-il orchestré le tout en provoquant un cas d'abus de droit (comme dans le cas de la vente cicéronienne), au mieux s'est-il limité à faire valoir par voie d'action – ce qui nous conduit aux paramètres du *dol* procédural – ou à conserver un avantage que les agissements d'un tiers lui ont apporté.

Attention néanmoins à ne pas confondre le constat que l'auteur de l'abus de droit agit sciemment avec l'exigence de la preuve concrète de cette *scientia*!

Nous l'avons soulevé à plusieurs reprises tout au long du chapitre consacré à la casuistique relative à l'application des paramètres de l'abus de droit: l'aspect subjectif que constitue l'intention de nuire de l'auteur, bien que considéré dans l'évaluation des circonstances d'espèce, ne constitue pas le pilier portant de la structure de l'abus de droit³⁶⁰. Compter l'intention de l'auteur parmi les critères d'identification de l'abus de droit équivaldrait à s'appuyer sur une peau de banane au beau milieu de notre chemin d'instruction de la preuve.

L'attitude qui fonde l'emploi d'un remède basé sur le *dol* est, bien au contraire, déduite de la réalisation d'une série d'**actes objectivement réfutables** que l'ordre juridique identifie comme étant abusifs de droit. Aussi, dans les cas de *dol* typisé, il suffit que certains éléments de fait soient réunis (ou, en d'autres termes, que l'abuseur ait assumé, extérieurement, un certain comportement) pour que l'attitude de la personne en question soit qualifiée d'abusive. Dans ces cas, donc, la *scientia* atteint la sphère de la présomption, si bien que nous pouvons contourner la preuve, ardue, de la volonté de nuire.

Le constat que les travaux entrepris par un propriétaire sur son propre terrain ne lui apportent aucun avantage objectif alors qu'ils engendrent d'importants désagréments au propriétaire du fonds voisin, qu'un successeur exige le respect de la volonté écrite du *de cuius* alors que celle-ci est manifestement contredite par la volonté effective – déduite des actes postérieurs – de ce même testateur, ou en-

³⁶⁰ Paul. D. 4, 3, 14 ([11 *ad ed.*]: *Quid enim, si impetraverit a procuratore petitoris, ut ab eo absolveretur, vel si de testore mentitus pecuniam accepit, vel alia similia admisit, quae non magnam machinationem exigunt?*) représente l'un des rares textes où les juristes classiques font référence au caractère subjectif du *dolus*, donc à la volonté de nuire (indiquée, ici, par l'emploi du verbe *mentiri*). Pour quelques indications supplémentaires, nous renvoyons à la p. 19 s. ainsi qu'à la série de textes reportés à la n. 47.

core que le propriétaire d'un fonds sur lequel un possesseur de bonne foi a fait d'importants investissements, le revendique et profite de sa plus-value sans pour autant offrir une participation aux dépenses dudit possesseur, conduit au *tòpos* de l'abus de droit.

b) De l'autre côté de la balance se trouve la personne touchée par les agissements abusifs de droit, que nous désignons par le terme d'«abusé».

Le résultat de la conduite de celui qui abuse de son droit va au détriment d'une autre partie – un particulier – qui ne dispose d'aucun moyen de protection juridique (action, exception, interdit, ou tout autre moyen compris dans la gamme de l'*alia actio*) de ses intérêts déçus.

La partie en question subit ou risque de subir (nous pensons ici en particulier à l'hypothèse où l'abuseur, par ses agissements, a acquis une *actio* à l'encontre de l'abusé, mais qu'il ne l'a pas encore exercée) une perte injustifiée.

La présence d'un *deceptus*, c'est-à-dire d'un autre sujet de droit privé, représente par ailleurs le critère de distinction le plus flagrant entre un abus de droit et un acte de fraude à la loi dirigé contre le sens d'une norme de droit en tant que telle³⁶¹.

c) C'est avant tout sur les **répercussions économiques dans la sphère du lésé** que se focalise l'analyse d'un cas d'abus de droit. Qu'il s'agisse d'une diminution patrimoniale au sens propre (il en est ainsi dans la majorité des cas que nous avons passés en revue) ou de la perte d'un droit (tel un usufruit ou une servitude, par exemple), le destinataire d'un comportement abusif de droit subit des inconvénients que rien – sauf la structure formelle sur laquelle s'appuie l'abuseur – ne justifie.

Par contre, le pendant de **l'enrichissement de celui qui abuse de son droit n'est point une condition sine qua non** pour l'octroi des moyens aptes à en contrer les effets. Comme un nombre significatif de textes nous l'indique, les répercussions

³⁶¹ Nous trouvons une définition de la fraude à la loi dans un texte d'Ulpien; de celle-ci dérive la terminologie – plus vulgaire que technique – de *fraus legi*: D. 1, 3, 30 (4 *ad ed.*): *Fraus enim legi fit, ubi quod fieri nolit, fieri autem non vetuit, id fit: et quod distat πρὸς ἀπὸ διένοιας* [sc. *dictum a sententia*], *hoc distat fraus ab eo, quod contra legem fit*. [Trad.: L'on fraude la loi lorsque l'on fait ce qu'elle ne veut pas que l'on fasse, mais qu'elle n'interdit pas (expressément) de faire; et comme le mot se distingue du sens, ainsi la fraude à la loi se distingue de ce qui est commis contre la loi (c.-à-d. de l'infraction à la loi)]. Pour la problématique afférente à la fraude à la loi, nous renvoyons en particulier à: ROTONDI, *Gli atti in frode* (1971); BREJON, *Fraus legi* (1954); HONSELL, *In fraudem legis* (1976) 111 ss; BEHRENDTS, *Die fraus legis* (1982); FASCIONE, *Fraus legi* (1983); ID., *Ancora sulla «fraus legi»* in *Labeo* 33 (1987) 324 ss.

négatives de tels agissements suffisent à déclencher le système des mesures de protection *ad hoc*, alors même que l'auteur de l'abus de droit ne jouit d'aucun avantage personnel³⁶². Les actes de simple chicane tombent dès lors sous le joug de l'interdiction de l'abus de droit.

Par ailleurs, comme *in* Ulp. D. 44, 4, 4, 4 et *in* Hermog. D. 44, 4, 16 étudiés à propos du mécanisme de restitution des *impensae* et autres avantages, on relève que l'auteur de l'abus de droit et l'enrichi peuvent être deux sujets bien différents (tuteur ou *curator* d'un côté, pupille ou *furiosus* de l'autre).

d) Une situation abusive de droit comporte le fait qu'une partie puisse se prévaloir d'un **moyen de protection formel au sens large** – donc soit d'une norme expressément élaborée par l'ordre juridique, soit de l'absence de normes aptes à la contraindre à rétablir un lésé dans ses droits – qui ne se justifie toutefois pas dans le cas d'espèce.

En d'autres termes, l'intérêt protégé par la norme ne correspond pas à l'intérêt digne de protection dans le cas d'espèce.

Parallèlement, l'intérêt lésé souffre de l'absence d'une norme appropriée qui le prenne en compte, ce dont l'abuseur profite.

³⁶² Nous renvoyons aux textes d'ores et déjà considérés au cours de notre étude, notamment à: Paul. D. 19, 5, 5, 2-3 (échange de prestations atypiques du style *do ut facias*, p. 149 ss.); Ulp. D. 4, 3, 34 (cas: tu m'as permis d'extraire des cailloux ou de la terre glaise de ton terrain. Je finis par réaliser un gain. Finalement, tu m'empêches de continuer cette activité. On donne l'*actio de dolo* contre toi. Cf. p. 19 n. 42); D. 4, 3, 9, 3 (cas: en raison d'une controverse relative à la propriété d'une certaine huile, entre Titius et moi, je dépose l'huile en question auprès de Seius pour qu'il la vende et en conserve le prix jusqu'à résolution du contentieux. Finalement, Titius n'agit pas et bloque toute la situation puisque la condition ne se réalise pas et que ni l'*actio mandati* ni l'*actio* contre le séquestre ne sont possibles. L'*actio de dolo* est dès lors octroyée contre Titius. Cf. p. 18 n. 42); D. 11, 6, 5 pr. (cas: *actio de dolo* contre un *mentor* qui effectue de fausses mensurations. Cf. p. 150 s.); D. 4, 3, 24 (cas: Quelqu'un, de mauvaise foi, se prête à assumer le rôle d'*adsertor* et représente ainsi formellement – dans une *vindicatio libertatis* – un esclave qui revendique la liberté. La liberté est prononcée alors que le propriétaire de l'esclave – qui se serait opposé à une telle issue – est absent. L'*actio de dolo* peut être intentée contre l'*adsertor*. Cf. p. 149 s.).

En sus de ces textes, nous signalons également:

D. 39, 5, 18, 3 (Ulp. 71 *ad ed.*): *Labeo ait, si quis mihi rem alienam donaverit inque eam sumptus magnos fecero et sic mihi evincatur, nullom mihi actionem contra donatorem competere: plane de dolo posse me adversus eum habere actionem, si dolo fecit.* [Trad.: Labéon affirme que si quelqu'un me donne une chose appartenant à autrui, pour laquelle j'assume des frais importants, et que, à ce moment, elle m'est évincée, je ne disposerai d'aucune action contre le donateur; certes pourrai-je intenter contre lui l'*actio de dolo*, s'il s'est conduit avec dol]. WACKE (*Zum doli-Begriff* [1980] 359) observe que cette situation est aujourd'hui reprise par le § 523 du BGB.

Il sied de rappeler que, lorsque nous parlons de «forme – formel – formalisme» rapportés au contexte de l'abus de droit, nous faisons allusion à l'ensemble des mécanismes de qualification du licite et de l'illicite, ainsi qu'aux sanctions y relatives, dont un ordre juridique se dote.

A la forme, nous opposons la «substance», l'«esprit» des règles, c'est-à-dire l'ensemble des valeurs équitables que l'ordre juridique recherche en principe, mais qu'il n'arrive à sanctionner que de façon imparfaite.

Ceci établi, comment guider notre sens général de l'équité et conclure que nous nous trouvons en présence d'un abus de droit sans aboutir à des considérations trop vagues ou trop subjectives, au risque d'atteindre un résultat encore plus inique et de compromettre ainsi la stabilité, voire la crédibilité juridique? Si, hormis les éléments dégagés ci-dessus – de a) à d) – nous considérons une autre caractéristique de la typologie de l'abus de droit – que nous nous proposons de cerner *sub e)* –, notre démarche assumera une allure plus sûre.

e) L'évaluation d'une situation abusive de droit se développe autour d'un **bilan économique au sens large**. Précisons que la notion d'économie qui est ici prise en compte n'est en fait pas celle – stricte – qui consisterait à comparer de simples paramètres pécuniaires.

Généralement, il est relativement aisé de traduire les inconvénients dont est victime l'«abusé» en une valeur financièrement appréciable. Le propriétaire qui abuse de son droit de propriété, par exemple, n'en tire aucun bénéfice, alors qu'il engendre une perte à son voisin, si bien que toute l'opération aboutit à un solde négatif. Ou encore: un propriétaire qui refuse de rembourser les *impensae* assumées par celui qui a possédé de bonne foi et amélioré l'état de son fonds, bénéficie d'une augmentation (gratuite) de son patrimoine. Le profit en question se réalise néanmoins au détriment du possesseur de bonne foi. Dans tous ces cas, le fossé créé par celui qui abuse de son droit est évident, et son ampleur sert de mesure du dommage.

Attention, néanmoins, à ne pas tomber dans un faux automatisme. L'existence d'un déséquilibre économique ne justifie pas, à elle seule, le recours aux moyens de l'abus de droit: leur vocation n'est pas celle de corriger tout déséquilibre! Il y a en effet des situations que nous pourrions qualifier de «déséquilibrées», mais qui sont le résultat d'opérations voulues par les parties, voire imposées par les circonstances (difficile par exemple de conclure que les conventions – abstraction faite d'une situation contractuelle léonine – établissent, en général, un parfait équilibre entre les prestations réciproques).

Le critère que nous examinons ici doit dès lors être placé dans son contexte global, sous l'angle du *dolo facere* et en rapport avec les autres éléments qui convergent vers l'abus de droit, que nous nous sommes proposés de mettre en évidence dans cette partie conclusive de la casuistique romaine. La mesure du déséquilibre économique servira aussi, le cas échéant, de base à l'évaluation du dommage, donc à l'appréciation du dédommagement dû à la victime de l'abus de droit.

Par ailleurs, l'évaluation économique qui nous intéresse n'est pas circonscrite aux simples paramètres financiers et patrimoniaux. Elle s'étend également, le cas échéant, au paysage procédural. Aussi, celui qui intente une action tendant à obtenir une prestation que le défendeur pourra récupérer, à son tour, dans le cadre d'une demande successive, crée un gaspillage de manœuvres judiciaires qui trahit le but même du système. Il y a lieu dès lors de couper court à cet enchaînement inutile d'actions au stade où le résultat final est d'ores et déjà atteint. Nous évitons, par ce biais, d'engendrer une perte de temps, tant pour les tribunaux que pour la partie visée par l'action abusive.

En sus de considérations liées à une économie de temps, les antidotes contre les actions abusives visent également à préserver la victime de l'abus de droit du risque d'insolvabilité du demandeur. En d'autres termes: si une partie (A) prétend d'une autre partie (B) le paiement d'une somme de 100 qu'elle devra de nouveau lui restituer par la suite, elle expose B au danger de ne plus récupérer le montant qui lui revient. Pour faire face à ses dettes exigibles, par exemple, A devrait céder le montant temporairement acquis (100) aux créanciers intéressés, si bien que, au moment de la nouvelle demande judiciaire de la part de B, l'actif en question ne serait plus disponible.

f) Un comportement abusif, nous l'avons vu sous le point a) ci-dessus, présente deux variantes que nous résumons par les expressions d'abus de droit «positif» et d'abus de droit «négatif». Les moyens qui en contrent les effets sont modulés en conséquence.

Une demande abusive donnera ainsi l'opportunité, à celui qui risque d'en subir les effets néfastes, de soulever l'argument en question par le biais de l'exception de dol.

De l'autre côté, si lesdits effets se sont d'ores et déjà produits, le *deceptus* pourra emprunter la voie de l'action de dol pour débloquer la situation et obliger l'abuseur à rétablir la situation préalable à l'événement dommageable. La possibilité de se prévaloir de l'action de dol ouvre naturellement la porte à une demande en dédommagement. Si un voisin, en déviant un cours d'eau dans le simple but de me nuire, provoque le dessèchement de mon fonds, je pourrai également exiger, par le biais de l'*actio de dolo*, la réparation dudit préjudice.

Dans ce contexte, il est important de ne pas confondre la base de ce dernier procédé avec tout autre moyen de dédommagement consécutif à un acte illicite. Soit nous nous mouvons dans le cadre de l'illicite – tel sera toujours le cas lorsque nous agissons *contra legem*, donc en contrevenant à une règle de droit –, soit nous nous trouvons dans le périmètre de l'abus de droit. Dans ce dernier cas, nous agissons en conformité à la forme de la règle – telle que nous l'avons précisée *sub* point d) –, mais nous atteignons néanmoins un résultat qui s'avère inacceptable *in casu* puisqu'il se heurte au sens général de justice et d'économie, donc d'équilibre, sous-jacent à l'ordre juridique.

g) La **subsidiarité** des moyens aptes à contrer l'abus de droit constitue une composante essentielle de cette construction.

Les remèdes élaborés par les juristes romains pour contrer l'attitude abusive de droit, notamment l'*actio de dolo* et l'*exceptio doli*, n'entrent en ligne de compte qu'à défaut d'autres moyens appropriés. Compte tenu de la particularité du système juridique romain – construit et constamment modulé par les jurisconsultes de manière casuistique sur la base de règles civiles et prétoriennes –, nous assistons à un phénomène particulier que nous appellerons la «gradation des remèdes». Cela implique que, selon la position adoptée, le moyen dont disposera un *deceptor* suivra l'ordre de priorité suivant (nous en illustrons la hiérarchie à l'aide d'une représentation graphique):

- **côté défendeur** (remèdes préventifs tendant à éviter un dommage):
 - *exceptio* «typique»
 - [à défaut] *exceptio in factum* décrétales
 - [à défaut] *exceptio doli*
 - Nuance: lorsque l'*exceptio doli* n'est pas praticable *ratione personae* (*pater familias, patronus*) → *exceptio in factum* décrétales
- **côté demandeur** (le dommage s'est d'ores et déjà produit):
 - action du *ius civile*
 - [à défaut] action prétorienne
 - [à défaut] autre remède prétorien (ex. *interdictum*)
 - [à défaut] *actio de dolo*

L'*actio de dolo* et l'*exceptio doli*, dans leur emploi spécifique contre l'abus de droit, ont ainsi une double fonction. D'un côté, elle constituent l'écueil contre lequel bute une attitude intolérable qui a réussi à déjouer toutes les barrières précédemment érigées. Elles permettent, en d'autres termes, de réagir immédiatement et de défendre des intérêts que l'imperfection de l'ordre juridique expose à un traitement contraire à l'esprit de ce même ordre.

De l'autre côté, l'action et l'exception de dol servent parfois de « pionniers » dans l'élaboration de moyens ciblés contre quelques situations abusives, jusque là nouvelles, mais de plus en plus fréquentes. Elles racontent pour ainsi dire le chemin en attendant que l'ordre juridique prépare la route à une réglementation *ad hoc* de l'attitude à sanctionner, et l'intègre ainsi dans la catégorie de l'illicite. Lorsqu'une certaine configuration abusive (née, par exemple, dans le contexte de situations *do ut facias* que l'ordre juridique peine à encadrer de façon précise³⁶³) l'exige, les remèdes d'Aquilius Gallus permettent d'y parer sans tarder. Par la suite, une fois la typologie du cas cernée et la catégorie juridique clairement identifiée, l'on aura recours d'abord à un remède prétorien et, si la fréquence ou l'importance l'exige, à un remède du *ius civile*.

Il serait faux de conclure que toute situation abusive est destinée à se traduire en une situation illicite. Certains cas, nous l'avons vu, ne se prêtent pas ou n'exigent pas cette métamorphose. Le principe de l'interdiction de l'abus de droit, avec ses remèdes, garde une fonction autonome et perpétuelle. Il s'agit du seul moyen de gérer les situations qui se situent aux limites extrêmes du système normatif du droit positif.

2. Mal-fondé des thèses qui nient l'existence de l'abus de droit en droit romain classique

Malgré la quantité et la variété de textes rencontrés au long de notre périple romaniste (ils touchent pratiquement à tous les domaines du droit privé), nous avons bien vu que le mécanisme dégagé au sujet de l'abus de droit ne se présente pas comme un dédale de solutions disjointes et décousues les unes des autres. Bien au contraire, il en ressort une grande cohérence et une unité de pensée qui converge vers un même schéma. Cela balaye tout doute quant à l'existence, en droit romain classique, d'un système conscient d'interdiction de l'abus de droit, ainsi que du principe général qui qualifie d'inacceptable toute attitude abusive de droit.

³⁶³ Voir par exemple notre exégèse de D. 19, 5, 5, 2 (Paul. 5 *quaest.*), p. 154 ss.

La doctrine romaniste précédente tend soit à conclure que le principe de l'interdiction de l'abus de droit n'avait pas encore été identifié à l'époque classique³⁶⁴, soit à affirmer que les juristes romains étaient hostiles à l'idée même d'abus de droit puisqu'il considéraient que tout droit, du moment qu'il existait, était plein³⁶⁵. Cette théorie repose essentiellement sur un passage de Gaius:

D. 50, 17, 55 (Gai. 2 *de testamentis ad ed. urbicum*): *Nullus videtur dolo facere, qui suo iure utitur.*

Personne ne peut être considéré comme commettant dol, s'il se conduit selon son propre droit.

Ce texte est généralement relié à d'autres passages, que nous reprenons ci-dessous:

D. 50, 17, 151 (Paul. 64 *ad ed.*): *Nemo damnum facit, nisi qui id fecit, quod facere ius non habet.*

Personne ne cause un dommage, si ce n'est en faisant ce qu'il n'a pas le droit de faire.

D. 50, 17, 155, 1 (Paul. 65 *ad ed.*): *Non videtur vim facere, qui iure suo utitur et ordinaria actione experitur.*

Celui qui se conduit selon son propre droit et qui intente une action ordinaire, ne peut pas être considéré comme exerçant de la violence.

D. 50, 17, 129 (Paul. 21 *ad ed.*): *Nihil dolo creditor facit, qui suum recipit.*

Le créancier qui reçoit son dû ne commet aucun dol.

D. 50, 17, 177, 1 (Paul. 14 *ad Plaut.*): *Nemo videtur dolo exsequi, qui ignorat causam, cur non debeat petere.*

Personne ne peut être considéré comme poursuivant en justice (*sc.* insister dans une demande judiciaire) avec dol, s'il ignore la cause en raison de laquelle il ne devrait pas demander.

³⁶⁴ Dans ce sens, cf. KASER, *RPR* I, 221 (avec références bibliographiques à la n. 1).

³⁶⁵ Voir par exemple HUWILER, *Aequitas* (1994) 60 s., ainsi que BROGGINI, *Traces* (1994) 5 s.

Or, une particularité commune à tous ces textes, saute aux yeux: ils sont tous extraits de cette foire aux quincailleries que constitue le titre final du Digeste. Un titre sous lequel les Compilateurs ont recueilli – en les présentant comme ‘*regulae iuris*’ – une série de maximes qu’ils avaient extirpées, en réalité, de textes relatifs aux solutions casuistiques les plus variées.

Tout nous pousse à croire que ces phrases, insérées dans un contexte concret – comme elles devaient l’avoir été à l’origine avant les remaniements post-classiques –, finiraient par perdre le sens absolu que l’on veut leur attribuer.

Aussi découvrons-nous que ces remarques n’étaient finalement qu’un élément de l’argumentation juridique élaborée par les jurisconsultes dans le cadre de leur analyse casuistique.

Tirer des conclusions hâtives concernant ces phrases faussement générales est un exercice périlleux et, somme toute, fourvoyant. Mais procédons à quelques vérifications.

Nous lisons par exemple, dans les sources, ‘*Nullus videtur dolo facere, qui suo iure utitur*’ (Gai. D. 50, 17, 55 déjà vu plus haut). Prise individuellement, cette affirmation tendrait à nier le principe de l’abus de droit. Néanmoins, si nous la restituons à son contexte – connu –, nous parvenons à une toute autre conclusion. Voyons donc ce que nous propose Ulpien dans un passage extrait du titre afférent à l’interdit ‘*de homine libero exhibendo*’:

D. 43, 29, 3, 2 (Ulp. 71 *ad ed.*): *Is tamen, qui in potestate habet, hoc interdicto non tenebitur, quia dolo malo non videtur habere qui suo iure utitur.*

Néanmoins, celui qui a *in potestate* (sc. qui exerce la *patria potestas* sur un autre sujet) ne sera pas soumis à cet interdit puisque celui qui se conduit selon son propre droit n’est pas considéré commettre dol.

L’interdit *de homine libero exhibendo* (cf. Ulp. D. 43, 29, 1: «*Quem liberum dolo malo retines, exhibeas.*» *Hoc interdictum proponitur tuendae libertatis causa, videlicet ne homines liberi retineantur a quoquam*) était concédé contre celui qui, avec dol, tenait un homme libre assujéti à son propre pouvoir, en le traitant comme un esclave.

La raison alléguée par Ulpien pour justifier l’inefficacité de l’interdit contre un père qui exerce sa propre *potestas* sur un fils (‘*quia dolo malo non videtur habere qui suo iure utitur*’) s’impose dès lors avec évidence.

Quelqu’un est sommé par le préteur – au moyen de l’interdit *de liberis exhibendis* – d’exhiber les *liberi* qu’il ‘*retinet dolo malo*’. Si, dans ces circonstances, il n’exhibe pas une personne (libre ou esclave) qui est sous sa *potestas*, il ne viole pas l’interdit puisque, justement, retenir une personne soumise à sa propre puissance

paternelle ne peut pas être assimilé au '*retinere dolo malo*'. En d'autres termes, le *dolus malus* étant une condition pour l'efficacité de l'interdit, celui-ci ne déploiera pas ses effets *in casu*.

Nous voyons bien que la phrase finale '*quia dolo malo [...] suo iure utitur*' ne revêt point la forme d'une maxime générale, mais bien celle d'un énoncé interprétatif de l'édit du préteur, notamment du passage '*Quem liberum dolo malo retines*', en rapport avec un cas concret³⁶⁶.

De même, une affirmation telle '*iuris enim executio non habet iniuriam*' pourrait nous induire à croire que la jurisprudence classique niait la possibilité de l'abus d'un droit. Pourtant, reliée à son contexte, cette assertion se situe dans une toute autre dimension:

D. 47, 10, 13, 1 (Ulp. 57 *ad ed.*): *Is, qui iure publico utitur, non videtur iniuriae faciendae causa hoc facere: iuris enim executio non habet iniuriam.*

Celui qui fait usage d'un droit public n'est pas considéré agir dans le but de commettre des *iniuriae*: en effet, l'exécution d'un droit n'implique aucune *iniuria*.

Ulpien se rapporte au remède de l'*actio iniuriarum*³⁶⁷, et vise à préciser que celui qui, par exemple, percute ou blesse une autre personne, ne sera pas tenu à réparation en raison de cette action s'il a fait cela dans l'exercice de droits – et donc d'une charge – publics. Ulpien fait certainement allusion aux magistrats qui, pour extorquer un témoignage ou pour appréhender quelqu'un, sont autorisés à user de la force.

³⁶⁶ D'une manière analogue, le texte de Paul (D. 50, 17, 151: *Nemo damnus facit, nisi qui id fecit, quod facere ius non habet.*) que nous avons d'ores et déjà considéré à la p. 189, pourrait ainsi être rattaché (comme l'indiquent par ailleurs MOMMSEN/KRÜGER *ad h.l.*), à la tractation sur l'interdit '*ne quid in loco publico vel itinere fiat*', et plus précisément à Ulp. D. 43, 8, 2 pr. ([68 *ad ed.*): *Praetor ait: 'Ne quid in loco publico facias inve cum locum immittas, qua ex re quid illi damni detur, praeterquam quod lege senatus consulto edicto decretive principum tibi concessum est. De eo, quod factum erit, interdictum non dabo.'*) et constituer ainsi une simple interprétation de l'édit y relatif.

Quant à Paul, D. 50, 17, 129 (*Nihil dolo creditor facit, qui suum recipit*; cf. p. 189), nous pourrions avancer l'hypothèse que la phrase en question s'insérait, à titre de conclusion, dans un texte où Paul aurait illustré, par exemple, le cas d'un créancier qui aurait convaincu son débiteur d'effectuer une prestation encore possible bien que prescrite, donc plus exigible.

³⁶⁷ Dans le passage qui précède (D. 47, 10, 13 pr. [Ulp. 57 *ad ed.*): *Iniuriarum actio neque heredi neque in heredem datur. Idem est et si in servum meum iniuria facta sit: nam nec hic heredi meo iniuriarum actio datur. Semel autem lite contestata hanc actionem etiam ad successores pertinere.*), Ulpien aborde le problème de la légitimation à l'*actio iniuriarum* par rapport aux héritiers.

La phrase finale, nous le voyons bien, n'a aucun rapport avec des situations abusives de droit.

A ce stade du raisonnement, une conclusion s'impose. En matière d'abus de droit, il est vain de rechercher, dans les sources romaines classiques, une quelconque affirmation de principe. Il est tout aussi absurde de s'obstiner à refléter notre terminologie actuelle («abus de droit») sur les sources en question et prétendre à ce que le mécanisme de l'abus de droit – s'il y existe – soit exprimé par ces mêmes mots.

Prenons, par exemple, l'énoncé '*male enim nostro iure uti non debemus*'. Serait-ce là indice sur l'idée d'abus de droit qu'auraient eu en vue nos juristes? Regardons la tournure que prend cette phrase dans son contexte, extrait des *Instituts* de Gaius:

Gai. 1, 53: *Sed hoc tempore neque civibus Romanis nec ullis aliis hominibus qui sub imperio populi Romani sunt, licet supra modum et sine causa in servos suos saevire; nam, ex constitutione imperatoris Antonini, qui sine causa servum suum occiderit non minus teneri iubetur quam qui alienum servum occiderit. Sed et maior quoque asperitas dominorum per eiusdem principis constitutionem coercetur; nam consultus a quibusdam praesidibus provinciarum de his servis qui ad fana deorum vel ad statuas principum confugium, praecepit ut, si intolerabilis videatur dominorum saevitia, cogantur servos suos vendere. Et utrumque recte fit: [regula] male enim nostro iure uti non debemus; qua mentione et prodigis interdicitur bonorum suorum administratio.*

Mais actuellement, il n'est permis ni aux *cives romani*, ni aux autres hommes assujettis à l'Empire romain, de sévir à l'encontre de leurs esclaves au-delà d'une certaine limite et sans cause. En effet, en vertu de la constitution d'Antonin Pius, celui qui a tué sans cause son propre esclave n'est pas moins tenu que celui qui a tué l'esclave d'autrui. Mais les sévices plus graves des *domini* sont punis par une [sc. autre] constitution de ce même empereur; alors qu'il a été consulté par certains gouverneurs de province au sujet des esclaves qui se réfugient dans les temples ou près des statues des empereurs, il a établi que si les peines infligées par les *domini* étaient insupportables, ceux-ci étaient obligés de vendre leurs esclaves. Et les deux interventions sont justes: nous n'avons pas à mal nous prévaloir de nos droits. Pour la même raison, on a également interdit aux prodiges d'administrer leurs biens.

De toute évidence, Gaius exprime un jugement moral, et non une appréciation de technique juridique. En d'autres termes, il dit qu'il ne faut pas user de son propre droit si ce n'est que pour faire du mal (actes de cruauté) aux gens.

Par ailleurs, comment identifier la figure de l'abus de droit dans une situation qui ne s'y prête aucunement? Les instruments qui permettent de contrecarrer le jeu de celui qui abuse de son droit – nous l'avons vu au cours de notre longue analyse casuistique au deuxième chapitre de cette étude – sont ceux de l'*actio* et de l'*exceptio doli*. Or, ces moyens ne sont pris en considération qu'en présence d'un lésé qui jouit du *status* d'homme libre. Tel n'est clairement pas le cas en l'espèce.

Ainsi, bien que l'assertion '*male enim nostro iure uti non debemus*' se prête volontiers à des généralisations, elle ne saurait avoir aucune portée juridique, et encore moins se rapporter à la typologie de l'abus de droit.

Le même sort doit être réservé à un autre passage du titre final du Digeste, auquel l'on rattache volontiers la preuve de l'existence – en droit romain – d'une division nette entre morale et droit³⁶⁸:

D. 50, 17, 144 (Paul. 62 *ad ed.*): *Non omne quod licet honestum est. In stipulationibus id tempus spectatur, quo contrahimus.*

Ce texte, vidé de toute substance en raison de son abstraction, contient deux maximes distinctes, qui n'ont aucune relation entre elles. Les Compilateurs, qui n'aimaient pas faire suivre deux textes avec la même *inscriptio*, les ont réunis puisqu'ils provenaient du même livre de la même œuvre de Paul. Ils n'avaient par ailleurs aucune raison de les séparer, du moment qu'ils ont été placés dans un titre qui se présente de par lui-même comme un fourre-tout, comme une séquence de règles indépendantes sans connexion entre elles.

3. Conclusions

Retrouvons notre fil rouge. La figure de l'abus de droit avait été développée, à l'époque romaine classique, autour d'une typologie bien précise. Elle n'était pas désignée par des termes univoques, et elle n'avait aucune relation terminologique avec l'appellation moderne d'«abus de droit».

Seul dénominateur commun entre toutes les situations identifiées comme des cas d'abus de droit: la sanction construite autour du moyen élaboré par Aquilius Gallus, l'*actio de dolo* et son pendant, l'*exceptio doli*.

³⁶⁸ Cf. par exemple BONFANTE, *Corso di diritto romano* (1966).

L'intervention d'Aquilius Gallus a en quelque sorte élargi le spectre d'action du *dolus*. Il y a introduit et précisé la nuance de la *malitia*, de l'exploitation perverse d'un droit que l'ordre juridique n'a pas recherchée dans sa conception.

L'exigence à laquelle répondent les moyens, ainsi conçus, que sont l'action et l'exception de dol, est une exigence nouvelle, qui a mûri au fur et à mesure que le système juridique lui-même a mûri.

Le droit romain classique était doté de grandes capacités et rapidité d'adaptation. Développé autour de deux axes complémentaires – le *ius civile* et les remèdes prétoriens –, il permettait une résolution casuistique très riche et très flexible des problèmes. Il arrivait néanmoins que certains de ses secteurs, piégés par une réglementation trop détaillée et rigide, engendraient des situations intolérables du point de vue du sens général de l'équité et de l'économie juridique, que le système s'était pourtant efforcé d'atteindre. L'abus d'un droit, peu importe où il se manifeste, est une cloche d'alarme, un signe que le dédale de normes établies ne suffit plus à garantir la justice dans tous les cas concrets.

Naît dès lors l'urgence d'ériger un garde-fou: un moyen suffisamment général et malléable pour s'adapter à la variété des domaines où l'abus de droit se manifeste, mais aussi suffisamment ciblé et clair dans ses contours pour éviter de le vider de toute utilité pratique.

Les juristes romains avaient identifié la figure de l'abus de droit et élaboré une méthode de sanction parfaitement adaptée à leur système juridique axé sur les deux échelons du *ius civile* et du droit prétorien. Aussi portaient-ils du constat – incontournable pour un juriste qui travaille dans la réalité du droit – qu'aucun système juridique ne pouvait proposer à l'avance cette infinité de solutions que la variété des situations engendrées par la pratique aurait requis. En effet, non seulement le quotidien engendrait sans cesse des cas qui ne s'adaptaient pas forcément aux mécanismes juridiques préconstruits, mais encore avait-on affaire à des sujets de droit qui exploitaient de façon inattendue les moyens d'ores et déjà prévus dans la palette des règles expresses. Par le biais de l'effet correcteur du *ius honorarium*, inspiré des solutions casuistiques des jurisconsultes, les romains avaient l'opportunité de modeler constamment le *ius civile* en l'adaptant aux exigences nouvelles sans devoir recourir à de lourdes procédures d'adoption de normes de niveau – pour ainsi dire – supérieur. Dans les hypothèses où les remèdes *ad hoc* issus du tandem *ius civile*–*ius honorarium* ne suffisaient plus – donc au-delà des situations qui pouvaient être qualifiées d'illicites –, les juristes romains avaient reconnu une zone d'ombre, notamment celle des comportements abusifs de droit,

que les deux moyens perfectionnés par les *formulae* d'Aquilius Gallus couvraient sans faille. Dans cette fonction, l'action et l'exception de dol ne constituaient qu'une solution générale, parfois temporaire, apte à suppléer au manque d'un moyen *ad hoc*, tout en permettant de trouver la réponse appropriée à chaque cas d'espèce.

Pour raisonner en utilisant des catégories dogmatiques que les romains n'exprimaient pas directement, nous dirions qu'en droit romain, l'attitude qui constituait un abus de droit cessait de garder cette qualification au moment où les juristes, au vu de la fréquence de son apparition, trouvaient utile d'en extrapoler les éléments constitutifs typiques et de les réunir dans une sanction spécialement conçue à cet effet. Le comportement en question atteignait, à ce moment seulement, la sphère de l'illicéité.

Nous voyons bien que, malgré sa faculté d'adaptation relativement rapide, même le droit romain classique avait trouvé opportun de prévoir expressément un remède juridique capable de suppléer aux distorsions liées à l'exercice des droits d'ores et déjà mis à la disposition des sujets. Ce remède ne constituait pas une consécration du principe de la bonne foi, mais s'appréciait de façon autonome.

La sécurité du droit ne s'en trouvait pas compromise pour autant. Trois éléments y veillaient. Tout d'abord, l'œuvre des jurisconsultes, véritables gardiens de la cohérence et de l'efficacité du droit. Ensuite, l'établissement de critères d'évaluation concrets, objectifs – dont *in primis* celui de l'appréciation du sens économique des différentes situations pratiques – qui permettaient de conclure avec un degré de certitude élevé que l'on se trouvait en présence d'un abus de droit. En dernier lieu, la règle du recours subsidiaire aux remèdes axés sur l'abus de droit: seule l'impossibilité de pratiquer une voie ordinaire permettait d'emprunter le chemin des sanctions dirigées contre les attitudes abusives.

Quant à la portée de ces sanctions – les textes nous l'ont démontré – elle consistait soit dans le déni de la demande formulée abusivement (domaine de l'*exceptio doli*), soit dans un mécanisme de rétablissement du lésé dans sa situation précédente (domaine de l'*actio de dolo*). Ce dernier mécanisme ne doit toutefois en aucun cas être confondu avec celui du dédommagement suite à un acte illicite; il repose plutôt sur des considérations économiques.

DEUXIÈME PARTIE

**Le sort de la figure de l'abus de droit
après l'époque classique**

Chapitre I

Le passage de l'époque intermédiaire

La doctrine intermédiaire – que nous situons entre l'école de Bologne et l'époque des codifications modernes –, bien qu'ayant passé en revue tous les textes dans lesquels il nous a été donné de reconnaître le schéma de l'abus de droit, n'a apparemment point saisi l'orientation développée par la jurisprudence romaine classique.

Il est symptomatique que Stryckius¹, dans l'une de ses *dissertationes juridicae Francofurtenses*², consacrée au thème *De abusu juris quaesiti*, y traite une problématique complètement différente. Ceci ne doit pas nous étonner puisque la définition même de *abusus juris quaesiti* que Stryckius nous livre en ouvrant son discours en la matière, nous indique que le chemin emprunté ne ressemble ni à celui de la jurisprudence romaine, ni à celui qui caractérise la doctrine moderne de l'abus de droit. Nous y lisons en effet ce qui suit:

(col. 38; cap. I no. 19)³: «*Definitioni nominali realem subjungimus, atque abusum juris quaesiti definimus, quod sit usus juris legitime quaesiti contra legum praescripta, vel contrahentium placita, ad damnum alterius adhibitus.*»

¹ Samuel Stryck (1640-1710), gendre de Joh. Brunnemann (1608-1672), fut, comme celui-ci, professeur à l'Université de Frankfurt an der O. et il eut Thomasius comme élève. Il fut ensuite appelé, en 1692, à l'enseignement auprès de la nouvelle Université de Hall, où il remplit immédiatement la fonction de Senior et de recteur et où il acquit une grande importance tant en raison de ses capacités d'organisation que de la qualité de son enseignement. Voir: WIEACKER, *Privatrechtsgeschichte der Neuzeit*, Göttingen 1967, 220 (sur Bodenmann, p. 218).

² Samuel STRICK, *De abusu juris quaesiti (disputatio de Frankfort 21 février 1679)* in SAMUELIS STRYCKII/JOHANNIS SAMUELIS STRYCKII, *Opera Omnia* IV, Florentiae 1838, 375 ss).

³ Nous citons les références en indiquant non pas la page de l'ouvrage en question, mais la colonne (au nombre de deux par page), suivie du *caput* (chapitre) ainsi que d'un numéro (no.). L'édition de l'*Opera omnia* que nous avons consultée comporte en effet, en marge des colonnes (à gauche de la colonne gauche et à droite de la colonne droite), une numérotation continue

Stryckius considère ainsi que l'abus de droit se réalise lorsqu'une demande est contraire aux dispositions légales (*legum praescripta*) ou aux accords contractuels. Nous voyons bien que cette définition concerne les comportements illicites – ainsi qualifiés en raison des règles de droit positif qui les sanctionnent expressément – et non pas l'abus de droit.

Notre observation est par ailleurs confirmée au vu des textes que Stryckius, après l'exposé général du *caput I^{er}*, examine dans les chapitres suivants. Considérons-les brièvement:

Cap. II: *De abusu juris dominici*. Il est ici question de l'abus de la qualité de *dominus*, non pas dans le sens d'abus du droit de la propriété, mais dans celui d'abus de la qualité de *dominus* à l'égard des personnes. Stryck part de l'*abusus juris domini in servos* (col. 386; cap. II no. 3) – en particulier des sévices sur les esclaves –, pour continuer (col. 389; cap. II no. 29) avec les abus que, à son époque, l'on pouvait ramener à des situations analogues à celle de l'esclavage. Il considère par exemple la question de savoir s'il est *domini permissum* de *castigare famulos*⁴ (col. 390; cap. II no. 42) en répondant que contre les domestiques qui ne se conforment pas à leur devoir ou qui désobéissent aux ordres reçus, il y a lieu d'intenter l'action contractuelle, à moins qu'ils ne se soient soumis à la *castigatio* du *dominus* par le biais de la *pactio* opportune. En rappelant l'opinion de Bonacossa et de Menochius, Strick ajoute que les coutumes (*mores*) admettent pour les *domini*, *utilitatis causa*, un pouvoir modéré de punir les domestiques. Néanmoins, si le *dominus* l'exécède, alors «non solum jure ex contractu locati conducti privabitur, sed propter excessum iudici arbitrio punietur».

Cap. III: l'auteur s'occupe de *abusu juris patrii, maritalis et tutelar* en exposant, ici aussi, la problématique sous l'angle de la stricte illicéité.

Cap. IV: *De abusu juris ex privilegio vel investitura quaesiti* (col. 403 ss). La deuxième partie, afférente à l'abus de droits qui proviennent de l'*investitura*, traite de l'abus de privilèges féodaux (comme par exemple celui de battre monnaie) qui se réalise lorsque le bénéficiaire bat de la monnaie dont la matière (alliage) ne correspond pas à la *bonitas* requise par les lois de l'Empire (col. 409; cap. IV no. 39).

pour chaque chapitre, ce qui facilite les citations ponctuelles. Ces mêmes numéros sont d'ailleurs repris dans le *Summaria* de chaque chapitre, où l'on indique le thème traité au point en question.

⁴ Les *famuli* étaient des domestiques, donc des personnes liées au *dominus* par un contrat de location (à la col. 390; cap. II no. 43, Stryck fait clairement allusion à la *locatio operarum*, c'est-à-dire au contrat de travail avec subordination).

La première partie présente quelques aspects plus intéressants, où il est question de l'abus de privilèges généraux (attribués par le droit civil à tous ceux qui se trouvent dans une certaine condition, par exemple de sexe ou d'âge; col. 405; cap. IV no. 5) ou spéciaux (*privilegium singulare*, attribué par le titulaire du pouvoir public à certaines personnes au moyen d'un rescrit spécial; col. 405; cap. IV no. 6). En particulier, au sujet des privilèges généraux, l'on pose le cas de la femme qui abuse du *senatusconsultum Velleianum* en affirmant que (col. 405; cap. IV no. 9):

«Mulieri ob sexus imbecillitatem jura multis modis subveniunt: praecipue ubi vel pro marito vel pro extraneo intercessit, eam per beneficium senatusconsulti vellejani obligationi excimendo, de quo tot. tit. ff et cod. Verum si mulier turpis lucri spe corrupta, accepto non modico pretio (quod prudens iudex arbitratur) sese pro alio obligaverit, idq; vel ex ipso obligationis, vel ex separato instrumento, trium tamen testium subscriptione munito, constet, frustra a creditore conventa mulier invocabit auxilium senatusconsulti, quo abusa est, dum augustissimum senatus beneficium nummario pretio aestimavit, modo mulier non dolose ad accipiendam pecuniam inducta fuerit, vid. l. antiquae 23. c. ad sct. vellej. et dn. Brunnem. ad eamd. nec non ad l. 16 n. 2 seqq. ff. eod. dn. Praes. in praelect. publ. de cautel. contract. necess. sect. 2 c. 6 § 10».

Suit, immédiatement après (même lieu, cap. IV no. 10), le cas du mineur qui abuse du bénéfice de la *restitutio in integrum propter aetatem*:

«[...] Quid si vero minor, postquam contrahentem secum, asseverando se majorem esse, deceperit, ad illud recurrere velit, nullum ab hoc beneficio, quod per abusum se privavit, sperare poterit levamen l. 2. et 3 c. si minor se major dix. l. 5 c. ad sct. vellej. Quibus autem casibus id fallat, tradit Gail. l. 2 obs. 65. Dn. Brunnem. ad d. l. 2 c. si minor se major dix.».

Strick poursuit enfin avec un troisième cas qu'il qualifie comme un *privilegium singulare* (col. 403; cap. IV no. 11):

«Ob utilitatem denique publicam singulare privilegium indultum erat iis, qui rei publicae causa aberant, ut scil. postquam reversi essent, unius anni a muneribus personalibus heberent vacationem § 2 j. de excusat. tutor. Verum si expeditis jam reipublicae negotii reverti differebant, ut forte imminentes tutelas subterfugerent, abutentes sic jure suo frustra ad id provocabant: dum iis vacationis annus a tempore, quo commode redire postuissent, computabatur, vid. l. 4 ff. de vacat. et excusat. muner.».

Cap. V: *De abusu juris per contractum vel testamentum quaesiti* (col. 413 ss)

Cap. VI: *De abusu auctoritatis publicae*

Cap. VII: *De remediis juris contra abutentes competentibus* (col. 423 ss)

S'il est vrai que Stryck, dans son développement, insère deux véritables cas d'abus de droit (celui de la femme et celui du mineur qui abusent de la protection que leur offre le *senatusconsultum Velleianum*), il faut néanmoins relever qu'il relie ces deux hypothèses à un troisième cas (celui de l'abus d'un *privilegium singulare*) qui ne s'apparente, lui, nullement à un abus de droit. Ce constat dénonce bien la réelle perspective générale de Stryck, notamment celle de l'illicéité et non celle des actes abusifs de droit.

La lecture du *caput VII*, et en particulier sa partie finale où il est question des sanctions – donc de règles de droit positif – prévues à l'égard des *abutentes*, ne fait que confirmer cette perspective.

En effet, aucun renvoi à l'*actio de dolo* ni à l'*exceptio doli* n'apparaît tout au long du *caput VII* où Stryck pose le problème dans les termes suivants:

Col. 423; cap. VII no. 2: «*Saepe et ubique fere a nobis monitum fuit, abusum juris quaesiti in jure nostro privatione ejus plerumque puniri; sed quibus remediis ex abusu illo laesus hanc poenae irrogationem obtinebit. Duplicia illa constituimus, vel extraordinaria, vel ordinaria.*»

Pour ce qui est des remèdes *extraordinaria vel subsidiaria* (cap. VII no. 3), le moyen principal consiste en l'*imploratio officii judicis* dont Stryck prône un usage modéré afin d'éviter que celui qui invoque l'abus de droit n'en abuse pas à son tour. Contre toute attente, le recours à l'intervention du juge ne se réalise pas par le biais des remèdes contre le dol. Aussi, Stryck affirme que l'on peut avoir recours aux remèdes extraordinaires uniquement à défaut de remède ordinaire, à moins que le remède extraordinaire ne s'avère «*pinguius*», donc plus favorable (cap. VII no. 4 avec citation de *L 9 pr. ff. de edend. l. in causae cognitione. l. 16 pr. ff. de minor.*).

De même pourrait-on croire que Stryck se réfère aux remèdes subsidiaires fondés sur le dol du fait que l'auteur, dans la suite du texte, identifie les remèdes ordinaires avec les actions civiles ordinaires⁵ (col. 424 ss; cap. VII no. 15-18; en particulier no. 15: «*Ordinaria remedia, quibus abusu juris quaesiti poenam persequimur, sunt*

⁵ Nous relevons, à ce propos, que l'*actio de dolo* figurait parmi les remèdes ordinaires, en époque post-classique, dans la mesure où elle avait été codifiée.

ipsae actiones ex contractu illo, ex quo alter ius quaesivit, resultantes, vel etiam actiones reales, quae dum alter propter abusum iure suo excidit, reviviscunt. Sic domino feudi contra vassallum abutentem feudo actio ex feudo; proprietario contra fructuarium vel usuarium re fructuaria et usuaria; domino vel agnatis contra viduam dotalitio abutentem, rei vindicationem concedendam puto; [...]», auxquelles il ajoute trois remèdes spéciaux (cap. VII no. 16: «*Tria adhuc singularia remedia restant [...]*») contre celui qui a abusé du *beneficium competentiae* (en particulier en se mettant dolosivement en état d'insolvabilité⁶: *l. 15 ff de re jud. l. verum est. 63 § 7 ff pro soc. l. rem in presenti 1 § cum quatem c. de rei uxor. act.*), contre le prodigue (le remède consistant dans l'interdiction: *l. 1 pr. l. 10 pr. l. 13 ff de curat. furios.*) et contre l'héritier qui refuse de *cavere de abusu* à l'égard du fidéicommiss (*l. 5 § imperat. l. ff ut leg. vel fidecomm. caus. cau.; Ulp. l. 5 pr. ut in poss leg.*).

En réalité, nous découvrons que les remèdes extraordinaires auxquels Stryck fait allusion (cap. VII no. 6 ss) sont des remèdes comparables à celui de la reconnaissance – aux esclaves qui subissent des sévices – de la faculté de «*ad statuas principum confugere*» (obtenir que le juge impose à leurs *domini* de les vendre: § 2 *istit. de his qui sui vel alien. jur.*), voire d'obtenir la liberté (*l. 12 c. de episc. aud. et l. ult. c. de spectac. l. 11*). Aussi, à l'époque de Stryck, des sanctions analogues (cap. VII no. 7 ss) frappent les parents qui infligent des injures atroces à leurs enfants, ainsi que le mari qui fait subir des sévices à sa femme (*in casu*, le remède *ad hoc* consiste dans la séparation: *evd. no. 11*). Stryck avertit néanmoins que des remèdes analogues demeurent inefficaces à l'égard des tuteurs et des curateurs, contre lesquels («*contra illum abutentem potestate sua*») sont prévues les *accusationes suspecti* entraînant leur destitution (cap. VII no. 12; *l. 3, l. 4 et 3 inst. de susp. tutor.*).

Il est inutile d'insister davantage car, bien que la terminologie employée par Stryck rappelle cet institut que nous nommons abus de droit, celle-ci concerne une problématique totalement différente qui, elle, rappelle plutôt les canons de l'illicéité définie comme la violation d'une norme de droit positif.

Une institution, néanmoins, nous permet de retrouver notre fil rouge: l'*exceptio doli generalis*. Dans le cadre du procès formulaire propre au droit romain classique – nous l'avons vu – l'*exceptio doli* était octroyée également contre celui qui, bien que n'ayant commis aucun dol au moment de la conclusion d'un certain acte

⁶ Les remèdes octroyés contre ceux qui avaient abusé du *beneficium competentiae* ne prévoyaient qu'une condamnation à l'*id quod facere potest* et, à la différence de l'*actio de dolo*, ils ne comportaient aucun effet infamant.

juridique⁷, faisait preuve de mauvaise foi en intentant l'action basée sur le droit ainsi acquis tout en sachant que celui-ci, valable *stricti iuris*, ne traduisait pas, *in casu*, une situation justifiée selon les paramètres de l'économie et de l'équité⁸. Nous nous mouvons, plus précisément, dans le cadre du dol procédural, l'une des figures typiques de l'abus de droit d'ores et déjà isolées par la jurisprudence romaine classique et qualifiée par l'adjectif *generalis* par les codificateurs de Justinien⁹.

Cette figure ne manquera pas d'influencer, tant au niveau du concept qu'à celui du langage, les juristes allemands du droit commun qui l'adopteront en tant que moyen procédural – à la disposition du défendeur – apte à contrer l'exercice d'un droit formellement fondé, mais contraire à la bonne foi¹⁰. L'*exceptio doli (generalis)* continuera ainsi – dans la doctrine et dans la pratique du droit romain commun, et en particulier dans celle de l'*usus modernus pandectarum* ainsi que de la jurisprudence allemande du XIX^e siècle¹¹ – à déployer ses effets non seulement sous le rapport de la casuistique héritée de la compilation de Justinien, mais également à l'égard de situations juridiques nouvelles, telles la reconnaissance de dette et l'effet de change¹².

Quant à la France, pays du droit des coutumes où les sources du droit commun n'étaient considérées qu'en tant que *ratio scripta*, la figure de l'*exceptio doli* – témoignage typique des «*subtilitates*» de la procédure du droit romain classique¹³ – disparaît du langage de l'Ancien droit des XVII^e et XVIII^e siècles.

⁷ Nous pensons par exemple au vendeur qui conclut un contrat de vente et qui découvre seulement par la suite être le propriétaire de la chose vendue. Il ne pouvait dès lors pas avoir connaissance, au moment de la vente, du cas d'éviction qui aurait suivi. Il sera néanmoins repoussé au moyen de l'*exceptio doli* s'il exerce la *rei vindicatio* contre l'acheteur.

⁸ Cf. Ulp. D. 44, 4, 2, 3 *infra* (étudié aux p. 126 ss).

⁹ Au sujet de l'évolution de l'*exceptio doli* pendant l'époque de Justinien, voir en particulier: RANIERI, *Dolo petit* (1972) 158 ss, avec un vaste renvoi aux sources.

¹⁰ Dans ce sens, cf. RANIERI, article *Exceptio doli* (1991) 6 ss, ainsi que ID., *Bonne foi* (1998) 1055 ss.

¹¹ A titre d'exemple d'apport doctrinal du droit romain commun, voir: GOTHOFREDUS, *Dissertatio de exceptionibus*, Argentorati 1603, 11, n. 63 qui, en retravaillant le texte des sources romaines classiques de Paul. D. 44, 4, 1, 1 et Ulp. D. 44, 4, 2, 5, livre la définition suivante: «*doli exceptionem proposuit praetor, ne cui dolus suus per occasionem juris civilis prodesset contra aequitatem naturalem; doli exceptio generalis est competens si qui petit id quod qualibet exceptione elidit potest: sic debitor creditoris sui creditori solvens, adversus creditorem doli mali exceptione munitus est.*» Sur la pratique de l'*usus modernus pandectarum*, voir RANIERI, *Dolo petit* (1972) 168 n. 20 ss.

¹² A propos de l'influence innovatrice de la pratique de l'*usus modernus*, voir SPADA, P., *Cautio* (1978) 673 ss.

¹³ Ce même point de vue perdue parmi les commentateurs du Code civil français du XIX^e siècle, dont: TOUILLER, *Le droit civil français suivant l'ordre du code*, Bruxelles 1824, III, § 89, 57 («[...] cette raison subtile était imaginée pour procurer au défendeur l'exception de dolo, sans

L'influence de l'école du droit naturel, avec son dogme de la volonté, ainsi que celle de la philosophie des Lumières, qui sacrifie toute fonction innovatrice du juge à la certitude de la loi, finiront par enterrer définitivement même cet instrument de l'équité issu de la pratique jurisprudentielle romaine que constitue l'*exceptio doli generalis*¹⁴. Le même sort fut par ailleurs réservé à la *bona fides* dans sa conception romaniste d'élément correctif à la disposition du juriste devant une issue normative ou contractuelle inéquitable¹⁵.

Il faudra attendre que la jurisprudence française du début du XX^e siècle, confrontée aux problèmes pratiques liés à l'absolutisme des droits subjectifs, réagisse aux abus dont faisait l'objet le modèle même de ceux-ci, érigé – depuis la Révolution – au rang de garantie contre tout privilège, à savoir la propriété. C'est ainsi que sort de la bouche et de la plume des juges français, pour la première fois, la théorie moderne de l'abus de droit¹⁶. En prônant l'opportunité d'un contrôle interne de la norme – ce qui impliquait la prise en compte de sa finalité –, cette jurisprudence parvint même à admettre, dans certaines hypothèses, la responsabilité du titulaire du droit, bien que le dommage eût été consécutif à l'exercice du droit en cause.

laquelle il n'eut pas repoussé la demande; mais dans notre jurisprudence toute les actions sont de bonne foi, et nous n'avons pas besoin de cette subtilité») et DEMOLOMBE, J.C.F., *Cours de Code Napoléon*, XXXI. *Traité des engagements qui se forment sans convention*, Paris 1882, 75.

¹⁴ La volonté de prendre des distances par rapport à l'«équité des juges romains» trouve un écho d'envergure même parmi les commentateurs de l'ABGB autrichien, dont ZEILLER, *Kommentar über das allgemeine bürgerliche Gesetzbuch*, Wien-Trieste 1822, I, 72; ID., *Das natürliche Privatrecht*, Wien 1808, § 117, 150. Pour une étude plus approfondie en la matière, nous renvoyons à RANIERI, *Bonne foi et exercice du droit en civil law in Revue Internationale de Droit Comparé* 4 (1998) 1062 avec renvois bibliographiques à la n. 14.

¹⁵ Dans ce sens, RANIERI, *Bonne foi et exercice du droit en civil law in Revue Internationale de Droit Comparé* 4 (1998) 1063 s., qui critique (*ibid.*, 1063 n. 17) les auteurs qui, en faisant abstraction du contexte historique réel dans lequel évolue cette institution, tendent à assimiler la bonne foi issue de la tradition du droit commun avec la bonne foi volontariste du droit français. Cette dernière, influencée par l'équation «ce qui est voulu est juste et équitable; ce qui est juste et équitable ne peut qu'être voulu», a fini par être interprétée, par les commentateurs du Code civil français, dans le sens qu'elle servait à conduire à l'exécution des conventions conforme à la volonté des parties.

¹⁶ Pour une analyse approfondie de la jurisprudence française en la matière, nous renvoyons à JOSSERAND, L., *De l'esprit des droits et de leur relativité. Théorie dite de l'abus des droits*, Paris 1939, 15 ss et 365 ss. Il est important de relever que la teneur de l'art. 1382 du Code civil français – qui qualifie d'«abusif» l'exercice d'un droit subjectif – a permis d'en extrapoler la faute nécessaire à la naissance de la responsabilité.

Aussi, comme étude détaillée de la genèse de la théorie de l'abus de droit en France, nous citons PIROVANO, A., *L'abus de droit dans la doctrine et dans la jurisprudence française in Inchiesta di diritto comparato – L'abus de droit*, Padova 1979, 314 ss. En particulier, concernant la jurisprudence qui sanctionne l'exercice abusif des voies de droit, voir ID., 334 ss.

L'essor de cette théorie dans la doctrine ne fut pas univoque. Au sein même de ses partisans, elle sema la discorde au sujet des paramètres qui devaient servir de base à l'évaluation du caractère abusif d'un comportement: fallait-il mesurer celui-ci à la morale? Ou plutôt le confronter au but de la norme? Ou encore rechercher l'intention de l'auteur?

Furent ainsi posés les jalons de ce que l'on appela l'«Innen-» et l'«Aussentheorie»¹⁷, qui ne manquèrent pas d'alimenter les discussions du monde juridique moderne, confronté à la problématique de l'exercice des droits à l'intérieur de systèmes normatifs codifiés. Si les tenants de la première reconnaissent l'existence de limites intrinsèques à chaque droit subjectif – si bien que leur exercice pouvait se heurter à des limites – les partisans de la seconde se firent promoteurs du caractère illimité de chaque droit, que seul un autre précepte de droit matériel pouvait, *in casu*, restreindre expressément¹⁸.

¹⁷ Parmi les tenants de l'«Innentheorie», nous comptons également les germanistes Gierke, Kipp et Eugen Huber, qui voulut la consacrer dans l'ordre juridique suisse par le biais de l'art. 2 al. 2 du Code civil suisse. Quant à l'«Aussentheorie», elle trouva son expression par la plume de Jhering, Bekker, Arndt, Unger, Wächter, Kerulff, ainsi que Oertmann, Riezler et d'autres juristes du XX^e siècle. Pour une explication claire de cette théorie, voir essentiellement SIEBERT, *Verwirkung und Unzulässigkeit der Rechtsausübung*, 1934, 85 ss. Aussi, pour une vision d'ensemble, nous renvoyons à HUWILER, *La genèse de l'interdiction de l'abus de droit (art. 2 al. 2 CC)* in *Abus de droit et bonne foi. Enseignements de 3e cycle de droit 1992*, Fribourg 1994, 38 ss.

¹⁸ Nous notons, au passage, que les deux théories partent finalement d'un même constat: le droit se prête à des abus. Leur différence se situe plutôt au niveau des moyens aptes à sanctionner une attitude abusive. Alors que l'«Aussentheorie» requiert l'existence – donc l'élaboration – d'une disposition explicite à cet effet et aboutit ainsi à l'illicéité du comportement en cause, l'«Innentheorie» reconnaît *a priori* et en général à tous les droits la possibilité d'être objet d'abus. Cette dernière permet ainsi de sanctionner l'attitude abusive en tant que telle, soit en se limitant à nier au titulaire la protection normalement accordée par la norme en question, soit – par l'élaboration d'un principe de compensation – en obligeant ledit titulaire à rétablir dans ses droits celui qui se retrouve désavantagé du fait de l'abus.

Chapitre II

Le sort de l'abus de droit dans les systèmes juridiques modernes¹⁹

A. La solution suisse

Avant 1907, date de l'entrée en vigueur du Code civil suisse, quelques cantons isolés – Zurich²⁰ et Argovie²¹ – connaissaient l'interdiction de la chicane dans l'exercice de la propriété. Quant au Code fédéral des obligations de 1881, il ne

¹⁹ Pour la littérature sur l'abus de droit dans les systèmes juridiques actuels, nous établissons ci-dessous une bibliographie *ad hoc* dans le but de faciliter toute recherche ultérieure, en nous réservant néanmoins la possibilité de la compléter par quelques ouvrages supplémentaires lorsque le développement de notre exposé l'exigera. Sans prétention d'exhaustivité, nous renvoyons dès lors à: GUTTERIDGE, *Abuse of Rights* in *Cambridge Law Journal*, 1935, 22 ss; GROPPALI, *Atto emulativo, abuso del diritto, sviamento del potere e abuso di potere* in *Riv. dir. priv.* 1940, I, 23 ss; DE LA MASSUË, *Responsabilité contractuelle et responsabilité délictuelle sous la notion de l'abus de droit* in *Revue trimestrielle de droit civil*, 1948, 27 ss; BIGIAMI, *Matrimoni fittizi ed abuso del diritto*, *RTPC*, 1950, 169 ss; DABIN, *Le droit subjectif*, Paris, 1952, 237 ss; MÜLLER-ERZBACH, *L'abuso di diritto secondo la dottrina giuridica teleologica*, *RDCo*, 1959, I, 89 ss; O'SULLIVAN, *Abuse of Rights* in *Current Legal Problems*, 1955, 51 ss; VIDAL, *Essai d'une théorie générale de la fraude en droit français*, Paris, 1957, 341 ss; NATOLI, *Note preliminari ad una teoria dell'abuso del diritto nell'ordinamento giuridico italiano*, *RTPC*, 1958, 18 ss; ROMANO, Salvatore, *«Abuso del diritto (diritto attuale)»* in *Enc. dir.*, I, Milano, 1958, 169 ss; TRABUCCHI, *Il nuovo diritto onorario*, *RDC*, 1959, I, 495 ss; SCIALOJA, *Il «non uso» è «abuso» del diritto soggettivo?*, *FI*, 1961, I, 1, 256 ss; DUBOUIS, *La théorie de l'abus de droit et la jurisprudence administrative*, Paris 1962; GIORGIANNI, *L'abuso del diritto nella teoria della norma giuridica*, Milano, 1963; ROUBIER, *Droits subjectifs et situations juridiques*, Paris, 1963, 326 ss; RESCIGNO, *L'abuso del diritto*, *RDC*, 1965, I, 205; DOSSETTI, *Orientamenti giurisprudenziali in tema di abuso del diritto*, *GI*, 1969, I, 1, 1573 ss; MAZZONI, *Atti emulativi, utilità sociale e abuso del diritto*, *RDC*, 1969, II, 601 ss; PIROVANO, *Abus de droit* in *Enc. Dalloz de Droit civil*, I, Paris, 1970, 12 ss; ID., *La fonction sociale des droits: Réflexions sur le destin des théories*

prévoyait aucune clause générale relative à l'abus de droit. Seul le Tribunal fédéral, par le biais d'une jurisprudence progressiste, avait érigé le principe de l'interdiction de la chicane au rang de principe du droit civil suisse et soumis de tels actes – contraires à la bonne foi et dénotant un esprit anti-social – à la sanction de l'art. 50 CFO (qui correspond à l'actuel art. 41 CO)²². Ce fut surtout sous l'impulsion d'Eugen Huber²³, chargé de l'étude d'un avant-projet de Code civil²⁴, ainsi que sous l'influence de la jurisprudence française²⁵ et de la législation allemande²⁶, que l'art. 2 – et en particulier son al. 2 – fut définitivement intégré dans le titre préliminaire de notre Code civil:

de Josseland in Dalloz Sirey, Paris, 1972, *Chr.*, 67 ss; CATTANEO, *Buona fede obbiettiva e abuso del diritto*, *RTPC*, 1971, 6 ss; RANIERI, *Norma scritto e prassi giudiziale nell'evoluzione della dottrina tedesca del Rechtsmissbrauch*, *RTPC*, 1972, 1216 ss; DURRY, *Revue trimestrielle de droit civil*, 1972, 325 ss et 1978, 655 ss; STARCK, B., *Droit civil. Obligations*, Paris, 1972, 125 ss; RUFFOLO, *Atti emulativi, abuso del diritto e «interesse» nel diritto*, *RDC*, 1973, II, 23; BESSONE, *Proprietà «egoista», abuso del diritto e poteri del giudice*, *FI*, 1974, IV, 141; ID., *Saggi di diritto civile*, Milano, 1979, 275 ss; NICOLAS, M.F., *La protection du voisinage in Revue trimestrielle de droit civil*, 1976, 675 ss; PONZANELLI, *Abuso del diritto e colpa*, *RCP*, 1977, 699 ss; CRESPI REGHIZZI/SACCO, *L'abuso del diritto nel sistema civilistico jugoslavo*, Trieste, 1977; ROTONDI (a cura di), *Labus de droit*, Padova, 1979; ZELLER, *Treu und Glauben und Rechtsmissbrauchsverbot*, Zürich, 1981; PORTALE, *Impugnativa di bilancio ed exceptio doli*, *Geo*, 1982, 407 ss; COING, *Probleme der internationalen Bankgarantie*, *ZHR* 147, 1983, 125 ss; GAMBARO, *RCP*, 1983, 821 ss; GHESTIN/GOUBEAUX, *Introduction générale. Traité de Droit civil*, Paris, 1990, 674 ss; RANIERI, *Bonne foi et exercice du droit dans la tradition du civil law in Riv. internaz. di dir. comp.* 4, 1998, 1055 ss.

²⁰ Cf. *Privatrechtliches Gesetzbuch für den Kanton Zürich* (1887), § 189 al. 1 et 2: «Eine an und für sich erlaubte Benutzung des Bodens oder Hauses dagegen, welche bloss auf die Augen, Ohren oder die Nase des Nachbarn unangenehm einwirkt, berechtigt noch nicht zu Einsprache. Nur wenn dieselbe im Uebermass oder lediglich um den Nachbar zu ärgern geübt wird, kann dieser auch gegen eine solche übermässige oder böswillige Benutzung die polizeiliche und nöthigenfalls die gerichtliche Hülfe anrufen.»

²¹ Cf. § 480 du Code argovien: «Niemand darf sein Eigentum zur Kränkung oder Beschädigung Anderer missbrauchen, oder seine Grundstücke anders als so benutzen, dass auch die Nachbarn ihre Grundstücke ihrem Rechte nach benutzen können.»

²² Cf., à titre d'exemple, ATF 25 II 803 s. et ATF 30 II 282.

²³ Les travaux préparatoires inhérents au Code civil – relatés dans un procès-verbal très lacunaire – ne permettent pas, à vrai dire, de tirer des conclusions absolues au sujet de l'iter des débats qui ont abouti à la teneur de notre art. 2 CC. Aussi, on en attribue volontiers la paternité à Eugen Huber, en la déduisant de la présence des nombreuses versions dudit article – rédigées de sa propre main – dans ses papiers (cf. MERZ, *Einleitung Art. 1–10 ZGB, Berner Kommentar zum Schweizerischen Zivilrecht*, Bern 1962, 229). A ce propos, voir également HUWILER, *La genèse de l'interdiction de l'abus de droit (art. 2 al. 2 CC) in Labus de droit – Enseignement de 3^e cycle de droit 1992*, Fribourg (1994) 42 s.

art. 2 CC:

¹ Chacun est tenu d'exercer ses droits et d'exécuter ses obligations selon les règles de la bonne foi.

² L'abus manifeste d'un droit n'est pas protégé par la loi.

Mais quelle est la teneur effective de cette disposition?

Rappelons, d'emblée, que ni l'avant-projet du DFJP de 1900, ni celui de 1903 ne connaissaient la sanction de l'abus de droit, pas plus qu'un article sur la bonne foi. Seule l'interdiction de la chicane dans le domaine de la propriété y avait été intégrée par le biais de l'art. 644 AP CC: «Le propriétaire d'une chose a le droit d'en disposer librement, dans les limites de la loi. Il peut en user de la manière la plus absolue, pourvu qu'il ne le fasse pas dans le but évident de nuire à autrui. [...]»

C'est lors des travaux de la Commission de rédaction de janvier 1904, dont faisait partie également Eugen Huber, qu'apparaît pour la première fois, dans les dispositions du titre préliminaire, l'interdiction de l'abus de droit, finalement maintenue dans le projet du Conseil Fédéral²⁷ sur la base de l'argumentation suivante:

«L'article 3 [actuel art. 2] vise l'abus que les personnes pourraient faire de leurs droits; le projet de 1900 en disposait déjà de même (art. 644), mais en limitant au droit de propriété la défense de l'exercer abusivement. Des considérations pratiques militent en faveur de notre formule toute générale. Nous avons créé là une

²⁴ Pour éviter d'inutiles répétitions au sujet de la procédure d'élaboration du Code civil suisse, et en particulier de son article 2^e, nous renvoyons aux études de: AUGSBURGER-BUCHELI, *Génèse de l'article 2 du Code civil suisse in Labus de droit – Enseignement de 3^e cycle de droit 1992*, Fribourg (1994) 23 ss; HUWILER, B., *La genèse de l'interdiction de l'abus de droit (art. 2 al. 2 CC) in Labus de droit – Enseignement de 3^e cycle de droit 1992*, Fribourg (1994) 40 ss.

²⁵ Les bases de la théorie moderne de l'abus de droit peuvent en effet être recherchées dans la jurisprudence française du XIX^e siècle. Nous rappelons à ce propos les références bibliographiques déjà citées à notre n. 16 du précédent chapitre, notamment: JOSSERAND, *De l'esprit des droits et de leur relativité* (1939) 15 ss et 365 ss; PIROVANO, *Labus de droit dans la doctrine et dans la jurisprudence française* (1979) 314 ss.

²⁶ Le BGB allemand de 1896 connaît, à son § 226, l'interdiction générale de la chicane: «Die Ausübung eines Rechtes ist unzulässig, wenn sie nur den Zweck haben kann, einem Anderen Schaden zuzufügen».

²⁷ Le texte retenu dans le projet du Conseil fédéral de 1904 (art. 3 du projet) est le suivant:
«¹On est tenu d'exercer ses droits et d'exécuter ses obligations selon les règles de la bonne foi.»
«²Celui qui abuse évidemment de son droit ne jouit d'aucune protection légale.»

sorte de recours extraordinaire, qui doit assurer le respect de la justice au profit de ceux qui souffriraient de l'abus évident qu'un tiers ferait de son droit, lorsque les moyens ordinaires ne suffisent pas à les protéger.»²⁸

Le débat aux Chambres ainsi qu'au sein de la doctrine²⁹ fut vif. Les opposants à l'article 3 du projet de Code civil lui reprochèrent avant tout de porter atteinte à l'adage, jugé fondamental, '*qui jure sua utitur neminem laedit*'. Aussi ne devait-on pas oublier le caractère absolu de tout droit, dont le sens devait être celui de pouvoir être exercé. L'affirmation que l'exercice d'un droit pouvait être contraire au droit risquait non seulement de compromettre, en théorie, ce principe, mais encore de porter une grave atteinte à la sécurité juridique et sociale en accordant un pouvoir trop large aux juges³⁰ – par ailleurs souvent laïcs – en raison des difficultés pratiques de preuve. La doctrine de l'abus de droit, toujours selon ses détracteurs, était finalement inutile dans la mesure où il aurait été «facile de satisfaire aux besoins de justice que ses défenseurs invoquaient en appliquant tout simplement les règles générales de la responsabilité résultant des actes illicites»³¹, alors sanctionnée par l'art. 50 CFO.

La défense de l'article consacré à l'abus de droit fut, à notre avis, peu cohérente et ne contribua, en définitive, qu'à embrouiller ultérieurement un concept qui, pourtant, aurait mérité une meilleure considération dans notre système juridique. Eugen Huber, en sa qualité de rapporteur de langue allemande, prôna le maintien de l'interdiction de l'abus de droit en exploitant les argumentations de l'opposition: «[Unsere Gegner] sagen, es bedarf eines solchen Satz nicht, weil der Missbrauch eines Rechtes überhaupt kein Recht mehr ist, und das ist ja richtig. Allein wir wollen dies ausdrücklich sanktionieren.»³²

Quant à Virgile Rossel, rapporteur de langue française, il admit que la règle relative à la bonne foi – exprimée au 1^{er} alinéa dudit article – aurait pu suffire, dans la mesure où son esprit condamnait tout abus de droit, mais que le 2^e alinéa était dicté par un certain besoin de «moralisation» de cette «somme d'égoïsmes humains» que représente le droit privé³³. Il souligna par ailleurs que le légis-

²⁸ Cf. Message concernant le projet de Code civil suisse du 28 mai 1904, *FF* 1904 IV 14.

²⁹ Nous renvoyons en particulier à: CORDEY, *La notion de l'abus de droit. A propos de l'art. 3 du Projet de Code civil Suisse*, *JdT* 1905 98 ss; MARTIN; *JdT* 1905 21 ss; HUBER, A., *Zur Kodifikation des Rechtsmissbrauchs*, *RSJ* 1905/ 1906, 267 s. et 279 s.

³⁰ «Le principal effet d'une disposition qui prohibe l'abus de droit sera d'autoriser le pouvoir judiciaire à en commettre chaque jour» écrivait MARTIN, *JdT* 1905, 56.

³¹ Cf. MARTIN, A., *JdT* 1905, 46 s.

³² Cf. *BSz* CN, 1906, 1037.

³³ Cf. *BSz* CN, 1906, 1039.

lateur suisse avait été plus progressiste que son collègue allemand, qui se limitait à proclamer l'illicéité des actes abusifs de droit lorsqu'ils étaient accomplis dans le seul but de nuire à autrui. Le projet helvétique non seulement attribuait un caractère illicite à l'abus de droit – qu'il fût consécutif à une inconscience coupable, à un esprit de lucre, à la chicane ou à la vengeance –, mais encore le privait de protection légale. Quant au danger tant redouté d'un usage excessif de cette règle de la part des tribunaux, il aurait sans doute été déjoué par la double exigence que l'abus fût manifeste, et qu'il engendrât une injustice.

Dans le rapport de la Commission du Conseil des Etats, qui précède l'adoption de l'article 3 du projet, nous lisons enfin: «Im Art. 3 wird der Satz aufgestellt, dass Rechte und Pflichten stets nach Treu und Glauben zu beurteilen seien, ein ethischer Grundsatz, der leider bei formalistischer Rechtsprechung häufig unter das Eis geht, der aber notwendigerweise an die Spitze zu stellen ist. Das Recht verleiht dem offenbaren Missbrauch keinen Rechtsschutz. Blosser Schylockansprüche werden im Rechte nicht geschützt; das Recht ist nicht dazu da, der Schikane zum Durchbruch zu verhelfen.»³⁴

Après avoir considéré la clarté de la construction romaine de l'abus de droit, nous avons l'impression d'avoir affaire à une logorrhée d'arguments sans cadre, qui tâtonnent dans l'obscurité au lieu de l'éclairer. Le sentiment qu'une ligne directrice, une sorte de règle disciplinaire dans l'exercice du droit, voire un correctif, sont nécessaires était bien présent. Le pas suivant, qui aurait consisté en la concrétisation de ce principe, était néanmoins ankylosé, comme devant la peur de l'inconnu.

Vraisemblablement ne pouvait-il pas en être autrement, puisque l'une des présuppositions fondamentales sur laquelle reposaient les diverses argumentations était fautive. La correction de cette présupposition aurait sans doute comporté une remise en perspective, et par ce biais une clarification, de la problématique de l'abus de droit. En effet, à l'époque de la codification du Code civil suisse, la conscience d'une tradition romaniste de l'abus de droit avait été trompée, d'un côté par la conviction que les juristes classiques s'appuyaient sur le principe '*qui jure sua utitur neminem laedit*'³⁵, conclusion fautive et dépourvue de tout fondement; de l'autre côté, sans rien ôter à la valeur de nos codificateurs, il était inéluctable que, ayant perdu – au cours des siècles – tout lien avec la structure originelle de l'abus de droit, l'exercice de cerner le problème de façon adéquate devenait très ardu.

³⁴ Cf. BS. CE, 1907, 114.

³⁵ Rossel lui-même, dans son rapport de la Commission du Conseil national, s'exprime en ces termes: «Celui qui exerce son droit ne lèse personne, nous ont, à la vérité, enseigné les Romains, et la jurisprudence étant la plus conservatrice des sciences, elle a répété cette maxime près de vingt siècles.» (cf. BS. CN, 1906 1039)

Dans le souci, exprimé par Eugen Huber, d'introduire néanmoins un garde-fou qui préserve de l'exercice fourvoyé des normes que l'on se proposait de codifier, l'on a fini par greffer ce principe, de façon très abstraite et artificielle, au principe de la bonne foi.

Les motivations qui ont accompagné l'introduction de notre art. 2 CC se caractérisent ainsi par une série de malentendus et de non-sens. Elles avaient fini par s'inspirer de la doctrine et de la jurisprudence françaises et allemandes de l'époque³⁶, très actives dans le domaine de la nature des droits: devait-on leur attribuer une portée relative et reconnaître que tout droit subjectif était pourvu de limites intrinsèques dictées par l'éthique et par l'équité, ou était-ce préférable de considérer que les droits avaient une nature absolue, que seules des restrictions dictées par l'extérieur pouvaient contrer?

Une *quaestio*, nous le voyons bien, typique pour une époque qui avait choisi le système d'un ordre juridique codifié tout en ayant désormais acquis, grâce à l'apport de la pratique, une maturité suffisante pour comprendre que ce choix comportait inévitablement des limites.

S'entêter à affirmer la perfection, donc l'exhaustivité absolue, des normes écrites équivaut, dans ce contexte, à s'éloigner sciemment de la réalité. Il ne peut qu'en résulter une dichotomie absurde entre l'organisation – théorique – des normes ainsi établies et l'organisation effective dictée par les exigences pratiques; une masse normative inutile, en somme.

Or, si nos codificateurs avaient gardé le contact avec l'élaboration romaine classique du concept de l'abus de droit, ils auraient certainement conclu que ce dernier méritait – systématiquement – une autre place. La norme relative à l'interdiction de l'abus de droit ne peut en effet pas être assimilée à un principe, tel celui de la bonne foi, ni être placée au même rang. Elle sert de cadre à l'ensemble des normes, à l'ordre juridique tout entier, dont elle tend à éviter les bavures, dans des cas d'espèce.

La solution du code helvétique est par ailleurs incomplète quant à la forme. Vu la teneur de son texte, qui prévoit le seul déni de protection légale («l'abus manifeste d'un droit n'est pas protégé par la loi»), elle n'ouvre que la voie de l'exception. Cette exception a d'ailleurs le simple but d'annihiler l'action de celui

³⁶ Voir en particulier, pour les thèses belges et françaises: LAURENT, *Principes de droit civil*, XX, 1883, 428; PLANIOL, *Traité élémentaire de droit civil*, II, 1901, n° 908 ss; SALEILLES, *Etude sur la théorie générale de l'obligation d'après le premier projet de Code civil pour l'Empire allemand*, 1901, 370 n. 1. Pour les thèses allemandes: GIERKE, *Der Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuches und das deutsche Recht*, 1889 (version modifiée), 183; ID., *Deutsches Privatrecht*, I: *Allgemeiner Teil und Personenrecht*, 1895, 254 ss; SIEBERT, *Verwirkung und Unzulässigkeit der Rechtsausübung*, 1934, 87 s.

qui abuse de son droit. En conséquence, la victime d'un abus de droit dont les effets néfastes se sont d'ores et déjà produits, ne dispose d'aucun moyen pour contraindre l'abuseur à la rétablir dans ses droits, en lui versant un dédommagement (nous pensons par exemple à celui qui, en raison d'une action abusive guidée par un esprit de chicane ou par de simples motifs dilatoires, a dû assumer des frais importants pour assurer sa défense, frais qu'aucune norme de procédure ne permet de lui rembourser). La jurisprudence, certainement consciente de cette lacune, s'est parfois réfugiée – non sans une certaine incohérence – dans la sanction générale des actes illicites prévue à l'art. 41 du Code des obligations, tantôt en laissant entendre qu'elle s'appuyait sur l'alinéa 2 de cette même disposition (responsabilité pour actes contraires aux mœurs), tantôt en ne précisant nullement si elle faisait appel à la «Widerrechtlichkeit» de l'alinéa 1 ou à la «Sittenwidrigkeit» du 2^e alinéa³⁷.

Aussi ne dispose-t-on, en Suisse, d'aucune possibilité de dédommagement direct; cette possibilité est offerte, en droit romain, par le biais de l'*actio de dolo*. Une solution, partant, qui aurait l'avantage de parfaire la norme relative à l'interdiction générale de l'abus de droit en offrant, à celui qui en est victime, toute la palette nécessaire au rétablissement, voir au maintien de son droit. Par ce biais, même l'abus de droit qui se manifeste en dehors de toute action judiciaire trouverait une juste sanction. Dans ce contexte il est certes indispensable de bien cerner les paramètres d'évaluation d'une situation abusive.

Renouer avec la tradition romaniste, dont on avait jusque-là perdu la trace, permettrait justement d'affronter toute la problématique de l'abus de droit avec une cohérence, mais également avec une sérénité, qui défont dans la réglementation actuelle. Replacer et compléter la norme sur l'interdiction de l'abus de droit aboutirait, en définitive, à une sécurité du droit accrue.

³⁷ Nous renvoyons en particulier à la jurisprudence du Tribunal fédéral qui, sur la base du «Grundsatz der schonenden Rechtsausübung», a établi que, à certaines conditions, l'exercice abusif d'une action peut entraîner l'obligation, pour le demandeur en question, de rembourser au défendeur les frais de procédure – y compris les honoraires d'avocat – dont aucune disposition fédérale ou cantonale ne le libère. Ce principe tend à sanctionner une «missbräuchliche, böswillige oder gegen Treu und Glauben verstossende Ausübung von Verfahrensrechten im Rahmen eines verwaltungsrechtlichen oder eines zivilprozessualen Verfahrens» (cf. ATF 117 II 394 ss – en particulier 396 cons. 3b – avec renvois aux ATF 113 Ia 107 cons. 2e et ATF 112 II 35 cons. 2).

B. Panorama de quelques solutions européennes représentatives

Les systèmes juridiques européens connaissent, en règle générale, la notion d'abus de droit. Qu'ils l'aient intégrée dans leurs codifications – d'une façon générale ou seulement dans des domaines spécifiques – ou introduite par la porte de la jurisprudence, les Etats européens, y compris l'Angleterre, ont tous vu la nécessité de parer aux attitudes abusives de droit. L'orientation et les moyens développés à cet effet (souvent rapportés aux notions de la bonne foi et des bonnes mœurs) ne sont pas toujours cohérents, ce qui reflète un héritage romaniste mal orienté et une doctrine confuse.

Les critères d'identification d'une situation abusive de droit sont tantôt subjectifs (comme l'intention de nuire du titulaire du droit), tantôt objectifs (comme l'existence d'un préjudice; l'intérêt du titulaire à l'exercice du droit et sa disproportion par rapport à l'intérêt lésé; la conformité de l'exercice du droit à sa finalité économique ou sociale; les circonstances dans lesquelles le droit est exercé).

Quant aux conséquences de la reconnaissance d'un abus de droit, elles peuvent consister en un rejet de la demande abusive, en la nullité de certains actes juridiques, ou encore en l'obligation, pour le titulaire du droit, de cesser le comportement abusif, voire de réparer le dommage.

Un constat commun peut être fait: dans la pratique, les remèdes contre l'abus de droit sont appliqués avec une grande retenue. Est-ce imputable au manque général de clarté qui caractérise ce concept, ou s'agit-il d'une faible trace du principe romain de la subsidiarité desdits remèdes? Il est difficile d'apporter une réponse péremptoire.

Droit allemand

Le droit allemand connaît, à son § 226 BGB, l'interdiction de la chicane («Schikanenverbot») en vertu de laquelle l'exercice d'un droit n'est pas admis lorsqu'il ne peut avoir d'autre but que d'infliger un préjudice à un autre. Pour invoquer l'application de cette disposition, il faut dès lors établir que l'exercice du droit en cause ne peut avoir d'autre but que de causer un préjudice – de nature économique ou morale³⁸ –, ce qui est notamment le cas lorsqu'il ne présente aucun intérêt pour le titulaire du droit³⁹.

³⁸ Cf. VON FELDMANN in *Münchener Kommentar* (2. Aufl.) § 226 Rdnr. 3.

³⁹ Cf. DILCHER in Staundiger, *Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch* (12. Aufl.) § 226 Rdnr. 9.

Il existe une dispute doctrinale autour de l'importance qui doit être attribuée à l'intention de nuire: doit-elle être établie⁴⁰ ou suffit-il de prouver que le critère objectif (absence de buts autres que celui de nuire) est réalisé⁴¹?

L'exercice abusif d'un droit au sens du § 226 BGB – que les tribunaux prennent en compte d'office – est qualifié d'illicite sans pour autant porter atteinte à l'existence du droit en tant que tel, et il ouvre la voie à une action en dommages et intérêts.

La pratique n'attache néanmoins pas une grande importance à cette disposition en partant de la considération qu'elle n'est finalement qu'une émanation particulière du principe général selon lequel l'exercice des droits subjectifs est subordonné aux limites établies par la bonne foi et par les bonnes mœurs⁴². Le franchissement de ces limites est qualifié d'abus de droit («Rechtsmissbrauch») ou d'exercice inadmissible d'un droit («unzulässige Rechtsausübung»). L'application des principes de la bonne foi et des bonnes mœurs tendant à reconnaître une situation abusive de droit présente un double avantage: même si la preuve de l'intention de nuire peut constituer un élément d'appréciation important, il n'est point nécessaire, pour que la violation de ces deux principes soit retenue, qu'elle soit intentionnelle, ni qu'elle résulte d'une faute du titulaire. Par contre, l'on retiendra des critères tels l'absence d'intérêt légitime, ainsi que la mise en balance des intérêts du titulaire du droit avec ceux de la personne qui risque de subir un dommage en raison de son exercice⁴³. Lorsque le préjudice ainsi engendré est disproportionné au point d'être inéquitable et qu'il aurait pu être évité par le titulaire du droit en empruntant des moyens moins nuisibles, l'exercice du droit en cause peut être qualifié d'abusif⁴⁴. En outre, l'appréciation des modalités et des circonstances de l'exercice d'un droit, ainsi que son incompatibilité avec la finalité de ce même droit, permettra de mieux apprécier si le comportement visé

⁴⁰ Cf. p. ex. DILCHER, in Staudiger, *Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch* (12. Aufl.) § 226 Rdnr. 10.

⁴¹ Cf. p. ex. VON FELDMANN in *Münchener Kommentar* (2. Aufl.) § 226 Rdnr. 2.

⁴² Ce même principe trouve son expression dans d'autres dispositions du BGB, toutes interdépendantes les unes des autres, soit au § 242 (interprété dans le sens qu'il prévoit une obligation générale de respect de la bonne foi), au § 826 (qui oblige à la réparation de tout dommage causé intentionnellement et d'une manière incompatible avec les bonnes mœurs), ainsi qu'au § 138 (qui frappe de nullité les actes juridiques contraires aux bonnes mœurs). Par ailleurs, le droit constitutionnel allemand contribue à son tour à mettre des bornes à l'exercice abusif du droit de propriété en établissant que celle-ci comporte des obligations et que son usage doit même contribuer au bien public (art. 14 § 2 de la Loi fondamentale).

⁴³ Cf. ROTH in *Das Münchener Kommentar* (2. Aufl.) § 242 Rdnr. 398 ss.

⁴⁴ Cf. ROTH in *Das Münchener Kommentar* (2. Aufl.) § 242 Rdnr. 435 ss.

revêt un caractère abusif. L'abus de droit basé sur l'application des principes de la bonne foi et des bonnes mœurs n'affecte pas, en principe, l'existence du droit en tant que tel et n'ouvre pas la porte à une demande en dommages et intérêts, ce qui le distingue d'une violation du § 226 BGB⁴⁵. Un tel comportement peut néanmoins, selon les circonstances, constituer un délit ou engager la responsabilité contractuelle de son auteur.

Droit français

Malgré la présence, dans la législation française, de normes ponctuelles interdisant l'abus de droit, le Code civil français se caractérise par l'absence de toute règle générale afférente à une interdiction de l'exercice abusif d'un droit.

Il n'en demeure pas moins que la jurisprudence et la doctrine ont développé la théorie y relative en suppléant largement à cette lacune⁴⁶. Ainsi, à l'exception de quelques droits absolus qui ne peuvent engager la responsabilité de leurs titulaires (droit d'exhérer les héritiers naturels; droit d'un propriétaire d'acquérir la mitoyenneté d'un mur; droit de couper les racines des arbres de son voisin qui pénètrent sur son fonds), tous les droits sont susceptibles d'abus. On en trouve une application fréquente en matière de droit de propriété; de troubles de voisinage; de rupture unilatérale du contrat de travail à durée indéterminée; de droit de grève ou encore d'abus des voies de droit.

Deux thèses doctrinales s'affrontent pour définir les critères distinctifs de l'abus de droit. L'une, restrictive, retient l'abus lorsque l'exercice du droit est conditionné par l'intention de nuire. L'autre, extensive, s'attache plutôt à la finalité sociale des droits. Quant à la jurisprudence, elle relève le critère subjectif de l'intention de nuire⁴⁷, mais également celui, objectif, du manque d'intérêt sérieux⁴⁸.

La sanction de l'abus de droit consiste en l'obligation, pour son auteur, de réparer intégralement le dommage, en argent ou en nature, conformément aux règles de la responsabilité civile⁴⁹.

⁴⁵ Cf. ROTH in *Das Münchener Kommentar* (2. Aufl.) § 242 Rdnr. 238.

⁴⁶ Pour un approfondissement de la notion d'abus de droit dans le système juridique français, nous renvoyons à GHESTIN/GOUBEUX, *Introduction générale. Traité de Droit civil*, 1990, 674 ss.

⁴⁷ Civ. 3e, 12/10/71, *Rev. trim. dr. civ.* 1972, 395, obs. G. DURRY; Civ. 3e, 25/06/86, J.C.P. 1986 IV 262.

⁴⁸ Comm. 18/10/88, Resp. et ass. 1988 III 7 (saisie-arrêt: l'absence d'intérêt signifie faute, seule requise). A ce propos, cf. CHABAS, *Leçons de droit civil*, 1991, no. 458, n. 5.

⁴⁹ Cf. CHABAS, *Leçons de droit civil*, 8^e éd., 1991, no. 460 s.; GHESTIN/GOUBEUX, *Introduction générale. Traité de Droit civil*, 1990, no. 738 ss.

Droit italien

Le Code civil italien ne prévoit, *expressis verbis*, aucune clause générale interdisant l'exercice abusif d'un droit subjectif quelconque⁵⁰.

Néanmoins, en sus de quelques dispositions ponctuelles qui circonscrivent une telle interdiction à l'exercice de certains droits⁵¹, la sanction de l'abus de droit s'exprime par le biais de deux principes généraux, notamment: la défense de commettre des actes abusifs dans le cadre du droit de propriété («*atti emulativi*»), ainsi que l'obligation générale de loyauté en matière de droit des obligations.

L'article 833 du Code civil italien interdit en effet au propriétaire d'abuser de son droit de propriété et proscrit les actes dont le seul but serait de nuire à autrui. L'application de cette disposition présuppose la réunion de deux conditions: l'une objective, à savoir le préjudice causé à un tiers, l'autre subjective, à savoir la volonté du propriétaire de nuire à ce tiers (*animus nocendi*), celle-ci pouvant à son tour être objectivée par l'absence d'avantages réels de l'acte en cause pour son auteur⁵². Le fardeau de la preuve que comporte cet article, en particulier en ce qui concerne la finalité exclusive de nuire à un tiers sans l'obtention d'un avantage quelconque, s'avère très lourd dans la pratique et relègue de ce fait son application à un nombre très limité de cas. Aussi, au vu d'une jurisprudence constante, le juge ne se livre jamais à une appréciation de la proportionnalité entre le préjudice encouru par le lésé et l'avantage obtenu par le propriétaire. Il s'ensuit que les tribunaux nient systématiquement l'existence d'un acte abusif lorsque le propriétaire est en mesure de prouver que son attitude comporte un avantage – même minime – actuel ou potentiel, éventuel ou futur⁵³.

L'article 1175 du Code civil, qui dispose que le débiteur et le créancier doivent assumer une attitude loyale («*comportarsi secondo le regole della correttezza*»), ne connaît pas un meilleur sort. Non seulement les références jurisprudentielles à cette norme en tant qu'expression de la sanction plus générale de l'abus de droit sont fort peu nombreuses, mais encore il est rare que la jurisprudence retienne l'article 1175 en tant que tel, en raison du caractère trop général de l'obligation

⁵⁰ Nous observons, à cet égard, qu'une clause générale interdisant explicitement l'abus de droit était prévue tant dans le projet du code italo-français des obligations, que dans le projet définitif du Code civil de 1942.

⁵¹ Nous citons, en guise d'exemple, l'article 1394 (conflit d'intérêts en matière de représentation) et l'article 1373 (conflit d'intérêts en matière de sociétés).

⁵² Cf. en particulier Cour de cassation, arrêt du 8 novembre 1977, n. 4777 in *Massimario Foro It.* 1977.

⁵³ Voir Cour de cassation, arrêt du 24 juillet 1976, n. 2971 in *FI* 1978, I, 741. Cf. également PATTI, article «Abuso del diritto» in *Digesto delle discipline privatistiche*, Torino 1987, 5.

de loyauté que ladite norme impose aux parties au contrat⁵⁴. La Cour de cassation a en effet affirmé, dans une jurisprudence constante, que l'obligation de loyauté prévue par l'article 1175 ne constitue qu'un critère de qualification du comportement des parties, si bien qu'elle ne saurait ni être qualifiée d'illicite, ni constituer une source de responsabilité⁵⁵.

Droit néerlandais

Le Code civil néerlandais, en vigueur depuis le 1^{er} janvier 1992 et de par ce fait le plus jeune des codes modernes, dans sa partie sur les dispositions générales du droit patrimonial, et plus précisément à son article 3:13, ne parle pas d'abus de droit mais de «*misbruik van bevoegdheid*», d'abus de pouvoir (dans le sens de faculté).

Ainsi, tous les pouvoirs que le droit privé implique, et non seulement les droits subjectifs, sont susceptibles d'abus⁵⁶.

Le premier paragraphe de l'article 3:13 du Code civil néerlandais dispose que le titulaire ne peut pas se prévaloir d'un pouvoir qui lui appartient lorsque l'exercice de ce pouvoir constitue un abus.

Le deuxième paragraphe précise, à titre exemplatif, les hypothèses abusives de droit. On y retrouve notamment le cas du titulaire qui exerce ledit pouvoir dans le seul but de nuire à autrui ou dans un but différent de celui pour lequel la faculté en question est conférée, ainsi que celui de l'existence d'une disproportion évidente entre l'intérêt favorisé par l'exercice du pouvoir et l'intérêt qui en subit un préjudice (situation qui aurait dû motiver le titulaire à renoncer à l'exercice de la faculté dont il bénéficie). Ce paragraphe n'est finalement que la consécration des critères développés par la jurisprudence en relation avec l'application de

⁵⁴ Cela est compensé par le constat que les articles 1337 et 1375 du Code civil italien (qui visent une obligation de loyauté et de bonne foi dans la phase précontractuelle, respectivement au niveau de l'exécution du contrat) connaissent une application jurisprudentielle démesurée.

⁵⁵ Seule sa consécration dans une disposition spécifique du Code visant à protéger le droit d'un tiers qui s'estime lésé, permet de retenir la violation de ce devoir de loyauté comme violation d'une norme légale. Cf. Cour de cassation, arrêt du 27 juillet 1977, n. 3250 in *Massimario Foro It.* 1977.

⁵⁶ A cet égard, voir: RODENBURG, *Misbruik van bevoegdheid, Monografieën Nieuw BW, A-Serie* no. 4, Deventer, 1985, 21. HAANAPPEL/MACKAAY (*Nieuw Nederlands Burgerlijk Wetboek: het vermogensrecht*, Deventer, 1990, 6), en traduisant l'article 3:13, observent que «le terme néerlandais employé est 'bevoegdheid' plutôt que le terme habituel plus spécifique 'recht', qui se traduit par droit. La traduction par le terme 'pouvoir' (substantif aussi bien que verbe) (de droit privé) veut exprimer ce caractère plus général.»

l'exception tirée de l'abus de pouvoir⁵⁷. En dehors des situations ainsi énoncées, il appartient à la jurisprudence et à la doctrine de déterminer si une certaine attitude tombe sous la sanction de l'article 3:13⁵⁸.

Enfin, le troisième paragraphe établit qu'un pouvoir peut, de par sa nature, n'être susceptible d'aucun abus.

Lorsque le titulaire d'un pouvoir l'a déjà exercé de manière abusive, il ne pourra plus justifier ledit exercice en invoquant ce même pouvoir, ni s'en prévaloir en justice. En outre, il sera tenu de réparer le dommage éventuellement causé sur la base des règles afférentes à la responsabilité civile.

⁵⁷ Cf. HR 13 mars 1936, NJ 1936, 415 (Wattertoren); HR 2 décembre 1937, NJ 1938, 353 (Lentsche schutting); HR 17 avril 1971, 89 (Grensoverschrijdende garage).

⁵⁸ Dans ce sens, voir: HIJMA/OLTHOE, *Compendium van het Nederlands vermogensrecht*, Deventer, 1993, 18; RODENBURG, *Misbruik van bevoegdheid, Monografieën Nieuw BW, A-Serie* no. 4, Deventer, 1985, 58. Selon ces auteurs, l'exception tirée de l'abus de pouvoir s'apparente à la «fonction restrictive» du principe de la bonne foi dans les rapports juridiques, redéfini – dans le domaine du droit des obligations – avec les termes de «critères de raison et d'équité» («redelijkheid en billijkheid»). L'article 6:2 du Code civil dispose, en son premier paragraphe, que «le créancier et le débiteur sont tenus de se comporter l'un envers l'autre suivant les exigences de raison et d'équité», et en son deuxième paragraphe, que la règle à laquelle est soumis leur rapport – en vertu de la loi, de l'usage ou d'un acte juridique – ne s'applique pas lorsque, *in casu*, cela serait inacceptable sous l'angle des critères de raison et d'équité. Pendant l'élaboration de cette disposition (à laquelle se joint la *lex specialis* en matière de contrats de l'article 6:248), la «fonction restrictive» des critères de raison et d'équité se fondaient initialement sur le concept de l'abus de pouvoir. Aussi est-il constant que les articles 3:13 et 6:2 sont l'expression d'un même principe: l'exercice des droits présuppose la modération et le respect des devoirs d'honnêteté. Rien d'étonnant dès lors dans le constat que les deux normes peuvent fondre l'une dans l'autre, si bien que dans la relation entre créancier et débiteur il peut y avoir abus d'un pouvoir contractuel ou légal. RODENBURG (*ibid.*, 59 ss) affirme que les critères de raison et d'équité sont plus restrictifs que ceux de l'abus de pouvoir. Il en résulte que tout abus de pouvoir implique une violation des critères de raison et d'équité, mais pas l'inverse (*contra*: SCHOORDIJK, *Vermogensrecht in het algemeen*, Deventer, 1986, 24 ss). Nous renvoyons également à: AFTINK, *Misbruik van recht en rechtsverwerking*, NJB 1976, 753 ss. Quant au Hoge Raad, il a jugé que l'exception tirée de l'abus de pouvoir comporte des exigences plus strictes que les critères de raison et d'équité, notamment en ce qui concerne l'obligation – pour celui qui veut l'invoquer – d'exposer les éléments sur lesquels elle se fonde (cf. HR 5 janvier 1990, NJ 1990, 728 m.nt. D.W.F. Verkade (Philip Morris/BAT)).

Droit anglais

Le droit anglais ignore la notion d'abus de droit en tant que telle. Certaines lois et quelques principes généraux couvrent néanmoins certains aspects que les systèmes continentaux rapportaient à la théorie de l'abus de droit⁵⁹.

En premier lieu, le principe de la «nuisance»⁶⁰. Selon une jurisprudence confirmée, la motivation d'une personne ne transforme pas un droit en un délit⁶¹. Toutefois, cette règle a été nuancée entre-temps dans la mesure où l'on admet actuellement que la présence d'un élément de malveillance («malice») dans l'exercice du droit de propriété a l'effet de bloquer ce dernier⁶². Aussi, la responsabilité délictuelle («Law of torts») pour «nuisance» – qui sanctionne les troubles de voisinage et de jouissance – comporte l'évaluation de la présence d'une éventuelle intention de nuire aux fins d'établir si le propriétaire qui exerce son droit a commis un délit⁶³. Une partie de la doctrine justifie la nuance en question en partant de la considération que la responsabilité délictuelle pour «nuisance» repose sur la notion générale de «reasonableness»: s'il est mû par une intention malveillante, l'acte devient déraisonnable et engage par ce biais la responsabilité de son auteur⁶⁴.

L'abus peut également se manifester, selon la conception anglaise, dans le cadre d'un contentieux. Ainsi, le tribunal saisi d'une cause peut ordonner la radiation des conclusions formulées par les parties dans l'hypothèse où l'une de ces situations se réalise:

- la demande ou la défense sont dépourvues de fondement;
- les conclusions ont un caractère diffamatoire, inconsistant ou vexatoire;
- les conclusions risquent de gêner, de retarder ou de compromettre une procédure équitable («fair trial») relativement à l'action en cause;
- les conclusions constituent un abus de procédure⁶⁵.

⁵⁹ Pour un aperçu général, qui prend en compte également le droit écossais, voir: GUTTERIDGE, *Abuse of rights* (1935) in *Cambridge Law Journal*, 22; FRIDMAN, *Malice in the Law of Torts* (1958) 21 *MLR* 484.

⁶⁰ Pour un exposé général, voir: «Nuisance» in *Halsbury's Laws of England* (4^e éd.) vol. 34.

⁶¹ A ce propos, cf. en particulier: *Bradford Corporation v. Pickels* [1895] A.C. 587; *Allen v. Flood* [1898] A.C. 1.

⁶² Pour une étude approfondie sur cette question, voir: *Clerk & Lindsell on Torts*, 1989 (16^e éd.) § 1-66 à 1-70.

⁶³ Cf. *Christie v. Davey* (1893) 1 Ch. 316; *Hollywood Silver Fox Farm Ltd. v. Emmett* (1936) 2 K.B. 468, (1936) 1 All E.R. 825.

⁶⁴ Dans ce sens: SALMON & HEUSTON, *Law of Torts* (20^e éd.) 1992, § 5.4.

⁶⁵ Cf. Rules of the Supreme Court, Order 18, rule 19 (1); Country Court Rules, Order 13, rule 5. A consulter également: ANDREWS, *Principles of Civil Procedure*, 1994, chap. 10: «Protection against bad or improper claims and defences». Aussi, la High Court a-t-elle décidé qu'elle

La jurisprudence a établi une responsabilité délictuelle pour l'introduction d'une action qui vise à atteindre des buts autres que ceux prévus par la procédure («Abuse of legal process»), comme cela peut être le cas lorsqu'une action est introduite avec une motivation déguisée que l'on considère impropre⁶⁶. Les conditions d'application de telle responsabilité demeurent toutefois floues.

Lorsqu'une action est motivée non pas par la promotion d'un intérêt légitime, mais par la seule intention de nuire à autrui, le droit anglais inscrit la situation dans un délit spécifique: le «malicious prosecution». Néanmoins, pour qu'une telle action soit reconnue comme un délit qui engage la responsabilité délictuelle du demandeur concerné, trois éléments doivent être réunis: l'action en question ne doit pas avoir abouti, l'intention malveillante du demandeur est prouvée, de même qu'il est prouvé que le demandeur a agi sans fondement juridique raisonnable (ce qui ne correspond pas au «Want of reasonable and probable cause»)⁶⁷.

avait le pouvoir d'empêcher une personne de faire valoir ses droits si leur exercice, abusif, conduisait à une violation du droit communautaire (cf. *Holleran and another v. Daniel Thwaites plc* [1989] 2 CMLR 917 où nous lisons, au § 52: «The Court has the power to restrain a landlord from abusing his contractual rights to terminate a tenancy when it is shown that his purpose was to procure a breach of Community law by requiring a tenant to enter into an agreement illegal under Community law.»).

⁶⁶ Cf. *Grainger v. Hill* (1838) 4 Bing N.C. 212, 132 E.R. 769; *Speed Seal Ltd. v. Paddington* [1985] 1 W.L.R. 1327, 1335; *Metall und Rohstoff A.G. v. Donaldson Lufkin and Jeanette Inc.* [1990] 1 Q.B. 390. Dans l'affaire *Paddington*, par exemple, la *Court of Appeal* a considéré comme bien fondée la demande en dommages et intérêts de la part des défendeurs puisque le but de l'action était celui d'infliger un préjudice aux affaires commerciales des défendeurs.

⁶⁷ Cf. *Metall und Rohstoff A.G. v. Donaldson Lufkin and Jeanette Inc.* [1990] 1 Q.B. 390.

Index des sources romaines citées

Note : Dans la mesure où ce travail se divise en deux parties, et que la deuxième partie prévoit une numérotation des notes indépendante, ces dernières sont suivies du signe (II). Toutes les autres références de notes se rapportent dès lors à la première partie du livre.

I. Textes juridiques

Gai Institutiones

1, 1	n. 136
1, 35	n. 159
1, 37	n. 108
1, 53	p. 192 s.
1, 121	n. 158
1, 185	n. 66
1, 196	n. 65
2, 40	n. 159
2, 119	n. 251
2, 120	p. 124 s.
2, 193-196	n. 192
2, 196	n. 246
2, 197	n. 245
2, 198	p. 118 s.
2, 201	n. 195
2, 218	n. 245
2, 212	n. 245
2, 222	n. 245
2, 252	n. 231
3, 128-130	n. 25
3, 128	n. 25
3, 137	n. 136
3, 180	n. 61
3, 202	n. 76
3, 205	n. 108
4, 47	n. 18, n. 141

4, 61	n. 321
4, 62	n. 340
4, 83	n. 84
4, 84	p. 39
4, 97	p. 40
4, 98-100	n. 85
4, 114	n. 18
4, 118	n. 141
4, 119	n. 22, n. 223, n. 90
4, 122	n. 223
4, 133	n. 90

Novellae Valentiniani III

19	n. 29
----	-------

Tituli ex corpore Ulpiani

11, 28	n. 65
24, 11a	n. 245
25, 1	n. 248

Pauli Sententiae

1, 4, 3	n. 108
2, 14, 1	n. 216
4, 7, 2	n. 29
5, 25, 1	n. 29
5, 25, 5	n. 29
5, 25, 9	n. 29

Vaticana Fragmenta

85	n. 245
259	n. 165
326	n. 85
331	n. 85

Collatio legum Mosaicarum et Romanarum

1, 10	n. 29
10, 2, 3	n. 66

Corpus Iuris Civilis

a) Institutiones

1, 21 pr.	n. 65
1, 22 pr.	n. 65
2, 1, 35	n. 332
2, 3, 2	n. 208
3, 19, 9-10	n. 65
4, 6 pr.	n. 63

b) Digesta

1, 1, 1 pr.	n. 136
1, 1, 1, 3	n. 74
1, 1, 7	n. 136
1, 2, 2, 43	n. 36
1, 2, 2, 44	n. 184
1, 3, 30	n. 361
2, 10, 3, 1	n. 108
2, 11, 2 pr.	n. 233
2, 14, 1, 1	n. 214
2, 14, 7, 1- 2	n. 215
2, 14, 7, 2	n. 308
2, 14, 7, 4	n. 216
2, 14, 7, 5	n. 215
2, 14, 7, 7	n. 217
2, 14, 7, 8	n. 228
2, 14, 7, 9	n. 39
2, 14, 10, 2	n. 173, p. 107
2, 14, 10, 11	p. 107
2, 14, 13 pr.	n. 227
2, 14, 16 pr.	p. 109
2, 14, 16, 1	p. 113, n. 277

2, 14, 21, 5	n. 229
2, 14, 25, 2	p. 111
2, 14, 25, 26	p. 111
3, 1, 1, 5	n. 118
3, 1, 1, 6	n. 74
3, 2, 1	p. 54, n. 116
3, 3, 1, 1	n. 227
3, 3, 30	n. 108
3, 3, 76	n. 108
3, 5, 36, 1	n. 108
4, 2, 1-3	n. 127
4, 2, 14, 2	n. 132
4, 2, 14, 13	p. 57 s., n. 129, n. 130
4, 2, 21, 5	n. 129
4, 3, 1, 1	p. 23
4, 3, 1, 2	n. 37, n. 41, n. 51
4, 3, 1, 3	n. 33, n. 52
4, 3, 1, 4-6	n. 106
4, 3, 1, 4	p. 51 s., p. 45
4, 3, 1, 6	n. 109, n. 111
4, 3, 1, 8	n. 110
4, 3, 2	n. 110
4, 3, 3	n. 110
4, 3, 4	n. 110
4, 3, 5	p. 30, n. 102
4, 3, 6	p. 49, n. 67, n. 102
4, 3, 7	n. 86
4, 3, 7 pr.	n. 113
4, 3, 7, 3	p. 24, n. 42, n. 43, n. 44, n. 315
4, 3, 7, 4	n. 94
4, 3, 7, 5	n. 94
4, 3, 7, 6	p. 33 ss, n. 42, n. 73
4, 3, 7, 8	p. 43 s., n. 42, n. 292
4, 3, 7, 9	p. 39 ss, n. 47, n. 92
4, 3, 7, 10	n. 30
4, 3, 8	n. 102
4, 3, 9, 1	n. 47
4, 3, 9, 3	n. 42, n. 292, n. 362
4, 3, 9, 4	p. 148 s.

4, 3, 13, 1	n. 351
4, 3, 14	n. 360
4, 3, 15 pr.	n. 163, n. 352
4, 3, 15, 3	n. 163
4, 3, 18, 3	n. 48
4, 3, 18, 5	p. 145, n. 289, n. 290
4, 3, 19	n. 42, p. 146, n. 289
4, 3, 20 pr.	p. 147, n. 292
4, 3, 24	p. 149, n. 362
4, 3, 31	n. 47
4, 3, 34	n. 42, n. 292, n. 306
4, 3, 35	p. 152
4, 3, 37	p. 12, n. 47
4, 3, 40	p. 133 s.
4, 4, 12	n. 108
4, 4, 13, 1	n. 108
4, 4, 16, 4	n. 30
4, 4, 23	n. 108
4, 8, 31	n. 58
4, 9, 4 pr.	n. 108
6, 1, 23, 4	p. 161
6, 1, 27, 5	p. 168 s.
6, 1, 28	p. 170
6, 1, 29	p. 170
6, 1, 30	p. 170
6, 1, 37	n. 335, n. 343
6, 1, 48	p. 164 s.
6, 1, 65 pr.	p. 166 s.
6, 2, 12 pr.	n. 165
6, 2, 14	n. 163
7, 1, 7, 1	n. 193
7, 4, 5, 2-3	p. 92, p. 96, n. 193
7, 4, 5, 3	n. 199
7, 4, 6	n. 191
7, 4, 7	p. 95, n. 191
7, 4, 13	n. 332
7, 9, 1 pr.	n. 257
7, 9, 1, 7	n. 258
7, 9, 3 pr.	n. 259

7, 9, 3, 2	p. 130 s.
7, 9, 3, 3	p. 129, n. 260
7, 9, 4	n. 260
7, 9, 5 pr.	n. 257
7, 9, 7 pr.	n. 165
7, 9, 9, 3	n. 258
8, 1, 3	n. 209
8, 1, 4 pr.	p. 98, p. 100, n. 205, n. 213
8, 1, 18	p. 101, n. 211
8, 2, 20 pr.	n. 209
8, 2, 30 pr.	n. 211
8, 3, 13 pr.	p. 99, n. 209
8, 3, 31	n. 211
8, 4, 10	n. 211, n. 212
8, 5, 9 pr.	p. 96
8, 5, 16	n. 165, n. 176, p. 102
9, 1, 1, 6	p. 34
9, 1, 1, 7	p. 34, n. 73
9, 1, 1, 10	n. 74
9, 1, 4	n. 74
9, 2, 29, 6	n. 74
9, 2, 30, 1	n. 108
9, 2, 46	p. 138
9, 2, 47	p. 138
10, 2, 8, 2	n. 74
11, 1, 18	n. 108
11, 6, 1, 1	n. 299
11, 6, 1, 2	n. 300
11, 6, 3, 2-3	n. 108
11, 6, 5 pr.	p. 150, n. 292, n. 362
11, 7, 14, 2	p. 151, n. 292, n. 320
12, 1, 32	n. 328
12, 4, 3, 7	n. 169
12, 4, 8	n. 163
12, 6, 8	n. 108
12, 6, 33	n. 326
13, 1, 14, 2	p. 172 s.
13, 5, 27	n. 141
14, 4, 3, 1	n. 108

15, 1, 21, 1	n. 108
16, 1, 32, 2	n. 144, n. 163
17, 1, 8 pr.	n. 93
17, 1, 8, 1	p. 42 s., n. 47, n. 64
17, 1, 49	p. 67 ss, p. 74, n. 163
17, 2, 3, 3	n. 174
18, 1, 68, 1	n. 19
19, 1, 5, 1	p. 134
19, 1, 13, 8-9	p. 139 s.
19, 1, 13, 19	n. 65
19, 1, 25	n. 306
19, 1, 28	p. 137
19, 1, 42	p. 114 s.
19, 1, 43-45	p. 172
19, 1, 45, 1	p. 171
19, 2, 22, 3	n. 30
19, 2, 47	n. 108
19, 2, 61, pr.	n. 341
19, 4, 1 pr.	n. 17, n. 19
19, 5, 5, 2	n. 48, p. 154 s., n. 362, n. 363
19, 5, 5, 2-3	n. 362
19, 5, 5, 3	p. 157
19, 5, 15	n. 216
19, 5, 16 pr.	n. 306
19, 5, 16, 1	p. 153, n. 304
20, 1, 4	n. 215
20, 1, 11, 2	n. 165
20, 6, 4, 1	n. 163
20, 6, 7, 2	p. 112
20, 6, 8, 6-18	n. 163
21, 2, 4, 1	n. 108
21, 2, 21 pr.	n. 49
21, 2, 73	n. 163
21, 3, 1 pr.	n. 163
21, 3, 1, 1	n. 163
21, 3, 1, 2	n. 163
21, 3, 1, 3	p. 64 s., n. 144
21, 3, 1, 4	n. 141
21, 3, 3, pr.-1	n. 163

22, 1, 25, 1	n. 332
22, 3, 9	n. 229
22, 3, 12	n. 147
23, 3	n. 140
23, 3, 7, 3	n. 141, n. 163
23, 5, 7 pr.	n. 108
24, 1, 1	n. 339
24, 1, 3, 9	n. 267
24, 1, 3, 10	n. 339
24, 3, 18, 1	n. 108
26, 7, 55, 1	n. 10, n. 66
26, 10, 7, 1	n. 66
27, 5, 2	n. 163
27, 7, 4, 2	n. 136
28, 5, 84, 1	n. 108
30, 70, 1	n. 211
30, 110	n. 48
30, 116, 4	n. 211
31, 22	p. 123 s.
33, 8, 8, 5	n. 98
34, 2, 34, 1	p. 117
37, 15, 2 pr.	n. 163
37, 15, 5 pr.	n. 163
39, 3, 1 pr.-1	n. 180
39, 3, 1, 11	n. 178
39, 3, 1, 12	p. 88, n. 181
39, 3, 2, 4	n. 184
39, 3, 2, 9	n. 178
39, 3, 14 pr.	p. 90
39, 3, 21	n. 178
39, 5, 18, 3	n. 49, n. 362
39, 5, 24	n. 108
40, 1, 6	n. 98
40, 1, 21	n. 108
40, 4, 57	n. 108
40, 7, 21 pr.	n. 179
41, 1, 44	n. 74
41, 1, 48 pr.	n. 332
41, 2, 3, 1	n. 156

41, 4, 2, 14	n. 98
41, 4, 7, 6	p. 65 s.
41, 4, 9	n. 98
41, 9, 1, 2	n. 163
42, 1, 6, 1	n. 294
42, 1 55	n. 293
42, 1, 62	n. 293
42, 6, 1 pr.-1	n. 108
42, 8	n. 108
43, 4, 1, 6	n. 108
43, 8, 2 pr.	n. 366
43, 8, 5	n. 179
43, 18, 1, 4	n. 141
43, 24, 3 pr.	n. 188
43, 24, 15, 1	n. 188
43, 24, 16 pr.	n. 188
43, 24, 19	n. 188
43, 29, 1	p. 190
43, 29, 3, 2	p. 190
44, 4, 1, 1	p. 81, p. 85, n. 11 (II)
44, 4, 1, 2	p. 79, n. 163
44, 4, 1, 3	p. 87
44, 4, 2 pr.	p. 80
44, 4, 2, 1	p. 105
44, 4, 2, 3	p. 126 s., n. 8 (II)
44, 4, 2, 4	p. 104 s.
44, 4, 2, 5	p. 63, n. 141, n. 167, p. 105, n. 226, n. 11 (II)
44, 4, 2, 7	p. 127 s.
44, 4, 4 pr.	n. 168, p. 132 s.
44, 4, 4, 1	n. 170, p. 135
44, 4, 4, 4	p. 174, p. 184
44, 4, 4, 6	n. 170
44, 4, 4, 7	n. 170, p. 135 s.
44, 4, 4, 9	n. 348
44, 4, 4, 10	p. 116
44, 4, 4, 11	n. 233
44, 4, 4, 12	n. 163
44, 4, 4, 13	n. 146, n. 163
44, 4, 4, 15	p. 84 s., n. 170

44, 4, 4, 16	n. 163
44, 4, 4, 17	n. 353, n. 359
44, 4, 4, 23	n. 163
44, 4, 4, 24	n. 163
44, 4, 4, 25	n. 163
44, 4, 4, 26	n. 351
44, 4, 4, 27	n. 353, n. 359
44, 4, 4, 28	p. 179 s.
44, 4, 4, 29	p. 177 s., p. 180, n. 359
44, 4, 4, 31	n. 353, n. 359
44, 4, 4, 32	p. 71 ss, n. 154
44, 4, 4, 33	n. 163, n. 224, n. 353, n. 359
44, 4, 5, 2	p. 161, n. 330
44, 4, 5, 5	n. 353
44, 4, 6	p. 140, n. 279
44, 4, 7 pr.	p. 140
44, 4, 7, 1	p. 141
44, 4, 8 pr.	p. 139
44, 4, 8, 1	p. 140
44, 4, 10	n. 341
44, 4, 11 pr.	n. 353
44, 4, 11, 1	n. 353
44, 4, 12	p. 82
44, 4, 14	p. 162
44, 4, 15	p. 143
44, 4, 16	p. 175, p. 184
44, 4, 17 pr.	p. 131 s.
44, 4, 17, 1	p. 120 s.
44, 4, 17, 2	p. 141 s.
44, 4, 17, 3	p. 121 s.
44, 7, 2, 3	n. 136
44, 7, 51	n. 63
45, 1, 23	n. 60
45, 1, 36	p. 84, n. 170
45, 1, 91, 3	n. 60
45, 1, 91 pr.	n. 60
45, 1, 104	n. 98
45, 1, 122, 3	n. 163
46, 1, 41 pr.	n. 108

46, 3, 38, 1	n. 267
46, 3, 95, 1	n. 292
47, 2, 12 pr.	n. 108
47, 2, 12, 2	n. 108
47, 2, 14, 17	n. 108
47, 2, 43, 3	n. 47
47, 2, 50, 4	p. 35, n. 76
47, 2, 52, 9	n. 108
47, 2, 52, 13	n. 76
47, 10, 13 pr.	n. 367
47, 10, 13, 1	p. 191
48, 4, 3	n. 29
48, 8, 1, 3	n. 29
48, 10, 9, 3	n. 29
48, 13, 1	n. 29
48, 15, 3 pr.	n. 29
48, 15, 6, 2	n. 29
50, 14, 2	n. 49
50, 17, 19, 1	n. 242
50, 17, 55	p. 189 s.
50, 17, 129	p. 189, n. 366
50, 17, 144	p. 193
50, 17, 151	p. 189, n. 366
50, 17, 155, 1	p. 189
50, 17, 177, 1	p. 189

c) Codex

2, 3, 10	n. 126
2, 20, 8 a. 319	n. 54
2, 20, 4	p. 158, n. 317
2, 57, 1	n. 106
3, 32, 14	n. 163
4, 14	n. 94
4, 26	n. 329
4, 44, 1 a.222	n. 129
4, 51, 3	n. 163
4, 65, 27	n. 216
5, 16	n. 339

5, 60, 3	n. 65
6, 6, 3	n. 98
8, 25, 2	n. 163
8, 44, 11	n. 163
8, 44, 31	n. 163

II. Textes non juridiques

Auctor ad Herennium

2, 19	n. 136
-------	--------

Caesar

de bello civili

1, 78	n. 7
1, 73, 2	n. 7
2, 8, 3	n. 31

de bello Gallico

7, 22	n. 31
4, 11, 4	n. 7

Cicero

a) orationes

pro Caecina

20, 57	n. 227
77 s.	n. 8

pro Roscio comoedo

2, 5-7	n. 24
--------	-------

in Verrem

2, 1, 5, 13	n. 120
2, 5, 65, 168	n. 120

b) cetera opera

Brutus

42, 154 n. 8

Cato Maior seu de senectute

17, 59 n. 31

de divinatione

1, 41, 91 n. 31

de natura deorum

2, 48, 123 n. 31

3, 30, 74 n. 4, n. 8, n. 34,

de officiis

1, 10, 33 n. 31

3, 14, 58 p. 4 ss, n. 9

3, 14, 59 p. 4 ss, n. 7, n. 15

3, 14, 60 p. 4 ss, n. 4, n. 34

3, 14, 61 p. 5 ss, n. 10, n. 13, n. 15

3, 16, 65 n. 18

3, 17, 70 ss n. 18

Topica

17, 66 n. 18, n. 136

5, 28 n. 136

Livius

35, 28, 10 n. 7

30, 29, 9 n. 7

Plinius, Naturalis historia

32, 76 n. 7

Sallustius

Bellum Iugurthinum.

93, 2 n. 7

Valerius Maximus

8, 2, 2 n. 8

8, 3 n. 118

8, 12, 1 n. 266

COLLECTION NEUCHÂTELOISE

Roland Ruedin (éd.)

Mélanges en l'honneur de
Carlo Augusto Cannata
1999

François Bohnet

La théorie générale des papiers-valeurs
Passé, présent, futur
2000

Pierre-Henri Bolle (éd.)

Mélanges en l'honneur de
Henri-Robert Schüpbach
2000

Sibilla Giselda Cretti

Les relations de trust et la fiscalité suisse
nationale et internationale
2001

Pierre-Henri Bolle/Heinz Steffen (éd.)

La criminalité financière –
Finanzkriminalität – Financial Crime
*Actes du 60^e Cours international de
criminologie*
2002

François Bohnet

Code de procédure civile neuchâteloise
CPCN commenté
2003

Bernhard Pulver

L'interdiction de la discrimination
*Etude de l'article 8 alinéa 2 de la
Constitution fédérale du 18 avril 1999*
2003

Nicholas Turin

Le transfert de patrimoine selon le projet
de loi sur la fusion
2003

Nour Ahmad Nazim

La situation en Afghanistan,
son règlement politique et les efforts de
paix des Nations Unies (1978-1989)
2003