

---

Jean-Philippe Dunand

Dr. iur., Rechtsanwalt, ordentlicher Professor für Römisches Recht,  
Rechtsgeschichte und Arbeitsrecht an der Universität Neuenburg

Daide Cerutti

lic. iur., wissenschaftlicher Assistent an der Universität Lausanne

## **Le régime juridique du mélange d'argent**

Consécration jurisprudentielle d'une solution d'origine romaine

Sonderdruck aus

### **Spuren des römischen Rechts**

**Festschrift für Bruno Huwiler zum 65. Geburtstag**

Herausgegeben von

Pascal Pichonnaz

Nedim Peter Vogt

Stephan Wolf

Nicht im Handel



**Stämpfli Verlag AG Bern • 2007**

---

# Le régime juridique du mélange d'argent

Consécration jurisprudentielle d'une solution d'origine romaine

JEAN-PHILIPPE DUNAND/DAVIDE CERUTTI

## Table des matières

I.	Introduction.....	193
II.	Le mélange.....	194
1.	L'apport philosophique.....	195
a)	L'équité appliquée à la justice .....	195
b)	Le droit naturel à l'oeuvre dans la jurisprudence romaine .....	197
2.	Le régime juridique du mélange .....	198
a)	En droit romain .....	198
b)	En droit suisse (art. 727 CC).....	200
III.	Le mélange d'argent ( <i>commixtio nummorum</i> ) .....	201
1.	Le régime défini dans l'ATF 47 II 267.....	201
2.	Le fragment du jurisconsulte Iavolène (D. 46, 3, 78) .....	202
IV.	Conclusion .....	204

## I. Introduction

Reste-t-on propriétaire d'une rançon versée aux auteurs de son enlèvement en échange de sa libération, lorsque les délinquants ont changé à la banque le montant en question et l'ont mélangé à leur propre argent ?

Dans un arrêt rendu en 1986, la Cour de cassation pénale du Tribunal fédéral a dû examiner cette question de manière incidente pour déterminer si la victime de l'enlèvement pouvait se prévaloir de l'ancien article 58bis al. 1 du Code pénal, selon lequel les objets ou valeurs qui sont le fruit d'une infraction n'étaient susceptibles d'être remis à un tiers, en l'espèce la victime, que s'il était en mesure de faire valoir un droit de propriété sur ces biens<sup>1</sup>.

Selon l'article 727 al. 1 du Code civil (ci-après : CC), lorsque des choses appartenant à divers propriétaires ont été mélangées ou unies de telles sorte qu'il n'est plus possible de les séparer sans détérioration notable, ou qu'au prix d'un travail et de frais excessifs, les intéressés deviennent copropriétaires de la chose nouvelle en raison de la valeur qu'avaient ses parties au moment du mélange. Cependant, dans une jurisprudence ancienne, datant des années 20, le Tribunal fédéral a considéré que le mélange d'argent était soumis à un

<sup>1</sup> Cf. ATF 112 IV 74, JdT 1987 IV 34.

régime spécifique : celui qui mélange de l'argent d'autrui avec son propre argent en devient propriétaire si l'individualisation des pièces ou des billets qui ne lui appartenaient pas n'est plus possible<sup>2</sup>.

L'application de ce principe au cas pénal susmentionné impliquait que la victime n'était plus propriétaire de la rançon du fait que les délinquants l'avaient mélangée avec leur propre argent. Elle ne remplissait en conséquence pas les conditions pour que l'Etat lui remette cette rançon<sup>3</sup>.

Dans cet ouvrage collectif consacré aux « traces du droit romain », nous souhaitons souligner qu'aussi bien le régime légal de l'article 727 al. 1 CC (**chapitre II**) que la solution jurisprudentielle relative au mélange d'argent (**chapitre III**) sont des consécutions dans l'ordre juridique suisse de solutions casuistiques romaines.

Dans deux études remarquables, le professeur Huwiler, auquel cette modeste contribution est dédiée, a rappelé de manière savante l'importance considérable des principes d'équité et de bonne foi pour le développement du droit romain<sup>4</sup>. Nous aurons à coeur de démontrer que ces principes, ainsi que l'apport du droit naturel, sont au centre des préoccupations des jurisconsultes lorsqu'ils déterminent les règles applicables en cas de mélange.

## II. Le mélange

La notion de mélange apparaît empiriquement aisée à comprendre : nous avons mélangé nos choses, il est normal que nous soyons copropriétaires du tout. Cependant, nonobstant ces simples conséquences, les juristes ont été amenés à se poser la question de la propriété sur le monceau ainsi formé (question de droits réels) et du sort d'une éventuelle égalisation dans les rapports patrimoniaux entre les différents copropriétaires (question de droit des obligations). Avant de présenter le régime juridique de droits réels du mélange en droit romain et en droit suisse (**section 2**), nous évoquerons le rôle joué par la philosophie dans l'élaboration casuistique des jurisconsultes romains (**section 1**).

### 1. L'apport philosophique

Formé essentiellement durant la période qui s'étale entre Cicéron et la fin de la dynastie des Sévères, le droit romain a été imprégné de réflexions philosophiques ; les principales influences sont dues à l'aristotélisme et au stoïcisme<sup>5</sup>. Les juristes romains ont été guidés par la recherche du *juste* : *ius est ars boni et aequi*<sup>6</sup>. Or, cette exploration peut conduire à des résultats juridiques différents, l'idée du *juste* étant tributaire de la doctrine philosophique choisie : ainsi, si un sculpteur s'empare de mon argile pour faire une statue, pour les adeptes de la doctrine du Portique, on donnera le privilège à la matière – je serai donc propriétaire de la statue<sup>7</sup> ; par contre, si on est tenant de l'école péripatéticienne, la préférence sera accordée à la forme, c'est-à-dire à la transformation opérée par le sculpteur, qui deviendra propriétaire de la statue<sup>8</sup>. Cependant, quelle que soit la conception retenue, l'équité (**point a**) et le droit naturel (**point b**) demeurent les critères de référence.

#### a) L'équité appliquée à la justice

Celse, nous l'avons évoqué ci-dessus, nous renseigne sur le contenu du droit. Celui-ci doit être guidé par les idées du bien et du juste. Le juste serait ce qui est équitable, mais comment définir l'*aequitas* romaine ? L'équité peut être envisagée de deux manières différentes<sup>9</sup> : d'une part, une vision objective, l'idée de justice parfaite, dans laquelle se réalise le but-même du droit<sup>10</sup> ; de l'autre, dans un sens plus subjectif, l'interprétation correctrice du droit<sup>11</sup>. Prise

<sup>5</sup> PETIT Paul, *Histoire générale de l'Empire romain. Tome 1, Le Haut-Empire (27 avant JC – 161 après JC)*, Paris 1978, pp. 291 ss ; VILLEY Michel, *La formation de la pensée juridique moderne*, Paris 2003, p. 101 ; JERPHAGNON Lucien, *Au bonheur des sages*, Paris 2004, pp. 142 et 183 ss.

<sup>6</sup> ULPIANUS, D. 1, 1, 1 pr. (1 institutionum) : « luri operam daturum prius nosse oportet, unde nomen iuris descendat. est autem a iustitia appellatum : nam, ut eleganter Celsus definit, ius est ars boni et aequi ». Pour une analyse de l'équité dans Celse avec des résultats sur le droit romain, cf. TALAMANCA Mario, *L'aequitas naturalis di Celso in Ulp. D. 12, 4, 3, 7, BIDR 96–97 (1993–94)*, pp. 1–81.

<sup>7</sup> C'était la vision des Sabinien : GAIUS, *Inst.*, 2, 79. Cf. VILLEY Michel, *Le droit romain*, Que sais-je, 10<sup>ème</sup> éd., Paris 2002, p. 71.

<sup>8</sup> C'était l'opinion défendue par les Proculien : GAIUS, *Inst.* 2, 79. Cf. VILLEY, cité à la note précédente.

<sup>9</sup> CARON Pier Giovanni, « *Aequitas* » romana, « *misericordia* » patristica ed « *epicheia* » aristotelica nella dottrina dell' « *aequitas* » canonica (dalle origini al Rinascimento), Milan 1971, p. 3.

<sup>10</sup> CICÉRON, *De officiis*, II 22, 78, où l'Arpinat précise que l'équité garantit le *suum cuique tribuere*. Cf. également : DUVANEL Laurent, *La justice contractuelle dans la philosophie antique et le droit romain*, thèse Lausanne, Genève/Zürich/Bâle 2004, p. 72. Pour la notion d'équité chez les rhéteurs romains, cf. LANFRANCHI Fabio, *Il diritto nei retori romani. Contributo alla storia dello sviluppo del diritto romano*, Milan 1938, pp. 97 ss.

<sup>11</sup> VILLEY (note 5), p. 105.

<sup>2</sup> Cf. ATF 47 II 267, c. 2.

<sup>3</sup> Cf. ATF 112 IV 74, c. 3b., JdT 1987 IV 34.

<sup>4</sup> HUWILER Bruno, *Aequitas und bona fides als Faktoren der Rechtsverwirklichung : zur Gesetzgebungsgeschichte des Rechtsmissbrauchsverbotes (Art. 2 Abs. 2 ZGB)*, in Bruno Schmidlin (édit.), *Skizzen zum gemeineuropäischen Privatrecht*, Bâle 1994, pp. 57 à 93 ; IDEM, *La genèse de l'interdiction de l'abus de droit (art. 2 al. 2 CC)*, in Pierre Widmer/Bertil Cottier, *Abus de droit et bonne foi – Enseignement de troisième cycle de droit* 1992, Fribourg 1994, pp. 35 à 62.

avec ses deux volets conjoints, l'*aequitas* est une notion corrélative au droit<sup>12</sup>, réminiscence du *mos maiorum*<sup>13</sup>, qui permet d'assurer, par le biais de *iudicia aequa*<sup>14</sup>, l'existence d'une *societas aequa*<sup>15</sup>.

Cette vision bipartite est résurgence aristotélicienne. Le philosophe de Stagire distinguait déjà entre ces deux fonctions. La vision correctrice – *epiekès*<sup>16</sup> – permet de corriger les déséquilibres résultant des rapports noués entre les personnes, et plus précisément de ne pas appliquer une règle juridique au cas où elle conduirait à un résultat inéquitable<sup>17</sup>.

Dans les sources juridiques romaines, il apparaît une opposition entre le droit (*ius*) et l'équité (*aequitas*)<sup>18</sup>; cette division n'est pas intangible, la dureté du droit pouvant être édulcorée par l'équité<sup>19</sup>, qui est une source de droit<sup>20</sup> et qui permet de fonder des décisions judiciaires<sup>21</sup>. Le principal « utilisateur » de la notion d'équité a été le préteur qui, en s'appuyant sur elle, a tempéré la rigidité formelle du *ius strictum*<sup>22</sup>, en créant notamment l'*exceptio doli*<sup>23</sup>, et en développant la tutelle juridique des *iudicia bonae fidei*<sup>24</sup>. L'équité romaine, dans sa concrétisation juridique, reflète l'*epikeia* d'Aristote<sup>25</sup>.

L'équité dirige donc le raisonnement juridique ; elle permet de consacrer l'idée de la justice en trouvant une solution qui peut contredire le droit strict (*ius strictum*)<sup>26</sup>. Cette fonction correctrice se retrouve dans le traitement des relations entre les personnes, de surcroît lorsque celles-ci mélangent quelque chose qui leur appartient.

#### b) Le droit naturel à l'oeuvre dans la jurisprudence romaine

Selon les juristes romains, les modes d'acquisition originaire de la propriété sont dits « naturels » dans la mesure où ils reposent sur des principes imposés par la nature. Ainsi, le juriste Gaius relève que nous « acquérons la propriété de certaines choses par le droit universel que tous les hommes observent depuis toujours en vertu de la raison naturelle »<sup>27</sup>. Il précise, par exemple, que lorsque nous sommes confrontés à un cas de spécification, il faut recourir à la raison naturelle<sup>28</sup>.

Gaius, juriste sabinien, a été actif sous les Antonins, période pendant laquelle le stoïcisme connaît son apogée<sup>29</sup>. Lorsque, dans son texte, il cite la « raison naturelle », fait-il allusion à la *ratio* stoïcienne et à la loi naturelle issue de la réflexion de l'école du Portique ? Il nous est permis d'en douter, parce que : *primo*, les stoïciens parlent de *loi* et non pas de *droit*<sup>30</sup>; *secundo*, leur loi naturelle est essentiellement morale, elle ne fournit pas, comme le dit Michel Villey, « une méthode de recherche des solutions juridiques [...] dans la nature extérieure, par l'observation des cités »<sup>31</sup>.

Bertil Cottier, *Abus de droit et bonne foi – Enseignement de troisième cycle de droit* 1992, Fribourg 1994, p. 8 ; ABBET (note 23), pp. 20 s.

<sup>25</sup> HUWILER (note 4), p. 36.

<sup>26</sup> Cf. GAIUS, *Inst.* 4, 116 : « Comparatae sunt autem exceptiones defendendorum eorum gratia, cum quibus agitur. saepe enim accidit, ut quis iure civili teneatur, sed iniquum sit eum iudicio condemnari ». [Les exceptions ont été créées pour assurer une meilleure défense aux parties défenderesses. Il arrive souvent, en effet, que l'on soit obligé en droit civil, mais qu'il soit inique de vous condamner en justice.].

<sup>27</sup> GAIUS, D. 41, 1, 1, pr. (2 rerum cottidianarum sive aureorum) : « Quarundam rerum dominium nanciscimur iure gentium, quod ratione naturali inter omnes homines peraeque servatur [...] ».

<sup>28</sup> GAIUS, *Inst.* 2, 79.

<sup>29</sup> Sur Gaius, cf. KRÜGER Paul, *Geschichte der Quellen und Literatur des römischen Rechts*, 2<sup>ème</sup> éd., Munich/Leipzig 1912, pp. 201 ss. Sur l'apogée du stoïcisme au II<sup>e</sup> siècle après J.-C., cf. JERPHAGNON Lucien, *Les divins Césars*, Paris 2004, pp. 171 ss.

<sup>30</sup> Sur la question du droit naturel à Rome, cf. à titre d'exemple : SENN Félix, *De la justice et du droit : explication de la définition traditionnelle de la Justice ; suivie d'une étude sur La distinction du « Ius naturale et du Ius gentium »*, Paris 1927 ; KAMPHUISEN P. W., *L'influence de la philosophie sur la conception du droit naturel chez les jurisconsultes romains*, in RH 11 (1932), pp. 389 ss ; GAUDEMET Jean, *Quelques remarques sur le droit naturel à Rome*, in AHDO-RIDA 1 (1952), pp. 445 ss ; VOGGENSPERGER René, *Der Begriff des „Ius naturale“ im römischen Recht*, thèse Bâle, Bâle 1952 ; VILLEY Michel, *Deux conceptions du droit naturel dans l'Antiquité*, in RH 31 (1953), pp. 475 ss.

<sup>31</sup> VILLEY (note 5), p. 405.

<sup>12</sup> CICÉRON, *Pro Caecina*, 23, 65 ; IDEM, *Pro Murena*, 12, 27 ; IDEM, *Philippiques*, II 29, 72.

<sup>13</sup> CICÉRON, *Pro Cluentio*, 2, 5.

<sup>14</sup> CICÉRON, *Pro Fonteio*, 10, 21. Pour un exemple de *iudicium aequum* dans la compilation de Justinien, cf. PAULUS, D. 46, 1, 55 (11 quaestionum).

<sup>15</sup> CICÉRON, *De republica*, I, 47.

<sup>16</sup> ARISTOTE, *Ethique à Nichomaque*, V 10 1137a 31 ss. Pour un autre apport philosophique concernant l'équité – définie *isotès*, terme qui pour Aristote consiste dans la justice conçue objectivement – en rapport avec la justice : CHRYSIPPE, *Ethique*, SVF III n° 295.

Cf. également : COING Helmut, *Zur Einfluss der Philosophie des Aristoteles auf die Entwicklung des römischen Rechts*, in SZ 69 (1952), pp. 39 ss ; HUWILER (note 4), p. 36 ; DUVANEL (note 10), pp. 146 ss.

Pour un rapprochement entre Aristote et Cicéron, cf. CIULEI Georges, *Les rapports de l'équité avec le droit et la justice dans l'œuvre de Cicéron*, in RH 46 (1968), p. 643.

<sup>17</sup> PRINGSHEIM Fritz, *Jus aequum und jus strictum*, in SZ 42 (1921), p. 648 ; CARON (note 9), p. 53 ; PINNA PARPAGLIA Paolo, *Aequitas in libera Republica*, Milan 1973, p. 245 ; SILLI Paolo, *Mito e realtà dell' « aequitas christiana »*. *Contributo alla determinazione del concetto di « aequitas » negli atti degli « scrinia » constantiniani*, Milan 1980, p. 165.

<sup>18</sup> ULPIANUS, D. 2, 14, 52, 3 (1 opinionum) ; SCAEVOLA, D. 14, 3, 20 (5 digestorum) ; PAULUS, D. 37, 1, 6, 1 (41 ad edictum) ; PAULUS, D. 44, 4, 1, 1 (71 ad edictum). Cette opposition est également visible chez CICÉRON : *Pro Caecina*, 23, 65 ; IDEM, *Pro Murena*, 12, 27 ; IDEM, *Philippiques*, II 29, 72.

<sup>19</sup> GAIUS, *Inst.* 3, 93 ; ULPIANUS, D. 15, 1, 32 pr. (2 disputationum).

<sup>20</sup> PAPIANUS, D. 26, 7, 36 (3 quaestionum).

<sup>21</sup> PAULUS, D. 46, 1, 55 (11 quaestionum). Cf. aussi : PAPIANUS, D. 46, 6, 12 (12 quaestionum).

<sup>22</sup> ULPIANUS, D. 17, 1, 29, 4 (7 disputationum).

<sup>23</sup> GAIUS, *Inst.* 4, 116 ; PAULUS, D. 44, 4, 1, 1 (71 ad edictum). Sur le rôle et le développement de cette exception, cf. HUWILER (note 4), pp. 36 ss ; ELSENER Ursula, *Les racines romanistes de l'interdiction de l'abus de droit*, thèse Neuchâtel, Bâle 2004, pp. 81 ss ; ABBET Stéphane, *De l'exceptio doli à l'interdiction de l'abus de droit. Etude de droit romain et de droit suisse*, thèse Lausanne, Genève/Zürich/Bâle 2006, pp. 7 s. et 146 ss.

<sup>24</sup> PRINGSHEIM (note 17), p. 651 ; COING (note 16), pp. 50 s. ; BROGGINI Gerardo, *L'abus de droit et le principe de la bonne foi. Aspects historiques et comparatifs*, in Pierre Widmer/

Dès lors que la loi naturelle stoïcienne n'a pas de vocation juridique, il nous faut revenir à Aristote, pour qui le droit procède de l'étude de la nature<sup>32</sup>. Le droit naturel reçoit une connotation expérimentale, sur laquelle les juristes romains ont bâti leurs solutions<sup>33</sup>.

Ce que veut dire Gaius c'est qu'il faut essayer de trouver une solution naturellement juste, et non pas édicter une solution artificielle.

## 2. Le régime juridique du mélange

Nous venons de voir que le droit naturel et l'équité jouent un rôle important dans l'application du droit à la réalité quotidienne. Il en va ainsi également dans la définition du régime juridique du mélange. Comme souvent dans les domaines du droit des biens et du droit des obligations, les solutions casuistiques romaines (**point a**) sont à l'origine de la réglementation abstraite actuelle de notre code civil (**point b**).

### a) En droit romain

Lorsque la séparation des choses mélangées n'est matériellement pas possible, l'issue juridique du mélange est empiriquement naturelle : la copropriété<sup>34</sup>. Cette simplicité n'a pas échappé aux juristes romains<sup>35</sup>. Comme l'a précisé Gaius, la solution est la même en cas de mélange non voulu par les futurs copropriétaires – intervention du hasard ou d'un tiers (Gaius, D. 41, 1, 7, 8–9<sup>36</sup>) :

« Si deux propriétaires veulent mélanger deux matières, ils en font une chose commune, qu'il s'agisse de matières du même genre, comme des vins ou de l'argent, ou de matières différentes, comme du vin et du miel, de l'argent, et même s'il en résulte une nouvelle chose, comme le *mulsum* [vin mêlé de miel] et l'*electrum* [composition de quatre parties d'or pour une partie d'argent].

La règle est identique lorsque les matières de même ou de différents genres ont été mélangées involontairement ».

<sup>32</sup> VILLEY (note 5), p. 85.

<sup>33</sup> VILLEY (note 5), p. 429.

<sup>34</sup> Sur le régime juridique du mélange en droit romain, cf. SCHMIDLIN Bruno, *Droit privé romain I*, Lausanne 1988, pp. 204–205.

<sup>35</sup> PAULUS, D. 6, 1, 8 (12 ad edictum) ; PAULUS, D. 10, 3, 19 (6 ad Sabinum) ; GAIUS, D. 41, 1, 7, 8 s. (2 rerum cottidianarum sive aureorum).

<sup>36</sup> GAIUS, D. 41, 1, 7, 8–9 (2 rerum cottidianarum sive aureorum) : « Voluntas duorum dominorum miscentium materias commune totum corpus efficit, sive eiusdem generis sint materiae, veluti vina miscuerunt vel argentum conflaverunt, sive diversae, veluti si alius vinum contulerit alius mel, vel alius aurum alius argentum : quamvis et mulsi et electri novi corporis sit species. Sed et si sine voluntate dominorum casu confusae sint duorum materiae vel eiusdem generis vel diversae, idem iuris est ».

Essayons de déterminer quelle peut être l'influence philosophique sur la réalité juridique. Pour les stoïciens, un des principes fondamentaux qui gouvernent la société est la garantie et le maintien des possessions/propriétés existantes<sup>37</sup>. Pour eux, dans l'union et le mélange, les rapports de propriété doivent rester inchangés<sup>38</sup>. La copropriété est donc l'issue naturelle<sup>39</sup>. Quant aux péripatéticiens<sup>40</sup>, ils aboutissent au même régime sur la base de considérations différentes : la copropriété est le régime qui s'impose pour garantir l'équilibre existant avant le mélange. On constate donc que la solution juridique – la copropriété – est la même pour les deux écoles, bien que les fondements en soient diamétralement opposés.

Les copropriétaires sont chacun titulaires d'une quote-part correspondant à la valeur de leur apport. Que le mélange soit voulu ou non, si une partie souhaitait séparer les choses mélangées, elle devait recourir à l'action générale en partage, appelée *actio communi dividundo*<sup>41</sup>. Cette action contient à la fois un volet réel – mettre fin à la copropriété – et un aspect obligationnel – résoudre les litiges pécuniaires<sup>42</sup>. Cette solution témoigne de l'héritage aristotélicien : en effet, en mettant fin à la copropriété, celui qui reçoit la chose en propriété se trouve enrichi par rapport aux autres. Les différences patrimoniales devront ainsi être compensées – justice corrective.

Enfin, lorsque la chose nouvelle est de la même nature que les éléments qui la composent (par exemple, mélange de vins de même qualité), certains juristes, emmenés par Pomponius, proposaient le recours à une action en revendication des parties mélangées, proportionnelle au poids (*rei vindicatio pro rata ponderis*)<sup>43</sup>.

<sup>37</sup> VILLEY (note 5), p. 420.

<sup>38</sup> SOKOLOWSKI Paul, *Die Philosophie im Privatrecht, Band I : Sachbegriff und Körper in der klassischen Jurisprudenz und der modernen Gesetzgebung*, Halle 1907, réimpression Aalen 1959, p. 123.

<sup>39</sup> C'était l'idée des Sabinien, cf. les textes cités ci-dessus à la note 35.

<sup>40</sup> Les idées d'Aristote à Rome étaient défendues notamment par les Proculiens : SOKOLOWSKI (note 38), p. 111.

<sup>41</sup> PAULUS, D. 6, 1, 4 (21 ad edictum) et, plus généralement : D. 10, 3.

<sup>42</sup> ULPIANUS, D. 10, 3, 4, 3 (19 ad edictum) ; PAULUS, D. 10, 3, 10, 2 (23 ad edictum).

<sup>43</sup> ULPIANUS, D. 6, 1, 3, 2 (16 ad edictum) qui cite Pomponius ; ULPIANUS, D. 6, 1, 5, 1 (16 ad edictum). L'opinion contraire est défendue par PAULUS, D. 10, 3, 19 (6 ad Sabinum), qui souligne que, bien que composée par des éléments identiques au résultat final, la chose sera néanmoins commune et la copropriété devra être scindée par l'action *communi dividundo*.

Pour une réinterprétation des textes, cf. PLISECKA Anna, *Accessio and specificatio re-considered*, in TR 74 (2006), pp. 45 ss.

## b) En droit suisse (art. 727 CC)

Le mélange est régi, en droit suisse, par l'art. 727 alinéa 1 CC<sup>44</sup>. Dans les grandes lignes, les solutions romaines ont été retenues<sup>45</sup>.

Selon l'article 727 alinéa 1 CC, le mélange consiste dans l'union de deux ou plusieurs choses mobilières différentes appartenant à divers propriétaires « de telle sorte qu'il n'est plus possible de les séparer sans détérioration notable, ou qu'au prix d'un travail et de frais excessifs ». Il en résulte une chose qualitativement nouvelle, différente des produits initiaux. Comme le précise Steinauer, le mélange peut lier les produits de façon que ceux-ci disparaissent en tant que tels (exemple : deux sortes de vin), ou alors il peut aussi laisser subsister chaque produit en tant que tel (exemple : mélange de plusieurs sortes de céréales)<sup>46</sup>. Enfin, la doctrine s'interroge sur la question de savoir si l'article 727 CC peut s'appliquer directement ou seulement par analogie au mélange de produits de même nature (exemple : du pétrole de même qualité)<sup>47</sup>. Cependant, comme nous le verrons, on admet généralement que le mélange de pièces de monnaie et de billets de banque présente des caractéristiques propres qui justifient un régime juridique spécifique.

Lorsque, dans un cas d'espèce, les choses de deux propriétaires sont unies ou mélangées sans que l'on puisse considérer que l'une des choses soit l'accessoire de l'autre – il s'agirait, dans le cas contraire, d'une accession (art. 727 al. 2 CC) –, la loi instaure, sur le plan des droits réels, une copropriété (art. 646 ss CC). Les quotes-parts des copropriétaires sont établies en fonction de la valeur des choses d'origine. Pour dissoudre la copropriété, il ne peut pas y avoir recours au partage en nature – qui contredirait l'art. 727 al. 1 CC –, mais les copropriétaires doivent se mettre d'accord soit pour une vente aux enchères ou de gré à gré avec répartition du produit, soit pour la vente à l'un parmi eux (art. 651 al. 1 CC). En cas de désaccord, ils peuvent saisir le juge (art. 651 al. 2 CC). Investi de l'appréciation et du choix, consécutif, du mode de partage, le juge doit se laisser guider par l'équité (art. 4 CC).

A priori, rien dans la rédaction de l'article 727 CC ne laisse entrevoir si la solution juridique est issue de considérations philosophiques<sup>48</sup>. Cependant,

<sup>44</sup> Sur le régime juridique du mélange en droit suisse, cf. STEINAUER Paul-Henri, *Les droits réels II*, 2<sup>me</sup> éd., Berne 2002, n<sup>os</sup> 2116 ss.

<sup>45</sup> Cf. SCHMIDLIN (note 34), p. 205.

<sup>46</sup> Cf. STEINAUER (note 44), n<sup>o</sup> 2118b.

<sup>47</sup> Sur cette question, cf. HAAB Robert/ZOBL Dieter, *Zürcher Kommentar*, IV/1, Zurich 1977, n<sup>os</sup> 31 et 48 ad art. 727 CC ; LIVER Peter, *Das Eigentum*, in Max Gutzwiller et al. (édit.), *Schweizerisches Privatrecht*, V/1, Bâle/Stuttgart 1977, p. 381, ainsi que STEINAUER (note 44), n<sup>o</sup> 2118d. Se sont prononcés pour une application directe de l'art. 727 CC : STEFFEN Hans Christoph, *Zur Vermischung fungibler Sachen*, thèse Zurich, Zurich 1989, pp. 43 ss ; REY Heinz, *Die Grundlagen des Sachenrechts und das Eigentum*, 2<sup>ème</sup> éd., Berne 2000, p. 468 s. n<sup>os</sup> 1938 ss.

<sup>48</sup> La réglementation française renvoie, elle, explicitement à l'équité naturelle : art. 565 al. 1 CCF : « Le droit d'accession, quand il a pour objet deux choses mobilières appartenant à deux maîtres différents, est entièrement subordonné aux principes de l'équité naturelle ».

dans l'avant-projet de Code civil, Eugen Huber soulignait que le régime de la copropriété en cas d'accession et de mélange était la « seule solution équitable »<sup>49</sup>. Par ailleurs, la notion aristotélicienne de justice corrective apparaît aussi bien par le recours à l'équité dans le mode de partage (art. 651 al. 2 CC) que dans le règlement des comptes sur le plan obligationnel. Dans cette dernière hypothèse, l'article 727 alinéa 3 CC réserve en effet les actions en dommages-intérêts (art. 97 ss CO et 41 ss CO) et celles qui dérivent de l'enrichissement (art. 62 ss CO).

### III. Le mélange d'argent (*commixtio nummorum*)

Dans l'ATF 47 II 267, le Tribunal fédéral a considéré que le régime légal du mélange, tel que nous venons de l'exposer, ne s'appliquait pas dans le cas du mélange d'argent. En effet, selon le Tribunal fédéral, « celui qui, même de mauvaise foi, mélange l'argent d'autrui avec le sien, devient propriétaire du tout »<sup>50</sup>. Cette règle prétorienne était notamment basée sur le fait que la solution retenue était conforme « au droit commun ».

Il s'agira ici de définir le régime jurisprudentiel du mélange d'argent et sa compréhension par la doctrine (**section 1**), puis de remonter aux sources romaines, plus précisément à un fragment du juriste Iavolène, pour constater que la solution helvétique s'inscrit effectivement dans la tradition romaniste (**section 2**).

#### 1. Le régime défini dans l'ATF 47 II 267

Dans son arrêt du 29 juin 1921, publié aux ATF 47 II 267, le Tribunal fédéral a tranché un litige opposant la Confédération à un ancien employé ayant commis des détournements de fonds dans ses fonctions au sein du bureau fédéral de constructions à Saint-Maurice. L'employé avait déposé dans le tiroir de son bureau, dont il avait la clé, quatre boîtes en fer contenant au total 3'090 fr. Lors de l'enquête pénale diligentée dans cette affaire, l'employé s'est exprimé sur l'origine de cette somme trouvée en sa possession. Il déclara que 700 fr. provenaient d'économies faites sur ses indemnités de déplacement, 1'720 fr. vraisemblablement de ses détournements et que 670 fr. avaient été retirés par lui dans une banque où il les avait en dépôt.

La question soumise au Tribunal fédéral était de savoir si la Confédération était en droit de revendiquer tout ou partie de la somme de 3'090 fr. dans la faillite de l'employé. Avant de définir le régime applicable en l'espèce, le

<sup>49</sup> HUBER Eugen, *Exposé des motifs de l'avant projet du Département fédéral de Justice et Police*, Berne 1902, p. 501.

<sup>50</sup> Cf. ATF 47 II 267, c. 2.

Tribunal fédéral a pris le soin de distinguer trois hypothèses qu'il écarta pour divers motifs.

Premièrement, le Tribunal fédéral rappela que pour pouvoir revendiquer un bien il fallait être en mesure d'établir sa qualité de possesseur antérieur sur ce bien. Or, lorsque des pièces d'or de diverses origines avaient été mélangées de manière à ce qu'il n'était guère possible de les individualiser, le lésé, en l'espèce la Confédération, était dans l'impossibilité d'établir son droit de propriété sur certaines d'entre elles. Deuxièmement, il n'était pas possible d'appliquer par analogie l'article 727 CC au mélange de pièces de monnaies puisqu'il ne s'agissait pas d'une chose nouvelle dont le partage serait impossible ou simplement dommageable. Enfin, il n'était pas non plus envisageable de considérer une partie des pièces comme l'accessoire de l'autre.

Le Tribunal fédéral parvint ainsi à la conclusion qu'il fallait « dès lors admettre que, conformément au droit commun, celui qui, même de mauvaise foi, mélange l'argent d'autrui avec le sien, devient propriétaire du tout et que seule une action personnelle peut être dirigée contre lui »<sup>51</sup>. Selon ce régime, l'ancien propriétaire ne dispose donc envers l'acquéreur que d'une action pour enrichissement illégitime<sup>52</sup>.

La doctrine dominante approuve cette solution jurisprudentielle compte tenu des particularités du mélange d'argent<sup>53</sup>. Notons cependant que, selon Liver, ce régime spécifique est injustifié<sup>54</sup>. Il convient selon lui d'appliquer au mélange d'argent la règle générale de l'article 727 al. 1 CC, combinée avec l'article 484 CO, relatif au mélange de choses entreposées, et de tenir compte, cas échéant, du principe selon lequel la monnaie ne peut être revendiquée contre l'acquéreur de bonne foi (art. 935 CC).

## 2. Le fragment du jurisconsulte Iavolène (D. 46, 3, 78)

« Der Erwerb des Alleineigentums durch den Vermengenden gilt seit Jahrhundert zu Recht als (echte) Sonderregel für Geldstücke »<sup>55</sup>. Le régime juridique du mélange d'argent en droit suisse s'inscrit ainsi dans la tradition du droit commun (*ius commune*)<sup>56</sup>, c'est-à-dire du droit qui a été développé à partir du XIIe siècle sur la base de l'étude et de l'interprétation des sources romaines classiques et qui devint progressivement le fondement de la science juridique européenne<sup>57</sup>.

<sup>51</sup> ATF 47 II 267, c. 2.

<sup>52</sup> Cf. STEINAUER (note 44), n° 2121.

<sup>53</sup> Cf. HAAB/ZOBL (note 47), n° 84 ss *ad* art. 727 CC, ainsi que STEINAUER (note 44), n° 2121 et références citées, note 310.

<sup>54</sup> Cf. LIVER (note 47), pp. 384 ss.

<sup>55</sup> WACKE Andreas, *Die Zahlung mit fremdem Geld*, in BIDR 79 (1976), p. 117.

<sup>56</sup> Sur la tradition historique de la règle, cf. aussi HAAB/ZOBL (note 47), n° 84 *ad* art. 727 CC.

<sup>57</sup> Cf. STEIN Peter, *Le droit romain et l'Europe, Essai d'interprétation historique*, Genève/Zürich/Bâle 2004, pp. 51 ss.

En l'occurrence, la source d'inspiration principale est un fragment du jurisconsulte Iavolène (env. 50–106 ap. J.-C.), lequel succéda à Sabinus comme chef de file des Sabinien (D. 46, 3, 78<sup>58</sup>) :

« Si des pièces de monnaie ont été versées à l'insu de leur maître ou contre son gré, elles restent sa propriété. Si elles ont été mélangées, de sorte que l'on n'arrive plus à les reconnaître, elles seront la propriété de celui qui les a reçues, comme il a été décidé dans les livres de Gaius, en sorte que l'action du vol appartient au maître contre celui qui a fait le paiement ».

Iavolène traite du cas dans lequel un tiers paye une marchandise qu'il achète avec de l'argent qui ne lui appartient pas, sans l'accord du propriétaire de l'argent<sup>59</sup>. Si cet argent est mêlé à celui du vendeur dans la caisse de celui-ci de telle manière qu'il n'est plus possible de le distinguer et de l'individualiser, le vendeur en devient propriétaire : *extinctae res vindicari non possunt* (Gaius, *Inst.* 2, 79). Il en résulte que son ancien propriétaire ne peut exercer une action en revendication de ces pièces contre le vendeur. En revanche, il est titulaire d'une action pour vol contre le tiers.

Dans l'hypothèse visée par Iavolène, le tiers payeur est de mauvaise foi. On considère cependant que les juristes romains observaient la même conséquence en cas de paiement de bonne foi<sup>60</sup>. Ainsi, en généralisant la perspective, on peut tirer la règle suivante : l'argent venant de différents propriétaires forme une somme qui appartient à celui qui la reçoit et la mélange avec son propre argent lorsque l'origine des pièces n'est plus identifiable. Comme le résume Schmidlin, « l'argent s'additionne dans la main de celui qui le possède »<sup>61</sup>.

Ainsi, l'argent bénéficiait d'un statut particulier. N'existant pas pour lui-même, sa signification procède d'un acte proto-fondateur<sup>62</sup>, qui lui permet d'être le référent commensurable pour tous les objets, garantissant ainsi les échanges<sup>63</sup>. Cette affectation particulière est attestée également par des textes

<sup>58</sup> IAVOLENUS, D. 46, 3, 78 (11 ex Cassio) : « Si alieni nummi in scio vel invito domino soluti sunt, manent eius cuius fuerunt : si mixti essent, ita ut discerni non possent, eius fieri qui accepit in libris Gaii scriptum est, ita ut actio domino cum eo, qui dedisset, furti competere ».

<sup>59</sup> Pour un commentaire de ce fragment, cf. FUCHS Johannes Georg, *Iusta causa traditionis in der Romanistischen Wissenschaft*, Bâle 1952, pp. 186 ss ; KASER Max, *Das Geld im römischen Sachenrecht*, in TR 29 (1961), pp. 185s ; SCHERMAIER Martin Josef, *Teilvindikation oder Teilungsklage ?*, in ZSS 110 (1993), pp. 149 ss ; ainsi que WACKE (note 55), pp. 113 ss et les nombreuses références citées pp. 113 s., note 273.

<sup>60</sup> Cf. WACKE (note 55), pp. 114 s.

<sup>61</sup> SCHMIDLIN (note 34), p. 206.

<sup>62</sup> La monnaie n'existe pas en tant que telle en nature, elle acquiert son rôle économique et social par la volonté de l'homme. Pour cette raison Aristote dérive l'étymologie de « monnaie » (*nomisma*) de « loi » (*nomos*) : ARISTOTE (note 16), V 5 1133a 30 ss. Cf. également : HENRY Michael, *Penser philosophiquement l'argent*, in Comment penser l'argent ? Textes réunis et présentés par Roger-Pol Droit, Paris 1992, pp. 73 ss.

<sup>63</sup> ARISTOTE (note 16), V 5 1133b 16 ss.

romains, dans lesquels les juristes mettent en évidence la transmissibilité extrêmement souple de la monnaie<sup>64</sup>. Cette dernière n'est donc pas un objet comme les autres ; de par sa fonction, elle est appelée à circuler de main en main et à conférer un pouvoir abstrait d'acquisition<sup>65</sup>. L'enfermer dans un système rigide de copropriété la viderait de son but.

#### IV. Conclusion

Fruit d'une histoire longue de plus d'un millénaire, le droit privé romain de l'Antiquité constitue le fondement sur lequel s'est progressivement édifié le droit privé des Etats de l'Europe continentale. En droit suisse, on sait qu'une très grande partie des notions fondamentales et règles spécifiques du droit privé sont d'origine romaine<sup>66</sup>. Il en va en particulier ainsi en droit des biens et en droit des obligations.

Le régime juridique du mélange en est un bon exemple. La règle définie à l'article 727 al. 1 CC, selon laquelle en cas de mélange de choses appartenant à divers propriétaires, les intéressés deviennent en principe copropriétaires de la chose nouvelle, se trouve proposée dans divers fragments des grands juriconsultes romains. Plus remarquable encore, le problème du mélange d'argent, qui n'est pas traité spécifiquement dans le Code civil suisse, a fait l'objet d'une règle prétorienne directement fondée sur le droit romain : celui qui mélange de l'argent d'autrui avec son propre argent en devient propriétaire si l'individualisation des pièces ou billets n'est plus possible.

L'étude du droit romain, de ses développements et de ses prolongements dans nos droits modernes constitue un élément essentiel dans la formation des juristes contemporains. C'est une constatation que nous partageons avec le récipiendaire, dont nous emprunterons les propos, pour conclure : « gerade die historische Kontinuität, welche das heutige Privatrecht formal und inhaltlich weithin bestimme und überdies eine kontinentaleuropäische Zivilrechtslehre zu stiften vermochte, bedinge eine solche „pandektenartige“ Vorlesung als unerlässliche Propädeutik für die verständige Erarbeitung des heutigen bürgerlichen Rechts, seiner Theorie sowie auch für den Zugang zur Rechtsvergleichung »<sup>67</sup>.

<sup>64</sup> GAIUS, D. 26, 8, 9, 2 (12 ad edictum provinciale) ; celui qui, de bonne foi, utilise l'argent d'autrui rend le destinataire propriétaire des pièces de monnaie : PAULUS, D. 12, 1, 2, 4 (28 ad edictum) ; ULPIANUS, D. 45, 1, 29 pr. (46 ad Sabinum).

<sup>65</sup> Cf. SCHMIDLIN (note 34), p. 206 et WACKE (note 47), pp. 117 s.

<sup>66</sup> Cf. DUNAND Jean-Philippe/KELLER Alexis, *L'Europe, la Suisse et l'expérience du droit romain*, préface de l'ouvrage de Peter Stein, *Le droit romain et l'Europe*, Essai d'interprétation historique, Genève/Zurich/Bâle 2004, pp. XIII ss.

<sup>67</sup> SOLIVA Claudio/HUWILER Bruno, éditeurs de l'ouvrage de Julius G. Lautner (1896–1972), *Zur Bedeutung des römischen Rechts für die europäische Rechtskultur und zu seiner Stellung im Rechtsunterricht*, Zürich 1976, p. 201.