



HAL
open science

Commentaires de Piet Peck sur presque tous les titres du droit civil qui intéressent la matière maritime. Une traduction. Première partie

Dominique Gaurier

► To cite this version:

Dominique Gaurier. Commentaires de Piet Peck sur presque tous les titres du droit civil qui intéressent la matière maritime. Une traduction. Première partie. 2024. hal-04667025

HAL Id: hal-04667025

<https://hal.science/hal-04667025v1>

Submitted on 2 Aug 2024

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.



Distributed under a Creative Commons Attribution - NonCommercial - ShareAlike 4.0 International License

[815] Aux très grands conseillers
du sacré Sénat de la très florissante ville de Zirickzee,
Piet Peck de Zirickzee, juriconsulte, donne son meilleur salut

Marcus Tullius Cicéron dit :

« La raison de toute notre vie, très grands hommes, doit se transmettre à un tel point que nous laissons à ceux qui nous suivent la grande renommée de notre nom à partir des mérites rassemblés dans la patrie ».

Alors que j'ai soigneusement pesé avec moi-même assez longuement l'origine de la vie humaine et que j'ai souvent rappelé à l'esprit le lieu de notre naissance, quoique je désire être doté de toutes les vertus, rien ne fut cependant plus à souhait que de reconnaître combien pour tout, je suis très reconnaissant envers votre République emplie d'hommes très florissants, d'hommes très courageux, par la faculté des citoyens les meilleurs, qui nous a exposé nous et nos ancêtres non seulement au monde, mais qui les a accompagnés partout avec des profits innombrables et les plus immédiats. Il n'y eut en effet pas de temps, ni pour les honneurs, ni pour mes études, durant lequel je n'ai pas connu [une cité] plus appliquée et plus éprise de mon salut et de ma dignité, non par un jugement tacite, mais par une déclaration claire. **[816]** Rapporterais-je ici avec quel grand honneur vous avez accompagné le lauréat, avec quelle humanité vous avez reçu celui qui venait à vous ?

Assurément, si la place au cirque sur un siège curule a été permise à Marcus Valerius Volesius fils ¹ pour le spectacle, parce qu'il chassa les Sabins, s'empressa de prendre la fuite et sortit des camps, si l'on a accordé à Caius Duilius ², parce qu'il dispersa la flotte carthaginoise lors d'un combat naval, en plus du siège curule, que chaque fois qu'il se retirait de table, une torche soit portée devant lui et qu'un joueur de flûte joue devant lui, si l'on a accordé en récompense aussi à Lucius Metellus ³ de la meilleure façon au mérite de la République qui eut une vieillesse privée de ses yeux, de sorte que, chaque fois qu'il se rendait au Sénat, on le transportait en char. Quant à moi, grands dieux, qui ne peux absolument pas me comparer à eux, à la faveur de la petite part d'honneur dont je suis considéré avoir peut-être pourvu ma très chère patrie, je n'ai pas été exclu de moindres récompenses. Mais, comme je ne peux faire que rapporter vos mérites et vos grâces pour chaque chose, je crains qu'ici ma proclamation de vos faveurs soit considérée plus comme non bienvenue qu'arrogante.

En conséquence, du fait que celui est plus lent à reconnaître de grandes faveurs est très lourdement à blâmer, et on l'appelle non seulement un ingrat, ce qui est en soi rigoureux, mais encore quelqu'un qui manque à ses devoirs, c'est inévitable. Comme c'est à juste titre que, chez les Perses, les Athéniens et les Macédoniens, on accordait ainsi contre ceux qui étaient sans reconnaissance l'action d'ingratitude et que l'on ordonnait un jugement comme s'ils étaient salis d'un grand crime, bien que je n'ignore point combien il est dangereux pour moi de ne point encore m'exposer moi-même au théâtre dédaigneux de ce monde avec une justice confirmée et les années qui croissent jusqu'à maintenant, cependant, vaincu par les prières de certains de mes meilleurs amis, auxquels je ne peux absolument rien honnêtement refuser, j'ai décidé de placer la

¹ Selon Tite-Live, il s'agit du fils de Valerius Volesius Publicola. Ce dernier est l'un des fondateurs de la République romaine avec Brutus, à l'occasion de la découverte du viol de Lucrece par les Tarquin. Valerius fils, dont il est ici parlé, fut plusieurs fois consul.

² Consul romain en 260 av. J.-C. qui, le premier, vainquit les Carthaginois sur mer à Myles, près de la côte sicilienne. Cette victoire navale coûta quelque 58 vaisseaux aux Carthaginois. Il aurait gagné cette victoire en recourant à l'usage d'un grappin, appelé *corbeau*, qui facilitait grandement les abordages. Le Sénat lui accorda des honneurs particuliers et fit même élever au milieu du Forum une colonne rostrale qui subsiste en partie aujourd'hui.

³ Il s'agit ici de Lucius Cæcilius Metellus, qui fut consul en 251 av. J.-C., battit les Carthaginois à Panorme en leur prenant 120 éléphants. Il perdit la vue en sauvant le Palladium au milieu d'un incendie.

dignité et le salut de votre République en tout cas avant toutes mes études convenables plus sérieuses et avant les raisons privées quelles qu'elles soient.

Du reste, alors que, à partir du jeûne et de notre terre d'exil, j'essaie de donner à Alcinoüs des figures et à Flora des couronnes, c'est-à-dire à vos très excellents talents dont votre très heureuse République regorge, ne parlant pas de nos travaux, je porte mes regards sur des juges absents contre moi et je pense au moyen par lequel il faut arriver au très exact théâtre du tribunal. En effet, à quoi bon rappeler ici le seigneur Jérôme de Zeroekskerke, de l'ordre équestre, sommet de toutes les sciences, que la nature a appliqué à tous les dons de l'esprit de la façon la plus absolue ? A quoi bon [rappeler] le seigneur Livinus Burgius avec son fils, parent très aimé, pour tous les citoyens, un modèle de vertu, de caractère antique, de génie ? A quoi bon [rappeler] le porteparole de la ville Vitellius, dont nul oubli n'aura jamais effacé la gloire, [l'homme] le plus décoré par la place, le rang, le nom, la vertu et le talent ? A quoi bon [rappeler] les trois frères Claessens, que, pour ma part, j'ai toujours jugés les plus dignes par toutes leurs vertus, de continence, de gravité, de foi, de force de caractère et enfin par tout leur honneur ? Quant à moi, quand je les place face à moi, à l'exception de beaucoup d'autres encore, dont un grand nombre de cités peut ⁴ louer la doctrine plutôt qu'en être jaloux, comme un miroir très éclatant pour les yeux chaque jour, versé dans les commentaires des lois par une lecture assidue, j'ai pensé qu'il n'était pas futile, ridicule, puéril, mais utile et fort, digne de vos talents et qu'il fallait rechercher [817] un argument pour le don.

Nous avons enfin trouvé, hommes très honorables, cette matière maritime, pratiquée par Ulprien lui-même avec de grands onguents, jamais exposée devant vos yeux auparavant (comme je le pense), arrangée pour un usage quotidien, pour la coutume des citoyens et pour le tribunal. J'ai voulu que celle-ci soit illustrée par de quelconques annotations, à ne pas mépriser, comme je l'espère, pour vous qui pourrez juger habilement et de façon appropriée de l'argument exposé, de la nature, de l'art ou du talent, [j'ai voulu] qu'elle vous soit consacrée et vouée, par quoi j'espère obtenir, si la fortune ne me manque pas, que les hommes pensent maintenant que nous étions sous la grande protection de votre République et qu'ils nous gardent en mémoire pour l'avenir. Mais, s'il m'échappait moins qu'à partir d'un si grand amoncellement d'études, la profession de bonne volonté est du moins très féconde, je constate que de nombreux et grands honneurs proviennent de cette chose seulement. Je ne fais pas naître de paradoxes, grands dieux, ou des opinions extraordinaires et je ne suis pas devenu tremblant et effarouché par le grondement de la côte baltique, quoique horrible, de sorte que j'en vienne à être honteux de regarder autour de moi les opinions qui ont été reçues par des gens plus sensés : nous ne désapprouvons pas absolument et immédiatement les opinions des anciens, nous ne portons pas la main, avec un égoïsme raboteux, sur Bartole ⁵, Balde ⁶, Alexandre ⁷, mais comme en suivant leurs propos derrière le dos des moissonneurs, nous les avons rassemblés en gerbes, une fois évacués les déchets, s'ils font défaut ; nous les avons confirmés par le pinceau d'un argument plus valide et en somme, nous

⁴ Il est probable qu'il faille ici corriger le texte et lire non *possum*, qui n'aurait pas de sens eu égard à la construction de la phrase, mais *possunt*.

⁵ Bartolo di Sassoferrato (1313-1356) est le premier auteur à avoir entrepris de réaliser un commentaire suivi sur toutes les parties du *Corpus juris civilis* de Justinien. Il y a si bien réuissi que ses successeurs n'ont pas manqué de se réclamer de lui. Charles Dumoulin l'avait surnommé « le coryphée des interprètes du droit ». C'est en tout cas lui qui commença le travail de ceux que l'on appela par la suite les commentateurs, faisant du droit romain une forme de modèle applicable tel quel aux circonstances de leur époque, sans envisager de remettre les règles romaines dans leur contexte historique, ce que fera l'école humaniste au XVI^e siècle.

⁶ Baldo de Ubaldis ou Baldo degli Baldeschi (1327-1400), juriste de Pérouse, fut un élève de Bartole. Lui-même produisit toute une série de commentaires sur le *Corpus juris civilis* de Justinien, mais aussi sur les Décrétales de Grégoire IX et sur le Livre des fiefs. Il donna en outre un ouvrage de *Consilia*, réponses aux demandes de consultation faites par ses contemporains venus le consulter, ainsi qu'un commentaire sur la Paix de Constance, paix publiée par l'empereur d'Allemagne Frédéric Barberousse, signée en 1183 avec les cités lombardes qui s'étaient révoltées, ainsi qu'un dernier ouvrage sur les *Questions et tortures*.

⁷ Alessandro Tartagni d'Imola (1424-1477) enseigna le droit à Padoue et à Bologne. Il laissa de commentaires sur le Code de Justinien et sur le Digeste, un ouvrage de *Consilia*, ainsi que des additions sur Bartole et sur Balde.

avons entrepris de faire revenir la vérité pour ce qui est difficile et ce qui se cache dans le puits de Démocrite (comme l'on dit).

Aussi, plutôt au ciel qu'il nous soit permis d'expliquer de façon aussi convenable et aussi limpide ce que nous avons reçu, de sorte que l'on puisse l'entendre aussi à partir de ce qu'il y a de mieux. Aussi espéré-je que mon application et mon devoir envers vous vous seront très reconnaissants, quoique avec déjà de nombreux arguments ; cependant, vous le déclarerez alors surtout, du fait que vous avez stimulé les gages très chers de la nature venant des enfants par un excès insensiblement et par ces savoir-faire par lesquels l'âge de l'enfance, imprégné et emporté par de plus hautes disciplines, est ordinairement façonné, [vous avez stimulé] à montrer un même devoir envers la très douce patrie. En effet, quoi de plus stupide que de mettre devant une grave et solide gloire un pouvoir inutile, des richesses qui excitent l'envie, une avidité précipitée et lubrique d'acquérir ? C'est pourquoi Platon, à bon droit, pensait alors finalement que les Républiques seraient heureuses si les savants ou les sages avaient commencé à les gouverner.

J'omets maintenant ceux qui ont représenté les lois et la sagesse elle-même, le sanctuaire de la sagesse divine de la loi ayant été mis à part, à partir d'eux, comme Pallas à partir de la tête de Jupiter. Assurément, si lors d'une solitude la plus déserte, je voulais me plaindre et me lamenter devant les pierres et les rochers, toutes les choses muettes et inanimées seraient émues d'une si grande et si indigne horreur. Trouvez donc bon tout ce qui ressortit à un présent, hommes très graves, par quoi j'ai voulu vous remercier. Assurément, tout ce qui est donnera à tous le témoignage éternel de ma volonté envers votre très florissante République. Je m'en remets, je m'abandonne, je me lie à votre République et, si ce sont là des ornements qui peuvent venir de moi, je travaillerai afin que tous entendent que le compte de la patrie et de la dignité de mes ancêtres a été tenu par moi en toutes choses. Portez-vous bien.

À Louvain, le 22 février 1556.

*

[Première partie]

[818] Sur le titre 9 du livre 4 du Digeste : Pour que les matelots, les aubergistes et les maîtres d'écurie⁸ rendent ce qu'ils ont reçu

1 - Les matelots, les aubergistes et ceux qui hébergent avec les montures, un type d'hommes malhonnêtes

2 - La négligence de Tribonien

3 - Ce qu'il en est de l'auberge et de l'écurie de façon atténuée

Tandis que le préteur romain, la méchanceté croissant de jour en jour, avait veillé à établir une fidélité rare entre des mortels et (comme le dit celui-ci) avait entrepris de protéger les hôtes de l'hôtelier, il a proposé ce très utile édit, par lequel on serait attentif à l'encontre d'une si grande malhonnêteté et perfidie. Et certes, contraints par une certaine nécessité, nous suivons en général principalement leur confiance : il a évité (1) qu'un type très évident et malhonnête d'hommes, qui souvent se sont unis, à l'encontre de la bonne foi des marchands et du droit des gens, avec des voleurs contre ceux qu'ils reçoivent au détriment de beaucoup. Mais, si (comme il peut se faire), les maîtres eux-mêmes, entre les mains desquels se trouve le soin de toute la pratique, étaient de bonne foi et séduits par nul crime, de façon certaine la domesticité est cependant d'une farine plus impure, pour qu'on l'emploie ordinairement. Comme la chose est d'un tout à fait mauvais exemple dans la République et que la misère quotidienne des voyageurs avait réclamé un remède, le préteur a proposé une double action *in factum* ou en fonction des circonstances du fait⁹ : l'une qui est dite « au regard de ce qui a été reçu » et dont on traite dans la première partie du titre, mais l'autre, que peuvent exercer ceux qui naviguent et les voyageurs contre l'armateur au sujet du délit des serviteurs. Il ne faut pas juger cela trop sévère et indigne de l'équité du préteur, du fait qu'il est du pouvoir de l'armateur de choisir ses serviteurs et de vérifier d'abord s'ils sont fidèles et vertueux. Mais il n'est fait nulle mention de la seconde action *in factum* (« en fonction des circonstances du fait ») dans le titre, (2) je pense que cela est dû à la négligence de Tribonien¹⁰,

⁸ Le texte latin utilise le mot *stabularius*, qui désigne les aubergistes disposant d'une écurie et qui peuvent ainsi recevoir les gens qui voyagent en compagnie de leur monture. Souvent la monture et le cavalier pouvaient être logés ensemble.

⁹ L'action *in factum* du droit romain vise des cas que le droit civil, c'est-à-dire le droit de la cité, ne protège pas. En conséquence, le préteur va exposer, dans le cadre de la formule qu'il délivre aux parties pour se rendre auprès du juge, la situation qui lui paraît mériter une protection ; il chargera alors le juge d'en vérifier la réalité avant de procéder éventuellement à une condamnation. C'est parce que ces actions reposent sur l'exposé des faits qu'elles ont été appelées actions *in factum*, ou « sur le fait, en fonction des circonstances du fait ». Ce type d'action, que le préteur crée en vertu de son pouvoir de commandement ou *imperium*, a permis un développement assez considérable du droit romain, en dehors des précédents offerts par le *ius civile* ou « droit civil », notamment au regard du droit des obligations.

C'est ainsi par le biais de cette action que le préteur a permis au propriétaire d'un meuble dont il a été dépossédé par violence d'engager une action, alors qu'il n'avait pas engagé la procédure dans l'année de la dépossession ; de même, l'action accordée contre un défendeur récalcitrant, en vue d'obtenir de lui une amende pour refus de comparution ; et comme ici, l'action engagée contre les aubergistes, matelots et maîtres d'écuries au regard des bagages qu'amènent avec eux leurs hôtes.

On notera que cette action *in factum* est très proche de l'action *on the case* du droit anglais, qui favorisera également le développement du droit du contrat en *Common Law*, ce qui n'a rien pour étonner, lorsqu'on sait que, comme le droit romain, le droit anglais est essentiellement un droit procédural. On y reviendra un peu plus loin, cf. *infra* note 80.

¹⁰ Tribonien fut chargé par l'Empereur Justinien (525-565) de diriger le travail de codification du droit romain. Il avait tenu différentes fonctions importantes, comme consul ou questeur, et connaissait bien les œuvres des juristes de l'époque classique. C'est notamment lui qui dirigea les équipes de compilateurs formées pour composer le Digeste par la Constitution *Deo auctore* en ces termes : « (...) nous vous commandons de choisir comme collègues dans votre tâche ceux que vous trouverez convenables, à la fois parmi les plus éloquents professeurs ou des plus capables des gens de robe de la haute cour de justice. Ces hommes ont maintenant été placés ensemble, introduits dans le palais (...) et nous leur avons confié l'exécution de l'ensemble du travail, entendant que toute l'entreprise sera exécutée sous votre très vigilant contrôle » (*Deo auctore*, 3). Il aurait ainsi accompli cette tâche en trois années. Tribonien aurait également supervisé la rédaction des *Institutes*, faite par deux professeurs, l'un de Beyrouth, l'autre de Constantinople, Dorothee et Théophile, *Institutes* qui constituent une véritable introduction à l'encyclopédie que forme le Digeste.

qui n'a pas édité tout l'édit du préteur. (3) Mais nous expliquerons ce qu'il en est de l'auberge et de l'écurie bientôt après dans le contexte.

Loi 1 [D. 4, 9, 1 pr § 1] : Ulpien, au livre XIII *Sur l'Édit du préteur*

« Le préteur dit : "Les marins, les aubergistes et les maîtres d'écurie, parce que ce qui a été reçu restera sauf, s'ils ne le restituent pas, contre eux, j'accorderai une action". 1 - L'utilité de cet Édit est très importante, parce qu'il est nécessaire en général de suivre leur foi et de confier des biens à leur garde. Que nul ne pense que ceci ait été établi de façon pesante contre eux, car il appartient à leur jugement de ne pas recevoir quelqu'un, et s'il n'avait pas été établi, matière leur serait donnée, avec des voleurs à l'encontre de ceux qu'ils reçoivent, de s'allier, du fait qu'ils ne s'abstiennent pas même maintenant de fraudes de ce type ».

SOMMAIRE

- 1 - Raison de douter de cette loi
- 2 - Raison pour en décider
- 3 - Raison de l'édit
- 4 - La fraude des matelots
- 5 - Précaution contre la fraude des matelots
- 6 - Chacun est tenu de recevoir les serviteurs de l'Empereur en hospitalité par nécessité
- 7 - Les aubergistes sont tenus de recevoir en hospitalité contre leur gré
- 8 - L'occasion entraîne au mal

LE PRÉTEUR DIT : "J'ACCORDERAI UNE ACTION". (1) Cela peut être considéré comme admirable, du fait que les matelots, les aubergistes et les maîtres d'écurie sont considérés recevoir une rémunération, non pour la garde des choses transportées, mais seulement pour l'usage du navire, de l'hospitalité ou de l'écurie et l'on peut imputer aux propriétaires eux-mêmes le fait qu'ils n'aient pas accordé une meilleure garde. Mais on a fait une réponse contre cela. (2) En effet, bien qu'ils reçoivent une rémunération seulement pour le transport, ils sont cependant tenus de la garde. Car, un foulon et un raccommodeur ne reçoivent pas une rémunération pour la garde et cependant, ils sont tenus *ex locato* (*i. e.* sur le fondement de leur offre de services) de la garde. Mais le fait que l'on dise que la rémunération n'est pas acquittée pour la garde ne doit pas être entendu autrement que [comme] le fait que les matelots, les aubergistes [819] et les maîtres d'écurie reçoivent une rémunération pour la garde, non en premier lieu et à titre principal, mais de façon secondaire et en tant que conséquence. Car ils reçoivent en même temps quelqu'un avec ses biens, ou des marchandises sans une personne [pour les accompagner] : ils sont censés le faire par le contrat lui-même, afin de restituer absolument sauves les marchandises. (3) C'est pourquoi cet édit n'est pas considéré à ce point s'éloigner beaucoup d'un dépôt, si nous voulons envisager l'origine, les qualités des deux choses et le droit des gens, qui ont égard à la restitution. Mais c'est une action répersécutoire¹¹ qui est intentée au sujet de ce qui est remis et elle est accordée au simple¹². Aussi l'utilité de cet édit est-elle très grande (comme le dit à bon droit Ulpien). En effet, comme nous devons généralement nous en remettre à leur foi et confier nos biens à leur garde, il faut réprimer de diverses façons la matière [qui consiste] à s'unir avec des voleurs à l'encontre de ceux qu'ils reçoivent. Souvent en effet, ils s'unissent non seulement rapidement avec des voleurs, mais aussi eux-mêmes permettent le vol. (4) Car, qui ignore, demandé-je, les vols criminels de ceux qui ruinent les vins confiés à leur foi et à transporter dans d'autres régions, et qui remplissent les récipients en retour avec de l'eau de mer aussi ? Non seulement ils affectent le propriétaire du dommage de la perte du vin, mais ils sont en cause, de sorte qu'il ne peut vendre ce qu'il en reste, ou s'il le vend, il est nécessaire de circonvenir l'acheteur. Pour ma part, j'aurai cru que, contre une si grande injustice d'hommes malhonnêtes, avoir été avisé par cette raison, de

Sur Tribonien, cf. HONORÉ (A. M.), *Tribonian*, Cornell University Press, Ithaca New York 1978.

¹¹ *I. e.* une action qui concerne la réclamation d'un bien.

¹² *I. e.* visant seulement à dédommager de la valeur perdue, sans plus.

sorte que, en livrant du vin, nous utilisions deux récipients, l'un vide, mais l'autre plein, et que l'un ait un contenu plus important que l'autre, assez pour que celui qui est vain et vide puisse aisément contenir en lui l'autre. C'est pourquoi, alors que le récipient qui contient en lui le vin a été appliqué à un [récipient] vain et vide, on ne pourra [rien] en retirer, si ce n'est avec une fraude découverte. En effet, un double-fond pourra recevoir seulement le fluide d'un unique récipient, sans que s'ensuive une différence. C'est pourquoi le clou poussera le clou et ceux qui penseront nuire à d'autres en supporteront eux-mêmes l'infamie, D. 50, 7, 17¹³.

À LEUR JUGEMENT. Ce n'est cependant alors pas vrai quand la nécessité presse, ou quand l'Empereur entre dans la ville, CJ. 12, 41, 2¹⁴. Car (comme le dit Ulpien), dans D. 50, 4, 3 § 13¹⁵, il faut garantir une hospitalité aux soldats qui arrivent dans la cité : il convient qu'elle soit reçue par tous (s'ils n'en ont pas été spécialement exceptés). Ainsi les marins sont tenus de transporter aussi, à leur exemple (s'ils n'en sont pas excusés de façon légitime par la tempête), même ceux qui sont soldats contre leur gré et ceux qui sont au service de l'Empereur ou de la République. Ces choses-là ayant cessé, examinons si ce que dit à cet endroit le jurisconsulte n'est pas simplement vrai. En effet, à partir de cette mention, il semble s'ensuivre que les marins, les aubergistes et les tenanciers d'écuries publiques, qui reçoivent généralement des étrangers, ne peuvent être contraints à l'hospitalité. Cela peut en effet être injuste, et il peut être considéré comme contraire aux bonnes mœurs qu'un gouvernement et un bon plaisir retranchent à quelqu'un sur ses biens propres. Le contraire est cependant plus vrai et l'on a approuvé l'opinion d'Ulpien, D. 47, 5, 1 § 6¹⁶. Dès le début, il y avait certes pour chacun un pouvoir de recevoir ou de ne pas recevoir des hôtes, en revanche, après que quelqu'un a recouru à une marque avec laquelle ceux qui venaient de l'étranger avaient coutume d'être reçus en tant qu'hôtes, il n'a pas la faculté de changer plus largement de volonté, en argument D. 50, 4, 3 § 6¹⁷, avec cependant cette modération, comme

¹³ C'est le passage qui nous semble le mieux coller au propos, et encore, car l'extrait est cité de façon très ambiguë ainsi : *l. penul. D. de legat.*, qui peut aussi bien renvoyer aux trois livres, 30, 31 et 32 du Digeste concernant les legs et les fidéicommiss qu'à celui-ci. Si nous avons bien jugé, il s'agirait d'un extrait du livre VIII des *Règles* de Modestinus : « *Il n'est pas interdit au même de recevoir plusieurs légations, dès lors qu'il engage à une diminution de la dépense et des frais de route. 1 - Si, antérieurement à une légation, on entreprend une affaire pour quelqu'un, on doit être défendu même absent ; une fois la légation reçue, ils seront seulement investis de la charge enjointe* ».

¹⁴ La référence est donnée de façon erronée en indiquant ce texte dans le livre 10 du Code, alors qu'il se trouve dans le livre 12. Constitution d'Arcadius et Honorius, adressée à Osius, maître des offices et donnée en 398 : « *Dans quelque ville que nous-mêmes nous trouvions, ou dans celle où résident ceux qui nous font le service, l'injustice tant de tous les arpenteurs que des hôtes ayant été écartée, le propriétaire de sa propre maison, la troisième ayant été assignée à un hôte, intrépide et en sécurité, possédera deux parties seulement pour éviter que, la maison ayant été partagée en trois parties, le propriétaire ait la faculté de choisir la première, l'hôte poursuivra la seconde qu'il voulait, la troisième ayant été laissée au propriétaire. Il est en effet tout à fait conforme à l'équité et la justice que celui qui en jouit, soit par succession, soit par un achat, ou se réjouit d'une construction, tienne sa partie choisie et ce qui reste principalement d'un jugement. Mais les boutiques qui sont assignées à des marchandises ne seront pas appelées au préjudice ci-devant dit d'un partage, mais elles seront tranquilles et libres et, protégées du dommage des hôtes, elles seront consacrées à leurs seuls propriétaires et preneurs. Assurément, si une étable (comme il est ordinaire) faisait défaut à un militaire dans la troisième partie de la maison, on l'assignera à partir des boutiques (à moins que le propriétaire n'y ait pourvu par une autre occasion) à la faveur du nombre des animaux ou de la qualité de la maison. Nous décidons absolument que ce n'est pas la troisième partie qui sera assignée à des hommes très illustres, mais la moitié pour le droit d'hospitalité, cette condition ayant été seulement observée, de sorte que l'un d'entre eux fasse (s'il lui plaît et s'il l'a mieux aimé) le partage avec une équité volontaire et que l'autre ait la possibilité de choisir ; et ce que nous avons ordonné demeurera très ferme perpétuellement, d'une façon telle que ceux qui appartiennent à la ci-devant dite dignité très illustre sachent qu'il seront frappés d'une peine de trente livres d'or envers notre fisc ; mais que les autres sachent qu'ils seraient privés de leurs services, s'ils violaient, avec une témérité répréhensible, la règle générale en en faisant usage plus largement que nous l'avions ordonné* ».

¹⁵ Extrait du livre II des *Opinions* d'Ulpien : « 13 - *Il faut que soient reçus ces soldats, auxquels, pour ceux qui viennent dans la cité, il faut garantir une hospitalité, par le biais d'un roulement pour tous ceux que cette charge atteint* ».

¹⁶ Extrait du livre XXXVIII *Sur l'Édit du prêteur* d'Ulpien : « 6 - *L'aubergiste garantit le fait de ceux qui, dans son auberge, se trouvent pour y pratiquer le service d'hébergement ; de même, de ceux qui s'y trouvent pour y loger ; mais il ne garantit pas le fait des voyageurs. Car l'aubergiste ou le tenancier d'écurie n'est pas considéré se choisir un voyageur et ne peut repousser ceux qui font route ; mais il choisit d'une certaine façon lui-même ceux qui logent de façon durable ; il faut qu'il garantisse le fait de ceux qu'il ne rejette pas. Sur un navire aussi, le fait des passagers n'est pas garanti* ».

¹⁷ Extrait du livre II des *Opinions* d'Ulpien : « 6 - *Quoique qu'il soit de plus de soixante-quinze ans, père d'enfants sains et saufs, et que ce soit la raison pour laquelle il est dispensé des charges, cependant, ses fils doivent reconnaître les charges qui appartiennent à son*

quand l'hospitalité a été remplie et qu'il ne peut en recevoir un grand nombre, ou bien si une inimitié s'est entremise entre les aubergistes et leurs hôtes, ou s'il peut s'excuser par une cause possible, il n'en sera pas tenu, [voir] Romanus, Bartole, Balde et Albericus¹⁸ ici. Du reste, on peut solliciter l'office du juge contre lui. Il me semble que c'est ce à quoi fait aussi attention la décision de Bartole sur D. 25, 2, 9¹⁹ (décision cependant désapprouvée par certains [comme] Jason²⁰ sur D. 19, 3, 1²¹, Balde sur CJ. 4, 64, 1²² et Albericus sur ledit texte de D. 25, 2, 9), parce que, si quelqu'un a livré à la vente son bien une bonne fois, le prix n'ayant pas été évalué, il est contraint à une vente à un prix secondaire et il est juste qu'il doive recevoir la valeur de la chose à l'arbitrage d'un homme bon.

MATIÈRE LEUR SERAIT DONNÉE. En effet, l'occasion d'un mal doit être écartée par tous les moyens et (comme le dit Plaute dans le Perse),

« le mérite consiste à saisir le signe que fait l'occasion »²³.

D'où il résulte que le pacte par lequel quelqu'un est invité à commettre une infraction ne peut tenir par aucune raison, D. 23, 4, 5²⁴.

nom ; c'est, en effet, parce que la récompense propre d'une exemption a été accordée pour pères à raison de leurs fils, que ces derniers s'en chargeront ».

¹⁸ Ce sont là quatre commentateurs classiques du droit romain.

Ludovicus Pontanus Romanus (1409-1439), auteur d'un recueil de *Décisions*, d'*Avis* ou *Consilia*, mais aussi de commentaires sur le Digeste, ainsi que d'un ouvrage portant sur les *Choses singulières* ou *Singularia*.

Alberico Rosciati, mort en 1534, juriste de Bergame, à qui l'on doit des commentaires sur les Novelles, le Digeste et une *Lectura aurea super Codice* ou *Leçon dorée sur le Code*, ainsi qu'un sommaire sur le Digeste.

¹⁹ Le passage est indiqué de façon incorrecte dans un titre qui n'existe plus sous cette forme. Mais il est probable que le passage indiqué par nous soit le bon. Extrait du livre XXXVII sur l'*Édit du préteur* de Paul : « En effet, il n'est pas juste qu'il (i. e. le mari) vende contre son gré, à leurs prix, ses biens ».

²⁰ Jason, ou Giasone del Maino (1435-1519), juriste italien qui composa divers commentaires sur le *Corpus iuris civilis* de Justinien, ainsi qu'un ouvrage de *Consilia* ou *Avis*.

²¹ Cet extrait est annoncé par Peck comme étant unique dans le titre portant sur l'action en évaluation ou de *astimatoria actione*, ce qui est faux, car il en existe deux. En tout cas, il s'agit de l'extrait du livre XXXII *Sur l'Édit du préteur* d'Ulpien : « L'action en évaluation est proposée pour ôter le doute ; en effet, on avait douté, alors qu'un bien évalué est remis pour être vendu, [de savoir] si, sur le fondement de la vente (ex vendito), il y a une action à raison l'évaluation ou sur le fondement de l'offre de bail (ex locato), comme quand je suis considéré avoir mis en location le bien à vendre ou sur le fondement d'une prise de bail (ex conducto), comme quand j'ai pris à bail des services, ou [l'action] de mandat. C'est pourquoi on a considéré qu'il était mieux que cette action soit proposée : en effet, chaque fois qu'au titre de quelque contrat, il y a une ambiguïté, que l'on a cependant convenu que quelque action est accordée, [on a considéré] que l'on devait donner une action en évaluation "avec des mots placés en tête" (præscriptis verbis)²¹ ; car une affaire civile a été faite, de bonne foi, certes. C'est pourquoi ici, ont lieu toutes les choses que, sur les actions de bonne foi, nous avons dites. 1 - L'évaluation joue au risque de celui qui reçoit [le bien pour l'évaluer] : en conséquence, soit il doit rendre la chose elle-même en bon état, soit l'évaluation dont on a convenu ».

C'est Labéon qui imagina, au début de l'époque impériale, que le créancier puisse agir à l'aide d'une formule en tête de laquelle on écrivait un exposé des faits, d'où son nom d'*actio præscriptis verbis*, ou « avec des mots placés en tête » ; cette insertion est placée juste avant la partie de la formule délivrée par le préteur, appelée *intentio incerta*, qui est l'affirmation du demandeur, soit sous forme hypothétique, qui se limite à vérifier que la demande est fondée et donc à la satisfaire dans ce cas sans aller au-delà, soit sous forme indéfinie, comme ici, car un pouvoir plus important est alors donné au juge pour envisager l'ensemble des intérêts lésés du demandeur, du fait de l'inexécution du contrat. Cette innovation permit une extension à des contrats que l'on ne savait pas ranger dans les catégories existantes, et il semble que cela ne se soit fait que tardivement, à l'époque de Justinien. Avant cela, ces « nouveaux contrats » avaient été empiriquement protégés à l'aide des actions prétoriennes dites *in factum*, ou « en fonction des circonstances du fait ». Il n'est pas besoin d'aller plus loin dans les explications.

²² Constitution de Gordien adressée au soldat Thraseas et donnée en 238 : *Si, alors que ton oncle paternel avait eu une possession à vendre, ton père a donné au titre du prix (quoique non dans la mesure évaluée) une autre possession, qu'il l'a préparée, que l'on n'a pas été évincé par une injustice du juge, ni par la faute de ton père, ce n'est pas sans juste titre que tu désires poursuivre à l'exemple d'une action sur le fondement de l'achat (ex empto) ce qui est de ton intérêt. En revanche, si, alors qu'il n'y avait pas de possession à vendre, un échange a été fait, et que ce qui a été fourni par l'adversaire n'a pas été dépossédé, tu réclamerais avec raison que soit restitué ce qui a été donné, si tu as choisi cela ».*

²³ Cf. PLAUTE, *Théâtre complet II*, éd. Pierre Grimal, Gallimard (Folio), Paris 1971, acte II, scène III (propos tenu par l'esclave Sagariston), p. 678.

²⁴ Encore une fois, le passage est mal indiqué. Cependant, on pense qu'il s'agit bien de l'extrait retenu ici. Extrait du livre VII *Sur Sabinus* de Paul : « On ne peut convenir de ne pas agir, quant aux mœurs, en justice ou de réclamer plus ou moins, afin que la contrainte publique, avec un accord privé, ne soit pas ôtée. 1 - Et [c'est pourquoi]²⁴, pour que ces accords ne doivent certes pas être

[D. 4, 9, 1 §§ 2-4]

« 2 - Il faut voir en conséquence lesquels en sont tenus. Le préteur dit "les marins". [Comme] marin, nous devons recevoir celui qui arme le navire, bien que soient appelés marins tous ceux qui, pour faire naviguer le navire, se trouvent sur le navire ; mais, quant à l'armateur, le préteur l'entend seulement. En effet, il ne doit pas, dit Pomponius, être obligé par le biais d'un rameur ou d'un matelot ordinaire, mais par lui-même ou par le patron du navire ; quoique, si lui-même, à l'un des marins, a ordonné que cela soit confié, sans nul doute, il devra être engagé. 3 - Et il y en a certains sur le navire qui, pour la garde, sont préposés aux navires, comme les ναυφυλακες - gardien de vaisseaux - et les gardiens des cabines. Si donc, l'un d'eux reçoit [quelque chose], je pense que, contre l'armateur (exercitor), il faut accorder une action, parce que celui qui les a, à un office de ce type, préposés a permis que cela leur soit confié, bien que le patron du navire lui-même fasse ce que l'on appelle χειρεμβολος - la mainmise. Mais, s'il ne le pratique pas, cependant, quant à ce qui a été reçu, le patron en sera tenu. 4 - Quant aux armateurs de barques, de même, aux bateliers, rien n'a été disposé ; mais Labéon écrit qu'il faut l'établir de même et, de cette règle, nous usons ».

SOMMAIRE

- 1 - Qui est le marin
- 2 - Qui est l'opérateur maritime
- 3 - Qui sont les rameurs et les matelots ordinaires
- 4 - Il n'importe en rien que j'agisse par moi-même ou bien par le biais d'un autre
- 5 - Qui sont les gardiens de cabines

[820] En expliquant la raison de l'Édit, qu'il a ajoutée aux termes du préteur de façon rhétorique, Ulpien en vient à l'exposé des termes et (1) il définit le marin [comme] celui qui manie le navire,

« bien que soient appelés marins tous ceux qui se trouvent sur le navire à raison de la navigation ; mais le préteur l'entend seulement quant à l'opérateur maritime ».

(2) Aussi appelons-nous opérateur maritime celui auquel parviennent tous les rapports et les revenus ²⁵, que ce dernier soit le propriétaire du navire, ou qu'il ait pris à bail du propriétaire le navire, soit temporairement, soit pour toujours, D. 14, 1, 1 § 15 ²⁶.

(3) LE RAMEUR OU LE MATELOT ORDINAIRE. Les rameurs sont des matelots qui manient les rames et, le vent ayant cessé, font avancer le navire en ramant. Aussi Accurse ²⁷ ne semble-t-il pas à bon droit être parvenu [à savoir] qui sont les matelots ordinaires, cependant que l'on interprète qu'est un matelot ordinaire celui qui manie modérément les rames. Aussi passe-t-il en revue ceux que l'on interprète autrement ; néanmoins, ils ont touché la vérité. Cela ne doit pas nous paraître étonnant, du fait que de toute façon les hommes du jurisconsulte, cependant ignorants des lettres, se sont présentés dans des siècles malheureux. Hermolaus Barbarus ²⁸ entend par ce mot l'esclave

observés et qu'à raison des biens donnés ou détournés, l'on agisse en justice, parce qu'avec un autre pacte, les femmes sont invitées à voler, avec cet autre [pacte], le droit civil est combattu. 2 - Et, si l'on a convenu, à raison des dépenses nécessaires, de ne pas agir en justice, le pacte ne doit pas être observé, parce que de telles dépenses diminuent la dot selon le droit lui-même ».

²⁵ L'auteur utilise ici deux termes latins qui ont une même signification et qu'il est difficile, mais pas impossible de rendre par deux termes différents : *obventiones* et *reditus*.

²⁶ Extrait du livre XXVIII *Sur l'Édit du préteur d'Ulpien* : « 15 - Mais nous disons que l'armateur est celui auquel tous les rapports et revenus arrivent, qu'il soit le propriétaire du navire ou que, d'un propriétaire, il l'ait pris à bail à forfait, soit pour un temps, soit à perpétuité ».

²⁷ Francesco Accorso (vers 1151, mort en 1229), enseigna le droit romain à Bologne et fut l'un des grands rénovateurs de la science du droit romain, qui venait d'être « redécouvert » en Italie peu auparavant. Il réunit dans un ouvrage appelé *Grande glose* les gloses faites par ses prédécesseurs, en plus de gloses personnelles sur les trois parties du corpus de Justinien, Digeste, *Codex* et *Novelles*.

²⁸ Il s'agit ici d'Ermolao Barbaro (1454-1493), d'abord chargé par le sénat de Venise de plusieurs négociations auprès de Frédéric III et Maximilien. Nommé par le pape Innocent VIII patriarche d'Aquilée, il cultiva avec succès les lettres, traduisant notamment Dioscoride, Thémistius, et il réalisa d'importants travaux sur Aristote et Pline.

qui est au service de chacun au milieu du navire. Du reste André Alciat ²⁹, homme très expert des choses humaines et divines, et du droit, maître de toute la littérature plus polie, estime, dans le livre I de ses *Parerga*, cap. 43, que l'on appelle matelot ordinaire par un mot ordinaire, celui qui embarque sur un vaisseau ; et, pour ne pas payer de prix de transport au propriétaire du navire, il travaille en manipulant les rames, ce qui n'est pas inhabituel chez nos Zélandais et Hollandais. En effet, quand ils sont tenus de transporter gratuitement et d'employer les plus valides qui mendient et les productions qui en naissent, les contraignent à ramer absolument et au-delà de ce qu'ils souhaitent sur une mer paisible et calme, de sorte que ceux qui n'ont pas d'argent, paient au moins le prix du transport par leur travail.

(4) IL ORDONNE QUE L'ON CONFIE. C'est pourquoi personne ne s'oblige à partir du contrat, si ce n'est par soi-même, ou par le biais de celui qui a un mandat de lui, voir Balde ici. Mais, quand un mandat est intervenu, c'est exactement comme si l'on avait agi contre le propriétaire. Il n'importe en effet en rien que je le fasse par moi-même ou bien par le biais d'un autre, D. 43, 16, 1 § 12 ³⁰. D'où, si l'opérateur maritime commande qu'il soit confié à l'un des marins, il doit sans aucun doute être obligé, *Institutes* IV, vii, § 1 ³¹. D'autres codes portent *Ναυφυλατες*, comme les gardiens de cabines, qu'Ulpien, quand il raisonne au sujet des crimes extraordinaires, appelle ceux qui se dirigent vers les pièces de l'étage supérieur [d'une maison] avec l'intention de voler, ils doivent être punis plus que des voleurs, D. 47, 11, 7 ³². Mais il y en a qui, avec Accurse, voir Albericus dans son *Dictionnaire* au mot *Dietarii*, pensent que, par ce mot, on parle ici de ceux qui reçoivent un aliment ou une rémunération à la journée et qui sont préposés sur le navire pour une garde seulement pour une ou une autre journée. Du reste, des ouvrages plus récents contiennent notre leçon et on rassemble facilement que l'on entend à cet endroit les gardiens des navires.

[D. 4, 9, 1 § 5]

« 5 – Mais nous recevons à égalité ces aubergistes et ces maîtres d'écuries qui s'occupent d'un auberge ou d'une écurie ³³, ou leurs exploitants (institores ³⁴). Du reste, si, des ouvrages d'un esclave à tout faire, il s'acquitte, il n'y est pas inclus, comme par exemple les esclaves d'entretien de l'atrium, les cuisiniers et ceux qui leur sont semblables ».

SOMMAIRE

²⁹ Alciat, Andrea Alciati, né près de Milan en 1492, mort en 1550, fut d'abord professeur à Avignon. Réfugié en France pour échapper à la jalousie de ses collègues italiens, après être retourné à Milan, il fut alors nommé par François I^{er} à Bourges, qui était l'une des grandes universités dont l'enseignement était consacré principalement au droit romain. Mais rappelé par le duc de Milan, Francesco Sforza, il se fixa définitivement en Italie, où il enseigna à Bologne, Pavie et Ferrare. Il fut l'un des tout premiers jurisconsultes de droit romain à unir l'étude de l'histoire à celles des lois romaines, pour que l'une s'éclaire par l'autre. Il est en quelque sorte l'initiateur de ce que l'on appellera plus tard le *mos gallicus*, suivi en cela par Donneau et Cujas, face au *mos italicus*, qui se contentait de voir dans le droit romain issu des compilations justiniennes, un droit immédiatement applicable tel quel.

³⁰ Extrait du livre LXIX *Sur l'Édit du préteur d'Ulpien* : « 12 - Est considéré aussi avoir délogé celui qui a donné mandat ou ordonné que quelqu'un soit délogé ; en effet, il a été considéré qu'il importait peu [de savoir] si, de ses propres mains, quelqu'un avait délogé ou par l'intermédiaire d'un autre ; c'est pourquoi, si ma domesticité, à partir de ma volonté, a délogé, moi, je suis considéré avoir délogé ».

³¹ « 1 - Si quelqu'un a traité avec un esclave qui en avait reçu l'ordre de son maître, le préteur accordera contre le maître une action pour le tout, à savoir parce que celui qui a ainsi contracté est considéré suivre la foi du maître ».

³² Extrait du livre IX *De l'office du proconsul d'Ulpien* : « Les coupeurs de bourse qui, pratiquant leurs talents interdits contre les bourses, en retirent par dessous une partie, en soustraient une autre, de même ceux que l'on appelle les voleurs qui s'introduisent dans les maisons, c'est-à-dire ceux se rendent dans les pièces des étages supérieurs d'autrui avec l'intention de voler, doivent être punis plus que les voleurs ; et, pour cette raison, soit ils sont livrés à temps aux travaux publics, soit ils sont châtiés du bâton et sont relâchés, soit ils sont relégués à temps ».

³³ L'assimilation des aubergistes aux maîtres d'écurie vient de la pratique courante dans l'Antiquité, et encore au Moyen-Age, de recevoir ceux qui voyagent avec une monture dans un seul et même local : le client est en quelque sorte logé avec sa monture.

³⁴ Etant entendu que ces exploitants ont été placés par des propriétaires pour exercer le commerce hôtelier, et qui le plus souvent, sont des esclaves ou des affranchis travaillant pour le compte d'un maître. Ordinairement, le mot latin *institor* désigne le marchand détaillant commis à un étal pour exercer le commerce au profit d'un propriétaire.

- 1 - *Qui sont les tuteurs, les gardiens des temples et les tenanciers d'écurie*
- 2 - *Qui sont les aubergistes et les tenanciers d'écurie*
- 3 - *Ce qu'est une auberge*
- 4 - *Ce qu'est une écurie et de combien de sorte*
- 5 - *Ce qu'est une taverne*
- 6 - *Qui sont les esclaves à tout faire*

LES AUBERGISTES ... Voici la définition à partir de l'étymologie. Ainsi, nous appelons « tuteurs » ceux qui protègent un pupille, *Institutes* I, xiii, § 1³⁵, « gardiens de temples » ceux qui protègent les bâtiments, un « prêt » ce qui de mien est fait tien, D. 12, 1, 2³⁶. (1) Les « parents par alliance » (*adfinēs*) sont les parents par le sang (*cognati*) du mari et de l'épouse, du fait que la parenté de l'un arrive aux bornes de l'autre, D. 38, 10, 4³⁷. Celui qui est affranchi par testament (*statuliber*)

³⁵ « 1 - Aussi la tutelle est-elle (comme l'a définie Servius) une force et un pouvoir sur la tête d'un homme libre donnés et autorisés par le droit civil pour protéger celui qui ne peut se défendre à cause de son âge ».

³⁶ Extrait du livre XXVIII *Sur l'Édit du prêteur* de Paul : « Nous accordons un prêt de consommation non pas pour recevoir le même bien que nous avons remis (autrement, il y aura un *commodat* ou un *dépôt*), mais une même espèce ; car, si l'espèce est différente, comme pour que, pour du blé, nous recevions du vin, il n'y aura pas un prêt de consommation. 1 - La remise d'un prêt de consommation consiste en ces biens qui, en un poids, un nombre ou une mesure, se présentent, parce qu'avec leur remise, nous pouvons entrer en une dette, parce que, sur leur genre, ils reçoivent une fonction par un paiement plutôt que par un même corps ; car, pour d'autres biens, nous ne pouvons pas entrer en une dette, parce qu'une chose, pour une autre, contre le gré du créancier, ne peut être payée. 2 - Mais la remise d'un prêt de consommation a été appelée à partir de ce qui, de mien, est fait tien ; et c'est pourquoi, si cela n'est pas fait tien, il ne naît nulle obligation. 3 - La chose due, du prêt de consommation, diffère donc, en tant que le genre [diffère] du corps ; car une chose due existe en dehors de ces biens qui consistent en un poids, un nombre et une mesure, de telle sorte que, si nous allons recevoir le même bien, il y a une chose due. De même, il ne peut y avoir de prêt de consommation, s'il n'y a pas d'argent en cause, mais [il y a] une chose due, parfois, aussi si rien n'est avancé, comme si, après les noces, la dot est promise. 4 - Dans la remise d'un prêt de consommation, il faut que celui qui remet soit le propriétaire et n'y fait pas obstacle le fait que le fils de famille et l'esclave qui remettent l'argent obligent les espèces de leur pécule ; en effet, ceci est tel que, si, avec ma volonté, toi, tu donnes l'argent, car une action m'est acquise, bien qu'il n'y ait pas eu mes espèces. 5 - Avec des termes aussi, nous avons foi en un certain acte interposé pour disposer une obligation, comme avec une stipulation ».

³⁷ Extrait du livre XII des *Digestes* de Modestinus : « Il n'est pas facile que, pour autant que cela regarde notre droit, lorsque l'on s'interroge sur la parenté naturelle, quelqu'un dépasse le septième degré, dans la mesure où la nature des choses ne souffre pas que le lien de parenté existe généralement au-delà de ce degré. 1 - Les *cognats* sont jugés [ainsi] dénommés à partir du fait qu'ils sont nés comme en même temps, de façon commune ou bien ont été mis au monde à partir de la même origine. 2 - On entend que la substance de la parenté [par le sang] (*cognatio*) est double chez les Romains ; car certains sont parents par le sang selon le droit civil, certains sont liés selon le droit naturel, parfois la parenté s'unit selon les deux droits concurremment, le droit civil et le droit naturel. Et certes, la parenté naturelle s'entend par elle-même, sans la parenté civile par le sang, [elle est] celle qui provient des femmes qui enfantent des enfants indistinctement³⁷. Est civile par elle-même, que l'on appelle aussi *légitime*, la parenté sans le droit naturel par le biais de l'adoption. Il y a parenté par les deux droits quand elle est unie par de justes noces contractées. Mais la parenté est appelée naturelle certes, à ce titre même ; aussi la parenté elle-même est-elle appelée civile par elle-même de façon très entière à ce titre, cependant on appelle proprement parenté du côté paternel (*adgnatio*) celle qui survient par l'intermédiaire des mâles. 3 - Mais, parce que certains droits se trouvent aussi entre alliés, il n'est pas hors de propos de parler en ce lieu brièvement des alliances. Les alliés sont les parents par le sang du mari et de l'épouse ; ils sont été appelés [alliés] à partir de ce que deux parentés par le sang, qui étaient différentes entre elles, sont réunies par le biais de noces et que l'une arrive aux bornes de l'autre parenté, car elle se font pour joindre une alliance sur le fondement des noces. 4 - Mais leurs noms sont les suivants : beau-père (*socer*) et belle-mère (*socrus*), gendre (*gener*) et bru (*nurus*), marâtre (*noverca*) et beau-père (*vitricus*, i. e. le mari d'une femme qui a des enfants d'un autre lit), beau-fils d'un autre lit (*privignus*) et belle-fille d'un autre lit (*privigna*). 5 - Aussi n'y a-t-il pas de degré pour un allié. 6 - Et certes, le père du mari et de l'épouse est appelé beau-père (*socer*) et leur mère, belle-mère (*socrus*), alors que chez les Grecs le père du mari était appelé proprement *εκυρος* (i. e. « père de l'époux ») et sa mère *εκυρα* (i. e. « mère de l'époux »), mais le père de l'épouse est appelé *πενθερος* (i. e. « père de l'épouse ») et sa mère *πενθερα* (i. e. « mère de l'épouse »). Mais la femme du fils est appelée bru (*nurus*) et le mari de la fille gendre (*gener*). L'épouse est appelée par les enfants nés d'une autre épouse marâtre (*noverca*) et le mari de leur mère pour ceux nés d'un autre homme beau-père (*vitricus*) ; on appelle ceux qui sont nés d'eux de part et d'autre beaux-fils (*privigni*) et belles-filles (*privignæ*). On peut aussi les définir ainsi. Le beau-père (*socer*) est le père de mon épouse et moi, je suis son gendre (*gener*). Le grand-père de ma femme (*socer magnus*) est dit être l'aïeul (*avus*) et moi, je suis le mari de sa petite-fille (*progener*) ; et réciproquement, mon père est le beau-père de mon épouse (*socer*) et cette dernière sa bru (*nurus*) et mon aïeul (*avus*) est le grand-père de ma femme (*socer magnus*) et celle-ci [être] sa petite-fille par alliance (*pronurus*). De même, la grand-mère de mon épouse (*prosocrus*) est pour moi une aïeule, et moi je suis son petit-fils par alliance (*progener*) et réciproquement, ma mère est la belle-mère (*socrus*) de mon épouse et cette dernière une bru (*nurus*) pour elle ; et ma grand-mère est la grand-mère par alliance (*socrus magna*) de mon épouse et ma femme une petite-fille par alliance (*pronurus*) pour elle. Un beau-fils (*privignus*) est le fils de mon épouse né d'un autre mari, et moi je suis son parâtre (*vitricus*) et en sens contraire, ma femme, pour les enfants que j'ai avec une autre épouse, est appelée marâtre (*noverca*) et mes enfants pour elle, des fils par alliance

est celui qui a une liberté fixée temporairement, D. 40, 7, 1³⁸. Ici, le jurisconsulte parle ainsi de ce pacte. (2) Les aubergistes et les tenanciers d'écuries sont ceux qui s'occupent d'une auberge ou d'une écurie, l'aubergiste, afin qu'il souffre que les voyageurs demeurent dans l'auberge, le tenancier d'écurie, afin de permettre que les bêtes de trait séjournent chez lui, D. 4, 9, 5 pr³⁹. (3) Aussi l'auberge est-elle celle de diverses personnes, dans laquelle des étrangers sont reçus en payant de l'argent tant pour y manger que pour y dormir. (4) Mais les écuries sont de deux types et elles reçoivent une double interprétation : en effet, d'une façon, on reçoit [comme] écurie à la faveur des lieux où l'on s'arrête pour se reposer et de l'endroit dans lequel les étrangers descendent, D. 50, 16, 166⁴⁰ ; mais de l'autre, pour des enclos dans lesquels les animaux de trait ou les troupeaux séjournent, D. 20, 2, 4⁴¹. Et, quoique l'on ne trouve rien de décidé pour une définition expressément en cet endroit au sujet des taverniers par l'intermédiaire du jurisconsulte, il n'y a pas de doute qu'ils ressortissent aussi à l'Edit. Sont des taverniers ceux qui font des affaires dans les tavernes. (5) Aussi une taverne est-elle ce dans quoi des marchandises sont vendues, mais maintenant, on le maintient pour ce que nous rapportons seulement à la boisson

(privigni). Le frère du mari [est appelé] beau-frère (levir). Ce dernier est appelé chez les Grecs *δαηρ* (i. e. « frère du mari »), comme cela est rapporté chez Homère ; en effet Hélène parle ainsi à Hector :

“Beau-frère, je ne suis qu'une maudite et vile chienne” (Iliade, VI, vers 344).

La sœur du mari est appelée belle sœur (glos), chez les Grecs *γαλωσ*. Les épouses de deux frères sont appelées belles-sœurs (janitricis) et chez les Grecs *εινατρεις*, ce qu'Homère signifie de même dans un vers :

“[Où est donc allée Andromaque en sortant du palais ?]

Chez mes sœurs au beau voile ? Chez les femmes de mes frères ?” (Iliade, VI, vers [377]-378).

7 - C'est pourquoi il est contraire aux lois religieuses que ceux-ci soient unis en mariage entre eux, du fait qu'ils sont tenus pour des parents et des enfants à raison de la parenté par alliance. 8 - Il faut savoir qu'il ne peut y avoir ni parenté par le sang, ni parenté par alliance, à moins que les noces n'aient pas été interdites, à partir desquelles une parenté par alliance serait nouée. 9 - Les affranchis et les affranchies ne peuvent être parents par alliance entre eux. 10 - Celui qui a été remis en adoption ou qui a été émancipé retient les parentés par le sang et par alliance qu'il avait. Mais, dans la famille dans laquelle il est venu par l'intermédiaire de l'adoption, personne n'est pour lui un parent par le sang, en dehors du père et de ceux par lesquels il est reconnu ; aussi absolument personne ne lui est-il un parent par alliance dans cette famille. Celui auquel l'eau et le feu ont été interdits ou qui a perdu relativement à son statut en quelque manière, d'une façon telle qu'il a perdu la liberté et la citoyenneté, perd toutes ses parentés par le sang et par alliance qu'il avait antérieurement ».

³⁸ Extrait du livre V *Sur Sabinus* de Paul : « Est sur le point d'être affranchi dans un testament celui qui a une liberté établie et fixée pour un temps ou sous une condition. 1 - Mais ils deviennent sur le point d'être affranchis dans un testament avec une condition expresse ou le caractère essentiel lui-même. Ce qu'il en est d'une condition expresse est clair. Avec le caractère essentiel lui-même, quand, pour tromper un créancier, ils sont affranchis ; car, tant qu'il est incertain [de savoir] si le créancier, de son droit, usera, dans l'interalle, ils sont sur le point d'être affranchis dans un testament, parce que la fraude, avec un effet, dans la loi *Ælia Sentia*, est reçue ».

Cette dernière loi remonte au début de l'époque impériale et date de 4 ap. J.-C. Elle défendait aux maîtres âgés de moins de vingt ans d'affranchir leurs esclaves sans un motif sérieux. Mais aussi, elle interdisait tout affranchissement en fraude des créanciers : celui-ci devenait nul de plein droit. Elle interdisait en outre tout affranchissement des esclaves de plus de trente ans sans justifier d'un motif sérieux. Dans le cas contraire, l'esclave ne parvenait pas à la citoyenneté, mais était réputé avoir le statut d'un Latin Junien. Enfin, elle interdisait de rendre citoyen des esclaves qui avaient subi durant leur captivité un châtement grave : ils ne devenaient seulement que pèlerins.

³⁹ Extrait du livre V *Sur l'Édit provincial* de Gaius : « Le marin, l'aubergiste et le maître d'écurie reçoivent une rémunération non à la faveur d'une garde, mais le marin, pour transporter des voyageurs, l'aubergiste, pour souffrir que des voyageurs demeurent dans son auberge et le maître d'écurie, pour permettre que des bêtes de somme séjournent chez lui ; et cependant, au titre d'une garde, ils sont tenus. Car le foulon et le couturier, non pour une garde, mais à la faveur de leur art et cependant, au titre de la garde, de l'action sur le fondement de l'offre de leur service (ex locato), sont tenus ».

⁴⁰ Extrait du livre VI *Sur Sabinus* de Pomponius : « La “domesticité urbaine” et la “domesticité rurale” se distinguent non par l'emplacement, mais par le genre ; en effet, quelque intendant peut ne pas être au nombre des esclaves urbains, comme celui qui administre les comptes des biens ruraux et qui y habite, il n'est pas très éloigné d'un régisseur de propriété rurale ; l'administrateur d'un immeuble de rapport est au nombre des [esclaves] urbains ; il faut cependant voir à la place de qui et lequel le maître avait, ce qui apparaîtra à partir du nombre de la domesticité et des remplaçants. 1 – “Séjourner la nuit” en dehors de la ville doit s'entendre [pour] celui qui ne se trouve dans la ville à aucun moment de la nuit. Cela signifie, en effet, durant toute la nuit ».

⁴¹ Extrait du livre I^{er} des *Parchemins* de Neratius : « De cette règle, nous usons, [à savoir] que ce qui, dans des biens-fonds urbains, a été introduit est considéré être en gage, comme si l'on en avait tacitement convenu ; dans les biens ruraux, on observe le contraire. 1 - On peut douter que les écuries qui ne se trouvent pas dans des constructions qui les contiennent doivent être tenues au nombre de ces biens. Et certes, à des biens-fonds urbains, elles n'appartiennent pas, sans aucun doute, du fait que, des autres constructions, elles sont séparées ; cependant, pour ce qui regarde la cause d'un tel gage tacite, elles ne diffèrent pas beaucoup des biens-fonds urbains ».

alcoolisée⁴² et là où l'on ne reçoit personne pour y dormir et y stabuler. Voir Accurse sur D. 23, 2, 43⁴³.

(6) LES OUVRAGES D'UN ESCLAVE A TOUT FAIRE. Le mot a été formé à partir d'un terme grec et latin. Aussi appelle-t-on « esclave à tout faire » (*mediastinus*) un esclave plus bas, qui est contraint de s'acquitter des services domestiques les plus vils et les plus ignobles à domicile, balayer la maison, emporter les ordures, ramasser le bois et faire d'autres choses de ce même type. C'est pour cela qu'il a été appelé ainsi, parce qu'il monte ordinairement la garde sur les lieux accessibles à tous à la maison pour commander à tout et au moindre signe. Voir Budé⁴⁴ ici. Appartiennent aussi à cette catégorie les esclaves chargés de l'entretien de l'atrium (*atriarii*), les cuisiniers (littéralement, ceux qui sont chargés du foyer de la cuisine, *focarii*) et ceux qui leur sont absolument semblables ; [c'est là] un type d'hommes très vils, qui sont préposés à l'entretien des foyers et du feu et à la garde de la tranquillité. Si donc quelqu'un n'a pas remis quelque chose dans le gîte ou sur le navire à celui qui a été préposé par le propriétaire, mais à des hommes de ce type pour les [821] garder, il n'a pas de recours contre le propriétaire, voir Romanus et Balde ici.

[D. 4, 9, 1, § 6]

« 6 - Le préteur dit : "parce que ce que, de chacun, ils ont reçu sera sauf", c'est-à-dire n'importe quel bien ou quelle marchandise qu'ils auront reçus. De là, chez Vivianus, il a été rapporté que cet Edit

⁴² Nous avons pris la liberté de traduire ainsi l'expression un peu absconse de l'auteur qui utilise ces deux seuls mots : *ad vinariam*. Si l'on voulait pasticher les expressions belges, comme l'auteur est Hollandais, nous parlerions alors d'estaminets, en néerlandais *kroegjes*.

⁴³ Extrait du livre I^{er} *Sur Les Lois Julia et Papia* (ces deux lois de l'époque augustéenne, souvent mises ensemble, la *Lex Julia* souvent datée de 4 ap. J.-C., la *Lex Papia Poppaea* - du nom des deux consuls de l'année - de 9 ap. J.-C.. Elles visaient à combattre le célibat et à relever la natalité : tous les hommes âgés de 25 à 60 ans et les femmes entre 20 et 50 ans devaient vivre en état de mariage ; par ailleurs, tout homme devait avoir au moins un enfant légitime, mais au moins trois enfants pour les femmes ingénues, et quatre enfants, si elles étaient affranchies) d'Ulpien : « *Nous dirons que fait ouvertement un profit non seulement celle qui, dans un lupanar, se prostitue, mais aussi si, par quelque moyen (comme il est habituel), dans une boutique, une auberge ou quelque autre endroit, elle n'épargne pas sa pudeur. 1 - Mais "ouvertement", nous le recevons [pour signifier] partout, c'est-à-dire sans choix ; non, si, pour celle qui, à des adultères ou des séducteurs, se remet, mais celle qui supporte le sort d'une prostituée. 2 - De même, [quant à] ce qu'avec l'un et l'autre, en recevant de l'argent, elle a uni, elle n'est pas considérée ouvertement, avec son corps, faire un gain. 3 - Cependant, Octavienus, à très bon droit, dit aussi que celle qui, sans gain, ouvertement, s'est prostituée devant, avec celles-ci, être comptée. 4 - Non seulement celle qui le fait, mais aussi celle qui l'a fait, quoiqu'elle ait cessé de le faire, selon la loi, est notée d'infamie ; en effet, n'est pas abolie la turpitude qui, par la suite, a été interrompue. 5 - On ne doit pas l'ignorer pour celle qui, sous le prétexte de la pauvreté, a mené une vie très bonteuse. 6 - Pratiquer le métier d'entremetteur n'est pas moindre que faire un gain avec son corps. 7 - Mais nous appelons maquerelles celles qui prostituent des femmes prostituées. 8 - Nous recevons comme maquerelle celle qui, au nom d'un autre, pratique ce genre de vie. 9 - Si, par quelque moyen, celle qui tient une auberge, dans celle-ci, a des prostituées (comme beaucoup ont coutume, sous le prétexte du personnel de service de l'auberge, d'avoir des femmes prostituées), il doit être dit qu'aussi, sous l'appellation de maquerelle, cette dernière est comprise. 10 - Le Sénat a jugé qu'il n'était convenable pour aucun sénateur de prendre pour épouse ou de conserver celle qui avait été condamnée dans un jugement public, jugement dans lequel, à chacun du peuple, il est permis de faire valoir son droit, si ce n'est si, pour lui, selon quelque loi, il n'y a pas le pouvoir d'accuser dans un jugement public. 11 - Si, pour celle qui, avec l'action de fausse accusation, a été condamnée dans un jugement public et celle qui, pour une cause publique, dans une cause de prévarication, a été condamnée, dans un jugement public, elle n'est pas considérée avoir été condamnée. 12 - Celle qui, lors d'un adultère, a été arrêtée, comme dans un jugement public, elle n'est pas considérée avoir été condamnée. Par conséquent, si, avec l'action d'adultère, l'on expose qu'elle a été condamnée, non seulement parce qu'elle a été arrêtée, elle sera notée d'infamie, mais aussi, parce que, dans un jugement public, elle a été condamnée. Si elle n'a pas été arrêtée, mais condamnée, elle sera notée d'infamie pour la raison que, dans un jugement public, elle a été condamnée ; en revanche, si elle a, certes, été arrêtée, mais n'a pas été condamnée, sera-t-elle notée d'infamie ? Moi, je pense que, quoi qu'elle ait été absoute après l'arrestation, encore, cependant, la marque d'infamie doit lui porter préjudice, parce qu'il est vrai que cette dernière, lors d'un adultère, a été arrêtée, du fait que la loi a noté d'infamie l'acte, non la sentence. 13 - Il n'est pas ajouté ici, comme dans la Loi Julia sur les adultères, par qui et où elle a été arrêtée ; par conséquent, que l'on expose que le mari ou quelqu'un d'autre soit exposé l'avoir arrêtée, elle est considérée comme notée d'infamie ; mais, si, dans la demeure de son mari ou de son père, elle n'a pas été arrêtée, elle sera notée d'infamie selon les termes de la loi ».*

⁴⁴ Guillaume Budé (1467-1540) appartenait à l'école humaniste et c'est lui qui détermina François I^{er} à fonder le Collège royal, depuis devenu Collège de France. Il avait embrassé toutes les sciences, théologie, mathématiques, philologie, langue grecque et jurisprudence. On possède de lui deux ouvrages de nature plus juridiques : le traité *De ase* ou *De las*, qui traitait des monnaies anciennes, ainsi que des *Annotations sur les Pandectes* qui s'efforçaient de rétablir un texte jugé plus pur que celui pratiqué par les commentateurs.

regardait aussi ces biens qui, aux marchandises, étaient accessoires, comme les vêtements dont, sur les navires, on use et les autres choses que, pour un usage quotidien, nous avons ».

SOMMAIRE

- 1 - Si le marin est tenu des biens qu'on ne lui a pas montré
- 2 - Un ami qui reçoit un ami est-il tenu des choses perdues ?
- 3 - Le citoyen qui reçoit les serviteurs de l'Empereur est-il tenu ?
- 4 - L'accessoire suit son principal
- 5 - On ne paie pas de loyer pour des vêtements

QUELQUE BIEN. Il a été débattu sur cet endroit par certains [pour savoir] si l'on devait donc être tenu au sujet des choses non montrées et (1) qui étaient réputées avoir été introduites dans le gîte ou sur le navire. Du reste, comme cette question a été débattue par moi en un autre endroit sur D. 14, 2, 2 § 3⁴⁵, j'ai pensé qu'il ne fallait pas la répéter. (2) En revanche, qu'en est-il si un ami reçoit un ami en hospitalité, des choses ayant été perdues, sera-ce inclus dans l'Edit ? L'opinion commune est qu'elles n'y sont pas comprises. Voir Speculator⁴⁶ dans le titre sur les *Vols*, dans le passage « *Qu'en est-il si un ami ...* », Albericus ici à travers le texte de D. 23, 3, 9 § 3⁴⁷. IL y en a aussi, voir Albericus ici, num. 1, qui débattent de ce qui doit être défini au sujet de ceux qui reçoivent, quand l'Empereur entre dans la ville, des serviteurs de la cour : (3) pourra-t-on en droit réclamer à ceux qui les ont reçus (si quelque chose a été perdu par ces serviteurs). Et c'est à juste titre que l'on peut certes en douter en cette affaire. En effet, comme l'on considère que cet Edit recherche une certaine pratique, on pourra considérer en tout cas injuste que celui qui a reçu une seule fois des hôtes, soit inclus dans les termes de l'Edit. Du reste, la chose reçoit un tempérament par une distinction, de sorte que, s'il n'a pas seulement garanti le logement seul, mais en vendant ce qui regarde aussi la nourriture et le compte des vivres, l'action prendra effet. Mais s'il ne les a pas vendus, c'est le contraire. En argument D. 11, 6, 7⁴⁸ et D. 11, 5, 1 § 1⁴⁹.

⁴⁵ Extrait du livre XXXIV *Sur l'Édit du préteur de Paul* : « 3 - Si le navire, des pirates, a été racheté, Servius, Offilius et Labéon disent que tous doivent contribuer ; mais, pour ce que les brigands ont pris, [ils disent] que le perd celui auquel cela appartenait et que contribution ne devait pas être faite envers celui qui avait racheté ses marchandises ».

⁴⁶ Il s'agit de Guillaume Durand (vers 1237-1296), juriste canoniste français, auteur d'un *Speculum iuris* ou *Miroir du droit*, ouvrage dont il tira son surnom de « Speculator » ou « Observateur ». Cf. *Dictionnaire des juristes français XII^e-XX^e siècle*, sous la direction de ARABEYRE (Patrick), HALPERIN (Jean-Louis) et KRYNEN (Jacques), PUF (coll. « Quadrige-Dico poche »), Paris 2007, ROUMY (Franck), s. *vbo* « Durand », pp. 290-292.

⁴⁷ Extrait du livre XXXI *Sur Sabinus* d'Ulpien : « 3 - Du reste, si les biens sont donnés dans ce que les Grecs appellent *παραφερνα* - i.e. les paraphernaux - et que les Gaulois appellent le pécule, voyons si, immédiatement, ils deviennent ceux du mari. Et je penserai que, s'ils sont donnés de telle sorte qu'ils le deviennent, ils deviennent ceux du mari, quand le mariage a été rompu, il ne faut pas qu'ils soient revendiqués, mais les réclamer avec une condition, non, avec l'action de dot, qu'ils soient réclamés, comme le divin Marc et notre empereur avec son père l'ont dû dans un rescrit. Clairement, si la liste les biens est remise au mari, comme, à Rome, nous le voyons être fait communément (car la femme apporte ordinairement dans la liste les biens qu'elle a ordinairement dans la maison de son mari et qu'elle ne donne pas en dot, et présente ordinairement cette liste à son mari, pour que ce dernier y souscrive, comme s'il avait reçu les biens, et que, comme le chirographe, son épouse conserve les biens qui, dans la liste, sont compris et qu'elle a apportés dans la maison de ce dernier) ; voyons, en conséquence, si ces biens deviendront ceux du mari. Et je ne le pense pas, non parce qu'ils ne lui sont pas livrés (en effet, qu'importe-t-il que, lui le voulant, ils soient apportés dans sa maison ou qu'ils lui soient livrés ?), mais parce que je ne pense pas qu'il soit fait, entre le mari et son épouse, en sorte que la propriété, à ce dernier, soit transférée, mais plutôt qu'il soit certain que, dans la maison de celui-ci, ils aient été apportés, afin que, si, un jour, une séparation se produit, elle ne soit pas refusée ; et, en général, le mari promet en retour leur garde, à moins qu'à la femme, ils n'aient été confiés. Voyons, au titre de ces biens, quand ils ne sont pas retournés, si, avec l'action de détournement de biens, de dépôt ou de mandat, l'épouse pourra agir en justice. Et, si la garde, au mari, en est confiée, avec l'action de dépôt ou de mandat, elle pourra agir en justice ; s'il [a reçu] moins [que la garde], on agira avec l'action de détournement de biens, si, avec l'intention de les détourner, le mari les a conservés, ou avec l'action pour la production, s'il n'a pas entrepris de les détourner ».

⁴⁸ Extrait du livre XXIV *Sur l'Édit du préteur d'Ulpien* : « (...) 1 - Et, si l'arpenteur, constructeur d'une machine, s'est trompé, cette action sera accordée. 2 - Et aussi, Pomponius dit encore que, contre celui qui n'était pas arpenteur et qui s'est cependant trompé sur la mesure, cette action se présente. 3 - Selon cet exemple, aussi contre l'architecte qui s'est trompé, l'action doit être accordée ; car le divin Sénèque a décrété que, contre l'architecte et l'entrepreneur, les actions devaient être accordées. 4 - Moi, je pense aussi que les actions doivent être accordées contre celui qui tient les livres et qui, dans les comptes, s'est trompé ».

QUI ÉTAIENT ACCESSOIRES. En effet, l'accessoire suit le principal, Sexte *Des règles de droit*⁵⁰, règle 42, comme la lèpre accompagne le lépreux. Il se fait en cela que l'on sera tenu de restituer comme des marchandises ce qui y était aussi attaché. De là, Paul⁵¹ dit dans D. 4, 9, 4 § 2⁵², que ces biens qui sont placés sur le navire loué après le chargement des marchandises, regardent aussi l'Édit, bien que leur fret ne soit pas dû, comme pour des vêtements ou des provisions journalières, parce que ces choses mêmes sont accessoires à la location des autres biens. Ainsi, quoique je vous aie prêté à usage une jument qu'accompagne un poulain, les anciens ont répondu que vous deviez aussi garantir la garde du poulain, D. 13, 6, 5 § 9⁵³. Enfin (ce qui est singulier) je voudrais que vous releviez avec ce texte qu'il n'est pas payé de fret pour les vivres et ce qui a trait à l'usage du corps.

[D. 4, 9, 1 § 7]

« 7 - De même, Pomponius, dans son livre XXXV, écrit qu'il importe peu que nous ayons apporté nos biens ou ceux d'autrui, si cependant il est de notre intérêt qu'ils soient saufs ; le fait est qu'à nous plus qu'à ceux auxquels ils appartiennent, ils doivent être payés. Et c'est pourquoi, si, en gage, j'ai reçu des marchandises à raison d'un prêt maritime, plus envers moi qu'envers le débiteur, le marin en sera tenu, si, antérieurement, il les a reçues. 8 - Mais ce qui a été reçu sera-t-il sauf, si les biens envoyés sur le navire lui ont été remis ; et, quand ils ne lui ont pas été remis, pour cela même, cependant, que, sur le navire, ils ont été envoyés, seront-ils considérés avoir été remis ? Et je pense que celui-ci reçoit la garde de tout ce qui, sur le navire, a été apporté et qu'il doit garantir non seulement le fait des matelots, mais aussi [celui] des passagers... »

[D. 4, 9, 2]

Loi 2 : Gaius, au livre V *Sur l'Édit provincial*
« ... de même que l'aubergiste, [le fait] des voyageurs ».

[D. 4, 9, 3 § 1 au début]

Loi 3 : Ulpien, au livre XIV *Sur l'Édit du préteur*
« Et ainsi, quant au fait des passagers, aussi, Pomponius, dans son livre XXXIV, l'écrit-il. De même, il dit que, même si les biens n'ont pas encore été reçus sur le navire, mais ont péri sur le rivage,

⁴⁹ Cet extrait est mal indiqué par Peck qui le rangeait sous un titre qui n'apparaît que dans le *Codex Iustiniani*. Extrait du livre XXIII *Sur l'Édit du préteur* d'Ulpien : « 1 - Si des compagnons de jeu, entre eux, ont commis des brigandages, l'action de biens volés avec violence ne sera pas refusée ; en effet, [le préteur] a empêché seulement que celui qui reçoit soit vengé, non aussi les compagnons de jeu, bien que ceux-ci soient considérés comme indignes ».

⁵⁰ Il s'agit là d'un titre ajouté à la fin du recueil de Sexte, dont la règle 42 dit : « Il est convenable que l'accessoire suive la nature du principal ».

⁵¹ La référence donnée par Peck est à la fois mal indiquée et faussement attribuée à Julianus ; en fait elle doit être corrigée et attribuée à Paul. Cf. note suivante.

Julius Paulus, jurisconsulte né dans la seconde moitié du II^e siècle de notre ère, probablement originaire de Padoue, exerça d'abord comme avocat. Il entra dans le Conseil du Préfet du prétoire Papinien. Jouissant de la faveur de trois empereurs, Sévère, Caracalla et Alexandre Sévère, il occupa d'abord la fonction de Chef de la chancellerie impériale, puis siégea au Conseil d'Etat. Nommé Préfet du prétoire sous Héliogabale (218-222) comme Ulpien (cf. *infra* note 53), il connut un moment de disgrâce et fut exilé, avant de retrouver ses fonctions sous Alexandre Sévère (222-235). Il reste de nombreux fragments de ses très nombreux ouvrages, au nombre de plus d'une centaine, dont un commentaire sur *l'Édit du préteur* en soixante-dix-huit livres, ainsi que cinq livres de *Sentences*, dont près de 2000 fragments seront recueillis par les compilateurs du Digeste, certains ayant cependant été assez défigurés, « interpolés », comme en avaient été autorisés les compilateurs.

⁵² Extrait du livre XIII *Sur l'Édit du préteur* de Paul : « 2 - Vivianus a dit aussi que l'Édit regardait ces biens qui, après le chargement des marchandises sur le navire et le louage [fait], sont apportés, quoique leur fret ne soit pas dû, comme [celui] des vêtements, des provisions journalières, parce que ces choses mêmes, au louage des autres biens, s'ajoutent ».

⁵³ Extrait du livre XXVIII *Sur l'Édit du préteur* d'Ulpien : « 9 - Mais la diligence, sur le bien prêté à usage, doit être fournie à un point tel qu'aussi fournie à ce qui suit le bien prêté à usage, elle doit être fournie ; comme par exemple : je t'ai prêté à usage une jument que son poulain accompagne : les anciens ont répondu que tu devais aussi garantir la garde du poulain ».

[pour] ceux que [le marin] a reçus une fois pour toutes, le risque lui en revient. 1 - Le préteur dit : «s'ils ne le restituent pas, contre eux, j'accorderai une action en justice».

SOMMAIRE

- 1 - Explication de D. 16, 3, 31⁵⁴
- 2 - La restitution du bien par un tiers ne peut faire obstacle à son propre intérêt
- 3 - Les marins sont tenus à partir de la seule introduction [des biens dans le navire]
- 4 - Raison pour laquelle le jurisconsulte a statué de façon aussi dure à l'encontre des marins
- 5 - Si l'ignorance excuse les marins
- 6 - L'ignorance sur le fait d'autrui [est] possible
- 7 - L'ignorance se présume
- 8 - Explication de D. 16, 3, 1 § 41
- 9 - Les marins sont-ils tenus du fait des passagers ?

IL IMPORTE PEU.

« Le fait est que qu'ils doivent plus nous être payés qu'à ceux auxquels ils appartiennent ».

En effet, l'équité naturelle dicte que nous restituions la chose confiée à notre foi à celui qui a fait le dépôt. Cependant, une autre réponse de Tryphoninus⁵⁵ fait obstacle à cette décision dans D. 16, 3, 31⁵⁶, où il affirme que le dépôt [fait] par un brigand ne doit pas être restitué au brigand lui-même, mais au véritable propriétaire. En effet, il dit que

« c'est là la justice qui attribue à chacun le sien, de sorte qu'il ne [lui] soit pas retiré par une réclamation plus juste de quelque personne ».

(1) Accurse a résolu en cet endroit de diverse façon et il est considéré s'y tenir à peine fermement (comme le pensent certains). Mais André Alciat juge que la bonne foi reçue selon la réponse de Tryphoninus [822] n'est pas soigneusement pesée dans notre loi, ici au num. 32, mais la seule restitution du fait, afin qu'ils lui rendent de ce qu'ils ont reçu temporairement. Parce que leur foi n'a absolument pas été approuvée par le voyageur, mais qu'on lui a prêté à partir d'une certaine nécessité. Pour ma part, j'aurais tout à fait pensé qu'en l'affaire, Accurse n'avait pas mal répondu, voir ici sur le mot « à nous », lui qui fait une distinction entre le brigand et celui auquel le bien a été remis en gage. La réponse de Tryphoninus a lieu pour le brigand. D'où, il est juste que soit

⁵⁴ Il faut corriger le texte latin et lire *in f[olio] depositi* au lieu de *infra*.

⁵⁵ Claudius Tryphoninus, jurisconsulte romain du troisième siècle, contemporain de Paul et de Papinien, membre comme eux du conseil de l'Empereur Sévère. Auteur des 21 livres de *Discussions*.

⁵⁶ Extrait du livre IX des *Discussions* de Tryphoninus : « La bonne foi qui est exigée dans les contrats réclame la plus grande équité ; mais pensons-nous à celle du seul droit des gens ou [en accord] avec les préceptes du droit civil et du droit prétorien ? Comme [quand] l'accusé d'un procès capital a déposé chez toi [la somme de] cent et [que] celui-ci a été déporté, doivent-ils lui être rendus à lui-même, ou bien doivent-ils être remis au [trésor] public ? Si nous considérons attentivement seulement le droit naturel et le droit des gens, ils doivent être restitués à celui qui les a donnés ; si [nous envisageons] le droit civil et la succession des lois, ils doivent plutôt être remis au [trésor] public ; celui qui a une mauvaise réputation de façon publique doit aussi travailler dans l'indigence, pour que son méfait doive être empêché à d'autres par l'exemple. 1 - Il y a ici un autre examen. Devons-nous juger la bonne foi seulement entre ceux qui ont contracté, sans y ajouter aucun étranger, ou bien en considérant aussi les autres personnes auxquelles revient ce qui est fait ? A titre d'exemple, un voleur a déposé chez Seius, qui ne savait rien de la malice du déposant, les biens qu'il m'a soustraits : Seius devra-t-il en faire restitution au voleur ou à moi ? Si nous le considérons attentivement à travers celui qui remet et celui qui reçoit par lui-même, c'est là la bonne foi, de sorte que celui qui a remis reçoit la chose confiée ; si [nous considérons] l'équité de toute l'affaire qui est réalisée à partir de toutes les personnes qui sont impliquées dans cette affaire, ils doivent m'être rendus par celui par qui ils ont été enlevés par un acte très fourbe. Et je reconnais que c'est là la justice qui attribue à chacun le sien, d'une façon telle qu'il ne [lui] soit pas retiré par une réclamation plus juste de quelque personne. Si moi, je ne viens pas pour les réclamer, ils doivent néanmoins être restitués à celui qui les a déposés, bien qu'il ait déposé des biens mal réclamés. C'est ce qu'écrivit Marcellus pour le pillard et le voleur. Si cependant le brigand, qui l'ignore, a soustrait le bien au fils de quelqu'un ou à l'esclave de quelqu'un et l'a déposé chez son père ou chez son maître, qui l'ignorent, sur le fondement du droit des gens, il n'y a pas de dépôt, dont le pouvoir est qu'il soit donné à un autre pour le conserver et non que sa propre chose [soit remise] au propriétaire comme si elle était à un autre. Si le voleur a déposé chez moi, qui ignorait jusque là son délit, un bien qu'il m'a volé, moi l'ignorant, c'est à bon droit que l'on dira que le dépôt n'est pas contracté, parce que ce n'est pas sur le fondement de la bonne foi qu'un propriétaire est contraint de restituer à un brigand son propre bien. Mais, s'il a été livré par le propriétaire, qui l'ignorait encore, comme si c'était sur le fondement d'un dépôt, une réclamation de l'indu [lui] reviendra cependant ».

restitué au propriétaire ce qui lui a été enlevé par un acte très criminel. Aussi Ulpien ⁵⁷ ajoute-t-il ici un cas (auquel je pense que l'on doit rapporter ce qui précède), voyez Victorius ⁵⁸ sur CJ. 2, 3, 12 ⁵⁹, où les biens pris en gage ont été introduits sur le navire. D'où, par le droit du gage, il ne peut être considéré comme devant être préféré au propriétaire, voir les docteurs ici sur D. 16, 3, 33 ⁶⁰, ce à quoi les termes immédiatement ajoutés me semblent tendre *SI CEPENDANT IL EST DE NOTRE INTÉRÊT* ... qui indiquent que le voleur ne peut faire obstacle à la réclamation faite par le propriétaire, du fait qu'il n'est pas de son intérêt que le bien ne soit pas restitué au propriétaire. Au contraire, il ne fait pas de doute qu'il est contre celui auquel les marchandises placées sur le vaisseau ont été remises en gage. En effet, une fois le gage passé, ce dernier voit la cause de son obligation empirer, Felinus ⁶¹ sur Décrétales II, xx, 38 ⁶².

SI CEPENDANT IL EST DE NOTRE INTÉRÊT. C'est pourquoi personne ne peut l'empêcher, la restitution est faite, le propriétaire n'étant pas empêché de prouver son intérêt. (2) Du reste, s'il peut prouver son intérêt (ce que je juge devoir être rapporté seulement à une connaissance sommaire), on observera autre chose, comme D. 42, 1, 15 § 4 ⁶³.

AUSSI REÇOIT-IL. On a donc spécialement établi en cet endroit, contre les règles communes du droit et dans la seule aversion de ceux qui sont compris dans l'Édit, qu'ils seront tenus sur le

⁵⁷ Domitius Ulpianus, jurisconsulte né dans la seconde moitié du II^e siècle de notre ère, Syrien né probablement à Tyr, témoigne de la part prise par les provinciaux dans les affaires romaines. Il fut l'élève de Papinien et fut conduit à occuper en effet plusieurs fonctions au sein de l'administration impériale, étant au début du III^e siècle à la tête du bureau des pétitions. D'abord nommé Préfet du prétoire sous Héliogabale (218-222) avant d'être disgrâcié, puis rétabli sous Alexandre Sévère (222-235), il fut nommé par la suite Préfet de l'annonne, puis Préfet de la garde, fonction dans laquelle il semble avoir fait preuve de maladresse, puisque les gardes prétoriens l'assassinèrent en 228.

Il composa une trentaine d'ouvrages, au style fort clair et élégant, abondamment repris par les compilateurs du Digeste. On a jugé que ses œuvres manquaient du sens critique dont témoignaient celles de Paul, mais elles restent cependant un modèle de classicisme, de clarté et de fiabilité. Il figurait parmi les cinq juristes que la loi des citations de Valentinien (en 426) faisait obligation de consulter avant tous les autres.

Il semble en tout cas avoir eu une excellente connaissance de la littérature juridique et en outre, fit preuve, de façon très inhabituelle pour un juriste, d'un intérêt certain pour les questions philosophiques. A ses yeux en effet, le droit lui paraît être ce qu'il y a de plus haut en philosophie ; aussi se préoccupait-il de ce qui est juste ou mauvais, établissant ainsi des règles rationnelles qui écartent tout préjudice. Ses œuvres majeures consistent dans ses quatre-vingt-un livres de commentaires sur l'Édit du préteur et ses cinquante et un livres consacrés à l'œuvre sur le droit civil de *Sabinus*. Les compilateurs du Digeste ont repris quelques 2500 fragments de ses ouvrages qui semblent avoir été composés entre 213 et 217, constituant près du tiers de la totalité des fragments rassemblés dans cette encyclopédie de la littérature juridique classique. Sur Ulpian, cf. HONORÉ (A. M.), *Ulpian*, Clarendon Press, Oxford 1982.

⁵⁸ Nous n'avons pu identifier qui se cachait derrière ce nom.

⁵⁹ Constitution d'Alexandre Sévère adressée à Flacilla et donnée en 231 : « L'équité, tant de la loi que de la chose elle-même, demande que soient respectés les tout nouveaux accords. Pour cette raison, si, dans le contrat qui a précédé, il avait consenti à ce qu'il n'y ait pas d'autre part d'intérêt et surtout si (comme tu l'exposes), on l'a encore affirmé auprès des actes du gouverneur, tu ne l'empêcheras pas d'exercer l'action qu'il y avait dans le premier contrat ».

⁶⁰ Extrait du livre VI des *Œuvres posthumes résumées par Javolenus* de Labéon : « Ton esclave a déposé avec Attius de l'argent en séquestre chez Mavrus sous cette condition qu'il te serait rendu, si tu prouvais qu'il était le tien, sinon, qu'il serait rendu à Attius. J'ai dit que l'on pouvait agir en justice avec une action incertaine contre celui chez qui il avait été déposé, c'est-à-dire pour la production (ad exhibendum) et réclamer ce qui a été produit, parce que l'esclave n'avait pas pu rendre ton droit plus mauvais en faisant le dépôt ».

⁶¹ Felino Maria Sandeo (vers 1444-1503), canoniste originaire de Ferrare, à qui l'on doit un commentaire sur les Décrétales de Grégoire IX.

⁶² Il s'agit d'une longue décrétale d'Innocent III envoyée aux abbés de N. et de C., dont nous nous contenterons du résumé : « Les attestations reçues au sommaire ne font pas foi en jugement plénier. Et, non obstant la publication de celles-ci, d'autres témoins peuvent être reçus sur ces mêmes articles ».

⁶³ Nous pensons qu'il s'agit bien de ce paragraphe, car Peck l'indique en tout cas de façon erronée. Extrait du livre III *De l'office de consul* d'Ulpian : « 4 - Si, des biens qui, selon le droit du gage, ont été pris, une controverse est faite, il a été établi par notre empereur que ceux-là mêmes qui exécutent la chose jugée doivent connaître de la propriété ; et, s'ils ont reconnu qu'elle appartenait à celui qui a été condamné, ils exécuteront la chose jugée. Mais il faut savoir que, sommairement, ils doivent en avoir connaissance et que leur sentence ne peut pas, au débiteur, préjudicier, si, peut-être, ceux-ci avaient pensé que ce bien devait être renvoyé, comme s'il appartenait à celui qui a soulevé la controverse et non à celui au nom duquel il a été pris ; et celui auquel il a été restitué, immédiatement, ne devait pas l'obtenir par le biais de la sentence, si, peut-être, selon le droit ordinaire, le bien avait commencé à être, par lui, réclamé. Il arrive ainsi que, pour tous [les biens], seulement à la possession, la chose jugée sera utile. Mais il doit être dit que, quand la controverse se trouve quant au gage, cela doit être renvoyé et être prise une autre chose, si cela est sans controverse ».

fondement de la seule introduction de biens, même non expressément désignés, voir Balde et Romanus, num. 1 ici. (3) C'est pourquoi par ce fait même et en souffrant que les biens soient introduits dans le vaisseau, ils sont considérés la garde des biens et promettre qu'ils seront saufs. En revanche, pourquoi, je vous prie, les jurisconsultes se sont-ils résolus avec des intentions si aigres contre ce genre d'hommes ? Assurément, pour nulle autre raison (comme je le pense), si ce n'est que ce type d'un grand nombre d'hommes est très malhonnête et (4) généralement habitué à s'accorder avec des voleurs contre les marchands, comme dans le début de cette loi. Pour cette raison, s'ils se sont résolus à leur encontre de façon si rude et si dure, les très prudents hommes estimaient qu'il pouvait obvier à des délits de ce type et obtenir une plus grande diligence.

ILS ONT ÉTÉ APPORTÉS. Mais devait-on rapporter cela aussi à l'ignorance des marins ? Accurse en débat à cet endroit et détermine que l'on ne peut le rapporter, (5) et (à mon jugement) à juste titre. En effet, l'ignorance exclut le consentement. Aussi celui qui ne consent pas est-il très peu tenu, du fait que les obligations se font par le consentement, D. 44, 7, 2⁶⁴. (6) Mais, alors qu'il y a une possible ignorance sur le fait d'autrui, D. 22, 6, 3⁶⁵, on doit seulement travailler à ce que notre disposition, qui parle de façon générale, ne doive pas être entendue de façon générale, Romanus sur D. 24, 3, 64 § 9⁶⁶, et comme Accurse le pense, celui qui ignore sera à bon droit excusé. (7) Du reste, si la question tombe sur l'ignorance qu'il faille prouver, je pense qu'on la présume et que la connaissance doit être prouvée par l'adversaire, Sexte, *Règles de droit*, règle 47⁶⁷. Aussi Ulpien répond-il dans un autre endroit fourni au contraire [de ce que dit] Accurse que l'on peut agir en justice par l'action de dépôt contre celui qui a reçu un coffre à garder avec des biens qu'il ignorait cependant, D. 16, 3, 1 § 41⁶⁸ : cela ne milite pas contre notre doctrine. (8) En effet, bien qu'il ignorât ce qui était placé dans le coffre, c'est en connaissance de cause qu'il a reçu cependant ce même coffre fermé ; donc, pour cette même raison et de la même façon, il devait être restitué. Aussi ici est-il fait mention dans l'Édit des marins et des autres [personnes qui y sont] contenues, qui ne connaissent pas le dépôt, ni le contenu ni le contenant. De là, il se fait qu'ils ne peuvent accorder leur soin aux biens dont ils ignorent qu'ils sont transportés.

MAIS AUSSI [CELUI] DES PASSAGERS. Les jurisconsultes semblent dans ce titre ne pas se faire confiance entre eux. (9) En effet, ici, Ulpien dit que le patron du navire doit non seulement garantir le fait des matelots, mais aussi des passagers, lui qui, un peu plus haut cependant affirmait que le fait des rameurs et des matelots ordinaires regardait très peu le patron. Mais, dans la loi suivante, Gaius⁶⁹ ajoute que l'aubergiste est simplement tenu du fait des voyageurs ; Paul⁷⁰, dans

⁶⁴ Extrait du livre III des *Institutes* de Gaius : « Par le consentement, les obligations sont faites pour les achats-ventes, les offres de bail-prises de bail, les sociétés et les mandats. 1 - Mais c'est pourquoi nous disons qu'avec ces moyens, par le consentement, une obligation est contractée, parce que ni cette propriété des paroles, ni d'un écrit n'est réclamée mais il suffit que ceux qui administrent les affaires consentent. 2 - D'où, entre personnes absentes, de telles affaires sont aussi contractées, comme par le biais d'une lettre ou d'un messenger. 3 - De même, pour ces contrats, l'un est obligé envers l'autre à l'égard de ce qu'il faut que l'un fournisse à l'autre en équité ».

⁶⁵ Extrait du livre III *Sur Sabinus* de Pomponius : « Il importe grandement [de savoir] si quelqu'un ne connaît rien au sujet de la cause ou du fait d'autrui ou s'il ignore son propre droit. 1 - Mais Cassius rapporte que Sabinus avait pensé que l'on devait recevoir ainsi l'ignorance d'un homme non dépravé et trop tranquille ».

⁶⁶ Extrait du livre VII sur la *Lex Julia et Papia* d'Ulpien : « 9 - Du mari et de son héritier, la Loi parle seulement ; du beau-père et de ses héritiers, il n'a rien été écrit dans La loi ; et Labéon relève que cela a été comme oublié. En conséquence, dans ces cas, la Loi fait défaut et aussi, une action utile ne devra pas être accordée ».

⁶⁷ « L'ignorance est présumée quand la connaissance n'est pas prouvée ».

⁶⁸ Extrait du livre XXX *Sur l'Édit du préteur* d'Ulpien : « 41 - Si un coffre scellé a été déposé, réclamera-t-on seulement le coffre ou les choses qui y ont été mises ? Trebatius dit que l'on doit agir en justice [avec l'action du dépôt] pour réclamer le coffre, non pour le dépôt d'objets singuliers. Et si les choses ont été montrées et ainsi déposées, les pièces de vêtement doivent être ajoutées. Mais Labéon dit que celui qui dépose un coffre est considéré déposer aussi chaque bien et donc, qu'au sujet des biens, il peut agir en justice. Qu'en est-il donc, si celui qui a reçu le dépôt ignorait que s'y trouvaient des biens ? Cela n'importe pas beaucoup, du fait qu'il a reçu le dépôt. Donc, je pense qu'il peut agir en justice pour le dépôt des objets, quoiqu'un coffre scellé ait été déposé ».

⁶⁹ Gaius ou Caius était un juriste de l'école sabinienne, à la fois enseignant et auteur, mais sans tenir une haute charge quelconque, vivant à l'époque des Antonins. Il acquit sa réputation à partir de son manuel, composé au second siècle de notre ère, peut-être sous le règne d'Hadrien, et sa période d'activité peut avoir duré jusqu'au règne de Marc-Aurèle. Il n'est cité par les jurisconsultes faisant autorité qu'à partir de l'Empereur Valentinien qui, par sa Loi des citations en 426, confère à ses enseignements la même valeur qu'à ceux de Papinien, Paul, Ulpien et Modestin.

un autre endroit, dans D. 4, 9, 6 § 3⁷¹, estime qu'il est seulement tenu à l'égard de ceux qui se trouvent dans l'auberge pour y loger. Aussi pensé-je que ne fonctionne absolument pas à bon droit le fait qu'Accurse divise l'interprétation pour la partie opposé des passagers, du fait que dans ce titre, sous l'appellation de passagers, on n'en reçoit pas d'autres que ceux qui se trouvent seulement sur le navire pour être transportés, voir Budé ici. Il n'y a personne qui ne pèse cela à bon droit, mais (comme toutes choses dans ce titre) ils traversent seulement à pied sec. Au vrai, quant à moi, je pense que l'on doit entendre cette affaire ainsi, parce que celui qui est entendu avoir reçu la garde, doit protéger d'un vol et d'un préjudice contre qui que ce soit, D. 4, 9, 5⁷². Je vois que Baron⁷³ le pense ici ; il doit en conséquence garantir le vol de ceux qui se trouvent sur le vaisseau pour être transportés. Du reste, le fait qu'Ulpien dise que l'opérateur maritime n'est pas obligé par le biais du matelot ordinaire, pour le contrat, on ne doit pas de même le rapporter à un quasi-délit, comme cela peut recueillir de façon très évidente de ce qui suit. Mieux, on mettra en lumière plus bas en son lieu le fait qu'Ulpien ne fasse pas confiance à Gaius et que leurs réponses ne se contredisent pas. Pour les délits cependant, une autre chose a été longtemps reçue. Le fait est que, tandis que les auteurs sont tenus de leurs méfaits, CJ. 9, 47, 22⁷⁴, l'opérateur maritime ne peut être cité en justice sur le fondement d'un délit des passagers, D. 47, 5, 1 § 6⁷⁵. En cela donc, ce titre est différent de celui qui suit après « VOLS CONTRE LES MARINS, LES AUBERGISTES, LES TENANCIERS D'ECURIE, etc. », parce que le présent [823] titre est donné sur le contrat, à savoir

Son ouvrage le plus remarquable est sans conteste son manuel, les *Institutes*, qui forma le modèle que suivirent les juristes de l'époque justinienne pour composer leur propre manuel. Ce manuel est intéressant à plus d'un titre : d'abord, parce qu'il forme un exposé remarquablement clair et, dans l'ensemble, très bien articulé, pour présenter de façon pédagogique et limpide l'ensemble du droit romain ; puis aussi par sa langue même, car avec les *Institutes*, nous avons sans doute là le tout premier ouvrage écrit en langue parlée, sans doute la langue même de l'enseignant s'adressant à ses élèves, une langue à la fois claire et souple. A cet égard, le grand professeur de droit romain, qui exerça à l'Université Libre de Bruxelles, Jacques-Henri Michel, consacre sa retraite à démontrer cela et entend convaincre ses collègues qui enseignent le latin dans les athénées belges de se tourner en premier lieu vers les ouvrages de Gaius, plutôt que de commencer par César ou Cicéron, pour un apprentissage de la langue latine.

À côté des *Institutes*, Gaius composa plusieurs autres ouvrages, dont trente livres de commentaires sur l'*Edit provincial* et sept livres sur *Les affaires journalières ou dorées*, cités à plusieurs reprises dans le Digeste.

Hormis ses ouvrages, on connaît bien peu de choses sur la vie de l'homme lui-même : il aurait commencé sa carrière à Rome pour la poursuivre dans les provinces orientales de l'Empire. Cf. HONORÉ (A. M.), *Gaius*, Clarendon Press, Oxford 1962.

⁷⁰ Il faut ici corriger le texte qui parle d'Ulpien, alors que l'extrait cité est de Paul.

⁷¹ Extrait du livre XXII *Sur l'Édit du préteur* de Paul : « 3 - D'une action en fonction des circonstances du fait (in factum), l'aubergiste est tenu en faveur de ceux qui, pour y loger, dans l'auberge, se trouvent. Mais cela ne regarde pas celui qui est reçu comme hôte imprévu, comme le voyageur ».

⁷² Extrait du livre V *Sur l'Édit provincial* de Gaius : « Le marin, l'aubergiste et le maître d'écurie reçoivent une rémunération non à la faveur d'une garde, mais le marin, pour transporter des voyageurs, l'aubergiste, pour souffrir que des voyageurs demeurent dans son auberge et le maître d'écurie, pour permettre que des bêtes de somme séjournent chez lui ; et cependant, au titre d'une garde, ils sont tenus. Car le foulon et le couturier, non pour une garde, mais à la faveur de leur art et cependant, au titre de la garde, de l'action sur le fondement de l'offre de leur service (ex locato), sont tenus. 1 - Quoi que, quant au vol, nous ayons dit, la même chose, quant au dommage, doit être entendue. En effet, l'on ne doit pas douter que celui qui a reçu que cela serait sauf, non seulement à partir d'un vol, mais aussi à partir d'un dommage, est considéré le recevoir ».

⁷³ Il s'agit d'Eguinaire Baron (1495-1550), né à Saint-Pol-de-Léon en Bretagne, qui enseigna le droit romain à Poitiers, Angers et Bourges, avec un grand succès semble-t-il. Cujas le surnomma « le Varron français ». Ses œuvres ont été réunies et publiées à Paris en 1562.

⁷⁴ Constitution d'Arcadius et Honorius adressée au Préfet du prétoire et donnée en 399 : « Nous consacrons qu'il y a pénalité là où il y a dommage. Nous tenons éloignés de la calomnie les proches, ceux qui sont notés d'infamie, la domesticité, la communauté ne les rend pas accusés d'un crime. En effet, ni la parenté, ni l'amitié ne reçoivent un crime abominable. En conséquence, que les auteurs soient tenus de leurs fautes ; que la crainte n'aille pas plus loin que trouver le délit. Que l'on fasse connaître cela à chaque juge en particulier ».

⁷⁵ Extrait du livre XXXVIII *Sur l'Édit du préteur* d'Ulpien : « 6 - L'aubergiste garantit le fait de ceux qui se trouvent dans son auberge pour y pratiquer le service d'hébergement ; de même, de ceux qui s'y trouvent pour y loger ; aussi ne garantit-il pas le fait des voyageurs. Car l'aubergiste ou le tenancier d'écurie n'est pas considéré se choisir un voyageur et ne peut repousser ceux qui font route ; mais il choisit lui-même ceux qui logent de façon durable : il faut qu'il garantisse le fait de ceux qu'il ne rejette pas. Sur un vaisseau aussi, le fait des passagers n'est pas garanti ».

sur ce qui est reçu, ou bien sur le quasi-délit ; en revanche celui-là [l'est] seulement sur le délit. Voir Bartole sur ledit titre.

[D. 4, 9, 3 § 1 (suite)]

« À partir de cet Édît, une action en fonction des circonstances du fait (*in factum*) est mise en marche. Mais il faut voir si elle sera nécessaire, parce qu'avec une action civile, à partir de cette cause, l'on pourra agir en justice ; si, certes, une rémunération intervient, sur le fondement d'une offre de bail ou d'une prise à bail (*ex locato* ou *ex conducto*) [on le pourra] ; mais, si tout le vaisseau a été mis en location, celui qui l'a pris à bail, sur le fondement de la prise de bail (*ex conducto*), aussi pour les choses qui manquent, peut agir en justice ; mais, si pour transporter des biens, le marin l'a pris à bail, sur le fondement de l'offre de bail (*ex locato*), il sera cité en justice ; mais, si, à titre gratuit, les biens ont été reçus, Pomponius dit qu'avec l'action de dépôt (*depositi*), on pouvait agir en justice ».

SOMMAIRE

- 1 - Division de l'action en fonction des circonstances du fait (*in factum*)
- 2 - Par quel pacte l'action en fonction des circonstances du fait (*in factum*) se distingue-t-elle des autres actions ?
- 3 - Origine de l'action en fonction des circonstances du fait (*in factum*)
- 4 - L'action *in factum* est ici double
- 5 - Quelle et quand est accordée l'action subsidiaire ?
- 6 - Ce qu'est une action civile
- 7 - Si l'action civile a été introduite au sujet du droit civil
- 8 - Ulrich Zasius
- 9 - Explication de la loi 2 sur l'origine du droit
- 10 - Dans une location, le loyer doit être certain
- 11 - Ce qu'il en est en droit du tout et de la partie
- 12 - Le dépôt doit être gratuit

Une fois expliqués les termes du premier Édît, Ulpien va droit à l'interprétation de la partie postérieure de l'Édît et il examine quel est le jugement que le préteur promet d'accorder. Aussi dit-il qu'il accorde une action « en fonction des circonstances du fait » (ou *in factum*). (1) L'action « en fonction des circonstances du fait » est quadruple (comme le pense Accurse dans un autre endroit, sur *Institutes* IV, xv, § 8⁷⁶ : l'une est accordée à partir de tout l'Édît ou d'un interdit du préteur, une autre l'action subsidiaire de la *Lex Aquilia*⁷⁷, une autre l'action extraordinaire qui a été introduite à partir de diverses formes de causes, une autre avec l'action absolument équivalente [appelée] « avec des mots écrits en tête » (*præscriptis verbis*)⁷⁸. (2) Mais cette distinction n'est pas approuvée par Faber⁷⁹ qui pense qu'il existe seulement une unique action « en fonction

⁷⁶ « 8 - Il est vain aujourd'hui de parler de l'ordre et de l'ancien résultat des interdits. Car, chaque fois que la juridiction a lieu extraordinairement (et tels sont aujourd'hui tous les jugements) il n'est pas nécessaire qu'un interdit soit rendu ; mais on juge sans interdit, comme si une action civile avait été rendue sur le fondement de la cause d'un interdit ».

⁷⁷ Cette loi, qui remonte à 286 av. notre ère, qui semble avoir été plus un plébiscite qu'une loi proprement dite (*i. e.* votée par l'assemblée de la plèbe, plus que par les Comices centuriates), oblige celui qui, par sa faute, cause un dommage au bien d'autrui à le réparer par une compensation en argent. Elle est à l'origine de la notion de responsabilité civile que l'on trouve dans l'article 1382 C. civ., que certains juristes peuvent encore aujourd'hui, avec quelque nostalgie ou quelque goût pour le passé, appeler « responsabilité aquilienne ».

⁷⁸ On trouve un extrait de Celse dans D. 19, 5, 2 qui explique que « ... (, du fait que font défaut les appellations ordinaires et usuelles des actions, avec l'action "avec des mots écrits en tête" (*præscriptis verbis*), l'on doit agir en justice), ... » qui se poursuit par D. 19, 5, 3 avec un extrait de Julianus « ... dans laquelle il est nécessaire de se réfugier, chaque fois qu'il y a des contrats dont les dénominations, dans aucun droit civil, n'ont été transmises ». En d'autres termes, ces actions dites « avec des mots écrits en tête » ou *præscriptis verbis* vont jouer pour les contrats innomés du droit romain, c'est-à-dire les contrats apparus plus tard dans la vie juridique et qui n'avaient donc pas reçu de noms spécifiques, ainsi qu'une action spécifique accordée par l'Édît du préteur.

⁷⁹ On ne sait trop de quel Faber il est ici question, car il existe plusieurs personnages qui répondent à ce nom, tant français qu'italiens, de Fabre à Fabri. Il est tout à fait certain, en tout cas, qu'il s'agit bien ici de Johannes Faber, qui

des circonstances du fait», qui provient des différentes formes de causes, de différents faits et façons, mais non d'un seul. Les autres actions « nommées »⁸⁰ proviennent d'une unique façon, comme par exemple l'action sur le fondement de la vente, ou *ex vendito*, parce qu'il y a vente, l'action sur le fondement de l'offre de bail, ou *ex locato*, parce qu'un louage est intervenu, et ainsi pour les autres. Aussi l'action « en fonction des circonstances du fait » [se fonde-t-elle] sur quelque chose d'incertain, d'où il se fait que, comme on n'a pu la dénommer avec une appellation certaine, on la dit « en fonction des circonstances du fait », parce qu'elle provient d'un exposé du fait. (3) En effet, alors que les auteurs des lois ont envisagé l'immense diversité des cas, de sorte qu'ils ne pouvaient pas les embrasser tous sous des appellations certaines, ils ont estimé qu'il fallait relever sous le nom de fait et par une désignation la plus commune pour tous ce qui était fait entre les hommes. C'est pourquoi est née de cet Edit une action « en fonction des circonstances du fait » double : (4) l'une pour récupérer les biens apportés sur un vaisseau, dans une auberge ou dans une écurie, qui est appelée par Ulpien à cet endroit action « au sujet de ce que l'on a reçu » (*de recepto*) ; l'autre, introduite pour punir l'opérateur maritime à raison du délit de ses employés commis sur les biens confiés à leur loyauté.

MAIS SI ELLE EST NÉCESSAIRE. Elle n'était en tout cas pas considérée comme nécessaire, parce que l'on pouvait agir en justice par une action civile à partir de cette cause. D'où, quand cette action civile ordinaire convient, on considère que, pour l'action « en fonction des circonstances du fait » qui est seulement extraordinaire, Jason sur D. 19, 5, 21⁸¹ au num. 1, il faut s'en remettre à elle, qui a été introduite par l'équité du préteur, Jason sur D. 19, 5, 5 § 3⁸² au num. 5, D. 39, 1, 3 § 1⁸³. (5) En effet, l'action subsidiaire prend son nom [du mot] « soutien » (*subsidiium*), parce qu'elle vient en aide à ceux qui ne peuvent revendiquer leur droit par aucune action civile dans un jugement contraire. C'est ainsi que, de façon la plus appropriée, l'action « en fonction des circonstances du fait » est appelée subsidiaire, parce que, les autres actions faisant défaut, elle est

est un auteur du XIV^e siècle, d'autant qu'on le voit être cité à d'autres reprises par Peck, mais cette fois-ci en lui adjoignant son prénom.

⁸⁰ Rappelons pour le non romaniste, que le droit romain est resté jusqu'à la fin du III^e siècle de notre ère un droit essentiellement judiciaire, c'est-à-dire qu'un droit ne pouvait être soutenu en justice que si l'action correspondante, et par conséquent « nommée », existait. Ainsi, dans une vente, le vendeur dispose de l'action de la vente pour faire valoir son droit quant au versement du prix promis par l'acheteur, ou *actio venditi* ou *ex vendito*, tout comme l'acheteur en retour disposait de l'action de l'achat, ou *actio empti*, pour réclamer au vendeur la livraison de la chose, ou plutôt un dédommagement pour non livraison de la chose par le vendeur.

Quand aucune action n'existait ou n'avait été établie par le préteur, il était presque impossible de faire valoir positivement son droit, car, comme le rappelle une constitution d'Alexandre en 228, « d'un pacte nu (*i. e.* un accord qui ne porte pas de nom) *il ne naît aucune action en justice* ». En somme, un tel pacte ne fait naître aucun lien mettant à charge de l'une des parties une obligation, conférant corrélativement à l'autre partie la qualité de créancier. Cependant, le préteur avait dans ce cas quand même prévu d'accorder une protection juridique au créancier, en lui conférant une exception, c'est-à-dire un moyen de défense, lui permettant de s'opposer s'il est défendeur dans une action que lui aurait intentée le débiteur, demandeur à l'action. Il n'est pas besoin de détailler plus.

Disons seulement que cela rappelle de très près l'ancienne technique du droit anglais, qui resta lui-même très longtemps un droit judiciaire et qui fut conduit à élaborer des techniques assez comparables à celles du droit romain, sans pour autant s'inspirer de ce dernier, mais uniquement à travers le travail de réflexion des juges des cours royales anglaises. Ainsi, de même qu'en droit romain les contrats formaient un système fermé, car ils n'existaient qu'en nombre très limité, de même les actions offertes au plaideur anglais étaient strictement limitées et ce dernier devait s'efforcer de trouver celle qui convenait parfaitement à son cas, au risque de se faire débouter de son action et de devoir recommencer sur une autre base reçue et acceptée par les juges.

⁸¹ Extrait du livre II des *Discussions* d'Ulpien : « Chaque fois que fait défaut une action ou une exception, il y a une action ou une exception utiles ».

⁸² Extrait du livre V des *Questions* de Paul : « 3 - Si je fais pour que tu donnes et qu'après que j'ai fait, tu t'abstiennes de donner, il n'y aura aucune action civile, c'est pourquoi sera accordée [l'action] de dol ».

⁸³ Extrait du livre XLII *Sur l'Édit du préteur* d'Ulpien : « 1 - Si, sur un emplacement commun, quelque chose est fait, la dénonciation [de nouvel œuvre] aura lieu contre [les deux]⁸³ voisins. Clairement, si un seul le rend nôtre sur un endroit commun, je ne peux pas, moi l'associé, lui dénoncer le nouvel œuvre, mais je l'en empêcherai avec l'action en partage de bien commun (*communi dividundo*) ou par le biais du préteur ».

choisie en remplacement par l'intermédiaire des lois, de même que le dernier compagnon qui succède aux autres.

PARCE QUE, PAR UNE ACTION CIVILE. (6) Est proprement appelée action civile celle qui reçoit sa forme du droit civil, Jason sur *Institutes* IV, vi, au début⁸⁴ au num. 46, mais pas que (comme on le pense communément) les actions ont été introduites par le droit civil. (7) Car (8) (comme le dit à bon droit Zasius⁸⁵, homme très exercé dans toute la science et ornement de toute l'Allemagne, dans ses *Réponses singulières*, chap. 5), il a été découvert par ceux qui sont experts dans les histoires, qu'avant le droit civil, il existait à de nombreuses époques des actions et des jugements dans le droit des gens. Du fait qu'il était alors assurément nécessaire dans un temps où la propriété des choses avait été distinguée, avaient fleuri le fait de placer des bornes aux champs et l'usage le plus grand des contrats et des obligations, D. 1, 1, 5⁸⁶. A quoi servirait tout cela, si une action n'avait pas été accordée en leur faveur ? C'est pourquoi, avant le droit civil, il existait des actions, mais (comme il le dit) informes, grossières et vagues que la loi a enfin réglées et rendu certaines et ordinaires. (9) C'est ce à quoi les termes de Pomponius⁸⁷ me semblent tendre, quand il dit dans D. 1, 2, 2 § 6⁸⁸ qu'ENSUITE PRESQUE DANS LE MÊME TEMPS LES ACTIONS ONT ÉTÉ ÉTABLIES ... Il ne dit pas qu'elles ont été trouvées, mais qu'elles ont été établies, c'est-à-dire qu'elles ont été mises en ordre et que les actions, antérieurement informes, ont reçu leur forme du droit civil, afin que le peuple ne les institue point selon qu'il le voulait.

SI EN TOUT CAS UN LOYER INTERVIENT. À savoir, un [loyer] certain. En effet, c'est pour qu'un contrat de louage réussisse, que l'on doit fixer un loyer certain, *Institutes* IV, xxiv, au début⁸⁹. Cela est vrai jusqu'au point où, si une rémunération a été de façon générale promise à l'arbitrage d'autrui, on n'est pas considéré contracter une offre de bail-prise à bail, D. 19, 2, 25 pr⁹⁰ Si en un mot, aucun loyer n'a été fixé pour être fourni, on réclamera son droit non par l'action du louage, mais par l'action du mandat, D. 19, 5, 22⁹¹. Mais, si l'on a convenu entre le marin et le passager

⁸⁴ « Il nous reste à parler des actions. Une action n'est rien d'autre que le droit de poursuivre dans un jugement ce qui nous est dû ».

⁸⁵ Ulrich Zase ou Zasius (1461-1536), juriste suisse né à Constance, qui composa une *Methodus juris* ou *Méthode de droit* et plusieurs commentaires sur le Digeste.

⁸⁶ Extrait du livre 1^{er} des *Résumés du droit* d'Hermogénien : « C'est par ce droit des gens qu'ont été introduites les guerres, ont été distingués les peuples, fondés les royaumes, divisées les propriétés, disposées les bornes des champs, établies les constructions, institués le commerce, les ventes et achats, les offres et prises de bail, les obligations, à l'exception de celles qui ont été introduites par le droit civil ».

⁸⁷ Pomponius fut un jurisconsulte romain du III^e siècle de notre ère, qui composa d'importants commentaires sur l'œuvre de Scævola, en trente-neuf livres, et de Sabinus, en trente-six livres, également sur l'Édit du préteur. Il est surtout remarquable pour avoir été le seul, du moins à partir des longs extraits conservés dans le Digeste de son *Enchiridion*, à brosser un petit tableau général de l'histoire du droit romain : il est à cet égard presque l'unique source à caractère purement historique reprise par le Digeste. Il semble s'être essentiellement consacré à l'enseignement et à l'écriture, sans avoir tenu de charge au sein de l'administration impériale.

⁸⁸ C'est justement là un extrait de son *Enchiridion* : « 6 - Ensuite, à partir de ces lois, presque dans ce même temps, les actions ont été établies, avec lesquelles les hommes ont décidé [de leurs controverses] entre eux ; elles ont voulu que ces actions soient certaines et ordinaires, afin que le peuple ne les institue pas selon qu'il le voulait ; et cette partie du droit s'appelle les actions de la loi, c'est-à-dire les actions légales. Et c'est ainsi que presque à cette même époque, sont nées ces trois [branches du] droit ; le droit civil a commencé à se répandre à partir de cela avec la Loi des Douze Tables, et à partir de cette même loi, les actions de la loi ont été réglées. Enfin, la science de l'interprétation de toutes ces dernières et les actions se trouvaient auprès du collège des pontifes, sur le fondement desquels était établi celui qui présiderait chaque année aux [affaires] privées. Et le peuple recourut à cette coutume durant près de cent ans ».

⁸⁹ « L'offre de bail-prise à bail est très proche de l'achat-vente et elle est fixée par les mêmes lois. Car, de même que l'achat-vente est ainsi contracté si l'on a convenu du prix, de même l'offre de bail-prise à bail est contractée si un loyer a été fixé et l'action locati appartient au bailleur, mais l'action conducti au preneur ».

⁹⁰ Extrait du livre X *Sur l'Édit provincial* de Gaius : « Si le loyer promis est sujet à l'arbitrage d'autrui, le louage et la prise de bail ne sont pas considérés être contractés ; mais si au contraire, [il est fixé] à ce que Titius en aura évalué, sous cette condition, le louage fera en sorte que, si, certes, celui-là même qui a été nommé a fixé le loyer, il faudra absolument que, selon son évaluation, le loyer soit totalement payé et que la prise de bail prenne son effet ; mais, si au contraire, celui-ci ne voulait pas ou ne pouvait pas fixer le loyer, alors, pour nulle, la prise à bail serait tenue, comme si aucun loyer n'avait été fixé ».

⁹¹ Extrait du livre X *Sur l'Édit provincial* de Gaius : « Si je t'ai remis des vêtements pour les orner ou les raccommoder, si, certes, toi, ayant reçu gratuitement ce travail, il y a une obligation de mandat ; mais, si une rémunération ayant été remise ou établie, c'est une affaire d'offre de bail-prise à bail qui est faite. Si tu n'as pas reçu gratuitement ce travail et qu'immédiatement après, il n'y a pas eu de rémunération remise ou établie, mais que l'affaire a été faite, de sorte que, par la suite, au titre d'une rémunération, soit donné autant

que le marin recevrait autant qu'il aura été convenu entre eux, on entend qu'entre les parties, il y a un contrat innominé et une action « avec des mots écrits en tête » (*præscriptis verbis*) sera accordée, D. 19, 5, 1 et 2⁹² [824] et [Claude] Chansonnette⁹³ sur les *Institutes* IV, § 1⁹⁴.

(11) MAIS SI TOUT LE NAVIRE. Il appartient en effet au droit au sujet d'une partie, [que l'on loue] une partie, de même aussi il est du droit qu'au sujet de la totalité, [l'on loue] la totalité, voir D. 32, 33 pr⁹⁵. Mais, si une partie du vaisseau a été prise à bail, il est permis d'agir en justice sur le fondement de la prise à bail (*ex conducto*). On devra observer la même chose donc, si tout le navire a été loué.

MAIS SI [C'EST] GRATUITEMENT. Car, si à raison de la garde, quelque chose a été remis au marin pour son ouvrage, il n'en naît pas un contrat de dépôt, mais un contrat de louage [de services] et il faudra agir en justice sur le fondement de la prise à bail (*ex conducto*), D. 16, 3, 1 § 8⁹⁶. (12) Aussi l'obligation d'un dépôt est-elle contractée, comme dans le plus grand nombre des cas, par la faveur de celui qui dépose et l'office de celui qui reçoit le dépôt à garder, sollicité pour sa loyauté, est gratuit, D. 16, 3, 1 § 9⁹⁷.

[D. 4, 9, 3 § 1 (fin) et § 2]

« On s'étonnera donc de pourquoi une action honoraire a été introduite, du fait qu'il y a des [actions] civiles, si ce n'est peut-être, dit-il, pour la raison que le prêteur fait connaître qu'il prend soin de réprimer en cela la malhonnêteté de ce genre d'hommes, parce que, dans l'offre de bail-prise à bail, la faute, et, dans le dépôt, seulement le dol sont garantis ; en revanche, de cet Edit, de toute façon, est tenu celui qui a reçu

qu'il a été fixé entre nous, on décide que, comme pour une nouvelle affaire, une action en fonction des circonstances du fait (in factum) doit être accordée, c'est-à-dire une action "avec des mots écrits en tête" (præscriptis verbis) ».

⁹² Le premier extrait est repris du livre VIII des *Questions* de Papinien : « Il arrive parfois que, les jugements présentés et les actions ayant cessé, quand nous ne pouvons pas trouver une dénomination propre, nous en venons aisément à celles qui sont appelées actions en fonction des circonstances du fait (actiones in factum). Mais, pour que la chose ne manque pas d'exemples, je le ferai en peu de mots. 1 - Labéon écrit qu'au propriétaire des marchandises, contre le patron du navire, s'il est incertain [de savoir] s'il a pris à bail le navire ou s'il a loué [un emplacement] pour transporter ses marchandises, l'on doit donner une action civile en fonction des circonstances du fait (in factum). 2 - De même, celui qui, pour en examiner le prix, remet un bien, il n'y aura ni dépôt, ni commodat, mais la bonne foi n'ayant pas été montrée, une action civile en fonction des circonstances du fait (in factum) est à disposition ... ». Le second extrait, qui fait suite au premier, est repris du livre VIII des *Digestes* de Celsus : « ... (car, du fait que font défaut les appellations ordinaires et usuelles des actions, avec l'action "avec des mots écrits en tête" (præscriptis verbis), l'on doit agir en justice) ».

⁹³ Claude Chansonnette, ou Claudius Cantuincula, mort à Ensisheim vers 1560, était un juriste originaire de Metz, qui produisit notamment un ouvrage sur *L'office du juge* ou *De officio judicis*. On lui doit également l'ouvrage ici cité des *Paraphrases in tres libros primos Institutionum Iustiniani* ou *Paraphrases sur les trois premiers livres des Institutes de Justinien*, publiées à Louvain en 1549 (ce qui explique sans doute que Peck en ait eu connaissance). Chansonnette fut professeur, puis recteur de l'université de Bâle. Après qu'il eut exercé plusieurs importantes missions confiées par Charles Quint, l'Empereur Ferdinand 1^{er} le nomma chancelier pour l'Alsace.

⁹⁴ « 1 - Et [quant à] ce que nous avons dit ci-dessus, si le prix a été promis à l'arbitrage d'autrui, nous entendons que la même chose a été dite pour le louage, quand le loyer a été remis à l'arbitrage d'autrui. Pour cette raison, si quelqu'un a remis à un foulon des vêtements pour le nettoyer ou les réparer, ou à un couturier pour les coudre, nulle rémunération n'ayant été immédiatement établie, mais que l'on donnera par la suite autant qu'il a été convenu entre eux, on n'entend pas qu'un louage [de services] est proprement conclu, mais on accordera à ce titre une action "avec des mots écrits en tête" (præscriptis verbis) ».

⁹⁵ Extrait du livre XV des *Digestes* de Scævola : « A son épouse, entre autres choses, [un homme] a fait ainsi un legs : "et cette partie de la maison, dans laquelle nous avons habituellement demeuré". Il a été demandé, alors que tant au moment de la confection du testament qu'à celui de la mort, il avait toute la maison en usage et que rien n'en avait été loué, s'il était considéré avoir seulement légué les petites chambres dans lesquelles elle avait coutume de dormir. [Scævola] répondit qu'elle [avait] toute la partie dans laquelle elle demeurait ordinairement avec sa domesticité ».

⁹⁶ Extrait du livre XXX *Sur l'Édit du prêteur d'Ulpien* : « 8 - Si les vêtements donnés à garder à un garçon de bain ont péri, si en tout cas, il n'a reçu aucune rémunération pour la garde des vêtements, je pense qu'il est tenu d'un dépôt et qu'il doit garantir seulement le dol ; s'il en recevait une, [il serait tenu] sur le fondement d'une prise à bail (*ex conducto*) ».

⁹⁷ Extrait du livre XXX *Sur l'Édit du prêteur d'Ulpien* : « 9 - Si quelqu'un avait forcé un esclave, dont il avait la garde, à travailler dans un moulin, si une rémunération était intervenue pour la garde, je pense qu'il y a l'action sur le fondement d'une prise de bail (*ex conducto*) contre le meunier. Mais, si moi, je recevais une rémunération pour cet esclave qu'il recevait dans le moulin, avec l'action sur le fondement de l'offre de bail (*ex locato*), je peux agir en justice ; si l'on a pensé les services de cet esclave en lien avec la garde, comme si une sorte de louage intervenait, mais parce qu'on ne donnera pas d'argent, on accordera l'action "avec des mots écrits en tête" (præscriptis verbis) ; mais, s'il ne fournit rien d'autre que de la nourriture et qu'au sujet des services, rien n'est convenu, il y a l'action de dépôt (*actio depositi*) ».

[quelque chose], même si, sans sa faute, les biens ont péri ou qu'un dommage a été causé, si ce n'est si quelque chose, avec un dommage fatal, est arrivé. De là, Labéon écrit que, si quelque chose, avec un naufrage ou par la violence des pirates, a péri, il n'est pas injuste de lui accorder une exception. 2 - De même, il faudra le dire, si, dans l'écurie ou l'auberge, une force majeure s'est produite. De la même façon, sont tenus les aubergistes et les maîtres d'écurie, si, exerçant leur commerce, ils reçoivent [quelque chose] ; du reste, si, en dehors de leur commerce, ils l'ont reçu, ils n'en seront pas tenus ».

SOMMAIRE

- 1 - *Ce qu'est une action honoraire*
- 2 - *Les deux préteurs de Rome*
- 3 - *Ce qu'est la dignité du préteur*
- 4 - *Quand l'action ordinaire est dominée par l'[action] extraordinaire*
- 5 - *Nul ne doit être puni sans faute*
- 6 - *Qui peut être pour une raison puni sans faute*
- 7 - *Si le cas fortuit concerne les marins*
- 8 - *[Par] qui et comment doit se prouver une perte*
- 9 - *Une présomption est actuelle à partir de ce qui est passé*
- 10 - *Si le marchand doit prouver la faute*
- 11 - *Nous méritons les torts d'une faute*
- 12 - *Ce qu'est la force majeure*
- 13 - *Celui qui est en faute en dehors de son office, ne doit pas être puni au sujet de son office*

LES [ACTIONS] HONORAIRES. L'action honoraire a été introduite par le préteur et reçoit sa dénomination de l'honneur déferé au préteur. (1) Car (comme le dit Pomponius dans D. 1, 2, 2⁹⁸) les consuls furent appelés dans les conflits limitrophes en s'écartant de leur fonction de dire le droit auquel ils présidaient, de telle façon qu'il y avait besoin dans la cité de quelque juge qui termine les litiges du peuple : on a fait en sorte que deux préteurs soient créés. (2) Le premier, le préteur urbain, qui disait le droit seulement dans la ville et entre les citoyens Romains. Ensuite, l'autre préteur, [le préteur] pérégrin, qui rendait la justice entre les étrangers. Et il leur fut assurément accordé le pouvoir de seconder, suppléer et corriger le droit civil en fonction de l'intérêt public, D. 1, 1, 7⁹⁹. Et cet honneur a toujours été donné au préteur pour recourir à son Edit en faveur du droit public. Pour cette raison, comme par le biais d'une antonomase, à partir de cet honneur, avec presque les insignes royaux et communément les préparatifs, avec six licteurs, avec le siège curule et la trabée, les préteurs s'acquittaient d'être consultés au-dessus des autres juges ; cette autorité a été attribuée à leurs Edits, de sorte que le droit a commencé d'être appelé « honoraire », voir Zasius sur D. 1, 2, 2. Et c'est à partir de là que notre action « en fonction des circonstances du fait » (*in factum*) a été appelée « honoraire », dont il est clair qu'elle a été introduite par le préteur.

SI CE N'EST PEUT-ÊTRE. Ulpien répond donc à la question exposée que le préteur déclare n'avoir eu à cœur rien de plus que de contraindre par une lourde peine la malhonnêteté des marins et des autres qui sont compris dans l'Edit. Aussi les contraindra-t-il par dessus tout et davantage si l'Edit institue une action honoraire plutôt que civile, dans laquelle le dol et la faute

⁹⁸ Il ne peut être question de transcrire ici le très long passage repris de l'*Enchiridion* de Pomponius, qui retrace brièvement les grandes étapes de l'histoire du droit romain et de l'apparition des magistratures après l'éviction des rois. C'est à peu près l'unique texte qui propose ainsi cet aperçu historique. Mais les compilateurs commissionnés par Justinien semblent n'en avoir repris qu'une partie, car il y manque quasiment tout ce qui regarde l'institution des actions en justice.

⁹⁹ Extrait du livre II des *Définitions* de Papinien : « Aussi le droit civil est-il ce qui vient des lois, des plébiscites, des sénatus-consultes, des décrets des empereurs et de l'autorité des prudents. 1 - Le droit prétorien est ce que les préteurs ont introduit pour seconder, suppléer ou corriger le droit civil en raison de l'utilité publique. Il a été appelé [droit] honoraire, pour désigner l'honneur des préteurs ».

seront garanties, D. 50, 17, 23¹⁰⁰. Nous n'avons pas établi d'examiner plus longuement cela, parce qu'ici, cela est allégué de façon incidente.

EN REVANCHE, AVEC CET ÉDIT. C'est pourquoi, bien que cet Edit puisse seulement compter ces actions parmi les [actions] subsidiaires, il a cependant cette force et cette puissance pour refuser qu'elle soit repoussée par une action civile ordinaire. Aussi ce qui a été défini plus haut par nous n'a-t-il pas seulement sa place quand les autres actions font défaut ; cependant, ceci n'est alors pas vrai quand une action subsidiaire est introduite pour la seconder, D. 39, 4, 1 § 4 *in medio*¹⁰¹. (4) Mais, comme l'action extraordinaire est supérieure et qu'elle apporte au demandeur [en justice] une utilité plus grande, on ne peut pas la combattre par une action civile ordinaire, voir Bartole sur CJ. 2, 27, 5¹⁰², Romanus dans son *Avvis* 220, col. 7. Combien plus nombreux sont certes les cas dans lesquels l'action ordinaire ne peut empêcher [une action] subsidiaire, Jason sur D. 39, 1, 3 § 1¹⁰³. Mais ce n'est ici pas le lieu de nous répéter.

MEME SI SANS FAUTE. (5) En effet, quelqu'un peut être puni sans faute (si seulement il y a en dessous une raison) ; cela a été traité par nous de façon très étendue dans un autre endroit sur la règle 23 dans le Sexte¹⁰⁴. Car les marins sont considérés avoir consenti à ce même contrat, de sorte que les marchandises soient restituées absolument sauvées, même si elles ont péri sans leur faute, ou qu'un dommage a été causé [sans leur faute]. Ainsi, un innocent est souvent puni à raison de l'atrocité d'un fait, alors qu'il n'y a pas de raison qui existe. En effet, à partir du sénatus-consulte [Silianus]¹⁰⁵, on admet aussi le supplice quant aux esclaves qui se trouvaient sous le même toit sous lequel le maître a été tué par des compagnons d'esclavage, D. 29, 5, 1 pr et § 26¹⁰⁶, ce qui est finement décrit chez le jurisconsulte Ulpien. Cependant tout grand exemple avait quelque chose d'injuste [825] qui faisait contrepoids à l'utilité publique à l'encontre des particuliers. Ainsi, les fils de ceux qui commettaient des violences contre l'empereur, même innocents, étaient punis sans faute [de leur part]. Il y avait cependant une cause en dessous :

¹⁰⁰ Extrait du livre XXIX *Sur Sabinus* d'Ulpien : « Certains contrats seulement admettent le dol mauvais (i.e. un dol qui peut entraîner une sanction pour un tel contrat, une fraude préjudiciable, alors qu'il peut exister aussi « un dol bon », admissible et sans sanction pour le contrat), certains un dol et une faute. Le dépôt et le précaire (i.e. un bien tenu à la volonté du concédant, sans aucune sécurité de maintien pour le concessionnaire), seulement le dol ; un dol et une faute, le mandat, le prêt de consommation (ou commodat), la vente, l'acceptation d'un gage, la location, également l'octroi d'une dot, l'octroi d'une tutelle, la gestion d'affaires ; du reste, pour ceux-là, (il faut y inclure) la diligence. La société et la communauté de biens reçoivent le dol et la faute. Mais ceci seulement à condition que, excepté si l'on a convenu quelque chose nommément, soit en plus, soit en moins, dans des contrats particuliers ; car on respectera ce qui est convenu au départ (car c'est le contrat qui donne la règle) à l'exception de ce que Celsus pense ne pas être valide, [à savoir] si l'on avait convenu de ne pas répondre d'un dol ; en effet, cela est contraire à une action de bonne foi. Et nous en usons ainsi. Mais l'accident et la mort des animaux qui surviennent sans faute, les fuites d'esclaves qui ne sont ordinairement pas gardés, les pillages, les désordres, les incendies, les inondations, les attaques des pirates ne sont garantis par personne ».

¹⁰¹ Extrait du livre LV *Sur l'Édit du préteur* d'Ulpien : « 4 - (...) D'où il est demandé, quand quelqu'un a voulu agir en justice contre un publicain non sur le fondement de cet Edit, mais à partir de l'action générale des biens enlevés avec violence, du dommage d'une injure ou du vol, s'il le pourra. Et l'on décide qu'il le peut, et Pomponius aussi écrit cela ; il est en effet absurde que la cause du publicain soit pensée meilleure que celle des autres ».

¹⁰² Constitution de Dioclétien et Maximien adressée à Marcianus et donnée en 294 : « Pour le bien d'un pupille ou d'un adulte, la sentence ayant été portée par le gouverneur contre les tuteurs ou les curateurs, il est clair que les mineurs ne peuvent implorer pas moins l'aide de la restitution que quand quelque chose a été établi contre eux ».

¹⁰³ Extrait du livre LII *Sur l'Édit du préteur* d'Ulpien : « 1 - Si, sur un emplacement commun, quelque chose est fait, la dénonciation [de nouvel œuvre] aura lieu contre [les deux] voisins. Clairement, si un seul le rend nôtre sur un endroit commun, je ne peux pas, moi l'associé, lui dénoncer le nouvel œuvre, mais je l'en empêcherai avec l'action en partage de bien commun (communi dividundo) ou par le biais du préteur ».

¹⁰⁴ « Nul ne doit être puni sans faute, s'il n'existe pas en dessous une raison ». Peck a consacré en effet tout une analyse sur cette règle dans son commentaire sur les règles du droit pontifical, que l'on trouve dans notre exemplaire aux pages 108-111.

¹⁰⁵ Ce sénatus-consulte, qui remonte à l'an 10 de notre ère, visait à soumettre à la torture tous les esclaves qui vivent sous le même toit que leur maître assassiné, dès lors que le meurtrier reste inconnu.

¹⁰⁶ Extrait du livre L *Sur l'Édit du préteur* d'Ulpien : « Du fait qu'autrement, nulle maison ne peut être protégée, si, au risque de leur tête, les esclaves ne sont pas contraints d'en garantir la garde envers les maîtres, tant vis-à-vis des domestiques que des étrangers, c'est pourquoi des sénatus-consultes ont été introduits au sujet de la torture que l'on doit tenir vis-à-vis de la famille des meurtriers. (...) 26 - Mais ce sénatus-consulte punit en général ceux qui, certes, sous le même toit, se trouvaient, mais aussi ceux qui ceux qui, sous le même toit, ne se trouvaient pas, mais dans la même région, non autrement que s'ils l'avaient su ».

[c'était] afin de détourner les autres de crimes de ce type au moins par amour de leurs fils, voir Alciat sur D. 50, 16, 131¹⁰⁷. C'est pourquoi il peut sembler dur et étranger à toute l'humanité du prêteur que le marin soit puni sans une faute ; cependant, il y a en dessous une raison alléguée ici par Ulpien dans le texte : parce que ce genre d'hommes est d'ordinaire tout au plus très corrompu, on considérerait qu'il importait très grandement à la République de réprimer leur malhonnêteté. (7) Mais [savoir] si les marins, les aubergistes et les tenanciers d'écurie sont tenus d'un cas fortuit, il y en a qui l'ont rapporté à cet endroit, voir Albericus et d'autres. Mais leur opinion a renforcé celle de ceux qui ont suivi la part négative. En effet, les choses qui arrivent par cas fortuit, du fait qu'on ne peut les prévoir, ne doivent être garanties par personne, si leur risque n'a pas aussi été spécialement assumé, CJ. 4, 24, 6¹⁰⁸. (8) Aussi doit-on prouver la perte. Est-ce le marin qui affirme la perte de la chose, ou le passager qui réclame le bien et les marchandises ? Cela est ordinairement examiné par beaucoup. Je constate cependant que l'on a communément conclu que la difficulté de la preuve passe sur le marin, non seulement avec un serment, mais avec des preuves manifestes, CJ. 4, 24, 5¹⁰⁹. (9) Assurément par cette raison que, pour ce qui ne change pas seulement au cours du temps, il y a une présomption du droit à partir du temps écoulé pour le temps présent, CJ. 4, 19, 16¹¹⁰. Surtout, contre le marin qui a été obligé à partir du contrat, il est tenu par le droit de l'action. Aussi y aura-t-il manifestement des preuves à partir des circonstances, par la confession de la partie qui avoue la chose perdue, des témoins et autres choses qui leur sont semblables. Ainsi, une fois la perte prouvée quant au genre, qui des deux devra prouver ce qui reste à prouver : le passager [pour] la faute du marin, ou le marin [pour] le cas fortuit ? Il semble que l'on soit absolument convaincu que le marin doive prouver le cas fortuit. En effet, celui qui réclame d'être libéré à cause de chèvres mal gardées, doit prouver que des brigands ont volé les chèvres, sans fraude de sa part, D. 19, 2, 9 § 4¹¹¹. Du reste, beaucoup ont pensé autrement, sur ledit texte de CJ. 4, 24, 5¹¹², que, pour celui qui réclame son bien, il passait outre la preuve du dol et de la faute. (10) Moi, j'aurais préféré la première opinion, cependant d'une façon telle que le passager puisse réclamer à juste titre son bien, [passager] à l'encontre duquel le marin doit prendre sur lui le moyen de la perte en posant une exception contre lui en tout cas, si l'on trouve un cas fortuit purement et simplement, et celui qui n'a pas de

¹⁰⁷ Extrait du livre III *Sur l'Édit du prêteur* d'Ulpien : « La "fraude" est une chose, la "peine" une autre chose. En effet il peut y avoir une fraude sans peine ; il ne peut y avoir de peine sans fraude. La peine est la rétribution d'un délit ; la fraude est appelée le délit lui-même, comme si [elle était] la préparation à une certaine peine. 1 - Aussi, entre une "amende" et "une peine", y a-t-il une grande différence du fait que la pénalité est une dénomination générale, le châtement de tous les délits, l'amende [est] spéciale pour une erreur, dont la punition est aujourd'hui pécuniaire ; aussi la peine n'est-elle pas seulement pécuniaire, mais est ordinairement infligée comme capitale et [concerne] la réputation ; et l'amende, certes, vient du jugement de celui qui énonce l'amende ; on n'inflige pas de peine, à moins qu'elle n'ait été imposée par chaque loi ou par quelque autre article spécialement pour ce délit ; mieux, on parle d'amende là où une peine spéciale n'a pas été imposée. De même, peut prononcer une amende celui à qui une juridiction a été donnée. Il a été permis par des instructions des empereurs (mandata) que seuls les magistrats et les gouverneurs des provinces peuvent prononcer une amende ; mais tous ceux auxquels appartient la poursuite de ce crime ou du délit, peuvent infliger une peine ».

¹⁰⁸ Constitution d'Alexandre adressée à Trophima et donnée en 225 : « Les choses qui, par des cas fortuits, arrivent, du fait qu'elles n'ont pu être prévues (dans lesquelles se trouve aussi l'attaque de brigands), ne seront garanties par aucune action de bonne foi ; et c'est pourquoi un créancier n'est pas contraint de fournir des gages qui disparaîtraient dans un cas de ce type ; et il ne sera pas repoussé de la réclamation d'une dette, à moins qu'il n'ait été décidé entre les contractants que la perte des gages libère le débiteur ».

¹⁰⁹ Constitution d'Alexandre adressée à Dioscorida et donnée en 224 : « Si un créancier a perdu l'argent [qui lui a été] donné en gage sans sa faute, il n'est pas contraint de le restituer ; mais si, accusé pour une faute, il est arrêté ou ne prouve pas par des preuves manifestes qu'il l'a perdu, il doit être condamné pour autant qu'il en est de l'intérêt du débiteur ».

¹¹⁰ Constitution de Dioclétien et Maximien adressée à Philippus et Sebastiana et donnée en 294 : « Que vous possédez des biens-fonds que réclament d'un père commun des frères émancipés, qui soutiennent qu'ils leur ont été donnés, [alors] leur incombe la nécessité de prouver le fait, ou qu'en tant qu'héritiers établis du père, vous les réclamez comme vôtres, s'ils avaient été donnés à ceux-là mêmes qui les tiennent, pour qu'ils ne découvrent pas quelle était votre intention, la question survenant, ils seront contraints de montrer d'où ils sont devenus propriétaires ».

¹¹¹ L'extrait est mal indiqué, mais il s'agit bien de cet extrait du livre XXXII *Sur l'Édit du prêteur* d'Ulpien : « 4 - L'Empereur Antonin avec son père, alors qu'un troupeau, que quelqu'un avait pris à bail, avait été volé, a dit ainsi dans un rescrit : "Si l'on peut prouver que des brigands ont volé les chèvres sans faute de ta part, avec une action de louage (locati), tu ne seras pas contraint de payer l'accident et les loyers du temps qui s'est ensuivi, tu les recouvreras en tant qu'indus" ».

¹¹² Cf. *supra* note 109.

faute contre lui selon la règle, il y aura [alors] une exception fondée pour le marin. En effet, il ne suffira pas que le marin ait eu une exception [au motif] que les marchandises ont été enlevées par un vol ; mais, en faisant l'exception, il ajoutera quelques circonstances du fait de vol, par le moyen desquelles il exclura la présomption qui y est presque toujours attachée, D. 18, 6, 12¹¹³. Dans ce cas, il sera donc libre au passager de répondre de sa faute.

À MOINS QUE QUELQUE CHOSE. C'est pourquoi la force majeure et ce que l'on ne peut prévoir, en particulier par le comble du droit, on était tenu de les garantir à raison du contrat. Du reste, le prêteur en tant qu'arbitre, a établi qu'il n'était pas équitable d'accorder une exception. (11) Donc, il est injuste de garantir un dommage fatal (ce qui généralement est infligé à cause des fautes des hommes, d'où je pense qu'il prend son nom, voyez Alciat pour D. 19, 2, 25 § 6¹¹⁴ dans le livre 2 *Des choses passées sous silence*). Aussi la force majeure est-elle ce à quoi l'on ne peut résister. (12) Pour cette raison, je pense que l'on le peut soutenir, si une armée de passage, ou si l'ennemi qui occupe une ville a enlevé des biens déposés dans un gîte et remis à la loyauté d'un aubergiste, que, par l'Édit, l'aubergiste n'en est pas tenu, du fait qu'il n'a pas pu y résister, en argument D. 19, 2, 15 § 2¹¹⁵.

DE LA MÊME FAÇON. C'est pourquoi nous recevons leur office, qui est compris dans l'Édit, à la faveur de la poursuite par une action « en fonction des circonstances du fait » (*in factum*). (13) Du reste, s'ils avaient reçu quelque chose de quelqu'un pour le garder, non pas au titre de leur office et de leur pratique, mais seulement à titre amical et en tant que simples dépositaires, ils seraient cités en justice non à partir d'une action de dol et de faute, mais seulement par l'action ordinaire du dépôt, voir ici Balde, Accurse, Romanus et Albericus. A partir de cela, l'on peut rapporter de façon possible que, parce que si le juge a fauté dans son office, le délit ne regarde cependant pas son office, ce n'est pas en tant que juge, mais en tant que particulier qu'il doit être puni.

[D. 4, 9, 3 § 3]

« 3 - Si un fils de famille¹¹⁶ ou un esclave a reçu et que la volonté du père ou du maître est intervenue, pour le tout, [le père ou le maître] devra être cité en justice. De même, si un esclave de l'armateur a volé ou causé un dommage, l'action noxale cessera, parce qu'à raison de ce qui a été reçu, en son propre nom, le

¹¹³ Extrait du livre II des *Digestes* d'Alfenus Varus : « Si un immeuble de rapport vendu a été brûlé, alors que l'incendie n'a pu se faire sans une faute, qu'en est-il du droit ? Alfenus Varus a répondu que, parce que [l'incendie] ne peut pas se faire sans la faute du père de famille et que, s'il a été fait avec la négligence d'esclaves, le maître serait en faute à l'instant, pour cette raison, si le vendeur avait apporté à l'immeuble de rapport qu'il fallait garder la diligence que devaient fournir des hommes honorables et diligents, si quelque chose s'était produit, rien ne lui en reviendrait ».

¹¹⁴ Extrait du livre X *Sur l'Édit provincial* de Gaius : « 6 - La force majeure, que les Grecs appellent *θεου βιασ*, ne doit pas, pour le preneur, être préjudiciable, si les fruits ont été endommagés plus qu'il est tolérable ; du reste, le colon doit supporter le dommage de peu d'importance d'une âme égale, [lui] auquel n'a pas été ôté un gain excessif. Il appert, certes, que l'on parle du colon qui a loué pour un loyer en argent compté ; autrement, le colon partiaire partage avec le propriétaire du fonds, comme selon la loi de la société, le dommage et le profit ».

¹¹⁵ Extrait du livre XXXII *Sur l'Édit du prêteur* d'Ulpien : « 2 - Si la violence d'une désastreuse tempête s'est produite, voyons si le bailleur, envers le preneur, doit garantir quelque chose. Servius dit que le propriétaire doit garantir au colon toute violence à laquelle on ne peut résister, comme par exemple, celle d'une rivière, de choucas, d'étourneaux et si quelque chose de semblable arrive, ou si une incursion des ennemis est faite ; si, par quelque moyen, cependant, des défauts, à partir de ce même bien, naissent, ils ne sont pas au préjudice du colon, comme quand du vin s'aigrît et quand les céréales sur pied, par des vers ou des herbes, ont été corrompues. Mais, si un éboulement s'est produit et a emporté tout le fruit, le préjudice n'appartient pas au colon, de sorte qu'il ne soit pas contraint de payer le préjudice des semis perdus et les loyers du champ. Mais, si, par le charbon, le fruit de l'olivier est corrompu ou que, par une ardeur inaccoutumée du soleil, cela arrive, le préjudice appartiendra au propriétaire ; mais, si rien, en dehors de ce qui est habituel, n'arrive, le préjudice appartient au colon. De même, il faut le dire, si une armée de passage, par dérèglement, a enlevé quelque chose. Mais, si le champ, suite à un tremblement de terre, s'est effondré de sorte qu'il n'existe plus, au préjudice du propriétaire, il se trouve : il faut en effet qu'une terre soit fournie au preneur, afin qu'il puisse en jouir ».

¹¹⁶ Rappelons que celui que l'on appelle un « fils de famille » reste sous la tutelle de son père, appelé « père de famille », c'est-à-dire qu'il ne dispose d'aucune autonomie juridique, à moins d'avoir été émancipé, quel que soit son âge. Si le père peut lui remettre un pécule, le fils administrera ce pécule sous la seule responsabilité de son père, tout comme un esclave le ferait à partir du pécule que lui remet son maître.

maître est cité en justice. Mais, si au contraire, sans leur volonté, ils arment, quant au pécule (de peculio)¹¹⁷, sera accordée l'action ».

SOMMAIRE

- 1 - Raison de la loi
- 2 - Il n'importe en rien que l'on agisse par soi-même ou par le biais d'autrui
- 3 - Quand est donnée l'action à propos du pécule ?
- 4 - Raison de l'action à propos du pécule
- 5 - Le père n'est pas tenu au sujet du pécule des camps [militaires]
- 6 - On concilie Ulpian
- 7 - Force de l'action noxale

IL DEVRA ÊTRE CITÉ EN JUSTICE POUR LE TOUT. Le fait est que celui qui contracte avec un marin, un aubergiste, un tenancier d'écurie, un fils de famille ou un esclave, est considéré suivre la foi du maître ou du père, *Institutes* IV, vii, § 1¹¹⁸. (1) Pour cette raison on ne doit pas considérer étonnant, s'ils peuvent être cités en justice par les passagers pour le tout. (2) En effet, il faut penser qu'il n'importe en rien que je le fasse par moi-même ou par l'intermédiaire d'autrui, D. 43, 16, 1 § 12¹¹⁹. (3) Du reste, s'ils exploitent sans la volonté du maître ou du père, on accordera seulement une action jusqu'à concurrence du pécule (*de peculio*). Mais, quoique nous ayons dit que l'on accorderait seulement une action à propos du pécule, il n'y a cependant pas de doute que l'on peut aussi agir en justice par l'action *de peculio* quand leur volonté intervient. [826] Mais ce sera tout à fait stupide, si, omettant une action par laquelle on peut très aisément poursuivre pour le tout à partir du contrat, il s'expose à la difficulté de prouver que l'esclave ou le fils de famille a un pécule, *Institutes* IV, vii, § 5 [au début]¹²⁰. Du reste, si le fils a fait quelque chose contre son gré, sans le savoir, ou bien son père ne le sachant pas, il obligera son parent seulement au titre du pécule. C'est en effet par cette raison que, très justement, le préteur a arbitré que cela était, parce que, nombre de fois, ou bien les parents n'ont pas accordé de pécule à leurs les fils, ou bien les maîtres à leurs esclaves, nul type de commerce certain n'ayant été exprimé. À partir de quoi, alors que survient au moins une volonté présumée de ceux qui l'accordent, ils doivent être seulement tenus jusqu'à concurrence du pécule (*de peculio*). Aussi les parents sont-ils obligés non seulement quand ils l'ignorent, mais aussi contre leur gré et quand ils s'y opposent, D. 15, 1, 29 § 1¹²¹. Mais cependant, parce que cette volonté n'est absolument pas simple et absolue et seulement restreinte au pécule (comme cela se conclut avec la présomption), le préteur n'a pas voulu, avec la même équité, que le maître ou le père soit obligé au-delà du pécule, voir Bartole sur D. 15, 1, 1¹²², Jason

¹¹⁷ L'action *de peculio* est l'action ouverte au tiers contre le maître ou le père de famille au sujet du pécule manié par l'esclave ou le fils de famille ; la responsabilité du maître ou du père de famille reste donc entière.

¹¹⁸ « 1 - Si donc une affaire a été traitée avec un esclave sur ordre du maître, le préteur a proposé contre le maître une action pour le tout, à savoir du fait que celui qui contracté ainsi est considéré suivre la foi du maître ».

¹¹⁹ Extrait du livre LXIX *Sur l'Édit du préteur d'Ulpian* : « 12 - Est considéré aussi avoir délégué celui qui a donné mandat ou ordonné que quelqu'un soit délégué ; en effet, il a été considéré qu'il importait peu [de savoir] si, de ses propres mains, quelqu'un avait délégué ou par l'intermédiaire d'un autre ; c'est pourquoi, si ma domesticité, à partir de ma volonté, a délégué, moi, je suis considéré avoir délégué ».

¹²⁰ « 5 - Du reste, il n'y a pas de doute que celui qui a aussi contracté sur ordre de son maître, ou à qui appartient l'action institoire ou exercitoire (ces deux actions concernent, la première l'esclave placé par son maître sur un étal, la seconde celui que l'opérateur maritime a préposé à la conduite d'un navire ou pour contracter avec les marchands : elles permettent toutes deux au tiers de faire son recours en justice directement contre celui qui a préposé) peut aussi agir en justice par l'action à propos du pécule et au sujet de ce qui a été versé dans le bien du maître (*actio de in rem verso*, qui permet de se faire restituer ce qui est parvenu dans l'avoir du *pater familias*) ; mais il sera très stupide si, omettant l'action par laquelle il peut très aisément poursuivre pour le tout à partir du contrat, il s'expose à la difficulté de prouver que cela a tourné au profit du maître, ou que l'esclave a un pécule et qu'il l'a seulement pour que l'on puisse lui faire paiement pour le tout (...) ».

¹²¹ Extrait du livre IX *Sur l'Édit provincial de Gaius* : « 1 - Même si le maître a interdit que l'on contracte avec l'esclave, il y aura contre lui une action quant au pécule ».

¹²² Extrait du livre XXIX *Sur l'Édit du préteur d'Ulpian* : « Le préteur a jugé qu'il était ordinaire d'exposer en premier lieu les contrats de ceux qui étaient soumis au pouvoir d'autrui (tels les fils de famille ou les esclaves, qui sont qualifiés pour cette

sur les *Institutes* IV, vi, § 10¹²³. Et, quoique les pères ou les maîtres n'aient rien contracté d'où naîtrait une obligation, par le comble du droit, on considère que l'on ne peut accorder d'action contre eux ; pour que ne soient pas déçus cependant ceux qui ont contracté de bonne foi avec des esclaves ou des fils de famille, le prêteur a jugé que, pour ces cas, les règles du droit le plus strict devaient cesser. (5) Mais, quant au pécule des camps¹²⁴, le fils étant vivant, le père n'en est pas tenu, mais on accorde contre le fils lui-même une action à l'exemple du père de famille, D. 49, 17, 4 § 1¹²⁵.

DE MÊME, SI UN ESCLAVE. De nouveau ici, Ulpien semble être en désaccord avec lui-même, alors qu'il affirme un peu plus bas dans D. 4, 9, 7 § 4¹²⁶, que l'action noxale¹²⁷ cesse. Il établit de façon contraire que le maître est tenu d'une action noxale au titre des esclaves. (6) Mais, si l'on examine attentivement et plus complètement ce que l'affaire est, on ne trouvera finalement aucun désaccord. En effet, si l'esclave qui exploite le navire avec la volonté de son maître a volé ou causé un dommage, ce n'est pas à partir de cet Édît, pour que ce qui a été reçu soit restitué, que le maître pourra être cité en justice pour un dédommagement (*noxaliter*), lui qui est tenu sur le fondement du contrat de l'esclave ; mais, sur le fondement du second article de l'Édît, qui porte sur le méfait, il peut être cité en justice pour dédommagement. C'est ce qu'Accurse a jugé avec Odofredus¹²⁸. Aussi l'action noxale est-elle ce pouvoir [de faire en sorte] que, si nous avons été condamnés, il nous est permis, par l'abandon du corps de ce qui a commis le délit, d'éviter une évaluation du dommage, D. 9, 4, 1¹²⁹.

raison d'*alieni iuris*, i. e. dépendants du pouvoir d'autrui) qui, pour le tout, donnent une action et qu'ils en arrivent ensuite là où, quant au pécule, est accordée l'action. 1 - Mais cet Édît est triple ; en effet, soit, quant au pécule (de peculio), il naît une action, soit, quant à ce qui a été versé dans le patrimoine du père ou du maître (de in rem verso), une action, soit une action "ce qui, sur ordre" (quod iussu, i. e. l'action qui naît de ce que l'esclave ou le fils de famille a agi sur l'ordre du maître ou du père). 2 - Les termes de l'Édît sont les suivants : "Cette affaire qui, avec celui qui se trouve sous la puissance d'une autre personne, aura été administrée". 3 - De celui-ci, [l'Édît] parle, pas de celle-ci (i. e. l'épouse, qui est aussi, quand elle est mariée selon la tradition "avec prise de possession par la main" - cum manu - soumise à la puissance de son mari) ; mais cependant, à raison de celle-ci qui est de sexe féminin, sera accordée à partir de cet Édît, l'action. 4 - Si, avec un fils de famille impubère ou avec un esclave, on a contracté, ainsi, [l'action] sera accordée contre le père ou le maître quant au pécule, si leur pécule en est devenu plus riche. 5 - Le terme de puissance, de façon commune, doit être reçu tant pour le fils que pour l'esclave. 6 - La propriété des esclaves ne doit pas être plus considérée que la possibilité de les posséder ; en effet, non seulement au titre des esclaves propres, nous serons cités en justice, de même [au nom des esclaves] communs, mais aussi de ceux qui, de bonne foi, nous servent, qu'ils soient libres ou esclaves d'autrui.

¹²³ « 10 - Aussi le prêteur a-t-il accordé les actions à propos du pécule contre le père ou le maître, parce que, quoiqu'ils ne soient point tenus par les contrats de leurs fils ou de leurs esclaves par le droit civil, il est cependant juste qu'ils soient condamnés jusqu'à concurrence du pécule, qui est comme le patrimoine des fils et des filles, de même des esclaves ».

¹²⁴ Il s'agit là du pécule mis à disposition du soldat dans les camps militaires, appelé pour cette raison *peculium castrense*, dont le soldat, eu égard au statut qu'il acquiert durant son séjour dans l'armée, dispose comme il l'entend et tout à fait librement, comme s'il était autonome en droit ou *sui iuris*, bien que dans la société civile il ait été un fils de famille et donc soumis au pouvoir d'un autre, *alieni iuris*.

¹²⁵ Extrait du livre unique *Du pécule des camps* de Tertullianus : « 1 - Le fils dispose toujours de l'action et de la réclamation des biens militaires, même sans le consentement de son père ».

¹²⁶ Extrait du livre XVIII *Sur l'Édît du prêteur* d'Ulpien : « 4 - Mais, de cette action en son propre nom, l'armateur est tenu, à savoir pour la faute de celui qui a employé de telles personnes ; c'est pourquoi, s'ils sont morts, il ne sera pas déchargé. Mais, au titre de ses propres esclaves, d'une action noxale seulement, il est tenu ; car, quand il emploie ceux d'autrui, il faut qu'il examine de quelle loyauté et de quelle innocence ils sont ; pour les siens, il est digne d'un pardon, s'il a employé n'importe lequel pour manœuvrer le navire ».

¹²⁷ L'action « noxale » en droit romain permettait d'abandonner à la victime du dommage, à titre de dédommagement, l'esclave ou l'animal de ferme ou en pâture qui avait causé un dommage à autrui. Originellement, le mot *noxa* qui définit de façon générale le dommage, vient de *nex*, qui signifiait « mort violente », par opposition à *mors* rapporté à la « mort naturelle ». Le verbe *noceo* signifiait originellement « causer la mort de quelqu'un » a perdu cette signification et a plus largement concerné le simple fait de « nuire », « porter préjudice ». Cf. à cet égard ERNOUT (Alfred) et MEILLET (Antoine), *Dictionnaire étymologique de la langue latine*, Klincksieck, Paris 2001, p. 439-440, s. *vbis* « nex » et « noceo ».

¹²⁸ Odofredus, mort en 1265, était un juriste de Bologne qui appartient à la première génération des post-glossateurs. On lui doit des commentaires sur le Digeste et le *Codex Iustiniani* ainsi qu'un commentaire sur la Paix de Constance de 1183.

¹²⁹ Extrait du livre II *Sur l'Édît provincial* de Gaius : « On appelle actions noxales celles qui, non à partir d'un contrat, mais à partir d'un dommage ou d'un délit des esclaves, sont intentées ; la force et la puissance de ces actions sont [de faire en sorte] que, si nous avons été condamnés, il nous soit permis, avec l'abandon du corps même qui a commis le délit, d'éviter l'évaluation du procès ».

[D. 4, 9, 3 § 4]

« 4 - Mais cette action inclut la poursuite du bien, comme Pomponius le dit, et c'est pourquoi, contre l'héritier et à perpétuité, elle est accordée ».

SOMMAIRE

1 - Ce que sont les actions persécutoires

2 - Pourquoi elles sont accordées contre un héritier

3 - Quand les actions prétoriennes ne sont pas accordées contre un héritier

MAIS CETTE ACTION. Celle-ci se trouve au sujet de ce qui a été reçu. En effet, cette action qui naît de la seconde partie de l'Édit est mixte et contient une pénalité avec la chose. Aussi, toutes les actions réelles et personnelles sont-elles dites inclure la poursuite d'un bien, par le biais desquelles nous réclamons seulement ce que les lois ont établi qui arrive pour les obligations en dehors d'une peine. Aussi ces actions qui ont été produites avec établissement d'une peine sont-elles appelées « pénales », mais « mixtes » les actions par l'intermédiaire desquelles nous poursuivons à la fois un bien et une peine, *Institutes* IV, vi, § 17¹³⁰. Mais Ulpien dit à bon droit qu'elle est accordée contre l'héritier et à l'héritier. Il est en effet manifeste que les héritiers, sur le fondement du contrat du défunt ([ils sont] les successeurs de tout le droit que le défunt avait¹³¹) ou comme si, peuvent aussi bien être cités en justice que citer les autres en justice, D. 44, 7, 49¹³² et 12¹³³. On dit donc ordinairement que les actions prétoriennes ne sont pas accordées contre les héritiers, mais il faut se rapporter non à la poursuite de biens, mais seulement aux actions pénales, D. 29, 4, 11¹³⁴ et ici Romanus sur D. 29, 4, 30¹³⁵.

[D. 4, 9, 3 § 5]

¹³⁰ « 17 - Toutes les actions réelles ont été accordées pour poursuivre un bien. Mais, pour les actions personnelles, celles qui naissent d'un contrat sont considérées presque toutes accordées pour poursuivre un bien, comme par exemple celles par lesquelles le demandeur réclame l'argent prêté ou ce qui a été apporté dans une stipulation, de même [les actions] de commodat, de dépôt, de mandat, en faveur d'un associé, sur le fondement d'un achat, d'une vente, d'un offre de bail et d'une prise à bail. Clairement, si l'on agit en justice au titre d'un dépôt qui a été fait à l'occasion d'une émeute, d'un incendie, d'un écroulement [de bâtiment], d'un naufrage, le prêteur accordé une action au double, si seulement l'on agit en justice contre celui chez qui l'on a déposé, ou bien contre son héritier sur le fondement de son dol. Auquel cas, l'action est mixte ».

¹³¹ Peck mentionne ici un passage repris dans D. 50, 16, mais dont aucun des extraits de ce titre ne correspond exactement à celui qu'il cite comme il le cite et qu'il fait commencer par le mot *hereditas*. Il en existe cependant rois qui auraient quelque vague rapport avec ce qu'il dit ici et qui commencent tous par ce même mot, mais au génitif *hereditatis*. D'abord l'extrait 119 repris du livre III *Sur Quintus Mucius* de Pomponius : « L'appellation de succession inclut sans aucun doute aussi une succession dommageable ; en effet, cette appellation appartient au droit, comme la mise en possession des biens (bonorum possessio) ». Peut-être est-ce à celui-ci qu'il pensait ?

Le second extrait 138 est repris du livre IV *Sur les Lois Julia et Papia* de Paul : « Sous l'appellation de succession est incluse aussi la mise en possession des biens ».

Le troisième extrait 170 repris du livre XXXIII *Sur Sabinus* d'Ulpien : « Sous l'appellation de succession, l'on doit croire que l'on signifie tous les successeurs, même s'ils n'ont pas été exprimés dans ces termes ».

¹³² Extrait du livre XVIII *Sur Plantius* de Paul : « Les actions qui proviennent des contrats, contre les héritiers, sont accordées, quoiqu'un délit soit aussi concerné, comme lorsqu'un tuteur, en administrant la tutelle, l'a fait avec un dol ou quand celui chez qui l'on a fait un dépôt [l'a fait] ; dans ce cas aussi, lorsqu'un fils de famille ou un esclave a commis quelque chose de tel, quant au pécule (de peculio), une action est accordée, pas une action noxale ».

¹³³ Extrait du livre XXIX *Sur Sabinus* de Pomponius : « Sur le fondement du dépôt, du commodat, du mandat, de la tutelle et de la gestion d'affaires, à raison du dol du défunt, l'héritier est pour le tout tenu ».

¹³⁴ Extrait du livre VII des *Lettres* de Javolenus : « Si, à la charge de l'institué et du substitué, le même bien m'a été légué et que, la cause du testament ayant été laissée de côté, ils possèdent la succession selon la loi, même si, par les deux, la totalité m'est due, cependant, d'un seul, ayant obtenu le legs, de l'autre, je ne pourrai pas le réclamer ; c'est pourquoi je pourrai choisir le défendeur ».

¹³⁵ Extrait du livre III des *Résumés du droit* d'Hermodgenianus : « Celui qui, la cause du testament ayant été laissée de côté, à la faveur d'un acheteur, d'une dot, d'une donation ou à n'importe quel autre titre, étant exceptés à la faveur d'un héritier et à la faveur d'un possesseur, possédera une succession, par les légataires et les fidéicommissaires, n'est pas cité en justice ».

« 5 - En tout dernier lieu, il faut voir au titre de ce même bien, quant à ce qui a été reçu (de recepto), avec l'action honoraire et avec l'action de vol, l'on doit agir en justice ; mais il est mieux [de dire] que, de l'office du juge ou bien de l'une des deux exceptions de dol, l'on devra se contenter ».

SOMMAIRE

1 - Si l'on peut conjuguer un grand nombre d'actions dans le même temps

(1) Il est discuté de façon très étendue et par beaucoup à cet endroit [de savoir] si un grand nombre d'actions pouvait jouer dans le même temps et, quand plusieurs remèdes se rencontrent, si elles pouvaient dans le même temps être conjuguées contre le même [adversaire]. Le fait est que, tandis qu'Ulpien dit ici que les actions pénales concurrentes au sujet d'une même affaire ne se détruisent pas de façon réciproque, à partir de la constitution d'Alexandre Sévère dans CJ. 6, 2, 1¹³⁶, un scrupule survient : à partir de la conclusion presque commune des interprètes, on a reçu qu'une fois l'action choisie, il fallait se retirer de l'autre. Je pense qu'il faut résoudre brièvement cette question (parce qu'elle nous a été agitée dans la règle 20 de Sexte¹³⁷). C'est pourquoi certaines des actions sont pénales, d'autres relatives à la poursuite d'un bien (ou réipersécutoires), d'autres mixtes. Si donc plusieurs actions pénales, qui prennent leur origine à partir d'un même délit, sont en concurrence, l'une supprime l'autre par le biais d'une exception, s'il n'y avait pas plus dans une seule. En revanche, si l'autre a plus d'avantages, on ne peut enlever cela par le biais de l'autre, D. 47, 8, 1¹³⁸ et les docteurs ici, D. 47, 7, 1¹³⁹. La chose deviendra plus claire avec un exemple. Si quelqu'un coupe mes arbres en cachette en les rendant stériles, il peut être cité en justice par moi par diverses actions : c'est un fait, par l'action de la *Lex Aquilia* sur le fondement de son chapitre 2, par l'action de vol s'il a déplacé les arbres, par l'action sur le fondement de la Loi des Douze Tables, qui poursuit l'injustice. Certes, toutes ces actions se sont présentées contre ce même homme, [827] cependant non autrement que, quand ce que le demandeur a poursuivi sur le fondement de l'une, il ne pourra le poursuivre plus largement sur le fondement de l'autre. Et au contraire, ce qu'il n'obtient pas sur le fondement de l'une, il ne sera pas empêché de le poursuivre sur le fondement de l'autre (si elle contient plus). En outre, si plusieurs actions pénales sont nées pour diverses causes, l'une ne supprime pas l'autre, D. 47, 1, 2¹⁴⁰. Mais, si c'est à

¹³⁶ Constitution de Sévère et Antonin adressée à Théogène et donnée en 200 : « Si certains ont procuré des biens-fonds à tes esclaves qui en donnaient mandat avec ton argent, tu dois choisir si tu dois porter une action de vol ou plutôt une réclamation de mandat ; en effet, l'équité ne souffre pas que tu poursuives la cause d'un crime et que tu demandes que le contrat soit accompli de bonne foi ».

¹³⁷ Règle que nous avons pu identifier, bien que mal indiquée : aucune des 88 règles ne commence effectivement comme l'indique Peck par les mots *Nemo pluribus*. La seule règle qui puisse éventuellement convenir, qui est donc celle que nous avons retenue, commence par *Nullus pluribus*, ce qui est presque équivalent : « Nul ne se voit interdire de recourir à plusieurs défenses ».

¹³⁸ Extrait du livre XXII *Sur l'Édit du prêteur de Paul* : « Celui qui a volé un bien, d'un vol non manifeste, n'est pas tenu au double et de biens pillés avec violence, au quadruple. Mais, si, antérieurement, on a agi en justice avec l'action des biens volés avec violence, doit être refusée l'action de vol ; si, auparavant, avec l'action de vol, on a agi en justice, cette action ne doit pas être refusée, afin que, cependant, l'on poursuive ce qu'il y a de plus large en elle ».

¹³⁹ Extrait du livre IX *Sur Sabinus* de Paul : « Si des arbres ont été coupés à la dérobée, Labéon dit que, sur le fondement de la *Lex Aquilia* et de la Loi des XII Tables, l'on doit accorder une action ; mais Trebatius [dit] que l'on doit accorder l'une ou l'autre, de telle façon que le juge dans la seconde déduise ce que l'on a poursuivi sur le fondement de la première et condamne à ce qui reste ».

¹⁴⁰ Extrait du livre XLIII *Sur Sabinus* d'Ulpien : « Jamais un grand nombre de délits qui se rapprochent ne fait que l'impunité de l'un soit accordée ; en effet, un délit, à raison d'un autre délit, ne diminue pas la peine. 1 - En conséquence, celui qui a volé furtivement et tué un esclave, de l'action de vol (furti), parce qu'il a soustrait furtivement, est tenu et parce qu'il a tué, de la Loi *Aquilia* et l'une de ces actions ne fait pas cesser l'autre. 2 - Il faut dire la même chose, s'il a pillé et tué ; car, de l'action des biens volés avec violence (vi bonorum raptorum) et la Loi *Aquilia*, il sera tenu. 3 - Il a été demandé, quand on se voit réclamer pour un vol furtif, si, avec la Loi *Aquilia*, on ne peut pas moins agir en justice. Et Pomponius a répondu que l'on pouvait agir, parce qu'à l'estimation d'autrui, l'action de la Loi *Aquilia* ressortit et, à celle d'un autre, la réclamation pour un vol furtif ; car la Loi *Aquilia* embrasse cette estimation, [à savoir] de quelle plus grande valeur, cette année, elle était, la réclamation pour vol furtif n'excède pas dans le passé le moment de la réception de l'action. Mais, si un esclave est celui qui a commis cela et qu'à partir de n'importe quelle action, il a été remis en dédommagement, l'autre action est éteinte. 4 - De même, si quelqu'un a frappé celui qui a été surpris avec un fouet, des deux actions de vol et d'injures, il sera tenu ; et s'il a peut-être tué ce dernier même, il sera tenu de trois actions. 5 - De même, si quelqu'un a soustrait la servante d'autrui et l'a fouettée, des deux actions, il sera tenu, car, avec l'action de détérioration d'esclave (servi corrupti), on pourra agir en justice, et avec celle

l'encontre de personnes différentes, nous recourons à un droit différent, D. 19, 2, 25 § 4¹⁴¹. Enfin, si l'une est pénale, mais l'autre répersécutoire, selon la règle, l'une n'est pas éteinte par l'autre. Car, si j'ai fait valoir mon droit en justice contre toi dans une vente, que j'ai aussi poursuivi la chose, je pourrai encore agir en justice pour vol, D. 47, 2, 55 § 3¹⁴². Cependant, cette doctrine n'est alors pas vraie quand l'une vient du droit civil, mais l'autre d'un avantage du préteur, voir Panormitain¹⁴³ et Petrus de Ancharano¹⁴⁴ sur Décrétales V, xxii, 4¹⁴⁵. Du fait qu'il existe donc une action civile de vol, celle qui est aussi accordée contre les marins au sujet de ce qu'ils ont reçu, qui naît de la faveur du préteur, est honoraire ; c'est à bon droit qu'Ulpien infère que le demandeur peut être repoussé par l'office du juge ou par une exception de dol, lui qui refuse de se contenter de l'une et de l'autre.

[D. 4, 9, 4]

Loi 4 : Paul au livre XXII *Sur l'Édit du préteur*

« Mais, au marin lui-même, l'action de vol se présente, [marin] au risque duquel se trouvera [ce qui a été reçu], si ce n'est si lui-même l'a volé et que, par la suite, cela lui est volé ou qu'un autre l'ayant volé, le marin lui-même n'est pas solvable. 1 - Si un marin d'un marin, un aubergiste d'un aubergiste, un maître d'écurie d'un maître d'écurie ont reçu [quelque chose], de façon égale, ils en seront tenus. 2 - Vivianus a dit aussi que l'Édit regardait ces biens qui, après le chargement des marchandises sur le navire et le louage [fait], sont apportés, quoique leur fret ne soit pas dû, comme [celui] des vêtements, des provisions journalières, parce que ces choses mêmes, au louage des autres biens, s'ajoutent ».

SOMMAIRE

- 1 - Raison de la loi
- 2 - L'action est plus haute que celle qu'exclut le dénuement du débiteur
- 3 - Nul ne doit ressentir un avantage à partir de sa malbonnêteté
- 4 - Si un voleur peut agir en justice pour vol et quand ?
- 5 - Il n'y a pas commission de vol sans intention de voler
- 6 - Un infâme ne peut agir en justice
- 7 - Le voleur est infâme
- 8 - Le commodataire est dans une situation pire que celle du preneur à bail

de vol. 6 - De même, si quelqu'un a blessé l'esclave qu'il a soustrait, également deux actions auront lieu, celle de la Loi Aquilia et celle de vol ».

¹⁴¹ Extrait du livre X *Sur l'Édit provincial* de Gaius : « 4 - Est compté comme la faute de celui-ci le fait qu'en raison de leurs inimitiés, un voisin ait coupé les arbres [de l'autre] ».

¹⁴² Ce passage est indiqué de façon erronée en commençant par les mots *Ex ping*, ce qui est manifestement une coquille de l'imprimeur et doit se lire *Si pignore*.

Extrait du livre XIII *Sur l'Édit provincial* de Gaius : « 3 - Du fait que l'action de vol regarde la poursuite d'une peine, mais la condition et la revendication, la récupération un bien, il n'apparaît pas moins que, le bien une fois reçu, l'action de vol est sauve, mais que sont ôtées la condition et la revendication, de même, à l'opposé, après paiement de la peine au double ou au quadruple, la revendication et la réclamation sont sauves ».

¹⁴³ Surnommé Panormitain à partir de l'ancien nom de Palerme qui était Panorma, de son vrai nom Niccolò Tedeschi (1386-1445), canoniste bénédictin, qui fut nommé archevêque de Palerme et fut dénommé pour cela aussi *Abbas* ou *Abbas Siculus*, « Abbé de Sicile ». On lui doit des *Consilia* ou *Avis* et des commentaires sur les *Décrétales* de Grégoire IX.

¹⁴⁴ Petrus de Ancharano (vers 1330-1416) canoniste qui enseigna à Pavie, Sienna, Bologne et Ferrare, à qui l'on doit un ouvrage de *Consilia* ou *Avis* et un commentaire sur le Sexte.

¹⁴⁵ Décrétale de Grégoire IX à l'archevêque de Ravenne et au frère Joseph, moine de Florence : « La huée qui monte à un si haut degré à l'encontre de l'archevêque d'Acherontia (ville située en Apulie) s'affermir, dont nous ne voulons pas que lui-même la cache sans scandale, ni tolérer sans péril. Mais, quoique le siège apostolique, excité par des fréquents cris hostiles, ait réglé que l'enquête de certains de ses excès devait être entreprise, cependant, à raison des tergiversations de la même personne (comme il est dit), lui-même étant en collusion avec les enquêteurs et les examinateurs, les témoins, les enquêteurs et les examinateurs ci-dessus dits ayant été parfois corrompus, mais encore il ne s'effrayait pas de commettre les pires choses aux premiers. Nous confions à votre Discrétion, dans la mesure où le fait de collusion et de corruption de ce type est établi, que vous enquêtiez en totalité sur les choses dites en premier et les autres, autrement seulement sur les nouvelles que vous aurez envisagées comme devant être examinées ».

9 - Les oiseaux avec des plumes de même couleur volent ensemble

MAIS AU MARIN LUI-MÊME. (1) Parce qu'il est de son intérêt de poursuivre le bien et qu'il peut par conséquent exercer son droit par une action de vol, D. 47, 2, 91 pr¹⁴⁶, parce que le risque des biens lui revient, D. 47, 2, 14 pr¹⁴⁷. On a cependant décidé que l'action de vol ne jouerait pas autrement que s'il était solvable, c'est-à-dire s'il pouvait faire paiement de l'évaluation du bien au propriétaire. Car, s'il n'est pas solvable, alors parce le propriétaire ne peut poursuivre de lui son bien (en effet, pour celui qui n'a pas en sa possession ce qu'il rend, il n'y a en rien de risque, D. 47, 2, 12 pr¹⁴⁸, *Institutes* IV, i, § 15¹⁴⁹), l'action de vol revient au propriétaire lui-même. C'est la même chose s'il n'était pas solvable en partie. (2) Car (comme Javolenus¹⁵⁰ le dit au livre XV) on entend que nul n'est solvable, s'il ne peut payer en totalité, D. 50, 16, 114¹⁵¹. En outre, si le marin lui-même vole furtivement le bien et qu'ensuite le bien lui a été volé, bien qu'il ne soit pas de son intérêt que son bien soit volé, cependant, on n'accordera pas d'action de vol. (3) En effet, personne ne doit poursuivre sur le fondement de sa propre malhonnêteté, voir ledit passage des *Institutes* IV, i, § 15. Et c'est pourquoi l'action de vol est accordée au seul possesseur de bonne foi, pas à celui de mauvaise foi. Même s'il en est ainsi, examinons si, à partir des termes d'Ulpien dans D. 47, 2, 48 § 4, ils peuvent suffisamment se défendre :

« si quant à moi, dit-il, je t'ai loué [tes services] pour nettoyer des vêtements, mais que toi, à mon insu ou contre mon gré, tu les as prêtés à usage à Titius et qu'un vol a été commis envers Titius, une action de vol t'appartient, parce que la garde de la chose te revient, et à moi [aussi] contre toi, parce que tu ne devais pas prêter à usage le bien et que tu l'as perdu en commettant un vol. Ce sera ainsi un cas dans lequel le voleur peut agir en justice pour vol ».

(4) Quelle est donc la raison de cette exception ? Pourquoi poursuit-on une action sur le fondement d'une malhonnêteté ? Il y en a qui en établissent la raison sur le juste commencement du commodataire et la volonté du propriétaire qui intervient, voir Albericus et d'autres sur CJ. 6, 2, 22¹⁵². Mais quant à moi, je ne peux absolument pas approuver une raison de ce type, que je

¹⁴⁶ Extrait du livre IX des *Œuvres posthumes de Labéon* de Labéon : « Le foulon, avec l'action de louage, vis-à-vis du propriétaire, a été libéré ; Labéon refuse à bon droit qu'avec l'action de vol, il agisse en justice. De même, s'il a agi pour vol avant d'avoir, sur le fondement du louage (ex locato), agi en justice contre lui, avant que, quant au vol, il soit jugé, avec l'action du louage [de services] (actio locati), il aura été libéré et le voleur, par lui, doit être absous. Si rien de cela n'était auparavant arrivé, il faut que le voleur, envers lui, soit condamné. La raison de cela est qu'il a l'action de vol dans la mesure où c'est de son intérêt ».

¹⁴⁷ Extrait du livre XXIX *Sur Sabinus* d'Ulpien : « Celsus a écrit que celui qui achète, si le bien ne lui a pas été livré, n'a pas l'action de vol, mais Celsus a encore écrit que cette action appartient au vendeur. Il faudra clairement que ce dernier confie à l'acheteur l'action de vol ([actio] furti), la réclamation en justice (condictio) et la revendication (vindicatio) et, s'il a poursuivi quelque chose à partir de ces actions, il faudra qu'il le procure à l'acheteur ; cette opinion est vraie et c'est ainsi [que le dit] Julianus. Et assurément, le risque du bien revient à l'acheteur, pourvu que le vendeur, avant la livraison, garantisse la garde ».

¹⁴⁸ Extrait du livre XXIX *Sur Sabinus* d'Ulpien : « C'est pourquoi le foulon qui a reçu des vêtements pour s'en occuper ou les nettoyer, agit toujours en justice ; en effet, il en doit la garde. Mais, s'il n'est pas solvable, au propriétaire [des vêtements], l'action revient : car, [pour] celui qui ne possède pas ce qu'il rend, à son risque, il n'y a rien ».

¹⁴⁹ « 15 - De même, si un foulon a reçu des vêtements à nettoyer ou pour s'en occuper, ou un tailleur des vêtements à tailler pour une certaine rémunération et qu'il les a perdus à la suite d'un vol, c'est lui-même qui a une action de vol, pas le propriétaire, parce qu'il n'importe en rien au propriétaire que le bien ne périsse pas, du fait qu'il peut poursuivre du foulon ou du tailleur son bien au moyen de l'action de louage [de services]. Mais, le bien qu'il avait acheté ayant été volé à un acheteur de bonne foi, bien qu'il n'en soit pas propriétaire, il y a absolument une action de vol [pour cet acheteur], de même que pour le créancier [gagiste, auquel on a volé le gage]. Mais on a décidé qu'il n'y aurait pas d'action de vol pour le foulon et le tailleur autrement que s'ils étaient solvables, c'est-à-dire s'ils pouvaient payer au propriétaire l'évaluation du bien [volé]. Car, s'ils ne sont pas solvables, alors parce que le propriétaire ne pouvait poursuivre d'eux son bien, l'action de vol revient au propriétaire lui-même, parce que, dans ce cas, il est de son intérêt que le bien soit saisi. C'est la même chose, si le foulon ou le tailleur est solvable pour partie ».

¹⁵⁰ Priscus Javolenus, jurisconsulte de l'époque de Trajan (98-117), qui fut gouverneur en Afrique et en Syrie, qui appartient à la fin de sa vie à différents conseils ; il était l'un des membres les plus illustres de l'école sabinienne. Il donna des consultations et les compilateurs du Digeste ont repris plusieurs de ses ouvrages, notamment à partir des quatorze livres de ses lettres, des quinze livres *A partir de Cassius* et également sur les œuvres posthumes de Labéon en dix livres, dont il fit un résumé aussi en dix livres.

¹⁵¹ Extrait du livre XV *Repris de Cassius* de Javolenus : « On entend que nul n'est solvable, s'il ne peut payer en totalité ».

¹⁵² Constitution de Justinien adressée à Julianus, Préfet du prétoire, et donnée en 530 : « Il est certes du droit le plus manifeste que, un vol ayant été commis, l'action de vol appartient à celui dont il est de l'intérêt que le vol ne soit pas commis. 1 - Mais, chez les anciens interprètes du droit, l'on demandait, quand quelqu'un a prêté à usage le bien d'autrui qui lui revient et que celui-ci a été

juge être confondue par le texte clair. En effet, pour le cas dont nous nous occupons maintenant, les marchandises ne sont-elles pas arrivées au marin par la volonté du propriétaire ? Cela ne peut en tout cas pas être nié, du fait qu'un contrat est intervenu de façon expresse. Si donc le marin a commis le vol, pourquoi ne peut-on exercer en justice son droit par une action de vol contre celui qui a volé ? C'est pourquoi une solution commune est rapportée dans ledit texte de CJ. 6, 2, 22 et dans D. 47, 4, 48 § 4 [cité un peu plus haut], (solution que je trouve qu'a tenu aussi Alberico [Roxiati] qui l'a ensuite suivie et s'est écarté de la meilleure et de la première opinion), parce que le commodataire a au contraire certes commis le vol, mais au regard de l'usage seulement et qu'il a voulu spolier le propriétaire, non de son bien, mais seulement de son usage. À cause de cela, il se fait qu'au regard de la chose, il ne se voit pas interdire d'agir en justice. Mieux, si le marin commet un vol, il tend à priver le propriétaire non seulement de l'usage, mais aussi de la

soustrait, si l'on peut établir une action de vol contre le voleur pour celui qui a reçu la chose pour l'utiliser, à savoir lui ayant été établi de façon appropriée, parce que lui-même peut être cité en justice par le propriétaire pour ce bien par une action de commodat. 1a - Et il a été généralement déjà accordé qu'il avait lui-même l'action, à moins qu'il ne soit reconnu travailler par indigence ; ils disaient alors que l'action de vol appartenait au propriétaire. 1b - Mais ce doute se répandit assez, si, au moment où le vol était commis, était approprié celui qui avait reçu le bien prêté à usage, mais arrivé dans l'indigence par la suite, avant que l'action qui lui appartenait antérieurement soit mise en mouvement : l'action qui lui a été acquise devra-t-elle une fois pour toutes lui rester, ou bien revenir au propriétaire ? On demanda alors si l'action de vol était dans ce cas mobile ou non. 1c - Mais une autre distinction suit tout cet exposé, [à savoir] si celui qui a reçu le bien à usage est pour partie solvable, de sorte qu'il ne peut faire paiement en totalité, mais paiement partiel : aura-t-il une action de vol ou non ? 1d - C'est pourquoi, nous, réglant ces ambiguïtés des anciens, mieux (ce qui doit être mieux appelé) ces circonlocutions, une opinion plus simple nous a plu sur une si grande difficulté des choses : de sorte que ce soit à la volonté du propriétaire, soit qu'il désire employer une action de commodat contre celui qui reçoit la chose, soit une action de vol contre celui qui a volé la chose, qu'une fois choisie l'une ou l'autre de celles-ci, le propriétaire ne puisse, sur le fondement d'un regret, en venir vers l'autre action. 1e - Mais, s'il avait choisi certes le voleur, lui qui avait reçu la chose en usage, il serait totalement libéré ; si au contraire, comme un prêteur à usage, il allait contre celui qui a reçu le bien prêté à usage, en aucune façon, l'action de vol contre le voleur ne pourrait lui appartenir à l'encontre du voleur ; aussi celui qui est cité en justice à la faveur du bien prêté à usage peut-il certes obtenir une action de vol à l'encontre du voleur : elle lui reviendra cependant, si le propriétaire sait que la chose a été volée, contre celui à qui la chose a été prêtée à usage. 2 - Mais s'il ne le sait pas et que, doutant que le bien ne soit pas chez lui, il engage une action de commodat, que par la suite, il a voulu, une fois le bien découvert, renoncer à l'action du commodat et revenir à celle du vol, alors on lui donnera licence de venir contre le voleur, nul obstacle ne lui étant opposé, parce que, déjà établi comme incertain, il a engagé l'action du commodat contre celui qui a reçu la chose en usage, à moins qu'il n'ait été fait satisfaction envers ce propriétaire ; le fait est que le voleur est alors absolument libéré par le propriétaire au moyen de l'action de vol, aussi a-ce été subordonné à celui qui a fait satisfaction envers le propriétaire à la faveur de la chose prêtée à usage ; du fait que cela est très manifeste, même si le propriétaire a engagé dès le départ une action de commodat, ignorant que la chose avait été volée, mais que, par la suite, cela lui ayant été connu, il a passé outre à l'encontre du voleur ; celui qui a reçu la chose est absolument libéré ; le propriétaire aura contre le voleur quelque issue pour la cause ; une fois obtenue cette délimitation, que soit solvable en partie ou en totalité celui qui a reçu le bien prêté à usage. 3 - Mais, alors que l'on tombe sur le second doute [pour savoir] ce que l'on doit statuer, quand quelqu'un a eu un bien prêté à usage qu'un autre lui a soustrait et que, jeté dans un procès, il a souffert une condamnation, non seulement pour le bien volé, mais aussi pour la peine du vol, et que, par la suite, le propriétaire qui désire recevoir toute la condamnation, est venu, comme il est possible sur le fondement de l'occasion née de son propre bien, un autre doute survient pour les anciens [de savoir] si c'est seulement son propre bien qui est recherché ou bien son évaluation et aussi un montant pénal. Et, bien que cela ait varié pour les anciens, Papinien lui-même inclinait pour les opinions contraires, cependant nous, ayant décidé qu'il faut choisir Papinien, quoiqu'il ait varié, non pour la première, mais pour sa seconde délimitation, dans laquelle il établit que le profit ne revient pas au propriétaire de la chose ; en effet, là où il y a risque, on récolte le profit, de sorte que ne soit pas abandonné seulement au dommage celui qui a reçu la chose prêtée à usage, mais qu'il lui soit aussi permis d'espérer un profit. 4 - Mais, du fait qu'une troisième question est née dans le voisinage de ces doutes : pourquoi ne la décidons-nous pas ? En effet, du fait qu'il est d'un droit très évident que le mari ne peut avoir contre son épouse durant le mariage d'action de vol, parce que la loi a rougi d'accorder une action cruelle contre la personne qui lui a été ainsi unie, une question de ce type est tombée sous les sens des anciens. Le fait est que, la chose ayant été prêtée à usage à quelqu'un, il a souffert de son épouse le vol d'un bien de ce type et l'on doutait de savoir si l'on accordait l'action de vol au propriétaire du bien contre son épouse, ou bien, à raison de la nécessité de la cause, si son mari, en tant qu'il a été privé de l'action du commodat, peut avoir une action de vol. Et les auteurs du droit ont eu une querelle de façon suffisante sur cette espèce les uns contre les autres ; mais, sur le fondement de cette présente loi et avec les décisions antérieures qui ont été exposées dans cette constitution, on peut plus clairement terminer ces espèces. En effet, si nous avons donné au propriétaire le choix de celui auquel il voulait arriver, que ce soit à celui qui a reçu la chose prêtée à usage ou contre celui qui a commis le vol et, dans cette espèce, le mari, à raison de la pudeur du mariage, obtiendra non l'action de vol, mais l'action relative aux biens détournés (actio rerum amotarum) si le propriétaire a choisi cela même ; aussi, le propriétaire possédera-t-il toute licence d'engager une action, que ce soit de commodat contre le mari ou de vol à l'encontre de l'épouse, d'une façon telle cependant que, si celui-là même qui a reçu le bien prêté à usage soit solvable, en aucune façon, l'action de vol ne sera engagée contre l'épouse, afin que ne naisse point, à partir d'une circonstance de cette sorte entre le mari et l'épouse qui ne vivent pas bien entre eux, quelque artifice et peut-être, le mari le voulant, que sa femme soit chassée et qu'elle souffre une action de vol ».

propriété. C'est pourquoi, relativement à la propriété de la chose, du fait que le commodataire n'a pas voulu être en faute, il est juste qu'on ne le repousse pas de la revendication de la chose, du fait qu'il n'avait pas l'intention de la voler, *Institutes* IV, i, § 7¹⁵³. Relativement à la propriété, on ne peut dire qu'un vol est commis. (5) Clairement, du fait qu'il a voulu l'utiliser contre le gré du propriétaire, il est tenu d'une action de vol quant à cette chose. Aussi, parce que le marin est exclu d'une action de vol, me semble-t-il non seulement [828] y avoir cette raison de ne pas recevoir un profit à partir de sa malhonnêteté, mais parce que (comme plusieurs l'ont pensé, voir Décret de Gratien II, iii, 5, 9¹⁵⁴, Décrétales II, xx, 49¹⁵⁵, CJ. 10, 58, 1¹⁵⁶, Décret de Gratien II, v, 4, 2¹⁵⁷) (6) un infâme ne peut agir en justice. Et comment ne pourra-t-il pas être repoussé par l'accusé par le biais d'une exception au début du procès ? (7) Aussi nul ne nie-t-il que le voleur soit infâme, D. 3, 2, 6¹⁵⁸. Mais, à partir de la décision de Justinien dans ladite loi de CJ. 6, 2, 22¹⁵⁹, naît ici un autre

¹⁵³ « 7 - On a cependant décidé que ceux qui utilisaient les choses prêtées à usage autrement qu'ils les avaient reçues en prêt pour en user commettent ainsi un vol, s'ils entendent le faire contre le gré du propriétaire et que ce dernier, s'il l'avait appris, ne l'aurait pas permis ; en revanche, s'ils croyaient qu'il le permettrait, on le considère en dehors d'un crime par une distinction assurément juste : [c'est] parce qu'un vol n'est pas commis sans intention de voler ».

¹⁵⁴ Repris de la troisième lettre du pape Eusèbe aux évêques de Toscane : « Nous avons de nouveau établi, confirmant les canons établis des pères, avec tous les évêques qui sont avec nous, de même que nous avons trouvé il y a quelque temps que l'on avait décrété que les homicides, les voleurs, les sacrilèges, les ravisseurs, les adultères, les incestueux, les empoisonneurs, les domestiques criminels suspects, les parjures et ceux qui ont commis des rapt ou ont prononcé des faux témoignages, ou ceux qui ont concouru à des sortilèges ou des divinations, et ceux qui leur sont semblables, ne doivent en aucune manière être reçus à une accusation ou à un témoignage, parce qu'ils sont infâmes, et qu'ils doivent être justement repoussés, parce que leur voix est mortelle ».

¹⁵⁵ Décrétales d'Honorius III à différents abbés : « Quoique le cher frère à L., curé cardinal du titre de Sainte Croix, que nous avons donné comme auditeur aux procureurs de l'évêque de Burgos et aux clercs de Sainte Marie de C., eût avec soin entendu ce que les procureurs ont voulu exposer, parce que cependant le procureur dudit évêque exposait qu'il voulait parler contre les personnes des témoins produits sur le principal, et qui protestait néanmoins que les attestations de l'autre partie fussent déclarées avoir été reçues, le siège de Burgos étant vacant, qu'elles étaient de nulle importance au sujet des autres causes, la cause elle-même n'a pu être jugée par nous, bien que l'autre partie ait réclamé une sentence avec insistance. En vous remettant donc celle-ci du consentement des parties, nous vous confions en mission, dans la mesure où vous recevez les témoins que les parties ont produits au sujet de l'affaire principale, si l'autre partie ou l'une des deux voulait une seconde fois les reprocher, vous aurez soin de recevoir contre ceux-ci des preuves, de sorte qu'il ne soit pas permis aux parties d'aspérer à la réprobation des témoins, afin que, si licence est donnée aux parties d'en produire quatre contre trois et ainsi de suite, il ne se produise pas que l'affaire soit plus longtemps différée ».

¹⁵⁶ Constitution de Dioclétien et Maximien adressée à Charitonis (sans date) : « Les personnes infâmes, bien qu'elles ne puissent recourir à aucun honneur qui sont ordinairement déferés aux hommes d'une dignité entière, ne disposent cependant pas de la vacance des charges curiales et civiles, mais il est nécessaire qu'ils fassent satisfaction aux indictions ordinaires à raison de la tutelle publique ».

¹⁵⁷ Pris de la première lettre aux évêques de Sicile de Zéphirin, archevêque de la ville de Rome : « Un évêque accusé quel qu'il soit choisira douze juges, s'il y en a eu nécessité, par lesquels sa cause sera justement jugée ; il ne sera pas entendu, excommunié ou jugé, avant que ceux-ci soient choisis par lui et qu'appelé selon les règles en premier lieu à la réunion de ses évêques, sa cause soit entendue par eux de façon juste et décidée de façon raisonnable. Mais la fin de sa cause sera déferée au siège apostolique, afin qu'elle y soit terminée et elle ne sera pas terminée avant d'être soutenue par son autorité (comme cela a été autrefois statué par les apôtres et leurs successeurs) ».

¹⁵⁸ Extrait du livre VI *Sur l'Édit du préteur d'Ulpien* : « Reçois comme [crime] de vol celui qui est manifeste ou celui qui ne l'est pas. 1 - Mais, si, condamné pour vol ou avec d'autres actions infamantes, quelqu'un a fait appel, le procès étant en suspens, il ne sera pas encore tenu parmi les infâmes ; mais, si tous les délais d'appel sont écoulés, il redevient infâme ; bien que, si son appel a été considéré injuste, aujourd'hui, je pense qu'il est noté [d'infamie], il ne l'est pas rétrospectivement. 2 - Si quelqu'un, au nom d'autrui, a été condamné, il n'est pas incommode de l'infamie ; et c'est pourquoi mon procureur, mon défenseur, le tuteur, le curateur, l'héritier, le condamné de vol ou sur le fondement d'un autre cas semblable ne seront pas notés [d'infamie], ni moi, si, dès le commencement, par l'intermédiaire d'un procureur, la cause a été traitée. 3 - "Ou s'est engagé" ; nous recevons comme pacte, si, à n'importe quel prix, l'on s'est engagé ; autrement, celui qui, avec des prières, a obtenu que, contre lui, l'on n'agirait pas en justice sera noté d'infamie et il n'y aura aucune raison pour un pardon, ce qui est inhumain. 4 - Celui qui, sur l'ordre du préteur, s'est engagé à un prix fixé ne sera pas noté d'infamie. 4a - Mais, si, le serment ayant été déferé, quelqu'un a juré qu'il n'a pas commis de délit, il ne sera pas noté [d'infamie] ; car, d'une certaine façon, il a prouvé son innocence en faisant le serment. 5 - "Avec une action de mandat, condamné" : par les termes de l'Édit, est noté [d'infamie] non seulement celui qui reçoit le mandat, mais aussi celui qui ne fournit pas la loyauté que son adversaire a cherché à atteindre. Comme par exemple, j'ai donné garantie pour toi et j'ai payé ; si, avec une action de mandat, je t'ai condamné, je te rends infâme. 6 - Clairement, ceci doit être ajouté, [à savoir] que, parfois, l'héritier, en son propre nom, est condamné et c'est pourquoi il devient infâme, si, dans un dépôt ou un mandat, il a fait mal comporté ; mais, cependant, dans une tutelle ou une action en faveur d'un associé (pro socio), l'héritier, en son propre nom, ne peut pas être condamné, parce que l'héritier, ni à une tutelle, ni à une société, ne succède, mais seulement aux dettes du défunt. 7 - Avec une action contraire, condamné, il ne sera pas infâme et non à mauvais titre. Car,

doute qui, à l'arbitrage du propriétaire en ne tenant pas compte de la distinction, (8) qui pose que, si le commodataire est solvable ou non, il fait valoir son droit en justice contre le commodataire lui-même, ou bien contre celui qui a volé furtivement la chose au commodataire. C'est pour cette raison qu'il est dit en cet endroit qu'on peut le considérer comme correct d'une certaine manière. Du reste, le bien se trouve être autrement, parce que le contrat est passé avec le marin par les deux ; en revanche, par un seul donc avec le commodataire et il est plus juste par la suite, que le choix de l'action soit au moins laissé à l'arbitrage d'un propriétaire honorable.

SI [C'EST] LE MARIN AU MARIN. (9) Cela peut sembler étonnant. En effet, du fait que les oiseaux aux plumes de même couleur volent ensemble (comme on le dit), le voleur reconnaît le voleur et le brigand ne confond généralement pas le brigand, si ce n'est que l'on ait considéré qu'il faille présumer plus que ce type d'hommes va avec les voleurs. Par conséquent, la raison de l'Édit devait cesser. Paul en décide au contraire, du fait qu'un frère n'est pas protégé par son frère, ni un beau-père par son gendre et comme en général ces hommes vont ensemble non tant par amitié que par envie et que le potier hait le potier, qu'ainsi leur amitié est aussi rare.

JULIANUS. Nous avons suffisamment interprété ce qui devrait être écrit en ce lieu et aussi la loi suivante. C'est pourquoi nous en arriverons à l'interprétation sur le paragraphe final qui est considéré rester.

[D. 4, 9, 5]

Loi 5 : Gaius au livre V *Sur l'Édit provincial*

« Le marin, l'aubergiste et le maître d'écurie reçoivent une rémunération non à la faveur d'une garde, mais le marin, pour transporter des voyageurs, l'aubergiste, pour souffrir que des voyageurs demeurent dans son auberge et le maître d'écurie, pour permettre que des bêtes de somme séjournent chez lui ; et cependant, au titre d'une garde, ils sont tenus. Car le foulon et le couturier, non pour une garde, mais à la faveur de leur art et cependant, au titre de la garde, de l'action sur le fondement de l'offre de leur service (ex locato), sont tenus. 1 - Quoi que, quant au vol, nous ayons dit, la même chose, quant au dommage, doit être entendue. En effet, l'on ne doit pas douter que celui qui a reçu que cela serait sauf, non seulement à partir d'un vol, mais aussi à partir d'un dommage, est considéré le recevoir ».

SOMMAIRE

1 - Ce qui est fait à partir de choses qui se valent n'importe en rien

Que des marchandises aient été enlevées par un vol ou qu'un dommage ait été reçu pour elles, c'est suivant la qualité de cette affaire et la condition de la cause que les marins, les aubergistes et les tenanciers d'écurie sont tenus par l'Édit. En effet, ils doivent absolument, à partir du contrat, garantir que les choses seront restituées sauvées. Pour cette raison, du fait qu'ils ne peuvent pas plus les restituer sauvées, un dommage s'étant produit sur une partie, que si une partie avait été enlevée par un vol, Gaius a à bon droit déclaré que tout ce qu'il avait dit au sujet du vol, devait s'entendre de même au sujet du dommage. (1) Le fait est que ce qui se fait à partir de choses qui se valent importe peu, ou plutôt, n'importe en rien, D. 14, 2, 4 § 2¹⁶⁰. Et, quoique le jurisconsulte

dans les actions contraires, du manque de loyauté, il ne s'agit pas, mais d'un calcul qui, généralement, avec le jugement, est ordinairement réglé ».

¹⁵⁹ Cf. *supra* note 152.

¹⁶⁰ Extrait du livre II des *Questions* de Callistrate : « 2 - Mais, quand un jet, quant au navire, a été fait et que les biens de quelqu'un qui, sur le navire, sont restés ont été détériorés, il faut envisager s'il devra être contraint de contribuer, parce qu'il ne doit pas, d'un double dommage, être chargé, [celui] de la contribution et de ce que ses marchandises ont été détériorées. Mais il doit être défendu que celui-ci doit contribuer pour la valeur actuelle des biens : c'est pourquoi, par exemple, si les marchandises de deux marchands avaient une valeur de vingt et que celles de l'un, en raison du dégât des eaux, ont commencé à valoir dix, celui dont les marchandises sont intactes, pour une valeur de vingt, contribuera, l'autre, pour une valeur de dix. Cependant, peut être aussi dite cette opinion, nous, faisant des distinctions [pour savoir] à partir de quelle cause elles ont été détériorées, c'est-à-dire si, à cause du jet, les marchandises ayant été laissées sans protection, le dommage s'est ensuivi ou si [c'est] pour une autre raison, comme le fait que l'on ait placé les marchandises quelque part, dans un coin quelconque [du navire] et que l'eau a alors envahi, alors, en effet, il devra contribuer ; pour la première raison, doit-il souffrir la charge de la contribution, parce que le jet le lèse aussi ? Encore, qu'en est-il, si, avec un dégât des eaux, à raison du jet, les biens ont été

ait posé cette parité entre le vol et le dommage, cependant Accurse pense que l'action de la *Loi Aquilia*¹⁶¹ convient. Car (comme le dit Ulpien dans D. 9, 2, 11 § 1¹⁶², l'action de la *Loi Aquilia* appartient au possesseur, c'est-à-dire au propriétaire.

[D. 4, 9, 6 pr-§ 2]

Loi 6 : Paul au livre XIII *Sur l'Édit du préteur*

« Bien qu'à titre gratuit, tu aies navigué ou que, dans une auberge à titre gratuit, tu aies séjourné, cependant, les actions en fonction des circonstances du fait (*in factum*) ne te seront pas refusées, si tu as souffert un dommage avec une injure. 1 - Mais, si, de mon esclave sur un vaisseau ou dans une auberge, tu as usé et qu'il me cause un dommage ou commette un vol, bien que l'action de vol et de dommage avec une injure soit contre moi, cette action cependant, parce qu'elle est en fonction des circonstances du fait (*in factum*), aussi au titre de mon esclave, contre toi, se présente. De même, on le dira, si [l'esclave] est commun ; cependant, toi, ce que tu m'as payé à son titre, avec l'action en partage de bien commun (*communi dividundo*) ou en faveur de l'associé (*pro socio*), ou bien, si tu l'as pris à bail en partie ou en totalité, tu obtiendras même que, sur le fondement de la prise de bail (*ex conducto*), je suis obligé [envers toi]. 2 - Mais, si le dommage contre lui a été causé par un autre qui, sur ce même vaisseau ou dans cette même auberge et dont le préteur évalue ordinairement l'acte, se trouve, Pomponius ne pense pas qu'au titre de celui-ci, il y aura cette action utile ».

SOMMAIRE

1 - Pourquoi le préteur a-t-il disposé si rudement contre les marins et les autres ?

Ulpien, qui pourvoit à la question tacite (que nous avons aussi agitée ci-dessus), débat dans cette loi [de savoir] si, quand un loyer n'intervient pas, mais que les biens ont été reçus sur le navire ou dans l'auberge à titre gratuit, ils sont inclus dans l'Édit. En effet, c'est à juste titre [829] que l'on pouvait douter en cette affaire que celui qui reçoit à titre gratuit soit considéré suivre la condition plutôt d'un simple dépositaire et, par conséquent, du fait qu'aucune utilité ne lui appartient, il ne doit rien garantir en dehors du dol, voir ci-dessus D. 4, 9, 3 § 1 « *mais si les biens ont été reçus gratuitement ...* », D. 50, 17, 23¹⁶³. Et assurément, cela semble devoir être admis (de même que nous le concédions un peu auparavant pour un ami qui reçoit un ami), si l'on ne doit pas avoir égard au soin du préteur Romain qui n'avait rien de plus ancien que de réfréner par une nouvelle constitution ce genre d'hommes malhonnêtes. C'est pourquoi il a établi à bon droit

détériorés ? Mais une distinction plus subtile doit être employée, [pour savoir] ce qui vaudra plus, dans le dommage ou la contribution ; si, par exemple, ces biens valaient vingt et que la contribution, certes, fait dix, mais la perte, deux, étant déduit ce dommage qu'il a souffert, il devra contribuer pour le reste. Qu'en est-il donc, s'il y a plus dans le dommage que dans la contribution ? Comme par exemple, pour une valeur de dix pièces d'or, les biens ont été détériorés, mais, pour deux [pièces d'or], ils relèvent de la contribution. Indubitablement, il ne doit pas souffrir la charge des deux ; mais ici, voyons si, envers celui-ci même, il faudra contribuer. Qu'importe-t-il, en effet, que j'aie perdu mes biens jetés ou que j'aie commencé à les avoir sans protection ; car, de même qu'à celui qui les a perdus, il est donné un secours, de même, il faut que soit donné un secours à celui qui a commencé à avoir à raison du jet, des biens détériorés. Cela, ainsi, Papirius Fronto l'a-t-il répondu ».

¹⁶¹ Sur cette loi romaine, cf. *supra* note 77.

¹⁶² Extrait du livre XVIII *Sur l'Édit du préteur* d'Ulpien : « 1 - Si l'un l'a tenu (à savoir un esclave) et que l'autre l'a tué, celui qui l'a tenu, comme s'il avait fourni la cause de sa mort, d'une action en fonction des circonstances du fait (*in factum*), est tenu ».

¹⁶³ Extrait du livre XXIX *Sur Sabinus* d'Ulpien : « Certains contrats seulement admettent le dol mauvais (i.e. un dol qui peut entraîner une sanction pour un tel contrat, une fraude préjudiciable, alors qu'il peut exister aussi « un dol bon », admissible et sans sanction pour le contrat), certains un dol et une faute. Le dépôt et le précaire (i.e. un bien tenu à la volonté du concédant, sans aucune sécurité de maintien pour le concessionnaire), seulement le dol ; un dol et une faute, le mandat, le prêt de consommation (ou commodat), la vente, l'acceptation d'un gage, la location, également l'octroi d'une dot, l'octroi d'une tutelle, la gestion d'affaires ; du reste, pour ceux-là, (il faut y inclure) la diligence. La société et la communauté de biens reçoivent le dol et la faute. Mais ceci seulement à condition que, excepté si l'on a convenu quelque chose nommément, soit en plus, soit en moins, dans des contrats particuliers ; car on respectera ce qui est convenu au départ (car c'est le contrat qui donne la règle) à l'exception de ce que Celsus pense ne pas être valide, [à savoir] si l'on avait convenu de ne pas répondre d'un dol ; en effet, cela est contraire à une action de bonne foi. Et nous en usons ainsi. Mais l'accident et la mort des animaux qui surviennent sans faute, les fuites d'esclaves qui ne sont ordinairement pas gardés, les pillages, les désordres, les incendies, les inondations, les attaques des pirates ne sont garantis par personne ».

qu'absolument celui qui reçoit, que ce soit à titre gratuit ou qu'un loyer intervienne, sera tenu, même si la chose a péri ou qu'un dommage a été causé sans sa faute, si ce n'est que cela soit arrivé par un dommage fatal, voir ci-dessus D. 4, 9, 3 § 1 « *par cet Édît ...* ». Aussi ne saurai-je assez admirer ce pourquoi le prêteur, empli d'équité, a poursuivi avec tant de haine ce type d'hommes pour juger qu'il ne retiendrait pas les mains des amis qu'ils reçoivent à titre gratuit. (1) Mais je pense qu'il a été troublé par les plaintes continues des personnes volées et par son expérience opiniâtre, en argument CJ. 8, 18, 12¹⁶⁴. En effet, quoi de plus facile que de dissimuler un méfait par profit ? Qui imposerait mieux et de façon plus appropriée par l'Édit ce genre d'hommes que s'ils recevaient gratuitement quelqu'un sous la forme d'une amitié, de sorte qu'ils ne soient pas tenus à une restitution, es biens ayant été soustraits par un vol et quand le propriétaire ne peut prouver le vol ? C'est pourquoi Ulpien dit à bon droit que,

¹⁶⁴ Constitution de Justinien adressée au Préfet du prétoire Joannes et donnée en 531 : « *Nous nous sommes souciés des représentations continues des épouses, par lesquelles elles se lamentaient que leurs demeures aient été perdues et les richesses de leurs maris détenues par des créanciers antérieurs. C'est pourquoi nous, nous avons eu égard aux anciennes lois, qui accordaient un grand privilège à l'action de la dot (rei uxoriæ) (que nous avons fournie pour le moment) dans les actions personnelles, afin qu'elles aient les privilèges contre presque toutes les actions personnelles et qu'elles passent devant les autres créanciers, bien qu'ils aient été antérieurs. Et cela, du fait qu'elles ont statué pour les actions personnelles, si elles concernent l'hypothèque, elles relâchaient immédiatement la force de la justice et elles repoussaient les nouvelles hypothèques des épouses avec des hypothèques plus vieilles, si elles avaient des actions ; et ne regardant pas la fragilité des épouses ni ce que le mari avait accompli durant toute sa vie avec ses biens matériels et sa richesse, du fait que presque toute la richesse a été constituée en dot aux épouses. Il fallait en effet que l'on règle que les maris fassent paiement à leurs créanciers à partir de leur richesse, non avec la dot de l'épouse que l'épouse possède pour sa subsistance et sa nourriture, donnée par elle-même ou par un autre en sa faveur. 1 - Ayant considération pour tout cela et nous rappelant que nous avons fait deux autres constitutions pour les dots, qui soutiennent les épouses, rassemblant tout cela dans une seule, nous consacrons que l'action sur le fondement d'une stipulation (ex stipulatu), que nous avons déjà accordée aux épouses en faveur de la dot établie, pour laquelle nous avons aussi accordé qu'elle contienne une hypothèque tacite, aura des droits plus forts à l'encontre de tous les créanciers du mari, quoiqu'ils aient été protégés par le privilège de l'antériorité du temps. En effet, du fait que dans les actions personnelles, la dot recourt à un tel privilège (suivant ce que nous avons dit), pour quelle raison ne concédons-nous pas même maintenant cet avantage à l'épouse en hypothèque, quoique les biens dotaux ou les autres choses achetées à partir d'eux n'existent plus, mais qu'ils ont d'une certaine façon été dissipés ou consommés, si cependant ils ont été donnés à la part du mari de ce fait même ? En effet, qui n'aura pas de compassion pour elles en raison de l'obéissance qu'elles donnent à leurs maris, à raison du risque de l'enfantement et à raison de la procréation elle-même des enfants, en faveur desquels de nombreux privilèges ont été trouvés par nos lois ? Et c'est pourquoi ce que l'antiquité a certes commencé à accorder, mais n'a pas mis en effet, nous, nous l'avons achevé par cet entier article de la loi et, que la femme ait des enfants ou qu'elle n'en ait pas eu dès le départ, nous lui concédons ce privilège. Bien sûr, une fois exceptés les fils d'un mariage antérieur contre leurs marâtres, auxquels nous avons certes déjà accordé une hypothèque en faveur de la dot de leur mère contre les biens paternels, ou contre ses créanciers, aussi observons-nous maintenant un semblable privilège, afin que ce droit qui n'a pas été donné à la seconde épouse soit refusé à la première ; mais que ce droit demeure ainsi sans corruption comme si leur mère était encore vivante. Nous voulons en effet que le privilège du temps demeure aux deux dots dues à partir de la même fortune. 2 - Nous consacrons cela seulement pour la dot, pas pour la donation [faite] avant les noces que nous réglons respecter en son temps et avoir le rang de son époque entre les créanciers. En effet, nous ne favorisons pas les épouses en faveur d'un profit, mais afin qu'elles ne souffrent point de tort et nous avons soin qu'elles ne soient pas frustrées de leurs biens. 3 - Nous consacrons que cette loi aura lieu à partir de maintenant et nous ne la reportons pas en arrière* ».

Nous avons là l'exemple même du changement de style que le droit romain a subi depuis l'époque classique. Le droit de l'époque classique est souvent formulé par les juriconsultes avec une grande clarté, sans trop de périphrases inutiles et surtout, sans recherche de style : il leur importait surtout d'être clairs. Sous le Bas-Empire romain, sans doute sous une certaine influence grecque, le style est devenu beaucoup plus verbeux et inutilement pompeux, les scribes des bureaux qui rédigeaient pour l'Empereur les constitutions, étaient rompus à un style de cour, souvent encombré de figures de style sans utilité ; ils noyaient sous le poids des mots les dispositions que l'Empereur envisageait de prendre dans ses constitutions, à tel point que l'on peut avoir parfois l'impression de lire des phrases tirées de l'œuvre de Proust, mais en latin et surtout, sans l'agrément du style, un style essentiellement marqué par une extrême prolixité et l'abus des formulations creuses et redondantes.

On notera enfin que ce texte, qui n'a aucun rapport avec le propos de l'auteur, n'a été cité que pour la référence aux « plaintes continues » dont parle Peck, expression qui se retrouve en effet au début de cette constitution : nous avons là l'exemple typique de la méthode universitaire qui incite à toujours prendre appui sur de vénérables textes ou auteurs, afin de justifier l'usage d'une expression ou l'emploi d'un mot, et ce, de façon presque caricaturale. On a déjà dit ailleurs combien cette pratique avait laissé de traces dans le discours actuel des universitaires et surtout dans celui que l'on exige des aspirants docteurs : rien ne peut ou ne doit être avancé dans un travail, qui ne puisse ou ne doive être justifié par le renvoi à un vénérable prédécesseur, ce qui parfois peut conduire à stériliser durablement, voire définitivement, toute originalité de pensée.

« quoique tu aies navigué gratuitement ou que tu aies séjourné gratuitement dans une auberge, cependant les actions en fonctions des circonstances du fait (*in factum*) ne te seront pas refusées, si tu as souffert un dommage par une injustice ».

SI, DE MON ESCLAVE, [TU AS USÉ]. Il n'est donc pas absurde (comme le dit ici Balde) qu'ici différentes actions naissent à partir d'un même fait, si elles se présentent avec une raison différente.

[D. 4, 9, 6 §§ 3-4]

« 3 - D'une action en fonction des circonstances du fait (*in factum*), l'aubergiste est tenu en faveur de ceux qui, pour y loger, dans l'auberge, se trouvent. Mais cela ne regarde pas celui qui est reçu comme hôte imprévu, comme le voyageur. 4 - Mais nous pouvons, de l'action de vol (*actio furti*) ou de dommage causé avec une injure (*actio damni injuriæ*), faire usage contre les marins pour prouver l'acte d'un homme certain ; mais, d'une seule, nous devons nous contenter, si, contre l'armateur, nous avons agi en justice, nous devons lui fournir nos actions, bien que l'action sur le fondement de la prise de bail (*ex conducto*), contre eux, se présente à l'armateur. Mais, si l'armateur a été absous avec cette action, qu'ensuite, on a agi en justice contre le marin, une exception sera accordée, afin que, plus souvent, quant à [l'acte] commis de l'homme, l'on ne pose pas de question. Et [c'est] le contraire, si, quant à [l'acte] commis d'un seul homme, l'on a agi en justice, qu'ensuite, avec une action en fonction des circonstances du fait (*in factum*), l'on agit en justice, l'exception sera accordée ».

SOMMAIRE

- 1 - Pourquoi le marin sera-t-il tenu comme s'il l'était d'un méfait ?
- 2 - Le marchand peut agir en justice contre le voleur ou contre le marin
- 3 - Quand l'acquiescement de l'un joue-t-il en faveur de l'autre, et comment ?
- 4 - Celui qui fait un choix ne peut varier
- 5 - On ne doit pas réclamer deux fois la même chose

Jusqu'ici, nous avons parlé de ce qu'il en sera du droit quant à l'action en fonction des circonstances du fait (*in factum*) qu'il y a au sujet de ce qui a été reçu et qui est donnée au simple. Mais Ulpien en arrive maintenant à une autre qui est apparue pour punir l'opérateur maritime (*exercitor*) à raison de l'acte des siens, et elle est accordée au double¹⁶⁵. Car (comme le dit Justinien dans les *Institutes* IV, v, § 3¹⁶⁶)

« de même, l'opérateur maritime ou celui qui commande à une auberge ou une écurie, à l'égard du vol qui aura été commis sur le navire, dans l'auberge ou dans l'écurie, est considéré comme tenu comme d'un délit, si seulement il n'y a pas de délit de lui-même, mais de l'un de ceux dont il emploie les services sur le navire, dans l'auberge ou dans l'écurie. En effet, comme cette action n'a pas été établie à partir d'un contrat contre lui et que le défendeur, qui a recours au service de mauvaises personnes, est jusqu'à un certain point en faute, c'est pourquoi on le considère comme tenu comme [il le serait] d'un délit ».

(1) Mais nous avons exposé plus haut, sur la première loi de ce titre dans son § 7 ce qu'Ulpien a ajouté, [à savoir] qu'une action en fonction des circonstances du fait (*in factum*) ne revenait pas à celui qui avait reçu [quelqu'un] en tant qu'hôte imprévu, comme un voyageur.

MAIS NOUS POUVONS. Il est donc au pouvoir de celui qui a perdu le bien de vouloir exercer son droit en justice soit contre l'opérateur maritime par une action honoraire, soit contre le voleur par une action civile. (2) Il faut cependant entendre cela ainsi, quand l'opérateur maritime n'a pas reçu [en assurant que] cela serait sauf, ou que, par le biais d'une protestation, il n'a pas écarté de lui le risque et la garde des biens avec le consentement des passagers, voir la fin du

¹⁶⁵ Les expressions « action au simple », « action au double, au triple, au quadruple » ne font que signifier que le demandeur obtiendra en cas de condamnation du défendeur, soit la simple valeur de la chose réclamée, soit le double, le triple ou encore le quadruple de cette valeur. On rappelle que les actions du droit romain visent essentiellement à assurer un dédommagement en argent dans le cadre de l'inexécution d'un contrat, pas à une exécution forcée.

¹⁶⁶ Il faut corriger la référence fournie par Peck qui place ce passage dans le § 2 ou pénultième ; or il se situe bien dans le § 3, qui est le dernier du titre consacré aux *Obligations qui naissent comme d'un délit*.

prologue de la dernière loi de ce titre (D. 4, 9, 7 pr *in fine*, cf. *infra*). Le fait est que, comme il a supporté le risque de la chose, l'action de vol sera accordée non au propriétaire, mais (comme nous le disions auparavant) à l'opérateur maritime, s'il est solvable.

POUR [PROUVER L'ACTE] D'UN HOMME CERTAIN. Tel est l'arrangement de la plainte qui doit être ajouté, si l'on veut intenter une action de vol : on désignera la personne pour pouvoir arguer de son acte, voir Balde ici. (3) Parce que, s'il arrivait que l'on acquitte le voleur, on ne peut plus avant exercer son droit en justice par cette action contre l'opérateur maritime, mais l'acquiescement de l'un vaut l'acquiescement de l'autre. C'est donc ce que voulait Ulpien quand il dit

« mais nous devons nous contenter d'une seule »,

du reste si, alors que nous avons agi en justice contre l'opérateur maritime, nous devons lui fournir nos actions. C'est pourquoi il sera libre à l'opérateur maritime de faire valoir en justice son droit contre le voleur par une action civile et, s'il a payé quelque chose sur le fondement du délit de l'un des ses domestiques, il pourra le réclamer en droit (comme quelqu'un le dit), voir Johannes Faber sur ledit paragraphe.

MAIS S'IL A ÉTÉ ABSOUS. Le choix du demandeur fera donc obstacle et une fois qu'il a choisi de faire valoir son droit contre l'opérateur maritime, il ne peut revenir vers le voleur. Ce qui est dit par certains n'est pas vrai à raison de la diversité des personnes contre lesquelles on agit ici en justice, [à savoir] que l'exception de chose jugée doit s'y opposer, D. 44, 2, 12, 13 et 14 pr¹⁶⁷. (4) En effet, bien que les différentes personnes dans cette même affaire soient l'opérateur maritime et celui qui a commis le vol, parce que cependant, ce qu'a payé l'opérateur maritime ne peut être réclamé du voleur (comme on l'a dit auparavant), avec une certaine fiction et de façon vague, c'est une unique personne que l'on imagine afin que l'on ne [830] s'interroge pas plus souvent au sujet du crime de ce même homme. Mais on se serait plus souvent interrogé si, l'opérateur maritime ayant été acquitté, un retour était possible vers le voleur. En effet, du fait que l'on a agi en justice dans le premier procès contre l'opérateur maritime, on s'est suffisamment interrogé sur ce même délit. Le fait est que, si le délit n'a pas été prouvé et que, pour cette raison, l'opérateur maritime a été renvoyé du procès, celui qui devait être désigné dans le premier procès ne pourrait pas prouver le vol contre le voleur. Bien que cela soit vrai, Accurse a voulu rapporter la première cause de l'exception non pas à la chose jugée, mais au choix, sur le mot « *admission* » 1.

AFIN QUE, PLUS SOUVENT, L'ON NE POSE PAS DE QUESTION. (5) En effet, il est contraire à la bonne foi que l'on réclame deux fois la même chose, dont nous montrons que cela a lieu non seulement pour les contrats, mais aussi parfois pour les délits, voir Sexte règle 83¹⁶⁸. En effet, on ne peut être affligé d'une double contrition, Décret de Gratien I, lxxxii, 12¹⁶⁹, du fait que Dieu très excellent et très haut lui-même ne punit pas deux fois celui qui a porté un préjudice, Décret de Gratien II, xxxiii, 3, 42 § 2¹⁷⁰. Il arrive cependant parfois que cet axiome n'ait pas une vérité

¹⁶⁷ Ces trois extraits ont été placés les uns à la suite des autres en une seule phrase continue par les compilateurs du Digeste. Nous avons donc affaire d'abord à un extrait du livre LXX *Sur l'Édit du préteur* de Paul : « *Quand il est demandé si cette exception portera ou non préjudice, il faut examiner si l'objet est le même ...* », puis l'extrait du livre LXXV *Sur l'Édit du préteur* d'Ulpien : « *... sa quantité, la même, de même, le droit, ...* », enfin retour à l'extrait du livre LXX *Sur l'Édit du préteur* de Paul : « *... si la cause de la réclamation est la même et la condition des personnes, la même ; si tout cela ne concourt pas, la chose est différente. De même, on reçoit le bien matériel dans cette exception, non pas avec sa qualité première ou sa quantité servie, nul ajout ou nulle diminution n'y ayant été faite, mais plus largement, à la faveur de son utilité commune* ».

¹⁶⁸ « *La bonne foi ne souffre pas que ce qui a été payé une bonne fois soit réclamé de nouveau* ».

¹⁶⁹ Il faut corriger l'erreur du typographe qui indique cet extrait des canons apostoliques dans la distinction xviii, alors qu'elle se trouve dans la distinction lxxxii. Il s'agit du canon 25 des canons apostoliques : « *Le prêtre ou le diacre qui a été capturé pour une fornication, un parjure, un vol ou un homicide, sera déposé ; il ne sera cependant pas privé de la communion. Dans l'Écriture, le Seigneur dit qu'il ne punira pas deux fois pour une même chose* ».

¹⁷⁰ Le passage donné en référence est mal référencé et nous avons corrigé la faute ; il renvoie en tout cas au commentaire fait par Gratien sur un passage qu'il avait repris à Saint Ambroise. Le passage est le suivant : « *Cette autorité du prophète Nabum [qui dit que Dieu ne jugera pas deux fois, cf. Nahum 1, 9)] n'expose pas sans distinction tout ce est puni de façon temporelle et ne doit pas être puni plus avant par Dieu. En effet, bien que Jérôme dise que doivent être punis par Dieu de façon temporelle les sodomites, les Égyptiens et les Israélites dans le désert sur cet endroit, afin qu'ils ne soient pas punis dans l'éternité, cela ne doit pas s'entendre de tout de façon générale ; du reste, il faudrait s'opposer à chaque criminel, afin que, frappé par le feu du ciel, noyé par les eaux ou blessé par des serpents il disparaisse par un effet de la volonté divine à la faveur de ses péchés, de sorte qu'un bref supplice et*

purement et simplement, mais qu'il reçoive un adoucissement. En effet, à partir d'un même délit, une peine civile et une peine canonique est parfois infligée, mais à un titre différent, comme quand quelqu'un commet une injustice dans les deux tribunaux, il peut être puni dans les deux tribunaux, CJ. 1, 1, 1¹⁷¹. Ce que certains ne reçoivent pas autrement que dans la mesure où la peine est plus forte dans l'autre tribunal, Décrétales I, xxxviii, 5¹⁷². Si elle est égale, il y a lieu à prévention¹⁷³. Au contraire, d'autres, comme Felinus et d'autres sur Décrétales V, i, 6¹⁷⁴, et Alciat sur CJ. 1, 1, 1¹⁷⁵ jugent que l'une n'a rien de commun avec l'autre, qu'on ne les reçoit pas de façon réciproque et que c'est pourquoi une peine ne peut être dissoute par le biais d'une autre. Pour moi, je ne veux pas m'attacher plus longtemps à cette affaire que j'ai suffisamment et abondamment examiné dans un autre endroit, sur le chapitre de la bonne foi.

[D. 4, 9, 7 pr (début)]

Loi 7 : Ulpien au livre XIII *Sur l'Édit du préteur*

« L'armateur doit garantir le fait de tous ses marins, qu'ils soient libres ou esclaves. Non à mauvais titre, il garantit leur fait, du fait que lui-même les a employés à ses risques. Mais il ne les garantit pas autrement que si, sur le vaisseau lui-même, le dommage s'est produit ; du reste, si [c'est] en dehors du navire, bien que, [ce qui a été fait] par les marins, il ne le garantira pas »

SOMMAIRE

- 1 - Les serviteurs qui rejettent de l'urine obligeront le maître
- 2 - Le maître se libère en abandonnant son esclave
- 3 - Le marin qui nie [son] méfait peut être torturé

[Comme le dit Ulpien],

une peine passagère mette fin à celles qui sont éternelles. Ceci de l'apôtre serait même faux ce qu'il dit dans l'épître aux Hébreux (Hb 3, 11, qui reprend un passage du Ps 94, 8-11) au sujet de ceux qui avançaient dans le désert : 'à raison de leur incrédulité, ils n'entreront pas dans la terre de la promesse'. Il y est montré que, de même qu'ils ont perdu le repos au titre de leur infidélité, de même à raison de cette même infidélité, ils n'entreraient en aucune manière dans le vrai repos de la béatitude éternelle. Ceci de Jérôme s'entend donc seulement au sujet de ceux qui ont fait pénitence entre les fouets mêmes, pénitence que, si elle est brève et passagère, Dieu n'a cependant pas repoussée ; de même, il faut entendre ce que dit le prophète [qui dit que Dieu ne jugera pas deux fois pour une même chose] au sujet de ceux que les supplices présents changent en mieux, pour lesquels ne se déchaînera pas un deuxième tourment. Mais ceux qui deviennent pires au milieu de fouets plus rudes, comme Pharaon qui, fouetté par Dieu, est devenu plus dur, ils joindront les châtiments éternels aux châtiments présents, afin que le supplice passager soit pour eux un début de la damnation éternelle ».

¹⁷¹ Constitution de Gratien, Valentinien et Théodose adressée au peuple de la ville de Constantinople et donnée en 380 : « Nous voulons que tout le peuple, que régit le commandement de notre clémence, soit tourné vers la religion que le divin apôtre Pierre a transmis aux Romains, religion qu'il déclare être jusqu'à maintenant reçue par lui, et qu'il est clair que la suit le pontife Damase, et l'évêque Pierre d'Alexandrie, homme de sainteté ecclésiastique : c'est-à-dire que nous croyons, selon la discipline apostolique et la doctrine évangélique en un seul Dieu saint, le Père, le Fils et l'Esprit, en égale majesté et en sainte Trinité. 1 - Suivant cette loi, nous ordonnons qu'ils chérissent le nom de Chrétiens catholiques, mais que, jugeant que les autres sont des déments et des extravagants, ils soutiennent l'indignité du dogme hérétique ; ils seront d'abord punis de la vengeance divine, encore après par celle du mouvement de notre âme, que nous avons pris du jugement céleste ».

¹⁷² Décrétale d'Innocent III à l'évêque de Brescia : « Nous répondons à ta consultation de la façon suivante, que, si un mari accuse son épouse d'un crime d'adultère en présence du juge séculier pour que la peine légale lui soit infligée, parce qu'il doit alors traîner devant les tribunaux le lien de l'accusation et se lier à la peine du talion, il faut que la personne présente accuse en personne, non par l'intermédiaire d'un procureur, mais par elle-même. Mais, si le mari veut accuser sa femme d'un adultère devant le juge ecclésiastique, pour qu'il se sépare de sa cohabitation, parce qu'alors, quoiqu'il faille peut-être qu'il inscrive dans les écritures le nom, le lieu et le moment et tout ce qui est inclus dans la loi civile, il ne doit cependant pas s'obliger au talion jusqu'à un certain point, de sorte que, alors qu'il a fait défaut pour la preuve, l'effet de son intention ne s'en suive pas : il peut soutenir, si la nécessité le réclame, afin d'accuser par l'intermédiaire d'un procureur, parce qu'une accusation de ce type, bien qu'elle se fasse au sujet d'un crime, n'est cependant pas criminelle, mais comme mixte entre civile et criminelle, quoique l'on procède de façon plus sûre en la présence des personnes principales ».

¹⁷³ Ce terme signifie ici qu'en cas d'une égalité de la peine, c'est la première cour saisie qui traitera de l'affaire, obligeant la cour saisie par la suite éventuellement à laisser l'affaire à la première saisie. C'est ce que l'on appelait alors « la prévention ».

¹⁷⁴ Décrétale reprise du concile de Mayence (probablement celui de 847) : « À l'égard des crimes dont un acquitté a été accusé, on ne peut déployer l'accusation ».

¹⁷⁵ Cf. *supra* note 171.

« L'armateur doit garantir le fait de tous ses marins, qu'ils soient libres ou esclaves, du fait que lui-même les a employés à ses risques » ;

cela a lieu pour les aubergistes et les maîtres d'écurie. S'ensuit ce qu'Angelus¹⁷⁶ a autrefois rapporté sur D. 44, 7, 4¹⁷⁷. (1) Si des serviteurs, peut-être par le biais d'un esclave qui fait la traversée durant la nuit, ont rejeté de façon délictueuse de l'urine, le maître, qui sustente ses domestiques d'une farine impure, en est tenu comme d'un délit. (2) Il faut cependant ici observer cette différence que le maître se libère en abandonnant l'esclave qui a commis un vol. Mais il est tenu pour le tout au titre d'un esclave affranchi. Ulpien a rapporté finement dans un autre endroit la raison de cette différence, dans D. 47, 5, 1¹⁷⁸, que celui qui emploie un homme libre doit statuer au sujet de qui il est. Mais pour son esclave, il ne lui faudra pas connaître [s'il est] un mauvais domestique, s'il est prêt à en faire l'abandon à titre de dédommagement. Mais, s'il a employé l'esclave d'autrui, il sera tenu comme pour un affranchi.

SI, EN DEHORS DU NAVIRE. On ne doit cependant pas entendre cela autrement que s'il n'a pas encore reçu la garde. Car il peut se faire qu'il ait reçu la garde, même si les biens n'ont pas encore été reçus sur le vaisseau. En outre, s'il a reçu une bonne fois la garde et que les biens n'ont pas été reçus sur le navire, mais disposés sur le rivage, qu'ils ont reçu un dommage ou ont été soustraits par un vol : c'est ce qu'a répondu Ulpien suivant Pomponius dans D. 4, 9, 3 au début ci-dessus. Mais, si l'on nie de façon constante le délit, il y en a qui pensent, comme Jason sur CJ. 8, 4, 9¹⁷⁹ et Bartole sur D. 16, 3, 1 § 41¹⁸⁰, qu'une fois employées les tortures, on peut découvrir la vérité de la chose.

[D. 4, 9, 7 pr à la fin et §§ 1 et 2 au début]

¹⁷⁶ Angelus Baldi, juriste de Pérouse, mort vers 1407, frère de Balde de Ubaldis, produisit plusieurs ouvrages de commentaires, d'abord sur le *Codex Iustiniani*, sur les Novelles de Justinien, sur le Digeste, mais aussi un ouvrage de *Discussions* ou *Disputationes*, ainsi qu'un recueil d'*Avis* ou *Consilia*.

¹⁷⁷ Extrait du livre III *Des affaires journalières* de Gaius : « D'un délit, les obligations naissent, comme d'un vol, d'un dommage, d'un pillage ou d'une injure. Tout cela appartient à la même catégorie ; car cela, dans la chose, consiste seulement, c'est-à-dire dans le délit lui-même, alors qu'autrement, du contrat, les obligations ne naissent pas seulement, par la remise d'un bien (re), mais aussi par échange de paroles (verbis) et par le consentement (consensu) ».

¹⁷⁸ Extrait du livre XXXVIII *Sur l'Édit du préteur d'Ulpien* : « Contre ceux qui administreront des navires, des auberges ou des écuries, si, par l'un quelconque des leurs ou de ceux qui possédaient ici, un vol a été commis, une action sera accordée, que le vol soit dit avoir été commis, avec l'assistance et le conseil de l'armateur ou de ceux de celui qui, pour naviguer, se trouve sur ce navire. 1 - Mais, pour naviguer, nous devons recevoir ceux qui sont employés, pour que le navire navigue, c'est-à-dire les matelots. 2 - Et il y a une action au double. 3 - En effet, quand, sur le navire ou dans l'auberge, le bien péricule, à partir de l'Édit du préteur, l'armateur est obligé ou l'aubergiste, d'une façon telle qu'il soit au pouvoir de celui à qui le bien a été dérobé de préférer, avec une action honoraire contre l'armateur, ou contre le voleur, avec une action civile, faire valoir son droit. 4 - Si l'aubergiste ou le marin l'a reçu [sous cette condition] qu'il sera sauf, non le propriétaire du bien dérobé, mais lui-même a l'action de vol, parce qu'en recevant [le bien], il assume le risque de la garde. 5 - Mais, au titre de son esclave, l'armateur, en procédant à un abandon noxal, se libère. Pourquoi donc l'armateur n'est-il pas condamné, lui qui a permis un si mauvais esclave sur le navire ? Et pourquoi, certes, au titre d'un homme libre, pour le tout est-il tenu, mais pas au titre de son esclave ? Si ce n'est peut-être pour cette raison qu'en employant un homme libre, il doit statuer à l'égard de ce dernier qui il est, mais pour son esclave, cela doit lui être inconnu comme pour un mal domestique, s'il est prêt à l'abandonner à titre noxal. Mais, s'il a employé l'esclave d'autrui, il sera tenu comme pour un homme libre. 6 - L'aubergiste garantit le fait de ceux qui, dans son auberge, se trouvent pour y pratiquer le service d'hébergement ; de même, de ceux qui s'y trouvent pour y loger ; mais il ne garantit pas le fait des voyageurs. Car l'aubergiste ou le tenancier d'écurie n'est pas considéré se choisir un voyageur et ne peut repousser ceux qui font route ; mais il choisit d'une certaine façon lui-même ceux qui logent de façon durable ; il faut qu'il garantisse le fait de ceux qu'il ne rejette pas. Sur un navire aussi, le fait des passagers n'est pas garanti ».

¹⁷⁹ Constitution de Zénon adressée au Préfet du prétoire Sebastianus et donnée en 477 : « Si, quand une violence a été soufferte lors d'un jugement, ensuite au sujet de biens enlevés ou envahis, ou qu'un dommage a été causé, on expose la question de la violence du temps, si celui qui soutient la violence n'a pu prouver ce qu'il a perdu, une évaluation ayant été faite par le juge à la faveur de la qualité des personnes et de l'affaire, il montrera par un serment l'estimation des biens qu'il a perdus et il ne lui sera pas permis de jurer au-delà de l'estimation faite par le juge ; et il faut que le juge condamne à ce qui a été déclaré par un serment fourni de ce type ».

¹⁸⁰ Extrait du livre XXX *Sur l'Édit du préteur d'Ulpien* : « 41 - Si un coffre scellé a été déposé, réclamera-t-on seulement le coffre ou les choses qui y ont été mises ? Trebatius dit que l'on doit agir en justice [avec l'action du dépôt] pour réclamer le coffre, non pour le dépôt d'objets singuliers. Et si les choses ont été montrées et ainsi déposées, les pièces de vêtement doivent être ajoutées. Mais Labéon dit que celui qui dépose un coffre est considéré déposer aussi chaque bien et donc, qu'au sujet des biens, il peut agir en justice. Qu'en est-il donc, si celui qui a reçu le dépôt ignorait que s'y trouvaient des biens ? Cela n'importe pas beaucoup, du fait qu'il a reçu le dépôt. Donc, je pense qu'il peut agir en justice pour le dépôt des objets, quoiqu'un coffre scellé ait été déposé ».

« De même, s'il a annoncé à l'avance que chacun des passagers serait attentif à ses biens et qu'il ne garantirait pas le dommage, que les passagers ont consenti à ce qui a été dit avant, il n'est pas cité en justice. 1 - Cette action en considération des circonstances du fait (in factum) est au double. 2 - Mais, si les matelots, entre eux, se sont causés un dommage, celui-ci ne regarde pas l'armateur ».

SOMMAIRE

- 1 - La force de la protestation
- 2 - Si la protestation requiert le consentement de l'adversaire
- 3 - Si la protestation doit être faite par écrit
- 4 - La remise des clés faite à l'hôte, ce qu'elle consacre
- 5 - L'acte d'un seul ne peut en même temps consacrer des choses contraires

S'IL A ANNONCÉ. (1) La force d'une protestation est assurément grande et a une grande efficacité pour exonérer celui qui proteste de tout tort, voir D. 39, 1, 8 § 6¹⁸¹ et les docteurs ici, dans lequel il est tombé en omettant la protestation. Ce qui est montré de façon très appropriée dans un autre exemple, surtout à cet endroit. Le fait est que les marins, les aubergistes et les tenanciers d'écurie, contre lesquels a été porté l'Édit du prêteur romain sont tenus de tout le dommage reçu quand protestation n'a pas été faite. Aussi, ceux qui ont protesté avec le consentement des passagers se voient-ils ôter cette charge [831] et transmettent-ils le risque sur les passagers, si l'on peut prouver que rien n'a été fait par eux avec un dol. En outre, du fait que la chose et la protestation du présent remède ont été tellement claires, ce qu'il faut remarquer en très peu de mots, nous l'effleurons comme [si nous le faisons] de façon négligente. (2) D'abord, c'est pourquoi le consentement des passagers doit s'ajouter à la protestation des marins. Mais il a été débattu de façon très opiniâtre par plusieurs [de savoir] si [un consentement] tacite ou exprès suffisait, les uns comme Accurse ici et sur D. 2, 8, 2¹⁸² et Ludovicus Romanus sur ledit texte de D. 39, 1, 8 § 6, que le consentement tacite suffit, d'autres, comme Innocent¹⁸³, Joannes d'Andrea¹⁸⁴ sur Décrétales I, vi, 50¹⁸⁵, Bartole et Jason sur ledit texte de D. 39, 1, 8 § 6¹⁸⁶, Alciat sur CJ. 2, 3, 12¹⁸⁷ disent le contraire. Cependant, je préférerais suivre sur ce point Bartole et Jason qui

¹⁸¹ Extrait du livre XLVIII *Sur l'Édit du prêteur* de Paul : « 6 - Avec la mort de celui qui a fait la dénonciation [de nouvel œuvre], est éteinte la dénonciation, comme avec l'aliénation, parce qu'avec ces moyens, est terminé le droit d'interdire ».

¹⁸² Extrait du livre V *Sur l'Édit du prêteur* d'Ulpien : « Le garant [donné] pour comparaître en justice est considéré être donné comme riche non seulement à partir de ses richesses, mais aussi à partir de sa facilité à être cité. 1 - Si l'on a donné à ces personnes qui n'ont pu agir en justice un garant pour comparaître en justice, la dation sera vaine. 2 - Le prêteur dit : "Si l'on cite en justice un parent, un patron, une patronne, leurs enfants ou celui qu'il aura sous sa puissance, une épouse, une belle-fille, n'importe quel garant [donné] pour comparaître en justice sera reçu". 3 - Ce que le prêteur dit "ou ses enfants", nous y recevons les enfants qui descendent du sexe féminin. Et à un parent, nous donnerons ce bénéfice non seulement [s'il est] autonome en droit (sui iuris), mais aussi s'il est sous la puissance de quelqu'un ; en effet, Pomponius écrit cela. Et un fils peut être fait le garant en faveur de son père, même s'il se trouve sous la puissance d'autrui. Nous devons recevoir aussi la belle-fille, la femme du petit-fils et ainsi de suite. 4 - Ce que le prêteur dit : "n'importe quel garant sera reçu", cela [signifie] à la mesure de ses richesses, c'est-à-dire, même non riche. 5 - Contre "le garant qui a promis que quelqu'un comparaitrait en jugement", le prêteur accorde une action pour autant que la chose sera. Voyons si cela inclut la vérité ou, au vrai, un montant [évalué par le demandeur]. Il est mieux [de dire] que le garant est tenu du véritable montant, à moins qu'il ne soit venu à la faveur d'un montant certain ».

¹⁸³ Il s'agit de Sinibaldo da Fieschi, mort en 1254, élu pape sous le nom d'Innocent IV en 1243, qui était un juriste canoniste réputé et qui fit un commentaire sur les Décrétales.

¹⁸⁴ Giovanni d'Andrea (vers 1275-1348) est un canoniste qui enseigna à Bologne et Padoue, à qui l'on doit des commentaires sur les Décrétales, dont il résuma fort clairement certaines d'entre elles, ainsi que sur le recueil de Sexte. Il composa aussi un ouvrage appelé *Additions au Speculum iuris* de Guillaume Durand.

¹⁸⁵ Décrétale adressée au chapitre de Côme, dont nous nous contenterons du résumé qui est suffisamment clair, bien qu'il ne soit pas de Giovanni d'Andrea : « L'élection qui n'a pas été faite à la majorité du chapitre, la collation ayant été omise, n'est pas valide ».

¹⁸⁶ Cf. *supra* note 181.

¹⁸⁷ Constitution d'Alexandre Sévère adressée à Flacilla et donnée en 230 : « L'équité, tant de la loi que de la chose elle-même, demande que soient respectés les tout nouveaux accords. Pour cette raison, si, dans le contrat qui a précédé, il avait consenti à ce qu'il n'y ait pas d'autre part d'intérêt et surtout si (comme tu l'exposes), on l'a encore affirmé auprès des actes du gouverneur, tu ne l'empêcheras pas d'exercer l'action qu'il y avait dans le premier contrat ».

pensent que, l'adversaire n'ayant pas donné son consentement contre l'acte nécessaire, la protestation et le consentement tacite ne sont en rien utiles, mais qu'un consentement exprès doit intervenir. De là l'on doit entendre que les marins, les aubergistes et les tenanciers d'écurie, auxquels revient le risque par le contrat lui-même, et sur le fondement d'une certaine nécessité de leur office, il doit requérir le consentement exprès de la partie. En effet, il ne fait pas de doute que seront tenus par nécessité ceux qui ne peuvent repousser. Mais, si au contraire l'acte est volontaire, il est plus admis par l'usage que dans ce cas, le consentement tacite de la partie suffit.

(3) Cependant, des deux manières, si quelqu'un n'a pas protesté d'une violence ou d'une crainte et qu'il peut l'établir, il ne perdra pas le bénéfice de la protestation, voir Jason sur ledit texte de D. 39, 1, 8 § 6¹⁸⁸, au numéro 17. Il y en a qui ont longuement examiné si l'on devait aussi l'établir par écrit, comme Petrus de Ancharano et Geminiano¹⁸⁹ sur Sexte I, vi, 16¹⁹⁰ dans le passage « *Si durant vingt jours* »¹⁹¹ et à travers le texte de CJ. 2, 19, 24¹⁹², qui l'ont longuement examiné, mais concluant de façon négative en faveur de la règle. On trouve cependant des cas qui font exception à la règle et dans lesquels on requiert un écrit, mais c'est le contraire, si la protestation vient en remplacement d'une action ou d'une réclamation pour argent non versé, CJ. 7, 40, 2¹⁹³, l'extrait de la Nouvelle 100 placé sous CJ. 4, 30, 14¹⁹⁴. Mais, quand le dommage est irréparable,

¹⁸⁸ Cf. *supra* note 181.

¹⁸⁹ Dominicus de Sancto Geminiano ou Domenicho di San Gimignano, canoniste de Florence qui pratiqua vers 1407 et qui produisit des commentaires sur les Décrétales et sur le Sexte.

¹⁹⁰ Il s'agit ici d'une longue décrétale de Nicolas III, résumée ainsi par San Gimignano lui-même ainsi : « *Cette décrétale fut très utile à son époque, avant que le pape se réserve les provisions des évêchés* ».

¹⁹¹ Voici ce passage en son entier : « *Si ceux qui ont attendu durant vingt jours, que ce soit ceux qui élisent ou ceux qui sont opposants, sont venus ou non (après l'écoulement du temps pour modérer à partir de la qualité des lieux), s'ils ont négligé de comparaître en personne ou de réclamer la confirmation, la poursuite ou l'exécution de leur élection (nulle juste cause n'étant intervenue), ils seront tenus à son égard de faire pleine foi dans les vingt jours ci-devant dits auprès du siège apostolique, celle-ci ayant été exposée dans les quinze jours après un délai de ce type (en notre présence ou en présence d'un autre, ou bien en la députant à d'autres ou bien d'autres ayant été députés par nous, si elle semble devoir être admise)* ».

¹⁹² Constitution de Justinien adressée au Préfet du prétoire Julianus et donnée en 530 : « *Si quelqu'un, sans le vouloir et spécialement empêché par le propriétaire des biens, s'est immiscé dans l'administration de ceux-ci, on doutait chez les grands auteurs [de savoir] si, à la faveur des dépenses qui ont été faites pour ces biens, il avait une action de gestion d'affaires contre le propriétaire. Certains offrant une action directe ou utile, d'autres la refusant (parmi lesquels il y avait Salvius Julianus), décidant cela, nous consacrons que, si le propriétaire s'y est opposé et alors qu'il a interdit d'administrer ses biens, selon l'opinion de Julianus, il n'y a aucune action soit directe, soit utile, soit contraire contre lui, à savoir après la dénonciation que lui a transmise le propriétaire, ne lui concédant pas d'atteindre les biens de ce dernier, quoique les biens aient été bien gérés par lui. Qu'en est-il ensuite, si le propriétaire a examiné les nombreuses dépenses faites utilement par l'administrateur et qu'alors il ne l'en a pas empêché par une dissimulation dolosive, afin de ne pas payer les premières dépenses faites ? Nous ne le souffrirons en aucune manière : mais, à partir de ce que cette déposition lui a été faite, soit par écrit, soit sans écrit, cependant avec le témoignage d'autres personnes, il ne lui reviendra aucune action à partir de ce jour pour procéder à des améliorations ; mais pour les premières, si elles ont été utilement faites, nous accordons qu'il ait contre le propriétaire l'action qui a cours par sa nature* ».

¹⁹³ Constitution de Justinien adressée au Préfet du prétoire Joannes et donnée en 531 : « *Pour donner un avis à tous de façon plus parfaite et que l'absence, la puissance ou l'enfance de son adversaire ne porte absolument pas préjudice à quiconque, nous consacrons que, quand est absent celui qui détient les biens d'autrui et engagés vis-à-vis d'un créancier, et que le propriétaire du bien ou le créancier désire exposer son intention, qu'il n'y aura pas licence pour lui, en l'absence de son adversaire qui détient le bien, étant incommodé par l'enfance ou la folie, ne disposant de personne comme tuteur ou curateur, ou bien étant établi dans une grande puissance, avec son autorité, de se rendre vers le gouverneur de la province ou bien de lui présenter un libelle et de le mener en une doléance dans les délais établis, de réaliser une interruption du délai et que cela suffise pour une très entière interruption. Mais, s'il n'a pu en aucune manière aller trouver le gouverneur, qu'il se rende à défaut d'autre chose vers l'évêque des lieux ou vers le défenseur de la cité et qu'il se presse de manifester par écrit sa volonté. Mais, si au contraire étaient absents le gouverneur, l'évêque ou le défenseur de la cité, qu'il lui soit permis de l'exposer publiquement là où le possesseur a son domicile, ou bien avec la souscription des notaires, ou bien si la cité ne dispose pas de notaires, avec la souscription de trois témoins, et cela suffira pour toute interruption de délai, qu'elle soit de trois ans ou de longue durée, de trente ou quarante années. Tout ce qui a été établi au sujet de la prescription de longue durée, d'un cours de trente ou quarante ans, que ce soit par les anciens législateurs ou par notre majesté, demeurera dans sa force* ».

¹⁹⁴ Il s'agit là d'un extrait de la Nouvelle 100, intitulée « *Du délai pour la dot, du non versement d'argent* » : « *Mais il faut que cette doléance soit faite par écrit et, si quelqu'un la fait en justice, il faut absolument qu'elle soit connue de l'épouse et de celui qui a rédigé la dot* ».

qu'il s'agit du risque de la personne, extrait de la Nouvelle 117 placée sous CJ. 9, 9, 30¹⁹⁵, ou de la réception d'une tutelle, il faut l'établir par écrit, extrait de la Nouvelle 123 placée sous CJ. 1, 3, 52¹⁹⁶. Aussi cela doit-il se faire en présence du passager lui-même, ou bien il faudra recourir à celui qu'il a préposé à ses biens. Il s'ensuit maintenant qu'au sujet de la remise des clés faite par l'hôte au voyageur, nous différons un peu ce qu'il en est. La question est discutable pour les deux parties et semble pouvoir être soutenue avec vraisemblance. En effet, si nous n'avions pas établi que l'aubergiste serait devenu assuré avec cette remise, nous aurions considéré qu'elle offrirait une occasion non malaisée de vol à ceux qui sont reçus en gîte imprévu. En effet, ils réclameront peut-être de l'hôte les clés de la cassette et leurs biens qu'ils y ont eux-mêmes caché artificieusement, ils chercheront à les enlever par un vol. Mais, si cette remise des clés libère l'aubergiste, on peut de même craindre le risque et cette même occasion de voler. Qu'en est-il en effet, s'il utilise une clé en double ? Qu'en est-il, si le passager pense qu'il est bien protégé par la possession des clés, si l'aubergiste se fait voler contre la foi les marchandises ? (4) C'est pourquoi quant à moi, je suis Accurse en cette affaire, ici sur le mot « *il a annoncé* », et je pense que l'on doit tempérer cette distinction, de sorte que, les clés ayant été remises dès le départ et la protestation une fois faite, les aubergistes écartent d'eux le risque : il faudra dire qu'ils ne sont pas tenus. En revanche, s'ils n'ont pas protesté, c'est le contraire et ils peuvent l'imputer à ceux qui ont personnellement négligé le moyen de salut et le conseil. Et cela ne doit pas vous paraître nouveau. En effet, du fait qu'il est au pouvoir de l'hôte de remettre ou de ne pas remettre les clés et que cet acte est absolument dépendant de sa volonté, il ne peut pas ne pas y avoir une simple protestation, même quand l'adversaire n'y a pas consenti, voir Jason audit endroit.

MAIS SI LES MATELOTS [SE SONT CAUSÉS ENTRE EUX UN DOMMAGE]. (5) En effet, comme la raison de l'Édit, qui est restreinte à leur seule aversion pour empêcher le dérèglement d'un seul n'a pas lieu pour ceux-ci, ils ne sont pas considérés ressortir à l'Édit, on peut faire valoir beaucoup moins son droit en justice contre le propriétaire. En effet, l'Édit a été introduit en aversion de ces derniers, il ne doit pas être détourné vers une grâce, voir Sixte règle 61¹⁹⁷. Il s'ensuit que l'acte ne peut de même être la cause d'une récompense et d'une peine, CJ. 1, 5, 7¹⁹⁸, D. 3, 5, 21¹⁹⁹.

¹⁹⁵ Cette Nouvelle de Justinien est consacrée à ce qu'il « *soit permis à la mère, à l'aïeule et aux autres parents, après que la part légale a été laissée aux enfants, de disposer comme ils le voulaient de leur richesse résiduelle et nombreux autres articles* ». Le passage en question est repris du chapitre XV de cette Nouvelle, mais sous une forme réarrangée : « *Si quelqu'un a fait notification trois fois par écrit à celui qu'il a comme suspect au sujet de son épouse en présence de trois témoins dignes de foi et, après qu'il l'a trouvée qui rejoignait son épouse dans sa demeure, celle de l'épouse ou de l'adultère, dans des tavernes ou dans des demeures de banlieue, qu'il le tue sans risque. S'il le trouve ailleurs, qu'il le traîne avec trois témoins appelés devant le juge, qui aura licence de le châtier sans interroger d'autre raison. Si cependant on les trouve assemblés dans un saint oratoire, après trois notifications comme on l'a dit, il est permis au mari de traîner les deux personnes devant le défenseur de l'église, ou bien devant d'autres clercs, afin que ceux-ci soient conservés pour leur risque en partageant, jusqu'à ce que le juge qui en a connaissance l'envoie à l'évêque de la cité dans la mesure où ceux-ci lui sont envoyés, afin de devoir y subir une torture, de sorte qu'on le notifie par son intermédiaire au gouverneur de la province qui infligera la peine légale selon les lois* ».

¹⁹⁶ Cette autre Nouvelle, intitulée « *Des très saints évêques et aimables à Dieu, et des très révérends clercs et moines* ». Le passage, tel qu'il est cité là, est le suivant : « *Nous permettons que les prêtres, les diacres ou les sous-diacres, appelés par un droit de parenté à une tutelle ou à gérer les affaires d'autrui, les reçoivent, si cependant, dans les quatre mois à partir desquels ils ont été appelés, ils ont déclaré par écrit auprès du juge compétent qu'ils ont reçu de leur propre volonté une telle administration. Si quelqu'un a agi ainsi, il n'en souffrira nul préjudice pour la tutelle ou la gestion des affaires d'autrui. 1 - Mais nous ne permettons pas que les évêques ou les moines se chargent de la tutelle de quelque personne. [Ceci] au sujet des curiaux et des taxéotes. 1. Au sujet des clercs ou des moines qui ont quitté leur ordre et sont passés dans un service armé. 2. Au sujet de la substitution ou du fidéicommiss sous condition des enfants d'un disparu. 3. Au sujet de la dissolution d'un mariage, de la dot et de la donation pour cause de noces* ».

¹⁹⁷ « *Ce que l'on accorde à raison de la grâce de quelqu'un, ne doit pas être ramené en arrière à son dépens* ».

¹⁹⁸ Constitution de Théodose et Valentinien adressée au Préfet du prétoire Florentius et donnée en 439 : « *Nous avons pensé que les curiaux étaient attachés aux charges de toutes les cités, mieux obligés au service ou aux diverses fonctions des ressources et charges personnelles, chacun dans le rang auquel il appartiendra, afin que nous ne soyons pas considérés avoir fourni l'avantage d'une immunité à des hommes qu'il faut maudire pour la brigade injurieuse, dont nous voulons qu'ils soient condamnés par l'autorité de cette constitution* ».

¹⁹⁹ Extrait du livre III *Sur l'Édit provincial* de Gaius : « *Que quelqu'un qui administre les affaires successorales ou celle qui appartiennent à quelqu'un ait acheté un bien par nécessité, bien que ce dernier ait disparu, ce qu'il a dépensé, il pourra l'obtenir avec*

[D. 4, 9, 7 § 2 (fin) et § 3]

« Mais, si quelqu'un est [à la fois] matelot et marchand, [l'action en fonction des circonstances du fait au double] devra lui être accordée. Si quelqu'un, que l'on appelle communément un ναυτεπιβατας - i. e. un passager et un marin [à la fois] - [subit un dommage], envers lui, [l'armateur] sera tenu, mais il garantira aussi son fait, du fait qu'il est aussi un matelot. 3 - Si un esclave du marin a causé un dommage, bien que l'esclave ne soit pas matelot, il sera très juste, contre l'armateur, d'accorder une action utile ».

Le cas de cet article est très fréquent chez nos compatriotes. Le fait est que ceux qui désirent se rendre, avec l'intention de faire du commerce et donc seulement pour cela, en Espagne, en France, au Portugal ou dans les régions plus éloignées des Indes, pour ne pas s'alourdir absolument au titre d'un fret, au-delà de ce qui leur est nécessaire, se font ajouter à la liste des matelots, et le capitaine consentant à leurs services, les emploie pour une partie du fret. Donc, pour des hommes de ce type (s'ils ont reçu quelque dommage), il y a une action en fonction des circonstances du fait (*in factum*) contre l'opérateur maritime, que certains poursuivent (comme le dit à bon droit Accurse) non en tant que marins, mais en tant que marchands. C'est pourquoi dans les actions à distinguer, il faut avoir attention le plus possible à la qualité et non à celle qui porte préjudice, mais suivant laquelle l'action peut se trouver, voir ici Balde et Romanus, et dans D. 29, 5, 1 § 38²⁰⁰.

[D. 4, 9, 7 § 4]

« 4 - Mais, de cette action en son propre nom, l'armateur est tenu, à savoir pour la faute de celui qui a employé de telles personnes ; c'est pourquoi, s'ils sont morts, il ne sera pas déchargé. Mais, au titre de ses propres esclaves, d'une action noxale seulement, il est tenu ; car, quand il emploie ceux d'autrui, il faut qu'il examine de quelle loyauté [832] et de quelle innocence ils sont ; pour les siens, il est digne d'un pardon, s'il a employé n'importe lequel pour manœuvrer le navire ».

C'est à juste titre que le propriétaire peut être cité en justice à raison du délit des siens et que l'on doit imputer à celui qui a employé un grand nombre d'esclaves. En effet, il doit d'abord examiner de quelle innocence et de quelle loyauté ils seront. Alors qu'il ne l'a pas fait, ce qu'il a reçu doit lui être imputé, Sexte règle 86²⁰¹. Il sera tenu pour négligence du fait qu'il a pensé que le tort [était commis] par sa faute. On distingue cependant s'il a employé ceux d'autrui ou les siens : si [ce sont] ceux d'autrui, il ne sera pas libéré par leur mort. Si [ce sont] les siens, il méritera le pardon par un abandon en dédommagement. Car pour les siens, il est digne de pardon comme pour un mauvais domestique, mais pas pour ceux d'autrui, dont il est considéré avoir reçu l'acte contre lui, comme s'il était un garant qui s'est engagé en faveur du débiteur principal, voir ici Accurse.

[D. 4, 9, 7 §§ 5-6]

« 5 - Si plusieurs arment le navire, chacun, à la faveur de la part qu'il a dans le navire, est cité en justice. 6 - Bien que ces actions soient honoraires, cependant, elles sont perpétuelles²⁰² ; mais, contre

l'action relative à l'administration d'affaires, comme quand il a acheté du blé ou du vin pour la maisonnée et que celui-ci, avec un certain accident, a disparu, peut-être par un incendie ou par la ruine [d'un bâtiment]. Mais on peut évidemment le dire ainsi, si la ruine ou l'incendie lui-même, sans sa faute, est arrivé ; car, du fait qu'à raison de la ruine ou de l'incendie lui-même, il doit être condamné, il est absurde que celui-ci, au titre de ces biens qui ont été détruits, obtienne quelque chose ».

²⁰⁰ Extrait du livre L *Sur l'Édit du préteur d'Ulpien* : « 38 - Si le maître, blessé de façon mortelle, a survécu et que, de l'un de ses esclaves, il se soit plaint, même si, sous le même toit, ils se trouvaient cependant, il faudra les épargner ».

²⁰¹ « Le tort que quelqu'un a pensé [être] de sa faute doit lui être imputé, pas à d'autres ».

²⁰² Il y a là une particularité du droit romain ; en effet, les actions instituées par le préteur n'ont de valeur que durant le mandat d'un préteur, c'est-à-dire une année. Les actions prétoriennes se prescrivent donc de façon annuelle. Mais ici, le jurisconsulte précise que l'action est perpétuelle, donc qu'elle ne fait pas l'objet de cette prescription et qu'elle peut être exercée sans fixation d'un délai précis.

l'héritier, elles ne sont pas accordées. Par conséquent, si un esclave a armé un vaisseau et qu'il meurt, quant au pécule (de peculio), l'action n'est pas accordée contre le maître, ni dans le délai d'une année. Mais, [si], avec la volonté du père ou du maître, l'esclave ou le fils [de famille] arme un vaisseau, tient une auberge ou une écurie, je pense aussi que ceux-ci doivent souffrir cette action pour le tout, comme s'ils avaient reçu en totalité tout ce qui s'est ici produit ».

SOMMAIRE

1 - Conciliation de la réponse d'Ulpien

2 - Nulle contrariété dans les lois

(1) Ulpien semble ici se défier de lui-même, comme [il le fait] dans un autre endroit dans D. 14, 1, 1 § 25²⁰³. Il répond que l'on peut agir en justice contre n'importe lequel d'entre eux pour le tout, si plusieurs exploitent un vaisseau. (2) Mais il n'y a nulle contrariété entre ces lois, tout comme j'oserais dire qu'il n'y a pas une aussi grande contrariété dans toutes les lois des Pandectes²⁰⁴ que l'on ne peut concilier et apaiser. Mais l'application est parfois nécessaire pour que les choses enfouies soient tirées au jour, pour que les choses accumulées soient dégrossies, pour que les choses ambiguës soient résolues et que les choses obscures soient comme éclairées de lumière, D. 1, 3, 12²⁰⁵ et D. 1, 3, 26²⁰⁶. Donc, le fait qu'ici Ulpien affirme que chacun puisse être cité pour sa part n'est pas autrement vrai que s'ils sont cités en justice comme pour un délit ou pour une pratique que tous auraient exercé pour eux. En effet, les patrons le sont considérés réciproquement envers lui. Mais, si plusieurs arment, qu'ils ont fait patron l'un des leurs, ils pourront être cités en justice au nom de ce dernier pour le tout, de sorte que l'adversaire [qui engage l'action] contre plusieurs ne se partage pas, lui qui a contracté seulement avec l'un, ce que Gaius et Paul²⁰⁷ semblent avoir voulu, D. 4, 9, 3, D. 4, 9, 2 et D. 4, 9, 5²⁰⁸. En dernier lieu, nous mettrons en lumière ci-dessous ce que l'on peut ajouter pour la fin de cette loi dans un autre endroit, dans le titre qui porte sur l'action exercitoire.

*

[Deuxième partie]

Sur le titre 1 du livre 14 du Digeste : De l'action exercitoire

Alors que l'on refuse que l'on fasse en sorte que nous recourions au travail d'autrui dans certaines affaires, spécialement avec nos biens, nous ne pouvons nous-mêmes en rester là, D. 3, 3, 1 à la fin²⁰⁹. Cela appartient à l'ouvrage des prières assurément ; j'ai établi la manière des obligations, afin que l'on puisse savoir dans quelle mesure lui-même aurait concédé en droit d'être

²⁰³ Extrait du livre XXVIII *Sur l'Édit du préteur* d'Ulpien : « 25 - Si plusieurs arment le navire, contre n'importe lequel de ceux-ci, on peut agir en justice pour le tout ».

²⁰⁴ Rappelons que c'est là le nom grec qui désigne le recueil composé sur ordre de Justinien et qui rassemble les extraits des ouvrages composés par les juristes de l'époque classique et retenus par la commission de rédaction, extraits dont Peck fait ici le commentaire. Le terme grec latinisé *Pandectæ* signifie « [livres] qui contiennent tout », alors que le terme latin *Digesta* a pour signification « [fragments] mis en ordre ». Reste qu'il s'agit bien du même ouvrage.

²⁰⁵ Extrait du livre XV des *Digestes* de Julianus : « Tous les articles ne peuvent être un à un compris dans les lois ou les sénatus-consultes ; mais, quand leur décision est claire dans quelque cause, celui qui préside à la juridiction doit se diriger vers ce qui est semblable et prononcer ainsi le droit ».

²⁰⁶ Extrait du livre IV des *Questions* de Paul : « Il n'est pas nouveau que les lois antérieures soient prolongées vers les postérieures ».

²⁰⁷ Si l'on suit les extraits indiqués, il ne s'agit pas de Paul, mais d'Ulpien pour l'extrait 3.

²⁰⁸ Tous ces extraits ont été traduits dans le texte ; le lecteur s'y reportera donc.

²⁰⁹ Extrait du livre IX *Sur l'Édit du préteur* d'Ulpien : « 3 - Mais un procurateur, même en son absence, peut être donné ... » suivi d'un extrait du livre VIII *Sur l'Édit du préteur* de Paul : « ... pourvu que soit sûr celui qui est entendu comme donné et que celui-ci l'ait confirmé ».

cité par d'autres ou de citer les autres en justice à raison des contrats de ceux aux services desquels on recourt. En conséquence, le préteur Romain, qui tourne son esprit vers les opérateurs maritimes, c'est-à-dire ceux à qui parviennent tous les fruits et tous les revenus, du fait qu'ils ne veulent pas présider à leurs biens, placent des patrons sur le navire soit pour mettre en location le navire, soit pour prendre à bail des passagers, acheter ou vendre des marchandises, a introduit l'action exercitoire par laquelle l'opérateur maritime peut être cité en justice pour être condamné à donner et à payer tout ce qui est dû sur le fondement du contrat passé avec le patron du vaisseau selon le mode de la préposition, *Institutes* IV, vii, § 2²¹⁰. Aussi en cela ce titre diffère-t-il de celui que nous venons d'exposer auparavant, parce que l'opérateur maritime sera en ceci tenu sur le fondement du contrat du seul patron ; mais pour cela, il est obligé comme d'un délit de ceux qui se trouvent sur le navire. Car, celui qui prépose le patron autorise de contracter avec lui, voir *supra* D. 4, 9, 1. Et c'est pourquoi celui qui l'a préposé doit garantir tous les actes du patron ; autrement ceux qui ont contracté en seraient abusés, D. 14, 1, 1 § 1²¹¹. Aussi celui qui a des matelots [833] sur le navire ne permet-il pas que l'on contracte avec eux, mais il doit veiller à ce qu'ils se tiennent éloignés d'un dol ou d'une faute, D. 4, 9, 5 à la fin [§ 1]²¹². En outre, ce qui a été débattu ici par plusieurs qui ont suivi et porté leur attention sur le délire d'Accurse [pour savoir] si pour l'action, l'on devait parler plutôt de l'ajout « exercitoire » que de l'action, pour ces lois, nous en ferons l'examen plus bas, D. 14, 1, 4²¹³.

[D. 14, 1, 1 pr]

Loi 1 : Ulpien au livre XXVIII²¹⁴ *Sur l'Édit du préteur*

« Il n'est personne qui ignore l'utilité de cet Édit. Car, du fait que, parfois, ne sachant pas de quelle condition ou quels ils seront, avec des patrons, à raison de la nécessité de la navigation, nous contractons, il est juste que celui qui impose le patron du navire en soit tenu, comme est tenu celui qui a préposé un détaillant (institor) à une échoppe ou à un commerce, du fait que la nécessité de contracter avec le patron [d'un navire] est plus grande qu'avec le détaillant. Mieux, la chose souffre que, quant à la condition du détaillant, on l'examine et qu'ainsi, on contracte ; pour le patron d'un navire, il n'en est pas ainsi, car, parfois, le lieu et temps ne permettent pas d'en délibérer plus complètement ».

SOMMAIRE

²¹⁰ « 2 - Pour cette même raison, le préteur a offert deux autres actions pour le tout dont l'une s'appelle l'action exercitoire et l'autre, l'action institoire. L'action exercitoire a alors lieu, alors que quelqu'un a préposé son esclave comme patron sur un navire et que l'on a contracté quelque chose avec lui à raison de la chose à laquelle il a été préposé. Aussi est-ce pourquoi elle a été appelée exercitoire, parce que l'on appelle exercitor (i. e. « armateur », « opérateur maritime ») celui auquel revient le bénéfice journalier du navire. L'action institoire a alors lieu, quand quelqu'un a peut-être préposé un esclave à une taverne ou à quelque affaire et que l'on a contracté avec lui pour la chose à laquelle il a été préposé. Aussi est-ce pourquoi on l'appelle institoire, parce que ceux qui sont préposés aux affaires sont appelés institores (i. e. « préposés à un étal », « détaillants »). Le préteur donne cependant ces deux actions, quoique quelqu'un ait préposé au navire, à une taverne ou quelque autre affaire quelle qu'elle soit, un homme libre ou l'esclave d'autrui, à savoir parce qu'intervenait aussi dans ce cas une même raison d'équité ».

²¹¹ Extrait du livre XXVIII *Sur l'Édit du préteur* d'Ulpien : « 1 - Comme « patron du navire », nous devons entendre celui auquel le soin de tout le navire a été confié ».

²¹² Extrait du livre V *Sur l'Édit provincial* de Gaius : « 1 - Quoi que, quant au vol, nous ayons dit, la même chose, quant au dommage, doit être entendue. En effet, l'on ne doit pas douter que celui qui a reçu que cela serait sauf, non seulement à partir d'un vol, mais aussi à partir d'un dommage, est considéré le recevoir ».

²¹³ Extrait du livre XXVIII *Sur l'Édit du préteur* d'Ulpien : « Si, cependant, plusieurs, par eux-mêmes, arment le navire, à la faveur de leurs parts de l'armement, ils sont cités en justice ; en effet, réciproquement ils ne sont pas considérés comme étant leurs patrons. 1 - Mais, si plusieurs arment, mais qu'ils ont fait l'un de leur nombre patron, au nom de celui-ci, pour la totalité, ils pourront être cités en justice. 2 - Mais, si l'esclave de plusieurs arme le navire avec le consentement de ces derniers, de même, on l'a décidé que pour plusieurs armateurs. Clairement, avec le consentement d'un seul de tous, il a armé, pour le tout, celui sera tenu, et c'est pourquoi je pense que, dans le premier cas, pour le tout, tous sont tenus. 3 - Si est esclave celui qui arme le navire avec le consentement de son maître et qu'il a été vendu, celui qui l'a vendu n'en sera pas moins tenu ; car, aussi, le patron étant mort, il en sera tenu. 4 - Ces actions, de façon perpétuelle aux héritiers et contre les héritiers, seront accordées. Par conséquent, si l'esclave qui, avec la volonté de son maître, a armé est mort, aussi, après un an, sera accordée cette action, bien que, quant au pécule, au-delà d'un an, elle ne soit pas accordée ».

²¹⁴ Il faut ici corriger la faute de typographie qui inscrit « livre 92 » au lieu de « livre 28 ».

- 1 - *Équité de cet Édît*
- 2 - *L'argument par le moindre [est] valide en droit*
- 3 - *La science du raisonnement [est] utile pour le futur jurisconsulte*

Bien que, suivant la rigueur du droit civil, celui qui contracte avec un autre n'est pas ou bien ne doit pas être ignorant de la condition de ce dernier, D. 50, 17, 19²¹⁵, c'est pour cette raison que celui qui a fait un prêt à un fils de famille, ne peut en faire réclamation, le sénatus-consulte [Macédonien]²¹⁶ s'y opposant, D. 14, 6, 19²¹⁷, parce qu'il pouvait en premier lieu et avant toutes choses scruter sa condition. (1) Cependant le prêteur, en se fondant sur son équité, a jugé que ceux qui contractent avec le patron du navire doivent faire exception à la règle. Car (dit-il) parfois ni le lieu ni le moment ne souffrent que l'on en délibère plus entièrement, signifiant qu'il y a cette très grande différence par le biais de laquelle nous distinguons l'équité du droit le plus strict, parce que l'équité se tourne toujours sur les circonstances du fait et qu'il faut que le juge s'écarte très peu d'elle en jugeant, de sorte qu'on l'appelle parfois à bon droit bonne foi, justice naturelle, droit véritable, justice authentique, droiture des lois, balance égale, droit humain, bénignité, sagesse propre à gouverner, arbitrage d'un homme bon, attention scrupuleuse, remise d'un droit étroit. Aussi Claudius Saturninus²¹⁸ rapporte-t-il sept circonstances qui nuancent tout en droit, de

²¹⁵ Extrait du livre XXIV *Sur Sabinus* d'Ulpien : « Celui qui contracte avec autrui n'est pas ou ne doit pas être ignorant de la condition de ce dernier ; aussi ne peut-on l'imputer à l'héritier quand il ne contracte pas volontairement avec les légataires. 1 - L'exception de dol ne préjudicie pas à ceux auxquels la volonté du testateur s'oppose ».

²¹⁶ Ce sénatus-consulte, qui a été pris sous le règne de Vespasien (69-79), entendait décourager les créanciers de faire des prêts à un fils de famille en les privant de tout recours contre ce dernier, même quand il était devenu *sui juris*, c'est-à-dire quand il avait accédé à l'autonomie juridique. D'ordinaire, les sénatus-consultes portent les noms de ceux qui en sont les auteurs ; mais ici ce n'est pas le cas et on explique assez mal cette appellation de Macédonien.

²¹⁷ Extrait du livre VII *Repris des diverses leçons* de Pomponius : « Julianus écrit que l'exception du sénatus-consulte Macédonien ne s'oppose à personne, si ce n'est à celui qui sait ou aurait pu savoir que celui auquel il faisait un prêt était un fils de famille ».

²¹⁸ Claudius Saturninus fut ce jurisconsulte, qui aurait vécu sous le règne l'Antonin le Pieux, dont Ulpien rappelle qu'il avait exercé la préture et qui aurait également été gouverneur de Mésie. On lui doit un ouvrage sur les *Peines des civils*, dont la compilation du Digeste n'a repris qu'un seul extrait que l'on peut trouver en D. 48, 19, 16.

C'est ainsi à ce passage que fait ici allusion Peck, passage qui est le suivant : « Soit des actes sont punis, comme les vols et les meurtres, soit des dires, comme les invectives et les plaidoyers malhonnêtes, soit des écrits, comme les faux et les libelles diffamatoires, soit des conseils, comme les conjurations et la connaissance de brigands et est à l'instar d'un crime le fait que l'on a aidé d'autres pour les y inciter. 1 - Mais ces quatre espèces doivent être envisagées de sept façons, par la cause, la personne, le lieu, l'époque, la qualité, la quantité et le résultat. 2 - Par la cause, comme pour les coups de fouet qui sont impunis quand ils ont été portés par le maître ou par un parent, parce que, pour une correction, non pour [porter] une injure, ils sont considérés être employés ; ils sont punis quand quelqu'un, par colère, par un étranger, a été frappé. 3 - La personne, de deux façons, est envisagée, [la personne] de celui qui a commis et de celui qui l'a souffert ; en effet, autrement, sont punis à partir des mêmes crimes les esclaves que les personnes libres et celui qui a osé quelque chose contre son maître ou son parent, autrement que contre un étranger, contre un magistrat ou contre un particulier. De l'âge dans la considération de cette affaire, on tiendra aussi compte. 4 - Le lieu fait que, de même, il y a un vol ou un sacrilège et, de la peine capitale, il doit être puni, ou d'un supplice moindre. 5 - Le temps distingue le retardataire [qui a dépassé le temps de sa permission] du déserteur, le voleur avec effraction ou le voleur de jour du voleur de nuit. 6 - Par la qualité, quand l'acte est plus grave ou plus léger, comme ordinairement, les vols manifestes, des vols non manifestes, sont distingués, les rixes des brigandages, les pillages des vols, l'emportement de la violence. A cet égard, le plus grand orateur chez les Grecs, Démosthène, dit ainsi : "En effet, ce n'est pas le coup qui cause la colère, mais l'outrage ; et ce n'est pas tant le fait d'être fouetté qui est intolérable à des personnes libres, bien qu'il ne faille pas le tolérer, que d'être battu par une injure. En effet, Athéniens, celui qui donne le fouet peut faire beaucoup de choses, certaines dont celui qui les subit ne peut certes les montrer à un autre ; c'est par le geste, par le regard, par la voix qu'il commet les faits injurieux, animé par l'inimitié, quand il a frappé avec les poings, sur la bouche. Ils mettent en mouvement cela, ils commettent cela, pour que ceux qui sont maîtres d'eux ne soient pas plus largement des hommes non accoutumés aux outrages". 7 - La quantité distingue le voleur du voleur de bestiaux, car celui qui a volé un seul porc sera châtié comme voleur, celui qui vole un troupeau, comme voleur de bestiaux. 8 - Le résultat est envisagé, comme ce qui, par l'homme le plus paisible, a été fait ; quoique la loi ne punisse pas moins celui qui, avec une arme, se trouvait pour tuer un homme que celui qui l'a tué. Et c'est pourquoi, chez les Grecs, d'un exil volontaire, les cas fortuits étaient punis, comme cela a été écrit chez le premier des poètes (i. e. Homère, Iliade 23, 85-88) :

"Depuis que Ménéctios m'a conduit, jeune enfant, d'Oponte en ton pays. J'avais commis un homicide affreux, ayant assommé bêtement le fils d'Amphidamas, sans le vouloir, irrité, pour de simples osselets".

façon que l'on en rassemble l'équité, comme le sont la cause pour laquelle on a fait quelque chose, la personne - qui et avec qui elle a agi, l'endroit où cela a été fait, le temps dans lequel cela s'est fait, la quantité - est-ce grand ou petit, la qualité - comment cela a été fait, le résultat - si cela s'est fait par crainte, par erreur, par dol, par faute ou par un cas fortuit, voir Johann Oldendorp²¹⁹ dans son *Traité sur la justice et l'équité*. A cet endroit les jurisconsultes l'ont toujours pris en considération : de là, Paul, dans D. 3, 5, 14²²⁰ [à la fin], dit :

« L'action se forme et la condamnation est modérée à la faveur de la qualité des personnes [impliquées] ».

De là, Ulpien dit dans D. 5, 1, 72²²¹ [à la fin] :

« Mais il faut évaluer celui qui prononce le droit à la faveur de la condition de la cause, de la personne ou du moment et qu'ainsi, l'ordre ou le gain de temps des Edits soient modérés ».

Pour que ne soient pas abusés ceux qui contractent avec un patron, pour lesquels le temps n'est pas suffisant pour enquêter, il a fallu les exempter de la règle commune par tous les moyens, de façon à ne pas en recevoir très facilement un préjudice de façon innocente à partir d'une précipitation qui montre le chemin le plus aisé vers l'erreur. (2) Aussi Ulpien raisonne-t-il de cette manière à partir du moindre, cet argument est tout à fait valide dans notre droit. Si celui qui a préposé un détaillant (*institor*) à un commerce ou à une taverne s'oblige à partir d'un contrat de ce dernier, du fait que la chose souffre qu'il examine bien la condition de son détaillant, combien plus l'opérateur maritime y est-il obligé dans ce cas, du fait que la faculté d'examiner cela est ôtée à ceux qui contractent, souvent par le temps ou le lieu et que la nécessité en est plus grande pour celui qui contracte avec le patron qu'avec le détaillant. (3) C'est pourquoi vous verrez ici chez Ulpien quelle est la science du raisonnement, embrassez-la, jeunes gens, et éloignez-vous de façon combien plus grande des croyances de ceux qui ne recherchent chez les jurisconsultes nulle expérience du raisonnement. En effet, celui qui ne peut pas distinguer le vrai du faux, l'apparence de ce qui est réel, la lèpre de la lèpre (comme l'on dit communément), celui-là voué à nos lois, procède au sacrifice de l'huile [de sa lampe] et de son sommeil. En effet, du fait que ce l'on a exposé au jurisconsulte doit être confirmé par des preuves, celui-ci pourra les tenir comme preuves, s'il n'y pas d'endroits examinés de façon parfaite pour raisonner, dans lesquels les preuves ne sont pas autrement cachées, comme dans des huîtres perlières. C'est à partir de là que cela est, parce qu'un grand nombre d'interprètes du droit a apporté des gloses si embrouillées et si désordonnées sur les très beaux livres des Pandectes. Maintenant, j'omets ceux qui, se dénommant des logiciens, se tournent sur la seule comparaison des termes, mais je voudrais que vous vous prépariez à cette façon de raisonner que nous voyons observée indistinctement et partout, tant par Justinien lui-même que par nos plus anciens jurisconsultes.

[D. 14, 1, 1 §§ 1-3]

9 - Il arrive que ces mêmes crimes, dans certaines provinces, soient punis plus lourdement, comme en Afrique, ceux qui mettent le feu aux récoltes, en Mysie, aux vignes, et là où il y a des mines, les falsificateurs de monnaie. 10 - Parfois, il arrive que les supplices de certains méfaits soient aggravés, chaque fois que, pour le trop grand nombre des personnes qui commettent des brigandages, d'un exemple, il y a besoin ».

²¹⁹ Johann Oldendorp (vers 1480-1567) est juriste allemand à qui l'on doit notamment un ouvrage sur le droit militaire, *De jure militari*, un autre intitulé *Loci communes juris civilis* ou *Lieux communs du droit civil*, ainsi que l'ouvrage mentionné ici par Peck.

²²⁰ Extrait du livre IX *Sur l'Édit du préteur* de Paul : « Pomponius, dans son livre XXVI, dit que, pour l'administration d'affaires, au commencement, il faut regarder la condition de chaque moment. Qu'en est-il en effet, dit-il, si j'ai commencé à administrer les affaires d'un pupille et que, durant ces délais, il est devenu pubère ? Ou que des esclaves ou des fils de famille soient devenus entre-temps libres ou pères de famille ? Moi, j'ai appris qu'il est plus vrai que, si ce n'est si, dès le commencement, j'en viens à être comme si j'allais administrer l'affaire, qu'ensuite, avec une autre intention, à celle d'un autre, j'en vienne au moment où, déjà, il est devenu pubère, libre ou père de famille ; en effet, ici, comme si plusieurs affaires ont été administrées, à la faveur de la qualité des personnes, l'action se forme et la condamnation est modérée ».

²²¹ Extrait du livre VIII des *Discussions* d'Ulpien : « Mais, parfois, cet Edit, après un aussi grand nombre d'Edits qui ont précédé, est donné, tantôt après l'un ou l'autre, tantôt immédiatement, parce qu'il est appelé comme l'unique pour tous [les autres]. Mais il faut évaluer celui qui prononce le droit à la faveur de la condition de la cause, de la personne ou du moment et qu'ainsi, l'ordre ou le gain de temps des Edits soient modérés ».

« 1 - Comme “patron du navire”, nous devons entendre celui auquel le soin de tout le navire a été confié. 2 - Mais, si, avec n’importe lequel des matelots, le contrat a été fait, n’est pas accordée d’action contre l’armateur (exercitor), bien que, pour le délit de n’importe lequel de ceux qui, pour la navigation du navire, sur le navire, se trouveront, soit accordée une action contre l’armateur ; en effet, une chose est de passer contrat, une autre, de commettre des délits, si, certes, celui qui a préposé le patron a autorisé que l’on contracte avec lui, celui qui emploie les matelots [834] n’a pas autorisé que l’on passe contrat avec eux, mais, d’une faute et d’un dol, il doit veiller à ce que ceux-ci soient exempts. 3 - Mais les patrons sont placés pour mettre en location les navires, pour prendre à bail [pour transporter] des marchandises et des passagers, pour acheter des armements ; mais, même si, pour acheter et vendre des marchandises, il a été préposé, aussi, à ce titre, il oblige l’armateur ».

SOMMAIRE

- 1 - Ulprien recourt ici à une synecdoque, pourquoi ?
- 2 - Ce qu’est la sainte ancre
- 3 - Conciliation de la réponse d’Ulprien ici et dans D. 4, 9, 1 ci-dessus
- 4 - Quand réussit l’argument allant des contrats aux délits
- 5 - Ce que sont les armements

LE SOIN DE TOUT LE NAVIRE. D’autres lisent « celui auquel l’ancre de tout le navire a été confiée ». Haloander suit la première leçon et elle lui semble meilleure. En outre, si l’on veut retenir la seconde, il faudra dire qu’Ulprien a rapporté la définition du patron à travers une synecdoque²²², comme ce que l’on dit au sujet de l’ancre, qui s’entend au sujet de tout le navire. Aussi pensé-je que la raison de celui-ci est que, du fait que divers marins ont la charge de divers travaux sur le vaisseau et que d’autres s’acquittent d’autres offices, cependant le soin de jeter l’ancre est attribué au seul patron, quand une tempête est imminente, en tant qu’il est plus versé dans l’art maritime. En effet, le salut de tout le navire se tourne sur la barre et l’ancre et sans elles, il est à peine quelqu’un qui puisse échapper à un péril. (2) Et cela doit s’entendre par dessus tout au sujet de la sainte ancre. En effet les vaisseaux, comme beaucoup bien disposés, ont une double ancre, dont on appelle la plus grande et la plus robuste la sainte ancre et on l’envoie seulement quand on travaille dans une position critique extrême. De là [ce que dit] Lucien²²³ dans *Les esclaves fugitifs* :

« on a considéré donc d’envoyer la dernière ancre, que les marins appellent la sainte ancre, dans une occasion mûrement réfléchie »,

voyez Erasme²²⁴ dans ses *Adages* « détacher la sainte ancre ». Mais on utilise l’autre, même par un ciel serein et quand il faut faire repos à cause du reflux des eaux de la mer, une fois les voiles amenées.

²²² La synecdoque est, on le rappelle, « une figure de style par laquelle on prend le genre pour l’espèce, le tout pour la partie ou la partie pour le tout. Exemples : une vile pour un navire ; les flots pour la mer ; l’airain pour les canons ». Nous avons ici repris la définition donnée par le Littré.

²²³ Il s’agit de Lucien de Samosate, né vers 120 et qui vécut sous les Antonins. Après avoir été avocat, il se lança dans la profession de rhéteur et de sophiste, parcourant la Grèce, l’Asie mineure, la Gaule et l’Italie. Parvenu à l’âge mûr, il abandonna ces frivolités pour se consacrer à la philosophie, en suivant à Athènes les cours du philosophe Démonax (philosophe de l’école cynique, contemporain d’Hadrien et de Marc-Aurèle, qui mourut en se laissant mourir de faim à l’âge de 100 ans). Ses écrits combattent dès lors les vices et les préjugés de ses contemporains, avec beaucoup d’esprit. Vers 180, Marc-Aurèle lui confia l’administration d’une partie de l’Égypte, mais il dut lutter contre les attaques de ses administrés : l’*Apologie* qu’il composa pour sa défense nous est parvenue. Il mourut vers 200, donc à un âge très avancé. On possède de lui des *Dialogues des morts*, *Dialogues des dieux*, un *Songe ou le Coq*, *Timon*, *Les sectes à l’encan*, *l’Âne* et une *Manière d’écrire l’histoire*.

²²⁴ Faut-il présenter Didier Erasme (né à Rotterdam en 1467, mort à Bâle en 1536) ? Après avoir été précepteur de l’un des fils du roi d’Écosse Jacques IV, avec lequel il voyagea en Italie, il gagna une grande réputation à travers ses écrits. Léon X voulut le retenir à Rome, mais il se rendit en Angleterre où Henri VIII le reçut fort bien, se lia avec Thomas More, enseigna quelque temps le grec à Oxford et Cambridge, refusa les offres de François 1^{er} qui voulait le placer à la tête du Collège de France et reçut de Charles Quint, dont il était le sujet, le titre de conseiller pensionné. Partisan d’une prudente réforme religieuse, il entretenait un temps une correspondance avec Martin Luther, mais s’opposa à la rupture que ce dernier devait consacrer avec l’Église de Rome et le réfuta même dans son *Traité du libre*

AVEC N'IMPORTE LEQUEL DES MATELOTS. Celui qui a des matelots n'autorise pas que l'on contracte avec l'un quelconque [d'entre eux], mais il doit veiller à ce qu'ils soient exempts de faute et de dol, bien que, si lui-même a ordonné que [le navire] soit confié à l'un des matelots, il doive être obligé sans nul doute, voir D. 4, 9, 1 § 1 ci-dessus. (3) C'est pourquoi, il a été répondu par Ulpien dans un autre endroit, D. 4, 9, 1, § 8 ci-dessus, que l'opérateur maritime doit garantir le fait des matelots : cela ne revient pas à un autre, parce qu'il pourra être cité en justice comme d'un délit pour le dommage causé par ces derniers. Le fait est que (comme le dit Gaius dans D. 4, 7, 1²²⁵) on est accusé d'une faute jusqu'à un certain point, parce que l'on a recouru aux services de mauvaises gens.

EN EFFET, UNE CHOSE EST DE PASSER CONTRAT. Le fait que la cause d'un délit et d'un contrat soit la même semble pouvoir être montré par de nombreux arguments. En effet, de même qu'une cité s'oblige sur le fondement d'un prêt, D. 12, 1, 27²²⁶, de même [elle s'oblige] sur le fondement d'un délit, D. 4, 2, 9 § 1²²⁷. De même que dans le lieu où l'on a contracté, [l'on est tenu] à raison du contrat, D. 5, 1, 19²²⁸, de même à l'endroit où le crime a été commis à raison d'un délit, Nouvelle 69 sous CJ. 3, 15, 2²²⁹, l'on choisira au sort le tribunal. De même que pour décider des

arbitre, en réponse au *Traité du serf arbitre* du premier. L'ensemble de ses œuvres fut publié à Bâle en huit volumes in-folio, en 1540, et réédité à Leyde en dix volumes in-folio entre 1703 et 1706.

²²⁵ Extrait du livre IV *Sur l'Édit provincial* de Gaius : « Par tous les moyens, le proconsul fait en sorte que la cause de personne ne devienne plus mauvaise à partir de l'acte d'un autre ; et, du fait qu'il a entendu que l'issue des jugements, parfois, soit, comme plus dure, pour nous établie, s'opposant à nous un autre adversaire, sur cette chose aussi, il a prévu que, si quelqu'un, en aliénant un bien, envers nous, a substitué un autre adversaire à sa place et qu'en y accordant son soin, en fraude de nous, a fait cela, en vers nous, d'une action en fonction des circonstances du fait (in factum), il sera tenu pour autant qu'il sera de notre intérêt que nous n'ayons pas eu un autre adversaire. 1 - C'est pourquoi si, à nous, il a opposé un homme d'une autre province ou un adversaire plus puissant, il en sera tenu ».

²²⁶ Extrait du livre X *Sur l'Édit du prêteur d'Ulpien* : « Une cité peut, avec la remise d'un prêt de consommation, être obligée, si, pour son utilité, l'argent a été versé ; sans quoi, ceux-là mêmes, seuls, qui ont contracté, et non la cité, en seront tenus ».

²²⁷ Extrait du livre XI *sur l'Édit du prêteur d'Ulpien* : « 1 - Mais doit être rappelé le fait que le prêteur, dans cet Edit, de façon générale, sur la chose, parle et qu'il n'ajoute pas par qui cela a été fait ; et c'est pourquoi, que soit seule la personne qui a causé la crainte, [qu'il s'agisse] d'un peuple, d'une curie, d'un collège ou d'un corps, à cet Edit, il y aura lieu. Mais, bien que le prêteur embrasse la violence faite par n'importe qui, finement, cependant, Pomponius dit que, si, ce avec quoi, plus de la violence des ennemis, de brigands ou d'un peuple, tu te protégeras ou te libèreras, de toi, je l'ai reçu ou que je t'ai obligé, je ne dois pas être tenu de cet Edit, à moins que moi-même, je n'ai porté à son apogée cette violence envers toi ; du reste, si je suis étranger à une violence, je ne dois pas en être tenu, moi, en effet, je suis considéré avoir reçu plutôt le prix de mon travail ».

²²⁸ Extrait du livre LXX *Sur l'Édit du prêteur d'Ulpien* : « L'héritier absent doit être défendu là où le défunt devait [l'être] et il doit être cité en justice là où on le trouvera et il ne sera excusé par aucun privilège propre. 1 - Si quelqu'un a administré une tutelle, un soin, des commerces, un négoce d'argent ou quelque chose d'autre dans un certain endroit, quoiqu'il n'y ait pas son domicile, il devra se défendre là et, s'il ne se défend pas là et n'y a pas son domicile, il souffrira la confiscation de ses biens. 2 - En outre, s'il a vendu, disposé ou acheté des marchandises dans un certain endroit, il est considéré se défendre ici même, à moins qu'il ne soit cité en une autre place pour se défendre. Disons-nous que de lui qui a acheté quelque chose à un marchand étranger, ou bien a vendu [quelque chose] à celui dont il sait qu'il partira immédiatement de là, ne doit pas se voir confisquer ses biens ici, mais doit suivre le domicile de ce dernier ? C'est le contraire, quand quelqu'un [a acheté] à celui qui possédait une échoppe ou un atelier en prise à bail dans une certaine place, il se trouve dans cette situation d'être cité en justice ici même ; ce qui est plus raisonnable. Car, quand il arrive ainsi pour partir immédiatement, il est comme [quelqu'un qui] achète d'un voyageur, de celui qui était de passage ou de celui est de passage en naviguant. Il est très dur de se défendre dans toutes les places à travers lesquelles celui qui navigue ou qui fait route est passé. En revanche, s'il s'y établit, je ne dis pas par le droit de son domicile, mais qu'il a pris à bail une échoppe, une boutique, un bangar, un coffre, un atelier et y a vendu et exercé [ses activités], il devra se défendre à cet endroit. 3 - Chez Labéon, il est demandé [ce qu'il en est] si un habitant de province possède à Rome un esclave comme détaillant pour vendre des marchandises : il faudra tenir ce qui a été contracté avec cet esclave de même que si l'on avait contracté avec son maître ; c'est pourquoi il devra se défendre ici. 4 - Il faut savoir que celui qui a été obligé d'une façon telle qu'il paie en Italie, s'il a son domicile en province, peut être cité en justice dans les deux endroits, ici et là-bas ; c'est ainsi que l'ont considéré Julianus et de nombreux autres ».

²²⁹ Le texte donné sous cette référence est assez différent dans sa forme du texte que l'on trouve dans la collection des Nouvelles. Cette Nouvelle 69 est intitulée « Pour que tous soient soumis aux juges des provinces pour les crimes et les causes d'argent et que soient examinées là les affaires, nul n'étant excepté par le biais d'un privilège, et que ne soient pas amenés ici ceux qui ont été cités en justice, à moins que cette sainte constitution n'ait commandé que quelqu'un soit présenté ». Le passage que nous trouvons est rapporté sous la forme suivante : « Celui qui a commis une infraction dans cette province, ou y est accusé de causes d'argent ou de crimes, que ce soit sur une terre, sur des bornes, sur une possession, une propriété, une hypothèque ou quelque autre raison que ce soit, ou qu'il ait été accusé dans quelque affaire que ce soit, il sera soumis à la loi ici même, cette loi est perpétuelle. Si donc les deux, le demandeur et le défendeur, se trouvent dans la province, l'affaire sera traitée ici, tout privilège cessant. Aussi, pour celui qui est absent, à partir de la demeure duquel quelque chose d'injuste est souffert, je citerai en justice celui-là même qui l'a fait ou son curateur, auquel il est

controverses des parties au litige, celui qui préside à la juridiction doit observer les coutumes du lieu dans lequel on a contracté, D. 21, 2, 6²³⁰, de même pour le châtement des délits, il sera tenu de suivre la coutume du lieu dans lequel on a fauté, voir les docteurs sur CJ. 1, 1, 1²³¹. (4) Cependant, quoique tout cela soit vrai, cela ne peut toutefois détruire cette présente réponse d'Ulpien. Le fait est que, de même que nous mesurons le droit à partir de l'identité de la raison, D. 35, 2, 76²³², D. 45, 1, 108²³³, de même inversement, une fois donnée la raison de la disparité, il est nécessaire que nous établissions un droit différent. Donc, là où il n'y a pas une même raison entre les contrats et les délits, il ne peut y avoir là lieu à l'argument qui va des contrats aux délits et inversement, voir Saliceto²³⁴ sur CJ. 3, 16, 1²³⁵. Ulpien met très bien en lumière à cet endroit ce qu'est la raison de la différence entre les deux choses et elle a été rapportée par nous plus haut.

OU POUR METTRE EN LOCATION DES NAVIRES. Les goûts des divers hommes sont différents. L'un a l'intention de seulement prendre à bail des passagers, un autre de transporter les marchandises des navires, un autre de ramener des aromates des régions lointaines. Cependant,

permis, un délai ayant été accordé, de le notifier au propriétaire de la cause, lequel, s'il ne vient pas par lui-même ou que celui qui a été cité en premier n'envoie pas [quelqu'un], c'est celui qui est présent qui sera condamné à ce dont il est redevable ; car il fera satisfaction, si celui qui est présent n'est pas solvable. Mais, si celui qui devait représenter le propriétaire n'a pas lui-même comparu, appelé par la voix d'un crieur [public], il sera condamné, parce qu'il y a contumace à la faveur de sa présence. Si le demandeur est absent alors que le défendeur est venu, ou s'il a eu pitié, il doit être acquitté, mais de façon à ce que les dommages soient réparés. Celui-ci sera excepté, si la constitution, qui joue à l'occasion de la cause publique, l'a commandé. Jouera ce qui existe au sujet des appellations ou à partir de cette loi, [à savoir] que l'on produira quelqu'un au comté principal. Mais le temps du délai a été fixé comme variable par la nouvelle constitution en fonction de la diversité des lieux, à savoir quatre mois si la province dans laquelle on agit en justice est voisine, un ou deux mois pour le milieu des provinces ; mais, si le délai est plus important, six mois. Si c'est à partir de la Palestine, de l'Égypte, ou de peuples éloignés, huit mois suffiront ; si c'est à partir des peuples des régions occidentales ou du Nord, ou de la Lybie, un délai de neuf mois a été considéré comme suffisant ».

²³⁰ Extrait du livre X *Sur l'Édit provincial* de Gaius : « Si un bien-fonds est vendu, à partir de la coutume de la région dans laquelle l'affaire a été faite, en faveur de l'éviction, il faut donner une garantie ».

²³¹ Constitution de Gratien, Valentinien et Théodose adressée au peuple de la ville de Constantinople et donnée en 380 : « Nous voulons que tout le peuple, que régit le commandement de notre clémence, soit tourné vers la religion que le divin apôtre Pierre a transmis aux Romains, religion qu'il déclare être jusqu'à maintenant reçue par lui, et qu'il est clair que la suit le pontife Damase et l'évêque Pierre d'Alexandrie, homme de sainteté ecclésiastique : c'est-à-dire que nous croyons, selon la discipline apostolique et la doctrine évangélique en un seul Dieu saint, le Père, le Fils et l'Esprit, en égale majesté et en sainte Trinité. 1 - Suivant cette loi, nous ordonnons qu'ils chérissent le nom de Chrétiens catholiques, mais que, jugeant que les autres sont des déments et des extravagants, ils soutiennent l'indignité du dogme hérétique ; ils seront d'abord punis de la vengeance divine, puis ensuite par celle du mouvement de notre âme, que nous avons pris du jugement céleste ».

²³² Le renvoi fait par Peck à un extrait tiré de ce titre qui porte sur la *Lex Falcidia* (loi qui remonte à 40 av. J.-C. et qui assure un quart de la succession aux héritiers testamentaires, introduisant ainsi l'idée d'une forme de réserve héréditaire, appelée « quarte falcidie ») est incertain, car il n'existe aucun passage qui commence par le mot qu'il donne *illud*. Par contre un seul commence par le synonyme *id*, qui est celui que nous avons indiqué dans le texte Peut-être est-ce là notre extrait ? Si tel est le cas, il s'agit d'un extrait du livre III *Des legs sur l'Édit du préteur* de Gaius : « Mais ce qui, pour remplir une condition, par un cohéritier, un légataire ou par un esclave sur le point d'être affranchi, est donné, dans la Loi Falcidia, n'est pas imputé, parce qu'à cause de mort, cela est pris. Assurément, si, de l'esclave sur le point d'être affranchi, [l'héritier] reçoit des espèces du pécule, à la faveur de sa part, au quart, il doit les imputer, parce qu'à la faveur de cette part, non à cause de mort, il n'est pas entendu les prendre, mais, selon le droit successoral, les avoir. 1 - Avec cette raison, on a décidé que les legs que les légataires ne prennent pas, alors que, chez les héritiers, ils séjournent, selon le droit successoral, sont entendus rester chez eux et c'est pourquoi, au quart, ils doivent être imputés et il n'importe en rien [de savoir] si, immédiatement, dès le commencement, le legs n'a pas été fait ou si ce qui a été légué restera ».

²³³ Extrait du livre X des *Lettres* de Javolenus : « J'ai stipulé ainsi de Titius : "promets-tu de donner dix au titre de sa dot, si je me suis marié à celle-ci ?" On a demandé si une telle stipulation existait. [Javolenus] répondit : si la dot m'a été promise à moi qui stipule ainsi : "n'importe quelle épouse que j'épouserai, promets-tu de donner dix au titre de sa dot ?", rien n'est en cause et c'est pourquoi cet argent n'est pas dû une fois la condition remplie ; car, du fait que la condition peut aussi se manifester à partir du fait d'une personne incertaine, comme "si quelqu'un monte sur le Capitole, promets-tu de donner dix", "si quelqu'un m'a réclamé dix, promets-tu de donner autant ?", on ne peut rendre compte de ce pourquoi l'on ne répond pas de même pour la dot promise. 1 - Il ne peut y avoir une promesse qui prend son statut de la volonté du promettant ».

²³⁴ Bartolomeo Saliceto (mort en 1412), juriste italien qui composa des commentaires sur les *Novelles* de Justinien et sur le *Codex*.

²³⁵ Constitution de Valentinien et Valens adressée à Festus, proconsul d'Afrique, et donnée en 366 : « Là où une violence est réputée avoir été commise, ou bien où il faut réclamer une possession momentanée, il convient que le juge du lieu juge à l'encontre de celui qui a troublé la possession ».

tous ne pourront pas eux-mêmes suffire à leurs affaires, ils préposent au navire un patron. C'est ce que n'a pas caché le grand Ulpien, le sommet des lois, il a énuméré pour ôter le doute différentes formules pour le préposer.

[POUR ACHETER] DES ARMEMENTS. Les armements d'un vaisseau sont dits pour les instruments des navires, comme les cordages, les voiles, les perches pour ramer, les rames, le mât et tout ce qui regarde la réparation et l'équipement du navire, voir Columelle²³⁶, liv. 4.

[D. 14, 1, 1 § 4]

« 4 - Mais [savoir] de quelle condition est ce patron n'importe pas, s'il est libre ou esclave, si, à l'armateur ou à un autre, il appartient ; mais [savoir] de quel âge il est n'importera pas, allant être imputé à celui qui l'a préposé ».

En effet, comme il s'agit seulement du dommage de l'opérateur maritime, pas de ceux qui contractent avec le patron, il n'est pas étonnant qu'il importe peu [de savoir] si c'est une personne libre ou esclave, si elle lui appartient ou est à autrui, si elle est pupille ou majeure, qui sont préposées. Car tous ceux qui l'ont préposée s'obligent par l'action exercitoire, parce qu'elle peut être imputée à celui qui recourt à ses services, D. 14, 3, 7 § 1²³⁷. Ainsi, si un mineur a été pris à titre de procurateur, cela doit être imputé au maître qui a confié ses affaires à une telle personne, D. 4, 4, 23²³⁸. [835] Le fait est que, quoi que gèrent des personnes de ce type, elles sont entendues le gérer avec la volonté du principal, D. 4, 4, 4²³⁹ et Paul [le dit] ainsi dans son livre XVIII sur l'Édit du préteur, D. 12, 2, 26 pr²⁴⁰ :

« « [Quant à] celui qui est réputé avoir juré, il n'importe en rien [de savoir] de quel sexe ou de quel âge il est ; en effet, de toute façon, doit être gardé son serment à l'encontre de celui qui s'en est contenté, lorsqu'il le déferait » signifiant que chacun pourra faire admettre que le préjudice est pour lui difficile. Cela est donc d'un homme prudent au témoignage de Cicéron dans *Des devoirs*, liv. I, 2. Il lui sera très expédient pour chaque affaire de la considérer et c'est à ceux-là, certes, dont le jugement n'est pas encore infirme, que nous devons confier nos affaires, bien qu'il ait été écrit dans le livre de Tobit qu'alors qu'il était le plus jeune de tous dans la tribu de Nephtali, il ne faisait rien de puéril dans son comportement, Tob. 1, 4. Cependant, de façon commune, les enfants font des choses puériles, de sorte que c'est à juste titre qu'il a été répondu par Justinien que cela ne s'accordait pas avec sa nature, afin que celui qui ne peut dominer ses propres affaires se joint aux affaires d'autrui. D'où,

²³⁶ Lucius Junius Moderatus Columella fut un savant agronome latin, né à Gadès durant le premier siècle de notre ère. Fixé à Rome à partir du début des années 40, il consacra un gros ouvrage en douze livres à l'art de la campagne, *De re rustica*, ainsi qu'un autre sur les arbres, *De arboribus*. Ces deux ouvrages, remarquables par la pureté de leur style, le sont également pour la somme des observations qu'ils contiennent et qui renseignent sur la campagne romaine et ses pratiques durant ce premier siècle de notre ère.

²³⁷ Extrait du livre XXVIII *Sur l'Édit du préteur d'Ulpien* : « 1 - Mais il importe peu [de savoir] qui est l'institor, s'il est un homme ou une femme, libre ou esclave, s'il appartient [au commettant] ou à un autre. De même, quel que ce soit celui qui a préposé ; car, si une femme a préposé, il revient une action institoire à l'exemple de l'action exercitoire et, si une femme a été préposée, elle sera elle-même tenue. Mais, si ce sont une fille de famille ou une servante qui ont été préposées, il revient une action institoire ».

²³⁸ Extrait du livre XI *Sur l'Édit du préteur de Paul* : « Lorsqu'avec le mandat de son père, un fils de famille a administré des biens, il n'a pas le bénéfice de la remise en son état initial ; car, si un autre lui en avait donné mandat, il ne serait pas secouru, du fait que, de cette façon, à un majeur, on en aurait plutôt avisé, au préjudice duquel la chose aurait cessé [d'exister]. Mais, si, en résultat, le mineur va en souffrir un dommage, parce que, ce qu'il a payé, à celui dont il a administré les affaires il ne peut le conserver, parce que celui-ci ne sera pas solvable, sans nul doute, le préteur interviendra. Mais, si le principal est lui-même mineur, mais son procurateur, d'un âge plus élevé, ne peut aisément être entendu le principal, à moins qu'avec son mandat, cela n'ait été administré et que, par l'intermédiaire du procurateur, la chose ne puisse être conservée. En conséquence, si, au titre de procurateur, un mineur a été circonvenu, cela doit être imputé au principal qui, à une telle personne, a confié ses affaires. C'est ce qu'a décidé Marcellus ».

²³⁹ Extrait du livre VII des *Questions d'Africanus* : « Le fait est que, quoi que l'esclave administre ainsi, avec la volonté du maître, il doit être entendu l'administrer. Et cela apparaîtra plus si, avec une action institoire, l'on porte plainte ou si l'on expose qu'un majeur de vingt-cinq ans a donné mandat d'administrer quelque affaire à un mineur et que ce dernier, sur cette affaire, a été trompé ».

²⁴⁰ Extrait du livre XVIII *Sur l'Édit du préteur de Paul* : « [Quant à] celui qui est réputé avoir juré, il n'importe en rien [de savoir] de quel sexe ou de quel âge il est ; en effet, de toute façon, doit être gardé son serment à l'encontre de celui qui s'en est contenté, lorsqu'il le déferait, bien qu'un pupille ne soit pas considéré se parjurer, parce que, le sachant, il ne sera pas considéré se tromper ».

chez Platon dans *Théétète*, Socrate ajoutait que l'on pouvait encore très aisément prendre un âge imbécile avec les croyances des hommes rusés.

[D. 14, 1, 1 §§ 5-6]

« 5 - Mais, comme patron, nous entendons non seulement celui que l'armateur a préposé, mais aussi celui que le patron [a préposé] ; Julianus, cela, ayant été consulté, pour l'armateur qui na pas connu [cette seconde préposition], l'a répondu ; du reste, s'il le sait et a souffert que celui-ci, sur le navire, de la direction, s'acquitte, lui-même est considéré l'avoir imposé. Cette opinion me paraît louable : en effet, je dois garantir tous les actes du patron qu'il a préposé, autrement, ceux qui ont passé contrat seront abusés ; et, plus facilement, cela, pour le patron que pour le détaillant, doit être reçu à raison de l'utilité. Qu'en est-il, cependant, s'il a préposé un patron, de sorte qu'à celui-ci, il ne soit pas permis de préposer une autre personne ? Il faut voir si, encore, nous recevons encore maintenant cette opinion de Julianus ; imagine, en effet, que, nommément, celui-ci ait interdit que, du patron Titius, il fasse usage. Cependant, il devra être dire qu'en cela, [prévaudra] l'intérêt de ceux qui naviguent. 6 - Nous devons entendre par "navire" ce qui navigue sur mer, sur une rivière ou sur toute nappe d'eau, ou bien un radeau ».

SOMMAIRE

- 1 - Si un procureur peut substituer
- 2 - Si l'on tient celui qui se tait pour avoir consenti
- 3 - Comment se prouve la préposition
- 4 - Si le maître est tenu du délit de sa domesticité
- 5 - Nul ne peut s'obliger contre son gré
- 6 - Si le patron peut substituer quelqu'un
- 7 - Les navires prennent leur appellation de l'usage
- 8 - Le radeau, quel navire il est

CELUI QUE LE PATRON [A PRÉPOSÉ]. Il est assurément étonnant ici [de voir] que celui que le patron prépose obligera l'opérateur maritime. En effet, (comme le dit Balde), on le considère comme le choix de l'activité d'une personne, auquel cas, on peut considérer qu'il importe beaucoup à l'opérateur maritime [de savoir] qui sera préposé. En effet, il y a une grande différence d'intelligence, de nature et d'activité entre ceux qui exercent un métier, D. 46, 3, 31²⁴¹. Qu'en est-il donc, si celui que le patron a préposé n'est pas approprié de façon équivalente pour faire les affaires. Assurément, on ne peut nier que c'est l'activité de la personne qui semble avoir été choisie. C'est pour cela que, quant à moi, je n'entends pas la réponse d'Ulpien autrement que si le patron a préposé un homme d'une activité égale ou plus habile, ce qu'a pensé Balde. Du reste, il pourrait sembler plus étonnant que l'on n'ait pas fait beaucoup attention à la connaissance de l'opérateur maritime et à son consentement dans ce cas ; mais c'est pourquoi cela a été reçu, afin de ne pas abuser ceux qui contractent. (1) Donc celui qui a été utilement donné comme procureur pour des affaires est considéré avoir reçu aussi le pouvoir de substituer, avec ce tempérament cependant, de sorte qu'il substitue quelqu'un d'une expérience égale, D. 17, 1, 8 pr²⁴².

²⁴¹ Extrait du livre VII des *Discussions* d'Ulpien : « Parmi les artisans, il existe une grande différence d'intelligence, de nature, d'éducation et d'expérience. C'est pourquoi, si quelqu'un a promis qu'un navire, par lui, devait être fabriqué, qu'un immeuble de rapport devait être construit ou qu'une excavation devait être faite et qu'il a été spécialement fait en sorte qu'avec ses propres travaux, il réaliserait cela, le garant qui lui-même bâtit ou creuse l'excavation, le stipulant n'y consentant pas, ne libérera pas le débiteur. C'est pourquoi aussi, si, à ces stipulations, le garant s'est ajouté : "[promets-tu] que par toi, il ne soit pas fait en sorte d'empêcher qu'à moi, il soit permis de passer et de conduire [du bétail] ?", le garant qui interdit le passage ne rend pas la stipulation exécutoire et, s'il montre de la patience, il ne fera pas en sorte d'empêcher que la stipulation soit exécutoire ».

²⁴² Extrait du livre XXXI *Sur l'Édit du préteur* d'Ulpien : « Si j'ai donné un procureur et qu'il ne me rend pas les instruments de la cause, par quelle action sera-t-il tenu envers moi ? Labéon pense qu'il est tenu [par l'action] du mandat et que l'opinion de ceux qui pensent qu'il peut agir par une action de dépôt sur le fondement de cette cause est probable : il faut, en effet, examiner le début et la raison de chaque contrat ».

S'IL LE SAIT ET A SOUFFERT. Celui qui se tait alors qu'il peut contredire est considéré consentir à son propre préjudice. (2) Ainsi, si un bailleur souffre qu'une fois le temps de la prise à bail échu, que le colon reste sur la [terre] prise à bail, il ne peut chasser le colon dans l'année durant laquelle il tenait, sans que la cause ait été incluse dans les lois, CJ. 4, 65, 3²⁴³. C'est ainsi que le dit Ulpien dans son livre XXXII²⁴⁴ sur l'Édit du préteur, D. 19, 2, 13 § 11²⁴⁵. Il en est ainsi, si, la partie le sachant, un fils s'est ajouté pour un décurion, le père sera censé consentir à son propre préjudice, D. 50, 2, 7 § 3²⁴⁶. En outre, quoi que le fils ait fait dans la République, le père le garantira en tant que fidéjusseur²⁴⁷, D. 50, 4, 2²⁴⁸. Enfin, une fille qui est présente et qui se tait, qui souffre que son père fasse valoir son droit au sujet de la dot, est considérée consentir et ne peut par la suite contredire, D. 24, 3, 2 § 2²⁴⁹. L'on dira que, du fait que l'interdiction de l'opérateur maritime ne fait pas obstacle à la préposition du patron, comme le dit Ulpien, celui qui l'ignore sera obligé ; quel besoin y a-t-il, je vous prie, d'imaginer au sujet de sa tolérance et de sa connaissance, quelque chose d'inutile ? De sorte que, par exemple, alors qu'il est considéré l'avoir placé lui-même, les actions soient réglées contre l'opérateur maritime sur le fondement de l'acte du préposé. Mais, le fait qu'il ne puisse empêcher la préposition par une contradiction n'est pas vrai de façon indistincte, mais seulement alors qu'il a souffert que le patron lui-même demeure encore dans son office. Donc, si l'opérateur maritime avait révoqué le mandat, la préposition faite par le patron doit s'écrouler. (3) Il est donc ici clair que la préposition de quelque patron, ou d'un marchand détaillant [préposé à un étal], faite non seulement par la voix expresse du principal, mais aussi à partir de la connaissance et de la tolérance de ce dernier, doit être redoutée. (4) D'où, pour ce que l'on dit [à savoir] que le maître n'est jamais inculpé et tenu à l'égard d'un acte de sa domesticité, à moins que la domesticité n'ait commis une infraction sur cette affaire à laquelle lui-même a été préposé, la préposition sera suffisamment accomplie si l'on prouve, non certes qu'il a été préposé

²⁴³ Il faut certainement corriger la citation *ead. en ade*, car aucun autre texte de ce titre ne commence par *ead.*, auquel cas nous avons affaire à une constitution d'Antonin adressée à Flavius Callimorphus et donnée en 214 : « Pour le bâtiment que tu dis avoir pris à bail, si tu as payé en totalité le loyer au propriétaire, il ne faut pas que tu en sois chassée contre ton gré, à moins que le propriétaire n'ait montré qu'il [lui] était nécessaire pour des usages propres, qu'il a préféré améliorer la demeure ou que tu t'es mal comportée dans la chose louée ».

²⁴⁴ Il faut corriger ici Peck ou l'imprimeur, car l'extrait présenté dans la note suivante est tiré non du livre XXXIII, mais du livre XXXII. Cf. *infra*.

²⁴⁵ Extrait du livre XXXII *Sur l'Édit du préteur* d'Ulpien : « 11 - Celui qui, une fois le temps de la prise à bail écoulé, demeure dans la prise de bail sera considéré non seulement avoir repris à bail, mais aussi les gages engagés seront considérés durer. Mais cela est vrai dans ces conditions, si un autre, en sa faveur, n'a pas obligé les biens lors de la première prise à bail ; en effet, de ce dernier, un nouveau consentement sera nécessaire. La cause sera la même, si des bien-fonds du domaine public ont été loués. Aussi ce que nous avons dit, [à savoir] que, dans le silence des deux parties, le colon était considéré avoir de nouveau pris à bail, doit être reçu d'une façon telle que, dans la même année où ils se sont tus, ils soient considérés avoir renouvelé ce même louage, non aussi pour les années suivantes, quoiqu'un lustre eût été peut-être garanti au départ pour la prise de bail. Mais, si, la seconde année après que le lustre a été terminé, rien n'a été fait en sens contraire, ce même louage est considéré avoir demeuré pendant cette même année : en effet, durant ce même temps où ils se sont tus, ils sont considérés avoir consenti. Et cela, pour chaque année qui suit, doit être observé. Mais, pour les biens-fonds urbains, nous usons d'une autre règle, de sorte que, selon que chacun a habité, il sera ainsi obligé, à moins que, dans l'écrit, une durée certaine n'ait été, pour la prise de bail, incluse ».

²⁴⁶ Extrait du livre 1^{er} des *Sentences* de Paul : « 3 - Au décurionat de son fils, un père ne consent ainsi pas seulement s'il a attesté de sa volonté contraire auprès de la cour du gouverneur, auprès de l'ordre lui-même ou de quelque autre façon ».

²⁴⁷ Le mot « fidéjusseur » signifie exactement la même chose que « garant ». Nous l'avons employé ici pour éviter la répétition.

²⁴⁸ Extrait du livre XXI *Sur Sabinus* d'Ulpien : « Pour ce qui regarde les honneurs, celui qui est sous la puissance de son père est considéré aussi avoir son fils sous sa puissance ».

²⁴⁹ Extrait du livre XXXV *Sur Sabinus* d'Ulpien : « 2 - Alors que son père agit en justice quant à la dot, recevons-nous comme volonté de la fille le fait qu'elle y consente ou bien que la fille ne la contredise pas ? Il a été dit dans un rescrit par l'Empereur Antonin que la fille, à moins qu'elle ne l'ait clairement contredit, est considérée être d'accord avec son père. Et Julianus, dans le livre XLVIII de ses *Digestes*, a écrit que, comme à partir de la volonté de sa fille, le père était considéré faire valoir en justice son droit, s'il avait une fille folle : car, quand elle ne peut pas, avec sa démente, le contredire, à juste titre, l'on croit qu'elle y a consenti. Mais, si la fille est absente, il devra être dit qu'à partir de la volonté de celle-ci, il n'a pas agi et il devra être garanti que sa fille confirmera la chose par le père ; en effet, quand elle est d'un jugement sain, nous réclavons qu'elle le sache, pour qu'elle soit considérée ne pas le contredire ».

par le principal nommément, mais que ce dernier a géré [l'affaire], le principal le souffrant et le sachant, D. 14, 4, 1²⁵⁰ ; C'est ce que Costalius²⁵¹ à très récemment rapporté ici.

[IL DOIT] EN EFFET [GARANTIR] TOUS LES ACTES DU PATRON. Qu'importe-t-il en effet [836] que l'opérateur maritime fasse le contrat par lui-même ou par le biais de celui qu'il a lui-même préposé, en argument D. 43, 16, 1 §12²⁵². En conséquence, de même que l'on s'oblige à partir de son contrat, de même il doit prendre sur lui le contrat qui a été fait par le patron. En effet, celui qui prépose quelqu'un est considéré le dire d'une voix claire et manifeste : moi, je l'ai préposé, que celui qui le veut contracte avec lui ! Voir *Institutes* IV, vii, § 1²⁵³.

DE SORTE QU'IL NE SOIT PAS PERMIS DE PRÉPOSER UNE AUTRE PERSONNE. C'est pourquoi l'interdiction de l'opérateur maritime dans ces cas ne sera pas opératoire, mais, même non volontaire, il sera obligé à l'encontre de son interdiction. Du reste, si nous examinons cette nature générale des contrats et des obligations, (S) selon laquelle nul n'est tenu de contracter contre son gré, CJ. 4, 38, 11²⁵⁴, mais on requiert pour la forme un consentement, D. 44, 7, 2²⁵⁵. Cette

²⁵⁰ Cet extrait se trouve dans le titre consacré à l'*actio tributoria* ou « action tributoire », qui est l'action que les tiers peuvent exercer contre le père de famille pour répartir le pécule à partir duquel un fils de famille ou un esclave a entrepris l'exercice d'un commerce de sa propre initiative et non comme préposé : c'est alors l'actif commercial qui est le gage commun de tous les créanciers. Si les affaires ont été mauvaises, le prêteur peut alors obliger le père de famille ou le maître à répartir cet actif commercial par l'action tributoire.

Extrait du livre XXIX *Sur l'Édit du prêteur* d'Ulpien : « L'utilité de cet Édit n'est aussi pas mince, de sorte que le maître qui, autrement, dispose d'un privilège sur les contrats de l'esclave, cependant, s'il avait su que l'esclave faisait commerce avec son pécule, comme un étranger, le créancier est appelé à une quote-part sur le fondement de cet Édit. 1 - Bien que l'appellation de "marchandises" (merces) soit plus étroite, de sorte qu'elle ne regarde pas les esclaves, les foulons, les couturiers, les teinturiers ou les marchands d'esclaves, cependant Pedius, dans son livre XV, écrit que l'Édit doit s'étendre à tous les commerces. 2 - Mais nous ne recevons pas les "marchandises du pécule" en tant que pécule ; le revenu du pécule oblige le maître par l'action en répartition, même s'il n'a rien dans le pécule, à la seule condition qu'il exerce un commerce, celui-ci le sachant. 3 - Nous recevons ici cette connaissance [comme] celle qui dispose d'une volonté, mais, comme je le pense, non pas d'une volonté [active], mais d'une tolérance : en effet, le maître ne doit pas le vouloir, mais ne pas le vouloir. Si donc il le sait, qu'il n'a pas protesté et n'a pas parlé contre, il en sera tenu par l'action en répartition. 4 - Il faudra étendre le terme de "pouvoir" à tout sexe, de même à tous ceux qui sont soumis au droit d'autrui. 5 - L'action en répartition concernera non seulement les esclaves, mais aussi ceux qui sont à notre service de bonne foi, qu'ils soient libres, esclaves d'autrui ou bien ceux dont nous avons l'usufruit ».

²⁵¹ Costalius, il n'est pas impossible que se cache sous cette latinisation du nom un certain Giovanni Batista Costa, de la fin du XVI^e siècle, qui écrivit en effet un *Tractatus de facti scientia et ignorantia* ou *De la connaissance ou de l'ignorance d'un fait*.

²⁵² Extrait du livre LXIX *Sur l'Édit du prêteur* d'Ulpien : « 12 - Est considéré aussi avoir chassé celui qui a donné mandat ou ordonné que quelqu'un soit chassé ; en effet, il a été considéré qu'il importait peu [de savoir] si, de ses propres mains, quelqu'un avait chassé ou par l'intermédiaire d'un autre ; c'est pourquoi, si ma domesticité, à partir de ma volonté, a chassé [quelqu'un], moi, je suis considéré l'avoir chassé ».

A propos de ce texte, dont Peck dit qu'il y recourt seulement à titre d'argument, on peut souligner ici la méthode utilisée par de nombreux juristes romanistes, tant en Italie, qu'en Espagne, en Allemagne ou dans les Pays-Bas méridionaux (*grosso modo* l'actuelle Belgique). Les textes sont souvent sollicités dans des occurrences qui sont totalement étrangères à celles qui les ont vu naître, un peu à la manière d'un code établissant des règles générales. Une telle pratique du droit romain, qui remonte aux commentateurs du XIV^e siècle comme Bartole ou Balde, qualifiée de *mos italicus*, s'est opposée à une autre, le *mos gallicus*, avec Alciat, Cujas, Donneau, et quelques autres encore, qui réfutaient cette approche et proposaient de ne pas envisager les textes des compilations romaines établies sous Justinien sans tenir compte de l'époque historique qui les avaient motivés. Idée de bon sens, sans nul doute, mais que beaucoup, une grande majorité des juristes des anciennes terres d'empire, se refusèrent toujours à admettre : ils ne cessèrent jamais d'appliquer le droit romain à l'instar d'un droit positif, sans se limiter aux seules occurrences visées par les textes, mais pour élaborer un système de règles à caractère général.

Ainsi donc ici, le texte n'est sollicité que pour la règle établie autour de l'idée que l'on fait par soi-même ou par l'intermédiaire d'autrui.

²⁵³ « 1 - Si donc on a traité avec un esclave sur l'ordre de son maître, le prêteur accorde contre le maître une action pour le tout, à savoir parce que qui contracte ainsi est considéré suivre la foi du maître ».

²⁵⁴ Constitution de Dioclétien et Maximien adressée à Aurelius Paternus et donnée en 294 : « Acheter ou vendre contre son gré, le désir du demandeur ne contient pas de juste cause ».

²⁵⁵ Extrait du livre III des *Institutes* de Gaius : « Par le consentement, les obligations sont faites pour les achats-ventes, les offres de bail-prises de bail, les sociétés et les mandats. 1 - Mais c'est pourquoi nous disons qu'avec ces moyens, par le consentement, une obligation est contractée, parce que ni cette propriété des paroles, ni d'un écrit n'est réclamée mais il suffit que ceux qui administrent les affaires

décision d'Ulpien sera-t-elle considérée comme tout à fait rude et d'une trop grande rigueur ? Il y a aussi la réponse de l'empereur Justinien [faite] à Joannes, Préfet du prétoire, dans C.J. 2, 19, 24²⁵⁶, par laquelle il définit de façon manifeste que, si quelqu'un s'est immiscé dans quelque affaire, même au sujet des biens gérés de façon juste après le temps de la notification, on n'accorde nulle action contre le propriétaire. Mais, comme Ulpien lui-même affirme que la préposition donne aux contractants une loi certaine dans le paragraphe 12 *infra*, le propriétaire est considéré ne pouvoir être obligé par nulle raison. Certes, Alberico Roxiati agite ici ces arguments, mais n'ayant pas résolu l'opposition et les lèvres sèches et comme s'il passait outre « un coin oublié », comme le dit le proverbe²⁵⁷. Rafaello di Como (Comensis)²⁵⁸ avance aussi la difficulté de l'argument sur le paragraphe 13 *infra*, mais il ne peut satisfaire au palais des gens délicats. Pour ma part, j'estime que l'on peut tout à fait concilier la réponse de Justinien avec notre loi pour dire que cette réponse est certes vraie de façon générale et a été rapportée pour règle. Aussi, ce qui est dit ici a été reçu par un droit spécial à raison de l'utilité de ceux qui naviguent. En conséquence, la solution est aisée et a été mise au jour à partir des sources des jurisconsultes. En effet, du fait que parfois le lieu et le temps ne souffrent pas que l'on délibère plus pleinement un avis, de sorte que nous ne pouvons pas nous enquerir de la personne de celui dont il a affirmé l'avoir préposé, et d'autant plus s'il a été préposé avec l'assentiment de l'opérateur maritime, il ne doit pas accorder le pouvoir de ne pas établir un patron, ou au patron établi de [lui] substituer [quelqu'un], seulement une fois le patron révoqué en totalité, son interdiction pourra produire quelque effet. Donc, de même qu'il y a beaucoup de choses dans le droit faites par amitié, par haine, par affinité, par une très grande excellence, par lesquelles on s'est écarté des règles générales, de même ici à partir de la qualité de l'affaire, comme quand la nécessité le conseille, que le risque se trouve dans le retard, ou que quelque chose d'absurde s'ensuive ou que la chose en arrive à ce cas que l'auteur a le plus en horreur, voir *Alciat* sur le titre *De la signification des termes* [D. 50, 16]. En outre, ce que dit Ulpien, [à savoir] que la préposition donne une loi certaine aux contractants, je pense que cela se rapporte seulement à ce qui peut être fait dans le contrat par la volonté des deux contractants et qui peut restreindre le mode de la préposition, à savoir de sorte que le patron prépose seulement pour réclamer les frets, ou pour acheter des armements, ou pour vendre des marchandises. La préposition une fois limitée par ces restrictions et mise à l'étroit, celui qui est sorti de la mesure n'oblige pas l'opérateur maritime. (6) En outre, le fait qu'un autre ne puisse pas être substitué par le patron ne peut se faire par la volonté des contractants (comme il a été dit), du fait qu'il ne s'agit pas seulement de leur utilité privée, mais en premier lieu de l'intérêt public, qui doit passer devant tous les autres et ne peut être changé par des accords de

consentent. 2 - D'où, entre personnes absentes, de telles affaires sont aussi contractées, comme par le biais d'une lettre ou d'un messenger. 3 - De même, pour ces contrats, l'un est obligé envers l'autre à l'égard de ce qu'il faut que l'un fournisse à l'autre en équité ».

²⁵⁶ Constitution de Justinien adressée à Joannes, Préfet du prétoire, et donnée en 530 : « *Si quelqu'un, quand le propriétaire des biens ne le veut pas et l'interdit, s'est immiscé dans l'administration de ceux-ci, on doutait chez les grands auteurs [de savoir] si, à la faveur des dépenses qui ont été faites pour les biens, une telle personne avait une action de gestion d'affaires contre le propriétaire. Certains disant [qu'il y avait] une action directe ou utile, d'autres le niant (parmi lesquels il y avait Salvius Julianus), décidant cela, nous consacrons que, si le propriétaire avait parlé contre et du fait qu'il avait interdit d'administrer ses biens, suivant le jugement de Julianus, il n'y a aucune action contraire (ou directe, ou utile) contre lui, à savoir après la notification que le propriétaire lui a transmise, ne l'autorisant pas à avoir un rapport avec ses biens, quoique les biens aient été bien gérés par lui. Qu'en est-il ensuite, si le propriétaire avait considéré que beaucoup de dépenses avaient été faites utilement par l'administrateur et qu'il l'avait autorisé par une dissimulation dolosive à payer les premières dépenses ? Nous ne le souffrirons en aucune façon ; mais, à partir du fait que cette attestation lui a été faite, soit par écrit, soit sans écrit, cependant sous le témoignage d'autres personnes, il ne lui reviendra aucune action à partir de ce jour pour procéder à des améliorations ; mais, au sujet des premières dépenses, si elles ont été faites utilement, nous accordons qu'il ait une action contre le propriétaire qui aura cours selon sa nature ».*

²⁵⁷ On trouve cette expression, traduite du grec *Αμελης γωνια*, en latin *Ameles angulus*, dans la collection des *Adages* d'Erasmus, II.8.70, qui en donne la définition suivante : « *C'est-à-dire un coin négligé, se disait d'un paresseux qui passe son temps à bâiller sans chercher à entreprendre quoi que ce soit de positif. On raconte qu'il y avait un endroit en Lybie que l'on appelait couramment "Le coin sans souci", peut-être parce qu'il était à l'abandon, en jachère. Je trouve écrit aussi : "Le coin de l'homme oisif". Zénodote et Hézychios répertorient cet adage ».* Cf. ERASME, *Les adages*, Les Belles Lettres, Paris 2011, vol. 2, adage 1770, p. 456.

²⁵⁸ Rafaello di Como (mort en 1427), juriste italien qui composa un ouvrage de *Consilia* ou *Anis*.

personnes privées, D. 2, 14, 38²⁵⁹. Mais il faudra peut-être le dire autrement, s'il a voulu se lier à la présence perpétuelle de sa personne et la rejeter pour pouvoir substituer ; auquel cas, le contrat semble pouvoir être soutenu, avec cependant ce tempérament que le vaisseau ne soit pas armé, soit du fait de fièvres ou d'une autre maladie, soit légalement par l'empêchement du patron pour accident, afin que ceux qui ont contracté avec ceux qui n'ont pas été préposés ne soient pas abusés ; le pouvoir de substitution ne peut être empêché, afin que l'utilité publique n'en reçoive pas de préjudice.

LE NAVIRE. Les vaisseaux reçoivent de l'usage diverses appellations : [sont des navires] fluviaux ceux avec lesquels nous faisons circuler des marchandises par les rivières, ou bien ceux avec lesquels nous faisons un tour, c'est-à-dire ceux auxquels nous recourons sur les rivières pour notre avantage ; ils sont de même appelés aussi marins ou maritimes par les jurisconsultes. De même, [sont des navires] de charge (*naves onerariae*) ceux auxquels nous recourons pour porter des chargements ici et là, tant sur la mer elle-même que sur les rivières. Aussi certains changent-ils leur dénomination à partir des chargements qu'ils portent ; d'où Cicéron a parlé d'un navire « de paille », d'abord quant à sa fin, par laquelle on transportait et vendait de la paille. Ainsi [pour] les navires « à blé » (*frumentariae naves*), [comme] César dans le livre III de sa *Guerre civile* (III, 96) :

« N'ayant pas interrompu sa route durant la nuit, avec trente cavaliers d'escorte, il atteignit la mer et il embarqua sur un navire à blé ».

Ainsi, on parle de navires « de transport de charbon » (*carbonariae*), « de transport de farine » (*farinae*), « de transport de vase » (*lutariae*), « de transport d'eau » (*aquariae*), « de transport de vin » (*vinariae*). D'autres reçoivent leurs noms de leur service ou de leur fonction, comme [les vaisseaux] « de guerre » (*bellicae*), d'autres de leur forme, comme [les navires] longs, couverts (*tectae*), pontés (*constratae*), comme nous pouvons le voir très longuement à partir de Baïf²⁶⁰.

LES [NAVIRES] OÙ L'ON SE MET ENSEMBLE (*SINEDRIA*). Il y avait un type de vaisseau qui était apprêté pour se promener et sur lequel des sièges avaient été fabriqués. Mais ici, Budé pense qu'il faut lire « radeau » *schedia*. Aussi [le grec] *schedia* se dit-il en latin *ratis* « radeau », c'est-à-dire un navire fait de façon lâche et grossier, comme des poutres réunies et liées sans façon qui servent à la place d'un vaisseau. Festus dit qu'une *schedia* est un type grossier de navire, c'est-à-dire seulement fait de poutres unies entre elles, d'où l'on appelle un mauvais poème une *schedia*²⁶¹. Les Grecs appellent les radeaux des vaisseaux improvisés, c'est-à-dire quelque chose de non travaillé, quelque chose qui a été fait au petit bonheur et de pas assez élaboré, ce que l'on appelle en grec « ce que l'on a fait sans en prendre le temps ». Aussi Alciat souscrit-il à cette opinion pour l'explication de D. 32, 55 § 5²⁶² dans son livre II des *Choses passées sous silence*. Il dit ainsi que les *schedia* sont des petits navires [837] grossiers [faits] de poutres, sur lesquels on transporte les bois

²⁶³.

[D. 14, 1, 1 §§ 7-11]

²⁵⁹ Extrait du livre II des *Questions* de Papinien : « Le droit public ne peut être modifié par les accords des personnes privées ».

²⁶⁰ Il s'agit ici de Lazare de Baïf, mort en 1547, savant français qui composa un ouvrage sur l'art maritime, le *De re navali*. Il fut ambassadeur à Venise et en Allemagne sous le règne de François 1^{er}, poète à ses heures. Il était le père de Jean-Antoine de Baïf, membre du cercle de la Pléiade.

²⁶¹ Pour signifier des vers mal agencés les uns avec les autres.

²⁶² Extrait du livre XXV *Sur Sabinus* d'Ulpien : « 5 - Sous l'appellation de bois, dans certaines régions, comme en Egypte, où les joncs, à la faveur de bois, sont utilisés, où les joncs et le papyrus sont brûlés, certaines herbes, épines ou buissons épineux seront compris. Quoi d'étonnant ? Du fait qu'ils appellent ce ξυλον - du bois et navires ξυληγας - "porteurs de bois" - ceux qui les transportent απο των ελων - des marais ».

²⁶³ Plutôt que de « radeaux », ne faudrait-il pas mieux parler de « trains de bois » comme en circulent de nombreux au Canada ou au Brésil : il ne s'agit pas de vaisseaux, mais d'un moyen économique de transport fluvial pour des grumes mises ensemble sur un fleuve et qui flottent au fil du courant ? La pratique est toujours utilisée de nos jours dans bon nombre de régions bien sillonnées par de grands fleuves. Il semble aussi qu'encore au XIX^e siècle, certains petits cours d'eau, qui traversent aujourd'hui maigrement la ville de Nantes, servaient au transport du bois par flottage, comme la Chézine, aussi curieux que cela puisse nous paraître aujourd'hui.

« 7 - Mais, pour toute raison, le prêteur n'accorde pas d'action contre l'armateur, mais au titre de l'affaire pour laquelle, là, [le patron] a été préposé, c'est-à-dire si celui-ci a été préposé à une affaire, comme par exemple, si, pour transporter un chargement, il a été fait une location, qu'il a acheté des biens utiles à celui qui navigue, si, pour réparer le navire, il a contracté ou dépensé quelque chose ou si les marins, au titre de leur travail, réclament quelque chose. 8 - Qu'en est-il, si [le patron] a assumé un prêt d'argent, au titre de cette affaire, cela sera-t-il considéré ? Pegasus pense que, si, pour l'usage de cette affaire à laquelle il a été préposé, il a emprunté, doit être accordée l'action ; je pense que cette opinion vraie ; pourquoi, en effet, si [ce n'est] pour armer, équiper un navire ou pour entretenir les matelots, a-t-il emprunté ? 9 - D'où Ofilius demande si, pour réparer [le vaisseau], ayant emprunté des espèces, à ses usages, il les a converties, si, contre l'armateur, sera accordée l'action. Et il dit que, si, avec cette clause, [le patron] recevait [l'argent] sous cette condition comme, pour le navire, allant le dépenser, et que, bientôt, il a modifié sa volonté, l'armateur en sera responsable, s'imputant alors à lui-même [de savoir] pourquoi il avait préposé une telle [personne] ; si, dès le début, il avait pris le dessein de tromper le créancier et qu'en particulier, il n'avait pas dit que, pour la cause du navire, il avait reçu [l'argent], c'est le contraire. Pedius approuve cette distinction. 10 - Mais, si, sur le prix le prix d'achat des choses, s'est trompé le patron, le préjudice reviendra à l'armateur, non au créancier. 11 - Mais, si d'un autre, ayant emprunté, il a libéré celui qui, pour la réparation du navire, avait prêté [l'argent], je pense aussi qu'à celui-ci, doit être accordée l'action, comme si, pour le navire, il avait fait le prêt ».

SOMMAIRE

- 1 - Il faut garder avec soin les fins d'un mandat
- 2 - Quand un domestique s'enfuit avec des viandes achetées, les maître en est-il tenu ?
- 3 - Comment se prouve le changement de volonté ?
- 4 - Celui qui fait un prêt à une cité prouvera quoi ?
- 5 - Celui qui fait un prêt pour l'usage du vaisseau est préféré aux autres créanciers, pourquoi ?

Le fait que ce ne soit pas sur le fondement de toute cause que le prêteur accorde l'action contre l'opérateur maritime, mais au titre de l'affaire à laquelle le patron a ici seulement été préposé, sera considéré comme étrange à celui qui voudrait tourner son attention sur la première et particulière raison de l'action exercitoire. En effet, des ignorants seraient parfois de cette condition et préposés à cela, du fait que nous contractons avec ces mêmes patrons à raison de la nécessité de la navigation, cependant où et quand, assez souvent, ni le moment ni le lieu ne permettent de délibérer plus pleinement d'un avis. C'est pour cela, et surtout du fait que ceux qui contractent (comme le dit Domitius Ulpien dans D. 14, 3, 11 § 5²⁶⁴) ne doivent pas être abusés. Est-il juste, demandé-je, que l'opérateur maritime doive garantir tous les actes du patron ? (1) Je n'ignore point que les bornes du mandat doivent assurément être gardées et que, si le procureur commis pour une espèce a outrepassé son devoir, nul préjudice n'en naît pour le principal, D. 17, 1, 5²⁶⁵, CJ. 2, 12, 10²⁶⁶. Et il ne m'est pas encore inconnu que la préposition donne une loi

²⁶⁴ Extrait du livre XXVIII *Sur l'Édit du prêteur d'Ulpien* : « 5 - Mais il faut respecter la condition de la préposition ; en effet, qu'en serait-il, s'il voulait qu'avec une loi certaine, avec l'intervention d'une certaine personne ou sous un gage, l'on contracte avec lui, ou pour un bien certain ? Il sera très juste que l'on respecte ce pour quoi l'on a été préposé. De même, s'il avait plusieurs commis détaillants, qu'il voulait que l'on contracte avec tous en même temps ou bien avec un seul. Mais, s'il lui avait notifié de ne pas contracté avec lui, il ne doit pas être tenu de l'action institoire ; car nous pouvons empêcher qu'une certaine personne, qu'un certain type d'esclaves ou de marchands, contracte, ou bien le permettre à certains esclaves. Mais, si autrement, il a interdit que l'on contracte avec un autre avec une continuelle variation, l'action doit être accordée à tous contre lui ; en effet, ceux qui contractent ne doivent pas être trompés ».

²⁶⁵ Extrait du livre XXXII *Sur l'Édit du prêteur de Paul* : « 1 - En conséquence, avec soin, les bornes d'un mandat doivent être gardées ; car celui qui les a dépassées est considéré faire quelque chose d'autre et, s'il n'a pas accompli l'entreprise [qui lui a été demandée], il en est tenu. 2 - C'est pourquoi, si je t'ai donné mandat d'acheter la maison de Seius pour cent et que tu as acheté la maison de Titius pour un prix de loin plus important, voire pour cent ou un moindre prix, tu ne seras pas considéré avoir accompli le mandat. 3 - De même, si je t'ai donné mandat de vendre mon bien-fonds pour cent, que toi, tu l'as vendu pour quatre-vingt-dix et que je réclame le bien-fonds, une exception ne me fera pas obstacle, à moins que tu ne me paies le reste qui manque à mon mandat et que tu ne me gardes libéré pour le tout. 4 - Aussi, si un maître commande à son esclave de vendre un bien pour un certain montant, que ce dernier l'a vendu moins, le maître peut-il semblablement réclamer [le bien] et ne peut-il être repoussé par aucune exception, si la préservation de tout dommage ne

certaine aux contractants ; mais je ne peux détourner mes yeux de l'équité du prêteur qui a soigneusement pesé la raison d'examiner le lieu et le moment. Donc, si l'équité elle-même s'applique à cet endroit, je ne vois pas pourquoi cette même constitution ne devrait pas réussir avant toutes choses. Il y a aussi la réponse de Julius Paulus dans D. 14, 5, 8²⁶⁷ [qui dit] que le maître est tenu entièrement à cette livraison (comme il semble) et c'est le contraire le plus évident qui s'écarte de la ligne droite, à l'encontre de la loi de la préposition. Mais, comme le dit ici Ulpian, les matelots des opérateurs maritimes doivent être exempts de dol et de faute ; enfin à juste titre, on considère étonnant le fait qu'il ne soit pas tenu du dol dans le cas où, pour une autre raison, ils pratiquent leur office au risque des contractants. Assurément dans cette affaire, j'examine de près l'équité des deux côtés ; mais pour celui qui considère attentivement cette affaire un petit peu plus complètement, une plus grande équité se répand en notre esprit, qui milite en faveur de l'opérateur maritime. Il n'est en effet personne (à moins que mon jugement ne me trompe) d'un conseil si aveugle qui, s'il veut contracter avec quelqu'un, n'ignore à quelle affaire il a été préposé et contre qui l'on doit agir en justice. Le fait est que c'est pour cette même affaire qu'il a contracté avec lui, quoiqu'il arrive parfois que le temps ne permette pas un plus grand délai pour délibérer. Si donc il le demande avec insistance à partir de ce qui est le plus important, si Titius a été préposé à cela, apprendra-t-il à acheter facilement, grands dieux, des marchandises, à transporter des voyageurs, ou aura-t-il l'habitude de louer des navires ? De toute façon, cela ayant été appris à partir de l'opinion commune des hommes, si, un mandat ne se montrant pas pour une autre cause, le patron veut se donner un commandant, la fraude et le dol (qui se prouvent ordinairement à partir de conjectures, CJ. 2, 20, 6²⁶⁸) en tout cas sont présumés et celui qui a ajouté foi à un mensonge peut le lui porter en recette. La chose en devient plus évidente avec un exemple. Qu'en est-il, si j'arrive à Zirikzee, que je pars en suite en Angleterre, remarquant le navire certes jusqu'ici retenu au mouillage, mais prêt à naviguer ? Qui doutera, je vous prie, qu'avant que je ne parte, je ne m'enquière [de savoir] où il dirige sa course ? Où sa route va-t-elle ? À quelle affaire le patron est-il considéré avoir été préposé selon l'opinion commune ? Si donc quelqu'un répond que le vaisseau part ordinairement en Hollande et que sa route ne pouvait se diriger ailleurs, je serais le plus stupide de tous si j'avais ajouté foi au patron qui promettait de partir en Angleterre. Assurément, quand Ulpian dit que les matelots sont un type malhonnête d'hommes, c'est à juste titre que l'on pourra me l'imputer, à moi qui ai ajouté foi aux paroles d'un homme très corrompu. Combien il sera donc injuste que celui qui prépose soit obligé à l'encontre de la loi de la préposition ! En effet, qu'en est-il, si le patron contracte un prêt en son nom ? Qu'en est-il, si celui qui a été préposé seulement pour transporter des voyageurs, fait des achats imprudemment ? **[838]** Qu'en est-il, s'il perd, donne sans compter et dissipe tout ? En conséquence, la préposition donne une loi certaine aux contractants, dont il n'est pas permis

lui est pas garantie. 5 - Mais la cause du mandant peut être rendue meilleure, si, alors que je t'ai donné mandat d'acheter Stichus pour dix, tu l'as acheté pour moins ou pour autant, de sorte que quelque chose d'autre s'ajoute à l'esclave : en effet, dans les deux cas, tu ne l'as pas fait au-delà du prix ou dans le prix ».

²⁶⁶ Constitution d'Antonin adressée à Castricia et donnée en 227 : « Si le procureur établi pour une seule espèce a dépassé le devoir de son mandat, ce qu'il a fait n'a pu causer aucun préjudice au principal. S'il avait plein pouvoir pour agir, il ne faut pas annuler la chose jugée, du fait que, s'il a agi frauduleusement ou par dol, tu ne l'as pas empêché de faire une citation en justice selon l'usage des tribunaux ».

²⁶⁷ Extrait du livre I^{er} des Décrets de Paul : « Titianus Primus a préposé un esclave pour faire des prêts d'argent et recevoir des gages ; cet esclave avait aussi coutume de recevoir ce qui était dû aux marchands d'orge et de le payer en faveur de l'acheteur. Tandis que l'esclave s'était enfui et que celui à qui il avait été délégué pour payer le prix de l'orge avait cité en justice son maître au titre de son détaillant (institor), il n'ait pouvoir être cité en justice à ce titre, parce que [l'esclave] n'avait pas été préposé pour cette affaire. Mais, quand l'on prouva que l'esclave avait géré certaines autres choses, avait pris à bail des hangars et avait fait paiement à beaucoup de gens, le préfet de l'annone donna sa sentence contre le maître. Nous avons dit que l'on considérait qu'il y avait comme une garantie, du fait qu'il payait ce qui était dû en faveur d'autrui, non qu'il recevait ce qui était dû pour d'autres personnes ; aussi, sur le fondement de cette cause, n'accordait-on ordinairement pas d'action contre le maître et on ne considérait pas que le maître avait donné un mandat. Mais, parce qu'il était considéré l'avoir substitué pour tout en son nom, l'empereur maintint la sentence ».

²⁶⁸ Constitution de Dioclétien et Maximien adressée à Hymnoda [Aurelia Euodia] et donnée en 293 : « Il convient que le dol soit prouvé à partir d'indices clairs ».

de dépasser les bornes. En outre, bien que les contractants ne puissent être aidés par aucune action contre l'opérateur maritime, du fait qu'ils ne sont pas empêchés cependant de faire valoir leur droit contre le patron lui-même qui a circonvenu par dol un contractant. Aussi, combien est insuffisant ce qui a été répondu par Paul : cela présente un obstacle à cette opinion ; on ne peut rassembler à partir de cette même loi sans difficulté celle qui dit que la sentence a été portée pour cette raison contre le maître, parce que le maître avait coutume de le faire. (2) C'est pourquoi c'est à bon droit qu'Albericus dit sur ce même texte de D. 14, 5, 8²⁶⁹ pense que l'on poursuit à partir de celui-ci, parce que, si ce maître qui a préposé un domestique pour les recevoir, avait coutume d'acheter des viandes en confiance, le serviteur s'étant enfui avec les viandes, il en sera tenu parce qu'il était accoutumé d'acheter en confiance.

(3) IL A CHANGÉ SA VOLONTÉ. En revanche, à qui prouver ce brusque changement d'esprit ? Plusieurs, [comme] Balde et Albericus ici, ont cru que l'on devait s'en remettre à un serment et que l'on devait l'exiger de celui qui avait le jugement du changement de volonté. Le fait est que, bien que, suivant les règles communes, il ne soit pas permis de changer d'avis au détriment d'autrui, Sexte, règle 33²⁷⁰, cependant l'opérateur maritime sera tenu en ce cas et celui qui a préposé une telle personne ne pourra le lui imputer. Il n'y a alors pas lieu à la règle de droit rapportée, du fait que celui à l'encontre duquel le changement [d'opinion] est exposé, peut être confondu jusqu'à un certain point au sujet d'une faute, D. 19, 1, 21 § 6²⁷¹, de sorte que c'est à juste titre que l'on peut dire que le mal [fait] à soi s'ajoute à sa monture (ce qui est en adage), ce à quoi Ovide faisait allusion dans ses lettres des *Héroïdes* :

« J'ai donné l'équipage avec lequel, pour me fuir, tu es parti. Hélas ! je souffre de blessures faites par mes propres traits »²⁷².

C'est pourquoi, pour la réclamation d'un prêt, la première intention d'esprit suffira et [il suffira] que cela ait été prêté de bonne foi pour la réparation et l'utilité du navire, afin qu'ait enfin lieu la règle commune, parce que le patron ne pourra pas changer d'esprit au détriment du créancier auquel il ne veut pas que l'on impute justement quelque chose. En conséquence, c'est à bon droit qu'il a été répondu par Africanus dans D. 14, 1, 7 pr²⁷³ qu'il ne fallait pas que le créancier soit astreint à assumer le soin de réparer le navire et à porter l'affaire du propriétaire. Certes, cela sera, s'il est nécessaire de prouver que l'argent a été payé pour la réparation. (4) Pour cette raison, celui qui a fait un prêt à une cité ne doit rien prouver d'autre au plus grand nombre que ce que la cité a fait de l'argent à l'époque du contrat, D. 12, 1, 27²⁷⁴. L'opinion de ceux-ci est certaine pour les débiteurs privés, mais la cité se trouve dans les [débiteurs] privilégiés ; Lorientus²⁷⁵ avec certains, pensait le contraire, ici et dans la glose sur la Nouvelle CXX, chap. 4²⁷⁶, à moins

²⁶⁹ Cf. *supra* note 267.

²⁷⁰ « Nul ne peut changer d'avis au détriment d'autrui ».

²⁷¹ Extrait du livre XXXI *Sur l'Édit du préteur* de Paul : « 6 - Celui qui vendait une maison en a excepté pour lui le droit d'habitation tant qu'il vivrait ou [dit qu'il donnerait] dix pour chaque année ; l'acheteur, la première année, a préféré payer dix et, la seconde année, garantir le droit d'habitation. Trebatius dit qu'il a le pouvoir de changer sa volonté, qu'il peut chaque année faire l'une ou l'autre chose et qu'aussi longtemps qu'il est prêt à fournir l'une ou l'autre chose, il n'y a pas de réclamation ».

²⁷² Cf. *Héroïdes*, VII, qui prend la forme d'une lettre que Didon écrit à Enée.

²⁷³ Extrait du livre VIII des *Questions* d'Africanus : « Lucius Titius a préposé Stichus comme patron du navire ; celui-ci, ayant emprunté de l'argent, a donné garantie que, pour la réparation du navire, il l'avait reçu. Il a été demandé si Titius, de action exercitoire, ne sera pas autrement tenu que si le créancier a prouvé que l'argent, pour la réparation du navire, a été consommé. [Africanus] a répondu que le créancier, efficacement, agirait, si, lorsque l'argent était prêté, le navire était dans cette situation qu'il devait être réparé ; le fait est qu'il ne faut pas que le créancier soit astreint à que lui-même reçoive le soin de la réparation du navire et administre l'affaire du propriétaire (ce qui, de façon certaine, aurait été, s'il avait nécessairement à prouver que l'argent, pour la réparation, avait été demandé) ; il doit être demandé qu'il sache ce pour quoi il prête, pour quelle affaire le patron a été préposé, ce qui, de façon certaine, ne peut se faire autrement que s'il avait aussi su que l'argent était nécessaire à la réparation ; et c'est pourquoi, quoique le navire se trouvât dans cette situation qu'il eût dû être réparé, cependant, si l'argent emprunté était de beaucoup plus important que ce qui, pour l'affaire, était nécessaire, ne doit pas, pour le tout, contre le propriétaire du navire, être accordée l'action ».

²⁷⁴ Extrait du livre X *Sur l'Édit du préteur* d'Ulpien : « Une cité peut, avec la remise d'un prêt de consommation, être obligée, si, pour son utilité, l'argent a été versé ; sans quoi, ceux-là mêmes, seuls, qui ont contracté, et non la cité, en seront tenus ».

²⁷⁵ Petrus Lorientus, ou Pierre Lorient, né vers 1500 près de Salins, mort en 1573 à Grenoble, enseigna le droit tant en France qu'en Allemagne, d'abord à Bourges en 1528, puis à Leipzig en 1546, alors qu'il avait été appelé auprès du

que l'on n'en soit convaincu par des présomptions contraires, comme quand un administrateur est d'une parfaite loyauté, quand il s'agit d'une modique somme, quand la nécessité de la cité s'est immédiatement présentée après le prêt, ou quand l'on peut tenir une autre présomption de nécessité semblable. Ce que dit Ulpien ne fait en rien obstacle à ce que l'on doive examiner l'intention de celui qui reçoit le dernier prêt, D. 14, 6, 7 §12²⁷⁷. Il le dit en effet, alors qu'un fils de famille qui a reçu un prêt en son propre nom, ayant changé son dessein, l'a de même converti en chose du père. D'où, avec Pomponius comme témoin dans D. 50, 17, 206 [qui dit que]

« selon le droit de la nature, il est juste que nul ne soit rendu plus riche avec un préjudice et une injustice pour autrui »,

il a été répondu par les jurisconsultes qu'il est assurément très bon et très juste que les pénalités ne s'étendent pas au-delà de la règle du sénatus-consulte Macédonien, mais que l'action en restitution jouait. Du reste, Ulpien profère une plus grande difficulté par les mots qui suivent, quand il dit dans D. 15, 3, 3 § 9²⁷⁸ :

« Si [un esclave] a reçu ainsi, comme pour le convertir en chose du maître, qu'il ne le convertit pas et abuse le créancier, on ne considère pas que cela a été converti et le maître n'en est pas tenu, de sorte que la crédulité du créancier ne porte pas préjudice au maître ou que l'habileté de l'esclave ne lui nuise pas ».

Du reste, c'est l'opinion commune des docteurs, Bartole, Fulgosius²⁷⁹, Albericus ici et de même Albericus sur ledit texte de D. 14, 6, 7 § 12²⁸⁰, [docteurs] qui s'efforcent d'apaiser cette antinomie, parce que, dans le cas que dépeint Ulpien, l'esclave n'avait eu aucun mandat pour recevoir le prêt, de sorte que vous aurez cessé de vous étonner [de savoir] s'il peut obliger son maître sur le fondement du prêt. Requier-t-on donc quelque diligence pour le créancier ? C'est là ce qu'il faut dire, grands dieux. Car, si le maître avait pris l'avis de frauder dès le départ et qu'il n'avait pas spécialement exprimé ce qu'il recevrait pour la cause du navire, l'action ne serait pas accordée contre l'opérateur maritime. Tels sont donc les principes d'Africanus que le créancier doit observer, parce qu'il sait que le navire est dans la situation de devoir être réparé, parce qu'il croit que l'on contracte pour cela et qu'il dit faire ce prêt pour la réparation. Le fait est qu'il doit avoir quelque diligence, afin que la faute ne puisse pas lui être à juste titre imputée, voir Fulgosius ici à la fin.

MAIS, SI POUR CE QUI CONCERNE LES PRIX, ETC. Mais, à cet endroit, je requiers une diligence pour le créancier et je ne croirais pas qu'on l'excuserait autrement que s'il avait pu se défendre par

Kurfürst Moriz de Saxe, à Valence en 1554 et à Grenoble en 1564. Outre des commentaires sur les Nouvelles, on lui doit aussi un commentaire sur l'usage des fiefs ainsi qu'un ouvrage portant sur les degrés d'affinité.

²⁷⁶ Cette Nouvelle de Justinien, adressée à Pierre, Préfet du prétoire de l'Orient, est intitulée « *De l'aliénation, de l'emphytéose, du louage, des hypothèques et des autres divers contrats dans tous les lieux [où se trouvent] des biens sacrés* ». Le chapitre 4 est intitulé « *Afin que l'on permette d'obliger les biens immeubles ecclésiastiques par un gage : Mais, s'il arrive que quelque [église], au titre des vénérables maisons ci-devant dites, retire pour l'argent la taxe des tributs ou d'une autre nécessité qui survient de quelque ordre qu'elle soit à une vénérable maison, il sera permis à ses ordinaires de mettre à la place ou de donner en gage spécial un bien immobilier et le créancier possédera ce même bien, en collectera les fruits et comptera pour lui, tant pour l'argent prêté que pour les intérêts pas plus de quatre pour cent. Mais, s'ils ont payé totalement la dette au préposé de cette même vénérable maison, ou que le prêt est comblé à partir des fruits [collectés], il rendra le bien à la vénérable maison par laquelle il a été remis* ».

²⁷⁷ Le texte est indiqué de façon erronée. Extrait du livre XXIX *Sur l'Édit du préteur d'Ulpien* : « 12 - Par conséquent, si [le fils de famille] a reçu l'argent et le convertit en chose du père, le sénatus-consulte cesse [d'avoir son effet] : en effet, il a reçu pour le père, pas pour lui. Mais, si dès le départ il ne l'a pas reçu ainsi, mais l'a converti en chose du père par la suite, Julianus dit, dans le livre XII de ses *Digestes*, que le sénatus-consulte cesse [de jouer] et que l'on doit entendre qu'il l'a reçu ainsi, dès le départ, pour le convertir en chose [du père]. Cependant, il ne sera pas considéré l'avoir converti, s'il a payé au père l'argent reçu en prêt pour la dette propre et c'est pourquoi, si le père l'a ignoré, le sénatus-consulte aura jusque là lieu ».

²⁷⁸ Ici encore, le passage est indiqué de façon erronée. Extrait du livre XXIX *Sur l'Édit du préteur d'Ulpien* : « 9 - Mais, si [un esclave] a reçu ainsi, comme pour, dans le patrimoine du maître ou du père, le verser, qu'il ne l'a pas versé et qu'il trompe le créancier, il n'est pas considéré l'avoir versé et le maître n'en est pas tenu, de sorte que la crédulité du créancier, au maître, n'ait pas porté préjudice ou que l'habileté de l'esclave ne lui nuise pas. Qu'en est-il, cependant, si était esclave celui qui le versait ordinairement en le recevant ? Encore, je ne pense pas que cela nuise au maître, si, avec une autre intention, l'esclave a reçu [l'argent] ou si, lorsqu'avec cette intention, il l'a reçu et que, par la suite, à un autre, il l'a versé ; en conséquence, le créancier doit être curieux [de savoir] où il est versé ».

²⁷⁹ Raphaël Fulgosius, ou Rafaelo Fulgosio (1367-1427), fut un juriste italien qui composa plusieurs ouvrages, l'un renfermant des *Avvis*, les autres portant sur des commentaires du *Codex Justiniani* et du *Digeste*.

²⁸⁰ Cf. *supra* note 277.

une juste crédulité. Qu'en est-il en effet, si le navire se trouve dans cette situation qu'il manque d'une voile neuve qui, rapportée au montant estimé, peut être achetée vingt carolins²⁸¹ ? Qu'en est-il, si le patron réclame du créancier en prêt cent pour ce bien ? En tout cas, le créancier ne pourra être excusé en ce cas, lui qui pouvait savoir très facilement, non par un petit travail, mais par le jugement naturel lui-même que l'on ne dépensait pas autant de bronze pour cette affaire. En conséquence, c'est à celui qui a fait un prêt plus qu'il ne suffisait à cette affaire, que l'on pourra faire porter la témérité qu'il a acceptée, en argument D. 46, 3, 34 pr²⁸².

MAIS, SI AUPRÈS D'UNE AUTRE PERSONNE, ETC. Le créancier postérieur succède donc à la place de celui qui a accordé le prêt pour réparer le navire. (5) En quoi il se fait que, de même que le navire même pour la réparation duquel on a emprunté était tacitement obligé envers le premier créancier, de même il devra être préféré à ce titre aux autres créanciers, aussi à celui qui a accordé l'argent pour qu'il soit payé au créancier, D. 20, 2, 1²⁸³. En effet, le fait qu'ils soient préférés aux autres [839] créanciers, avec l'argent desquels le navire a été réparé, a la meilleure raison, parce que les dépenses nécessaires font partie du bien. Si donc, pour votre navire qui valait dix *aurei*, vous avez un navire qui a nécessité une dépense de quinze *aurei*, dont le tiers est mien d'une certaine manière, parce qu'il vous appartient, votre navire est d'autant d'*aurei*, du fait que ce qui m'est dû en plus devra être déduit de son estimation en premier lieu ; et cela ne se fait pas en fraude des premiers créanciers auxquels on laisse une faculté de poursuivre le gage jusqu'au montant que valait le vaisseau avant que je fasse quelque frais ; ceux-ci me doivent cette unique grâce que, si je n'avais pas fourni ces frais, le navire en entier aurait péri, ce que François de Connan²⁸⁴, le trésor le plus pur de la jurisprudence, a remarqué à cet endroit, *Les dix livres des commentaires de droit civil*, liv. 4, chap. 17. En outre, pour que le créancier postérieur puisse venir à la place du premier créancier, on requiert que l'argent prêté revienne au premier créancier, qu'il soit remis pour ce bien et que la convention exprimée au sujet de celui qui prend la suite intervienne, voir Saliceto, Fulgosius, Balde et les autres sur CJ. 8, 18, 1²⁸⁵. Parce que, si toutes ces choses avaient été observées jusqu'au bout des doigts, non seulement on aurait contracté tacitement un

²⁸¹ Il s'agit ici d'une monnaie allemande, évaluée en Hollande à 11 florins et de 10 à 13 sols, que les Pays-Bas reçoivent pour les paiements, bien qu'il s'agisse d'une monnaie étrangère. Ils faisaient de même avec les Guinées anglaises, les Louis d'or de France et les pistoles d'Espagne. Cf SALZADE (de), *Recueil des monnoies tant anciennes que moderne ou Dictionnaire historique des monnoies*, chez Jean-Joseph Boucherie à Bruxelles et chez Jean-Louis de Boubers à Dunkerque 1768, p. 354.

²⁸² Extrait du livre LIV des *Digestes* de Julianus : « Celui qui a promis qu'un esclave ou dix, à toi ou à Titius, soient donnés si, à Titius, il a livré la part [qui porte sur] l'esclave, qu'à toi, il a bientôt compté les dix, non à Titius, mais à toi, il réclamera avec une condition la partie de l'esclave, comme s'il avait payé un indu avec ta volonté à Titius. La règle sera la même encore, si, Titius étant mort, il a payé les dix, de sorte qu'à toi plutôt qu'à l'héritier de Titius, il réclame avec une condition, la partie de l'esclave ».

²⁸³ Extrait du livre X des *Réponses* de Papinien : « Par le sénatus-consulte qui, sous l'empereur Marc-Aurèle, a été fait, le gage d'un immeuble de rapport donné au créancier qui a accordé un prêt d'argent, à raison de la remise en son état initial d'un bâtiment à construire, appartiendra aussi à celui qui, le propriétaire adjudicataire lui en donnant le mandat, a administré les espèces [prêtées] ».

²⁸⁴ François de Connan (1508-1551), seigneur de Coulon, formé auprès des meilleurs précepteurs, s'orienta vers l'étude du *Jus civile*, d'abord pour suivre les enseignements de Pierre Taisan de l'Estoile à Orléans, puis ensuite à Bourges auprès du Milanais André Alciat. Devenu maître des requêtes à l'Hôtel du Roi, charge qu'il exerça durant sept années, il mourut à Paris. Il avait publié à Paris en 1533 ses très fameux *Commentariorum Juris civilis Libri X*, témoignant de sa volonté d'offrir un exposé du droit romain dégagé des scolies médiévales et surtout organisé de façon claire. Il aurait ainsi été, selon Pierre Mesnard, le « véritable patron » qui inspira l'*Exposé du droit universel* de Jean Bodin. Il entendait en effet « remettre dans un ordre rationnel toutes les lois éparses dans l'immense Corpus du droit romain et donner à ce code nouveau la valeur d'une législation universelle. C'est le programme qu'à l'époque on appelle synthétique ou néo-bartoliste » (cf. MESNARD (Pierre), MESNARD (P.), *Introduction à la Juris Universi Distributio*, Corpus Général des philosophes français, t. V, 3, PUF Paris 1951, p. 69).

²⁸⁵ Constitution de Sévère et Antonin adressée à Marcellina et donnée en 209 : « Ceux dont l'argent passe à un créancier ne viennent pas à la place des créanciers hypothécaires. En effet, on observera alors ceci, du fait que celui qui remet l'argent par la suite, fait confiance par cet accord à ce que de même, le gage lui sera obligé et qu'il prendra sa place. Du fait que cela n'a pas été fait pour ta personne (on a en effet jugé que tu n'avais pas reçu les gages), c'est en vain que tu penseras avoir besoin de l'aide de notre constitution qui regarde cette affaire ».

gage, mais, le prix n'ayant pas été payé, selon le précepte des lois, il peut vendre le navire, voir la glose sur D. 20, 4, 5²⁸⁶

[D. 4, 1, 1 § 12]

« 12 - En conséquence, la préposition donne une loi certaine aux contractants. C'est pourquoi, si [l'armateur] a préposé quelqu'un au navire seulement pour qu'il réclame le prix du transport, non pour le mettre en location (parce que l'opérateur, peut-être, avait lui-même mis en location), ne sera pas tenu l'armateur, si le patron a mis [le navire] en location ; ou bien, si, pour mettre en location seulement, non pour réclamer [le prix], de même, il faudra le dire ; ou bien si [c'est] pour mettre en location à des passagers, non, pour, à des marchandises, procurer un navire ou inversement, celui qui outrepassa la mesure n'obligera pas l'armateur ; mais, si, pour certaines marchandises, pour que le mette en location de navire, par exemple des légumes, du chanvre, des marbres ou toute autre matière, celui-ci a été préposé, il devra être dit que [l'armateur] n'en est pas tenu. Certains navires sont des navires de charge, d'autres (comme eux-mêmes les appellent) des *επιβατεγοι* - des navires de transport de passagers ; et je sais que la plupart commandent de ne point recevoir de passagers, et ainsi, pour que, dans certaines régions et sur certaines mers, on fait le commerce, comme par exemple le sont les navires qui, à Brindisi de Cassiopée ou de Dyrrachium à Brindisi, transportent des voyageurs, inaptes aux charges ; de même, certains, capables de naviguer sur des rivières, pour aller en mer, ne sont pas suffisants ».

SOMMAIRE

- 1 - Le procurateur donné pour une seule affaire n'oblige pas le principal au-delà de cela
- 2 - D'où vient le mot *legumen* et pourquoi il ne convient pas aux personnes vertueuses
- 3 - Qu'est-ce que le chanvre ?
- 4 - Que sont les navires de charge ?
- 5 - Brindisi (Brundisium)
- 6 - Où se trouve Dyrrachium ?

LA LOI CERTAINE. De même donc que le patron ne peut engager l'opérateur maritime pour une autre raison que celle pour laquelle il a été préposé, de même aussi, si vous exceptez celle-ci, il est empêché de libérer le débiteur vis-à-vis de l'opérateur maritime. D'où, si quelqu'un a fait paiement au patron pour une autre raison, il n'acquiert pas de libération, D. 46, 3, 34 § 4²⁸⁷, si la ratification du principal ne s'est pas aussi ensuivie par la suite. Le fait est que, si l'opérateur maritime n'a pas voulu que le paiement fait au patron soit ratifié, celui qui a reçu un vol pourra réclamer l'argent par une action de vol ou par une condition (*i. e.* une action personnelle en réclamation), D. 12, 4, 14²⁸⁸. Clairement, si, n'ignorant pas le dépassement de la préposition, l'opérateur maritime n'en a pas empêché le patron, il en sera tenu sans aucun doute, Jason sur D. 2, 2, 3 § 1²⁸⁹. En conséquence, les règles du mandat et de la préposition doivent être très

²⁸⁶ Extrait du livre III des *Discussions* d'Ulpien : « Parfois, le second [créancier] est plus fort que le premier, comme par exemple, si, pour conserver un bien, l'on a dépensé ce que le suivant a emprunté ; de même que si un navire s'est obligé et que, pour l'armer ou le réparer, moi, j'ai emprunté ».

²⁸⁷ Extrait du livre LIV des *Digestes* de Julianus : « 4 - Si, sans mandat intervenant, le débiteur a faussement jugé qu'avec sa volonté, il paiera l'argent, il ne sera pas libéré. Et c'est pourquoi, en payant au procurateur qui se présente de son propre mouvement pour les affaires d'autrui, personne ne sera libéré ».

²⁸⁸ Extrait du livre III *Sur Sabinus* de Paul : « Si, à un procurateur, faussement, un indu a été payé, ainsi seulement, du procurateur, il ne peut pas être réclaté, si le principal ne l'a pas confirmé, mais le principal lui-même en est tenu, comme Julianus l'écrit. Si le principal ne l'a pas confirmé, même si l'argent dû n'a pas été payé, du procurateur lui-même, il sera réclaté ; en effet, comme un indu remis, il ne sera pas réclaté, mais comme s'il avait été remis pour [obtenir] un bien (*datum ob rem*) et que l'affaire ne s'était pas ensuivie, la confirmation n'étant pas intervenue ; ou, parce que le faux procurateur aura commis un vol de l'argent, contre lui, non seulement avec l'action de vol, on peut agir en justice, mais aussi on peut le lui réclamer avec une condition ».

²⁸⁹ Extrait du livre III *Sur l'Édit du préteur* d'Ulpien : « 1 - Si mon procurateur a fait la demande, on demande qui usera du même droit ; Pomponius pense que [c'est] moi seul, en tout cas, si je lui ai en donné mandat spécialement ou si je l'ai confirmé. Si, cependant, un tuteur ou un curateur, d'un fou ou d'un jeune homme, a fait la demande, il sera lui-même puni par cet Édit. De même, contre le procurateur, il faut observer cela, s'il a été donné sur son propre bien ».

strictement observées ; si ces dernières n'ont pas été jusqu'à un certain point sacrifiées, le principal ne sera pas obligé, D. 17, 1, 5²⁹⁰. (1) C'est pourquoi l'empereur Antonin dit, dans CJ. 2, 12, 10²⁹¹, que, si le procureur établi pour une seule espèce, a outrepassé le devoir de son mandat, il ne pourra porter nul préjudice au principal. Mais ce qui se fait en dehors de la forme de la commission, on tiendra par la même règle que cela est communément nul, D. 3, 4, 6 § 1²⁹².

DES LÉGUMINEUX. (2) Est appelé légumineux ce qui se lie avec la main. De là [ce que dit] Varron dans son *Art rustique* liv. I. En effet, cela [s'appelle] aussi légumineux, de sorte que les autres choses qui s'élèvent à partir du sol, ne se coupent pas par en bas, comme les fruits qui sont ainsi liés, qui sont appelés des légumineux. D'où [ce que dit] Virgile dans les *Georgiques*, I, 74 :

« *d'où le légumineux joyeux en cassant sa cosse* ».

Plutarque a aussi parlé du légumineux bellement en ces termes dans ses *Problématiques* :

« *Pourquoi est-il d'usage que ceux qui cultivent la moralité s'abstiennent de légumineux ? Est-ce de même que les fêtes de Pythagore, elles sont repoussées avec horreur à cause de ce que l'on appelle communément des excuses, comme si c'était avec le surnom de Léthé et d'Enfer. Est-ce que les âmes des morts usent surtout des légumineux pour appeler à des banquets ? Faut-il avoir plus des corps purs et maigres pour la sainteté et la moralité. Les légumineux sont-ils surtout venteux et produisent-ils ce qui, alors qu'ils sont superflus, manque de beaucoup de purgation ? Tandis que les légumineux sont très venteux, incitent-ils aux choses de l'amour ?* »

LE CHANVRE. (3) Certains lisent *canape*. Budé lit avec nous *canabi*. Aussi pour le même auteur, le chanvre (*canabis* ou *cannabis*) est-il une plante, à partir de l'écorce de laquelle on tourne des cordages et elle a été accommodée pour tisser des toiles ; [il est] différent du lin par l'épaisseur et la blancheur.

LES NAVIRES DE CHARGE. (4) Les vaisseaux sont appelés des navires de charge à partir du fait qu'ils supportent des charges ; ils servent généralement seulement à transporter des marchandises et des cargaisons. Mais ce sont les *emphatae*, ou plutôt (comme le lit [840] Budé) les *epibatae* qui sont propres pour transporter des voyageurs et on les appelle en latin les navires de transport de passagers (*naves vectoriae*). De là ce que dit César :

« *Parce qu'il fallait louer pleinement en cette affaire le courage des soldats qui, avec de lourds navires de transport de voyageurs, sans interrompre leur tâche de rameurs, avaient égalé la course des vaisseaux longs ...* ».

Et Baïf l'a pensé ainsi. En effet, *epibates* en grec signifie en latin « j'embarque sur un vaisseau ».

²⁹⁰ Extrait du livre XXXII *Sur l'Édit du préteur* de Paul : « 1 - En conséquence, avec soin, les bornes d'un mandat doivent être gardées ; car celui qui les a dépassées est considéré faire quelque chose d'autre et, s'il n'a pas accompli l'entreprise [qui lui a été demandée], il en est tenu. 2 - C'est pourquoi, si je t'ai donné mandat d'acheter la maison de Seius pour cent et que tu as acheté la maison de Titius pour un prix de loin plus important, voire pour cent ou un moindre prix, tu ne seras pas considéré avoir accompli le mandat. 3 - De même, si je t'ai donné mandat de vendre mon bien-fonds pour cent, que toi, tu l'as vendu pour quatre-vingt-dix et que je réclame le bien-fonds, une exception ne me fera pas obstacle, à moins que tu ne me paies le reste qui manque à mon mandat et que tu ne me gardes libéré pour le tout. 4 - Aussi, si un maître commande à son esclave de vendre un bien pour un certain montant, que ce dernier l'a vendu moins, le maître peut-il semblablement réclamer [le bien] et ne peut-il être repoussé par aucune exception, si la préservation de tout dommage ne lui est pas garantie. 5 - Mais la cause du mandant peut être rendue meilleure, si, alors que je t'ai donné mandat d'acheter Stichus pour dix, tu l'as acheté pour moins ou pour autant, de sorte que quelque chose d'autre s'ajoute à l'esclave : en effet, dans les deux cas, tu ne l'as pas fait au-delà du prix ou dans le prix ».

²⁹¹ Constitution d'Antonin adressée à Castricia et donnée en 227 : « Si le procureur établi pour une seule espèce a dépassé le devoir de son mandat, ce qu'il a fait n'a pu causer aucun préjudice au principal. S'il avait plein pouvoir pour agir, il ne faut pas annuler la chose jugée, du fait que, s'il a agi frauduleusement ou par dol, tu ne l'as pas empêché de faire une citation en justice selon l'usage des tribunaux ».

²⁹² Extrait du livre IX *Sur l'Édit du préteur* de Paul : « 1 - Si les décurions ont décidé que l'action en justice serait faite par celui que les duumviri (qui sont les membres d'une commission formée de deux personnes, comme l'indique l'appellation de ces deux membres) ont choisi, ce dernier est considéré, par l'ordre, avoir été choisi et c'est pourquoi il peut faire valoir son droit en justice ; en effet, il importe peu que l'ordre lui-même l'ait choisi ou qu'[il soit] celui à qui l'ordre a remis l'affaire. Mais, s'ils ont décidé de telle façon que, quelle que soit la controverse qui se présente, c'est Titius qui aurait l'affaire de la réclamation ; selon la même règle, ce décret est nul, parce qu'on ne pourra considérer que, quant à cette affaire qui n'est pas encore en débat, avec le décret, la poursuite a été accordée. Mais aujourd'hui, toutes ces choses, par le biais des syndics, sont ordinairement réglées selon la coutume des lieux ».

BRUNDUSIUM (BRINDISI). (5) Cette cité est placée par Pline dans la troisième partie de l'Italie ; elle a été fondée par les Grecs et comme port, elle est connue, comme Calepinus²⁹³ l'écrit : c'est à partir d'elle qu'il est passé en Grèce et elle a été appelée ainsi, parce que, dans la langue des Messapiens, la tête d'un cerf se dit *Brundusium*. En effet, la cité est ainsi avec son port, semblable à une tête d'un cerf, du fait qu'elle est considérée avoir des bois, une tête et une langue. C'est d'elle qu'était originaire le poète Pacuvius²⁹⁴.

DYRRACHIUM. (6) Cette cité se trouve en Epire²⁹⁵. Elle s'appelait en premier lieu Epidamne à partir du roi Epidamne, mais les Romains qui en firent une colonie l'ont appelée Dyrrachium, parce que (comme le dit Pline) ils avaient cru que le nom d'Epidamne était de mauvais augure, comme s'il avait été dénommé à partir d'un tort.

[D. 14, 1, 1 § 13]

« 13 - Si plusieurs sont patrons avec des offices non partagés, tout ce qui, avec l'un, aura été fait engagera l'armateur ; si [c'est] avec des offices partagés, comme pour l'un, en mettant en location et pour l'autre, en réclamant le prix du transport, à la faveur de l'office de chacun, sera obligé l'armateur ».

SOMMAIRE

- 1 - La méconnaissance de soi-même est le pire de tous les maux
- 2 - L'autorité d'un seul tuteur donnée à plusieurs, quand elle suffit
- 3 - Comment le patron du navire se différencie-t-il d'un procureur ?
- 4 - Nouvelle raison, une fois rejetées les opinions d'autrui
- 5 - Quelle est l'utilité de la navigation ?
- 6 - Raison de ce paragraphe
- 7 - La contrariété est visible dans toute science
- 8 - L'avis des femmes est fragile
- 9 - Il ne faut pas suivre un mauvais avis
- 10 - Le mandat s'interprète selon les lois

Bartole a examiné ce paragraphe tout du long et abondamment avec certains. Quant à nous, c'est ce que nous avons pensé faire pour l'interprétation de la loi et nous ne rapporterons pas un grand nombre de choses en cette affaire. Il y a en effet des lois aisées et c'est pourquoi le plus souvent elles obscurcissent [la pensée], soit parce que l'interprétation de toutes choses n'est pas aisée et facile, soit parce qu'on néglige un examen plus profond de la vérité. En quoi il se fait que les funestes amis des ténèbres de ce type déchirent le vêtement très sacré de la philosophie, ils portent autour d'eux pêle-mêle le crédit de l'ostentation. (1) C'est de façon juste que Platon, dans *Les lois*, a affirmé que la méconnaissance de soi-même était le pire de tous les maux, méconnaissance dont ils n'ont certes envisagé nul remède, du fait que l'on se méconnaît aisément dans toutes choses. Et il arrive à partir de cette faute que l'on pense que sa propre ignorance est une sagesse et, comme on ne sait rien, on pense cependant tout connaître. Quant à nous, nous ne souscrivons pas à tous ceux qui en font profession avec parfois leur grand éclat de voix, mais nous suivons la vérité même que la doctrine des textes nous découvre.

ENGAGERA L'ARMEUR. (2) Ainsi, si plusieurs tuteurs ont été réglés, soit dans le testament paternel, soit appelés par la loi, soit par le juge, soit sur le fondement d'une enquête, soit purement et simplement donnés, l'autorité d'un seul suffira quand l'administration n'a pas encore été divisée à la faveur des régions [dans lesquelles se trouvent les biens] ou de la richesse. Il est en

²⁹³ Calepinus, ou Ambrosio Calepino (1435-1511), fut un savant italien de l'ordre des Augustins. Il consacra sa vie à la composition d'un dictionnaire latin-italien, qui obtint une renommée excellente et que l'on connaît sous le nom familier de Calepin.

²⁹⁴ Pacuvius était un poète tragique né vers 220 av. J.-C. à Brindisi. Il était le neveu du poète Ennius, qui précéda Virgile dans sa volonté de retracer l'épopée du peuple latin. Il mourut à Tarente très âgé. On ne possède plus de lui que quelques fragments de ses tragédies.

²⁹⁵ Cette ville se trouve aujourd'hui en Albanie et porte le nom de Durrës, Durazzo lors de l'occupation italienne.

effet ici nécessaire que chacun fournisse au pupille son autorité à la faveur de ses parts ou de sa région, CJ. 5, 59, 5²⁹⁶. Du reste, les interprètes se torturent tout à fait [de savoir] pourquoi on l'a reçu pour le procureur, de façon telle qu'il ne soit pas considéré être donné pour le tout sans une convention expresse et d'autres ayant une opinion différente, il arrive que la question soit conduite en une myriade d'opinions, elle finit par en devenir beaucoup plus incertaine qu'auparavant, Sexte I, xix, 6²⁹⁷, D. 3, 3, 32²⁹⁸. En effet, Bartole, qui est le premier parmi les prêtres des lois de premier rang, donne cette raison à la diversité : c'est parce que les patrons sont préposés à une certaine affaire. (3) D'où, tandis qu'une pleine administration est d'une certaine manière transférée de façon très efficace sur eux, tout ce qui a été fait au titre de l'administration doit se rapporter à la règle de l'office, de sorte que le principal puisse être directement obligé. Mais c'est pourquoi on a pensé qu'autre chose avait été établi pour un procureur, parce que nul droit ne lui a été transmis de façon aussi entière, mais du fait qu'il doit contracter au titre du principal, D. 12, 1, 41²⁹⁹, il n'est pas considéré comme un administrateur ordinaire et il ne peut

²⁹⁶ Constitution de Justinien adressée à Joannes, Préfet du prétoire, et donnée en 531 : « *Tranchant l'ancien doute, par lequel l'autorité d'un seul tuteur testamentaire ou donné par le biais d'une enquête suffisait, quoiqu'il y en eût plusieurs, non cependant à destination de diverses régions [dans lesquelles se trouvent les biens], mais légaux ou purement et simplement donnés, tous étaient contraints de consentir, nous consacrons que, si plusieurs tuteurs ont été réglés, que ce soit dans un testament paternel, appelés par la loi ou par un juge, que ce soit sur le fondement d'une enquête ou donnés purement et simplement, l'autorité d'un seul tuteur suffira pour tous les tuteurs, quand l'administration n'a pas encore été divisée à la faveur des régions ou des parts de la richesse ; le fait est qu'ici il est nécessaire que chacun fournisse au pupille son autorité à la faveur de ses parts ou de ses régions, parce que dans ce cas, nous ordonnons que les tuteurs légaux ou donnés purement et simplement ne sont pas différents des testamentaires ou de ceux qui ont été donnés par le biais d'une enquête ; ce dont ils seraient surchargés de la charge d'une garantie et l'on espérerait le secours d'une action subsidiaire. Mais l'on doit accepter tout cela ainsi, si le bien dont il s'agit ne fait pas le paiement de la tutelle elle-même, comme par exemple, quand le pupille désire se donner en adoption (adrogatio). Le fait est qu'il est absurde qu'une tutelle soit payée sans y consentir, mais peut-être dans l'ignorance de celui qui a été réglé comme tuteur ; le fait est qu'alors, qu'ils aient été créés testamentaires, donnés par le biais d'une enquête, légaux ou purement et simplement donnés, il est nécessaire que tous donnent leur autorité, de sorte que ce qui les touche tous soit approuvé par tous. Il faut que l'on observe toutes ces choses de la même façon pour les curateurs ».*

²⁹⁷ Décrétale de Boniface VIII : « *Si deux procureurs (sans que l'on n'ait ajouté 'pour le tout') sont députés, l'un ne devra pas être reçu sans l'autre. Mais c'est le contraire, s'ils ont été établis pour le tout : mais alors la condition de celui qui sera le premier à s'emparer d'une affaire par le biais d'une liaison du litige sera meilleure. Aussi, après une prise en charge de ce type, l'autre ne voudra pas s'entremettre [dans l'affaire] de l'autre, du fait que le premier a été fait maître du litige, si cela n'a pas été dit dans l'établissement. Parce que la condition de celui qui prend en charge ne serait pas rendue meilleure, alors en effet, s'il arrive que celui qui a pris en charge soit infirmé, en retard, se soit absenté ou soit autrement empêché, ou bien si c'est en faveur de celui qui ne voulait pas, le second pourra recevoir et parfaire l'affaire commencée par le premier, pourvu cependant qu'un autre ne lui ait pas été substitué. Car, s'il y en a un, ce dernier devra lui être préféré. Du reste, là où il n'y a pas de substitué, l'autre reçoit l'affaire à traiter ; celui qui a pris en charge le premier ne voudra pas la ressaisir, l'empêchement ayant cessé par la suite, si ce n'est peut-être qu'il arrive que celui-ci en soit empêché. Assurément, dans les causes d'élections, de postulations, de provisions et autres affaires spirituelles (du fait qu'elles sont reconnues mesurer la distribution des clercs), nous voulons que l'on observe spécialement que, s'il y avait plusieurs procureurs en même temps pour celles-ci, non députés pour le tout, le juge (afin qu'il n'arrive pas que ces mêmes affaires soient embrouillées par leur concours) aura la force d'en élire un plus approprié à partir d'eux et ce dernier seulement aura la poursuite, tout ce qui a été fait avec l'autre ainsi élu aura pleine confirmation de sa force et un autre ne sera pas reçu à poursuivre par la suite ; si ce n'est dans la mesure où il n'a pas pris en charge l'affaire, nous avons jugé que le premier devait être reçu après que la prise en charge a été faite par l'autre ».*

²⁹⁸ Extrait du livre VIII *Sur l'Édit du préteur de Paul* : « *Plusieurs procureurs ayant été donnés en même temps sur le tout, la condition de celui qui s'en occupe sera meilleure, afin qu'il n'y ait pas un second [procureur] pour ce que le premier procureur a réclamé ».*

²⁹⁹ Extrait du livre VIII des *Questions d'Africanus* : « *Le testament de quelqu'un qui, en province, avait préposé son esclave Stichus à [la tenue de] son livre de comptes, à Rome, a été lu, [testament] dans lequel, de même, Stichus avait été inscrit comme libre et, pour partie, son héritier ; celui-ci, ignorant son statut, réclama ou emprunta l'argent du défunt, de sorte que, pendant ce temps-là, il stipula et reçut des gages. On consulta [pour savoir] ce que, quant à cela, il en était du droit. On décida que les débiteurs qui, certes, le lui avaient payé étaient libérés, si seulement eux-mêmes avaient aussi ignoré que son maître était mort. Mais, qu'au titre des sommes qui étaient parvenues à Stichus, l'action de partage de la succession ne se présentait pas aux cohéritiers, mais que l'action relative à l'administration d'affaires devait être accordée. Mais lui-même avait prêté cet argent qui, pour une plus grande part que celle dont il est héritier, avait été aliéné ; car, si je t'ai remis des espèces pour qu'à Stichus, tu les prêtés et qu'ignorant que je suis mort, tu les as remises, tu n'en feras pas [le bien] de celui qui les reçoit ; en effet, de même que cela n'a pas été reçu pour que les débiteurs qui les lui paient soient libérés, de même cela a été reçu aussi pour qu'en prêtant les espèces, il les aliène. C'est pourquoi, si aucune stipulation n'est intervenue, comme un prêt d'argent, il ne peut pas, à la faveur de la part du cohéritier, être réclamé, ni des gages, être tenus. S'il a stipulé, on le rapportera à comment cela a été stipulé ; car, si, nommément, peut-être, à Titius, son maître étant déjà mort, il a stipulé qu'il soit remis, sans aucun doute, il aura stipulé inutilement. S'il a stipulé qu'il lui soit remis, il doit être réputé, pour la succession, l'avoir acquis ; en effet, de même qu'à*

obliger directement le principal. Pour cette raison, du fait que le pouvoir des patrons est tout à fait semblable à une juridiction ordinaire, D. 1, 16, 1³⁰⁰, mais celui des procureurs à une juridiction déléguée à plusieurs, cela arrive, parce que les uns sont censés être établis pour des parties, mais les autres pour le tout, D. 42, 1, 39³⁰¹. Fulgosius n'approuve cependant pas cette opinion de Bartole, quoique plusieurs la tiennent pour commune. Il dit :

« *Le fait est que, parce que le patron contracte toujours au titre de son office, il n'est pas durablement vrai que l'opérateur maritime ne soit pas directement obligé aussi à cela. Assurément, il y est obligé par l'action exercitoire qui a été introduite par le préteur romain* ».

En outre, pour ceux qui sont en désaccord de façon si âpre, qui sont considérés être les premiers parmi les autres, nous jugeons que l'on peut sans difficulté clairement voir par une autre raison pourquoi les procureurs donnés n'ont pas de pouvoir sur le tout. (4) Le fait est que l'on est considéré ne pouvoir dire de façon improbable que celui qui établit purement et simplement deux procureurs n'a pas voulu pour cela établir l'un quelconque d'entre eux pour le tout, parce que l'un a recouru à l'avis de l'autre, [841] Décrétales I, vi, 52³⁰² et I, xliii, 7³⁰³. Pour les patrons, l'utilité publique exigeait assurément, l'autre étant absent, qu'il puisse faire autrement quelque chose sans lui, l'avantage de la navigation en serait empêché, dont Jean Chrysostome³⁰⁴, dans son *Homélie « de la comparaison des cœurs »*, liv. 2, indique qu'elle n'est assurément pas mince et petite, mais de beaucoup très importante. Il dit :

partir de notre patrimoine, par l'intermédiaire de ceux qui, libres ou esclaves d'autrui, de bonne foi, nous servent de bonne foi, il nous est acquis, de même, à la succession, à partir du patrimoine successoral, il est acquis. Mais, après l'acceptation de la succession par les cohéritiers, également, de même, on ne peut pas le dire, de toute façon s'ils savent que celui-ci, comme cohéritier, leur a été donné, parce qu'alors, ne peuvent être considérés être des possesseurs de bonne foi ceux qui n'avaient pas l'intention de posséder. S'il est exposé que ses cohéritiers avaient ignoré que, peut-être, eux-mêmes, des héritiers nécessaires, se trouvaient, on peut encore le répondre de même ; dans ce cas, certes, il se produira que, si cet esclave avait des cohéritiers de sa propre condition, réciproquement, ils sont considérés servir de bonne foi ».

³⁰⁰ Extrait du livre I^{er} des *Discussions* d'Ulpien : « *Un proconsul dispose certes partout des insignes proconsulaires aussitôt qu'il est sorti de la ville ; mais il n'exerce pas de pouvoir, si ce n'est dans la seule province qui lui a été décernée* ».

³⁰¹ Extrait du livre III des *Digestes* de Celse : « *Deux, de trois juges, l'un étant absent, ne peuvent pas juger, mieux, tous se sont vus ordonner de juger. Mais, si [le troisième] est présent et que, contre, il pense, on s'en tient à la sentence des deux [juges] ; eh quoi, en effet, est-il moins vrai que tous ont jugé ?* »

³⁰² Décrétale de Grégoire IX au doyen et au chapitre de Saint-Jean et Saint-Etienne de Besançon, dont nous nous contenterons du résumé qui expose clairement la situation : « *S'il est donné mandat par le pape à ceux qui ont pouvoir d'élire, qu'il élisent avec le conseil de quelques personnes ; autrement, les conseillers y pourvoiront ; ceux qui élisent doivent requérir un avis pour la mise en œuvre de l'élection et attendre la réponse dans le temps approprié ; autrement l'élection ne tient pas* ».

³⁰³ Décrétale d'Innocent III au recteur et aux frères de l'hôpital Saint-Barthélémy de Lucques : « *Tandis qu'autrefois, au sujet du fait d'élire dans votre hôpital, entre le recteur et les frères, et vous et le prieur de Saint-Barthélémy de Lucques, ceux-ci ayant été délégués devant les juges, la question était débattue et que les deux parties qui avaient passé un compromis entre elles avaient promis qu'elles respecteraient leur arbitrage ; qu'au sujet de l'arbitrage porté par ceux-là mêmes, un doute est né des deux côtés, que vous avez demandé de mettre au clair par le biais du siège apostolique. En conséquence, nous, une fois soigneusement examiné l'instrument qui contient l'arbitrage, nous en avons pris connaissance, parce que, selon la forme de l'arbitrage, le prieur de Saint-Barthélémy de Lucques était tenu d'avoir l'avis de ce même hôpital avec le personnel et de traiter avec lui de la façon de trouver le recteur, pour cela, nous déclarons, parce que, si le prieur n'a pas traité de la façon de trouver le recteur avec le personnel de l'hôpital et n'a pas requis son avis, s'il l'a élu d'une autre manière, son élection doit être tenue pour nulle et sans valeur. Mais, l'avis ayant été tenu avec le personnel sur cela, le prieur peut librement choisir un recteur, si seulement [il est] approprié, si le personnel est d'accord avec lui sur la découverte du recteur* ».

³⁰⁴ Jean Chrysostome, d'un surnom qui signifie « Bouche d'or », fut l'un des plus éloquents des Pères de l'Eglise grecque. Né à Antioche en 347 comme fils d'un Préfet des soldats, il étudia la rhétorique, fréquenta un peu le barreau avant de se consacrer à la seule étude des Ecritures saintes. Retiré à partir de 374 sur les montagnes de Syrie pour y vivre dans la solitude et l'austérité, sa santé l'obligea à regagner Antioche en 381, où il fut ordonné prêtre par l'évêque de la cité, Flavian, qui le garda auprès de lui. Sa réputation devint telle que l'empereur Arcadius le nomma à l'évêché de Constantinople en 398, où il se signala pour avoir apaisé des révoltes, par l'abondance de ses aumônes et son zèle pour la foi, tout en restant tolérant. Mais il eut l'heur de déplaire à l'impératrice Eudoxie, à laquelle il reprochait ses désordres : il fut en conséquence déposé et exilé, malgré son âge avancé. Il mourut sur la route de son exil en 407. Jean Chrysostome est surtout réputé pour ses nombreuses homélies, mais il laissa aussi des traités dogmatiques sur l'ensemble des livres saints, notamment un *Traité du sacerdoce*, un *Traité de la Providence*, ainsi qu'un *Traité de la virginité*. On trouve l'ensemble de son œuvre dans la collection établie par Migne et Didot entre 1855 et 1861. Une grande partie en a été traduite en français dans la *Bibliothèque des Pères* de l'abbé Guillon, vol. X à XIX.

(5) « Mais à quoi bon parlerai-je de l'usage de la mer et de l'utilité de la navigation ? Par elle, elle rend presque tout le monde, qui se désunit de lui-même par de longs espaces, non seulement réciproquement connu, mais d'une certaine manière associé et en communication, de sorte que chacun, si quelque chose de bon est produit chez lui, le porte aussi à ses plus proches situés au loin ; et, du fait que chacun possède chez lui une petite motte de terre, par le service du commerce, il devient comme s'il était le maître de tout le monde à travers toutes choses et il use des fruits de toute la terre. Et que dire de plus ? L'ensemble du monde en est devenu comme une seule table pour tous, nul ne se voyant empêché de se saisir de ce qu'il y a partout ; mais ce sont là de petites choses pour les récompenses de Dieu ».

Mais Théodoret ³⁰⁵, l'évêque de Cyr [en Syrie], homme singulier et remarquable par sa connaissance multiple des choses, dit :

« Nous faisons de longs voyages à travers la mer ; nous réclamons réciproquement de nous ce dont nous avons besoin et en même temps, nous payons en retour aux autres ce qui leur est nécessaire. En effet, le grand administrateur des choses n'a pas souffert de dévoiler quelque partie de la terre à ses habitants pour à la fois tout ce qui est nécessaire à l'usage et à la subsistance, de façon à ce que celui qui ne manque de rien ne nuise pas à la richesse d'une amitié mutuelle. L'abondance des biens se réjouit en effet des injustices et elle s'apparente aux désordres. De là, au milieu de la terre, la mer s'avance qui, dans plusieurs baies, est l'image de la place publique partagée de cette énorme cité, exposant toute la richesse des biens nécessaires. Aussi, parce qu'elles se font à travers la terre, appartiennent-elles à la pleine source des labeurs, Dieu montre le dos de la mer qui non seulement n'est pas pénible, mais était aussi incapable, de sorte que par celles-ci, toute richesse soit préparée, [un dos] qui est apte [à porter] tant les grands que les petits vaisseaux qui transportent aux hommes indignes la grande abondance des biens nécessaires ».

Car nous voyons qu'un seul navire peut porter des chargements à peine de quelque mille animaux de trait. Mais, parce que l'on avait besoin d'un cheval ou d'une mule pour ce char, à savoir le navire, aussi la matière fluide des eaux ne les portait-elle pas ; le timonier du navire réparait sagement aussi cet inconvénient, sans doute par le service de l'usage de ses mains. Car, à la place du timon, il avait érigé un mât à la voile duquel il suspendait à l'instar d'un joug et il est nécessaire avec la charge du souffle des vents, d'un cheval ou d'une mule, qu'il ait l'habitude de le conduire dans le même temps comme des chevaux avec des rênes. En outre, comme il y a aussi besoin de cordages pour le navire, on les a imités avec la barre ou le gouvernail ; s'en saisissant, le timonier, à l'instar de quelque aurige qui s'attache à l'arrière du char qui fait ses tours, déplace le navire de part et d'autre d'un mouvement aisé. Et il n'a pas seulement voulu conduire avec science le vaisseau en suivant les vents qui soufflent, mais contenir avec un frein les bourrasques remuantes des vents ou des chevaux sauvages. En outre (pour en revenir là d'où nous avons fait digression), si l'on contracte avec quelqu'un, une fois les offices divisés, l'opérateur maritime ne sera pas obligé au-delà de la préposition et, comme chacun fait pour soi sa propre affaire, ce qui ne requiert aucune aide extérieure, l'utilité publique ne l'empêchera pas.

MAIS, S'IL [L'A PRÉPOSÉ] AINSI, ETC. (6) Ulpian, dans son livre XXVIII ³⁰⁶ sur l'Édit du préteur dit, D. 14, 3, 11 § 5 ³⁰⁷ :

« Il sera très juste que soit observé ce pour quoi il a été préposé ».

³⁰⁵ Théodoret, né à Antioche en 387 au sein d'une illustre famille, mort vers 458, donna sa fortune aux pauvres avant de se retirer dans un couvent. En 423, il fut élu évêque de Cyr en Syrie et fut pendant quelque temps brouillé avec Saint-Cyrille au sujet de Nestorius, regrettant toutefois que ce dernier fasse l'objet de l'inimitié des orthodoxes. S'il se réconcilia bientôt avec lui, il déplut à la cour de Constantinople pour avoir stigmatisé les errements d'Eutychès ; aussi fut-il condamné par le concile, qui fut depuis appelé le « brigandage d'Ephèse » en 449 et ne put regagner son évêché qu'après 450 sous l'empereur Marcien. Il laissa comme écrivain ecclésiastique de nombreux ouvrages, dont une *Histoire ecclésiastique* en 5 livres allant de 325 à 429, une *Histoire pieuse* qui rapporte la vie de 50 solitaires, et un *Traité de la Providence* très estimé.

³⁰⁶ Il faut ici corriger une erreur d'impression et lire non 29 (XXIX), mais 28 (XXVIII).

³⁰⁷ Extrait du livre XXVIII *Sur l'Édit du préteur* d'Ulpian : « 5 - Mais il faut respecter la condition de la préposition ; en effet, qu'en serait-il, s'il voulait qu'avec une loi certaine, avec l'intervention d'une certaine personne ou sous un gage, l'on contracte avec lui, ou pour un bien certain ? Il sera très juste que l'on respecte ce pour quoi l'on a été préposé. De même, s'il avait plusieurs commis détaillants, qu'il voulait que l'on contracte avec tous en même temps ou bien avec un seul. Mais, s'il lui avait notifié de ne pas contracté avec lui, il ne doit pas être tenu de l'action institoire ; car nous pouvons empêcher qu'une certaine personne, qu'un certain type d'esclaves ou de marchands, contracte, ou bien le permettre à certains esclaves. Mais, si autrement, il a interdit que l'on contracte avec un autre avec une continuelle variation, l'action doit être accordée à tous contre lui ; en effet, ceux qui contractent ne doivent pas être trompés ».

D'où, si un testateur a ordonné d'accepter [la succession] en présence de Titius, si c'est à l'arbitrage de Lucius Titius, on doit juger qu'il l'a ordonné de façon juste, et si c'est sans la volonté de Titius, nulle acceptation ne sera jugée [avoir été faite], D. 29, 2, 25 § 10³⁰⁸. Mais, s'il a voulu que l'on contracte avec le patron par une loi certaine, sous un gage ou pour une certaine chose, il faudra respecter par tous les moyens sa volonté, voir ledit passage de D. 14, 3, 11 § 5³⁰⁹. Il convient que l'on ne soit étonné en rien [de savoir] pourquoi, clairement, le prêteur a ainsi établi le fait que celui qui a contracté avec un seul n'a pas d'action exercitoire contre l'opérateur maritime. Le fait est que les obligations se font avec un consentement, D. 44, 7, 2³¹⁰, qui est certes nécessaire pour tout contrat quel qu'il soit, le véritable opérateur maritime, D. 2, 14, 1 §§ 1 et 2³¹¹, ou à tout le moins présumé par la loi, *Institutes*, III, xxi³¹², ne peut être obligé, lui qui a empêché que l'on contracte avec le seul autre. En conséquence, tandis que les deux ensemble, non de même divisés, rapportent à la personne de l'opérateur maritime, celui qui a contracté seulement avec l'autre, ne sera certes pas considéré avoir agi en justice par une fiction de droit contre l'opérateur maritime. (7) En outre, comme il n'existe aucune connaissance aussi examinée, pas même dans les choses divines, dans laquelle n'apparaissent pas dans l'enveloppe de choses qui se combattent, ce que dit Papinien dans le livre V de ses *Réponses* émouvra peut-être quelqu'un, D. 26, 7, 5 §§ 8-9³¹³; il dit :

Si³¹⁴ « le père a donné mandat que l'on gère la tutelle des fils avec l'avis de la mère et a libéré les tuteurs à ce titre, ce n'est pas pour cela que le devoir des tuteurs sera moins entier, mais il conviendra à des hommes bons de recevoir l'avis de la mère favorablement, bien que la libération du tuteur, la volonté du père ou l'intervention de la mère n'abattront point le devoir du tuteur, 9 - mieux³¹⁵, quoiqu'il leur soit permis de mépriser cette volonté du père ».

Voilà ce qu'il dit. Cette contrariété entre les lois est-elle importante ? Ici, l'on est tenu de suivre l'avis de celui qui a été ajouté, mais là non. Assurément, qu'il n'y ait pas de contrariété dans les lois si nous avons établi la qualité des choses, les personnes et des affaires, et les différences des conditions, nous l'avons dit plusieurs fois, ce qu'il est visible que cela se produise ici. En tout cas, les jurisconsultes veulent que l'on suive l'avis de celui qui a été ajouté, mais seulement de celui qui peut participer à l'office auquel il est ajouté. En conséquence, du fait que, dans le droit ancien, la

³⁰⁸ Extrait du livre VII *Sur Sabinus* d'Ulpien : « 10 - Si, "en présence de Titius", il a ordonné de l'accepter, si c'est "au jugement de Titius", à bon droit, je pense qu'il l'a ordonné ».

³⁰⁹ Cf. *supra* note 307.

³¹⁰ Extrait du livre III des *Institutes* de Gaius : « Par le consentement, les obligations sont faites pour les achats-ventes, les offres de bail-prises de bail, les sociétés et les mandats. 1 - Mais c'est pourquoi nous disons qu'avec ces moyens, par le consentement, une obligation est contractée, parce que ni cette propriété des paroles, ni d'un écrit n'est réclamée mais il suffit que ceux qui administrent les affaires consentent. 2 - D'où, entre personnes absentes, de telles affaires sont aussi contractées, comme par le biais d'une lettre ou d'un messenger. 3 - De même, pour ces contrats, l'un est obligé envers l'autre à l'égard de ce qu'il faut que l'un fournisse à l'autre en équité ».

³¹¹ Extrait du livre IV *Sur l'Édit du prêteur* d'Ulpien : « 1 - Le pacte est dérivé de l'accord (d'où vient aussi l'appellation de paix) 2 - et un accord de deux personnes ou de plusieurs, est un agrément et un consentement ».

³¹² Ce passage concerne les obligations littérales : « Autrefois, il existait une obligation littérale qui résultait de titres qui ne sont plus en usage ; aujourd'hui encore, si quelqu'un a écrit qu'il devait ce qui ne lui a pas été compté, il ne peut plus, après un certain délai, opposer l'exception 'pour argent non compté'. C'est ce qui a été décidé par plusieurs constitutions ; mais il arrive qu'il est obligé par son écrit, puisqu'il ne peut plus se plaindre. De là naît contre lui une action personnelle en réclamation (condictio) sans qu'il y ait obligation par paroles. D'après les constitutions impériales, celui qui avait reconnu par écrit une telle obligation pouvait opposer l'exception 'pour argent non compté' pendant cinq ans. Mais, pour que les créanciers ne puissent être trompés pour leur argent, notre délai a été réduit, de sorte que l'exception ne s'étende pas au-delà d'un terme de ce type de deux années ».

³¹³ La citation de Papinien est reprise à l'extrait du livre XXXIII *Sur l'Édit du prêteur* d'Ulpien : « 8 - Papinien, dans le livre V de ses *Réponses*, écrit ainsi : le père a donné mandat que la tutelle des fils, avec le conseil de la mère, soit administrée et, à ce titre, il a libéré les tuteurs. Pour cela, l'office des tuteurs n'en sera pas moins entier, mais, à des hommes de bien, il conviendra, de façon salubre, de recevoir l'avis de la mère, même si la libération du tuteur, la volonté du père ou l'intervention de la mère ne brise pas le devoir du tuteur. 9 - Mais, jusqu'à ce point, il est permis aux tuteurs de négliger le commandement du père, de sorte que, si le père a veillé à ce que rien de son patrimoine ne soit vendu ou que ses esclaves ne soient pas vendus, ni ses vêtements, ni sa maison ou ni d'autres biens sujets à un risque, il leur sera permis de mépriser cette volonté du père ». Comme on peut le voir, le passage a été cité de façon un peu différente de celle contenue dans le Digeste.

³¹⁴ Mot rajouté par Peck à la citation.

³¹⁵ Mot rajouté par Peck à la citation.

mère ne pouvait être reçue à l'office de tutelle, qui est public, D. 50, 17, 2³¹⁶, on ne devait pas requérir nécessairement son avis, même en méprisant la volonté du testateur. (8) Mais, quoique la loyauté et l'application de l'épouse soient considérées comme approuvées par son mari, il pouvait assurément être trompé et c'est à bon droit que Pomponius dit, dans D. 30, 55³¹⁷, que personne ne peut faire en sorte d'empêcher que, dans son testament, il ne soit pas laissé de place à la disposition des lois. Qu'en serait-il en effet, si, ayant été séduit par la sottise d'un avis, il mettait une entrave à des tuteurs qui se souciaient avec soin [842] de la chose d'un pupille ? Plutarque dit, dans le chapitre 3 sur *Les femmes célèbres*, au sujet des femmes de Chios, et dans le chapitre 8 du même ouvrage, au sujet des femmes d'Etrurie, que des maris avaient été défendus et libérés de la mort par leurs avis très avisés ; mais il faudrait peut-être le dire autrement : mais ces attentions ne volent pas vers toute région. C'est à bon droit que Celsus [le dit] donc dans le livre XVII de ses *Digestes* :

« Le droit doit plus s'adapter à ce qui est fréquent et aisé qu'à ce qui se produit rarement³¹⁸ ».

Les législateurs ont laissé de côté en effet ce qui se produit seulement une seule fois ou très rarement. Mais, comme, par un tout nouveau privilège de l'empereur Justinien, dans la Nouvelle CXVIII, chap. V³¹⁹, il a été permis à la mère et à la grand-mère de se charger d'une tutelle selon leur rang, même avant les agnats, si parmi ce qu'elles ont fait, elles ont renoncé à d'autres noces et à l'aide du sénatus-consulte Velléien, les seuls [tuteurs] testamentaires, légaux et ceux qui ont été désignés en seconde ligne les précédant ; dans ce cas, il n'y a absolument pas d'intérêt à ce que le testateur doive requérir nécessairement leur avis en ajout, beaucoup l'ayant jugé différemment. Le fait est que, comme elles ne peuvent prendre part à un office de tutelle, détruira-t-on la raison supérieure ? Fulgosius, que je préfère ne pas suivre en cette affaire, [dit] le contraire sur D. 26, 7, 21³²⁰. Car, si Justinien a eu confiance à leur sujet qu'elles administreraient à bon droit la tutelle

³¹⁶ Extrait du livre 1^{er} *Sur Sabinus* d'Ulpien : « Les femmes sont tenues éloignées de tous les offices civils ou publics, et c'est pourquoi elles ne peuvent ni être juges, ni exercer ou solliciter une magistrature, ni intervenir en faveur de quelqu'un, ni être procureurs. De même, les impubères doivent se tenir éloignés de tous les offices civils ».

³¹⁷ Extrait du livre IX *Sur Sabinus* de Pomponius : « Personne ne peut disposer dans son testament que les lois, dans son testament, n'aient pas lieu, parce que, ni par le temps, ni par le lieu, ni par une condition, l'obligation de l'héritier ne peut être délimitée au titre des legs ».

³¹⁸ Peck ne donne aucune indication sur la référence de ce passage et en outre se trompe sur le numéro du livre. Il s'agit d'un extrait que l'on trouve dans D. 1, 3, 5, repris du livre XVII, et non du livre XV, des *Digestes* de Celsus. Nous avons donc corrigé.

³¹⁹ Constitution de Justinien adressée au Préfet du prétoire de l'Orient, Pierre, et donnée en 543 : « Chapitre V. De la tutelle légale des enfants, de la mère et de la grand-mère : Aussi, à partir de ce que nous avons dit et disposé au sujet de la succession et de ce qui est au sujet de la tutelle, il y a des choses claires. Nous consacrons en effet que chacun, selon le degré et le rang auquel il est appelé à la succession, soit seul, soit avec d'autres, reçoit aussi la fonction de tutelle, nulle différence ne devant être introduite sur ce point au sujet du droit des agnats (i. e. les parents du côté paternel) et des cognats (i. e. tous les parents par le sang), mais de façon semblable pour tous ceux qui doivent être appelés à une tutelle et les alliés qui descendent d'un enfant mineur par les mâles ou par les femmes. Mais nous déclarons cela, si les mâles sont d'un âge accompli, qu'ils ne sont empêchés par aucune loi de recevoir une tutelle et qu'ils ne recourent point pour eux-mêmes à une excuse appropriée. En effet, nous interdisons aussi aux femmes de recevoir l'office d'une tutelle, si elles n'étaient pas mères ou grand-mères. En effet, c'est à elles seules que nous autorisons de se charger d'une tutelle selon le rang de la succession, si, parmi ce qu'elles font, elles ont renoncé à d'autres noces et à l'aide du sénatus-consulte Velléien (ce sénatus-consulte, qui a été donné vers 46 de notre ère, interdit à la femme de s'engager pour un tiers en qualité de caution ou à titre solidaire, lui conférant alors une exception contre le créancier de ce tiers. Ce texte est resté l'une des caractéristiques du statut de la femme dans le droit romain). En effet, observant cela pour tous les cognats du côté auquel elles sont proposées pour une tutelle, les seuls tuteurs testamentaires étant mis au-devant d'elles, car nous voulons que la volonté et le choix du défunt soient mis en avant. Mais, si plusieurs qui ont ce même degré de parenté par le sang sont appelés à la tutelle, nous ordonnons à ceux qui sont cités devant le juge auquel revient le souci de ce point, que soit choisi et publiquement annoncé un seul ou plusieurs d'entre eux, autant qu'ils suffiront pour s'occuper de la fortune, et que celui-ci ou ceux-ci gouvernent les biens du mineur, le risque de la tutelle étant suspendu sur tous ceux qui sont appelés à la tutelle et sur ceux qui sont assujettis tacitement à un mineur en âge pour ses richesses à la faveur d'un gouvernement de ce type ».

³²⁰ Extrait du livre unique des *Réponses* de Marcellus : « Lucius Titius a donné dans son testament Gaius Seius, un fils de famille, comme tuteur à son fils ; Gaius Seius, son père le sachant et y consentant, a administré la tutelle ; je demande si, une fois Gaius Seius mort, l'action de tutelle, contre son père, et pour combien, se présentera. Marcellus a répondu que, selon ce qui est exposé, de l'action quant au pécule et quant à ce qui a été versé dans le patrimoine (actio de in rem verso), est tenu ; il ne semble pas beaucoup que, dans ce cas, la connaissance et le consentement du père jouent pour l'obliger pour le tout, à moins, peut-être, que, le cotuteur ou une autre personne ayant voulu le rendre suspect, il ne soit intervenu, comme si, sur lui, il recevait le risque ».

des fils et des petits-fils, je ne vois pas que l'on ne puisse le dire du seul avis qui est au préjudice du mineur. (9) Du reste, si elles donnent absolument un mauvais conseil et qu'elles n'ont pas voulu s'en retirer, ou si elles n'ont pas voulu donner leur avis, les tuteurs pourront accomplir la chose envisagée, voir CJ. 4, 66, 3³²¹ et ledit texte de Décrétales I, xliii, 7³²². Assurément, ce qui est ici rapporté, [à savoir] que l'on ne doit pas s'écarter d'un avis, n'est pas vrai de façon continue, mais, si l'on est considéré avoir donné un mauvais conseil, le patron est tenu de remettre toute l'affaire à l'opérateur maritime et, dans d'autres occasions, nous ne serons pas tenus de suivre pêle-mêle l'avis d'une personne ajoutée. Qu'en est-il en effet, si elle donne un avis injuste ? Qu'en est-il si, par une détestable envie, ce pour quoi les tyrans de Sicile n'avaient pas de plus grande torture (comme celui-ci le dit), l'on volait pour la ruine du plus proche ? Qu'en sera-t-il, si ce que l'on donne comme avis cause un dommage à un pupille ? (10) Qu'en est-il, si l'on a donné mandat exprès de suivre le conseil ? Qu'en est-il si un empereur commande à quelqu'un qui n'est pas expert des lois de ne pas juger, si ce n'est avec un tel conseil ? Assurément, à partir de ces conjectures, il faut que le juge détermine de nombreuses choses et celui qui préside à une juridiction doit décider sur le fondement de l'équité ce qu'il pourra envisager pour une décision, quelle qu'elle soit, de l'affaire, voir Clavasio³²³ dans sa *Somme* sur le mot « conseil, avis ». En conséquence, c'est à bon droit que Boniface VIII a déterminé de recevoir l'interprétation des commissions dans le Sexte, III, xi, 1³²⁴. Sans doute, il ne m'est pas inconnu que l'on peut ici

³²¹ Constitution de Justinien adressée à Julianus, Préfet du prétoire, et donnée en 530 : « *Alors que l'on doutait [de savoir] si c'est avec la volonté du propriétaire que l'emphytéote doit aliéner ses améliorations, que l'on appelle par le mot grec emponêmata (i. e. « ce qui a coûté du travail »), ou transférer à autrui le droit de l'emphytéose ou s'il attend son consentement, nous consacrons que, si l'instrument d'emphytéose comporte certes des accords, ils soient observés. Mais, si au contraire un accord n'est pas intervenu par un moyen de ce type, ou peut-être que l'instrument de l'emphytéose a été perdu, il ne sera pas permis à l'emphytéote de vendre à d'autres ses améliorations ou de transférer le droit d'emphytéose sans le consentement du propriétaire. Mais, afin que les propriétaires, cette occasion ayant été reçue, n'accordent point que leurs emphytéoses reçoivent le prix des améliorations qu'ils ont découvertes, mais les combattent, et que l'avantage n'en meure pas pour l'emphytéote, nous disposons que l'attestation soit remise au propriétaire et qu'elle dise à l'avance quel prix l'on peut recevoir d'autrui. Et, si le propriétaire a certes préféré le donner et garantir un aussi grand montant que l'emphytéote lui-même en vérité peut recevoir d'autrui, [nous disposons] que ce même propriétaire les achète absolument. Mais, si au contraire, un délai de deux mois s'est écoulé et que le propriétaire n'a pas voulu le faire, licence en sera donnée à l'emphytéote, quand il a voulu vendre ses améliorations sans le consentement du propriétaire, cependant à des personnes qui ne se voient pas interdire ordinairement de venir dans des contrats d'emphytéose à un achat de ce type. Aussi les propriétaires ont-ils la nécessité, si une amélioration a été vendue à d'autres selon la manière ci-devant dite, de recevoir l'emphytéote ; ou bien, si l'emphytéote a préféré transmettre le droit de l'emphytéose à des personnes non interdites, mais accordées et appropriées pour payer le loyer de l'emphytéose, il ne parlera pas contre, mais mettra en possession le nouvel emphytéote, non par le biais du preneur ou d'un procureur, mais par l'intermédiaire des propriétaires eux-mêmes, ou de leurs lettres, ou (s'ils ne l'ont pas pu ou voulu), par une consignation dans cette cité auprès du très illustre magistrat des cens, ou bien par le biais d'une attestation avec les présentes tablettes, mais qui doit se faire dans les provinces par l'intermédiaire des gouverneurs ou des défenseurs. Et, afin que les propriétaires ne sollicitent point avec une si grande avarice, une grande masse d'argent pour cela, (ce que nous avons appris que l'on donnait jusqu'à présent), il ne leur sera pas permis de recevoir plus à la faveur de leur souscription ou de leur dépôt, si ce n'est le cinquième du prix ou de l'évaluation de l'endroit qui est transféré à une autre personne. Mais, si au contraire, le propriétaire n'a pas préféré recevoir un nouvel emphytéote ou l'acheteur de l'amélioration, et qu'il s'est abstenu de le faire par une attestation faite dans les deux mois, il sera permis à l'emphytéote, même sans le consentement des propriétaires, de transférer à d'autres son droit ou ses améliorations. Mais, s'il a fait autrement que notre constitution l'a disposé, il s'exposera au droit de l'emphytéose ».*

³²² Cf. *supra* note 303.

³²³ Angelus de Clavasio ou Angelo Carletti, mort en 1493, fut un théologien franciscain, auteur de la *Summa casuum sive summa angelica* (Somme des espèces ou somme angélique).

³²⁴ Reprise dans le titre qui intéresse les testaments et les dernières volontés, cette décrétale de Boniface VIII déclare : « *Si un père a un fils et une fille impubères, une épouse et qu'il a institué sa fille pour un certain bien et son fils comme héritier universel pour les autres biens, qu'il a fait un legs à une femme dans son testament, ajoutant que, si sa fille décédait sans enfants, [le legs irait] à ce même fils et que, si lui-même mourait sans enfants, le fils de la ci-devant dite fille resterait, en instituant les pauvres de Christ comme héritiers, s'il arrivait que les deux meurent sans enfants des fils, le testateur étant mort, le fils [mourant] subséquemment et la fille [aussi] du défunt (la mère étant survivante) avant l'âge de la puberté. Sans le retranchement de la trébellianique (le sénatus-consulte Trébellien, qui date de 56 de notre ère, dispose que, si la succession a été transférée à titre de fidéicommiss, les actions conférées par le droit civil à l'héritier et contre lui sont transmises au fidéicommissaire et contre lui, cf. Gaius, *Inst.* II, 253) ou de la part à faire due par le droit de la nature, tous les biens seront déferés à ces mêmes pauvres. Car les substitutions mises en avant, faites du fils à la fille et en sens contraire, et de ces derniers aux pauvres, ne doivent pas s'entendre directement comme pupillaires. Du fait que, dans les substitutions, l'interprétation doit toujours se faire (pourvu que, comme dans le cas exposé, cela convienne à leurs termes et aux personnes instituées [héritières]), de sorte que la substitution directe soit liée plutôt que l'oblique, quoique parfois, la*

examiner ce qu'il faudra dire au sujet des exécuteurs des dernières volontés, si l'on remet l'avis à un autre ; mais il n'appartient pas à notre plan d'accumuler tout cela en un seul endroit et, comme il n'y a pas d'argument de la présente affaire, nous vous renvoyons à Bartole ici, à Balde sur le titre 45 du livre 5 du Code ³²⁵ et aux autres sur la Nouvelle placée sous CJ. 1, 2, 13 ³²⁶.

[D. 14, 1, 1 § 15]

« 15 - Mais nous disons que l'armateur est celui auquel tous les rapports et revenus arrivent, qu'il soit le propriétaire du navire ou que, d'un propriétaire, il l'ait pris à bail à forfait, soit pour un temps, soit à perpétuité » ³²⁷.

SOMMAIRE

- 1 - Ce qu'est un rapport (obventio)
- 2 - Ce qu'est proprement un revenu [qui vient en retour] (reditus)
- 3 - Ce qui entrera dans l'appellation de fruit
- 4 - Le vaisseau équivant à un bien-fonds
- 5 - Ce qu'est « prendre à bail à forfait »

À cet endroit, Ulpien décrit l'opérateur maritime [comme étant] celui auquel reviennent tous les rapports et les revenus, chose sur laquelle les anciens, à raison d'un certain mal fatal du siècle, l'un ou l'autre étant excepté, n'ont pas assez clairement reconnu ce qui importe parmi les rapports et les revenus, du fait que l'un et l'autre se distinguent cependant en droit des fruits. Pour Ulpien, est-ce l'argent qu'un pupille aura en espèces comptées ou en titres que l'on peut convenir, ou établis en fruits, ou encore en un espoir de revenus ou de rapports ? (1) Il y a donc entre eux une différence, parce que, sous le nom de rapports, c'est tout résultat qui est inclus et on les reçoit à la faveur d'une certaine appellation générale d'utilité, voir le Cardinal Zarabella ³²⁸ sur Clémentines V, vi, texte unique ³²⁹. Et, bien que les noms de « fruit » et de « revenu », comme ici de rapport et de revenu tout au plus, soient appelés par la même appellation, cependant (2) le mot de « revenu » (si nous en croyons Connan) est propre à cette terre qui est louée pour une partie déterminée. On peut le dire de même pour des bâtiments. (3) Mais [il y a] « fruit » sur ce qui s'applique à des gains naturels. D'où, on ne signifie pas seulement les fruits que la terre porte, mais aussi les petits des troupeaux, la laine des ovins et autres choses de ce type, qui sont dénommés par Varron des « fruits extraordinaires », dans *De l'art rustique*, liv. 2, chap. 1. Les loyers des habitations ne proviennent pas directement de la chose, d'où (comme je l'ai dit), ils entrent plus sous l'appellation de « revenus » [qui viennent en retour] que sous celle de « fruits », bien que (comme l'écrit bellement Duaren ³³⁰ sur D. 24, 3, 7 § 11 ³³¹) ce ne soit pas maladroitement qu'on ait

[substitution] directe soit entraînée vers un fidéicommiss à partir de la cause. Mais, bien que le fils ne puisse par son testament priver sa mère des parts dues par le droit de la nature, cependant le père, dans le testament qu'il fait à son fils impubère, le peut. Car un testament paternel de ce type doit être réputé pupillaire, ou part du père ».

³²⁵ Ce titre est intitulé : « De celui qui a géré des affaires comme tuteur ».

³²⁶ Constitution de Justinien : « Ceux qui sont entrés dans les monastères se vouent eux et leurs biens à Dieu ; ils ne feront donc pas de testament à leur égard en tant que non propriétaires des biens ».

³²⁷ On peut relever que Peck a ici omis le paragraphe 14 de ce long extrait, qui est le suivant : « 14 - Mais si, comme la plupart le pratiquent, on a préposé de telle sorte que l'un n'agisse pas sans l'autre, celui qui contracte avec l'un seulement en portera [la responsabilité] ».

³²⁸ Francesco Zarabella (1360-1417), qui était cardinal archevêque de Florence, fut un canoniste souvent cité sous le seul nom de « Cardinal ». On lui doit un ouvrage de *Consilia* ou *Anis*, des commentaires sur les Décrétales et sur les Clémentines.

³²⁹ Il s'agit d'une très longue décrétale de Clément V donnée lors du concile de Vienne. Giovanni d'Andrea en a fait le résumé suivant : « Grégoire IX avait pris des mesures contre les xxxvii incommodités que les prélats avaient fait subir aux religieux (cf. Décrétales V, xxxi, 16 et 17). Ce concile a pris des mesures contre trente [d'entre elles] dont il commande que les prélats les cessent et les fassent cesser par l'intermédiaire de ceux qui leur sont soumis, ordonnant que leurs privilèges et leurs droits soient respectés ».

³³⁰ François Duaren (1509-1559), juriste d'origine bretonne, puisqu'il naquit à Saint-Brieuc ; il enseigna à Bourges jusqu'à sa mort. Appartenant à l'école historique, il était réputé comme le plus savant jurisconsulte après Alciat. Il publia des commentaires sur le *Codex Justiniani* et sur le Digeste, ainsi qu'une défense du parlement de Paris et

l'habitude de les appeler communément des « fruits civils ». D'où, ils sont déduits dans la contribution comme les fruits d'un bien dotal. Donc à cet endroit, l'appellation de « revenu » n'a pas été choisie de façon appropriée, mais de façon large et comme [le nom] de « rapport », ce qu'Alciat a remarqué en un certain endroit sur D. 50, 16, 77³³². En outre, si nous voulions seulement restreindre le revenu reçu au pris de la location du navire, l'expression serait la plus appropriée [qui est donnée] par les jurisconsultes, (4) [à savoir] que le navire est absolument l'équivalent d'un bien-fonds, voir Jason sur D. 2, 4, 18³³³. Il ne faut pas mal appeler cela (à mon avis), pour que nous n'obtenions pas quelque chose de superflu rajouté au texte.

À FORFAIT. (5) Beaucoup ont hésité [pour savoir] ce que c'était que de prendre à bail à forfait. Accurse, que suivent certains [jurisconsultes] postérieurs [843], était d'avis que c'était l'éloignement de soi du risque, son rejet et son renvoi sur le bailleur. Mais, comme les anciens codes portent presque tous *adversione*, il faut poser une autre interprétation de notre texte. Alciat pense en conséquence que l'on loue ici un vaisseau de façon continue par le biais d'un forfait, *Parerga Juris*, liv. 6, chap. 28, comme quand il est loué à un marin à un prix qui sera ensuite considéré comme juste à partir de la déclaration de personnes expérimentées, de sorte que plus ancien sera le vaisseau, moins on le paiera et inversement, dans l'année où son usage était plus cher et le fret plus important, il sera censé avoir été plus rarement loué, liv. 7, chap. 11. Du reste, François de Connan, que je rapporte toujours avec respect, pense alors qu'un vaisseau est réputé avoir été pris à bail à forfait, quand il a été pris à bail au risque du preneur, à moins que la force majeure, la vétusté ou ce qui a enfin été excepté, pousse à la destruction la situation du navire. C'est pourquoi le preneur à bail d'un navire à forfait s'appelle l'opérateur maritime et il est l'équivalent du propriétaire ; et c'est pour cela que ces locations étaient en général perpétuelles, ce que nous remarquerons en son lieu plus bas sur D. 14, 2, 10, si Dieu très bon et très haut y est favorable.

[D. 14, 1, 1 § 16]

« 16 - Mais il importe peu que celui qui arme [le navire] soit un homme, une femme, un père de famille, un fils de famille ou un esclave ; mais, si un pupille arme un navire, nous réclamerons l'autorisation de son tuteur ».

SOMMAIRE

- 1 - Quand une femme est-elle obligée sur le fondement de son contrat ?
- 2 - Autrefois, une femme ne pouvait rien [faire] sans un tuteur
- 3 - Pourquoi un pupille a besoin d'un tuteur
- 4 - L'épouse de Justinien [était] une femme avisée
- 5 - Certaines femmes [sont] plus avisées que les hommes
- 6 - Si un garçon qui a grandi peut armer sans un curateur

également des libertés de l'église gallicane contre l'église de Rome. Ses œuvres subirent malheureusement ce qui arriva aux ouvrages de Cujas : ses élèves rajoutèrent à ce qu'il avait lui-même publié tout ce qu'ils l'avaient entendu dire dans ses explications, parfois de façon bien infidèle sans doute à partir de leurs notes prises lors des cours, ce qui causa bien du tort à sa mémoire.

³³¹ La référence du texte est mal indiquée, car elle fait commencer l'extrait en question par le mot *divortio*, mot que l'on ne trouve nulle part. Le paragraphe cité se trouve par contre dans l'extrait du livre XXXI *A Sabinus* d'Ulpien : « 11 - Quant aux loyers aussi des biens-fonds urbains, de même, il en est que pour les fruits des biens-fonds ruraux ».

³³² Extrait du livre XLIX *Sur l'Édit du préteur* de Paul : « *Julianus* écrit que l'on appelle "fruit" [ce qui est utilisé] à la faveur d'un revenu, non seulement pour les blés et les légumineuses, mais ce qui est pris aussi du vin, des bois taillis, des carrières de craie et de pierre. Il est faux que soient tous des "fruits" ceux dont l'homme se nourrit : en effet, on n'appelle pas "fruits" la viande, la volaille, les bêtes sauvages et les arbres fruitiers. Mais c'est à bon droit que *Gallus* a défini le "blé" [en disant] qu'il est ce qui se tient avec un épi ; mais on peut plutôt appeler "fruits" le lupin et la fève, parce qu'ils ne sont pas contenu dans un épi, mais dans une cosse. Chez *Alfenus*, *Servius* pense que cela est compris dans le blé ».

³³³ Extrait du livre I^{er} *Sur la Loi des XII Tables* de Gaius : « Un grand nombre de gens a pensé que personne ne pouvait être cité en justice au sujet de sa maison, parce que la maison est le refuge et l'abri les plus sûrs pour chacun, et que celui qui cite en justice, de là, est considéré faire violence ».

Nous allons mettre en lumière un peu plus bas si un fils de famille et un esclave peuvent avoir la charge d'un office d'opérateur maritime et de quelle manière. (1) Mais, pour une femme, il apparaît une plus grande raison de douter qui, du fait qu'elle ne donne pas son adhésion au contrat des autres de façon à obliger et de manière effective, voir les textes dans le titre 1 du livre 16 du Digeste³³⁴, est considérée s'obliger moins sur le fondement de sa propre personne ; et, comme les offices civils sont interdits aux femmes, D. 50, 17, 2³³⁵, et que la plupart sont invalides par la même loi, on considérerait ainsi que l'on devait beaucoup plus en interdire la charge, à partir de laquelle des personnes imprudentes et fragiles pourraient recevoir le sacrifice du bien familial. Assurément, le fait que cela a été établi en faveur des femmes ne doit pas avoir été trouvé pour leur [causer un] préjudice, CJ. 1, 14, 6³³⁶. En conséquence, ce qui est fait avec des femmes n'est pas toujours réputé en droit être invalide, mais doit être ramené à ce qui est bon et juste, afin qu'elles ne soient pas affectées d'un grand désavantage et, personne ne contractant avec elles, le commerce leur est d'une certaine manière interdit, D. 16, 1, 14³³⁷. C'est ce qui a été répondu par Paul dans le livre premier de ses *Sentences* au sujet des mineurs, D. 4, 4, 24 § 1³³⁸. En conséquence, comme ne le soutient pas le sénatus-consulte Velléien pour celles [qui se sont] obligées sur un bien propre, ce qui leur est propre n'est pas compris dans le sénatus-consulte, à un point tel que Gaius répond de même : quoiqu'une femme parfois reçoive une obligation d'autrui, elle n'est pas aidée par ce sénatus-consulte, ce qui arrive alors, du fait que, de prime abord, elle reçoit l'obligation d'autrui, mais en réalité son obligation propre. Mais Africanus dit dans D. 16, 1, 19 § 3³³⁹ :

« Enfin, si nous posons que la femme a souffert un dommage dans un achat au titre de la succession, [dommage] que les débiteurs ne peuvent payer, je pense qu'il n'y a aucun doute qu'au sénatus-consulte [Velléien], il n'y aura pas lieu ... »³⁴⁰.

La raison en est qu'elle n'achète pas la succession avec l'intention de s'opposer aux créanciers pour l'obligation des débiteurs de la succession, mais qu'elle pense que celle-ci lui sera profitable. Clairement, nous voyons qu'a été reçu par un usage tacite qu'elle ne leur a pas moins donné qu'aux hommes sur son propre bien, ou que liberté lui en sera certainement permise, s'il n'y a pas autre chose en empêchement, voir François de Connan, liv. 6, chap. 8. Qu'en sera-t-il, si c'est moins ? De même qu'en sera-t-il, si elle est prodigue ? Qu'en sera-t-il, si elle est atteinte de folie ? Si elle est une épouse ? Car il a été reçu par l'usage et les mœurs qu'elle est absolument soumise à la puissance de l'homme et qu'elle ne pourra contracter aucune affaire sans le consentement et l'autorisation de son mari ; nous avons repris de Cicéron, dans ses *Discours en faveur de Murena* et *en faveur de Flaccus*, que c'est ce qui a été autrefois observé chez les Romains. Combien plus justement Caton pense-t-il, en faveur de la Loi Oppia³⁴¹, comme on le trouve chez Tite-Live, que

³³⁴ Ce titre s'intitule « Du sénatus-consulte Velléien » et comporte trente-deux extraits.

³³⁵ Extrait du livre XVI des *Lettres* de Pomponius : « Les femmes sont tenues éloignées de tous les offices civils ou publics, et c'est pourquoi elles ne peuvent ni être juges, ni exercer ou solliciter une magistrature, ni intervenir en faveur de quelqu'un, ni être procurateurs. De même, les impubères doivent se tenir éloignés de tous les offices civils ».

³³⁶ Constitution de Théodose et Valentinien adressée à Florentius, Préfet du prétoire, et donnée en 439 : « Nous ne voulons pas que ce qui a été établi en faveur de certains soit considéré dans certains cas avoir été trouvé pour leur préjudice ».

³³⁷ Extrait du livre XII des *Digestes* de Julianus : « Si une femme, à l'encontre du sénatus-consulte, est intervenue, il est non seulement juste que soit rétablie une action contre ses débiteurs, mais aussi contre ses garants, car, comme la femme a soustrait [quelque chose] au créancier, à raison du sénatus-consulte, toute la cause doit être remise dans son état premier ».

³³⁸ Extrait du livre I^{er} des *Sentences* de Paul : « 1 - Mais, pas toujours, tout ce qui, avec des mineurs, est fait ne doit être annulé, mais, à ce qui est bon et juste, doit être ramené, afin que, d'un grand désavantage, les hommes de cet âge (i. e. les mineurs de moins de vingt-cinq ans) ne soient pas affectés, personne ne contractant avec eux et, d'une certaine façon, du commerce, il leur sera fait interdiction. C'est pourquoi, si la tromperie n'est pas manifeste ou, de façon aussi négligente, dans cette cause, ils n'ont pas trempé, le prêteur ne doit pas s'interposer ».

³³⁹ Il s'agit d'un extrait du livre IV des *Questions* d'Africanus.

³⁴⁰ Peck a coupé la fin du passage qui dit : « ..., même si, aux créanciers, elle a surtout payé un montant notable ».

³⁴¹ Cette loi, qui a été proposée par le tribun de la plèbe Caius Oppius, en 215 av. notre ère durant la seconde guerre punique, avait pour objet de limiter les parures des femmes à pas plus d'une demie once d'or et à les empêcher de porter des vêtements trop riches. Le passage de Tite-Live donné en référence est repris du livre XXXIV, 4 et se

l'on doit mettre des freins à une nature impuissante et à un animal indompté, du fait que les anciens avaient voulu que les femmes ne traitent nulle affaire privée sans un tuteur, mais qu'elles soient sous la puissance de leurs frères et de leurs maris. (2) Cependant, les mères de trois enfants furent libérées de cette tutelle, comme le montre Plutarque dans sa vie de *Numa*, quand il dit qu'il était permis aux Vestales de faire un testament et de faire tout le reste sans curateur, de même que les mères de trois enfants³⁴². Mais Douaren explique finement si cette coutume, dont nous avons parlé, est en accord avec le droit dans son traité *De la dissolution du mariage*, sous le chap. 2, que vous verrez.

MAIS, SI UN PUPILLE. Tandis qu'un pupille ne fait rien de façon délibérée et avec un jugement de l'âme qui l'y incline, il est tout à fait juste, grands dieux, qu'il ne puisse pas armer, pourvoir un navire par lui-même, mais l'autorité d'un tuteur est nécessaire, qui doit s'accorder avec la confiance, avec le jugement et enfin, avec la prudence. (3) En effet ce n'est pas au hasard, ou indistinctement et sans discernement que son autorité doit s'interposer au vœu d'un pupille qui désire armer un vaisseau, mais seulement alors seulement quand elle est jugée nécessaire pour la chose du pupille. C'est à bon droit que, chez Platon, dans le dialogue 11 de ses *Lois*, un hôte athénien, qui protégeait une femme ou une mère, n'aimait pas moins les orphelins que s'il leur avait donné naissance et il ne dirigeait pas plus mal leurs biens que les siens, mieux encore, avec une meilleure disposition de l'âme³⁴³. Mais, comme le conseil d'un esprit féminin est impuissant et infirme, même si elle est adulte, pourquoi n'exigeons-nous point ici aussi l'autorité d'un curateur ? Pourquoi est-elle admise à l'office d'opérateur maritime sans distinction par Ulpien ? [844] Est-ce parce qu'il serait injuste que les femmes soient enchaînées au joug des curateurs de façon continue, du fait qu'un certain délai a été prescrit aux mineurs ? Ou plutôt, que le jugement d'un esprit féminin ne serait pas absolument égal à celui de mineurs ? Assurément, avec le témoignage de Paul dans D. 22, 6, 9 pr³⁴⁴, il finit par devenir clair que l'ignorance du droit est plus avantageuse aux mineurs qu'aux femmes ; la raison de la différence n'est pas difficile, de sorte que l'on peut aisément la relever : c'est parce qu'il y a quelqu'un pour les femmes, même s'il n'est pas ferme et choisi, pour expliquer les choses. Mais l'empereur Constantin dit dans CJ. 1, 18, 11 :

« Bien que, pour un profit, il soit ordinaire de secourir les femmes qui ignorent la loi, cependant, en retour, les décrets des empereurs déclarent que cela n'a pas lieu contre un âge non encore accompli ».

Qu'en sera-t-il, parce que de nombreuses femmes excellent en habileté ? Est-ce la prudence de certaines femmes que le divin prophète décrit de manière remarquable ? Il dit [en effet] :

« En elle, le cœur met sa confiance en son mari. Il a envisagé un champ et l'a acheté. Il a disposé ses reins à la force et a affermi son bras. Il a goûté et vu, parce que son affaire est bonne ; sa lampe ne s'éteindra pas durant la nuit ».

Blondus³⁴⁵, liv. 3, décade 1.

rapporte à un discours tenu par Caton qui dit ceci à propos des femmes : « La loi Oppia n'avait pas encore été votée pour réprimer le luxe des femmes ; pourtant elles refusèrent toutes les présents, savez-vous pourquoi ? C'est la même raison qui a empêché nos ancêtres de faire une loi à ce sujet : il n'y avait pas de luxe à réprimer ; de même qu'il faut établir le pronostic avant de prescrire les remèdes, de même les passions sont apparues avant les lois destinées à les réformer ». Cf. TITE-LIVE, *Histoire romaine*, liv. XXXI-XXXV La libération de la Grèce, trad. A. Flobert, Garnier-Flammarion, Paris 1997, p. 279.

³⁴² Cf. PLUTARQUE, *Vies parallèles*, Vie de Numa, 5, trad. A.-M. Ozanam, Quarto-Gallimard, Paris 2001, p. 175.

³⁴³ Cf. PLATON, *Les lois*, XI, 928a, trad. Brisson (Luc) et Pradeau (Jean-François), Garnier-Flammarion, Paris 2006, p. 237.

³⁴⁴ Extrait du livre unique *De l'ignorance du droit et du fait* de Paul : « La règle du droit est que l'ignorance de droit porte préjudice à chacun, mais que l'ignorance de fait ne porte pas préjudice. Voyons donc dans quelles espèces elle pourra avoir lieu, étant auparavant mis en avant que, pour les mineurs de [moins de] vingt-cinq ans, le droit de ne pas savoir a été autorisé. Cela aussi, pour les femmes, dans certaines occasions, à raison de ce que l'on appelle la faiblesse du sexe, est dit ; et c'est pourquoi, là où il n'y a pas délit, mais une ignorance du droit, elles n'en sont pas affectées. Avec cette raison, si un mineur de [moins de] vingt-cinq ans, à un fils de famille, a fait un prêt, un secours lui sera donné, de sorte qu'il ne sera pas considéré, à un fils de famille, avoir fait un prêt ».

³⁴⁵ Peut-être s'agit-il ici du savant historien Flavio Biondo (1388-1463) qui devint l'un des secrétaires des papes Eugène IV, Nicolas V, Calixte III et Pie II. Il fut l'un des premiers à faire des recherches sur la Rome ancienne.

Qu'en est-il ici de ce que je pourrais rapporter de Judith, mieux, de l'épouse elle-même de l'empereur Justinien et de mille autres, par la sagacité desquelles la République se maintenait ? (4) Justinien le dit dans sa Nouvelle VIII, chap. I ³⁴⁶ :

« Nous, ayant songé à tout cela et ici aussi, élisant comme membre du conseil celle qui nous a été donnée par Dieu comme révérendissime épouse, etc. ».

Mais le très avisé Sénèque dans son livre *La consolation à Marcia*, dernier chapitre, s'écrie :

« O combien les éminents ouvrages de beaucoup de femmes tombent dans l'obscurité et avec combien plus d'émulation des intelligences il faut les faire connaître ! »

(5) Donc, à quoi bon pour de telles femmes le besoin d'un curateur, qui sont elles-mêmes plus avisées que les curateurs ? Clairement, s'il s'en trouve (ce qui peut très souvent se faire) dont le jugement de l'âme ne suffit absolument pas pour armer des navires, il sera du devoir d'un bon juge de leur donner un curateur avec l'autorité desquels l'affaire sera traitée, quand l'utilité le réclame, ce que nous voyons venir en usage pour les prodigues, D. 45, 1, 6 ³⁴⁷. En revanche, ce qui a été fait avant l'interdiction ne doit pas [se faire] sans le mari. En outre, il y a une question : ce qui a été ici établi à cet endroit pour les pupilles doit-il s'étendre à l'adulte aussi, qui a encore agi avec l'autorité d'un curateur ? Accurse dit que c'est la même chose et selon moi, à bon droit. Le fait est que, avec le témoignage des empereurs Dioclétien et Maximien dans CJ. 2, 22, 3 ³⁴⁸ :

« Le mineur qui a un curateur n'est pas dissemblable à celui auquel, un curateur lui ayant été donné par le préteur, on a fait interdiction de ses biens ».

Nous voyons qu'il est comparé à un pupille par Ulpien dans le livre XXXVI de son commentaire sur l'Édit du préteur, D. 12, 1, 9 § 7 ³⁴⁹. Il est conséquent que le mineur aussi ne soit pas dissemblable au pupille. En conséquence, de même que le pupille ne peut armer un vaisseau sans son tuteur, de même l'autorisation du curateur est aussi nécessaire au mineur. En outre, il ne faut pas s'étonner de ce qu'un mineur ne puisse pas armer un navire sans son curateur, lui qui n'est pas écarté du serment pour Ulpien dans D. 12, 3, 4 § 1 ³⁵⁰, du fait qu'il n'en reçoit aucun préjudice. En effet, la réponse d'Ulpien n'a pas d'autre signification que quand il a fait serment pour sa propre utilité, voir Fulgosius, Saliceto, Jason et les autres ici. C'est donc à bon droit que Justinien a décidé, dans les *Institutes* I, xxi, § 1 ³⁵¹ et D. 4, 4, 11 § 3 ³⁵², qu'il leur serait certes permis de rendre leur condition meilleure aussi sans l'autorisation du tuteur ou du curateur, mais pas pire. D'où, dans ces cas à partir desquels naissent les obligations réciproques, comme dans les emphytéoses, dans les ventes, les offres et les prises de bail, les mandats, les dépôts, auxquels nous pouvons ajouter l'armement d'un vaisseau, ceux-là mêmes qui contractent avec eux s'obligent de façon certaine, si une autorisation n'est pas intervenue ; en revanche, ces derniers ne

³⁴⁶ Cette constitution était adressée à Joannes, Préfet du prétoire et fut donnée en 535. sous le titre « Afin que les juges ne soient pas faits sans un quelconque suffrage ». Le chapitre dont est tiré le passage s'intitule « De la création des magistrats sans remise d'un suffrage ».

³⁴⁷ Extrait du livre I^{er} *Sur Sabinus* d'Ulpien : « Celui, auquel interdiction a été faite de ses biens, acquiert pour soi en stipulant, mais il ne peut livrer ou s'obliger, en promettant et c'est pourquoi un garant ne pourra intervenir en sa faveur, comme pour un fou ».

³⁴⁸ Constitution de Dioclétien et Maximien adressée à Attianus et donnée en 293 : « Si, comme mineur de [moins de] vingt-cinq ans qui a un curateur, tu as vendu des biens après l'âge pupillaire, on ne doit pas respecter ce contrat, du fait que le mineur qui a un curateur n'est pas dissemblable à celui auquel, un curateur lui ayant été donné par le préteur, on a fait interdiction de ses biens. Mais, si tu as fait le contrat, établi sans curateur, tu ne seras pas empêché, la cause étant connue, de solliciter une remise en ton état initial, si les temps fixés d'avance ne sont pas encore terminés ».

³⁴⁹ Extrait du livre XXVI *Sur l'Édit du préteur* d'Ulpien : « 7 - Mais, si j'ai payé à celui auquel, par la suite, de ses biens, on a fait interdiction, que, bientôt, de lui, je stipule, je pense qu'au pupille, il doit être comparé ».

³⁵⁰ Extrait du livre XXXVI *Sur l'Édit du préteur* d'Ulpien : « 1 - Mais il faut que le juge défère le serment ; du reste, si un autre a déferé le serment ou que, celui-ci n'ayant pas été déferé, on a juré, il n'y aura aucun respect, ni aucun serment ; et ainsi, dans les constitutions de notre empereur et de son divin père, cela a-t-il été dit ».

³⁵¹ « 1 - Cependant, ils ne peuvent ni accepter la succession, ni réclamer la mise en possession des biens, ni recevoir une succession sur le fondement d'un fidéicommiss, si ce n'est avec l'autorisation du tuteur, bien qu'elle leur soit profitable et qu'ils n'en aient aucun dommage ».

³⁵² Extrait du livre XI *Sur l'Édit du préteur* d'Ulpien : « 3 - Mais il faut savoir qu'indistinctement, aux mineurs, il n'est pas donné de secours, mais, une fois la cause connue, s'ils sont exposés avoir été trompés ».

s'obligent pas réciproquement, s'ils n'en sont pas rendus plus riches, D. 46, 3, 47³⁵³. Le fait est que, pour tous ceux-ci, il faut toujours envisager que nous regardions partout le but de ce qui est juste et bon. D'où, s'ils sont devenus plus riches à partir de ce contrat, qu'ils désirent tirer par le privilège de l'âge un gain injuste et qu'ils ont été excités plus à [gagner] un profit qu'à [causer] un dommage, ils seront repoussés par une exception de dol.

[D. 14, 1, 1 § 17]

« 17 - Aussi est-il de notre choix de savoir, de l'opérateur maritime ou du patron, avec lequel nous voulons nous accorder. 18 - Mais à l'inverse, il n'est pas proposé d'action à l'opérateur maritime contre ceux qui ont contracté avec le patron, parce qu'il n'a pas besoin de cette même aide, mais il peut agir en justice sur le fondement du louage contre le patron si [ce dernier] fournit son travail contre un salaire ou, s'il le fait à titre gratuit, sur le fondement du mandat. Les préfets de l'annone, à cause de leur ministère, de même les gouverneurs dans les provinces les assistent ordinairement de façon claire d'une action extraordinaire fondée sur le contrat passé par les patrons ».

SOMMAIRE

- 1 - Raison de ce paragraphe
- 2 - Eloge de Gabriel Mudæus
- 3 - Comment l'opérateur maritime est-il cité en justice ?
- 4 - Le mandat doit être gratuit
- 5 - L'annone donne aux marins un privilège
- 6 - Ce qu'est un jugement extraordinaire

IL EST DE NOTRE CHOIX, ETC. (1) Il ne faut absolument pas s'étonner de ce qu'une action soit accordée contre l'opérateur maritime, du fait que les contractants ont eu égard seulement au patron qui a fait l'affaire, parce que, tandis qu'il a préposé au navire le patron, il est considéré avoir voulu tacitement s'obliger. En conséquence, quoique la loi civile, pour les obligations desquelles naissent les actions en justice, requière le consentement des deux [parties], à savoir tant de celui qui fait valoir son droit en justice que de celui qui est cité en justice, de telle façon que l'un n'acquiert point l'obligation de l'autre et n'amène pas l'autre à une obligation, même si l'on contracte au titre de l'autre, D. 19, 1, 13 § 25³⁵⁴, ceci est cependant alors [845] vrai seulement quand ce que nous faisons tire son origine de notre contrat, D. 4, 7, 11³⁵⁵ :

« Tout ce que nous faisons, du fait que cela prend son origine de notre contrat, à moins que cela ne recueille le début de l'obligation de notre personne, rend notre fait sans valeur ; et c'est pourquoi nous ne pouvons stipuler, ni acheter, vendre, contracter, de sorte que l'autre agisse en justice en son propre nom ».

En revanche, en droit prétorien, des actions naissent parfois à partir du contrat d'autrui contre l'autre sur le fondement de l'équité et de l'utilité manifeste. Mieux, parfois d'une façon telle que quelqu'un acquiert ainsi une action contre celui pour lequel il n'a pas poursuivi, du fait qu'il

³⁵³ Extrait du livre IV des Règles d'Ulpien : « Pour le pupille, auquel paiement a été fait sans l'autorisation du tuteur, si l'on demande à quel moment il en est devenu plus riche, on examinera le moment dans lequel cela est fait et, pour que l'exception de dol posée ne lui porte pas préjudice, on regardera le moment dans lequel cela est fait. 1 - Clairement, comme le disait Scævola, même si le bien a péri avant le début du débat judiciaire (litis contestatio), parfois, il est entendu comme rendu plus riche, c'est-à-dire, s'il achète un bien pour lui nécessaire que, nécessairement de son argent, il aura acheté ; car, en cela même qu'il n'a pas été rendu plus pauvre, il est plus riche. Et ainsi, pour le fils de famille, il pensait que le sénatus-consulte Macédonien (sénatus-consulte passé sous le règne de Vespasien, qui fut empereur de 69 à 79, qui entend décourager les créanciers de prêter de l'argent à un fils de famille en les privant de tout recours contre celui-ci, même alors qu'il a acquis son autonomie juridique) cesse [d'avoir effet], si, pour des raisons de nécessité, le fils a reçu un prêt d'argent et l'a perdu ».

³⁵⁴ Extrait du livre XXXII Sur l'Édit du préteur d'Ulpien : « 25 - Si un procurateur a vendu et donné caution au vendeur, il est demandé si, au principal ou contre le principal, l'action doit être donnée. Papinien, dans le livre III de ses Réponses, pense que, contre le principal, l'on peut agir en justice sur le fondement de l'achat (ex empto) avec une action utile à l'exemple de l'action institoire, pourvu qu'il ait donné mandat de vendre la chose ; en conséquence et en sens contraire, il faut dire qu'une action utile sur le fondement de l'achat (ex empto) se présente au principal ».

³⁵⁵ Passage repris de l'extrait du livre XIII Sur Sabinus de Paul.

ignorait que ce dernier serait celui qui avait préposé celui avec lequel il contractait, comme ici. (2) C'est ce qui a finement été remarqué dans un autre endroit, sur le titre 49 du livre 4 du Code³⁵⁶ par le très excellent jurisconsulte, maître Gabriel Mudæus³⁵⁷, mon professeur (dont les annotations très savantes sur la principale partie du droit, je ne sais par quel hasard, sont encore maintenant étouffées), [qui dit] que l'on doit observer cela par tous les moyens. Je pense que [Paolo] di Castro³⁵⁸ a été ému par cette raison, de sorte qu'il a appelé cette action qui est accordée contre l'opérateur maritime, une action dative. En effet, est une action dative celle dans laquelle on ne peut alléguer contre le défendeur de façon efficace le contrat des parties, soit parce que les parties elles-mêmes n'ont pas contracté réciproquement, mais ont reçu le droit d'agir en justice d'un tiers, soit parce que le contrat fait entre les parties n'est pas approprié pour produire une action en justice, voir ce que dit bellement Zasius dans ses *Réponses singulières*, liv. 2, chap. 5. Mais par quelle action faut-il faire valoir son droit contre l'opérateur maritime ? (3) Assurément, il y en a qui pensent que celui qui veut citer en justice l'opérateur maritime du navire ne peut pas faire valoir son droit par une autre action, si quelque chose a été vendu par le patron et n'a pas encore été livré, que celle qui est donnée par la loi à l'acheteur à l'encontre du vendeur qui n'a pas livré. Mais, si on a donné en prêt au patron, [c'est] sur le fondement du contrat de prêt pour ceux-ci, selon la forme de la préposition ; ils jugent qu'il doit être cité en justice par une condition certaine exercitoire, afin que l'action qui est appropriée sur le fondement de ce contrat ne revête pas plus avant une nouvelle nature, mais de sorte qu'à raison de l'occasion de laquelle elle est née, sa cause soit considérée s'être diversifiée, de même qu'à partir d'un accident.

[PARCE QU'IL N'A PAS BESOIN] DE CETTE MÊME AIDE. Pourquoi [est-ce dit] ainsi ? Est-ce parce que l'opérateur maritime pouvait délibérer sur celui qu'il préposait à ses affaires et examiner de quelle innocence et de quelle confiance il était, D. 4, 9, 7³⁵⁹ ? Je le pense ainsi, grands dieux, du fait que c'est à partir du contraire que le bénéfice du prêteur s'est mis en marche, pour venir en aide seulement à ceux qui ont contracté avec le patron, auxquels la condition des patrons peut être inconnue, soit par une incommodité de temps ou du lieu, voir D. 14, 1, 1 pr³⁶⁰. En outre,

³⁵⁶ Ce titre est intitulé « *Des actions en justice de l'achat et de la vente* ».

³⁵⁷ Gabriel Mudæus, ou van der Muyden, né vers 1500, mort à Louvain en 1561, fut professeur à l'université de Louvain. C'est lui qui renouvela l'étude du droit en Belgique, en y important la méthode érasmienne. Il eut des élèves qui devinrent célèbres, comme François Baudoin, Jacob Reyvaerts ou Mathieu van Wesembeke, élèves auxquels il faudrait rajouter, si l'on en croit Peck, Piet Peck lui-même.

³⁵⁸ Paolo di Castro (mort vers 1441) est juriste italien qui rédigea des commentaires sur le *Codex* et les *Digesta*, outre un ouvrage de *Consilia* ou *Avis*.

³⁵⁹ Extrait du livre XVIII *Sur l'Édit du prêteur d'Ulpian* : « *L'armateur doit garantir le fait de tous ses marins, qu'ils soient libres ou esclaves. Non à mauvais titre, il garantit leur fait, du fait que lui-même les a employés à ses risques. Mais il ne les garantit pas autrement que si, sur le vaisseau lui-même, le dommage s'est produit ; du reste, si [c'est] en dehors du navire, bien que, [ce qui a été fait] par les marins, il ne le garantira pas. De même, s'il a annoncé à l'avance que chacun des passagers serait attentif à ses biens et qu'il ne garantirait pas le dommage, que les passagers ont consenti à ce qui a été dit avant, il n'est pas cité en justice. 1 - Cette action en considération des circonstances du fait (in factum) est au double. 2 - Mais, si les matelots, entre eux, se sont causés un dommage, celui-ci ne regarde pas l'armateur. Mais, si quelqu'un est [à la fois] matelot et marchand, [l'action en fonction des circonstances du fait au double] devra lui être accordée. Si quelqu'un, que l'on appelle communément un ναυτεπιβατας - un passager et un marin [à la fois] - [subit un dommage], envers lui, [l'armateur] sera tenu, mais il garantira aussi son fait, du fait qu'il est aussi un matelot. 3 - Si un esclave du marin a causé un dommage, bien que l'esclave ne soit pas matelot, il sera très juste, contre l'armateur, d'accorder une action utile. 4 - Mais, de cette action en son propre nom, l'armateur est tenu, à savoir pour la faute de celui qui a employé de telles personnes ; c'est pourquoi, s'ils sont morts, il ne sera pas déchargé. Mais, au titre de ses propres esclaves, d'une action noxale seulement, il est tenu ; car, quand il emploie ceux d'autrui, il faut qu'il examine de quelle loyauté et de quelle innocence ils sont ; pour les siens, il est digne d'un pardon, s'il a employé n'importe lequel pour manœuvrer le navire. 5 - Si plusieurs arment le navire, chacun, à la faveur de la part qu'il a dans le navire, est cité en justice. 6 - Bien que ces actions soient honoraires, cependant, elles sont perpétuelles ; mais, contre l'héritier, elles ne sont pas accordées. Par conséquent, si un esclave a armé un vaisseau et qu'il meurt, quant au pécule (de peculio), l'action n'est pas accordée contre le maître, ni dans le délai d'une année. Mais, [si], avec la volonté du père ou du maître, l'esclave ou le fils [de famille] arme un vaisseau, tient une auberge ou une écurie, je pense aussi que ceux-ci doivent souffrir cette action pour le tout, comme s'ils avaient reçu en totalité tout ce qui s'est ici produit ».*

³⁶⁰ Extrait du livre XXVIII *Sur l'Édit du prêteur d'Ulpian* : « *Il n'est personne qui ignore l'utilité de cet Edit. Car, du fait que, parfois, ne sachant pas de quelle condition ou quels ils seront, avec des patrons, à raison de la nécessité de la navigation, nous contractons, il est juste que celui qui impose le patron du navire en soit tenu, comme est tenu celui qui a préposé un détaillant (institor) à une échoppe*

comme dans cet endroit, il est décidé par Ulpien de façon expresse qu'une action est accordée contre l'opérateur maritime ou contre le patron, on peut très facilement s'accorder que la tradition d'Angelus était fautive, par laquelle il montrait que les marchands détaillants (*institores*), ou ceux que nous appelons dans notre langue des « facteurs »³⁶¹, et les patrons ne peuvent s'obliger sur le fondement du contrat, sur D. 45, 2, 9³⁶². C'est donc de façon plus juste que di Castro, avec Socini³⁶³, pense que ceux qui ont été énumérés peuvent être cités en justice, quoique pratiquant un autre office.

IL PEUT AGIR AVEC UNE ACTION DE MANDAT. (4) Le fait est que le mandat doit être gratuit, mandat qui tire son origine de l'amitié et du devoir, D. 17, 1, 1³⁶⁴. Qu'y a-t-il en effet de plus contraire à un devoir gratuit qu'une rémunération et un salaire ? Quoi de moins honnête que de prêter l'amitié avec un intérêt et, en recevant un prix, de rabaisser l'autorité d'un avantage libre, voir Cicéron dans le discours *Contre Lélius*, Quintilien, liv. 12, chap. 7 ? Et c'est pourquoi un procureur ne peut rien réclamer sur le fondement d'un mandat, afin de ne pas apparaître comme quelqu'un qui loue ses services³⁶⁵ (*locator [operarum]*). En outre, si quelque chose lui est offert pour l'honorer et qu'il le reçoive de façon honnête, D. 17, 1, 6 pr³⁶⁶, Justinien dit en conséquence justement que, si le mandat n'est pas gratuit, il tombe dans une autre forme d'affaire, voir *Institutes* III, xxvi, 13³⁶⁷.

ou à un commerce, du fait que la nécessité de contracter avec le patron [d'un navire] est plus grande qu'avec le détaillant. Mieux, la chose souffre que, quant à la condition du détaillant, on l'examine et qu'ainsi, on contracte ; pour le patron d'un navire, il n'en est pas ainsi, car, parfois, le lieu et temps ne permettent pas d'en délibérer plus complètement ».

³⁶¹ La langue néerlandaise utilise en effet le terme *factoor* dans le sens de « celui qui est au service d'un marchand ».

³⁶² Extrait du livre XXVII des *Questions* de Papinien : « J'ai déposé un même bien chez deux personnes en même temps, j'ai fait crédit à l'un et l'autre pour le tout, et j'ai prêté à usage ce même bien à deux personnes semblablement ; les deux personnes sont devenues défenderesses de la promesse, parce que [cela se fait] non seulement par les termes de la stipulation, mais aussi par les autres contrats, comme l'achat-vente, l'offre de bail-prise de bail, le dépôt, le prêt à usage, le testament, comme par exemple quand un testateur a dit à plusieurs héritiers institués : 'Que Titius et Mavius donnent dix à Sempronius'. 1 - Mais, si quelqu'un traite avec deux personnes pour faire un dépôt en leurs mains, de sorte que soit aussi garantie par l'autre la faute, il est plus vrai que ce ne sont pas deux défendeurs par lesquels une obligation inégale a été reçue. Il ne faut pas approuver la même chose, alors que les deux ont aussi fait promesse pour la faute, si par la suite la faute a été remise par l'autre, parce que la seconde convention, qui est intervenue sur la personne de l'autre, ne peut modifier le statut et la nature de l'obligation qui a créé deux défendeurs au départ. Pour cela, s'ils sont associés et qu'une faute commune est intervenue, le pacte de l'un fait avec l'autre sera effectif. 2 - Tandis que j'ai créé deux défendeurs d'une promesse à partir de différentes places, que j'ai stipulé que de l'argent soit remis à Capoue, on tiendra compte du temps propre sur le fondement de chacune des personnes ; car, quoiqu'elles reçoivent précisément une cause égale, néanmoins, l'obligation existe pour la personne propre de chacun des particuliers ».

³⁶³ Bartolomeo Socini (1436-1507), fils de Mariano Socini, juriste originaire de Sienne, qui enseigna à Pise, Padoue, Pavie, Sienne Ferrare et Bologne, à qui l'on doit des commentaires sur le Digeste et un ouvrage de *Consilia* ou *Avis*.

³⁶⁴ Extrait du livre XXXII *Sur l'Édit du préteur* de Paul : « L'obligation du mandat existe par le consentement de ceux qui contractent. 1 - C'est pourquoi on peut recevoir un mandat par l'intermédiaire d'un envoyé ou d'une lettre. 2 - De même, que l'on ait écrit "je demande", "je veux", "je donne mandat" ou avec quelque autre verbe que ce soit, il y a une action de mandat. 3 - De même, un mandat peut être différé à un terme et contracté sous condition. 4 - Il n'y a pas de mandat, si ce n'est gratuit ; car il tire son origine du devoir ou de l'amitié, une rémunération est donc contraire au devoir ; en effet, quand intervient de l'argent, la chose revient plus à une offre de bail-prise de bail (i. e. ici dans le cadre d'une *locatio operarum* ou louage de services) ».

³⁶⁵ Il faut rappeler que dans la civilisation romaine, ceux qui louaient leurs services aux autres, quand bien même ils étaient de condition libre, étaient vus comme des gens de peu. L'idéal social était de vivre de ses rentes, sans travailler de ses mains, ce qui était considéré comme vil, exactement comme dans la société française d'Ancien régime. Tout cela a laissé bien des traces dans notre culture française : il suffit de voir le mépris qui est resté sottement attaché à l'exercice de métiers manuels, voire aux professions liées au petit commerce pour les familles traditionnelles, pourtant tous fortement rémunérateurs quand ils sont correctement exercés, bien que l'on ne soit pas passé par la voie royale des formations classiques. Héritage romain à coup sûr, mais aussi lié au poids de l'Église romaine par la suite, sans doute trop perméable aux préjugés sociaux et fort peu favorable à tout profit *a priori* jugé illicite pendant très longtemps.

³⁶⁶ Extrait du livre XXXI *Sur l'Édit du préteur* d'Ulpien : « Si, pour le rémunérer, un honneur est intervenu, il y aura une action de mandat ».

³⁶⁷ « 13- En somme, il faut savoir que, si le mandat n'est pas gratuit, il tombe dans une autre forme d'affaire ; car, une rémunération ayant été établie, il commence à être un louage. Et, comme nous l'avons dit, pour les cas dans lesquels on a contracté sans rémunération en recevant un office de mandat ou de dépôt, on entend que l'affaire que l'on contracte, quand intervient dans ces cas une rémunération, est un louage. Et c'est pourquoi, si l'on a donné des vêtements à un foulon pour les nettoyer ou en prendre soin, ou à un tailleur pour les réparer, sans qu'un salaire ait été établi ni promis, il y a une action de mandat ».

LE MINISTÈRE DE L'ANNONE. (5) A raison de ce qui est nécessaire partout en premier lieu dans l'année, on trouve pêle-mêle de nombreux avantages accordés aux navires en droit par les empereurs romains. En effet, l'empereur Constantin, dans CJ. 11, 1, 2³⁶⁸, voulut que

« les patrons de navire qui transportent les espèces de l'approvisionnement ne subissent aucune violence, qu'ils n'admettent aucune concussion, ni quelque type d'inconvénient, mais que ceux qui arrivent et qui demeurent jouissent de toute la sécurité, une amende de dix livres d'or étant proposée contre ceux qui auraient tenté de les inquiéter ».

[ACTION] EXTRAORDINAIRE. Donc, bien que l'opérateur maritime ne puisse en droit agir en justice et intenter par la voie judiciaire une action ordinaire, le gouverneur aura cependant connaissance [d'une action] extraordinaire, ce que les nôtres appellent « venir en justice par le biais d'une requête ». Car, du fait que quelque chose arrive comme transversalement, pour ce que ne peut régler le pouvoir d'une action légale, on présente au juge une requête de supplication afin qu'il statue en équité à cet égard, voir François de Connan, liv. 7, au début du chapitre 14. (6) C'est de là que le jugement, qui est établi en implorant l'office du juge, est appelé extraordinaire, D. 50, 13, 1 pr³⁶⁹, chaque fois qu'il faut aussi donner un secours à quelqu'un sur le fondement de l'équité, parce que le remède ordinaire fait défaut, D. 12, 1, 16³⁷⁰. Mais qu'est ici l'équité ? Assurément, si le patron n'est pas solvable, CJ. 4, 10, 1³⁷¹ et à cause de CJ. 7, 43, 11³⁷², s'il est absent et qu'il y a un risque qu'il soit en retard, le débiteur sera peut-être dépouillé de ses biens, du fait que le patron qui est absent ne peut payer. Qu'en est-il au contraire, s'il dilapide les biens, le patron étant absent ? Qu'en est-il, si suspect, il ne peut être approuvé ? Qu'en est-il si le patron est mort avant la cession ? Voir [Paolo di] Castro sur D. 14, 1, 7³⁷³.

[D. 14, 1, 1 §§ 19-20]

³⁶⁸ La référence donnée dans le texte imprimé est erronée, il ne s'agit pas du premier texte, mais du second. Par ailleurs, la constitution en question n'est pas de Justinien comme l'écrit Peck, mais de Constantin et Julien, adressée au Préfet de la ville Olybrius et donnée en 357. Nous avons donc opéré la correction.

³⁶⁹ Extrait du livre VIII *Sur tous les tribunaux* d'Ulpien : « Le gouverneur de la province prononce le droit d'habitude au sujet des rémunérations, mais seulement pour les précepteurs des études libérales. Aussi recevons-nous [sous l'expression d'] études libérales ce que les Grecs appellent ελευθερία (i. e. « ce qui convient à un homme libre ») ; elles incluent les rhéteurs, les grammairiens et les géomètres ».

³⁷⁰ Extrait du livre XXXII *Sur l'Édit du préteur* de Paul : « Si un associé a remis un prêt de son propre argent, de toute façon, il fait un prêt d'argent, bien que les autres [associés] soient en désaccord ; s'il a payé un argent commun, il n'en fait autrement pas le prêt, à moins que les autres n'y aient consenti, parce qu'il a eu seulement l'aliénation de sa propre partie ».

³⁷¹ Constitution de Gordien adressée à Valeria et donnée en 242 : « Le montant d'un argent certain ayant été payé à celui que tu as rappelé, tu dis que, pour toi, à la place des actions de dette, il y a les actions de mandat à l'encontre du débiteur en faveur de qui tu as fait le paiement et qu'à ce titre, avant que tu aies entamé le procès, tu exposes que, sans héritier, le créancier est mort (littéralement : « a accompli la charge de son destin ») ; si les choses sont ainsi, une action utile, à toi, se présente ».

³⁷² Constitution de Dioclétien et Maximien adressée à Valerius (sans sate) : « Tandis qu'en présence des parties, tu exposes que le procès a commencé, si, après que, contre toi absent, l'on a prononcé, dans le délai fixé, tu n'as pas fait appel, de nombreuses saintes constitutions répugnent à ce qu'envers le demandeur, la sentence portée soit annulée ».

³⁷³ Extrait du livre VIII des *Questions* d'Africanus : « Lucius Titius a préposé Stichus comme patron du navire ; celui-ci, ayant emprunté de l'argent, a donné garantie que, pour la réparation du navire, il l'avait reçu. Il a été demandé si Titius, de action exercitoire, ne sera pas autrement tenu que si le créancier a prouvé que l'argent, pour la réparation du navire, a été consommé. [Africanus] a répondu que le créancier, efficacement, agirait, si, lorsque l'argent était prêté, le navire était dans cette situation qu'il devait être réparé ; le fait est qu'il ne faut pas que le créancier soit astringé à que lui-même reçoive le soin de la réparation du navire et administre l'affaire du propriétaire (ce qui, de façon certaine, aurait été, s'il avait nécessairement à prouver que l'argent, pour la réparation, avait été demandé) ; il doit être demandé qu'il sache ce pour quoi il prête, pour quelle affaire le patron a été préposé, ce qui, de façon certaine, ne peut se faire autrement que s'il avait aussi su que l'argent était nécessaire à la réparation ; et c'est pourquoi, quoique le navire se trouvât dans cette situation qu'il eût dû être réparé, cependant, si l'argent emprunté était de beaucoup plus important que ce qui, pour l'affaire, était nécessaire, ne doit pas, pour le tout, contre le propriétaire du navire, être accordée l'action. 1 - Parfois aussi, il faut évaluer si l'argent a été emprunté dans une place, dans laquelle a pu être achetée ce pour quoi il était emprunté : car qu'en est-il, dit-il, si, pour acheter une voile, quelqu'un a emprunté de l'argent dans une île dans laquelle, absolument, une voile ne peut pas être achetée ? En somme, le créancier doit procurer quelque diligence en cette [affaire]. 2 - Il faut dire presque la même chose, si quant à l'action institoire, la question est posée : car, alors, aussi, le créancier doit savoir que l'achat d'une marchandise est nécessaire, achat auquel l'esclave a été préposé, et cela est suffisant, si, pour cela, il a prêté ; il ne doit pas être aussi réclamé que lui-même se soucie [de savoir] si, pour cette affaire, l'argent devait être réclamé ».

« ³⁷⁴19 - Si celui qui a armé le navire, sous la puissance d'un autre, se trouve et qu'avec la volonté de ce dernier, il a armé le navire, pour ce qui, avec le patron, aura été fait, contre celui, sous la puissance duquel se trouvera celui qui a armé le navire, l'action est accordée. 20 - Mais, bien que soit accordée l'action contre celui, sous la puissance duquel se trouve celui qui arme le navire, cependant, ainsi seulement, elle est accordée, si, avec la volonté de dernier, il arme le navire. Mais c'est pourquoi, à partir de cette volonté [846], en totalité, sont tenus ceux qui ont sous leur puissance l'armateur, parce que l'armement [maritime] concerne au plus haut point la République. En revanche, pour les [préposés] détaillants, l'usage n'est pas le même ; pour cette raison, à la contribution, sont appelés seulement ceux qui ont contracté avec celui qui, d'une marchandise particulière, son maître le sachant, fait le commerce. Mais, si, [l'armateur] le sachant seulement, ne le voulant pas aussi, avec le patron, il a été fait un contrat, comme, contre lui, le voulant, nous accordons une action pour le tout, ou, à l'exemple de l'action tributoire, l'accorderons-nous ? Sur une chose douteuse, en conséquence, il est mieux, aux termes de l'Edit, d'être attentif, de ne pas charger la seule et simple connaissance du père [de famille] ou du maître sur le navire et, aux marchandises relevant du pécule, de ne pas étendre la volonté à une obligation. Ainsi, Pomponius est-il considéré signifier que, si une personne est sous la puissance d'une autre et que, certes, avec sa volonté, elle agit, en totalité, cette dernière est obligée, si [c'est] moins, sur le pécule ».

SOMMAIRE

- 1 - Raison de la décision dans ce paragraphe
- 2 - La navigation est-elle utile à la République ?
- 3 - Le fils ayant été émancipé, son père est-il tenu ?
- 4 - Comment doit se prouver la volonté
- 5 - Le père est-il tenu de tout contrat quel qu'il soit du fils ?
- 6 - En quoi l'action exercitoire diffère-t-elle de l'action « parce que sur ordre » (quod jussu) ?
- 7 - Ce qu'est une contribution
- 8 - Ce qu'est une marchandise propre
- 9 - La navigation sur la mer est utile
- 10 - Quand faut-il examiner les termes de la loi ?
- 11 - L'esprit de la loi est l'âme de la loi

L'ACTION EST ACCORDÉE. (1) Pourquoi [en est-il] ainsi ? Est-ce parce que celui est placé devant le permet et qu'il est considéré accorder aussi ce qui suit, D. 7, 6, 1 § 1 ³⁷⁵ ? Le fait est que, tandis que ceux-ci ne peuvent certes comme les autres, toujours survivre à leurs biens, celui qui souffre que ceux-là exploitent le navire, que des patrons soient aussi préposés, sera censé avoir fait autorité. (2) Ulpien assurément a établi l'utilité de naviguer la plus avantageuse à la République à la faveur de la raison. Aristote, dans ses *Politiques*, liv. 7, chap. 6 ³⁷⁶, a de belle façon montré si la navigation sur mer est profitable aux cités qui usent de bonnes lois ou si elle leur porte préjudice. Et, quoique cette question ait été assez abondamment décidée par nous un peu plus haut, il y a cependant beaucoup de choses qui sont en discussion. Car l'on dit que la venue et le caractère commun de certains étrangers et gens extérieurs, qui ont été éduqués dans d'autres lois, porte préjudice aux bonne lois et à la foule de l'endroit. C'est en effet de l'usage de la mer que la

³⁷⁴ Le paragraphe 18 de ce passage a été omis. Son texte est le suivant : « 18 - Mais à l'inverse, à l'armateur du navire, contre ceux qui, avec le patron, ont contracté, l'action n'est pas offerte, parce que, du même secours, il n'a pas besoin, mais, sur le fondement du louage (ex locato), contre le patron, si avec une rémunération, [ce dernier] fournit son travail ou si [c'est] à titre gratuit, avec l'action de mandat (mandati), il peut agir en justice. Clairement, les Préfets de l'annone, à cause de leur ministère, de même, dans les provinces, les gouverneurs, par la voie extraordinaire, les assistent ordinairement sur le fondement du contrat des patrons ».

³⁷⁵ Extrait du livre XVIII *Sur Sabinius* d'Ulpien : « 1 - L'usufruit légué est privé de ces aides, sans lesquelles on ne peut pas en user et en jouir ; et c'est pourquoi, si un usufruit est légué, il n'est cependant pas nécessaire que le suive le droit d'y accéder, à un point tel que, si quelqu'un lègue l'usufruit d'un endroit d'une façon telle que l'héritier ne soit pas contraint de garantir un droit de passage, de façon inefficace, cela sera considéré avoir été ajouté ; de même, si, un usufruit ayant été légué, le droit de passage a été supprimé, la suppression est sans effet, parce que, toujours, il suit l'usufruit ».

³⁷⁶ Cf. *Politiques*, trad. Pellerin (Pierre), Garnier-Flammarion, Paris 1990, p. 467-469.

multitude des marchands est née, en expédiant et en recevant, ce qui répugne à l'administration remarquable de la République. Du reste, ce philosophe répond aisément de même à ces arguments. Aussi, quant aux forces navales, ne fait-il pas de doute qu'il soit tout à fait utile de conserver une certaine force et une certaine abondance de ces dernières. En effet, toutes doivent venir en aide, en défense, et provoquer l'effroi non seulement à soi-même, mais aussi aux peuples voisins, sur terre comme sur mer. Mais, pour en revenir à l'endroit d'où je suis parti, au père et au maître, il est clair qu'ils sont tenus pour le tout, si le fils ou l'esclave exploite [le navire] avec leur consentement. (3) On demande ordinairement, si cela a lieu aussi pour un fils, une fois qu'il a été émancipé ; il est mieux que cela ne soit pas, mais je pense que le parent est seulement obligé au sujet de ce qui a été fait, D. 27, 3, 6³⁷⁷. Accurse l'a pensé de façon combien pire, jugeant que le fils, délié des liens avec son père, devait être cité en justice pour le tout. Bien plus, il faut dire que les lois n'ont pas voulu beaucoup charger celui qui a contracté avec le jugement d'un parent et, avec son aide, il aurait pu être libéré de l'obligation, s'il était resté sous sa puissance, de sorte que, devenu maintenant juridiquement autonome, dans les débuts de l'établissement de sa maison, il est exproprié de toutes les richesses, de sorte qu'il ne sera jamais utile à la République ou à sa maison. Mais, quoique le père soit mort, le fils n'étant pas encore émancipé, mais encore établi sous sa puissance, il est plus crédible que les héritiers en sont tenus, en argument CJ. 10, 31, 1³⁷⁸, Jason sur D. 12, 6, 38³⁷⁹.

SI, AVEC LA VOLONTÉ. Cela pourrait être clair le mieux possible avec l'accord au sujet du consentement du père ; beaucoup sont d'accord avec le contraire, pour ne pas dire, avec ce qui est absurde. Il est clair que l'on ne doit pas recevoir la volonté retenue dans l'intention et qui ne montre pas le témoignage d'elle-même par des indices extérieurs. Donc, si l'on ne peut prouver qu'est intervenue une volonté expresse, il faudra en venir aux conjectures probables, voir Fulgosius, Balde et Albericus ici. Le fait est que, au témoignage de Sénèque, comme personne, si ce n'est Dieu, ne peut discerner les mouvements incertains de l'âme, voir Accurse sur D. 11, 1, 1³⁸⁰ et 1 Chron, 28³⁸¹, de sorte que cette connaissance est plutôt celles des philosophes et des

³⁷⁷ Extrait du livre XXXI *Sur l'Édit du préteur d'Ulpien* : « Si un fils de famille a administré une tutelle et que, libéré de la puissance paternelle, avec un dol, il a fait quelque chose, il est demandé si l'action de tutelle tiendra le père aussi à ce titre. Il est juste que le père garantisse seulement le dol qui a été commis avant l'émancipation de son fils ».

³⁷⁸ Constitution de Valérien et Gallien adressée à Caius Cæsonis et donnée en 259 : « Si, alors que ton père voulait que tu sois décurion et que, celui étant mort, cet honneur t'a été remis, ses héritiers sont certes encore tenus envers la République, car le père est reçu sur ce point comme garant, mais pas auparavant, si ce n'est une fois dépouillé de tes propres biens ».

³⁷⁹ Extrait du livre IX des *Questions d'Africanus* : « Un frère, de son frère, alors que, sous une même puissance, il se trouvent, ayant emprunté de l'argent, après la mort du père, le lui a payé. Il a été demandé s'il pourra le réclamer. [Africanus] a répondu qu'en tout cas, certes, pour la part dont lui-même, pour son père, était un héritier, il le réclamerait, mais, pour celle dont le frère était héritier, il le réclamerait ainsi, si non moins, à partir de son pécule, n'arrivait à son frère ; en effet, il semble que l'obligation naturelle qui existait s'est présentée par cela même que le frère a obtenu une partie du pécule, à un point tel que, si cela avait été remis en préciput au fils et au débiteur lui-même, la déduction de cette dette, par le frère, à partir de celui-ci, serait faite. Cela est surtout conséquent avec cette opinion que Julianus a approuvée [en disant] que, si, à un tiers, il devait quelque chose et que, de celui-ci, après la mort du père, cela a été réclamé, seulement avec l'action de partage de succession (familia eriscundæ), aurait été recouvré des cohéritiers autant que, de ceux-ci, le créancier aurait pu poursuivre avec l'action quant au pécule (de peculio). En conséquence, si, rien n'étant décidé, avec l'action de partage de succession, l'on agit en justice, il est juste que le pécule soit partagé de telle façon que, pour le montant de ce qui est sans dommage, par le cohéritier, le paiement soit fait ; en outre, il faut que, contre le tiers, il soit défendu et d'autant plus que, pour ce qu'à son frère, il devait, il doit être garanti sans dommage. 1 - Il a été demandé, quand un père, à son fils, a prêté et que celui-ci, ayant été émancipé, l'a payé, s'il pourra le réclamer. [Africanus] a répondu que, si rien du pécule, chez le père, n'était resté, il ne le réclamerait pas ; car il y a en argument que l'obligation naturelle demeure, parce que, le tiers ayant agi en justice dans l'année quant au pécule, le père a fait déduction de ce que son fils lui devait. 2 - Au contraire, si le père a payé ce qu'à son fils émancipé lui-même, il devait, il ne le réclamera pas ; car, ici, il est montré que l'obligation naturelle demeure avec le même argument, parce que, si un tiers, dans l'année, quant au pécule, agit en justice, aussi, ce que le père lui devait sera compté. Ce sera la même chose, si un héritier extérieur, le fils ayant été déshérité, a payé ce que le père lui devait. 3 - J'ai reçu la garantie d'un legs et, lorsque le garant m'en a fait paiement, il est apparu qu'un indu m'avait été légué ; [Africanus] a pensé que [le garant] pouvait le réclamer ».

³⁸⁰ Extrait du livre II sur l'Édit monitoire de Callistrate : « Un héritier doit être interrogé en justice [pour savoir] de quelle part il est l'héritier, chaque fois que, contre lui, une action est établie et que le demandeur en justice doute [de savoir] de quelle part est héritier celui contre lequel il a voulu agir en justice. Mais l'interrogatoire est alors nécessaire, du fait que, sur la personne (in personam), porte l'action et [il en est] ainsi, si l'on demande quelque chose de déterminé, de sorte que, tandis que le demandeur ignore de quelle part son

théologiens, non pas des juges, il faut s'en remettre aux indices externes de l'intention, qui fourniront très aisément l'argument de la volonté, D. 48, 8, 1 § 3³⁸² et D. 12, 1, 3³⁸³. Qu'en est-il donc, si tous les rapports et tous les revenus sont remis à la partie ou au principal qui les reçoit ? Qu'en est-il, si on les tient pour exprès ? Assurément, si l'on ne peut établir clairement de cette façon la volonté, [ce n'est] pas pour le tout, le consentement n'ayant pas été prouvé par le demandeur, D. 22, 3, 2³⁸⁴. C'est ce que demande ici Ulpian, mais c'est seulement une action au sujet du pécule qui sera accordée. Mais les pères seront-ils tenus pour le tout pour un contrat passé avec un fils de famille, leur autorisation ayant été employée ? La question reçoit un tempérament. Car ils tombent parfois involontairement et contre leur gré dans une obligation pour le tout. En effet, l'empereur Hadrien a donné un rescrit au légat de Lyon, Britasius Pollio, en ces termes³⁸⁵ :

« Isidore Marcus, bien qu'il soit un fils de famille, sera considéré être un tuteur approprié. Mais, alors que le père ne veut pour cela veiller à retirer son fils de la tutelle et a persévéré dans cette façon de faire, je pense que tu seras opposé à cette fraude, de sorte que lui-même et son fils soient contraints d'assumer la tutelle des enfants de Clément ».

Voilà, il sera ici obligé [847] contre son gré. Assurément parfois, quoique qu'il ait donné son consentement, il n'est pas lié par le lien d'une obligation, ce que l'on peut voir à partir de la lettre de l'empereur Justinien [adressée] au Préfet du prétoire Joannes [et donnée en 531], CJ. 6, 61, 8³⁸⁶ dans le passage qui commence par *« C'est par la nécessité ... »*. En outre, si les pères ne sont pas contraints de faire l'une et l'autre chose, ne pas consentir ni s'obliger, ils seront tenus au-delà du pécule. On le dira, alors que l'on considère qu'il n'importe absolument pas, entre un ordre ou du moins, la volonté expresse des parents, [de savoir] pourquoi ce n'est pas une action exercitoire, mais une action *« parce que sur ordre » (quod jussu)*³⁸⁷ qui a été établie, D. 26, 7, 21³⁸⁸. La

adversaire, pour le défunt, était un héritier, parfois, en réclamant plus, il n'en éprouve pas quelque dommage. 1 - Mais, des actions relatives aux interrogatoires, aujourd'hui, nous n'usons pas, parce que personne n'est contraint, avant le jugement, quant à son droit, de répondre quelque chose et c'est pourquoi elles sont moins fréquentes et, en désuétude, elles sont tombées. Mais seulement pour les preuves, aux parties en litige, suffit ce qui, par la partie adverse, a été exprimé devant le juge sur les successions ou sur les autres affaires qui, dans les causes, sont versées ».

³⁸¹ Le chapitre tout entier renferme les instructions laissées par David à Salomon son successeur pour la construction du temple à Jérusalem, avec les métaux précieux nécessaires pour la fabrication des ustensiles mobiliers qui serviront dans ce temple.

³⁸² Extrait du livre XIV des *Institutes* de Marcianus : *« 3 - Le divin Hadrien a dit dans un rescrit que celui qui a tué un homme, si, sans intention de le tuer, il l'a fait, peut être absous et que celui qui n'a tué pas, mais l'a blessé de sorte qu'il le tue, à la faveur d'un homicide, doit être condamné ; et, à partir de l'affaire, cela doit être établi ; car, s'il a dégainé son glaive et qu'il l'en a frappé, indubitablement avec l'intention de le tuer, il l'a fait ; mais, si, avec une barre de pressoir ou une marmite lors d'une rixe, il l'a frappé, bien qu'il l'ait frappé avec du fer, [ce n'était] cependant pas avec l'intention de tuer. [Il dit] que doit être allégée la peine de celui qui, plus par accident lors d'une rixe que volontairement, a commis un homicide ».*

³⁸³ Le passage est mal indiqué : il faut corriger *quis* et lire *quid*. Extrait du livre XXVII *Sur Sabinus* de Pomponius : *« Lorsque nous avons accordé quelque prêt de consommation, quoique nous n'y ayons pas disposé que, de façon égale, le bien nous soit rendu, il n'est pas permis au débiteur de rendre un bien plus mauvais qu'il, du même genre, sera, comme du vin neuf pour du vin ancien ; car, en contractant, ce qui est fait, pour garanti, doit être tenu ; mais il est entendu être fait en sorte qu'il soit acquitté de la même espèce et de la même qualité que ce qui a été donné ».*

³⁸⁴ Extrait du livre LXIX *Sur l'Édit du prêteur* de Paul : *« La preuve incombe à celui qui affirme, non à celui qui nie ».*

³⁸⁵ Nous n'avons pas été capable de retrouver la référence proposée par Peck pour ce passage, tant elle est donnée de façon incorrecte.

³⁸⁶ Voici ce bref passage qui se trouve à la fin du paragraphe introductif : *« C'est par la nécessité qui doit s'imposer au père, à travers l'office du juge, de donner seulement son consentement au fils, ou à celui qui le fait ou le fait, de sorte que le jugement ne soit pas considéré se présenter sans la volonté du père ».*

³⁸⁷ Cette action permet à quiconque a contracté avec un fils de famille ou un esclave, d'attaquer le père ou le maître, parce que ces derniers ont conclu *« sur l'ordre »* du père ou du maître. L'action a pris son nom de ce que, dans la formule de procédure délivrée aux parties par le prêteur pour se rendre ensuite devant le juge commence par ces termes : *« du fait que sur l'ordre du père ou du maître ... »*. Cette action résulte de l'existence du pécule laissé au fils de famille ou à un esclave, étant entendu que ces derniers agissent sans aucune autonomie juridique et que le tiers qui a contracté avec eux peut alors se retourner directement contre le père ou le maître.

³⁸⁸ Extrait du livre unique des *Réponses* de Marcellus : *« Lucius Titius a donné dans son testament Gaius Seius, un fils de famille, comme tuteur à son fils ; Gaius Seius, son père le sachant et y consentant, a administré la tutelle ; je demande si, une fois Gaius Seius mort, l'action de tutelle, contre son père, et pour combien, se présentera. Marcellus a répondu que, selon ce qui est exposé, de l'action*

résolution commune des interprètes consiste en cela que l'action « parce que sur ordre » (*quod jussu*) se présente à partir de l'expression particulière du contrat, parce qu'il n'est pas ici nécessaire pour cette action exercitoire, qui se contente d'une préposition générale. Mais, comme cette solution a été peu protégée, [c'est] ce qu'Ulpien a répondu dans D. 15, 4, 1³⁸⁹ [à savoir] qu'il fallait recevoir l'ordre, que le maître ou le parent l'ait donné pour un seul contrat ou bien de façon générale. Un grand nombre [d'auteurs] s'en remet à autre chose et pense qu'un consentement tacite suffit pour l'action exercitoire, mais que, pour l'action « parce que sur ordre » (*quod jussu*), l'on requiert un consentement exprès. (6) Tandis que Rafaelo di Como n'en a absolument pas convenu sur ce jugement, mais a ajouté, au sujet des contrats des patrons préposés par eux, que l'on en faisait mention, cela n'a pas de raison pour l'action « parce que sur ordre » (*quod jussu*).

À LA CONTRIBUTION. (7) Nous entendons ici par « contribution » ce qui est imputé entre les créanciers de l'esclave qui a fait l'affaire et le maître auquel de même, l'esclave doit [quelque chose], c'est-à-dire que l'on fera le partage à proportion de ce que l'on devra à chacun. Donc, être appelé à contribution n'est ici rien d'autre que d'être admis à une part individuelle. C'est ce que l'on peut plus pleinement entendre à travers un exemple, dont Socrate atteste qu'il est d'une grande force dans son enseignement, chez Platon, dans *Du royaume*, et dont nous montrerons qu'il est difficile et qu'il montre de façon lucide de grandes choses sans exemples. Un fils de famille a fait une affaire sur une marchandise particulière, son père le sachant et le souffrant, auquel, pour ma part, j'ai vendu par une convention contractée pour un prix certain une grande quantité de marchandises. Celui-ci a passé un contrat avec d'autres personnes avec ce même calcul sur une marchandise particulière. J'ai cité en justice le père et j'ai réclamé au fils la somme payée. Assurément, quoique l'on ait reçu de façon régulière pour le pécule que les parents pouvaient d'abord déduire ce qui leur était dû, D. 15, 1, 5³⁹⁰ et D. 24, 3, 22 § 13³⁹¹, cependant la

quant au pécule et quant à ce qui a été versé dans le patrimoine (actio de in rem verso), est tenu ; il ne semble pas beaucoup que, dans ce cas, la connaissance et le consentement du père jouent pour l'obliger pour le tout, à moins, peut-être, que, le cotuteur ou une autre personne ayant voulu le rendre suspect, il ne soit intervenu, comme si, sur lui, il recevait le risque ».

³⁸⁹ Extrait du livre IX *Sur l'Édit du préteur d'Ulpien* : « À juste titre, à partir d'un ordre du maître, sur le tout, contre lui, l'action porte, car, d'une certaine façon, l'on contracte avec celui qui ordonne. 1 - Mais [comme] ordre, cela doit être reçu, quand quelqu'un a donné un ordre, soit avec un testament, soit avec une lettre ou avec des paroles, ou par l'intermédiaire d'un messenger, soit spécialement pour un seul contrat, soit de façon générale ; et c'est pourquoi, s'il a entamé le débat judiciaire ainsi : "L'affaire que tu veux faire avec Stichus, mon esclave, [j'ai-là] à mes risques", il est considéré l'avoir, pour toutes, ordonné, à moins qu'une loi certaine n'interdise quelque chose. 2 - Mais moi, je demande s'il peut révoquer cet ordre avant que l'on y ajoute foi ; et je pense qu'il le peut, de même que s'il avait donné mandat, que, par la suite, avant le contrat, avec une volonté contraire, il avait révoqué le mandat et qu'il me l'ait certifié. 3 - Mais, si un père ou un maître a donné mandat, il est considéré avoir donné un ordre. 4 - Mais, si, à un écrit manuel de l'esclave, le maître a souscrit, il est tenu de l'action "ce que, sur ordre" (*quod jussu*). 5 - Qu'en est-il donc, s'il a donné sa garantie en faveur de l'esclave ? Marcellus dit qu'il n'est pas tenu de l'action "ce que, sur ordre" (*quod jussu*) ; en effet, il intervient en tant que tiers ; c'est pourquoi il ne dit pas qu'il est tenu sur le fondement d'une cause de garantie, mais parce qu'une chose est de donner un ordre, une autre de donner une garantie ; enfin, de même, il écrit que, quoiqu'il ait sans effet donné une garantie, il n'est cependant pas obligé comme s'il avait donné un ordre, cette opinion est plus vraie. 6 - Si quelqu'un a confirmé ce que son esclave ou son fils avait fait, l'action "ce que, sur ordre" (*quod jussu*), contre ceux-ci, est accordée. 7 - Si un pupille en tant que maître a donné un ordre, en tout cas, il n'en est pas tenu, à moins qu'avec l'autorisation de son tuteur, il n'ait donné l'ordre. 8 - Si, sur ordre de l'usufruitier, avec un esclave, on va contracter, de même, [sur l'ordre] de celui que, de bonne foi, l'on sert, Marcellus pense que doit être accordée contre eux l'action "ce que, sur ordre" (*quod jussu*) ; et moi, j'approuve cette opinion. 9 - Si, sur ordre du curateur d'un adolescent, d'un fou ou d'un prodigue, avec un esclave, l'on a contracté, Labéon pense que doit être accordée l'action "ce que, sur ordre" (*quod jussu*) contre ceux auxquels l'esclave appartenait ; de même, contre un vrai procurateur. Mais, si le procurateur n'est pas véritable, contre celui-ci même, Labéon dit que doit être plutôt accordée l'action ».

³⁹⁰ Extrait du livre XXIX *Sur l'Édit du préteur d'Ulpien* : « Au titre d'un dépôt, le père ou le maître seulement, quant au pécule, est cité en justice et, si, avec le dol de ceux-ci, je me suis approprié quelque chose. 1 - Mais, si, en précaire, le bien, à un fils de famille ou à un esclave, a été donné, seulement quant au pécule, le père ou le maître est obligé. 2 - Si un fils de famille a déferé un serment et que l'on a juré, quant au pécule, l'action doit être accordée, comme si l'on a contracté ; mais, pour l'esclave, c'est différent. 3 - Le pécule a été appelé comme s'il était un petit argent ou un petit patrimoine. 4 - Mais Tubero définit, certes ainsi, le pécule, comme Celsus, dans le livre VI de ses *Digestes*, le rapporte, comme ce que l'esclave, avec la permission de son maître, possède quelque chose de séparé des comptes du maître, étant déduit de là, si quelque chose, au maître, est dû ».

³⁹¹ Extrait du livre XXXIII *Sur l'Édit du préteur d'Ulpien* : « 13 - Si la femme, sur la condition de son mari, s'est trompée et a pensé qu'il était libre, alors qu'il est esclave, il faut que soit accordé à la femme comme un privilège sur les biens de son mari, à savoir de sorte que, s'il y a d'autres créanciers, celle-ci est préférée pour l'action quant au pécule et que, si, peut-être, à son maître, l'esclave doit

règle commune n'a pas lieu en l'espèce. Le pécule ayant été remis pour le tout en moyen et présenté aux créanciers, le père n'en déduira rien, avec lequel l'on a contracté, lui le sachant et le souffrant. Mais il faudra admettre un partage entre tous les créanciers dans la mesure de la part individuelle, c'est-à-dire à proportion ce qui est dû par le fils. Ce qui a été dit ici pour le fils a également lieu pour l'esclave.

UNE MARCHANDISE PARTICULIÈRE. (8) On appelle « marchandise particulière » celle pour laquelle un maître autorise son esclave à négocier en son propre nom. Mais [est une chose] du maître, celle pour laquelle il fait les affaires au titre du maître.

LE MAÎTRE LE SACHANT. (9) En conséquence, du fait que, pour le commerce maritime, dont l'utilité pour la République est considérée plus importante que le commerce terrestre, il n'est en tout cas pas étranger à l'équité que les pères et les maîtres soient cités en justice pour le tout sur le fondement d'un contrat d'un patron préposé par le fils ou l'esclave et que cela a été reçu autrement pour d'autres, de sorte qu'ils ne sont pas obligés de se dégager par la seule prérogative de la déduction au-delà des forces du pécule.

MAIS SUR UNE CHOSE DOUTEUSE. (10) C'est de façon très juste qu'Ulpien dit que, sur une question douteuse, il ne faut pas s'écarter des termes de la loi. Car, quand l'intention de la loi est certaine ou que l'on peut la rassembler à partir des circonstances, sans aucun doute, c'est en nous écartant des termes de la loi que nous embrassons l'intention de la loi. Le fait est que, alors qu'il ne veut obstinément pas s'écarter de l'écrit et Celsus le Jeune, voir D. 45, 1, 91³⁹², avait coutume de dire qu'il errait pernicieusement. En tout cas, il faut faire en sorte que l'intention soit la racine des termes et la substance première, que les termes soient au service de l'intention et sous le joug de l'intention, non autrement que l'on presse un esclave. Cela n'était pas inconnu à la source de toute éloquence, Tullius Cicéron, dans ce discours qu'il tint en faveur d'Aulus Cecinna ; il dit :

« Il appartient à un faux accusateur de suivre ce qui est écrit, mais à un bon juge de défendre la volonté du rédacteur et la raison ».

C'est ce que dit en conséquence Quintilien, [à savoir] que pour tous les jurisconsultes, le plus grand travail tourna toujours autour de l'observation des termes, dans la mesure où cela est vrai, quand on ne peut autrement rendre claire l'intention du législateur, D. 30, 26³⁹³. Mais en quoi Ulpien pense-t-il que l'on doive s'en tenir aux termes ? Assurément, parce que, du fait que les parents ou les maîtres sont dans une faute moindre, avec la connaissance desquels on a contracté avec le patron, combien auraient-ils fait autorité pour aider aux affaires : il ne faut pas s'écarter des termes de l'Edit qui requiert le consentement. Du reste en effet, c'est à partir de cette seule connaissance pour des marchandises particulières que nous aurions dû étendre l'obligation pour le tout, la loi y répugnant. De tout cela, il s'ensuit donc que cela n'est pas vrai en droit de façon

quelque chose, la femme ne soit pas préférée, si ce n'est seulement sur ces biens qui, en dot, ont été remis ou, à partir de la dot, achetés, comme si ceux-ci étaient des biens dotaux ».

³⁹² Le renvoi à ce texte est de pure circonstance, car son propos est différent du sujet ici traité. Il n'est évoqué que pour l'expression « Celsus le Jeune » qui se trouve dans cet extrait du livre XVII *Sur Plautius* de Paul, au milieu du § 3, lorsqu'il remarque que « (...) Celsus le Jeune écrit que celui qui a commis un retard en acquittant Stichus, qu'il avait promis, pouvait corriger ce retard en le présentant par la suite (...) » et faisant observer qu'« on se trompe sous l'autorité d'une connaissance du droit de façon pernicieuse ».

³⁹³ Le passage est mal indiqué et il semble qu'il faille lire non pas *non aliter*, mais *non amplius*, car aucun passage dans ce titre ne commence par les mots indiqués. Extrait du livre V *Sur Sabinus* de Pomponius : « Plus largement, au titre des legs, il est considéré que n'appartient à personne ce qui, une fois déduit ce qui, pour satisfaire à la condition, a été donné, subsiste. 1 - Si l'héritier a été obligé de remettre un objet certain et qu'il ne l'a pas fait, empêchant qu'il le remette là où il se trouve, si cela, par la suite, sans le dol et sans la faute de l'héritier, a péri, plus mauvaise est rendue la condition de l'héritier. 2 - Alors qu'une partie des biens ayant été léguée, l'on doute [de savoir] si des parties des biens ou leur évaluation sont dues, Sabinus, certes, et Cassius ont pensé que l'évaluation avait été léguée, Proculus et Nerva, que [c'était] les parts des biens qui avaient été léguées. Mais il faut qu'à l'héritier, il soit donné un secours, de sorte que lui-même choisisse s'il préférerait remettre les parts des biens ou leur évaluation. Cependant, pour ces biens, l'héritier se voit accorder de remettre une partie, [biens] qui, sans dommage, peuvent être partagés ; mais, si au contraire, naturellement, ils sont indivis ou que, sans dommage, un partage ne peut être fait, leur évaluation, par l'héritier, de toute façon, doit être payée ».

continue, parce que ceux qui se taisent et savent sont considérés consentir, ce qui a été dit à cet égard par nous dans un autre endroit, Sexte, règle 43 ³⁹⁴

[D. 14, 1, 1 §§ 21-23]

« 21 - Mais, comme sous puissance, nous recevons, des deux sexes, les fils et les filles, les esclaves mâles ou les esclaves femelles. 22 - Si, cependant, un esclave du pécule, avec le consentement du fils de famille au pécule duquel il appartenait, ou le voulant un esclave, un esclave en sous-ordre, a armé le navire de ce dernier, le père ou le maître qui n'a pas accordé son consentement, seulement quant au pécule, sera tenu, mais le fils lui-même, pour le tout. Clairement, si, avec la volonté maître ou du père, ils arment [le navire], en totalité, ils en seront tenus et, en outre, le fils lui-même, pour le tout, [en sera tenu]. 23 - Mais, bien que, si avec le patron de ce dernier, cela a été fait, seulement, le prêteur offrira une action, comme Julianus aussi l'a écrit, même si, avec [848] l'armateur lui-même, il a été fait contrat, le père ou le maître sera tenu pour le tout ».

SOMMAIRE

- 1 - Ceux qui sont sous notre puissance
- 2 - Ce qu'est un esclave acquis avec le pécule
- 3 - Ce qu'est un esclave en sous-ordre
- 4 - Qui sont les amis des empereurs ?
- 5 - D'où dit-on « esclaves ordinaires » ?
- 6 - Pourquoi le père sera-t-il tenu au sujet du pécule ?
- 7 - Comment est cité en justice un fils de famille ?

SOUS PUISSANCE. Justinien, dans le livre premier de ses *Institutes* I, viii *De ceux qui sont autonomes en droit (sui juris) ou sous la puissance d'autrui (alieni juris)*, divise les personnes par une division suprême, en personnes libres et esclaves, par une seconde division, en celles qui sont autonomes en droit et celles qui dépendent de la puissance d'autrui. C'est pourquoi nous distinguerons celles qui se trouvent sous la puissance d'autrui. (1) En conséquence, les esclaves se trouvent sous la puissance de leurs maîtres, mais se trouvent sous notre puissance les enfants que nous avons procréés sur le fondement de justes noces. Assurément, la puissance des maîtres appartient au droit des gens, pas au droit naturel, selon lequel tous les hommes se retrouvent égaux, D. 50, 17, 32 ³⁹⁵. Aussi, tant à partir de la loi romaine qu'à partir d'Aristote, il est clair qu'il existe une autorité naturelle pour un père sur ses enfants, qui doit retenir toute sa vigueur chez tous les peuples, D. 28, 2, 11 ³⁹⁶ et Aulu-Gelle, *Nuits attiques*, V, 19 ³⁹⁷. En outre, comme le pouvoir de vie et de mort existait autrefois pour le père ou le maître, cependant aujourd'hui la puissance des deux est établie avec une raison plus humaine. Faculté a été laissée au père de châtier son fils,

³⁹⁴ « Celui qui se tait est considéré consentir ». Peck renvoie ici au commentaire qu'il a fait de ces règles rassemblées à la fin de recueil de Sexte, voir pour celle-ci et la suivante qui lui est contraire, puisqu'elle énonce que « Celui qui se tait ne parle pas, mais en tout cas, il n'est pas considéré consentir », p. 180-184.

³⁹⁵ Extrait du livre XLIII *Sur Sabinus* d'Ulpien : « Pour ce qui regarde le droit civil, les esclaves sont tenus pour rien, pas cependant selon le droit naturel, parce que, pour ce qui regarde le droit naturel, tous les hommes sont égaux ».

³⁹⁶ Extrait du livre II *Sur Sabinus* de Paul : « Pour les héritiers en ligne directe (heredes sui), il apparaît plus évident que la continuation de la propriété conduit l'affaire à ce qu'aucune succession ne soit considérée s'être trouvée, comme si, autrefois, ces propriétaires étaient ceux qui aussi, du vivant du père, d'une certaine façon, comme propriétaires, étaient pensés. D'où aussi, le fils de famille est appelé, de même que le père de famille, cette seule remarque étant ajoutée, par laquelle le géniteur, de celui qui aura été généré, est distingué. C'est pourquoi, après la mort du père, ils ne sont pas considérés recevoir la succession, mais obtiennent plus la libre administration des biens. Pour cette raison que, bien qu'ils ne soient pas des héritiers institués, ils sont propriétaires ; et n'y fait pas obstacle le fait qu'il soit permis de les déshériter et qu'il était permis de les tuer ».

³⁹⁷ Le chapitre en question évoque le système des adoptions dans la société romaine, avec ses deux volets : l'*adoptatio*, faite devant le prêteur, et l'*adrogatio*, qui ne concerne que les familles patriciennes, qui doit donc se dérouler devant les comices curiates et sur décision des pontifes. Aulu-Gelle, l'auteur de ce recueil assez composite, serait né entre 115 et 120 et mort après 158. Cf. AULU-GELLE, *Nuits attiques*, trad. Marache (René), Belles Lettres, Paris 2002, t. 2, p. 30-32.

tandis que le châtement lui-même comporte plus d'affection [paternelle] que de dureté, tandis encore qu'il est éloigné de la colère, avec laquelle Cicéron estimait que rien n'était fait avec justice, ni avec réflexion, dans les *Tusculanes*, liv. 4 à la fin. Mais le droit civil, qui s'écarte du droit des gens, D. 1, 1, 6³⁹⁸, a appliqué le moyen au pouvoir de commandement du maître, comme chacun pourra le voir en son lieu, *Institutes*, I, viii, § 2³⁹⁹. En effet, le divin Hadrien a interdit que les esclaves soient mis à mort par les maîtres ; mais, s'ils avaient commis des infractions, il commande qu'ils soient affectés d'une peine par le jugement du préteur, ainsi comme pour la matrone Umbritia, parce qu'elle avait sévi au-dessus de la mesure contre ses servantes, on rapporte qu'il l'a reléguée pour une durée de cinq ans, ce qu'il regarda comme à faire pour la chose publique plus en adoucissant [la peine] et en prenant soin des âmes probes que par des verges. Aujourd'hui assurément, la puissance des deux se maintient dans l'acquisition, l'obéissance et certaines autres choses que l'on peut remarquer en leur lieu, [voir] CJ. 4, 27, 1⁴⁰⁰ et tout le titre 14 du livre 37 du Digeste « *De la soumission à fournir aux parents et aux patrons* »⁴⁰¹. Cette puissance est privée. Assurément, les plus hauts maîtres, les empereurs, les rois, les princes et tous ceux enfin qui sont placés à la tête de la République avec une autorité publique, disposent de la [puissance] publique, dont il ne faut pas que nous parlions à cet endroit.

L'ESCLAVE ACQUIS DANS UN PÉCULE. (2) Il y avait des esclaves acquis dans un pécule, qui étaient comptés dans le pécule des fils, comme biens à eux laissés, chose dont il ne convient pas débattre longuement dans notre siècle, du fait que, par la loi divine, nous vivons tous dans une même condition. En effet, parmi eux (dit Paul dans Gal 3, 27-28), celui qui a été baptisé en Christ se sera ni libre, ni esclave. Mais, parce que le traitement des esclaves comporte l'exposition claire d'un grand nombre de choses et que ce qui doit être dit au sujet des autres se réunit pour une grande part à partir des esclaves, il suffira parfois de l'évoquer en passant.

[L'ESCLAVE] EN SOUS-ORDRE. (3) Du fait que le bien domestique se gouverne avec de nombreuses et diverses fonctions, il était nécessaire d'établir la diversité des esclaves, non pas afin que le puissance des maître ne soit pas égale sur tous, mais que leur rang et leur statut soit distinct, comme pour un honneur certain, voir François de Connan, liv. 2, chap. 1. En conséquence, certains des esclaves étaient appelés « réguliers », d'autres « en sous-ordre ». [Sont] réguliers, ceux auxquels le maître a remis un pécule et a permis de faire des affaires, D. 15, 1, 17⁴⁰². Mais les sous-ordre étaient esclaves des esclaves réguliers d'une certaine façon, et certains

³⁹⁸ Extrait du livre I^{er} des *Institutes* d'Ulpien : « Est le droit civil ce qui ne s'écarte pas en totalité du droit naturel ou du droit des gens, ni qui le respecte pour tout ; c'est pourquoi, quand nous ajoutons quelque chose ou retirons au droit commun un droit propre, nous en faisons le droit civil. 1 - Notre droit se constitue en conséquence à partir d'un écrit ou sans écrit, comme chez les Grecs : 'certaines des lois sont écrites, les autres non écrites' ».

³⁹⁹ « 2 - Mais, à notre époque, il n'est pas permis aux hommes qui se trouvent sous notre commandement de sévir au-dessus de la mesure contre leurs esclaves, sans une cause reconnue par les lois. Car, à partir d'une constitution de divin Antonin, celui qui tue son esclave sans motif, on a ordonné qu'il ne soit pas moins puni que celui qui a tué [l'esclave] d'autrui. Mais, par la constitution du même empereur, c'est une plus grande rudesse des maîtres qui est châtiée ; car, consulté par certains gouverneurs des provinces au sujet des esclaves qui se réfugiaient dans un bâtiment sacré ou auprès d'une statue des empereurs, [Antonin] ordonna que, si les sévices des maîtres étaient intolérables, ils seraient contraints de vendre leurs esclaves à de bonnes conditions, de sorte que le prix serait remis aux empereurs, et cela à bon droit. En effet, il est avantageux pour la République que nul n'use mal de son bien. Voici les termes de ce rescrit envoyé à Ælius Marcianus : 'Il faut certes que la puissance des maîtres contre leurs esclaves demeure en entier et que l'on ne retire à personne son droit sur les esclaves ; mais il est de l'intérêt des maîtres que l'on ne refuse pas à ceux qui en font la prière de façon juste une aide contre une cruauté, la faim ou une injustice intolérable. C'est pourquoi tu connaîtras des plaintes de ceux qui, de la domesticité de Julius Sabinus, se sont réfugiés auprès de la statue et, si tu as reconnu qu'ils ont été traités plus durement qu'il n'est juste, ou affectés d'une injustice infâme, ordonne de les vendre, de telle façon qu'ils ne reviennent pas en la puissance du maître. Que celui qui a commis une fraude envers ma constitution sache que j'exécuterai plus sévèrement ce qui a été admis ».

⁴⁰⁰ Constitution de Dioclétien et Maximien adressée à Marcellus et donnée en 290 : « La cause de la possession ayant été exceptée, il est d'un droit non douteux que l'on ne peut rien acquérir par l'intermédiaire d'une personne libre qui n'est pas soumise au droit d'autrui. Si donc un procureur a conclu la revendication d'un bien restauré, non pour lui, mais pour celui dont il administre les affaires et qu'une stipulation a suivi le pacte, nulle obligation n'a été acquise au principal. Aussi les biens remis aux esclaves sont-ils acquis au maître ».

⁴⁰¹ Cet titre est composé de 11 extraits qu'il ne peut être question de reprendre ici.

⁴⁰² Extrait du livre XXIX *Sur l'Édit du préteur* d'Ulpien : « Si mon esclave régulier a des esclaves en sous-ordre, ce que les esclaves en sous-ordre me doivent, le déduirai-je du pécule de l'esclave régulier ? Et la première question est la suivante, [à savoir] si ces pécules,

[étaient] comme des sous-maîtres ou des sous-détaillants (*subinstitores*). Il arrive en effet souvent que les maîtres naturels, par une certaine faveur, aiment plus celui-ci que celui-là et que, par conséquent, ils préfèrent l'un à l'autre, comme cet esclave à tout faire (*mediastinus*) dont il a été question un peu plus haut, mais qu'ils l'établissent [comme] esclave pour l'entretien de l'*atrium*. Ils accordent à celui-ci un pécule, ils soumettent l'autre au premier. (4) C'est ce que l'un des philosophes a dit au sujet des amis, qu'ils sont semblables à des calculs qui servent à supputer, qui ont peu ou beaucoup de valeur, selon qu'ils sont portés sur les lignes supérieures ou inférieures de la table des comptes ; on peut dire la même chose pour les esclaves, qui sont de meilleure condition d'autant plus que chacun a trouvé un maître favorable. Mais ces sous-ordre pouvaient avoir un pécule et dans ce dernier aussi des esclaves, que l'on appelle « esclaves faisant partie du pécule » et « sous-ordre des sous-ordre » ; ils étaient compris dans le pécule du premier esclave régulier. Si donc nous regardons la puissance du maître, l'esclave régulier et le sous-ordre lui sont également soumis, et l'un d'eux est le compagnon d'esclavage de l'autre. Mais si [nous regardons] la raison du pécule : l'esclave régulier est le maître du sous-ordre. Aussi François de Connan pense-t-il, dans le même endroit [cité plus haut], que c'est de là que les esclaves ont été appelés réguliers, parce qu'ils tenaient leur rang et leur place dans le bien domestique du maître ; [il n'en était] pas de même des sous-ordres, qui se trouvaient dans le pécule des esclaves réguliers, tout comme nous appelons droit régulier, celui qui est différent de celui qui est donné en dehors de la règle. Au vrai, il n'y avait aucune fonction certaine des sous-ordre et résolue du service, mais ils étaient encore contraints d'obéir aux demandes de tous les réguliers et de se tenir prêts.

[L'ACTION] QUANT AU PÉCULE. (6) En effet, bien que les maîtres ou les parents n'aient rien contracté, de sorte qu'ils ne sont pas tenus en droit civil sur le fondement du contrat des fils ou de l'esclave, ils le sont d'autant moins pour les faits de ceux qui ont été préposés par eux, voir le titre 13 du livre 4 du Code « *Pour que le fils ne soit pas cité en justice pour le père, ni le père pour son fils émancipé, ou l'affranchi pour le patron, ou l'esclave pour son maître* »⁴⁰³. Cependant l'équité naturelle réclame que les maîtres et les parents soient tenus des contrats et des affaires faits par l'intermédiaire des esclaves ou des fils. Le fait est que, du fait que ceux-ci ont remis à ceux qui sont sous leur puissance une certaine somme d'argent à titre de pécule, et donc pour une affaire, [849] ils sont considérés aussi avoir contracté avec leur autorisation ce qui est jugé s'ensuivre, D. 15, 1, 46⁴⁰⁴. C'est ce qui est dit de façon plus abondante ailleurs, *Institutes* IV, vi, § 10⁴⁰⁵.

POUR LE TOUT. Le fait est que, comme l'écrit Ulpien dans son livre XL sur l'*Édit du préteur*, D. 5, 1, 57⁴⁰⁶ :

« Il y a une action contre le fils de famille sur le fondement tant de ses contrats que de ses délits ».

(7) En conséquence, c'est pour cette même raison que l'on peut être cité en justice à partir du contrat du patron ou de l'esclave. Si donc quelqu'un a contracté avec un fils de famille, il a deux

dans le pécule de l'esclave régulier, seront comptés. Proculus et Atilicinus pensent que, de même que les esclaves en sous-ordre eux-mêmes sont dans le pécule, de même aussi, [le sont] leurs pécules ; et, certes, ce qu'à moi, le maître de ceux-ci [doit], c'est-à-dire ce que l'esclave régulier doit, sera déduit du pécule de ceux-ci ; mais ce que les esclaves en sous-ordre eux-mêmes doivent, seulement [sera déduit] du pécule de ces derniers ; mais, si, non à moi, mais à l'esclave régulier, ils doivent quelque chose, ce sera déduit de leur pécule comme, à un compagnon d'esclavage, dû ; mais ce qu'à ceux-ci mêmes, l'esclave régulier doit ne sera pas déduit du pécule de l'esclave régulier, parce que leur pécule, dans le pécule de celui-ci même, se trouve (et ainsi, Servius l'a-t-il répondu), mais leur pécule en sera augmenté, comme je le pense, de même que si le maître, à son esclave, le doit ».

⁴⁰³ Ce titre du Code renferme cinq constitutions.

⁴⁰⁴ Extrait du livre LX *Sur l'Édit du préteur* de Paul : « *Celui qui accorde l'administration d'un pécule est considéré autoriser de façon générale ce qui aura été permis de façon spéciale* ».

⁴⁰⁵ « 10 - *Aussi le préteur a-t-il accordé les actions au sujet du pécule (de peculio) contre le père ou le maître, parce que, bien qu'ils ne soient pas tenus par ce même droit (i. e. le droit civil) du contrat des fils ou des esclaves, il est cependant juste qu'ils soient condamnés jusqu'à concurrence de ce qui est comme le patrimoine des fils et des filles, des esclaves de même* ».

⁴⁰⁶ Cet extrait dit : « *Il y a une action contre le fils de famille sur le fondement tant de ses contrats que de ses délits ; mais, le fils étant mort après la liaison du litige, l'action est transférée contre le père seulement quant au pécule et ce qui a été versé sur son bien. De façon certaine, si le fils de famille a reçu une action comme procureur de quelqu'un, lui étant mort, le compromis ou ce qui a été jugé est accordé à celui qu'il défendait* ».

débiteurs : le fils pour le tout et le père seulement quant au pécule, ce que dit Domitius Ulpien dans son livre LXIII sur l'Édit du préteur, D. 15, 1, 44⁴⁰⁷.

« C'est pourquoi, si le père, à son fils, a enlevé son pécule, les créanciers ne peuvent pas moins, contre le fils, agir en justice »

(comme l'atteste Julius Paul dans D. 15, 1, 45). Mais, qu'en est-il, si ne possède rien celui avec qui a contracté le fils de famille, l'action est-elle vaine du fait du dénuement, D. 4, 3, 6⁴⁰⁸ ? Qu'en est-il, si tout appartient au père ? Quelle est l'utilité d'une condamnation, quand ne s'ensuit pas une exécution ? L'opinion commune a reçu qu'il fallait en venir dans ce cas au bénéfice de la cession [des biens]. Justinien le dit dans CJ. 7, 71, 7⁴⁰⁹ : en effet,

« Comme les fils de famille peuvent posséder des richesses, dont l'acquisition est interdite aux pères, et aussi un pécule, pour les camps militaires ou ce qu'ils possèdent par la volonté de leur père, pourquoi devrait-on leur refuser la cession des biens ? Quand, si ne possèdent rien dans leur fortune [ceux qui sont sous la puissance de leurs parents]⁴¹⁰, cependant afin qu'ils ne souffrent pas une injustice, la cession des biens doit être admise. En effet, si le père de famille doit être admis en raison de la crainte d'injustices, lui qui en vient au triste remède de la cession, pourquoi dénierions-nous ce droit aux fils de famille des deux sexes ? Quand il est du droit le plus clair que, parmi les pères de famille et parmi ceux qui sont soumis à la puissance d'autrui, si quelque chose d'assez riche leur est parvenu, cela peut de nouveau être enlevé de manière légale par les créanciers jusqu'au montant de la dette ».

C'est là ce qu'il dit. Clairement, s'il refuse de céder ses biens, il est plus probable qu'il puisse être conduit en prison, voir Zasius, Jason et les autres sur *Institutes* IV, vi, § 10⁴¹¹.

SI, AVEC LE CONSENTEMENT DU PÈRE, ETC. La raison en est que ceux qui contractent de bonne foi et avec le consentement du père⁴¹² avec des fils de famille ne seront pas abusés. En effet, Jérémie 48, 10, dit :

« Maudit est celui qui fait de façon trompeuse la besogne [du Seigneur] ! »

Aussi agit de façon trompeuse celui qui, autorisant volontairement que le fils fasse des affaires, refuse de payer la dette. Assurément, il appartiendra au jugement des autres [de dire] si, nombre de fois, des parties du pécule sont cachées. C'est de façon juste qu'il a été écrit dans Lév 19, 11 :

« Vous ne direz pas de mensonges et nul ne trompera son prochain ».

[D.14, 1, 1 § 24]

« 24 - Cette action, sur le fondement de la personne du patron, sera accordée contre l'armateur et c'est pourquoi, si, contre l'un de ceux-ci, l'on a agi en justice, contre l'autre, on ne peut pas agir. Mais, si quelque chose a été payé, si, certes, [c'est] par le patron, selon le droit lui-même, l'obligation en est diminuée ; mais, si [c'est] par l'armateur ou en son nom, c'est-à-dire à raison d'une obligation honoraire, ou qu'au nom du patron, l'obligation en est diminuée, parce qu'une autre personne en payant pour moi me libère ».

SOMMAIRE

- 1 - On ne peut réclamer deux fois une même chose
- 2 - Une action en justice une fois choisie, quand est-il permis de revenir à une autre ?
- 3 - Comment se distinguent ce qui se fait par le droit lui-même et [ce qui se fait] par le moyen d'une exception ?
- 4 - On peut payer pour quelqu'un contre son gré

(1) Gaius, consulté [à cet égard], dont la réponse est aussi approuvée par le droit pontifical, Sexte, règle 83⁴¹³, dit dans D. 50, 17, 57⁴¹⁴ :

⁴⁰⁷ Extrait du livre LXIII Sur l'Édit du préteur d'Ulpien : « Si quelqu'un a contracté avec un fils de famille, il a deux débiteurs, le fils pour le tout, le père seulement au sujet du pécule ».

⁴⁰⁸ Extrait du livre IV Sur l'Édit provincial de Gaius : « Car est considéré n'avoir aucune action en justice celui dont l'action est vaine en raison du dénuement de son adversaire ».

⁴⁰⁹ Il s'agit d'une constitution adressée à Julianus, Préfet du prétoire, et donnée en 531.

⁴¹⁰ Ce membre de phrase a été oublié par Peck et rend quelque peu obscure la citation qu'il fait de ce texte.

⁴¹¹ Cf. *supra* note 405.

⁴¹² Il faut ici lire non *parentem*, mais *parentis*, sans quoi la phrase n'a pas de sens.

⁴¹³ « La bonne foi ne souffre pas que ce qui a été obtenu une fois soit de nouveau réclamé ».

⁴¹⁴ Il s'agit d'un extrait du livre XVIII Sur l'Édit provincial.

« La bonne foi ne souffre pas que l'on réclame deux fois la même chose ».

C'est donc justement qu'Ulpien explique ce qui a été dit qu'il était en notre puissance [de savoir] si nous voulions citer en justice l'opérateur maritime ou le patron, que si l'on a agi en justice contre l'un des deux, on ne peut agir contre l'autre. (2) Ce choix engendre-t-il un préjudice pour le créancier, CJ. 6, 2, 1⁴¹⁵ ? En tout cas, il ne semble pas. En effet, quoiqu'il soit conforme à la règle que, pour les actions, l'une ayant été choisie, il n'est pas permis de revenir vers une autre, D. 14, 4, 9 § 1⁴¹⁶, cependant, pour un grand nombre de débiteurs, on ne le reçoit pas de même en droit ; si l'un d'eux est choisi et cité en justice, ce n'est pas pour cela que l'on peut dire que les autres sont absous ; mieux, on pourra les atteindre et les contraindre au paiement de ce qui ne pouvait pas être respecté par un autre, D. 15, 1, 37 § 2⁴¹⁷. Donc, il en est ainsi, du fait que l'on a agi en justice de nouveau contre l'un des deux (comme en témoigne Julius Paul dans D. 9, 3, 4⁴¹⁸), c'est avec le paiement, non avec la liaison du litige que la libération se produira. Assurément, dans les matières pénales, ce ne sont ni la liaison du litige, ni le paiement fait par l'un pour le tout qui libérera les autres, en revanche chacun est exposé à sa pénalité, D. 9, 2, 11 § 4⁴¹⁹, ce qui sera traité par nous plus longuement en un autre endroit, sur le Sexte, règle 20⁴²⁰.

SELON LE DROIT LUI-MÊME. (3) La libération se produira-t-elle par le droit lui-même ou par l'intermédiaire d'une exception dans la mesure où les jurisconsultes ont pensé que cela avait un intérêt ? Comme dans le premier cas, le lien par lequel on est lié est absolument ôté. Mais pour le second, bien que le lien subsiste par une raison subtile, il est détruit par une exception, toute sa force et la puissance de l'obligation sont effacées, pourvu qu'une exception soit opposée pour exclure l'action, par la chose elle-même ou par un fait, avec ce moyen : si vous avez fait un pacte pour ne pas réclamer, si vous n'avez pas fait [quelque chose] par dol, etc. L'obligation n'est pas supprimée avec les exceptions dans le droit lui-même (on les donnait à ceux qui seraient liés), c'est-à-dire autant qu'elle s'étendait à la raison précise du droit, de sorte que l'action est encore juste par le droit le plus fort. Mais le défendeur n'est pas condamné en équité à cause d'une exception, *Institutes* IV, xiii, § 3⁴²¹. Baron, comme il le fait ordinairement pour tout, explique finement combien, si devant le prêteur qui accordait le jugement, le défendeur n'avait pas au début contesté, il était condamné, quoiqu'en vérité, il y eût un pacte fait au sujet de la non

⁴¹⁵ Constitution de Sévère et Antonin adressée à Theogenes et donnée en 200 : « Si, confiant ton argent à tes esclaves, l'un a acheté des biens-fonds, tu dois choisir si tu devras intenter une action de vol et une condition ou plutôt une action de mandat ; en effet, l'équité ne souffre pas que tu poursuives la cause d'un crime et que tu demandes que soit exécuté un contrat de bonne foi ».

⁴¹⁶ Extrait du livre XXIX *Sur l'Édit du prêteur* d'Ulpien : « 1 - On doit choisir avec quelle action on fera valoir son droit en justice, si c'est une [action] au sujet du pécule, ou par une [action] tributaire, du fait que l'on sait qu'il n'y aura pas de retour vers une autre. Clairement, si l'on veut agir en justice à partir d'une cause avec l'[action] tributaire, on devra lui donner audience pour l'autre cause avec l'[action] au sujet du pécule ».

⁴¹⁷ Extrait du livre XII des *Digestes* de Julianus : « 2 - J'ai vendu à Sempronius l'esclave qu'avec Titius j'avais en commun : il a été demandé si, avec l'action quant au pécule, contre Titius ou contre Sempronius, on agira en justice ou si compte devait être tenu du pécule qui, chez moi, se trouvait. J'ai dit que, si, contre Sempronius, on avait agi en justice, jamais, compte du pécule qui, chez moi, se trouvait ne devait pas être tenu, parce que ce dernier n'avait aucune action contre moi, par le biais de laquelle il pourrait obtenir ce qu'il avait payé. Mais, si, contre Titius, après l'année durant laquelle je l'ai vendu, l'on a agi en justice, semblablement, ne devait pas être compté le pécule qui, chez moi, se trouvait, parce que l'on ne pourrait maintenant agir contre moi avec l'action quant au pécule. Mais, si au contraire, durant l'année, l'on a agi en justice, alors, compte devra aussi être tenu de ce pécule, après que l'on a décidé que, l'esclave ayant été vendu, il devait être permis au créancier, contre le vendeur et contre l'acheteur, d'agir en justice ».

⁴¹⁸ Extrait du livre XIX *Sur l'Édit du prêteur* de Paul : « A la réception [de l'argent dû] et non au commencement du débat judiciaire, ils paieront leur part du dommage avec l'action de société ou une action utile à celui qui a payé ».

⁴¹⁹ Extrait du livre XVIII *Sur l'Édit du prêteur* d'Ulpien : « 4 - Si un grand nombre de gens a jeté une poutre et écrasé un esclave, c'est de façon juste que les anciens ont décidé que tous étaient tenus au titre de la *Lex Aquilia* ».

⁴²⁰ Il semble que le texte soit mal référencé et il faut non pas lire *Nemo pluribus*, mais *Nullus pluribus*. « Nul ne sera empêché de recourir à plusieurs défenses ».

⁴²¹ « 3 - En outre le débiteur, s'il a eu un pacte avec le créancier, afin que l'on ne réclame pas de lui [le paiement], demeurera néanmoins obligé, parce que les obligations ne se sont absolument pas dissoutes avec le pacte convenu. Au sujet de cette cause, l'action est efficace contre lui, dans laquelle le demandeur déclare : 's'il paraît qu'il doit donner' ; mais, parce qu'il est injuste qu'il soit condamné à l'encontre du pacte, il est défendu par l'exception de pacte convenu ».

réclamation, [850] sur *Institutes* III, xxix, § 1⁴²². Si donc quelque chose a été payé par le patron, l'obligation en est par le droit lui-même diminuée. Mais, si [c'est] par l'opérateur maritime en son propre nom, l'obligation du patron [bénéficie] seulement de l'aide d'une exception, D. 46, 3, 76⁴²³, voir Alberico [Roxiati] ici.

ME LIBÈRE. L'empereur Justinien dit que toute l'obligation de ce qui est dû s'éteint avec le paiement, *Institutes* III, xxix, § 1⁴²⁴. (4) Il n'importe pas [de savoir] qui paie, si c'est celui qui doit ou un autre pour lui. Il est en effet libéré quand un autre a payé pour lui, que le débiteur le sache ou qu'il l'ignore, ou bien que le paiement se fasse contre son gré. En effet, la raison à la fois naturelle et civile conseille que nous puissions rendre autre et meilleure aussi la condition de celui qui ignore et qui n'a pas donné son accord ; mais il n'est pas permis de la rendre plus mauvaise (comme le dit Gaius dans D. 3, 5, 38⁴²⁵).

[D. 14, 1, 1 § 25]

« 25 - Si plusieurs arment le navire, contre n'importe lequel de ceux-ci, on peut agir en justice pour le tout, ... »

[D. 14, 1, 2]

Loi 2 : Gaius, dans le livre IX⁴²⁶ sur l'Édit provincial

«... afin que, contre plusieurs adversaires, ne soit pas tirailé celui qui a contracté avec un seul ; ... »

[D. 14, 1, 3]

Loi 3 : Ulpien, livre XXIX sur l'Édit du préteur

« ... il ne sert à rien [de savoir] quelle part chacun, dans le navire, a et celle que celui qui a payé, avec l'action de société, des autres, recouvrera ».

[D. 14, 1, 4 § 1]

Loi 4 : Ulpien, livre XXIX sur l'Édit du préteur

« Si, cependant, plusieurs, par eux-mêmes, arment le navire, à la faveur de leurs parts de l'armement, ils sont cités en justice ; en effet, réciproquement ils ne sont pas considérés comme étant leurs patrons. 1 -

⁴²² « 1 - De même l'obligation s'éteint par acceptilation. Mais l'acceptilation est un paiement imaginaire. En effet, ce qui est dû à Titius sur le fondement d'une obligation [conclue] par des paroles, si Titius veut le remettre [à son débiteur], on pourra faire en sorte de souffrir que le débiteur prononce ces mots : 'Ce que je t'ai promis, l'as-tu reçu ?', et Titius répondra : 'Je l'ai [reçu]'. Mais la réception peut aussi se faire en grec, pourvu qu'on le fasse ainsi que cela est ordinaire avec les mots latins. Ce sont seulement les obligations de ce type qui sont dissoutes, qui se font par paroles, mais pas les autres. En effet, on a considéré qu'il était raisonnable qu'une obligation faite par des paroles puisse s'éteindre par d'autres paroles. Mais ce qui est dû pour une autre cause peut être mis en forme de stipulation (la « stipulation » est justement cette forme contractuelle qui se conclut par un échange de paroles, avec une question et la réponse qui doit s'accorder aux termes de la question ; contrat unilatéral, avec un débiteur et un créancier, contrat formaliste aussi puisque cette forme orale de la question-réponse est ce qui donne sa force au contrat, la stipulation est une sorte de contrat à tout faire, puisque tout type de contrat peut prendre cette forme simple. Ainsi, un contrat synallagmatique sera réalisé par un échange entre deux parties, le créancier du premier engagement devenant aussitôt après débiteur du même engagement par un renversement des rôles lors de la question-réponse. L'inconvénient de ce type de contrat formaliste est que les deux parties doivent être présentes lors de la conclusion : une stipulation ne peut donc se contracter par des lettres ou par l'intermédiaire d'un envoyé ; de même, la réponse doit suivre la question posée. Aussi ce type de contrat a-t-il rapidement cédé la place aux contrats purement consensuels, beaucoup plus souples et sans formalités) et s'éteindre par acceptilation. De même que ce que l'on doit peut être justement payé pour partie, de même l'acceptilation peut se faire pour une partie de la dette ».

⁴²³ Extrait du livre VI des Réponses de Modestinus : « Modestinus répondit que, si, après le paiement, sans aucun pacte, de tout ce qui, sur le fondement d'une tutelle, était dû, les actions, après quelque intervalle [de temps], ont été interrompues, rien, avec cette interruption, n'a été fait, du fait qu'aucune action n'a subsisté ; si, avant le paiement, cela a été fait ou, alors qu'on a convenu que les actions seraient données en mandat, alors, le paiement sera fait et le mandat s'est ensuivi, les actions données en mandat sont sauvées, du fait que, dans le tout dernier cas, le prix des actions données en mandat est plus considéré comme payé que l'action qui a été éteinte ».

⁴²⁴ Cf. *supra* note 422.

⁴²⁵ Extrait du livre III Des obligations [qui se concluent] par des paroles de Gaius : « Quelqu'un, en payant pour un autre, bien que contre son gré et lui l'ignorant, le libère ; mais ce qui, à quelqu'un, est dû, un autre, sans la volonté de ce dernier, ne peut légalement le réclamer. En effet, en même temps, la raison à la fois naturelle et civile conseillent que nous puissions rendre la condition d'autrui meilleure, certes, de celui qui ignore et qui n'a pas donné son accord, non que nous puissions [la rendre] plus mauvaise ».

⁴²⁶ Il faut corriger le texte : il ne s'agit pas du livre VIII, mais du livre IX de Gaius *Sur l'Édit provincial*.

Mais, si plusieurs arment, mais qu'ils ont fait l'un de leur nombre patron, au nom de celui-ci, pour la totalité, ils pourront être cités en justice ».

SOMMAIRE

- 1 - Un vassal doit-il faire le serment à tous les héritiers du seigneur ?
- 2 - L'opinion commune est dangereuse
- 3 - Dans quelle mesure un associé est-il tenu par un associé ?
- 4 - Exposé de la raison du paragraphe
- 5 - L'argument [qui va] de la partie au tout est valide

Nous voyons qu'il a été reçu en usage courant et quotidien, chez nous en particulier, qu'aussi ceux qui étaient tenus pour supérieurs et les plus riches parmi les autres, assumaient l'office de l'exploitation seulement à la faveur de parts, afin de ne pas recevoir seuls la blessure qui naît de la perte d'un navire. C'est pourquoi, c'est à égalité et par un consentement unanime qu'ils préposent le patron ; si l'on a fait contrat avec lui, pour que celui qui a contracté avec une seule personne ne soit pas tirailé entre plusieurs adversaires (comme le dit Gaius), c'est n'est pas seulement à proportion des parts, mais pour le tout que quiconque pourra être cité en justice. Mais, si l'on a contracté avec l'esclave de deux ou de plusieurs personnes, il faut lui permettre de faire valoir en justice son droit pour le tout contre celui qu'il veut des maîtres, D. 15, 1, 27 § 8⁴²⁷. Et cela a été reçu pour les marchands détaillants (*institores*), D. 14, 3, 13⁴²⁸. (1) Bien plus, j'ai trouvé la réponse avec cette même raison [donnée] par des auteurs de très grand nom, voir Albericus, Jacobus de Arezzo⁴²⁹ et les autres sur D. 39, 1, 5 §§ 5-6⁴³⁰, que le vassal ne doit pas être contraint de prêter le serment de fidélité à plusieurs, mais à un seul des héritiers du seigneur, voir la constitution de

⁴²⁷ Extrait du livre IX *Sur l'Édit provincial* de Gaius : « 8 - Si quelqu'un, avec l'esclave de deux ou de plusieurs personnes, a contracté, il doit lui être permis, contre celui qu'il a voulu des maîtres, pour le tout, de faire valoir son droit en justice ; il est, en effet, injuste qu'entre plusieurs adversaires, soit tirailé celui qui, avec un seul, a contracté ; et compte de ce pécule ne doit pas seulement être tenu, [pécule] que, chez celui contre qui l'on agit en justice, cet esclave aura eu, mais de celui que, chez un autre, [il aura eu]. Cependant, la chose n'aura pas été dommageable pour celui qui est condamné, du fait qu'il pourra lui-même, de nouveau, avec l'action de société (societatis) ou en partage de bien commun (communi dividundo), ce qu'en plus de sa part, il a payé, de son associé ou de ses associés, l'obtenir. Julianus dit que cela a ainsi lieu, si, chez un autre aussi, le pécule se trouvait, parce que, dans ce cas, en payant, chacun est aussi considéré libérer l'associé de sa dette ; en revanche, s'il n'y a, chez l'autre, aucun pécule, c'est le contraire, parce que l'on entend qu'il ne le libère en aucune façon de la dette ».

⁴²⁸ Extrait du livre XXVIII *Sur l'Édit du préteur d'Ulpien* : « Quelqu'un avait un esclave préposé au commerce d'huile à Arles, le même [ayant été préposé] pour recevoir des prêts d'argent ; il a reçu un prêt d'argent ; le créancier, pensant qu'il l'avait reçu pour des marchandises, a agi en justice avec l'action exposée (i. e. l'action tributoire) ; il n'a pas pu prouver qu'il l'avait reçu pour sa marchandise. Bien que l'action soit éteinte et qu'il n'ait pu agir de façon plus large, cependant Julianus dit qu'une action utile lui revient, comme s'il avait été préposé aussi pour recevoir des prêts d'argent. 1 - Il faudra se rappeler que le maître n'est seulement tenu d'une action institoriale que s'il n'a pas fait novation de cette obligation en stipulant avec l'intention de faire novation de la part de l'institor ou un autre. 2 - Si deux ou plusieurs personnes exploitent une auberge et qu'elles ont préposé un esclave qu'ils possédaient avec des parts différentes comme institor, Julianus demande s'ils sont tenus en fonction des parts de propriété, à la faveur de parts égales, à proportion de leur rémunération ou pour le tout. Il dit qu'il est plus vrai qu'à l'exemple des opérateurs maritimes (exercitores) et de l'action quant au pécule, chacun peut être cité en justice pour le tout et que, quoi qu'ait payé celui qui a été cité, il fera sa réclamation avec l'action de société (actio societatis) ou en partage de bien commun (actio communi dividundo), et nous avons approuvé le jugement [donné] ci-dessus ».

⁴²⁹ Jacobus de Aretio ou Giacomo Ricci di Arezzo fut actif vers 1488. On connaît de lui un ouvrage consacré aux objections et remarque qu'il présente sur la logique de Paulus Venetus.

⁴³⁰ La référence donné par Peck est erronée, puisqu'il y a deux paragraphes qui sont supposés commercer par *si plurimi* alors qu'il faut les lire *si plurimum*. Par ailleurs, ce sont deux paragraphes qui commencent ainsi et l'on ne sait dire à quel paragraphe précis pensait Peck. Aussi les a-t-on retenus tous les deux. Extrait du livre LII *Sur l'Édit du préteur d'Ulpien* : « 5 - Si, à plusieurs personnes, appartient le bien sur lequel le nouvel œuvre est fait et qu'à une seule, il est dénoncé, à bon droit, la dénonciation a été faite et, à tous les propriétaires, [le nouvel œuvre] est considéré avoir été dénoncé ; mais, si un seul a construit après la dénonciation de nouvel œuvre, les autres qui n'ont pas construit ne seront pas tenus ; en effet, le fait de l'un ne doit pas porter préjudice à celui qui n'a rien fait. 6 - Si, à plusieurs propriétaires, le nouvel œuvre porte préjudice, la dénonciation d'un seul des associés suffira-t-elle ou bien tous devront-ils la faire ? Il est plus vrai que la dénonciation d'un seul, pour tous, ne suffit pas, mais il est nécessaire qu'à chacun, il le dénonce, parce qu'il peut se faire que l'un des dénonciateurs ait le droit de s'y opposer et qu'un autre ne l'ait pas ».

Frédéric II, dans le *Livre des fiefs*, II, IV, § 1 dans le passage « *En outre, le duché...* »⁴³¹. (2) Du reste, l'opinion commune, sous le prétexte de laquelle on commet parfois absolument des fautes, enseigne le contraire, Prepositus⁴³² et Alvarotto⁴³³ sur ce même paragraphe. Et l'on juge que ceux qui la suivent doivent faire le serment envers tous [les héritiers du seigneur] et réclamer de tous l'investiture. Assurément, on considère qu'il est suffisant pour nous que l'on fasse serment à un seul au nom de tous et que le vassal ne peut être contraint de le faire envers tous, quoiqu'il soit astreint aux articles de fidélité envers tous les héritiers. Mais, si l'on devait faire serment envers tous, il ne devrait pas émerger de la pluralité des héritiers une pluralité des services, pour que celui qui avait coutume de prêter serment au seul défunt ne soit pas tiraillé entre plusieurs ; c'est donc de façon très juste qu'il faudra dire que les héritiers doivent convenir entre eux de choisir celui envers qui un seul service sera manifesté ou bien le vassal ne pourra être contraint au serment de fidélité, voir Zasius sur le *Livre des fiefs*, partie 8. Ne leur fait pas obstacle ce qui a été répondu par Ulprien ailleurs dans son livre XIII sur l'Édit du préteur, D. 4, 9, 7 § 5⁴³⁴, que, si plusieurs exploitaient un vaisseau, l'on devait citer en justice chacun pour la part qu'il exploite dans le navire. En effet, cela revient à un quasi-délit de ceux qui exploitent le navire, ce pour quoi il est juste que chacun soit cité pour sa part, du fait qu'il y a notamment un seul délit sur le fondement duquel ils sont cités en justice, quoique en leur nom, D. 4, 9, 6 § 1 à la fin⁴³⁵. Du reste, plusieurs sont poursuivis pour le tout à partir du délit, parce que plusieurs choses ont été commises, à moins peut-être que l'on ne dise qu'un vol, etc., a été commis par les domestiques, parce qu'il n'est pas juste qu'un maître expie une peine pour chacun ou veille sur toute sa domesticité, voir Eguinaire Baron sur ledit texte de D. 4, 9, 7 et sur D. 47, 6, 1⁴³⁶. En outre, quoique puisse être

⁴³¹ Le passage en question est le suivant : « *En outre, le duché, le marquisat, le comté ne seront du reste pas divisés ; mais un autre fief, si les propriétaires indivis le veulent, sera partagé, de telle sorte que tous ceux qui ont une partie du fief déjà divisé, ou à partager, fassent [le serment de] fidélité, de telle façon cependant qu'un vassal ne soit pas contraint d'avoir plusieurs seigneurs pour un seul fief et que le seigneur ne transfère point à un autre le fief sans le consentement du vassal* ».

⁴³² On connaît un Guillaume Præpositus ou Despaborde, auteur catalan du XV^e siècle et mort en 1509, qui a publié des commentaires sur les Usages de Barcelone, mais il est très probable qu'il ne s'agisse pas de lui. Est-ce alors Bernard de Pavie, qui fut un maître parisien du XIII^e siècle en droit canonique, surnommé *Magister Præpositus*, qui produisit d'ailleurs une *Summa* ?

⁴³³ Giacomo Alvarotto (1385-1453) était un feudiste italien ; on a de lui des commentaires sur les livres des Fiefs, ouvrage qui fut composé à partir d'éléments appartenant à des périodes diverses, dont les plus anciens remontent à la fin du XI^e siècle. Le texte a reçu sa forme dernière au XIII^e. C'est au sein de l'École de Bologne que le texte définitif des *Libri feudorum* fut arrêté et commenté, à l'instar des compilations justiniennes. L'ouvrage fut intégré dans le *Corpus juris civilis* à titre d'appendice et, jusqu'à l'édition scientifique faite par Krüger et Mommsen du *Corpus* à la fin du XIX^e siècle, il était encore intégré à la suite des collections dues à Justinien, avec quelques constitutions postérieures à celles de Justinien, et notamment quelques textes émanant des empereurs allemands du Saint Empire Romain Germanique. Le droit féodal tel que le décrit cet ouvrage est essentiellement le droit qui s'appliquait en Italie sous la tutelle des empereurs du Saint Empire, et notamment celui de la région lombarde.

⁴³⁴ Extrait du livre XVIII *Sur l'Édit du préteur* d'Ulprien : « 5 - *Si plusieurs arment le navire, chacun, à la faveur de la part qu'il a dans le navire, est cité en justice* ».

⁴³⁵ Extrait du livre XIII *Sur l'Édit du préteur* de Paul : « 1 - (...) *De même, on le dira, si [l'esclave] est commun ; cependant, toi, ce que tu m'as payé à son titre, avec l'action en partage de bien commun (communi dividundo) ou en faveur de l'associé (pro socio), ou bien, si tu l'as pris à bail en partie ou en totalité, tu obtiendras même que, sur le fondement de la prise de bail (ex conducto), je suis obligé [envers toi]* ».

⁴³⁶ Le titre dans lequel se trouve le texte est indiqué de façon fautive ; par ailleurs le paragraphe signalé n'existe pas sous la forme citée, ce qui fait que nous rapporterons l'extrait dans son entier.

Extrait du livre XXXVIII *Sur l'Édit du préteur* d'Ulprien : « *Le préteur a offert ce très utile Edit, par lequel, aux maîtres à l'encontre des méfaits de leurs esclaves, il a prévu, à savoir que, quand plusieurs ont commis un vol, ils ne détruisent pas le patrimoine du maître, s'il est contraint de les abandonner tous ou, à la faveur de chacun, d'offrir l'estimation du dommage. En conséquence, est accordé une action par cet Edit, afin que, si certes il veut déclarer ses esclaves coupables, il puisse abandonner [en dédommagement] tous ceux qui ont participé au vol ; en effet, s'il a préféré offrir l'estimation, il offrira autant que quand une personne libre a commis un vol et retiendra sa famille. 1 - Mais cette faculté est donnée au maître chaque fois que, lui l'ignorant, un vol a été commis ; du reste, s'il l'avait su, la faculté ne lui aurait pas été donnée ; car, en son propre nom et au nom de chacun, il peut être cité en justice dans un procès en dommages-intérêts et, avec la seule estimation qu'un homme libre aurait supportée, il ne pourra pas s'en acquitter. Mais est reçu savoir celui qui sait [effectivement] et peut empêcher ; en effet, nous devons regarder comme connaissance celle qui comporte un consentement ; du reste, s'il sait et que, cependant il a empêché, il faut dire qu'il usera du bénéfice de l'Edit. 2 - Si plusieurs esclaves ont causé un dommage par leur faute,*

cité en justice qui l'on voudra pour le tout, un seul cependant ayant payé, il faut croire que les autres sont libérés ; Javolenus a répondu que cela avait lieu pour deux défendeurs, D. 45, 2, 2⁴³⁷.

SI, CEPENDANT, PLUSIEURS [ARMENT LE NAVIRE] PAR EUX-MÊMES, ETC. Pourquoi [est-ce dit] ainsi ? Est-ce que l'on pourra s'obliger plus par l'intermédiaire d'un autre que par soi-même ? Assurément, parce que le créancier n'a pas contracté avec un seul pour tous [851], il ne peut contre plusieurs se faire enlever le fait que, dans le cas précédent, il a fait sa décision. Du fait qu'il en est ainsi, l'un ne peut alourdir l'autre pour sa part, bien que Cremensis⁴³⁸, dans ses *Choses singulières* 165, ait répondu à partir de Balde sur CJ. 4, 58, 4⁴³⁹, qu'autre chose a été reçu par un droit spécial pour l'action édilicienne⁴⁴⁰. Il dit :

« En effet, qu'en est-il, si j'ai acheté des chevaux certains dans le même temps à plusieurs marchands qui sont venus dans notre cité pour les vendre, mais que j'ai acheté en l'ignorant des chevaux malades ? Ceux qui sont restés, une fois le vice découvert et les autres s'étant enfuis peut-être à cause de ceux-ci, pourront-ils être cités en justice pour le tout ? »

Il pense qu'il faut répondre de façon affirmative. Mais je doute qu'il puisse se défendre en justice. Aussi Ulpien a-t-il en cela établi la raison de sa décision : c'est parce que les patrons n'étaient pas considérés lui être réciproques. Ces termes n'ont pas d'autre signification que parce que l'un n'est pas considéré avoir préposé l'autre. En outre, ce qui a été répondu par Africanus dans le livre VIII⁴⁴¹ de ses *Questions*, dans D. 12, 1, 41 à la fin,

« de sorte que, si cet esclave a des cohéritiers de sa condition, ils sont considérés servir réciproquement de bonne foi », ne combat pas contre Ulpien. Le fait est que, du fait qu'il y a plusieurs héritiers nécessaires et qui ne savent pas (car, s'ils savaient qu'ils étaient des héritiers extérieurs ou des héritiers siens, ce serait le contraire, D. 41, 1, 20 § 2⁴⁴²), l'un acquiert pour l'autre à cause de cela et il est considéré servir de bonne foi réciproquement, ce que la loi dans ce cas devait introduire comme une certaine fiction à partir de l'équité et étendre aux autres à cause d'une juste cause d'ignorance, pour l'un ne puisse pas rendre pire la condition de l'autre, D. 17, 2, 19⁴⁴³. (3) En revanche, si tous

il est très juste que cette faculté, au maître, soit donnée. 3 - Quand plusieurs esclaves commettent le vol d'un même bien et qu'au nom d'un seul, contre le maître, le procès a été fait, aussi longtemps qu'au nom des autres, l'action devra être soutenue, avec la première action, le demandeur peut réclamer autant qu'il aurait poursuivi, si un homme libre avait commis ce vol ».

⁴³⁷ La référence est fautive qui indique le premier extrait de ce titre, extrait qui est de Modestinus, non de Javolenus. Si donc, l'on veut se reporter à Javolenus, c'est au second extrait de ce titre qu'il faut aller : extrait du livre III *Repris de Plautius* de Javolenus : « Tandis que deux personnes ont promis ou stipulé un même argent, selon la loi elle-même, chacune est redevable pour le tout et chacune le doit ; c'est pourquoi toute l'obligation s'éteint par la réclamation et l'acceptation de l'une ».

⁴³⁸ Francesco da Crema, d'où la latinisation de son nom en Cremensis, eut son activité dans les années 1452-1454. Il fut professeur de droit canon et de droit civil à Bologne et composa ses *Singularia* durant ces années.

⁴³⁹ Constitution de Dioclétien et Maximien adressée à Aurelius Mucianus (sans date) : *Si quelqu'un a vendu un bien-fonds sous cette condition que, s'il lui déplaisait, il serait considéré comme non acheté, il est clair que, vu que cela a été vendu sous condition, que cela est résolu et qu'il y a une action réhibitoire (c'est-à-dire pour récupérer) contre le vendeur. On observera la même chose, quoique le bien-fonds pestilentiel (c'est-à-dire qu'il a des plantes pestilentielles ou mortelles) ait été vendu, l'acheteur l'ignorant, car, dans ce cas aussi, il est clair qu'il doit être rendu aussi par le biais de cette même action ».*

⁴⁴⁰ Il s'agit sous ce nom des actions que les édiles curules, qui étaient chargés de la police des marchés, mirent en place par le biais de leur Édit, pour organiser la garantie des vices cachés dans les ventes qui relevaient de leurs compétences, c'est-à-dire les ventes d'esclaves et d'animaux faites sur les marchés. Ils avaient ainsi prescrit de faire connaître au public les vices des choses mises en vente et, quand cela n'avait pas été fait, ils délivraient des actions, au départ conçues comme pénales pour sanctionner les contrevenants, mais devenues civiles par la suite. Ces actions, qui sont postérieures à l'introduction de la procédure formulaire, se ramenaient à deux types principaux : l'action « réhibitoire », qui résolvait la vente, condamnait le vendeur à rembourser le double de la valeur, et l'action « en évaluation » (*astimatoria*) ou « en diminution de prix » (*quantum minoris*). L'Édit des édiles curules donnait, dans toutes les ventes qui entraient dans leurs compétences, dès lors que la stipulation n'a pas été faite et qu'un vice non déclaré s'est révélé, l'action réhibitoire pour résoudre la vente durant six mois à partir de la découverte du vice et l'action en réduction de prix durant un an.

⁴⁴¹ Il faut corriger notre auteur qui mentionne un livre VII, alors qu'il s'agit du livre VIII.

⁴⁴² Extrait du livre XXIX *Sur Sabinus* d'Ulpien : « 2 - Si moi et Titius, nous avons acheté un bien et qu'à Titius, comme à mon procureur, celui-ci a été livré, je pense qu'à moi aussi, la propriété a été acquise, parce que l'on décide que, par l'intermédiaire d'une personne libre, la possession de tous les biens peut être obtenue aussi par le biais de cette propriété ».

⁴⁴³ Extrait du livre XXX *Sur Sabinus* d'Ulpien : « Celui qui est admis comme associé est seulement un associé pour celui qui l'a admis, et à bon droit ; en effet, du fait qu'une association, avec le consentement, est contractée, ne peut être pour moi un associé celui dont moi je n'ai pas voulu qu'il le soit. Qu'en est-il donc, si mon associé l'a admis ? Pour lui seul, il est un associé ».

exploitent une société par eux-mêmes, du fait que la société est un contrat personnel, qui que ce soit est considéré être tenu seulement à la faveur de sa propre part ⁴⁴⁴, et l'un n'est pas réputé avoir été préposé par l'autre de façon réciproque, si du moins l'on n'a pas coutume de présumer les faits, voir Balde sur le titre 4 du livre 22 du Digeste « *De la foi des instruments [juridiques] et de leur perte* », num. 8. Telle est cette préposition, comme le met longuement en lumière Lorient sur D. 12, 1, 41 à la fin ⁴⁴⁵. En outre, ce qui a été répondu par Ulpien à cet endroit [qui dit] que chacun était tenu seulement pour sa part, les anciens ont jugé que l'on ne devait pas l'admettre autrement que quand ils exploitaient une affaire dans une même place, voir Bartole et les autres sur D. 45, 2, 9 ⁴⁴⁶. Du reste, s'ils font du commerce dans différentes places, ils sont considérés comme préposés réciproquement pour l'utilité commune, D. 2, 4, 10 § 10 ⁴⁴⁷. Il en va de même, s'ils pratiquent leur activité] dans une même place, mais dans un genre différent de commerce. Il est en effet suffisant d'être des associés et d'agir en justice sur le fondement de l'utilité commune, voir Alciat sur ce même texte de D. 12, 1, 41 [cité plus haut]. Mais, s'ils exploitent avec des places alternatives, de sorte que, parce que l'un est absent, l'autre néanmoins traite l'affaire, il pense que c'est la même chose que le droit établit.

MAIS [S'ILS FONT] L'UN [D'ENTRE EUX PATRON]. Parce que chacun des opérateurs maritimes, une fois le patron établi par tous, peut être cité en justice pour le tout par ceux qui ont contracté, [le passage] comporte cette même raison : [c'est] pour que celui qui a contracté avec un seul ne soit pas tiraillé entre plusieurs adversaires. (4) Le fait est que (comme le dit Balde sur ce même titre 4 du livre 22 du Digeste « *De la foi des instruments [juridiques] et de leur perte* » à la fin), du fait que l'obligation qui en découle se forme de façon indivisible pour la personne d'un seul, la racine de l'obligation qui unit et pour le tout est jugée en provenir pour eux tous. Pour cette raison, du fait qu'ils sont obligés sur leur bien, il juge que c'est en vain qu'ils s'en remettent aussi au bénéfice de la division. Et Ulpien ⁴⁴⁸ répond qu'il ne fait rien que chacun ait une quote-part sur le navire, mais que celui qui a exécuté sera poursuivi par les autres par une action de société, D. 17, 2, 52 § 4 ⁴⁴⁹.

⁴⁴⁴ Peck indique ici une référence, probablement dans ce même titre du Digeste consacré à l'action *pro socio* ou « en faveur d'un associé », impossible à retrouver car relevée de façon totalement absconse et certainement fautive. Le seul passage qui pourrait éventuellement convenir, ne serait-ce que par l'indication du mot du début du paragraphe cite ainsi § *plures*, mais rapporté à un extrait final qui ne comporte nullement un tel passage, est celui repris du livre XXXI *Sur l'Édit du préteur* d'Ulpien, mais qui commence par *Si plures*, dans D. 17, 2, 52 §14 : « 14 - *Si plusieurs sociétés ont été formées entre eux-mêmes, pour toutes les sociétés il est clair que cette unique action suffit* ». Reste que le propos de ce passage ne convient guère directement à ce que vient de dire notre auteur.

⁴⁴⁵ Cf. *supra* le passage cité dans le texte, quelques lignes plus haut.

⁴⁴⁶ Extrait du livre XXVII des *Questions* de Papinien : « *J'ai déposé un même bien chez deux personnes en même temps, j'ai fait crédit à l'un et l'autre pour le tout, et j'ai prêté à usage ce même bien aux deux personnes semblablement ; les deux personnes sont devenues débitrices de la promesse, parce que [cela se fait] non seulement par les termes de la stipulation, mais aussi par les autres contrats, comme l'achat-vente, l'offre de bail-prise de bail, le dépôt, le prêt à usage, le testament, comme par exemple, quand un testateur a dit à plusieurs héritiers institués : "que Titius et Mævius donnent dix à Sempronius". 1 - Mais, si quelqu'un traite avec deux personnes pour faire un dépôt en leurs mains, de sorte que soit aussi garantie par l'autre la faute, il est plus vrai qu'il n'y a pas deux débiteurs, desquels une obligation inégale a été reçue. Il ne faut pas approuver la même chose, alors que les deux ont aussi fait promesse pour la faute, si par la suite, la faute a été remise par l'autre, parce que la seconde convention qui est intervenue sur la personne de l'autre ne peut modifier le statut et la nature de l'obligation qui a créé deux débiteurs au départ. Pour cela, s'ils sont associés et qu'une faute commune est intervenue, le pacte de l'un fait avec l'autre sera utile. 2 - Tandis que j'ai créé deux débiteurs d'une promesse à partir de différentes places, que j'ai stipulé que de l'argent sera remis à Capoue, on tiendra compte du temps propre sur le fondement de chacune des personnes ; car, quoiqu'elles reçoivent précisément une cause égale, néanmoins, l'obligation existe pour la personne propre de chacun des particuliers* ».

⁴⁴⁷ On ne sait trop avec quel exemplaire du Digeste travaillait Peck, mais on est souvent surpris par l'approximation de ses références. Ici, il indique le passage comme se trouvant dans le § 12 de cet extrait, or il est situé deux paragraphes plus haut ! Erreur du professeur, mauvaise coquille de l'imprimeur ou exemplaire très incertain en possession de l'auteur ? Extrait du livre V *Sur l'Édit du préteur* d'Ulpien : « 10 - *Si une affranchie a accouché de son patron, elle-même et son fils ne se citeront pas en justice réciproquement* ».

⁴⁴⁸ Il faut sans doute corriger ici le texte et lire *Ulpianus*, non *Paulus*.

⁴⁴⁹ Extrait du livre XXXI *Sur l'Édit du préteur* d'Ulpien : « 4 - *Des personnes se sont associées pour un commerce de manteaux ; l'un d'entre eux, qui s'était mis en marche pour acheter des marchandises, est tombé sur des brigands et a perdu son argent, ses esclaves ont été blessés et il a perdu ses propres biens. Julianus déclare que le dommage est commun et c'est pourquoi, par l'action de la société, l'associé doit reconnaître la moitié du préjudice, tant pour l'argent que pour les autres biens qu'il n'a pas emportés avec lui, s'il ne s'était pas mis en marche à un titre commun pour acheter des marchandises ; mais, si quelque chose a été dépensé pour des médecins, c'est à très bon droit* ».

Quoiqu'un seul ait fait une dépense de façon nécessaire et utile, il peut la réclamer par l'action de société, D. 17, 2, 67 pr⁴⁵⁰. Mais ce n'est pas là une raison pour introduire une obligation, comme nous l'avons dit. En effet (comme le dit Paul⁴⁵¹ dans D. 50, 17, 171⁴⁵²) :

« *C'est pourquoi nul ne sera obligé, parce qu'il aura reçu d'un autre ce qu'il a payé* », bien qu'il n'y ait pas de doute qu'il vaut mieux ne pas payer que réclamer ce qui a été payé, D. 39, 3, 11 § 2⁴⁵³.

MAIS, SI L'ESCLAVE. Les interprètes ne s'accordent pas suffisamment sur l'exposé de ce passage. Les uns pensent en effet que le passage suivant qui commence par « *c'est pourquoi...* » corrige la première partie de la réponse, les autres pensent contre. (5) Le plus vrai est qu'Ulpien a voulu indiquer cela dans toute cette partie, comme le montre [l'affirmation]

« *si l'esclave de plusieurs maîtres exploite le navire avec leur consentement, chacun peut être cité en justice pour le tout* ».

Le fait est que, du fait qu'il n'est pas inconnu du droit, de même, [qu'il appartient] au droit que ce qui est dans une partie a été aussi établi dans la totalité, il est conséquent que, de même qu'il exploite avec le consentement d'un seul, il obligera le maître pour le tout, de même, quoiqu'il exploite avec le consentement de tous, tous doivent être obligés pour le tout. Ulpien dit donc de façon juste que, dans le cas précédent, tous sont tenus pour le tout.

[D. 14, 1, 1, 4 §§ 3-4]

« 3 - *Si est esclave celui qui arme le navire avec le consentement de son maître et qu'il a été vendu, celui qui l'a vendu n'en sera pas moins tenu ; car, aussi, le patron étant mort, il en sera tenu.* 4 - *Ces actions, de façon perpétuelle aux héritiers et contre les héritiers, seront accordées. Par conséquent, si l'esclave qui, avec la volonté de son maître, a armé est mort, aussi, après un an, sera accordée cette action, bien que, quant au pécule, au-delà d'un an, elle ne soit pas accordée* ».

SOMMAIRE

- 1 - *Comment la mort est-elle dite tout éteindre ?*
- 2 - *Rien n'est plus fragile que l'homme*
- 3 - *Raison du paragraphe*
- 4 - *Si cette action doit être rapportée parmi les autres actions*
- 5 - *Si et quand des actions prétoriennes sont accordées contre les héritiers*
- 6 - *Pourquoi l'action au sujet du pécule n'est pas accordée au-delà d'une année*

IL A ÉTÉ VENDU. Le fait est que, tandis que (comme le dit Ancharano dans son *Avis* 332, num. 4) le contrat est considéré plus par rapport à la marchandise qu'à la personne, la vente [faite] par l'opérateur maritime [852] ne peut rendre pire la condition du créancier. (1) Et bien qu'il soit dit

que Julianus approuve que l'associé doive en reconnaître une part. De même, si quelque chose a péri dans un naufrage, du fait que le marchandises n'avaient pas coutume d'être transportées autrement que par bateau, les deux éprouveront le dommage : car, de même qu'un bénéfice, de même le dommage qui ne survient pas par la faute de l'associé doit être commun ».

⁴⁵⁰ Extrait du livre XXXII *Sur l'Édit du préteur* de Paul : « *Si l'un des associés a vendu le bien commun avec le consentement des associés, le prix doit être partagé de façon telle qu'il fasse attention à ce qu'il soit préservé de tout dommage. S'il a déjà souffert un préjudice, celui-ci lui sera payé. Mais, si le prix a été remis sans caution et qu'a payé quelque chose celui qui a vendu, si tous les associés ne sont pas solvables, ce qui ne peut être respecté par certains devra-t-il l'obtenir des autres [qui restent] ? Mais Proculus pense que ce qui ne peut être respecté par quelques-uns revient à la charge des autres et qu'on peut se défendre par la raison que, quand une société est conclue, il y a une communauté tant du profit que de la perte* ».

⁴⁵¹ Il faut ici encore corriger le texte : il faut lire *Paulus* et non *Ulpianus*.

⁴⁵² Extrait du livre IV *Sur Plantius* de Paul.

⁴⁵³ Extrait du livre XLIX *Sur l'Édit du préteur* de Paul : « 2 - *Et, contre un seul des associés, chez Ferox, Proculus dit que ne doit pas agir en justice celui qui a fait l'ouvrage et que ne doit pas moins aussi le remettre dans son état initial à ses frais celui qui n'a pas fait l'ouvrage, parce qu'il a l'action en partage de bien commun. Mais il lui agréé plus qu'il doive seulement fournir sa patience, parce qu'avec sa propre faute, le demandeur le souffre, [lui] qui n'agit pas en justice contre celui par qui l'ouvrage a été fait. Et il est injuste que celui qui ne l'a pas fait doive le remettre dans son état initial, parce qu'avec l'action en partage de bien commun, il peut agir en justice ; en effet, que serait-il fait, si son associé n'était pas solvable ? »*

par Justinien que la mort éteint tout, cela peut seulement concerner l'extinction naturelle, mais pas de la même façon l'extinction civile, voir les docteurs sur D. 45, 1, 57⁴⁵⁴. Du reste, on ne devra pas dire en effet que les actions ne passent pas aussi contre tous les héritiers par tous les moyens (ce qui est faux), CJ. 4, 11, 1⁴⁵⁵. Mais, du fait qu'il n'y a rien de plus fugace, de plus fragile et de plus vain que la vie humaine (comme le dit Sénèque), comme l'envisage le propos d'Homère :

« *La terre, cette mère, ne nourrit rien de plus infirme que l'homme* »,

(2) je vous le demande, qui veut contracter de façon téméraire avec des esclaves opérateurs maritimes, dont l'obligation s'éteindra très aisément par leur mort ou par leur vente ? (3) En conséquence, pour que ne soit pas détruite l'utilité publique de la navigation par une certaine injustice de l'interprétation, il fallait plutôt dire que celui avec l'autorisation duquel l'esclave exploitait [le navire] ne peut être libéré par sa mort ou sa vente. Assurément, si l'action s'éteignait par l'aliénation de l'esclave, qu'y aurait-il de plus facile que cette aliénation ? Quoi de plus inconsistant que de priver le créancier d'un droit acquis ?

CES ACTIONS. (4) Le débat et l'ambiguïté sont grands parmi les docteurs [de savoir] si l'action exercitoire doit être rapportée parmi les actions, ou plutôt si l'exploitation désigne une certaine qualité et si l'ajout des autres actions est envisagé. Cette question n'est pas inutile, de sorte que sont traitées faussement plusieurs autres choses. Car, si elle doit être rapportée parmi les actions, du fait qu'elle n'est pas mise au nombre des contrats de bonne foi par Justinien, elle devrait assumer la nature [d'une action] de droit strict⁴⁵⁶. Assurément, Accurse que tous, presque unanimes, ont suivi, juge qu'il y a ajout d'une action, comme celle « pour la restitution de ce qui est parvenu dans le patrimoine du père de famille » (*de in rem verso*), « parce que sur ordre » (*quod jussu*), « au sujet du pécule » (*de peculio*). Mais ils incluent les actions de vente (*venditi*), d'achat (*empti*), de louage (*locati*), de prise de bail (*conducti*), aussi la réclamation d'un argent certain sur le fondement d'un prêt et les autres actions de premier rang, auxquelles il arrive qu'ils soient préposés ; ils sont d'avis que nos [actions] n'ont pas une vie uniforme par elles-mêmes et qu'elles ne sont pas accordées de façon égale aux héritiers et contre les héritiers, mais à la faveur de la condition et de la qualité des actions de premier rang, par lesquelles est cité en justice directement celui qui les a préposés, s'il a contracté par lui-même et non par l'intermédiaire d'autrui. D'autres, au contraire, pensent qu'elle doit être rapportée parmi les actions, voir [Paolo di] Castro et d'autres ici. En effet, Justinien dit dans ses *Institutes* IV, vii, § 2 :

« *Pour cette même raison, le prêteur a offert deux autres actions pour le tout dont l'une s'appelle l'action exercitoire et l'autre, l'action institoire* ».

CONTRE LES HÉRITIERS. (5) Ulpien dit que ces actions sont perpétuelles et qu'elles sont accordées contre l'héritier. Le fait est qu'il a été répondu ailleurs par Julius Paul que l'on

⁴⁵⁴ Extrait du livre LIII des *Digestes* de Julianus : « *Si quelqu'un a promis que dix soient donnés, si Titius était devenu consul, bien que le promettant soit mort, la condition étant pendante, il laissera son héritier obligé* ».

⁴⁵⁵ Constitution de Justinien adressée au Préfet du prétoire Joannes et donnée en 531 : « *Alors que l'époque ancienne repoussait certes les stipulations, les legs et les autres contrats faits après la mort, aussi quant à nous, avons-nous reçu à la faveur de l'utilité commune des hommes, qu'il était approprié de corriger même une règle dont l'époque ancienne usait par l'usage des hommes ; en effet, les anciens n'accordaient pas que les actions soient commencées par les héritiers ou contre les héritiers, en considération des stipulations et des autres causes faites après la mort. Mais il nous est nécessaire, pour ne pas laisser matière au premier défaut, de supprimer cette même règle, de sorte qu'il soit permis de commencer des actions par et contre les héritiers, afin que, par une trop grande subtilité des termes, ne soit pas entravée l'ampleur de la volonté des contractants* ».

⁴⁵⁶ On appelle en droit romain classique « actions de droit strict », les actions qui, à l'opposé des actions dites « de bonne foi », sanctionnaient les actes juridiques du droit ancien. Ce droit ancien étant très formaliste, le juge était donc tenu de faire une interprétation stricte des obligations souscrites et de leur exécution. Dans le droit postérieur, ces actions restèrent toujours soumises à ces mêmes principes. Tel sera le cas pour le contrat verbal par excellence qu'était la stipulation, ou encore pour ces contrats qui se formaient par la remise d'un bien, outre le consentement des parties toujours sous-entendu, mais non suffisant en lui-même, alors qu'il le devient dans les contrats dits « de bonne foi », qui se développeront plus tard avec l'ouverture du monde romain au monde méditerranéen. Cette remise d'un bien était la condition *sine qua non* de l'effectivité du contrat, comme dans le prêt de consommation ou *mutuum*, avec la remise du bien prêté, ou dans les autres contrats de ce même type, gage (*pignus*), prêt à usage (*commodatum*), ou dépôt (*depositum*).

n'accordait pas d'actions prétoriennes contre les héritiers, D. 44, 7, 35⁴⁵⁷. On doit se rapporter aux actions pénales, mais pas aux actions relatives à la poursuite d'un bien. En effet, le préteur était un magistrat annuel et qui entrait dans la préture le premier janvier et, l'année une fois accomplie, il déposait ses insignes en ce même premier janvier [de l'année suivante], voir Cicéron sur *La préture urbaine*. Ses Edits étaient des lois annuelles, c'est-à-dire que chacun devait dire le droit de façon équitable à partir de son Edit. Comme des préteurs l'avaient négligé de façon maligne et avaient rendu le droit à la faveur de leur caprice et de leur bonté, tantôt sur le fondement de leurs Edits, tantôt contre ce qu'ils avaient édicté, Cornelius présenta une loi de façon pour que tous rendissent la justice à tous équitablement sur le fondement des Édits [devenus] perpétuels, D. 1, 5, 2⁴⁵⁸. Ces Édits, rassemblés comme en un seul corps par Offilius et Salvius Julianus, commença à s'appeler l'Edit perpétuel. Donc, le préteur a présenté des Édits pénaux, d'une façon telle que le jugement soit proposé durant l'année dans laquelle il y a d'abord le pouvoir de faire valoir son droit en justice, D. 4, 6, 1⁴⁵⁹. Pour les autres, qui regardaient la poursuite d'un bien de famille, on n'ajoutait point cet article, voir Baron sur les *Institutes* IV, xii, § 1⁴⁶⁰.

APRÈS L'ANNÉE. (6) Ulpien dit, dans D. 15, 2, 1 §§ 1-2 (au début) :

⁴⁵⁷ Extrait du livre 1^{er} *Sur l'Edit du préteur* de Paul : « Pour les actions honoraires, Cassius dit que l'on doit les délimiter ainsi, de sorte que celles qui comportent la poursuite d'un bien, les unes sont même accordées après une année, les autres dans l'année. Aussi les actions honoraires, qui ne sont pas accordées après une année, ne doivent pas être accordées contre un héritier, de sorte que cependant lui soit arraché un profit, comme on le fait dans l'action de dol, par l'interdit pour recouvrer un immeuble perdu à la suite d'une violence physique (unde vi) ou des [moyens] semblables. Incluent la poursuite d'un bien celles avec lesquelles nous poursuivons ce qui nous manque dans notre patrimoine, comme quand nous agissons en justice contre le possesseur des biens de notre débiteur, de même par l'action publicienne (qui est une action dite « fictive » accordée par le préteur, sur le modèle de la revendication, au possesseur de bonne foi qui, pendant que dure son usucapion, a été dépossédé de la chose), qui est accordée à l'exemple de la revendication. Mais, quand elle est rendue, une fois l'usucapion annulée, elle se termine dans l'année, parce qu'elle est accordée contre le droit civil. 1 - Contre les *duumvirs* (il s'agit de magistrats élus par les assemblées locales pour connaître des affaires judiciaires locales, disposant d'un pouvoir propre ; ils furent institués après la loi *Plautia Papiria* qui accorda la citoyenneté romaine à tous les habitants de l'Italie péninsulaire, en 89 av. J.-C.) et la République, après une année, l'action est accordée sur le fondement d'un contrat des magistrats municipaux ».

⁴⁵⁸ Extrait du livre 1^{er} des *Résumés du droit* d'Hermogénien : « En conséquence, comme tout le droit a été établi à raison des hommes, nous parlerons en premier lieu du statut des personnes et après, des autres choses en suivant l'ordre de l'Edit perpétuel (ce fameux Edit perpétuel est l'ensemble des dispositions édictales qui a été codifié à la demande d'Hadrien par Salvius Julianus, le jurisconsulte le plus renommé de son temps), appliquant les chapitres qui sont proches et joints à eux comme la chose le souffre ».

⁴⁵⁹ Extrait du livre XII *Sur l'Edit du préteur* d'Ulpien : « Nul n'avouera que la cause de cet Edit soit très juste ; en effet, le droit lésé pendant ce temps durant lequel quelqu'un, à la République, donnait son service ou, par un accident contraire, était incommode et aussi, contre cela, il est donné un secours, afin que ne lui porte pas préjudice ou que ne lui soit pas utile ce qui arrive. 1 - Mais les termes de l'Edit sont les suivants : "Si quelque chose des biens de quelqu'un [vient à être perdu par non usage], alors qu'à raison d'une crainte ou sans dol envers la République, est absent ou se trouve dans les liens de la servitude et au pouvoir des ennemis, ou à raison l'action de celui de ceux pour qui le délai est réputé être épuisé ; de même, si quelqu'un, avec un usage, a fait sien quelque chose ou, en ne l'utilisant pas, l'a perdu, l'ayant obtenu ou avec une action, ayant été libéré à raison du fait que sa date a expiré, alors qu'étant absent, il n'est pas défendu, que, dans les fers, il se trouve, qu'il n'avait pas, contre lui, le pouvoir d'agir en justice, alors qu'il ne lui est pas permis d'être cité en justice contre son gré et qu'il n'est pas défendu, quand appel a été fait auprès d'un magistrat pour cette affaire, qu'à celui pour qui, par le biais du magistrat, sans le dol de celui-ci, l'action soit réputée avoir expiré, je remettrai dans son état initial l'action pour ces biens dans l'année durant laquelle, d'abord, quant à cette affaire, il y aura le pouvoir de faire valoir son droit en justice, de même, si, par quelque moyen, pour moi, une autre juste cause est considérée exister, ce qui sera permis par les lois, les plébiscites, les sénatus-consultes, les édits et les décrets des empereurs" ».

⁴⁶⁰ « 1 - Aussi toutes les actions qui se rencontrent contre quelqu'un ou qui sont accordées par le droit lui-même ou par le préteur, ne se rencontrent pas et ne sont pas accordées ordinairement également contre l'héritier. En effet, il est une règle du droit le plus certain que, sur le fondement de méfaits pénaux, les actions ne se rencontrent pas contre l'héritier, comme pour le vol, l'enlèvement de biens avec violence, les injures, le dommage causé par injustice. Mais les actions de ce type se rencontrent et ne sont pas refusées aux héritiers, à l'exception de l'action d'injures et si l'on en trouve une autre semblable à celle-ci. Cependant, parfois, il n'y a encore pas d'action sur le fondement d'un contrat contre l'héritier du fait que le testateur a agi frauduleusement et que rien n'est arrivé du fait du dol à son héritier. Aussi les actions pénales, dont nous avons parlé plus haut, si elles ont été engagées par ces mêmes personnes principales, elles sont accordées aux héritiers et passent contre les héritiers ».

« 1 - Aussi longtemps que l'esclave ou le fils se trouve sous puissance, l'action au sujet du pécule est perpétuelle ; mais, après sa mort ou après qu'il a été émancipé, affranchi, vendu, elle commence à être temporaire, c'est-à-dire annale. 2 - Mais une année utile sera comptée (...) ».

Et il dit peu après (dans le § 3) :

« car, avec la mort ou avec l'aliénation, le pécule est éteint, il suffisait que jusqu'à une année, soit étendue l'obligation ».

Pourquoi quelque chose de différent est-il ici établi ? Pourquoi n'est-elle pas éteinte après une année, comme l'action au sujet du pécule ? Est-ce parce que le père ou le maître est obligé au sujet du pécule sans le vouloir, D. 15, 1, 29 § 1⁴⁶¹, mais avec son consentement seulement, D. 14, 1, 1 § 19⁴⁶² ? Je le pense ainsi. Le fait est que, alors que l'on parle de pécule en considération seulement de la puissance d'un maître ou d'un père de famille, celle-ci s'éteint par la mort de ceux qui se trouvaient sous cette puissance ; on pouvait considérer que le pécule était aussi éteint par cette même mort selon la rigueur du droit. En outre, comme le préteur romain, dont l'équité a toujours et partout été considérée, avait fait attention à ce que cela coûterait aux créanciers, si l'action au sujet du pécule était éteinte par la mort de l'esclave, il a établi une période plus longue pour l'action en interposant ses alternatives. Mais assurément, cette équité ne revendique pas pour elle une place dans l'action exercitoire, mais [cette action] est perpétuelle de façon régulière, comme toutes les autres actions qui naissent des contrats, D. 44, 7, 49⁴⁶³.

[D. 14, 1, 5]

Loi 5 : Paul, livre XXIX *Sur l'Édit du préteur*

« Si tu as comme patron du navire celui qui est sous ma puissance, il m'appartient aussi une action contre toi, si j'ai contracté quelque chose avec lui. [Il en est] de même, si l'esclave nous est commun. Cependant, c'est sur le fondement du louage que tu agiras en justice contre moi, parce que tu as pris à bail les services de mon esclave ; pour cela, si tu as contracté avec un autre, tu agiras en justice contre moi, afin que je te garantisse les actions que j'avais [853] à ce titre, de même que tu feras valoir ton droit contre un homme libre (si du moins tu l'as pris à bail). Si les services étaient gratuits, tu agirais en justice par l'action du mandat ».

SOMMAIRE

- 1 - L'accessoire est parfois plus consistant que le principal
- 2 - Un avantage ne doit être préjudiciable à personne
- 3 - Ce qui signifie dans le proverbe le droit de cité des esclaves
- 4 - Un esclave sera-t-il naturellement obligé ?
- 5 - Il ne faut pas toujours suivre l'opinion commune
- 6 - L'usage de la prise à bail et de l'offre de bail est confus chez les anciens
- 7 - Ce que garantit la cession des actions

IL M'APPARTIENT UNE ACTION. Le fait est que, quoique obligation principale, celle par laquelle l'esclave est tenu sera seulement naturelle, de sorte qu'il ne peut produire contre lui une action, D. 12, 6, 38⁴⁶⁴, (1) cependant l'action exercitoire, qui procède d'une obligation prétorienne ou civile,

⁴⁶¹ Extrait du livre IX *Sur l'Édit provincial* de Gaius : « 1 - Même si le maître avait interdit que l'on contracte avec l'esclave, il y aura contre lui une action au sujet du pécule ».

⁴⁶² Voir plus haut dans le texte de cette partie pour la traduction de ce passage.

⁴⁶³ Extrait du livre XVIII *Sur Plautius* de Paul : « Les actions qui proviennent des contrats, contre les héritiers, sont accordées, quoiqu'un délit soit aussi concerné, comme lorsqu'un tuteur, en administrant la tutelle, l'a fait avec un dol ou quand celui chez qui l'on a fait un dépôt [l'a fait] ; dans ce cas aussi, lorsqu'un fils de famille ou un esclave a commis quelque chose de tel, quant au pécule (de peculio), une action est accordée, pas une action noxale ».

⁴⁶⁴ Il faut corriger le texte où l'on lit *cond. ind.* et lire [de] *cond[ictione] in[debiti]* qui renvoie au titre dont est extrait le passage.

Extrait du livre IX des *Questions* d'Africanus : « Un frère, de son frère, alors que, sous une même puissance, il se trouvent, ayant emprunté de l'argent, après la mort du père, le lui a payé. Il a été demandé s'il pourra le réclamer. [Africanus] a répondu qu'en tout cas, certes, pour la part dont lui-même, pour son père, était un héritier, il le réclamerait, mais, pour celle dont le frère était héritier, il le

interdit néanmoins qu'elle soit plus efficace que l'action principale, voir [Paolo di] Castro ici. Mieux, on reçoit la même chose pour le curateur à partir d'un rescrit des divins Dioclétien et Maximien adressé à Mucianus (CJ. 5, 71, 9⁴⁶⁵), qui demeure néanmoins obligé, s'il s'est au départ engagé à la faveur du contrat contre la prescription des lois, une fois éteinte l'action principale, D. 5, 1, 4⁴⁶⁶. En conséquence, quoiqu'il ait été répondu par Gaius dans le livre premier sur l'*Édit provincial*⁴⁶⁷ qu'il ne peut y avoir pour nous nul procès contre celui que nous avons sous notre puissance, cependant, une action doit être accordée contre l'opérateur maritime lui-même. En effet, du fait qu'il a été disposé par la nature que celui qui reçoit un avantage doit être dans cette résolution et de cette intention de vouloir le rendre à celui dont il a reçu beaucoup de façon plus grande, comme les anciens, qui en regardaient une [comme] ennemie et non les deux, figuraient à juste titre les Grâces ; combien plus faudra-t-il dire que le maître doit au moins user du droit commun de celui dont toi, tu as préposé l'esclave pour tes affaires ? Qu'en est-il en effet, si vous l'avez reçu en prêt à usage d'un maître ? Assurément, ce ne sont pas le droit civil et le plébiscite seulement, mais c'est le droit de la nature qui établissent qu'un avantage ne doit pas être préjudiciable au propriétaire. (2) Si donc vous persistez à le recevoir contre le propriétaire qui a contracté avec son esclave que vous, vous avez préposé, c'est vraiment en tant que violateur du droit humain que vous renoncez au devoir, de sorte que vous serez considéré être indigne de tout pouvoir humain. Mais, si vous n'avez pas reçu en commodat, mais que vous avez pris à bail l'esclave, la bonne foi du contrat est-elle réclamée, de sorte qu'il ne sera pas au préjudice du bailleur ? Je ne le pense pas. Y a-t-il donc un lien naturel entre le maître et l'esclave ? Certainement, comme le dit Ulpien dans D. 50, 17, 22⁴⁶⁸, [à savoir] que nulle obligation ne tombe sur une personne servile ; on en a douté chez les anciens. Bien plus, quand celui qui n'est pas libre n'est certes pas réputé être du nombre des vivants, ainsi que cela a été reçu dans l'ancien proverbe au sujet de ces choses qui ne peuvent pas exister, on repousse de la main (3) le droit de cité des esclaves ; qui pourra être obligé, alors que cette obligation ne peut retomber pour nulle autre raison sur un mort, voir D. 45, 1, 9⁴⁶⁹ et les docteurs ici ? C'est assurément le contraire qui est

réclamerait ainsi, si non moins, à partir de son pécule, n'arrivait à son frère ; en effet, il semble que l'obligation naturelle qui existait s'est présentée par cela même que le frère a obtenu une partie du pécule, à un point tel que, si cela avait été remis en préciput au fils et au débiteur lui-même, la déduction de cette dette, par le frère, à partir de celui-ci, serait faite. Cela est surtout conséquent avec cette opinion que Julianus a approuvée [en disant] que, si, à un tiers, il devait quelque chose et que, de celui-ci, après la mort du père, cela a été réclamé, seulement avec l'action de partage de succession (familiae erciscundae), aurait été recouvré des cohéritiers autant que, de ceux-ci, le créancier aurait pu poursuivre avec l'action quant au pécule (de peculio). En conséquence, si, rien n'étant décidé, avec l'action de partage de succession, l'on agit en justice, il est juste que le pécule soit partagé de telle façon que, pour le montant de ce qui est sans dommage, par le cohéritier, le paiement soit fait ; en outre, il faut que, contre le tiers, il soit défendu et d'autant plus que, pour ce qu'à son frère, il devait, il doive être garanti sans dommage. 1 - Il a été demandé, quand un père, à son fils, a prêté et que celui-ci, ayant été émancipé, l'a payé, s'il pourra le réclamer. [Africanus] a répondu que, si rien du pécule, chez le père, n'était resté, il ne le réclamerait pas ; car il y a en argument que l'obligation naturelle demeure, parce que, le tiers ayant agi en justice dans l'année quant au pécule, le père a fait déduction de ce que son fils lui devait. 2 - Au contraire, si le père a payé ce qu'à son fils émancipé lui-même, il devait, il ne le réclamera pas ; car, ici, il est montré que l'obligation naturelle demeure avec le même argument, parce que, si un tiers, dans l'année, quant au pécule, agit en justice, aussi, ce que le père lui devait sera compté. Ce sera la même chose, si un héritier extérieur, le fils ayant été déshérité, a payé ce que le père lui devait. 3 - J'ai reçu la garantie d'un legs et, lorsque le garant m'en a fait paiement, il est apparu qu'un indu m'avait été légué ; [Africanus] a pensé que [le garant] pouvait le réclamer ».

⁴⁶⁵ Constitution de Dioclétien et Maximien adressée à Mucianus et donnée en 285 : « Et, si celui dont tu affirmes qu'il a vendu le bien-fonds rural d'un mineur, l'a fait en tant que chargé de la fonction de curateur, cependant, la vente faite à l'encontre du propos du divin Sévère n'a pas été annulée à mauvais titre par la sentence du gouverneur. Tu ne seras de même pas empêché de poursuivre les gages que le curateur a obligés envers toi à partir de biens propres à cause d'un risque d'éviction ».

⁴⁶⁶ Extrait du livre 1^{er} *Sur l'Édit provincial* de Gaius : « Il ne peut y avoir pour nous nul procès contre celui que, sous notre puissance, nous avons, si ce n'est sur le fondement du pécule des camps ».

⁴⁶⁷ Il faut ici corriger le texte et lire non *edictum publicum*, mais *edictum provinciale*.

⁴⁶⁸ Extrait du livre XXVIII *Sur Sabinus* d'Ulpien : « Sur une personne servile, nulle obligation ne tombe. 1 - De façon générale, il faut prouver que partout où, dans les jugements de bonne foi, la condition [de quelqu'un] est soumise au jugement de son maître ou de son procurateur, il faut le tenir pour le jugement d'un homme de bien ».

⁴⁶⁹ Extrait du livre II *Sur Sabinus* de Pomponius : « Si Titius et Seius ont séparément stipulé ainsi : "ce bien-fonds, si tu ne le lui as pas livré, promets-tu de me le remettre ?", la finalité sera de le remettre à un autre jusqu'à ce qu'un jugement soit reçu ; c'est pourquoi il y aura l'action de celui qui occupe ».

plutôt décidé de façon manifeste par les nombreuses réponses des jurisconsultes, D. 12, 6, 7⁴⁷⁰ et 13⁴⁷¹, D. 44, 7, 14⁴⁷². Les esclaves ne sont en aucune façon compris dans le droit civil certes, qui a été absolument établi dans les lois et les constitutions. En revanche, une certaine partie du droit des gens se tourne encore en premier lieu sur ce qui est naturel, qui est dans une certaine mesure commun aux esclaves. (4) Et bien que jusqu'ici, les réponses des jurisconsultes aient reçu une interprétation de ce type, cela n'est cependant pas montré avec de mauvaises raisons par Connan, lui qui entend de façon précise Ulpien et pense que les esclaves sont interdits d'obligation de façon égale par le droit naturel et par le droit civil, c'est-à-dire que nulle obligation ne tombe sur une personne servile. Donc, ce que dit Ulpien, [à savoir] que l'esclave est obligé et oblige naturellement, il ne le dit pas proprement et véritablement, mais relève que l'acte auquel participe l'esclave n'est pas le droit de l'obligation, dont il est sans nul doute dépourvu. En effet, un esclave peut naturellement promettre quelque chose, parler, contracter, commettre une infraction, mais ces actes ne font naître pour lui et pour un autre contre lui aucun droit, parce qu'il n'est inclus dans la société d'aucune règle ; c'est seulement le fait lui-même, par lui-même et nu, qui est remarqué pour lui. Mais vous direz ici : la nature du contrat le pousse-t-elle à exécuter ? Assurément, cela semble devoir être admis, mais cela ne regarde pas une obligation qui est alors véritablement de ce type, quand elle est nécessaire et qu'elle peut exercer sa force et sa puissance contre celui qui ne le veut pas ; mais c'est une autre obligation que l'on reçoit de façon abusive et qui a été placée seulement sur un fait, et pour cette raison, commune aux esclaves. Donc, l'obligation est née d'abord dans le droit des gens, de sorte qu'elle ne peut être attribuée au droit de la nature. Alors qu'Ulpien dit en conséquence, dans D. 50, 17, 32⁴⁷³ :

« Pour ce qui regarde le droit civil, les esclaves sont tenus pour rien ; cependant pas pour le droit naturel, parce que, pour ce qui regarde le droit naturel, tous les hommes sont égaux »,

il appelle droit naturel, dans D. 12, 6, 13⁴⁷⁴, ce qui a été posé dans cette première simplicité de la nature et qui n'a nulle idée d'obligation. Et, tandis qu'il a été répondu par Julius Paul que l'esclave s'obligeait conformément à la nature, nous entendons que le fait est relevé contre lui, bien que nul droit ne naisse à partir de lui. C'est pourquoi, m'écartant de la décision commune, j'en arrive à la nouvelle opinion de Connan, [qui dit] que ce ne sont pas tant le poids de l'autorité de Bartole, de Balde ou d'autres qu'il faut interroger que [celui] de la raison. (5) Plus encore, il manque en général (comme le dit Cicéron dans *De la nature des dieux*, liv. 1) à ceux qui veulent enseigner l'autorité de ceux auxquels nous nous attachons trop et qui ont confirmé ce qu'ils verront jugé par celui qu'ils approuvent. Faut-il avoir foi en Nevizzano⁴⁷⁵ dans ses *Sylves nuptiales*, liv. 5, num. 7, qui ajoute que Fulgosius a parfois dit qu'il fallait suivre l'opinion commune, même quand une autre était plus vraie ; j'en doute. Assurément, si Fulgosius a dit cela, que pouvait-il jamais être dit de plus stupide par cet homme que tous les jurisconsultes ont admiré comme le sommet et le plus absolu des interprètes ?

⁴⁷⁰ L'indication du passage n'est pas claire et, telle qu'elle est indiquée, n'existe pas. Nul passage ne commence en effet comme l'indique Peck par les mots *Id quod*, mais trois commencent bien par *Quod*. Le seul qui paraisse avoir quelque rapport avec le propos est celui retenu ici, extrait du livre IX *Sur Sabinus* de Pomponius : « Quant à l'indu qui est payé par erreur, soit lui-même, soit un même montant est réclamé ».

⁴⁷¹ Extrait du livre X *Sur Sabinus* de Paul : « Conformément à la nature, aussi un esclave est obligé ; et c'est pourquoi, si quelqu'un, au nom de celui-ci, paie ou que lui-même a été affranchi, comme l'écrit Pomponius, à partir du pécule dont il aura la libre administration, on ne pourra le réclamer ; pour cela, le garant reçu en faveur de l'esclave est tenu et le gage remis pour lui en est tenu et, si l'esclave qui a l'administration du pécule a remis un bien en gage pour ce qu'il doit, une action utile de gage doit être donnée en retour. 1 - De même, [quant à] ce qu'un pupille, sans l'autorisation de son tuteur, a reçu en prêt et dont il s'est enrichi, si, devenu pubère, il le paie, il ne le réclame pas ».

⁴⁷² Extrait du livre VII des *Discussions* d'Ulpien : « Les esclaves, sur le fondement des délits, sont certes obligés et, s'ils sont affranchis, ils en restent obligés ; mais, sur le fondement des contrats, civilement certes, ils ne sont point obligés, mais naturellement, ils s'obligent et obligent. Enfin, si, à un esclave affranchi, je paie, [esclave] qui m'a remis un prêt d'argent, je suis libéré ».

⁴⁷³ Extrait du livre XLIII *Sur Sabinus* d'Ulpien.

⁴⁷⁴ Cf. *supra* note 471.

⁴⁷⁵ Giovanni Nevizzano (1490-vers 1540), originaire d'Asti, était un juriste piémontais qui fut formé dans les universités de Pavie, Padoue et Turin où il obtint ses grades universitaires. L'ouvrage ici cité est *Sylva nuptialis libri sex* ou *Les six livres de la sylve nuptiale*.

[854] SI L'ESCLAVE [NOUS EST] COMMUN. La raison en est que, pour la partie pour laquelle il vous fait le service, vous serez tenu de garantir son fait, D. 50, 17, 149⁴⁷⁶. Le fait est que vous aurez non pas une communauté sur le mode de la préposition, mais sur le corps de l'esclave, CJ. 4, 52, 4⁴⁷⁷, D. 10, 3, 24⁴⁷⁸. Afin qu'il ne soit pas permis à l'un d'user du bien commun avec une perte pour l'autre, on ne peut susciter ainsi pour l'un sur l'esclave commun une situation injuste par l'intermédiaire de l'autre.

SUR LE FONDEMENT DE L'OFFRE DE BAIL (EX LOCATO). (6) D'autres pensaient qu'il fallait lire « sur le fondement de la prise de bail » (*ex conducto*). Car, comme le dit Gaius dans le livre IV sur l'Édit du préteur dans le titre sur les publicains⁴⁷⁹, D. 19, 1, 19 :

« Les anciens usaient indistinctement des appellations d'achat et de vente ».

Et il dit la même chose de nouveau, dans le livre XXI sur l'Édit provincial (D. 19, 1, 20) :

« Il en est de même pour l'offre de bail et la prise de bail ».

Les termes de Julius Paul, qui dit :

« parce que tu as pris à bail les services de mon esclave »,

semblent approuver cette opinion. En outre, cela s'est maintenant éloigné de la coutume du discours latin et les auteurs postérieurs parlent de telle façon que ces [deux situations] sont distinguées : est dit « louer » celui qui remet un bien pour l'utiliser, mais « prendre à bail » celui qui remet un prix, ou bien un loyer certain à la place du prix, soit en espèces, soit en fruits, pour l'usage et le fruit du bien qu'il a reçu.

AFIN QUE JE TE PROCURE LES ACTIONS. Car, du fait que quoi que l'esclave a acquis de façon régulière, il sera considéré l'acquérir pour son maître et rien ne peut nous être acquis par le biais d'une personne étrangère, *Institutes* III, xxviii, § 2⁴⁸⁰. (7) Il faut valablement s'en remettre au bénéficiaire de la cession, assurément disponible et aisé, par laquelle tout le droit du propriétaire principal est reporté sur le cessionnaire en ligne directe, voir tout le titre 4 du livre 18 du Digeste « De la vente d'une succession ou d'une action en justice ».

[D. 14, 1, 5 §§ 1-2]

« 1 - De même, si mon esclave arme le navire et qu'avec le patron de ce dernier, j'ai contracté, rien ne fera obstacle, empêchant que, contre le patron, je fasse valoir mon droit avec l'action qui, à moi, selon le droit civil ou le droit honoraire, se présente ; en effet, à n'importe quel autre, cet Édit ne fait pas obstacle, l'empêchant, contre le patron, de pouvoir agir en justice ; en effet, avec cet Édit, l'action n'est pas transférée, mais ajoutée. 2 - Si un seul de ces armateurs, avec le patron du navire, a contracté, il pourra agir en justice contre les autres armateurs ».

SOMMAIRE

⁴⁷⁶ Extrait du livre LXVII Sur l'Édit du préteur d'Ulpien : « Celui qui prend un profit à partir [du travail] d'une personne doit garantir son fait ».

⁴⁷⁷ Constitution de Dioclétien et Maximien adressée au soldat Ulpianus (sans date) : « Ton frère ne pouvait certes point aliéner la part de toi qui étais en service : il ne convient pas à la sévérité militaire de demander que la part de ce dernier te soit rendue, une fois le prix payé ».

⁴⁷⁸ La référence que donne Peck dans ce titre du Digeste qui porte sur l'action en partage de communauté n'existe pas sous la forme qu'il présente, aucun des textes de ce titre ne commençant par le mot *habuimus*. Aussi est-ce par tâtonnement que nous proposons celle-ci, qui peut coller avec le propos de l'auteur, mais sans garantie absolue. Si tel est le cas, on aurait alors affaire à un extrait du livre VIII des *Digestes* de Julianus : « Si un esclave commun, à partir du patrimoine de l'un de ses maîtres, a fait une acquisition, cela n'en sera pas moins commun ; mais celui, à partir du patrimoine duquel l'acquisition a été faite, avec l'action en partage de bien commun, peut recevoir ce montant, parce qu'à la bonne foi, il est conforme que chacun ait [un droit] supérieur [quant à] ce qu'à partir du patrimoine de ce dernier, l'esclave a acquis. 1 - Tandis que, contre toi, avec l'action en partage de bien commun, je veux agir en justice, tu as livré ta part en modifiant la cause de l'action ; tu seras tenu envers moi d'une action prétorienne, parce que tu as fait en sorte que, contre toi, avec l'action en partage de bien commun, on n'agisse pas en justice ».

⁴⁷⁹ Peck se contente d'indiquer ce titre sous la forme d'Édit du préteur urbain, de façon moins précise qu'il ne l'est rapporté dans le Digeste, dès lors qu'il en précise le titre.

⁴⁸⁰ « 2 - Pour ces deux mêmes causes, nous acquérons semblablement par l'intermédiaire aussi de l'esclave dont nous avons l'usufruit ou l'usage ».

1 - Raison de ce paragraphe

2 - Personne ne peut être redevable envers soi-même

Si nous avons contracté avec notre esclave, préposé à vos affaires et à votre commerce, nous recevons ce qui appartiendra au droit. Il nous reste à voir si, contractant avec le patron préposé par nos esclaves qui [les] exploitent avec notre accord, nous acquerrons une action en justice contre le patron. Le fait est que, du fait que l'opérateur maritime est sous notre puissance et qu'il nous oblige pour le tout envers les autres à cause de l'autorisation accordée, il pouvait y avoir doute [pour savoir] ce qu'il fallait arrêter sur cette affaire. (1) Mais Paul, qui a égard et considération pour l'équité elle-même, jugeait que cela ne convenait pas et qu'il était très étranger à toute raison qu'un maître soit placé dans une condition pire que n'importe quel étranger. Qu'en est-il en effet, si un esclave exploite en cette place où le maître doit nécessairement contracter ? Qu'en est-il, si seul, il exploite ici ce commerce par l'intermédiaire du patron ? Assurément, le maître tomberait dans une condition pire : qui ferait autorité pour les esclaves qui exploitent des navires ? En conséquence, l'utilité publique exige, et l'équité doit le conseiller pour un particulier, qu'il faut accorder au maître une action en justice contre le patron. C'est donc à bon droit qu'il a été répondu par Julius Paul :

« en effet, par cet Édît, l'action n'est pas transférée, mais ajoutée ».

[C'est] comme s'il disait : l'action civile qui naît du contrat n'est pas transférée par le patron contre l'opérateur maritime, de sorte que le patron ne serait pas même tenu ; mais elle est ajoutée par le prêteur pour poursuivre son droit contre l'opérateur maritime, de sorte que l'action civile retient néanmoins sa force.

IL POURRA AGIR EN JUSTICE CONTRE LES AUTRES. Pourquoi cela, à savoir pour que celui-ci ne soit pas d'une condition pire que [celle] d'un étranger ? Car, il peut importer à la République que celui qui a contracté avec un patron commun, exploite des commerces de façon plus riche. De même, assurément, l'usage quotidien nous enseigne que, contre les héritiers d'un défunt, à partir desquels, si quelqu'un désire retenir pour lui un bien ancestral acheté à un juste prix, une vente à l'encan ayant été faite (ce qui peut arriver très souvent), il obtient que les cohéritiers soient obligés à la faveur de leurs parts. (2) Le fait est que dans l'un et l'autre cas, sa part doit être d'abord déduite, afin que ne s'ensuive pas l'absurde que le même et unique soit considéré être créancier et débiteur, non pas sous divers rapports, D. 30, 127⁴⁸¹, C.J. 2, 3, 7⁴⁸².

[D. 14, 1, 6]

Loi 6 : Paul, livre VI⁴⁸³ *Sur l'Édit en abrégé*

« Si l'esclave, sans la volonté de son maître, a armé le navire, si [c'est] celui-ci le sachant, comme une action tributoire, s'il l'ignore, quant au pécule (de peculio), l'action sera accordée. 1 - Si un esclave commun, avec la volonté de ses maîtres, arme un navire, contre chacun, devra être accordée une action pour le tout ».

SOMMAIRE

1 - Si, quand et pourquoi un maître qui n'a pas donné son accord...

2 - ... et qui l'ignore sera tenu au sujet du pécule

⁴⁸¹ Extrait du livre unique *Du droit des codicilles* de Paul : « A charge du [fils] posthume d'un frère, un fidéicommissaire peut être donné ; en effet, seule la volonté est observée dans les fidéicommissaires et l'opinion de Gallus a prévalu [qui dit] que les [fils] posthumes d'autrui aussi, pour nous, deviennent des héritiers légaux ».

⁴⁸² Constitution d'Antonin le Pieux adressée à Julius Maximus et donnée en 214 : « Si tu étais un héritier pour ton débiteur, l'action que tu vas contre lui a été mêlée à l'héritage accepté. Mais, si, après que tu as conservé cet héritage lors d'un jugement, tu l'as remis à celui sur lequel tu l'avais emporté, avec cette condition et cet accord qu'il ferait satisfaction tant aux autres créanciers qu'à toi pour ce qui t'était dû, si tu n'acceptais pas cet héritage, la foi de l'accord et de la convention doit être respectée, si on ne l'observait pas, on accordera une action sur le fondement d'une stipulation, si seulement elle a été soumise à l'accord, ou bien "avec des mots écrits en tête" (præscriptis verbis), si une stipulation n'est pas intervenue ».

⁴⁸³ Il faut ici corriger le texte qui renvoie à un livre VIII, et non pas au livre VI.

Les choses qui peuvent être relevées à cet endroit pourront être très facilement tirées des [passages] précédents avec lesquels concorde cette réponse de Julius Paul, de sorte que l'on ne nous objectera pas ce que dit Juvénal dans sa *Satire* 7 (vers 153-155) :

[855] « Car, tout ce qu'il vient de lire assis, il le révélera debout et il le chantera toujours avec les mêmes vers : le chou réchauffé tue les malheureux professeurs ».

(1) En outre, il faut voir s'il sera vrai que le maître qui ignore et qui n'a pas donné son accord peut être obligé au sujet du pécule. Le fait est qu'il a été établi par les divins empereurs romains Sévère et Antonin, CJ. 2, 3, 3⁴⁸⁴, qu'un esclave peut rendre meilleure la cause de son maître ; il ne peut la rendre pire. Mais, du fait que la puissance du maître a été introduite seulement en faveur des maîtres, [c'est] de là et par le droit lui-même qu'elle lui est acquise, même contre son gré, à raison du droit public, D. 45, 1, 62⁴⁸⁵ ; rien ne peut en naître de préjudiciable pour lui, *Institutes* IV, vi, § 10⁴⁸⁶. (2) Assurément, cela a été reçu à l'encontre des règles communes, parce que l'esclave, dans la mesure où il y a un pécule, pourra obliger son maître, mais il est considéré le faire avec le consentement du maître, qui peut supprimer le pécule selon son jugement. Cependant, Accurse excepte de la règle 7 les cas que, dans des vers non dissemblables, Alberico Roxiati a recensés à leur place dans ledit texte de D. 45, 1, 62 et Alciat sur CJ. 2, 3, 3 :

« S'il souhaite ou donne, s'il fait un compromis ou agit en justice, S'[il est] répondant, s'il se vend, s'il recommande ce qui a été corrigé ».

[D. 14, 1, 7]

Loi 7 : Africanus, livre VIII des *Questions*

« Lucius Titius a préposé Stichus comme patron du navire ; celui-ci, ayant emprunté de l'argent, a donné garantie que, pour la réparation du navire, il l'avait reçu. Il a été demandé si Titius, de action exercitoire, ne sera pas autrement tenu que si le créancier a prouvé que l'argent, pour la réparation du navire, a été consommé. [Africanus] a répondu que le créancier, efficacement, agirait, si, lorsque l'argent était prêté, le navire était dans cette situation qu'il devait être réparé ; le fait est qu'il ne faut pas que le créancier soit astringé à que lui-même reçoive le soin de la réparation du navire et administre l'affaire du propriétaire (ce qui, de façon certaine, aurait été, s'il avait nécessairement à prouver que l'argent, pour la réparation, avait été demandé) ; il doit être demandé qu'il sache ce pour quoi il prête, pour quelle affaire le patron a été préposé, ce qui, de façon certaine, ne peut se faire autrement que s'il avait aussi su que l'argent était nécessaire à la réparation ; et c'est pourquoi, quoique le navire se trouvât dans cette situation qu'il eût dû être réparé, cependant, si l'argent emprunté était de beaucoup plus important que ce qui, pour l'affaire, était nécessaire, ne doit pas, pour le tout, contre le propriétaire du navire, être accordée l'action. 1 - Parfois aussi, il faut évaluer si l'argent a été emprunté dans une place, dans laquelle a pu être achetée ce pour quoi il était emprunté : car qu'en est-il, dit-il, si, pour acheter une voile, quelqu'un a emprunté de l'argent dans une île dans laquelle, absolument, une voile ne peut pas être achetée ? En somme, le créancier doit procurer quelque diligence en cette [affaire]⁴⁸⁷. 2 - Il faut dire presque la même chose, si quant à l'action institoire, la question est posée : car, alors, aussi, le créancier doit savoir que l'achat d'une marchandise est nécessaire, achat auquel l'esclave a été préposé, et cela est suffisant, si, pour cela, il a prêté ; il ne doit pas être aussi réclamé que lui-même se soucie [de savoir] si, pour cette affaire, l'argent devait être réclamé ».

SOMMAIRE

⁴⁸⁴ Constitution de Sévère et Antonin adressée à Restitutus et donnée en 202 : « L'esclave d'un créancier peut rendre meilleure la cause de son maître, mais il ne peut, par un nouveau pacte, réformer en pire une obligation établie de façon juste ».

⁴⁸⁵ Extrait du livre II Repris de Minicius d'Ulprien : « Si un esclave, son maître l'ayant interdit, a stipulé de l'argent d'un autre, il n'oblige pas moins le promettant envers son maître ».

⁴⁸⁶ « 10 - Aussi est-ce pourquoi le prêteur a accordé contre le père [de famille] ou le maître les actions au sujet du pécule (de peculio), parce que, bien qu'ils ne soient pas tenus par le droit lui-même sur le fondement du contrat des fils ou des esclaves, il est cependant juste que ceux-ci soient condamnés jusqu'à concurrence du pécule, qui est comme le patrimoine des fils et des filles [de famille], de même des esclaves ».

⁴⁸⁷ Ce mot a été rajouté par Mommsen.

- 1 - Si la confession du tuteur ou de l'administrateur oblige
- 2 - *Jacobus de Arezzo est mort par le poison à cause d'un sophisme*
- 3 - Comment se prouve le complet changement pour une utilité
- 4 - L'instruction des actions exercitoire et institoire

Ayant conduit l'argument à son terme, Africanus reprend de nouveau à cet endroit, en un tout à fait bref épilogue, la matière principale de l'action exercitoire, mais pas indistinctement toute la cause établie même à l'intérieur des bornes de toute la pratique, mais ornée d'un certain nombre de choses et de qualités certaines, exposant que l'action exercitoire les produit, en dehors de ce que nous avons dit successivement, mais que nous établissons de rapporter de façon superficielle.

IL A DONNÉ GARANTIE QU'IL AVAIT REÇU [CET ARGENT]. En conséquence, au témoignage de Papinien, bien que celui qui fait une confession ne puisse infirmer sa confession, D. 11, 1, 13⁴⁸⁸, cependant cette confession ne peut porter préjudice aux autres et, si elle ne se présente pas étayée par d'autres appuis, la matière de l'action exercitoire sera tenue pour nulle. (1) Donc, pour que la confession du patron ne porte pas préjudice à l'opérateur maritime, il a été reçu par le suffrage commun qu'il fallait aussi le dire de la confession des évêques, des curateurs, des tuteurs, des procureurs et enfin de tous les administrateurs dans D. 42, 2, 6 § 4⁴⁸⁹ et la Nouvelle VII qui se trouve sous CJ. 1, 2, 14⁴⁹⁰. Qu'en est-il donc, quand un administrateur a été établi pour recevoir un prêt d'argent, pourra-t-il faire confession pour un préjudice du principal au sujet de ce qui a été reçu ? Un écrit n'est-il pas remis pour rendre clair le contrat, D. 16, 3, 26⁴⁹¹ ? La conséquence

⁴⁸⁸ Il n'existe dans le titre indiqué par Peck aucun passage commençant par le mot qu'il donne *Quidam* pour indiquer l'extrait. Il existe bien un seul extrait de Papinien, mais qui ne commence pas du tout ainsi, mais qui semble s'adapter assez bien au propos tenu ici par Peck : extrait du livre II *Sur Plantius* de Paul : « Avec de fausses confessions, ceux qui répondent sont ainsi obligés, si, au titre de ce quant à quoi quelqu'un a été interrogé, contre un autre, il y a une action en justice, parce que l'action qu'il y aura contre un autre, s'il est le propriétaire, contre nous-mêmes, avec notre confession, nous la faisons porter. Et, si j'ai répondu que celui qui, sous la puissance de son père, se trouvera est mon fils, je m'oblige ainsi, si son âge souffre qu'il puisse être mon fils, parce que les fausses confessions, aux choses naturelles, doivent s'accorder. [A cause de cela, il se fait qu'au nom du père de famille, en répondant, je ne suis pas obligé] ».

⁴⁸⁹ Il faut corriger le texte et lire non *l. cercum*, mais *l. certum*. Extrait du livre V *De tous les tribunaux* d'Ulpien : « 4 - Mais voyons s'il est suffisant que les procureurs eux-mêmes, les tuteurs ou les curateurs, parlent ; et je ne pense pas que cela suffise ».

⁴⁹⁰ Le passage en question semble être repris de deux Nouvelles en fait : d'abord de la Nouvelle VII, chap. 1, portant sur le fait « de ne pas aliéner ou échanger les biens immobiliers ecclésiastiques », mais aussi de la Nouvelle CXX qui porte sur « L'aliénation, l'emphytéose, la location, les hypothèques et les autres divers contrats sur tous les emplacements des biens sacrés », tit. 3, chap. 6 et chap. 7. tel qu'il se trouve dans le Code à cet emplacement, l'extrait dit ceci : « Ce droit a été étendu à tout emplacement vénérable et toute association qu'une action pieuse a établie, de sorte que leurs biens ne soient pas gagés. Et l'on observera cela indéfiniment pour ces biens immobiliers qui sont attachés par la maison impériale aux emplacements ci-devant dits. Pour les autres, on fait une exception dans la mesure où une dette est pressante. Si elle ne peut être payée à partir des meubles, en premier lieu, on donnera en gage particulièrement les biens immobiliers, dont le créancier comptera pour lui les fruits tant en capital que pour les intérêts jusqu'à 4 %. Si le créancier ne veut pas le recevoir ainsi, alors l'ordonnateur de la maison jurera auprès de celui par lequel il est ordonné, les choses faites ayant été tenues sans dépenses, la majorité des gens de service y ayant consenti de même, qu'il y a dette et qu'elle ne peut être payée à partir des biens meubles ; à la suite de quoi, il a été relevé publiquement que le bien ecclésiastique était à vendre durant vingt jours, de sorte qu'il soit remis au plus offrant, une fois donné le prix par tous moyens pour ce qui est dû ; en effet, autrement le bien ne sera pas remis à l'acheteur ; et il sera écrit que rien n'a été fait sur ce bien au préjudice de la maison de Dieu. Mais, un acheteur n'ayant pas été trouvé, le bien évalué de façon rigoureuse sera donné au créancier en paiement, le dixième ayant été ajouté au prix de toute l'estimation, avec le consentement de l'ordonnateur et de même, de la majorité des gens de service ; cependant, ce bien sera petit parmi les autres, une fois examinés sa qualité, sa quantité et son poids. Et l'on entend qu'est créancier celui qui montre qu'il a avancé ce qu'il a prêté pour l'utilité de la maison de Dieu ».

⁴⁹¹ Extrait du livre IV des Réponses de Paul : « *Publia Maria*, alors qu'elle se mettait en route vers son mari, a recommandé son coffre avec ses vêtements et ses documents à *Gaia Seia* et lui a dit : "lorsque je reviendrai saine et sauve, tu me le rendras ; mais, si quelque chose d'humain m'arrive (i. e. si je meurs), [tu le remettras] à mon fils, que j'ai eu d'un autre mari". Celle-ci étant morte sans testament, j'aurais désiré [savoir] à qui les biens confiés devaient être restitués, au fils ou au mari ? Paul a répondu, au fils. 1 - *Lucius Titius* a donné caution ainsi (texte en grec) : "J'ai reçu et possède sur le fondement du dépôt ci-dessus écrit dix mille deniers, je ferai tout, consens et ai promis comme cela a été écrit ci-dessus, et j'ai convenu de te donner des intérêts, pour chaque mois, de 4 as, jusqu'à ce que toute la somme soit rendue". Je demande si l'on peut réclamer des intérêts. Paul a répondu que ce contrat dont il est question dépasse la mesure d'un dépôt d'argent et c'est pourquoi, suivant la convention, les intérêts peuvent être réclamés aussi avec l'action de dépôt. 2 - "Titius donne son salut aux *Sempronii*. J'ai reçu de vous plus ou moins dix en poids d'or et deux disques [dans] un sachet scellé ; de cela, vous me devez dix, que vous avez déposés chez Titius, de même, les dix de *Trophimatus*, de même, dix à partir du compte de votre père et

du mandat n'est-elle pas de faire foi au sujet de ce qui a été reçu ? N'y a-t-il pas une grande absurdité, parce que celui qui est établi pour faire un contrat ne pourra faire foi au sujet de son contrat ? Assurément, une grande voie s'ouvre aux fourbes, si les principaux qui les établissent peuvent tromper les créanciers, comme si la confession des procureurs ne les obligeait pas, (2) de sorte que l'on rapporte que Jacobus de Arezzo était mort par le poison à cause de ce sophisme, voir Zasius dans le dernier chapitre du liv. 1 de ses *Réponses singulières*. C'est pourquoi l'on considère qu'il est plus sûr de dire avec Fulgosius qu'Africanus ne règle pas en cet endroit le fait que l'opérateur maritime ne s'oblige pas par le biais de la caution du patron, mais plutôt que [c'est] parce que cette confession [faite] sans mandat spécial du principal ne sera pas suffisante pour faire naître l'action exercitoire.

[856] [SI LE NAVIRE ÉTAIT EN L'ÉTAT] DE DEVOIR ÊTRE RÉPARÉ. Le fait que l'opérateur maritime ne s'oblige pas pour toute cause, mais seulement pour celle qui est véritable et nécessaire a une raison : [c'est] pour qu'il ne soit pas au pouvoir du patron d'obliger l'opérateur maritime pour une cause futile. Donc, ce qu'a répondu Ulpien un peu plus haut ⁴⁹²,

« si [le patron] recevait [l'argent] sous cette condition que la dépense serait faite pour le navire et changeait bientôt d'avis, l'opérateur maritime serait responsable »,

n'a pas d'autre sens que si l'on prouve que la réparation était aussi nécessaire dans ce cas, voir [Paolo di] Castro et les autres ici. Mais il est requis par Africanus que le patron ait confessé l'avoir reçu pour cette affaire. Le fait est que, si l'argent a seulement été compté au patron par le créancier et que celui-ci ne le fait pas tourner sur l'utilité du navire, on ne donnera pas de secours au créancier contre l'opérateur maritime. (3) Aussi ne pourra-t-on pas établir clairement dans une affaire difficile que l'argent qui a été reçu a été utilisé pour l'utilité du navire, si l'on prouve que la condition du navire est devenue meilleure après la réception de l'argent, en argument D. 27, 2, 2 ⁴⁹³. Assurément, alors que le marchand détaillant (*institor*) ou le patron a un mandat exprès pour recevoir de l'argent, il est reçu par l'opinion plus commune que le créancier qui agit en justice contre le principal sur le fondement du contrat de ces derniers ne sera pas tenu de prouver qu'il a été versé dans le bien du principal, voir Bartole sur D. 3, 5, 5 § 5 ⁴⁹⁴ et [Paolo di] Castro ici. Mais Costalius pense que cela a lieu quand on agit en justice avec ces actions, à savoir l'action exercitoire et l'action institoire, mais au contraire, si [c'est] par l'action pour obtenir restitution de ce qui est parvenu dans le patrimoine du père de famille (*actio de in rem verso*), il faut le prouver et les présomptions de cette loi ne suffisent pas, ou bien du moins, il faut prouver un accident par

ce qui se prolonge [à partir de cela]". Je demande si une obligation est née à partir de quelque écrit de ce type, à savoir pour ce qui regarde la seule cause de l'argent. [Paul] a répondu qu'à partir de la lettre dont il est question, nulle obligation ne semblait, certes, être née, mais qu'[à partir d'elle], l'on pouvait faire la preuve du dépôt des biens ; mais [savoir] si celui qui, aussi, a disposé que dix lui seraient dus dans la même lettre peut prouver ce qu'il a écrit, ce sera à l'évaluation du juge ».

⁴⁹² Il est fait ici renvoi au paragraphe 9 de D. 14, 1, 1 traduit plus haut dans le corps du texte.

⁴⁹³ Extrait du livre XXXVI *Sur l'Édit du préteur d'Ulpien* : « A l'office du juge qui a connaissance de la tutelle, il est conforme de ne pas admettre la réputation mauvaise d'un tuteur, comme par exemple, s'il dit avoir fait des dépenses pour les aliments d'un pupille ou ses enseignements. 1 - Mais la mesure, si, certes, le préteur en a jugé [ainsi], doit être observée, [mesure] que le préteur a fixée ; mais, si le préteur n'a pas été abordé, à la faveur des richesses du pupille, elle doit être évaluée selon le jugement du juge ; en effet, il ne doit pas être permis au tuteur de compter autant qu'il a donné, s'il a donné plus qu'il est juste [de le faire]. 2 - Et cela plus largement, si le préteur a établi la mesure des aliments, mais cependant, si ce qui a été décidé va au-delà des forces des richesses et qu'il n'a pas informé le préteur de l'état des richesses, le compte ne doit pas être tenu de tous les aliments, parce que, s'il l'en avait informé, ceux qui avaient été déjà décidés seraient diminués ou de si grands n'auraient pas été décidés. 3 - Mais, si le père a statué des aliments pour ses enfants que, comme héritiers, il a inscrits, en les fournissant, le tuteur pourra les compter, à moins, peut-être, qu'au delà des forces des richesses, il ne les ait décidés ; en effet alors, on lui imputera [le fait de savoir] pourquoi, n'étant pas aller trouver le préteur, il a souhaité que les aliments soient diminués ».

⁴⁹⁴ Extrait du livre X *Sur l'Édit du préteur d'Ulpien* : « 5 - Mais, si quelqu'un a administré mes affaires sans considération de moi, mais pour son propre profit, Labéon a écrit qu'il a administré sa propre affaire plutôt que la mienne (en effet, celui qui, pour dépouiller, s'est ajouté, à son propre profit, non à mon avantage, s'applique) ; mais celui-ci n'en sera pas moins tenu, mieux, [il le sera] plus de l'action relative à l'administration d'affaires. Cependant, si celui-ci, pour mes affaires, a dépensé quelque chose, non sur ce qui lui fait défaut, parce que, de façon malhonnête, à mes affaires, il s'est ajouté, mais sur le fait que moi, j'en suis devenu plus riche, il a contre moi l'action ».

lequel l'esclave aurait été empêché que l'argent ne soit mis en usage, D. 15, 3, 3 § 10⁴⁹⁵. En troisième lieu, on requiert que l'argent ait été prêté dans une place où l'on pouvait acheter, à raison de ce que l'on croyait. Qu'en serait-il en effet, si le prêteur l'avait remis là où l'on ne pourrait absolument acheter aucune voile ? Le prêteur aurait dû tenir le patron pour suspect et le convaincre de mensonge à partir de l'endroit. S'il ne l'a pas fait, mais que, suivant son instinct, il a prêté avec une certaine témérité, il est indigne du bénéfice de la loi et il ne sera pas secouru par l'action exercitoire. Enfin, le fait que l'on ne peut prêter plus d'argent que l'on considère que le requiert la nécessité du navire a été exposé abondamment plus haut.

[IL DIT] QU'IL FAUT PRESQUE DIRE LES MÊMES CHOSES. À bon droit, Africanus déclare que l'on doit presque dire pour l'action institoire les mêmes choses qui ont été établies au sujet de l'action exercitoire. Le fait est que ces actions ont entre elles une certaine parenté, de sorte que comme pour l'action exercitoire, de même pour l'action institoire l'on requiert la connaissance du prêteur. (4) Du reste, elles sont différentes des autres avec ce pacte, on pourra le voir clairement de façon très aisée à partir de ce qui a été dit plus haut. Il faut se hâter [d'en venir] à la très utile matière de la loi Rhodienne, avec la protection de Dieu.

*

⁴⁹⁵ Il faut ici corriger le texte imprimé qui cite D. 15, 3, 2. Extrait du livre XXIX sur l'Édit du prêteur d'Ulpian : « 10 - Si un esclave a emprunté de l'argent pour acheter un vêtement et que les espèces ont péri, qui, quant à ce qui, dans le patrimoine du maître ou du père, a été versé (de in rem verso), pourra agir en justice, le prêteur ou le vendeur ? Mais je pense que, si, certes, le prix a été payé, le prêteur, avec l'action quant à ce qui, dans le patrimoine du père ou du maître, a été versé (de in rem verso), il agira en justice, si le vêtement a péri ; mais, si le prix n'a pas été payé, cependant, l'argent ayant été remis pour que le vêtement soit acheté, que l'argent a péri et que le vêtement, cependant, à la maisonnée, a été partagé, en tout cas, le prêteur, quant à ce qui, dans le patrimoine du maître ou du père, a été versé, a l'action en justice. Et le vendeur l'aura-t-il, du fait que ses biens sont arrivés dans le patrimoine du maître ? La raison fait en sorte qu'il en est tenu ; d'où, le maître commence à être tenu sur le fondement d'une seule cause envers les deux. Par conséquent, si tant l'argent que le vêtement ont péri, il faudra dire qu'envers les deux (i. e. le prêteur et le vendeur), le maître est tenu, parce que les deux, dans le patrimoine du maître, ont voulu les verser ».